הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · אמרי בינה

אמרי בינה חושן משפט

רבי מאיר אוירבך

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אמרי בינה חושן משפט

רבי מאיר אוירבך

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אמרי-בינה-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

דיני דיינים 14
סימן א 14
סימן ב 23
סימן ג 26
סימן ד 37
סימן ה 49
סימן ו 51
סימן ז 54
סימן ח 58
סימן ט 62
סימן י 66
סימן יא 71
סימן יב 81
סימן יג 85
סימן יד 92
סימן טו 96
סימן טז 98
סימן יז 103
סימן יח 106
סימן יט 114
סימן כ 125
סימן כא 154
סימן כב 161
סימן כג 164
סימן כד 166
סימן כה 168
סימן כו 170
סימן כז 174
סימן כח 179
סימן כט 186
סימן ל 193
סימן לא 203
סימן לב 209
סימן לג 215
סימן לד 225
סימן לה 227
סימן לו 230
סימן לז 231
סימן לח 234
סימן לט 240
סימן מ 243
סימן מא 248
סימן מב 261
סימן מג 269
סימן מד 272
סימן מה 279
סימן מו 281
סימן מז 288
סימן מח 294
סימן מט 296
סימן נ 301
דיני עדות 306
סימן א 306
סימן ב 311
סימן ג 316
סימן ד 322
סימן ה 324
סימן ו 330
סימן ז 338
סימן ח 342
סימן ט 348
סימן י 351

סימן יא 354
סימן יב 359
סימן יג 366
סימן יד 367
סימן טו 370
סימן טז 377
סימן יז 387
סימן יח 392
סימן יט 396
סימן כ 408
סימן כא 414
סימן כב 418
סימן כג 422
סימן כד 425
סימן כה 432
סימן כו 438
סימן כז 443
סימן כח 444
סימן כט 446
סימן ל 459
סימן לא 470
סימן לב 475
סימן לג 486
סימן לד 493
סימן לה 497
סימן לו 507
סימן לז 508
סימן לח 512
סימן לט 515
סימן מ 525
סימן מא 528
סימן מב 531
סימן מג 535
סימן מד 540
סימן מה 542
סימן מו 551
סימן מז 555
סימן מח 557
סימן מט 564
סימן נ 569
סימן נא 571
סימן נב 577
סימן נג 582
סימן נד 591
סימן נה 596
סימן נו 604
סימן נז 611
סימן נח 615
סימן נט 616
דיני הלואה 618
סימן א 618
סימן ב 625
סימן ג 639
סימן ד 642
סימן ה 643
סימן ו 650
סימן ז 658
סימן ח 663
סימן ט 665
סימן י 669
סימן יא 678
סימן יב 683
סימן יג 685
סימן יד 690

סימן טו 694
סימן טז 701
סימן יז 712
סימן יח 720
סימן יט 724
סימן כ 728
סימן כא 732
סימן כב 743
סימן כג 752
סימן כד 754
סימן כה 757
סימן כו 759
סימן כז 765
סימן כח 768
סימן כט 782
סימן ל 787
סימן לא 794
סימן לב 802
סימן לג 812
סימן לד 820
סימן לה 830
סימן לו 834
סימן לז 838
סימן לח 855
סימן לט 860
סימן מ 868
סימן מא 876
סימן מב 882
סימן מג 886
סימן מד 899
סימן מה 906
סימן מו 921
סימן מז 925
סימן מח 930
סימן מט 935
סימן נ 941
סימן נא 946
סימן נב 958
סימן נג 968
סימן נד 970
סימן נה 978
סימן נו 982
סימן נז 984
סימן נח 993
סימן נט 997
סימן ס 999
סימן סא 1002
סימן סב 1005
סימן סג 1006
סימן סד 1073
סימן סה 1076
סימן סו 1083
סימן סז 1088
סימן סח 1091
סימן סט 1098
סימן ע 1101
סימן עא 1110
סימן עב 1112
סימן עג 1115
סימן עד 1118
סימן עה 1119
סימן עו 1134
סימן עז 1139
סימן עח 1146

סימן עט 1148
סימן פ 1150
סימן פא 1152
סימן פב 1156
סימן פג 1161
סימן פד 1165
סימן פה 1167
דיני טוען ונטען 1171
סימן א 1171
סימן ב 1177
סימן ג 1180
סימן ד 1184
סימן ה 1193
סימן ו 1195
סימן ז 1199
סימן ח 1206
סימן ט 1211
סימן י 1213
סימן יא 1220
סימן יב 1227
סימן יג 1234
סימן יד 1238
סימן טו 1243
סימן טז 1252
סימן יז 1258
סימן יח 1265
סימן יט 1269
סימן כ 1275
סימן כא 1279
סימן כב 1293
סימן כג 1295
סימן כד 1297
סימן כה 1300
סימן כו 1306
סימן כז 1310
סימן כח 1312
סימן כט 1318
סימן ל 1320
סימן לא 1322
סימן לב 1324
סימן לג 1326
סימן לד 1327
סימן לה 1333
סימן לו 1339
סימן לז 1344
סימן לח 1346
דיני גביית חוב 1353
סימן א 1353
סימן ב 1354
סימן ג 1359
סימן ד 1363
סימן ה 1366
סימן ו 1370
סימן ז 1371
סימן ח 1378
סימן ט 1386
סימן י 1388
סימן יא 1390
סימן יב 1392
סימן יג 1397
סימן יד 1401
סימן טו 1405
סימן טז 1411
סימן יז 1413

סימן יח 1414
סימן יט 1417
סימן כ 1420
סימן כא 1422
סימן כב 1426
סימן כג 1430
סימן כד 1431
סימן כה 1436
סימן כו 1448
סימן כז 1451
סימן כח 1456
סימן כט 1460
סימן ל 1491
סימן לא 1497
סימן לב 1503
קונטרס הקנינים 1516
סימן א 1516
סימן ב 1519
סימן ג 1522
סימן ד 1526
סימן ה 1530
סימן ו 1537
סימן ז 1541
סימן ח 1547
סימן ט 1554
סימן יא 1560
סימן יב 1565
סימן יג 1571
סימן יד 1576
סימן טו 1578
סימן טז 1588
סימן יז 1592
סימן יח 1594
סימן יט 1596
סימן כ 1602
סימן כא 1607
סימן כב 1610
סימן כג 1622
סימן כד 1625
סימן כה 1636
סימן כו 1638
סימן כז 1644

הקדמה

יתברך המאציל ויתרומם הבורא. אשר האציל יצוריו העושים את דברו נצחו יודעים, תורתו הוגים, משתעשעים בפקודיו הישרים, תורה שבכתב ושבע"פ הדברים אשר על פיהם כרת ברית את זרע קודש אברהם יצחק יעקב. ובהבטחה ע"י נביאיו כי אלו התורות לא ימושו מפי זרעם עד עולם. ואף כי בחטאינו ועונות אבותינו גלינו מארצינו, ובמחשכים הושיבנו ה' אור לנו זה תלמוד בבלי, אשר לאורו נסע ונלך דור אחר דור והקים לנו ה' בכל דור רבותינו הקדושים אשר עינים להם לראות באור הבהיר להורות לנו את הדרך אשר נלך והמעשה אשר נעשה ודלים מים חיים מבארות העמוקות אשר חפרום שרים הקדמונים להשקות צאן קדשים והעלו פנינים יקרים, המאירים לארץ ולדרים, כי כל ההוגה בה דריח ירוחו בכל עת ומוציא טעם חדש לחזק את דברי אלהים אשר יקום לעולם. ואשרי לגדולי המחברים אשר הוסיפו לעטר זר תפארה בלימודי תורתינו הקדוש ופרשו ידיהם לשוט בים התלמוד ובכל פנות התורה הקדושה הראו נפלאות עומק חכמתה אשר אין קץ ליקרת תפארת יפיה וטובה, ושם עולם להם. וכל אחד ואחד קבל חלקו ביד המלך מח"מ הקב"ה לפי תכונות נשמתו - הודו לה' כי טוב כי לעולם חסדו, נורא תהלות עושה פלא, אשר גם בדור הלזה אשר הושפל קרן התורה ירחם ה'. בכל זאת מתחדשים חיבורים יקרים בחידושין דאורייתא בכל פינות התורה, מאת הנאמנים באהבתה ומחזיקים במעוזה, האחוזים בעץ החיים הגדול לפי גדלו והקטן לפי ערכו המלמדים דעת ובינה לישא וליתן בהלכה ולתור בחכמתה, הגדולים והקטנים, או לערוך השלחן במטעמים להבאים אחריהם:

ואני בעניי אם בי ידעתי ערך קטן עלי כבר זה רבות בשנים זכיתי לקיים מילי דאבות אשר נצטוותי להוציא לאור ספרו של אאמ"ו ז"ל בקראו שמו: **דברי חיים ועשיתי** לו זר בהגהותי שמה בעברי עליו אשר היה בהכרח ונמשכתי מענין לענין באותו ענין להביא איזה הערות משמי. וראיתי אח"כ בזכות אבותי נ"ע, ושכר מצוה שומע היה לי. ורבים ממופלגי תורה וגם מגדולי הדור אז נ"ע, ושרו כמה דברים בעיניהם. בכ"ז הייתי נהבא אל הכלים מבלי להמנות בין חבורות מחברי ספרים - אולם רוח היא באנוש, ורוחו מי יכלכל, ומים רבים אשר בעוה"ר יעברו על כל המחברים בדורינו הן מהשלמים עם ה' ותוה"ק, המקנאים קנאת האמת כל אחד כפי דעתו וכפי משפטו, והן ממקנאים ומבקרי מומי חביריו ושמחים אלי גיל וישישו כי ימצאו השניאות אשר לא ימלט ולא יבצר מהם - כל אלה לא יוכלו לכבות אש אהבת התורה ללומדיה, ולהטאיד אחריו את אשר מצא בזיעת אפו - ונתעוררתי זה איזה שנים להוציא לאור חיבורי הקטן ספר: **אמרי בינה**

ח"ד ותלי"ת נודעתי מכמה וכמה גדולי הדור מאשר בחיים אתנו, ומאשר נשמתם בג"ע, כי קבלו ספרי באהבה וישמחו בו, אשרי להדור שהגדולים שומעים לקטנים, נתחזקתי לסדר גם חלק השני מחידושי אשר על ח"מ ואה"ע אמורים -, ואם כי מקרוב בדורינו יצא חיבורים יקרים מגדולי הדור בח"מ, ולא ימלט כי ימצא מחידושים הכתובים עמדי מכבר והעת והזמן לא נתן לעבור על כל דבריהם ולחפש אחריהם. בכ"ז ידעתי ג"כ כי אין אדם נוגע בהמוכן לחבירו, וגם לא ימלט שאף אם ימצאו המעיינים אפס קצהו באיזה הערה. בכ"ז גם בענין זה בעצמו ימצא חדשות בעה"י כי רבות יגעתי שלא ללכת מן המסילה בגדולות ונפלאות וכמה פעמים מצאתי שכיוונתי לדברי גדולי הדור שלפנינו ונפתחו עיני להביט באורות ראשונים וגדולי מחברים דינים מדינים שונים אשר עדיין נעלמים ועיני מופלגי תורה לא שזפתום. לכן הסכמתי לעצמי להעמיס המלאכה הזאת עלי לסדר, ולהדפיס. ואחרי ראותי בי הרבו פארותיה ויתארכו בריה. ואף כי הפסקתי בין הפרקים בכמה עניינים. בכ"ז הייתי מוכרח להשאיר פרט ועוללות ולהפסיק אף באמצע הענין. וגם להפסיק אף באמצע חידושי על ח"מ מרב העמל וההוצאה הגדולה. ואקוה לה' כי המעיין ימצא הערות גדולות ודינים חדשים אשר הוצאתי מגדולי הראשונים ואחרונים אשר לא ראיתי עוד בביאור - ולהלכה הם לי מלדבר בדרך הכרעה והמעיין יבחר. ולכן עפ"י הרוב סיימתי בצ"ע. ויתר חידושי בח"מ ואה"ע. אם יחזקני ה' ויאמצני במנוחות שאננות ויאיר עיני, אסדרם בחלק השלישי -. וכבר מילתי אמורה בהקדמה בחה"ד בהתנצלות על השגיאות אשר ימצאו המעיינים אשר לא ימלט האדם מהם באשר הוא אדם. וביותר בחלק הזה אשר בר"מ רבו פארותיה וענפיה ורבות שבעה לה נפשי עמל ורעות רוח עת עיוני מצדי צדדים מיסודי אה"ק ומנגעי בני אדם, ה' הטוב יכפר בעד, ורובי הטרדות מכל צד ה' יענגני בנופש:

ואכרע ואשתחוה לאל הרועה אותי מעודי כי קמה אלומתי, ואודה על חסדו וטובו על שפל איש כמוני, ואתפלל בכובד ראש [ואמרו חז"ל על מתני' דאין עומדין מנא הני מילי כו' אלא אמר ריב"ח ואני ברב חסדך אבא ביתיך אשתחוה אל היכל קדשך ביראתך ופריך ממאי דלמא דוד שאני דהוי מצער נפשי' ברחמי טובא. ויש להבין הא כמה דברים למדו חז"ל מדהע"ה דיני תפלה ואמר כבוד הה"ג הצדיק המנוח מו"ה חיים ז"ל [מילדי קראטשין שהי' זה ששים שנה מ"מ ומו"צ בעיר מולדתי ק' זאלשין ולא הניח בן אחריו] כי ידוע כל מה שהרבה הקב"ה להטיב להאדם החיוב עליו ביותר להודות לה' כי גמל עליו, ולהביר חסדו המרובים כמבואר במאמרי חכמז"ל ובח"ה, ולדאוג הרבה פן ח"ו קבל זכיותיו בעוה"ז. והתנא במתני' גזר ואמר על כל סוגי אנשים אין עומדין להתפלל

אלא מתוך כובד ראש, ונודע כי התפלה להקב"ה אינו ח"ו לפעול לענות כי אני ה' לא שניתי ולא ישתנה מלא רוצה לרוצה רק מתפלל ועושה פלילות עם נפשו לשופטו ולהכיר גדולות הבורא ית"ש ורב טוב אשר גמל ה' עמו ושיכיר שפלות ערכו וישתנה בעצמו שע"י הכנעתו מכיר חובותיו ומקריב ושופך נפשו לשמו הגדול או אז יחול עליו שפעת טובו ונעשה כלי מוכן לקבל ברכת ה' שיתמלא מבוקשו ומקבל תחנוניו כאשר האריך הבעל עקרים בזה ואיש אשר בכל עת מראה לו הקב"ה חסדיו ורחמיו המרובים ביותר צריך לדאוג כמ"ש הח"ה הנ"ל. לכן דהע"ה שראה בכל עת חסדי ה' אמר ואני ברב חסדך היה תמיד בפחד ויראה אבא ביתך אשתחוה. וכיון שאמר ואני אמרו ז"ל דלמא שאני דוד דהוי מצער נפשיה ברחמים טובא, שראה בעיניו שהקב"ה מתנהג עמו ברחמים. לכך הביא הש"ס ללמוד ממ"א שמשם נלמוד הציווי לכל סוגי אנשים עבדו את ה' ביראה וגילו ברעדה ובמקום גילה שם תהי' רעדה] -. וברעדה וגילה אשא עיני למרום בהודאה על העבר על אשר זכיתי להוציא לאור ספרי הלזה אשר מאמריו בסימנים כמספר שמי עם הכולל ומילוי דשם הקדוש ס"ג. ותפלה על העתיד - אנא ה'! חזקני ואמצני והאיר עיני בתורתך, ועוד אזכה לאריכות ימים ללמוד וללמד לשמור ולעשות, הורני ה' דרכך וחזק לבבי לתורתך וליראתך, וזקנתי לא יבוש ילדותי לכפר חטאתי, ויערב שיחתי, ויתמלא בקשתי, כי לא ימוש התורה מפי ומפי זרעי וז"ז ע"ע. ונהיה מעמלים בתורתך הקדושה ולעשות כל הדברים לשם פועלן - :

ועיני למרום נשואות, אנא אל ישועות, חיש נא קץ ההפלאות, חיש לנו העתידות קנא לשמך הגדול ולתורתך הקדושה, כתפילת נעים זמירות ישראל, לא לנו ה' לא לנו כי לשמך תן כבוד. ולהבין הכפל פעמיים לא לנו לא לנו, וכן התנא הקדוש רבי עקיבא זי"ע התפלל אבינו מלכנו עשה למענך אם לא למענינו ושוב אמר א"מ עשה למענך והושיענו יש לבאר עפ"י מב"ר (פמ"ד) ע"פ והנה תנור עשן כו' שמעון בר אבא משם ר' יוחנן אמר ארבעה דברים הראה לו, גיהנם ומלכיות ומתן תורה ובהמ"ק אמר לו כ"ז שבניך עסוקים בשתים ניצולין משתים פרשו משתים הם נידונין בשתים אמר לו במה אתה רוצה שירדו בניך בגיהנם או במלכיות כו' ר' יודן ור"א ור"ח בר חנינא אמרו אברהם ברר גיהנם והקב"ה ברר לו את המלכיות ומסיים הד"ד הרכבת אנוש כו' והבנת הדברים אם הקב"ה נתן לו הבחירה במה שהוא רוצה ושיברר לו אחת משתים למה ברר לו הקב"ה אח"כ ההיפך מרצון אאע"ה ה למדתי מפי סופרים וספרים דנודע שתכלית בריאת אדם הוא לקשר ולאחד את כל העולמות העליונים והתחתונים לכן הגוף מתחתונים והנר"נ מעליונים ויקח ד' עפר כו' ויפח באפיו נשמת חיים וכמו"ש

הספרים כי התכלית הוא ויהי האדם לנפש חיה לכל הנבראים והיצורים, האדם לנפש הוא עפ"י הנהגתו, ומציאותו בבחירה החפשיות אם להימין או להשמאיל והוא סולם מוצב ארצה וראשו מגיע השמימה וכל פעולותיו ותנועותיו בעוד רוח אלקים בו פועל בעליונים עד כי גם מלאכי אלהים עולים ויורדים בו. והמדות העליונות שוקטות מיום ברוא האדם והתעוררותם תלוי במעשי האדם, כמו שאמר הכתוב אלה תולדות השמים והארץ בהבראם, כי בפועל שמים נברא תחילה, אולם סוף מעשה במחשבה תחילה, ואמר ביום עשות ה', אחר שנעשה במאמרו נאמר ארץ ושמים, פעולת ושפעת עליונים תלוי במעשה בני אדם, ואין המלאכים אומרים שירה עד שיקדימו ישראל, כמאמרם ז"ל ע"פ ברן יחד כוכבי בקר אחר כך ויריעו בני אלקים:

[**ועד**"ז ביאר אאמ"ו הגאון ז"ל במאמר ר"י אמר רב סנהדרין (דף ל"ח) כשבקש הקב"ה לברוא את האדם ברא כת אחת של מה"ש ואמר להם רצונכם נעשה אדם בצלמינו, אמרו לפניו רבש"ע מה מעשיו? אמר להן כך וכך מעשיו, אמרו רבש"ע מה אנוש כי תזכרנו ובן אדם כי תפקדנו הושיט הקב"ה אצבעו קטנה ביניהם ושרפם כו'. ונודע מה שכתבו גדולי המחברים דכל כחת העליונים נתנו חלק בנשמת אדם והקב"ה עשה אותו שלום בכחותיו לפעול בעליונים ותחתונים וכיון שאמר הקב"ה וירדו כו' שעושה אותו לפקיד ומושל. ותכליתו להיות פועל במעשיו וגם בעליונים יהיה עפ"י הנהגתו, רצו לדעת אם יהיה כמוכרח או בבחירה חפשיות כי אז גם עליהם תסוב הדאגה. ובזמן שיבחר בטוב יוסיף כח בפמליא של מעלה, ע"ד באלקים נעשה חיל, וע"ד הכתוב בזוהר תנו עוז לאלקים, ואז נפתחו צנורות השפע, או באם ח"ו יבחר בדרך לא טוב מתישין כח גבורה של מעלה ונסתמו ח"ו הצינורות, ע"ד צור ילדך תשי. והשיב הקב"ה, כך וכך מעשיו שהבחירה יהיה בידו בחפשית במה שיבחר, ואז אמרו מה אנוש כי תזכרנו, כיון שהוא מורכב, ובן אדם אף אם יהיה במעלה ענף מאדם יציר כפיו של הקב"ה, כי תפקדנו, שהוא יהיה פקיד ומצווה עפ"י תהלוכותיו, וע"פ יצאו ויבאו גם העולמות העליונים. ויתר כל דברי המאמר ביארתי בעזה"י בדרשותי ע"נ, ואתערותא דלעילא תלוי באתערותא דלתתא, והאדם מעורר מדות העליונות, ע"ד מפי עליון לא תצא הרעות והטוב, וינתן לאיש כדרכיו וכפרי מעלליו, ע"ד ונתן לך רחמים ורחמך כל המרחם על הבריות מרחמין עליו מן השמים. ואמר הנביא אני ד' עושה חסד, משפט וצדקה תלוי בארץ לפי מעשיו הצדיקים מהפכין מה"ד לרחמים, והרשעים ח"ו להיפך, וע"ד שאחז"ל במדרש אמר לו הקב"ה למשה לך אמור להם לישראל אקיק אשר אקיק מה אקיק כשם שאתה הוה עמי, כך אני הוה עמך וכן אמר דוד ה' צלך על יד ימינך מהו ה' צלך כצלך מה צלך אם

אתה משחק לו הוא משחק לך ואם אתה בוכה הוא בוכה כנגדך ואם אתה מראה לו פנים זעומות או מוסברות אף הוא נותן לך כך אף הקב"ה ה' צלך כשם שאתה הוה עמו הוא הוה עמך. ונודע בגדר אהבה שאינ' תלוי' בדבר בוחר האוהב בטובתו של אוהבו יותר מטובתו ע"ד אהבת דוד ויהונתן, ואאע"ה שהקב"ה קראו אברהם אוהבי, כשנתן לו הקב"ה הברירה במה שיבחר או בגיהנם או בשעבוד מלכיות, ל"ה חושש ע"ע ועל אהבת זרעו, ותשוקתו וחפצו היה רק לפרסם שמו הגדול וטובו והשגחתו גם בתחתונים, ע"ד שאמרו ז"ל לא הי' אדם שקרא להקב"ה אדון עד שבא אברהם, ועיקר מגמתו ורצונו להוליד זרעו לקיום המין, ולמען יצוה בניו אחריו ושמרו דרך ה', העיקרים המקרבים האדם לה' ושי"ח יכריזו שמו הגדול ויהי כבוד ה' לעולם, ושיקל הקלות והחמורות שיש בשתי אלה אשר ידונו בהם כי לכ"א יש מעלה וחסרון הראשון נגד השני, גיהנם ר"ל יש לו חסרון שנפשו נידון בעונש רוחני ועולם עומד אשר שקול רגע אחת יותר מיסורי עוה"ז כל ימי חייו כנודע. אולם מעלה יש בזה שכבוד ה' במקומו ולא מתחלל ש"ש, והרשעים מצדיקין את הדין ע"ע ולעומת זה עונש שעבוד מלכיות, הגם שהוא רק עונש גופני ובעולם עובר כי חרוצים ימי אדם, בכ"ז יש חלול כבוד שמים, ע"ד עם ה' אלה ומארצו יצאו, ואברהם בעוז אהבתו להקב"ה הבלתי תלויה בדבר, בחר שיהיו נידונין בעונש רוחני ח"ו, אף כי גורל רע ומר הוא לזרעו אחריו, טוב לו יותר למען שלא יתחלל ח"ו כבוד שמים. ובאהבתו הזאת העזה כמות התעורר גם כן אהבת הקב"ה לזרעו אחריו אהבה שאינו תלוי' בדבר, ובירר לו המלכיות ומחל על כבודו, ובחר בטובתם של זרע אאע"ה שלא יהיו נדונין ח"ו בעונש בלתי תכלית. וזרעו אחריו מחויבים בכל עת לעורר מדות העליונות ולהתפלל על כבוד שמים וקב"ה ואורייתא חד, ולמען יתגדל ויתקדש שמיה רבה. ויקרב קץ הגאולה אף אם אין אנחנו מגיעים לזה למדרגות גאולה שלימה, ואז ישאר אחד בעיר ושנים במשפחה ע"ד למעני למעני אעשה, אם אעשה למעני שיתקדש שמי למעני אעשה מה שיהיה צריך למען שמי. וישאר בארץ כנוקף זית ויהיו ימים אשר יאמר אדם אין לי חפץ בהם. עכ"ז באהבתינו את ה' ושמו הגדול שיתגדל ויתקדש אנו בוחרים באמת וצדק אך למען יחיש הגאולה ויצמיח קרן ישועתו -:

אולם לעומת זה יתעורר עי"ז אהבת ה' אל זרעו של אאע"ה שלא יחוש על כבוד שמו וסובל ומעלים עין עד כי נשוב אל ה' בלב שלם ובנפש חפיצה, ע"ד שובו אלי ואשובה אליכם, וחסד אל כל היום, יתגבר על מדה"ד באהבתו לחוש לזרעו של לכן התפלל דהע"ה בעד כנס"י לא לנו ה' וכפל לא לנו שלא יחוס עלינו רק כי לשמך תן כבוד וזה גם כן בתפילת התנא הקדוש ר"ע זי"ע אבינו מלכינו (וכבר פירש אאזמ"ו הגאון הצדיק

ז"ל בעל דברי משפט מה שאנו מבקשים סלח לנו אבינו כי חטאנו מחל לנו מלכנו כי פשענו, הגם כי בין כך ובין כך נקראים ישראל בנים למקום אולם בן הוא ענף מהאב וזה יתכן לומר על נשמת ישראל, והגוף הוא חומר עכור והוא לנשמה כמשרת להוציא מכח אל הפועל פעולתיה. והנשמה והגוף הוא כמרכיב חיגר ע"ג סומא ונודע כי הנשמה היא כשוגגת ורצונה לעשות רצון אבינו שבשמים רק השאור שבעיסה מעכב והגוף הוא כמזיד לכך תקנו לנשמה שתזעק אל אביה שבשמים סלח לנו אבינו כי חטאנו שהיא בגדר חטא בשוגג, והגוף אומר מחל לנו מלכנו כי פשענו) עשה למענך אם לא למעננו אף אם אין אנחנו ראוין ח"ו יעשה למען שמו הגדול שיתקדש ושוב אמר שלא יתעורר בזה אהבתו של הקב"ה שיחוס עלינו עשה למענך כמובן] ואנחנו בעוה"ר בדורינו השפל ירד קרן ישראל וקרן תוה"ק באריכות הגלות המר. דור מה רמו עיניו שמו אור לחושך וחושך לאור ידענו כאשר ירחם הקב"ה ויחוס על כבוד שמו הגדול ותוה"ק ויחון אותנו בגאולה שלימה אזי בוש נבוש באלו פנים לקדם וכמו שאמר עזרא הסופר זי"ע בושנו במעשינו ונכלמנו בעונינו. בכ"ז רע ומר לנו לראות בכליון עינים חילול שמו הגדול ודתי תוה"ק. קרב נא קץ ישועתינו ויהיה מה, למענך עשה ולא לנו ע"ד שאמר ייתי אף אם לא אחמיני'. ויתגדל ויתקדש שמו הגדול ויאמר לאסורים הקשורים בתאות עוה"ז צאו. ולאשר בחושך הגלו העם ההולכים בחושך יראו אור גדול ואור תוה"ק הבהיר בשחקים יהל ויזרח כיום נתינתה. דברי המחכה ומצפה לישועת ה', המחבר הבא עה"ח פה קרתא קדישתא **ירושלם** תובב"א יום ו' עש"ק אדר"ח אדר שנת **יורנו וישמחו** חפצי צדקי לפ"ק: **הצעיר מאיר** בלאאמ"ו המנוח הגאון מו"ה **יצחק איצק** אויערבאך זלה"ה בעה"מ ספר דברי חיים.

ומחזיקנא טיבותא לאוהבי ורעי ולהגבירים הרמים והנשאים אשר החזיקו בידי ובכסף מלא קנו הספרים מח"ר אמרי בינה והיו לי לעזר ההוצאה הגדולה בחלק שני הלזה - ובפרטות שם עולם אתן לידידי היקר והנכבד בעדתו הגביר המפורסם נדיב ושוע רודף צו"ח מ' **יהודא ליב קושמרעק** נ"י בהתנות מ' אליקום ז"ל במדי' פולין ברוסיא יר"ה. אשר הי' לי לעזר בההוצאות הדפוס בח"ר. וגם שוב שנית בחלק הזה בסך מסויים ביקרת רוחו. יברכהו ה' מציון וזרעו ובניו ובנותיו וחתניו היקרים שיחיו, ואת נות ביתו המאושרה אשת חיל מ' שידה תי'. וגדול יהי' כבוד בית האחרון אהל בל יצען לנצח ובניו הברוכים אשר זכה להוליד מאתה ילדי שעשועים המסולאים הנקובים בשמותם, הבכור לאמו בפטר רחם משה שיחי', והשני עקיבא שיחי', וחוט המשולש לא ינתק דוב בער שיחי', כולם יעמדו על הברכה, ויזכו הוריהם לגדלם לתורה ולתעודה ולרב טוב,

ודור ישרים מהם יצא ד' הי' מגן בעדם וישמור וינצור אותם מכל מכשול ופוקה ושמש הצלחה בעושר ובאושר יזרח באהליהם נצח סלה ועד ויהי' ברכה והצלחה במעשה ידיהם, ופועל ידיהם ירצה -. והפעם אבקש מאוהבי תורה ואוהבי יודעי ומכירי אחי ורעי הביאו נא אל בתיכם גם את החלק הלזה והיו נא מתמכין דאורייתא תתברכו מציון ותזכו לרב טוב כעתירת המחבר:

דיני דיינים

סימן א

כתב הרמב"ם במנין המצות (קע"ו) שציונו למנות שופטים ושוטרים כו' ומתנאי מצוה שיהי' השופטים האלו למעלה מדרגה ממדרגה וזהו כשיתמנו בכל עיר כ"ג דיינים מקובצים כולם במקום א' בשער העיר שהוא ראוי למספר הזה ואלו הן סנהדרי קטנה ויתמנו בירושלם ב"ד הגדול משבעים דיינים כו' ועיר שאנשיה מועטים שאינה ראוי' לסנהדרי קטנה יתמנו בה שלשה לעשות הדינים והדבר הקשה יביאו למי שלמעלה והם ימנו שוטרים וכו' והציוי שבא במצוה זו הוא אמרו שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך. מבואר מדבריו דגם ב"ד של ג' למנות בכל עיר בא"י בזמן הסמיכה בכלל המנויים כן כמו שחוב למנות סנהדרי גדולה וקטנ'. וכ"כ בס' החינוך והרמב"ן על התורה פ' שופטים כ' ציוה בתו' עד אלקים יבא דבר שניהם ונתן בפלילים א"כ מצוה שיהי' לישראל פלילים באר בכאן שישימו שופטים בכל עריהם כאשר יתן להם השם את הארץ כו' הרי מבואר דאף מה דכתב עד אלקים יבא דבר שניהם והוא דיני ממנות דסגי בשלשה ג"כ נכלל במצו' זו ולכאור' ק' אם נאמר דנכלל במצו' הזו שלשה ג"כ למה לא קתני במתניתין דריש סנהדרין דאין ממנין ב"ד של שלשה רק ע"פ סנהדרין ב"ד של כמו דקתני אין עושין סנהדריות לשבטים אלא עפ"י ב"ד של ע"א וכתב שם רש"י דלאו דוקא לשבטים רק שהיו מושיבים סנהדרי קטנה של כ"ג בכל עיר ועיר כדכתיב תתן לך בכל שעריך וצריכין ב"ד הגדול שבלשכת הגזית לצאת ולהושיבה ובש"ס (די"ו) ילפינן זאת כדאשכחן במשה דאוקי סנהדראות ומשה במקום ע"א וכן מבואר ברמב"ם (פ"ה) דסנהדרין דאין עושין סנהדרי קטנה לכל שבט ולכל עיר אלא עפ"י ב"ד של ע"א ולא מצינו שב"ד של שלשה יהיה צריך דוקא שיתמנו עפ"י סנהדרין ואם נאמר דמצות מינוי שופטים הוא ג"כ על עיר שאין בו ק"כ שיהיה ב"ד של ג' למה לא היו צריכין ג"כ שיתמנו עפ"י סנהדרי גדולה כדאשכחן במשה. וברמב"ם (פ"א ה"ד) כ' עיר שאין בה ק"כ מעמידין בה שלשה דיינים וכ' הכ"מ דהא פשיטא שאין מניחין אותה בלא ב"ד. ובאמת

מדבריו במנין המצות מבואר דהוא בכלל העשה דשופטים ושוטרים תתן לך ויש להבין כנ"ל דמניין לו זה. וממ"נ אם הוא בכלל ב"ד של ג' ג"כ יהיו צריכין שיתמנו מב"ד הגדול דהא אף למנות לדון לדברים יחידי' ולסמוך אותו מבואר ברמב"ם (פ"ד ה"ח) דהיה צריך שיהי' ראוי לכל הדברים ועיי"ש בלח"מ מירושלמי (פ"א) דחגיגה ומשה רע"ה דאוקי סנהדראות אוקי ג"כ ב"ד של שלשה. ואולי באמת ל"ה צריך רק לאוקי סנהדראו' כי היו כל ישראל ביחד וד"מ היה יכולין לדון ג' מהם משא"כ במצות מינוי השופטים דנאמר בכל שעריך ועיר שאין בו ק"כ ל"ה מעמידין רק ג' מ"מ מניין לו זה דהנך ג' אם יש מצוה למנות דא"צ להעמידן ע"י סנהדרי גדולה:

ונראה דבאמת הרמב"ם יליף זאת דאף ב"ד של ג' הוא בכלל המצוה מספרי ר"פ שופטים דשם קאמר מניין שממני' ב"ד לכל ישראל ת"ל שופטים כו' כמו שמובא בש"ס (דף י"ו) ואח"כ אמר ושפטו את העם בע"כ משפט צדק זה מינוי הדיינים וגירסת הגר"א ז"ל ושפטו את העם זה מינוי הדיינים עי"ש הרי מבואר דמלבד מה דכ' הצווי תתן לך בכל שעריך הוסיף עוד צווי ושפטו את העם זה מינוי הדייני' וזה לא נכלל בכלל שופטים ושוטרים תתן לך דשם מזהיר על סנהדרי גדולה וקטנה ומתמנים ע"פ סנהדרי גדולה סנהדרי קטנה כדאוקי מרע"ה ומלבד זה הזהירה התורה ושפטו את העם שזה מינוי הדייני' היינו בעיר שאין בו ק"כ דלא נכלל בכלל שעריך למנות ב"ד של ג' ואלה ל"צ להתמנו' מפי ב"ד הגדול דוקא רק אם היו סמוכין מסמוך לבד סגי והנך שלשה לא מצינו דאוקי משה ולכך לא היו צריכין להתמנות ולהעמידן סנהדרי גדולה דוקא כיון דהיא מצוה פרטית על כל ישראל:

והנה הרמב"ן שם כ' דהמצוה הזאת נוהגת בכ"ז בד"מ ובדברים הנדונין בחו"ל אבל בזה"ז אחר שבטלה הסמיכ' כל המשפטי' בטילין מה"ת דכתי' לפניהם ולא לפני הדיוטות ואין דיינין בחו"ל אלא תקנה דשליחותייהו עבדינן אין אנו חייבין במצות מנוי השופטי' מה"ת כלל עכ"ל ויש להתבונן הא גם בזמן הסמיכה דמשגלו סנהדרי גדולה ממקום לשכת הגזית לא דנו דיני נפשות כמבואר בש"ס ע"ז (דף ח) מלמד שהמקום גורם ועי"ש בתוס' וברמב"ם (פי"ד) מסנהדרין ולמה היה צריך סנהדרין של כ"ג בחו"ל וראיתי ברמב"ן פ' מסעי ע"פ בכל מושבותיכם דהקשה הא לאחר החורבן אינו נוהג ולמה נאמר לדורתיכ' בכל מושבותיכם וכתב ואולי הם דורשים אלה לכם לחקת משפט על הסנהדרין הנזכרים בפרשה שנאמר לפני העדה למשפט ושפטו העדה ויאמר שתהיה לנו לדורות עדה שופטת אפילו לאחר החורבן לדון דיני קנסות וגזלות וחבלות וכל דבר שבממון ושל מלקות ארבעים עכ"ל. וקשה הא לכל אלה א"צ ב"ד של כ"ג כמבואר ריש סנהדרין דאף

מלקו' בשלשה ולא קיי"ל כר"י דסובר בכ"ג ובש"ס (דף יוד) קאמר דאתיא רשע רשע מחייבי מיתות ואנן אף דפסקינן לגז"ש הזאת לענין משלשין בממון ואין משלשין במכות כמבואר מס' מכות מ"מ פסקינן דסגי בשלשה לענין מלקות כת"ק ועיי"ש בחידושי ר"ן סנהדרין דרבנן לא ילפי לגבי הא מילתא דמיתה שהוא דבר גדול צריכא דיינין הרבה אבל מלקות דלא חמיר כולי האי אין לנו לומר שתתפשט הגז"ש לענין זה א"כ כיון דסגי בג' על איזה דבר קאי לחקת משפט על הסנהדרין הנזכרים בפרשה דשם נאמר לפני העדה ושפטו העדה דקאי על סנהדרי קטנה כמבואר במתני' דריש סנהדרין עדה שופטת ועדה מצלת ומכאן ילפינן כ"ג ולדורות כיון דליכא דיני נפשו' ואלה שפרט הרמב"ן לדיני קנסות ומלקות סגי בב"ד של שלשה. ועוד דלר' ישמעאל אם ילפינן הגז"ש לגמרי או כיון דמלקות במקו' מיתה עומדת כדברי רבא בש"ס שם מהראוי לומר דבכ"ג והוא דוקא אם יש מזבח וסנהדרין במקומו כמו לענין מיתה:

וראיתי בספר יראים (סי' רמ"ד) שכ' הא דנגדיה רבא משום לאו דלא יקום ההוא מלקו' מדרבנן דהא איתקש בסנהדרין דיני מכות לדיני נפשות בגז"ש דרשע רשע ודיני נפשות אין דנין אלא בזמן שסנהדרין נוהגת עכ"ל ובל"ס הא דכ' בזמן שסנהדרין נוהגת כוונתו על זמן שיושבת בלשכת הגזית כנ"ל והיינו לר' ישמעאל דסובר גז"ש דרשע רשע לכל מילי ומלקות במקום מיתה ובכ"ג דאז ממילא בזמן שאין מיתה נוהגת גם מלקות אינ' נוהגת וצ"ע דלרבנן סגי בג' ואנן קיי"ל כרבנן ואם כוונתו רק בזמן שסנהדרין נוהגת היינו אף בזמן שלא היה נוהג דיני נפשות זה מניין לו לחלק ומדברי רמב"ן מבואר דמלקות שוה לדיני קנסות אך דבריו ג"כ אינם מובנים לי אם ע"ז קאי לחקת משפט לכל דורותיכם בכל מושבותיכם הא ל"ב ושפטו עדה דהוא סנהדרין של כ"ג דוקא וסגי בשלשה ודיני קנסות נוהגת בכל זמן סמוכין ול"ב דוקא סנהדרין וצ"ע:

עוד קשה לכאורה על הרמב"ן דאם הך קרא לא קאי דוקא על דיני נפשות רק על כל דבר שבממון ומלקות למה לא נאמר דנוהג לדורות אף בזמן דליכא סמוכין כמו לענין קבלות גרות דכ' תוספות קידושין (דס"ב) בשם הר"ר נתנאל דבגר כתוב לדורותיכם דמשמע בכל ענין אע"ג שאין מומחין דע"כ השתא ליכא סמוכין ולדורותיכם משמע לדורות עולם וכ"כ הרמב"ן בחידושיו ליבמות (דמ"ו) מדמבואר כריתות (ד"ט) אלא מעתה האידנא דליכא קרבן לא נקבל גרים ומשני וכי יגור אתכם גר או אשר בתוככם לדורותיכם כתיב ע"ש א"כ נימא ג"כ לענין משפט כיון דכתיב לדורותיכם יהיה נוהג לדורות עד עולם אף אם ליכ' סמוכין ואף דכ' רש"י (שמות י"ב פסוק י"ד) לדורותיכם שומע אני מיעוט דורות שנים ת"ל חקת עולם והוא מן מכילתא שם א"כ ה"נ לענין קבלות גרות נאמר

מיעוט דורות שנים וכן נמי לענין משפט אולם כבר כ' שם בזית רענן מבעל מג"א ז"ל דמה"ת לומר דוקא ב' דורות יתחייבו וכ' דה"א משבאו לארץ א"צ לזכור יצ"מ ביו"ט רק ביאת ארץ בענין שנאמר ולא יאמר עוד חי ד' כו' ועיין נו"ב תנינא או"ח (סי' פ"ז) אבל בכ"מ דכתיב דורותיכם הוא עד עולם וא"כ נאמר ג"כ מדכ' חקת משפט לדורותיכם הוא עד עולם כמו לענין קבלות גרים אף דליכא סמוכין. ובאמת הרמב"ן יבמות שם סיים ואפשר דמה"ת אפילו הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין. אולם זה קשה למאד דמבואר בש"ס דהוא רק מתקנתא ולכך דנין רק במלתא דאית ביה חסרון כיס ושכיח ויש בזה כמה פרטים וקנס לא עבדינן שליחותייהו וכ"כ הרמב"ן עצמו פ' שופטים כנ"ל דבזמה"ז דליכא סמוכין כל המשפטי' בטלין מה"ת דכ' לפניהם ולא לפני הדיוטות ואין דנין בחו"ל אלא תקנה דשליחותייהו עבדינן וליכא מצוה דמנוי השופטים וכ"כ כל הפוסקים וכן בר' ירוחם מישרים (ח"א ח"ד) כ' מצוה מדרבנן למנו' שופטים בכל עיר אע"ג דאין לנו סמיכה עתה כדמוכח בסנהדרין עכ"ל עכ"פ מבואר דמה"ת ל"מ הדין אף בשליחותייהו דסמוכין וע"כ מדכ' אלקים בעי סמוכין:

הן אמת שראיתי בקרית ספר מבעל מבי"ט (סוף פ"ה) דסנהדרין דכתב וז"ל כל הנסמכין בא"י דנין דיני קנסות אפי' בחו"ל כו' וכן אפילו בלא סמיכה נראה דמדאורייתא דנין דייני חו"ל אפילו בדבר שאינו מצוי בדיני ארץ דבזמן שאין סמיכה כולן שוין והכל הולך אחר החכמה עכ"ל והדברים נפלאים לכאורה דהא מה"ת בעינן סמוכין ומבואר בש"ס ובכל הפוסקים דאף בדבר המצוי דנין רק מתקנה בשליחותייהו דמומחין וכל הדיינין בטלין מה"ת וכמבואר ברמב"ן וטור ואולי כוונתו דהא דכתיב לפניהם ולא לפני הדיוטות דרשינן דאסור לדון לפני הדיוטות דומיא דולא לפני עכו"מ וכמ"ש הרמב"ן פ' משפטים ודעתו דבקבלו עליהן ליכא איסור וא"ד ללא לפני עכו"מ ודעת הר"ן בחידושיו ריש סנהדרין דאף איסור איכא אעפ"י שקבלו עליהם כדי שלא ישתמשו הדיוטות בכתר המומחין אסרה התור' שלא לבא לפני הדיוטות רק השתא בשליחותייהו עבדינן והם מחלו כבודן ע"ז עי"ש באורך דלא נתנו רשות רק במלתא דשכיחא ומטעם נעילת דלת. וסובר המבי"ט דאיסור דלא לפני הדיוטות הוא דוקא בזמן שיש סמוכין בעולם אבל בזמן שאינו סמוכין ליכא איסור דלפניהם ולא לפני הדיוטות כיון דהוא רק איסור מכלל דלפניהם הוא דוקא בזמן שיש סמוכין ולא בזמן דליכא דאז מדאורייתא מותר לדייני ישראל לדון אפילו בדבר שאינו מצוי. אולם גם זה דוחק דמנ"מ דהא ל"מ הדין בכפיי' רק בקבלו עליהן ובקנס כנראה אף בקבלו עליהן לא מהני כמבוא' בש"מ ב"ק פ' החובל ויבואר אי"ה לקמן. וגם אם נאמר דהשתא דליכא סמוכין ליכא איסור דלפניהם נאמר

ג"כ ח"ו דליכא איסור תורה לדון בפני דייני עכו"מ כיון דכל האיסור הוא מלפניהם ולא לפני עכו"מ נאמר דכל איסור זה הוא דוקא בזמן שיש לדון לפניהם היינו לפני סמוכין ובזמן דליכא סמוכין ליכא איסור זה וזה לא ניתן להאמר וכן מבואר בב"י (סי' כ"ו) משם תשובת רשב"א דאיסור זה הוא חמור מאד מה"ת אף בזה"ז וכמרים יד בתורת משה ח"ו. ועיין שיטה מקובצת ב"ק (דף פ"ד) שכ' משם מקצת גדולי הדורות שכל שהצריכו מומחין לגזילות וחבלות לא נאמר אלא בזמן שיש בעולם מומחין אבל כ"ז שאין שם מומחין דנין בהם בבאין בשליחותן שאל"כ בטלו כל הדינים שהעולם חרב. מבואר דרק בשליחותן ובמה דאינו מצוי דלא נאמר בש"ס שליחותייהו עבדינן לא דנין:

וראיתי בס' רביד הזהב פ' משפטים ע"פ אל אלקים דכ' התור' למדנו שלא יסורו הדינין ומשפטים כל הימים מדכ' פ' שופטים ובאת אל הכהן ואל השופט אשר יהיה בימים ההם והרי גלוי לפניו שיגלו ויתבטל הסמיכה כו' הא לא מסר הכתוב אלא לחכמי' לפי הזמן באיזה דבר נעביד שליחותייהו וכה"ג מפורש לענין קבלות גרים עיי"ש וכ"כ פ' שופטים מדכתיב בימים ההם משמע כל ימות עולם ודבריו מוקשים דמשם ודאי לא נוכל ללמוד ואדרבא מבואר בש"ס מדכתיב אל הכהן ואל השופט בזמן שיש כהן יש שופט ובזמן שאין כהן אין שופט לענין מיתה א"כ ע"כ דבימים ההם לא משמע כל ימות עולם. רק זה היה לו למימר מדכתיב ג"כ לחקת משפט לדורותיכם וכקושית רמב"ן אבל קרא דבימים ההם ע"כ לא קאי רק על זמן שסנהדרין יושבין במקום לשכת הגזית והמקום גורם והא דדרשינן במס' ר"ה סוף (פ"ב) וכי תעלה ע"ד שאדם הולך אצל הדיין של"ה בימיו הא אין לך לילך אלא אצל שופט שבימיו זה ודאי אסמכת' בעלמא הוא אבל לא מה"ת דלא קאי קרא רק על זמן שיש בית הבחירה וכנ"ל ועי"ש ריטב"א בחידושיו שכ' ושמא תאמר דוקא בסנהדרין לכך אמר אל תאמר מה היה שהימים הראשונים היו טובים מאלה והיינו דלא שיילינן מאי ואומר והא דכתיב לחקת משפט לדורותיכם בכל מושבותיכם דדרשינן מזה אף בחו"ל ורק בזמן שהיו סמוכין ע"כ מדכתיב להדיא בפרשת משפטים לפני אלקים גלי רחמנ' בהדיא דבעינן דוקא סמוכין רק לענין קבלות גר דילפינן דבעי מומחין רק מדכתיב משפט בזה גלי קרא דלדורותיכם דמקבלין גרים אף בזמן דליכא סמוכין אבל לענין משפט ד"מ דכתיב בהדיא אלקים לא סגי דל"ב מומחין רק מטעם דשליחותייהו עבדינן וזה לא מהני מה"ת רק מטעם תקנתא דרבנן וכמו שכ' הרמב"ן וכל הראשונים ובנתיבות כ' דהוא מה"ת רק שנמסר לחכמים ולא עשו אותן לשלוחים רק במקום דאיכא נעילת דלת ונמסר לחכמים והביא ראיה מקבלת גרים. וזה בדברי ס' רביד הזהב הנ"ל וכבר כתבתי דלא נראה כן מכל הראשוני':

וקצת י"ל הכרעה בזה דראיתי בספר הראב"ן (דף קל"ט ע"ד) דכ' וז"ל ורב יוסף נמי דאמר אנן שליחותייהו עבדינן ה"מ דכיון דתנן ואלו שכופין להוציא והן בני ארץ ישראל שנו המשנ' כי מעשינן שליחותייהו עבדינן אבל הכא היכן אמרו במשנה להפקיע קידושין כי הני דנעבד אנן שליחותייהו עי"ש בדבריו והרי זה דבר חדש למאד דתנאי בעינן בדבר דעבדינן שליחותייהו דנשנה הדבר במשנה דבני ארץ ישראל שנו זה וזה לא משמע מפשטות הש"ס דהא כו"כ דינין שהמציאו בש"ס אח"כ תנאים ואמוראים בבבל וגאונים ופוסקים מתוך מו"מ של הלכה ולא ידענו כלל אם נשנה דין הזה בא"י בזמן הסמוכין וגם אפשר שהיו דנין להיפך ובכ"ז בהודאות והלואות עבדינן אנן שליחותייהו. וא"כ י"ל דבאמת זה הוא מתקנתא דרבנן ומצד נע"ד דדנין בכל דבר כפי שיקול דעת והכרעות הב"ד בין הפוסקים אבל בדבר המפורש במשנה מה דשנו בא"י הדין שכן הוא בזה מהני אפשר הדין מה"ת ובשליחותייהו דקמאי ובזה י"ל דא"ש הקרא והיה אלה לכם לחקת משפט לדורותיכם וכן קבלות גירות דכתיב לדורותיכם שאין בזה הורא' אף דכ' משפט וצריך מומחין סמוכין מ"מ גלי לן הקרא דמהני מה"ת מדכתיב לדורותיכם:

וי"ל נמי בענין עשוי על הגט שכופין להוציא דכ' הר"ן ריש סנהדרין וז"ל ואותה הסוגיא דפרק המגרש הוא ענין מצוה אחרת שאמרה תורה שאסור לדון לפני הדיוטות ואעפ"י שקבלו עליהן בעלי הדין את דינם כדרך שאסור לבא לפני עכו"מ אעפ"י שקבלו עליהם בע"ד את דיניו ואעפ"י שבשניהם הדין אינו כלום מה"ת אפי"ה כדי שלא יבואו בערכאותיהם שהוא עילוי יראתם או כדי שלא ישתמשו ההדיוטות בכתר המומחין אסרה התורה שלא לבא לפני הדיוטו' וזה שאלתו של אביי לר"י כלומר אעפ"י שתקנו חכמים שיהיה הדין כשר בהדיוטו' עדיין איסו' זה במקומו עומד ואין כח בחכמים לבטל זה הענין והוא לטול כתרן של מומחין וכן אעפ"י שהיה יודע שעשוי הגט מועיל מתקנות חכמים מ"מ למה לא חשו על איסור לפניהם ולא לפני הדיוטו' ותירץ לו דשליחותייהו קא עבדינן והם שנתנו כח לדון בהדיוטו' הם עצמן מחלו כבודן ע"ז ובשלוחותן עושין מה שעושין הדיוטו' בבבל וזה שאמרו מד"ה אהודאות והלואות שהדין דין ולענין איסור סומכין על שליחותן עשוי הגט נמי דכוותייהו עי"ש עוד באורך. [ומה דכ' דיש איסור להדיוטות לדון אף בקבלה דומיא דלפניהם ולא לפני עכו"מ הוא חולק בזה על הרמב"ן פ' משפטים כנ"ל ולדבריו הא דקתני במתניתן נאמן עלי שלשה רועי בקר הוא ע"כ השתא אם ליכא סמוכין וניתן רשות לדון בשליחותייהו דקמאי אז ליכא איסור בקבלה אף להדיוטות ממש דל"ש לומר שמשתמשין בכתרן של מומחין כיון דליכא סמוכין או אף בזמן דאיכא סמוכין בדברים שניתן רשות לדון אף בא"י שלא יצטרכו להטריח

לעלות לדון לפני סמוכין כמ"ש הר"ן שם בזה ליכא איסור לדון ע"י קבלה ומהני אם אומר נאמן עלי שלשה רועה בקר אבל לדון בכפיה לעולם יש איסור ולאביי אף אי עביד לא מהני הדין ולכך שאל לר"י על האיסור] ומבואר מדברי הר"ן שעשוי הגט מועיל מתקנות חכמים וכן מבואר ברמב"ן מס' יבמות (דף מ"ו) דשליחותא דהדיוטות משום תקנתא דרבנן וגבי קידושין וגיטין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש הרי דסובר דל"מ רק מדרבנן ועיין ב"י וסמ"ע (ס"ק ג'):

וזה זמן כביר נתקשתי בזה למה צריך לזה בעשוי הגט לתקנתא דרבנן הא מבואר בש"ס ב"ב (דף מ"ח) דאף אם תלויה וזבין זביני ל"ה זביני מ"מ הא דתנן בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני משום דמצוה לשמוע דברי חכמים והיינו דגמר בלבו לגרשה דמצוה קעביד מאחר שחייבוהו חכמים להוציא. וכמ"ש שם הרשב"ם וא"כ אף דאנן הדיוטות אנן מ"מ כיון דמצוה קעביד מדרבנן עכ"פ לשמוע לדברי חכמים נימא דגמר ומגרש ובתוס' שם הקשו אמאי בעכו"ם פסול משום לפניהם ולא לפני עכו"ם ועכו"ם לאו בני עשוי נינהו נימא דאגב אונסיה גמר ומגרש וכתבו כיון שע"י כפית עכו"ם ניתנו הוי שלא כדין ושלא כדין הוי כמו מתנה וע"כ הא דפסול בעכו"ם אף אם היה מתחייב באמת עפ"י דתוה"ק להוציא מ"מ ל"ה כמכר כיון דלא נתרצה בזה לקיים המצוה רק ע"י הכפיה וכפיית עכו"ם היה שלא כדין הוי כמתנה וזה היכא דהוי שלא כדין אבל ע"י דייני ישראל אף דאנן הדיוטות אנן ומה"ת אין יכולין לכוף להוציא מ"מ כיון דיש רשות לדון בשליחותייהו דקמאי אף שהוא מדרבנן מ"מ שייך ביה מצוה לשמוע דברי חכמים וא"כ גמר בלבו לגרשה דמצוה קעביד ומהני הגט אף מה"ת. וצריך לדחוק דהא בכה"ג מצינו ריש מס' כתובות דאין טענת אונס בגיטין דאפקעינהו רבנן לקדושין משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה וכ' הרשב"א בתשובה (סי' אלף קס"ב) דכל עיקרא דמלת' לאו משום עגונה בלחוד הוא אלא משום מאן דיהיב גיטא כי היכא דלא ליפקעינהו רבנן לקידושי מיניה ומשוו לבעילתו בעילת זנות אסוקי מסיק אדעתיה כל אונסא דשכיח ואפילו שכיח ולא שכיח מחול להו הא בכדי לא אפקעינהו ע"ש ועיין בית מאיר (סי' קמ"ד) וקשה למה צריך כלל לומר דאפקעינהו תפ"ל כיון דלא אתני דאם יאנס מלבא שיתבטל הגט נימא כיון דלא בא יהיה גט בשלמא אם לא תקנו רבנן דאין טענת אונס שפיר אף בלא אתנה מ"מ היו לו טענת אונס דהוי דברים שבלב דכל אדם ואנן סהדי דל"ה דעתו על אונס דשכיח ול"ש אבל השתא דתקנו חז"ל דמשום צנועות ופרוצות שלא יהי' לו טענת אונס וכל מי שיתן גט על תנאי אם לא אבא יתן על תנאי שלא יהיה לו טענת אונס שוב כיון דלא הותנה בתנאי שיהיה לו טענת

אונס הוי דברים שבלב ול"ה דברים. וצריך לומר כיון דמד"ת יש לו טענת אונס חששו חכז"ל על אחד שלא יהיה בדעתו ליתן על אופן שלא יהיה לו טענת אונס לכך אתו עלה מטעם אפקעינהו וכדי שלא יהיה בעילתו בעילת זנות ודאי עושה על דעת חכמים כן נמי בזה לכוף אותו לגרש אף דמצוה לשמוע דברי חכמים וגמר ומגרש מ"מ צריך לבא מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן וכדי דלא לשוי' בעילתו בעילת זנות גמר ומגרש ובל"ז כיון דמה"ת אנן הדיוטות אנן ל"מ ומ"מ הוא דוחק דלמה ל"א מטעם מצוה לשמוע דברי חכמים בלבד גמר ומגרש מדעתו והא דצריך בריש כתובות לטעם זה יבואר אי"ה במ"א:

ולמ"ש י"ל באמת אם דנין בדין המפורש במשנה דכופין להוציא וכופין אותו ב"ד שאינן סמוכין כיון דעצם הדין בכחם לדון אף מה"ת בשליחותייהו דקמאי כיון דהדין נשנו בא"י ואין בו שום מו"מ של הלכה ועל הכפיה אף דכתיב לפניהם ואין רשות מה"ת להדיוטות לכוף בשוטים ולייסר מ"מ כיון דתקנתא דרבנן הוא אף לכוף מפני תקנות עגונו' כמ"ש הר"ן שם ובמס' גיטין שוב מהני מה"ת הגט דודאי אף של"ה רוצה מקודם לכן שוב נתרצה משום דמצוה לשמוע דברי חכמים. אבל אם גוף הדין אינו מפורש ונשנה בא"י רק שאח"כ נפק הדין שחייב להוציא או שהזדמן דין לפני הב"ד שלא נתבאר במשנה והכריעו שהדין הוא שחייב להוציא בזה גוף החיוב להוציא אינו מה"ת כלל דאנן הדיוטות אנן ומה"ת אין כאן הכרעה ואנחנו לא נדע מה הוא רק גם לזה נתנו כח ורשות לדון בשליחותייהו וגם לכוף ובזה ל"מ רק מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כיון דלא איתברר הדין כלל אם יש עליו חיוב מה"ת להוצי' או אף לכוף אותו רק מדרבנן מהני דאף ע"ז נתנו כח ושליחותייהו עבדינן אבל מ"מ כיון דליכא חיוב תורה אף דמצוה לשמוע דברי חכמים עכ"פ מדרבנן מ"מ מאן יאמר דגם בשביל זה נתרצה אם עצם החיוב לגרשה אינו מה"ת:

וי"ל דאביי ידע דכמו בהודאות והלואות עבדו תקנתא לכוף ולדון בשליחותייהו משום הפקר ב"ד כ"כ בגיטין לענין לחייבו להוציא אם הדין מפורש במשנה עבדו תקנתא אף לכוף רק אם הדין אינו מפורש ולרביוסף דאשכחיה דיתיב וקא מעשה אגיטא הי' כופה להוציא בדין שאינו מפורש במשנה בזה שאל אם עושה ע"י כפיה אף אם נאמר דמהני מתיקון דרבנן ומטעם דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש מ"מ מניין לו לכוף אף בכה"ג הא יש איסור דלפניהם וכמ"ש הר"ן וקאמר לו דאנן שליחותייהו דקמאי עבדינן וליכא איסור בזה וגוף הגט מהני מטעם כל דמקדש כיון דדן לכוף להוציא בדין שאינו מפורש במשנה בגוף החיוב להוציא אינו אלא מדרבנן אבל אם כופין להוציא בדין המפורש

במשנה שנשנו בא"י י"ל דגם הרמב"ן והר"ן מודים דמתגרשת מה"ת דגמר בלבו לגרש מצד חיובו מה"ת:

ועיין תוס' ר"פ המדיר דכ' ומיהו אין לכוף שום אדם לגרש ולעשו' מעשה עד שנמצא ראיה ברורה דהא אמרינן דגט מעושה בישראל שלא כדין פסול ואין להתיר אשת איש מספק וברא"ש יבמות (פ"ו סי' י"א) כ' ג"כ כיון דפליגי בה רבוות' ראוי להחמיר שלא לכוף בשוטי דלא להוי גט מעושה וכ"כ הרמ"א אה"ע (סי' קנ"ד סכ"א) ולכאורה קשה הא בלא"ה כיצד יכולין הב"ד לכוף אותו בשוטי ולייסר אותו אם אין הדין ברור דכופין אותו בשוטי אף דהדין ברור דחייב להוציא וכופין אותו בדברים הא מ"מ יש לאו דלא יוסיף להכות את חבירו ומס' כיצד יכולין הב"ד לייסרו בשוטים אם אין הדין ברור ודוחק לומר דכתבו דמלבד האיסור של ההכאה יש איסור להתיר א"א דדלמא הכפייה בשוטי הוא שלא כדין דכל כי האי הוי להו לפרושי. א"ו היינו אף אם הב"ד הכריעו לכוף ונראה להם לפי העת והזמן או למיגדר מילתא לכוף בשוטים ואז ליכא איסור בההכא' מ"מ יש חשש על גט מעושה כיון דמה"ד אולי אין כופין בשוטים ויקשה ג"כ הא כיון דהחיוב ברור להוציא והב"ד מכין אותו ומצוה לשמוע דבריהם עכ"פ מדרבנן נימא דגמר ומגרש. וע"כ כיון דהכפי' בשוטים אינו ברור אם הוא עפ"י דין ל"מ בזה לומר כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש והוי כאלו כפו שלא כדין דהוי הגט פסול ובכ"מ ובכ"ז מה דכופין בשליחותייהו דקמאי אף דגוף החיוב הוא מה"ת מ"מ הא מה"ת הכפייה היא שלא כדין ורק מדרבנן כופין אף בשוטים לכך י"ל דל"ה הגט מה"ת כיון דמה שעושה ואומר רוצה אני הוא מצד הכפיה וגוף המצוה לשמוע לדבריהם הוא רק מדרבנן ולכך צריך להטעם דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ועיין רמב"ם (ספ"ב) מגירושין דכ' ולמה לא בטל גט זה שה"ה אנוס בין ביד עכו"ם בין ביד ישראל שאין אומרין אנוס אלא למי שנלחץ לעשות דבר שא"ח בו מה"ת כגון מי שהוכה עד שמכר או שנתן אבל מי שתקפו יצה"ר לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו כו' אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה לפיכך זה שא"ר לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל כו' ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו וע"ש בלח"מ אף דבמכירה מהני משום דאיכא זוזי ואמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקני ובגט דליכא זוזי ע"כ אף דמצוה הוי כזוזי ולמה צריך רמב"ם להוסיף ביאור דאין זה אנוס ממנו אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה הא אף בזביני מהני אגב אונס וזוזי וצ"ל כיון דאנן ראינו שתקף יצרו וא"ר לקיים המצוה ולציית רק ע"י כפיה א"כ גרוע השכר מקיום המצוה ול"ה ממש כזוזי דנימא אגב אונסא וזוזי גמר ומקני ברצונו

דעכ"פ יש לו זוזי משא"כ שכר קיום המצוה שהוא ע"י כפייה למה נחשוב לזוזי דנאמר דגמר ומקני כיון שכל מה שעושה עושה בהכרח ואף מה שאומר רוצה אני לכן הסביר הרמב"ם שכיון שהוא רק מתוקף יצה"ר כשתשש כחו ע"י הכאה כבר גרש לרצונו וא"כ י"ל דלכך צריך דוקא שגם הכפיה יהיה מן התורה אבל אם הכפיה אינו אלא מדרבנן לה רצון גמור ולכך הצריכו הרמב"ן והר"ן להא דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ועיין נתיבות המשפט(סי' ר"ה) ובמה שיש לגמגם עליו ויבואר אי"ה במ"א. וביתר ביאור יש לומר למ"ש הגאון האמיתי מו"ה ארי' ליבוש פלאצקער ז"ל בס' גט מקושר (דף ל"ד ע"ב) הא דמהני הרצון שע"י הכפי' דאף דכל מעשה שאדם עושה באונס כיון שלבו בל עמו אין לו קיום אף שמתרצה ע"י האונס הוא דוקא אם אינו ראוי לעונש ההוא כשלא יעשה המעשה אבל מי שירא מעונש שראוי לו בהעדר המעשה לא מקרי רצון מחמת אונס מאחר שראוי לו שיתרצה בכך והוא מרוצה באמת מחמת העונש והעונש ראוי לו בעצם לא מקרי אונס עי"ש בנועם דבריו וזה אתי שפיר אם לייסר לב"ד מה"ת להכותו על העדר השמיעה לדברי חכמים אבל בהכאה והלחץ ע"י הדיוטות דמה"ת לאו בני עשוי ואין דמו מסור לידם שילחצהו וידונוהו על כך לא מהני הרצון שלו וא"כ אף דהתקנה היה שידונו בשליחותייהו דקמאי מ"מ כיון דמה"ת לא נמסר ההכאות בידם שוב הוי מה"ת כאונס לכן אתי עלה הרמב"ן והר"ן מטעם הפקעות הקידושין:

סימן ב

לכאורה נראה מדברי רמב"ן יבמות הנז' מדכתב ואפשר דמה"ת דנין אפילו הדיוטות בשליחותייהו דומחין ממילא אף בזמן שהיו סמוכין בא"י היו יכולין לתת כח להדיוטות לדון בשליחותייהו ואף דדרשינן לפניהם ולא לפני הדיוטות דאסור לדון לפניהם וכמ"ש הרמב"ן פ' משפטים והר"ן ריש סנהדרין היינו דוקא אם דנין בכחם כח ב"ד יפה אבל אם באו לדון בשליחותייהו דומחין רשאין ודינם דין:

אך א"כ קשה מהא דסוף פרק ז"ב בעובדא דשלחו ליה למר עוקב' עוקבן הבבלי קבל קדמנא ירמיה אחי העביר עלי את הדרך ואמרו לו השיאוהו ויראה פנינו בטבריא ומסיק דהכי קאמר אמרו ליה דיינו אתין אי ציית ציית ואי לא השיאוהו ויראה פנינו בטבריא רב אשי אמר דיני קנסות הוה ובבבל לא דיינו דיני קנסות והא דשלחו ליה הכי כדי לחלוק כבוד למר עוקבא. והדברים קשים אם באמת הוה דיני קנסות וכי משום לחלוק כבוד למר עוקבא יחנפו לו לכתו' ח"ו דברים אשר לא כן הוא מן הדין ועי"ש בפירוש רמ"ה דמפרש לרב אשי ג"כ אמרו ליה דיינוהו אתון וכדי לחלוק כבוד למר עוקבא ולמה היה להו לזה לכתוב ח"ו דברים שהם כנגד הדין היה להם לתת כח למר עוקבא לדון

אותו בשליחותייהו. ואולי באמת נתנו לו רשות לדון בתורת שליחותייהו אך אם ירמיה לא היה רוצה רק לדון בפני מומחין ממש היינו סמוכין יכול לומר אף דמחוייב לדון בפני ב"ד שבעירו היינו אם הם בכלל ב"ד אבל בדיני קנסות דבעינן מומחין סמוכין רק שידין בעירו בתורת שליחותייהו דמומחין בזה היה יכול לומר שאינו רוצה רק לדון בפני הסמוכין:

ובס' שער משפט חקר אם מהני קבלה לדון בדיני קנסות בפני הדיוטות והוכיח מש"ס הנז' דלמה להו לחלוק כבוד שלחו ליה הא א"ש בפשיטות ששלחו ליה דיינוהו אתון כשירצה לקבל א"ו דל"מ קבלה בדיני קנסות דאשר ירשיעון אלקים כתיב ולמ"ש אינו הוכחה דהא אף דקבלה ל"מ מ"מ היו יכולין למסור הדין ביד מר עוקבא שידון בתורת שליחותייהו. ברם בגוף הדין אם מהני הדין בדיני קנסות בקבלו עליהן נראה מדברי ש"מ ב"ק (דף פ"ה) דלא מהני הקבלה. אך מ"מ שידונו בתורת שליחותייהו דמומחין י"ל דיש כח להם כיון דבאו בכחם. אך יש לומר דלדון בע"כ הוי כמו שליח במקום שחב לאחרים דאין בידם לעשות בע"כ שליח במקום דחב לאחרים ומה"ט צריך לומר דשלחו כדי לחלוק כבוד למר עוקב' דכיוודעוקבן הבבלי הוכרח לקבול עליו בא"י ע"כ לא רצה ירמיה לדון בפניהם ול"מ לדון אף בשליחות' דדייני א"י במקום דחב לאחרינא וממילא אינו מוכח ג"כ דל"מ קבלה כנ"ל אולם באמת ל"מ קבלה אף בקנין וא"ד לקבל עליו ג' רועי בקר ולכל פשרות דמהני הקבלה כיון דיש לזה טו"ת על זה ויכול לחייב א"ע אף בדבר שאינו חייב אבל לגבי קנס כיון דאף בד"ש פטור כ"ז שהב"ד לא חייבו אותו מדכתיב אשר ירשיעון אלקים ומה מהני קבלה כיון דאינו מחייב א"ע לשלם רק כפי אשר ידונו הם אם חייב או לא והמה אין בכחם לחייבו וכמבואר בש"מ ב"ק הנ"ל בפשיטות ואף לדעת רמב"ן דבקבל עליו הדיוטו' מותר מה"ת לדון וא"ד ללפניה' ולא לפני עכו"ם מ"מ י"ל כיון דכל הטעם דמהני באומר נאמן עלי ג' רועה בקר וא"י לחזור אחר גמר דין אף בלא קנין כתבו תוס' ב"מ (דף ע"ד) דמהני בדברים בעלמא דכיון דיש להם תביעה זה על זה והם קבלו עליהם כך את הדין ומשמע דהיא רק מדרבנן וכיון דבמלתא דל"ש לא ניתן רשות לב"ד לדון רק אם קבלו עליהם י"ל דצריך קנין כיון דלא יכול לתבוע אותו בדין לא משעבד ומחייב א"ע בדברים וכיון דהם לא תקנו שיעשו הב"ד שליחותייהו דקמאי במלתא דלא שכיח ממילא לא חל ג"כ התקנה שיהני הקבלה בלא קנין כיון דא"י לתבוע אותו הוי כמו שאין לו שום תביעה ומ"מ היכא דקבלו קנין ע"ז י"ל דא"י לחזור ובפרט לדעת הראב"ן המובא בש"ך (סי' כ"ב ס"ק ד') דלא מהני אם קנו מידו שלא לחזור דהוי קנין דברים ול"מ רק כשקנו מידו לעשות כאשר ידון א"כ בזה מה"ת

לא יועיל במלתא דלא שכיח ואף בקנס י"ל דמה"ת לא יכול להתחייב א"ע בדבר שאינו חייב וגם י"ל כיון דאם תפס לא מפקינן מניה י"ל אף בלא קנין מהני דהוי כמו שיש לו תביעה אף דלא תליא רק בב"ד המחייבו מ"מ מהני קבלו עליו ועיין רמב"ם (פ"ד הי"ד) מסנהדרין שכתב וכל דיין הראוי לדון שנתנו לו ב"ד שבא"י רשות לדון כו' אעפ"י שיש לו רשות לדון דיני קנסות בחו"ל אינו דן אלא למי שרוצה לדון אצלו אבל לכוף את בעלי דינין ולדון להם אין לו רשות עד שיטול מראש גלות ומשמע דרק מי שהוא סמוך ויש לו רשות לדון דיני קנסו' אינו דן בחו"ל אלא למי שרוצה לדון אצלו אבל אינו סמוך אינו דן דיני קנסות אף למי שרוצה לדון אצלו הרי דקבלה ל"מ אולם מ"מ י"ל דקנין מהני רק קבלה בלבד ל"מ או י"ל דקבלה בפירוש מהני ג"כ בקנס רק ל"מ כשבא ורוצה לדון בפניו בקנס רק למי שהוא סמוך ולענין קרוב או פסול דעת הכנה"ג (סי' ג) דל"מ כשבאין מעצמן לדון רק בעינן קבלה בפירוש ורק לענין לדון יחידי מהני מה שבאין מעצמן ולגבי סמוך בחו"ל י"ל דמהני לדון בקנס אף בלא קבל בפירוש רק מי שרוצה לדון אצלו ובאינו סמוך כשבאין מעצמן א"י לדון אבל באם מקבל עליו בפירוש שידון ורוצה שאם יהי' חייב בפני סמוכין ידון הוא וישלם י"ל אף דקנס אינו חייב עד שירשיעון אותו סמוכין מ"מ מהני הקבלה כיון דיש ביניהם טענות ותפיסה מהני גמר ומתחייב. וצ"ע עדיין:

גנב או גזל מגבין ממנו הקרן בשליחותייהו דקמאי וכתב הש"ך משם הב"ח דמה שהוא יותר על הקרן כגון השבח ולפני יאוש אין מגבין בבבל והש"ך חולק וסובר דגם השבח מגבין ולא ממעטינן אלא קנס. ובש"מ ב"ק (דף פ"ד) מבואר כדעת הב"ח וכן מבואר בתמים דעים להראב"ד (סי' קט"ז) וא"כ מי ירים ידו להכריע נגד דברי ראשונים להוציא ממון. ולכאורה יש ראי' לדעת הש"ך מב"ק (דף צ"ו) ההוא דגזל פדנא דתורי אתי לקמי דר"נ אמר ליה זיל שיימו שבחא דאשבח ואף דמסיק שם דגזלן עתיקא הוא ובעי למקנסי מ"מ לפי הס"ד דאקשה ליה רבא קשה הא בלא"ה אין דנין שבח בבבל א"ו כדעת הש"ך וכן ראיתי למי שהכריע מראי' הזאת כדעת הש"ך ובאמת אינו ראיה כלל דמה היה לו לרבא להקשות בדברים שאינו דהיה סובר דר"נ מה"ד חייבוהו לכן הקשה מקודם הא ארעא נמי אשבח וא"ל פלגא קאמינא ואח"כ הקשה הא מה"ד פטור דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ולא הי' עלה ע"ד כלל דמצד קנס חייבוהו כדי דיקשה ליה אין דנין בבבל וכאשר א"ל גזלן עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה מה היה לו עוד להקשות ולעולם יש לומר בסתם גזלן לא עבדינן שליחותייהו במה שהוא יותר מקרן וכשיטת הב"ח ושכן דעת ראשונים הנ"ל. ואף בגזל קרקע ואכל הפירו' דבזה לא שייך לומר כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה דקרקע אינו נגזלת כמבואר בש"ס ופוסקים ועיין

ירושלמי ר"פ חזקת הבתים והוי על הפירות כגזלן בפ"ע דלכאורה הי' נראה דעבדינן שליחותייהו דקמאי לגבות ממנו מ"מ כ' שם בש"מ דלא עבדינן בזה שליחותייהו רק להוציא גוף הקרן עיי"ש וצ"ע בזה:

ויש להעיר על דברי הרד"ך המובא במל"מ (פ"ד הי"ד) ממלוה דהא דמחלקינן בין מלתא דשכיח ללא שכיח היינו דוקא בגדרים וסייגות בזה די לנו במה שהחמירו וגזרו במלתא דשכיח אבל במלתא דלא שכיח לא גזרו דליכא למטעי משום אקראי בעלמ' אבל כשאין הענין משום גדר רק שרצו לזכות את ישראל פשיטא שעל כל צד זכיה ותועלת תקנו וע"ש במל"מ דמהר"י טייטצק ז"ל חולק ע"ז וא"כ למה במלתא דלא שכיח לא עבדינן שליחותייהו דקמאי כיון דחכמים עשו תיקון וגדר לזכות את ישראל ואיש על מקומו יבא בשלום נימא דעל כל צד זכיה ותועלת תקנו ואף דהוא הפקעת ממון מ"מ הא גם בנידון דרד"ך שם בחזקות הוא ג"כ להפקיע ממון וראיתי בס' ברית אברהם חלק אה"ע (סי' י"ז) שהעיר מכמה מקומו' וגם עמד שם בהגהה מכאן. אולם באמת לא קשה דהא כאן הוא איסור תורה ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטו' ולדעת רמב"ן פ' משפטים בקבל עליהם מותר ולדעת חידושי הר"ן ריש סנהדרין הוא איסור גמור להדיוטו' שלא ישתמשו בכתר סמוכין ולכך אמרינן דשליחותייהו דקמאי עבדינן ואינם משתמשין בכתר של סמוכין ולכן רק במלתא דשכיח שהוא לצורך קיום חברת האדם וכל אחד על מקומו יבא בשלום בזה תקנו לדון בשליחותייהו אף דהוא לעבור על לפניהם ולא לפני הדיוטות ובמלתא דלא שכיח דלא יש צורך בדבר להכתיר הדיוטו' כמבואר שם בר"ן. ואין זה ענין לדברי רד"ך ובמ"א יבואר אי"ה בנידון דרד"ך:

סימן ג

דברים שאינם מצויים אעפ"י שיש בהן חסרון כיס כגון בהמה שחבלה בחברתה או דברים שאין בו חסרון כיס כמו כפל אף מצויים אין דנין רק סמוכין בא"י וכ' הש"ך משם הישו"ש דהה"ד אש ובור והאחרונים הוכיחו מדעת הטור דדנין דיני אש ובור וכן מבואר בש"מ ב"ק שם ובשבות יעקב (ח"א סי' קל"ו) וכ' הקצוה"ח דמ"מ אין שוין דאף דלא דיינינן בזה באינו שכיח או בלית ביה חסרון כיס מ"מ הוא בעצמו שיודע דחייב א"י יד"ש אם אינו משלם וגזלן הוא אבל קנס ממש ל"ש בי' לציד"ש דתלוי באשר ירשיעון אלקים וכשאין ב"ד לדון ל"ש בהו לצאת יד"ש והוכיח כן מדברי תוס' כתובו' ומהא דר"ג שסימא עין עבדו דבמודה בקנס פטור אף לציד"ש. אולם בס' החינוך פ' משפטים (סי' נ"א) כ' ואלה הדינין שנקראין דיני קנסו' אין דנין אותן אלא ב"ד הסמוכין בא"י אבל המזיק חייב לשלם בד"ש בכ"מ. וצריך לומר דמהך דר"ג שהביא הרשב"א ב"ק מירושלמי להוכיח

דפטור אף לציד"ש הוא משום דשם חייבו התורה יותר מכפי שיעור ההיזק דהא אף אם העבד שוה הרבה יותר משומת העין מ"מ חייבו התורה לשחררו וא"י בתשלומי דמי העין בזה כיון דאין לו עדים פטור אף בד"ש דצריך שירשיעו אלקים דוקא וכ"ז שלא חייבוהו הב"ד א"י לשחררו ודברי החינוך אמורים רק היכא דחייב לשלם כפי היזקו אם היו סמוכים וכיון דיש עדים על חיוב הברור רק דחסר ב"ד ולא נמסר להדיוטו' לעשו' בזה שליחותייהו דקמאי בזה דעת החינוך דחייב לציד"ש אף דל"ה רק קנס אולם פשטו' דברי הפוסקים נראה דכל דבר שהוא קנס ולא דיינין ליה בזה"ז דליכא סמוכין פטור אף לצאת ידי שמים:

וכן יש להוכיח מדברי הרי"ף והרא"ש רפ"ב דב"ק דהרי"ף לא הביא הבעיא דרבא אם יש העדאה לצרורות והך דרב אשי אם יש שינוי לצרורו' לרביעי נזק וסלקו בתיקו וכ' הרא"ש הטעם דאין נפקותא משום דלא מצינו בבבל צרורו' דבועט דהוו משונה וקנסא הוא אא"כ תפס וכי תפס לא מפקינן מיניה עד דמשלם חצי נזק כיון דהוא מוחזק ועי"ש ביש"ש (סי' ד') דמסתמא בלא הך בעייא היינו מבינים הדבר כפשוטו דאין שינוי לצרורות ולעולם ח"נ משלם כמו שאר שנוי אלא שרב אשי בא והעמיד הדין על ספק לכן לא הביא הרי"ף דלא לבא לכלל טעות עי"ש באר היטב דזה ברור דשנוי הוי כקרן וקנס הוא רק על תשלומין מסופק ר"א אם כמו כל ח"נ אם רביעי נזק וכיון דליכא לנו סמוכין ולא יחייבו לשלם רק אם תפס וממילא לדידן דהוי ספק מהני התפיסה אף על ח"נ דהוי מוחזק. ואם נאמר דאף דאין דנין קנס בלא סמוכין מ"מ חייב לגבי עצמו לצאת ידי שמים לשלם להניזק היזקו כפי הדין אם היו סמוכין א"כ עדיין יקשה דהיה לו להאלפסי להביא האבעיא דהוי ספק אם חייב ח"נ או רביעי נזק למען נדע כמה חייב לשלם לציד"ש כיון דמן הסתם נאמר דחייב ח"נ לציד"ש ומספק דהעמיד ר"א אינו חייב אף לציד"ש רק רביעי נזק דבספיקא דדינא שהוא ספק לכ"ע א"ח אף לציד"ש ואחרי שלא הביא הרי"ף גבא לטעות דנבין כפשוטו דאין שנוי וחייב לציד"ש ח"נ ובאמת הוא ספק וא"ח בבירור לציד"ש רק רביעי נזק א"ו דדעתם דא"ח כלל בקנס לציד"ש אף במקום דיש היזק להניזק מקרנו דאשר ירשיעון אלקים כתיב וכ"ז דלא חייבו הב"ד לשלם א"ח כלל:

ובש"ס ב"ק (דף י"ד ע"ב) בפני ב"ד פרט לבית דין הדיוטות ופירוש רש"י דב"ד מומחין דנין דיני קנסות ולא ב"ד הדיוטות וכתבו תוס' אע"ג דמתניתין לא מיירי בקנסות למ"ד שור לרגלו כו' מ"מ מרמז לנו המתניתן אפילו במילי דלא איירי ברישא וק' הא אף בכל ד' אבות נ"מ דכל ששמין אותו כעבד אין דנין בבבל וכל מידי דלא שכיח וכן הקשה שם בש"מ. ויש לומר הא דנקטו רש"י ותוס' לפרש המתניתן והמזיק בתשלומין היינו

אף לציד"ש א"ח אם אינו בפני ב"ד סמוכין ואז אף לציד"ש ליכא כלל בתשלומין דאשר ירשיעון אלקים כתיב וכ"ז דלא נתקבל העדות ויצא החיוב מפי הסמוכין ליכא שום חיוב אף לציד"ש משא"כ במלתא דלא שכיח דלא דנין בהדיוטות עכ"פ היודע רמיא עליו החיוב לשלם וכגזלן הוא יותר ממה שחייב בכ"מ לצאת יד"ש כיון דהחיוב ברור רק דליכא סמוכין להוציא בדיינין אבל לגבי עצמו גזלן הוא אם אינו משלם:

ובזה יש להשיב ע"ד הקצוה"ח (ס"ק ג') שכתב להוכיח מדברי תוס' ב"ק הנז' שלא כדברי מהרש"א ריש סנהדרין שהוא שיטות רמב"ן ור"ן דסברו בזמן המשנה שהיו סמוכין אף גזילות לחוד לא היו דנין רק סמוכין כיון דל"ה צריך לנעול דלת בפני הגזלנים דהנגזל יטריח להשיג מומחין וא"כ למה כתבו תוס' דמתניתין מרמז במה שאמר לפני ב"ד מומחין לקנס הא אף אש ובור שו"ר בעו מומחין א"ו דתוס' סברו דגם בזמן המשנה ל"ה בעו בזה מומחין ולמ"ש אינו ראי' דהתוס' הוכרחו לומר דקאי על קנס דאז שייך לומר דאינו בתשלומין כלל דהא אף לציד"ש פטור וא"ש דקתני בתשלומין דלזה צריך ב"ד מומחין ובלא מומחין ליתא כלל בחיוב תשלומין משא"כ במידי דלא שכיח דעכ"פ שייך בתשלומין אף שלא בסמוכין רק לכוף ולהוציא ממנו צריך סמוכין אבל בחזקת גזלן הוא אם אינו משלם:

וזה רבות בשנים נסתפקתי אם מהני בקנס תפיסה ע"י שליח אם אמרינן דהוי במקום שחב לאחרים כיון דאין לנו ב"ד סמוכין לדון בזה ולא נמסר אף לב"ד דאינן סמוכין מכ"ש דאחרים אינם יכולין לתפוס דאין בכחו לעשות שליח במקום שחב לאחרים ולא קנה עד שיבא לידו ואף אם זה התופס מסר ביד הניזק י"ל דחייב לשלם דהוי כמזיק או דלמא כיון דמ"מ אם היו סמוכין היו מחייבים אותו וגם תפיסת הניזק מהני שלא להוציא מידו א"ח זה לשלם מצד מזיק. ויש קצת ראיה מדברי הרא"ש הנז' דכ' דליכא עכשיו נ"מ בבעיא דיש שינוי לצרורות לח"נ. ולמ"ש כמה פוסקים בספיקא דדינא דמהני תפיסה נ"מ תפיסה ע"י שליח דהוי במקום שחב לאחרים כמבואר בס' תקפו כהן ובתומים (ס"ס כ"ה) אם כן עדיין נ"מ במה דלא ידענו מדברי הרי"ף דהוי ספק אם יש שינוי לח"נ צרורות וא"כ נחזיק כפשוטו דחייב ח"נ אם היו מומחין ואם נאמר דבחיוב ברור אם היו מומחין מהני תפיסה ע"י שליח א"כ יכול לבא המזיק לידי הפסד באם תפס השליח ח"נ דנאמר דמהני תפיסתו ובאמת כיון דהוי ספק ל"מ תפיסתו רק על רביעי נזק דחייב בודאי אם היו סמוכין א"ו דליכא נ"מ דאף במה שברור בחיובו אם היו סמוכין ל"מ תפיסת השליח כיון דהב"ד אין דנין בזה"ז הוי כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה. אולם

למה דהעלה התומים שם דאף בספיקא דדינא מהני תפיסת השליח בטענות קים לי שוב ליכא ראי' וי"ל דכמו דמהני תפיסת הבעלים בקנס כמו כן מהני תפיסתו ע"י שליח:

ומ"מ מסברא נראה אף אם בסד"ד מהני תפיסה ע"י שליח דיכול לומר קים לי דחייב ולהך צד עביד כדין ול"ה חב לאחרים מ"מ לגבי קנס דאי אפשר בשום פנים לחייבו בזה"ז ואף לצאת ידי שמים א"ח לאו כל כמיניה דשליח לחוב לזה ולתפוס בעד חבירו ואף היכא דחייב לצאת ידי שמים רק דלא נמסר לב"ד לדון נראה להוכיח מש"ס ב"ק (דף צ"ח) דלא מהני תפיסה ע"י אחרים דהא מבואר שם בגוזל חמץ ועבר עליו הפסח דיכול לומר הרי שלך לפניך ואם בא אחר ושרפו לר"ש דסובר דבר הגורם לממון כממון דמי חייב לשלם. וגם לדידן דדהגל"מ לאו כממון דעת רמב"ן מובא בש"ך ח"מ (סי' שפ"ו) דחייב לשלם מצד דיני דגרמי. ושם הא אף דהגזלן היה יכול לומר הש"ל ולא נחתינן לנכסיו לשלם לו דמים מעליא מטעם דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מ"מ בד"ש חייב דלא גרע מגרמא דגרם לו היזק שהחזיק בידו ועבר עליו הפסח ונאסר בהנאה וכבר כתבתי בזה בדברי חיים דיני נ"מ (סי' י"ב) להוכיח דחייב לציד"ש וא"כ יאמר השורף לא הפסדתיך במה ששרפתי החמץ דהא בד"ש חייב אתה לשלם דמים מעליא להנגזל ואני גרמתי לך שתשלם ותצא גם בדיני שמים ובכל זאת מחייבינן ליה להשורף לשלם בדיינים הואיל דלא הי' הנגזל יכול להוציא ממנו בדיינים באם היה החמץ בעין לא הי' יכול לומר לו הש"ל ונידן כמזיק ממון חבירו ולדעת כמה פוסקים בכ"מ דחייב לשלם בד"ש מהני תפיסה וא"כ לא גרע מאלו היה תופס מהגזלן בידים ממון מעליא ומסרו ביד הנגזל לצאת ידי חובתו ביד"ש ואמאי חייב השורף חמץ דלא עשה לו שום היזק רק גרם לו שישלם ממון מעליא א"ו דבכ"ז לא מהני תפיסתו של אחר דהוי במקום שחב לאחרים כיון דאינו יכול להוציא בדייני' וכל שאינו נמסר לב"ד דנין לזה שהפסידו כמזיק ממש ועוד יבואר אי"ה בזה לקמן:

וגם היכא דחייב בבירור ומהני לכ"ע תפיסת הבעלים רק לא נמסר לב"ד כמו היכא דנפטר מטעם קם ליה בדרב"מ דמבואר דעת רש"י דרק הב"ד א"י לחייב מטעם דא"י לדון רק משום רישע' אחת אבל מ"מ מהני תפיסה ועיין ש"ך (סי' כ"ח) מ"מ י"ל דל"מ ע"י השליח התפיסה כיון דלא נמסר לב"ד הוי כמו תופס במקו' שחב לאחרים ואם מסר התופס ליד בעלים י"ל דחייב מטעם מזיק. ובזה היה מקום ליישב קושית הטורי אבן שהקשה מש"ס סנהדרין (דף פ"ז) גבי זקן ממרא דנ"מ בפלוגתא דרבי ורבנן ופירש"י במתכוין להרוג את זה והרג את זה ומחייב ליה רבי ממון ורבנן פטרי ואי תפסו יורשין דהרוג ממונא דהורג ופטר ליה זקן ממרא וקידש בו את האשה לרבי מקודשת ולרבנן

אינה מקודשת ואי אתי אינש אחרינא וקידשה מקודשת לשני הרי חיוב כרת בדבר ואם נאמר דבקים ליה בדרב"מ מהני תפיסה א"כ אפילו לרבנן אם תפסו יורשין דהרוג זכו בו. ולמ"ש נ"מ אם תפסו יורשין ע"י שליח והשליח קידש אשה בעד המשלח בממון זה דלרבי מהני תפיסה דדרש ונתת נפש ממון ולרבנן כיון דקים ליה בדרבה מיניה ואין מוצאין ממון בדייני' לא מהני תפיסה ע"י שליח ואף לדעת רש"י דסובר בעשאו שליח מהני תופס לבע"ח אף במקום שחב לאחרים מ"מ נ"מ באם לא עשאו שליח על התפיסה רק על הקידושין. וגם י"ל אף לדעת רש"י דמהני תפיסה בעשאו שליח היינו במקום דחייב לו בבירור ויכול להוציא בדיינין וגם כל נכסיו נשתעבדו ואז הוי שלוחו של בעל הממון משא"כ בחיוב שא"י להוציא בדייני' מטעם קלבד"מ דל"מ לתפוס במקום דחב להנתפס י"ל אף בעשאו שליח ל"מ.

ועיין מ"ש שם בדברי חיים ליישב דברי רש"י באופן אחר ע"פ דברי הנתיבות(סי'כ"ח) שכ' לתרץ קושי' התומי' מהא דסנהדרין (ד' ע"א) דלמה לא קבל רבא הדכרי דכ' התומי' אף דחייב לציד"ש בקלבד"מ משום דל"ה רוצים להחזיר אא"כ יתחייבו בדיני אדם הא מ"מ לא גרע מתפיסה וכ' הנתיבות דרק אם תפס אין מוציאין הב"ד מידו ומ"מ אסור לו לתפוס כיון דהב"ד אסורין לעשות לו דין להוציא מידו כמו כן הוא בעצמו אסור לו לעשות לעצמו דין וא"כ לדבריו י"ל כמו כן אם התופס לא ידע מזה שיש איסור בתפיסתו הוי זכיה בטעות ולא מהני אף אם עביד דלמאי דכתבו תוס' ב"מ (דף קט"ו) וא"כ נ"מ לרבנן כשלא ידע שעושה איסור דל"מ תפיסתו ולא זכה בו וכשיודע לו א"ר לעשות איסור וממילא אינה מקודשת. ולדברי הנתיבו' י"ל ג"כ דל"מ תפיסה בקלבד"מ ע"י שליח דאין שליח לדבר עבירה. אולם באמת קשה לחדש איסור שלא שמענו מדברי הראשונים כיון דמצינו דעביד אינש דינא לנפשו ואף במקום שאין בכח הב"ד לחייבו דאנן הדיוטות אנן ומ"מ מהני תפיסתו ומותר לתפוס נאמר. כ"כ בקים ליה בדרב"מ אף דלא נמסר לשום ב"ד שבעולם להוציא ממנו מ"מ כיון דמה"ת חייב לשלם לו ומהני תפיסתו מניין לנו לחדש איסור על התופס. ובתשובת מהר"מ בר ברוך הנדפס מחדש (ח"ג סי' תכ"ה) הקשה קושיא הנז' על רש"י דאם מהני תפיסה אעפ"י שהם לא רצו להחזיר לרבא רק אם חייבין מה"ד מ"מ היה לו לרבא לקבל מהם דהא אף אם תפס מעצמו לא מפקינן מניה וכ' וז"ל ושמא כיון שסוף סוף לא רצו להחזיר אלא בתורת דין אם היה מקבל מהם ע"י דרך אחרת היה דומה לגניבת דעת עכ"ל הרי דאתי עלה מטעם אחר ולא מטעם דאסור לתפוס ועימ"ש בתומים(סי' כ"ח). ובמחנה אפרים דיני ריבית (סי' ט"ו) שכ' הא דרבא לא קבל מנייהו משום דהגזלנים ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהם ואף דהתם

היה בעין ובזה מקבלין לכך איצטרך לומר דלא קבלינהו משום דבדמים קנינהו כלומר הואיל דכן ל"ה מחוייבים אף לציד"ש להחזיר הדמים עצמם אלא כל שהיו פורעין דמים אחרים תחתיהם היו יוצאי' ידי חיובם וכיון שכן הו"ל כאלו אינו בעין. ותמהני ע"ז הא ע"כ הא דחייב בקים ליה בדרבה מניה לציד"ש היינו בגוף הדמים עצמם דאל"כ רק דסגי בדמיהן שוב אמאי הוי אתנן דאסרה התורה אפילו בבא על אמו אף דחייב לציד"ש מ"מ א"ח רק דמיו וע"כ כיון דבד"ש חייב ליתן הטלה לכך הוי אתנן דאל"כ הוי כבא עליה ואח"כ נתן לה. וממילא בכ"מ דקלבדר"מ ולרב בבא במחתרת דבדמים קנינהו מ"מ חייב בד"ש להחזיר גוף הדבר ואכ"מ בזה:

עוד יש ליישב קושית הטורי אבן הלז' די"ל אף אם מהני תפיסה בקלבד"מ מ"מ זה דוקא אם תפס ממון אבל אם תפס חפץ אינו שלו עד שיתרצו הבעלים להקנותו עבור החוב. ולפי"ז שפיר נ"מ בין רבי לרבנן אם תפסו היורשין חפץ של ההורג עבור הדמים ובאו לפני הזקן ממרא ודן לחייבו ממון וזיכה להתופס החפץ בעד הממון דלרבי הוי זכייה מעליא וזכה בהחפץ ומהני הקידושין אם קדש בו ולרבנן דא"ח הוי זכיה בטעות והוי כמקדש בדבר שאינו שלו דדעתה של האשה הוא על גוף החפץ ובאמת לא קנה המקדש בתפיסתו רק לשעבוד בעלמא ואף דחייב לו עכ"פ לציד"ש מ"מ אין בכח הב"ד לזכות לו בגוף החפץ בלי רצון הבעלים ובזה אף שהבעלי' זיכהו בגוף החפץ מ"מ הוי בטעות דהיו סומכין על פסק הזקן ממר' שדן כן לחייבו בדיינים ואם היה יודע דאין בכח הב"ד לחייבו ל"ה מזכהו בגוף החפץ כיון דלא מפסיד בזה. ועי' מל"מ(פ"ח ה"א)ממלוה דחקר במי שתבע מחבירו דינר והודה לו ונתן לו חפץ בשביל הדינר ושוב נתברר שטעו ול"ה חייב לו אם קיים המקח וא"ח להחזיר גוף החפץ רק הדינר כמו בנתן לו דבר שאינו מסוים בריבית דאינו חייב להחזיר אלא דמיו או די"ל דוקא בריבית דעכ"פ חייב לו ול"ה נתינה בטעות רק דאסור לו לקבל לכך המקח קיים אבל אם היה בטעות כל הענין י"ל דנתבטל גוף הזכיה מן החפץ וצריך להחזיר גוף הדבר. וה"נ יש לומר כן דאם היה יודע דא"י להוציא ממנו בדיינים רק תפיסתו מהני לשעבוד מ"מ א"י לדחוק אותו על הפרעון כלל לא היה מזכה לו גוף החפץ דכ"ז דלא זכה בו א"י למכרו ולהשתמש בו ואתי שפיר קושית הט"א הנ"ל:

[**אמר** המחבר דברי חקירות המל"מ (פ"ח) ממלוה הואיל דאתי לידן הגם דאינו שייך כל כך לדינים הללו ואי"ה בדיני מו"מ יבואר הרבה בזה בכ"ז לא אוכל למנוע להציג כאן השגות רב גדול בתורה על מה שכתבתי בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ב') ומה שהשבתי לו:

] [על
מה שכ' שם ששמעתי מפי אאמוז"ל להוכיח מדברי תוס' ב"ק (דף ע') דכ' ללישנא קמא דנהרדעי דלא כתבינן אורכתא. קשה מתניתין דבכורות דליכא לאוקמי כמ"ד פודין בקרקעות דהא קתני בהא מתניתן כו' ולמה להו לזה הא אף אם איירי בפדה בקרקע הא כיון דסבר דחייב בהה' סלעים נתקיים עכ"פ המקח וקנה הכהן גוף הקרקע וא"ח רק דמים והוי כהלואה א"ו כיון דהי' בטעות חייב להחזיר גוף הדבר וכתב אלי כבוד ידי"נ הרב הגאון החריף ובקי כו' מו"ה ברוך צבי נ"י אבד"ק פיעטרקאוו יע"א שהוא הפוסק הראשון שם בשאלה הנז' דאף כי בתוס' מס' בכורות (דף מ"ט)כתב כן לתרץ אליבא דאמת דאיירי בפדה בקרקע ואליבא דרבי דפודין בקרקעות מ"מ אין ללמוד מזה לנידן המל"מ ומח"א וז"ל כי לכאורה צריך להבין אמאי ל"נ דדמי כההיא דזבין ולא איצטרכי ליה זוזי כתובות (דף צ"ז) דהדרא זביני ולכאורה הנידן דמל"מ דומה לזה כמעט בכל פרטיו כיון דכל מה שמכר לו הי' בשביל שהיה סבר שחייב לו ונצרך לו לשלם ואח"כ כשנתברר של"ה חייב לו ראוי שיתבטל המכירה כיון שנתבטל הסיבה כמו"ש המל"מ בעצמו שם אולם הא שם ג"כ כתבו תוס' ורא"ש וסייעתו דדוקא כשגילה דעתו בעת המכר שבשביל כך הוא מוכר וגם שיתחדש אח"כ דבר המבטל המכירה כמו"ש הרא"ש שם ובנידן דמל"מ דנתחייב דינר ע"פ הודאתו ואח"כ בירר שהיה בטעות שם אין כאן גילוי דעת בעת המכר וכפי שיבואר ובלא"ה התם הוא בקרקע אבל במטלטלין כבר פסק הרא"ש והטוש"ע דל"מ אומדנא דמוכח עד שיתנה תנאי ובב"י (סי' ר"ז) עמד בסתירת דברי הרא"ש דבכתובות כ' דהך דזבין ולא איצטריך ליה לזוזי ל"ה אומדנא דמוכח ובתשובה (כלל פ"א) כתב דדומה ליודע שבנו קיים ובתשובת שער אפרים (סי' קכ"א) כ' ליישב עפ"י יסוד דברי תוס' דיש שני סוגים בזבין ולא איצטרכי ליה זוזי היינו דבההיא בצורתא דכ"ע ידעו דהאי דזבני לאפדנייהו בשביל בצורתא וכה"ג אומדנא גדולה דמוכח א"צ גילוי דעת כלל ואם אין אומדנא דמוכח צריך גילוי דעת ממש ואם כי יש לדון גם ע"ד ז"ל לא העת להאריך בזה עכ"פ בשני פנים אין שום ראיה מהך דבכורות חדא דהתם קרקע ובכה"ג מהני אומדנא דלכך נתן לו הקרקע כדי לקיים מצות פדיון בנו הגם דאין הכרח עליו ליתן לכהן זה דוקא שיכול ליתן לכל כהן שירצה מ"מ חזינן דנתן בשביל פדיון וכה"ג מועיל אומדנא וכדפסקינן דאומדנא דמוכח מבטל המקח וא"צ גילוי דעת כלל משא"כ בדיני דמל"מ ומח"א דמיירי במטלטלין בכה"ג ל"מ אומדנא כלל ולפלא בעיני על מר אביו הגאון ז"ל שלא הזכיר מחילוק זה המפורש בין מטלטלין לקרקע. ועוד דבנידן דמ"מ י"ל דיש אומדנא להיפוך דלא בשביל כך נתן לו החפץ כי הרי מצד

הדין מי שאין לו מזומנים ורוצה שיתן לו זמן למכור מטלטלין שלו ולשלם לבע"ח א"ח ליתן משכון מיד ונותנין לו זמן ב"ד ומי הכריחו שיתן לו תיכף א"ו דהוא רצה למכור בלא"ה ומה לו למכור לאחר ולשלם לו במעות כיון דהתובע נתרצה שיתן לו החפץ ובל"ס נתרצה ברצון גמור למכור החפץ כך י"ל וכיון דעכ"פ אין שום אומדנא מבוררת לפנינו וכיון דהלוקח מוחזק אין מוציאין ממנו משא"כ בקרקע שנתן בשביל הפדיון שהיה רוצה להיות מן הזריזין המקדימין למצות ויש להיפך אומדנא ובקרקע מהני אומדנא לבטל המקח כנלע"ד. זה תוכן דברי הה"ג הנז' אם כי האריך עוד:

והשבתי הנה ידע מעכ"ת נ"י כי לא על אאמ"ו ז"ל תלונתו כי לא שמעתי ממנו רק בדרך הערה להוכיח ולא היה מכריע לדינא מזה כי לא מצאתי הערה הזאת בין כתביו רק אני הזכרתי מה ששמעתי ממנו. ובכל זאת לא אדע מ"ש מעכ"ת לחלק בין מטלטלין לקרקע מי לא ידע כזאת דבר המפורש בש"ע. אולם אף בקרקע צריך גילוי דעת בשעת מכירה ואף אם גילה דעתו קודם לכן וגלוי לכל בכ"ז אם בשעת מכירה לא גילה דעתו לא מבטלינן המכירה מטעם אומדנא ואף לשיטת רש"י כתובות (דף צ"ז) דמשמע אף בלא גילוי דעת מבטלינן המכירה בקרקע כבר כתב הריטב"א שם שהוא דוקא כשהיה ידוע לזה ומפורסם לכל דאי לא דברים שבלב אינו דברים ולתוס' והרא"ש וכל הראשונים אף בדבר המפורסם וגלוי לכל ל"מ האומדנא אם לא גלי דעתיה בשעת המכר כמבואר שם. וגם מ"ש השער אפרים ליישב דברי הרא"ש בתשובה (סי' פ"א) דבהאי בצורתא כ"ע ידעו ובאומדנא גדולה דמוכח א"צ גילוי דעת כלל כבר הרגיש מעכ"ת דיש לדון בדבריו ובל"ס כוונתו דא"כ ע"כ כוונת האיבעיא בזבין ולא איצטרכי ליה זוזי הוא בגווני דליכא אומדנא דמוכח רק דגלי דעתיה ופשטינן מההוא בצורתא בהדרגה דאף דשם הוי אומדנא גדולה דמוכח ול"צ לגלות דעתו מ"מ באומדנא דאינו גדולה כ"כ מהני גילוי דעת וע"ש בש"מ וא"כ למה צריך למפשט מדבר שיש אומדנא גדולה דמוכח מהאי בצורתא הא מבואר הדברים כמו שהביאו תוס' ורא"ש ממברחת וממי שהלך למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו דכמו דשם מהני אומדנא גדולה הגלוי לכל אף בלא גילוי דעת כ"כ מהני בגילוי דעת אומדנא קטנה א"ו דמזה אינו ראי' רק מההו' בצורתא דג"כ ל"ה רק אומדנא עם גילוי דעת. ועוד הא כל הפוסקים הרמב"ם וטוש"ע בחדא מחתא מחתינהו ההוא עובדא דבצורתא דבעי גילוי דעת וכן בתוס' רי"ד קידושין (דף נ') כתב דההיא דזביניה אפדנייהו איירי דאמר בההוא שעתא הרי אף דמוכר מפני הרעב דהוי אומדנא דמוכח ל"מ בלא גילוי דעת דכל מוכר מוכר מפני דוחקו ובאמת קושית הב"י על תשובת הרא"ש (כלל פ"א) דכייל הא דשטר מברחת

וידוע שבני קיים ומתנות שכ"מ בכולה עם זבין ולא אצטריך ליה זוזי שהוא נגד דבריו שבפסקיו ומ"ש הב"ח דבפסקיו חזר הרא"ש זה קשה מאד וגם בתשובותיו (כלל ל"ד) כ' להדיא דבזבין ולא איצטריך לזוזי איירי שגלה דעתו קודם מכירה ולא עוד אלא שגם בפסקיו פ' מי שאחזו כלל זבין ולא איצטריך ליה זוזי בין דברים דאפילו גילוי דעת ל"ב וע"כ שיש קיצור בדברי הרא"ש ומה שסתם במקום אחד גילה במ"א ואכ"מ בזה עכ"פ הלכה ברורה דגילוי דעת בעינן לבטל המכר אף בקרקע ובלא גילוי דעת אין הבדל בין קרקע למטלטלין:

ומ"ש מעכ"ת נ"י בדינא דמל"מ הוי אומדנא להיפוך לא אדע זה רוצה לקיים מצות פבע"ח דדומה לו שחייב לו ומסר לו בעד החוב החפץ וכיון שנתברר דא"ח למה לא יחזור לו החפץ ז"א דאין זה אומדנא הגלוי לכל וכיון דלא גילה דעתו כלל אינו מבטל הקנין כן נמי בפדיון הבן אף שנתן קרקע מ"מ כל שלא גילה דעתו בשעת הקנין דעושה זה רק בשביל חיובו ואם לא ל"ה מוכרו איני מבטל הקנין. ומ"ש שהיה רוצה להיות מן הזריזין מקדימין למצות לא אדע מה מצוה הוא וזריזות לתת לכהן הה' סלעים בתוך למד בטרם שחל עליו החיוב ואדרבה מי הכריחו להקדים בדבר שאף שמץ מצוה ליכא לפדות תוך למד על אחר למד ובודאי רצה למכור הקרקע וקצת יש אומדנא להיפך ובכ"ז כשמת חייב הכהן להחזיר גוף הקרקע כ"כ בנידון של המל"מ דיש אומדנא שרק בשביל חיובו מוכר לו החפץ ודומה קצת להא דאמרינן בש"ס כתובות שם משום דארבי בעיקולי הוי קיימי דדעת מהרי"ט שם בחידושיו דאף גילוי ל"ב הואיל דהוי טעות מעיקרא ומבטל המקח כ"כ בנידן דהמל"מ ומח"א דהכל הי' בטעות דמעיקרא ובטל המקח מחמת אומדנא אולם באמת כבר הוכיח אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני גיטין (סי' ב') ממה דהרי"ף ורמב"ם וש"ע לא כתבו לדינא היכא דארבי בעיקולי הוי קיימא דהוי מכירה בטעות אף בלא גילוי הדעת מבואר כיון דלדידן אף בזבין ולא איצטריכו ליה לזוזי מהני הג"ד ממילא כל אפין שוין בזה דבלא גילוי דעת לא מבטלינן אף בטעות דמעיקרא ודברי מהרי"ט שם בלא"ה מוקשים אכ"מ בזה עכ"פ לכאורה דברי אאמ"ו ז"ל נכונים המה ואין בהם פירכא ממה דכ' מטכ"ת נ"י:

ברם כעת נלע"ד דהדין עם אאמ"ו ז"ל שלא כתב זאת על הספר וראיה הזאת יש לדחות דהא תוס' ב"ק כ' שם בסוף דבריהם דאין לדקדק מהאי דפדיון הבן שיכול להרשות במלוה אעפ"י שנותן לכהן ע"מ להוציא דלא אסקי אדעתייהו שימות תוך למד דהתם ע"כ לאו ע"מ להוציא נתנו לו דקיי"ל כשמואל דהפודה בתוך למד ונתאכלו המעות דאין בנו פדוי וכן מבואר שם ברשב"א ובדבריו מס' שבועות (דף ל"ג) דהא שמואל מתרץ

שם ולשיטתו ע"כ הוי פקדון עד למד יום וללישנא קמא דנהרדעי דלא כתבינן אורכתא אמטלטלי אף בלא כפריה הקשו תוס' אף דהוי כפקדון מ"מ כיון דא"י להקדיש ל"מ להרשות וע"כ דאיירי לאחר למד יום דבתוך למד ודאי יכול כ"א לתבוע מכהן דהא יכול לחזור כיון דעיקר הנתינה הי' שיזכה לאחר למד בתורת פדיון ולמה לא יכול לתבוע מצד חזרה ואף אם אינו חוזר מ"מ הוי כפקדון דיכול להקדישו דהברירה בידו לחזור א"ו דאיירי לאחר למד יום שכבר זכה הכהן בפדיונו של הבן החי ומה"ד א"ח להחזיר את של המת כיון דא"י למי להחזיר לכך הקשו דל"מ הרשאה ומתרצי דעל קרקע כתבינן דהוי ברשותו ובזה ודאי הכהן צריך להחזיר גוף הקרקע כיון דלא הקנהו לו הבעלים רק על סוף למד ועד למד היה הכל ברשות בעלים והם נתנו לשם פדיון שיחול אחר למד כשיהיו הבנים קיימין נמצא אם מת אחד בתוך למד לא חל כלל הקנין ונשאר לבעלים רק שאינו ידוע מי מהם נשאר הקרקע שלו אבל מ"מ הכהן לא זכה כלל כיון שבשעת הקנין והזכיה לא היה מקנה לו אבי הבן המת וא"ד כלל לאם נתברר הטעות אח"כ שא"ח דמ"מ בשעת הזכיה כיון שלא נודע וקסב' דחייב לו ונתן לו בעד החוב החפץ בזה י"ל שפיר זכה בגוף החפץ וא"ח להחזיר רק דמיו כיון שהמכירה היה ברורה בשעתה משא"כ בפדיון דבשעת הקנין כבר נתברר דלא זכה הכהן רק בעד אחד ודאי כ"ע מודים דהדבר חוזר בעינא לבעלים רק שא"י נמי ומהני הרשאה וז"פ וברור. ומה שקשה ע"ד תוס' דהא בקרקע ג"כ אם א"י להוציא בדיינים ל"מ ההקדש כמבואר ב"מ (דף ז') וע"כ כיון דהכהן אינו מחזיק בו ואינו רוצה לגזול רק שא"י למי להחזיר וכשבא בהרשא' יכול להוציא בדיינים מהני הרשאה ובא בב"א דאז הוי זה החד כתרי לתבוע מכהן א"כ במטלטלין נמי כיון דהוי פקדון והכהן אינו רוצה לזכות במה שלא יש לו זכות והכהן תופס הה' סלעים בחזקת שניהם שא"י למי ליתן נימא ג"כ דאחר הרשאה יתבע אחד במקום תרי יבואר אי"ה במ"א אכ"מ ולא באתי בזה כאן רק על נידון דהמל"מ ומח"א היכא דהזכיה היה בטעות של"ה נודע בשעת הקנין אם זכה עכ"פ בגוף החפץ דאינו ראיה מדברי תוס' נגד דין זה:

ומה שהביא המח"א שם ראי' לנידינו מש"ס ב"ק (דף ע') בהא דמוקי גנב ומכר בשבת דפטור באומר עקוץ תאינה מתאנתי ותקני לי גניבותיך ופריך הא כיון דאי תבע ליה קמן בדינא לא מחייבינן ליה ליתן דהא מתחייב בנפשו הוא מכירה נמי לאו מכירה ופירש"י דאי תבע החזיר לי תאנים או תן לי מה שמכרת ל"א ליה זיל שלים וקשה הא בקלבד"מ כל היכא דאיתיה בעיניה חייב להחזיר ואמאי לא מחייבינן ליה להחזיר התאנים כל היכא דאיתנייהו בעינא א"ו כיון שבאו התאנים לידו בתורת מכר זכה בהם וליכא גביה

אלא דמיו ובדמיו ל"מ תבע דקלבד"מ עיי"ש בדבריו לא הבנתי הא שם ע"כ איירי דהיה בחצירו כמבואר בתוס' שם דמעות אינו קונות ופרי לא עבדי חילופין רק דקונה ע"י חצרו ודמי המקח הוא התאני' וכיון שמברר לו דמים של התאנים הגניבה שהוא בחצרו של בעל התאנים שפיר הוי מכר רק קושית הש"ס היה על שם מכר דמ"מ כיון דאם היה קץ תאנים ל"ה מחויב בממון כך לי עקוץ מתאנתי כמו מתאנתך וכמ"ש שם בתוס' וביתר ביאור בש"מ וא"כ מה הועיל בתירוצו הא זה לא רצה לזכות במתנה התאנים או בגזילה בשביל החיוב מיתה רק דרוצה להקנות לו בעדם הגניבה וכיון דכשהם בעינא חייב להחזיר שפיר הוי מכר דבאותו רגע שזכה בתאנים הקנה הגניבה לבעל התאנים ואם לא היה מקנה לו הגניבה היה צריך להחזיר כיון דלא זכה רק ע"ד זה. וגם אינו דומה למוכר חפץ בעד דמים דליכא רק חיוב דמים בזה שפיר אף בנתברר דא"ח אין לו רק דמים משא"כ שם זה לא הקנה לו התאנים רק בעד חילוף הגניבה ואם אינו נותן לו הגניבה חייב להחזיר התאנים בעיניה דהא הוא א"ר לקנות רק בעד דמי הגניבה וא"כ הוי שם מכר ממש דבשביל שנתן לו רשות לזכות בתאנים שיקוץ הקנה לו החפץ שהוא בחצרו ואף לרב דסובר בבא במחתרת דאף באיתיה בעיניה קנה היינו בעושה קנין לזכות וסובר דכל גנב כיון דחייב באונסין ביש לו דמים אלמא ברשותיה קיימי ה"נ בדמים קונהו וברשותיה קיימי והיינו אם הגביהן וזכה בהן וכמבואר סנהדרין (דף ע"ב) ובחידושי ר"ן שם אבל ודאי אם לא עשה מעשה קנין לאו ברשותייהו קיימי א"כ בעקוץ תאנים דלא רצה לזכות בגזילה רק שיהיה דמים תמורת הגניבה ואם היה נתברר אח"כ דהגניבה כבר היה אבודה בחצירו של הלוקח והיה כל הזכיה בהתאנים בטעות ודאי גם לרב לא זכה בהתאנים ולא אמרינן בדמי' קנינהו כיון דלא היה רוצה לזכות בדמיו א"כ למה ל"ה שם מכר. וע"כ צריך לפרש כמ"ש שם בש"מ דאם היה עוקצן בתורת גזל לא אמרינן זיל שלים תאנים כיון שעוקצה בשבת מיפטר בקלבד"מ וכל היום יכול ללקוט תאנים ולא מחייבי לשלומי לאו שם מכירה הוא שהרי לא נתן דבר בדמי הגניבה ובודאי אם הם בעיניה מוציאין מידו אם לא היה מוכר רק או די"ל דקושית הגמרא היה לרב דסובר אף אם הוא בעינה אם רצה לזכות בו אז בשעת חיוב מיתה בגזילה אין מוציאין או די"ל כמו דלאו שם מכר הוא משום דאם רצה ללקוט לא מחייבינן לשלם כן נמי לאו שם מכר הוא דאם רצה ללקט ולאכול בשעת חיוב מיתה לא אמרינן ליה זיל שלים לאו שם מכר הוא יהיה איך שיהיה בפירוש דברי הש"ס שם מ"מ אינו ראיה משם לנידן דהמל"מ ומח"א לענין אם היה המכירה בטעות שחייב ממון דלא מוציאין גוף החפץ וצ"ע להכריע עדיין בזה בראיה מוכרעת. ויש בענינים הללו עוד לדבר טובא וכאן לא באתי רק להעתיק

מה שהשבתי לכבוד הרב הגאון הנ"ל על נידון הנ"ל דרך אגב ואי"ה יבואר עוד במ"א בדיני מו"מ]:

סימן ד

לכאורה היה נראה מדברי הרא"ש ב"ק (סופ"א) בהא דמהני תפיסה בקנס בזה"ז דכתב דהוה מדינא ולא מתקנתא כיון דמדאורייתא מחוייב ליה אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו בכל כה"ג עביד אינש דינא לנפשיה ולא מפקינן מיניה עד דיהיב כל דמחוייב ליה מדאורייתא עכ"ל ובתמים דעים לראב"ד (סי' ר"ג) כ' ג"כ הא דלא גבי משום דאין ביד ב"ד הדיוטות כח להוציא מידו אבל אם הוא תפס בלא ב"ד יכול לעכב משמע דמדינא מהני תפיסה וכן ממ"ש שם דאין לחלק בין תפוס דמעיקרא לתפיסה דאחר מכאן כ' דלא יתכן שיעשה תפיסתו ע"י גוי וראוי לקונסו במה שתפס ע"י גוי שיחזור הכל משמע דמה"ד מהני תפיסה דאל"כ רק אם מצד תקנה מהני למה לו לקונסו תפ"ל דע"ז ל"ה התקנה שיתפוס ע"י גוים א"ו דמה"ד מהני תפיסה ואם תפס ע"י גוים כיון שבא לידו זוכה לכן רק ראוי לקונסו:

וי"ל דבאמת אין לדיין לדון בדיני קנסות בבבל ונודע סברת הפוסקים דקנס אינו מחויב כלל מעצמו בטרם שיחייבו אותו הב"ד דאשר ירשיעון אלקים כתיב וכ"ז דלא חייבהו הב"ד ליכא שום חיוב לא שעבוד הגוף ולא שעבוד נכסים והא דמהני תפיסה היינו כיון דיש לפנינו עדים ואם היה לפנינו ב"ד הסמוכין היו מחייבין אותו בזה עביד אינש דינא לנפשיה ואין בכח הב"ד של אינו סמוכין להוציא מידו כיון דידענו בבירור דאם היו סמוכין היו מחייבין אותו וכל כח לב"ד הדיוטות הוא משום שליחותייהו דקמאי ובקנס אף דלא ניתן להדיוטות כח לדון בשליחותייהו מ"מ אין להם כח ג"כ להוציא אם תפס הניזק. אבל מ"מ אינו יכול הניזק התופס לגבות ממה שתפס דאמרינן מאן שם לך וצריך גובייגא בב"ד וכ"ז דלא חייבו אותו ב"ד סמוכין ליכא חיוב הגוף וממילא ליכא שעבוד נכסים רק שהב"ד א"מ מן התופס דעביד אינש דינא לנפשיה להחזיק במה דתפס עד דמפייס ליה המזיק כיון דברור לנו אם היו כאן סמוכין היו מחייבין אותו לשלם ואז היו הב"ד מגבין ליה ממה שתפס אבל כ"ז דלא חייבו אותו הב"ד ליכא חיוב כלל ולא מגבינן ליה ממה דתפוס ועומד. וכן נראה ממה דכ' הרא"ש ואם בא הניזק לב"ד ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס ממנו היום או למחר שלא יוציאנו מידו שאין נזקקין לקבל עדותם דכיון דאין דנין דיני קנסות בבבל גם אין נזקקין לקבל עדותו לזכותו אם יתפוס כדאמרינן דאין מועד בבבל דאין ב"ד נזקקין לקבל העדא' אעפ"י שאין עתה הוצאות ממון אבל אם תפס הניזק ותובעו המזיק לדין אמרינן לניזק שיביא עדים ואם יראה לדיינים שבדין

תפס אומרים למזיק אין אנו דנין לחייבך קנס אבל אם תרצה לפדות מה שתפס משלך תן לו כך וכך ממון דהכי אמרו רבנן אי תפס לא מפקינן מיניה. ולכאורה אכתי אמאי אין מועד בבבל הא משכחת כשתפס ובא אח"כ המזיק לתובעו ואז מקבלין עדותו וממילא נעשה השור מועד. וראיתי בספר הפלאה (סו"פ א"נ) שהביא משם אחיו רבינו הגאון המנוח מוהר"ש ז"ל ראיה מזה לדעת ר"ת דצריך שיתפוס דבר המזיק עצמו דאז רשות משנה דאי ל"ב דבר המזיק עצמו וכשתופס הרבה אז מזדקקין הב"ד לשום שיעור נזקו א"כ משכחת דאייעד בכה"ג:

ולמ"ש א"ש דע"כ הוכחת הרא"ש דלא מקבלין עדות בטרם שיתפוס ממה דאין מועד בבבל הוא משום כיון דכ"ז דלא תפס ליכא שום דבר לדון השתא דעל השור אין בכח הדיוטות לדונו וגם לחייבו אין בכחם לדון רק אם תפס אף דאז ג"כ אין בכח הב"ד לחייבו וגם לדון על השור להחזיקו למועד מ"מ אין בכח של שליחותיהו לדון להוציא מזה שתפס ועומד ואומרים להמזיק אם תרצה לפדות מה שתפס תן לו כך וכך ובכח דאמרו רבנן אי תפס לא מפקינן ועיין ספר תקפו כהן (סי' ע"ו) ובס' דברי משפט מאדזמ"ו ז"ל שביאורו כן דקנס א"ח עד שיחייבוהו ב"ד ותפיסה ע"כ הא דמהני אף דליכא חיוב הגוף הוא דאין מוציאין ממנו אבל מ"מ ג"כ אין בכח הב"ד להגבותו או להחליטו במה שתפס שיהיה בידו למכור. וא"כ א"ש דלא משכחת מועד בבבל דאף בתפס מ"מ אין בכח הב"ד לדון על השור ואף אם קבלו עדותן הוא רק שלא להוציא מזה שתפס אבל לא לעשות מועד להשור ואף לא לחייבו:

וזה רבות בשנים אמרתי בהא דנסתפק הראב"ד ז"ל מובא בספר הזכות לרמב"ן ז"ל אם מהני לגבי קנס תפיסה שלא בעדים דיש לו מגו דלא תפסתי די"ל דאינו בכלל מרשיע א"ע כיון דע"י מיגו הוי כאנן סהדי או דל"מ תפיסה שלא בעדים אף בזמן דיש סמוכין מ"מ אף בהודה הוי כמרשיע א"ע והרמב"ן כתב דלא ידע מה ספיקו דלאו על פי עצמו מתחייב רק דאנו מאמינים שאמר נתחייב לי קנס ותפסתי משלו לתשלום קנס שלו הלכך ירשיעון אלקים קרינן ביה ולא מרשיע א"ע כלל דמה הוסיף או גרע בהודאה שלו מכ"ש כשתפס משלו מטלטלין ובא זה לתובעו בדין להחזירם ולפרע לו קנסו בדמים שא"ז מודה בקנס אלא זריז ונשכר עיי"ש ומובא בקצוה"ח. ולמ"ש י"ל דהראב"ד מספקי ליה להמבואר שיטתו בספר ת"כ דבקנס בספק ל"מ תפיסה כיון דלא נתחייב עד העמדה בדין ושהב"ד יחייבנו דאשר ירשיעון אלקים כתיב וי"ל בכ"מ דמהני תפיס' שלא בעדים ונאמן על החיוב במיגו דלא תפסתי בטוען כדי דמיו והב"ד מגבין ליה מן החפץ שתפס ועומד כיון דאנן סהדי דהאמת אתו שחייב לו דאם היה רוצה לגזול היה טוען להד"מ

וכיון דנתברר דהאמת הוא דחייב לו ממילא גם החפץ הזה נשתעבד לו ונקנה לו להתופס למשכון ומגבינן ליה ממה שתפס אבל בקנס אם לא יש עדים רק דיש לו מיגו דלהד"מ אין בכח הב"ד לחייבו חיוב הגוף אף דאנן סהדי דהאמת שהזיקו ע"י המיגו דלהד"מ מ"מ אינו מועיל המגו לחייבו חיוב הגוף דהא לא נוכל לעשות יותר ממה שהיה יכול לטעון ואם היה טוען לא תפסתי ואז ל"ה לו שום חיוב הגוף כ"ז שלא חייבו הב"ד והיה כגזלן על החפץ דמנה אין כאן משכון אין כאן. בשלמא בעלמא בתביעת ממון היכא דעפ"י טענתו כבר נשתעבד גופו ונכסיו לשלם וזכה במה שתפס למשכון שפיר מגבינן מכח המיגו דהוי כאנן סהדי דטענתו אמת וממילא כבר נשתעבד ומגבינן ליה אבל בקנס שיועיל המיגו לחייבו להמזיק חיוב הגוף אין בכח המיגו לחייבו דאם היה אומר להד"מ על התפיסה אף אם באמת הזיקו מ"מ כ"ז דלא חייבו ב"ד אין כאן חיוב ושעבוד הגוף וליכא ממילא שעבוד נכסי דמנה אין כאן משכון אין כאן לכך גם השתא כ"ז דליכא עדים אין ביד הב"ד לחייבו וממילא מוציאין מן התופס דהוי כגזלן במה שתפס הואיל דמעולם לא נעשה חיוב הגוף. או דלמא מ"מ כיון דאנן סהדי דטוען אמת נאמר ג"כ לחייבו וא"ש ספיקו של הראב"ד ז"ל. והא דמהני תפיסה ביש עדים אינו ג"כ לחייבו חיוב הגוף ולהגבותו רק שלא להוציא ממנו עד שישלם לו דמי ההיזק וכמו שכתבתי:

ובזה היה נראה דמהני תפיסת המזיק בהחזרה מן הניזק התופס כיון דכל מה דמהני התפיסה הוא לא לגוביינא דכ"ז שלא חייבו הב"ד ליכא שום שיעבוד וחיוב הגוף וגם נכסיו לא נשתעבדו רק דעביד דינא לנפשיה להחזיק במה שתפס עד שיפייס אותי המזיק אבל קנין משכון אין לו בו במה שתפס כ"ז דלא חייבו הב"ד לשלם והב"ד של הדיוטות אין בכחם לחייבו ממילא כשתופס בהחזרה ג"כ שוב אין מוציאין. ובנתיבות הביא דברי הים של שלמה דסובר דל"מ תפיסה בהחזרה כמו בכל מקום שהוא ספיקא דדינא דכאן זכה מן הדין והוא ז"ל השיג עליו והביא ראיה מדברי רא"ש ב"ק דלכך ל"ה צריך הרי"ף להביא האיבעיא אם יש שינוי לחצי נזק צרורו' משום דליכא נ"מ בזה"ז רק לתפיסה ואם תפס גובה הכל מצד ספיקא דדינא ואם נאמר דבזה"ז לא מהני תפיסה בהחזרה אכתי איכא נ"מ לענין זה והיה לו להרי"ף להביא האיבעיא א"ו דגם בקנס ברור בזה"ז מהני תפיסה בהחזרה ולמ"ש הסברה נכונה כיון דאף אחר התפיסה שתפס ועומד לית ליה להתופס זכיה וקנין משכון הואיל דכ"ז שלא חייבו הב"ד סמוכין חיוב הגוף רק אין בכח ב"ד של הדיוטות ג"כ להוציא ממנו הואיל דידענו אם היה לפנינו סמוכין היו מחייבין אותו בחיוב הגוף שוב אם בא בהחזרה לרשות הבעלים אין מוציאין מידם. ומדברי הט"ז

יו"ד (סי' רס"ז ס"ק ט"ו) משמע דהא דמהני תפיסה בקנס הוא רק שיכול להחזיק בידו מה שתפס אבל לא להגבותו ממה שתפס וא"כ ממילא היה מהני תפיסה בהחזרה:

אולם לקושטא נראה בהכרח דדעת הרא"ש דמן הדין הוא דעביד דינא לנפשיה בתפיסתו וזכה במה שתפס חדא דאל"כ הדרי קושיא לדוכתא היה לו להרי"ף להביא האיבעיא אם יש שינוי לח"נ צרורות כיון דסד"ד הוא אם חייב בח"נ או ברביעי נזק שוב היה מן הדין דל"מ תפיסה רק לרביעי נזק כיון דנאמר דאף אם חייב באמת מ"מ כ"ז דלא חייבו הב"ד ליכא חיוב הגוף ולא זכה לקנין משכון רק דאין מוציאין ממנו מה שתפס דכך אמרו רבנן זה אתי שפיר על מה שידענו בבירור אם היו מומחין היו מחייבין אותו זה א"מ מידו אבל מה שגם בלעדי חסרון דמומחין יש לנו ס' בחיובו שגם אם היו מומחין אפשר דלא היו מחייבין אותו בזה שייך שוב לומר לאוקמי על חזקת מרא קמא ולהוציא מידו ואינו דומה לכל ספיקא דדינא דמהני תפיסה דיכול לומר קים לי דחייב ואני מוחזק דהתם כיון דלהך צד דחייב לו באמת כבר זכה במה שתפס ויש לו בו עכ"פ קנין משכון משא"כ בקנס כ"ז דלא חייבו הב"ד אם נאמר דליכא חיוב וליכא חיוב הגוף וממילא ליכא שעבוד נכסי ל"ש בזה לאוקמו בחזקת התופס ומהראוי שנאמר להוציא מן התופס מטעם חזקת מ"ק וח"מ דבעלים כיון דלא יצא עדיין כלל מרשותו דבעלים ולית ביה להתופס במה שתפס רק כמה שהיה סמוכין מחייבין בבירור יכול להחזיק ת"י וכיון דיש לנו ספק ל"ה בבירור ביד הסמוכין לחייבו רק רביעי נזק ממילא מהראוי להוציא מידו עכ"פ מה שיש לנו ספק אם הב"ד היה מחייבו ודוחק גדול לומר דגם בזה עביד אינש דינא לנפשיה ויכול לומר קים לי דעל הב"ד מומחין היה לחייבו חצי נזק שהוא נגד הסברא:

ועוד הא מבואר בדברי הרא"ש שם ב"ק (פ"ב סי' ב') באיבעיא היתה מהלכת במקום דא"א לה אא"כ מנתזת ובעטה והתיזה מהו כיון דלא אפשר לה אורחא הוא והו"ל צרורות כי אורחייהו ופטור ברה"ר א"ד השתא מיהת מחמת ביעוט קאתי והו"ל קרן ומשלם ח"נ אם אין שינוי לצרורות ברביעי נזק וסלקא בתיקו ולדברי האומר דכל תיקו דתפס לא מפקינן מיניה ה"נ אם תפס הבהמה משתלם ח"נ ואע"ג דיש ספק ספיקא לח"נ דדילמא אורחייהו הוא ופטור לגמרי ואת"ל השתא מיהא מחמת ביעוט דלמא יש שינוי לצרורות ברביעי נזק הרי מבואר דאף בספק ספיקא אין מוציאין מן התופס וע"כ דהרא"ש סובר דל"מ לגבי ממון להוציא מן המוחזק בספק ספיקא ועיין בזה בקה"ס. וזה א"ש אם נאמר דהוי מוחזק בקנין וזכיה עכ"פ אחר התפיסה אבל אם נאמר דגם אחר התפיסה לית ליה זכיה בזה"ז דליכא סמוכין לחייבו חיוב הגוף היה מהראוי להוציא ממנו בספק ספיקא כיון דלא זכה עדיין ואם תפס המזיק בהחזרה דמהני א"כ נוציא ממנו ע"י ס"ס ודומה

למ"ש תוס' (סוף פ"א) דכתובות דדוקא אם בא מעות לידו בהיתר ומדעתו נתן לו הלוקח כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אבל היכא דלא בא לידו בהיתר כמו באבידת תינוק מושלך ברוב ישראל מודה שמואל דאזלינן בתר רוב עי"ש וה"נ דכוותי כיון דלא בא לידו בהיתר רק ע"י תפיסה וקנין וזכיה לית ליה בו כ"ז דלא חייבו אותו ב"ד נוציא ממנו ע"י ס"ס:

ואף למ"ש במ"א בהא דכ' הש"ך בקונטרס ת"כ (סי' קכ"ג) דהתופס יכול לומר קים לי בפלוגתא דרבויתא אפילו נגד רוב הפוסקים מטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב אף דל"ה מוחזק מעיקרא ואחרונים עמדו ע"ז מדברי תוס' כתובות הנ"ל עיין קה"ס (כלל ויו) וכתבתי עפ"י דברי הב"ח יו"ד (סי' קמ"ו) מובא בש"ך שם דאף דא"ח להחזיר אבידת כותי מ"מ שלו ל"ה ולא נפקע כחו של נכרי ממנו כ"ז דלא אייאוש ובלא הקנאות בעלים לאו שלו הוא ודומה למ"ש ס' יראים המובא במג"א (סי' תרל"ז) בגזל עכו"ם ואני כתבתי במ"א דאף אם נאמר דאין אחר יכול לחטוף ממנו מ"מ הבעלים אם תפסו ממנו בודאי אין להוציא ממנו ולכך ל"ה לכם לענין אתרוג וכ"כ אבידת כותי שלי ל"ה ואם בא ליד בעליו אין מוציאין ממנו ולכך שפיר כתבו תוס' דלכך מוציאין ממנו אבידה עפ"י הרוב דדוקא היכא דלצד המיעוט הוי שלו ממש בזה הוי כמוחזק ואין מוציאין ממנו אבל בנידון דתוס' הנ"ל אף להך צד דהוא מן המיעוט וכותי הוא רק דא"ח להחזיר אבל מ"מ אינו שלו בלא הקנאת בעלים לכך אזלינן בתר רוב להוציא ממנו כיון דלכל צד אינו שלו עכ"פ משא"כ בפלוגתא דרבוותא להנך המיעוט דחייב לו זכה במה שתפס י"ל דאין מוציאין מידו ברוב וזה כוונת התוס' במה שכ' כיון דלא בא לידו המעות מיד בעלים היינו דבשביל זה לית ליה זכייה אף לצד המיעוט משא"כ במוכר שור דבא המעות לידו מכח הבעלים ולצד המיעוט הוי שלו בבירור שוב ראיתי במח"א הלכות גזילה (סי' ל"א) דהעיר בזה בדברי תוס' ולענ"ד כמ"ש מ"מ בקנס ג"כ כיון דלא חייבו הסמוכין אם נאמר דליכא חיוב הגוף ממילא כיון דאף לצד המיעוט לא יש לו בו עדיין זכיה וקנין מהראוי להוציא ממנו היכא דיש ס"ס לפטור. א"ו מוכח דאחר שתפס ועביד דינא לנפשיה זכה בו כמו אם חייבו סמוכין וא"כ ממילא ל"מ התפיסה בהחזרה כשיטת מהרש"ל:

וכן יש להוכיח מדברי הטור (סי' ת"ז) שכ' בשור תם דאם מכרו מזיק אינו מכור ואם תפס הניזק אם נשתמש בו הלוקח קודם שנטלו צריך לשלם לו והוא מדברי ש"ס ב"ק (דף ל"ג) דלר' ישמעאל מכרו מכור לרדיא ולר"ע דהוחלט השור חייב לשלם שכר רדיא כמבואר שם מדברי רש"י וכ' שם תוס' אף דקנס אינו זוכה בו עד שעת העמדה בדין מ"מ בנגיחה גלי קרא דמשמע לר"ע דמכרו אמזיק וניזק קאי והיינו דאחר העמדה בדין זוכה

בו הניזק למפרע ולכך נותן דמי רדיא וכן פסק שם הרמ"א דחייב לשלם דמי רדיא גם בזה"ז אחר שתפס השור ואם נאמר דתפיסה ל"מ בזה"ז שלא להחליטו רק דאין מוציאין מידו אבל לא לזכותו שיהיה לו קנין כיון דליכא מומחין לחייבו בקנס א"כ אמאי כשתפס הניזק השור מתחייב המזיק לשלם דמי רדיא הא מ"מ לא זכה בו כ"ז דליכא סמוכין א"ו תפיסה מהני וזוכה בו אף למפרע ולכך גם בזה"ז כשמכרו ואח"כ תפס הניזק מהני מכירת הניזק וכמ"ש שם הטור ורמ"א. וכן נמי אם נימא דמהני תפיסה בהחזרה כמ"ש הנתיבות אמאי אם תפס אח"כ השור חייבין הבעלים בדמי רדיא לא יהיה דמי רדיא דמוחזק בו מעיקרא גרע מאם תפס בהחזרה דמהני ומה לי אם תפס הכל בהחזרה או אם תפס בהחזרה מקצת א"ו דל"מ תפיסה בהחזרה כיון דעביד אינש דינא לנפשי' מהני תפיסתו לזכות בבירור:

[**ועיין** דרישה שם (סי' ת"ז) דכ' וז"ל ואעפ"י שגוזל בהמת חבירו ועשה בו מלאכה פטור מתשלומין התם ה"ט דבהמה כמטלטלין הנגזלת וקני' הגזלן לענין זה משא"כ שור המזיק דבכ"מ שהוא ברשות הניזק הוא ודינו כקרקע וכספינה דנתבאר שם וסי' ש"ע דצריך לשלם מה שנהנה מהם עכ"ל ולכאורה אינו מובן קרקע ה"ט דאינו נגזלת ובכ"מ שהוא ברשות בעלים קאי ולכך חייב הגזלן לשלם השימוש וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל (צ"ו) משא"כ מטלטלין דנגזלין ויצאו מרשות בעלים וא"כ שור המזיק למה לא הוי כמו גזלן שהשתמש בגזילתו דפטור מלשלם ובאמת ברשב"א שם חולק על רש"י בזה ועיין ש"ך (סי' ת"ז) אולם י"ל כונת הדרישה כמ"ש הקצוה"ח שם לתרץ קושית הרשב"א על רש"י דעד שלא העמידו בדין לא זכה בו הניזק ורשות לבעלים להשתמש בו אף לכתחילה ואח"כ כי העמידו בדין גלי קרא דזכה בו למפרע ולכך חייב לשלם שכרו והן הן דברי הדרישה דמעולם לא יצא מרשות הניזק כיון דלא זכה בו עדיין רק אח"כ כשהעמידו בדין זוכה בו למפרע וזכיה הזאת אינו מחליש זכותו דניזק ע"י קנין המזיק במה שמשתמש ועוד יבואר אי"ה בזה במקומו]:

אך מ"מ אינו מוכח דגם בזה"ז זוכה בתפיסתו זכיה רק בתם דמשתלם מגופו וגלי קרא דע"י העמדה בדין זוכה בו הניזק למפרע אבל בשאר קנסות ובפרט בכפל ודו"ה עדיין י"ל כיון דצריך סמוכין לחייבו בדין ושישתעבדו נכסיו לגבות מהן אף תפיס' קודם שחייבו וכן בזה"ז דליכא סמוכין מועיל רק שלא יהיה חייב להחזיר דיכול התופס לומר דכיון דאם היה ב"ד סמוכין היו מחייבין אותו אני מחזיק ת"י אבל להגבותו ממה שתפס י"ל דלא מגבינן כיון דאכתי גברא לאו בר חיובא הוא וליכא סמוכין לחייבו. אולם ממה דמבואר בטור ורא"ש בהשיגו על הרמ"ה דסובר דתפיסה מהני מצד התקנה ולכך בקנס

טפי מניזקיה מפקינן מניה וכ' הרא"ש דלאו תקנה הוא רק מה"ד דמד"ת מיחייב אלא שאין לו דיינים משמ' דאף בקנס דו"ה סובר דמהני מיגו אף להגבותו ממה שתפס נראה דסברו דתפיסה דמהני הוא מן הטעם דעביד אינש דינא לנפשיה הוא בכל הקנסות אף מה שהוא טפי מן הקרן וכמו דשם מהני מיגו בתפס שלא בעדים כמבואר (סוף סי' שצ"ט) כן נמי בקנס שהוא טפי מן הקרן ומשמע דאף מגבינן ליה וממילא ל"מ תפיסה בהחזרה וכדעת מהרש"ל ויקשה קושית הנתיבות דהיה לו להרי"ף להביא האיבעיא אי יש שינוי לח"נ צרורות כיון דיש נ"מ טובא לענין תפיסה בהחזרה דבסד"ד מהני:

והנה כבוד שארי הגאון הגדול כו' מו"ה משה יהודא ליב זלה"ה בעהמ"ח ספר זית רענן אמר לי בזה ותמצית דבריו דבטעו הדיינין בשיקול הדעת דמה שעשו עשוי ולדעת רוב הפוסקים אפילו גדול ממנו א"י להחזיר אף היכא דפטורין לשלם כגון במומחה או בג' וחד דגמיר וקבלוהו והדין שיצא מהם הוא בהחלט לצמיתות השתא דליכא מומחין נראה דאפילו תפס הלוה אח"כ ל"מ וראיה מש"ע (סי' ק"ח) גבי מת לוה בחיי המלוה ואח"כ מת המלוה אם תפס מהני משמע אם תפס אח"כ כשכבר פסקו כרב ושמואל דיורשי הלוה פטורין ל"מ תו תפיסה וכ"כ שם האורים והשתא מה התם דאפילו ב"ד קטן מן הראשונים יכולין לפסוק אח"כ כר"א ולהוציא מיורשי הלוה אפי"ה הבע"ד עצמו א"י לתפוס מכ"ש בטעו בשקה"ד דאין ב"ד הקטן מהם בכחם להחזיר הדין אליבא דכ"ע פשיטא דאין בתפיסתו של הבע"ד כלום ואע"ג דעביד אינש דינא לנפשיה זה עד שלא ירדו לדין אבל אחר שירדו לדין חובה על הבע"ד שלא לעשות דבר נגד הפ"ד ולכך אפילו טעו בשקה"ד כיון שכבר פסקו חז"ל דקם דינא אין בתפיסתו של הבע"ד כלום. ולפי"ז נראה דנהי דבספיקא דדינא לדעת הפוסקים דמהני תפיסה אם תפס אידך אח"כ מהני זה דוקא עד שלא ירדו לדין לאחר תפיסה הראשונה אבל אחר שירדו לדין וזיכו הב"ד להתופס או כדעת רמב"ם וסייעתו או בטוען ברי לדעת תוס' תו ל"מ תפיסתו דאידך כיון שהדבר יצא מפי ב"ד וזיכהו בתפיסתו תו לא גרע מאם טעו בשקה"ד ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות וכיון שבא הנידון לפניהם כשכבר תפס חובה לזכות התופס להדיא אבל אינו רשאים לומר ולהוסיף דכל זכותו משום דתפס ואם שוב יתפוס אידך יועיל תפיסתו דזה בכלל עורכי דיינים. ולפי"ז לא קשה עוד רש"ל מדברי הרי"ף כיון דהתם ע"כ איירי דתפס קודם שבאו לב"ד שפיר כתב הרא"ש דליכא נ"מ כיון דכבר תפס וזיכהו הב"ד תו לא יועיל תפיסתו דאידך דלא גרע מטעו בשקה"ד דקם דינא אף דסוגיא דעלמא אזיל כאידך עכ"ד ודרש ממני לעיין בזה:

ודעתי העניה אינו כן ואבאר הדברים דא"ד תיקו או סד"ד לטעו בשקה"ד דשם הדיין ירד לעומק הדין לשקול בפלס סברתו והיה דעתו נוטה כמו שפסק לכך אף דסוגיא דעלמא אזלי כאידך מ"מ קם דינא ואין בכח לשום ב"ד לבטל הפס"ד כיון שיצא פס"ד כפי הכרעת דעתו. ועוד דהא מה דקם דינא הוא מדרבנן כמבואר בראשונים ובקונטרס הגאון מהרח"י ז"ל וכאשר יבואר אי"ה במקומו לכן לא תקנו לזלזולי דיהי' בכחו של הבע"ד לתפוס בהחזרה ולמיעבד דינא לנפשיה כיון דנתנו תוקף לפ"ד נגד סוגיא דעלמא ושום ב"ד אינם בכחם למיהדר עובדא משא"כ בתיקו ובסד"ד אין ע"ז שום פסק דין כיון דאינו פוסק מצד הכרע' דעתו ואין בכחו להכריע ולפשוט ולברר הספק רק כיון דהוי ספק אמרו רבנן כל היכא דקיימא תיקם והממע"ה ואם תפס הדין דיכול לומר קים לי וכמו שכתב הש"ך בספרו ת"כ בטעמ' של הסוברים דתיקו עדיף מספק דמציאות אבל מ"מ אין הב"ד פוסקים בשביל חות דעתם והכרעתם רק מסלקי נפשייהו מזה וכמו שכ' הרשב"ם ב"ב (דף קס"ו ע"ב) דכ"מ שעלתה הלכה בתיקו הואיל דאין הדיינים יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק מה שבידו עכ"ל וכמו המוחזק הראשון כשתובע אותו התובע לדין הב"ד שותקין ואמרו שאין בכחם לחייב ומ"מ אם תפס התובע אח"כ מהני תפיסתו ולא אמרינן קם דינא לפטור כיון דלא מקרו דיינין ע"ז רק לשתוק הואיל דאין בכחם לדעת להורות האמת לאמיתו כן נמי אם תפס שוב אח"כ התובע נעשה הוא מוחזק ואף אם באו שוב לב"ד ופסקו שיחזיק במה שבידו אינם ע"ז שם דיינים ופסק דין רק הואיל דאינם יודעים אין בכחם להוציא ומהני שוב אח"כ גם תפיסתו בהחזרה וכן מבואר להמעיין ביש"ש ובת"כ המעיין ימצא כן כמה פעמים ועיין סמ"ע (סי' רמ"ה ס"ק כ"א) ובט"ז שם דמשיג עליו דלעולם מהני תפיסה בהחזרה וכן השיג עליו בת"כ (סי' ח"י סי"ק ח') והעלה דהיכא דמהני תפיסה אם חזר הראשון ותפס ממנו לא מפקינן מניה ואינו דומה לדינא דכל דאלם גבר (סי' קל"ט) עיי"ש דמשמע בבירור אף אם נפסק הדין מ"מ לעולם מהני תפיסה דנגד זה לא נפסק הדין דע"ז לא דן משא"כ בטעו בשקה"ד דדנו ושם דיינין עליהם לכך קם דינא וכן בהא דסי' (ק"ח) אם כבר פסקו כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו נקראו ע"ז שם דיינין כיון דלכתחילה חייבין לפסוק כן מפני כבודן דרב ושמואל וכל זמן שלא פסקו הב"ד יכול התופס למיעבד דינא לנפשיה ואינו מחוייב לחוש לכבודן ויכול לתפוס כיון דניתן רשות אף לדיינין למיעבד כר"א ואם עביד מהני אבל אם כבר יצא הפ"ד מפי ב"ד לחוש לכבודן דרב ושמואל ופטרו אז ע"ז נקראו שם ב"ד כיון דכך חובה להם לפסוק אף דמצד הלכה היה ראוי לפסוק כר"א מ"מ לכתחילה עבדינן כרו"ש מצד כבודן א"כ חל שם הוראה ופסק דין כתורה ולכך ל"מ

שוב תפיס' אבל בתיקו דלית בר נש דיכול להכריע כצד אחד אין לעולם ע"ז שם הוראה. וכן בסד"ד דפלוגתא דרבוותא אף דניתן רשות וכח להב"ד להכריע כפי השגתם בראיות היינו אם ירדו לעומק הדין להכריע כפי פסקם אבל אם לא ירדו לזה להכריע בדבר רק מצד שהוא סד"ד פסקו מה שפסקו דהממע"ה לאו שם פסק דין ע"ז לומר קם דינא:

ועוד אף אם נודה לדבריו דבתר פ"ד קם דינא אף בתיקו מ"מ היינו אם עכ"פ ידעו הדיינין דהוי ספיקא ופסקו דאם תפס תפס ואין מוציאין אבל אם הדיינין לא ידעו כלל שיש בזה ספק רק פסקו מטעם דסברו לזכותו מטעם דס"ל דכן הדין לחייב את מי שתפס ממנו ואף אם ל"ה תפוס ועומד דעתם דחייב ולא פסקו מצד הספק לומר הממע"ה זה הוי כטעו בד"מ כמבואר בנ"י מובא בש"ך (סי' כ"ה ס"ק ב') ועי"ש בתומים. וא"כ שוב היה לו להרי"ף להביא האיבעיא אם יש שינוי לצרורות לרביעי נזק כיון דבלא נודע נבא לכלל טעות דמסברא החיצונית נלמוד דאין שינוי ולא נדע ובאמת נשאר בש"ס בתיקו האיבעיא דרב אשי ואז היינו מחוייבין לשלם ח"נ רק כיון דאין דנין דיני קנסות ליכא נ"מ ואם תפס מהני ואם יתפוס ח"נ ויבא לב"ד יפסקו הב' דכן הוא דחייב ח"נ הואיל דלא נדע מן הספק של רב אשי ויפסקו דאם היו מומחין היו מחייבין לשלם ח"נ ובכח זה יחזיקו ביד התופס ובאמת זה טעות בדבר משנה דאף אם היו סמוכין היה זוכה רק מצד תפיסה אבל לכתחילה ל"ה גובין רק רביעי נזק וא"כ בודאי מהני תפיסה בהחזרה כיון דהב"ד לא ידעו כלל מן הספק ול"ש לומר בזה קם דינא והיה לו להרי"ף להביא האיבעיא למען נדע דלכתחילה ל"ה הסמוכין מגבין רק רביעי נזק ואם תפס ח"נ אז כשהב"ד יפסקו דמהני לא יהיה מועיל עוד תפיסה בהחזרה. אולם באמת ל"ש בזה כלל לומר קם דינא כיון דלא שייך בזה לומר הכרעת דעת ב"ד:

ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' י"א) דכתב דכי אמרינן דיינא דעבד כר"א עבד היינו שהכריע בחכמתו כר"א מגמריה ומסברתיה נראה שראוי לדון לעולם כר"א אבל אם יבא דיין ויאמר בכאן אני רוצה לדון כר"א ומחר יאמר בדין אחר לדון כרב ושמואל לאו דיינא הוא ואם יאמר כה"ג אני דן כר"א אי איכא טעמא אפי' למאן דפסק כרו"ש לחיי אבל בלא דין הכרעה שלישית הוא ואין מכרעת ע"ש ולכך דיינא דעבד כר"א היינו בהכרעתו קם דינא ואין ב"ד אחר יכול לבטל פס"ד ולפסוק כרו"ש דשם פס"ד עליהם ואם דן כרו"ש לא נוכל לומר מצד הכרעתו כיון דכך הכריעו חז"ל לכתחילה לאו שם פס"ד ע"ז לכך יכול ב"ד אחר לפסוק כר"א ואין למידן מזה לדינים אחרים. ועוד הוסיף שם המהרי"ט לומר דה"ט דאם עבד כרו"ש להחזיק ביד היורשים לא עביד מעשה משא"כ דעבד כר' עשה מעשה וקם דינא ול"ד לטעם בשקה"ד דאמרינן מה שעשה עשוי ומשלם

מביתו ובזיכה את החייב כיון דא"ל פטור אתה כמאן שנטל ונו"נ ביד דמי התם קנסא הוא דקנסי לדיין שאינו מומחה דקם דינא וישלם מביתו אבל הכא בתר דזכו היתומים כרב ושמואל מצי דיין אחר לחייבם כר"א ול"א קם דינא משום דלאו מעשה עביד עי"ש וראיתי בקה"ס שבספר קצוה"ח דהעלה שם מטעם אחר מהדרינן עובדא לאחר שדן דיין כרו"ש משום דעיקר להלכה כר"א רק לכתחילה עבדינן מלתא יתירתא כרו"ש משום כבודן כמו שכתב הרמב"ן במלחמות ד' סוף שבועות או כמ"ש תוס' דמשום עלילה מועטת יש לנו להקל שלא להוציא ממון וזה הכל רק לכתחילה אבל לא למיהדר עובדא וכבר קדמוהו באו"ת (סי' כ"ה ס"ק ב') בזה דלדינא כיון דקיי"ל כר"א דמתוך שאי"ל משלם ליתא לדרב ושמואל רק הואיל דנפיק מפומי' דרו"ש ראוי לפסוק כוותייהו ולכך אמרו הבו דלא להוסיף עליו וא"כ מאן דהורה כר"א כהלכה הורה ולכך אין הדין חוזר עי"ש אולם מדברי תוס' ב"ב (דף ס"ב) והרא"ש ונ"י שם דמדמו דבר דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וס"ל לדיין כחד מינייהו ועביד דמה דעביד עביד להא דיתומים מן היתומים דעביד כמר עביד הרי דשוין הן ואם נאמר דשם מהני מה דעביד כר"א להוציא משום דלהלכה היה ראוי לפסוק אף לכתחילה כר"א וגם משום דשייך לומר שטרך בידי מה בעי א"כ הורה זה כהלכה ומניין לנו לומר דיש רשות לכל ב"ד להכריע היכא דלא אתמר הלכתא ולומר דעביד כמר עביד להוציא ממון היכא דלא ידענו כמאן לפסוק ואין הדבר נוטה במחלקותם כדת מה לעשות א"ו דסוברים דגם בפלוגתא דרו"ש ור"א ביתומים מן היתומים דומה לכ"מ דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וע"כ צ"ל דשוין הן וליכא דעת נוטה בזה והא דאם פסקו ב"ד כר"א והוציאו ממון דל"מ ב"ד אחר לפסוק להיפך ואם פסקו כרו"ש יכול ב"ד אחר לפסוק להיפך הוא מטעמים שכ' מהרי"ט שם: **וראיתי** בכנה"ג ח"מ ס"ב מהד"ב (סי' כ"ה אות ח"י) שהביא דברי תוס' ב"ב הנז' וכ' ולא תידוק מהכא דס"ל לתוס' דדוקא היכא דס"ל לדיין כחד מינייהו ועבד אז מאי דעבד עביד אבל אי לא ס"ל כחד מינייהו אלא שהוא מסופק בדבר מאי דעביד לא עביד כלום דא"כ מאי מייתי ראיה מפ' כל הנשבעין דהתם בסתמא אתמר ומשמע ודאי דאפילו דלא ס"ל כחד מינייהו והוא מסופק בדבר ועוד ל"ה להו למימר ואי מספקי לי' כמאן הלכתא הממע"ה אלא כך הי' להו למימר ואי מספקי לי' כמאן מאי דעביד לא עביד א"ו כוונת תוס' לחלק בין ס"ל כחד מינייהו להיכא דלא ס"ל כחד מינייהו והוא מסופק דבין הכי ובין הכי מאי דעבד עבד אלא שכתבו בתחילה וס"ל כחד מינייהו לומר דמסתמא זה הדיין ל"ה מוצא מזה אלא מפני שהוא סבר כחד מינייהו ואם מסופק מסתמא אינו מוצא אלא יושב בשוא"ת ואומר הממע"ה וכן העלה בתשובותיו בס' בעי חיי ח"מ (ח"א

סי' ע"ג) והדברים מתמיהים מלבד שהם נגד דברי רבו במהרי"ט הנז' והסברא כך נוטה דאם מסופק ומוציא ממון ברצונו הפשוט מבלי שום הכרעת דעת וסברא וראיה אין זה פסק דין וכן משמע מדברי הרא"ש סנהדרין (פ"ד) דכתב היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסיק כמו שארצה ואם עשה כן זה דין שקר ומשמע כיון שהוא שקר ל"מ כלל הפסק והא דכתב שם ואם לא ידע הפוסק במחלוקת הגאונים אם אי אפשר לעמוד ע"ד אין כאן טעות אלא מה שפסק פסק היינו כשלא ידע ממחלוקת הגאונים וע"כ הא דפסק להוציא היה נראה דעתו עפ"י דין כן אז מה שפסק פסק אבל אם פוסק מבלי טעם רק מרצונו הפשוט זה דין שקר והדין חוזר אם לא מצד תפיסה ועיין ש"ך (ר"ס כ"ה) מ"ש בדברי הנ"י ובאחרונים שם ובמ"ש לקמן אי"ה:

ובתומים (סי' ק"ח ס"ק י"א) כ' דלפי דעת רא"ש וטור (סי' כ"ה) אם טעה בשקה"ד וזיכה החייב קם דינא אף במקום שא"צ הדיין לשלם מביתו ואף גדול א"י להחזיר ומכ"ש באם לא טעה הדיין והורה כדין לפטור את החייב משטרו איך יהיה כח ביד דיין אחר להחזיר ולבטל דינו וכ' דאפשר דרמ"ה ס"ל כדעת הרי"ף דהיכא דא"צ הדיין לשלם מביתו הדר דינא לכן אם ס"ל לדיין אחר כר"א עבד והדר דינא אבל לדעת רא"ש וטור דלעולם קם דינא מכ"ש בזה דעבד כדין כרו"ש וע"ש עוד דהעלה דבאמת אם ידע השני מפסק הראשון פס"ד הוי כמו קריעת שטר. ובאמת כן ע"כ צריך לומר בדעת רמ"ה דהא לפנינו דעת רמ"ה בחידושיו לסנהדרין (דף ל"ג) לפסוק כר"ש דלעולם קם דינא אף במקום דאין הדיין חייב לשלם וכשיטת הרא"ש והטור וא"כ אם פסקו כרו"ש דפסקו כדין ודאי מהראוי לומר דקם דינא אם לא דנאמר בכוונת הרמ"ה כמו"ש התומים דלא ידע השני מן פסק של הראשון ועוד יבואר אי"ה בזה במקומו:

הדרן לדברינו די"ל אף בפלוגתא דרבוותא דיש מקום להכריע מ"מ אם לא הכריע הדיין ופסק להחזיק מספק דהממע"ה ל"ש לומר בזה קם דינא ומהני גם אח"כ תפיסת התובע להסוברים דמהני תפיסה בסד"ד. ומצאתי ראיתי בתשובת אהלי יעקב למהריק"ש ז"ל (סי' צ"ג) וז"ל זכה זה בטענות קים לי כיון שהעלינו דאינהו הוא דעביד הך דינא לנפשיה ואין לב"ד עסק בפסק זה דאיהו הוה מוטל עליהם לפסוק כדעת המרובים אם באו הנכסים ליד השני מסתברא לי דהדר דינא ויכול השני לתפוס כי מה שאמרו שם קם דינא היינו מה שנעשה ברצון ב"ד מפני הספק להכי לא סתרינן ליה אבל הכא דאיהו הוא דעבד דינא לנפשיה מפני טענות קים לי לא אלם כמו כח ב"ד והדר דינא אם באו נכסיו ליד השני עכ"ל הרי מבואר אף אם זכה בתפיסתו בטענת קים לי כיון דאיהו עבד דינא לנפשיה לא אלם כמו כח ב"ד ומהני תפיסת השני וכמו כן מה שהוא בש"ס בתיקו

אם תפס ובא לב"ד אף דאין מוציאין מידו מ"מ כיון שהוא מצד דעביד דינא לנפשיה דהב"ד ל"ה מוציאין מיד המוחזק בשום אופן כי הממע"ה רק הוא עבד דין לנפשיה ותפס אין בכח הב"ד להוציא שוב ממנו להסוברים דמהני תפיסה או בטוען ברי מ"מ כיון דהב"ד לא פסקו מדעתם לא נוכל לומר בזה קם דינא וממילא אם תפס הראשון בהחזרה מן השני מהני שוב תפיסת הראשון ואין הב"ד מוציאין מידו כמו כן ובפרט מה דעלתה בש"ס בתיקו לאו שם ב"ד עליהן ול"ה כפסק דין רק מסלקין א"ע מזה וכמ"ש הרשב"ם ב"ב שהבאתי לעיל:

וראיתי בכה"ג כללי קים לי (אות ל"ג) שכ' מי שתפס וזכה כבר מכח קים לי ל"א קם דינא ואין האחר יכול לתפוס ואם תפס מפקינן מיניה אלא אם חזר ותפס לא מפקינן מיני' מבי"ט (סי' קע"ג) אבל הר"ש יונה בתשובותיו כתב דמפקינן מיניה ואפש' דלא פליג על המבי"ט דהמבי"ט איירי דזכה בקים לי בתפיסה שתפס ולא הוי תפס מעיקרא אבל הזוכה בטענות קים לי להיותו תפס מעיקרא כנידן מהר"ש יונה מוציאין מידו עי"ש. ודעת מהריק"ש נראה אף במוחזק מעיקרא מ"מ כיון דהב"ד היו מוציאין מידו כדעת רוב הפוסקים רק איהו זכה מטעם קים לי מהני תפיס'. ובאמת בנידון דמבי"ט שם לא באו לב"ד כלל מקודם רק שהספק היה שהבת השיגה מן אמה שלא נשבעת על כתובתה שטר מתנה והבן הי' לו מן אמו קנין קודם להבת וכתב המבי"ט דלדעת הרי"ף דבעינן מטו לידו וכ"ז שלא הגיע לידו יכולה לחזור והיתה הבת יכולה לומר קים לי כהרי"ף מ"מ אהני ליה להבן מה דתפס ויכול לומר קים לי דמשעת קנין זכיתי וע"ז כתב דלא תימא כיון דזכתה הבת מכח קים לי כהרי"ף קם דינא ואין האחר יכול לתפוס משלה ואם תפס מפקינן מיניה דהא לא זכתה מכח ב"ד אדרבא ב"ד הוו דייני כהני רברבי אלא דתפיסה מהניא לה כדאמר' קים לי ולכך אם תפס אח"כ הדר דינא ודמי למת לוה בחיי מלוה דאם תפס הוי תפיסה עיי"ש וי"ל דאם באו לב"ד לדון אין אחר מעשה ב"ד כלום רק הכנה"ג למד ממנו דאף אחר שבא לב"ד מ"מ כיון דהב"ד לא היו פוסקין רק מכח תפיסתו שיזכה מהני תפיסה בהחזרה ובזה מחלק בין תפיסה דמעיקרא ללא תפס מעיקרא:

וקצת יש לומר דעד כאן לא כתב מהריק"ש דמהני תפיסה בהחזרה רק לשיטתו דסובר שם דהב"ד אין פוסקין להחזיקו עד שיטעון קים לי ומה"ט פוסקין אף כמיעוט הפוסקים ואין עוברין על מה שאמרה תורה אחרי רבים להטות כיון דהמוחזק טוען בפירוש קים לי והוא פוסק את דינו ולכך ל"א קם דינא ומהני תפיסת השני בהחזרה ג"כ בטענות קים לי כיון דאין זה פסק ב"ד רק פסק עצמו. אבל להסוברים דהב"ד טוענין קים לי ואף אם אין הבע"ד יודע כלל רק הוא מחזיק אין מוציאין ממנו מטעם קים לי כאשר

כתב בזה הכנה"ג משם כמה פוסקים והנתיבות העלה בכללי תפיסה דבמוחזק מעיקרא ושלא מחמת תפיסה אנן ב"ד טוענין עבורו קים לי אבל לא בתפיסה דאז צריך שיטעון קים לי ועבור יתומים טענינן עבורם קים לי [וקצת סותר דברי עצמו שכתב שם (ס"ק ד') לתרץ דברי הטור דלא הביא דעת הרא"ש דלא מהני תפיסה בתיקו וכתב דליכא נ"מ כיון דאף אם המחלוקה היא בתפיסה עצמה אם מהני תפיסה ויכול לומר קים לי דמהני תפיסה וממילא יכול לומר קים לי כרמב"ם וליכא נ"מ בשיטת הרא"ש ולמ"ש דבתפיסה צריך שיטעון קים לי א"כ נ"מ בזה והיה לו להטור להביא דעת אביו הרא"ש ז"ל דחולק וסובר דל"מ תפיסה למען נדע שהתופס צריך שיטעון קים לי ועוד יש נ"מ הרבה אכ"מ] עכ"פ יש לומר במקום דהב"ד טוענין עבורו קים לי אז הוי פסק ב"ד וקם דינא ול"מ שום תפיסה בהחזרה:

אך באמת לא נראה כן רק לעולם במקום דאין ביד הב"ד להכריע רק מסלקין נפשייהו ואמרי הממע"ה אף אם רק פטרו להתופס מ"מ ל"ש בזה לומר קם דינא ובפרט בתיקו וכמ"ש ברשב"ם ב"ב הנ"ל. וקצת י"ל דתליא בדברי הרא"ש ב"ב המובא (סי' קל"ט) בכל דאלם גבר אם מהני תפיסה בהחזרה אולם יש לחלק כמובן דשם נפסק הדין כל דאלם גבר והוי תורת פסק ב"ד ולכך קם דינא דכך תקנו חכמים כמו"ש הרא"ש דלא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת היום יגבר זה ולמחר חבירו ושם לא סלקו הב"ד ידיהם מדין זה רק פסקו כל דאלם גבר לכך אמרינן דקם דינא למי שיגבר הראשון משא"כ בתיקו או אף בפלוגתא דרבוותא יש לומר דלא מקרי פס"ד ע"ז שבשביל זה יהיה קם דינא ועיין מ"ש לקמן בדין זה להשות דברי תוס' ב"מ (דף ו') המובא שם בש"ך עם דעת הרא"ש דתליא באם באו לב"ד קודם לכן או אחר שגבר האחד:

סימן ה

עוד כתב שם הנתיבות לדון וז"ל אמנם אשכחנ' גוונא דגרע הך תפיסה מספיקא דדינא דנראה דמיתמי לא מהני תפיסה זו דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי אפילו בנזקין רק בבע"ח גובה מתקנות הגאונים ובמזיקים לענין. תפיסה ודאי לא תקנו הגאונים משא"כ בתפיסה דסד"ד מהני אפילו ביתומים ומדברי הרא"ש לא מוכרח רק דעכ"פ לא עדיף כו' אבל מ"מ י"ל דגרע עכ"ל ולכאורה דברי הרא"ש אין שייכות כלל לזה דמשונה הוי קרן ומשתלם מגופ' דמזיק בזה אף מיתמי מהני הן לגבי ספיקא דדינא הן לענין גביית קנס אם תפס ול"ש בזה לדון מטלטלי דיתמי כיון דלא מצי לסלוקי בזוזי וקיי"ל יוחלט השור ואם תפס הניזק זוכה למפרע מדגלי קרא וחצו את כספו א"כ אף אחר מיתת בעל השור מהני תפיסה ואינו בכלל מטלטלי דיתמי כמובן ועיין תוס' ב"ק (דף י"ד ע"ב) דמה דמשתלם

מגופו הוי כאלו תפס מחיים. אמנם בשאר קנסות כמו כפל ודי"ה וכדומה אם מת המזיק ואח"כ תפס הניזק מיתומים בזה יש מקום לומר כיון דבא לתפוס מטלטלי דיתמי בעד ממון שנתחייב אביהן וכיון שקודם שתפס ליכא שום חיוב הגוף דאינו חייב בקנס עד אשר ירשיעון אותו הב"ד וכשמת אין מי לחייבו אולם למ"ש לעיל ממ"ש הרא"ש והטור דחייב הוא רק דלית לן ב"ד לכופו יש לומר דמהני תפיסה אף אחר מיתתו. אך די"ל כיון דמ"מ אין ביד הב"ד לכופו לא תקנו בזה הגאונים. וגם הא קנס שהוא טפי מקרן לא מגבינן העדות ולא מזדקקינן לקבל העדות עד כי תפס ועומד וכמו שכ' הרא"ש ולא משכחת לקבל העדות רק אם תפס ועומד ואם מת קודם שתפס למי יחייבו הב"ד:

ועיין בסוף קונטרס הגאון מ' חיים יונה ז"ל שכתב בפשיטות בעדים שהעידו ובאו עדים והזימו אותם ונתקבל בפניהם ולא נגמר הדין לחייבם עד שמתו דאין הב"ד גומרין הדין וא"כ לוא יהא דעביד דין לנפשיה במה שתופס הא כיון שמת אף ב"ד הסמוכין אין בידם לחייבו. אולם לקמן בדיני עדות יבואר אי"ה דמדברי ירושלמי פ' אלו נערות על מתניתן דבא על בתו איירי באנוסה ולא הספיקה לעמוד בדין עד שמת מובא בתוס' שם ריש הפרק משם נראה דגם אחר מיתת החייב יכולין לגמור דין חיוב הקנס ונתחייב בהקנס למפרע כמו שכתב רמב"ן גיטין (דף מ"ב) דחל החיוב למפרע כשעמד בדין ולכך פטור רק מטעם קם לי' בדרבה מיניה ושם יתבאר בעזה"י באורך וא"כ י"ל דגם בקנס שהוא טפי מן הקרן שייך לחייבו למפרע וחייבין היורשים ובזה יש מקום לדון דלענין תפיסה לא תיקנו הגאונים ז"ל:

וכן במלתא דלא שכיח דלא דנין בזה"ז ולדעת הש"ך אף אש ובור לא דנין בזה ג"כ י"ל אף דמהני תפיסה מ"מ כיון דמה"ד מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לא תקנו הגאונים לענין תפיסה. ובלא"ה דעת רבינו אפרים דבכל ניזקין לא תקנו כמבואר ברא"ש ב"ק (דף י"ד) ועיין ש"ך (סי' תי"ט) והטעם דלא תקנו רק מפני נע"ד אבל נזקין לא שכיח ואף דמסיק שם הש"ך לדינא כדעת הרי"ף ורמב"ם דמגבינן מן מטלטלי דיתמי מ"מ י"ל דלענין תפיסה לא תקנו וא"כ אף אם נתקבל העדות בחיים למ"ש הש"ך כדעת הים של שלמה דבדבר שהוא ממון רק דלא עבדינן שליחותייהו הואיל דל"ש שמין לו כדי שיתפוס מ"מ בזה לא תקנו הגאונים שישתעבדו מטלטלי דיתמי. וי"ל למ"ש שם הש"ך משם הרא"ש דבדורות הללו מטלטלי כמו קרקע לכל עניני שעבוד מן הדין אף בלא תקנה נראה דמהני תפיסה. אולם הש"ך שם חולק ע"ז וכנראה עיקר הכרעתו שם מטעם תקנות הגאונים בזה ג"כ לענין ניזקין והטעם דהא אף דלא שכיח כמו מטעם נעילת דלת דבע"ח מ"מ חשבו חז"ל לשכיח לנעול דלת בפני המזיקים מה"ט עבדינן גם השתא

שליחותייהו לכך תקנות הגאונים לגבות מן מטלטלין חל גם ע"ז וממילא יש לדון לענין תפיסה אבל במילי דלא שכיח דלא עבדינן שליחותייהו בזה י"ל דלא תקנו:

ומ"ש הנתיבות בפשיטות דבספיקא דדינא מהני תפיסה מן היתומים במטלטלין יש מקום לגמגם מן הסברא ולומר דל"מ כיון דאין הב"ד יכולין להכריע ולגבות בספיקא דדינא רק תפיסתו של הבע"ד מהני מצד דעביד אינש דינא לנפשיה וכמו שהאריך בזה בספר ת"כ לדון מהא דכתב בעה"ת ביתומים מן היתומים במת לוה בחיי מלוה דאמרינן בש"ס לפסוק כרו"ש דא"א מוריש שבועה לבניו ודעביד כר"א עבד ומהני תפיסה מטעם דעבד דינא לנפשיה וכתב בתומים (סי' ק"ח ס"ק י') לדון דאם תפסו מטלטלין דלא משתעבדי מדינא דגמרא רק מתקנות הגאונים יש לומר כי תקנו היינו מדינא אבל היכא דעביד דינא לנפשי' לומר קים לי כר"א ע"ז לא תקנו הגאונים לעבור על שורת הדין דהא שורת הדין כרו"ש והוא רוצה להפוך השורת אף אנו כתורה נעשה ונוקמי אד"ת ולומר דמטלטלין לא משתעבדי עי"ש וא"כ כ"כ בכל ספיקא דדינא אשר מהני אף תפיסה בהחזרה ושם פשטות דברי הטור ורמ"א נראה דאם דן הראשון כר"א ואח"כ דן השני כרו"ש אין במעשה השני כלום ולהיפך אם עבד ודן כרו"ש אם לא קרעו השטר ובאו אח"כ לב"ד אחר וגבו בו מה שעשו עשוי וכמו שהאריכו בטעמים בזה במהרי"ט הבאתי (סי' הקדום) ובכ"ז אף דעביד דינא לנפשיה ורשאי לתפוס מ"מ הואיל דחשו לפסוק כרו"ש לכן כשתפס מטלטלין מוקמינן על ד"ת ומוציאין מידו כמ"ש התומ' כמו כן בסד"ד ובפרט בתיקו אשר מעיקר הדין נשאר בספק בכל מקום כיון דכך הוא הדין לאוקמי על חזקת מר"ק והממע"ה רק תפיסת הבע"ד מהני דעביד דין לנפשיה מ"מ אם אין לו בהשטר שעבוד מטלטלי אגב מקרקע י"ל דל"מ תפיסה מן יתומים דמוקמינן על עיקר הדין דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וע"ז לא תקנו הגאונים כיון דאין ביד הב"ד להכריע לחייבו רק הוא בכח דעביד דין לנפשיה ועל פסקו לחיוב לא נחתי הגאונים לתקן שיגבה ממטלטלי דיתמי וצ"ע בזה:

סימן ו

ויש לחקור אם במה דלא עבדינן שליחותייהו דקמאי כמו קנס ומלתא דלא שכיח ותפיסה מהני אם בזה מהני תפיסה בקרקע דבכ"מ בסד"ד דל"מ תפיסה בקרקע הוא משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת וכל היכא דקאי ברשותייהו דמריה הוא וקרקע אינה נגזלת וכמ"ש הרשב"ם ב"ב (דף ק"ה ע"ב) הך טעמא וזה אתי שפיר בסד"ד דאין הב"ד יכולין לפסוק כלל רק לסלק ידם מזה וכמ"ש רשב"ם ב"ב (דף קס"ו ע"ב) הבאתי לעיל (סי' ד') דהואיל דאין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק

מה שבידו ולכך מטלטלין אין מוציאין מידו דעכ"פ יש לו בו קנין למי שמחזיק בהם ואף אם באמת א"ח לו מ"מ כיון שהחזיק בהן לקנות ולגבות מוציא מרשותייהו דבעלים וקמו ברשותו דלא גרע מהגזלן והב"ד א"י להוציא מיד התופס דאולי חייב לו וזה במטלטלין דיש לו בהן לכל צד תורת קנין אבל בקרקע דכל היכא דקאי ברשותיה דמרא הוא ל"מ תפיסה לכ"ע ואף למ"ש רשב"ם ב"ב (דל"ב) דמהני תפיסה אף בקרקע בספיקא דדינא כבר כתבו שם תוס' דצריך לחלק מהא דקיי"ל גבי המשכיר בית לחבירו כר"נ דקרקע בחזקת בעלים ועיין מל"מ (פט"ו מטו"נ הי"א) דמודה הרשב"ם היכא דקרקע לעולם חוזר וזה הכל בספק בחיוב אבל בקנס ובמילי דל"ש דלא דנין השתא דליכא סמוכין י"ל כיון דהחיוב הוא ברור וב"ד סמוכין אם היו ודאי היו מגבין אותו אף מן הקרקע והחסרון הוא דליכא דיינין וכשתפס מהני מטעם דעבד דינא לנפשי' וכמו שכתבתי לעיל ואף דלא נתחייב עדיין ואשר ירשיעון אלקים כתיב מ"מ כשתפס מגבין לו ומטעם דבזה שוב עבדינן שליחותייהו דקמאי א"כ מהראוי לדון דגם אם תפס קרקע דמגבינן ליה ובפרט לשיטת הרמ"ה דמטעם תקנה מהני תפיסה ולא מן הדין למה יגרע בזה תפיסת קרקע מן מטלטלין כן אמרתי זה רבות בשנים:

אולם לכאורה מדברי רא"ש ב"ק שהבאתי לעיל כמה פעמים דלכך לא הביא הרי"ף האיבעיא אם יש שינוי לח"נ צרורות כיון דליכא נ"מ רק לענין תפיסה ותפיסה מהני אף בתיקו יש להוכיח דל"מ תפיסה בקרקע לגבי קנס דאל"כ תיהדר הקושיא מהשמטות האלפסי דהא נ"מ טובא לדינא לדעת דדלמא יש שינוי לח"נ צרורות וא"ח רק רביעי נזק ואם תפס קרקע ל"מ לגבי סד"ד ולגבי מה דליכא סמוכין מהני התפיסה בקרקע ג"כ ואם תפס קרקע באמת לא מגבינן ליה מה"ד רק רביעי נזק ונגד רביעי השני דהוי ספק נגד זה ל"מ תפיסתו בקרקע הואיל דגוף הקרקע לעולם חוזר כמובן א"ו דסובר הרא"ש דאף במה דברור לנו החיוב תפיסה ל"מ בקרקע רק במטלטלין הואיל דהוי עכ"פ מוחזק ואז נזקקין הואיל דעבד דינא לנפשיה אף להגבותו כמ"ש לעיל משא"כ אם תפס קרקע דל"ה אף מוחזק בזה הוי כאלו מגבין לכתחילה קנס אם לא נוציא הקרקע מת"י. ובהא דמת לוה בחיי המלוה ואח"כ מת המלוה דסברו רו"ש דא"א מורישׁ שבועה לבניו ואמרינן דייני דעבד כר"א עבד ומשו"ה מהני נמי תפיסה כ"מש בעה"ת וכמבואר (סי' ק"ח) והבעה"ת כ' הטעם דעבד אינש דינא לנפשיה ומבואר בריטב"א סוף מס' שבועות וכן בתה"ד (סי' ש"ל) משם המרדכי דל"מ תפיסה בקרקע הרי אף דיש כח להדיין להגבותן אף מקרקע ל"א דעבד דינא לנפשי' להיותו במקום דיין ויהיה מהני תפיסתו אף בקרקע וע"כ הטעם כיון דאף מוחזק ל"ה בתפיסתו הואיל דקרקע בחזקת בעלים עומדת. כן נמי בזה בקנס

ובמה שלא דנין בזה"ז בשליחותייהו דקמאי כיון דאם לא מגבינן אף מוחזק לא הוי לא מזדקקין להגבותי כיון דלא נמסר בזה למיעבד דינא בשליחותייהו דקמאי. ועיין ריב"ש (סי' ע"ח) דמשמע קצת מדבריו דגם שם במת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה דמהני תפיסת היורשים אף מקרקע וי"ל הטעם דסובר דעיקר ההלכה הוא כר"א רק משום כבודן דרו"ש לא עבדינן מעשה נגדם וכמ"ש בתומים (סי' כ"ה ס"ק ב') ובקה"ס בזה באורך לכך י"ל דגם בתפס קרקע יכולין למיעבד דינא לנפשייהו במקום פסידא ומגבינן ליה או דאין מוציאין מידו אולם כבר ביארתי לעיל (סי' ד') להוכיח מתוס' ב"ב ורא"ש שלא כדעתם בזה:

וראיתי בספר בית יעקב מהגאון בעל נתה"מ ז"ל אה"ע (סי' צ"ו) שהעלה דאף אם תפסו יורשים לא מהני רק שאין הב"ד יכולין להוציא מידן אבל מ"מ אין הב"ד מגבין ליורשים של המלוה ממה שתפסו דאין הב"ד יכולין לעשות לכתחילה נגד רב ושמואל רק לענין זה כבר עבד דינא לנפשיה במה שתפס שאין הב"ד מוציאין מידו אבל הב"ד ג"כ אינם יכולין לעשות דין. ולא משמע כן דעת הפוסקים רק הואיל דעבד דינא לנפשיה ותפס מגבינן ליה ממה שתפס וראיה לזה דהא בקרקע ל"מ תפיסה הואיל דאף מוחזק לא הוי ואם נאמר דכל תפיסתו מהני רק שלא להוציא מידו ולא להגבותו יהני אף תפיסת קרקע ואף די"ל דשאני תפיסת מטלטלין דעכ"פ להך צד דחייבין היורשי' קונה בתפיסתו לקנין משכון ולכך אין מוציאין מידו משא"כ בתפיסת קרקע אף להך צד דחייבין היורשין לשלם מ"מ לית לי' להתופס בו קנין משכון. זה דוחק דהא מ"מ להך צד דחייבין אין התופס מחוייב להחזיר עד שישלמו לו ולמה לא יועיל לזה אף תפיסת קרקע ועיין מ"ש הנתיבות (סי' ס"ו ס"ק י"ב) דאף בדבר ובמקום שאין בע"ח קונה משכון היינו דלית ליה בו קנין אבל מ"מ לענין שלא יצטרך להחזיר עד שיפרע לו קונה וה"נ יהיה מועיל התפיס' לענין זה א"ו דהב"ד לא יזדקקו לכתחילה לגבות וא"כ מה מהני מה שתופס הרי בידו הגזילה רק כיון דיש כח ביד דיין לפסוק ולמיעבד כר"א עבד דינא לנפשיה וכיון שתופס ויש לו במה שתפס זכיה וקנין להוציא מרשות יתומים שוב מגבינן להו משא"כ כשתפסו קרקע דלא הוציא כלל מרשות היתומים הוי כאלו לכתחילה הב"ד מזדקקן למיעבד עובדא נגד רו"ש ומזה מוכח דע"כ הא דמהני תפיסה במת לוה בחיי המלוה הוא אף למען יגבהו הב"ד אח"כ:

ומ"מ אף אם נאמר דבקרקע ג"כ מגבינן כשתפס או משום דלא חשו רק לכבודן ומה"ד היה לנו למפסק כר"א או מטעם אחר מ"מ לגבי קנס ודברים דלא דנין בזה"ז כיון דאין ביד הב"ד לפסוק רק מטעם עבד דינא לנפשיה זה דוקא כשתפס מטלטלין דמהני תפיסתו

עכ"פ להוציא מרשות בעלים והוי מוחזק ולא כשתפס קרקע כמו דמוכח מדברי הרא"ש הנז' ואף לדעת הרמ"ה דכל מה דמהני תפיסו הוא משום תקנה ג"כ י"ל דכל התקנה היה רק היכא דכבר הוציא עכ"פ מרשות הבעלים ולא כשתפס קרקע ולא יהיה רק כספק בתקנה עכ"פ מוקמינן בכל מקום על דין תורה וממילא לא מגבינן בשליחותייהו דקמאי בתפס קרקע:

ואם מהני תפיסה ע"י עכו"ם כ' בישׁ"ש ב"ק (פ"א סי' מ"ג) דאסור לתפוס ממנו שום דבר בדיני עכו"ם וכ' באורים ובנתיבות ולא נתפרש בדבריו אי בדיעבד מהני. וראיתי הדברים מבוארים בס' תמים דעים (סי' כ"ג) שם תשובת רבינו יצחק בר"ש מצרפת דכ' דלא יתכן שימסור חבירו ויעשה תפיסתו ע"י עכו"ם ואם נתפס ע"י נראה לקונסו במה שתופס ע"י עכו"ם שיחזור הכל עי"ש ועיין רמ"א (סי' ד') דדוקא הוא בעצמו יכול למעבד דינא לנפשיה אבל אסור לעשות ע"י עכו"ם ובדיעבד מהני והוא מקורו מן תה"ד ובאורים שם כתב דבאלם רשאי לחובטו ע"י עכו"ם ומגמגם על התה"ד דראייתו ממרדכי פ' הגוזל דכ' אעפ"י דיש בו דין דכל דאלם גבר מ"מ אין לתופסו ע"י עכו"ם והמרדכי לא כתב רק דמסרו לשר אלם ולא יהיה סיפוק בידו להוציא אף אם יברר אבל אם העכו"ם מסרו ליד ישראל מודה המרדכי דמותר. ברם כנראה האורים כוונתו ע"ד המרדכי פ' הגוזל ומאכיל אולם באמת התה"ד יליף שפיר מדברי המרדכי פ' הגוזל קמא (סי' קי"ז) שם מבואר דאף לסייעו העכו"ם לישראל לתפוס ממנו ושלא יקח הוא רק שיקח הישראל עצמו אין לעשות ע"י עכו"ם כלל ועיין נו"ב תנינא (חח"מ סי' למד) דדן בשני בע"ח וקדם אחד ותפס ע"י עכו"ם וכתב ג"כ כדברי התומים והביא דברי מהרשד"ם (סי' קמ"ה) והמעיין שם ברשד"ם יראה דלא ס"ל לחלק בין היכא דהדין כל דאלם גבר לשאר ענינים רק מטעם קנס לא מהני תפיסה אף בדיעבד ואף באלם אינו רשאי לחובטו ע"י עכו"ם. ומדברי הרא"ש ב"ק (פ"ב) הנז' דכתב דליכא נ"מ בהך בעיא אם יש שינוי לח"נ צרורות משמע קצת דאף בספיקא דדינא לא מהני תפיסה אף בדיעבד ע"י עכו"ם כמובן:

סימן ז

כתב הרמ"א (סי' א' ס"ה) קנסות שבאו חכמים לקנוס מעצמן על תקנתם גובין בכ"מ ותמה בכנה"ג ובתומי' על הרמ"א דלא הגיה ביו"ד (סי' רס"ז ס"ב) דפסק שם המחבר בעבד שמכרו רבו דקנסינן ליה עד עשרה בדמיו לפדותו וקנס זה אין קונסין וגובין אלא בב"ד מומחין ולא הגיה שם הרמ"א ע"ז ובאמת כוונת הרמ"א כמו שכ' וכמו שיתבאר (סי' ב') והיינו לפי שעה והזמן בידם לקנוס ולא על קנס דרבנן המבואר בש"ס. ובאמת דעת הרי"ף פ' השולח משם הגאון דלא מגבין האי קנסא דמוכר עבדו אלא בא"י ותמה עליו

הרא"ש דמה דתקנו חכמים לעשות סייג לתורה למה לא יגבו אותם בבבל. וצריך להבין בדעת הרי"ף וש"ע דהא הרי"ף הביא דברי ר"ע פ' המפקיד בגזל לאחד מחמשה וא"י ממי דחייב לכל אחד וזה הוא מטעם קנס הרי דקנסינן אף עכשיו וע"כ קנס חכמים שהוא לסייג קנסינן אף עכשיו וכן פסק בש"ע (סי' שס"ה) ובנתיבות כתב דאותן קנסות השנויין במשנה ובברייתא י"ל דבעי דוקא סמוכין אבל בקנסות כמו הא דאמר ר"נ גזלן עתיקא הוא ובעינא למיקנסא ול"ה מוסמך דנין אותו בכ"מ ואכתי לא אתי שפיר מהא דגזל אחד מחמשה דר"ע היה מוסמך ואמאי פסקינן לקנוס גם עכשיו בזה"ז ומצאתי בס' הזכות מס' יבמות שדע' הראב"ד דחי ר"ע קנסא קניס ליה אין דנין דין קנסות בזה"ז והרמב"ן כ' חס ליה למרן ז"ל דנימא הכי שהרבה דברים דנו אותם חכמים משום פשיעה וקנס שלהם ואינן בכלל ד"ק אלא נגבין בבבל של"א אלא בממון הקצוב בתורה כגון למד של עבד ונ' של אונס ומפתה וק' של מש"ר וזה אחד מהן בעל וגזל המטמא ומדמע והמנסך כו' וכולן דינין שדני חכמים משום קנס ופשיטה ונוהגין בכ"מ ובכ"ז עכ"ל הרי מבואר דאף מה שנזכרו במשנה ובברייתא בזמן הסמוכין מ"מ דנין בכ"מ ובכ"ז כיון שאינם קנס מה"ת ודלא כנתיבות. וע"כ הא דרי"ף פ' השולח הביא דברי הגאון מדייק וכ' לא מגבינן האי קנסא הוא דוקא בזה אף שהוא קנס דרבנן ולא למידן מזה לקנסא דרבנן במ"א ויהי' הטעם מה שהוא או מטעם דלא שכיח כמ"ש בתומים או מטעמים אחרים וכן מוכרח לחלק בקנסות דרבנן אחרים מזה בדברי הרמב"ם כמו שהוכיח התומים. אך יש לדון דהא אף אם דנין גזילות ול"ה לא שכיח מ"מ זה שיגזול מאחד מחמשה ושלא יהיה יודע אח"כ למי גזל וחמשה יטענו ברי כ"א שממנו גזל זה ודאי לא שכיח. ואפשר שזה כוונת הראב"ד והנ"י פ' המפקיד המובא בש"ך (סי' שס"ה סק"א) שכתבו דכיון דר"ע לא מחייב אלא משום קנס א"כ האידנא דלא דייני דיני קנסות קיי"ל כר"ט והש"ך הקשה דהא ודאי קנס כזה שייך גם האידנא ומפרש כוונתם בדוחק גדול ובאמת זהו השגות הרמב"ן בס' הזכות על הראב"ד דקנסא דרבנן דיינין האידנא אולם י"ל דכוונתם דמלתא דל"ש כזה בזה לא עבדינן שליחותייהו כלל ואין דנין אולם דעת רמב"ן וכן מוכח דעת הרי"ף וש"ע דכל קנסות דרבנן דיינין בזה"ז מלבד בעבד שמכרו רבו לעכו"ם מאיזה טעם אחר:

ויש לדון למ"ש התומים דבל"ש לא מסרו ביד הדיוטות לדון קנס אף במה שהוא משום סייג שידונו בשליחותייהו דקמאי ולמ"ש דכל מאי דדנין הדיוטות הוא משום תקנתא דרבנן משום ת"ה א"כ בקנס דרבנן שהוא ג"כ רק תקנתא דרבנן נימא תקנתא לתקנתא לא עבדינן וכמו דמבואר בתשובת מהר"מ פאדווי (סי' נ"ד) בכה"ג לדון דצוואת שכ"מ שהוא מדרבנן שלא תטרוף דעתו ואם נעשה בערכאות של עכו"מ דל"מ השטרו' רק

מדרבנן אמרינן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן והא דכ' הטוח"מ דמהני צוואות שכ"מ בערכאות הוא משום דאפשר דס"ל דערכאות של עכו"מ שטרותיהם מהני מד"ת אבל להסוברים שהוא מדרבנן לא עבדינן תקנתא לתקנתא ואף דמצינו שחז"ל האלימו כח של מתנות שכ"מ ועשאו כשל תורה דאם נותן שע"ח במתנות שכ"מ א"י למחול כדי שלא תטרוף דעתו מ"מ לא לכל מילי עבדי כשל תורה עיי"ש ועיין תשובת רדב"ז (סי' תשח"י) דדן בצוואת שכ"מ שצוה שיתנו לפלוני מנה והיורש טוען נתתי אם חייב היורש לישבע שבועת היסת שנתן די"ל כיון דלא קנה אלא מתקנת' דרבנן ושבועת היסת נמי תקנתא דרבנן היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן והעלה דהא מבואר פ' מי שמת אינה של תורה ועשאוה כשל תורה וטעמא שלא תטרוף דעתו עליו אם לא תתקיים מתנתו ואם אתה אומר שהיורש פטור משבועה נמצא אין מתנתו מתקיימת ואיכא טירוף דעתא ומשביעים ליה כשאר טענות דעלמא עי"ש וזה שלא כדברי מהר"מ פאדווי. אולם טעמו כיון דמצינו בש"ס דעשאוה כשל תורה מטעם שלא תטרוף דעתו אבל בלא"ה דעתו ג"כ דבכה"ג תקנתא לתקנתא לא עבדינן וא"כ בחיובו דרבנן אמאי עבדינן שליחותייהו דקמאי כיון דל"ה רק מטעם תקנה ת"ה שנמסרו להדיוטות לדון בשליחותייהו דקמאי נימא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. ועיין טו"ז שכ' דלכך הביא הטור פירושו של הודאו' והלואות דל"ת כאותן י"א שמביא רש"י ריש סנהדרין דמפרשי לענין שבועו' היסת דבזה כיון דמד"ת פטור ואינו חייב לישבע רק מתקנתא דרבנן ודעת הטור ביו"ד (סי' רס"ז) דתקנתא דרבנן ל"צ למומחין ואינו ראיה משם דשם הוא קנס דרבנן שהוא לסייג אבל תקנתא מה שהוא בין אדם לחבירו כגון להשביע היסת כשהוא כופר בכל י"ל דבעי מומחין דלא עדיף מן מוב"מ דחייבו התורה שבוע' ובעינן מה"ת סמוכין וא"כ גם בכופר הכל לחייבו היסת לא יוכלו שאינם מומחין לחייבו רק בשליחותייהו דקמאי נימא תקנתא לתקנתא לא עבדינן:

וראיתי בתשובת כנסת יחזקאל (סי' פ"ח) שיצא לדון עפ"י דברי מהר"מ פאדווי הנז' דדעת הרמב"ן ורשב"א דבצוואה מקבלין עדות על הקטנים כדי שלא תטרוף דעתו הוא דוקא בצוואו' בקנין סודר דאז קונה מדאורייתא אז מקבלין עדות על הקטן מכח תקנות חכמים שלא תטרוף דעתו אבל בלא קנין שקיום הצוואה הוא רק מתקנה תרי תקנות לא עשו. אולם המעיין ברשב"א ב"ק (דף קי"ב) יראה דדעתו אף בצוואה בלא קנין מקבלין עדות על הקטנים לפי שמתנות שכ"מ אלמוה רבנן ועשאוה כירושה כדי שלא תטרוף דעתו עליו טפי ממתנה ומכירה דא"י למחול עיי"ש ובפרט הא דעת הרשב"א ורמב"ן דמה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד בדיני ממנות הוא רק מדרבנן ומדאורייתא לא

בעינן בפני בע"ד רק בדיני נפשות וקנסות כמבואר שם ברשב"א א"כ בצווא' שכ"מ לקבל עדות על קטנים אוקמי רבנן אד"ת ואינו נוגע כלל לתקנתא אף אם נודה לדברי מהרמ"פ: **ברם** בעיקר דינא דמהר"ם פאדווי מלבד מה דמוכח מכאן דלא כדבריו דהא בזה"ז דנין ע"פ צוואת שכ"מ אף דעיקרו הוא מתקנתא דרבנן מ"מ עבדינן שליחותייהו דקמאי אף שהוא ג"כ דרבנן וכן מצינו בכל חיובי דרבנן כמו כתובה וגרמות מה שכל עיקרי החיובים הוא רק מדרבנן ועבדינן שליחותייהו דקמאי ול"א בזה תקנתא לתקנתא לא עבדינן דעד כאן לא אמרו מס' ב"מ דלענין שבועת היסת לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל היינו דלא אלם כ"כ התקנתא דרבנן שחייבו שבועה דבחשוד על השבועה יהיה עוד תוקף לזה שכנגדו יהיה נשבע ונוטל שהוא ג"כ רק מצד תקנה דאף אחר שישבע הלה ויטול אינו בירור הדבר שחייב לו רק חז"ל תקנו היכא דרמיא עליו שבועה דאורייתא דאמרה התורה לחייבו ותקנו שאם הוא חשוד שכנגדו ישבע ויטול והתקנה ל"ה רק על שבועה דאורייתא אבל שבועה דחייבו רבנן אם יאמרו שכנגדו ישבע ויטול צריך לתקן תקנה חדשה ע"ז אמרינן תקנתא לתקנתא לא עבדינן. אבל תקנה שתקנו חכמים כמו צוואת שכ"מ שדבריו יהיה ככתובים ומסורים או שאר חיובים שחייבו חז"ל ודאי כח החיוב יפה ע"ז שחל על ממון זה כל תקנות דרבנן שתקנו שיועיל כמו בזה דתקנו דעבדינן שליחותייהו דקמאי ממילא עבדינן ג"כ על חיובי דרבנן וכן בנידון דמהר"ם פאדווי אף אם שטרות העולים בערכאות אינם מועילים רק מתקנתא דרבנן מ"מ דנין ע"י בכל קניני וחיובי דרבנן אף בדברי' שלא עשאו כשל תורה. וזה זמן רב הערותי מכמה מקומו' דמצינו כה"ג היכא דחכז"ל עשו לזה בפ"ע לתקנה וזה בפ"ע ונזדמן יחד שניהם דמהני ואחד מהם אם משעבד דאיקני דלרוב הפוסקים שיעבו דאיקני הוא רק מדרבנן מפני נעילת דלת ואג"ק ג"כ לכמה פוסקים כמעט רוב הוא רק מדרבנן ובכ"ז יכול לשעבד מטאגמ"ק בדאיקני כמבואר מש"ס ב"ב (דף מ"ד) ובפוסקים וכן בשטרות העולין בערכאות ניקנין בכתיבה ומסירה כמבואר (סי' ס"ו) אף להסוברים דנ"מ רק מדרבנן ומכירת שטרות הוא רק מדרבנן. וכן מבואר מתשובת הרא"ש המובא בש"ע (סי' רל"ה) דקטן שהגיע לעונות הפעוטות יכול למכור שטר דל"ה רק מטלטלין אף דהרא"ש סובר דמכירת שטרות דרבנן וכן הרשב"א בתשובה (ח"ב סי' ריי"ט) שחוכך שם אם מהני מכירת שטרות מקטן מטעמים אחרים ולא אתי עלה מטעם תקנתא לתקנתא לא עבדינן וכן ממכירת כתובה מבואר בש"ס דמהני אף אם כתובה הוא מדרבנן מ"מ מהני קניני דרבנן ע"י כומ"ס ומעמד ג' דל"מ בכתוב' אתו עלה הראשונים מטעם אחר הואיל דאין החיוב בבירור גמור רק אם ימות או יגרשנה וגם המחייב א"ע לחבירו דל"מ רק מדרבנן

כמבואר מדברי רש"י ותוס' כתובות ר"פ הנושא ובכ"ז מהני לזה קניני דרבנן וכו"כ ראיות לזה דל"א בכה"ג תקנתא לתקנתא לא עבדינן:

גם לענין להשביע היסת על קנין דרבנן שנראה מדברי רדב"ז הנ"ל דרק במתנות שכ"מ דהוה מטעם שלא תטרוף דעתו עשאוה כשל תורה ומשמע מדבריו דבשאר דרבנן לא משביעין היסת דבריו צ"ע דהא מבואר ש"ע (סי' ס"ו סי"א) דאם טוען שלא מכר דחייב היסת הרי אף דמכירת שטרות שהוא מדרבנן חייב לישבע היסת ובסמ"ע שם כ' מב"י דא"צ שבועה מטעם דהממע"ה כבר כתב בפרישה משום דיש ריעותא מדאין לו שטר מכר עיי"ש. ועיין קצוה"ח (סי' פ"ז ס"ק ל"ב) שהביא דברי הגהות מיימוני דכ' להדיא אע"ג דלא מחייבא אלא מכח תקנה נראה דל"פ בשבועת היסת והיינו דל"א בזה תקנתא לתקנתא לא עבדינן ועיין (סי' צ"ו ס"ג) די"א דאין נשבעין היסת לקטן על שטרות ועיי"ש בש"ך ובסמ"ע משם תשובת רשב"א דאתו עלה מטעם תקנתא לתקנתא לא עבדינן וצריך לחלק משם כמובן. לכן נראה ברור דאף בעניני דרבנן עבדינן שליחותייהו דקמאי אף אם נאמר דכל מה דעבדינן שליחותייהו הוא רק מתקנה:

סימן ח

היכא דהודה בקצת בפני ב"ד בזה"ז כתבו כל הפוסקי' דל"מ הודאה לפוטרו כיון דליכא ב"ד ואם מהני לחייבו שיועיל אח"כ תפיסה דעת הסמ"ע דמהני הודאתו לחיוב ולא לפטור והש"ך יו"ד (סי' רס"ז) העלה דל"מ לחיוב ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' א') ראי' מש"ס ב"ק (דף ק"ח) תבעו שומר והודה תבעו בעלים וכפר והביא עדים הרי דצריך עדים ועיין מ"ש בהגהותי בדברי חיים (סי' א') ליישב ראי' הזאת וכן ראיות הב"י והש"ך מעובדא דר"ג ור"י ב"ק (דע"ה) ושם כתבתי דיש להביא ראי' מש"ס ב"ק (דף מ"א) דפריך הש"ס ע"פ בעלים מודה בקנס הוא הא יכול להיות דהודה בפני עדים או בב"ד שלא בפני הבעלים דמהני הודאה לחיוב ולא לפטור א"ו דל"מ. אולם בש"ס הנ"ל בלא"ה קשה הא משכחת אם תפס שלא בעדים דנאמן מטעם מיגו דלא תפסתי וכן הקשה בפנ"י. ובקה"ס (כלל ב' אות י') מתרץ דאי בגוונא דאית ליה מיגו מאי עפ"י בעלים דקאמר דהא אף כשהוא כופר בהן חייב בהו מכח מגו דאידך ואף דר' אליעזר היה יכול לומר אין דיני אלא כשתפס מ"מ עדיף מיני' נקט כשהמית עפ"י בעלים וע"ז פריך הא מודה בקנס הוא ומ"מ יקשה הא י"ל ע"פ בעלים היינו שהודו הבעלים בפני עדים או שלא בפני בע"ד א"ו דל"מ הודאה לחיוב. אך י"ל דהא בלא"ה הקשה שם הקה"ס לדעת ראב"ד דסובר דשניא קנסא דפלגא נזקא משאר קנסא דקרנא אית ליה גבי' וכל שתפס הניזק אין הודאתו של מזיק פוטרתו וגם דאמרינן ליה זיל שלים

א"כ מאי פריך עפ"י בעלים מודה בקנס הוא הא משכחת בשתפס אידך דתו לא פטרתו הודאתו להכי כ' רחמנ' בעל השור נקי נקי מחצי כופר ואף בלא תפס נ"מ דלא אמרינן לי' זיל שלים. אולם ל"ק דכבר מבואר בש"מ שם משם הראב"ד דהי' לו גירסא אחרת בש"ס אין דיני אלא בשהמית עפ"י הבעלים או על פי ע"א וקסבר כופרא כפרה ולא גרס כלל עפ"י בעלים מודה בקנס רק דהש"ס קאמר זאת דע"כ לאו ממון הוא דאל"כ עפ"י ע"א ל"צ למיעוטי עיי"ש וא"כ לא קשה כלל דנ"מ לענין זיל שלים או בתפיס' או בהודה שלא בפני ב"ד דודאי יש נ"מ טובא רק ר"א נקט הפשוט אולם מלשון הראב"ד שם בש"מ דכ' דאי חצי כופר קנסא עפ"י הבעלים ל"צ קרא למעוטי קשה קצת הא נ"מ לענין זיל שלים או כשתפס וצריך לומר דרק בהיזק ממון שהוא תשלומין של ההיזק בזה כ' הראב"ד דקרנא אית ליה גביה ואמרינן ליה זיל שלים אף בהודה משא"כ בחצי כופר אף דהש"ס מדמה לשור תם שהיזיק מ"מ הכופר אינו תשלומין של ההיזק אף אם כופרא ממונא מ"מ ל"ש לומר שממון יהיה תשלומי דמי ההיזק כי כל אשר לאיש יתן בעד נפשו ובזה אם קנסא הוא י"ל דמודה הראב"ד דפטור מכל וכל ולכך כ' דאי חצי כופר קנסא עפ"י בעלים ל"ל קרא למעוטי. ומ"מ כיון דגירסתו בש"ס בסתמא קסבר כופרא כפרה אינו ראיה לענין הודאה שלא בפני ב"ד או שלא בפני התובע דאינו מועיל לחיוב:

ועיין ש"ך (ס' שפ"ח) משם מהרש"ל דאף בקנס דרבנן מודה בקנס פטור והוא ז"ל השיג עליו אולם בקצוה"ח שם מביא שכן דעת ר' יהונתן בש"מ ב"ק (דף צ"א) אך הקשה ע"ז משי"ס ב"ק (דף צ"א) דקאמר בשורף שטרותיו של חבירו תהא במאמינו ולהסוברים דדג"ר קנסא הוא מוכח דחייב ומצאתי בס' הראב"ן (סי' צ"ב) שכ' להדיא דמוב"ק דרבנן ג"כ פטור וקשה מהש"ס הנ"ל ואם נאמר דהודאתו בפני עדים או בפני ב"ד שלא בפני הבע"ד מהני לחיוב ולא מהני לפטור י"ל דמ"מ שפיר קאמר רבה דפטור ונ"מ במאמינו היינו שהודה באופן הנז' דמהני ההודאה לחיוב ולא לפטור קמ"ל דפטור. ולשיט' הראב"ד הנז' דבקנס דפ"נ דקרנא אית ליה גביה אמרינן ליה זיל שלים וגם דמהני תפיסה י"ל כמו כן בקנסא דדינא דגרמי ג"כ דנ"מ דאמרינן ליה זיל שלים. אך י"ל אף אם לא דנין דינא דגרמי מ"מ חייב לציד"ש כמבואר ר"פ הכונס ובודאי אמרינן ליה ג"כ זיל שלים ולכמה פוסקים מהני תפיסה. גם אם פטור מטעם מודה בקנס משמע מדברי ראב"ד דדוקא בפ"נ אמרינן ליה זיל שלים ולא בקנסות אחרים. ובלא"ה צ"ל שם בגמרא דדוחק היה לאוקמי דינא דרבה דפטור וכל הנ"מ יהיה לענין תפיסה דאם לא כן מאי פריך אי דליכא סהדי אנן מנא ידעינן הא מ"מ נ"מ טובא אף דלא ידעינן מאי הוי בשטרא אם תפס שלא בעדים דנאמן במיגו דלא תפסתי לומר מאי הוי בשטרא ואם חייב לשלם מצד

מזיק נאמן במיגו ואשמועינן רבה דפטור א"ו דהש"ס עדיף מיניה נקט במאמינו וגם י"ל דבזה שמאמינו ל"ה מודה בקנס דאיירי דהעדים ראו ששרף שטר ולא ידעו כמה כתב בו ובכה"ג ל"ה רק מודה בתשלומי קנס ועיין תומים (סי' פ"ח ס"ק י"א) ובקצוה"ח (סי' ת') ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ט"ו):

והנה הא דמהני תפיסה בקנס שלא בעדים כמ"ש הרמב"ן כ' הקצוה"ח דהיינו דוקא בפני ב"ד מומחין אבל בזה"ז דליכא מומחין הרי הוא כאלו בא במשכון לפני עדים ואמר לפניהם שחייב לו קנס דל"ה מיגו אפילו בממון דל"מ מיגו אלא בפני ב"ד כמו שכ' בש"ע (סי' ע"ב וסי' קל"ג) עיי"ש ובנתיבות מ"ש ע"ז ואני לא אבין כלל דברי קצוה"ח אף למ"ש (סי' קל"ג) כדעת המבי"ט דבראה עדים חוץ לב"ד ל"מ מגו ולא תליא הדבר דוקא בשבוע' וכן כתב בעצמו במשובב נתיבות דדינו הוא רק לשיטתו דלא תליא בשבועה דאי משום שבועה מודה דמהני המיגו דהב"ד יכולין להשביעו וגם אף אם נאמר דל"ה ב"ד בזה לענין קנס מ"מ הכי בעינן דוקא שיהיה השבועה בפני ב"ד וגם היה מהני עכ"פ המגו במה דל"צ שבועה ולדעת הר"ן מובא בש"ך (סי' ע"ב) היכא דאינו בא לגבות ל"צ שבועה וא"כ עכ"פ אין מוציאין מידו אלא דכל דבריו הם לשיטתו דחוץ לב"ד ל"מ מגו וע"כ הטעם אף דטוען אז כל טענותיו מ"מ כיון דהם אינם יכולין לדון ביניהם המיגו לא עדיף מעדות ול"מ חוץ לב"ד או דכל סברת המיגו הוא דמה לו לשקר היה לו לומר שקר ביותר שיהיה קיום לדבריו וזה לא שייך אלא בפני ב"ד דאז מגלי טענותיו וצריך שיתחכם כיון דיודע דהדין תלוי בטענותיו משא"כ חוץ לב"ד לא עלה על דעתו להתחכם כ"כ וטעמים אלו לא שייך בכאן דהא זה תובע ממנו בב"ד שבידו חפץ מה שתפס ממנו וצריך שיטעון טענותיו ודאי שייך לדון דהמיגו הוי כעדות אף דלענין לדון דין קנס לאו ב"ד הם מ"מ כיון דשם ב"ד עליהם לדון אם חייב להחזיר החפץ או לא ודאי מתחכם לטעון בכל האפשרית וכיון דיש לו מיגו דלא תפסתי הוי כמו עדות וא"ח להחזיר ואף אם בא בעצמו לפני הב"ד עם המזיק בעל החפץ וטוען שבידו מה שתפס בעד הקנס ורוצה להתדיין בפניהם א"ח להחזיר דג"כ תורת ב"ד עליהן עכ"פ אם לחייבו להחזיר ומהני המיגו כמו עדים:

ועיין תומים (סי' מ"ז ס"ק ב') בהא דמבואר שם במלוה שאמר שטר שבידו פרוע או אמנה דא"נ במקום שחב לאחרים אם הוחזק השטר בב"ד ועי"ש בש"ך וכ' התומים דאף אם ראוהו עדים בידו קודם שבא לב"ד ואמר אז שהוא אמנה ג"כ נאמן וא"ד להא (דסי' קל"ג) שם כ' הרא"ש הטעם דא"נ אלא בשבועה לכך צריך שיהיה המיגו דוקא בפני ב"ד דפוסקין השבועה ובשטר דא"צ שבועה כלל אף באומר לעדים מהני ובקצוה"ח שם כ'

בפשיט' דבפני עדים ל"מ המיגו חוץ לב"ד והוא לשיטתו דלא תליא בשבועה. ולכאורה יש להוכיח כדעת התומים מהא דמבואר (סי' ס"ו סט"ו) בקונה שט"ח ומת אח"כ המוכר נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר כלים ואמאי צריך לישבע הא אף אם אמר הא א"נ לומר שהשטר פרוע רק במיגו דמחול ואם אמר לו חוץ לב"ד נימא כיון דלית ליה מיגו אז א"נ ושם משמע אף דלא חיישינן שאמר בפני ב"ד רק לו לבדו ג"כ צריך הלוקח לישבע ע"ז הרי דאם אמר לו חוץ לב"ד נאמן במיגו דאי בעי מחל ליה להמלוה אף שהוא חוץ לב"ד ובפרט היכא דליכא בירור ולא צריך שבועה ועיין ש"ך (סי' ע"ב ס"ק צ"א) דדוקא אם טוען בשעת שמראה לעדים לקוח ואח"כ ממושכן וכן אם טוען מיד ממושכן אבל אם אמר לקוח ועומד בטענתו כיון דל"צ שבועה מהני אז המיגו ובתומים שם (ס"ק ל"ה) כ' דגם בטענות לקוח א"נ דאם הטעם רק מחמת השבועה היה מוכח שבועו' הגאוני' בטוען כדי דמיו מסוגיא דב"ב (דף מ"ו) גבי רמאי דפומבדיתא ואי חכים משוי ליה ראה א"ו דשבועה דנקט הרא"ש לאו דוקא רק כל שמודה חוץ לב"ד נאמן לחובתו וא"נ בטענתו לזכותו שהוא לקוח עיי"ש ולכאורה סותר לדברי עצמו שבסי' מ"ז ויש לחלק כמובן. וראיתי בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' קל"ה) שמכריע בזה דבדבר אשר אין העדים יודעים מעצמם רק מכח דבורו שהוא של פלוני אבל ראית העדים אינו מזיק בזה אמרינן הפה שאסר כו' כיון דטוען מיד לקוח לא מקרי הודאה כלל אבל היכא שיודעים מעצמם אחרי שראו והמגו הוא רק של"ה מראה להעדים בזה שפיר אמרינן דלא משגחינן כלל בטענותיו של חוץ לב"ד ע"ש. ולפי"ז י"ל בהך (דסי' מ"ז) הדין עם הקצוה"ח דאחרי שראו בידו השטר א"צ כלל לדבריו והוי כראו פתאום ולא משגחינן אז על דבריו שאמר שהוא פרוע או אמנה כיון שהוא חוץ לב"ד וא"ד להא דסי' (ס"ו) כמובן ואכ"מ להאריך בענין זה רק גם עפ"י הכרעתו של רע"א ז"ל אם תפס בקנס שלא בעדים ובא לפני ב"ד כיון דלא ידענו שהוא של פלוני רק ע"י הודאתו אף דנודה לדברי קצוה"ח דהוי כמו חוץ לב"ד מ"מ אמרינן הפה שאסר כיון שגם ע"י הראיה באנו לחייבו רק ע"י הודאתו ועיין בתומים (סי' קמ"ו ס"ק י"ד) אם אמר המוכר בפני עדים בשעה שמכר שהוא של המערער ולקחו ממנו דיכול להוציא מיד הלוקח דמיגו ל"מ חוץ לב"ד ונתבטל המיגו של המוכר ויכול להוציא מיד הלוקח. ולמ"ש רע"א ז"ל כיון דהעדים צריכין להודאתו ולדבריו שאמר מהני המיגו ועיי"ש בנתיבות (ס"ק י"ז) דכ' דוקא במיגו דל"ה מראהו ל"מ המיגו חוץ לב"ד משא"כ היכא דהוא הפה שאסר הוא הפה שהתיר מהני אף חוץ לב"ד ואכ"מ ויבואר אי"ה בדיני הלואה:

סימן ט

קיי"ל עביד אינש דינא לנפשיה בדין ברור אף במקום דליכא פסידא ובכל זאת לא הביאו הרמב"ם והטור וש"ע דברי בן בג בג המובא בש"ס ב"ק (דף כ"ח) אל תכנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל ואף דבש"ס שם מתרץ כשהקשה ר"כ מברייתא הזאת על רב יהודה דס"ל דלא עביד איניש דינא לנפשיה היכא דליכא פסידא בן בג בג יחידאה הוא ופליגי רבנן עליה זה אליבא דר"י אבל לדידן דקיי"ל כר"נ דאף במקום דליכא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה קיי"ל כברייתא הזאת דשבור את שיניו ממילא לא פליגי רבנן עליה א"כ ליכא חולק ג"כ על דינו שלא יגנוב את שלו דרך גניבה וע"ש ברשב"א דמפרש יחידא' כלומר אני אומר כן וא"א לומר דבהדיא רבנן פליגי דא"כ היכא פריש רבינא שבר את שיניו בדין ע"ש ובספר ראב"ן ב"ק שם ראיתי וז"ל כי פליגי היכא דליכא פסידא והלכתא כר"נ דהא פליגי רבנן עליה דבן בג בג ואיהו דאמר כרבנן ואינו מובן דהא עיקר הקושיא היה לר"י ואיהו אמר דרבנן פליגי ואמר כרבנן ואולי כוונתו דלר"נ ל"צ לומר דפליגי רבנן וממילא כל דברי בן בג בג הלכתא נינהו וכן הביא הסמ"ק (סי' רס"א) משם רבינו יונה שלא יגנוב את שלו מאחרי הגנב שלא יראה כגנב ויקשה למה לא הביאו הרמב"ם והטוש"ע דין זה: **וראיתי** בפנים יפות עה"ת מבעל ההפלאה ז"ל פ' קדושים דכ' דלא קיי"ל כבן בג בג ממה דמבואר ברמ"א (סי' ע"ה) במצא תיבה פרוצה דיכול להשביע למי שהיה שם היסת ואמאי נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד על השבועה וספק מלוה ישינה לא שייך כיון דעכ"פ לקח דרך גניבה ועבר ע"ז ודבריו תמוהין הא במקום דאית ליה פסידא לכ"ע עביד אינש דינא לנפשיה ויכול ליקח אף דרך גניבה כמבואר תוס' ב"ק שם ד"ה אלא דמזה הוכיח רב כהנא דבמקום דלית ליה פסידא איירי מדאסר ליכנס שלא ברשות הרי דבמקום פסידא מותר אף דרך גניבה וא"כ ל"ש לומר שיהיה חשוד על השבועה בשביל זה דדילמא אית ליה מלוה ישנה ואין לו לברר והוי במקום דאיכא פסידא ובל"ס על הדין דתיבה פרוצה אין חולק וגם הסמ"ק מודה בזה כמו שכתבתי טעם הדבר. ובת"ח כ' שם דאין זה רק זהירות בעלמא ועצה טובה קמ"ל וכן נראה קצת ראיה לזה מש"ס ר"פ א"נ דקאמר רבא לא תגנבו דכתב רחמנא למה לי נילף מרבית ואונאה ומדחיק הש"ס א"ע לאוקמי בגונב ע"מ למיקט ולמה לא בפשיטת דמשם לא ידעתי איסור גניב' רק את של חבירו אבל ליקח את שלו דרך גניבה לא לכך צותה התורה לא תגנבו אף אם גונב את שלו מחבירו א"ו דע"ז ליכא איסור תורה וי"ל דלכך לא הביאו הרמב"ם והטוש"ע:

והנה במקום דרואה שלו ביד חבירו מבואר בש"ע דאם אינו יכול להציל בענין אחר יכול אף להכותו ולכאורה אם הוא גברא דציית דינא קשה להבין למה יהיה לבע"ד כח יותר מב"ד הא אף אם הב"ד מחייבו אם אינו ציית דינא לא נחתינן מיד לנכסיו רק משמתינן ליה ואם זה האיש לא נחשד עדיין ע"ז ואומר שרוצה לילך עמו לדין למה יהיה לו כח להכותו להציל את שלו מיד בשביל שלא יצטרך להטריח א"ע בדינא ודיינא. ועוד הקשו האחרונים ממה דכ' בש"ע (סי' תכ"א) רק בלשון י"א בנכנס חבירו לרשותו שלא ברשות אם מסרב בו וא"ר לצאת דיש לו רשות אף לחבול בו כדי להוציאו וכאן (סי' ד') סתם הדברים לכ"ע. וצריך לומר דהא יש להבין בסוגיא דמקשי מנרצע שכלו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת וחבל בו דפטור ומתרץ דא"ר לצאת משפחתו ופירש רש"י דד"ש הוא ורשאי להלקותו דהאי דינא לאו לנפשיה הוא. ואמאי אם גוזל ממנו או שכבר גזל ממנו לא נאמר ג"כ דהוי להפרישו מאיסור והוי דין שמים. וע"כ צ"ל כיון דממונא הוא סובר ר"י דאסור לעשות דין לנפשיה כיון דלית ליה פסידא עכ"פ ויכול אח"כ להוציא את שלו ור"נ סובר דכיון דעכ"פ עבירה עושה זה שרוצה לגזול ממנו אף אם יוציא אח"כ בב"ד ממנו מ"מ עבר על לא תגזול ואף אם מקיים ברצונו אח"כ העשה מ"מ עבירה עבר כמבואר תשובת רשב"א (סי' ח"י) דמה"ט אין מברכין על השבת הגזילה דהוי מצוה הבא בעבירה וכל עניני עול שעושה לחבירו בדיני ממונות או גזילה או היזק הוי ג"כ דין שמים להצילו מעבירה בזה יש לו רשות אף להכותו להפרישו מאיסורא בטרם שיעבור ובזה יש רשות לכל אדם וא"צ ב"ד והוי כשליח ב"ד.

ועיין קצוה"ח (סי' ג') דאף לכפות לגבות ממונו אי שעבודא לאו דאורייתא בעי ב"ד והביא ראיה מתוס' דצריך קרא דבמילי דכפיה בעינן מומחין ובנתיבות שם כ' דליתא דדמי לעשה סוכה ואינו עושה דכופין אותו לקיים המצוה דכל אדם מצווה להפרישו מן האיסור אף מי שאינו בכלל ב"ד כמו גבי נרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו להפרישו מאיסור שפחה ובמשובב השיב הקצוה"ח דא"כ הדיוט דעלמא יהיה יכול לכוף אניטא במקום שכופין להוציא וזה הוי פסול דאורייתא מלפניהם ולא לפני הדיוטות רק משום שליחותיה דקמאי כמבואר גיטין (דף פ"ח) ובנרצע הוא להפרישו מאיסור אבל לכופו לקיים מצות עשה לזה בעינן דוקא ב"ד עיי"ש עוד ולכאורה בצדקה הוי ג"כ שלא יעבור על ל"ת לא תקפוץ א"כ הוי לאפרושי מאיסור אך כוונתו דוק' היכא דעובר על קום ועשה אז חשיב לאפרושי מאיסורא וכ"א יכול לכוף אותו אף בהכאה משא"כ היכא דעובר בשב ואל תעשה בזה סברו תוס' דבעינן ב"ד לכן בעינן ב"ד אעישוי דגיטא. אולם באמת מדברי תוס' אינו ראיה דלענין גט הוי כתלוי ויהיב דל"מ באונס רק מטעם מצוה לשמוע

דברי חכמים מהני הרצון ע"י אונס וזה לא נמסר רק לב"ד ואם כופין ע"י גוים אומרים לי עשה מה שישראל אומרים לך ועכ"פ בעי ע"י ב"ד ובהדיוטות מצד דשליחותי' דקמאי עבדינן אבל אין ביד כל אחד לכוף אותו דאין הרצון שע"י אונס של כל אדם חשוב רצון אבל לעולם בדבר שא"צ שיהיה דוקא לרצון יכול כל אחד לכוף כגון לולב אינו נוטל סוכה ואינו עוש' וכמו שכתב הנתיבות דמה לי לאפרושי מאיסור או לסבב שיקיים העשה ועיין כפ"ת ר"ה (דף כ"ח) דאי מצות צריכות כוונה הא דמכין אותו עד שתצא נפשו שיקיים המצוה הוא ג"כ דאח"כ עושה ברצון וי"ל דג"כ בעינן ב"ד. וקצת נראה דאינו ראיה מהא דנרצע דלאפרושי מאיסורא יהיה רשות לכל אדם להכות דשם הטעם הוא משום דהוא גרם לו במה שמוסר לו השפחה קודם לכן ועושה זה האיסור אח"כ בביתו וברשותו. וכן משמע מדברי תה"ד (סי' רח"י) ורמ"א (סי' תכ"א) דרק מי שהוא ת"י של אדם כמו הנרצע ואשתו של אדם ורואה בהם שעושה דבר עבירה שרשאי להכותן ולייסרן כדי להפרישן מן העבירה ואף א"צ להביאן לב"ד עיי"ש ברמ"א דדייק מי שהיא תחת רשותו משמע דאחר אינו רשאי להכותו אולם בים של שלמה ב"ק (פ"ג סי' ט') כ' וז"ל ולאו דוקא כה"ג אלא כל מה שהוא עושה נגד דת תורה מכה אותה עד שתצא נפשה אפילו עוברת במצוה שב ואל תעשה ומ"מ אל ימהר בהכאה אם לא בתוכח' גמורה מקודם ורואה שאינה שומעת ולאו דוקא הרב לעבדו ובעל לאשתו הה"ד כל בר ישראל יכול להכות חבירו כדי לאפרושי מאיסור' וכן איתא בעירכין יכול לא יכנו ולא יסטרנו ע"ד תוכחה כו' אלמא שמותר להכותו ע"ד תוכחה ודוקא באדם מוחזק בכשרות שידוע שלשם שמים עשה והוא אדם חשוב ומופלג אבל בסתמא דאינשי לא כל כמיניה דא"כ לא שבקת חי לכל בריה כו' והתורה לא נתנה רשות ומקל ורצועה אלא לדיין או לאדם חשוב שראוי להיות דבריו נשמעים ג"כ לפי שעה מותר להכות חבירו ולהפרישו מאיסורא והכל לפי ראות עיני הדיין עכ"ל הרי דסובר דהיכא דידענו דכוונתו לשמים לאפרושי מאיסור רשאי כל אדם להכותו וע"כ צריך לחלק בהא דבעישוי אגיטא בעינן מדאורייתא מומחין ומדרבנן ב"ד של שלשה מטעם הנ"ל שכתבתי שיהא מצוה לשמוע דברי חכמים:

גם מ"ש הקצוה"ח שם בקונטרס משובב נתיבות דלהפרישו מן האיסור אינו אלא הכאה בעלמא אבל ב"ד הכופין לקיים עשה מכין עד שתצא נפשו ובאיסורא אין מכין עד שתצא נפשו דלא אמרו ניתן להצילו בנפשו אלא בעבירות הידועים כגון רודף אחר נערה המאורס' או במקום שקנאין פוגעין בו ובשאר איסורין לא ניתן להצילו בנפשו כדי להפרישו והביא מספרי מוסר דעשה חמירא מל"ת דקודם שקיים העשה מכין אותו עד

שתצא נפשו לכופו לקיים העשה ובשאר איסורי ל"ת אינו ניתן להצילו בנפשו להפרישו מאיסור נבילו' וטריפות עכ"ד ובל"ס כוונתו ע"ד הרמב"ן עה"ת פ' יתרו ע"פ זכור דכתב דמצות עשה גדולה ממצות ל"ת שהוא בחינת אהבה אולם בכ"ז כת' שם דעונש על ל"ת גדול ועושין בו דין כגון מלקות כו' ואין עושין דין במ"ע כלל אלא במורדין כגון לולב וציצית אינו עושה שמכין אותו עד שיקבל עליו לעשות או שתצא נפשו ואין הכוונה דרק נקיים העשה עושין כן ולאפרושי מאיסורא אינו עושין כן דזה נגד השכל וגם אין כוונת רמב"ן כן. וכן מבואר בחידושי ר"ן חולין (דף קל"ב ע"ב) וז"ל נ"ל דמצות ל"ת ועשה לאו דוקא אלא ה"ק במד"א דארבעים ותו לא במל"ת ר"ל שמכין אותו ואומר לו ל"ת עוד מה שעשית ואז כיון שהעבירה עשויה ולא מלקינן ליה תו וכן כיון שעבר סוכות ולא נטל לולב כיון דלית ליה תו ליטול לולב מלקינן ליה מ' חסר אחת ותו לא וכן אם אכל חמץ בפסח אחר שהעבירה עשויה אבל אם היה בפסח והיה אוכל חמץ מלקינן ליה ולא רצה לעמוד מלאכול חמץ אע"ג דמצות ל"ת הוא מחינן ליה תו עד שיאמר רוצה אני או עד שתצא נפשו עכ"ל הרי מבוא' דאין חילוק בזה [ועיין חידושי מרן רע"א ז"ל כתובות (דף פ"ו) דפשיטא ליה ג"כ דגם בל"ת אם בא לעבור מכין אותו עד שתצא נפשו שלא לעבור ועמד בזה דאין הפרש בין עשה לל"ת ובדברי ר"ן יתיישב דכן הוא האמת וקאמר במד"א במל"ת שכבר עבר ואם עדיין לא עבר מכין אותו שתצא נפשו אפילו שיקיים עשה וכ"ש שלא לעבור על ל"ת לאפרושי מאיסורא וז"ב ופשוט] ולכך סובר ר"נ דאף שהוא ממונו מ"מ כיון שממונו גרם לו לזה שרוצה לעשות איסור בממונו רשאי להכותו לאפרושי מאיסורא אף דלית ליה פסידא אבל בענין אחר כשאינו להפרישו מן האיסור אין לו רשות להכותי כיון דלית ליה פסידא ג"כ ולכך כאן (סי' ד') דקדק הש"ע שהוא באופן לאפרושי מאיסור רשאי להכותו אבל לקמן (סי' תכ"א) דלא עשה שום איסור רק שרוצה למחות בו בזה י"ל דאינו רשאי להכותו ולכן כ' בשם י"א:

ולפי"ז נראה קצת היכא דתובע מחבירו בבירור שחייב לו וזה אומר א"י אם נתחייבתי ומה"ד א"י להוציא ממנו דברי ושמא לאו ברי עדיף ואף אם חייב לצאת יד"ש מ"מ לרוב הפוסקים ל"מ תפיסה ואם זה בא לתפוס ממנו שלא בעדים דיהיה נאמן אח"כ במגו דלא תפסתי אין זה רשאי להכותו אף דאית ליה פסידא מ"מ כיון שזה טוען ברי דחייב לי ותופס כדינו וזה טוען שמא אף דמטעם חז"מ אין מוציאין מ"מ ל"ה לאפרושי מאיסורא כיון דלגבי דידיה יודע בברי שחייב לו וזה אינו יודע דעושה איסור מה"ת יהיה רשאי להכותו ואולי מ"מ כיון דיש לו פסידא בבירור מה שמן הדין א"נ להוציא ממנו דהממע"ה בזה עביד אינש דינא לנפשו אף באי אפשר להציל רק ע"י הכאה. אולם אם תופס בעדים

דיוציא אח"כ ממנו בב"ד בזה י"ל דאינו רשאי להכותו ולהציל מידו בשביל שלא יטריח א"ע עמו בב"ד כיון דזה א"י ל"ה כמו לאפרושי מאיסור' וצ"ע בזה:

והיכא דתופס בפני עדים דלא יהיה לו לתועלת כ' הנתיבות כיון שלא יהיה נאמן לפני ב"ד דאסור לתפוס ואף אם יודע שיהיה נאמן לפני ב"ד במיגו דהחזרתי אסור לו לתפוס בעדים דהא יהיה מוחזק בגזלן ויעשהו חשוד. ומדברי הטו"ז לא משמע כן וכן נראה ממ"ש תוס' בהא דבן בג בג דאמר אל תכנוס לחצר חבירך שלא ברשות ליטול את שלך שמא תראה עליו כגנב דהוא דוקא בליכא פסידא אבל באית ליה פסידא ליכא איסור וא"כ אם יהיה נאמן אח"כ במיגו דהחזרתי מה"ת יפסיד ממון בשביל שלא יעשהו חשיד. וכנראה מדברי טו"ז דליכא איסור בזה אלא להכות ולהזיקו אבל תפיסה בעלמא אף שלא יועיל מותר. אולם כתב הטו"ז אם הכהו שלא בעדים אינו פטור במיגו דלא הכיתי שיהיה נאמן שכדין הכהו שלא הורשה להכות רק בדבר המבורר לנו דוקא ובס' שער משפט העלה דאף אם התפיסה היה בעדים מ"מ אם ההכאה היה שלא בעדים מהני המיגו לפוטרו מהכאה לבד ותלי הדבר במחלוקת הפוסקים (סי' קל"ט ס"ד) ולא נראה כיון דללא תועלת הוא תפיסתו אסור לו להכות דלאו דינא הוא ואף אם נאמר דיכול לתפוס היינו בלא הכאה אבל להכות אף דיודע באמת שהוא שלו מ"מ כיון דלא יתברר אין לו רשות להכות ורשע מקרי וגם חייב לשלם אף דיש לו מיגו על ההכאה מ"מ כיון דההכאה היה על מגן חייב לשלם ולפייסו כמו אם הכה לאחר על מגן כיון דאין לו רשות ע"ז:

סימן י

אף דיכול לעשות דין לעצמו כשיכול לברר שנוטל שלו כדין מ"מ אין לו רשות למשכן בחובו וכ' הרמ"א שם ואם חייב לו בלא הלואה או שהוא כבר אצלו בפקדון או מצאו ביד אחר מותר לתפוס והוא מדברי ריב"ש (סי' שצ"ו) וז"ל או אפילו לתפוס מטלטלי כל שמצאום ברשות אחרים או אפילו לוקח מידו ומביתו כל שהחוב אינו הלואה ממש אבל בהלואה ודאי אין לו לכנוס לביתו למשכנו או לחטוף מידו. ולכאורה למה דמבואר בטור (סי' צ"ז) ובדברי רמב"ם דמה"ת אסור למלוה למשכנו מיד הלוה אף שלא בביתו דביתו דכתוב בקרא הוא ל"ד דה"ה או כ"ש דלא ישמט בחזקה מה שעליו או ממה שבידו בפגעו בחוץ וכמבואר בסמ"ע שם (ס"ק ו') ועי"ש בדרישה דכל מה שבידו ועליו ביתו ורשותו מקרי א"כ ממילא אם מונח חפצו של הלוה בפקדון ביד אחרים ג"כ מהראוי לומר כיון דפקדון כל היכא דאיתא ברשותיה דמרי' איתא דאסור מה"ת להמלוה לתפוס למשכון. וכבר כתב הרא"ש (פ"א) דפסחים בישראל שהפקיד חמצו לנכרי דעובר מה"ת

דכיון שהשאיל לו ביתו לשמירת ממונו ביתו קרינן וה"נ גלמה לא נאמר כן ומניין לו לריב"ש דדוקא מביתו ממש או מידיו ממש אסרה התורה. ואולי י"ל כיון דבש"ס ב"מ (דף קי"ג) קאמר ובעל חוב אפילו נתוחי נמי לא שלא יכנוס לביתו ליטול משכונו ומזה סברו תוס' דאסור רק מטעם גזירה והרמב"ם דסובר דביתו לאו דוקא סובר כמ"ש התוי"ט שם דגמרא טעמא דקרא מפרש ולא גרס גזירה כמו שגרסו בתוס' עיי"ש וסובר דדוקא מידו אסור אבל לא אם מונח בסמטא או אף ביד אחר וכן דקדק בדרישה דמה שבידו ועליו ביתו ורשותו מקרי משמע דלענין זה לא אזלינן בתר רשות לבד. או י"ל אף אם נאמר דביתו מקרי בכ"מ שהוא מ"מ אם הוא ברשות אחרים כגון בגזל או במשכון דג"כ הוי אינו ברשותו של הבעלים בזה ליכא איסור לתפוס למשכון בעד חובו מבעלי החפץ:

והיכא דכופר לו חובו וא"י למשכון עפ"י ב"ד כתב הקצוה"ח דאסור לתפוס ממנו ומביתו אף שלא בעדים דיהיה לו מגו דכיון דהקפידה התורה בחוב הלואה דלא למיעבד ליה דינא לנפשיה ומינתח ניתוחי אסור הה"ד אף באיכא פסידא אסור. ובס' ש"מ צידד להתיר והביא ראיות לזה ובקל יש לדחות כל ראיותיו. מה שהביא מדברי טוש"ע (סי' ס"א) בשטר שכ' כל שיש לו רשות למשכנו שלא ברשות ב"ד אינו רשאי לעבור על ד"ת אבל אם לא מצא דיין לדונו יש לו רשות לעשות דין לעצמו והא דהוצרך לפרשו בשטר הוא משום שופרא דשטרא וכמ"ש רמ"א בתשובה (סי' ק"ח) וה"נ כיון שאין המלוה נאמן רק ע"י תפיסה הוי כמו שלא מצא דיין לדונו דמלבד דיש לחלק דדוקא בדין ברור הנודע לכ"ע וגלוי יכול הוא לעשות דין לנפשיה באם לא מצא דיין אבל בלא נודע ואינו גלוי לכל אסור בלא"ה גם שם הרמ"א לא כתב זה דהוא משום שופרא דשטרא רק על לדון בפני עכו"ם אבל לענין לכנס לביתו מבואר בפרישה (סי' ס"א) דהוא דוקא כיון ששעבד עצמו בשטר על כך הא לא"ה לא וגם נראה דוקא אם רגילין לכתוב כן בכל שטרות הא לא"ה הוי אסמכתא וכמו שכתב הטור משם הרא"ש (סי' צ"ט) לענין להשכיר א"ע דאף לרבינו אליהו הוא דוקא במזונות אשתו דמספר כתובה ילפינן ועיי"ש בפרישה דבשאר חוב כיון שאין הכל כותבין כן האי אף דכתוב אסמכתא הוא עכ"פ מבואר מדבריו דאסור לתפוס בעצמו לעבור על ד"ת ועיין באורים (סי' ק"ג ס"ק ח"י):

ומה שהביא ראיה מש"ס פ"ק דב"מ דאביי אמר מיגו דחשיד אממונא חשוד אשבועתא והא דבב' אוחזין נשבע דשמא ס' מלוה ישנה עליו ותפסו בחובו ולדעת הרמב"ם בחוטף משכון מחבירו שלא ברשות ב"ד נקרא גזלן ונפסל לעדות ולשבועה הדרא קושיא נימא מיגו דחשוד א"ו כיון דל"מ לגבות רק ע"י תפיסה מותר. גם זה אינו ראיה למ"ש הרמב"ן מלחמות שם ע"ד בעה"מ דהא דלא טוען כן על המלוה הישנה שהוא רוצה לחלוק עמו

בגופו של טלית ואעפ"י שאמר על גופה כולה שלי לא חשוד דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו א"כ בזה אם תופס לגוביינא בשביל חובו ליכא איסור דלא תבא אל ביתו רק לאו דלא תחמוד וזה לא משמע להו דעובר איסור ולכך לא חשוד על שבועתא אבל מ"מ י"ל דלמשכון אסור לתפוס אף במקום פסידא. וגם למ"ש שם רמב"ן דלכך לא טוען על המלוה ישנה דלאו כ"ע דיני גמירי מה"ט ג"כ לא נעשה חשוד וכדעת הש"ך (סי' שנ"ט) ובש"מ שם כתב משם הראב"ד בהשגותיו על בעה"מ שם וז"ל א"א ומי אינו יודע שאינו רשאי לעשות כן שהרי לא התירו לנתח אלא לשליח ב"ד אבל למלוה לא למשכון ולא לנתח כו' וא"ת יטעון בפירוש כך וכך יש לי אצלו ע"כ אני תופסו סבור הוא שלא יועיל לו אטו כלהו אינשי דיני גמירי ועוד כי הוא סבר יחזיקו אותו ברשע שחובל את חבירו שאין אדם רשאי לנתח את חבירו וכשיאמר שלי כלה אין בני אדם יודעין עכ"ל הרי דעובר ואסור אף אם הוא במקום פסידא ודוחק לומר דרק הוא סבר שיחזיקו אותו כרשע ובאמת לא כן הוא דלא משמע כן ממרוצת דבריו:

והא דק"ל לש"מ לשיטתו מש"ס ב"מ שם דפריך על שמואל שם הא כתיב לא יחבול רחיים ורכב הא ד"א חבול וכן מלא תחבול בגד אלמנה הא של אחרים תחבול ואמאי לא משני לעולם בבע"ח ובתופס שלא בעדים ל"ק כלל דהא איכא כמה אופני' דרשאי לחבול כגון שכירות או של גזילה וכן הקפת חנות וכל מילי דלא משמט בשבועות מדכתיב כי תשה וכמו שמבואר בספרי ובס' יראים (סי' רע"ג) וכבר הבאתי דבריהם בספרי ח"ר בשו"ת (סי' ג') דלא כנתיבות (סי' צ"ז) עי"ש ועוד משכחת אופני טובא ובמהרי"ט בתשובה מובא בס' רביד הזהב פ' כי תצא מדכתיב אתה נושה בו דקדק דעל יורשי מלוה ליכא אזהרה עי"ש וכן נמי יש לדקדק מזה דיכול לכנוס לבית יורשי הלוה מדכ' כי תשה כו' לא תבא אל ביתו היינו לבית הלוה אבל לבית יורשים אין כאן אזהרה ואף דמד"ת ליכא נ"מ בזה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מ"מ נ"מ השתא דמותר לכנוס לבית יורשים כיון דלאחר תקנות הגאונים מטלטלין דיתמי משתעבדי ועיין תוס' בכורות (דף נ"ב) דלר"ת תקנות הגאונים דאורייתא ויבואר במ"א והש"ס רצה לאשמועינן דעובר בתרי לאוין ועיי"ש בש"מ וליכא ראיה משם דאסור נתפוס מה"ת מביתו שלא בעדים. ועיין קצוה"ח (סי' צ"ז ס"ק ב') דהעלה לאיסור אך אם נקטו לגוביינא ליכא איסור כדעת ר"ת ונ"י ומה שהקשה שם דהיכא שייך תורת גביה בלא ב"ד ומאן שם לי' וע"כ אינו אלא למשכון כבר מתרץ זאת ע"נ בתשובת ריב"ש שם דנוטלו שיגבהו נו הב"ד אח"כ מזה ואולי זה ג"כ כוונת הראב"ד בש"מ הנז' מה דכתב כי הוא סבר יחזיקו אותו ברשע שחובל את חבירו היינו תופס לגוביינא ואם יאמר כן חושש שיחשדנו לתופס למשכון.

ועיין קצוה"ח (סי' שנ"ט) מה שהניח לדברי ריב"ש בצ"ע דאם היכא דנקיט לגוביינא להתפרע ממנו אח"כ אין לו דין משכון שאסרו הכתוב וממילא א"צ נמי להחזיר כסות יום ביום כיון דלא איירי הכתוב אלא במשכון לבטחון וא"כ הא דאמרינן ב"מ ושבועות דיפליגי בדר"י דאמר בע"ח קונה משכון והתם מפרש רש"י משום דלגוביינא נקטי ואי בלגוביינא ל"ש דר"י כיון דל"ש ולך תהי' צדקה:

ולענ"ד כוונת הריב"ש דהיכא דנטלו שיגבהו לו ב"ד מזה רשאי וזה אינו ענין לבע"ח קונה משכון דשם אף שנטלו לגוביינא מ"מ יכול לתבוע ממ"א ג"כ חובו ולהסוברים ברים דא"ח באונסין אם נאנס לא פרע חובו ואף לדעת רש"י דחייב באונסין מ"מ חובו לא נפקע והוא חייב לשלם דמי המשכון שנאנס והלוה חייב לו וזה גובה וזה גובה הגם די"ל דחיובו של המלוה על המשכון מדר"י או שהוא ש"ש או שחייב באונסין ג"כ מ"מ אינו חייב כשאר שומרין בדמים ששוה משעת אונסין או פשיעה רק הן לענין יוקרא הן לענין זילא א"ח רק כמו שהיה שוה בשעת שזכה בהמשכון וא"ד לשאר שומרין דחייבין כשעת פשיעה דכבר כתבו הרמב"ן וריטב"א בש"מ ב"מ הטעם לחלק בין שומרין לגזלן דמשלם כשטת הגזילה משום דגזילה יצאה מרשות בעלים והוי כאינו ברשותו אבל בשומרין כל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא וחל החיוב משעת פשיעה ועיין קצוה"ח (סי' רצ"א) וא"כ י"ל במשכון דאינו ברשותו של הלוה ואף בהיתר על חובו כמבואר מדברי מרדכי מובא ברמ"א יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) ובש"מ כתובות (דף נ"ט) ובש"ך יו"ד שם משם ר"י ובח"מ (סי' ריא) א"כ כיון שכבר הוי כאינו ברשותו של הלוה דינו לענין חיוב אחריות כמו גזלן דאינו משלם רק כפי שהיה שוה בשעה שהשכין אצלו:

ואולי יש לחלק למ"ש בביאור דברי רמב"ן וריטב"א בהגהותי לד"ח דיני גזילה (סי' ח"י) דדבריהם מותאמים עם דברי הרא"ש ר"פ הגוזל עצים דהיכא דקונה להגזילה בשינוי אינו משלם כ"א מה שהיה שוה בשעת הגזילה והשבח עד דעושה השינוי הוא של גזלן ואאמ"ו ז"ל כתב שם בהבנתו דע"י שינוי קונה להגזילה למפרע וכן כתבו למה אחרונים וכ' שם עפי"ז דתוס' ב"מ (דף ס"ה) ד"ה נ"ל חולקין ע"ז וכן הרמב"ן והריטב"א הנ"ל ואני בעניי הערותי שם כמה הערות להוכיח דאין קונה למפרע ע"י השינוי רק כתבתי בביאור דברי הרא"ש דסובר דלא נעשה גזלן מחדש בעשה שינוי בידים וע"י מעשיו הוציא לגמרי מחזקת הבעלים מ"מ ל"נ גנב וגזלן מחדש ודלא כמו שכתב בנתיבות (סי' ל"ד) רק כיון דכבר הוציא מרשות בעלים בקנין גזילה שיש לו בו לא קרינן ביה וגונב מבית איש ולכך אינו משלם רק כדמעיקרא דכל גזלן משעה שעשה קנין בהגזילה חייבו התורה להשיב או הגזילה בעינא או דמיה כמו שכ' בש"מ ב"ק (דף ס"ו) או גופה או דמיה מיד נתחייב

לשלם ובשעת הגניבה והגזילה נתחייב עי"ז שנתכוין לקנות להחזיר או החפץ בעינא או הדמים ואח"כ לא נוכל להוסיף עליו חיוב ואף דאם היתה הגזילה בעינא ונתייקר היה חייב להחזיר כמו שהוא עתה ככתוב בתורה והשיב מ"מ כמו באיתבר ממילא דא"ח לשלם רק כמו דהיה מעיקרא שוה אף דאם היה בעין היה חייב להחזיר כמות שהוא מ"מ על מה ששוה יותר משעת הגזילה לא נתוסף חיובו דגזלן אינו שומר כמ"ש תוס' ב"ק (דף נ"ו) וא"ד לשומר דשם כל היכא דאיתא ברשותו דמריה איתא וכמ"ש בש"מ ב"מ סוף פ' המפקיד משם ריטב"א ורמב"ן ואף דהם כתבו הואיל דהוציא מרשות בעלים היינו לדידן דקיי"ל כר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדיש דהוי כאינו ברשותו אבל מ"מ אף לצנועין דסברו דיכול אדם להקדיש אף דבר שאינו ברשותו מ"מ בהגזילה מה שמכוין לקנות מוציא גוף הדבר מרשות בעלים שאין בכחם לשמש בו וכדומה וגם אם הגזלן משתמש בו אף שהוא באיסור אין חייב לשלם דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה כמבואר פ' הגוזל ובש"ע (סי' שס"ג) ועיין תשובת הרא"ש (כלל צ"ה) שביאר הטעם לחלק הא דבמטלטלין כשירד אדעתא דגזלנותא דפטור לשלם שכר ובקרקע חייב משום דמטלטלין נגזלין ונקנין בשינוי משא"כ קרקע עיי"ש ובמ"ש בהגהותי בד"ח דיני גניבה (סי' כ"ו) ובזה כ"ע מודים ואף אם יכול להקדיש דבר שא"ב כצנועין מ"מ כל הגזלנים אינם משלמין רק כשעת הגזילה דעכ"פ יש קנין לגזלן לחייבו באונסין ולקנות בשינוי מעשה ולכך א"ד לשומר דמשלם משעת פשיעה דירד לחייב א"ע בתורת שמירה וכל מה שהיה שוה בשעת פשיעה ע"ז כך קבל ע"ע לשמור ולהתחייב משא"כ גזלן דלא ירד לחייב א"ע דאינו שומר רק התורה רמיא עליו לשלם או גופה או דמיה כעין שגזל ובזה נסתלקה טענת הקצוה"ח (סי' רצ"א) מעל הריטב"א דאף אם יכול להקדיש דבר שא"ב מ"מ כל הגזלנים משלמין רק כשעת הגזילה הואיל דלא ירד לחייב א"ע מטעם שומר רק בעד קנין שיש לו בהגזילה רמיא עליו התורה חיוב להשיב וזה רק כעין שגזל דאז נתחייב ואח"כ לא נתוסף עליו שום חיוב וזה נמי דעת הרא"ש אף שנקנה לו ע"י מעשיו שגזזה מ"מ כיון דלא איבדה מן העולם לא נעשה גזלן מחדש וכיון דלא נתחייב בדמים רק משעת גזילה לכך אינו משלם רק כמו שהיה שוה אז אף דלא נקנה למפרע להגזלן רק משעת השינוי מ"מ כיון דלא נעשה מחדש גזלן בזה והחפץ נקנה לו בשינוי מגזה"כ לא נוכל לחייבו ממון יותר רק מכפי שנתחייב בשעת הגזילה ודברי הרא"ש ורמב"ן וריטב"א יחדיו מותאמי' וממיל' ליכא ראיה מדברי תוס' ב"מ הנ"ל דחולקים על הרא"ש דלענין שכר פעולה במה ששימש עם הגזילה אם נאמר דגזלן מחויב לשלם שכר שימוש א"כ כבר נתחייב מיד כשעשה המלאכה אף דקונה אח"כ הגזילה ע"י שינוי מ"מ

לא נפקע החיוב למפרע ושפיר הוכיחו מדקתני משלם כשעת הגזילה ושכר שימוש לא ע"כ דלא נתחייב שכר שימוש כלל אף באם לא נקנה לו הגזילה ע"י שינוי ועיי"ש עוד במ"ש שם ובכאן כתבתי כמה דברים ביתר ביאור:

עכ"פ אין עיקר הטעם הא דגזלנים אינם משלמין רק כשעת הגזילה אף אם נתייקר א"ח לשלם רק כדמעיקרא מטעם דכבר יצא מרשות בעלים לענין הקדש דנעשה א"ב דהריטב"א רק קושעא נקיט אולם אף אם נאמר דיכול להקדיש דבר שהוא שלו אף דא"ב מ"מ הואיל דלאיזה ענין יצא מרשות בעלים וגם הגזלן לא ירד לחייב א"ע רק מה שהתורה חייבהו בוהשיב לכך לא חייבו התורה יותר מכפי מה שנתכוין אז לקנות ולפי"ז יש לומר במלוה על המשכון דהוי שומר וירד דעתו לחייב א"ע נתחייב כדין שומר כפי מה ששוה בשעת אבידה ויצא מן העולם אף דכבר יצא מרשות בעלים לענין הקדש:

ויהיה איך שיהיה מ"מ לא נפקע החוב רק שהמלוה חייב לשלם או אף באונסין או רק בגניבה וזה הכל כשלקח למשכון אף שהוא לגוביינא ג"כ מ"מ לא סילק א"ע מכל נכסי הלוה ורק לבטחון ג"כ ובמשכון כזה אסרה התורה לכנוס לביתו אבל היכא דלגוביינא שהב"ד יגבה לו רק מזה אינו עובר בנטילתו והיינו דזה הוי כלוקח ממש לפרעון ונפקע כל החוב מן המלוה ואם נאבד אף באונס א"ח עוד הלוה לפרוע ממ"א זה לא אסרה תורה לדעת ר"ת ועביד אינש דינא לנפשיה כן נראה בדעת הריב"ש בשיטת ר"ת. ולפי"ז אותן התופסין מיד חבירו קודם שבאו לדין כמ"ש הקצוה"ח שם אינן רשאין רק אם מסלקו שיעבודן מכל נכסיו ותופסין זה רק לגוביינא אז מותר כמו שסובר ר"ת:

סימן יא

כתב הרמב"ם (פ"ה) מעדות יחיד שהוא דן ד"מ יחידי אין הודאה בפניו הודאה בב"ד ואפילו היה סמוך אבל הג' כו' הרי הודאה בפניהם הודאה בב"ד וכן הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים הוחזק כפרן כו' ובש"ע (סי' ג') כ' שכל שאינם שלשה אפילו הם סמוכים ההודאה כמודה חוץ לב"ד ומבואר דאין חילוק בין אחד לשנים. והנה משמע לכאורה ממה שכ' הרמב"ם שהוא דן דיני ממנות יחידי דדוקא ד"מ אבל דיני קנסות אף מומח' אינו דן יחידי ואף שהוא סמוך וכן משמע מפשטות המתניתין דריש סנהדרין דקתני ד"מ בשלשה גזילות וחבלות בשלשה ומפרש בגמרא דתרתי קתני ד"מ בג' הדיוטות גו"ח בג' מומחין וכמו בדיני ממונו' הוא דוקא בשלשה דשנים שדנו קיי"ל דאין דיניהם דין כ"כ גזו"ח הוא דוקא בג' מומחין ואף דתקנו חז"ל דיחיד מומחה יכול לדון דיני ממונות כמו ג' הדיוטות מ"מ הוא דוקא בדיני ממונות אבל לא קנסות ואף לר"א בריה דרב איקא דאמר מדאורייתא חד נמי כשר מ"מ הוא דוקא בד"מ אבל לא בקנסות

דלרוב המפרשים ראשונים הוא אף דסובר עירוב פרשיות כתיב מ"מ מדכ' בצדק תשפוט גלי הקרא דחד נמי כשר היינו בדיני ממונות אבל לא לבטל הא דכתיב בקרא אלקים וילפינן דבעינן תלתא ע"כ דקאי על דיני קנסות וכן בש"ס שם (דף ח') שלח ליה ר"נ בר ר"ח לר"נ בר יעקב ילמדינו רבינו דיני קנסות בכמה כו' יחיד מומחה קמיבעי' לי' דאין דיני קנסות או לא אמר ליה תניתוה אלא מומחין וקאמר ג' מבואר דאף דיחיד מומחה דן ד"מ לא עבדו רבנן תקנתא שידון דיני קנסות ועיי"ש בר"ן בחידושיו דאף מומחה בצירוף ב' הדיוטו' א"י לדון וע"ז היה עיקר השאלה דג' מבואר במתניתין. אולם בחידושי הר"ן (דף ה') הביא שיטה דדוקא מומחה לרבים בבבל שאינו סמוך והמומחה הסמוך שבארץ ישראל חשיב כמו ג' סמוכים מדאורייתא וסמוך שהוא מומחה לרבים חשוב כג' מומחים לדון אפילו דיני קנסות ומתניתין אינו ראי' דאיירי בסמוכין שאינן מומחין לרבים. אולם העלה דהאמת כשיטה הראשונה:

ומדברי רשב"א ב"ק (דף צ') מבואר ג"כ בהכרח דסובר דמומחה לרבים הסמוך יכול לדון דיני קנסות דכ' שם בהא דאחד תקע ליה לחבריה אתא לקמיה דר"י נשיאה אמר ליה הא אנא הא ר"י הגלילי ופריך למימרא דעד נעשה דיין כו' ומשני כי תניא ההיא כגון שראו בלילה והקשה הרשב"א הא ר"י הנשיא עד המעיד היה ועד המעיד שמעינן מר"ט דא"נ דיין וכתב ואפילו את"ל דר"י הנשיא מומחה היה ודן יחידי וראוהו ביום ועפ"י ראייתו היה דן לא מסתברא שיהיה דיין מומחה מוציא ממון עפ"י ראייתו לבד דעפ"י ב' עדים יקום דבר אמר רחמנא ולא תהא שמיעה גדולה מראיה אבל אינו בדין שראיה של דיין מומחה יחייב כשמיעה משני עדים מבואר מדבריו דרק מטעם דאינו בדין שידין עפ"י ראיתו לבד אבל לדון דיני קנסות היה יכול ביחידי בשביל שר"י הנשיא היה מומחה לרבים וסמוך דהא היה הנשיא ג"כ וזה הוא כשיטה שהביא הר"ן סנהדרין הנז':

אך קשה א"כ אם שנים היו שראו לדבריו היה יכול ר"י הנשיא לדון ע"י ראייתו וראיות האחר ולמה מתרץ שם הש"ס כפי פירוש הרשב"א שם דר"י הנשיא ל"ה עד המעיד שאחרים היו שם שהעידו בו ועד היודע נעשה דיין למה צריך שהיו אחרים שהעידו בו הא סגי באם היה עוד אחד שהעיד בפניו דהא הרשב"א סובר דמומחה יכול לקבל עדות ג"כ ולדון רק עפ"י ראייתו א"י לדון דלא תהא ראיה גדולה משמיעה ועפ"י שנים יקום דבר אבל אם אחד מעיד בפניו ונתקבל עדותו בפני המומחה וגם הוא בעצמו יודע מראייתו מהראוי שיהיה יכול לדון עפ"י צירוף ראייתו והגדות העד ולמה צריך דוקא לומר שאחרים היו שם שהעידו ואולי י"ל דאף הרשב"א לא סבירא ליה דיחיד מומחה יכול לדון דיני קנסות רק דכך היה ס"ד ולא אליבא דאמת ולכך קאמר בש"ס דהא סהדי

דמסהדי היינו שהיה תרי דאין זה כבודו של ר"י הנשיא שיעיד בפני אחרים והוא לבדו ל"ה יכול לדון בצירוף קבלות ע"א וראייתו ג"כ כיון דאינו מעיד ע"כ שהוא לבדו יהיה דן וזה אינו יכול בדיני קנסות ובצירוף דיינים אחרים ג"כ א"י לחייבו כיון שלא העיד ר"י הנשיא לכך קאמר דהי' תרי סהדי דמסהדי:

וראיתי בקצוה"ח (סי' ז' ס"ק ה') שכ' דמומחה ואיכא אחר עמו יכול לדון ע"י ראייתו וכ' ואע"ג דקבלות עדות לעולם בעינן שלשה ואפי' מומחין וכמ"ש הש"ך (סי' מ"ו) היינו משום דכל פחות מג' הוי עד מפי עד אבל אם הוא בעצמו הרואה ל"ש עדמפי עד לכן יכול לדון מומחה כשיש אחר עמו עפ"י ראייתו ולא אדע הא ברשב"א שם מבואר דמומחה דן יחידי עפ"י עדים ומשמע דאף לקבל עדות יש לו רשות וא"כ ל"צ שידון דוקא כשיש אחר עמו ולצרף עמו לדון רק לבדו ולקבל עדות של האחר ואף אם המומחה אינו יודע כלל אם האחר ראה כגון שלא ראה זה אתו זה יכול ג"כ המומחה לקבל עדותו של האחד ולדון רק בלבדו ע"י ראיתו אינו בדין שראייתו יהיה גדולה מהשמיעה דע"פ שנים עדים יקום דבר והבע"ד יכול להכחישו אבל כל שיש עוד עד המעיד יכול לדון המומחה לבדו ע"י ראייתו ולקבל עדות של האחר ג"כ וכן מבואר בתשובת רמב"ן (סי' קי"ב) דיחיד מומחה יכול לדון יחידי וראוי לקבל עדות ביחיד ואף לענין קיום שטר הוא לבדו חותם עיי"ש וכן מבואר בש"מ כתובות (דף כ"א) משם רמב"ן עיי"ש ועיין תשב"ץ (ח"א סי' א' דף ו' ע"ד) דכ' דלרמב"ן רפויי מירפה בידיה אי קבלות עדות אפשר במומחה או לא עיי"ש:

עוד יש להתבונן בדברי רשב"א מאי קשיא ליה דלמא באמת ר"י הנשיא דן יחידי ע"י ראייתו ואף דראייתו לא עדיף משמיעה היינו שהבע"ד יכול להכחישו ואם אינו מכחישו למה לא יחייב אותו וגם אף אם מכחישו מ"מ בממון יכול לחייב אותו שבועה וע"א קם לשבועה וממילא לא תהא שמיעה גדולה מראיה ויכול לחייבו שבועה וא"כ שפיר אמר ליה הא אנא דראה ביום וא"ל זיל הב ליה מנה צורי והאי גברא דתקע לא אכחיש ליה לר"י נשיאה ואולי סובר הרשב"ם דגם קנסא דרבנן מודה בקנס פטור וכדעת הישי"ש ב"ק מובא בש"ך (סי' שפ"ח) דגם בקנס דרבנן פטור המודה וכן מבואר בש"מ ב"ק (דף צ"ח) משם ר' יהונתן וכבר הבאתי בח"ר דיני פסח (סי' י"ב) שכן מבואר בס' הראב"ן ועמ"ש לעיל (סי' ח') לסלק קושית פנ"י וקצוה"ח על שיטת הישי"ש. וא"כ פטור מטעם מודה בקנס ואף באיכא ע"א פטור ג"כ בכופר דאין נשבעין על הקנס כמבואר ירושלמי מס' שבועות ובתוס' ורשב"א ב"ק(דף מ"א) משום דחשיב מרשיע א"ע כשמודה וא"ר לישבע א"ח שבועה ושפיר מתמה הרשב"א. ולפי"ז משכחת לן דיחיד מומחה יכול לדון עפ"י ראייתו כגון אם תבע אחד לחבירו שהלוה לו מנה ביום פלוני וזה אומר איני יודע אם

נתחייבתי לך ובאו לדון לפני היחיד מומחה והוא יודע שהלוה לו יכול לחייבו לשלם מטעם מתשאיל"מ דהא אם היו באים לפני ב"ד והוא העיד שלוה חייב לשלם מטעם מתוך שאי"ל דמשלם א"כ שייך בזה לא תהיה שמיעה גדולה מראי' רק אם מכחיש שיחייבו יותר מכפי שבכח ע"א לחייבו בזה סובר רשב"א דל"א שראי' יהיה יותר גדולה מן שמיעה וכן לגבי קנס א"י לחייבו אף אם מודה:

והנה התומים העלה בדברי רמב"ם דהא דהודאה ל"מ בפני מומחה רק בהודאה לפני יחיד מומחה משום דיכול להכחישו דע"א א"נ בממון ואף באינו מכחישו מ"מ אין הודאה חשובה והוי רק פטומי מילי משא"כ בתרי כיון דיכולין לדון והכחשתו ל"מ הוי הודאה וכ"כ בתשוב' שבות יעקב (ח"א סי' קל"ז) לחלק בין חד לתרי. ולא הבנתי הא דעת הרמב"ם דהודאה גמורה אף בפני ע"א מחייבו שבועה כמבואר (סי' פ"א) א"כ חזינן אף במקום דיכול להכחיש להע"א מ"מ הוי הודאה גמורה להצריכו שבועה א"כ למה כשהודה בפני דיין מומחה ל"ה הודאה כיון דהוא דיין ובפני תרי הוי הודאה גמורה ובפני חד אם מכחיש יחייב ג"כ שבועה ול"ש לומר פטומי מילי כיון שהוא הדיין ודן אותם וכיון שאינו מכחיש הודאתו מה לי חד מה לי תרי. ובאמת כבר תמה המרי"ט (סי' מ"ו) בזה ע"ד הרמב"ם כיון דהם נדונים לפניו אין כאן אמתלא לחזור מהודאתו והעלה דרק לענין שתהא הודאה בפני חד או תרי כמלוה בשטר להך מילתא בעינן שלשה ובפחות אינו תורת ב"ד אבל לענין חוזר וטוען הודאה מקרי ואינו יכול לחזור ובנתיבות המשפט העלה ג"כ דרק לענין שיהא דין שטר ל"מ וגם אם כתב אחד מומחה או שנים הודאתו אין לו דין שטר כיון שאין עליהן תורת ב"ד הוי כמפי כתבם כיון שנכתב שלא בצווי המתחייב ולזה דין עדים עלייהו אבל הם בעצמם או אף יחיד יכול לכוף על קיום פס"ד עיי"ש. וכמה מן הדוחק לומר בדברי הרמב"ם כן וכן בש"ע מבואר להדיא דלהחליף יכולין טענותיהם ועוד כיון דמומחה יכול לדון למה לא יקובל פסק דינו אם ידענו שנכתב כשעמדו בע"ד בפניו דכמו דבשלשה פ"ד מהני ודנין אחריהם כל ב"ד לקיים פסקם ואף אם הבע"ד מכחיש ול"ה מפי כתבם אף דנכתב שלא בדעת המתחייב כן נמי בפני חד כיון שתורת ב"ד ע"ז. ובאמת הא דב"ד של שלשה מהני פסקם ולא דנין בהו מפיהם ולא מפי כתבם צריך טעם הא הפ"ד לא נכתב ברצון שניהם וי"ל כמו שכתב רש"י סנהדרין (דף כ"ט) שלשה עשאן ב"ד והפקירן הפקר ויכולין לשנותו לעשות מלוה בשטר ולהיות במקום הלוה לעשות שליח לכותבה כן נמי מטעם הפקר ב"ד מהני פס"ד בכתב שידונו אח"כ ע"ז ואין תורת עדות עליהן וכן משמע קצת מדברי רשב"ם ב"ב(ד' מ') דמעשה ב"ד כח ב"ד יפה והפקירן הפקר לכתוב כל הנעשה בפניהן. א"כ מומחה הסמוך למה לא

יהיה מועיל פס"ד שלו בכתב ומה לי תרי ומה לי תלת גם יש להבין הא מבואר מש"ס סנהדרין שם בשטר אודייתא אם כתוב ביה במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי מהני ואף אם לא כתיב ביי' וחד ליתוהי רק בי דינא ואמר לנו רבנא אשי ג"כ דנין ע"פ ומי מעיד שהיה כן דהיה בפני שלשה כיון דלא חתמו רק תרי נימא דעליה תורת עדות והוי מפי כתבם וע"כ דכח ב"ד יפה מה שאמרו שנעשה בפניהם בתורת ב"ד לא איכפת לן במה שנתברר עפ"י כתבם א"כ כמו כן חד או תרי מומחין אף דנכתב שלא ברצון המתחייב ג"כ מהראוי שיהיה דין פסק ב"ד עליהן:

שוב ראיתי בח"ס אה"ע (סי' ק"ג) דעמד ע"ז מה מועיל כל פסק ב"ד או קיום הנפק הא ע"ז אינם רק עדים ומה שלא נעשה ברצון שניהם הוי מפי כתבם והעלה דמעיקרא שיעבד נפשו אדעתא דהכי שיכתוב עליו ההנפק וכן כיון שבאו לדון או אפילו דיין הדן בכפייה ברשות התורה הו"ל כרצון שניהם אע"ג דבכתיבת הפס"ד איננו מתרצה מ"מ יש לו דין שטר עיי"ש ואתי שפיר נמי דאף ע"ז נאמנים דהיה אתם עוד השלישי וליתהו דהוי כנעשה ברצון וכמו בכל שטר נאמנים ע"ז דנעשה מדעת המתחייב ול"א דעדותן ע"ז דנעשה ברצון המתחייב הוא מפי כתבם מטעם דחזקה על העדים דלא יחתמו בעולה כן נמי בתורת ב"ד נאמנים דהיה שם ב"ד עליהן. וכמו כן אף תרי או חד כיון דרשות להם לדון בכפיה כמו שיכולין הם לפסוק ולכוף על פסק דינם ואין מדקדקין אחריהן כשהגידו בפה למה יגרע כתבם. וקצת יש לגמגם אם נאמר מטעם דמעיקרא שיעבד נפשו למה ל"מ כשצווח אח"כ דאינו רוצה הא אף בפני שנים וקנו מידו אם הלוה מוחה בעדים שלא יכתבו לו שטר י"א שאין כותבין כמבואר (סי' ל"ט) א"כ אם הבע"ד חוזר וצווח שלא התרצה לכתוב לו פס"ד הוי כנעשה שלא ברצון המתחייב ולמה יהיה תורת שטר על פס"ד מב"ד ול"ה עדותן שכך פסקו מפי כתבם וע"כ צריך לומר דתורת ב"ד עדיף והח"ס שם (סי' צ"ד) כ' דרך אחר דדוקא דבר המבורר עפ"י עדות דלא ידענו אם האמת כן רק גזה"כ הוא לדון עפ"י ב' עדים בזה בעינן תורת עדות וחק התורה ע"פ ולא עפ"י כתבם אבל דבר המבורר לב"ד איננו בגדר עדות וכמו שטרות העולה בעש"נ דכשרים משום דקמו בהו רבנן דלא משקרי והוי כאנן סהדי דחזקה דלא מרע אמונתייהו לשקר והוי כבירור כן נמי מה שנעשה מעשה ב"ד דכך נעשה זה הוי כבירור ואנן סהדי ולאו תורת עדות ע"ז:

וגם בזה יש לגמגם טובא הא הנפק כשר אם מקום מתלתא יהיה איזה תלתא שיהיה יש תורת ב"ד ע"ז וקשה לומר בהו דלא מרעי נפשייהו ויהיה בירור יותר משאר עדים וא"ד לערכאות שהן קבועים וממונים ע"ז. ובאמת בהנפק בלא"ה ל"ק כיון דקיום שטרות

דרבנן לא מיפסל בהו מפי כתבם כמבואר ברמ"א (סי' מ"ו ס"ו) ועיין ריב"ש (סי' שפ"ב) כיון דקיום שטרות דרבנן ומקיימין אף שלא בפניו ואף אם עומד וצות ל"ב דעתו כלל ועיין מה שכתבתי בדברי חיים דיני הלואה (סי' ה') בזה ויבואר עוד אי"ה אולם שטר הודאה וכדומה פס"ד ואף אם כתבהו וחד ליתנהו דכשר מטעם ב"ד אף דהוי רק עדות ומהני מפי כתבם בזה קשה מה מהני פס"ד של שלשה הדיוטות שאינם נמנים לב"ד קבוע ודוחק גדול לומר דבאמת ל"מ רק מדרבנן. וראיתי בש"מ ב"ב (דף מ') דכ' הטעם דאף לשמואל דשנים שדנו דיניהם דין ה"מ בדבר שיש בו מו"מ דמוכחא מילתא דדינא קא עבדי אבל בקיום שטרות דסהדותא בעלמא הוא דקא מסהדי לא מחזי דדייני נינהו בפחות מג' ומחזי דעד מפי עד ואף אם הם עצמם מכירין חתימת ידי העדים אפ"ה בעינן תלתא מטעם לא פלוג ועוד דאי ליכא אלא תרי ל"מ סהדותייהו דמפיהם ולא מפי כתבן ואע"ג דבשטר שהוא זכותו של אדם ולהיות בידו לראיה אין אומרים בו מפיהם ולא מפ"כ כגון שטר מכר ומחאה ומודעא ה"מ במעשה הנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר בפניהם בכגון זה רשאין להעד בשטר דגמרינן לה מספר המקנה אבל עדות שאין יודעים מעצמן כגון שמכירין חתי' עדים או שראו באחד שהלוה לחבירו שלא נעשה המעשה בפניהם כדי שיהא שום קיום דבר בפני עדים בכה"ג ודאי לא נתנה עדות לכתוב דל"ד לספר המקנה עיי"ש עוד משם ר' יונה ולדבריו א"ש פסק דין דמהני מפ"כ דהוי דומיא דמחאה ומודעה דנעשה בפניהם כדי שיתקיים הדבר ודומה לספר המקנה אולם להסוברים דמחאה ומודעה הוא מתקנות חכמים כמו שכתבו תוס' ב"ב (ד"מ) ע"כ דגם פס"ד דמהני עדותן הוא מטעם תקנות חכמים וכן למ"ש הרשב"א בתשובה (סי' אלף רי"א) דשטר מחאה וכדומה מהני מן הדין כיון דאינו מוציא מתחת יד חבירו שום זכות וכן שטר הודאות קרקע מהני מה"ד משא"כ שטר קידושין לראיה בעלמא ל"מ דהוי מפי כתבם הואיל דנעשה שלא ברצון ודעת המתחייב א"כ לדבריו ל"מ תקנות חכמים שיהני עדות מפי כתבם יקשה על פס"ד מג' הדיוטות בעלמא מדוע מהני פסקם וע"כ צ"ל דהוא מדרבנן בנן וצ"ע ויבואר עוד אי"ה לקמן דיני הלואה. א"כ למה יגרע שנים מן שלשה בפס"ד וכמו דמהני פס"ד מג' לדון ב"ד אחר ע"ז למה לא יועיל אם נכתב מן שנים מומחים:

אך יש לומר למ"ש בתשב"ץ (ח"א סי' א') בב"ד שהחזיקוה למגורשת בראייתם ובעדותם אין כח בעדים להכחיש ב"ד במה שדנו עפ"י ראייתם וידיעתם והרי זה כב"ד שדנו שראובן חייב לשמעון ק' מפני שהודה כן בפניהם ובאו ב' עדים ואמרו בפני ב"ד אחר לא הודה שאין דנין זה כשתי כתי עדים המכחישות זו את זו אלא שאנו פוסלין אלו

העדים המכחישין מעשה ב"ד כאלו ב"ד פסלו אותם לעדות שהרי ב"ד יודעין שאלו שקר העידו והרי הם פסולין לאותו עדות שהרי הב"ד פסלום לעדות ויפה כח ב"ד בזה לפסול עדים המעידים לפניהם אם הם יודעין מחמת ראייתם וידיעתם שעדות זו שאלו העדים מעידים הוא שקר עכ"ד והרי זה דבר חדש דכח ב"ד יפה מכח עדים לפסול העדים. ואם כי לא הביא ראיה לזה כתב כן בפשיטות דעדים א"י להכחיש הב"ד שיהיו כתרי ותרי וראיתי בהגהות הנדפס ממרן רע"א ז"ל ח"מ (סי' ל"א) שהביא דבריו בלי שום חולק וכ' ואדרבא פוסלים העדים. וקצת נראה מדברי התשב"ץ מדכ' והרי הם פסולים לאותו עדות דלעדות אחרת לא נפסלו רק לאותו עדות שהב"ד פסלום אבל לעדות אחרת צ"ע אם נפסלו. עכ"פ ס"ל כח ב"ד יפה מכח עדים דעדים א"י להכחישם. וצריך לומר אף דמבואר (סי' כ"ג) דשנים נאמנים לעולם והוא מתשובת הרא"ש ושם כ' הטעם משום דהם נאמנים יותר מן המכחישין אותם דרמו אנפשייהו ומדכרי טפי מן העדים ששמעו מפיהם ותפ"ל דב"ד נאמנים יותר י"ל התם היה שבררו רק לדון בפני שנים לכך אין תורת ב"ד עליהם להכחיש ולפסול שני עדים אחרים ולכך כ' רק מטעם דהם זוכרים יותר מן העדים שבשמועה אחת שמעו ותלינן הטעות בעדים אבל ב"ד של שלשה דשם ב"ד עליהם לכל דבר פוסלים העדים. וא"כ כיון דכח ב"ד יפה דל"מ הכחשות העדים לפסק דינם ע"כ דלאו תורת עדות עליהם רק בירור גמור לכך מהני אף מפי כתבם. והטעם י"ל דדוקא שני עדים המעידים דלא ידענו בירור הדבר א"כ הוא כדבריהם אם אמת העידו או שקר רק גזה"כ הוא שצונו לחתוך הדבר עפ"י ב' עדים כמבואר ברמב"ם (פ"ח ה"ב) מיסה"ת ויבואר אי"ה הדברים באורך לקמן דיני עדות ולכן אם תרי מכחישין אותם אמרינן מאי חזית דסמך אהני סמוך אהני ולא אזלינן בתר רוב דיעות דתרי כמאה משא"כ ב"ד הדנין הוי כדבר הנר' וידוע לכל דאמרי' בש"ס יבמות (דף פ"ח) אתא גברא וקאי ואת אמרת לא תצא ועיי"ש בתוס' ה"נ מעשה ב"ד הוי כדבר הנר' וידוע:

וראיתי בנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' ס"ה) שהביא משם הגאון מפרעמסלא ז"ל להקשות על תוס' כתובות (דף כ"ב) דכ' כיון דב' אומרים שהוא עבד אין כל העולם יכולין להכחישן דתרי כמאה והנו"ב כ' דדוקא שם לענין אם נשאת תצא דמרע לחזקה דייקא ומנסבה ומוקמינן על חזקת א"א או כיון שהב"ד וכ"ע מכירין עכ"פ הם חייבין להפריש מאיסור דיודעים דהעדים משקרים עיי"ש אולם כבר קדמוהם הש"ך (סי' מ"ו ס"ק ס"ה) לתרץ באמת שיטת רש"י כתובות שם עפ"י דברי תוס' יבמות הנ"ל דבדבר הגלוי לכל ל"א תרי כמאה והביא דברי מהרי"ק דבגילוי מילתא בעלמא סברא הוא להאמין יותר המרובים מהמעטים עיי"ש ומצאתי בהלכו' גדולות הלכות עדות וז"ל עדים שהעידו ושנים העידו

עליהם שהם כשרין אפילו כל ישראל מעידין עליהם שהן פסולין עדותן קיימת דהו"ל תרי ותרי והעמיד ישראל על חזקתן עכ"ל. מבואר דסובר דלעולם תרי עדים אינם מוכחשין לבטל עדותן אף אם כל ישראל מעידין להיפך. ומ"מ ב"ד שפסקו פס"ד עדיף ואין בכח העדים להכחישן ויש לתת קצת תבלין למ"ש הגאון מ' חיים יונה ז"ל בקונטרסו בטעם הדבר דהזמה חידוש היא אף דהאחרונים מעידין על הראשוני' על גופן שהעידו בשקר וכמ"ש הטור (סי' ל"ח) מ"מ אטו אנן בתר השתא אזלינן בנגיעה שנולדה אחר הגדות עדותן הא ודאי לא והרי בשעה שהעידו שראו את הדבר במקום פלוני ל"ה נוגעין כלל בעדותן ובאותו שעה הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ושפיר שייך לומר מאי חזית סמיך אקמאי דאסהידו מעיקרא ובאותו שעה עדיין לא היו נוגעין כלל עיי"ש בדבריו ועיין מ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני הלואה (סוף סי' ו') עפ"י דבריו ויבואר עוד אי"ה לקמן בדיני עדות. ובהזמה באמת חידוש הוא דהאחרונים נאמנים ובהכחשה הוי תרי נגד תרי הואיל דהראשונים שהעידו הכחישו לכל מי שיעיד עליהם להיפך ומ"מ מאי חזית דסמך אהני כיון דלא העידו אז בפירוש על האחרונים ובפניהם לפסול אותם משא"כ ב"ד שפסקו ובכחם לפסול מי שיכחישם לכך א"נ שוב עדים להכחישם ול"ב לב"ד תורות עדות עליהם. ולכך כשר אף מפי כתבם. ובכנה"ג (סי' כ"ג ס"ק ל"ו) כ' אם נאמר שהדיינים נאמנים לגבי העדים הוא דוקא בממון או אפילו לגבי עדות אשה עיין במשפטי שמואל (סי' פ"ג) ועיינתי שם בדבריו ושם כ' על נידן דישבו ב"ד של שלשה וגבו עדי קידושין ולא נזכר במעשה ב"ד שאמר לי ומן העדים הכחישו שהעידו אח"כ שאמר לי וכתב דאין ממשות בהם שבאים להכחיש המעשה ב"ד כי הב"ד דייקו ול"מ העדים להכחישם והביא ראיה מתשובת הרא"ש הנ"ל וכ' ואפילו נימא דוקא לגבי ממון אתמר מ"מ פשיטא דלאסור אשה ולאפוקי מחזקתה לא מפקינן לה בחששות רחוקות עיי"ש ושם היו יושבין ב"ד של שלשה ולדברי התשב"ץ הנ"ל כח ב"ד יפה ואין עדים יכולין להכחישן ובנידון דהתשב"ץ הי' איסור אשת איש להוציאה מחזקתה לדברי הב"ד דהגט היה בהכשר ולדברי העדים הי' הגט פסול ודן בפשיטות דהב"ד נאמנים יותר מן העדים. ומ"מ נראה דדוקא בב"ד יפה שנתמנו מן הציבור אבל באם לא נתמנו לב"ד לדברים אחרים רק שבררו הבע"ד וקבלו עליהם אפשר גם התשב"ץ מודה דשנים עדים כשרין יכולין להכחישן ונידון כתו"ת. גם יש לומר דוקא כמו בנידון דהתשב"ץ דהעדים אינם מכחישין להב"ד לומר שלא ישבו יחד ולא שמעו הדברים רק מודים שהיו יושבים יחד ועיקר הכחשתם הוא בענין אחר אם הודה בפניהם או לא הודה בזה כח ב"ד יפה ואין העדים יכולין להכחישן אבל אם מכחישין עיקר מעשה הב"ד שלא ישבו יחד ולא

טענו בפניהם בזה הוי כתו"ת. ועיין ב"י אה"ע (סוף סי' קמ"ה) משם תשובת רשב"א דכ' ואם רצה ליזהר עוד יותר יתננו לה ע"י השליח בתנאי בפני ב"ד דמשמע לכאורה דמעשה ב"ד עדיף ונאמנים יותר מן העדים המעידים בחתימתם שנכתב ונחתם בלא תנאי. אולם יש לדחות כיון דעדות אחר הוא שנתנו לה על תנאי ואף עדים נאמנים וכמו"ש שם ברשב"א ובב"י שם ורק זהירות יתירה שיעשה עפ"י ב"ד או דהא דל"מ עדים אחרים על הנתינה שהיה בתנאי והוי כתו"ת הוא משום דאנן סהדי ומצד דתפיסתה מוכח ועיין נתיבות (סי' מ"ו ס"ק כ"ו) בזה לכן נגד אנן סהדי וחזקה ודאי כח ב"ד עדיף טפי אבל בהכחשת עדים בבירור למעשה ב"ד י"ל דהוי כתו"ת וזה לשון הריטב"א קידושין (דף ע"ד) בדיין חד כו' אבל שלשה והם ב"ד נאמנין הם לעולם כעדים דעלמא דנהי דאין עד נעשה דיין אבל דיין נעשה עד להעיד מה שנדון לפניו עכ"ל מבואר מדבריו דאף שלשה והם ב"ד נאמנים רק כעדים דעלמא ולא יש להם יותר כח רק כעדים וממילא אם עדים כשרים מכחישים אותם הוי כתרי נגד תרי דתרי כמאה ודלא כתשב"ץ וכן מבואר מדברי ראבי"ה מובא בש"ך (סי' כ"ג ס"ק ז') וז"ל דוקא דיין אחד א"נ אבל דייני' שנים ושלשה נאמנים כעדים דעלמא ומבואר דשלשה לא יש להם כח יותר משנים והמה רק כעדים דעלמא ודברי התשב"ץ צ"ע לדינא:

ובגוף דברי הרמב"ם כ' הש"ך דמ"ש הטור דמדברי הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטת לכל דבר דליתא דלא השוה הרא"ש יחיד מומחה לג' הדיוטות רק לענין דין ולא לענין הודאה. אולם המעיין ברא"ש ריש סנהדרין יראה דלאו דוקא לענין דין רק לכ"ד וימצא כן מכמה הוכחת וכאשר כתב המרי"ט שם וכן ראיתי בתשובת הגאונים המכונה שערי צדק דפוס סאלוניק (ש"ז ח"ה סי' ל"ה) תשובת רב שרירא גאון ז"ל וז"ל ולאו הא מילתא לקבולי סהדותייהו בלחודיה דאלו מודה בע"ד קמיה במדעים ואח"כ כפר ואמר להד"מ אפילו האי דיינא ר"נ גופיה כע"א הוי חשיב אלא כדאמר בע"ד אין ודאי אמרית הכין אלא מיהו אית לן מידאני שארא דמילאי ותנאי על מילאי דלא גליתונא דאמינא כיון דיין בלחוד הוה לא מושב ב"ד הוא ולא כליתנו לכלהו מילאי אי הוה ההוא דיינא מומחה לרבים דהו"ל למידן יחיד לא משגחינן בהדן ממרא ומשווינן להו להנך מילי מחליפו קמי דיין כשימוש ב"ד מעליא ופסקינן דינא עלייהו דלית ליה לאוסיפו עלייהו כדאמרינן לענין טוען וחוזר וטוען כו' יע"ש הרי מבואר דרק בהכחשה אין למומחה תורת עד רק כע"א דעלמא אבל לשארי מילי דין ב"ד יש לו. אך י"ל דהך מלתא אם מהני הודאה בפני יחיד מומח' תליא אם מדאורייתא בעינן שלשה או סגי בחד למ"ש הרבינו יונה מס' סנהדרין שם בהא דאמרינן דלמא רבנן דבי רב אשי כשמואל ס"ל

וז"ל איכא דבעי והא רבנן דבי ר"א מומחין נינהו ובמומחים אף ר"א מודה דאף יחיד דינו דין ותו למאן דמפרש דר"ה ור"א הם עצמם היה והא מומחה הוה ואמאי צריך ג' ונראה מכאן דלר' אבהו לא סגי בקיום ובהודאה בבציר מג' משום דליכא טענה או כפירה ואין הדבר נראה בשנים דין אלא כעדות הוא נראה כאלו הם עדים בדבר ולכך לא עשו בהם חכמים תקנה שיהא ביחיד או בב' משום דאתי למימר הודה בפני ב' אע"ג דל"א כתבו כותבין ואע"ג עד דקבעו דוכתא לא כתבינן אפ"ה חיישינן ולא עבדו בציר מג' וה"נ בקיום שטרות אתו למימר בקיום שטרות ב' אפי' אינם מומחין ולהכי הקשה ודלמא רבנן דבי רב אשי כשמואל ס"ל ולשמואל כיון דאף יחיד הדיוט כשר מדאורייתא ליכא למגזר דהא דינו דין בדיעבד אף מדרבנן. הרי דס"ל דלשמואל הודאה בפני ב' הוי הודאה ולר' אבהו אף במומחה ל"ה הודאה וא"כ י"ל דהא הגאון כנראה דס"ל לפסוק כשמואל דב' שדנו דיניהם דין כמבואר שם בתשובתו (סי' ל"ו) לכך מהני הודאתו ג"כ בפני יחיד מומחה דל"ש למגזר וכמו שכ' הרבינו יונה אבל לדידן דפסקינן דלא כשמואל גזרינן לגבי הודאה ועיין תשב"ץ (ח"א סי' קס"א) דכתב ראי' הרמב"ם מהש"ס הנז' דאודייתא לא סגי בלא תלתא ולדברי רבינו יונה יקשה לדעת רמב"ם דפוסק מדאורייתא חד כשר ולמה גזרינן אולם י"ל כיון דהרמב"ם פסק דלא כשמואל וכבר כתבו הטעם דס"ל כיון דרבנן אצריכו שלשה פסול אף בדיעבד שפיר שייך למגזר לגבי הודאה וכמו שכ' ר' יונה ואף דרמב"ם כ' דגם בסמוך לא מהני הודאתו ולדידיה חד סמוך כשר מד"ת מ"מ י"ל כיון דגזרו במומחה שאינו סמוך דל"מ הודאתו לא פליגי בין סמוך לאינו סמוך ולפ"ז י"ל דאף לדעת רמב"ם דל"מ הודאה היא רק מדרבנן כיון דל"ה רק מטעם גזירה ומדאורייתא מהני הודאה בפני חד מומחה וא"כ לענין איסור כמו לגבי קידושין וכדומה יש להחמיר ואף דהש"ך העלה שלא להחמיר אף לענין קידושין בשנים שדנו ודלא כב"ח כבר כ' שם התומים להשיג עליו ולחוש לדעת רמב"ם דמד"ת חד נמי כשר וכן בתשובת ר"א מזרחי (סי' כ"ד) כ' במחלוקת השאלתות ובה"ג דפסקו כשמואל ושאר כל הפוסקים פסקו כרבי אבהו ור"י דאמרו אין דיניהם דין אין לנו להכניס ראשנו בין ההרים הללו וכ"ש באיסור א"א. ובאמת כיון דדעת הבה"ג והשאלתות ור"ש גאון לפסוק כשמואל בודאי יש להחמיר באיסור אשת איש ולענין ממון כיון דקיי"ל דלא כרב אחא א"כ יחיד מומחה דינו רק מדרבנן ול"מ דהוי ספק בתקנתא דרבנן ול"מ הודאתו בפניו ולא הוחזק כפרן:

ואם קבלו עליו מבואר מדברי הרמ"א דמהני אף לענין הודאה וכפירה ומהרי"ט שם כ' דמוכיחין דברי הרמב"ם דהיחיד אפילו קבלו עלייהו אין לו תורת ב"ד דיחיד מומחה וסמיך דן בע"כ ואעפי"כ אין לו תורת ב"ד לענין הודאה וכ"כ ר' אלי' מזרחי מובא בכנה"ג

והוסיף דאף הרא"ש מודה באינו מומחה דל"מ לענין הודאה קבלה והדברים דברי תימא דהא מבואר מדברי הרא"ש והטור דקבלה מהני לכ"ע וכן העלה בתשובת שבות יעקב שם. וכן מבואר ברדב"ז (ח"ג סי' תק"ט) ומבואר שם עוד דאף סתם קבלה מהני ודלא כמו שכ' הש"י שם. וכן מבואר ברדב"ז לענין לדון בלילה כשבאו מעצמם הוי כקבלה ועיין ב"ח בזה (סי' ד') ובמל"מ (פ"ג) מסנהדרין ולפנינו דעת רדב"ז כב"ח ויבואר עוד אי"ה בדברי תשובת רבינו אליהו מזרחי בדיני עדות אי"ה:

סימן יב

קיי"ל אין הדיינים יושבין לדון בדין פחות מש"פ כמבואר (סי' ו') וכ' הש"ך דלדעת רמב"ם וש"ע (סי' פ"ח) בכלים נזקקין לפמש"פ וכ' ומיהו להחולקים שם דפמש"פ לא נחשב ממון אף בכלי נראה דהה"ד הכא והדברים מבוארים ברמב"ן שבועות (דף ל"ט) דהא דאמרינן כלים למה שהן בעינן עכ"פ שוה שני פרוטות דליכא למימר כל מה שהן ואפילו פחות מש"פ דהא אין ב"ד נזקקין לפמש"פ וכ"כ שם הרשב"א והר"ן וריטב"א הרי מבואר דלדידהו אין נזקקין לפמש"פ אף אם הוא כלי. אולם בדברי הריטב"א קשה דכנראה הוסכם שם לדעת הרמב"ן והריטב"א ב"מ (דף נ"ה) מובא שם בש"מ כתב דהא דאין נזקקין לפחות מש"פ היינו כי תבע תשלומין אבל תבע דבר שהוא בעין אפילו על פמש"פ נזקקין וכ' כן משם רבותיו ולדבריו אינו ראיה נגד דעת רמב"ם דבכלים בעינן שיהיו ש"פ ממה דאין נזקקין על פמש"פ דהא אף בליכא חשיבות כלי אם הוא דבר בעין נזקקין ובדברי רמב"ם בטענו כלים איירי ע"כ באם הוא בדבר בעין דאם טוענו התמורה ליכא חשיבות ועיין קצוה"ח (סי' פ"ח) דהקשה במוד' במקצת הא הוי הילך וכבר כ' שם הנתיבות דבגזל דהוי אינו ברשותו ל"ה הילך ועיי"ש באורים דל"ש בזה לומר כיון דבא מכח כלי דומה לדמי קרקע ודלא כמ"ש שם הנתיבות וכיון דאיירי בטוענו דבר בעין מה ראיה מהא דאין נזקקין על פמש"פ א"ו דעתם דאף בדבר בעין וחשיבת כלי ג"כ אין נזקקין ותמהני על הברכי יוסף שהביא דברי ריטב"א בש"מ ב"מ הנ"ל ולא כ' שסותר לדבריו במס' שבועות ושהוא נגד כל הני רבוותא:

וראיתי שם בברכי יוסף דכ' להסתפק אם שני שותפין תבע לאחד דחייב להם מן שותפות פרוטה אם נזקקין כיון דא"ח לכ"א רק ח"פ אין נזקקין א"ד כיון דממון אחד הוא העסק השותפות כחד גברא חשיבי ונזקקין להם ופשיט ליה מדברי מהרי"ט בתשובה בשותפים שטענו נגד שותף אחד טענות שתי כסף אם הוו כולהו קמן ותבעו כולם משביעין אותו כי נמי דליתנהו קמן כתובעים כולם דמו דשליחותייהו קעביד רק די"ל דלמא חבירך אינו חושד אותו בב' כסף וה"ה היכא דאיכא בין שניהם תביעת ש"פ נזקקין

כמו דסגי בין כולם ב' כסף כיון דטענה אחת הוא ולגבי הנטען איכא טענות שתי כסף עיי"ש. ולענ"ד א"ד לשם דשם עכ"פ שבועה אחת הוא דנשבע וכיון דיש טענות שתי כסף מעסק שותפות אף דהתובעים הם שנים ולגבי כל חד ליכא ב' כסף מ"מ חשיב טענה והב"ד כשמחייבו שבועה מחייבין רק שבועה אחת על שתי כסף מה שא"כ בהא דאין נזקקין על פמש"פ הטעם הוא דליכא ביה דין גזילה וכמבואר בש"ס ב"מ שם דמה"ט לא קתני ישיבת הדיינים משום דבכלל גזל בפרוטה הוא וכמ"ש הסמ"ע וא"כ י"ל אף אם שני שותפים תובעין פרוטה שווין הם לשאר שני אנשים התובעים כ"א חצי פרוטה כיון דגם הב"ד לא יחייבו לשלם לאחד מן השותפין רק לכל אחד ח"פ ועל חצי פרוטה אין נזקקין משא"כ לענין שבועה דתובעין רק שבועה אחת והב"ד לא יחייבו לישבע רק שבועה אחת בזה י"ל דסגי בשתי כסף לכל התובעים נגד נתבע אחד וז"פ ובזה מיושב כמעט כל מה שהעיר שם הברכי יוסף על המרי"ט מש"ס כתובות (דף מ"ו) שניהם בפרוטה מהו דשם עכ"פ כל אחד לא קבל פרוטה מסתפק שפיר ר' ירמיה משא"כ לענין שבועה כיון דעכ"פ נשבע על דבר חשוב שבועה אחת לכולם וכן מש"ס ב"מ (דף כ"ו) דכי ליכא ש"פ לכל חד א"ח להחזיר שם ג"כ החיוב הוא להחזיר לכ"א חלקו משא"כ חיוב שבועה אחת הוא וכן מה שהביא משם בעל ספר דברי אמת מש"ס קידושין (דף ז') בעי רבא שתי בנותיך לשני בני בפרוטה הרי אף דאיכא ממונא לגבי נותן ומקבל מ"מ כיון דלגבי דידהו ליכא ל"מ ואיך פשיט' לי' דתיהני בדאיכא שתי כסף לגבי נתבע לחוד למ"ש אינו דומה כלל דשם עכ"פ גופין מחולקים הם לחלות הקידושין בעד פמש"פ משא"כ בנידן דמרי"ט ובלא"ה יש לחלק משם ובפרט לדברי מהרי"ט עצמו בחידושיו לקידושין שם בביאור האיבעיא דרבא ואין להאריך בזה:

וקצת יש לחקור להיפך היכא דאחד תובע מן שנים שהן שותפין ש"פ אם נזקקין אם אזלינן בתר התובע ויש תביעות ש"פ ונזקקין א"ד כיון דהנתבעים הם שנים ואיכות ההתחייבות אם יהי' לכל אחד רק חצי פרוטה י"ל דאין נזקקין. ובאמת אם שותפין נ"ח פרוטה י"ל כיון דהוי ערבאן זה לזה כמבואר (סי' ע"ז) י"ל דהוי הנידון על כ"א בחיובו פרוטה ויש להתבונן א"כ בגזל וגניבה אם שנים גזלו פרוטה או גנבו דדעת החות יאיר בתשובה דאין כ"א חייב רק החצי ואינן ערבאין זה לזה א"כ אם שנים גזלו או גנבו ש"פ דבזה ליכא מחילה כיון דאפסידו לי' פרוטה ומ"מ אין הב"ד נזקקין להן כיון דאין לו לתבוע מכ"א רק חצי פרוטה ואין הב"ד נזקקין לו לדון על כ"א בח"פ ובש"ס קאמר ותנא דידן מ"ע לא קתני ישיבת הדיינין תנא ליה גזל ולמ"ש יש נ"מ דלפעמים מה דאין מזדקקין לגזל כגון אם שותפין גזלו כנ"ל ובהלואה מזדקקין מטע' דהוי אחראין וערבאין

זה לזה כנ"ל ובגזל לא מזדקקינן ובאמת בתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קע"ב) כתב בפשיטות דאף שותפין שגנבו אחראין וערבאין זה לזה והשיג על החות יאיר ותמהני על מאור הגולה מהרמ"ס ז"ל בתשובת חתם סופר חח"מ (סי' קל"ג) דכ' בפשיטות בשותפין שגנבו ושניהם כאחד הגביהו או הוציאו מרשות בעלים שניהם קנאו בשותפות כמו שנים אוחזין בטלית כמבואר בכל ראשונים ב"מ (דף ח') דלא כפירוש רש"י שם ואינן אחראין וערבאין זה לזה וכ"א ישלם חלקו עיי"ש ולא הביא שכן דעת החות יאיר אבל השבות יעקב סובר דאחראין וערבאין זה לזה. ובתוספתא ב"ק (ספ"י) גנבים שנכנסו במחתרת ועשו תשובה כולן חייבין להחזיר עשה אחד מהן תשובה א"ח לשלם אלא על חלקו בלבד ובביאור אשר לרבינו בעל מג"א כ' צ"ע במדרש פ' מקץ עשרה שנמצאו בגניבה אחד מהם נתפס ע"י כולן. משמע דסובר דכ"א חייב לשלם הכל. ואולי י"ל כיון דהתוספתא איירי שהיו במחתרת דבדמים קנאו וכשאינו בעין א"ח להחזיר רק לצאת ידי שמים לכך א"ח רק על חלקו וגם זה צ"ע וראיתי בשבות יעקב ח"ב במהד"ב שהרגיש מן תוספתא ומדרש הנז':

ובלא"ה יש לדון באם הגביהו שניהם דעכ"פ צריך לומר מגו דזכה לנפשיה רק דעת התוס' דאם אחד לבד מגביה כיון דאף אם לא יזכה חבירו יתחייב הוא בזה לא מהני המיגו מה שא"כ אם שניהם הגביהו דצריך לו לזכיית חבירו דאם לא יזכה חבירו לא יזכה גם הוא בזה מהני ועיין אחרונים (סי' ק"ה) וכמ"ש בזה בארוכה בהגהותי לדברי חיים דיני מכירה (סי' א') א"כ להמבואר תוס' רי"ד רפ"ב דקידושין לס"ד דמקשי שילח ביד פיקח פיקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו אין הפירוש דהשליח יהיה פטור לגמרי כיון דגם הוא מצע הוי מזיק ממש רק דפריך דהמשלח יהיה חייב ג"כ אבל השליח ודאי לא יעלה על הדעת שלא יתחייב כיון דמ"מ הוא עשה ההיזק ועיין ש"ך ח"מ (סי' שמ"ח ורצ"ב) א"כ בשנים שהגביהו כיון דעכ"פ צריך לשליחות מצד מיגו דזכי לנפשיה אף לדעת תוס' וכל אחד מגביה החצי בעדו והחצי בעד חבירו שוב י"ל דשניהם חייבין ואם לית לי' לאחד לשלם חייב האחר לשלם הכל. גם למ"ש בש"מ מס' כתובות (דף ל') דבשנים שהגביהו מציאה זה זוכה בכולה וזה זוכה בכולה לפיכך יחלוקו וזה פירוש מיגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחבירו היינו דכ"א זוכה בכולה ולהכי יחלוקו ועיין בחידושי אאמ"ו ז"ל על ח"מ שנדפס סוף ספר דברי משפט (סי' ק"ה) דדעתו שכן ג"כ דעת תוס' וא"כ י"ל בגניבה אם שנים הגביהו כל אחד חייב על הכל. וממילא י"ל באם שניהם הגביהו אף רק ש"פ כ"א חייב בהשבה. וקצת יש לומר כיון דכתיב בקרא לא תגנבו בלשון רבים י"ל דמרבינן אף לשותפין וכמ"ש רש"י מכות (דף ך') לגבי לאו דלא

תקיפו דמחייבינן לשניהם כיון דכתיב בלשון רבים כן נמי בגניבה. אולם בש"ס ב"מ ר"פ א"נ דפריך ל"ל דכתב רחמנא לא תגנבו הא ילפינן מריבית ואונאה ויקשה דלמא גלי קרא לא תגנבו בלשון רבים על שותפין דחייבין אף על ש"פ ולא למילף מריבית ואונאה. וצ"ל דזה ידענו מסברא ול"צ לקרא להורות ע"ז כיון דע"כ כל אחד אתי עלה מטעם מיגו דזכה לנפשיה זוכה נמי לחבירו או כמו"ש הש"מ הנ"ל ממילא חייב כל אחד על הכל והוי שיעור לכ"א ואחד ועיין מס' שבת (דף צ"ג ע"ב) בשותפין שטבחו דסגי בשיעור אחד לשניהם וכ' תוס' ומשותפין שגנבו ל"מ למיפרך דהתם לא בעי שיעור דתשלומי כפל נוהג בכ"ד ובכ"ש וע"כ אין הכוונה בכל שהוא דהא שיעורו הוא בפרוט' עכ"פ וי"ל דשם הוי השיעור אחד לכל אחד ואחד כנ"ל כיון דמטעם מיגו אתינן עלה עכ"פ כנרא' ודאי אם שנים גזלו פרוטה ודאי ג"כ הב"ד נזקקין להם וכמו כן בשני שותפין שנ"ח פרוטה דנזקקין אך מ"מ אם אין כל אחד ערב בעד חבירו י"ל דאין נזקקין ולא אזלינן בתר התובע כיון דהנתבעין הן שנים וצ"ע עדיין בזה. ועיין ירושלמי (פ"ד דב"מ) א"ר אחא כתב כי מלאה הארץ חמס מפניהם ומה היה חמסו הוה ב"נ נפיק טעון קופה מליאה תורמוסין והיו מתכוונין וניטלין פמש"פ דבר שאינו יוצא בדיינין וכן הוא במדר"ר בראשית (ו') ועי"ש ביד"מ דמקשה הא בן נח נהרג על פמש"פ ע"ש עכ"פ משמע אף דבכה"ג שכל אחד נוטל פמש"פ בודאי אינו מוחל ובכ"ז כיון דאין כ"א חייב רק חצי פרוטה אין נזקקין ואין יוצא בדיינין:

ועיין שער משפט שהקש' דא"ר יוחנן שבועו' (דף ל"ח)פרוטה מכולם מצטרפת וכ"כ רמב"ם הל' שבועות א"ל תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה כו' אפילו היה לו פ"א מכולן מצטרפין וחייב ואמאי הא מבואר ש"ס מס' סנהדרין דפמש"פ מחלי ישראל וכיון דכבר מחל אמאי מצטרפין וגם לענין אבידה באין בו ש"פ א"ח להחזירה משום דקנה אבידה לגמרי במציאתה עיי"ש וזה אינו דגם פמש"פ אם אינו מוחל הנגזל אף דאינו חייב בהשבה כמ"ש רש"י סנהדרין (דף נ"ז) דאמידי דהשבון קרי גזל ואידך לא מ"מ איננו שלו אם אין הבעלים מחלי ואף באבידת כותי דאסור להחזיר מ"מ דעת הב"ח מובא בש"ך יו"ד (סי' קמ"ו) דל"ה שלו ודומה לזה גזל עכו"ם למ"ש ספר יראים. וכן בגזל פמש"פ ודאי אם גוזל וחוזר וגוזל אינו מוחל דבזה אין ישראל מעבירין על מידתן דאינו דבר קל כמ"ש רש"י סנהדרין (דף נ"ט) כיון דמצטרף לפרוטה. ובס' מח"א דיני גזילה (סי' א') כתב אם לא ידעו הבעלים שגזל ממנו פמש"פ חייב להחזיר ואף לדעת בנו שם בהגהה וכן הוכיח אמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גזילה (סי' ב') וגם אני הבאתי שם דברי רש"י סנהדרין הנ"ל דל"נ קרא דלא תגזול על פמש"פ מ"מ שלו ל"ה ויכולין הבעלי' ליקח

מהם כ"ז שלא מחלו. ועיין מ"ש בחלק ראשון בהשמטות בדיני יו"ט (סי' כ"א) והבאתי שם דברי תוס' רי"ד דמה"ט אינו יוצא בערבה גזולה אף שאינו ש"פ ואין מוציאין בדיינים מ"מ לא קרינן ביה לכם דלגבי הקב"ה חשיב גזילה כיון דלא קנאו וכתבתי שם ג"כ לדון מדברי רש"י הנ"ל ובא שם בדפוס קצת משובש דסברת התוס' רי"ד דעכ"פ לכם לא הוי אם אינו מוחל לו רק חקרתי שם דמ"מ כיון דא"ח בוהשיב מניין לנו לומר דקונה בשינוי מעשה דילפינן בגזלן רק מקרא דכתוב והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעי שלומי וכיון דעכ"פ א"ח בוהשיב על פמש"פ ולכם ל"ה מה מועיל השינוי מעשה דל"ה קנין רק בגזלן שחייב בוהשיב ויבואר עוד בזה אי"ה במ"א עכ"פ כ"ז דאינו מוחל ודאי אינו שלו ומצטרף לחשבון פרוטה לחייבו בקרבן שבועה על כפירתו. ובכה"ג איירי ר' יוחנן והרמב"ם ונשמע מזה דאם ידענו שלא מחל לו ומצטרף לפרוטה אז נזקקין ומוציאין בדיינים:

סימן יג

דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה וקבלות עדות הוי כתחילת דין ואין מקבלין בלילה ודעת רשב"ם ב"ב דבדיעבד מהני קבלות עדות ורוב הפוסקים חולקים ע"ז כמבוא' (סי' ה') ובים של שלמה מס' יבמות (פ"ב סי' כ"א) העלה כרשב"ם דהא דבעינן יום אינו לעיכוב והא דהביא הרמב"ן ראי' מג' שנכנסו לבקר אינו ראיה כיון של"ה ראוים לדון באותו לילה דבעינן יום לכתחילה א"כ לא שמעו בתורת קבלת עדות אבל כשמקבלין להדיא בתורת דין יכולין שפיר למידן למחר וראייתו מחליצה כ' דשאני גבי חליצה דכתוב ככה לעיכובא וכן גבי חליצה מעומד אם היינו דורשין מקרא ועמד ואמר הוי מעכב משום דכתיב ככה אלמא אף אם גבי דין לא מעכב הכא הוה מעכב ה"נ לענין יום וקידוש החודש נמי דכתיב כי חוק לישראל הוא ומזה הקרא אנו לומדין יום גבי קידוש החודש ודין הוא שמעכב דכתיב חק וכל היכא דכתיב חוקה או חק מעכב וכ' ומש"ה לא הביא הטור דעת הרא"ש שאם דנו בלילה או קבלו עדות ל"ה דין. והנה מ"ש דמחליצה ככה לעכוב אינו מובן הא כל מה דמקשינן חליצה לדין הוא מטעם שכ' רש"י ונ"י פ' הנז' דחליצה דין הוא דגובה כתובתה וע"כ דזה ל"ה אלא מדרבנן וראיה דהא מד"ת אדרבה ד"מ חמור דבעינן ג' מומחין סמוכין לרוב הפוסקים דקיי"ל עירוב פרשיות כתיב ולגבי חליצה סגי בשלשה שיודעין להקרות אף דלענין ד"מ הן הדיוטות ופסולין אף בדיעבד מ"מ כשרין לגבי חליצה והטעם כמבואר ר"פ מצות חליצה זקני מבעי ליה לרבויי אפילו ג' הדיוטות וע"ש בריטב"א דכתב זקני העיר והזקנים תרי זמני הו"ל מיעוט אחר מיעוט לרבות הדיוטות הרי דאקיל בה רחמנא בגוף מעשה החליצה אף דדין הוא דגובה כתובה

ואף אם כתובה דאורייתא מ"מ אין זה עיקר הדין וא"כ הא דמחמרינן שיהיה ביום מטעם כתובה ודאי הוא רק דרבנן ואם בד"מ בדיעבד הוא כשר למה נחמיר לגבי חליצה יותר וכן משמע מדקתני חליצה פסולה ומבואר ברמב"ם (פ"ד ה' כ"ו) מיבום וחליצה כ"מ שנאמר חליצה פסולה נאסרה על האחין ואף דכ' שם המ"מ דבמקצת מקומות מה"ת אינו כלום מ"מ כנראה הך פסולה דחלצה בלילה ל"ה אלא פסול דרבנן ובודאי לא שייך למידרש ביה ככה לעכובה אם בדיעבד תחילת דין בלילה כשר לגבי ד"מ וראיות רמב"ן ורא"ש נגד רשב"ם כראי מוצקים:

ומ"ש דבקה"ח מעכב מדכתיב חק ודאי דעת הרמב"ן ור"ן ורא"ש דמדילפינן ביום מדכ' משפט אף דבזה כתיב חק מ"מ שוב ילפינן משפט בדינים ממשפט דכתיב ביה חק דמעכב ג"כ בלילה ואף דגמ"ד כשר בלילה הוא מדכתב ושפטו העם בכל עת גלי קרא לילה לגמ"ד וע"כ הא דילפינן בהקישא לגבי קדה"ח הוא אף לתחילת דין מ"מ כיון דגלי קרא לעכב אף בדיעבד שוב מעכב גם בדין ומה"ט לא ניחא להו לומר דלכך בקה"ח אף בדיעבד אינו מקודש דמקשינן למשפט דקנסות שהוא כמו דנ"פ ובהו ל"מ אף בדיעבד משא"כ בד"מ ולחומרא דדיני קנסות מקשינן כמ"ש תוס' קידושין (דף ס"ג) דלכך אף למ"ד מד"ת חד כשר בד"מ מ"מ ממשפט דגבי גר דצריך ג' ילפינן דלחומרא מקשינן וה"נ נימא גבי קה"ח די"ל כוונתם דילפינן משפט דד"מ ממשפט דקה"ח דל"מ אף בדיעבד ועיין טורי אבן (רפ"ג) לדבריו א"ש בלא"ה דלגבי קה"ח ל"ש ביה לומר לחומרא מקשינן דאיכא בכל צד קולא וחומרא. ועוד אם נאמר מדכ' כי חק לכך מעכב אף בדיעבד ילפינן נמי לדיינים דכתיב גבי פרשת נחלות והיתה לב"י לחוקת משפט אורעה כל הפרשה כולה להיות דין כמבואר מס' ב"ב (דף קי"ג) ומדכ' ביום הנחילו את בניו ילפינן דדין הוא ביום וכמבואר שם וברשב"ם א"כ נימא דמעכב אף בדיעבד א"ו דמזה לשיטת הרשב"ם לא ילפינן לעכב א"כ לענין קידוש החודש נמי לא לעכב או דבכ"מ אף בדיעבד מעכב:

וראיתי דבר תימא בספר אור זרוע (סי' תשמ"ה) שם כ' ואשר כתבת על המביא גט במדה"י אם צריך ליזהר שלא יתננו בלילה כיון דהוי דין לקיום הגט וקיום שטרות הוי מעשה ב"ד או שמא כיון דקיום שטרות דרבנן יכול ליתנו לה גם בלילה אע"ג דגבי ג' שנכנסו לבקר את החולה בלילה אין עושין דין אלמא כל מעשה ב"ד אף מדרבנן אין עושין בלילה דמתנות שכיב מרע מדרבנן כר"נ פ' מי שמת יש להעמידה במתנות שכיב מרע במקצת שיש בה קנין וכמ"ד מתנות שכ"מ דאורייתא אבל קיום שטרות דרבנן אפשר דכשר בלילה דהוי כגמר דין עכ"ל והוא השיב נפלאתי על חכם כמותך שאתה מביא מקיום הגט שהוא דרבנן על נתינת גט לידה והאריך שם הרבה דגוף נתינת גט

צריך להיות ביום. ומאד תמהני דשתק ליה דהוצרך לדחוק דאי קיום שטרות כשר בלילה לאוקמי הך דשלשה שנכנסו לבקר את החולה בלילה דאיירי במקצת ובקנין הא בכולה בלא קנין ס"ל אם קיום שטרות כשר בלילה דין דשכ"מ ג"כ כשר בלילה הא ל"ד זה לזה כלל בקיום שטרות הטעם הוא הואיל דמדאורייתא ל"צ לקיים דל"ח זיופא רק מדרבנן לכך הקילו כמו שמצינו לענין אין עד נעשה דיין ולכמה דברים (סי' מ"ו) כן י"ל דג"כ הקילו דמקיימין אף בלילה אבל במתנות שכ"מ דמד"ת ל"מ כלל בלא קנין ומעכשיו דאין קנין לאחר מיתה רק מדרבנן תקנו דמתנתו ככתובה ומסורה דמי מטעם שלא תטרוף דעתו ומ"מ כיון דהוי דין א"י לעשות בלילה דלא יש לזה עדיפות מקנין ממש המועיל מד"ת וכל מה דמהני בדיבור פיו הוא מדרבנן לכך בלילה אין עושין דין אבל במה שא"צ לשום דין מה"ת רק מדרבנן י"ל דכשר בלילה. ומ"מ אנן קיי"ל (סי' מ"ו) דאין מקיימין שטרות בלילה וכ' שם באורים דאם עבר וקיימוה תלי במחלוקת הפוסקים אם עבר ודנו בלילה אי דיניהם דין. ולכאורה י"ל דקבלות עדות גרע מדין וכמו שכ' הקצוה"ח(סי' ה') דאף לדעת רשב"ם י"ל דקבלות עדות ל"מ בלילה אף בדיעבד אך י"ל להיפך כיון דקיום שטרות דרבנן בזה לכ"ע בעבר וקיימוה בלילה דמהני ועיין אה"ע (סי' קמ"ב):

עוד ראיתי שם בא"ז דהעלה דגוף נתינת הגט פסול בלילה דלכ"ע כתחילת דין הוא וכ' וז"ל ותו נראה בעיני אף למ"ד חליצה כגמ"ד מודה בנתינת גט דהוא תחילת דין שאני אומר הא דפליגי לענין חליצה לאו מטעם כתובה אלא מפני שיבמה לשוק בלאו והשתא דמתחיל להתירה ולתקן הוא כגמ"ד מפני שבחיי בעלה היה באיסור מיתה מת בעלה פקעה מיתה חלץ להפקע איסור לאו ודמי לגמר דין אבל נתינת גט מכי יהיב לה גיטה פקעה לה כל איסור ולד"ה כתחילת דין הלכך בלילה לאו כלום הוא אפילו מידו לידה וכבר האריכו אחרונים בזה דהגט לב ב"ד ובימי חורפי כתבתי בזה הרבה בתשובה ואפס קצהו מבואר בד"ח דיני גיטין. רק נתעוררתי עתה בדבריו דס"ל דהא דחלצה בלילה פסול לאו מטעם כתובה הוא רק הואיל דמתיר' לשוק וממילא אף בארוסה דלית לה כתובה ג"כ פסולה ודלא כמו שהעיר הנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' קי"ד) לומר דאף דפסקינן באה"ע דחלצה בלילה חליצתה פסולה הוא דוקא בנשואה דמיחשב דין אבל בארוסה יש להקל ולפנינו מבואר דלא כן הוא. ומה"ט דא"ז דלכך הוי כדין הואיל דמתירה לשוק וכן בגט א"ש דהא אף דאין דנין בלילה מ"מ אם קבלוהו עליהם מהני א"כ אם בחליצה דהוי דין יהיה עיקר הטעם משום כתובה ושאר חיובו של בעל יהני בלילה אם קבלו שניהם ולהדיא מבואר ברא"ש פ' מצות חליצה דל"מ אם קבלו עליהו ב"ד של גרים אף דכשר לד"מ ל"מ קבלה ואף דשם הוא מדכתיב בישראל ולא בגרים הוא מגזה"כ מ"מ מסתימות

המשנה ופוסקים דחליצה בלילה פסולה משמע אף בקבלו עלייהו ובאו לפניהם לחלוץ בלילה דזה הוי קבלה בד"מ ומהני ובחליצה ל"מ ואמאי כיון דעיקרו דבעי ביום הוא משום ד"מ ולדברי הא"ז א"ש דלעצם התרות החלוצ' בעינן ב"ד וביום:

ועיין רדב"ז (ח"א סי' פ"ד) שכ' להתיר לגרש בלילה ודלא כא"ז ואחד מראיותיו דאי הוי כתחילת דין כחליצה ליבעי תלתא דליהוי ב"ד בשעת נתינה א"ו דל"ד לחליצה עיי"ש בדבריו וכנראה ל"ה לפניו דברי הא"ז דכ' להדיא דבעי ב"ד ובשנים סגי וכ' עוד ותו איכא טעמא אחרינא דהא אם קבלו עליהם דין לילה כשר אף בגט נמי אע"ג דכתיב ביה משפט אם קבלוהו עליהם בלילה כשר דמ"ש גט מכל הדינים והעדיות עיי"ש ולדבריו א"כ בחליצה נמי נימא כן דיועיל קבלה לחלוץ לפניהם בלילה וזה ודאי לא נהירא כמבואר מחתימת הפוסקים ועיין תה"ד (סי' רכ"ז) ולמ"ש הא"ז א"ש דעצם התרה לשוק הוא כמו דין ובזה ל"מ קבלה אף בקנין דבממון הוא ענין אחר ויכול למחול ולהקנות וחז"ל יש להם כח לתקן ולעשות הפקר ב"ד משא"כ באיסו' בפרט להקל ואף למ"ש רש"י ונ"י דמטעם דין ממון הוי כמו דין יפסול בלילה אף אם קבלוהו עלייהו כיון דפתיך ביה איסור ל"מ הקבלה. וקצת י"ל דהא דעת רשב"ם דבדיעבד אם עברו ודנו בלילה דדינם דין הוא מה"ט הואיל דגם קבלתם מהני לדון וכיון דתליא בבע"ד לכך סובר דבדיעבד מהני משא"כ בקדוש החודש וכן בחליצ' דלא תליא ברצונ' ואף בקבלו עליהן היבם והיבמ' ל"מ ופסולה החליצ' בליל' לכתחיל' לכך אף בדיעבד ל"מ. ועיין תשובת מהר"מ אלשקר (סי' ט"ו) דכ' אחר שהעלה דגם הרשב"ם חזר בו וסובר דאף בדיעבד ל"מ אם קבלו עדות בלילה וכ' וכ"ש עדי נשים דאע"ג דקא מדמין להו לד"מ לענין דו"ח לענין קבלות עדות ביום אפשר דמדמינן להו לדנ"פ דאין גומרין בהן אלא ביום ע"ש דמשמע דס"ל דאף גמ"ד צריך שיהיה דוקא ביום בעדי נשואין וקידושין וגיטין וזה צ"ע דלא ראיתי נוהגין כן ואדרבא קבלות עדות אף בליכא בהו אף חד דגמר מהני כמ"ש רשב"א בתשובה וכן העלה המריב"ל (ח"א כלל ג' סי' ח"י) ועיין תשובת מהריק"ש באהלי יעקב (סי' כ"ז):

ויש להסתפק בעדי קידושין שרצו להעיד על פלונית שנתקדשה והתרצה לקבל עדותן בלילה אם מהני הקבלה ולכאור' לאסר' לכ"ע שידונו הבאו עליה כבאו על א"א י"ל דל"מ כיון דמן הדין עדותן לאו עדות הוא כשקבלו בלילה ובודאי כל שהעידו בלילה יכולין לחזור ולהגיד ועיין תשובת מהרח"ש (סי' ח"י) דכ' לחלק בין אם נתקבל עדות שלא בפני בע"ד והעידו עכ"פ בפני ב"ד לכן דעת רמ"ה שאין חוזרין ומגידין בפני בע"ד ול"מ לחזור ולהגיד בפני בע"ד דאם העידו שקר לא יחזרו בהם ועבידי לאחזוקי שקרייהו כדי שלא יחשבו אותם שהעידו שקר תחילה לפי של"ה שם בע"ד או שמעידים עכשיו

שקר להחניף לבע"ד משא"כ בעדות לילה שאם טעו גורעין ומוסיפים בעדותם שאין חשד בדבר דמה לי יום מה לי לילה לומר שבשביל כך שקרו תחילה לכך לא כתבו כן הפוסקים בעדות לילה דהגדה בלילה הוי לגמרי כחוץ לב"ד דאינם דיינים. וכן מבואר מתשובת רשב"א בת"א (סי' שכ"ז) דלילה גרע משלא בפני בע"ד ואף בעדים רדופין לילך למדה"י אין מקבלין בלילה. וא"כ אף אם קבלה האשה לב"ד שיקבלו בלילה עדותן מ"מ לגבי כ"ע י"ל דלאו תורת ב"ד עליהן והוי כלא נתקבל עדות כלל. אולם לגבי האשה יש לומר דמהני הקבלה ואסורה מטעם שויה נפשה ח"ד כיון שהתרצה לקבל עדותן ואף דל"ש קנין בזה ובודאי לכ"ע קודם שהעידו יכולה לחזור מ"מ אחר שנתקבלה עדותן י"ל דשוב א"י לחזור מטעם שויה אנפשה ח"ד ואף דהיא אומרת לא נתקדשתי מ"מ כיון שהתרצה שהב"ד יקבלו עדות וידונו עפ"י עדותן אף דל"ש בזה שום קנין מ"מ י"ל דהוי כהודה שעדותן עדות עפ"י חק התורה וממילא הוי כשויה אנפשה ח"ד ודומה קצת לדברי ראב"ד בהא דחכם שאסר דא"ח רשאי להתיר וכ' דהוא מטעם דשויה אנפשיה חד"א והיינו דבעלים שויא נפשי' חתיכה דאיסורה לאסור מה שהחכם יאמר לו ועיין תומים (סי' כ"ה ס"ק י"ג) ואף דלא קבל עליו בשום דבר רק ששואל ממנו להורות לו אמרינן דחל הוראתו והוי כקבל ע"ע אף אם ידענו שטעה כמו כן י"ל אף אם האשה מכחשת וטוענ' ברי שלא קבלה קידושין מ"מ אם קבלה עליה לקבל העדות אף בלילה שוי' נפשה חתיכה דאיסורא ואף דיש לחלק דשם שואל את הדין להורות לו הספק הנופל ואף אם השואל יודע הדין מ"מ יש לומר דשוי' אנפשי' חתיכא דאיסורא להורות כפי אשר תשיג יד החכם משא"כ אם היא יודעת בברי שלא נתקדשה יש לומר דדעתה היה שבודאי העד יגיד אמת ולא ישקר מ"מ י"ל כיון דהסכימ' לקבל עדותן שויה נפשה ח"ד כפי אשר יעיד העד:

וראיתי בתשובת ר' אלי' מזרחי (סי' כ"ד) שדן בעד קידושין שהלכו הדיינים בבית אבי הנערה ואמר להם הוא וחתנו שיבררו הענין וישאלו להעדים והיו רק שני דיינים וקבלו עדותו ואחר ימים חזר מעדותו וכתב אף דע"י קבלה לכ"ע דיניהם דין מ"מ העדים יכולין לחזור בהם וא"ב משום חוזר ומגיד וכתב דאם קבלו רועה בקר אחד לדיין שדינו דין היתכן בזה לומר שגם קבלות עדות שלו היא הגדת עדות בב"ד שלא יוכלו לחזור זה רחוק מן השכל דנהי דהתובע והנתבע קבלוהו עליהם כב"ד של ג' מ"מ העדים לא קבלוהו עליהם ול"ש בזה א"ח ומגיד עי"ש מבואר בדברינו דדוקא אם העדים חזרו מדבריהם אבל אם לא חזרו מהני הקבלה שקבלוהו עליהן לדון בעדותן אף שעפ"י חקי התורה אין שם ב"ד עליהן לקבל עדות מ"מ מהני הקבלה אף לענין לאסרה כמקודשת וע"כ דאתי

עלה מטעם שויה אנפשה חתיכא דאיסורא. ברם שם בנדונו כ' דאבי הנערה וחתנו קבלו עליהן דאמרו להו שיבררו זה הענין וישאלו להעדים ולא נזכר שם כלל שהמתקדשת בקשה מהם שיבררו ואינו מובן מה מהני קבלות אביה כיון שכבר יצאה מרשות אביה כמבואר שם שכל השאלה היה שקידשה א"ע וצריך לומר דס"ל דמסתמא התרצה בתו לכל מה שיעשה אביה ודין קבלתו כמו אם קבלה היא עליה רק שסובר דהעדים יכולין לחזור ולהגיד דקבלתם ל"מ לגבי העדים. וא"כ כמו כן נמי אם התרצה שיקבלו העדות בלילה י"ל נמי דאסורה לשוק ומהני קבלתה מטע' שוי' אנפשה ח"ד. ובס' כנה"ג (סי' ה' אות ט') כתב דקבלת הבעלי דינים מהני. ומיהו דוקא בד"מ אבל בדיני נפשות אין שומעין להם והה"ד לדיני גיטין וקידושין וכל דיני נשים דדמי לדיני נפשות בזה אפילו למ"ד דדמו לד"מ בדברים אחרים מהר"ם ז"ל בתשובותיו (סי' כ"ח) עכ"ל וחפשתי בתשובת מהר"ם ול"מ רק שם (סי' כ"ט) כ' כשבאו לדון בלילה ואמרו אנו מקבלים עלינו דין שלכם כ"ד שבממון והם מקבלי' עליהם הרשות בידם כמו נאמן עלי אבא ע"ש ואולי דן מזה הכנה"ג מדכ' כל דבר שבממון הרשות בידם דמשמע בעניני קידושין דל"מ ומ"מ צ"ע אם ל"ש בזה לומר שוי' נפשי' חתיכה דאיסורא אם קבלוהו עליהן הדין די"ל דלהחמיר מהני וצ"ע:

וראיתי בתשובת מהר"ם די בוטון (סי' י') שכ' בשטר קידושין והעד צוה לאחר וחתם במהס"ק דאינו כלום כמו שכ' הרשב"א מובא ב"י (סי' מ"ה) וכ' דאף דהרשב"א כתב במקום שנוהגי' שהסופ' חותם ע"פ העד במ"ק דאם קבלו עליה' בני העיר לעשות עדותו כעדות העד כשר דהו"ל כנאמן עלי אבא דלא אמרו הרב זולת בד"מ וטעמו דהו"ל כנאמן עלי דכיון שקבלו עליהם בני העיר כתיבת הסופר כחתימת העד מחלו ממונם זה לזה בקבלות פסול לעדות אבל בדיני גיטין וקידושין דל"ש טעם זה דאם קבלו פסולים לעדות עליהם האיש והאשה לא מהני ודאי דל"מ מנהג העיר לזה עכ"ל ויש לדקדק בדבריו דאם קבלו האיש והאשה עליהם פסולים לעדות ודאי על גוף הקידושין שצריך עדים דאין דבר שבערוה פחות מב' ל"מ דצריך שיהיו כשרים לגבי עלמא אבל אם האשה קבלה בפירוש פסולי עדות שיעידו על גוף מעשה קידושין שהיה בפני עדים כשרים י"ל דמהני עדותן מטעם דשוי נפשיה חתיכה דאיסורא וכמו שנראה מדברי רבינו אלי' המזרחי הנ"ל והמעיין בתשובת מהר"ם די בוטון יראה שהביא שם דברים מן תשובה הנז' שבס' תשובת רבינו אליהו מזרחי ומהתימא שלא הרגיש בהנ"ל:

והנה הא דל"מ אם דנו בלילה הוא דוקא כשדנו בכפיה אבל אם באו לפנינו הוי כקבלו עלייהו וכמו שכתבתי לעיל (סוף סי' י"א) משם הרדב"ז כשיטת הב"ח ולכאורה יש

לדון דבכפיה לכ"ע אף בדיעבד אין דיניהם דין דהא לרוב הפוסקים אף בד"מ הודאות והלואות צריך מה"ת לדון בסמוכין ואנן הדיוטות אנן רק אנן שליחותייהו דקמאי עבדינן וכבר כתב הר"ן דגם להדיוטות אסור שישתמשו בכתר מומחין וכשם שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות חל האיסור ג"כ על דייני הדיוטות רק מפני נע"ד הקילו וגם אינם משתמשין בכתר של סמוכין כיון דלא באו בכח עצמן רק שליחותייהו דקמאי ועיין תוס' גיטין (דף פ"ח) דאף דעכשיו אין מומחין בא"י מ"מ שליחו' דקמאי עבדינן ובתשובת גו"ר או"ח (כלל ג' סי' ט"ו) העיר הא כיון שכבר מתו פסקה שליחותייהו וע"כ צריך לומר דעכ"פ מפני תיקון עולם יכולין לדון בשליחותייהו דקמאי אף אם כבר מתו אבל מ"מ כל כח הדין הוא בשליחותייהו א"כ י"ל דלזה לא נתנו הסמוכין כח להדיוטות שיהיו כשלוחין אם יעשו שלא כדין וידונו בכפיה בלילה ובס' שער המשפט כ' דלכ"ע יכולין לחזור מטענותיהם כיון דמיירי שדנו בכפיה ועשו שלא כדין יכולין לומר משטה היינו בהם ולמ"ש אף באם א"ח מטענותיהם מ"מ נתבטל הדין כיון דטעו ועותו ועשו שלא כדין לדון בכפיה בלילה לזה לא נתמנו לשלוחין. ואולי י"ל דלכל ענינים נתנו להם חז"ל הסמוכין הכח לדון בזה"ז במלתא דשכיחא וכל מה דתהני בסמוכין בדיעבד ועברו כן נמי מהני בהדיוטות. וכן מוכח מכמה דוכתי בש"ע כמו בשבת ויו"ט דאסור לדון ואם עברו ודנו דיניהם דין כמבואר (סי' ה') וכן (סי' ז') באוהב ושונא דכ' הרמ"א אם דנו דיניהם דין ועיי"ש בתומי'(ס"ק ח') מתשוב' חות יאיר די"ל אף דדנו בכפיה ועוד מצינו בכמה דברים מה דאסור לדון לכתחילה ואעפ"כ בדיעבד דיניהם דין וע"כ צריך לומר דכך תקנו חז"ל כל דנתנו רז"ל רשות להדיוטות לדון בשליחותייהו מהני אף אם עברו כמו דמהני בדיעבד לגבי סמוכין ואף די"ל דאין שליח לדבר עבירה ול"מ שליחות לד"ע הגם דהיכא דליכא עבירה גבי המשלחים וליכא ציווי שלהם ודומה לעושה שליח לשחוט ושחט בשבת והלך השליח וטבח בשבת כיון דלא עשאו שליח לזה גוף השליחות לא בטל כמבואר במל"מ (פ"ג) מגניבה וה"נ המה נעשו שילוחים בסתם לדון עפ"י אופנים הראוי עפ"י התורה אף לכתחילה מ"מ אם עברו ודנו בשבת וכדומה מ"מ לא נתבטל גוף השליחות ומהני הדין מ"מ היה מקום לומר כיון דכל תוקף הדין הוא משום דעבדו שליחות דקמאי וכשמשנו מדעת משלחם לא הרשוהו החכמים לדון כ"א עפ"י דעת חז"ל ושלא לעבור על תקנתם וכשעברו על דבריהם בטל השליחות וההרשאה מהם מ"מ מוכרח לומר מן מקומות הנ"ל דלא נתבטל. שוב ראיתי בתומים (סי' ג' סק"א) שכתב שם סברא הזאת ליישב דברי רמב"ם דמה"ט השתא שנים שדנו אין דיניהם דין אף אי מד"ת חד כשר מ"מ כיון דלכתחיל' צריך ג' כתקנת חכמים

מ"מ שליחותייהו דקמאי ל"ש כשעברו דל"ש שליחות דקמאי הסמוכים דע"ז לא עשוהו לשליח לדון פחות מג'. ולמ"ש מוכח דאף היכא דלא עשו כתקנתם מ"מ מה שהיה מהני אם עברו הסמוכין מהני ג"כ לגבי הדיוטות הבאים בשליחותם ויש ליישב שם דבריו עפ"י דרכו:

[**וי"ל** הא דנשאל מהריב"ל (ח"ד ס"א)בעד שרצה להעיד על קדושי אשה והב"ד לא רצו לקבל עדותו כי ל"ה נאמן אצלם ואיימו עליו שישבע על עדותו והעיד שלא ברצון ב"ד ושלא בפני אשה ואחר ימים חזר מעדותו ודן שם המריב"ל אם הוי עדות כיון שהב"ד לא רצו לקבל ממנו י"ל דיכול לחזור והעלה דבכה"ג כיון שהעידו שלא בפני בע"ד יכולין לחזור מובא בכנה"ג (סי' כ"ח אות צ"ה) בהגהות ב"י ושוב (סי' כ"ט אות ה') ולכאורה מה ספק יש בדבר וכי הב"ד צריך דוקא לכוין לקבל עדותו ולמ"ש י"ל כיון דעכשיו אנן לאו ב"ד נינהו רק בשליחותייהו דקמאי וכיון דלא רצו לקבל עדותו בלעדי ע"י שבועה ל"מ עדותו בע"כ דלא יכול לכוף אותן בע"כ שיעשו שליחותייהו דקמאי והוי כמעיד שלא בפני ב"ד דלאו שם ב"ד עלייהו מד"ת ולקמן דיני עדות יבואר אי"ה בזה עוד מטעם אחר כיון דהא דא"ח ומגיד כ' הריטב"א הטעם דיקום דבר כתיב ואם יכול לחזור כיצד נאמר יקום דבר ולכך י"ל דוקא כשהב"ד האמינו לו וקבלו עדותו אז יקום דבר וא"ח ומגיד אבל אם מיד איתרע לגבי ב"ד דברי עדותו וחששו שלא להאמין בו עד שישבע כי לפי אומד דעתן ראו שהוא דין מרומה כמבואר שם א"כ לא נתקבלו דבריו ולא קרינן ביה יקום דבר ויכול לחזור ולהגיד]:

סימן יד

אם קבלו עדות בלילה כ' הסמ"ע דלכ"ע אין דנין באותו עדות דהוי כלכתחילה וכ"כ האורים ומשמע דס"ל דבזה גם הרשב"ם מודה. ולכאורה המעיין ברשב"ם ב"ב משמע להיפך ויש ללמוד בדבריו דאם דנו בלילה מודה דל"מ אף בדיעבד רק אם קבלו עדות בלילה בזה סובר דאף לכתחילה יכולין לדון ביום עפ"י קבלות עדות שבלילה דז"ל שם (דף קי"ד) אם ביום ראו דמצי לדון את הדין אז דלא תהא שמיעה גדולה מראיה מה לי אם ידונו עכשיו אם למחר ובלילה א"י להיות דיין והו"ל עדים בראיית לילה דל"מ למימר לא תהא שמיעה גדולה מראיה דההיא ראיה ל"ח לה כעדות שהועד בפניהן אלא היכא דראו בשעה שיכולין לעשות הדין אבל היכא דראו בשעה שאין יכולין להיות דיינין כגון בלילה ההיא ראיות עדים הוא שרואין בדבר ולא להיות דיינין היא והלכך עפ"י ראייתן דהיינו כאלו הם עדים א"י הן עצמן להיות דיינין עפ"י ראית עצמן דאין עד נעשה דיין ומיהו ב"ד שהעידו לפניהם עדות בלילה עדות גמורה הוא ויכולין לדון

למחר ביום אבל ראיה דידהו שרואין בלילה ל"ח כאלו הועד לפניהם בלילה דכיון דל"ח בההיא שעתא לדינא ראיה דידהו אינה כשמיעה ממש ששמעו מפי עדים בלילה אלא הן עצמן נעשו עדים ושוב לא יהיו דיינין בעדות עצמן אא"כ יעידו אחרים בפניהם עכ"ל הרי מבואר דסובר כיון דאין יכולין לדון בלילה חל עליהן תורת עדות ואין עד נעשה דיין אבל ע"י קבלות עדותן אף שא"י אז לדון מהני הקבלה שידונו למחר אף לכתחילה וראיתי בתשב"ץ (ח"א סי' א' דף ו' ע"ד) שכ' דקבלות עדות בג' בעינן שהרי דין גמור הוא ואיכא למימר דלתחילת דין דמי ולא מקבלינן בלילה וכ"כ הרמב"ם ז"ל ואם קבלו עדות בלילה לאו כלום וכמ"ש הרמב"ן ז"ל אעפ"י שלא כ"כ הרמב"ן ז"ל [וט"ס הוא כנראה וצ"ל הרשב"ם ז"ל] ולאו משום דס"ל דלאו דין הוא אלא דס"ל שהוא כגמר דין דבלילה כשר עכ"ל הרי דס"ל ג"כ בדעת רשב"ם דרק קבלות עדות בלילה מהני אבל לדון בלילה י"ל דגם לדעת רשב"ם אף בדיעבד ל"מ ומ"מ דעת כל הראשונים דקבלת עדות ל"מ אף בדיעבד ובקצוה"ח (סי' ז') כ' להוכיח מדברי רשב"ם כשיטת הב"ח דאם ראו בשבת ויו"ט אף דפסילי לדון אז הוא רק מדרבנן מ"מ אין נעשין דיינים ולמ"ש אינו ראיה כלל וכן מה דכתב דלשיטת תוס' רמב"ן ורא"ש דיש להקל כבר השיג עליו אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים (סי' ד') בדברים נכונים:

עוד כתב הקצוה"ח להוכיח כשיטת הב"ח מהא דשנים אין עושין דין אף דלדעת רמב"ם מד"ת חד בשר ובדרבנן עד נעשה דיין א"ו דל"א מדרבנן עד נעשה דיין רק היכא דגוף העדות א"צ מד"ת אבל היכא דצריך מד"ת וראו בשעה שאין דנין מדרבנן ג"כ אינו נעשה דיין לפי שנעש' עד. וכדבריו משמע מדברי ריטב"א גיטין (דף ה') דכתב והא דבדרבנן עד נעשה דיין לא בכל מילי דרבנן קאמר אלא בקיום שטר לבד. אולם ברמב"ם (ספ"ה) מעדות כ' בד"א בדבר שצריך עדים מה"ת וצריך דיינים לדון באותו דבר מה"ת אבל בשל דבריהם עד נעשה דיין כיצד אחד שהביא גט כו' וכן כל כיוצא בזה מבואר דבכל דרבנן עד נעשה דיין וכן בכל דבר שא"צ ב"ד רק מדרבנן ומ"מ בשנים שראו בלילה לו יהא דמד"ת א"צ רק אחד לדיין מ"מ עד א"נ דיין ועל כ"א תורת עדות:

והנה דעת הב"ח דגיטין וקידושין מדמינין ליה לדיני נפשות ולגבי דנ"פ קיי"ל כר"ע דסובר מס' מכות (דף י"ב) סנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש צריכין להעיד בפני ב"ד ול"א בהו ל"ת שמיעה גדולה מראיה. והתומים משיג עליו וכתב דלא מצא פוסקים לפסוק כר"ע ואדרבה מש"ס סנהדרין (דף ע"ח) דאמר רבא בסנהדרין שראו בטריפה שהרג את הנפש מקיימין ובערת הרעה מקרבך ושם איירי דראו ביום דבלילה הוי עדים והוי עדות שאי אתה יכול להזימן וכתב דדברי הב"ח אין לו קיום במשפט. אולם ברמב"ן

וריטב"א מכות שם כתבו והלכתא כר"ע והקשו מדברי רבא סנהדרין הנז' וכ' דשאני התם שאי אפשר לדונו בפני עדה אחרת הלכך דיינו לי' אינהו משום ובערת הרעה ע"ש בריטב"א דכ' הא דפרישנא טעמא דר"ע מס' סנהדרין משום דכ' והצילו העדה וכיון דחזו דקטיל נפשא תו ל"ח ליה זכותא עיקר מלתא הוא דעיקר דרשא הוא מדכתיב עד עומדו לפני העדה למשפט ובמס' סנהדרין טעמא לקרא נינהו עיי"ש. ובזה יש מקום לדברי הב"ח דלמה נחמיר השתא בדיני גיטין וקידושין דלא דיינין דיני נפשות וכמו דדיינין השתא דינא גו"ק אף דשייכי בדיני נפשות ול"ב ב"ד של כ"ג וע"כ משום דהא דבעי בדיני נפשות כ"ג משום עדה שופטת ועדה מצלת ואין ב"ד שקול וה"ט ל"ש השתא ולכך סגי בב"ד של ג' ומה"ט נמי אמאי אין עד הרואה נעשה דיין וכן השיג בס' מחנה יהודא על הב"ח. ולדברי ריטב"א י"ל דעיקר הטעם הוא גזה"כ דעד הרואה א"נ דיין בדנ"פ ובסנהדרין לא קאמר רק טעמא דקרא אבל מ"מ אף במקום דל"ש הטעם הוא גזה"כ בדיני נפשות וכן משמע קצת בתוס' מכות (דף ו') דכ' האיך מצינו ידינו ורגלינו בגיטין וקידושין שהוא במעמד קרובים ואפילו לר' יוסי דאינו פוסל רק בדנ"פ מ"מ גיטין וקידושין לדנ"פ דמיא והיינו ע"כ אף דכל מאי דצריך עדים הוא מגז"ש דדבר דבר מממון וכיון דלר"י כשר בד"מ למה נפסל בגו"ק וע"כ דסברי דבמקום הכחשה ילפינן מדכתיב לא יקום עד אחד ובעינן בהו שני עדים הכשרים לדנ"פ כיון דבא לידי דיני נפשות ועכ"פ מאי קשיא להו לדידן השתא דל"ש דנ"פ ושם ג"כ עיקר הטעם לר"י דכשר בד"מ או מטעם ושפטו עדה פוסל בד"נ כמ"ש רש"י או כמ"ש תוס' שם מגזה"כ עכ"פ השתא דל"ש דנ"פ ל"ק א"ו דמ"מ כיון דגזה"כ הוא לגבי דנ"פ לא פלוג וכל דשייך לגבי דנ"פ צריך שיועיל עדות המועיל בדנ"פ אמנם בתשובת ריב"ש (סי' שפ"ט) מבואר להדיא דדבר שבערוה כדיני ממונות ואמרינן בהו עד נעשה דיין ועמ"ש בד"ח סוף דיני גיטין:

ודע די"ל הא דאין עד נעשה דיין בד"מ הוא דוקא לדון בכפיה אבל אם באו מעצמם לדון והדיינים יודעים בדבר י"ל דרשאין לפסוק ולחייב דלא גרע ממה שכ' הרמב"ם (פכ"ד) מסנהדרין דיש לדיין לדון בד"מ עפ"י הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אעפ"י שאין שם ראיה ברורה ואין צ"ל אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שידע ע"ש דמשמע שדנין עפ"י אומדנות אף להוציא ממון מעיקר הדין רק משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואינם חכמים כראוי ובעלי בינה אין דנין בסמיכות דעתו ועפ"י ידיעתו וא"כ עדים הרואים בלילה וידעו בעליל מן החיוב של זה למה לא ידונו ואמאי אין עד נעשה דיין א"ו דרק לחייבו ולכוף אותו שידון לפניו ושיחייבו עפ"י

ידיעתו בזה א"י לדון בכפיה אבל אם באו מעצמם לדון לפני ב"ד והב"ד יודעין מאותו דבר בבירור גמור יכולין לדון ולחייב את החייב.

שוב ראיתי בנתיבות (סי' ט"ו) דעמד ע"ז אמאי אין עד הרואה נעשה דיין הא אין לך אומדנא דמוכח גדול מזה וכ' דל"מ אומדנא רק לענין אורעי שטרא ולא להוציא ממון והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים הוא דוקא אומדנא שהוא לכל העולם כגון ידענא בי' בחסא דלא אמיד דידוע לכל העולם ואין זה בגדר עדות אבל בדבר שהוא רק ידוע לדיין פסלו רחמנא מגזה"כ אלו דבריו ולא משמע כן מדברי הרמב"ם דסתם אם הדבר חזק בלבו שהוא כן וכן ממשכ"ש אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאין מן היורשין כו' כל כיוצ' בזה שאין הדבר מסו' ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת מבואר מדבריו דלא תליא אם ידוע האומדנ' לכל העולם וע"כ צריך לחלק כמו שכתבתי דהא דאין עד נעשה דיין הוא רק לדון בכפיה שיכוף הדיין שיעמוד לפניו לדון וידין עפ"י ראייתו זה אין לו לדון אבל אם באו מעצמם לדון י"ל דל"ג מה שיודע בבירור בראיתו מאומדנא דמוכח ועיין תשובת הרא"ש המובא ב"י (סי' י"ב) וסמ"ע שם (ס"ק י"ב) דנתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שא"י להתברר בראיות עיי"ש דאף בלא טעם ובלא אומד הדעת. וי"ל דהיא הנותנת דע"כ לא כתב הרמב"ם דדנין עפ"י אומדנא של הדיין וידיעתו וסמיכת דעתו הוא ג"כ רק כיון דלא יכול להתברר יותר אבל היכא דהדיין הוא עד הרואה יכול להתברר שיעיד בפני ב"ד אחר אולם נ"מ דאם יעיד בפני ב"ד אחר לא יתקבל עדותו רק בע"א ונ"מ ביחיד מומחה דיכול לדון עפ"י ידיעתו וראייתו היינו אם באו מעצמם לדון לפניו. עוד יש מקום לומר דהא מצינו דל"א מגו דחשיד אממון חשיד על השבועה מטעם דתלינן במלוה ישינה ואף דהכופר בפקדון פסול לעדות במקום דלא שייך לומר אשתמוטי וכתבו הראשונים דבודאי חשוד שיש עדי' אין ספק מוציא מידי ודאי משא"כ בספק סמכינן שישבע לתלות בס' מלוה ישינה א"כ י"ל דהיכא דהלא כופר בפני הדיין אף שיודע בעצמו ששקר אומר מ"מ א"י לדון לחייבו דתלינן במלוה ישינה משא"כ בנידון דרמב"ם דלא טענינן עבור יתומים זאת לכך מוציאין ממון ועיין או"ח (סי' י"ב ס"ק ה') בכה"ג וצ"ע בזה. ועיין ברא"ש כתובות פ' הכותב דמלתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי. אולם מדעת הרי"ף דטענינן עבור יתומים אף מלתא דל"ש כמו שהוכיח לדעתו הרמב"ן מלחמות פ' הגוזל ומאכיל משמע דדנין באומדנא אף נגד טענות ברי ועיין מ"ש לקמן (סי' כ"ב):

סימן טו

בש"ע (סי' ז') וגר דן את חבירו גר אעפ"י שאין אמו מישראל ובסמ"ע הביא משם הד"מ שכ' משם המרדכי דהיינו דוקא בלא כפיה והקצוה"ח כתב שכן מבואר בהגהות מרדכי פ' מצות חליצה לדעת הש"ע שהוא דעת תוס' והרא"ש דבלא כפיה מותר לדון אף לישראל וכן הביא הש"ך דעת הב"ח. ובקצוה"ח כתב ראיה לדעת המרדכי דמיירי בלא כפיה דהא רבא אמר ביבמות שם גר דן את חבירו ד"ת שנאמר שום תשים עליך כו' ואם היתה אמו מישראל דן אפילו לישראל ומשמע דאף מד"ת יכול לדון לישראל כשאמו מישראל כמו גר שדן חבירו דרש מקרא והא רבא ס"ל ריש סנהדרין דמה"ת בעינן סמוכין אפילו בהודאות והלואות וכיון דלדיני נפשות בעינן אביו ואמו מישראל ותנאי הסמיכה הוא שיהיה ראוי לכל הדברים כמבואר ברמב"ם א"כ היכא משכחת דבר תורה הא אינו סמוך ואף לחבירו גר לא חלקה התורה בין אזרת לגר וכיצד דן מה"ת א"ו דרבא איירי בלי כפיה דל"ב סמוכין אלא לדון בע"כ ואפי"ה לישראל אסור משום דכתיב מקרב אחיך ואסור אף בלא כפיה כמו דן מי שאינו גמיר דל"מ קבלתו כמ"ש בעה"מ רפ"ג דסנהדרין דאשרה הוא דמיקרי כן בזה אסרה התורה לדון בפני גר שאינו אחיו. ולדבריו אף בקבלה יהי' אסור ולא מצינו בזה דלא מהני קבלה רק בעכו"ם מטעם דלפניהם ולא לפני עכו"ם וע"ד הבעה"מ שם כבר השיג הרמב"ן במלחמות דהא יכול לקבל עליו אף ג' רועי בקר ולדעת הר"ן מה"ת כמו דא"י לקבל עליו לבא לפני עכו"ם כמו כן אסור לבא לדון לפני הדיוטות מה"ת בזמן שיש סמוכין א"כ אף בלא כפיה היכא משכחת שגר ידון לחבירו גר וכשאמו מישראל יכול לדון אף לישראל מה"ת הא אף בלא כפיה אסור לבא לפני שאינו סמוך ולהדיוט אסור לדון שלא יתלבש בכתר מומחין כמבואר מדבריו ריש מס' סנהדרין.

אך יש לומר אף דאינו סמוך אסור לו לדון מ"מ משכחת שיהיה מועיל מה"ת אם הוא גמיר וסביר כגון דנקט רשותא מריש גלותא דדרשינן מקרא לא יסור שבט מיהודא אלו ראשי גליות שבבבל שרודין את ישראל במקל ומבואר ברמ"ה סנהדרין (דף ה') דש"מ דמדאורייתא אית ליה לריש גלותא רשותא למנוי מאן דבעי והו"ל כהפקר ב"ד עיי"ש ברמב"ם (פ"ד) מסנהדרין ומי שאינו ראוי לדון אי מפני שאינו הגון אין רשות מועיל שהמקדיש בעל מום למזבח אין הקדושה חלה עליו. א"כ אתי שפיר דברי רבא אף מה"ת גר דן חבירו גר אבל לא לישראל דלישראל אף אם נקט רשותא מריש גלותא לא מהני דאין בכחו למנות רק מקרב אחיך אבל לגר חבירו מהני ויכול לדון אף בכפיה ולישראל אם אמו מישראל קרינן ביה מקרב אחיך ומהני רשותא אף דאינו ראוי לסמיכה ויכול לדון

אף בכפיה ולמ"ש לעיל (סי' א') דיש לדון בדין המפורש בתורה או דנשנית בין סמוכין ונקבע הלכה דבזה י"ל דשליחותייהו דקמאי מהני מה"ת בלא"ה אתי שפיר דכמו כן יכול לדון מה"ת גר לגר חבירו ואם אמו מישראל אף לישראל חבירו היינו בשליחותייהו דסמוכין ואם אין אמו מישראל אסור לדון בין ישראלים היינו להתמנ' לזה דכל המנוי צריך להיות מקרב אחיך ואף בזמן שהיה הדין דצריך מומחין לרבא מ"מ למ"ש לעיל (סי' ב') דאף בזמן הסמוכין היו ביד הסמוכין למנות לגמיר וסביר שידון בשליחותם בא"י אתי שפיר דברי רבא דדן חבירו גר מה"ת מטעם שום תשים עליך כתי' ולישראל חבירו אסור להתמנות לשפוט אף בשליחותייהו דסמוכין עד שיהיה אמו מישראל דכל שימה שאתה משים צריך להיות מקרב אחיך:

אולם על שיטת רשי ז"ל דפירוש גר דן את חבירו גר דבר תורה דקאי על דיני נפשות קשה הא אי אפשר שיהיה סמוך לישב בסנהדרין של כ"ג כיון דאינו ראוי לזה. ואף בלא כפי' אסור לו לדון אולם זה נכלל בקושית התוס' ויתר הראשונים דהא כתיב ונשאו אתך בדומה לך. ועיין חידושי הר"ן סנהדרין (דף ל"ט) לתרץ שיטת רש"י דכל ב"ד של כ"ג מב"י בעינן מיוחסים מיהו אפשר שיהו כל הב"ד של כ"ג מגרים ודנין דיני נפשות את חבריהם ובכה"ג אמר גר דן את חבירו גר דיני נפשות עיי"ש ויקשה איך ראוי לסמיכה הא אין סומכין עד שיהיה ראוי לסמוך לכל הדברים ובהכרח צ"ל דסובר דלדון בין גרים יכולים לסמוך ומשכחת ב"ד של כ"ג מגרים שידונו אף דיני נפשות מה"ת:

והנה דעת הש"ע מבואר ביו"ד דבלא כפיה מותר לדון אפילו לישראל אולם מדברי הרשב"א והריטב"א והר"ן מבואר דבלא כפייה ג"כ לדעת הרי"ף והרמב"ם הדין בטל כיון שדחקו ע"א בהא דתנן יש כשר להעיד ואינו כשר לדון לימא לאתויי גר שכשר להעיד ואינו כשר לדון וכ' הואיל דשם גר כשר לדון כשאמו מישראל או לדון חבירו גר לא אמרינן ביה שאינו כשר לדון ואם בלא כפייה מותר אף לישראל אין לנו לומר דאינו כשר לדון דרק לכפייה פסול מטעם כל השימו' צריך להיות מקרב אחיך אבל לדין כשר הוא א"ו דדעתם כדעת הרי"ף והרמב"ם דאף בלא כפייה אין דינו דין. וכן פסק הים של שלמה יבמות ריש פרק החולץ דלעולם הדין בטל עד שיקבלו עליו בפירוש ואם הבע"ד לא הכיר בו שהוא גר ואח"כ נודע להם יכולין לחזור שדינן כפסולים או אף אם הכירו בו ואמרו דיינת לנו כעין דיינים של תורה שזהו לא נקרא קבלה כה"ג דיניהם אינו דין דסוף סוף מידי דשררה הוא שיהא כשר לדון לישראל בלא כפייה והתורה ריבתה כל שימה שאתה שם לא יהא אלא מישראל ואם אתה מכשירו בכך נקרא אלקי' והוכיח שכן דעת הרא"ש בסנהדרין שהביא פירוש הרי"ף דרק באמו מישראל כשר ואף הטו' ח"מ לא

הביא דברי הרא"ש וכן דעת רב אחא משבחא בשאילות עיי"ש עוד באורך ומדבריו נראה דאף לדעת הרא"ש דכשר לדון בלא כפייה מ"מ יכול לחזור קודם גמ"ד ועיין באורי' דעמד ע"ד הרא"ש הא כשבאין לדון מרצונם בלא כפייה הו"ל כקבלוהו ומה קמ"ל המשנה דגר כשר בקבלוהו אף פסולין כשר וכ' דבקבל פסולין יכול לחזור קודם גמ"ד משא"כ בגר דכשר בעצמותו רק דאין לו כפייה על ישראל ובקבלוהו תו לא יכול לחזור אף קודם גמ"ד ואינו מוכרח דהא לרנ"ק סנהדרין (דף כ"ד) דאמר מחלוקת לפני גמ"ד ולאחר גמ"ד לכ"ע א"י לחזור וא"כ לחכמים אף קודם גמ"ד בקבל קרוב או פסול שוב א"י לחזור יקשה שוב מה קמ"ל מתניתין דגר כשר לדון אם איירי בקבלוהו. אולם למ"ש הישׁ"ש י"ל דנ"מ דבעצם הוא כשר ואם דן אף בקבלה בטעות שלא נודע דינו דין אף שנודע אח"כ דגר הוא מ"מ בדיעבד כשלא נודע אחר גמ"ד דינו דין וכ"כ אא"ז מ"ו ז"ל ליישב קושית האורים בספר דברי משפט. אבל אם חוזר קודם גמ"ד י"ל כיון דלדידן בפסול יכול לחזור כמו כן בגר יכול לחזור דקבלה ל"מ קודם גמ"ד ועיקר השׁררות הוא שדינו יהיה דין היינו הגמר דין וכשחוזר וזה כופיהו לדון ביניהם הוי כמו שׁררות ובזה אף לדעת הרא"ש אין דינו דין דנתבטל הקבלה מכאן ולהבא. ולדינא נראה דאחרי שדעת כל הנך הראשונים דאם אין אמו מישׂראל פסול לדון אף בלא כפייה וכן דעת ר"א גאון וכן הכריע הים של שלמה יכול המוחזק לומר קים לי דלא כדעת הרא"ש והכרעת הש"ע והסמ"ע:

סימן טז

כתב הרמב"ם (פכ"ג) מסנהדרין לא תקח שחד כו' וחייב להחזיר השׁחד כשׁיתבענו הנותן וכ"כ הטוש"ע (סי' ט') ובקרית ספר מן מבי"ט כ' שם וחייב להחזירו דהוי כגזל וכ"כ הב"ח דאי עביד ל"מ ובעי למיהדר דגזל הוא והא דמשׁמע אם אינו תובעו א"צ להחזירו דכיון דהנותן אינו תובעו א"כ מוחל לו ויכול למחול כדרך שׁמוחל הגזל. ולכאורה א"כ אם מת הנותן לא יהיה חייב להחזיר ליורשׁיו כיון דלא תבעו בחייו מחול לו. אך זה אינו דהא אף בהלואה דעת הש"ג סוף ב"ק דאם אין המלוה תובעהו א"ח הלוה לשׁלם לו מאליו הואיל ואינו תובעו במתנה בקשׁ ליתן לו מובא בש"ך ח"מ (סי' רל"ב) ואפי"ה כשׁמת גובין היורשׁים ממנו כיון דהוי כא"י אם פרעתיך וגם הוא בעצמו אף אם נתאחר זמנים טובא מזמן פרעון ולא תבעו יכול אח"כ לתבוע ונאמן לומר שׁלא מחל כן נמי היתומין שׁלו גובין אף דלא טענין טענות ברי להוציא מ"מ בזה דמחילה טענה גרוע הוא חייב לשׁלם רק כ"ז שׁחי ואינו תובע אותו א"ח לשׁלם דאמרינן דלא נתחייב לשׁלם רק אם יתבענו כן נמי בשׁחד אף דא"ח להחזיר הואיל ונתן מדעתו אמרינן דלא מחל לו אח"כ מ"מ היורשׁים יכולין לגבות. ולפי"ז ודאי אין הב"ד יכולין לכוף להנותן שׁיתבע

אם חייב לאחרים כיון דעיקר הטעם דמדלא תבע מחל לו רק כשתבעו אח"כ איגלאי מלתא למפרע דלא מחל והיינו כשתבעו מדעתו אבל אם תבעו ע"י כפיית ב"ד תו אמרינן מסתמא מחול וזה דלא כמ"ש הכנה"ג יו"ד (סי' קס"א) ועיין קצוה"ח בזה וכבר כתבתי בהגהותי לדברי חיים דיני דיינים (סי' ב') דאף לדעת הגאונים דבריבית ל"מ מחילה הוא משום דהא נתן מדעתו ולית ליה שום שיעבוד עליו דגלי קרא אהדיר לי' כי היכא דנחי' ולדידי' אזהיר ולא לבריה והוי רק חיוב מצוה דאין ביד הלוה למחול וכמו שכתב בש"מ ר"פ א"נ אבל בשחד דחייב להחזיר מטעם גזל דאי עביד ל"מ וכמו שכתב הב"ח מהני המחילה של אח"כ לכ"ע כיון שיש להנותן שיעבוד על המקבל וגם צריך להחזיר גוף הדבר שקבל וגם ליורשיו יורשין זכותו שפיר מהני מחילה וממילא כ"ז שלא תבעו אין בע"ח של הנותן יכול לתבוע ממנו. וכמ"ש הטו"ז:

עוד כתב הקצוה"ח די"ל כפייה לתבו' ל"מ אף דתלוהו וזבין זבוניה זביני ויקריב אותו מלמד שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני דמה דמחויב לעשות מצד המצוה הוי כזוזי מ"מ לזכות בדבר דהוי כמו לקנות ל"מ לדעת בעל העיטור המובא ברמ"א (סי' ר"ה) אם אנסוהו לקנות דאינו קונה ולקנות הוי אונס ולא רצון ומיישב בזה קושיית הראשונים דלמה חייבי חטאות אין ממשכנין כיון דלכפרה קא אתי נימא דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני וכ' דבעולה דל"צ דעת רק להקדיש הוי כמו להקנות אבל בחטאות ואשמות בעינן רצון בעלים בכפרה אין לכוף אותו ע"ז דהוי כמו לקנות ועיי' מ"ש ע"ד הנתיבות ומה שהשיב עליו במשובב הקצוה"ח ולענ"ד ע"כ לדעת בעל העיטור דלקנות ל"מ באונס מוכרח דמצד מצוה לשמוע דברי חכמים עדיף מתולהו לקנות ומהני אף בע"כ ומטעם שכ' הרמב"ם סוף פ"ב מגירושין דהוי רצון גמור במה שמתישין כח יצרו דהא מדכתיב יקריב אותו דרשינן דכופין אותו הכי נאמר דוקא אם יש לו בהמה אז כופין אותו להקדישה ואם אין לו וצריך לקנות לא נכוף אותו שיקנה זה ודאי לא נראה ועיין מזרחי ר"פ ויקרא יקריב אותו מלמד שכופין אותו והכי פירושא שכופין לבעל הזבח לקנות הקרבן שנדר אם עדיין לא קנה אותו או להביא למקדש עיי"ש ומבואר דאף לקנות קרבן כופין אותו עד שיקנה ויאמר רוצה אני וע"כ דכיון דיש לו חיוב וניחא ליה בכפרה עדיף טובא ואנן סהדי דרוצה בכך אחר שכופין אותו ולס"ד דש"ס ב"ב (דף מ"ח) אף אם תלוהו וזבין ל"מ מ"מ ניחא ליה בכפרה עדיף וכן לס"ד דש"ס קידושין (דף נ') אף אם בעלמא דברים שבלב הוי דברים מ"מ ניחא ליה בכפרה עדיף ואמרינן דאף בלבו מתרצה לכן כמו כן אף אם תלוהו וקנה ל"מ אם כופין אותו שיתרצה לזכות בכפרה עדיף ומהני

וכן נמי אם כופין שיתבע מן הדיין השחד או הריבית מן המלוה שפיר מתרצה כדי שלא יהיה לוה לרשע ושיפרע לבע"ח:

וראיתי באבני מילואים ה' קידושין (סי' מ"ב) דהקשה אם תלוהו לקדש ל"מ כמו אנסוהו לקנות א"כ איך משכחת באונס דשותה בעציצו וכופין אותו לכנוס וכמבואר רמב"ם מתוספתא וכן משמע מרמ"א אה"ע (סי' קע"ז) דעל חשד אין כופין ומשמע הא בידוע כופין לכנוס והא הוי תלוהו וקדש וכ' דאף די"ל מטעם מצוה לשמוע דברי חכמים אמרינן דגמר וקנו מ"מ מדברי פוסקים משמע דזה ל"ה אלא דיחוי בעלמא ולדידן כל הכפיות דמהני הוא מטעם דהוי כמו מכר. ולדעתי הא מוכח מהא דכופין לקנו' קרבן דע"כ מה דניחא ליה בכפייה עדיף וכמו שכתבתי וכמו כן מצוה לשמוע דברי חכמים מהני אף לקנות ושם י"ל בלא"ה כיון דיודע כמו שכופין אותו לקדש יכופו אותו לכנוס ואין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לכן גמיר ומקדשה ברצון ואכ"מ בזה וכן מוכח מגט מעושה דבישראל כשר אם אומר רוצה אני אף דצריך שיקנה הבעל אח"כ הנייר דבעינן לקיים ונתן בידה ואם אינו רוצה לקנות את גוף הגט ותלוהו וקנו ל"מ במה מגרשה אח"כ א"ו דמה דעושה לעשות חוב המוטל עליו לעשות מהני אף לקנות באונס דהתרצה אח"כ כשתש כחו ע"י הכפייה ודוחק לומר דבקרבן כופין אותו לקיים ואח"כ אם קונה קרבן מעצמו ומביאו אז מקריבן דלא משמע כן רק אף אם א"ר לקנות כופין אותו לקנות וכן לנייר הגט אף אם אומר שא"ר לזכות כופין אותו שיקנה הנייר ושיצוה לכתוב ולמסור א"ו מטעם מצוה לשמוע דברי חכמים מהני אף לקנות וכן בלולב ואינו נוטל דמכין אותו משמע דכופין אותו אף לקנות ועיין ש"ך יו"ד (סי' רס"ז ס"ק צ"א) משם הב"ח במקנה חצי עבדו לבנו הקטן דהאב צריך לקנות העבד מן הבן ממעותיו ואח"כ כותב האב גיטא דחירותא משמע ג"כ דכופין לקנות אף דלדעת רמ"א ח"מ הנ"ל תלוהו וקנה לא מהני ע"כ צריך לומר דמטעם מצוה לשמוע דברי חכמים מהני. אולם כבר כתבתי כיון דכ"ז שלא תבע אמרינן דמחל גבי שחד וריבית כיון דיהיב מדעתו ל"ש לומר לכוף אותו ועיי' מ"ש אאמ"ו ז"ל שם בספרו:

והיה לי וויכוח בזה את הרב מ' דוד יהודא ד"ש נ"י מאונגרין בעמה"ח ספר ש"ד דיצא לדון דאם קבל שחד ונאבד ממנו דא"ח בהשבה וא"ד לגזלן דנטל בע"כ של חבירו אבל בלקח מדעת הבעלים אף דאסור ליקח מ"מ א"ח באונסין אולם ממה דלא משכחת ביטלו ולא ביטלו ללקות בלקח שוחד ואיבדו בידים ע"כ דיש עליו חיוב מטעם גזלן וטעמא בעי ובאמת מדלא מנה הרמב"ם הלכות סנהדרין ללקות על לאו דשחד וע"כ דחייב בהשבה דאל"כ אם נאבד או נשרף אם יהיה הדין דפטור לשלם א"כ משכחת לחייבו במלקות א"ו

דחייב בהשבה ואדרבא כיון דנתן לו מדעתו ומרצונו וסלק נפשו מזה לא מבעי דחייב בשמירה דלא גרע מן אבידה דחייב בשמירה ועיין רמ"א (סי' שמ"ח ס"ז) בבא ליד אחד גניבה שנגנב מחבירו אם החזיר ליד הגנב חייב לשלם דהו"ל להשיב אבידה לבעלים וה"נ דכוותיה כיון דלא יש ביד הנותן לשמרו אם לא מחל לו אח"כ חייב בשמירה ואף דכ' תוס' פ' הכונס ורא"ש פ' מרובה דגזלן אינו שומר דלא קבל עליו שמירתו כבר ביאר בזה בש"מ (סי' שנ"ד) ע"נ דמטעם שומר אבידה עכ"פ הוי כש"ח. אלא נראה דאף באונסין חייב הואיל דלא גרע משואל דכל הנאה שלו דרוצה לקנות וכמו גזלן דעלמא כמבואר סנהדרין (דף ע"א וכ"כ זה אף שקבלו ברצון הבעלים מ"מ כיון דל"מ קנינו מטעם דאי עבד ל"מ ואף דגלי לן רחמנא דבגזילה אי עביד מהני ונקנה בשינוי והמ"מ (פ"א) מגזילה יליף מזה לענין לאו דלא תחמוד דאי עביד מהני כבר כתב השעה"מ שם דהיינו היכא דעבר מקודם על הלאו אבל אם עבר בשעת הקנין על הלאו לא גלי ואי עביד ל"מ א"כ כמו כן בשוחד הואיל דעבר על לאו בקנינו ל"מ מ"מ כבר יצא הדבר מרשות הבעלים שנתנו לו מדעתו והואיל דכיון לקנות ולזכות בו וכל הנאה שלו י"ל דחייב אף באונסין ולא משכחת ללקות עליו ואף די"ל דאינו חייב בהשבה כמו גזלן רק כמו פקדון מ"מ לענין אונסין משמע דחייב הואיל דרצה לקנות וכל הנאה שלו:

ועיין תוס' ב"ק (דף י"א) ד"ה אין שמין דכ' דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים אבל מזיק לא מתחייב אלא כמו שהזיק. ומצינו במזיק שהגביה להזיק אף דלא נתכוין לקנות מ"מ חייב באונסין וכמו כן מצינו באומר לשלוחו צא וגנוב לי דהמשלח לא קנה דאשלד"ע מ"מ השליח חייב באונסין הואיל שנתכוין להוציא מרשות בעלים אף דלא נתכוין לקנות לעצמו כלל מ"מ כיון דנתכוין להזיקו נעשה גזלן והטעם כמ"ש בנתיבות (סי' רצ"ב ס"ק ה') כמבואר בש"ס ב"ק בזורק מטבע ש"ח לים דאם הגביה השבה בעי למיעבד. וה"נ בליקח שוחד אף דהבעלים נתנו לו מדעתם מ"מ כיון שיש סיבה שנותן לו בשביל שידין לו והתורה הקפידה ע"ז שלא ליקח שוחד כדי לדון לו הוי רצון זה כאונס והוי כלוקח שלא מדעתו והוי כגזלן ממש וחייב באונסין ואף די"ל דמ"מ אם נעשה שינוי בהחפץ שנתן לו ל"ק דבגזלן שלמ"ד גלי רחמנא כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעי לשלימי דשם הוא דגלי כיון שהיה הכל שלמ"ד ובשעת קנין עשה העבירה כמו שכתב השעה"מ אבל בשוחד י"ל דהלקיחה אם לא יהיה דיין ולא ידין אינו עובר ועיקר הלאו הוא נגמר כשדן אח"כ ביניהם י"ל דבזה לא גלי קרא דיקנה בשינוי וצ"ע בזה ומ"מ ניהו דאפשר דלא קנה בשינוי כמו גזלן ממש מ"מ באונסין נראה דחייב הואיל דנתכוין לקנות וכל הנאה שלו.

וראיתי אח"כ בספר מוצל מאש (סי' ב') שכ' לחקור דיין שלקח שוחד והתרו בו למה לא ילקה ולא מצינו מלקות בזה ולא מנה הרמב"ם ז"ל וכן דיין שהטה את הדין והתרו בו וכתב ולזה י"ל דא"ב מעשה וגם בלקח שוחד בשעה שלקח עדיין הוא התראת ספק דשמא לא ידון ובשעת גמר דין הוי א"ב מעשה אבל בדיין המטה דין אם נו"נ ביד והתרו בו למה לא ילקה ואע"ג דאין במעשיו כלום דחוזר הדין אפי"ה לרבא ילקה דעבר אמימרא דרחמנא עכ"ד. ולא אדע לכלכל דברי קדשו הא אם הטה במזיד ונו"נ ביד הוי גזלן וממון משלם ולא לקי ואף דהדין ג"כ חוזר מ"מ כבר נתחייב לשלם ממון אם אין לו להבע"ד להחזיר א"כ החיוב תשלומין פוטר אותו ממלקות וכן בעבר ולקח שוחד אף אם התראת ספק שמיה התראה מ"מ כיון דחייב להחזיר הממון אין בו מלקות דהוי לאו הניתן לתשלומין ועיין בדברי חיים דיני דיינים (סי' ב') מ"ש שם אאמ"ו ז"ל בזה ומ"ש בעניי שם בהגהותי:

ויש לחקור אם קבלו עליהם לדון קרובים או פסולין אם חייבין ג"כ בלאו דלא תקח שוחד די"ל דוקא הני דמצוין לדון חייבין בלאו דלא תקח שוחד אבל הנך דלא רמיא עליהן החיוב לשפוט י"ל דליכא לאו לגבייהו וראיתי בספר החינוך פ' משפטים בל"ת שלא יקח הדיין שוחד דסיים ונוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים שהם דנים והעובר עליה כו' לוקה לפי שניתן להשבון מדכתב דוקא בזכרים שהם דנים משמע דבנקבות אף שקבלו עליהן מ"מ כיון דהם אינם בכלל דיינים ופסולין לעולם אם קבלו שוחד לא עברו על לאו ואינם באזהרה הזאת וממילא א"ח להחזיר ומ"מ י"ל דוקא נקבות דאינם לעולם בכלל דיינים אבל קרובים או פסולין ישנן ג"כ באזהרה הזאת ואם קבלו עליהן דהדין קיים ישנן בחיוב דלא תקח שוחד ואם קבלו חייבין להחזיר. וראיתי בשער משפט שחקר לענין בע"ד שקבלו עליהם קאו"פ ונטל שכר לדון אם דינו בטל די"ל כיון דליכא חיוב עליו לדון ומה"ת פסול רק שהם קבלוהו עליהן מותר ליטול שכר אף לכתחילה עיי"ש ולא נהירא לענ"ד דאטו אם יש בעיר ב"ד קבוע ובא לדון בפני אחר דיכול למנוע א"ע לדון ביניהם יהיה רשאי ליטול שכר זה ודאי אינו כיון דמ"מ מקבל אותם ודן ביניהם עובר שמלמד חקים ומשפטים וצריך ללמד בחנם וא"כ כמו כן קאו"פ כיון דעכ"פ מקבל אותם לדון ביניהם אף שאינו מחויב בדבר ויכול לסלק א"ע מזה מ"מ כשדן ביניהם דין תורה צריך לדון בחנם ואם דן בשכר דינו בטל מטעם קנס כמו כל דיין הדן בשכר דדינו בטל. ומ"מ י"ל אף דודאי אינו רשאי לקבל שוחד אף לחייב את החייב מ"מ בלאו אינו עובר וכשקבל א"ח להחזיר וצ"ע:

וכן יש לחקור אם עובר בלאו כשקבל שוחד מן פשרה או לא וי"ל דהא מבואר בטוש"ע (סי' י"ב) דכמו דמוזהר שלא להטות את הדין כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו ובש"ס סנהדרין (דף ל"ב) יליף מדכתיב צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה ופירש"י צדק דין שלך וצדק פשרה שלך לפי ראות עיניך ולא תרדוף את האחד יותר מחבירו א"כ הקרא דלא תקח שוחד קאי הן על דין הן על פשרה דאזהרה דצדק צדק קאי אדלעיל מיני' לא תטה משפט כו' ולא תקח שוחד רק צדק צדק תרדוף כיון דבהנך קראי קאי על דין ועל פשרה. הן אמת דרמ"ה שם מפרש דקרא בצדק תשפוט לישנא דתשפוט גבי דינא קאי ואחד לפשרה צדק צדק תרדוף ומדלא כתיב בה הלשון משפט ש"מ גבי פשרה קאי והאי דכתיב חד צדק גבי דין ותרי גבי פשרה משום דדין לא בעי עיונא וצילותא כולי האי אלא למפסקיה אליבא דהלכתא וליכא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב אבל פשרה צריכא עיונא טפי ולעיין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר עיי"ש. ולדבריו י"ל כיון דבקרא כתיב לא תטה משפט וגו' ולא תקח שחד קאי על משפט שהוא דין וקרא דלאח"כ צדק צדק דקאי על פשרה ע"ז לא קאי הלאו דלא תקח שוחד. אך מ"מ י"ל דאתרוייהו קאי ועובר בלאו דלא תקח שוחד אף בפשרה כיון דמוזהר ע"ז לעשות בצדק ועוד כתיב ב' פעמים וגבי לאו דשחד כתיב ויסלף דברי צדיקים י"ל דקאי גם על פשרה דהוא בלאו וממילא אם קבל חייב בהשבה וכן מסתבר:

סימן יז

והנה אף דבקבל שוחד חייב להחזיר ולמ"ש הב"ח הוא מטעם דאי עבד ל"מ כ' בספר נתיבות בשוכר עדי שקר והעידו לו א"ח להחזיר כיון דלא כ' רחמנא ללאו על הלקיחה רק שלא להעיד שקר דומה לאתנן בעד ביאה אסורה דא"צ להחזיר והביא דברי רש"י ר"ה (דף כ"ב) דאם השלים התנאי דא"צ להחזי'. ונראה מטעם הנ"ל אם עדיין לא נתן ג"כ חייב ליתן ומוציאין בדיינים דדומה למי ששוכר פועל לעשות לו מלאכה באיסור דנראה ג"כ דחייב לשלם לו שכר מלאכתו וכמו באתנן זונה דחייב ליתן מה שהבטיח ומבואר בר"ן ורא"ש ע"ז (דף ס"ב) בהא דפריך הש"ס והא קמחסרא משיכה דהקשו הא שכר פעולה ל"ב משיכה וקנין דפועל העושה עם בעה"ב קנה שכרו וביאה דבר שנותנין עליו שכר וכתבו דמ"מ גוף החפץ לא קנה אף דחייב בדמיו עכ"פ מבואר דשכר חייב ליתן כמו שפסק וכמבוא' ב"ק (דע"א וב"מ דצ"א) אתנן אסר' תור' אפי' בא על אמו מטעם אף דקלב"ד מ"מ כיון דלצאת י"ש חייב חל עליו איסור אתנן ועכ"פ היכא דל"ש קלבד"מ מוציאין ממנו אף בדיינין הרי אף דפעולת עבירה היה מ"מ שכרו חייב ליתן ולשלם כמו

שפסק א"כ בשוכר עדי שקר אף שלא נתן מהראוי לומר שיהי' חייב ליתן כיון שעשו פעולתם חייב כמו שהבטיח שכר פעולה ואף דכ' הרא"ש והר"ן דביאה דבר שנותן עליה שכר מ"מ להעד עדות שקר ג"כ דבר שנותנין ע"ז שכר. וראיתי בתשובת ר"י באסן (סי' ע"ד) שכתב בפשיטות וז"ל דהאומר לחבירו עשה דבר פלוני ואתן לך כך וכך ועשה חייב ליתן לו מה שאמר אעפ"י שיש דבר עבירה בדבר ההוא שעשה חבירו ע"פ ויש ע"ז כמה ראיות אחת מהנה אתנן הזולה עכ"ל הרי כמ"ש ועיין ש"ך (סי' פ"ז ס"ק נ"ח) וברמ"א שם מי שתובעתו אשה שהתנה לה דבר באתננה חייב לישבע היסת:

ובס' חתם סופר חח"מ (סי' פ"ז) כתב דלמאי דקיי"ל מקח שנעשה באיסור אינו קונה משום דאי עביד ל"מ א"כ באתנן במאי יקנה וכתב הואיל דגלי קרא דיקנה וכיון דכל חיובו הוא חידוש דיקנה במה דאמר רחמנא ל"ת אין לך בו אלא חידושו דקרא איירי אפילו בא על אמו והתם ליכא חיובא אלא בבא לצאת ידי שמים ולא להוציא בדיינין והה"ד לכל אתנן אף דליכא קלבד"מ לא מתחייב אלא לציד"ש ולא להוציא בדיינין דל"מ מאי דאמר רחמנא ל"ת אלא מה דגלי קרא ולא יותר ולדבריו הי' נ"מ גדולה בין אביי ורבא דאי עביד מהני הדין דחייב לשלם האתנן ומוציאין אף בדיינין ולרבא דל"מ אינו חייב רק בד"ש וזה דבר תימא ולא משמע כן רק היכא דשייך קלבד"מ אין מוציאין בדיינין אבל חיוב רמיא עליו וכמו שכתב רש"י ז"ל דאף תפיסה מהני רק הב"ד אין דנין רק משום רשעה אחת אבל היכא דליכא רק רשעה אחת מוציאין אף בדיינין גם אם נאמר דחידוש הוא מניין לנו לומר דאף האומר לחבירו הא לך טלה זה ותלין שפחתך אצל עבדי דהוי אתנן כמבואר מתניתין דמס' תמורה ומבואר אף אם נותן בעד אחר ג"כ קנה נימא הא סתמא דקרא איירי שהבועל הוא הנותן האתנן וכמו שכתבו תוס' ב"ק וב"מ שם וכיון דזה הוי חידוש דבכ"מ אי עביד ל"מ רק באתנן דגלי נימא דוקא אם הבועל הוא המתחייב ולא כשאחר נותן ונאמר דל"מ ולא קנה כלל ולאו תורת אתנן ע"ז. א"ו דאין זה ענין לאי עביד ל"מ ולאו חידוש הוא כיון דגוף הקנין וההתחייבו' אינו העביר' רק התנאי שתמלא הזונה היא העבירה וכיון דנתקיים התנאי קנתה וכמו שכתב הנתיבות והה"ד ממילא אף אם לא נתן רק שהתחייב א"ע ליתן חייב לתת השכר פעולה וא"ל שהוא דוקא כשכבר נתן דליכא עבירה רק התנאי ולכן כשנתקיים התנאי שוב א"י להוציא אבל אם צוה לו לעשות עבירה שיהיה חייב לשלם כמו שהתנה י"ל דבזה יהי' העבירה גרם ההתחייבות וי"ל דאי עביד ל"מ ז"א למ"ש המרי"ט והסכימו כו"כ גדולים לדבריו דהיכא דלא יתקן כלל האיסור במה דל"מ והעבירה כבר נעשה בזה ל"א דל"מ וכיון דנעש' רצונו במצותו למה לא יתחייב שכר פעולה ועיין ספר בית מאיר (סי' קע"ו):

אך יש להתבונן מדברי ש"ע (סוף סי' קע"ז) בשותף שאמר לחבירו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם פטור אעפ"י שנהנה מאותה גניבה והוא מתשובת רשב"א בב"י שם דאמרינן אשלד"ע ובמה נתחייב לו ועיי"ש בסמ"ע ולכאורה למה לא יתחייב מצד דעשה פעולתו ויש לומר כיון דכל כוונתו היה שיקנה ויהיה עמו שותף בקנינו וזה ל"מ מטעם דאשלד"ע ולכך פטור גם מטעם שכירות הואיל דלא עשה ע"ד חבירו רק על דעתו לתועלתו כיון דלא מועיל מה שעשה בשביל המצוה לו דל"ק ממילא ע"ד דנפשו עשה דהגנב זכה וקנה הגניבה לעצמו וי"ל דבאמת אם לא נשתתף עמו כלל רק צוה לו שיזיק לחבירו ואני אשלם י"ל דחייב מטעם שכירות:

וראיתי בס' המקנה קידושין (דף ט') דכתב דלשיטת הרמב"ן וריטב"א דס"ל באומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך דחייב דכ"ש אם אמר קרע כסות חבירי ואני אשלם דחייב לשלם אף דקיי"ל בלך וגנוב דאשלד"ע מ"מ היכא דאמר ואני משלם מתחייב עפ"י דיבורו. ולכאורה למ"ש ריטב"א בטעמא דאשלד"ע דהוי שליחות בטעות דסבר שלא ישמע לו דדברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין א"כ י"ל גם בזה דאמר ואתחייב אני לך פטומי מילא בעלמא הוא ובטעות נעשה דקסבר שלא ישמע לו. אלא אף להסוברים דאשלד"ע הוא אף בלא ידע משום דל"מ שליחות לד"ע מצד דדברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ואין בכח שיחול השליחות לחייבו מ"מ י"ל דבכה"ג לא מתחייב מטעם ערב אף דאמר ואני אשלם דערב א"ח רק היכא שהוציא מעות עפ"י ולדעת רמב"ן אף דלא בא הנאה לבן דעת מ"מ הוציא ממון עפ"י דבריו או שאמר לו שיחייב א"ע לחבירו. אבל היכא שצוה לו להזיק לחבירו שהוא לא הוציא דבר עפ"י ואף לא אמר לו שיחייב א"ע לחבירו רק ממילא אם הזיק לחבירו חייבו רחמנא לשלם אבל מ"מ הוא ל"ח א"ע עפ"י בכה"ג י"ל דאף הרמב"ן מודה דלא נתחייב מטעם ערב. ועוד י"ל דהא מבואר רשב"ם ב"ב(דף קע"ג) דקאמר בש"ס דערב גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה דקאי מהימן ליה וז"ל גמר ומשתעבד בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאלו הוא עצמו הלוה. מבואר דגוף החיוב דהערב הוא מצד דהוי כעשה בשליחותו ועיין קצוה"ח (סי' קכ"ט) דמה"ט בכ"מ דל"ה שליחו כגון באומר כל מי שילוה אני ערב לא נשתעבד. ולפי"ז כיון דכל חיוב דערבות הוא דחזינן הלואת הלוה כאלו הערב לקח המעות והלוה אם אין הלוה משלם נעשה המלוה למפרע שלוחו של הערב א"כ היכא דהוא לד"ע דל"ש בזה לומר שלוחו של אדם כמותו פטור אף כשאמר ואני אשלם:

ברם אם נאמר כן א"כ אם הוי ערב לנכרי מדינא ל"מ הערבות כיון דאין שליחות לנכרי וכן נמי אם הוי ערב לקטן ג"כ נימא דל"מ ועיין רמב"ם (פכ"ו) ממכירה דקטן שערב

לאחרים דאינו חייב לשלם וכ' שם המ"מ אף דמתנתן קיים במטלטלין מ"מ אין לקטן דעת להשתעבד א"ע בזה. ולמ"ש י"ל הטעם בפשיטות דאין שליחות לקטן וכן כ' בספר שער משפט. אך אי אפשר לומר כן דהא מבואר בש"ס ב"מ פרק א"נ ובתוס' וראשונים שם דגם נכרי שהוא ערב או ישראל ערב בעדו חייב לשלם מה"ד אף דאין שליחות לנכרי. ועוד א"כ ערב דכתובה דמבואר בש"ס דלא משתעבד מטעם דמצוה קעבד ולאו מידי חסרה ולמה לן בזה הא אף אם בדעתו לפרוע מ"מ שם לא נוכל לומר דהמעשה היה בשליחות של הערב ועיין אה"ע (סי' ק"ב) דלפעמים משתעבד ואמאי הא אף לו יהא כאלו נעשה הדבר בסיבתו מ"מ לא עדיף משאר גרמות דפטור וה"נ כיון דלא נעשה בשליחותו אמאי יתחייב. לכך ע"כ צריך לומר הא דכתב הרשב"ם דשליחותא דערב קא עביד לאו שליחות ממש שיהא כמותו רק היינו דעביד על ידו כמו אם שלח למי שאינו בר שליחות שיעשה לו פעולה בודאי חייב לשלם מטעם שכר פעולה וזוכה מדאורייתא כמבואר בתוספות ר"פ בן סורר ומורה כמו כן ערב משתעבד לשלם דמה שהלוה הוי כאלו עשה במצות הערב ובשליחותו ועיין ש"ס ר"פ המדיר דפריך ופרנס לאו שליחותא עביד ובמל"מ הל' מלוה והמח"א הקשו הא אין שליח לדבר עבירה ומפרשי דמ"מ כיון שהוציא ממון על פיו חייב לשלם וחזינן דקרי ליה הש"ס בשם שליחו' כן נמי כוונת רשב"ם בזה וממילא גם ערב דנכרי וקטן וכתובה אי לאו דמצוה קעביד ולא חסרה חייבין לשלם כמו שאר שכר פעולה. וזה דלא כמ"ש בש"מ הנ"ל ודלא כקצוה"ח הנז' דכיון דלדעת הש"ך והפרישה חייב לשלם באומר כל הזן כמו כן נמי האומר כל מי שיתנדב ללוות אני ערב בעדו אף דלא שייך שליחות מ"מ חייב לשלם:

ומ"מ באומר גנוב ואני אשלם כיון דכל פעולתו הוא עבור עצמו בזה פטור הן מטעם ערב הן מטעם שכירות כדמוכח נמי מדברי רשב"א (סי' קע"ז) דאף די"ל דרשב"א לשיטתו דסובר דלגבי חיוב מטעם ערב בעינן שיגיע הנאה לבן דעת ובזרוק מנה לים פטור מ"מ הא הרמ"א בח"מ(סי' ש"פ) מביא שני דיעות בזה והי' לו לומר (סי' קע"ז) דלהך דיעה חייב לשלם א"ו דלכ"ע פטור כיון דלא עשה פעולה למענו אולם באומר קרע כסות של חבירך ואני אשלם בזה י"ל אף אם אינו מחוייב מטעם ערב וכמו"ש מ"מ חייב לשלם מטעם שכירות וצ"ע:

סימן יח

הנוטל שכר לדון כל דיניו שדן בטלין כמבואר מתניתין דבכורות ובטוש"ע(סי' ט') וברמב"ן (סוף פ"ב) דקידושין מבואר דאף אם נוטל משניהם וליכא חשש נגיעה בדבר ועיין מהריב"ל (ח"א סי' ח"י). ובג"פ סימן ק"כ (ס"ק ט') כ' אף אם קבל משניהם להעיד

עדות מ"מ הוי נוגע דדלמא א"י כלל להעד וצ"ל דאיירי ששניהם נותנים שכר ויודעין שיודע להעד וכן בדיין צ"ל אף שנותנים לו שיאמר ד"ת והוי נוגע דדלמא א"י כלל לחתוך הדין איירי אף אם נותנים לו שידין כפי ידיעתו. ועיין בספר בית מאיר (סי' י"ז) והדברים מבוארים ברמב"ן להדיא וכ' ונראה שאינו בכלל הפסולין מדבריהם שיהא צריך הכרזה אלא מעצמן הם בטלין שכיון שהיה יודע לו עדות ולא רצה לומר אלא מחמת שכר אין זה עדות והחשוד בכך עדיותיו בטלין עד שיודע לך שלא נטל שכר בעדות זו ובכך הוא עדות כשרה אעפ"י שלא עשה תשובה וכן אם החזיר ממון לבעלים וחזר והעיד באותו עדות עצמה מקבלין הימנו שא"ז פסול לא מתחילתו ולא בסופו אלא שכ"ז שהוא נוטל בו שכר קנסוהו חכמים לבטל מעשיו משום דקעבר על מה אני בחנם אף אתם בחנם אעפ"י שנטל משניהם עכ"ל. ולכאורה מה זה קנס לדיין ולעדים לבטל מעשיהם מה מפסידים בזה ואולי י"ל דכיון דנתבטל מעשיהם ממילא חייב להחזיר וכמו שהוכיח המל"מ מדברי ריטב"א קידושין שם דכיון דנתבטל המעשה חייבין להחזיר ודלא כמ"ש הב"ח דא"ח להחזיר השכר בדין ואף דיש לדון בראייתו מהריטב"א וכמו שכתב המח"א הלכות שכירות (סי' י"ו) דהתם שאני כיון דלא אהניא ליה מידי במאי מקדשה ומ"מ גם המח"א מסכים דחייבין להחזיר דהוי נתינה בטעות וכן יש להוכיח קצת מדברי רמב"ן ור"ן דכתבו אם החזיר ממון לבעלים וחזר והעיד ולמה צריך להחזיר יהא סגי אם מקבל עליו שלא יעשה כן עוד א"ו דחייב להחזיר ויש לדחות דהרמב"ן נקט רבותא אף בלא עשה תשובה בקבלה על העתיד מ"מ אף עדות זו כשירה אם מעיד מחדש ול"א להחזיק דברים הראשונים ולעולם דמן הדין י"ל דא"ח להחזיר כיון דעשה את שלו. אך מ"מ כבר הסכימו כל האחרונים דחייבין להחזיר וא"כ הוי שפיר קנס שלא יועיל עדותו והדין יתבטל ואז חייבין להחזיר והא דכל דיניו ועדותו נתבטל מזמן שקבל ונעשה חשוד וכמו שכ' ר"ן מדקתני עדותן היינו דנידון כמו חשוד לאותו דבר וכדקתני בתוספתא מובא ברמב"ן ור"ן החשוד להיות נוטל שכרו כל דיניו וכל העדות שהעיד בטלין. [ובאמת לכאורה לדעת רמב"ם ה' מעשה קרבנות דחשוד בעינן שיהיה רגיל בכך ולא מן פעם אחד ג"כ הדין כן בנוטל פעם אחד שכר לדון אין שאר דיניו בטלין אולם כבר כ' הח"ש יו"ד (סי' ב' ס"ק ו') דסוגיא דעלמא דחשיד לאותו דבר דאינו מעיד הוא אף על פעם אחד עיי"ש וה"נ לענין זה] אבל לעולם כל הקנס הוא שיתבטל ולא יתקיים מעשיו דאז חייב להחזיר מה שקבל:

ובזה נדחים כל ראיותיו שהביא בספר שער משפט להוכיח כדעת הב"ח דאינו חייב להחזיר מח"מ (סי' רס"ז) דאם נתן א"י להוציא מידו דשם אהני מעשיו ולא נוכל לחזור

שיתבטל מעשיו לכך א"ח להחזיר וכן בחליצה אף במקום דחייב מן הדין לחלוץ מ"מ מה שקבל אין מוציאין מידו כיון דאהני מעשה החליצה ולא ראו חכז"ל לבטל מעשיו לומר שלא יהני החליצה דלא קנסינן לה ליבמה שתתעגן משא"כ גבי דין ידונו לפני דיין אחר ואף בעדותן אף אם לא יעיד ליכא רק הפסד ממון לכן קנסינן לתרוויהו משא"כ בחליצה וכיון דאהני מעשיו לכך א"ח להחזיר ומה שהביא ראיה מהא דכ' לכהן חייב אני לתת לך ה' סלעים דדבר תורה בנו פדוי רק משום גזירה שלא יאמרו פודין בשטרות אין בנו פדוי ואף עפ"כ חייב ליתן ול"ה נתינה בטעות כבר כתבתי בהגהותי בד"ח דיני דיינים (סי' ג') דשם עכ"פ קיים מצוה מה"ת אבל כאן אם הדין לא מהני אף שהוא מטעם קנס מה אהני ליה ולא עשה שום פעולה אף מה"ת. גם הא אנן הדיוטות אנן וכל קיום הדין הוא מצד דתקנו כן ועבדינן שליחותייהו דקמאי ובקבלות שכר לא עבדו שילוחים לכן אין קיום כלל להדין דהם אמרו והם אמרו לכך חייב להחזיר מה שקבל דהוי נתינה בטעות ואף דיש לומר כיון דלא נולד דבר חדש מה שנתן נתן ועיין מ"ש בח"ר דיני תו"מ (סי' א') בזה מ"מ כאן גרע דכל מה שנתן היה שידון דין וכיון דחז"ל אמרו דדינו אינו דין הוי כאלו לא עשה לו כלל וקנסינן ליה שיתבטל הדין ושיתחייב להחזיר מה שקבל:

ועיין ספר המקנה (סופ"ב) דקידושין דכ' ע"ד הריטב"א דדמי לנוטל שכר לדון דצריך להחזיר כשיתבענו כדאיתא ח"מ (סי' ט') וכתב דתליא בפלוגתא דאביי ורבא אי כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אם עביד אי מהני. ולא הבנתי דבריו בש"ע אינו מבואר רק בלקח שוחד שהוא בלאו ורחמנא אמר לא תקח והלאו הוא על ענין פרטי דמפרשינן לקרא שלא יהיה לו כח ליקח שוחד אבל בנוטל שכר דליתא בלאו מפורש רק ילפינן מדכתיב ראה למדתי אתכם כו' מה אני בחנם אף אתם בחנם לא תליא באי עביד ל"מ וגם אף אם באיסור עשה ג"כ יש להוכיח מש"ס תמורה דל"מ לרבא היינו בעשה מפורשת ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' קכ"ט) דדן אף בלאו שנאמר דרך כללי דאי אפשר לפרש שלא יהיה לו כח לעשות ל"ש ביה לומר אי עביד ל"מ וכ"ש בלימוד זה דמה אני בחנם יש לגמגם אם נאמר בו אי עביד ל"מ והברור הא דצריך להחזיר השכר הוא מטעם קנס דקנסינן שלא יהנו דינו ועדותו וממיל' חייב להחזיר וכמו שכתבתי:

ומה"ט דקנסינן ליה שלא יהני מעשיו כדי שיצטרך להחזיר השכר יש לדון במה דכתבו דלענין עדות לאשה שמת בעלה הואיל דפסולי דרבנן כשרין להעיד ונוטל שכר להעיד דעדותו בטלה שהוא רק מדרבנן כשר לעדות אשה וכמבואר בתשו' נו"ב קמא ובמרח"ש ובס' תשובת פנ"י ח"ב (סי' ס"ג) בתשובת בנו של המ"ב הגאון מ' אברהם ז"ל וכ' שם שהסכימו השלשה גאוני זמנו ובתוכם הגאון בעל ובעל פנ"י שם הסכים ג"כ לזה דמטעם

נוטל שכר להעד אין עדותו בטל דהוי ככל פסולי דרבנן דכשרין לעדות אשה רק שפוסל מטעם נוגע כמו דמבואר שם דזה פסול דאוריית' ולמ"ש רמב"ן שאין זה פסול כלל רק קנס שעדותו לא יועיל ושלא יהיה קיום למעשיו ולמ"ש הוא כדי שיצטרך אז להחזיר מה שקבל א"כ מניין לנו לומר דבעדות אשה לא קנסוהו כיון שלא מצינו מבואר רק להכשיר פסולי דרבנן הואיל דמדאורייתא לא חשדינן לשקר ואתו רבנן ופסלוהו ובעיגונא אוקמא אדאורייתא שיהיה נאמן אבל בנוטל שכר דעד כשר הוא דלא עבר רק על עשה דמה אני בחנם רק מטעם קנס קנסוהו רבנן דכל עדותו מזמן ההוא והלאה יתבטל אפשר מדקתני עדותן בטלין ובתוספת' קתני וכל העדות י"ל דאף להתיר עגונה לומר שמת בעלה לא מקבלין עדותן. אך כיון דכל הגאוני' זי"ע לא נחתי לזה ע"כ דסברו דמכח כ"ש כשר עדותו לעדות אשה ממה דהכשירו אף פסולין דרבנן מכ"ש זה שאין עליו שם פסול רק מטעם קנס. וראיתי בתומים (סי' ל"ד ס"ק י"ז) שכ' דאם ראובן נתן שכר להעד להעיד לו בדברי ריבות שיש לו עם שמעון והעיד העד לטובת שמעון ולחובת ראובן דעדותו כשירה דהאי אייתי חובו לנפשו והפסיד שכרו ולא יהיה חוטא נשכר וגם אל"כ אתי לערומי. ולא ידעתי מניין לו זה כיון דעיקר הפסול הוא מטעם דקנסינן ליה ולמ"ש הוא כדי שיצטרך להחזיר מה שקבל א"כ מה נ"מ אם מעיד חובתו או זכותו של הנותן שכר הא לאו מטעם רשע או משקר פסלינן לעדותו רק מטעם קנס. גם י"ל דמטעם זה הוי נוגע דמעיד חובו כדי שלא יצטרך להחזיר מה שקבל. ועוד הא בקבל שכר מצד אחד הוי כנוגע כמו שכתבתי לעיל ובנוגע העלה התומים (סי' ל"ז) בספק אם נאמן לחוב לכן דין זה צ"ע להכשיר עדותו בגווני שכ' התומים:

והנה התומים והנתיבות הביאו דברי מהרי"ט שהביא הכנה"ג דהא דדינו פסול היינו כשדן דין התלוי בב"ד והתומים הוכיח מדברי רמ"א אה"ע דלא כן הוא רק אף מה שדן עפ"י התורה והאמת ג"כ בטול ואחריו הנתיבו' כ' ג"כ דבטלו ממנו שם דיין והוי כטוען חוץ לב"ד ויכול להחליף טענותיו וההודאה בפניו ל"ה הודאה דלאו דיינא הוא ותמהני שהדברים מבוארים באר היטב במהרי"ט (ח"א סי' ס"ט) ומתחיל' כך עלה ע"ד להעמיד בשודא דדיינ' ואח"כ כתב דל"מ הודאה בפניו ועוד הוסיף דהעדים שהעידו בפניו חוזרים ומגידים. וכן יש להוכיח מתוספתא הנז' דקתני כל דיניו שדן בטלין מדקתני כל מבואר דלא קאי דוקא על דין התלוי בב"ד. אך מה שכ' מהרי"ט דהעדים יכולין להיות חוזר ומגיד קשה אם העדים לא ידעו כלל מזה שלא יתקיים הדין ולא ידעו שהדיין קבל שכר א"כ עברו על לא תענה ואם חוזר ומגיד משים עצמו רשע. ומבואר ברמב"ם (פ"ב) מעדות דאם היה בין העדים קרוב או פסול והוזמו אף דאין נענשין מ"מ נפסלו לכל עדות שבתורה

וע"כ משום דעברו על לא תענה אף דנתבטל עדותן והיינו כיון שהב"ד לא ידעו מהפסול והיה יכול להיות שיתקיים הגדתן ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שבסוף ספר דברי משפט (סי' ל"ו ס"ק ב' וס"ק ו) ובנתיבות (סי' ל"ג ס"ק א') א"כ ה"נ כיון דלא ידעו מהפסול של הדיין ומד"ת מהני עדותן רק חז"ל פסלו מטעם קנס דינו של הדיין א"כ עברו על לא תענה וכשחוזרין ומגידין משימים עצמן לרשעים ואולי כוונתו אם נתנו אמתלא לדבריהם דבכ"מ אמרינן יקים דבר ושוב א"ח ומגידין אף אם נתנו אמתלא לדבריהם כמבואר (סי' כ"ט) ויבואר אי"ה בזה בדיני עדות ובזה כיון דיניו של הדיין אינו דין ואין לו תאר דיין יכולין לחזור ולהגיד כשיתנו אמתלא על דבריהם הראשונים. אך יש להסתפק אם החזיר הדיין מה שקבל אם דיניו דין ואינו צריך לדון מחדש ובאמת ברמב"ן ור"ן לא כתבו דאם החזיר וחזר והעיד רק לענין עדות ולא הזכירו כלל לענין הדין וברמ"א לקמן (סי' ל"ד) כ' ואם החזיר הממון דיניו ועדותיו קיימין ובנתבות שם (ס"ק י') כ' דאפילו לא העיד מחדש מדסתם הרמ"א. וכן דעת הנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' כ"ז) וכבר השיגו בס' בית מאיר מדברי הרמב"ן ור"ן דצריך לחזור ולהעד ואחריו בעל נתיבות בעצמו בספרו קה"י אה"ע (סי' י"ז) ואולי י"ל הא דסתם הרמ"א משום דכ' ג"כ דינו ועדותיו קיימין ובדין אפשר דא"צ לפסוק מחדש אך למ"ש מהרי"ט דהעדים יכולין לחזור ולהגיד י"ל דצריך לקבל עדותן מחדש דדילמא יחזרו מעדותן הואיל דלא היה קיום להדין עד שהחזיר הדיין. שוב ראיתי במהריב"ל (ח"ג סי' צ"ז) שכתב דעדות ודיינות הכל אחד דאם החזיר חוזר ודן ע"ש ועיין כנה"ג (סי' ט' אות ט"ו) דעלה ע"ד דדיין כסיפא לי' מלתא לחזור ושוב הביא דברי מהריב"ל ודברי הרמ"א (סי' ל"ד) דשניהם שוין ועיין מהרי"ט (ח"ג סי' ע"ט) דכ' די"ל לגבי דיין הוי נוגע דכסיפא ליה מילתא למיהדר ומ"מ מסיק דכשר אח"כ אף לאותו דין והביא דברי מהריב"ל ומהרשד"ם שהסכימו כן ומ"מ י"ל שא"צ לומר פ"ד מחדש וסגי אם אינו חוזר מדינו:

ויש להתבונן על הטור ומחבר דלא הזכירו בהלכות עדות כלל הדין דנוטל שכר להעיד עדותיו בטילין רק הרמ"א הזכירו וכלל אותו בנוטל שכר לדון. וראיתי רדב"ז (ח"ג סי' תק"ז) דתמה כן על הרמב"ם שלא הזכירו בהל' עדות וכ' דאם נותן לו אם יועיל עדותו זה פסול מצד נוגע ושחייב להעד בחנם זה כ' (פ"א) מעדות ואם לא רצה להעד בחנם ועבר על עשה מה יעשה זה ואין לו עד אחר עי"ש ודבריו נגד כל הפוסקים גם הא הרמב"ם (פ' כ"ג) מסנהדרין כ' הנוטל שכר לדון דיניו בטלין ומדכ' דיניו משמע כל הדינים שידון אח"כ וכמו שהוכיח מזה הר"ן וכן הביא שם הכ"מ ע"ז דברי הר"ן וא"כ היה לו להזכיר כן בהלכות עדות ג"כ דעדותו בטלין דהא יש ג"כ נ"מ אם יש לו עדים אחרים וגם כיצד

יהיה חולק על הסתם משנה. וי"ל דהטור ומחבר שלא כתבו דסמכו עצמם על מה שכתב (סי' ל"ג) לכל הפסולים לדון פסולים להעיד ונכלל בזה ג"כ נטיל' שכר דכמו שכל דיניו בטלין כן עדות' וכן הרמב"ם י"ל דסמך עצמו על מה דכ' (פי"ו ה"ו) מעדות כל הכש' לדון כשר להעיד ויש כשר להעיד ואינו כשר לדון כמו שפורט שם וממילא ידענו דיתר הפסולים לדון פסולין להעד ונכלל בזה הנוטל שכר שוב ראיתי בס' שאילת שלום מן הה"ג מ' ישעי' פיק ז"ל על שאילתות פ' דברים שכ' מצוה ליתן טעם נכון על השמטות רמב"ם וטור ומחבר עי"ש ולדעתי העניה כמו"ש דכללו בכל הפסול לדון פסול להעיד ויגיד עליו רעהו. ומה"ט נראה דאין שום חילוק בין פסול לדון לפסול להעיד. וראיתי בשער משפט שחקר בבע"ד שקבלו עליהם לדון קאו"פ ונטל שכר אם דיניו בטל די"ל כיון דפסול מה"ת לדון ביניהם לא שייך לומר אף אתם בחנם וכ' דמסתבר כיון דפסול לדון יכול להמנע לדון בחנם אמנם לענין עדות אם קבלו עליהם קאו"פ אף דאינם באיסור אם לא יגיד מ"מ חייבין להעד מטעם השבת אבידה ואסור ליטול שכר. ולמ"ש דדינם שוין מסתימת הטור ומחבר א"כ י"ל או דבתרוייהו איכא איסור או דבתרוייהו שרי לקבל שכר. ומ"מ י"ל אם קבלו עליהן הפסולים לדון או להעיד לא איכפת לן במה דנתוסף עוד פסול אחר וי"ל דבכה"ג לא קנסינן להו שיהיה דינם ועדותן בטל וממילא כל דיניהם ועדותן מכאן ואילך לאחרים אשר כשרים להם ג"כ כשר דאף דלקח עתה שכר היה לפי שפסל מה"ד לדון ביניהם ולא נעשה חשוד בשביל זה שלא לדון לאחרים:

וכ"כ נראה ממה דהשוו הרמב"ם והטור ומחבר דין עדות לדיינין דאין לחלק ביניהם ודלא כמ"ש בתשובת בית יעקב מובא בהגהות מל"מ סוף הלכות סנהדרין דלגבי דיין אם הבטיחו לתת לו שכר אח"כ כשנתן לו דינו בטל למפרע ולגבי עדות לא נתבטל עדותו למפרע והוא כ' שם דמנ"ל לחלק בין עד לדיין אלא דבתרויהו אין המעשה בטל למפרע וכן נראה כיון דא"ח ליתן לו דיכול לומר משטה הייתי בך אם נותן לו אח"כ מתנה הוא אף דאיסור יש הואיל דבשביל שהבטיחו נותן לו מ"מ בשביל זה לא יתבטל דינו ועדותו למפרע ולמש"כ מוכח כן מדברי רמב"ם וטוש"ע דאין חילוק בין דיין לעדות וכנ"ל:

ושכר בטילה דמוכח מותר ליקח ואם לא התנה כתב הסמ"ע דא"נ ליתן אלא כשיעור שרוצה אדם לישב בטל מאותה מלאכה שנתבטל ממנה וכמו גבי משיב אבידה. ואינו כן דעת הט"ז דהוי כפורע חובו ש"ח ועיין תוס' כתובות (דף ק"ח) דמטעם תקנה הוא באבידה עיי"ש וי"ל דבדיין ג"כ כן הוא ובלא"ה כתבו בשבות יעקב ובקצוה"ח דכיון שבאו לפניו והדיין סילק עצמו ממלאכתו ונזקק לדון עפ"י דעת בעלי הדינים הוי כמדעתם וחייבין לשלם וכמבואר בטיו"ד לענין התרת בכור דבלא התנה צריך לשלם

שכרו כפועל בטל. ומזה השיג הקצוה"ח על הסמ"ע דא"ח לשלם רק כפועל בטל לגמרי דדין דומה לראיית בכור דל"ה מלאכה כלל משא"כ גבי אבידה צריך לשלם כשיעור שאדם רוצה לישב בטל מאותו מלאכה והביא דברי הדרישה יו"ד שם. ותמהני הן על הדרישה שם הן על קצוה"ח הא לפנינו מבואר בטור ח"מ (סי' רס"ה) דגם באבידה אם היה יכול להתנות ולא התנה דא"ח לשלם רק כפועל בטל לגמרי ואינו מקבל שום שכר טורח מהשבת אבידה וכן פוסק הרמ"א שם ודוקא כשאין בעל האבידה שם אז שמין בכמה ינוח מלאכתו ויתעסק בהשבתה וכוונת הסמ"ע שכתב כמו במשיב אבידה ודאי ג"כ הוא רק כפועל בטל ממש הואיל ולא התנה ועיין סמ"ע (סי' רס"ד ס"ק ד'):

וראיתי בש"מ ב"מ (דף ל"א) שכתב משם ר"פ דכפועל בטל באבידה ל"ה כפועל בטל דמסכ' בכורות דשם הוא כפ"ב לגמרי וכ' דהתם משום דמיחייב בכל ענין אפילו היכא דבטל ממלאכתו דדרשינן אני ד' מה אני בחנם שאין לו ליטול שכר טרחו כלל מש"ה לא שקל אלא כבטל לגמרי אבל באבידה כשהוא בטל ממלאכה אי בעי לא משיב דכתיב אפס כי לא יהיה בך אביון הלכך שרי ליקח שכר בטילה דאותו מלאכה דבטל מינה עכ"ל ולכאורה צריך ביאור הא גם בדיין פטור כשעוסק במלאכתו והך קרא דל"י בך אביון שדרשו הוי זהיר אתה שלא תהיה אביון קאי על כל מצות שחייב לעשות בחנם ואינו רשאי לקבל שכר מ"מ א"ח לבטל ממלאכתו וכמבוא' בש"ס בכורו' שם דאפי' בטילה דלא מוכח אינו רק מכוער הדיין וכבר ראיתי למי שכתב שדברי הר"פ תמוהים. ברם דבריו נכונים למאד דבאמת כשעוסק מלאכתו ודאי ליכא מצות השבת אבידה עליו וכשמשיב אינו עושה רק לפנים משורת הדין כמבואר בראשונים שם דאומדן דעתו דרוצה לעשות לפמשה"ד ועושין פשרה לשלם שכר בטילה ממלאכתו לעסוק במלאכה קלה ומותר לו ליקח שכר טורח השבה עכ"פ כיון דאינו מצוה ועושה משא"כ בהוראות היתר בכור או דין אף דא"ח בדבר לעשות עכשיו הואיל וטרוד במלאכתו מ"מ התורה אסרה ליקח שכר על לימוד חוקים ומשפטי' וסוף כל סוף כשדן והורה לומד חוקי ה' והתורה גזרה לאמר מה אני בחנם אף אתה בחנם ושלא יקח שכר עבור לימוד חקים ומשפטי' ואין כוונת ר"פ לומר דמחייב בכל ענין אפילו היכא דבטל ממלאכתו דחייב לדון ולהורות דזה ודאי אינו דלא חייבו התורה ליבטל ממלאכתו מדכ' ל"י בך אביון רק החיוב הוא שלא ליקח שכר בכל ענין אם לומד חקים ומשפטים כיון דסוף סוף כשדן והורה להם לומד אותם חקי ד' ועבור טורח זה אסור לקבל דהא ודאי אף אם יש ב"ד גדול ממנו בעירו כשבאו הבע"ד וקבלו עליהם לדון ביניהם אף שאינו חייב בדבר ואין החוב מוטל עליו מ"מ כשדן ביניהם אסור לו לקחת שכר דין והוראה משום מה אני

בחנם כיון דסוף כל סוף לומד חוקי ד' ומשפטיו וכמו כן אם מבטל ממלאכתו ועושה לפנים משוה"ד אינו רשאי לקבל שכר דין שהיא מלאכה קלה רק שכר בטילה ממש משא"כ בהשבת אבידה אם אינו מצוה ועושה אף דעושה לפמשה"ד יכול לתבוע שכר טרחו מהשבת אבידה כיון דא"ח בדבר הוי רק כטורח במלאכה וז"פ וברור ועי"ש עוד בלשון הריטב"א דכ' נמי כיון דשורת הדין יש לו לדון וללמוד בחנם משום מה אני בחנם די לו כשנותן לו כפועל בטל ממש וכשומר קישואין משא"כ בזו דפטור לגמרי משום אפס כי לא יהיה בך אביון ע"ש והכוונה ג"כ כנ"ל דלדון וללמוד אף אם אינו מחויב בדבר מ"מ אסור לו לקחת שכר משום דעכ"פ לומד חקי ד' ומשפטיו משא"כ באבידה. ובודאי אם לא התנה אף שיש שכר בטילה הניכר אינו לוקח רק כפועל בטל ממש ואם מקבל יותר יש לדון דהוי כנוטל שכר לדון דדינו בטל אם לא דנאמר דאם מקבל אח"כ לא יתבטל למפרע אבל מ"מ אסור לו ליקח יותר מן שכר בטילה ממש:

והנה אף דקנסו חכז"ל בנוטל שכר לדון דדיניו בטלין ומטעם זה צריך להחזיר הדמים שקבל מ"מ במצוה דרמיא אכ"ע אם נזדמנה לאחד ולא רצה לקיימה אלא בממון אין מוציאין הממון מידו ואין מפקיעין ממנו חיוב שלו כמבואר ביו"ד (סי' של"ו) דרופא אף דאסור ליטול שכר החכמה והלימוד דאבידת גופו הוא ורחמנא אמר והשבותו לו ואמרינן גם בזה מה אני בחנם אף אתה בחנם כמו דמבואר ברמב"ן בתורת אדם [ובס' בן יוחאי (דף פ"ג) כתב פליאה נשגבה על רבינו הב"י דפסק שם ביו"ד דרופא אסור ליטול שכר החכמה ומדמה רופא לדיין וסותר לש"ס סנהדרין (דף צ"א) א"ל אם אתה עושה כן רופא אומן תקרא ושכר הרבה תטול הרי בשביל שיקרא רופא אומן יטול שכר הרבה על הפלגתו בחכמת אומנתו ולא כפועל בטל כדיין. ולא אדע מה עשה לו הב"י הא מוסכם מכל הפוסקים והרמב"ן הנ"ל דאסור ליטול שכר על חכמתו שמלמדו שחייב מטעם השבת אבידה רק שכר בטילה והרמב"ן שם מדמה רופא לדיין ממש בכמה פרטים. ומה שאמר גביהא בן פסיסא להההוא צדוקי דא"ל אי קאימנא בעיטנא בך ופשיטנא לעקמותך מינך אם אתה עושה כן רופא אומן תקרא ושכר הרבה תטול מלבד די"ל דאמר לו בדרך צחות ושחוק שיוותר לו בשכר טרחתו לפשט מגבו העקמומיות שהיה לו וזה טורח גדול ושכר טורח מותר בלא"ה הא אמר כן להצדוקי והם אין דורשין מה אני בחנם אף אתם בחנם וכשאינו רוצה הרופא לרפאות בחנם רשאי ליתן לו שכר הרבה ושחק על האי צדוקי בזה] מ"מ אם לא רצה לקיימו אין מוציאין מידו ומבואר ברמב"ן בת"א דשכר הרופא ששוה כל כסף חייב ליתן כל מה שהתנה לו ועיי"ש בב"ח ובסמ"ג עשין(סי' ע"ד) ובס' אגודה סוף ב"ק ובבנימין זאב (סי' ר"פ) ולא מצינו שם דקנסינן ליה. ומזה ראיה

למ"ש דעיקר הקנס הוא דמעשיו בטלין וממילא חייב להחזיר משא"כ ברפואה וכדומה דל"ש לבטל המעשה חייב ליתן לו כמו שפסק ואף מוציאין מידו ואין מפקיעין מידו ואין מפקיעין ממנו חיוב שלו דשכר הרופא שוה כל הכסף ועיין בתשובת בעי חיי חיו"ד (סי' רל"ז) דכ' דהמוחזק יכול לומר קים לו כי"א שברמב"ן וריטב"א יבמות דאינו נותן לו אלא שכרו. אולם דעת רוב הפוסקים דחייב ליתן כמו שהתנה ועיין יש"ש ב"ק (פ"י סי' ל"ח) דכן דעת רוב הגאונים ועיקר ומזה מוכח ג"כ כמו שכתבתי לעיל דחייב לתת שכר פעולתו אף דאסור לו לעשות הפעולה בשכר מ"מ מוציאין מידו ועיין (סי' רס"ד) ובקצוה"ח ונתיבות שם במה שיש מקום עיון בדבריהם מדברי רמב"ן בת"א הנ"ל וגם דיש לחקור דלמא דוקא אם החולה או מי שמוטל עליו פוסק לו לרופא דמים הרבה דחייב ליתן לו שחכמתו מכר לו ואין לה דמים וא"י לומר משטה אני בך כמו בלוקח סממנין ביותר מכדי דמיהן מפני דוחק החולי דלא מתחייב אלא בדמיהן דשכר הרופא בחכמתו חייב ליתן כמו שהותנה והיינו משום דהצלת נפשו עדיף וגמר ומתחייב מה שא"כ אם אחר פוסק עם הרופא שכר הרבה בעד חכמתו והלימוד י"ל כיון דאינו מחויב יותר מן הרופא ורמיא אכולי עלמא דיכול לומר משטה אני בך ועיין קידושין (דף ח') התקדשי לי בדינר תנהו לעני כו' אמרה לו כי היכא דמחייבנא ביה אנא הכי מחייבת ביה את וברשב"א וריטב"א שם ובמח"א הלכות צדקה(סי' א') ויש בכ"ז אריכות דברים ואי"ה יבואר במ"א:

סימן יט

בש"ע (סי' י"ב ס"א) אבל משתשמע דבריהם ותדע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר אינו נזקק לכם וכ' הב"ח דהיכא דאיכא סכנה יכול להסתלק וזריז ואינו נענש דלאו דלא תגורו אינו אלא שלא להכניס דבריך מפני בעל מריבה אבל בחשש סכ"נ והיזק ממון לא אייריי קרא ובהא דהביא הרמ"א דברי מהרי"ו דמ"מ נוהגין עכשיו שלא למחות בעוברי עבירה משום שיש סכנה בדבר שלא ימסרנו למלכות הקשה הב"ח דבספרי מפורש דאפילו איכא חשש הריגה והפסד כל ממונו חייב להזדקק להם וכתב דהאי דספרי אינו אלא בדין שבין אדם לחבירו התם חייב לשפוט בצדק ואפי' איכא חשש סכנות נפשות וכתיב לא תגורו אבל בעוברי עבירה שבין אדם למקום שהוא ממצות הוכיח תוכיח יש להקל כיון דאיכא סכנה דגלוי לפנינו של"ה מקבלים א"נ דאין חילוק רק דקרא לא מדבר אלא בדאיכא חשש סכנה מבר ישראל גופיה אבל בחשש סכנה ממלכות ע"י מסירה דבריא היזקו כבר למדנו וחי בהם ולא שימות בהם. ובתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קמ"ג) העלה דבשביל היזק ממון אין לו לדיין להסתלק מן הדין ולעבור על ל"ת דלא

תגורו ומהרי"ו ורמ"א קאי רק על מ"ע דתוכחה כיון שהוא בשוא"ת א"צ לקיימו משא"כ במצות עשה דלא תגורו וכמבואר חילוק זה ביו"ד(סי קנ"ז) ובמרי"ו ועי' תומים (סק"ב) **ולכאורה** למ"ש האחרונים ובתשובת ח"י ובפ"מ או"ח בכ"מ דהא דצריך לבזבז כל ממונו שלא לעבו' על ל"ת ולקיי' העשה א"צ לא תליא בחומר עשה ול"ת רק אם עובר בקום ועשה או בשב ואל תעשה ואם מפסיד ממון במה שלא יקיים העשה דתשביתו בחמץ דא"ח אף דעובר על ב"י מ"מ כיון דהוא בשב ואל תעשה אינו מחויב לבזבז הון רב עיין פ"מ בא"א (סי' תרנ"ו ס"ק ה') וממילא י"ל היכא דעובר אף על עשה בקום ועשה חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור ועיין בפ"מ במ"ז (סי' רס"ו) א"כ כאן היכא דמפסיד ממון בבירור כיון דאינו עובר בקום ועשה אינו חייב בדבר אף דעובר על ל"ת כיון דהוא בשוא"ת. ובר"ן מס' סוכה כ' משם הראב"ד דה"ט דאינו חייב לתת אף שליש ממונו למצוה עוברת כדי שלא יבוא לידי עוני ויפיל עצמו על הציבור ומשום דהוא בשוא"ת אבל במצות ל"ת כל הון ביתו יתן קודם שלא יעבור עליה ומשמע ג"כ קצת לכאורה דהוא רק אם עובר על ל"ת בקום ועשה אבל שלא לעבור בשוא"ת אין חמור ל"ת מן שלא לקיים העשה ועיין ב"ח או"ח שם דהקשה מהא דקאמר בש"ס אם נאמר בכל נפשך למה נאמר בכל מאודך לפי שיש לך אדם כו' והתם בע"ז קאמר ומשמע דבשאר ל"ת אין לו להפסיד כל ממונו וכ' דאדרבה משם ראי' דאל"כ מאי קשיא למה נאמר בכל מאודך הא איצטריכ' ליה ללמד דדוקא משום ע"ז יפסיד כל ממונו ולא יעבור אבל שאר מצות ל"ת יעבור ולא יפסיד א"ו דאין חילוק וציין לעיין בדברי ריב"ש(סי' שפ"ז).

והנה מדברי ריב"ש מבואר דלא תליא בקום עשה או בשוא"ת רק בלאו ועשה וכל שהוא לעבור על לאו אף שא"כ מעשה חייב לבזבז כל אשר לו ולא יעבור ועיין ב"ח יו"ד (סי' רל"ב) ובש"ע ובש"ע שם (סי"ב) ובטו"ז שם (ס"ק י"ז) ובש"ך שם (ס"ק כ"ג) ומדבריהם מוכח ג"כ דאף היכא דהוא בשוא"ת לעבור על שבועתו כל היכא דלא נתבטל השבועה מעיקרא לומר ע"ד זה לא נשבע חייב לבזבז כל ממונו שלא לעבור אף בשוא"ת. ועיין בפ"מ (סי' תרנ"ו) שם דמסתפק בל"ת דרבנן שלא לעבור אם חייב לבזבז כל ממונו עי"ש וברדב"ז (ח"ד סי' קמ"ה) מבואר דחייב לבזבז כל הונו ושלא לעבור. וי"ל דתליא זה בזה דאם אף שלא לעבור בקום ועשה איסור דרבנן חייב לבזבז כל הונו ממילא י"ל דבלאו דשוא"ת חייב ג"כ לבזבז כל הונו דהא מבואר במהרי"ק (סי' קל"ז) וז"ל דלא אמר הסמ"ק דמדת חסידות שיהרג אלא דוקא באיסורי תורה דומיא דשלש עבירות אבל באיסורי דרבנן אפילו מדת חסידות ליכא דלהרוג עליו בצנעא במתכוין להנאת עצמו דאי בתר כונת הא"י אזלת הא לא מכוין ואי משום עיקר המעשה הא ליכא איסורי דאורייתא

ופשיטא דלא עדיף איסור דרבנן אף כי עביד מעשה מאיסור דאורייתא בדלא עביד מעשה דהתם אפי' מדת חסידות ליכא מדלא מסרה אסתר משום מדת חסידות דפשיטא דחסידה גמורה היתה אלא משום דקרקע עולם היתה ואין כ"כ איסור כ"ש באיסור דרבנן ואפילו עבד מעשה עכ"ל הרי דפשיטא ליה דלא עדיף איסור דרבנן אף דעבד מעשה מאיסור דאורייתא בלא עבד מעשה. וא"כ אם שלא לעבור איסור דרבנן בקום ועשה דדעת רדב"ז דחייב לבזבז כל הונו ע"כ דסובר דגם שלא לעבור בל"ת אף בשוא"ת חייב לבזבז כל הונו. ואף שיש קצת לחלק משם מ"מ מבואר להמעיין דכנראה גם דעתו שלא לעבור בלאו אף בשוא"ת חייב לבזבז כל הונו וכסתמא דנאמר בכל מאודך וכדעת ריב"ש וכבר ראיתי בגליון רע"א זללה"ה יו"ד (סי' קנ"ז) שהביא דברי ריב"ש הנז' נגד דעת הפ"מ והחות יאיר:

וקצת י"ל דאף שלא לעבור על דרבנן בקו"ע דדעת רדב"ז דחייב לבזבז כל הונו מ"מ ודאי נראה דעכ"פ היכא שאינו עובר בקו"ע רק בשוא"ת על חיוב דרבנן בזה כ"ע מודים דאינו חייב לבזבז הון רב וא"כ השתא דליכא לנו סמוכין ובעוה"ר כל מצות שופטים המה רק מדרבנן ושליחותייהו דקמאי עבדינן אם כן אם מסלק ידו אף לאחר שיודע וגמר הדין מ"מ הא אינו עובר על הלאו דלא תגורו מפני איש רק מדרבנן דמה"ת אין תורות ב"ד ושופטים עלינו רק מתקנתא דרבנן ואף בקבלו עליהם ל"ה רק מדרבנן א"כ בזה י"ל היכא דיש היזק ממון אינו חייב בדבר ויש לומר דמ"מ כיון דגוף הלאו דלא תגורו הוא מה"ת עדיף והוי כעיקרו מה"ת כן יש לצדד:

והנה ז"ל מהרי"ו (סי' קנ"ז) ומ"ש אם חייב להוציא ממון נראה דאינו חייב וראיה מדאמרינן פ' בן סורר ומורה דילפינן מלא תעמוד על דם רעיך דחייב להציל חבירו ופריך האי מהכא נפקא מהתם נפקא והשבות לו אבדת גופו מניין ומשני אי מהתם הוי אמינא ה"מ בנפשיה אבל למטרח ואגורי לא קמ"ל אלמא אי ליכא קרא יתירא לא הו' אמרינן שמחוייב להוציא ממון אפילו להציל נפש חבירו וכ"ש גבי עשה דתוכיח דא"ח להוציא ממון ועוד מדאצטרך קרא לכתוב בכל מאודך שחייב אדם למסור ממונו בשביל קדה"ש ואם היה חייב להוציא ממן להציל חבירו מן עבירה א"כ כ"ש עצמו וא"כ מאי איצטריך בכל מאודך ודוחק לומר דהתם חייב למסור כל ממונו אבל גבי עשה דתוכיח א"ח למסור כל ממונו רק מקצת דא"כ מה שיעור יש בדבר בשלמא גבי הכאה עד שיכנו כ"ד א"צ יותר עכ"ל. ולכאורה נראה מדבריו דבכל מאודך הוא רק בע"ז ולא שלא לעבור על ל"ת וזה נגד דעת ראב"ד ורשב"א ור"ן גם מ"ש מה שיעור יש בדבר אינו מובן הא בכל מ"ע לקיימן כתבו הראב"ד והר"ן אף דא"ח לבזבז כל הון מ"מ כל חד וחד מחייב ליתן כפום

ממונא כדי לקיים מ"ע ומה גרעון מצא במ"ע דתוכחה. ורבינו ירוחם כתב מובא בב"י אור"ח שם דעל מצוה עוברת חייב להוציא ע"ז עישור נכסיו וכ' הב"י לא ידעתי מניין לו וע"ש מג"א (סק"ה ומצאתי ביו"ד (סי' קנ"ז סק"ה) בביאור הגר"א זצ"ל דכ' דמשמ' מדברי מהרי"ו דעל כל מנות ל"ת אינו מחוייב להוציא ממונו וקרא דבכל מאודך הוא בע"ז וחולק על הר"ן. אולם מדברי הרמ"א שם שפוסק כדברי הר"ן וראב"ד וגם מביא דברי מהרי"ו משמע קצת דאין חילוק.

וי"ל דהא באמת ראייתו של מהרי"ו נכונה מש"ס דסנהדרין (דף ע"ג) דאצטרך קרא דלא תעמוד על הצלת גופו של חבירו אף דבלא"ה איכא קרא דוהשבתו לו ומדכתיב ויו יתירא דרשינן לאבידת גופו כמ"ש רמ"ה שם וגם שם כתיב לאו דלא תוכל להתעלם ובכ"ז לא היינו מחייבים אותו להוציא ממונו ע"ז רק גלי קרא לא תעמוד אלא חזור על כל הצדדין וכמ"ש רש"י שם ומשם לא נוכל ללמוד לשאר ל"ת שלא לעבור דהצלת נפש שניתן אף לדחות שבת ודאי עדיף ואין ללמוד משם לכל המצות א"כ מוכח דע"כ יש חילוק בדבר דהא ודאי א"ל דאי משום לאו דלא תוכל להתעלם הא אדרבה חזינן באבידת ממון דא"ח להפסיד את שלו בשביל להציל ממון חבירו אף אם הפסידו הוא דבר מיעוט והפסיד אבידת חבירו הוא הון רב בכ"ז א"ח ע"ז כמבואר ב"מ (ע"ב) מ"מ זה בממון דניתן למחול שפיר אמרינן דרכיה דרכי נועם וא"ח להפסיד את שלו בשביל ממון חבירו דמאי חזית כמבואר שם בראשונים אבל להציל גופו למטרח ולאוגרי מה"ת נאמר דא"ח בדבר דהא אף אחר דגלי קרא דלא תעמוד אינו מפסיד משלו דשקיל מיניה אח"כ כמו"ש הרמ"ה והרא"ש מדלא אמרינן אבל בממונא לא קמ"ל מבואר דלא חייבו רחמנא רק למטרח ולהשתדל ולאוגר ולא להפסיד ממון ולמה צריך לזה קרא דלא תעמוד הא כיון דידענו דקרא דוהשבותו קאי על אבידת גופו ממילא הל"ת דלא תוכל להתעלם קאי ג"כ ע"ז ומה"ת לא יטריח בממונו להצי' גופו ושלא יעבור על הלאו. מזה יליף מהרי"ו דאף אם חייב לבזבז כל ממונו שלא לעבור על ל"ת היינו במה שמוטל על גופו והוא חובת הגוף אבל מה שסיבב לו אחר שאין קץ וסוף לזה לכל המקראות והזדמנות בזה א"צ לבזבז ממונו להציל לחבירו כיון שהוא לא גרם לזה ולא בא עליו הסיבה דוקא רק על חבירו בזה אינו חייב להוציא ממונו מקרא דבכל מאודך. ורק להציל גופו ממות בזה גלי קרא דלא תעמוד. [ועיין חות יאיר (סוף סי' קמ"ז) דמלשון למיטרח דנקט מבואר דגם זה לולי דאתרבי ממ"ש לא תעמוד ה"א אם אין בידו להצילו בעצמו אינו מחוייב לטרוח ולולי שכתבו כל הפוסקים שחייב לשכור מממונו להציל חבירו רק שחבירו יחזור לו היה אפשר לומר אם יודע שאין לחבירו להחזיר לו לא רבתה התורה רק לטרוח עבורו ומ"מ

ר"ל משל חבירו ואינו חייב להשכיר משלו. ואפשר שזה כוונת רש"י במ"ש לא תעמוד על עצמך משמע אלא חזור על כל הצדדין שלא יאבד דם רעך וע"ש במהר"מ לובלין דכתב דעיקר מה דדייק הוא מדכתיב והשבות לו ובלא"ה הוה דרשינן מלא תעמוד מלהצילו בנפשיה אבל לא למטרח למיגר אגורי ולמ"ש צריך ללמוד מלא תעמוד לכל דברים אף באם אין לו ממון שיחזור ויגבה ממנו. וקושית המר"ם יש לישב להמעיין. גם יש לדון דבברייתא לא נקט רק להציל חבירו מסיבת הבא עליו ממ"א כגון טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באו עליו שבכל אלה לא גרם לעצמו ובאמת כנראה אף אם גרם לו לעצמו ורוצה לאבד עצמו לדעת ג"כ מחוייב להצילו מדכתיב לא תעמוד ובאמת ע"ז ל"ה קשה כ"כ קושית הש"ס מהתם נפקא אבידת גופו מניין ת"ל והשבותו דהא התם קרא קאי גם על אבידת ממון ובאבידת ממון מדעת א"ח להצילו כמבואר (סי' רס"ד) דאין נזקקין לו ואם מוהשבותו לבד נילף אבידת הגוף אכתי ל"ה ידענן באם בא ע"י פשיעתו ומדעתו דחייב להצילו. ואולי אף אם גרם לעצמו מ"מ ע"כ ידענו שהוא בלא דעת ורוח שטות אחזתו לאבד עצמו לדעת ובכה"ג גם אבידת ממונו חייב להציל כמבואר יו"ד (סי' שמ"ט ס"ג). עכ"פ מקרא דלא תעמוד ודאי חייב להציל בכל הצדדין אבל להצילו מן עבירה ולקיים מצות תוכחה בזה כיון שהוא מצות שאין להם זמן קבוע ויכול לבא עליו בכל פעם ובכל עת א"ח במקו' הפסד ממונו אבל בלא לעבור על ל"ת המוטל עליו ובא עליו בזה י"ל דגם מהרי"ו מודה דחייב לבזבז כל ממונו שלא לעבור וכשיטת הר"ן וכדעת הריב"ש אף שהוא בשב ואל תעשה:

ויש להבין בהא דמבואר בריטב"א ובנ"י יבמות (דף צ') במת מצוה דרשאי הכהן ליטמא א"ע ואיזהו מת מצוה דכהן הבא ליטמא קורא לאחרים לקוברו ואין עונין אותו ואפילו היה מוצא אנשים לקוברו בשכר אין צריך לשכור אלא הוא בעצמו מטמא אם ירצה וכן פסק הרמ"א יו"ד (סי' שע"ד) ולכאורה הא שם עובר ומטמא א"ע בידים ולמה אינו חייב לישכיר אחרים מן ממונו ולקיים בכל מאודך ושלא יטמא א"ע. ואף דכתב רש"י ברכות (דף ך') דמעיקרא כשנכתב הל"ת דטומאה לא על מת מצוה נכתב כשם שלא נכתב על הקרובים כבר הקשה שם תוס' ע"ז דנימא כן בכל ל"ת דדוחה אותה עשה נימא שאינו דחייה דהתם ל"נ הלאו ואף למה שמיישב הרמב"ן בת"א דשם יכול להתקיים העשה משא"כ בכהן דלגבייהו ליכא אופן לקיים העשה בלא דחייה ללאו דטומא' לא מקרי דחייה מ"מ ע"כ צ"ל כמו"ש בס' ח"ש לבאר דבריו דכיון דמ"ע נאמרו בכלל לכל ישראל ואף כהנים בכלל ואם לא יטמאו כהנים למ"מ אזי נעקור מהם כל המצוה לכך ל"ה דחיה וכ"ז א"ש באם קורא ואין אחרין עונין אחריו היינו דלא יש אופן אחר לקוברו

אבל אם עונין אותו ורוצין לקוברו בשכר באנו לידי דחייה נימא דחייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור על הלאו בקום ועשה. ואין לומר למ"ש תוס' שם דלאו שאינו שוה בכל קיל ונימא גם לענין זה דאינו חייב בממונו שלא לעבור דמניין לנו לחלק בזה ולומר דע"ז לא נאמר הקרא דבכל מאודך. ועוד הא התוס' כתבו שם דמה לנזיר שכן ישנו בשאלה ונדחה מפני כה"ב א"כ נימא ג"כ דזה קיל ולא נאמר בכל מאודך על לאו שישנו בשאלה ומבואר בריב"ש הנ"ל דאף שלא לעבור על ל"ת בשוא"ת דשבועה אף שהוא קיל ג"כ דישנו בשאלה מ"מ חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור ק"ו בלאו דכהן אף שאינו שוה בכל למה לא נאמר דחייב לשכור אחרים לקוברו ולא יטמא בעצמו:

ובפ"מ במ"ז שם כשדן דבשוא"ת א"ח לבזבז כל ממונו כד' שלא יעבור כ' וז"ל וממילא אם אנסו עכו"מ לעבור על בל יראה בחמץ בפסח י"ל דא"ח לבזבז הון רב עד"מ שלא לבער חמצו שנתחמץ בפסח ואפשר התם כל שאנוס אינו עובר וצ"ע עכ"ל ולא אדע הא בשבועה שלא לעבור אף בשוא"ת אף דאנסוהו ובא האונס על גוף קיום השבועה מ"מ מדמה הריב"ש לשאר איסורין דחייב להפסיד כל הון ושלא לעבור על שבועתו אף שהוא דבר שאינו שוה בכל ולמה יגרע איסור אחר הן אמת שראיתי במל"מ ספ"ג משבועות) שהקשה מדברי ריב"ש עצמו (סי' ת"ס) וכתב דש"ה שאונסין אותו במה שנשבע שלא לקיים וכן בנידון דרשב"א שהביא שם ולכן אף שהוא אנוס אונס ממון פטור מטעם אומדנא דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע ובההיא דסי' (שפ"ז) הסוכן לא עכבו כדי שיעבור על שבועתו אלא עכבו משום תכלית אחר אלא דממילא א"י לקיים שבועתו כ"א ע"י ממון לכן כתב דחייב לפזר ממון כדי לקיים ושלא יעבור על שבועתו. ולפי"ז י"ל ג"כ באם בא האונס על קיום הדבר כנידון דהפ"מ גם אונס ממון חשיב אונס. אולם מלבד דכן י"ל לקיים שבועתו לפטרו מטעם אומדנא דאדעת' דהכי לא נשבע כמו"ש בעצמו וא"כ זה הוא דוקא באיסור הבא ע"י עצמו אבל במקרה אחרת כמו חמץ שנתחמץ אף דאונסו שלא יבער מ"מ אם יכול לסלק האונס בכל הון חייב בדבר ושלא לעבור אם נאמר דגם שלא לעבור בשוא"ת נאמר בכל מאודך. וגוף החולק שמחלק המל"מ ל"נ להמעיין בדברי ריב"ש רק עיקר סברתו דבמקו' שנאמר דאדעתא דהכי לא נשבע בזה ממעטינן אף אונס ממון מאדם בשבועה וזה רק היכא דלא חל עדיין עליו השבועה וכמבוא' בריטב"א נדרים (דף כ"ז) לחלק בין קום ועשה לשוא"ת דבנדר לעשות ואירעו אונס שלא היה בדעתו בשעת נדרו ואפילו הפסד כלל ממונו דלא אסיק אדעתיה כלל שיפסיד ואף אונס כ"ד המעכבו לקיים להכי כ' רחמנא האדם בשבועה פרט לאנוס וכל שמעכבו שום הפסיד בממונו ה"ז פטור משום שאין חלות שבועתו עד שעת מעשה אבל

בנשבע או נודר שלא לעשות חלות השבועה מעכשיו ואם בא לעבור צריך מעשה בידים וכיון שכן הדין כשאר איסורין של תורה דלא משתרי אלא במקום סכנת גופו כי היכא דשריא בנבילה או בשאר איסור תורה עכ"ל רק דמדברי ריטב"א נראה דתליא העיקר אם הוא בקום ועשה דלא חל רק בשעת מעשה ושלא לעשות הוא בשוא"ת חל דעכשיו הוי כבא אח"כ האונס וריב"ש ס"ל דעיקר תליא אם בא האונס אח"כ במקום דל"ש לומר אדעת' דהכי לא נשבע אז חייב בכל אופן לבזבז כל הון (ועיין ש"ך יו"ד שם ס"ק כ"ג) שהביא משם פסקי מהר"י דנתינת ממון חשיב אונסא ומשמע דוקא הון רב כמבואר שם אבל דבר מיעוט לסלק האונס לא נכנס בכלל אונס ומדברי ריטב"א וריב"ש לא נראה כן. דעיקר תליא אם אדעתא דהכי לא נשבע בזה הוא האדם בשבועה [וביו"ד בגליון רע"א ז"ל שם תמה ע"ד ריב"ש משס נדרים שם דמייתי ראיה מהך מתניתן להא דאתפוס זכיותיה ומה ראיה ומנ"ל דטעמא דמתניתין דאדעתא דהכי לא אדרי דלמא מטעם האדם בשבועה והניח בצ"ע והמעיין בריטב"א הנ"ל יראה דעמד ע"ז ומפרש היטב עיי"ש אולם לדברי הריב"ש יקשה ויש ליישב ויבואר עוד לקמן סי' כ"ו) בביאור דברי הריב"ש. עכ"פ מבואר דפסקינן אף בשבועה אם כבר חל עליו שלא יעבור אף בשוא"ת חייב לבזבז כל ממונו ול"ח אונס וממילא גם בשלא יעבור על ב"י חייב לבזבז כל ממונו ודברי הפ"מ מוקשים לענ"ד:

ובהא דטומאת כהנים למת מצוה דאינו חייב לשכור מן ממונו ורשאי לטמא א"ע דמשום כבוד הבריות אתי עלה וכמו שכ' הנ"י והרמב"ן בת"א לענין קבורת בעל אף שיש לה יורשין וקרובין כיון שקבורתה בספק וביאוש הטילוה חכמים עליו ואף כשימצא אחרים כדי שתהא קבורה מזומנת ול"ת קבורתה מוטלת על המחלוקת ועל הקטטה שגדול כה"ב שדוחה ל"ת זה בכ"מ ועד"ז התירה טומאת קרובים עיי"ש ולכך אף ביכול לשכור בממון הקילה התורה בזה משום כה"ב והתירה טומאת מ"מ ואינו חייב לבזבז הון ע"ז ולהוציא מכיסו שלא יטמא א"ע אף שהוא בקו"ע. ובשאר מצות שלא לעבור על ל"ת אף בשוא"ת חייב לקיים בכל מאודך. ולכאורה יש כדמות ראיה לזה מהא דדרשו חכז"ל על פסוק דלפני עור לא תתן מכשול שלא יושיט אדם אבר מן החי לב"נ ויין לנזיר ולמה לן לזה הא לענין מלקות ליכא נ"מ דהוי לאו שבכללות ולענין איסור בלא"ה ידענו מק"ו מן העשה דהוכח תוכיח א"ו דנ"מ לענין לבזבז ממון. אולם אינו ראיה מ"מ היכא דהוא בשוא"ת גם שם נקט בש"ס לבן נח ובזה ליכא מ"ע דתוכחה דאת עמיתך כתוב את שהוא עמות במצות וגם לנזיר מבואר שם ברש"י אף דהוא רק ספק שמא בא לשתותו ועיי"ש בתוס' ועוד יש כמה נ"מ כמובן גם י"ל להיפך דעבור שלא יעבור על לאו דלפ"ע דהוא

לאו שבכללות קיל כיון דלא נאמר על דבר מיוחד בזה א"ח לבזבז כל ממונו ועיין ריטב"א קידושין (דף ל"ב) בהא דפריך הש"ס ודלמא רתח ואיכא משום ולפני עור ומשני דמחל ליקריה והקשה הא מ"מ בריה לא ידע דמחיל והוי כמו נתכוין לבשר חזיר ועלה בידו כבש ומתרץ ואפש' דבלאו דלפ"ע כיון שהו' לאו כולל לא מחמרינן בי' כולי האי ושרינן בהכי כדי לנסותו ולהדריכו בדרך ישרה. וה"נ אפשר לומר דבזה לא מחמרינן כולי האי לבזבז כל ממונו כיון שהוא אנוס. ועי' מ"ש בח"ר דיני טריפות(סי' ז'):

ובאמת יש להבין קצת דהא הא דנאמר בכל מאודך לא קאי על כל ל"ת רק על ע"ז אם יש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו כמאמר ר"א וכמו דפסק הרי"ף מס' ע"ז פ"ב ומסכת סנהדרין וע"כ הא דחייב לבזבז כל ממונו הוא ממקום אחר וכמ"ש הב"ח והיינו מדכתיב ושמרתם את חקתי ואת משפטי אשר יעשה אותם האדם וחי בהם ועיין ר"ן ע"ז שם דמקרא אחד מיקל דהיינו וחי בהם ולא שימות בהם ומקרא אחד מחמיר דהיינו ואהבת מסתברא לאוקמי קרא דוחי בהם בכל המצות כולן וקרא דואהבת בע"ז בלבד שכל הכופר בה כמודה בכה"ת כולה ובה תלוי עיקר אהבתו של הקב"ה עכ"ל וא"כ הך דבכל נפשך ומאודך אם יש אדם שממונו חביב מגופו קאי רק על ע"ז ועיין בס' תוספות יוהכ"פ מהמר"ם חביב ז"ל דכ' לדון באמת אם יש אדם שממונו חביב מגופו אינו חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור על ל"ת והוא דבר פלא באמת. עכ"פ ע"כ הא דידענו דחייב לבזבז כל הונו שלא יעבור על ל"ת הוא מדכתיב וחי בהם שא"ח לאבד את נפשו אבל כל הונו מחוייב לבזבז וא"כ מניין לנו דקאי דוקא על שלא יעבור על ל"ת הא מדכתיב אשר יעשה אותם האדם וחי בהם קאי על עשיה ואם מרבינן מדכתב וחי בהם שחייב לבזבז כל הונו נימא שגם בשביל לקיים מצות עשה חייב לבזבז כל הונו רק את נפשו א"ח. ועיין לבוש יו"ד (סי' קנ"ז) שכתב כן להדיא דחייב לתת כל אשר לו ולא יעבור דוחי בהם אמרה תורה שא"ח למסור חיותו אבל ממונו חייב למסור כל אשר לו אפילו מצוה קלה שבתורה אם יכול להציל עצמו בממון ולא יעבור א"כ למה לקיים העשה א"ח וראיתי בלבוש או"ח שם דהביא דשלא לעבור על ל"ת הוא מדכתיב בכל מאודך ומחויב לתת כל ממונו שלא יעבור בקום ועשה אבל במצות עשה שלא יעבור עליה א"ח לתת כל ממונו בשבילה להביא א"ע לידי עוני ולהפיל עצמו על הציבור שהעני חשיב כמת וטוב לו לישב בשוא"ת ותבטל המצוה ויקיים הרבה מצות כנגדה משיבא עצמו לידי עוני החשוב כמת וכנראה עיקר הטעם דכל ממונו הוי כמוסר חיותו דעני חשוב כמת וע"ז א"ח א"כ מניין לנו כדי שלא יעבור על ל"ת חייב לתת כל ממונו נימא ג"כ וחי בהם כתיב ועני חשיב כמת. וע"כ צ"ל דכך קבלו הראשונים לחלק בין עשה לל"ת או

מדכתיב אפס כי לא יהיה בך אביון ודרשו רז"ל הוי זהיר אתה שלא תהא אביון כמבואר ש"ס ב"מ ומס' סנהדרין אף דשם דרשו על השבת אבידה שהוא ענין של ממון חבירו ובזה אף דהוא בל"ת דלא תוכל להתעלם מ"מ פטור וע"כ לדעת ריב"ש דתלי' בין איסור עשה לל"ת אף שהוא בשוא"ת ואין תלוי בקו"ע צריך לומר דדוקא לגבי ממון חבירו א"ח לאבד מן ממונו משא"כ לגבי כבוד שמים אם יתן איש כל הון ביתו חייב מ"מ מחלקין בין קיום עשה לל"ת ואף שהוא בשוא"ת וצ"ע:

והנה מעט מדברי אלה הזכרתי בח"ר דיני שבת (סי' א') והבאתי דברי הריב"ש הנ"ל. והגיעני בזה פלפול ארוך מכבוד ידידי הרב הגאון וכו' מ' ברוך צבי נ"י אבד"ק פיעטרקוב יע"א ודעתו לעיקר בזה לענין לבזבז כל ממונו תליא בשוא"ת או בקו"ע והרבה להביא ראיות לזה כאשר יבואר לפנינו. ואני לא באתי לידי מדה הזאת להכריע מן משמעות לשון הראשונים נגד דעת הריב"ש ובפרט כיון שהביאו הגר"ע ז"ל בגליון יו"ד שם מבלי חולק קשה להכרי' בזה ואבא על סדר ראיותיו. ראי' הראשונ' דהא כן כ' ג"כ רשב"א ב"ק לחלק בין לקיים מ"ע ושלא לעבור על ל"ת והרשב"א מס' ר"ה (דף ט"ז) סובר דכל המבטל בקיום מ"ע עובר על ל"ת דבל תגרע והט"א שם הקשה א"כ למ"ד לוקין על לאו שאב"מ יהיה לוקה על כל ביטול מ"ע משום לאו דל"ת. אולם ל"ק למ"ש רש"י ורמב"ן פ' משפטים ע"פ ובכל אשר אמרתי אליכם ואם נאמר דעל שלא לעבור על ל"ת אף בשוא"ת חייב לבזבז כל הונו מעתה בכ"מ כדי לקיים מ"ע יתחייב ג"כ כדי שלא יעבור על לא תגרע ודוחק לחלק בין בשוא"ת לל"ת בשוא"ת ושהוא לאו שבכללות א"ו דבשוא"ת א"ח. ולדעתי אין להכריע מזה מלבד מ"ש ג"כ לעיל לחלק בין לאו שבכללות י"ל דאף אם אמרינן דלאו דלא תגרעו נאמר אם אינו מקיים העשה מ"מ כיון שעיקר הוא קיום העשה ולא בא הלאו רק לחזק בכה"ג אין חומר ללאו יותר מן העשה דוגמא לזה כ' רמב"ן וריטב"א קידושין (דף ל"ג) בהא דאיצטריך לחייב נשים באבידה ומעקה ושילוח הקן אף דיש בכולן ל"ת ונשים חייבות בל"ת משום דהנך אין העיקר אלא העשה שבהם ולא אתי ל"ת אלא לקיומה דעשה עיי"ש וכבר כתבתי בח"ר באו"ח (סי' י"ג אות ג') דמה"ט עוסק במצוה פטור למיתב ריפתא לעניא אף דצדקה הוא בל"ת מ"מ כיון שעיקר הוא העשה לקיים וכיון דהעוסק במצוה פטור מן העשה ממילא ליכא לאו וה"נ דכוותיה כיון שהוא אונס שלא לקיים העשה ולא חייבו התורה בזה לבזבז כל ממונו ממילא ליכא לאו משא"כ בנידון דריב"ש שהוא לאו מיוחד לקיים שבועתו והעוב' ואינו מקיים עובר בלא יחל דבריו ושם אין הלאו נאמר רק לקיים העשה דהא הוא לאו גמור שלא יחלל דבריו בפרטות על נדר ושבוע' ולא לבד לחזק קיום העשה. עוד כ' לראיה ממה דתקנו חז"ל

המבזבז אל יבזבז יותר מחומש אף דבצדקה איכא ג"כ ל"ת דלא תקפוץ וההעלם הוא כשפיכת דמים ואם על ל"ת חייב לבזבז יבזבז ויבזבז כל ממונו וכבר כ' הרמב"ם שאין אדם נעשה עני מן הצדקה והאריך בזה. וא"ר כלל חדא דלגבי עניני ממון לגבי חבירו כבר הזהירה התורה אפס כי לא יהיה בך אביון הוי זהיר אתה כו' וגם כי דרכיה דרכי נועם ומה חזית דדמך דחבירך יקדים ואם הוא נוגע לפ"נ ודאי חייב רק חייך קדמה לחיי חבירו ובלא"ה חייב לתת כל אשר לו ובאינו נוגע לפ"נ רק לתת די מחסירו אשר יחסר לו נתנו חכז"ל קצבה כי דרכיה דרכי נועם וגם כבר כתבתי דאף שלא לעבור על ל"ת הבא בסיבת אחרים ובמקרה שזה אין לו זמן וחק קבוע בזה א"ח לבזבז כל אשר לו:

עוד הביא ראיה מהא דחייבה התורה למודה במקצת שישבע אף שיודע התובע שבשקר נשבע ועובר על לפני עור והביא שכבר העיר בזה בס' מוצל מאש א"ו דא"ח לפזר כל ממונו כדי שלא יעבור על שוא"ת. וראי' זאת איני מכיר כלל דהא עכ"פ לפי ממונו חייב לבזבז שלא יעבור ולא גרע מעל עשה וכמ"ש הראב"ד והר"ן וזה לא שמענו דאף עשיר גדול אינו חייב לפטור את החייב לו שבועה אף אם יודע שנשבע לשקר וכן רשאי להפוך על התובעו שבועה דרבנן אף שיודע שחבירו ישבע לשקר ועיין ריטב"א שבועו' ר"פ שה"ד שפירש הא דשבועה חלה על שניהם ממש אם חבירו מהפך עליו שבועה ויודע שנשבע שלא כדין עיי"ש ובזה עובר על לפני עור בקום ועשה מה שמהפך השבועה ע"ח ולא מצינו שיבזבז ממונו ע"ז או שישבע הוא כפי האמת עמו או אם א"ר לישבע ישלם ולא יהפוך על התובע השבועה. ברם עיקר קושית המוצל מאש לא קשה דהא גלי קרא בזה דחייב לברר הדבר בשבועתו וא"ח למחול לו ועונש יש לו מדכ' שבועות ד' תהיה בין שניהם שחלה על שניהם אבל להשביעו גלי קרא. וראיתי בש"מ ב"מ (דף ה' ע"ב) משם ריטב"א וז"ל בד"ה הולך ותוקף כו' ונימא מגו דחשיד אממונ' כו' ולא נרמי עליה שבועה דהא איכא משום ולפני טור ופרקינן דל"א האי מגו באשר דבעי למגזל ול"ב למגזל ולאשתבועי בשקרא ומשום שבועה מודה עכ"ל הרי מבואר דאם ל"א מגו דחשיד אממונא שיהיה חשיד על שבועה לא איכפת לן ואינו עובר על לפני עור דלא מחזקינן שיעבור על השבועה בשאט נפש. ואולי מ"ש הריטב"א קידושין שהבאתי לעיל דבלאו דלפני עור שהוא לאו כולל לא מחמרינן כ"כ ומותר לנסותו כדי להדריכו בדרך ישרה למד מכאן ממה דנתנה התורה רשות להתובע שישביע להנתבע אף אם יודע שישבע לשקר:

ומה שהביא מדברי החינוך פ' כי תצא בשכר שכיר אם א"י לפורעו באותו יום אא"כ יאבד שלו ל"ח הכתוב בזה והביא מ"ש בזה בס' מוצל מאש ואינו כעת ת"י והוכיח מזה

קצת כיון שלא יעבור בקום ועשה א"צ להפסיד וגם זה אינו ראיה כלל חדא דא"כ עכ"פ אם אין לו וצריך שיפסיד לפי ממונו ועשרו יתחייב לקיים העשה בזמנו ושלא יעבור על ל"ת ועוד הא בטוש"ע (סי' של"ט) כתבו סתם אם לא היה לו מעות ליתן לו דאינו עובר. וראיתי בגליון רע"א ז"ל בח"מ דעמד ע"ז וציין לעיין בחינוך ובפ' מוצל מאש ובמ"ש בגליון יו"ד הנ"ל. וצריך לומר אף דבכל לאו חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור מ"מ בדבר הנוגע לחבירו דרכי' דרכי נועם לא חייבו התורה שיפסיד הרבה והכל ממה דהזהירה התורה לא יהיה בך אביון וכיון דעיקר העשה והל"ת הוא לתועלת ממון של השכיר לא חייבו התורה בכך ודרכיה דרכי נועם משא"כ ל"ת הנוגע לשמים שלא יעבור י"ל דחייב לבזבז אף שהוא רק בשב ואל תעשה ומראיות אלה וכאלה אין להכריע לענ"ד נגד הריב"ש:

גם מה שהביא ראיה מהא דכתובות (דף כ"ז ע"ב) תרתי לא עבדו ופירוש רש"י חדא דשתקי מלהעד אמת וחדא דמסהדי שקרא והביא משם מחבר אחד דכ' דעל כבישת עדות דל"ה רק עשה יוכלו להשמט מפני יראת האלמות שלא יפסידו ממונם אבל שלא לעבור על לא תענה אף אם יפסידו כל ממונם אינם רשאי' לעבור ותמה ע"ז דהא אף שלא יכבוש עדותו איכא ג"כ לאו דלא תעמוד על דם רעיך וכמ"ש בתו"כ פ' ויקרא והרמב"ם בס' המצות והחינוך א"ו כיון שלא יעבור בקו"ע רק בשוא"ת אינו מחוייב לבזבז כל ממונו. וכבר כתבתי לחלק בעניני הפסד ממון חבירו ללאו הנוגע לשמים ובלא"ה כתבתי במ"א דהך דתו"כ אף שהביאו הרמב"ם במנין המצות והחינוך דעל כיבש עדותו נאמר ג"כ קרא דלא תעמוד הוא רק אסמכתא בעלמא וכבר האריך בזה בס' שער משפט (סי' כ"ח) וממקומו הוא מוכרע מדדרשינן הך קרא דלא תעמוד על דם רעיך לרואה חבירו טובע בנהר דחייב לאגורי ולאטרוחי ופירש"י ממה דכתיב לא תעמוד על עצמך אלא חזור על כל הצדדין ולהעד עדות לחבירו לא עדיף מהשבת אבידה דא"ח להפסיד משלו כלום וכמ"ש לעיל ובודאי לגבי עדות ממון אינו חייב להפסיד את שלו כלל וא"כ ע"כ דלא נכלל בכלל הלאו דלא תעמוד על דם רעיך ומה"ת ליכא אלא קיום מצות השבת אבידה ושלא חייבו התורה להפסיד בשביל זה ממון כיון שגם לחבירו ליכא אלא הפסד ממון באם לא יגיד. אבל להעד שקר בזה אסור להציל עצמו בממון חבירו ושיעבור על ל"ת וא"ש דברי רש"י כתובו' הנ"ל וז"פ וברור ואינו ראיה כלל מכל הנ"ל נגד דעת ריב"ש. ומה שהביא ראיה מדברי ר"ש מתניתין דפ"ז כלאים האנס שזרע את הכרם ויצא מלפניו קוצרו אפילו במועד עד כמה כו' יתר מכאן קוצר כדרכו והולך אף לאחר המועד ופירש הר"ש עד שליש כמו ב"ק (ד' ט') במצוה עד שליש והא שלא לעבור על לאו דמקיים

בכלאים ליכא שיעור לגבול שליש א"ו כיון דהוי בשוא"ת. וזה ג"כ אינו ראיה דהא אם לא ניחא ליה אינו עובר כלל רק אם מקיים ברצונו שלא בהכרח ועיין תוס' ריש ב"ב משום דכתיב לא תזרע כרמך כלאים דומיא דזריעה דניחא ליה והא דחייבו שם אף דל"נ ליה כ' הרא"ש שם משום מראית עין ולכך סגי בשליש ולא חייבו לבזבז כל ממונו משום דלא ניחא ליה לקיימה ואינו עובר מה"ת ועיימ"ש שם רע"א ז"ל בתוספות משניות ובמ"ש בעזה"י בח"ר בקונטריס התשובות (סוף סי' יוד):

ומה שהקשה מהא דאין פודין את השבוים יותר מכדי דמיהן מפני תיקון העולם והא שבי כולהו איתניהו ביה ובכלל ס"נ ולמה לא יהיה בכלל לא תעמוד וציין לעיין בח"ס חה"מ (סי' קע"ז) עיינתי בדבריו וראיתי שם שהשואל הגאון ז"ל הקשה דלמה לא יבזבז כל הונו ובעל ח"ס ז"ל מדחיק עצמו. ולמ"ש לעיל לחלק בין חיוב הגוף לחיוב שמסבב לו אחר דאין קץ וסוף לזה ודרכיה דרכי נועם דאיזה שיעור יתן לזה לדבר המזדמן בכל עת א"ש ע"נ דבלא"ה א"ח לפדות רק כדי דמיהן חייבו חז"ל והם אמרו שאין פודין יותר מכדי דמיהן עכ"פ לא ראיתי שום ראיה נוצחת נגד דעת הריב"ש ומאן ספן להכריע נגדו וצע"ג לדינא:

סימן כ

[**אמר** המחבר יען בסימן הלזה יבא כמה ענינים בלולים בענין מחילה ופשרה אמרתי לנתך ההערות באותיות נפרדות]:

א

בש"ע (סי' י"ב ס"ח) מחילה א"צ קנין והאחרוני' הביאו דעת מהרש"ל דאף אם אמר התובע שהיה בדעתו ולבו למחול רק עתה תובעו שרוצה להנקם ממנו דא"י לתבוע דמחילה במחשבה הוי מחילה וראי' דאשה שמחלה כתובתה אם שהתה כ"ה שנים ולא תבעה. ובקצוה"ח הביא דברי מהרי"ט דלא אזלינן בתר מחשבה רק היכא דהוא אומדנא המוכח לכל העולם וכבר קדמוהו בחידושי הגרשוני דמהרי"ט בתשובה חולק ע"ד הרש"ל וכוונתו ע"ד מהרי"ט (סי' מ"ה) וכבר כתבתי בח"ר דיני נדרים (סי' ז"ך) דהדבר תלוי במחלוקת רשב"א ור"ן קידושין (דף נ') דדעת רשב"א שם דהיכא דאינו סותר הדיבור וגם אינו נוגע לאחרים רק לו הוי דברים ודעת הר"ן דבכה"ג ג"כ ל"ה דברים ושמה הבאתי לבאר דברי הרשב"א ע"נ ממה דקשה לכל מעיין עליו מש"ס שבועות (דף כ"ו) וכמו שעמד ע"ז בס' ש"מ (סי' צ"ז) וישבתי ע"נ גם הבאתי דברי תוי"ט (פ"ד) ממעשר שני דכ' בדעת רמב"ם דהפודה מעשר שני ולא קרא שם דדיו דא"צ שידבר כלל כיון דלא תלוי רק בדעת עצמו של הפודה. וראיתי בס' חק"ל (סי' ו') שהביא מדברי ריטב"א ב"מ

(דף ל"ד) דכ' והאיך נאמר דמסתמא הוי מחילה ואם לא מחל בפירוש והא קיי"ל דברים שבלב אינו דברים ע"ש הרי דדברים שבלב ל"מ לגבי מחילה. ולא אדע ודאי כ"ז דלא הודה דמחל בלב ל"מ וכ' שם הריטב"א והאיך יצא זה מס' גזל באומדנא זו משמע קצת דהוי ספק אם מחל או לא אבל אם הודה דמחל בלב בבירור י"ל דסובר דמהני מחילה בלב. וע' רדב"ז (ח"ב סי' תרע"ח) וז"ל שאפילו תימא שהיה בדעתה למחול אינה מחילה עד שתאמר בהדיא אני מוחלת משמע מדבריו דל"מ מחילה בלב ואפשר כוונתו שהיה בדעתה להוציא מפיה מחילה אבל אם גמר ומחל בלב ולא רצה להוציא בשפתיו מהני:

ב

אך באמת י"ל דהדבר תליא במחלוקת התוס' וריטב"א קידושין (דף י"ט) דדעת התוס' שם דמחילה לא הוי הקנאה רק סילוק בעלמא ומהני אף לקטן ודעת הריטב"א שם משם רבו דמחילה כמו מתנה ולגבי עבד כשם שאין לו יד לזכות במתנה מיד רבו כך אין לו יד לזכות במחילה משא"כ הפקר מהני להוציאו לחירות דכיון דאפקריהו סליק ידו ורשותו ממנו ויש לו יד לזכות עיי"ש דמבואר מדבריו דהפקר עדיף ממחילה וכשאין לו יד לזכות במתנה אינו זוכה במחילה וכן קטן דאין לו יד לזכות במתנה אינו זוכה במחילה. ובס' מח"א הלכות זכיה מהפקר (סי' י"א) כ' במוחל לחבירו מה שחייב לו והלא אינו רוצה במחילתו מפיו נסתלק שיעבודו ולדעת ריטב"א לא זכה ומ"מ כ' די"ל כל כה"ג הוי הקנאה דממילא אף בע"כ של לוה מהני והוי כאותה שאמרו גבי עבד כסף קבלות רבו גרמו לו. וכן נראה באמת דהא רבו של הריטב"א הוא הרא"ה ובהרא"ה כתובות פ' נערה ומובא בר"ן שם בהא דמוחלת כתובתה יש לה מזונות וכ' הרא"ה דאי נימא מוחלת יש לה מזונות כל אחת תמחול וכן כתב שם הריטב"א (דף נ"ג) ובספר הפלאה שם כתב דסברתם אינו מובן דהא בודאי א"י למחול בע"כ דהברירה ביד היורשים דאינם רוצים לקבל מחילתה כיון דהוא ריעתא להם. אולם דבריהם מובנים היטב דמחילה ל"ה אלא סילוק בעלמא ומהני אף בע"כ ול"ב צד קנין ואף כשאין היורשים רוצים מ"מ נסתלק השיעבוד. ועיין הפלאה אה"ע (סי' צ"ו ס"ק כ"ד) מ"ש באם מוחל שיעבוד קרקעות וי"ל מטלטלין אף דהוי א"י לכפור מ"מ תו ל"ה כמו הילך וחייב שבועת התורה משום שיעבוד גופו ומיישב בזה שם דברי רמב"ם בהיא אומרת בתולה הייתי והבעל אומר אלמנה דיש לה להשביעו שבועת התורה היינו דיכולה למחול השיעבוד ולכך כ' הרמב"ם יש לה היינו דהבריר' ביד' שתמחול השיעבו' ע"ש מבואר משם דעתו דהברירה בידה בלבד ואף אם הבעל א"ר במחילתה מהני ג"כ מחילה אף בע"כ של החייב ואולי י"ל דלמחול

שיעבוד נכסים הן של קרקע הן של מטלטלין ושישאר החוב רק על גופו בזה לכ"ע ל"ה רק סילק שיעבוד ומהני אף שלא לרצון החייב ובע"כ:

ג

ועיין תשובת מהר"ם לובלין (סי' מ"ז) בלוה שחייב לשלם לזמנים והפציר בהמלוה שיקח כעת מעט והמותר ישלם כל שבוע זהב והמלוה רצה שיתחילו לתת כל שבוע בר"ח ניסן והלוה רצה שיתחילו מר"ח אייר ומחמת זה לא נגמר ביניהם ורוצה המלוה לחזור מכל הפשרה וכתב באם לא רצה המתחייב לקבל המחילה והמלוה נתן זמן עד ר"ח ניסן באם שיתרצו דמהני המחיל' ובס' שער משפט (סי' כ"ב) כתב דהמלוה יכול לחזור עד ר"ח ניסן קודם שהודיע המתחייב שרוצה בהמחילה דכיון דלא התרצה בשעת המחילה ואמירת המלוה לא זכה בהמתנה ומחילה בע"כ עיי"ש בדבריו ודברי המר"ם לובלין נכונים דכיון דהמחילה היה בתנאי אם יתן מר"ח ניסן אף שבקש הלוה מר"ח אייר ולא התרצה מ"מ ממילא חל המחילה ואף בע"כ של הלוה דכמו דמהני מחילה לגמרי בע"כ שהוי בכה"ג הקנאה ממילא כמו כן מהני הרחבת הזמן דהוי מחילה במקצת ושוב א"י לחזור [ומ"ש שם הש"מ דכ"ז שלא נגמר הדבר ביניהם הוי כקודם גמ"ד ויכול לחזור הוא הנכון ועיין תשוב' רדב"ז (ח"ה סי' שאס"ג) בחתן שקבל קנין על התנאים וקנס וכשבאו אצל הכלה לא נתרצת ולמחר שלחה אחר העדים ונתרצת וקנו מידה והחתן אמר כיון שלא רצתה באותה שעה אינו חפץ בה וכ' דנתפרדה החבילה ופטור מקנס ואפילו היה שם שבועה פטור של"ה בדעתו אלא שתתרצה באותה שעה וה"נ דכוותיה]. ולדעת התוס' דהוי רק סילוק בעלמא ומהני אף לקטן י"ל כמו כן דמחילה בלב מהני אף שזה הנמחל א"י כלל ממחילתו ולא נתכוין לזכות אבל לדעת הריטב"א דהמחילה הוי הקנאה י"ל אף דגם בע"כ מהני מ"מ עכ"פ צריך שידע זה שסילק רשותו וזכותו ושיעבודו וכ"ז שלא ידע יכול המוחל לחזור בו:

ד

וראיתי בס' בית מאיר (סי' ל"ח סל"ה) שכתב וכבר נסתפקתי בהא דמחילה א"צ קנין אם הוא דוקא כלשון המוזכר בש"ע (סי' רמ"א) מחל לחבירו דמשמע בפניו או לאו דוקא ואפילו שלא בפניו ובינו לב"ע שוב אינו רשאי לתבוע כי כבר זכה במה שבידו דמסתמא ניחא ליה או י"ל שאינו זוכה טרם ששומע זכותו ודקדק בדברי הש"ע שם שכ' בביטול התנאי אעפ"י שביטלו בינו לבינה דמשמע דצריך דוקא בפניו. והנה אף לדעת מהרי"ט משמע דרק בלב ל"מ המחילה אבל אם מוחל בפיו אף שלא בפניו מהני ועיין ב"ח ח"מ (סי' קמ"ו) ובתנאי שאינו של ממון אף אם נאמר דמחילה הוי כמו הקנאה מ"מ היינו דוקא מחילה של ממון והיכא שיש לו חיוב על חבירו אבל בתנאי אף של ממון מ"מ

חיוב ליכא דא"ח לקיים התנאי רק המעשה תלוי בתנאי וגם תנאי שאינו של ממון הא דמהני מחילה הוא דאמרינן דהתנאי היה אם יקפיד על קיום התנאי כמ"ש הר"ן מס' כתובות פ' המדיר ומס' נדרים א"כ לא הותנה על שכנגדו רק על עצמו אם יקפיד ודאי אף אם יאמר בינו לבין עצמו שאינו מקפיד דיו או אף אם חישב בלב שאינו מקפיד סגי ושוב אינו מועיל אם יקפיד ובזה נראה דכ"ע מודים ואף בחיוב גמור של ממון כנראה דמהני המחילה אף שלא בפניו ומלשון הש"ע (סי' רמ"א) אף שכ' שם מחל לחבירו אין לדקדק דדוקא בפניו דהא (סי' י"ב) כ' סתם מחילה א"צ קנין ומשמע אף שלא בפניו ועיין הגה"א המובא ב"י יו"ד (סי' קע"ג) באם מוכר חוב בע"פ שיש לו על נכרי לישראל כשמוחל לנכרי בלא הודיע אליו מהני לסלק איסור ריבית עיי"ש דמשמע נמי דמהני מחילה שלא בפניו. שוב ראיתי בס' קרמ"ר (ח"ב סי' י"א) שהעלה ג"כ דמהני מחילה שלא בפניו והביא ראי' מדברי הגה"א הנז' עי"ש. ולמ"ש שם בחות דעת (סי' קס"ח ס"ק מ') דאף אם הלוה חזר בו והוציא המעות בעצמו שחייב להחזיר להישראל מטעם כיון דבדיניהם יכול למכור ג"כ חוב של אשראי ופוטר להעכו"ם רק מן הזכות שיש לו בדינינו וזה קונה מה שיכול להוציא בדיניהם והמוציא ממנו הוי גזל. א"כ בזה דאינו מוחל לו גוף החוב רק שהוא פוטר ומסלק הזכות שיש לו בדיני ישראל שלא יועיל המכירה ושיקנה הישראל הזכות של דיניהם זה מהני אף שלא בפניו שהוא כדי להתיר איסור ריבית ואינו ראיה שיועיל בכ"מ מחילה לגמרי שלא בפניו וע"ד הח"ד יש לגמגם הרבה אכ"מ. ועיין תוס' כתובות (דף פ"ט ע"ב) ד"ה יכול דהקשו אמאי האשה שהלכה היא ובעלה למדה"י ובאה ואמרה גירשני בעלי מתפרנסת עד כדי כתובתה ניחוש שמא בעלה היה אומר לא גרשתיך והוי טענו חיטין והודה לו בשעורין ופטור. ואם נאמר דמחילה שלא בפניו ל"ה מחילה ל"ק דכיון דהבעל איננו בפנינו לא מיפטר מן מזונות במה שאמרה גירשני דל"ש מחילה והודאה שלא בפניו א"ו משמע דמהני מחילה שלא בפניו ואפשר לומר דשאני כשמחלה בפני ב"ד דזה עדיף טפי ומהני אף שלא בפניו ועיין ש"ע אה"ע (סי' ק"ו ס"א) בכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כ"ש ושתקם כשנודע לה ולא מיחתה איבדה עיקר כתובתה וכ' שם הבית מאיר דאפשר לפשוט מהכא דמועיל מחילה שלא בפני הנמחל וכן עיקר עכ"ל ויש לחלק משם דשם כ' לה קרקע כ"ש והוי כמו דמקבלה על פרעון כתובתה ומתרצית בזה וראיה דהא משמע אף דשטר כתובה בידה מהני לכ"ע אף הסוברים דבנקט שטרא ל"מ מחילה א"ו דשם ענין אחר הוא ומ"מ הכריע הב"מ דמהני מחילה שלא בפניו:

ה

היכא דמתוך כעסו מחל לחבירו ואח"כ חוזר י"ל דל"מ המחילה כמבואר ברמ"א ח"מ (סי' של"ג) דאם אמר לפועל לך מעמדי דרך כעס שאינו פטור וי"ל דאף מחילה בפירוש ג"כ ל"מ וכן אם בדרך כעס התרצה על הפשר י"ל דל"מ ובס' תו"ח ב"ב ר"פ גט פשוט דמהא דאיתא בש"ס אתרא דכהני הוה וקפדי טובא ומגרשי נשייהו משמע דקנין או מתנה ומחילה שאדם עושה ע"י כעסו מהניא ול"א כיון דאין דעתו שוה אין במעשיו כלום והקשה מזה על הרמ"א הנ"ל. ולא אדע מלבד דיש לומר דרק דיבור דהוא דבר קל עביד בכעס ול"מ אבל מעשה לא עביד וי"ל דרבינו ירוחם מודה כשעשה מעשה וקנין מהני אף בכעס לכן בגט דהוא ע"י מעשה מהני בכעס בלא"ה א"ש בגט דחששי משום דכהנים קפדנין ומגרשי דלענין גרושה לכהן לא גרע מריח הגט דג"כ פסלה לכהנה לכך חששו אבל לענין קיום הדבר י"ל דל"מ ועיין מהראנ"ח ח"ח (סי' קי"ב) דכתב במחילה בכעס לחבירו שביזה וחרף אותו ואמר אף אם חטא כנגדו מחול לו. לא הוי מחילה כיון דאמר בדרך כעס ופטומי מילי בעלמא הוא ומשמע דכ"ש מחילת ממון ל"מ כשאמר בכעס וכן מהרי"ט (ח"ג סי' קח"י) כ' במשכיר שאמר לשוכר שיריק הבית אף אם תאמר דהוי כפוטרו משכירות הבית מ"מ כיון שלא אמר דברים אלו מתוך חפץ וישוב הדעת אלא מתוך הכעס ומריבה בהא אמרינן דלא גמר ומחל והוכיח כן מדברי רמב"ם (פ"ה) ממכירה עיי"ש ועיין תשובת הר"י מגח"ש (סי' ח"נ) באם קרע קרע השטר מתוך כעסו אם אמר שמחל לו ח"י לחזור ואם לא אמר לו אינו נפטר בקריעת השטר מן החוב עיי"ש מבואר דאם אמר מהני המחילה אף שעשה בדרך כעס וע"כ הטעם כיון שעשה מעשה ועיין ספר מטה שמעון (סי' י"ב) ולכאורה לא מצאנו חולק ע"ז שיסבור דמהני מחילה מתוך כעס אך מ"מ כיון שהרמ"א (סי' של"ג) כתב בלשון י"א משמע דיש חולק ע"ז ועיין כנה"ג בהגהות ב"י אות (י"ב סי' של"ד) ומשמע דמספק אין מוציאין מיד המוחזק:

ו

כתב הרמ"ה בחידושיו לסנהדרין (דף ו') והלכתא פשרה צריכה קנין ואעפ"י שנעשה בג' ודוקא במטלטלי דליתנהו ברשותיה אבל איתנהו ברשותיה ואמר ליה מחול לך ל"ב קנין דברשות לוקח כיון שקבל עליו מוכר קנה לוקח. וקשה מה מועיל כשאמר ליה מחול לך כיון דהוי דבר בעין וכמו פקדון ל"מ לשון מחילה כמבואר במרי"ק מובא ברמ"א (סי' רמ"א) דלשון מחילה לא שייך אלא במעות שחייב לו אבל אם היה חפץ ביד חבירו ואמר ליה מחול לך אינו כלום ועיי"ש בסמ"ע. ואולי כוונת הרמ"ה כיון דהיה להם דו"ד זה עם זה בדבר זה דאיתנייהו ברשותיה והוי כמו גזילה דנראה דכיון דיצא מרשות בעלים ורק חיוב הגוף עליו להחזיר בזה מהני מחילה ועיין שם בש"ך (ס"ק ה') ובנתיבות שם

פשיטא ליה בגוזל חפץ דאינו מועיל לשון מחילה ובאמת מפשטות סוגית הש"ס ב"ק סו"פ הגוזל עצים משמע דמהני מחילה אף בגזילה בעינא ועיין ב"ק (דף ק"ז) ובנתיבות (סי' שד"מ) דיכול לעשות מגזל מלוה עיי"ש והטעם דכל גזלן יש לו קנין בדבר שגוזל לענין דקונה אף בשינוי ממילא וכן אם נשתמש בו דפטור מלשלם דמי שכירות דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ורק חיוב השבה על הגזלן לכן מהני לשון מחילה ע"ז וכן י"ל אף בדבר בעין שיש להם דו"ד זע"ז כשמחל לו מהני אף לשון מחילה דאינו דומה לפקדון דכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא ואין חיוב השבה על הנפקד וכיון דליכא חיוב הגוף ל"ש לשון מחילה דהוא סילוק בלבד והלא זוכה ממילא אבל במקום דיש חיוב הגוף עליו לחבירו מהני אף לשון מחילה:

ז

ואם מוחל חובו שיש לו שטר כ' הרמ"א שם דמחילתו מחילה ובש"ך שם כ' דהוי ספיקא דדינא והב"ח פ' הטעם של הסוברים דל"מ מחילה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי. והש"ך השיג עליו דלא קיי"ל כב"ש וכבר כתבו האחרונים דרק לענין ספק ל"ה כגבוי ובשטר ברור הוי כגבוי. וטעם אחר כתבו הא דל"מ מחילה כשלא מחזיר השטר דמסתמא מדלא החזיר אינו מוחל בלב שלם ועיין ש"ך (סי' ס"ו ס"ק ע"ד) משם בעל העטור דמה"ט במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דמחול אף דלא החזיר השטר כיון דאינו בידו ועיין קצוה"ח דאף לטעם דהוי כגבוי מ"מ ל"ה כגבוי ביד המוכר ומהני מחילה ועיין בתומים. ולכאורה יש נ"מ בין הטעמים במקום דצריך לישבע על השטר שיגבה כגון באם כבר טוען עליו אישתבע לי דלא פרעתיך או בפוגם שטרא או בבא לגבות מיתומים דבזה ל"א דהוי כגבוי א"כ מהני המחילה לכ"ע אף אם לא החזיר השטר ולהטעם כיון דלא החזיר השטר לא מחל בלב שלם י"ל דגם בזה ל"מ המחילה ויכול לחזור וכן ביתומים מן היתומים דמת לוה בחיי מלוה דפסקינן כרב ושמואל דא"א מורש שבועה לבניו ואם תפס לא מפקינן מיניה בזה ודאי ל"ה כגבוי והיה מהני מחילה אף כשלא החזיר השטר ולטעם דלא היה לבבו שלם למחול מדלא החזיר גם בזה ל"מ מחילתו ואולי בזה כיון דבלא"ה אינו גובה וליכא נ"מ רק לקרוע השטר דלא מהני תפיסה לא מרעינן המחילה המבוררת לפנינו בשביל זה דלא קרע והחזיר השער:

ח

עוד נ"מ באם מוחל על תנאי כשיקיים התנאי יחול המחילה מעכשיו או אף מאז כשיקיים התנאי יתחיל המחילה דמהני ג"כ ולא אמרינן דכבר כלתה אמירה כמו דמצינו דמהני הפקר לאחר למד כאשר כתב בזה אאמו"ז ז"ל בספרו ד"ת דיני הפקר בטעם הדבר ומשם נידון דגם במחילה הדין כן דחל המחיל' מאז. ובכה"ג אינו ראיה ממה דלא

החזיר השטר כיון די"ל דתפס שטרא עד שיקיים התנאי וא"כ מהני המחילה וכשקיים התנאי שוב א"י לחזור אבל להטעם דשטר העומד לגבות כגבוי דמי י"ל דגם בכה"ג ל"מ המחילה כשתפס השטר. ועיין מל"מ ר"פ (ט"ז) ממלוה דכ' ממה דכ' תוס' מס' סנהדרין והרא"ש פ' המקבל להוכיח דמחילה א"צ קנין מהא דהאומר זרוק לי חובי והפטר דפטור אף דל"ה קנין ממילא להסוברים דבמליה בשטר בעי קנין לא מפטר במלוה בשטר אף באומר זרוק והפטר. ולמ"ש י"ל דבכה"ג דליכא הוכחה ממה דלא החזיר השטר כיון דצריך עכ"פ לקיים דבריו שיזרוק מהני המחילה אף אם תפס השטר בידו ובלא"ה כבר כתב המעדני יו"ט בפלפולא חריפתא שם דשם לאו מטעם מחילה נגעו בה רק כיון שע"י מעשה שיעשה מה שאומר לו המלוה לעשות רוצה לפטרו כיון שעשה מצותו וקיים דבריו נפטר. והא דבאומר זרוק לי חובי ולא אמר והפטר דאינו פטור הוא משום דזרוק ושמור קאמר כמבואר ברש"י גיטין (דף ע"ח) ובסמ"ע (סי' ק"כ) ולהסוברים באומר זרוק מנה לים וחייב חצי לך דחייב מטעם ערב אף דלא מטי הנאה לאדם כמבואר ברמ"א (סי' ש"פ) שני שיטות בזה בלא"ה פטור כשאמר והפטר מטעם ערב והרא"ש אזיל לשיטתו שסובר דבזרוק מנה לים לא מתחייב מטעם ערב ולכך בזרוק והפטר אתי עלה מטעם מחילה ועוד יבואר אי"ה בזה לקמן דיני גביות חוב:

ט

וראיתי בנו"ב תנינא חח"מ (סי' ל"ב) שכתב ליישב דעת הב"ח דרק גבי כתובה במתו בעליהן עד שלא שתו שכבר נולד הספק בחיי בעלה בזה סברו ב"ה דלאו כגבוי דל"ה עומד לגבות בודאי דשמא תמות וכן בנפל הבית עליו ועל מורישו אינו עומד לגבות מנכסים הללו בודאי וכן במת לוה בחיי מלוה ל"ה עומד לגבות בודאי דשמא לא ישבע אבל שטר שביד המלוה לגבי נכסי לוה עצמו דעומד בודאי לגבות הוי כהם ברשות המלוה וגם ב"ה מודה דכגבוי דמי ול"מ מחילה בלא קנין ודן מזה דאם אין ללוה אז כלום ל"ש לומר דכאלו הם ברשותו דמלוה שאין כאן נכסים וליכא רק שעבוד הגוף מהני המחילה אף דנקט שטרא ושוב אף אם נתעשר הלוה אח"כ כבר הוא מחול אלו דבריו והנה סברתו לחלק בין כתובה לחוב ברור מבואר בתוס' סוטה (דף כ"ה) ומדברי תוס' שם דכתבו דהשיעבוד עצמו של כתובה עומד בספק לא קיימא ארעא לגובייא אמרו ב"ה דלא כגבוי דמי משא"כ בחוב ברור אף ב"ה יודו משמע דכל כתובה א"ד לחוב דברור היא וסברו גם ב"ה כגבוי ובתשובת דרכי נועם חח"מ (סי' כ"ז) שם תשובת מהר"ם גלאנטי ז"ל כתב כן בדעת הב"ח עפ"י דברי תוס' הנ"ל דכיון דלגובייא עומד והשטר בידו וכגבוי דמי אף לב"ה המחילה רפויה ומשטה ביה ולהכי צריכה קנין:

אך יש להבין הא בש"ס ר"פ א"נ קאמר מאי קסבר אי קסבר שטר העומד לגבות כגבוי דמי והא עבדי איסורייהו ואי לאו כגבוי דמי הא לא עבד ולא כלום וברש"י שם כגבוי דמי שהרי שיעבד לו קרקעותיו על הקרן ועל הריבית ומאי תלוי ליה הש"ס בפלוגתא הזאת הא בחוב ברור דליכא ספיקא לכ"ע כגבוי דמי וצ"ל כיון דעכ"פ אסור לו לגבות הריבית בזה אמרו שם בש"ס לעולם קסבר שטר העומד לגבות לאו כגבוי משא"כ בחוב דהתירא והוא חוב ברור דלית ביה ספק אם יבא לידי גוביינא בזה לכ"ע כגבוי דמי:

אולם מה שהוליד מזה הנו"ב דבלית ליה להלוה נכסים לאו כגבוי ואתי עלה מטעם דרק ביש לו דהוי כהם ברשות המלוה זה דוחק גדול דהא קיי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה ואי אקדש מלוה ל"מ. גם הא נכסי דבר נש הן רק ערבון ואם ליכא שיעבוד הגוף ליכא שיעבוד נכסי ומה"ט כ' ר"ת דהמוכר שט"ח לחבירו וחזור ומחלו מחול משום דשיעבוד הגוף אינו במכירה רק שיעבוד נכסי וכיון דמחל השעבוד הגוף נפקע ממילא השעבוד נכסי א"כ אם נאמר דלענין שעבוד הגוף אינו כגבוי רק לענין שיעבוד נכסי דהוי כברשות המלוה נימא דמ"מ כיון דמהני המחילה לשיעבוד הגוף נפקע ממילא השעבוד נכסי א"ו דמ"מ כיון דיש שטר ברור לפנינו הוי כגבוי אף לענין השיעבוד הגוף א"כ ממילא אף אם לית ליה ללוה נכסים לגבות עכשיו מ"מ הוי כגבוי לענין זה דל"מ המחילה בלא קנין עד דמחזיר לו השטר לדעת רבינו ישעי' ז"ל וז"ב. וראיתי בתשב"ץ (ח"ב סי' ב') וז"ל ובספר עיטור סופרים נראה דבמחילת זכות בעי קנין כיון דבשטרא איכא קנין ובודאי קשיא עליה מהא דאמרינן משכונו של ישראל ביד הגר שאם מת הגר פקע שיעבודיה ואע"פ שקנה משכון נמחל בלא קנין כ"ש שאם מחל לו בפירוש דא"צ קנין עכ"ל וכנראה עיקר טעמו דדבר שהיה בקנין לא נפקע בלא קנין א"כ אין חילוק בין אם יש לו ללוה נכסים או לא ומה דקשיא ליה ממשכנו של גר לאו כ"ש הוא כמו שכ' שם בשט"מ ב"ק ויבואר לקמן:

ו

ולדעת הסוברים דמהני מחילה אף דתפס שטרא מבואר בסמ"ע (סי' רמ"א ס"ק ז') דאם מחל חייב הנותן להחזיר להמקבל השטר. וראיתי בתשובת דרכי נועם (סי' ג') שדקדק מדכ' הטור ע"ד ר' ישעי' וא"א הרא"ש לא חילק היינו שלא גילה דעתו בזה ואפשר דסבר כהר"י ז"ל והביא דברי הסמ"ע הנ"ל שכ' ע"ד הרמ"א וצריך הנותן להחזיר וכו' וכת' משמע שאם לא החזיר השט"ח עדיין לא נמחול החוב אם לא שקנו מידו על אותו מחילה והרי זה כמ"ש הטור משם הר"י עיי"ש ודבריו תמוהין הא הסמ"ע קאי ע"ד הרמ"א שהוא דעת המרדכי דמהני המחילה אף בלא קנין וע"ז כ' דכיון דמהני המחילה שוב צריך

להחזיר השטר והיינו אף בלא קנין מ"מ כיון שכבר חל המחילה משעבוד הגוף והנכסים חייב להחזיר מן הדין אח"כ השטר וכפינן ליה ואתי לאשמועינן דל"ת דעכ"פ נגד חזרות השטר ל"מ מחילה קמ"ל דלא כן הוא כיון דכבר נפקע החיוב צריך להחזיר את השטר ובנתיבות שם כ' דאף מאן דס"ל דל"מ מחילה מודה דמ"מ אינו יכול לתובעו דשיעבוד הגוף ודאי דנפקע ע"י מחילה רק דס"ל דיכול להחזיק בהשטר עד שיפרע לו דנגד זה ל"מ מחילה ולא משמע כן מכל הפוסקים והאחרונים וגם פשטות דברי הירושלמי סופ"א דגיטין דפליגא בזה ר"ח ור"מ דין דמחל שטר לחבריה חד אמר מחל וחרנה אמר לא מחל עד דמסר ליה שטרא משמע דמאן דס"ל דלא מחל עד דמסר ליה שטרא הוא אף לענין גוף החוב ל"מ המחילה ומאן דס"ל דמהני ממילא חייב להחזיר אח"כ השטר ומוציאין ממנו בדיינין. וכן משמע מדברי בעל העיטור שהביא הש"ך דפסק לקולא והיינו דהממע"ה וא"י לגבות בו דאי קאי על השטר וגוף החוב כבר נמחל הוי ליה לפרש. ובאמת יש להתבונן דהא הוי כספק פרעון ונוקי השטר על חזקתו ותליא במחלוקות הראשונים בכמה מקומות ומהן ב"ב (דף קל"ב) גבי כותב נכסיו לבניו ולאשתו ושייר קרקע בברי' האיך דיש סוברים כיון דליכא ראיה דמחלה מוקמינן לכתובה על חזקתה ולדעת רמב"ם אבדה כתובתה מספק ויש לחלק משם דהוי ספק אם היה מחילה או לא משא"כ כאן המחילה ברור לפנינו רק דהוי ספק בדין אם מהני או לא י"ל דלכ"ע אין מוציאין בהשטר ויש בזה להאריך מכמה מקומות ואכ"מ בזה ועיין מהרי"ט (סי' קי"ט):

ונראה כמו דכתב בעל העיטור דאם קנו מידו לכ"ע מהני מחילה כמו כן אם כתב להלוה שובר כיון דעשה מעשה וצוה להעדים שיכתבו שובר חזינן דמוחל בלב שלם ומהני לכ"ע מחילתו אף דלא החזיר השטר ועיין ריב"ש (סי' ת"ד) בנידון שטר חוב ושובר דנעשה ביום אחד אם החוב קדום ואח"כ המחילה המחילה כוללת גם החוב ויחזור לו שטרו ולא הביא דעת הסוברי' דל"מ כלל המחילה כשתפס שטרא והיה לו עכ"פ להביא ולהכריע א"ו דסובר כיון דנעשה ע"י שובר עדיף אך י"ל דשם בררו והם דיינים ופסקו שיעשו מחילה זה לזה ועדיף ממוחל מעצמו וכותב שובר:

יא

והיכא דמוחל רק שעבוד משדה אחד י"ל דמהני אף בנשאר השטר בידו לכ"ע הן לטעם הסוברים דל"מ מחילה כשתפס שטרו דמדלא החזיר השטר אינו מוחל בלב שלם ל"ש כשמוחל רק שעבוד וזכות לגבות מקרקע אחת דא"י להחזיר השטר דצריך לו לגבות מנכסים אחרים גם להטעם דבחוב ברור הוי כגבוי י"ל גם כן דזה ל"ש רק כשמוחל גוף החוב לגמרי דל"מ הואיל דהוי כגבוי וכ"ז שהשטר בידו הוי כאלו החוב בידו ורשותו

אבל אם אינו מוחל גוף החוב רק משדה אחת י"ל דל"ה כגבוי כשיגבה מקרקע הזאת. וכן נ"מ במוחל מקצת החוב דלטעם דכיון דאינו מחזיר השטר אינו מוחל בלב שלם מהני מחילה במקצת ולטעם דהוי כגבוי המחילה רפויה ומשטה ביה ל"מ אף במקצת החוב אולם למחול שעבוד מן קרקע אחת י"ל לכ"ע מהני. וראיתי בס' בית מאיר (סוף סי' ק"ה) שכ' במוכר שט"ח לחבירו דמהני מחילת המלוה המוכר דיש ב' טעמים או מטעם דמכירת שטרות דרבנן או מטעם דשעבוד הגוף נשאר ביד המלוה דנ"מ אם לא מחל החוב אלא שסלק בקנין ומחילה שעבוד מקרקע הלוה הידועה דמהני לטעמא דמכירת שטרות דרבנן וכמבואר בתשוב' ראש"ש מובא בטור (סי' צ') אבל לטעמו דר"ת אם לא מחל גוף החוב הרי שעבד גופו עדיין בידו הוי כנותן דבר שאינו שלו דהא כבר מכר שעבוד זה וא"ד להא דמבואר(סי' ס"ו) דיכול להאריך ז"פ כי זה נמי מוחל עכ"פ שעבוד הגוף כ"ז. והנה דקדק וכ' שסלק בקנין ובמחילה ולא אדע הא מחילה א"צ קנין. ובקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק ל"ו) מסתפק בזה והביא דברי הריטב"א מכות דכמו דמהני הרחבת הזמן כ"כ מהני מחילה מקרקע אחת ודברי תשובת הרא"ש וכ' ג"כ דלדעת ר"ת דכל מה דמהני מחילת המוכר השט"ח הוא משום דנשאר בידו שעבוד הגוף וכ"ז דאינו מוחל השעבוד הגוף ל"מ מחילתו מקרקע אחת דהוי כמוחל דבר שאינו שלו:

וי"ל דהא נכסי דבר נש אינון ערבין ביה וגם שעבוד הגוף ושעבוד הגוף הוא לאו דוקא דהא א"י לעבוד עם הלוה רק חיוב הגוף ושעבוד נכסי כמבואר בש"מ ב"ב והנכסין הן ערבאין וקי"ל דלא יתבע את הערב תחילה כמבואר ב"ב(ד' קע"ד) א"כ יש לו שעבוד הגוף לתבוע תחילה מן הלוה קודם שיפרע מן הנכסי' ושפיר יכול למחול לו אף שעבוד קרקע אחת ולסלק מזה שעבודו היינו שלא יכול לתבוע ממנו לשלם לו מקרקע הזאת וחיוב הגוף מלבד שיש לו על הלוה שישלם לו מאיזה מקום שיהיה יש עוד חיוב הגוף שישלם לו מנכסים שיש לו ואינו יכול לירד לנכסיו עד שיתבענו א"כ יכול למחול לו שמקרקע הזאת לא יהיה יכול לתבוע אותו שישלם לו. ומהני אף דשעבוד הקרקע אינו שלו ל"ה כמוחל דבר שאינו שלו דמוחל רק חיוב הגוף שלא יתבע אותו לשלם מקרקע הזאת:

ועיין בס' אבני מילואים (ח"ב סי' ק' ס"ק ז') דכתב בהא דסו"פ מי שהיה נשוי בכתבה הראשונה ללוקח דו"ד אין לי עמך פריך הש"ס וכי כתבה ליה מאי הוי והתניא האומר לחבירו דו"ד אין לי על שדה זו כו' לא אמר כלום הב"ע בשקנו מידה והק' הא מחילה א"צ קנין וכ' כיוון דאינו מוחל גוף החוב דלכ"ע ל"מ מחילה כשאינו מחזיר השטר. ולמ"ש נהפוך הוא דבזה לכ"ע מהני המחיל' אף כשתפס בהשטר מטעמי' שכתבתי ובקושיא הנ"ל כבר עמד שם ע"ז במהרי"ט בחידושיו כיון דאין לה קנין בגופה של קרקע אלא

שעבודא בעלמא הא קיי"ל מחילה א"צ קנין אפילו מוחלת כתובתה עצמה כ"ש מוחלת השעבוד וכתב לתרץ דלשון דין ודברי' לשון גרוע הוא ול"מ בתורת מחילה שכל שלא מחלה עיקר החוב יש לה שעבוד על הנכסים והיא לא מחלה השעבוד אלא מדין ודברים בעלמא עי"ש ומבואר ג"כ מדבריו דאף מקרקע א' ולמחול שעבוד הנכסים מהני ודלא כמ"ש הקצוה"ח בספרו אבני מילואים. ועיין סמ"ע (סי' קח"י ס"ק א') שכתב וקנו מידו דבלא קנין אין סילוקו בכה"ג סילוק וכמ"ש לעיל רס"י ל"ז ובתומ' שם כ' דבלא קנין אין סילוקו מועיל הואיל ושעבדו עליה דקרקע ובאמת עיקר הטעם משום דדין ודברים הוי לשון גרוע אבל מחילת השעבוד משדה הזאת מהני דמחילה א"צ קנין. אולם בדרישה (סי' קי"א) כ' עמ"ש הטור שם שסילק שעבודו מהם ולקח מהמלוה בקנין שלא יגבה מהם וגוף החוב נשאר עדיין עליו לפרוע דאל"כ למה צריך שיקנה מהמלוה בקנין הא מחילה א"צ קנין אבל מחילת השיעבוד צריך קנין דהו"ל כאלו חזר ומכר לו השעבוד עיי"ש וזה שייך שם שכתב להלוה הסילוק בזה שפיר צריך קנין ואינו מועיל מחילה בלא קנין דשוב חל כיון שהחוב נשאר אבל בכתב ללוקח שני דו"ד אין לי אם מוחל השעבוד נפקע מן השדה הזה וא"י לגבות ממנו רק הא דצריך לקנות מידו הואיל דאמר דו"ד אבל מחילת שעבוד מהני כמ"ש מהרי"ט ועיין ש"מ כתובות (דף מ"ד) רב אחא אמר אחולי אחיל לשעבודיה דכתב משם הריטב"א אחליה לאחריות דהו"ל עליה דאלו לגופא דארעא לא מהני מחילה אלא כשקנו מידו דמגופ' דקרקע קנו מידו עיי"ש ועיין סמ"ע (סי' ר"ט ס"ק כ"א) ובנתיבות שם (ס"ק ו'). ולדעתי העניה לכ"ע מהני אף בתפס. בשטרא כשמוחל מקצת החוב או הרחיב הזמן דבזה ל"ש לומר אם איתא דהיה לבבו שלם למחול היה מחזיר לו שטרו כיון דצריך לו ועיין תומים (סי' י"ב ס"ק ח') דנראה מדבריו דזה עיקר הטעם דל"מ מחילה כשאינו מחזיר השטר ועיין ח"מ וב"ש (סי' ק"ה ס"ק י"ב) דהוכיחו ממוחל' כתובת' דמהני אף כשלא החזירה הכתוב' ובהפלאה שם כתב דמקולי כתובה הוא ואינו ראיה דבחוב ברור שיש ת"י שטר דמהני:

יב

והיכא דיש בידו משכון ומוחל החוב ואינו מחזיר לו המשכון כ' הרמ"א (סי' רמ"א) לכלול ביחד וי"א אפי' היה לו שטר או משכון עלי' אפ"ה הוי מחילתו מחילה אפילו בדברים בעלמא וכ' שם הסמ"ע דחייב הנותן להחזיר להמקבל השטר או המשכון אחר שמחל לו חובו והוא ממרדכי ריש סנהדרין והביא ראיה ממס' קידושין (דף ט"ו) גבי ע"ע דאי לאו דגופו קנו לימא ליה באפי תרי זיל. ובאמת לפי הטעם לגבי שטר דאם איתא דהי' לבבו שלם למחול היה מחזיר לו שטרו כן י"ל טעם זה גבי משכון דמדלא

החזיר לו המשכון הא ראיה דאין לבבו שלם. ומטעם זה אינו ראיה מה דמבואר ברא"ש קידושין (דף י"ט) דבמקדשה במלוה שלה שיש עליה משכון דאפילו לא החזיר לה, המשכון מקודשת ומובא דעתו בטור וש"ע אה"ע (סי' כ"ח סי"א) וכתב שם הב"ש דמכאן מוכח כשמוחל חוב שיש בידו משכון דא"י לחזור דאל"כ דומהלמקדשה במלוה דאחרים במעמד שלשתן דלא סמכה דעתה שמא יחזור א"כ אם הי' יכול לחזור אחר שמחל לא הוי סמכה דעתה ודוחק לומר דהכא עדיף טפי משום דהוי כאלו קיבל מעותיו כיון שמקדש אותה במעותיו עכ"ל ודבריו אינם מובנים לכאורה כאשר עמד ע"ד בספר אבני מילואים שם (ס"ק כ"ו) דודאי זה גרע ממע"ג דאפילו למ"ד סמכה דעתה דלא שביק דידי ומחיל לאחריני הכא אם נאמר דל"מ מחילה משום דתופס למשכון לא זכתה עדיין בכסף קידושין גם מ"ש ודוחק לומר אינו מובן דאם כסף אין כאן ומשום דתפס משכון קידושין אין כאן. ולמ"ש י"ל בכוונת הב"ש דסבר אף להסוברים דל"מ מחילה כשתופס משכון הוא משום דיכול לחזור ולומר דלא מחל בלב שלם מדלא החזיר המשכון ואף במשכון בשעת הלואה לדעת הסוברים דאינו קונה המשכון וא"כ כשמוחל החוב משעבוד הגוף נפקע ממילא השעבוד נכסי מ"מ אין הב"ד יכולין להוציא מידו המשכון דיכול לומר מדלא החזיר לו המשכון הא ראי' דלא מחל בלב שלם. אולם מ"מ צריך שיטעון כן וי"ל אם מוחל החוב ולא חזר בו ומת ובא הלוה להוציא המשכון מן היורשין אף דבכ"מ טענינן בעד היורשים להחזיק מ"מ להוציא לא טענינן ואם באו לב"ד להגבות אותם מן המשכון לא טענינן בעדם דמחילה ל"ה בלב שלם דזה הוי כבאו להוציא להחליט להם המשכון בתורת גבויה ולא טענינן דאביהן היה חוזר. וא"כ אם מקדשה במלוה שיש לו אצלה על המשכון כשלא החזיר לה המשכון שפיר מקודשת כ"ז שאינו חוזר בו ובזה שפיר כ' הב"ש דאם נאמר דיכול לחזור לא סמכה דעתה דדלמא יחזיר בו כיון דלא החזיר לה המשכון ומ"מ בבירור לא נוכל לומר דבאמת לא תהיה מקודשת ותהי' ספק מקודשת וכסף קידושין לא יהיה לה. וכ' ודוחק לומר דהכא עדיף טפי משום דהוי כאלו קבל מעותיו כיון שמקדש אותה במעותיו והיינו דכאן יש סברא לומר דהמחילה היה בלב שלם אף דלא החזיר לה המשכון בשלמא בסתם מחילה זה הוכחה דלא מחל בלב שלם מדלא החזיר אבל כשקדשה באותה מלוה ונחית לקדשה בפני עדים ודאי אין כוונתו להשטות רק מחל בלב שלם וממילא חייב להחזיר לה המשכון ומהני הקידושין בהנאות מחילה דמ"מ י"ל כיון דלדעת הרא"ש א"צ לומר בהנאת מחילה אלא מקדש אותה סתם וכמ"ש שם הב"ש א"כ לא סמכה דעתה דאולי כוונתו על מחילת החוב ומ"מ המשכון

רוצה להחזיק בידו אף שלא יגבה החוב וא"כ ממילא לא סמכה דעתה או דמחילת החוב מהני דממילא צריך להחזיר המשכון:

יג

ועיין בנתיבות המשפט (סי' רמ"א) שכ' לדינא דמחילה מהני לענין זה דאחר שמחל א"י לגבו' חובו עפ"י ב"ד מהמשכון אבל לענין שיהיה צריך להחזיר לו המשכון לזה צריך קנין דבכל משכון אף במקום דלא קני מדר' יצחק קנו ליה מדאורייתא לענין שא"צ להחזיר המשכון עד שיחזור לו מעותיו וזכות זה יכול למכור מה"ת ומה דקני מה"ת בגוף המשכון ל"מ מחילה בלא קנין עיי"ש ומהא דמתקדשה במלוה שלה שיש בידו משכון דלדעת הרא"ש אף בלא החזיר המשכון מתקדשת מבואר דלא כדבריו דלדבריו ודאי לא סמכה דעתה כיון דיש בידו לעכב המשכון ואף לדעת תוס' המובא בב"ש שם דצריך שיאמר בהנאות מחילה רק דה"א הואיל דהמשכון בידו גרע טפי קמ"ל אבל באמת צריך לומר דוקא בהנאת מחילה מ"מ ודאי אם הדין הוא אף דמוחל שעבוד הגוף וא"י לגבות גם מהמשכון דאינו רק מטעם שעבוד נכסים שהוא מטעם ערבות וכל דנפקע שעבוד הגוף נפקע גם השעבוד נכסים מ"מ דעתה ג"כ שתקבל בחזרה המשכון לא שישאר בידו המשכון א"כ למה תהיה מקודשת א"ו דכשמוחל השעבוד וחיוב הגוף וא"י לגבות עוד מן המשכון בגוביינא דב"ד שוב חייב להחזיר המשכון להבעלים ובלא"ה יש כמה גמגומים ע"ד הנתיבו' שם ובמ"ש (סי' ס"ו וסי' ע"ב) ליסוד מוסד דבלעדי הקנין שיש בגוף המשכון מדרי"צ יש קנין מה"ת לענין שא"צ להחזיר ויבואר אי"ה לקמן בדיני הלואה:

וראיתי בקצוה"ח(סי' רמ"א) דברים תמוהין שכ' דדעת הרשב"א קידושין (דף ח') דל"מ מחילה במשכון מדכתב הלכך מלוה שיש עליה משכון כיון דאית ליה בגווה קצת קנין וא"י למוחלו אחר שנתנה לידה וסמכה דעתה מקודשת ואף דכתב כן בנתנו לאחר ובזה כ"ע מודים דל"מ למחול וא"ד למוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דמחל הוא משום דאנן ס"ל דמשכון נמכר בלא כומ"ס כמבואר (סי' ס"ו) אבל הרשב"א שם ס"ל דמשכון ליתא במכירה ומשום דבע"ח מכאן ולהבא גובה ומקודשת מחמת סמכה דעתה עיי"ש בדבריו ולא אדע לכלכל דבריו הא להדיא מבואר מדברי רשב"א גיטין (דף י"ג) ורשב"א כתובות (דף כ"ו) דרק בשמכר לאחר ל"מ המחילה כיון דהמשכון קנוי ליה וזכות שיש לו בגוף המשכון מוכר לו אבל כשלא מכר מהני המחילה אף כשלא החזיר עדיין המשכון וכמבואר בתשובותיו (ח"ג סי' י"ד וסי' שנ"ד) שכ' במוחל שטר משכונה באתרא דלא מסלקי דמהני מחילה וכ' ותדע לך שהרי המלוה על משכון דמטלטלין שאין השביעית משמטת תאמר שא"י למחול עי"ש בדבריו דדוקא כשמכר לאחר ל"מ המחילה אבל

כשלא מכר לאחר חוב הוא שיש לו עליו ומחילתו על המעות הרי אף דסובר דבע"ח קונה משכון אף בשעת הלואה מ"מ כ"ז דלא מכר לאחר מהני המחילה בלא קנין אף כשלא החזיר המשכון ומ"ש הרשב"א חידושי קידושין שם אע"ג דגופו אינו קנוי ואי אקדיש מלוה או זבין מלוה לא עביד כלום היינו אם מוכר או מקדיש גוף המשכון אבל כשאינו מקדיש רק השעבוד שיש לו עליו מהני ובמכירה ג"כ מהני [שוב ראיתי באבני מילואים (סי' כ"ח ס"ק כ"ח) דמפרש ג"כ בעצמו כן דברי רשב"א רק כ' דלפי"ז אין חילוק בין מכירה לקידושין דבתרוייהו לחלוטין ל"מ ולמשכון מהני גם בזביני ובהקדש והא דאמרינן מס' פסחים אקדיש מלוה או זבין לא מהני היינו בקרקעות המשועבדים אבל במטלטלין הממושכן מהני ולא ידעתי מאי קא קשיא ליה על הרשב"א דודאי מ"ש מתחילת דבריו אע"ג דגופו אינו קנוי לו ממש ואי אקדיש מלוה או זבין לא עבד כלום מ"מ לענין קידושין כיון שיש לו מקצת קנין מעכשיו ה"ל כדידיה לענין קידושין ומתקדשת בה הכוונה דאי אקדיש או זבין גוף הדבר לחלוטין ל"מ ולענין קידושין מתקדשת בה דלא גרע ממקדש במלוה שיש לו על אחרים אבל ודאי גם אי אקדיש וזבין הזכות שיש לו והמקצת הקנין שיש לו לגבות החוב מהני. וכן מ"ש שם בדברי הריטב"א דבאשה מקודשת מעתה אפילו פדאו לוה בזמנו דשאני קידושין מזביני והקדש דכל היכא דבשעת קידושין איכא הנאה מהני אין הכוונה כשמוכר הזכות או מקדיש הזכות שיש לו בהמשכון דזה ודאי מהני כמו בקידושין דאם ליתא בזביני והקדש היכי מצי ליתנו לאשה בהקנאה א"ו דגם אם מכר או מקדיש הקנין והזכות שיש לו בו מהני. ולא עוד דהא דעת ריטב"א בעצמו במס' קידושין מובא בש"ך (סי' ס"ו ס"ק ב') במקדש שט"ח ואומר שטר זה וכל שעבודו יהיה לעניים זכו לגמרי דאמירה הוי ככתיבה ומסירה רק דצריך שיאמר וכל שעבודו דאף דהקנאה דהדיוט ל"ב אמירה דהדיו' בעי ומכ"ש דמהני כשאומר שמשכון זה וכל שעבודו יהיה הקדש אבל כשמקדי' בסתם המשכון או כשמוכר כ"ז שאינו אומר וכל שעבודו לא קנה זה השעבוד אף דידע שהוא משכון אבל בקדשה במשכון דאחרים כשהודיע שהוא משכון מהני ומתקדשת בהנאה הואיל דנותן לה מה שיש לו בו מקצת קנין ודעתה על ההנאה והקנין שתזכה משא"כ בזביני י"ל דדעתו למכור גוף החפץ וכשלא יפדנו יחול למפרע הקנין כמ"ש הריטב"א שם וכן בהקדש די"ל כ"ז שלא אמר וכל שעבודו דאינו מבורר דעתו דמקדיש השעבוד ג"כ אבל באשה דרוצה לקדשה בבירור ודאי דעתם על הזכות ומקצת קנין שיש לו]:

יד

אך דעת הריטב"א שהבי' הקצוה"ח שם מבואר להדיא דלא סגי ללוה במחילת החוב עד שיחזור לו משכונו וכן מבואר עוד ביתר ביאור בדבריו (דף י"ט) דכיון דבע"ח קונה משכון אפילו בשעת הלואה כשותף הוא בו וצריך בר זכיה לזכות בו ואם יש בידו משכון ומת הלוה א"י למוחלו לבניו כשהם קטנים ואעפ"י שהחזיר להם לא זכו אם ל"מ לזכות לקטן בד"א מקנה עיי"ש וכן כ' במס' גיטין (דף ל"ז) ובחידושי הר"ן שם דקנין אינו נפקע במחילה וכ' אכל משכנת' באתרא דלא מסלקי אם מחלו מחול דמשכון קרקע אינו קנוי עיי"ש. ויש להבין בדברי הריטב"א דכ' שם במס' קידושין דאפילו לכשת"ל דמשכנו בשעת הלואה אין בע"ח קונה משכון ול"א רי"צ רק שלא בשעת הלואה בכל כי האי משכון דאמה העבריה שהמלוה הולך ואוכל פירות דכ"ע בע"ח קונה משכון דלא אפשר למיכל פרי בלא קנין הגוף לפירות ואפילו למ"ד ק"פ לאו כקה"ג דמי ומבואר מדבריו דלא אתי עלה מטעם אלם שעבודו הואיל דקונה שלא בשעת הלואה מדרי"צ אלם גם בשעת הלואה רק כיון דאוכל פירות הוי קה"ג לפירות א"כ אמאי במשכנתא באתרא דלא מסלקי מהני המחילה הואיל דאינו קנוי למה יגרע מקנין משכון שלא בשעת הלואה ויבואר לקמן ישוב לזה. ועיין מ"ש בספרי א"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות י"ג) להקשות ע"ד הריטב"א הנ"ל דכ' דצריך הקנאה בהחזרה במשכון מש"ס דב"ק (מ"ט) במשכון של ישראל ביד הגר ומת הגר דפקע לי' שעבודיה והבאתי שם דברי המח"א עיי"ש מ"ש בזה אולם ראיתי בש"מ ב"ק שם כ' משם הרב המאירי ז"ל והרא"ה ז' ל דכתבו אף דבמחילה בשיש בידו משכון לא סגי במחילה באמירה בעלמא מ"מ אפילו אחזיק ביה מחיים דגר שלמ"ד הגר ובשעת מיתת הגר הרי הוא בידו לא זכי ביה אע"ג דבע"ח קונה משכון שהפקעו' השעבוד של מי שהעיקר שלו מוקדם לזכיה של זה שעיקרו ודאי לבעלים אע"ג דבע"ח קונה משכון הא מצי לסלוקי בזוזי ועומד לכך ודאי הפקעות הזכות והשעבוד מוקדמת לזכות אחרים עיי"ש א"כ אף דמחילה לא מהני כשיש לו קנין בהמשכון באמירה בעלמא ואף לדברי ריטב"א דבעינן קנין מ"מ במיתת הגר זוכה זה ממילא ונפקע השעבוד לגמרי ועוד יש לדבר בזה ועיין ש"ך (סי' ע"ב ס"ק קכ"א) שהביא דברי הש"ג דמשכנתא באתרא דלא מסלקי דל"מ לסלוקי עד מישלם ימי המשכנתא כי מת הגר לא פקע שעבודא וכל הקודם זכה והב"ח חולק ע"ז עיי"ש וכיון דלדעת הריטב"א והר"ן מהני מחילה באמירה ודאי לא עדיף ממשכון אף דבע"ח קונה משכון וצריך הקנאה בהחזרה לדעת הריטב"א ומ"מ כשמת הגר נפקע השעבוד והקנין ודאי לא גרע משכון קרקע. ומ"מ לענין מחילה אף דדעת המרדכי המובא ברמ"א (סי' רמ"א)

לאו סברא יחידאה היא שכן דעת גדול הראשונים הרשב"א ז"ל דמהני מחילה כ"ז דלא מכר לאחרים וכי כתב שם בשיטה מראשונים לא נודע למי וז"ל ומבעיא לן מלוה שיש עליה משכון ומחל לו הלואתו אם יכול לחזור בו כ"ז דתפס ליה למשכון מי אמרי' גוף המשכון קנוי למעותיו א"ד ל"ד דעבד זכו ביה בתורת מכירה ומשתמש בגופו משא"כ במשכון שאינו אלא ערבון על מעותיו ואם מחל מעותיו פקע ליה שעבוד מהאי טעמא בתרא מסתברא ליה למורי שאין יכול לחזור בו עכ"ל מ"מ כיון שבעל העיטור והריטב"א והר"ן והרא"ה והרב המאירי ס"ל דל"מ מחילה באמירה בלבד כשתפס המשכון בידו ודאי דיכול המוחזק לומר קים לי שלא להוציא ממנו. אולם אם נאבד המשכון באונס באופן דהיה פטור מלשלם אם בא להוציא אח"כ מיד הלוה ודאי דאינו מוציא ואף אם תפס מן הלוה י"ל דמוציאן מידו דע"כ לא סברו הנך פוסקים דל"מ המחילה רק מה שיש לו כח וקנין בהמשכון אבל גוף החיוב הגוף כ"ע מודים דנפקע במחילתו:

ודע דראיות המרדכי מט"ע דאי לאו דגופו קנוי היה מהני מחיל' מבואר בדברי הריטב"א קידושין (דף י"ט) דבאמה עברי' סגי באמת במחילה אף דיש לו בה קנין לפירות וכ' ואי משום דיש כאן משכון ומחילה במלוה שיש עליה משכון ל"מ בלא חזרת משכון הכא שהמשכון בידה מכיון שמוחל לה שעבודו חזרת משכון איכא ובעבד עברי דיש לו בו קנין איסור למסור לו שפחה כנעני' לכך ל"מ מחילה אבל באמה עבריה דלית ליה בה קנין איסור אף דקני במשכון מ"מ כיון שבידה הוא חזרת משכון איכא והקצוה"ח שם בסוף דבריו כתב כן לסלק ראיות המרדכי והדברים מבוארים בדברי ריטב"א. ולפי"ז מיושב דברי הריטב"א גיטין דסובר במשכנתא באתרא דלא מסלקי מהני מחילה והקשתי לעיל הא כיון דאוכל פירות יש לו קה"ג לפירות למה יגרע ממשכון שלא בשעת הלואה ולמ"ש הריטב"א א"ש דקרקע כל היכא דאיתא ברשותו דמריא איתי' דל"ש לאוקמי ברשותו רק לקנין הגוף לפירות וכיון שהגוף הוא של בעל הקרקע כשמוחל נפקע הקנין פירות משא"כ משכון מטלטלין כ"ז דנשאר ביד המלוה ל"מ המחילה ואף דכמו במשכון מטלטלין יצא מרשות הלוה ונכנס לרשות המלוה ולגבי הלוה הוי כאינו ברשותו וכמבואר ברמ"א יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) דהלוה א"י להקדיש משכון שביד המלוה ואף מה ששוה יותר על חובו סברו קצת פוסקים דא"י להקדיש ואף לאחר הפירעון ל"מ ההפקר והמכירה ועיין מרדכי ב"ב פ' המוכר ובש"מ כתובות (דף נ"ט) וברבינו ירוחם (ני"ט ח"א) דאף בקרקע הממושכן ת"י המלוה ל"מ ההקדש דהוי כמכירה ועיימ"ש א"א מ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני חמץ (סי' י"א) ודיני מכירה (סי' ל"א) מ"מ יש לחלק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין כ"ז שהמשכון ת"י ל"מ מחילה דהוי כשותף ממש וכמ"ש

הריטב"א משא"כ בקרקע אף דיש לו קה"ג להפירות מ"מ כשמואל חיובו עומד ברשות הלוה והוי כחזרה ועיין בתשוב' ריב"ש (סי' תק"י) מובא בסמ"ע (סי' שט"ו) בשוכר בית באומר למשכיר דאינו רוצה בו ומסלק עצמו ממנו דא"י להסתלק ממנו בדיבור בלבד כ"א בקנין דשכירות מכירה ליומא הוא ובספר מח"א דיני שכירות (סי' ט') משיג ע"ד ויבואר אי"ה בייקומו ליישב כל השגיתיו:

טו

ואם אמר לשלוחו שימחול החוב שלו כ' המל"מ (פ' ט"ז) ממלוה ולוה בפשיטו' דמהני המחילה דשלוחו של אדם כמותו רק חקר שם אם דומה לאומר קרע כסותי או לא. ולכאורה יש לדמותו להפקר דדעת כמה פוסקים דל"מ הפקר ע"י שליח כמבואר ר"ן רפ"א דפסחים והיינו משום דאינו מוסר לו שום דבר והוי כמילי ואף דשם כתבו כמה פוסקים דהטעם משום דהפקר הוא מטעם נדר וכמו דל"מ נדר ע"י שליח כמו כן ל"מ הפקר מ"מ כנרא' עיקר הטעם משום דהוי מילי ולא מימסרי לשליח ובפרט לדעת מהרי"ט בתשובה דל"מ הקדש ע"י שליח ועיין ספר בית מאיר אה"ע (סי' ק"כ) ובחידושי אאמ"ו ז"ל שבסוף ס' דברי משפט (סי' רמ"א ס"ק ד') ובמ"ש ע"ד מהרי"ט בספרי הקטן (ח"ר סי' כ"ו) דיני נדרי' ולדבריו מחילה על ידי שליח ודאי דלא מהני ואף דמצינו דמהני מחילה על תנאי ול"א כיון דאי אפשר להתקיים על ידי שליח לא מהני התנאי כבר כתבתי שם ליישב ע"נ דברי מהרי"ט וכן להסוברים דבדיבור ל"ב דיני תנאים א"ש עכ"פ יש לדון בזה טובא אם מהני מחילה ע"י שליח לדעת הר"ן הנ"ל דהפקר ל"מ ע"י שליח. וראיתי בתשו' מהר"א ששון (סי' קמ"ה) דפשיטא לי' דמהני מחילה ע"י שליח ודן בשטר מחילה בב' עדים ובאו שנים ואמרו עמנו היה המלוה במ"א תלינן דמחל ע"י שליח והשליח מחל ביום הכתוב בשטר מחילה משמע מדבריו דפשיט' לי' דמהני המחי' אף אם לא הקנה לו החוב. וע' תשובת הר"י מיגאש (סי' קל"ו) שכ' למה שטען שמחל לו אבי הנערה ל"ה מחילתו מועל' כלום אעפ"י שהרשת אותו שיכולה לומר לא הרשתי אותך אלא לתבוע לא למחול אא"כ נזכר בהרשאה שהרשת אותו למחול וליתן ולעשות כרצונו שמחילתו מחילה עיי"ש משמע קצת דצריך הרשאה לעשות כרצונו ושליחות ל"מ:

טז

והיכא דמוחל לחבירו על תנאי כגון באומר אם לא אבא עד זמן פלוני מחול לך החוב ראיתי בנו"ב מהד"ק ח"מ (סי' ל"א) שכ' אף אם במחילה ל"ש אסמכתא לדעת רמב"ם היינו דל"ב קנין בבד"ח אבל מ"מ קנין בעי ורק כשמוחל להדיא ל"ב קנין ודינו כמו אם התרצו בפשרה בב"ד דיכולין לחזור אם לא קנו מידם ואף התובע יכול לחזור דהוי כמו מחילה בטעות של"ה יודע שיאמרו הפשרנים כך וה"נ דומה לפשרה וכ' וסמיכת שלו

מדברי הסמ"ע (סי' כ"א ס"ק ו') שכ' בסיפא שאם לא יבא שיפטור חבירו אפילו קנין בבד"ח א"צ אלא קנין לחוד הרי אף לדע' רמב"ם מ"מ קנין בעי וא"ד למחילה דעלמא עכ"ד ועיין לח"מ (ספי"א) ממכירה ובס' בני יעקב (דף ק"י ע"א) כ' ע"ד ואפ"ל דל"א א"צ קנין אלא במחל מעכשיו במוחלט אבל באומר אם לא באתי צריך קנין דאי לא במאי ליקני חבירו דומיא דמ"ש הר"ן גבי הודאה וכוונתו ע"ד הר"ן נדרים (דף כ"ז ע"ב) דכ' אף דאמר אם לא באתי לבטלן זכותיה שמודה שאם לא יבא לאותו זמן ראיותיו בטילות מ"מ צריך קנין דאם הודה כן בלא שום תנאי ה"נ אבל כיון שתלה באם אין כאן הודאה גמורה הלכך אפילו אמר מעכשיו ל"מ דאף דליכא אסמכתא אפי"ה במה יקנה הלה שיבטלו זכיותיו הלכך בעי קנין כי היכא דלקני חברי' עיי"ש ומדמה לזה הבני יעקב מחילת חוב ג"כ ובאמת יש לגמגם דשם דלא מחל רק דאמר לבטלן זכותיה ואתינן עלה מטעם הודאה בפני ב"ד שפיר כיון שתלה באם אין כאן הודאה כמו"ש הר"ן במה יקנה הלה אבל במחילה דא"צ קנין הוא משו' דמיד זוכה זה בדיבורו במה שבידו כיון שמסלק ממנו זכותו י"ל דגם באם מהני המחילה. אולם הנו"ב אתי עלה מטעם דדומה לפשרה. ובאמת כדבריו מצאתי בתשובת מהר"מ רויטנבורג (סי' תשח"י) שכ' אם אדם קובע זמן לחבירו לדין שאם לא יזמינו לדין עד אותו יום שלא יזמינו עוד ועבר הזמן יכול לחזור מאחר דל"ה קנין וכתב אף דמחילה א"צ קנין זהו כשמוחל לו מיד מה שבידו ומה שתופס משלו וזה פשוט וידוע אם אדם מוחל לחבירו מה שיש לו משלו שא"צ קנין אבל הכא שלא מחל לו מיד אלא שאמר אם אבא אח"כ עד אותו זמן לדין שלא אערער עליכם ובדעתו היה לעשות כדבריו נראה דצריך קנין דקיי"ל פשרה צריכה קנין ה"נ ל"ש עכ"ל הרי דמדמה זה לפשרה דהוי כמו מחילה בטעות ה"נ הוי בטעות דדעתו היה לעשות כדבריו. אך אם מוחל על תנאי שביד חבירו לקיימו ונתקיים התנאי בזה י"ל דל"ה כמחילה בטעות כיון דא"ד לפשרה דכאן יודע דחבירו ישתדל בכל עוז לקיים התנאי יודע ומחל:

וקצת יש להבן בדברי מהר"מ ז"ל דהא (סי' תל"ה) כתב במלמד שאמר לבעה"ב אחר מיתת בנו שלא יתבענו עוד שאין בלשון זה לשון מחילה כיון דלא אמר לו מחול לך או היפטר או אחד מלשון מחילה אין זה אלא פטומי מילי ולא נתרצה למחול דלא אמר אלא שלא אתבענו ואף אם הוא לא תבע חייב בד"ש כיון דלא פטר אותו לגמרי וא"כ ל"ה מחילה וחייב ליתן לו כל שכרו ויכול לתובעו דמה שאמר לא אתבעך אין כאן מחילת ממון ולא זכה הלה במה שבידו דאין כאן אלא דברים בעלמא עכ"ל הרי דסובר דבעינן דוקא לשון מחילה או פטור ובמה שאמר שלא יתבע אותו ל"ה כמחילה וא"כ שם (סי' תשח"י) דהשאלה היה שקבע לו זמן לחבירו לדין שאם לא יזמינו לדין עד אותו יום שלא

יזמינו עוד הא ג"כ ל"ה לשון מחילה והא אף אם אמר לו מיד שלא יזמין אותו לדין יכול לחזור ולתובעו דמ"ש זה ממה שאמר שלא אתבעך ואולי שם היה הקביעת זמן בפני ב"ד ועדיף טפי ועיין במבי"ט (סי' שי"ד) בסופו שכ' וז"ל וקרוב אני לומר כי לשון מחילת תביעה אפילו על חוב או שעבוד לא יועיל כיון שאינו מוחל החוב או השעבוד בפירוש אלא התביע' שיש לו על ראובן בחו' בשעבוד עכ"ל וכנראה דספוקי מספקי ליה ולהר"מ פשיטא ליה דל"מ וע' מהרי"ט (סי' כ"א) בפסק מהר"ם די בוטון ז"ל שכ' באומר אין לי עליך שום תביע' גדולה וקטנה דדי לשון זה למחול וא"צ שיאמר בפירוש אני מוחל לך מה שאתה חייב והביא ראיה ממס' קידושין גבי עבד עברי דאם לאו דגופו קנה היה סגי באומר לו זיל ולית לך עלי סגי למחילת חובו הרי משמע שאם אמר דברים המוכיחים שמחל מהני והמרי"ט שם הסכים ע"י ולכאורה לדברי המר"מ בר ברוך ז"ל והמבי"ט מחילת תביעה ל"מ והא דקאמר בש"ס קידושין לימא באפי בי תרי זיל כבר כתב המרי"ט בחידושיו סוף פ' מי שהי' נשוי דלאו דוקא נקט לשון זה אלא שיאמר לו לשון טוב ועיקר הקושיא הוא דאמאי צריך שטר מה שכתב בשטר יאמר לו בע"פ עיי"ש א"כ אינו ראיה באם אינו אומר לשון מחילת החוב והשעבוד רק אין לי עליך שום תביעה מניין לנו לומר דמהני ואולי יש לחלק בין נדונים שם דהי' הוכחת הרבה דהכוונה היה שמוחל לו החוב ממזונות וצ"ע ועיין טור (סי' ע"ד) מתשובת הרא"ש שכ' ומחל שמעון לראובן כל תביעה שיש לו עליו מאותו שטר כל החוב מחול. צריך לומר ג"כ דהוי הוכחה שמוחל גוף החוב:

ועיין תשובת הרשב"ש (סי' תקע"ב) במלוה שיש לו שטרות על הלוה וטוען הלוה שהמלוה אמר לו שאם תתן לי כך וכך מהחוב הנזכר אמחול לך השאר וכ' שזו אסמכתא הוא שכל האומר אם תעשה כך וכך אתן לך או אמחול לך לא קנה כלום ומשמע דוקא כיון שאמר אמחול לך אבל באומר מחול לך אם תעשה כך מהני ובאמת באומר אמחול לך אף בלי אסמכתא יכול לחזור בו כ"ז שלא נתן. וראיתי בתשובת דרכי נועם ח"מ (סי' ג') במשכיר שתובע מהשוכר שכירות שעבר מדירת הבית ואמר לו או צא מביתי ואני מוחל לך כל מה שנשאר עליך מזמן השכירות וכ' דבזה ל"מ המחילה כיון דשכירות כממכר הוא ואין השוכר יכול להסתלק בדיבור בעלמא כמו שכ' הריב"ש כי אם בקנין א"כ אין במחילה זו ממש וחייב השוכר לפרוע כל דמי השכירות הכתוב בשטר ובס' מטה שמעון תמה עליו הא כיון שמחל בהדיא הוי מחילה והביא מדברי רשב"ש (סי' ק"א) ודברי הדרכי נועם נכונים ודאי אם מוחל להדיא מחילה מוחלטת מהני מחילה בחוב שכירות דמ"ש מכל חוב דעלמא וכן בנידון דרשב"ש שם לא הוטל שום חיוב על

השוכר ודאי אם מוחל מעכשיו מחילה מוחלטת הוי מחילה אבל בנידון דהדרכי נועם דאמר לו צא מביתי ואני מוחל כיון דכ"ז שלא הקנה לו בהחזר' הבית תוך ימי השכירות לא נסתלק השוכר בדבור בלבד כמו שכ' הריב"ש א"כ לא נגמר הדבר בהחלט עד שיצא מן הבית שפיר ל"ה מחילה בהחלט ודומה לפשרה דצריכה קנין כנ"ל:

וראיתי בתשובת מהרי"ט צאהלן (סי' פ"ט) שכ' אם המשכיר אומר לשוכר הנח לי ביתי ולך ואתה פטור מהשכירות א"י לחזור בו אף בלא קנין וא"ד לדברי הריב"ש דשם השוכר אומר למשכיר יכול לחזור משום שהם דברים בעלמא אבל אם המשכיר פוטרו משכירות מחילה א"צ קנין וכנראה סובר אף דהמשכיר עדיין לא זכה בהדירה במה שיצא מן הבית מ"מ כל שזה קיים דבריו ועשה מצותיו חל המחילה למפרע וגמר ומחל כיון שביד השוכר לצאת מן הבית ואינו תלוי בדעתו וגם אסמכתא ליכא במחילה ועיין ש"מ ב"מ ר"פ הבית והעליה משם הרמ"ך בהא דאם נפל כותלו שסמוך לגינת חבירו וא"ל שיפנה אותם ולא רצה ואמר לו הגיעוך והרי הן שלך דלא זכה באבנים עד שיתחיל לפנותן וכתב ונראה לומר דאע"ג דמרי כותלא מצי הדר ביה כל כמה דלא פנינהו מרי גינתא אפי"ה מארי גינתא ל"מ הדר ביה דכיון דאירצו מחליה להזיקא ומחילה ל"ב קנין וצ"ע עכ"ל והנה ספוקי מספקי לי' בזה היכא דחבירו יכול לחזור אם גם הוא יכול לחזור ובאמ' הדברים נפלאים כיון דזה לא מחל הזיקא בחינם רק אם יזכה בהאבנים וכיון דיש ביד בעל הכותל לחזור למה לא יהיה ביד בעל הגינה לחזור וכן בנידון דמהרי"ט צאהלן ועיין תוס' ב"מ (דף ס"ו) ד"ה ומינומי וכן מצינו בכמה מקומות היכא דלא נגמר הדבר מב' הצדדים ואחד יכול לחזור יכול גם השני לחזור ול"ה רק פטומי מילי וצ"ע ועוד יבואר אי"ה במ"א. ועיין רדב"ז (סי' ש"ז) בשנים שקנו סחורה בהקפה מגוי בשותפות וטען אחד שאמר לחבירו אם תביא חלקך בדמי הסחורה יש לך שותפות ואם לא תביא המעות ביום פלוני אין לך שותפות וכ' כיון שכל הסחורה היה ת"י וחזקתו א"צ קנין למחילת שותפות לא יהיה אלא שהיה לו חוב ומחלו דמחילה א"צ קנין וכיון שהוא מודה שכך התנה עמו שאם לא יביא חלקו במעות לא יהיה לו חלק בהסחורה ולא קיים תנאו הרי מחל ומשמע מדבריו אף דהתנאי ל"ה בשעה שקנו הסחורה רק אח"כ ואז כשקנו קנו שניהם הסחורה כי שניהם התחייבו והשטר מכר על שניהם בשוה בערכותיהם ורק אח"כ התנו תנאי זה שאם לא יביא המעות ליום פלוני שלא יהיה שותף וא"כ מבואר דאף מחילה שאינה מוחלטת רק בספק גם כן מהני וזה דלא כמבואר בתשובת מהר"ם רויטנבורג הנז'. ברם לא אבין דברי רדב"ז כיצד דן זה למחילה דא"צ קנין במה שאמר שאם לא יביא המעות ליום פלוני לא יהיה שותף הא אין זה לשון מחילה. וגם הא דפשיטא ליה דמחיל' מהני

בשותפות היינו באם הטילו שניהם לכיס אחד דחלק של כל אחד משועבד לחבירו בזה מהני מחילה וכמו שכתב שם (סי' ש"נ) דמחיל' שותפות ממון מהני וא"צ קנין אבל אם קנו הסחורה בשותפו' וזכו שניהם כל אחד במחצית הסחורה ונתחייבו שניהם להמוכר הוי כמוחל דבר בעין ופקדון דל"מ מחילה רק צריך לשון הקנאה:

יז

היכא דמחייב אחד לחבירו בקנין בסך מסוים באופן המועיל נפום דינא ומתחייב א"ע שחיוב זה לא יפקע מעול' ואף אם ימחול לו יחול שוב שנית החיוב מעכשיו וכן עד עולם אם מהני מחילה אעפ"כ או לא מהני המחילה כיון דשוב נתחייב שנית ואי אפשר שיפקע חיובו במחילה. ראיתי בספר מוהריק"ש הנקרא ערך לחם בח"מ (סוף סי' ס') שכ' וז"ל המחייב עצמו ממון לאשתו ונתחייב בלשון מעכשיו שכל פנים שתמחול לו יחזור ויתחייב מעכשיו עד עולם וקנו ממנו נ"ל דמהני ונ"ד להותר נדרים שמתירין תנאי זה דבחיוב ממון לא שייכא התרה וכן נראה בבירור בדברי הפוסקי' בר"ן נדרים (דף כ"ט) ועיין ריב"ל (ח"ב סי' מ"ז) עכ"ל. ולכאור' יש לדון דאינו דומה לדברי הר"ן ורשב"א נדרים שם דהם הוכיחו מש"ס שם באומר לחבירו שדי מכורה לך עד שאעלה לירושלם דאם חזר וקנה המוכר מן הלוקח דחל שוב שנית המכירה כמו שם באומר נטיעות אלו קרבן עד שיקצצו פדאן חוזרות וקדשן וכמו כן בקרקע ע"י הכסף ושטר חל קנין השני מעכשיו הואיל דבידו עכשיו למכור ול"ה דשלבל"ע דשם אין באפשרית רק שהלוקח חוזר ומוכר הקרקע להמוכר לכן חל שוב שנית המכירה השניה שמכר לו אז וכן לעולם אבל לענין מחילה י"ל דאם מחלה האשה כל החיובים אף החיובים האחרים עד עולם אזלינן בתר מחילה האחרונה ונפקע החיוב הן הראשון הן כל החיובים ע"ע דמחילה אינה צריכ' קנין ואינה בגדר הקנאה משא"כ בשדה דצריך קנין מן הלוקח להמוכר ואז שוב חל על השדה הזאת קנין השני וכן עד עולם ובאמת אם מוכר הלוקח להמוכר השדה עם כל הזכיות שיש לו בהשדה עד זמן הנ"ל או אף באומר כן עד עולם מהני המכירה דהא כמו שמהני מכירת המוכר על אופן זה ע"ע שיחול מכירה אחרת וכן לעולם כמו כן מהני מכירת הלוקח שוב להמוכר בהחזרה ג"כ על אופן זה ויש לומר דבזה שוב לא חזרה השדה להלוקח כיון שמכר לו אף זכות זה מה שיחול תמיד מכירה שניה וכן עד עולם: **ברם** ראיתי שם בלשון הנמוקי יוסף בנדרים שהביא מדברי הרשב"א ז"ל בלשון הזה וכן הדין באומר קרקע זה לעניים עד שאעשה דבר פלוני או עד שאבא ממקום פלוני אם בתוך כך חזר וקנה מהם זכותם הרי הם חוזרין וזוכין באותו קרקע לאלתר דה"ק לעניים יהיה מעתה וכן לאחר שאקנה מהם תחזור להם כ"ז שלא אעשה דבר פלוני או

שאבא ממקום פלוני וכ' ומיהו הסכימו המפרשים ז"ל שאין דין זה אלא בהקדש או בקונמות משום חומרא דידהו אבל האומר שדי נתינה לך מעכשיו עד שאלך לירושלם או עד זמן פלוני אם קנה זכותו תוך זמן זה אין המקבל מתנה חוזר וזוכה בו שלא נתכוון בזמן ההיא אלא לגריעותא עיי"ש הרי דכפל דבריו להסוברים דחוזר וזוכה וכן בעניים דמהני אמירתו לכ"ע שיחזרו ויזכו דאף אם חזר וקנה זכותם דג"כ חוזרים וזוכים הרי דלא יש אופן המועיל שיתבטל הקנין ולעולם חוזר וזוכה אף אם מוכר הלוקח להמוכר את זכותו מ"מ סוף סוף עד זמן פלוני חוזר וזוכה מצד קנין הראשון וממילא אם מוכר בפירוש שיהיה קנויה לו השדה לעולם ואף אם חוזר ויקנה מן הלוקח ששוב יחול הקנין עד עולם ודאי דל"מ אף אם מכר לו בהחזרה עד עולם עם כל הזכו' שיש לו בהשדה דל"ה זמן שיחול הקנין ושלא יחזור שיחול לחזור להמקבל או הלוקח דבאמת בקובע זמן לזה יש מקום שמוכר לו בהחזרה עד סוף זמן שקבע לו דאז יגיע זמן שיחול הקנין למפרע ושלא יחזור להמקבל ובכ"ז מבואר מדברי הנ"י דל"מ אף אם מפרש לו שמוכר לו כל הזכות שיש לו בהשדה בהחזרה דמ"מ כ"ז שיש מקום שיחזור ויחול הקנין חוזרת להמקבל ק"ו באם הותנה כן עד עולם דלא יש זמן הראוי שיפקע מן הלוקח דודאי חוזר לעולם אליו וא"כ כמו כן במחילה ואף אם מחילה מהני בע"כ של המתחייב והוי רק סילוק חיובו בכ"ז אף אם מוחל לו כל החיובים עד עולם דלעול' חוזר וחל חיובו אחר חיובו כיון דהיה כך קנין וחיוב הראשון במעכשיו על דרך זה דאין ביד אחד מהם לחזור ל"מ שום מחילה אף אם מוחל חיוב האחרון דבלתי באפשרות שלא יחול החיוב ולעולם חוזר וניעור החיוב:

והנה עיינתי בדברי מהריב"ל וראיתי שכ' דאפשר אם מחלה פעמיים דלא נשאר שום חיוב עליו דמהני כמו שכ' הר"ן בתשובה (סי' י"ז) בנודר ואמר בכל פעם שיושאל ויותר מהאיסור שיחול עליו פעם אחר וכן לעולם דיכול לישאל להתיר לו כמספר שאמר וכן מה שאמר וכן לעולם יתירו לו פעם אחד וכ' דממונא מאיסורא לא ילפינן דהרי מצינו בהכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסיך דצריך שיכתוב עד עולם אין לדמות ממון לאיסורא עיי"ש והמעיין יראה דמדברי הר"ן אינו ראי' כלל לנידון זה דהא כ' שם להדיא דאם מתיר לו כפי מספר שאמר ואח"כ מתיר לו הנדר שאמר וכן לעולם סגי דזה אינו אלא נדר אחד דאעפ"י דוכן לעולם כולל לאין תכלית אי אפשר שיתרבה הנדר מחמת זה והביא פלוגתא דר"י ור"ש מס' שבועות גבי שבועה שלא לך ולא לך דאין מספר הנדרים אלא כמספר הקונמות שהוא זוכר או כמנין שהזכיר ולא לך ולא לך וכתב שם דאי אפשר לנודר לידור אלא נדרים ידועים ולא שאין להם תכלית עיי"ש וזה הכל בנדר דצריך שיבטא בשפתיו

ולחלק לפרטי' ולא לכלל דאז הוי הכל כמו נדר אחד וכשהותר מקצתו הותר כולו אבל בכ"מ לעולם משמע לאין תכלית וכיון דאי אפשר דבכל פעם חוזר החיוב לאין תכלית ל"מ המחילה אף אם מוחל גם התנאי לעולם חוזר החיוב כמו בשדה זו נתונה לך עד זמן פלוני דל"מ אף אם חזר וקנה ממנו הזכות שיש לו בהשדה. ואין לדמות זה לשולח גט ע"י שליח וביטל כל הבטולים שיבטל בטל דאזלינן אחר ביטול האחרון ובביטול מודעי אף שאמר שמוסר מודעי על כל הביטולין עד עולם הולכין אחר דיבור האחרון הכי נמי הולכין אחר דיבור האחרון דכאן אף שנתבטל חיוב הראשון לעולם בא חיוב האחרון וכל החיובין שמוחל לא מהני כיון דתמיד התעורר חיוב מחדש. וראיתי בתשוב' בית יוסף דיני כתובה (סי' ד' שכ' הא דכותבין בכתובה שלא יפתנה שתמחול דבר מה מכתוב' ואם תמחול יהיה כחרס הנשבר שיש לו לגמגם וי"ל דמחילה קיימת דהאיך אדם מתנה שאם ימחול שלא יהיה מחילתו מחילה אם כפי הדין הוא מחילה וכתב ואפשר דבקנין מצי לסלוקי נפשיה מההיא מחילה שכל פעם שתמחול יחול קנין החיוב ואפילו מאה פעמים ועיין כנה"ג אה"ע (סי' צ' ס"ק פ') בהגהות הטור הביא דעת מהריב"ל דנראה מדבריו דל"מ החיוב ודעת רבינו ב"י בתשובה הנ"ל דבקנין מהני:

ברם יש להתבונן הא הרשב"א בנדרים שם חוכך בדין זה ואמר דדין זה אינו רק במקדיש בלבד משום דהקדש חל בקדושת פה ובאמירה בלחוד אבל במקנה לחבירו בעלמא לא במאי קנה הא אפילו אמר לו מעכשיו אי אפשר לו לקנות אלא בכסף ושטר וחזק' וכסף או שטר או חזקה שנעשו על מכר זה ראשונה כשחזר זה וקנאו כבר כלתה קנייתן של אלו ולבסוף במה יקנה עיי"ש בר"ן ובחידושי רשב"א הוסיף בזה וכתב והיינו טעמא נמי דאצטרכינן למנקט הא דרב הושעיא בשתי פרוטות ולא נקט ליה בחדא פרוט'. וא"כ במחייב א"ע במנה בקנין סודר גם כן אף שאמר עד עולם מ"מ כיון דקנין סודר זה כבר עשה פעולתו בקנינו לחייב א"ע בחיוב הראשון שוב במה יחול שוב חיוב השני אף שאומר מעכשיו דאל"כ הדרי סודרא למריה מ"מ כיון שע"י קנין סודר זה חל חיוב הראשון ודאי לא עדיף משטר וכסף וחזקה דל"מ לעשות קנין שני אחר שעשה קנין הראשון כ"כ בק"ס. ובאמת הוכחת הרשב"א מהא דרב הושעיא נקט האיבעיא שלי בנותן שני פרוטות לאשה ואמר באחת תתקדש לי היום ובאחת לאחר שאגרשך ולא נקט ליה בחדא פרוטה מתרץ יפה אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני קידושין (סי' ל"ח) דאף אם בקרקע היה מהני באומר מעכשיו בפרוטה ולאחר שאקחנו באותו פרוטה מקנה מעכשיו דהוי כמוכר לו שני קרקעות בפרוטה אחת משא"כ בקידושין אי אפשר לקדש שתי נשים בפרוטה אחת ואף דכאן הוא אשה אחת על שני פעמים מ"מ הא בש"ס קידושין מספקא

להו בשתי בנותיך לשני בני ולכך לא נקט רב אושעיא בחדא פרוטה דזה הוי ספקא בלא ספק שלו והוא שאל אם ל"מ בחדא פרוטה מ"מ יש שאלה אם בב' פרוטות מהני אף דהוי כדבר שלא בא לעולם הואיל דבידו עכ"ד ומ"מ אף כי קושית רשב"א מיושב כנראה בחד קנין ס"ל דל"מ א"כ אף בק"ס ומתחייב שלא יהני המחילה רק שיחזור ויתחייב ל"מ בחד קנין רק בכל פעם שיחול צריך קנין אחר מעכשיו ועיי"ש מ"ש אאמ"ו ז"ל (סי' ל"ב) הטעם הא דלדידן באבעיא דרב הושעיא פסקינן דהוי ספק קידושין ולענין דיני ממונות מהני אם מקנה בב' פרוטות אף דגם כן אין ביד אחד לגמור הקנין מעכשיו בלא דעת חבירו משום דבד"מ אין אנו דנין מטעם בידו רק מטעם דמעולם לא יצא הקרקע מרשות לוקח והוי כמו בנטיעות אלו קרבן עד שיקצצו משום דהוי כפדאן הוא כמבואר שם בש"ס דמעולם לא יצא מרשות הקדש וכ"כ במכיר' לדעת ר"מ מקורטבי שם ועיין מה שכתבתי שם בהגהותי לפקפק בזה דמה מהני בשביל שלא יצא מעולם מרשותו של הלוקח הא מ"מ כיון דבעינן אח"כ ג"כ דעת הלוקח א"ד להקדש וצריכין לבא מטעם דבידו א"כ מה מהני מעכשיו ועיי"ש מ"ש בזה. עכ"פ לענין חיוב אף אם מהני מעכשיו אף דצריך דעת הזוכה ג"כ ונאמר דהוי בידו ומהני מעכשיו כיון דבידו לחייב כו"כ ואינו דומה לקידושין דשם כיון שהפסיק בקנינו כמחוסר מעשה דמי דאין בידו לקדשה עכשיו קידושין אחר קידושין משא"כ בחיוב ממון בידו לחייב א"ע הסך השנית והשלישית ואף לאין תכלית להסוברים דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב. מ"מ ע"י קנין אחד לדעת רשב"א וכנרא' שהר"ן מסכים למה שחוכך לומר דל"מ ע"י קנין אחד שלא יופסק הקנין וששוב יחול בכל פעם א"כ גם במחילה ל"מ הק"ס ובפרט על כמה פעמים לאין תכלית ע"כ דין זה צ"ע אם מהני חיוב אחר חיוב. ובודאי אין מוציאין מיד המוחזק:

ומ"מ באם מכר הזוכה בהחיוב בהחזרה להמתחייב החוב שיש לו נראה בודאי דשוב אינו חוזר ומתחייב דהחיוב לא היה רק שלא יועיל המחילה ובאם שימחול יחזור ויתחייב וכ"ז כשנפקע החיוב מצד המחילה אבל בנשאר החיוב הראשון רק שקונה החיוב בהחזרה בזה לא נתחייב מחדש ועיין בש"מ ב"מ (סוף פ"א) בהא דשובר בזמנו טורף דכ' והשובר הזה הוא כעין שטר מקנה שאומר לו חוב פלוני מכור לך בשטר זה עיי"ש דמבואר דיכול למכור חובו להלוה עצמו בתורת מכירה ולא בתורת מחיל' ומשמע מדבריו דאף מסיר' ל"ב ככל מכירת שטרו' ועיין מ"ש בד"ח דיני הלואה (סי' ל"ו) בזה ועוד יבואר אי"ה לקמן בדיני הלואה עכ"פ מהני המכירה וזוכה בחוב שלו מצד קנין א"כ י"ל דזה נכלל בקניינו שהתחייב א"ע שאם ימחול יחזור החיוב לא כשקונה בעצמו החיוב הראשון כן נלע"ד:

וראיתי במבי"ט (ח"א סי' שי"ד) שכ' מה שכתוב בשטר המתנ' שאעפ"י ששמעון ימחול לראובן המתנה שלא תועיל המחילה ההיא נראה שהוא מודיע שאינו חפץ במחילה וא"כ אעפ"י שאינו אנוס במחילה היא בטילה מפני המודעה דהוי כמתנה שאין הולכין בה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה לקיים בכל לבו לא קנה המקבל מתנה והמחילה מתנה הוא כמ"ש הרמב"ם (פ"י) ממכירה עכ"ד וצ"ע מלבד די"ל דמחילה אף שהוא כמתנה מ"מ מהני אפילו בע"כ כמו שכתבתי לעיל (אות ב') דהוי רק סילוק חיובו וממילא נפקע החוב בלא"ה לא אדע הא אף אם מסר מודעא דאינו מקבל המתנה מ"מ אם מבטל אח"כ המודעא הולכין אחר דיבור האחרון וכיון דקבל אח"כ שטר מחילה ברצון מה מהני הגילוי דעת דקודם לכן בשעת חיובו ואף בביטול מודעא על הבטולין הולכין אחר דיבור האחרון כמבואר תשובת הר"ן (סי' מ"ג) מכ"ש דיכול לבטל המודעא שלא יקבל המחילה. גם ראיתי בס' נתיבו' משפט על ר"י (דס"ט ע"ד)דהביא דברי בעה"ת במוכר שט"ח לחבירו דמהני מחילה וכתב דאף תנאה דל"מ מחיל ל"מ והביא דברי הסמ"ע (סי' ס"ו) דמפרש דאין המוכר יכול לעשות תנאה לגרוע בו זכות הלוה לבטל המחילה וכתב נראה מדבריו שביטול המחילות ל"מ מטעם שהוא חב לאחרים ואינו יודע למה שאם הוא מבטל כל המחילות שימחול שיהיה כחרס הנשבר אין כאן מחילה ול"ד כו' אבל אם פסל וביטל גוף המחילה מעכשיו הואיל ובדיבורו הוא מוחל בידו לבטל דיבורו עכ"ד ואינו מובן דבריו היכן מצינו ביטול שיבטל מה שיעשה אח"כ ואף בנדר אם זוכר בהמודעה שעשה מתקיים הנדר ומכ"ש במחילה כיצד יעשה מחילתו מה שימחול אח"כ כחרס הנשבר הא כיון שמוחל ברצונו כבר נפקע חיובו ואף אם נאמר דהמתחייב לחבירו בקנין ושלא יועיל המחילה היינו דמחייב א"ע שבכל פעם שימחול יחזור החיוב מעכשיו מחדש. אבל לבטל מקודם כל המחילות שימחול שיהיה כחרס הנשבר שאין כאן מחילה זה לא שמענו דודאי מהני המחילה וכמ"ש ומ"ש שם בדברי הבעל העיטור שהביא הבעה"ת שהביא סמך לדבר דל"מ התנא' של הלוקח עם המוכר לו השט"ח שלא יכול למחול מדברי ירושלמי פרק שבועת הדיינים וכוונתו על הא דאיתא שם אלין דכתבו ע"מ שיש לי רשות לגבות מטלטלים לא גבי וכ' דלדברי הסמ"ע אין ענין לזה א"ו דכוונת בע"ה לומר שאם אמר בלשון הזה שלא יכול למחול ל"מ דנראה כמתנה על מה שכ' בתורה וכי היכא דל"מ ע"מ שיש לי רשות לגבות מטלטלים כ"כ בזה כיון שיש לו רשות למחול לא מהני התנאי ומכח זה הקשה דמירושלמי משמע שאם אמר אעפ"י שמן הדין יכול למחול אני מתנה בכך ועיי"ש שהניח בצ"ע ואינו מובן כלל דודאי עיקר הטעם דל"מ תנאי שלא ימחול דכל חיובים ובטול המחילות ל"מ רק באם יתחייב

מחדש ונגד חבירו שלא יועיל מחילתו לא יש שום ביטול ותנאים דסוף כל סוף אם עושה ומוחל חל מחילתו ודברי ירושלמי הנ"ל שהביא הב"ה הוא רק סמך בעלמא דלרב אמי לא מהני אם כתב ע"מ שיש רשות לגבות מטלטלים היינו דל"מ לגבות מן היורשים דהם זכו בו ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי ורב מנא אמר אם כתב אע"ג דלית בי דינא יהיב גבי אינו מטעם שכתב הנתיבות משפט כמו שמהני באומר ע"מ שאין עלי דין אונאה דמהני רק כיון דמפרש דסמך דעתו ומשעבד לו לא נפקע השעבוד במיתתו הואיל דנתחייב הלוה וחל השעבוד וכמבואר ברשב"א קידושין אע"ג דלא שיעבדו מטאגמ"ק גובה מיורשים אף מדיני דגמרא דכל תנאי שבממון קיים וכיון דחל השעבוד מחיים לכך גובה אף מיורשיו ועיין מ"ש לקמן דיני הלואה אי"ה. אבל במוכר שט"ח אף אם יתחייב שלא ימחול לא יכול לבטל זכות הלוה וז"פ וברור:

יח

כתב הרשב"א בתשובה (ח"ב סי' ער"ח) מובא בב"י בענין מחילה בטעות וז"ל ואפילו לא נאנס כלל וסבר שאין לו בידו יותר ונמצא שיש לו מחילה בטילה דכל דלא ידע לא מצי מחיל ואעפ"י שהוא כותב לו הריני מוחל לך בדלא שנוי כו' אין בדבריו כלום עד שיאמר מרצונו בלי שום אונס יודע אני שיש לי בידך יותר וכדתניא מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך בר' יודע אני שאינו שוה אלא ק' ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה עכ"ל והיינו מש"ס ב"מ (דף נ"א) במפרש דוקא אבל בסתם באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה דלא ידע דניחול יש לו עליו אונאה ומזה כתבו גדולי האחרונים דכל היכא דלא ידע בשעת מחילה הוי כמו מחילה בטעות ועיין תשובת ראנ"ח (ח"א סי' מ"ט) ובמח"א הלכות שותפות(סי' ז') שהביא משם הפ"מ ומדברי מהרי"ט (ח"א סי' ק"ג) שאעפ"י שנתרצה למחול בלב שלם כיון דבאותו שעה ל"ה ברור לה מחילה ובכנה"ג אות (נ"ב) כ' משם הרמ"ע מפאנו דצריך שיהיה הסך מפורש ובזה סמך הרשב"א על הבריית' ולא הוצרך לפרש ועיין בכנה"ג במ"ב דהרמ"ע לא אתי עלה מטעם שיטת רמב"ם דל"מ חיוב ומחילה בדבר שאינו קצוב רק מטעם מחילה בטעות כל שלא פירש הסך שמחל ואיכא ראיה שטעה בחשבונו הוי מחילה בטעות:

אך מ"מ מ"ש המ"ע ז"ל בפשיטות לומר בדברי רשב"א דאף באומר יודע אני שיש לי בידך יותר סמך הרשב"א על הבריית' דצריך שיהא הסך מפורש. זה הוא מחלוקת הפוסקים שם בש"ס ב"מ הנ"ל כמבואר במ"מ (פי"ג) ממכירה דדעת הרמב"ם דל"מ מפרש רק כמבואר בברייתא וקצת מפרשים שאינו בדוקא וכן מוכח מדברי רש"י שם דכתב מי ידע דאיכא אונאה הוא סבר דאין בו אונאה משמע דעיקר הטעם דחושב שא"ב אונאה אבל

אם מאמין שיש בו אונאה הוי כידע ומחל אעפ"י שאינו מפרש הסכום וכן כ' שם רש"י מפורש שפירש לו יודע אני שיש אונאה ואני מוכרו לך ע"מ בהא תנאי קיים מבואר דלא בדוקא הוא בברייתא. ועיין במח"א דיני אונאה (סי' י"ד) דהקשה ע"ד רמב"ם הא בלוקח מבעה"ב א"ב אונאה אע"ג דלא ידע כמה שיעור אונאה אפ"ה הוי כאלו א"ל שיש בו אונאה והוי מחילה וכן בנו"נ באמונה נמי א"ב אונא' ומטעם משום דלא נחית אדעתא דשיווי וה"נ כל שאמר יודע אני שאינו שוה כ"כ ויש בו אונאה הרי ל"נ אדעתא דשיוויו וכתב בטעם דצריך לפרש שיעור אונאה לא גמר בדעתו למחול ובדעתו לתבוע אונאתו משא"כ בלוקח מבעה"ב ליכא למימר דדעתו לתבוע שהרי אמרו הלוקח מבעה"ב אין לו אונאה וכיון דל"מ לתבוע ע"כ גמר ומחל ולדבריו גם לדעת רמב"ם דצריך לפרש דמי אונאתו מודה במוחל אם אומר יודע אני שיש לי בידך יותר ואני מוחל אם לא לדעתו דבכל מקום ל"מ בדבר שאינו קצוב אולם דבריו בלתי מובני' א"כ נאמר אם אמר שיודע שיש בו אונאה ואעפ"כ אני רוצה בחפץ זה נימא ג"כ דל"נ אדעתא דשיוויו ולא יכול לתבוע אונאתו גמר ומחל. ועיין במהרי"ט (סי' י"ט) מ"ש לחלק בין ע"מ שא"ל עלי אונאה כיון דלא ידע ומחל דל"מ לנו"נ באמונה עיי"ש בדבריו ובנתיבות (סי' רכ"ז ס"ק י"ט) ומה שיש לפלפל בדבריהם אכ"מ ואי"ה יבואר במקומו עכ"פ באם המוחל אומר יודע אני שיש לי בידך יותר סגי ל"מ לדעת החולקים על רמב"ם לגבי אונאה דמפרש הוא לאו דוקא לפרש סכום הטעות ודאי גם במחילה סגי בזה וגמר ומחל אלא אף לדעת הרמב"ם יש מקום לחלק בין אונאה לדברים אחרים:

ועיין ריטב"א ב"מ שם דכ' שמעינן מהכא דמאן דמחל מידי לחבריה וא"ל אידך אפילו ליתי לך עדים מהאי הלואה את מחיל לה כולה ל"ה כלום דדומיא דסתם הוא דהא לא ידע דליתי עדים אבל אם אמר יודע אני בך שיש לך עדים בזאת הלואה ואעפ"כ מחול לך כולה ומחלו לו הוי מחילה וכ' עוד ואיכא לדחוי דהכא ה"ט דבעינן שיפרש לו כן מפני שהלוקח רואה המקח ואומדן דעתו שאם יראה שיהיה בו אונאה ל"ה קונה מש"ה בעי שיפרש אבל בתביעות שיש עליו בין אדם לחבירו ליכא אומדן דעתא דדילמ' נייח נפשא עדיף ליה ומש"ה מחל בכל ענין והביא ראיה מנאמן עלי אבא במחול לך דא"י לחזור בו אע"ג דלא ידע דליחול ועוד כי אמרינן בלא ידע תנאו בטל מפני שהתנאי חל על איסור תורה כאלו אמר שלא יחול עליו דלאו תנאי וכיון שכן במידי דליכא איסורא הוי מחילה בכל ענין עכ"ל ויש נ"מ בין החילוקים האלה דלטעם הראשון היכא דליכא אומדן דעת דלא מחל בלב שלם מהני המחילה דדילמא נייח נפשיה עדיף ליה אולם היכא דידענו באומדן דעת דזה לא ידע מזכותו הוי מחילה בטעות בסתם ולטעם השני

דוקא במידי דאיכא איסורא כמו אונאה בזה התנאי בטל ובמידי דליכא איסור' כגון שמדבר עם חבירו שימחול לו כל זכיותיו שיש לו עליו לתבוע ומחיל לו מהני המחילה די"ל דנייח נפשא עדיף ליה והתרצה בלב שלם אף אם חייב לו ביותר. והשתא בנידון דמהרי"ט הנ"ל שהבי' המח"א דיני שותפות שם דכ' אף דנתרצה בלבו למחול בלב שלם כיון שבאותה שעה ל"ה ברור ליה ל"ה מחילה לדברי הריטב"א הנ"ל ודאי הוי מחילה מעליא ועיי"ש במח"א מה שהביא מדברי ריטב"א כתובות דרק בסתם מקח שחושב שאין בו שום אונאה וכן מדברי ש"מ שם דסבר אנא בדיקנא ושווי כמה דיהבנא. ולדבריהם אף באונאה היכא דמודה דבשעה שהתנה ואמר ע"מ שאין לך עלי אונאה היה דעתו למחול רק עתה רוצה לחזור בכה"ג י"ל דא"י לחזור וכבר ראיתי בתשובת ושב הכהן (סי' מ"ה) דנסתפק בדין זה דאם נאמר דיכול למחול דבר שאינו קצוב כדעת רוב הפוסקים החולקים על הרמב"ם בזה רק הטעם דאם אינו מפרש סכום אונאה ולא ידע דמחיל ל"מ דמסתמא אינו מוחל א"כ כשמודה שהי' אז בדעתו למחול א"י לחזור עתה או דלמא אפילו מודה שהיה בלבו למחול הוי המחילה דברים שבלב ואינו כלום. ולדברי הש"מ וריטב"א הנ"ל י"ל דבכה"ג כשמודה שאז היה בדעתו למחול על אונאה שוב א"י לחזור. ובמהרי"ט שם כתב בפשיטת דבאונא' אטו מי לא מספק בדעתו שמא יש בו אונאת שתות או יתר על שתות ונתרצה שאעפ"י שיהיה בו אונאה לא יחזיר ואפ"ה ל"מ דכל דלא ידע אע"ג דמחל ליה ל"ה מחילה וכ' שכן מוכח מדברי תשובת הרשב"א שכ' כיון דל"י ל"מ מחיל מדלא כתב כיון דלא ידע לא מחל משמע אע"ג דמחל ואמר בלבו אפילו יהיה כן הריני מוחל ל"ה מחילה עד דאיתברר ליה והדר מחל כגון דאמר יודע אני בו שאינו שוה אלא מנה. ולהנ"ל י"ל דבכה"ג מהני המחילה ומדיקדוק לשון הרשב"א אין להוכיח כ"כ דבנידון דידיה לא אתי עלה רק מטעם מחילה בטעות לגמרי מדכתב ל"מ מחל וכדאיתא במציעא ובבתר' ובשאר דוכתי. ובבתרא הוא רק היכא דהוי בטעות לגמרי דלא ידע כלל אבל אם באמת התרצה למחול מספק אף אם יהיה כך י"ל דגם הרשב"א מודה דמהני המחילה ואף באונאה י"ל דשוב א"י לתבוע אם מהני מחילה בלב ומהרי"ט לשיטתו (סי' מ"ה) דס"ל דל"מ מחילה בלב וכבר כתבתי (באות א') דאף מחילה בלב מהני ק"ו סילוק שלא יתבענו:

אולם מ"מ יש לדון לגבי אונאה דלא מהני אף אם נתרצה בלב דהנה הגאון בעל שב הכהן זצ"ל כתב שם דלרמב"ם דסובר דל"מ קנין וחיוב בדבר שאינו קצוב יצא לו דין זה מש"ס דב"מ דבסתם יכול לחזור. ומצאתי בבעה"ת (שער ס"ד) בתשובה שהשיב לו הרמב"ן ז"ל בהשגות על הרמב"ם וכתב וכשחזרנו על כל צדדינו לא מצינו שדינו של

הרב דין ולענין אונאה שחלקו בין בסתם בין במפרש ההיא טעמא רבא משום דבסתם איכא מחילה דהא בשאר כל מקח וממכר הוא דבכל מקח וממכר נמי כל אחד יודע שחבירו מעלה בדמי ממכרו כל מה שיכול לעלות ורחמנא אמר לא תהוו מחילה בכדי שיראה לתגר או לקרובו הא לענין מתנה ולענין שעבוד כיון דמחית נפשיה להאי ספיקא גמר ומשעבד הוא עכ"ל מדבריו למדנו דמחילה ל"מ דהתורה ירדה לסוף דעתו של אדם דהרוצה לקנות הדבר בשויה המוכר מעלה בדמים כל מה שיכול ואמרה דמחילה כזאת ל"מ לכן אף אם אומר בסתם שלא יהיה אונאה ל"מ ויכול לחזור בכדי שיראה לתגר כיון דאף בכל מקח מוחל ובכ"ז גזה"כ דהמחילה לא מהני רק כשאמר שיודע שאינו שוה כל כך ובפרט אם אומר הסכום שרוצה להפסיד גלי דעתו שאינו יורד לקח דמי שווי' החפץ אז מהני מחילתו ואף לדעת המפרשים דבברייתא אינו בדוקא לפרש סכום הטעות מ"מ עיקר הטעם דבסתם ע"מ שאין לך עלי אונאה דל"מ ואף אם מחל בלב ומתרצה מ"מ כיון דכל מקח וממכר יודע שמעלה ומוחל ואמרה התורה דל"מ לכן גם בע"מ ל"מ רק במפרש שיודע שאינו שוה בזה יצא מכלל כל מקח וממכר ואינו חפץ רק שיהיה בדמי שווי' של המקח ומוחל על אונאתו אז אינו יכול לתבוע ממנו. ומעתה במחילה וכמו נידון דמהרי"ט ובכ"מ בפשרה דהוי כמקח וממכר אם אינו מפרש שיודע שחייב לו יותר ושיש לו זכות יותר ממה שנותן לו י"ל דל"מ מחילה וכמ"ש הרשב"א כיון שחבירו יודע שחייב לו יותר אף דדין אונאה יש לומר דאין בו דלא עדיף מקרקע ודבר שאינו מטלטל וגופו ממון דיצאו מדין אונאה מ"מ איסור תורה הוא ליהנות לחבירו בכל דברים דאיתמעטו מדין אונאה כמבואר רמב"ן פ' בהר דלאו דלא תונו קאי על כל דבר שבממון ועיין מל"מ (פ"ד) ממלוה וכמו כן בפשרה בין אדם לחבירו אם יודע דחייב לו יותר וחבירו אינו יודע אם בא בעקופין עליו שיתרצה וימחול לו בפשרתו ל"ה מחילה ואף דלא שייך בו דין אונאה לענין חזרה היינו משום דהתרצה לקנות או למכור בפחות ע"ז לא הקפידה התורה שיחזור דבדברים דאתמעטו מדין אונאה כן הוא דרך המו"מ אבל לענין מחילה כ"ז דלא אמר שיודע שחייב לו ביותר ומוחל לו י"ל דל"מ המחילה וכמו שכ' הרשב"א ועיין בתשובת ושב הכהן (סי' כ"ה) מה שפלפל שם בפשרה דהוי כזבינא בדברי תשובת רשב"א והפוסקים (סי' ר"ה) ותשובת רמ"א (סי' כ"ב) ואי"ה יבואר במקומו. ומ"מ לדינא היכא דשניהם לא ידעו דחייב לו ביותר אף שנתברר אח"כ דחייב לו ביותר אם אמר שאף אם יתברר אח"כ שחייב לו ביותר אף אם אינו מפרש סכום כך וכך אין מוציאין מידו וכמבואר מדברי הריטב"א וגם הרשב"א י"ל דמודה בזה. ואף אם חבירו יודע שיש

לו בידו יותר ג"כ צ"ע לדינא אם אינו יכול לומר קים לי וכמו שמצדד המח"א וגם די"ל שכן דעת הריטב"א ורמב"ן:

סימן כא

ברמ"א (סי' י"ד ס"ה) מי שאמר לחבירו לדון במקום אחר ואמר לו לך ואני אבא אחריך והנך והשני לא הלך אחריו צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו. ויש להבן אמאי חייב הא לא עשה שום דבר ובדבורו לבד לא עשה לו ההיזק רק במה שהיה אח"כ בשב ואל תעשה שלא הלך אחריו אז נתגלגל למפרע ההיזק מיציאותיו. ולכאורה תליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד (ספ"ו) מזכיה בחזרה היא סובר הרמב"ם דצריכה לשלם לו מה שהוציא לשמשים ולחזנים מדין גרמי שהרי גרמה לו לאבד ממון ודעת ראב"ד שם דזאת הגרמי דומה למוכר זרעוני גנה ולא צמחו שאינו משלם לו ההוצאה וכתב וכללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אותה אעפ"י שגרם לו זה פטור ועיי"ש במ"מ דדעת רמב"ם דוקא אם עושה כדי להרויח אבל אם אין כוונתו להשתכר רק להתנהג כמנהג העיר וכיון שנסמך עליה והיא חזרה בדין שתשלם עיי"ש עוד שהרגיש מתוספתא בלוקח קנקנים מחבירו ונמצאו פטסאות ונשתברו דפטור מדמי יין דשם היה מתכוין ליהנות מתשמישן עיי"ש וה"נ לדעת הרמב"ם א"ש דחייב כיון דנסמך עליו. אך יש לחלק גם משם למ"ש בס' המקנה הל' קידושין (סי' נ') דא"ד לזרעוני גנה דשם לא היה חייב בדבר לעשות והברירה היה בידו שלא לזרוע עד שיחקור עליהן משא"כ שם כיון שקדש אי אפשר לשנות המנהג וצריך לעשות לפי כבודו. ובדבריו אתי שפיר דברי מהרי"ק המובא במל"מ שם דדן שם באחד שהבטיח לחבירו שישתדל עבורו איזה ענין לטובתו והוציא חבירו ע"ז הוצאות ואח"כ חזר זה שהבטיח ואינו רוצה להשתדל בחנם וכ' אעפ"י שהוציא הוצאות על סמך הבטחתו הוא דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתא דלמא הדר בי' וכתב המל"מ דהאי מילתא אי חייב ראובן או לא תליא במחלוקת רמב"ם וראב"ד דלדע' רמב"ם חייב ולדעת הראב"ד פטור דבעל הממון הוציא הוצאה. ולדברי המקנה הנ"ל א"ש דברי מהרי"ק דאפילו לדעת הרמב"ם א"ד לקידשה דמה לו לעשות יותר ולא הו"ל לאסוקי אדעתא אם תחזור וכך הוא המנהג להוציא רק ע"ז ההוצאה וכיון דהיה מחויב בדבר לכך חייבת לשלם מטעם גרמי משא"כ בנידון דמהרי"ק דלא היה חייב בדבר לעשות כתב שפיר דהיה לו לאסוקי אדעתא דדלמא הדר ביה וגרם לו ההיזק לעצמו במה דסמך על שארית ישראל לא יעשו עולה. ולפי"ז באומר לך ואני אחריך דגם כן ל"ה מחויב בדבר אמאי חייב לשלם היה לאסוקי אדעתא דלמא לא יבא והפסיד לעצמו:

וא"ל דגם במוכר זרעוני גינה דפטור לשלם ההוצאה כת"ק ב"ב (דף צ"ג) הוא דוקא באם המוכר לא ידע שמום בם ולא יצמחו אם יזרעו אבל אם המוכר היה יודע שמום בם ואינם ראוי' לזריעה חייב לשלם מטעם גרמי שכן דעת רמ"ה בטור (סי' רל"ב) דאם המוכר יודע שיש בהמקח מום והלוקח הודיעו שרוצה להוליכו למקום אחר והוליך לשם ונמצא המום דחייב המוכר לשלם להלוקח אף ההוצאה ובדרישה שם כ' די"ל דהרמב"ם פליג ע"ז ורמ"ה סובר דפלוגתת חכמים ורשב"ג איירי אף בידע המוכר וס"ל לת"ק דא"ח בהוצאה ורשב"ג מחייב ופוסק הרמ"ה כרשב"ג והרמב"ם פסק כת"ק. וזה אינו כמבואר לפנינו ברמ"ה מס' ב"ב להדיא דפוסק כחכמים דפטור רק סובר דבידע המוכר לכ"ע חייב מדינא דגרמי וז"ל מידי דהוי אדן את הדין טיהר את הטמא דמיירי שערבן עם פירותיו דלמאן דדיין דינא דגרמי אע"ג דלא נו"נ הדיין ביד מחייב דאיהו גרים וקיי"ל כמאן דדיין דינא דגרמי ואף הא נמי דכותיה ועד כאן לא פליגי רבנן עלה די"א גבי המוכר פירו' לחבירו ולא צמחו אלא בסתמא דלא ידע כיון דלא ידע מאי הו"ל למעבד אבל במזיד דידע ביה במומו אפילו רבנן מודו דמחייב ול"ד לאומן הדיוט ולדיין הדיוט דאפילו בשוגג נמי חייבין דהתם כיון דלא גמירי כל צרכן לא איבעי להו למחזי ולמידן אבל מוכר דלא סגיא דלא מזבין ממונא דנפשיה היכא דצריך לזבוני לא מחייב מדיני דגרמי כו' עכ"ל פ' המוכר (סי' ס"ב) וכן פסק שם בש"ע ועיי"ש בסמ"ע [ומהתימא על דברי רדב"ז בתשובה (ח"א סי' קצ"ז) שכתב בפשיטות דהת"ק פוטר מדמי ההוצאה אף בידע שאינן ראוי' לזריע' דאי בלא ידע מ"ט די"א דקניס ליה הא לא ידע ומדינא ודאי דלא מסתבר דלחייב דמי הוצאה כיון דלא ידע מאי הוה ליה למיעבד אלא אפילו בדידע פליגי והלכתא כת"ק עכ"ל והוא נגד דברי הרמ"ה והטור] שוב מצאתי בס' נתיבות משפט מהגר"ח אלגזי (דף ק"ט) שכתב כן בדעת רמב"ם דמטעם מזיק הוא דדומה לאם הי' המוכר יודע ומכר שחייב לכ"ע וא"כ י"ל הכא דהוי כידע וגרם לו היזק במה שלא הלך חייב לשלם:

אולם י"ל דא"ד לשם די"ל דבשעת דבורו סבר באמת לילך אחריו וכן בשידוכין התרצה בשעת מעשה באמת ואח"כ נשתנה הרצון שלא להחרצות בו או שלא לילך אחריו וא"כ אח"כ נעשה ההיזק ממילא בשוא"ת ואמאי יתחייב לשלם:

גם אף כי הטוש"ע סתמו כדברי הרמ"ה לחייב להמוכר לשלם להלוקח אף הוצאות ההליכה וכן משמע אף במוכר זרעים דכוותי' דחייב לשלם ההוצאה מ"מ מצינו כמה גדולי הראשונים חולקין ע"ז ואף בידע המוכר פטור מההוצאה דהיה לו לנסות ולברר מקודם שהלך למקום אחר והוציא ההוצאה על הזריעה וז"ל הגהו' מיימונית (פי"ו)

ממכירה א"נ הכא מיירי כגון דאיגלאי מילתא לבסוף של"ה ראויים לזריעה וכן מוכח בגמרא די"א דחייב לו אף ההוצאה ולא מסתבר הכי אא"כ איירי כגון שהיה המוכר יודע שאינן ראוים לזריעה ר"י עכ"ל הרי כסברת רדב"ז דלדידן אף בידע המוכר א"ח לשלם ההוצאה. וכן נראה שם מדברי ראב"ד בהשגות דכ' על ראיות רמב"ם ממה דא"ח הלוקח להחזיר הזרעים הה"ד בהודיע שמוליך למקום פלוני וכ' זרעים נרקבים ואינו בר השבה אלא שהדין דין אמת ולמ"ד שמשלם דמי ההוצאה אף זה יכול לתבעו הוצאות החבלה בהולכתו לאותו מקום ולמה ליה למימר ולמאן דאמר שמשלם מה דאנן לא פסקינן היה לו לומר דבידע המוכר דלכ"ע חייב בהוצאות הזריעה כן נמי חייב בחבלתו בהוצאו' ההליכ' א"ו משמע דסובר דלמאן דפוטר מלשלם דמי ההוצאה הוא אף אם ידע המוכר. וכן נראה מדברי רמב"ן בדינא דגרמי דכתב שאין זה מזיק ולא גורם היזק אלא הוא גרם על עצמו וזה אעפ"י שמכרו לו אינו אלא כמטעהו והמשיא את חבירו לעשות דבר שאינו הגון לו אין בדין שישלם וכ' שם דאף לר"מ פטור מן הדין וטעמא דרשב"ג משום דכל מוכר או אומן כיון דיש לו הנא' עליו לשמור שלא יפסיד חבירו כלום בשלו א"נ קנסא בעלמא מבואר מדבריו דאף בידע ל"ה לרבנן רק כמשיא את חבירו לעשות דבר שאינו הגון דא"ח לשלם מן הדין רק לרשב"ג מטעם קנס. וכן משמע מדברי תשובת רשב"א (ח"ב סי' י"ג) במשכיר לחבירו בור לשום בו חיטין ואמר לו שהוא שלם ונמצא בו חור ומחמת זה נפסדו חיטין וכ' דבעל הבור פטור דאין זה אלא גרמא בעלמ' דכל שבא לאחר גמר דברו או לאחר גמר מעשיו כזה אין זה דינא דגרמי אלא גרמא בניזקין ומפשטות דבריו משמע אף אם בעל הבור הי' בקי בבורו וידע שיש בו חור מ"מ כיון שאין ההיזק בא מיד בדברו כמוחל שט"ח שמכרו ושורף שט"ח או מראה דינר לשולחני שאומר לו שהוא טוב ונתקבל לזה בפרעונו שעם גמר דברו הפסיד זה משא"כ בהפסד החיטין שבא אח"כ וכמו כן בהוצאות דהולכ' למקום אחר והוצאה דזריעה אין ההפסד בא מיד ול"ה רק כגרמא ופטור אף דידע מן המום. ובודאי קשה להוציא ממון נגד הני ראשונים דמבואר דאף בידע מהמום מ"מ ל"ה על ההוצאה רק כגרמא בעלמא. ובפרט להפוסקים בח"מ (סי' שפ"ו) בדוחף מטבע של חבירו לים כיון דלא עשה ההיזק בידים בממון זה רק שגרם לו היזק ממון אחר דפטור. וצריך לומר בדעת הטור ורמ"ה כיון דהודיע לו שלצורך זה קונה להוליכו למקום פלוני או בזרעוני גנה כיון דידע דלצורך זריעה קונה הוי כעושה בשליחותו והוי כמו בהא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וכ' הראשונים כמבואר במרדכי פרק הגוזל ובריטב"א ב"מ פא"נ (דע"ג) דבההיא הנאה דסמך עליו נתחייבו זה לזה מה שמפסיד עפ"י עיי"ש ובריטב"א מובא ב"י (סי' צ"ו) דיכול לחייב א"ע בגרמא

וכאן נמי אף דלא התחייב כיון דעשה בשליחותו חייב לשלם הואיל דעשה ע"פ ומ"מ דעת ר"י וראב"ד ורמב"ן ורשב"א לא כן הוא:

ועיין מרדכי מקור הדין דאומר לחבירו לך ואני אבא אחריך דחייב לשלם ההוצאה שכ' הטעם דלא שייך בזה משטה ולא צריך קנין מבואר הטעם כיון שסמך ע"ד ועל פיו עשה חייב לשלם הוצאותיו שוב ראיתי בתשובת רבע"א ז"ל (סי' קל"ה) שדן באם הלוקחים אמרו למוכר פירות שיביאו הפירות למקומם ויקנו אם צריך לשלם ההוצאות והביא דברי התשובת רא"ש (סי' של"ג) בח"מ באומר עשה כלי פלוני ואקנה ממך וחזר בו דחייב המצוה מדינא דגרמי ודברי הסמ"ע (סי' ל"ט) במלוה שאומר ללוה עשה לך שט"ח ואלוה לך וחזר המלוה דצריך לשלם שכר הסופר ושוב כ' דתליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד בחזרה היא אם חייבת לשלם. והוי ספיקא דדינא. וזה אינו מובן כיון דבש"ע אה"ע (סי' נ') מכריע כדעת הרמב"ם פסקינן כוותיה. אולם כבר כתבתי לעיל דיש לחלק משם דהיה מוכרח לעשות כמנהג המדינה ושוב העלה לחייב אף לדעת הראב"ד דדוקא שם וכן בזרעוני גנה דלא אמרו להוציא הוצאות אבל בנידן דרא"ש וסמ"ע דאמר שיעשה ההוצאה וע"פ הוציא חייב לכ"ע. וכן באומר להביא כאן ואקנה ממך חייב לשלם ההוצאה אה שהוציא ע"פ וזה ממש כנידון דלך ואני אבא אחריך וכמו שכתבתי. אך הקשה ע"ד הרא"ש ממ"ש בתשובה מובא בטור (סי' ר"ז) באומר לחבירו שחוט פרתך ואם יהיה טריפה אתן בעד הבשר כך וכך ונטרפה דיכול לבטל המקח ולמה לא יתחייב לשלם מטעם גרמי כיון שעפ"י שחטו וכן הקשה הקצוה"ח שם והניח בקושיא:

וראיתי בנתיבות שם שיצא לדון בדבר חדש בשביל זה דהא במוכר שור ונשחט ונמצא טריפה הוי מקח טעות אף דמכר סתם א"י לומר לרדיא מכרתי משום דטריפה הוי מום אף נגד רדיא דאינה חיה ולפי"ז בהורג בהמתו של חבירו ונמצא טריפה אינו משלם אלא דמי טריפה וא"י לומר היתי מוכרה לחרישה דכיון שנתגלה הדבר של"ה שוה רק שהיה יכול להונות א"ח מטעם מזיק רק כפי מה שהיה שוה באמת וה"ל אין כאן היזק רק גילוי מלתא של"ה שוה כן כך א"ח לשלם ולענ"ד אף דגם בדרישה שם כתב כזאת לתרץ דמה"ט א"ח מטעם ערב כיון דהפרה באמת ל"ה שוה אלא שהיה רוצה למכרה לאחרים בחייה על הספק ל"ד לטרב שמוציא ממון עפ"י עיי"ש מ"מ לא גרע מגרמי וא"ד למזיק כסף סיגים אף שהיה יכול להונות ולמוכרו בחזקת כסף אף בהיתר דמ"מ א"צ לשלם רק מה ששוה באמת כמו שכתב שם הנתיבות דודאי באם הרג הבהמה י"ל ג"כ דא"ח רק כפי שויה באמת ומה דגרם לו שלא להרויח ולמכור אותה בחייה ביותר זה ל"ה רק גרמא אבל בחייב א"ע אמאי לא ישלם הא אף בגרמא כשמחייב א"ע חייב לשלם

כמבואר מן הראשונים הנזכרים לעיל וכאן דרך מו"מ הוא בכך לקנות בהמה על הספק אם מתנה בכך ובשביל דרוב בהמות כשרות ימצא קונים על הספק וממילא גרם לו מניעת ריוח וגם יש לדון דאף גוף הבהמה בחייה שוה בעצם יותר ממתה כיון שדרך מו"מ הוא ויש קצת לדמות באם מזיק בהמה חיה שעומדת למכור על הספק לחייבו לשלם לבורר צרור מתוך גורנו של חבירו דמבואר (סי' רכ"ט) דחייב לשלם הואיל דבחיטים הי' נמכר והפסידו ואף שיש לחלק קצת משם דשם עצם החיטים שוים יותר כיון דמקבל במדה עם הצרורות ודעת רשב"ם ב"ב (דף צ"ג) דמדינ' חייב אולם הרא"ש וכל הפוסקים הסכימו דמטעם גרמי חייב א"כ ה"נ גרם לו במה שהרג הבהמה ולקח חיותה היזק שבעד בהמה חיה היה מקבל יותר שכיון שרוב בהמות כשרות ימצא קונים על הספק ומכ"ש כשמחייב א"ע לשלם כנידון דהרא"ש למה לא יתחייב דהא אף במבטל כיסו של חבירו דפטור בחייב א"ע חייב לשלם בעד הגרמא. גם בגוף הדין שכ' דאף בלוקח בהמה סתמא והוא לחרישה ונמצא טריפה דהוי מק"ט אף שקנה לחרישה וכ"כ בנתיבות (סי' רל"ב סעיף י"א) יש לגמגם דאם נאמר דטריפה אינה חיה הוא רק עפ"י רוב וכדעת מהרש"ל ממילא אין מוציאין מן המוכר ואכ"מ בזה עכ"פ אם מחייב א"ע לשלם אף בגרמא חייב והדרא הקושיא על הרא"ש אמאי פוטר לזה שהתחייב. וצריך לומר דהרא"ש לא נחית שם לחייבו מטעם גורם רק אם הקנין מהני או לא או כמו שנדרק שם הקצוה"ח לתרץ:

ולמה שנתבאר הטעם בלך ואני אבא אחריך דחייב לשלם מפני דעפ"י הוציא נראה דלא כמו שכתב הנתיבו' (סי' רל"ב ס"ק י') לדון ממ"ש שם בש"ע במוכר לחבירו מקח והוליכו למ"א ונמצא בו מום אם לא הודיעו למוכר שמוליכו למדינה אחרת ה"ז ברשות לוקח עד שיחזיר המקח למוכר וע"כ דהלוקח הוי כמזיק בזה ממילא אם חטף ראובן חפץ משמעון והוליכו למ"א חייב ראובן להחזיר לו על הוצאותיו דהיו מזיק בידים ועוד לא גרע מלך ואני אבא אחריך עיי"ש ולמ"ש בלך ואני אבא אחריך הטעם כיון דעשה עפ"י וסמך דעתו עליו נתחייב לשלם משא"כ בלא היזק ממון רק גרם לו להפסיד ממון אחר תליא במחלוקת הפוסקים (סי' שפ"ו) בדוחף מטבע ש"ח לים אם חייב לשלם כיון דלא חסרו מגוף הממון דדעת רא"ש ומרדכי אף דגרם לו לתת ממון אחר לבר אמוראי למשקלא ל"ה רק גרמא ופטור וה"נ דכוותיה ואף דשם אם אגביה אמרינן השבה מעליא בעי למיעבד וכמבואר שם בש"ך (ס"ק ד') וא"כ אם חטף והוליכו למ"א אגביה מ"מ א"צ להוליכו אחריו דלא עדיף מגזלן ממש רק בדוחף לים אם הגביה אין זה השבה כלל אבל אם מראה לו מקום שהוליכו שמה י"ל דפטור מטעם מזיק והא דמשמע בלוקח שהוליכו למ"א דחייב בדמי הוצאה להוליכו למקום המוכר נראה דהוא דוקא אם כבר נתן דמי

המקח להמוכר ובא להוציא מיד המוכר בזה חייב הלוקח להחזיר למקום אחר ועיי"ש ברמ"ה ב"ב דכתב כי היכא דחייב המוכר לאהדורי לי' זוזי ללוקח כ"נ חייב הלוקח לאהדורי זביני וכ"ז דלא מהדר ליה א"ח להחזיר הזוזי דלא גרע ממלוה על המשכון דלא מיחייב לי' למפרעיה למלוה עד דמוקים ליה למשכון בדוכתא דיכול למשקליה מיניה ועוד דרמיא על הלוקח לנטוריה ולא מיפטר עד דמהדר למריה כשאר פקדונות ואפילו מסרה לב"ד לא מיפטר בהכי דכי עבדו רבנן האי תקנתא היכא דהוצאה יתירה על השבח לאפטורי בה אבל לאפוקי בה ממונא מאחרינא לא דהא בהוכר הגנב עושה דין עם הגנב דבאונסא דאפשר דהדר מחייב להשתדל ביה לאהדוריה וכ"ש גבי לוקח דחייב באונסין ולא כליא לי' שמירתו ה"נ ל"ש עיי"ש ברמ"ה באורך ואף דהוא דן שם רק על הטורח אבל ההוצאה מהחזרה הוא על המוכר היינו בהודיעו למוכר שמוליכו לשם. וממילא בלא הודיעו חייב על הוצאותיו להחזיר והיינו רק אם בא להוציא דמי המכר וכטעמים הנ"ל דעדיין הוא שומר עליו אבל אם לא נתן עדיין המעות י"ל דפטור לגמרי ול"ה מזיק רק גורם להפסיד לו ממון אחר וכן בדינו של הנתיבות בחטף חפץ חבירו והוליכו למ"א י"ל דא"ח לשלם דמי הוצאות החזרה להסוברים דבדוחף לים פטור וכבר הי' בא מעשה לידי בהיותי בחו"ל בדבר סוחר אחד שקנה מחבירו מן יער שלו עצים כפי מדת גוף העצים והענפים והראשים ישארו לבעל היער והתנו שיגוד האילנות כפי אשר יבחר ויבחין כסדרן למען לא יתמלא היער מן הענפים. ולא יוכלו אח"כ לצאת ולבא ליקח עצים להסקה. וזה לא עשה כן רק גדעו פועליו שלא כסדרן ותבע אח"כ בעל היכר היזקו. ודנתי דאף אם נאמר כמ"ש הרמ"א(סי' שפ"ח) בשליח שהוחזק לעשות כצוואת המשלח חייב וכמו שכתב הב"י משם התשב"ץ דחייב משום דברי היזיקא וא"כ אם הלוקח צוה לפועליו כן שיגדעו האילנות שלא כסדרן י"ל דהוי ברי היזקא מ"מ כיון דלא אפסיד ליה גוף הממון רק שגרם לו הוצאה יתירה להביא למקום אחד דומה לדוחף מטבע ש"מ לים וכנ"ל ודלא כנתיבות. רק משום דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקים וגם עכ"פ גרמא הוי ובד"ש חייב לכן עשיתי פשרה ביניהם:

ויש לחקור אם אמרינן בזה בלך ואני אבא אחריך ולא בא דחייב לשלם לו הוצאותיו שיהיה נאמן בשבועה כמה הוציא ויהי' כמו בכל מילי דהאי ידע והאי לא ידע דנשבע האי דידע אם הדין הוא כמו בסרבן כשצריך לשלם ההוצאות דכתב הרמ"א שם מתשובת הרא"ש דא"נ בשבועה רק יברר או לא ועיי"ש בתומים דהקשה למה לא יהיה נאמן בשבועה כמו דעשאו תקנות נגזל ובמזיק שיהי' נשבע ונוטל ובנתיבות כ' דשם בא במקרה ול"ה אפשר לברר משא"כ הכא דיכול לעשות עפ"י בירור ההיזק שגרם לו ובאמת

באי אפשר לעשות עפ"י בירור ושומת ב"ד כתב הדין עם התומים שנשבע ונוטל כשאר כל הנזקין. וא"כ ממילא בלך ואני אבא אחריך דלא אמר ע"ד שישטה בו ולא יבא הוי כמו שנזדמן באקראי דאח"כ בא ההיזק במה שלא בא וי"ל דנשבע ונוטל. אולם דבריהם תמוהין דהא אף במסור אי עשו תקנות נגזל כשהמוסר א"י כמה היזקו תליא במחלוקת הפוסקים כמבואר (סי' שפ"ח ס"ז) והש"ך שם (ס"ק ל"ז) העלה דמספיקא לא מפקינן ממונא ועוד הא הרמב"ם (פ"ו) מזכיה שם באם חזרה בה דמשלמת דכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם מסיים וכתב והוא שיהיו לו עדים כמה הוציא שאין זה נשבע ונוטל ואמאי הא בא באקראי ול"ה לו לעשות ע"י בירור א"כ יהיה נשבע ונוטל ולדעת המ"מ מובא שם בש"ך (ס"ק ל"א) דעתו כר"ת דאם אין המוסר כופר רק שא"י כמה הפסידו נשבע ונוטל וה"נ דכוותיה. ואולי יש לחלק דדוקא היכא דנתכוין להזיק בזה עשו תקנה שישבע ויטול משא"כ שם בחזרה היא י"ל דאינה מתכוונ' להזיק רק דרוח אחרת אתה עכשיו שממאנת בו י"ל לכ"ע לא עשו תקנות מזיק בכה"ג שישבע ויטול וכן נמי בלך ואני אבא אחריך לא נתכוין להזיק במה שלא הלך אחריו דאולי הי' צריך בעסקיו וכדומה משא"כ בסרבן י"ל דהוי כמתכוין להזיק. ומצאתי ברדב"ז (ח"א סי' קע"ב) שכ' אפילו תימא כדעת המ"מ בדברי רמב"ם (ה"מ) במסור גמור שהוא מתכוין להזיק את חבירו אבל ראובן זה ל"ה מתכוין אלא להציל ממונו לפי דעתו שחשב שהדין עמו דיינו שיפרע מה שיודעים עדים שהפסיד אבל שיהי' כנגדו נשבע ונוטל אין לנו עיי"ש הרי אף דדינו שם שהלך לפני ערכאותיהם להוציא מחבירו ושוב נתברר עפ"י ד"ת שא"ח לו ובכ"ז כתב דלא נתכוין להזיק רק להוציא ממונו לפי דעתו ק"ו בלא עשה כלל רק שהיה סרבן בדבר אף שגרם לו לחבירו הפסד הוצאות עי"ז וחייב לשלם מ"מ נשבע ונוטל אין לנו:

אולם ברמ"ה ב"ב שם בנידון דאם המוכר ידע במומיה יבדחי לשלם להלוקה הוצאה דהולכה כשהודיע למוכר מטעם דינ' דגרמי כתב ומסתברא דכל היכא דאית ליה מדינא למשקל הוצאה משתבע כעין דאורייתא ושקיל מידי דהוה אמוציא הוצאות על נכסי אשתו ומכיר כליו וספריו ביד אחר עכ"ל הרי אף דמטעם תקנה ל"א נשבע ונוטל או מטעם דהוי ספיקא דדינא אם עשו תקנות נגזל בגורם או מטעם דלא נתכוין להזיק מ"מ נשבע ונוטל כמו מוציא הוצאות. וצריך לומר דשם הוי כמוציא ברשות חבירו כיון דידע שהוליכו למקום פלוני וידע מן המום ועיין סמ"ע (סי' י"ד) שם ובמ"ש הש"ך (סי' צ"א ס"ק כ"ג) משם אביו הגאון ז"ל והא דכ' הרמב"ם הלכות זכיה שא"ז נשבע ונוטל הוא משום אף דשם הוכרח לעשות עפ"י המנהג מ"מ ל"ה ברשותיה ובשליחותיה כיון דאז הי' לבה שלם עמו ול"ה דעתה שתחזור בה וה"נ בלך ואני אבא אחריך אף דחייב לשלם

מטעם דהוציא עפ"י מ"מ ל"ה כהוציא ברשות די"ל אז היה דעתו לקיים הבטחתו משא"כ בידע מן המו' במקח דהי' לו להמוכר לאסוקי אדעתו שיוציא הוצאות ויחזור מן המקח הוי כירד ברשות ובשליחותייהו קעבד ודינו כמו מוצי' הוצאות על נכסי אשתו. אולם ממה דהטור (סי' רל"ב) כשהביא דברי הרמ"ה השמיט זאת ולא כתב שישבע ויטול כמה הוציא נראה דמדמה להא דחזרה בה היא דאף דחייבת לשלם ההוצאה מ"מ אין דינו שישבע ויטול כמו שכתב הרמב"ם וצ"ע לדינא:

סימן כב

הא דמבואר ש"ע (סי' ט"ו ס"ב) דמקדימין דין יתום לדין אלמנה. יש להתבונן אם יתום מאב דוקא בכלל זה או אף ביש לו אב רק שהוא יתום מאם הוא בכלל זה להקדימו. וראיתי בס' רביד הזהב פ' משפטים ע"פ כל אלמנה ויתום שהביא משם ר"פ בהגהות סמ"ק שכתב דגם יתום מאם הוי יתום וכתב ומדברי רשב"ם (סי' תנ"ד) אין נראה כן וצ"ל רשד"ם וכן מבואר שם סי' הנז' לענין דמעות יתומים להלות בא"ר דיתום מאם אינו בכלל זה ובכנה"ג יו"ד (סי' קס"א) כ' ע"ז שלא שמענו זה אבל כבר הורה הזקן. ולכאורה נראה להוכיח מספרי פ' כי תצא וכן כתב רמב"ם (ס פ ך') הל' סנהדרין דמה דכתוב בתורה לא תטה משפט גר יתום היינו דאם הבע"ד הוא גר עובר בב' לאוין ואם היה יתום עובר בג' לאוין. וגר לא משכחת שלא יהיה יתום מאב דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי וא"כ גר הוא בכלל יתום מאב ומה נתוסף לאו אם הוא יתום הא לעולם הוא יתום מאב א"ו דאם הוא יתום גם מאמו הוסיפו התורה ללאו. ועיין בעל הטורים פ' כי תצא ע"פ לא תטה דכ' דלכך כתיב גר יתום ול"כ גר ויתום לומר לך גר שנתגייר כקטן שנולד אבל עכ"פ לא יחלוק על הספרי דאם הוא יתום גם מאמו עובר עוד בלאו שלישי. אך י"ל למ"ש עוד שם ר"פ ומיקרי יתום כ"ז שאינו יכול לפקח על נכסיו א"כ גר גדול שיכול לפקח בנכסיו אינו בכלל יתום. ושפיר י"ל דרק יתום מאב הוי בכלל זה אבל יתום מאם ונשאר לו אב שיפקח בנכסיו אינו בכלל יתום ובגר משכחת שאם הוא גדול אינו עובר רק על שני לאוין אם הטה את דינו ואם הוא קטן באמת לעולם עובר בג' לאוין כיון דהוי יתום מאב דקטן שנולד הוא:

והנה בהנך לאוין דלא תעשה עול במשפט ולא תטה משפט כו' יש להתבונן מדוע לא מנה אותן הרמב"ם (פי"ט) מסנהדרין כשמנה קס"ח לאוין שא"ב כרת ומיתה ביד"ש ולוקין עליהן למה לא חשב ג"כ הנך שלשה לאוין ואף די"ל דאם הטה את הדין וטעה חייב לשלם כשנו"נ ביד וא"כ הוי לאו הניתן לתשלומין כמו גזל ואונאה ולקיחת שוחד והכלל הוא היכא דאיכא ממון ומלקות ממונ' משלם ומלקי לא לקי ואם לא נו"נ ביד אף

אם נאמר דא"ח לשלם מ"מ הוי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין ע"ז הא מ"מ משכחת כשנו"נ ביד ובמקום דליתא בתשלומין דאז יש בו מלקו' וכגון דהנידון הי' בין הבע"ד על כלי ידוע שזה אומר שקנה ממנו בקנין המועיל ורצה לתת לו תשלומי החפץ וזה אומר שלא מכר והטה הדיין הדין להחזיק הכלי ביד המוכר ונו"נ ביד כגון שהי' מונח הכלי ביד הדיין או שהטה הדין להחזיק ביד הלוקח בעד תשלומי החפץ בזה נראה דהדיין עבר על הלאו במה שהטה את הדין ואף דליכא נ"מ לענין ממון ובודאי על פמש"פ אם הטה את הדין אינו עובר כמו בגזל וכדומה ורק על דבר השוה ממון כשהטה הדין בזה עובר על הלאו אולם מ"מ במה דיש נ"מ על גוף הכלי מי שיזכה בה זה חשיב תביעת ממון להמבואר בש"מ ב"מ (דף מ"ח) משם הריטב"א בהא דקאמר ר"ח שם כגון שיחד לו כלי לעשקו דקרא אשמועינן דאפילו בלא כפר במלוה ולא בשכירות שהם עיקרי החוב אפ"ה חשב כפירה לחייב קרבן כל היכא שזכה בשעבוד הכלי במעות או במשיכ' דלא להוי כפירת דברים עיי"ש ועיין עוד שם בלשון רמב"ן. ומזה הבאתי בהגהוהי לס' ד"ח דיני טו"נ (סי' א') ראיה לדינו של הקצוה"ח (סי' ע"ג) שחקר אם יש תביעה על חפץ ידוע שמכר לו ונשאר חייב לו ממון ורוצה לשלם לו והלה כפר ויש לתובע ע"א אם חשיב כפירת ממון לחייבו שבועה אע"ג דליכא דררא דממונא ואם היזק החפץ ל"ה נ"מ בדמים א"כ תביעתו אינו שוה ממון מ"מ כיון שזה רוצה בגוף החפץ חייב לישבע שבועת התורה וא"א זקיני מ"ו הגאון ז"ל בספרו דברי משפט שם פקפק ע"ז והבאתי דדבר זה תליא בדברי ריטב"א ורמב"ן הנ"ל דאם הוי לענין קרבן שבועה כפירת ממון במה שרוצה בגוף החפץ אף דליכא נ"מ לענין ממון ה"נ חייב לישבע שבועה דאורייתא להכחיש העד וכן נזכרתי שכיון לזה ש"ב הרב הגאון מו"ה אשר נ"י בראיה זו לדעת הקצוה"ח. ומעתה כמו דחשיב לענין חיוב ק"ש ולענין שבועה להכחיש את העד כמו כפירת ממון ממילא לענין הטיות דין ג"כ עובר בלאו דלא תעשה עול במשפט וליכא תשלומין בזה כיון דאף אם הזיק לו את החפץ אינו חייב להחזיר גוף חפץ רק תשלומין ובנידון כזה דליכא נ"מ לענין ממון ממילא חייב מלקות כשהיה בהתראה ונו"נ ביד דעשה מעשה:

אך י"ל דאם נו"נ ביד אף דלא נתכוון לגזול מ"מ כיון שנתכוון להזיק לו א"כ נעשה גזלן בהגבהה דנטלו להזיקו אף דלא נתכוון לקנות כמבואר ש"ס ב"ק (דף צ"ח) דאם הגביה להזיק מגזל גזליה השבה בעי למיעבד ועיין ש"ך (סס"י שפ"ו סק"ח) שחולק על המרש"ל שם וסובר דכיון דבעי למיעבד השבה אינו יוצא עד שמחזירה למקום שנטלה עיי"ש וה"נ דכוותיה כיון דנו"נ ביד הוי כנטל הכלי להזיק ובעי למיעבד השבה מעליא והוי בכלל גזלן וחייב לנתק הלאו וממילא כשמסר הדיין החפץ להבע"ד התובע הוי כמו

שאבדה בידים והוא חייב מיד משעה שגזלה לקיים השבה או החפץ או הדמים והמעות אשר ביד בעל החפץ יחזיר להתובע וא"כ הוי בכלל לאו הניתן לתשלומין ולא משכחת מלקות ועיין רשב"א גיטין (דף נ"ב) שכ' שהגביה שלא ע"מ לקנות דמשמע בהגביה להזיק ל"ה גזלן ממש ועמ"ש אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני שומרים (סי' י') ומכאן ראי' לדעת הש"ך החולק על הישׁ"ש הנז' כמובן דומה לזה כתבתי בהגהותי לד"ח דיני אבידה (סי' א') לתרץ קושית מה"ח על דע' הראב"ד בהשגות (פ"א ה"ג) דלכך אינו לוקה על לאו דלא תחמוד מטעם דהוי לאו הניתק לעשה א"כ כשנשרף החפץ ילקה ואיתא בתשלומין ל"ש בזה כיון שכבר נתן השוי' של החפץ והלאו הוא רק בשביל החפץ עצמו וכתבתי כיון שהמקח בטל הוי המעות שנתן בחוב או פקדון ביד בעל החפץ ושוב הוי לאו הניתן לתשלומין במה דנפקע החוב עיי"ש וה"נ דכוותיה כיון דבאמת מה"ד לא קנה החפץ ונשאר על המוכר קנין החפץ וחיוב החזרת מעות א"כ כשהדיין נו"נ ביד הוי כמו גזל גזילה והשבה בעי למיעבד החפץ או השוי' ועל המוכר נשאר החיוב ממון להחזיר והדיין כשנו"נ ביד מגזל גזליה ממש והשבה בעי למיעבד:

ואין להקשות להמבואר ברמב"ם (פ"א) דתמורה דלכך לוקין בממיר ולא הוי לאו הניתק לעשה הואיל דהוי ב' לאווין וה"נ אם מטה דין גר דעובר על ב' לאוין בלאו דלא תעשה עול במשפט ולא תטה משפט גר א"כ ל"ה בכלל לאו הניתק לעשה ז"א דלגבי חיוב תשלומי ממון כיון שצריך לנתק בידים ולקיים העשה בזה מהני אף נגד ב' לאוין או מטעם נל"ט או מטעם דגלי לן קרא בממון דגזילה ממון משלם ומלקי לא לקי כמו שהארכתי שם בהגהותי בד"ח בזה. וה"נ כיון דבכלל גזלן הוא חייב לשלם ממון ועיין תומים (סי' צ"ז) מ"ש בהטעם השני שכ' הרמב"ם שם בתמור' דהלאו כולל יותר מן העשה דזה הוי רק בתמורה דהעשה נתקיים מאליו ולא היכא דמקיים העשה בידים ע"י מעשיו בזה תמיד הוי נל"ע וה"נ אף נגד שני לאוין וז"פ:

וראיתי בפנים יפות מבעל ההפלאה פ' כי תצא דחתר לפרש קרא דלא תטה משפט גר יתום כגון שגר הוא היתום שהדין הי' אם הורתו בקדושה כגון שלא הפריש אביו ג"ח אחר הגירות והס' הוא אם הנכסים של בנו או של הפקר והטה הדין לומר שהוא יתום וראוי ליורשו וזכה בו הבן ואין כאן קלקל בדין כיון שב"כ וב"כ זכה או בתורת יורש או מהפקר וזהו בלאו דהכרת פנים ואם הטה הדין לחובה וזכה בו אחר אין הדיין חייב לשלם מדיני דגרמי כיון שאין ההיזק בא מיד אלא לאחר שזכה בו אחר אלו דבריו ויש לגמגם בזה לא מבעי' לדעת הרמ"ה בטור (סי' שצ"ו) בפורץ גדר לפני בהמת חבירו דאם נאבדה הבהמה חייב לשלם ה"נ דכוותי כיון דהדיין הטה הדין לומר שאינו יורש והוי

כמו דהפקיר נכסיו כיון דהסיר שמירת הבעלים וסילק שם בעלים מן ממונו הוי כמזיק ממש אלא אף להחולקים וסוברים דפטור וכמבואר שם ברמ"א. היינו כיון דאז לא בא ההיזק במה דפרץ הגדר רק אח"כ במה שנאבדה הבהמה אבל בנידון כזה שפוסק הדיין וסילק שם בעלים מממונם והפקיע מרשותיה י"ל דכ"ע מודים דבזה הוי מזיק ממש בפרט כשנו"נ ביד והוציא מרשותו להפקר הוי כהגביה להזיק דהשבה בעי למיעבד וצ"ט בזה ומ"ש ההפלאה שם דמה נ"מ בין לאו אחד או ב' או ג' לאוין כיון דא"ב מלקות מצינו כמה פעמים כעין זה כמו בלאו דבל תאחר דעובר בעשה ברגל הראשון ובב"ת אינו עובר עד עבור ג' רגלים אף דל"ש בו מלקות וכן הרבה פעמי':

סימן כג

הב"י (סי' ט"ו) הביא תשובת הרשב"א דאע"ג דמציא' חשו"ק אין מוציאין בדיינים מ"מ שכר פעולתו שיש לו ביד אחר מוציאין בדיינים וכתבו הב"ח והכנה"ג ללמוד ממה שהביא זאת כאן דהיכא דבא לפני הדיין תחילה שהוא רק גזל מפני דרכי שלום מקדימין דינים אחרים מלפניו לא כן שכירות קטן שהוא דאורייתא ומזה הכריע בקצוה"ח דלא כתשובת שבות יעקב שכ' (ח"ת סי' קנ"א) בב' שתבעו זה לזה ונתחייבו שניהם לישבע אחד מהם שבועה דרבנן ואחד מהם שבועה דאורייתא דאין להקדים להשביע לזה שנתחייב שבועה דאורייתא תחילה ילה דאין דין קדימה מכח חומר השבועה ויש לעשות גורל מי נשבע תחילה והקצוה"ח כ' כיון דאין יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע ההיסת ודומה למציאת חשו"ק נזקקין תחילה להשביע למי שנתחייב שבועת התורה דיורדין לנכסיו אם א"ר לישבע. ובדבריו מופרך ראיות הש"י שם דכ' ראיה דאין להקדים להשביע מתחילה מפני חומר השבועה מש"ס שבועות דשאל מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן ולא אמר דנ"מ לענין קדימה א"ו דאין קדימה מפני חומר השבועה ולמ"ש הקצוה"ח עיקר הטעם להקדים להשביע מי שנתחייב מה"ת משום דנחתינן לנכסיו באם א"ר לישבע א"כ נכלל זה במה דקאמר שם בש"ס דבדאורייתא נחתינן לנכסיו ובדרבנן לא נחתינן ומזה בא התולדה לתת דין קדימה להמתחייב מדאורייתא הואיל דהוי חיוב גמור ונחתינן לנכסיו והיכא דיורדין לנכסיו בדיני דדבריהם שוין לדיני תורה ממש ונזקקין למי שבא תחילה כמ"ש הקצוה"ח:

עוד הביא הש"י שם ראיה מש"ס שבועות (דף מ"ג) ה"ק מי נשבע תחילה מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון אף דהתם הלוה נשבע שבועת התורה כדין מוב"מ והמלוה נשבע רק מדרבנן אפ"ה לא עלה על דעת המקשן שיהי' לו דין קדימה עד שהקשה מי נשבע תחילה ולדברי קצוה"ח ג"כ אינו ראיה דבשבועת המשנה

אף דהיכא דמשלם השומר וא"ר לישבע דאינו ברשותו ל"ש לומר דנחתינן לנכסיו כיון דליכא נ"מ לענין תביעת ממון רק לשמא עיניו נתן בו מ"מ היכא דהוא בא להוציא ממון מן הלוה שוין לשבועה דאורייתא ייתא ויכול הלוה לומר דלא ישלם ולא ישבע עד שישבע המלוה מקודם. ובלא"ה אינו ראיה ואדרבה י"ל קצת ראיה להיפך דמצד הסברא יש להקדים למי שמחויב מה"ת ושאל התנא מי נשבע תחילה אם דין זה הוא כמו בכ"מ להקדים לדאורייתא ולא נעשה תקנה לרמאי וגם לא ניחוש לשמא יוציא הלה את הפקדון ויפסלנו לעדות ולשבועה כמ"ש רש"י ואמר שמתחל' ישבע מי שהפקדון אצלו דחיישינן לשבועה לבטלה וגם שיראה בעיני עולם שנשבע לשקר דאף דמה"ד הוא כשר דתלינן דבדדמי עשה שומא ולא דקדק במה שאינו לפניו חשו חכמים שלא יחשבהו במזיד וכמ"ש בש"מ ב"מ (דף ל"ה) ועי"ש בש"מ משם הריטב"א וז"ל וק"ל ותפ"ל דהכי דינא שישבע המלוה תחילה דאין המשכון ברשותו כדמוכח לעיל וי"ל כיון דשבועת מלוה דרב הונא אינה אלא לחששא ותקנת' דרבנן הוא ושבועת לוה ש"ד הוה ס"ד דלוה קדים ומשתבע אם ירצו ב"ד קמ"ל תנא דע"כ ישבע המלוה תחלה כדי שלא יוציא הפקדון אח"כ עכ"ל. ומשמע מדברי הריטב"א לכאורה דיש קדימה למי שחייב לישבע מדאורייתא אולם הוסיף לומר דתליא ברצון הב"ד. ועיין בר"ן שבועות שם משם הרמב"ן הא דלוה הוי מוב"מ דאם המשכון ביד המלוה א"ח עד דמהדר ליה משכניה וכיון דא"י אם אבד או לאו הוי כנ' לית לך ונ' לא ידענא דפטור וכ' כיון דמודה בעיקר החיוב ואם באמת אבד חייב אעפ"י שאם לא אבד אינו גובה ממנו עד שיחזיר לו כיון שהוא נאמן בכך בשבועה מוב"מ הוא דתרתי מילי נינהו והודאה דיליה הודאה גמורה הוא. ולדבריו כיון דרק ע"י דנאמן בשבועה דא"ב מוב"מ הוא א"כ כל זמן דלא איתברר בשבועתו דהמשכון א"ב אין הלוה חייב שבועה א"כ ודאי קשה כמו שהקשה הריטב"א דהכי מה"ד שישבע המלוה תחילה דא"ב ועיי"ש בר"ן מה שהקשה על הרמב"ן ואי"ה יבואר בדיני הלואה אכ"מ וראיתי בס' שער משפט (סי' כ"ד) שהוכיח מדברי הריטב"א הנ"ל דחולק על הגאונים המובא בתשובת מיימוני מובא שם בב"ח שפירשו נזקקין לתובע תחילה אם ראובן טוען על שמעון ושמעון טוען על ראובן ושניהם כופרים זה לזה משביעין את הנתבע תחילה דלדבריהם הו"ל להריטב"א לתרץ כיון דהמלוה תובע תחילה את הלוה מותר המעות והלוה כופר נזקקין להתובע תחילה להשביע את הלוה. ואינו מוכרח כיון דחייבהו. חכמים שבועה מטעם דשמא עיניו נתן בו ולא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וחששו שמא נשאר בידו המשכון וסובר הריטב"א או כדעת הרמב"ן הנ"ל דא"ח הלוה עד דמיהדר ליה משכניה וכיון דכל החיוב תליא בתנאי דנאבד המשכון

ל"ש כאן דנזקקין לתובע תחילה לכך הוצרך הריטב"א לדחוק א"ע כיון דשבועה אינה אלא לחששא ותקנתא דרבנן ושבועת לוה הוא מה"ת הוה ס"ד דתליא ברצון ב"ד. ואף אם סובר כדעת הר"ן שבועות שם דאף אם בודאי הוא בידו דהמלוה אעפי"כ חייב הלוה לפרוע העודף דאף דהמלוה עובר בלא תחמוד אפי"ה ממונא אית ליה גביה דלוה מ"מ לא שייך לומר דנזקקין לתובע תחילה דמ"מ כיון כמו דאין נזקקין לכוף להלוה שיפרע להמלוה כ"ז דעובר על לא תחמוד כמ"ש הר"ן שם ולכך צריך הריטב"א לומר משום כיון דמה"ת חייב הלוה לישבע ושבועת המלוה הוא רק מתקנתא תליא ברצון הב"ד ואין ללמוד משם למ"א:

ועיין רדב"ז (ח"ג סי' תר"כ) בראובן שהלו' לשמעון מנה על משכון וגם נתן לו כ"י וכשבא לפדותו כפר ראובן במשכון ותובע חובו וזה מודה לו במנה אלא שתובע משכנו וכתב דישבע ראובן תחילה שבועת היסת שלא נתן לו שמעון משכון ואח"כ ישבע שמעון של"ה שוה משכונו פחות ממה שהלוה עליו ונפטר ועל הכ"י נאמן לומר פרעתי ולכאורה כיון שזה תובע אותו בהכ"י דחייב לו וזה אומר שיש בידו משכון א"כ נזקקין לתובע תחילה והי' מהראוי שהלוה ישבע תחילה. וצריך לומר דהלוה תובע אותו תחילה שרוצה לפדות משכנו ואף דליכא כפירת ממון כיון דמודה דחייב לו כדי דמיו של המשכון מ"מ כיון דרצה בגוף החפץ חייב לישבע היסת דזה הוי ככפירת ממון ועיין קצוה"ח (סי' ע"ג) לכך חייב המלוה לישבע תחילה דלא מסר בידו משכון ואח"כ נשבע הלוה ככופר הכל:

סימן כד

בש"ע (סי' ט"ו ס"ח) יש לדיין לדון דיני ממונות עפ"י הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת כו' והוא מלשון הרמב"ם (פכ"ד) מסנהדרין ובנתיבות תמה ע"ז הא אפילו ראה כשנעשה עד אינו נעשה דיין וראייתו עדיף מן כל אומדנא וכתב דלא מהני אומדנא רק לענין אורעי שטרא דהא בש"ס כתובות פרק הכותב קאמר בש"ס קרענא ס"ד רק לענין מרענא או לענין מיפך שבועה ולא להוציא ממון והא דמהני להוציא מיורשים דוקא כשהוא אומדנא לכל העולם ואין זה בגדר עדות אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזה"כ. והמעיין בדברי רמב"ם שם יראה דכ' אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה חפץ של המת מוציאו מן היורשים שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהדין אמת מבואר דעיקר תלוי בידיעת הדיין ושלבו ודעתו סמכה ואף אם לא נודע וידוע לכל רק להדיין יכול להוציא מיתומים. ובהל' שאלה ופקדון (פ"ו) כ' ג"כ והיה יודע הדיין של"ה המת אמוד והוסיף עוד באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאין בעדותן מיד היתומים שאין זה ראיה

ברורה ואומדן דעתן אינו אומד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת מכל הדברים האלה מבואר דתליא רק באומדן דעתו של דיין אף שאינו אומדן דעת דכל העולם יכול להוציא מיתומים וע"כ צריך לומר דכיון דזה טוען ברי שהוא שלו ונותן סימנים מובהקין והיתומים אינם טוענין ברי והוי כמלתא דלא שכיח לגמרי דלא טוענין ליתומים. וכמ"ש תוס' כתובות שם וכ"כ הבעה"מ פרק הגוזל להוכיח מזה דלא טענין ליתמי נאנסו ועיי"ש במלחמות ליישב שיטת הסוברים דטענין מהך דרב מיאשיא דמיירי בהפקיד בעדים ויש לומר ג"כ אף להסוברים דאף מלתא דל"ש טוענין ליתומים שלא להוציא י"ל דזה הוי כלא שכיח לגמרי דכיון דזה אינו רגיל להכנס אצל זה שמת. וגם לבו של הדיין סמכה דזה המת ל"ה אמוד אין הדיין יכול לטעון טענת ברי בעד היתומי' מה שלבו סומך שלא כן הוא ולא סמכינן על אומדנא הזאת על עדים ואין לו אלא מה שדעתו סומכת דבזה אינו יכול לטעון בעד יתומים כטענת ברי ועיין סמ"ע (ס"ק ט"ז) דמה"ט אף בזה"ז מוציאין מיד יתומים כשלבו של דיין סמכה כמבואר בטוש"ע (סי' רצ"ז) ואף דבש"ע (סי' ק"ח) הביא השו"ע שני דיעות אם טוענין בעד יתומים מלתא דל"ש מ"מ זה הוי כלא שכיח גמור ולכך אף דדעת הרי"ף הוכיח הרמב"ן מלחמות ד' פ' הגוזל ומאכיל דטוענין עבור יתומים מלתא דל"ש מ"מ כאן כיון דלבו של דיין סומך באומדנתו דלא אמוד לא טוענין וממילא מוציאין ע"י סימנים מובהקין שנותן התובע דלאחר ל"ח ואם לקחו ממנו ע"כ יש לו מר"ק ג"כ וכיון דאף אם אביהן היה טוען שמא י"ל דמוציאין ממנו דבו"ש בצירוף חזקת מר"ק י"ל בכה"ג לכ"ע ברי עדיף ולא טוענין בעד יתומים טענת ברי:

ועיין באורים דכ' דלכך הביאו הרא"ש ויתר הפוסקי' הך דינא דיתומים אף דכ' הרמב"ם שהיה הסכמות חכמי הדור שלא לדון באומדנא מ"מ אם עשה הדיין כן והוציא מיתומים אין כאן טעות וקם דינא ופטור הדיין דעשה כתורה עפ"י הגמרא אף שהסכימו שלא לעשות ויש להסתפק בזה דא"כ היה להם להמחבר והרמ"א להביא כל דברי רמב"ם באיזה אופן מן הדין פוסק כפי הדברים שדעתו נוטה להם שהוא כך אע"פ שאין שם ראיה ברור' דהא מ"מ אין מוציאין ממון רק לענין היפך שבועה או לאורועי שטרא ובזה אף בזה"ז י"ל דקם דינא ומה שעשה עשה. אולם מדברי הרא"ש מס' כתובות דהביא דברי הגאון דהאידנא לית ליה למימר לדיין קים ליה בגוויה דלא ברור לן קים לי בגוויה היכא ולית לן לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה. ואח"כ הביא הך עובדא דאמר ידענא בר' מיאשא דלא אמיד ולא כ' דברי הגאון משמע דבזה מה"ד מוציאין ורק בקים ליה בגוויה לא בריר לן היכא וכ"כ הב"ח והוכיח כן מדברי הרי"ף. וא"כ דיין הפוסק עכשיו בקים ליה בגוויה הוי טעות בדבר משנה וחוזר ועיין בש"מ כתובות

שם משם תלמידי רבינו יונה דמרענא שטרא אפומי' רוצה לומר בב"ד שלו אבל יניח השטר בידו ויש לו תועלת בדבר אם יבא השטר לפני ב"ד שלא יהיה קים ליה בגוויה יצוה לגבות בשטר זה עיי"ש א"כ ליכא נ"מ אי הוי כטוע' בד"מ האידנא דבלא"ה יכול ב"ד אחר לגבות בהשטר וכן בקים ליה בגוויה דהמודה במקצת הוא חשוד לענין היפך שבועה ג"כ אם לא קבל זה השבועה והתרצה לשלם אם יתבענו בב"ד אחר לעולם יכולין לפסוק שישבע:

ולדברי תלמידי רבינו יונה ל"ק מהא דאין עד נעשה דיין אף דיודע בבירור א"י לדון מגזה"כ היינו שיהיה קיום לפסק דינו ושככה יקים ולא הדיר דינא לענין זה אין עד נעש' דיין אבל לענין הפוכי שבועה שפיר יכול לעשות דהוא א"י לקבל שבועתו וממילא הוי כמתוך שאי"ל ומשלם וכמו"ש שם הש"מ ולענין אורועי שטרא ג"כ כיון דקים ליה בגוויה א"י להוציא ממון אבל מ"מ ל"א קם דינא ואם באו לפני ב"ד אחר דלא קים להו בגוויה יכולין לפסוק כדין וכן יש לומר ג"כ בהך עובדא דר' מיאשא דאפקיד גביה אף דקים ליה לדיין זה דאינו אמוד ויכול להוציא מן היורשים ולתת לזה דנותן סימנים ושהוא אמוד היינו דהדיין יכול לעשות כן אבל אם לא הספיק להוציא מיד היתומים ובא אח"כ לתבוע בפני ב"ד אחר י"ל דאין מוציאין ואין סומכין ע"ז הפסק דרק הדיין הראשון דיודע באמוד דעתו דל"ה אמוד יכול לעשות מעשה ולא דיין אחר א"כ שפיר אין עד נעשה דיין שיהיה קיום לפסק דינו שגם ב"ד אחר ידונו ע"פ פסקם לחייבו לזה דגזה"כ הוא ע"פ שנים עדים יקום דבר. ואין עד נעשה דיין ג"כ לקיים פסק דינו ועיין במהרי"ט (ח"א סי' קי"ב) מה שכ' בדברי הרמב"ם הנ"ל ובמה שכתבתי לעיל (סי' י"א):

סימן כה

כתב בש"ע (סי' י"ז ס"ח) אפילו הביא א' מבע"ד ע"א לא יאמר לו אין מחייבין ממון עפ"י ע"א אלא יאמר לנטען ה"ז העיד עליך עד שיטעון ויאמר ע"א א"נ עלי ולשון הרמב"ם (פכ"א) מסנהדרין לא יאמר אין מקבלין ע"א אלא יאמר לנטען ה"ז העיד עליך הלואי שיודה ויאמר אמת העיד עד שיטעון הוא ויאמר ע"א הוא וא"נ עלי. ומשמע לכאורה דאם אינו טוען הנתבע דע"א א"נ פוסקין הב"ד לחייבו וזה דבר תימא ומעשי' בכל יום להיפך דכיצד נוציא ממון עפ"י ע"א וע"ש בלח"מ ובתומי' דהדיין לא יתן אצבע בין שינו להכחיש הע"א לכן לא יאמר תיכף ע"א א"נ שלא ילמוד להעיז ולשקר רק יאמר לו מה אתה אומר ראה הרי כאן עד ואם יודה טוב ואם יאמר שקר אתה אומר אעפ"י שלא ידע דע"א אינו נאמן מכל מקום יכול אח"כ לפסוק כפי הדין דעד אחד אינו נאמן אולם מלשון הרמב"ם דכ' עד שיטעון ויאמר ע"א הוא וא"נ עלי משמע לכאורה דצריך שיטעון כן וזה

ג"כ דבר תימא לכך נראה דהכוונה אם תובע ממנו ומכחישו והביא ע"א ושותק אח"כ זה ראיה דמדשתק אין חציף להעיז פניו נגד העד ויכול הדיין לפסוק עפ"י דהוי כהודאה לע"א. אולם אימתי זאת כשאומר הדיין לנטען ה"ז העיד עליך ושותק ואינו משיב אבל אם השיב אני אומר שקר הוא אומר או שהבעל דין תובע ממנו בשקר ודאי דפטור אלא אף אם לא השיב שמעיד בשקר או שהבע"ד טוען בשקר רק שאמר ע"א הוא וא"נ עלי ג"כ אין בכח הדיין לחייבו אף דראינו שאין בפניו לומר כן רק שאמר שע"א הוא וא"נ עלי כיון דלא שתיק ול"ה כהודאתו להע"א אין מחייבין אותו. ולפי"ז נראה אם כשאמר לו הדיין הרי זה העיד עליך ולא השיב כלל ויצא מב"ד הוי כהודא' אם יצא מב"ד אף אם שוב בא וטוען ששקר הוא שוב א"נ והוי חוזר וטוען ואף אם לא פסקו הב"ד עדיין א"י לחזור ולטעון ועיין בתומים (סי' פ' סק"א):

וראיתי בתשב"ץ (ח"א סי' ע"ז) אחרי דהאריך שם להוכיח דחששא רחוקה לומר על עד כשר דמשקר דאל"כ למה מצטרפין הלואה אחר הלואה שכל אחד מעיד עדות אחת ואי לשקרא חיישינן בחד ניחש אף לאלף כיון דכולן מעידין עדות מיוחדת וגם אי אפשר לומר דל"ח לשקרא רק גזה"כ הוא דבש"ס משמע דרק במילתא דעבידא לאגלויי לא משקר הא בעלמא חיישינן וע"כ דודאי חששא רחוקה הוא לפגום בבן ברית מוחזק בכשרות ששקר הוא מעיד ומ"מ אפשר הוא מה שאין לחשוד ב' עדים שלא יתביישו זה מזה וטעם הצטרפות בזא"ז כיון דהראשון הוא בחזקתו דאינו משקר רק מפני חשש רחוק ושמא א"מ ממון וכשיש עוד ע"א אף על מנה אחר חייב המנה הראשון שהעיד הראשון ועשינו מזה השני סניפין לסלק מעל הראשון אותו חשש רחוק כתב שזה שאמרו בירושלמי ר"ה מיקל לדיינא שאמר מקבלין אתון חד סהיד את לא תימר וכ' פירש וחתוך הדין וכן פירש הרמב"ם אף דהנתבע עד עכשיו הוא צועק וכופר אם היינו חוששין לחשש קרוב לשקר אל העד אמאי אמר לא תימר את ואמאי ל"א פתח פיך אלא כיון דחשש רחוק הוא שישקר העד אין פותחין לו ודמיא למוציא שטר ע"ח והלוה אומר פרוע הוא דאמרינן ליה זיל שלים ואם אמר לישתבע ליה חייב שבועה עכ"ד ומבואר מדבריו דמפרש בדברי ירושלמי ורמב"ם דלא יאמר הדיין כלום רק יחתוך הדין לחייבו משום דחשש' רחוקה הוא על ע"א דיעיד בשקר רק אם טוען הוא וזה דבר תימא לומר כן גם הא ברמב"ם מבואר דיאמר לנטען ה"ז העיד עליך והיעלה עה"ד שיחתוך הדין עפ"י ע"א רק הכוונה דלא יתן אצבע בין שיניו שילנווד לומר דע"א א"נ אבל ודאי אין לדיין לחתוך הדין רק אם שותק אחר דאומר לו ה"ז העיד עליך ולא השיב כלום אז דנין מכח שתיקתו. שוב ראיתי בתשובת פנ"י (ח"ב) הנדפס מחדש מ"ש בזה ויש להתבונן בדבריו. ובעיקר דבריו

דטעם הצירוף עד אחר על הלואה אחרת הוא דנעשה סניף להראשון לסלק חשש דמשקר קשה א"כ לדבריו למה לא יועיל רוב או חזקה לסלק החשש דמשקר אם הוא חשש רחוק הא בכה"ת אזלינן בתר רוב ובכל זאת בממון לא אזלינן בתר רובא ואף אם מעיד עד א' והרוב מסייעו מ"מ אין מוציאין ממון כמו דמוכח מכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ויבואר אי"ה בדיני טו"נ וכן בברי ושמא היינו דהלוה טוען א"י אם נתחייבתי ג"כ ל"מ ע"א רק לשבוע' ומטעם מתוך שאי"ל משלם והיכא דל"ש מתוך כגון בקרקע א"נ דגזה"כ הוא לא יקום ע"א. והא דהלואה אחר הלואה מצטרפין הוא משום דאמנה בעלמא תרווייהו קמסהדי כמבואר ש"ס סנהדרין והיינו דאזלינן בתר הלוה כיון דב' עדים מסהדי דחייב לו מצטרפינן אף מה"ת [ודברי התומים (סי' ל) דמשמע לי' דעדות מיוחדת בתרי זמנים הוא רק מדרבנן לחייבו תמוהין דמבואר מכמה דוכתי דהוא מה"ת ואכ"מ] ושני עדים הוא גזה"כ לחייבו ואף בב' יוכל להיות דמשקרין רק גזה"כ הוא] כמבואר ברמב"ם הל' יסה"ת ולריב"ק גם ע"י צירוף מחייבין ללוה כיון דתרוייהו מסהדי דמנא קא רשי ביה. וחד דלא מהימן הוא ג"כ גזה"כ לחוש למשקר או לבדדמי ואף במקום דל"ש זאת כך גזרה התורה דהא מבואר בש"ס כתובות (דף כ"א) דלא נוכל לצרף עדות האחד על קיום חתימת השני דא"כ קנפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדי ופירש"י ואנן עפ"י שנים עדים בעינן חצי דבר עפ"י זה וחצי דבר עפי"ז הרי אף דיש שני עדים המעידים ע"ד אחד וליכא חשש בדדמי כיון דמעיד על חתימת הב' בצירוף אחד מן השוק מ"מ הואיל דהוא עד בדבר זה ופועל עדותו על החצי לא נוכל לצרפו וע"כ דגזה"כ הוא על פי שנים עדים יקום דבר ולא יקום ע"א ויבואר אי"ה עוד בדיני עדות:

סימן כו

אם קבל עליו קרוב או פסול לדון או לעדות הכריע הרמ"א (סי' כ"ב) כהפוסקים דבתרתי לריעתא אפילו אחר גמ"ד יכול לחזור בו וכ' הסמ"ע דאם קבל חד כשר במקום ג' ל"ה תרתי לריעותא דשם חד הוא רק פסול אחד במקו' ב' כשרים הוי תרתי שמות לריעותא והש"ך חולק וסובר דזה הוי ג"כ תרתי לריעותא ובס' שער משפט הביא ראיה לדעת הסמ"ע מתוספתא (פ"ה) סנהדרין ר' יהודא אומר אמר להן אין יחידי דן אמרו לו אין לנו אלא דעתך וקבלו עליהן א"י לחזור בו וכן הי' ר"י אומר מי שחייב לחבירו שבועה וא"ל דור לי בחיי ראשך וקבל עליו א"י לחזור בו ומבואר דאיירי בלא קנין דומיא דדור לי בחיי ראשך ואפ"ה א"י לחזור הרי דזה ל"ה תרתי לריעותא כיון דשם אחד הוא דבעי ג' דיינין והוא מקבל אחד במקום שלשה. ונראה כיון דהש"ס לא הביא התוספתא הלזה למותיב מיניה על ר' יוחנן דהא בש"ס פליגי ר"י ורל"ק דר"ל סובר במחלוקת דר"מ ורבנן שהוא

לפני גמר דין אבל לאחר גמר דין דברי הכל א"י לחזור בו ור"י אמר לאחר גמ"ד מחלוקת ומסיק הש"ס משמיה דר"נ לאחר גמ"ד מחלוקת ומסיק הש"ס משמיה דר"נ לאחר גמ"ד מחלוקת והלכה כדברי חכמים והך מתניתא לא אתיא אלא כרל"ק מדקתני שם ברישא נאמן עלי אבא כו' יכול לחזור בו עד שישמע מפי הדיין דברי ר"מ וחכמים אומרים א"י לחזור בו וכן בדור לי בחיי ראשך יכול לחזור בו עד שיקבל עליו שבועה בפני הדיין ולר"י לאחר ג"ד מחלוקת וקודם גמ"ד לד"ה יכול לחזור ובתוספתא קתני דגם ר"מ מודה דכששמע מפי הדיין שוב א"י לחזור וזה כרל"ק ומדלא מייתי לה בש"ס לסיועי לר"ל ע"כ דידע הש"ס דלא נישנית ביה ר"ח ור"ה ואינה עיקר וכן ראיתי בס' חסדי דוד וממילא אין להוכיח משם כדעת הסמ"ע.

ובתומים כתב באם קבל עליו אשה שהיא קרובה לע"א הוי ג"כ תרתי לריעותא דפסול של אשה לא כפסול של קרוב דזה כשר לכ"ע וזאת פסולה ובנתיבות כ' אף שלבי מגמגם בזה מ"מ אין לזוז מדבריו בלי ראיה. ולכאורה יש להביא ראיה דזה ל"ה כתרתי לריעותא דאל"כ נאמר בקבל עליו קרוב להעיד הוי לעולם תרתי לריעותא דהא ודאי נראה בקבל עליו קרוב להעיד אם מעיד בשקר אינו עובר על לאו דלא תענה אם נתברר דהעיד בשקר כגון שהוזם מפי שנים או אף שהוכחש דלאו דל"ת לא נאמר רק על עד הכשר מצד עצמותו לא אם אינו ראוי להעיד רק שקבלו עליו וכמבואר ירושלמי פ' שבועות העדות לענין קרבן על שבועו' העדו' דאינו נוהג רק בראוין להעיד דאף אם קבלו על עצמן הקרוב או הפסול מ"מ א"ח ק"ש מטעם דכתיב והוא עד את שכשר להעיד עדות תורה ואף בע"א המקובל כתרי א"ח מטעם דכתיב והוא עד את שכשר לעדות תורה ולא ע"י קבלה וכמו כן לגבי לאו דל"ת נאמר עד שקר את שהוא עד הכשר מה"ת עובר על לא תענה ולא הפסול המקובל ככשר וכן משמע בס' יראים (סי' רמ"ג) שכתב ואינו נוהג אלא בראוין להעיד גם ראיה לזה מש"ס מס' מכות (דף ח' ע"ב) דכוותיה גבי עבד שהעיד בו והוזם עבד בר עדות הוא ואמאי לא הא משכחת בעבד ללקות כשהוזם על עדות שקר שהעיד כשקבלו הבע"ד עליהם א"ו דאינו עובר על ל"ת כשאינו בעצם עד כשר וכן אין הב"ד עושין לו דין הזמה א"כ ממילא הוי קרוב לעולם פסול מתרתי לריעותא חדא מצד שהוא קרוב או פסול וגם לעלמא ג"כ פסול מצד דהוי עדות שאי אתה יכלו להזימו ל"ה עדות וכאן אם יתזמו לא נעשה בהן דין הזמה וגם לא יתחייבו מלקות מצד לאו דל"ת וזה הוא פסול בכל עדות אף לגבי רחוק אם אינו בר הזמה לעשות בו דין הזמה או לחייבו מלקות א"ו דוקא שני עניני פסול דעדות להאמין לאחד כתרי הוי תרתי לריעותא וגוזמא אבל

ע"א שיש בו שני פסולין מצד קרוב וגזלן ל"ה רק כמקבל עד פסול במקום כשר דמה לי אם פסול מצד אחד או מטעם שני פסולים זה לא מקרי תרתי לריעותא:

שוב ראיתי בתשובת מרן רבינו הגדול עק"א ז"ל שכתב בפשיטות בתשובותיו (סי' קע"ו) להשיב ע"ד בנו הגאון מוהר"ש ז"ל דדן דקטן שקבלו הוי כתרתי לריעותא מטעם דג"כ אין עושין לו דין הזמה וכתב הוא דזה ל"ה תרתי לריעותא דאם מקבל עליו אביו גזלן ל"ה רק חדא לריעותא ולמ"ש ממקומו מוכרע כנ"ל דקרוב או פסול לעולם לא עבדינן להו דין הזמה וקצת י"ל דקרוב וגזלן ל"ה ענין אחד דקרוב אינו פסול מטעם דמשקר רק גזה"כ וגזלן הוא מטעם משקר ורשע דחמס לעולם פסול מטעם משקר ורשע דאינו דחמס הפסול הוא מטעם גזה"כ אף דליכא חשש משקר ויבואר אי"ה לקמן דיני עדות ופסול מצד דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו י"ל דהוא מטעם משקר כאשר מבואר ברש"י ב"ק (דף ע"ה) ובפירוש המשנה לרמב"ם ר"פ היו בודקין כאשר יבואר שם אי"ה. וי"ל מה"ט דאינו עובר על ל"ת כשקבלו קאו"פ היה ראוי לומר דיכול לחזור מהגדתו ול"ש לומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כיון דהא דא"ח ומגיד ילפינן לה מדכתב אם לא יגיד חדא הגדה כתיב או מדכתיב יקום דבר כאשר יבואר אי"ה בדיני עדות וזה כתיב בעד כשר ולא בעד פסול אך נראה כיון דקבל עליו עדותו היה הקבלה שיועיל עדות כמו בעד כשר דחדא הגדה כתיב ה"נ חדא הגדה יתקבל ממנו ויקום דבר לא שיהיה יכול לחזור ואף גם כן צריך דין עדות שיעיד בפני בעל דבר וכמ"ש כן בפשיטו' בתשובת חכם צבי (סי' ס"א):

ובתומים (ס"ק ג') כתב בדברי ראב"ן כפי מה שהביא הוא בשמעון שאמר לראובן אשתך תהא נאמנת עלי אם לא פרעתי לה ואומרת שלא פרע לה ופסק דהוי קודם גמר דין ויכול לחזור ושפט הב"ח דחולק ע"ד המרדכי שפוסק כן הרמ"א דלאחר שהעיד א"י לחזור וכ' התומ' דבעד כיון דאין העד יכול לחזור דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוי גמ"ד אבל בנידון דראב"ן אם חוזרת אח"כ ואומרת נזכרתי דפרעת לי נאמנת דהוי כבע"ד לכך אף דלא חוזרת ל"ש גמ"ד כיון דבידה לחזור לכך גם שמעון יכול לחזור ולמ"ש כיון דקרוב או פסול אינם בגדר כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד ורק כיון דקבלו עליו היינו שקבלו לגדר עדות ושלא יהיה חוזר ומגיד ולכך הוי אחר הגדתו כגמר דין ממילא אף אם קבל עדות אשתו ג"כ הוי הקבלה לחדא הגדה. ובלא"ה המעיין בספר הראב"ן (סי' מ"ו) וכן בתשובת מהר"מ רוטנבורג (סי' תשל"ח) ל"ה המעשה שאמר אשתך תהא נאמנת עלי שלא פרעתי לה רק הנתבע אמר פרעתיך ונאמנת עלי אשתך אם תאמר לא פרעתיך אפרע א"כ לא קבל אותה רק לעדות אם לא פרע לבעלה א"כ ל"ש שתאמר נזכרתי ולומר שתהא נאמנת

לומר נזכרתי שפרע לך במגו דא"ב אמרה פרע לי ז"א דא"כ יתבע ממנה כמובן ודברי הב"ח נכונים דחולק וסובר דאף לאחר שהעיד ל"ה גמ"ד. אולם הראב"ן שם לא סמך ע"ז וכ' עוד טעם דיכול לחזור דדוקא כשיש עד כשר עם הקרוב דקבליה כחד אבל במקום תרי ל"מ אפילו קבלה והכא ליכא עד כשר עם אשתו ואין כאן עדות כלל וישבע שפרעו ופטור עכ"ד אולם בתשובת מהר"ם רוטנבורג שם לא העתיק רק טעם הראשון דיכול לחזור קודם גמ"ד ועיין שם דכתב באמת הטעם דלאחר הגדתם הוי כגמ"ד כיון דל"מ מסהדי בענין אחר דכיון שהגידו שוב א"ח ומגידין הו"ל כגמ"ד לגבי דיינים וזה כדברי הר"מ במרדכי. אולם כנראה באמת הראב"ן חולק ע"ז וסובר דאף דהעדים א"י לחזור ולהגיד היינו משום דזה הוא מטעם קבלתו לקבלם כמו עדים כשרים ומ"מ כ"ז שהב"ד לא פסקו ל"ה גמ"ד וכן מבואר דעת הרמ"ה מס' סנהדרין (דף כ"ה) וז"ל מיהו היכא דאסהידו וגמרוה לדינא אפומיה כיון דלא הדר ביה מקמי גמ"ד ודאי גמר ואקני אבל היכא דהדר ביה מקמי גמ"ד מצי למיהדר ביה דאכתי איכא למימר דל"ג ואקני דסבר מי יימר דאתו ומסהדי וכיון דחזא דאסהידו קא בעי למיהדר ביה דאדעת' דהכי לא אקני ליה עיי"ש הרי דסובר דאף דחזא דאסהידו ולא חזר מיד מ"מ כיון דמתחילה ל"ג ואקני דסבר מי יימר דיסהידו יכול לחזור אף אח"כ כ"ז דל"ה גמר דין מב"ד וכ"כ עוד במס' ב"ב פ' י"נ(סי' קט"ו) ועיי"ש דכ' צאתן לו א"נ חייב אתה ליתן לו הוי גמ"ד וזה כדעת הסמ"ע ודלא כש"ך (ס"ק ה). עכ"פ לענין גמ"ד בקבלות עדות כנראה יכול המוחזק לומר קים לי כדעת הראב"ן והרמ"ה דקודם גמ"ד דב"ד יכול לחזור אך באם פסקו הב"ד דחייב ליתן בזה א"י לומר קים לי כדעת הש"ך כיון דלדעת רמ"א והש"ך אף קודם גמ"ד א"י לחזור כשנתקבל עדותן:

ולענין אם קבל אשה קרובה נראה דלא כתומים דזה ל"ה תרתי לריעותא וכמו שהוכחתי וכן מוכח מדברי הראב"ן הנ"ל שכתב והכא ליכא עד כשר עם אשתו מבואר דאם היה עד כשר עם אשתו היה מהני קבלתו אף דהיא אשה הפסולה להעד בעצם וגם קרובה אשתו כגופו ואעפ"כ רק כיון דקבלה כתרי ל"מ אבל עם עד כשר היה מהני קבלתו וראיתי עוד הדברים מבוארים ברמ"ה מס' סנהדרין שם דהקשה הא ג' רועי בקר איכא תרי פסולי חדא דלא גמירי דינא וסתם רועה פסול אפילו תימא מתניתן בבקר דידיה כי אמרינן דבתרי פסולי לא גמר ומקני היכא דכי מקביל להנך תרי פסולי אנפשיה מפסיד אנפשיה מתרי אנפיה כגון שקבל קרוב או פסול כב' עדים כשרים דהא מרכיב להו לפסול אתרי רכשי חדא דמכשר לפסול ותו דמקבל כתרי אבל היכא דלא מסיק לפסול רק לחד דרגא כגון קרוב והוא פסול וקבילו עליו כע"א כיון דהנך תרי פסולי לא פסלי ליה תרוייהו

בהאי סהדותי טפי ממאי דפסול חד מינייהו דקרוב והוא כשר ופסול והוא רחוק פסול אפילו כע"א השתא נמי דהוא קרוב ופסול לא פסול למילתא יתירת' כחד פסול' דמי כו' דלא קבל עליו פסידא יתירא כי היכא דלימא לא גמר ומקני עכ"ל וכיון דלא מצינו להיפך בחד מן הראשון מי יחלוק על דעת הראב"ן והרמ"ה ובודאי זה ל"ה כתרתי לריעותא ואינו יכול לחזור:

סימן כז

אם קבל עליו עכו"ם לדיין אין הקנין כלום ואסור לדון לפניו וכ' הרמ"א (סי' כ"ב) אבל אם כבר דן לפניו לא יכול לחזור בו ובש"ך משיג ע"ד ובתומים העלה דאפשר דעת רמ"א נכון בסברא דכל האיסור שלא לדון בפניהם שלא ליקר שם ע"ז אבל אם כבר נעשה האיסור בשביל זה לא יבטל הקנין במה שכבר עבר האיסור והניח בצ"ע ומדברי רמ"א והתומים מבוא' דוקא בקנין אבל בלא קנין יכול לחזור אף אחר הפסק דין אולם בתשב"ץ (ח"ג סי' ס"ח) כ' שם בסוף הסימן וכל טענות אלו לזכות בני שמעון היה מן הדין לקיימם אלו באו מתחילה לדון בדיני ישראל אבל כיון שהלכו תחילה לדון לפני האומות ובדיניהם יצאו חייבין הרי הם כאלו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם והרי מה שדנו בין לוי ובני שמעון קיים עכ"ל הרי דסובר אף בלא קנין מהני הקבלה אם כבר נפסק הדין. וראיתי בתשובת הריב"ש (סי' ת"צ) דנשאל משופט א"י בריב שהיה בין שני ישראלים ובקש אחד לקבל עדות מישראל וא"י והשופט אמר לו אל הנתבע אם רוצה שישאל לעדיו ויגמור הדין עפ"י עדותם ואמר הן ואח"כ העידו העדים כנגדו וחזר וטען שאין עדותם מועיל כי היהודים המה שונאיו והא"י אינם כשרים להעיד בדין תורת משה ושאל השר השופט אם יש ממש בטענותיו אחרי שנתקבלו העדים לבקשתו והודה בפני השופט שיגמור הדין ע"פ עדותם. והשיב דשונא כשר להעיד ובפרט שקבל עליו וא"י לחזור דלגבי עדות הוי קבלות עדות כלאחר גמר דין וא"י לחזור ולכך גם העדות של הא"י כיון שקבלו עליהם ונתקבל עדותן א"י לחזור עיי"ש ומדבריו נראה ג"כ אף דל"ה קנין שם מ"מ אחר שכבר נתקבל עדותן א"י לחזור ובאמת יש להבין דבריו כיון דעדיין ל"ה גמר דין רק קבלות עדות ואסור לדון לכתחילה בפניהם ואף אם קבל קנין יכול לחזור שלא לדון בפניהם מה"ת לא יהיה יכול לחזור מקבלתו שקבל עליו עדותן של א"י. וצריך לומר כיון דאינו חוזר מגוף הדבר שלא לדון לפני השופט מהני קבלתו שקבל עליו עדותן של א"י ג"כ וא"י לחזור אחר שכבר קבל עדותן וצ"ע:

ועיין תשובת רמ"א (סי' נ"ב) דכ' כשישראל דן עם חבירו לפני עכו"ם אסור להעדים להעיד אעפ"י שהוא כדין משום דמסייע לעוברי עבירה ואסור מדרבנן ובשער משפט

(סי' כ"ו) חולק עליו כיון דיודעים דהנתבע חייב מחזיקים ידי עוברי עבירי שגוזל ממון חבירו דאח"כ אין הב"ד נזקקין. ואין בדבריו לדחות דברי רבינו הרמ"א הנ"ל דהא אין בזה השבת אבידה דהא אף התובע בעצמו אף להציל ממונו אסור לו ללך לדון לפניהם עד שיתנו לו הב"ד רשות באופן שא"י להצילו ואם נתנו לו הב"ד רשות כבר כ' הרמ"א (סי' כ"ו) דיש רשות אף לב"ד ללך ולהעיד בפני עכו"ם והרמ"א בתשובה איירי באופן שהתובע אינו רוצה ללך לתבוע בפני ב"ד ישראל ובזה ודאי אסור ללך להיות מסייע לעוב' עבירה אף דבלא"ה מייקר שם אלילים מ"מ א"צ להשיב לו אבידה בזה ולסייע לו ולהוסיף לדון לפניהם בקבלות עדות מישראל דזה הוי כדין וחמור עוד ממסייע. ועיין פירוש המשניות לרמב"ם (פ"ו) ממס' תרומות דאף מסייע לעובר עבירה אסמיך אקרא אל תשת ידך עם רשע עיי"ש ועיין מ"ש בספרי ח"ר דיני טריפות (סוף סי' ז') וזכר לדבר דכתיב אל תשת ידך עם רשע להיות עד ודברי הרמ"א ברורים:

והנה בנתיבות (סי' כ"ו ס"ק ג') כ' דהא דאם א"ר לבא לב"ד נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עכו"ם מיד בע"ד דמיירי באופן דידוע החוב לדייני ישראל כגון במלוה בשטר וכיוצא דבמע"פ אי אפשר לדייני ישראל ליתן רשות להוציא דאימור אינו חייב לו כ"כ רק משמתין אותו כשאינו רוצה לבא עי"ש בדבריו. ומלבד דסוגיא דעלמא אזלי בתר איפכא ונותנין בכל ב"ד רשות ללכת בערכאות נגד מסרב דאל"כ לא שבקת חיי וכ"א שיש לו דו"ד עם חבירו אם אינו ידוע להב"ד מחוב ברור יפסיד את שלו כי גם אם משמתין אותו לא ישגיח בזה וימצא מסייעים בעוה"ר בפרט בחו"ל אשר גם זה אסור מחק המלכות לעשות ובנפש הדיינים הוא וא"כ יאכל הלה ולחדי. מבואר מדברי רמב"ם סוף הלכות סנהדרין דלא כדבריו דכ' היתה יד העכו"ם תקיפה ובע"ד אלם וא"י להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחילה אם לא רצה לבא נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עכו"ם מיד הבעל דינו ומדסתם שיתבענו לדייני ישראל מבואר אף דצריך לתבוע ואינו ברור וידוע לב"ד אם לא יש טו"ת ביניהם היינו שהחוב ברור ועיי"ש בהג"מ פירוש ר' יוסף ט"ע ז"ל הא דגרסינן פ' החובל קרית לחברך ולא ענך רמי גודא רבה שדי ביה כלומר קרית לחברך לדין ישראל ולא רצה לבא השלך עליו הכותל הגדול שלא יוכל להשמט כלומר שיבא עליו בידי עכו"ם משמע אף אם רק קרית ליה לדין ישראל ואין הב"ד יודעין עדיין אם כנים דבריו שחייב לו מ"מ שרי למרמי גודא רבה וכן מבואר מדברי רא"ש ב"ק (דף צ"ב) שכתב משם ר"פ גאון ראובן שיש לו תביעה על שמעון ומסרב לבוא עמו לדין שרשאי להביאו לערכאות של עכו"ם כדי להוציא את שלו מת"י ומדכתב תביעה משמע אעפ"י שאינו ברור לנו אם הדין עמו מ"מ כיון שיש לו תביעה ומסרב לבוא לב"ד

רשאי להביאו לערכאות של עכו"ם כדי להוציא את שלו וכן מבואר להדיא במהריב"ל מובא בגדולי תרומה שער (ס"ב ח"א) דהבעה"ת שם הביא דברי רש"ג באם חייבהו ב"ד דיש לזקנים ותלמידים רשות שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה אם א"י להוציא ממנו וכ' המריב"ל ז"ל דלכאורה נראה דהרמב"ם חולק על ר"ש גאון ז"ל דהרי לא כתב דהב"ד מטפלין עמו להציל מבע"ד אלא שיש מקום לחלק ולומר דהרמב"ם איירי היכא דלא בא האלם לב"ד דכיון דלא נתברר הדבר אם הוא חייב אם לאו אלא שא"ר לעמוד בדין לפני דייני ישראל מש"ה אין חייבין לטפל בענין אלא שנותנים לו רשות להתדיין בערכאות שלהם להציל מבע"ד אבל אה"נ דיודה הרמב"ם היכא דנתברר הדבר וחייבוהו ב"ד בחוב או בפקדון ואותו האיש גברא אלמא ולא ציית דינא דחייב ב"ד להטפל בדבר ויוציאו לאור משפטו וע"ש בג"ת דגם ר"ש גאון לא בא לחייב לב"ד להטפל בדבר רק לומר שיש להם רשות ומצוה קעבדי דלא נימא שמייקרים אותם בלכתם להעיד בפניהם ודוקא בעה"ד עצמו יכול להשתדל לפניהם להציל ממונו קמ"ל דאינהו נמי יש להם רשות והרמב"ם דכתב שב"ד נותנים לו רשות היינו כשהוא עצמו יכול ע"י הערכאות דמ"מ צריך רשות ב"ד עיי"ש אבל בזה דסובר המריב"ל דע"י רשות ב"ד יכול להשתדל לילך לערכאות אם איני רוצה לעמוד לפני ב"ד אף דלא נתברר הדבר אם הוא חייב או לאו ליכא חולק ולכ"ע נותנים לו רשות להציל העשוק מיד עושקו אם אינו רוצה לעמוד לפני ב"ד דאל"כ לא שבקת חי' וחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו ועיין בתשובת בעי חיי מבעל כנה"ג דמבואר כן כ"פ. ועוד הא אף בשטר אם הלה אומר שיש לו טו"ת נגד השטר ג"כ ל"ה דין ברור ועיין תשובת רמ"א שם וגם (סי' ק"ח) דמשמע ג"כ באם א"ר לבא לב"ד אף בחוב שאינו ברור לב"ד נותני' לו רשות אם אחר פירסם הדבר שאינו רוצה לדון בדייני ישראל ומדחי אל דחי וכן מבואר מדברי האורים (סי' כ"ו ס"ק ז') שכתב שנוהגים כשהשליח ב"ד מתרה בו ואמר שא"ר לבא נותנים רשות לכשכנגדו לקבול עליו בערכאות דהואיל דאפשר דחבירו יזכה בדין א"ה ג"כ לא פסיקו דהוי מילתא דממון וסגי בחד הרי מבואר דאף בלא נודע להב"ד מחוב ברור ג"כ נותנים רשות למסרב לבא וכן מבואר בתשובת משפטי שמואל (סי' קי"ד) דכיון שאינו רוצה לעמוד עמו לדת כמי שנתחייב דמי ורשאי ללכת בערכאות והכי אזיל סוגיא דעלמא ודלא כנתיבות:

והיכא דאחד הלך בערכאות והשני הלך לבטל מה שעשה הראשון שלא כדין בערכאות כגון שעשה בהסתר ובלי ידיעת האחר שיש לו תביעות עליו והלך להבריח הנכסים וכדומה להחליש כח הצד שכנגדו מבואר בתשובת כנסת יחזקאל (סי' צ"ז) דבכה"ג פשיטא שא"צ רשות ב"ד כלל וא"צ שום התראה בעולם וע"ש דמחויב אף להחזיר לו כל

הוצאותיו. ובהיותי בחו"ל שמעתי שרבני קשישאי דנו אם אחד תובע לחבירו בערכאות בלי רשות ב"ד ויצא השכנגדו חייב לשלם לו כפי תביעתו וההוצאה ותובע אותו לדיני ישראל שהעביר עליו הדרך ולא קרא אותו לפני דייני ישראל וגם הלך בלא רשות ב"ד לכן א"ר לשלם לו ההוצאה ודנו שההוצאה הראשונה מה שעשה זה שהלך שלא ברשות הפסיד אבל ההוצאה שאח"כ נעשה כשזה עמד עמו לפני שופטי ערכאות את זה חייבו לשלם כפי דיניהם כיון דלא קרא הנתבע להתובע אח"כ שיסלק ממנו הארי ושילך עמו לפני דייני ישראל הוי הוא כהלך שלא ברשות להתדיין בערכאות דכיון דזה עשה שלא כדין והלך בלא רשות ב"ד ל"ה לו להוסיף פחם ואש והיה לו לקרוא אותו לפני דייני ישראל ולהתרות לו שמוכן לעמוד עמו לדת לפני ב"ד שידונו ביניהם כדת של תורה וכשלא עשה כן הפסיד הוצאותיו של אח"כ וגם חייב לשלם כפי משפט ערכאות כל הוצאות. ואני לא האמנתי כזאת דלא משמע כן מדברי הפוסקים וגדולה מזו דעת פוסקים דאם יצא חייב בערכאות אם הוא צועק עליו אח"כ לדון בד"י אין נזקקין לו. מכ"ש דלא אמרינן שהנתבע היה לו לצעוק עליו בב"ד אחרי שקרא והזמין אותו לערכאות ובשביל זה יפסיד וישלם להעושה שלא כדין ובלא רשות ב"ד ועיי"ש בכנסת יחזקאל דמשמע ג"כ שם דלא הפסיד זה בשביל שלא צעק עליו שילך עמו לפני דייני ישראל וכן יש להוכיח מדברי רדב"ז (ח"א סי' קע"ב):

ואם יצא חייב בב"ד ישראל כ' הכנה"ג משם רש"ך (סי' קצ"ב) דרשאי להוליכו לפני הערכאות שלא ברשות ב"ד להציל את שלו ובאורים הביא דבריו בסיגנון אחר דהיינו שיש בידו פס"ד מב"ד ישראל דיכול לכופו ע"י עכו"ם לקיים הפס"ד וגם על זה כ' דצ"ע כיון דלא מצי למיעבד דינא לנפשיה ולהציל שלו ע"י עכו"ם אם לא בגברא אלם. וי"ל כיון דמצינו דבעכו"מ מכין אותו ואומרי' לו עשה מה שישראל אומרים לך א"כ ה"נ כיון דיש בידו פס"ד מב"ד ישראל והעכו"ם כופה אותו לציית דין ישראל אין בזה משפט שיהי' אסור מטעם לפניהם ולא לפני עכו"ם כיון דאומר לו שיעשה מה שהב"ד חייבוהו. וראיתי בהגהות הריק"ש ז"ל שכתב אף ביצא חייב מב"ד ישראל וסירב לפרוע אעפ"כ צריך נטילת רשות ודברי הרש"ך לא נתחוורה לי עכ"ל:

עוד ראיתי במהריק"ש (סי' ס"א ס"ו) שכ' על הא דכ' שם בש"ע בשטר שכ' בו שיש רשות למלוה לירד לנכסיו של לוה בלא רשות ב"ד דאינו רשאי לעבור עד"ת לירד לנכסיו אלא בב"ד ואם לא מצא דיין שרוצה לדונו אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו וכ' הריק"ש ז"ל מזה למדתי למוליך את חבירו בערכאות של עכו"ם כשלא מצא דיין שירצה לדונו דפטור מכלים דהא הכא מש"ה שרינן ליה לעבור על ד"ת לירד לנכסיו. ולדעתי העניה

יש לגמגם ע"ז דדוקא שם דשיעבד עצמו בשטר על כך הא לא"ה לא ועיי"ש בפרישה ובמ"ש לעיל (סי' י') משא"כ לגבי איסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם דאפי' נתרצו שני בעלי הדינים לדון בפניהם אסור ומ"ש הסמ"ע (סי' ס"א ס"ק י"ד) דדעתו דאם כ' בפירוש שידון עמו בדיני עכו"ם צריך לדון עמו בדייני עכו"ם ועיין תומים (סי' כ"ו) וכבר השיג עליו הט"ז שם דלילך לפני דייני עכ"ום שיש איסור אפילו שניהם מסכימים ע"ז בפירוש הקנין בטל בזה אף שיש תנאי בפירוש. א"כ אינו ראיה משם דיש לו רשות לעשות דין לעצמו מפני התנאי וחיוב הבע"ד אבל מ"מ ללכת לפני דייני עכו"ם אף בלא מצא דיין ישראל שירצה לדונו מניין לנו דמותר לעבור בקו"ע על איסור החמור דלפניהם ולא לפני עכו"ם בלא נטילת רשות מב"ד:

עוד ראיתי במהריק"ש (סי' כ"ו) וז"ל אמר לו הוליכני לעש"ג והוליכו תיכף פטור וראיה מדין האומר קרע כסותי כשלא בא לידו בתורת שמירה דהתם נמי איכא משום בל תשחית ועוד דשוגג הוא ואין ב"ד מנדין השוגגין עכ"ל וכנראה כוונתו דאין מנדין את התובע ולא אבין הראיה מאומר קרע כסותי דפטור מתשלומין כיון דהזיק ברשות הבעלים אבל לייקר שם אלילי' דהאיסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם נאמר אף בקבלו שניהם ברצונם ולמה פטור הא בזה אף ברצון ומדעת שניהם נאמר האיסור וגם מ"ש דשוגג הוא לא אדע הא איסור זה גלוי וידוע לכל. ואם כוונתו לפטור אותו מתשלומין במה שגרם לו היזק בהוצאותיו ג"כ יש לגמגם די"ל דפטומי מילי הוא כיון דאינו רשאי מצד עצמו להוליכו בערכאות וא"ד לקרע כסותי אף דעובר על בל תשחית ל"מ לדעת הרמב"ם (פ"ו) מהלכות מלכים דל"ה רק איסור דרבנן א"ד לאיסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם דאסור מצד עצמו וזה שטוען עליו שחייב לו וזה משיב לו שיוליכו לעש"ג ודאי פטומי מילי בעלמא הוא כיון דאינו אומר והפטר די"ל דמדחי לו שלא יתבענו ואינו מצוה עליו שיעשה רק כיון שתובע אותו מדחי אותו בכך משא"כ באומר קרע כסותי דאינו תובע לו כלל רק הוא מעצמו בא אליו שנזיקי ברשותו י"ל אף דאם נאמר דעובר מה"ת על בל תשחית מ"מ לענין תשלומין הוי כמזיק ברשות משא"כ כשזה תובע ממנו ומדחי אותו שיוליכו לעש"ג היינו שמסלק אותו ממנו לגלות דעתו שאף בעקיפין אין לו ממנו וקסבר שאף בדיני עש"ג אינו חייב לו בזה י"ל אף דיצא חייב בדיני עש"ג מ"מ כיון דהלך שלא ברשות ב"ד וחייב לשלם לו מה שגרם לו הוצאותיו ואף דההוצאה שהוציא הנתבע יש לומר כיון דהתובע זכה בדינו לא נקרא מוסר כיון דלא נתכוין להזיק לחבירו רק להוציא את שלו ועיין רדב"ז (ח"א סי' קע"ב) ובמ"ש לעיל (סי' כ"א) מ"מ ההוצאה שהוציא התובע אף דאמר לו הנתבע להוליכו לעש"ג י"ל דפטור לשלם לו וצ"ע בזה:

סימן כח

כתב הרמב"ם (פ"ז ה"י) מסנהדרין מי שקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני וישבע יהי' חבירו נאמן בטענתו ויטול כו' ועבר היום ולא בא נתקיימו התנאים ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו יום ה"ז פטור מקנין זה ועיין ש"ע (סי' כ"א) ובסמ"ע וש"ך ציין לעיין מ"ש (סי' נ"ה) ושם כ' דוקא אונס דשכיח ולא שכיח וכן אונס דל"ש כלל אבל אי שכיח ל"ה אונס דהו"ל לאתנויי ודלא כתשובת מהר"ש כהן. ולכאורה ממה דקאמר בש"ס נדרים (דף כ"ז) בהא דאתפיס זכוותא בב"ד ואמר אי לא אתינ' עד למד יום ליבטלון איתניס ולא אתא ואמר ר"ה בטל זכוותא ורבא אמר אנוס הוא ומסיק בש"ס והילכתא אסמכתא קניא והוא דלא אנוס משמע אף אונס דשכיח ולא עוד דהא הר"ן כ' שם אפילו דומיא דחלה בנו שאינו אונס גמור כמו במתניתן שם דאדעתא דחלה בנו לא הדירו ה"נ לא עלה ע"ד שיניח בנו חולה ויצא לריב משמע דלרבא דומה לנדרים ובנדרים ל"ה ליה למדיר לאתנויי דמאי איכפת ליה כ"כ כהך דאתפיס זכוותא אף דנוגע לבעל דינו מ"מ ג"כ בודאי אם היה מתנה היה מתרצה כיון דאין כאן חיוב גמר שיבא רק ב"ד חששו שמא לא אמר אלא להשמט מהן והוא עשה מילתא יתירה והתנה אם לא יבא עד יום פלוני שיבוטל זכותו אומדנא דמוכח דל"ה דעתו על אונס אף אונס כ"ד וממילא י"ל אף אונס דשכיח ג"כ ול"ה צריך לאתנויי וכן נראה לדעת הריטב"א קידושין (דף נ') שכ' ומפי מורי דבנודר ואח"כ נולד לו אונס המעכבו לקיים נדרו מיפטר דאדעתא דהכי לא נדר ואפילו היכא דקא הוי אונס דשכיח ובריטב"א נדרים שם כ' בהא דאקשי רבא לר"ה מאונסי נדרים אע"ג דשאני נדרים ושבועות דפטר בהו רחמנא אונסא אפילו כ"ד דכתיב האדם בשבועה מ"מ הקשה מעיקר הטעם דאמאי שרי רחמנא בשבועה אונס כ"ד משום דלאו אדעתא דהכי נדר ה"נ גבי תנאי לימא דלאו אדעתא דהכי אתני מעיקרא. ואף דשאני נדר דנוגע רק לגבי נפשי' ול"צ להתנו' וגם במדיר לחבירו ל"ה ליה להתנות דמאי איכפת ליה מה שאין כן באתפיס זכותא לימא דהיה לו להתנות צריך לומר דלרבא הואיל דלא היה מחויב בדבר אנן סהדי אם היה מתנה היה מתרצה וא"כ דומה לנדר ואף באונס דשכיח י"ל דלא אפסיד במה דלא אתני:

וגם בכל תנאים בדיני ממונות מסתפק ליה להתשב"ץ (ח"א סי' צ"ה) דלמסקנא בש"ס ריש כתובות דאין אונס בניטין לא הוי מפלגינן כלל בין אונסא דשכיחא לאונסא דל"ש אלא בכל ענין פטור ולא תליא כלל משום דהו"ל לאתנויי הוא. אולם דבריו הוא נגד הפוסקים דפשיטא להו דבאונס דשכיח אף למסקנא דש"ס מחזקינן בסברא הזאת דהו"ל לאתנויי הואיל דשכיח וכמבואר ברא"ש ריש כתובות וכן מבואר בר"ן פ' כל הגט

וברשב"א ותשובת הריב"ש (סי' ר"נ) דאף למסקנא דאין אונס בגיטין מצד התקנה מ"מ בשאר ענינים היכא דשכיח ג"כ אין טענות אונס:

וקצת י"ל בדעת רמב"ם דסתם בהלכות סנהדרין וכתב אם הביא ראיה שהי' אנוס באותו יום ולא כתב אופני אונסים ס"ל אף באונס דשכיח ג"כ בזה כיון דלא רמיא עליו החיוב שיאמין לחבירו אם לא יבא ביום פלוני לא צריך לאתנויי ומיפטר אף באונס דשכיח אולם בהלכות מכירה (פי"א) במתפיס שטרו שאם לא יבא ביום פלוני ינתן לבע"ד כ' ואם עכבו נהר או חולי מלבא לא יתנו וחולי הוי אונס דשכיח ולא שכיח וי"ל דבהלכות סנהדרין סמך א"ע ע"ד בהלכות מכירה שקודם לכן. והטור אף שבסי' (כ"א) העתיק דברי הרמב"ם בסתם אונס מ"מ (סי' ר"ז) העתיק ג"כ דבריו שבהלכות מכירה משמע ג"כ דכוונתו דוקא על אונס דשכיח ול"ש והרמב"ן בהלכותיו במס' נדרים שם כ' להדיא והוא דלא אניס פירוש כגון חולי או כיוצא בו שעכבו נהר דל"ש דמעכב דל"ה ליה לאתנויי הרי דבאונס דשכיח אמרינן דהו"ל לאתנויי ול"מ אומדנא וכדעת המר"א ששון (סי' ס"א) וכן מבואר שם בדברי הרשב"א ובחידושי המאירי. ונראה דאף להוציא קיי"ל כשיטתם ודלא כמהרש"ך. ודברי הר"ן דכ' דחלה בנו אע"ג דלאו אונס גמור הוא דל"ה כוונתו רק כשלא יבא בלי אונס כלל הוא רק על עצם האונס אבל מ"מ על שכיח ל"ה דעתו לבטל ועיין במח"א דיני שבועות (סי' י"ב) ובמה שיש לפלפל בדבריו ועיין כנה"ג יו"ד (סי' רל"ב ס"ק ל"ט) בהגהות ב"י שהביא דעת מהרש"ך דאפילו באונס דשכיח דאיבעי ליה לאתנויי היכא דאיכא אומדנא אזלינן בתר אומדנא וזה דלא כמסקנות המר"א ששון והש"ך יו"ד ובח"מ הנ"ל:

וראיתי במהרי"ט (סי' קל"ד) שכ' דאונסין של נדרים אינן כשאר אונסין דשאר איסורין כיון שהוא איסור הבא מאליו אנו הולכין בהן אחר אומד דעתו והביא דברי הר"ן הנ"ל וכנראה מדבריו דהוא מטעם שהוא איסור הבא מאליו ובאמת דתליא רק באם שכיח ולא שכיח ואף לגבי ממון באתפיס זכוותא סובר ג"כ הר"ן וכל הפוסקים דאף באונס כ"ד סגי ולהיפוך מצינו דלגבי נדרים דעת הריב"ש דאונס ממון ל"ה אונס וכשכבר חלה עליו השבועה חייב להפסיד כל ממונו ומחלק בין הא דעכבו נהר או חלה בנו אף דיכול לסלק האונס בהפסד ממון ומ"מ הוי אונס כ' בזה שלשה חילוקים (סי' שפ"ז) חדא דהתם הוי אונס הגוף ועוד דהתם שייך לומר האדם בשבועה פרט לאנוס כיון דבשעת חלות הנדר הוא אנוס ועוד דלא עלה ע"ד אחד משניהם שיניח בנו חולה וילך לסעוד אצלו דאין ענין אכילה דבר של קפידא כ"כ ולא עלה ע"ד אחד מהם שיחול האיסור בענין זה אבל היכא דנשבע לחבירו ואין הענין מוכח שהיה רצון שניהם שלא תחול השבועה אם יקרה

לו אונס כזה אינו ענין לזה עיי"ש וברמ"א יו"ד (סי' רל"ב סי"ב) ובש"ך שם ובספר בית הלל יו"ד (סי' קנ"ז) תמה על הרמ"א שכ' שם אם צוה עליו השר שלא לקיים שביעתו ונדרו אפי' ל"ה קנס רק ממון מיקרי אונס שזה דלא כתשובת הריב"ש הנ"ל ובאמת שני דינים שברמ"א שם הביא הב"י משם הריב"ש וכבר עמד בסתיר' הדברים במל"מ (פ"ב) מהל' שבועות ומחלק בין אם אירע האונס ממ"א או אונס ממון על גוף הנדר והשבועה ועיין תשוב' הראנ"ח (ח"ב סי' נ"ט) דעמד ג"כ ע"ד הריב"ש בזה. ובאמת ל"ק כלל דהא הריב"ש בעצמו מחלק לבין אם כבר חל הנדר והשבועה או אם האונס בא בשעת חלות הנדר ומזה איירי הרמ"א שם דומיא דחלה בנו דכ' הריב"ש אף דל"ה רק אונס ממון שיכול לשכור משמשין ורק אם כבר חל ואח"כ בא האונס ל"מ אונס ממון. ושוב ראיתי בס' אבני מילואים (ח"א סי' נ' ס"ק ז') דכתב כן בדעת רמ"א ובאמת המעיין בריב"ש במקומות הנ"ל יראה מבואר כן. שוב מצאתי שכבר קדמוהו בזה הכנה"ג בתשובתיו בעי חיי (ח"ב סי' קי"ט) ליישב עפ"י דרך הלזה כמה מקומות בתשובת ריב"ש וכוונתי לזה כמבואר לעיל (סי' י"ט) ולגבי קנס ממון אף אונס ממון הוי אונס וכמבואר מדברי הריב"ש (סי' שפ"ז) דדן רק על השבועה ולא על הקנס ועיין באה"ע שם ובב"ש (ס"ק ט"ז) דמסיק כן להלכה דבאונס ממון פטור מן הקנס. [וראיתי בתשובת שארית יוסף (סי' ע"א) שציין שם הב"ש דכ' דמוכח קצת שחיוב ממון הרבה מיקרי אונס מדכ' אפילו ל"ה יכול לבטלו אלא ע"י ממון הרבה שיצטער בנתינתו נ"ל שחייב לתתו ולא יעבור על ל"ת הרי אף כשמדבר מהשבועה ואעפי"כ כ' ממון הרבה שמצטער בנתינתו משמע דרק מצטער על נתינתו אבל נותר לו מה אבל כשיתן כל אשר לו משמע אף בשבועה פטור והמעיין בריב"ש יראה דכ' דשלא לעבור על מצות ל"ת חייב לבזבז אפילו כל ממונו אף שלא לעבור בשב ואל תעשה ועיין מ"ש בזה לעיל סי' הנ"ל] וממילא ה"נ אף אם ל"ה רק אונס ממון דעכבו הנהר ויכול לעבור בהוצאות ממון מ"מ מיקרי אונס ולא הפסיד זכותו: **ועיין** בגליון רע"א יו"ד שם דעמד ע"ד הריב"ש דמה מייתי הש"ס ראיה ממתניתין דנדרים להא דאתפיס זכוותא מנ"ל דטעמא דמתניתין דאדעתא דהכי לא אדרי' דלמא מטעם האדם בשבועה. ובלא דברי הריב"ש הוי מקום לומר דחלה בנו הוי רק אונס ממון ובאונס ממון לא ממעט מהאדם בשבועה ומוכח הסברא דאדעתא דהכי לא אדרי' אבל לדברי הריב"ש תמוה. וכבר עמד בזה הריטב"א שם כמו"ש לעיל וכ' דהקשה מעיקר הטעם דהא דפטר רחמנא אונס בשבועה הוא משום דלאו אדעת' דהכי נדר. אולם הריב"ש דכ' היכא דכבר חל בלי שום אונס וטעות א"י לעבור רק מפני פ"נ וכ' דבמתניתן בחלה בנו קרוב לס"נ ודאי יקשה מה מייתי הש"ס ראיה. אולם ע"כ צריך לומר דלאו דוקא סמך

הריב"ש על תירוץ זה דהא קתני נמי במתניתין עכבו נהר ושם ודאי לא איירי באופן דאי אפשר לעבור הנהר בשום אופן דל"צ לאשמועינן א"ו אף דיכול לעבור בהוצאות ממון ג"כ פטור דלאו אדעתא דהכי אדרי' וכמ"ש שם הריטב"א והנ"י דאף אם יכול לעבו' בספינה שלא כפי המנהג אונס הוא משום דלאו אדעתא דהכי אדרי' וא"כ ע"כ צריך לומר דעיקר הטעם משום שהוא קודם חלות הנדר או משום דליכא קפידא כ"כ אמרינן אדעתא דהכי ולכך מייתי הש"ס ראיה להקשות להא דאתפיס זכוותי':

והיכא דיש אונסין דשכיחא ולא אתני ואירע אונס דלא שכיח' כ' שם הגרע"א ז"ל דמשמע ליה מדברי רש"י נדרים שם דכתב שם ומעברא אונס' דמגליא הוא דזימנין דלא משתכחא בהאי גיסא ומיבעיא ליה לאסוקי אדעתיה ואפי"ה לא התנה משו"ה אי מיתניס בהאי זמן גמר ומקנה אפילו עכבו שום אונס אבל בעלמ' אי איתניס פטור ודייק מזה אף דאירע אונס אחר אמרינן דאי אסיק אדעתיה עליו היה מחייב עצמו דמה הפרש לו בין אונס זה לאונס אחר ורק היכא דליכא לפנינו אונס דשכיח בזה יש טענת אונס והניח הדבר בצ"ע לדינא ולדעתי הפעוט כנראה מלשון הראשונים דכ' דג' מיני אונסין הן שכיח ולא שכיח כלל ושכיח ול"ש. ובל"ש כלל אף בגיטין יש טענת אונס דלא אסיק אדעתי' להתנות ובשכיח אין טענת אונס דהו"ל לאתנויי והואיל דלא אתני והדבר הוא שכיח ע"כ נחית אדעתא דאונס ובודאי בכל ענינים יש אונס דשכיח ובכ"ז אף דנחי' ע"ז הואיל דלא התנה מ"מ אם אירע אונס דשכיח ול"ש הואיל די"ל דלא אסיק אדעתי' יש טענת אונס ולא אמרינן הואיל דנחית להתחייב באונס דשכיח מתחייב אף באונס דשכיח ול"ש הואיל דלא אסיק אדעתו וכבר הביא שם הגר"ע ז"ל דברי מהריק"ש ז"ל דהרבה אונסין דשכיחי המצטרפין מקרי ל"ש וכ"כ כנה"ג שם וכן מבואר מדברי מהר"א ששון ומתשובת הראנ"ח הרי אף דאיתרמי אונס דשכיח מ"מ אם מתרמי השכיח ול"ש יש טענת אונס דכמה אונסין דשכיחו ל"ה כלא שכיח כלל רק כשכיח ולא שכיח ובכ"ז יש טענת אונס ול"א הואיל דלא אתני על אונס השכיח ונחית ע"ז להתחיי' אם היה מסיק אדעתי' אונס דל"ש ושכיח היה ג"כ נחית להתחייב כיון דלא אסיק אדעתי' ולא התנה בפירוש להתחייב יכול לטעון טענת אונס. ומדברי רש"י אין לדייק דהא אם נאמר דכוונתו אף אם אירע אונס אחר מדכ' אפילו עכבו שום אונס נידוק מיני' דאף אונס דל"ש ל"ה אונס וזה ודאי אינו דהא אפילו בגט דאין טענת אונס מ"מ אונס דל"ש כלל כמו אכלו ארי יש טענות אונס כמבואר בש"ס פ' מי שאחזו ובש"ע אה"ע (סי' קמ"ד) ואף אם יש טענות אונס ובמת אמרינן דהוי גט מטעם דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם מ"מ באכלו ארי דל"ש כלל לא אסיק אדעתיה שירצה שיהיה גט כמבואר בתוס' ריש

כתובות הרי דמה דלא אסיק אדעתיה יש טענת אונס א"ו דכוונת רש"י שום אונס היינו דשכיח. וממילא גם אונס דשכיח ול"ש במקום דיש טענת אונס כיון דלא אסיק אדעתי' א"צ להתנות אף במקום דיש אונס דשכיח מ"מ זה אסיק אדעתי' ונחית להתחייב בזה ולא על אונס השכיח ול"ש. שוב ראיתי בס' שער משפט (סי' נ"ה) דחקר ג"כ בדין זה והנלע"ד כתבתי ובקל יוכל המעיין בדבריו ליישב כל ראיותיו:

ועיין במהרי"ט חאה"ע (סי' י"ב) שכתב דאין להשוות סבות האונס לאונס עצמו דמאחר שהאונס עצמו מצוי ע"י סבות קרובות והו"ל לאסוקי אדעתיה אעפ"י שאירע הדבר במקרה שנתגלגל ע"י סיבה רחוקה כגון שנחבש ע"י בנו או אביו מאחר שהיה ראוי לבא הו"ל לאתנוי והא דאכלו ארי אינו גט משום דל"ש אף דמיתה עצמה שכיחא התם מיתה עצמה ומיתה משונה תרי מילי נינהו ואדעתא דמיתה נחית משום דאינש בלא זמניה לא מית ומ"מ לא אסיק שימות מיתה משונה אבל תפיסה עצמו כיון דמצויה מדלא אתני אפסיד אנפשיה וע"ד כן גרש ועיי"ש שהביא ראי' ממס' נדרים (דף כ"ג) אף דלא אסיק אדעתי' סיבת ההכאה מ"מ כיון דהכאה עצמה שכיחא ל"ה נולד ומיקרי מצוי עיי"ש ומדברי הנ"י שם משמע קצת דנ"מ גם על הסיבה ומ"מ אף לדעת מהרי"ט הוא דוקא אם הוא שכיח לבא ע"י סיבה רחוקה אבל אם אירע אונס דשכיח ולא שכיח בדיני ממונות די"ל לא אסיק אדעתא אף שיכול להיות עיכובו ע"י דבר דשכיח מ"מ אם הצליח ולא אירע רק אונס דשכיח ול"ש דל"ה לאסוקי אדעתיה יש לו טענות אונס:

והנה בטוש"ע כתב דצריך להביא ראיה שהיה אנוס באותו יום ומבואר דאם לא הביא ראיה א"נ ומוציאין מידו אם התנה שאם לא יבא וישבע שחבירו יהיה נאמן בטענותיו ויטול בלא שבועה ולכאורה למה לא יהיה נאמן בטענתו שהי' אנוס מלבא ולמה לא נאמר ברי ושמא ברי עדיף כיון דהוא להחזיק. וצריך לומר דכך היה התנאי שלא יהיה נאמן רק בראיה ומסתמא כשקבל קנין ע"ז באם לא יבא ביום פלוני שחבירו יהי' נאמן ויטול נחית ע"ד זה שיברר דאל"כ מאי אהני ליה ההבטחה דלעולם יכול לומר דנאנס מלבא ובודאי היה הכוונה שיברר האונס. וראיתי בתומים שכת' אף דבכ"מ הממע"ה מ"מ כאן ל"מ טענתו אנוס היתי דהא אפילו א"א מתירין בחזקה דל"ה אונס ומכ"ש דמוציאין ממון כ"ז שלא מברר אונסו. ולא אבין שם לא חיישינן לדלמא לא בא מחמת אונס כ"ז שלא טוען כן אבל מנ"ל דאם טוען ברי דהיה אונס וי"ל דברי ושמא ברי עדיף וראיתי בס' שער משפט דכ' למ"ש תוס' מס' כתובו' הא דל"ח לאונס משום דרוב לא אנוס וא"כ לענין ממון כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב נאמן לומר שהיה אונס לפטור עצמו כמו בפקדון דנאמן לומר נאנסו לפטור עצמו והניח בצ"ע. ואין ספקו מוציא מידי ודאי

משמעות דברי רמב"ם וטוש"ע וכמ"ש התומים ומתוס' אינו ראיה חדא דע"כ צריך לומר דהוי רוב גמור דאל"כ נימא סמוך מיעוטא דאונס לחזקה דא"א ואף דאיתרע החזקת א"א כיון דנתן לה הגט מ"מ הא התנה תנאי אם לא יבא ואם באמת נאנס מלבא נשארה בחזקת א"א וצריך לומר דהוי חזקה ג"כ דלא נאנס והוי רוב וחזקה וממילא מהני גם לענין ממון ועוד י"ל שם כ"ז שלא בא ולא שמענו אם היה אנוס מלבא וליכא שום ערעור אבל לא ידענו אפשר באמת נאנס מלבא ליכא אלא רוב דאפשר שיתברר האונס ומ"מ סמכינן על רוב והצנועות יחושו אפשר יתברר האונס. אבל אם בא אח"כ וטוען שבאמת נאנס מלבא ואין בידו לברר לזה ודאי ל"ח דהוי מיעוטא דמיעוטא לגמרי שנאמר שאירע לו אונס ול"ה בידו להעמיד עדים ולברר ועוד דע"כ זה היה דעתו וכוונתו שאם לא יברר האונס שלא יהיה נאמן דא"כ מאי אהני התנאי. לכן הברור דכ"ז שאינו מברר שנאנס מלבא מוציאין ממנו ממון וכמ"ש התומים והא דשומר נאמן לומר נאנסו בשבועה לפטור עצמו שאני שומר דהתורה ירדה לסוף דעתו של אדם שכך כל שומר רוצה לחייב עצמו בחיובו שחייבו התורה כמ"ש תוס' כתובות (דנ"ו) משא"כ היכא דחיובו ברור ורוצה לפטור עצמו בטענת אונס צריך לברר ועיין (סי' רכ"ז) לגבי אונאה אם שהה יותר מכדי שיראה לתגר אם יברר שהיה לו אונס יכול לחזור ושם עמד ג"כ בש"מ דלמה לא יהיה נאמן כמו שומר שכר אם נשבע שנאנס דנוטל שכרו והעלה דוקא במקום שיכול לברר בעדי' אז א"נ אבל באונס שאינו נגלה לכל נאמן בשבועה ויטול מן המאנה דמסתמא אין אדם מוחל על אונאתו. ול"נ כלל דלא מצינו בזה שיהיה נשבע ונוטל וכיון שהקנין ברור לפנינו וזה בא לבטל הקנין צריך לברר האונס ואינו דומה לשומר שכר דשם עשה על פיו כפי שהיה מצווה מהבעלים ונתחיי' לשלם רק שבועה צריך כמו בחנוני על פנקסו ועיין נתיבות (סי' ש"ג ס"ק ג') בזה משא"כ לגבי מו"מ שכבר הוחזק הקנין ושהה אחר שיראה לתגר וזה בא לבטל המקח ולומר שנאנס עליו לברר ול"מ דא"נ להוציא רק אף להחזיק במקום דלית לי' מיגו י"ל דא"נ וכמו כאן דצריך להביא ראיה על האונס:

ועוד י"ל למ"ש הפנ"י ריש כתובות באכלו ארי דלא סליק אדעתי' דהוי אונס אף בגיטין אפ"ה הוי ספק גט דמידי ספיקא מיהו לא נפקא דשמא אף אם לא אירעו אונס נמי ל"ה בדעתו לבא וכ"כ שם בס' הפלאה דאף אם היה איזה סיבה שאפילו אם ירצה לבא א"י לבא מ"מ אם באמת אינו רוצה לבא כלל ואפילו אם ל"ה אונס ל"ה בא לא מקרי אונס רק אם ברצונו לבא והאונס מעכבו א"כ בד"מ נמי אף דמברר שהיה אונס מ"מ נשאר עדיין הספק דלמא באמת לא רצה לבא כלל ואף אם ל"ה אנוס ג"כ ל"ה בא אך ע"ז שוב נאמן מצד בו"ש ברי עדיף אבל באינו מברר האונס הוי ס"ס לצרף לחייבו חדא דלמא

ל"ה אונס כלל ואף אם היה אונס דלמא בלא"ה ל"ה רוצה לבא. אך אם נאמר כן א"כ בבא להוציא מחבירו ע"י זה שלא בא מצד אונס ולא איבד זכותו נימא דלמא אף בלעדי האונס ל"ה רוצה לבא וצריך לומר דלזה אמרינן בו"ש ברי עדיף אף דהוא להוציא או דע"ז היה החיוב לאבד זכותו באם לא יברר האונס מה שבידו לברר ולא מה שאין בידו לברר. ונראה דאם לא בא ומת אח"כ לא טענינן עבור יתומים שמא נאנס מלבוא דזה הוי כל"ש לגמרי דלא טענינן עבור יתומים אף אם הוא להחזיק:

ועיין בתומים דמבואר מלשון הרמב"ם דאף אם לא נאנס רק ביום אחרון ולא נאנס מקודם ג"כ טענתו טענה וברמ"א יו"ד (סי' רל"ב סי"ב) הביא דעת האגודה דלא מיקרי אונס דהו"ל להקדים ביאתו ולא להניחו על יום אחרון וכבר כ' המג"א (סי' ק"ח ס"ק י"א) דגבי שבועה חשש לחומרא והביא ראי' מדברי המחבר כאן וכ' וראיות האגודה שם ליישב ובאמת המעיין בד"מ ורמ"א יו"ד שם יראה שטעמו של הרמ"א הוא דשאני שבועה ונדר דחיוב עליו לעשות מיד שיכול דהביא מיד סמוך לדברי האגודה דברי הריב"ש שכ' מיד שיכול לקיים הנדר יקיימנו ולא יאמר עדיין יש לי זמן ולא יתרשל כדי שלא יבא זמן שלא יוכל לקיימו או שימות דומיא להא דאמרינן בריש נדרים באומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר מונה מיד נזרו שמא ימות ואם לאו עובר על בל תאחר א"כ אינו דומה מה דרמיא עליו החיוב לעשות מיד להקובע זמן אם לא יבא דליכא חיוב עליו כלל עד יום אחרון שיבא ובאמת אינו מובן כלל ראיות אגודה מהא דבתי ערי חומה דהתורה אמרה שיכול לפדות סוף יב"ח ולא חל עליו כלל החיוב מקודם להוציא מעותיו לכך תליא עיקר על יום אחרון שם משא"כ בנדר ושבועה דחייב לעשות מיד דחיישינן שמא ימות ולמ"ש הר"ן שם דכשאמר לא אפטר מן העולם ה"ק הרי עלי למנות נזירות בענין שלא יהא חשש בדבר שאשלים נזירות קודם שאפטר מן העולם משמע דמה"ט עובר בבל תאחר כיון דנדר בלא אפטר חיובא רמיא עליו לקבל מיד הנזירות דהוי כאתני בפירוש שלא יהיה לו טענת אונס אח"כ לכן חל עליו החיוב להתחיל למנות מיד משא"כ בנדר לעשות דבר ביום פלוני לא חל עליו החיוב מיד די"ל דקבע לו זמן ואם נאנס אח"כ פטור דאונס רחמנא פטרו [ועפ"י דברי הר"ן הנ"ל י"ל בטעמ' דרמב"ם במנין המצות ל"ת (קנ"ז) דבזמן שעובר על בל תאחר היינו לאחר שלש רגלים עובר ג"כ על לא יחל והרמב"ן (סי' צ"ד) חולק עליו וסובר דמשום בל יחל אינו עובר עד שיעבור על הנדר ואי אפשר לקיימו ואין לבל יחל ענין לרגלים ומובא במל"מ (פ"א מערכין וי"ל דטעמא דרמב"ם הוא משום כיון דעובר על בל תאחר אם עבר שלש רגלים אנן סהדי דאסיק אדעתי' בשעת נדר שלא יעבור ע"ז ונדר שיבא בהכרח תוך זמן זה והוי כנודר שיבא תוך

זמן זה וכשעבר עובר ג"כ על בל יחל דומיא לאומר לא אפטר. וא"ל א"כ נימא גם כן כיון דקאי בעשה בעובר רגל ראשון ודאי דעתו היה בשעה שנדר שלא יעבור על העשה א"כ הוי כנודר על זמן רגל ראשון ויעבור על לא יחל ג"כ. ז"א דהא העשה הוא רק עליו אם עולה צריך לקיים ובאת שמה והבאת שמה וכשאינו עולה כגון שפטור מלעלות או כשנאנס אינו עובר על העשה ועיין בפנ"י מס' ר"ה (דף ו') א"כ ע"ז לא אסיק דעתו שיהיה קביעות זמן דוקא על רגל הראשון אבל על שלא לאחר שלש רגלים דאז חל עליו החיוב אף לשלוח כמו"ש שם הפנ"י ודאי דעתו היה שלא לעבור והוי כקובע זמנו שלא יאחר לכך אם עבר ג' רגלים עובר ג"כ על בל יחל ויש בזה לדבר הרבה אכ"מ] ועיין בריב"ש (סי' נ"ה) במי שנשבע לעשות דבר תוך זמן שנה מקרי חל הנדר ויכול להתירו מעכשיו וה"ט כיון דמחויב מעכשיו לעשות. אולם בקובע זמן על יום פלוני מניין לנו דחל החיוב עליו לעשות מעכשיו ובנאנס אח"כ באותו יום לא יהיה טענות אונס הא לזה התנה שיתחייב ביום פלוני ובאמת אף בנדר כה"ג בקובע היום ג"כ לא חל רק באותו יום וע"ש ברשב"א ריש נדרים דאף באומר לא אפטר ג"כ אינו עובר על בל תאחר עד אחר שלש רגלים רק מדרבנן מחויב למנות מיד מטעם שמא ימות וא"כ לא תליא בלשון לא אפטר וא"ש ראיות הריב"ש דלגבי נדר ושבועה צריך לחוש לשמא ימות אבל מ"מ זה דוקא בנדר ושבועה אבל בתנאים שבין אדם לחבירו אם קובע זמן אף אם אמר תוך יב"ח ולא קבע יום פלוני תליא עיקר אם נאנס ביום אחרון. שוב ראיתי במח"א הלכות שבועות (סי' י"ד) שכתב כן וראיתי לו שם (סי' י"ב) בנשבע לחבירו שאם לא יפרענו לזמן פלוני שיתן לו כו"כ קנס ואירע לו אונס באותו יום וכ' דוקא בלא השיגה ידו לפורעו לא בתוך זמן ולא בזמנו שקבע אבל אם קודם שהגיע הזמן היה לו ואח"כ אין לו ל"ח אונס והביא דברי האגודה ולע"ד יש לעיין בזה טובא אף דחייב מדרבנן לעשות מיד לקיים שבועתו מטעם שמא ימות מ"מ אם לא עשה שיתחייב הקנה בשביל זה צ"ע דהא כיון דקבע זמן התנה בפירוש דצריך לו להמעות עד אותו זמן וראיות האגודה יש ליישב בדוחק אבל לדינא להוציא ממון בשביל שלא פרע מקודם צ"ע:

סימן כט

בש"ע (סי' כ"ג) כ"ז שבע"ד עומדים לפני הדיין נאמן לומר לזה חייבתי ולזה זכיתי נסתלקו מלפניו א"נ כו' אבל ב' נאמנים לעולם אפילו אם יש ב' עדים המכחישין אותם. ונראה מדברי הר"ן קידושין דהוא רק תקנתא דרבנן שיהי' נאמן דומיא דכ' בברייתא דנאמנת חיה לומר זה כהן שהוא משום דעפ"י הרוב אי אפשר בלא"ה ה"נ בדיין ובריב"ש (סי' ת"ז) כ' דכ"ז שבע"ד לפניו חכמים האמינוהו כב' דומיא דבעל המקח ועיין סמ"ע

(סי' רכ"ב) ומשמעות דברי הראשונים דהוא רק מדרבנן מתקנתם וכן מבואר בחידושי רשב"א קידושין הא דנאמן בעל המקח הוא תקנות חכמים כעין נאמן הדיין ונאמנת של חיה אך אם כן נאמר כמו בחיה אם קרא עליו ערער אף בע"א א"נ וכ' שם הר"ן הטעם דל"א כ"מ שהאמינה התורה ע"א הרי כאן שנים דזה ל"א רק בדבר שראוי להאמין בו ע"א במלתא דעביד' לאגלויי משא"כ בחיה דא"נ רק מפני שעפ"י הרוב אי אפשר בלא"ה לכך מהני הכחשת ע"א אף אחר שהעידה א"כ נימא בדיין ג"כ אם עד אחד מכחיש אותו שלא יהיה נאמן ולא כן נראה דהא בב' דיינים אפילו אם ב' עדים מכחישים אותם נאמנים הדיינים משום דהם מדייקים ביותר וכ"כ בדיין א' אם אחד מכחישו נאמן הדיין משום דרמיא עליו למדכר:

ובאמת הא דב' דיינים נאמנים לעולם אפילו אם ב' מכחישין ועיין ש"ך (ס"ק ח') משם מהריב"ל ז"ל דבב' נאמני' לעולם וא"צ אפילו לחזור ולדין היכא דל"ה שודא דדייני והש"ך חולק וחוכך לומר דבאפשר למהדר ולדיינינהו ל"ש נאמנות כלל והמעיין תשובת הרא"ש (כלל נ"ו סי' ו') יראה דאף בדין דאפשר למיהדר ולדייני' ג"כ נאמנים וכן הכריע התומים. ויש להבין מנין לי' להרא"ש עיקר הדין דבב' אין דנין כשני כתי עדים המכחישין זה את זה רק דתלינן הטעות בהעדים משום דהדיינים רמו אנפשייהו ומדכרי טפי מן העדים אם נאמר דכל נאמנות דיין אחד הוא רק מתקנתא דרבנן מניין לומר דיהיה מהני הסברא דרמו אנפשייהו ומדכרי לגבי ב' עדים המכחישים אותו ואומרים שפסקו להיפך א"ו משמע ליה להרא"ש דסברא הזאת הוא סברא מה"ת ודיין א' אף אם מכחיש אותו הבע"ד ואף ע"א עמו נאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדין לפניו יותר כ"כ בתרי נאמנים לעולם אף נגד תרי המכחישים. וקצת נראה מדברי ספר ראב"ן (דף קל"ו) דבב' דיינים אין להם נאמנות יותר מב' עדים דכ' וכשנפטרו מלפניו אינו דיין עליהם אלא עד הוא וא"נ אבל אם היו שני הדיינין היו נאמנים אפילו נפטרו מלפניהם שהם אינם דיינים עדים הם דלא גריעי מעדים אחרים ויגיד עליו ריעו נאמן בעל המקח כו' עיי"ש עוד בדבריו ומדכ' כשנפטרו מלפניהם דל"ה רק עדים משמע דאם אחרים מכחישים הוו כתרי ותרי ועוד הביא שם יש מפרשין הא דא"נ משנפטרין מלפניו משום דמילתא דלא רמיא עלי' הוא ולא מידכר וכ' ולא היא דאף במלתא דלא רמיא דכיר עד ס' שנין ומילתא דרמיא דכיר טפי ועוד מילתא דרמיא הוא דמה שהוא עושה משום אל לבו וזוכר וכן בעל מקח משיצא מידו אינו אלא כאיש אחר שהוא עד וכן שליש כיון שיצא השלישית מידו אינו אלא כעד בעלמא מכל דבריו נראה דחתר רק להשיב על היש מפרשין הרוצים לעקור מן הדיינים כשאין בע"ד עומדין לפניו תורת עדות אבל להעדיף כחם משום דהם זוכרין ביותר ולתלות הטעות

בשני עדים המכחישין לב' דיינים לא עלה ע"ד ועיין תשובת ריב"ש (סי' ת"ד) דהרבה ג"כ בראיות דב' דיינים לא גריעי מעדים דעלמא ואף שכ' ואדרבה עדיפי מנייהו דדייקי טפי מ"מ העמיד עיקר ראיותיו דלא גריעי אבל לא דעדיפי אף במקום הכחשות ב' עדים כנראה שם דלא עלה על דעתו רק להאמינם כמו שאר עדים גם נ"מ אף אם אין שנים מכחישן אם נאמר דא"נ רק מתורת עדות צריכין להעיד בפני ב"ד של שלשה שיקבלו עדותן וגם שיהיו כשרים להעיד ולא בקרובי' דודאי הא דנאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדים לפניו א"צ להעיד בתורת עדות כיון דבלא"ה חד א"נ ועפ"י ב' עדים יקום דבר כתיב ואכז"ל ראו להאמינו מטעם דמידק דייק ולאו תורת עדות עליו וא"צ להגיד בפני ב"ד וגם מסתימת הפוסקים דכל דיין שקבלו עליהן הבע"ד לדון בפניו אף אם הוא קרוב או פסול לעדות מ"מ כיון שקבלו עליהם לדיין ביניהם מהני הקבלה ונקרא שם דיין ונאמן בזמן שבע"ד עומדים לפניו. אבל אם ב' מכחישין לב' דיינים כשנפטרין מלפניהם דשוב לאו תורת דיינים עליהם רק תורת עדות פסולין וקרובין א"נ וגם צריכין אף כשרים להעיד בב"ד של ג' שיקבלו עדותן. ולדברי הרא"ש וטוש"ע דשנים נאמנים לעולם אף נגד ב' המכחישים משמע דל"צ עליהן שם עדות דבעדים אמרי' תרי ותרי וכיון דעדיפי מעדים משמע דל"צ שיעידו בתורת עדות בפני ב"ד וגם אפשר דקרובים ג"כ נאמנים וצ"ע:

ולמה דנראה דהא דנאמן הדיין ל"צ הגדה בתורת עדות ובזמן שאין בע"ד עומדין בפניו בדיין אחד דא"נ רק בתורת ע"א וצריך הגדה בקבלות עדותו בפני ב"ד א"ש מה שהעיר אאמ"ו ז"ל בספר ד"ח דיני קידושין (סי' כ"א) דלדעת הר"ן מס' חולין במקום דליכא ח"מ עא"נ וסתם שודא דדיינא הוא באינם מוחזקין ולמה א"נ כעד אחד עיי"ש בדבריו ובמ"ש שם בהגהותי ולמ"ש אף במקום דאין שניהם מוחזקין דע"א נאמן מ"מ נ"מ אם צריך שיעיד בפני ב"ד וגם צריך שיהיה כשר לעדות ופסול א"נ כמו דאין עד אחד קא"פ נאמן לחייבו שבועה וע"א כשר צריך להעיד בב"ד וכ"כ היכא דליכא ח"מ לדעת הר"ן דנאמן ע"א צריך להעיד בב"ד וקא"פ א"נ ומ"מ לדעת הרא"ש והטוש"ע דשנים נאמנים אף במקום הכחשות עדים ולעולם י"ל דגם ע"א היכא דל"צ רק לע"א י"ל דל"צ אף להעיד מחדש וכן יש להוכיח קצת מדברי הש"ך (ס"ק ב') שכתב דלענין לפטרו משבועה לא גרע מעד דעלמא משמע דא"צ הגדה בפני ב"ד:

וראיתי בשיטה ל"נ למי לאחד מן הראשונים מס' קידושין דכ' בהא דנאמן בעל המקח אע"ג דהכא ליתיה לטעמא דאיתא בדיין דהתם הימוני המנוהו כיון דקבלו עלייהו והיינו טעמא נמי דשליש בעלמא שהוא נאמן כיון דהימוני הימנוהו אבל גבי מוכר ליכא ה"ט אלא טעמא דפירש רש"י דבזמן שמקחו בידו מידק דייק ולכך הימנוהו רבנן מבואר

מדבריו דהא דדיין נאמן הוא כמו שליש דכיון דקבלו עליהן לדיין נותנים לו הנאמנות וכן כ' עוד שם בהא דנאמן הדיין דכ"ז שעומדין לפניו רמי אדעתיה ואדכר ומהימן כבתרי דהא הימנוהו כיון דקבלו עלייהו כ"ז שלא כתב להם פ"ד מקרי בעלי דינין עומדין לפניו עכ"ל [ומ"ש דכ"ז שלא כתב להם פס"ד עומדין לפניו לא משמע כן מדברי הפוסקים וכן מדברי הש"ך (ס"ק א')] ולדבריו דדומה לשליש דנאמן כ"ז שהשלישית בידו ודאי אף קרוב או פסול בקבלו עלייהו לדיין נאמן כמו בשליש כמבואר (סי' נ"ו) ואף אם השליש הוא נכרי מבואר תשובת הרשב"ש (סי' תס"ב) דגם כן נאמן וא"כ כמו כן אם קבלו עליהן נכרי לפשר ביניהם נאמן כ"ז שבע"ד עומדין לפניהם הואיל שקבלו עליהן אותו לדין ביניהם כפי אומד דעתו הימוני הימנוהו:

והא דשליש נאמן מטעם דהימנוהו לכאורה נראה דהוי מן הדין ועיין תשובת רשב"א (ח"ד סי' ס') דדעת השואל שם דכל שלישית מועילים רק מפני תיקון העולם והשיב הרשב"א דאפילו בדברי' שאין גופן ממון כשטרות כשמסרן ליד שליש כאלו מסרן ליד הבע"ד וגדול כח השליש דכל משליש מאמינו ועושה אותו כבע"ד לעשות כחפצו וכל נפקד קרוי שליש ונאמן בכל מה שיאמר ויעש' עיי"ש דמשמע מדבריו דמן הדין הוא ולא מפני תיקון העולם. אך בבעה"ת הביא משם בעל נתיבות דשליש נאמן כמו באומר נאמן עלי אבא ואביך וכ"כ המרדכי פ' התקבל ובתשובת מיימוני לספר משפטים (סי' מ"ד) דמידק דייק ועיין נתיבות (סי' נ"ו ס"ק י"ד) ובנאמן עלי אבא נראה מדברי תוס' ב"מ (דף ע"ד) דמהני רק מדרבנן וכ"כ נאמן הדיין הוא רק מדרבנן וא"כ צ"ע אם נכרי נאמן אם התקנ' מדרבנן היה להאמין אף לנכרי:

ועיין ש"ך (ס"ק ה') דכ' דאין הדיין נאמן לומר שכך טענו אפי' עודן לפניו דא"נ דיין אחד רק לומר לזה זכיתי מה שחלוי בדין משא"כ בזה. ולא משמע כן מסתימת הפוסקים ובפרט כיון דהוא מתקנה דמידק דייק ודאי ע"ז ג"כ תקנו ולמ"ש הטעם דהימוני המניה כמו בשליש א"כ כשקבלו עליהם לדון ביניהם דינו כמו שליש ונאמן אף על טענותיו שאין הבע"ד נאמן להכחיש ולומר שלא טען כך. שוב ראיתי בספר ערך לחם ממהריק"ש דהוכיח מדברי ריטב"א קידושין דאין הבעל דין יכול להכחיש טענתו והביא דברי מהרשד"ם (סי' ט') וכ' דאין לסמוך ע"ז כלל דודאי הדיין נאמן בזה כמו שליש עיי"ש. ועוד אם יהיה נאמן לסתור טענותיו יהיה נאמן להכחיש עיקר הפסק במגו דהיה אומר שלא כך טען. ובס' נתיבות העלה דא"נ במגו דלא קבלתיך לדיין כיון דנאמן בזה כב' הוי כמגו במקום עדים וא"ש אולם דין זה צ"ע די"ל כיון דעיקר נאמנות ע"א הוא מתקנות חכמים למה ל"מ מגו דהוי כעדים אם אין שניהם מוחזקין ואם נאמר דנאמנתו הוא כמו בשליש

תליא ג"כ במחלוקת האחרונים (סי' נ"ו) אם נאמן במגו לגבי נאמנות השליש. ולדעת רשב"א בתשובה מובא ב"י שם ובחידושיו לגיטין וכן דעת ריטב"א שם דשליש נאמן אף כשמכחישו שני עדים ואם הא דנאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדין לפניו הוא מטעם נאמנות כמו בשליש יהי נאמן אף בהכחשת עדים ומדברי חידושי רשב"א קידושין שם מבואר דנגד עדים א"נ א"ו דנאמנות השליש עדיפי הואיל דבידו הי' לעשות כמו שאומר משא"כ בדיין דלא נמסר לו שום דבר רק לפסוק ביניהם. ומדברי רשב"א דהקש' דהדיין יהיה נאמן במגו דעדיין לא נפסק הדין מבואר דפשיטא ליה דע"ז ג"כ נאמן הדיין אף באין עומדין לפניו וכבר כ' בש"מ הטעם כיון דהא דא"נ כשנסתלקו מלפניו הוא משום דלא רמיא עליו למדכר אבל אם לא היה פסק דין ל"ש לומר ששכח ומשמע מדבריו דאף בהכחשת ע"א שהיה פסק ג"כ נאמן הדיין לומר שלא פסק עדיין דהא עיקר קושיתו היה דאי איכא סהדי נחזי סהדי מאי קאמרי דסתמא דמלתא סהדי מידק דייקי בכולה מלתא כדמוכח פ' חזקת הבתים ומשם לא מוכח רק בתרי סהדי אבל בחד ודאי י"ל דלא דייק ולא ידע כיצד פסק אבל זאת יודע שכבר נפסק ואפ"ה הקשה דיהיה נאמן במגו דעדיין לא פסקתי דסובר דאמרינן מגו להכחיש ע"א עכ"פ מוכח דאף להכחיש ע"א נאמן ג"כ לומר שעדיין לא נפסק הדין וגדולה מזו כבר כתבתי משם חידושי קידושין לחד מן הראשונים דכל זמן שלא כתב פסק דין הוי כעומדין לפניו ואף דלא משמע כן מן הפוסקים ועיין ש"ך (ס"ק ו') מה שחולק על תשובת מהר"מ מרויטנבורג מ"מ בזה לכ"ע נאמן אף בהכחשת עד ובע"ד דאמרו דכבר פסק לומר שעדיין לא פסק כמו דנאמן בזמן שבע"ד עומדין לפניו דנאמן אף בהכחשת עד ובע"ד:

הדרן למ"ש לעיל דבב' דיינין וב' עדים מכחישין דסתם המחב כדברי הרא"ש בתשובה דהדיינים נאמנים לעולם דיש חולקין ע"ז וראיתי בתשובת והראנ"ח (ח"ב סי' פ"ו) דכתב עוד טעם אחר דהדיינים נאמנים יותר דדומה להא דפלוני חכם טיהר לי הכתם ושיילוהו לחכם והכחיש אותה דאיהו מהימן אפילו רק הוא לבדו מכחישה לדעת רוב הפוסקים דכיון דמשמו קאמר' ואיהו מכחיש לה איהו מהימן וה"נ דכוותיה מ"מ הרא"ש לא תלי טעם הדבר בכך אלא משום דאינהו דייקי טפי ע"ש בדבריו ובאמת אם נקבל דבריו דזה דומה להא דפלוני חכם טהר לי הכתם דמזה למד רמב"ן מס' שבועות (דף ל"ב) דבעד מפי עד כיון שזה אומר משמו הראשון נאמן יותר א"ש דהרא"ש בתשובה לא תלה טעם הדבר בכך דהא הרא"ש אף דבמס' שבועות ומס' גיטין פ' הנזקין מסכי' לדברי רמב"ן מ"מ פ' המדיר ס"ל בפשט הירושלמי דצריך ב' עדים בדבר וכבר כתבו האחרונים דס"ל להרא"ש דלענין ממון לא מפקינן ממונא אפומא דחד סהדא או משום דבא להוציא

מחזקתה עיין מהרח"ש ק"ע (דף ב') ובס' א"ר וזוטא (דף ע"ח) והרא"ש דן בתשובה שם דהב' דיינים יהיו נאמנים ביותר מן ב' המכחישין אותן אף להוציא ממון ולכך צריך לומר דהם נאמנים יותר משום דרמו אנפשייהו ותלינן הטעות בהעדים:

אולם מלבד דא"ד להך דפלוני חכם דהראשון נאמן כמו שיבואר לפנינו תמהני על דברי הראנ"ח דהא הוא בעצמו בח"ר (סי' ל"ז) כתב בפשיטות דאם יש שני עדים ששמעו מפיו אין דבריו של אחד במקום שנים וכתב דלכל הפירושים בהא דפרק שבועות העדות היכא דאיכא ב' ששמעו מפיו של הראשון שמת בעלה תו לא מהימן וע"כ דסובר אף דלגבי מת בעלי ע"א חשוב כמו ב' ועיקר הטעם דהראשון נאמן יותר משום כיון דתלה השני עדותו בו והוא מכחישו לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה מ"מ זה דוקא בע"א אף במקום שנאמן היכא דא"י רק מה ששמע מן הראשון דתלה השני בו נאמן יותר אבל אם שמעו מפיו שני עדים הכשרי' וראוין להעיד כל עדות שבתורה ומעידין שכך שמעו מפיו נאמני' ואין בכחו להכחישם ולא מהימן תו א"כ בתרי סהדי דאמרו ששמעו דפסקו הדיינים להיפך ממה שהם אמרו עכשיו הוי כהכחשת תרי לגבי תרי ול"ש כלל להא דהראשון נאמן יותר דכמו דתרי לגבי חד נאמנים ולא מהימן תו לומר להכחישם אף דתלו עדותן בו כ"כ תרי לגבי תרי הוי כהכחשת שני כיתות עדים ועיין באה"ע (סי' י"ז ס"ק י"ז) בח"מ דכתב בפשיטות שכל שהעידו שני עדים מפי עד א"נ להכחישם וכמ"ש הראנ"ח ח"א. ואף דבספר אליהו רבה וזוטא שם משיג על הראנ"ח וכתב דמה לי אחד מה לי שנים המעיין שם יראה דאין דבריו מוכרחין כלל ויבואר אי"ה לקמן דיני עדות ועכ"פ פשיטא ליה להראנ"ח דב' עדים נאמנים אף בהעידו משמו של הראשון א"כ מובן מאליו דאף אם העידו ששמעו משנים אין הב' נאמנים יותר מהם והוי רק כתרי נגד תרי.

גם בלא"ה יש לחלק משם עיין קצוה"ח דהקשה אמאי א"נ הדיין אף בזמן שאין בע"ד עומדין לפניו כיון שזה אומר משמו של הדיין הוי כאומר משמו והראשון נאמן יותר ובנתיבות משיג עליו דדוקא היכא דהנאמנות הוא מטעם עד הראשון נאמן יותר אבל בע"ד שהוא מוחזק או באינו מוחזק דהדין כל דאלם גבר אין החכם נאמן לקלקל הדין מכמו שהוא עכשיו. וממילא אף בב' דיינים אף שיש להם עכ"פ דין שני עדים מ"מ אי לאו דכ' הרא"ש דהם דייקי ביותר אינם נאמנים נגד תרי עדים המכחישין אותן ועוד כתב לחלק ורמז למ"ש בספרו חו"ד יו"ד (סי' קפ"ה) ושם כ' דדוקא גבי פלוני חכם טיהר לי דאינה יודעת ואינה מעידה כלל בהיתר גוף הדבר רק מפי החכם לכך החכם נאמן יותר משא"כ ביודעת גוף הדבר רק שתולה בפלוני נאמנת מטעם בעלים עיי"ש וסברא זו מבואר בח"מ (סי' קט"ו ס"ק ד') לחלק בין אם אמרה פלוני תיקן לי שאני ראיתי שבפני

תיקן דאין זה עד מפי עד לבין אם אמרה פלוני אמר לי עיי"ש ועיי"ש בהפלאה שכתב ודברים מסתברים הם אך משמעות הר"ן ורמב"ן אינו כן ולדבריו זה נמי טעמא דרמב"ן בעד מפי עד כיון דאינו יודע אמיתת הדבר רק מפיו ותולה בו הראשון נאמן ביותר אף דלגבי מיתת הבעל דעד מפי עד נאמן וכיון ששמע מפיו שאמר שיודע שמת מעיד רק על השמועה מ"מ נאמן הראשון ביותר משא"כ היכא דמעיד על אמיתת הדבר שראה שתיקן בזה השני נאמן כמו הראשון ולפי"ז גם בנאמנות הדיין כשאין בע"ד עומדין לפניו וכבר נסתלקו אין לו נאמנות רק כעד דעלמא ומי שמכחישו ואומר שפסק להיפך הוי כמעיד על אמיתת הדבר כיון שכך קבלו עליהם כפי שיפסוק ביניהם והוי כמכחיש אם א' אומר ששמע להיפך הוי חד לגבי חד וממילא אף בשני דיינים אם ב' מכחישין אותו הוי כתרי נגד תרי אם לא מטעם דכ' הרא"ש דתלינן הטעות בהעדים:

[**ויש** לגמגם עפ"י דברי הח"מ והח"ד הנ"ל בדברי הת"ה מובא בב"ש אה"ע (סי' מ"ב ס"ק ז') אם ע"א אמר בפני קידש אותה ובפני פלוני ואותו פלוני מכחישו דמדמה לדברי רמב"ן בתולה דבר בחבירו דהראשון נאמן. ולהנ"ל יש לחלק דכאן מעיד על אמיתת הדבר שהי' קידושין בפניו ובפני פלוני. שוב ראיתי באבני מילואים שם דעמד ע"ד ת"ה מצד זה ועוד מצד אחר ואכ"מ בזה ואי"ה יבואר עוד במ"א בגוף סברת הרמב"ן]. עכ"פ לענ"ד דין זה אף כי סתם המחבר דב' דיינים נאמנים לעולם צ"ע לדעתי העניה אם נאמנים להוציא נגד ב' עדים המכחישן:

והנה הא דנאמן הדיין בזמן שבע"ד עומדין לפניו הוא לאו דוקא בדיין הדן דין תורה אלא אף בפשרן כשקבלו קנין לקיים פשרתו מבואר ברמ"א מתשובת רשב"א דכל מה שאומר תו"ז נאמן וראיתי בס' חמרא וחיי מס' סנהדרין בש"מ (דף ו') שם משם הרב המאירי דכ' פשרה אפילו ביחיד ומ"ש תסגי בתרי הוא מפני שסתם הדברים בפשרה כ"א בורר לו אחד או שמא שיהא עליו עדים ושמא תאמר הלא אמרו נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי אלמא אף אחד נאמן כבר אמרו שם דוקא כשבע"ד עומדין לפניו או שמח דוקא בדין שיכול להודיע טעמו של דבר אבל פשרן אינו נאמן ביחיד עכ"ל וקשה ע"ד הא מבואר דאף בשודא דדייני נאמן וזה הוי כמו בפשרה דהא בפשרה יותר צריך הדיין להיות זהיר שלא יאמר כפי מה שיעלה על דעתו בלי שיקול הדעת וטעם ועיין בש"ס סנהדרין (דף ל"ב) מ"ד צדק צדק תרדוף וכ' בצדק תשפוט עמיתך אחד לדין ואחד לפשרה וכ' ברמ"ה שם דבדין ל"ב עיונא כולי האי אלא למפסקיה אליבא דהלכת' אבל פשרה צריכה עיונא טפי ולעיין לפי שקה"ד ולראות מי מהן אומר אמת וא"כ למה

פשרן א"נ ובדיין יהיה נאמן ועיין ש"ך (ס"ק ג') משם הש"ג ודברי המאירי צ"ע ואין ספיקו מוציא מידי ודאי של הרשב"א:

סימן ל

אם טעה הדיין בדבר משנה אף מומחה ולא קבלו דלעולם חוזר מבואר בש"ע והוא לשון הרמב"ם אם אי אפשר להחזירו או שהאכילו לכלבים דפטור מלשלם דלא נתכוין להזיק והעלה הש"ך בנו"נ ביד חייב וכמו שכתב הרמב"ן מלחמות בדעת הרי"ף וכ"כ להדיא הרמב"ן הלכות בכורות דמזיק הוא וחייב והא דכתב הרמב"ן חולין (דף מ"ג) דאפילו נשא ונתן ביד פטור וכן כתב הרשב"א חולין שם כבר תמה ע"ז התשב"ץ בספר יבין שמועה דיני טריפות (פ"ד) וכתב ונראה כי מה שכתב בהלכות בכורות הוא דאחריתא ומהדורא בתרא עיי"ש וכן כתב הרמ"ה סנהדרין (דף ל"ג) דאי עבד מעשה בידים חייב מדין גזלן וכן משמע מכל דברי הראשונים ועיין בש"ך (אות ו' ס"ק ג') הביא דברי רמב"ן מלחמות שכ' הא דפ' א"ט ואמרו לי' לרבא דלישלם תורא דברי הרי"ף מתוקמא כשנו"נ ביד וכ' כלומר דס"ל לרמב"ן דההוא דרבא כטועה בשה"ד הוה ואינו מובן לכאורה הא לשיטתו (סק"ד) אף בטעה בד"מ בשנו"נ ביד חייב וכן הוכיח שם מדברי רמב"ן הנז':

והש"ך (ס"ק א' אות ד') כתב הטעם כיון דנו"נ ביד נכנס הוא תחתיו והו"ל הדיין כמו לוה דיליה ושוב אין לבע"ד שום דו"ד עם חבירו רק עם הדיין וזה שהלך למדה"י או הוציא המעות של הדיין הוציא והדיין מתחייב לבע"ד שנטל ממנו ועיין קצוה"ח שגמגם כיון דהש"ך לא אתי עלה מטעם מזיק רק דהוי כמו לוה ומנין לן לדון דין לוה או גזלן שוגג כמזיד ועיין נתיבות ומה שהשיב עליו הקצוה"ח בקונטרס משובב. אולם יפה כתב אאמ"ו ז"ל בד"ח (סי' ז') דל"ה כשוגג רק כפושע כמו שכ' תוס' סנהדרין (דף ל"ג) ד"ה שעירבן דכשנו"נ ביד יש לחייבו כמו מזיד דל"ה לישא וליתן ביד ומ"מ כנראה דעתו דמטעם מזיק חייב אולם ברמ"ה סנהדרין שם כתב בבבא דתריסר בטעה בדבר משנה דסובר דאף אם לית ליה לשלומי פטור הדיין אף לר"מ דל"ה רק גרמא וא"ד למראה דינר לשולחני דשם לא יכול שוב לתבוע מזה שקבלו משום דאמר ליה אייתי ראיה דהאי דינרא הוא דיהבי לך משא"כ בדיין כ"ע ידעי דהכי הוי וטעו ומ"מ כ' בנו"נ ביד דעבד מעשה בידים חייב מדין גזלן הרי מבואר דדן אותו מטעם פשיעתו כגזלן ועיין בש"מ סנהדרין שבסוף ס' חמרא וחיי (דף ל"ג) שהביא שיטת הסוברים דפטור אף בנו"נ ביד וכ' דל"ה מזיק גמור דהוי כמזיק ברשות כיון שבאו לפניו לדין או להוראה אעפ"י שמזיק ברשות חייב דוקא ברשות חכמים כגון בנר חנוכה אבל אלו כעין מזיק ברשות הניזק הוא ואין לחייבו מדינא דגרמי דאין דינו אלא בשכונתו להזיק ושיש פשיעת בע"ד עיי"ש

וזה סברת הרשב"א והבעה"מ וסברו דאף אם עשה ברשות חכמים כמו בנר חנוכה דמ"מ חייב היינו כשלא עשה ברשות הניזק אבל כשבאו לפניו לדון הוי ברשות ניזק והוי כמו דמצוה לו להזיקו וכיון דלא נתכוין להזיק ושניהם שוין בפשיעה פטור ואאמ"ו ז"ל בד"ח שם כ' מהא דמבואר (סי' קכ"ו ס"ד) בטעה ואומר במעמד ג' שיתן לפלוני אעפ"י ששניהם מודים שטעו צריך הנפקד ליתן להמקבל והוא חוזר על הנותן מטעם גרמי וכ' האחרונים הטעם אעפ"י ששניהם טעו מ"מ כבר כתבו תוס' ב"ק (דף כ"ב) דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק לאחרי' משלא יהיה ניזוק וה"נ דכוותיה. אולם למ"ש המאירי דהוי כעין מזיק ברשות ובזה פטור כשיש פשיעת בע"ד יש לחלק משם דשם בא זה בגבולו ובטעותו צוה לו שיתן לפלוני מה שיש לו לכך אף שזה ג"כ פשע וסבר שיש לו אצלו מ"מ כיון שבא בגבולו שייך לומר יותר צריך ליזהר שלא יזיק משלא יוזק והחיוב על הנותן משא"כ בדיין כיון שבאו אצלו לדונם וטעה ולא נתכוין להזיק הוי כמזיק ברשות ממש כשפשע הבע"ד ג"כ. ומ"מ כ' די"א דבנו"ן ביד כיון דדינו אינו דין כמזיק בידים הוא ועיין תומים דמסיק דיכול הדיין לומר קים לי כרשב"א ואף שהוא נגד כל דברי הפוסקים מ"מ כיון דהרז"ה ורשב"א והמאירי הביאו כן בשם י"א יכול לומר קים לי:

ומה דכתב הש"ך ושוב אין לבע"ד שום דין ודברים עם חבירו אינו מובן לכאורה אמאי הא קיי"ל כר"ח גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלן רצה מזה גובה רצה מזה גובה וא"כ אמאי אינו יכול לתבוע מן הבע"ד. הן אמת דברמ"ה שם מפרש בר"ח דקאמר כאן שנו"ן ביד וז"ל בשלא נו"ן הדיין ביד דכיון דכי יהיב ליה בע"ד לחבריה אדעתי' דדיינא דחייבי' יהיב ליה דאי מדעתיה דידיה ל"ה יהיב ליה ול"מ מצי א"ל הב לי מאי דשקלית מינאי שלא כדין ולכך מחזירין וכשנשא ונתן הדיין ביד דהא לית' לבע"ד גבי בעל דיניה ול"מ דלא איהו יהיב ליה אלא דיינא הוא דיהיב ליה ודיינא נמי לית ליה גביה ול"מ וכי יהיב ליה אודי לי' דשפיר יהיב ליה הלכך מה שעשה עשה עכ"ל ולכאורה אינו מובן כיון דלדבריו ר"ח מוקי תרוויהו מתניתין הן בטעה בד"מ הן בטעה בשה"ד וגם אף בטעה בשיקול הדעת אם לא נו"ן ביד הדר דינא כיון דסוגיא דעלמא אזלי כאידך הוי הדין בטעות רק כיון דהדיין נו"ן ביד לית ליה לבע"ד גבי' בע"ד ול"מ ואמאי הא רמז"ג ורמז"ג גבי גזל ולא נתייאשו הבעלים וקצת י"ל דהרמ"ה אזיל בשיטת בעל המאור ר"פ הגוזל ומאכיל דדוקא ובא אחר ואכלו אבל כשהאכילו לאחרים פטור האוכל דהוצאה דידיה הוא ועיי"ש בש"מ ב"ק דכן דעת הרמ"ה ג"כ דבלא ידע השני דגזל הוא פטור ועיי"ש ברשב"א ובמח"א דיני גזילה (סי' ו') ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' שס"א) ואף למ"ש שם היכא דהראשון לא ידע ול"ה ליה דין גזלן אז

גם לדעת בעה"מ השני חייב מ"מ כאן כיון דהרמ"ה דן להראשון כדין גזלן וע"כ דהוי כמו פושע ממילא השני פטור כשאכלו אך מ"מ קשה הא תינח כשאין הדבר בעין ביד בעל דיניה או החליפין אבל אם הדבר בעין או אף התמורה מדוע לא יכול הבע"ד לגבות ממנה כיון דטעה ואף בשה"ד לדעת רמ"ה וכן דברי הש"ך אינם מובנים דדוקא באכלו דעת בעה"מ דא"י לילך על השני ואף בזה התוס' והרמב"ם חולקין אולם באם הממון הוא בעין או התמורה לכ"ע רמז"ג רמז"ג וצ"ע:

ואם הוא מומחה וקבלו פטור לעולם. ולדעת הרא"ש והטור כתב הסמ"ע והב"ח דאפילו שלשה מומחין וקבלו עלייהו חייבין לשלם. והא דפטור ר"ע לר"ט ואמר לו מומחה את וכל המומחה לרבים פטור הוא מטעם דהי' נקט רשות. והש"ך חולק ע"ז דמומחה וסמוך ודאי פטור. וראיתי בקיצור פסקי הרא"ש ר"פ אחד ד"מ וז"ל כל טעות שבדבר משנה חוזר אפילו שלשתן מומחין אפילו קבלוהו עליהן ונקוטי רשות מבי ריש גלותא ואי ליתיה לבע"ד אי איתיה ולית ליה לשלומי משלם איהו עכ"ל ומבואר כדעת הב"ח והסמ"ע אולם צ"ע להבין דבריו אם אין כאן ט"ס דהא בנקיטי רשות מבי ריש גלותא מבואר מדברי ר"ע לר"ט דלעולם פטור:

והא דפטור במומחה וקבלוהו מצינו שני טעמים חדא דהוי אונס הואיל דקבלוהו עליו וכמבואר בראש דהו"ל כטבח אומן שקלקל דבחנם פטור דהו"ל אונס הקרוב לגניבה. ולכך העלה הש"ך דשלשה סמוכין אף שלא קבלוהו עליהן ודנו בכפיה מ"מ כיון דהם אנוסין עפ"י התורה שחיוב עליהן לדון פטורין אף אם נו"נ ביד אולם הנ"י כ' משם הרמב"ן דבנו"נ ביד אף שלשה סמוכין וטעו בד"מ ולית ליה לשלומי חייב דמזיק הוא. וכנראה אין זה דעת רמב"ן כפי אשר הביא הר"ן בחידושיו ריש סנהדרין דבריו דהא דבעינן נקיט רשות הוא דוקא במומחה לרבים שאינו כשר מה"ת אבל הדיינין הכשרים מה"ת הן פטורין לשלם לעולם מה"ת לפי שאין למעלה מהן מכיון שהתורה עשאן דיינין ומבואר שם כמה פעמים דהכשרים מה"ת כמו ג' סמוכין ומומחין עדיף מנקיט רשות וכיון דנקיט רשות מבואר דפטור אף בנו"נ ביד לא יגרע שלשה סמוכין ממנו וכן נראה כיון דנקיט רשות מהני לפטרו מטעם הפקר ב"ד אף בנו"נ ביד ע"כ דכה"ג מצינו בג' סמוכין שהן דיינים הכשרים מה"ת דפטורין דאל"כ למה נפקיר ממון בחנם ועיין ש"מ ריש כתובו' דלא מצינו הפקר ב"ד הפקר היכא דלא פשע דמה"ת יפקירו ממונם ואם נאמר דדייני תורה ג' סמוכין פטורין אף בנו"נ ביד דהוי כאנוסים גם ע"ז שיכופו לקיים הדין שפיר תיקנו וכח לריש גלותא לתת רשות לדיין שידון בכפיה ושיכוף לשלם ויהי' פטור וניחא לכולם הך תקנתא שימצא דיינים אבל אם אך סמוכין יהיו חייבין מה"ד

לשלם כשנו"נ ביד או שכפאו לקיים הפ"ד שזה הדין כמו נו"נ ביד כמ"ש בתומים ואז חייבין למה להו לריש גלותא להפקיר ממון בחנם ושיהיה פטור זה שנקיט רשות א"ו דמה"ד דייני תורה לעולם פטורין אף בנו"נ ביד ויש כח לריש גלותא לשויה כדיין של תורה:

ברם זה לי יותר משלשים שנה נתקשתי מהא דמבואר בטור יו"ד (סי' של"ו) משם רמב"ן בת"א ברופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק ה"ז גולה וכ' דרופא הוא כדיין המצווה לדון ואם טעה בלא הודע אין עליו עונש כלל ואם טעה ונודע לב"ד שטעה אף דבדיין אם דן ברשות ב"ד פטור ברופא ג"כ בדיני אדם פטור מן התשלומין אלא שאינו פטור בדיני שמים עד שישלם הנזק ויגלה על המיתה הואיל ונודע שטעה והזיק או המית בידים וכן אמרו בתוספתא רופא אומן שריפא ברשות ב"ד פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים וכתב ומ"מ בלא הודע שלו א"ח כלום כמו שהדיין פטור לגמרי בין מדיני אדם בין מעונש שמים עיי"ש עכ"פ מבואר דבד"ש רופא חייב ואמאי כיון דהוי אנוס גמור והא ודאי מוכח מתנחומין של ר"ע שניחם לר"ט שאמר הלכה חמורך טרפון וא"ל פטור אתה דמומחה אתה וכל המומחה לרבים פטור ע"כ דאף בד"ש ג"כ פטור דאל"כ הוי תנחומין של הבל דודאי ר"ט הי' רוצה לשלם בד"ש ובפרט להמבואר בש"מ ב"ק ר"פ הכונס דכל מזיק שחייב בד"ש פסול לעדות עד דמשלם ההיזק ודאי חס לר"ט דלא יבקש לצאת ידי חובתו בד"ש א"ו כיון דמומחה פטור הוא אף בד"ש ובפרט למ"ש הרי"ף דפטור מטעם אנוס דאל"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם א"כ מומחה ג"כ לא ירצה לעשות דיין כיון דאם יטעה יהיה עכ"פ חייב בד"ש א"ו דפטור לגמרי וכן משמע מדברי רמב"ן בת"א הנז' דכתב שהדיין פטור לגמרי בין מדיני אדם בין מעונש שמים ואמאי ברופא יתחייב בד"ש אלא ע"כ צריך לומר דאיירי ברופא שעשה הרפואה בעצמו ובידים והוי כמו בדיין אם נו"נ ביד ולכך חייב בדיני שמים א"כ מוכח עכ"פ דבנו"נ חייב ואמאי כתב הטור דפטור וכן מבואר להדיא בדברי רמ"ה סנהדרין דבטעה בד"מ בשלשה סמוכין אע"ג דלא קבלינהו עליה פטורין ולמה ברופא גולה ע"י:

והא לא קשה לדעת תוס' ורא"ש דסוגיא סנהדרין דפריך רב המנונא לר"ש דלימא ליה ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה חוזר כיון דאלו הואי פרה דינך לאו דינא ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת הוא אליבא דרבנן דלא דנו דינא דגרמי אבל לר"מ דדן דינא דגרמי חייב ולא פריך כלל והוצרך ר"ע לומר פטור אתה שכל המומחה לרבים פטור מלשלם. נאמר אף לרבנן דלא דנו דיני דגרמי מ"מ בד"ש מודים דחייב בכל גרם היזק א"כ מאי פריך הא שפיר הוצרך לומר מטעם דכל המומחה לרבים פטור מלשלם היינו

אף בד"ש ואם היה אומר לו דאלו הואי פרה דינך לאו דינא ולאו כלום עבדת עדיין ל"ה ר"ט יצא בפטור בד"ש. די"ל להמבואר במהרי"ט (ח"א סי' צ"ה) דכל הנך דמבואר ר"פ הכונס דפטורין מדיני אדם וחייבין בד"ש היינו דוקא אם כוונתו היה להזיק ולא בשוגג ואף דבנזקי אדם לא חלקת בין שוגג למזיד בין מתכוין לאינו מתכוין ה"מ במידי דבמזיד חייב מדינא אף בשוגג חייב דאדם מועד לעולם אבל בדבר דאפילו במזיד פטור בדיני אדם לא מחייבין ליה בדיני שמים אלא לפי שכוונתו להזיק כי כל לבבות דורש ד' אבל לא ענש על השוגג עיי"ש וע"כ הא דרופא חייב בדיני שמים אף דאין כוונתו להזיק הוא בשביל דעשה מעשה בידים וא"כ כיון דר"ט לא האכילו בידים לכלבים ולא נו"ן ביד רק ע"פ שפיר פטור אף בד"ש לרבנן דלא דנו דינא דגרמי אף אם ל"ה מומחה הי' פטור ושפיר פריך רב המנונא והוצרך לומר חדא ועוד:

ובזה מיושב מאי דקשה לכאורה בדברי תוס' גיטין (דף נ"ג) דהקשה ר' אפרים בטימא את הטהור אמאי ישלם מביתו הא שוגג הוי וכתבו מאן דמוקי כר"מ ניחא דקניס שוגג אטו מזיד אבל למאן דמוקי כרבנן ובנגע שרץ קשה ותירצו דהוי כמו מזיד דמה לו לטמא כדי להחזיק דבריו וקשה דא"כ לרבנן בלא נו"ן ביד אף אם קם דינא פטור דהוי שוגג ומה מפחיד ר"ט והש"ס קאמר אא"ב קם דינא היינו דקא מפחיד ר"ט אלא אי אמרת חוזר אלו הוי קמן הדר השתא נמי לאו כלום וכ' דסוגי' אזל' לרבנן דלר"מ חייב ול"א אלו הוי קמן הוי הדר וע"כ דאירי בלא נו"ן ביד כמו"ש תוס' סנהדרין דאל"כ טובא עביד ובקם דינא הדיבור הוא כמעשה ויקשה מ"מ הא ר"ט ל"ה רק שוגג ובשוגג לא יהא רק כמטמא בידים דפטור דהוי היזק שאינו ניכר וא"ל דס"ל כרבנן דלא דייני דיני דגרמי ובהא דקנסינן שוגג אטו מזיד ס"ל כר"מ נימא דס"ל לגמרי כר"מ וכן ראיתי בחיבור אחד על הסוגיא דשקה"ד דעמד ע"ז ונשאר בצ"ע. ולמ"ש אתי שפיר ול"ק כלל דודאי ר"ט היה רוצה לצאת ידי שמים כנ"ל וע"ז אמר הלכה חמורך ואף דהוי שוגג בהזיק שאינו ניכר מ"מ לציד"ש חייב לשלם אם נאמר קם דינא אבל אם הדר דינא ואילו הוי קמן הוי הדר בזה כיון דס"ל כרבנן דלא דייני דד"ג פטור אף בד"ש מטעם דל"ה כוונתו להזיק וכמו שכתב מהרי"ט אבל אם קם דינא ודיבורו הוי כמזיק בידים בזה אף דהוי בשוגג מ"מ חייב בד"ש כיון דבמזיד חייב מדינא. ושפיר פטרו ר"ע מטעם דאלו הוי קמן הוי הדר וס"ל כרבנן דלא דייני דינא דגרמי ובאין כוונתו להזיק דהוי שוגג פטור אף בדיני שמים ועוד דמומחה הוא ובמומחה פטור אף בד"ש כנ"ל:

הדרן לדברינו כנראה דרופא איירי דעשה בידים ולכך חייב בדיני שמים וי"ל דבדיין ג"כ עכ"פ בנו"ן ביד דהוי כפושע דמה לו להיות נו"ן ביד להחזיק דינו אפשר דחייב בד"ש.

אולם מדברי הרמ"ה והטור נראה דבדיין אף בד"ש פטור. ולכאורה י"ל דהא הפוסקים מדמין דיין שטעה לטבח אומן שקלקל דפטור ושם בשכר חייב וכבר כ' הקצוה"ח דעכשיו כיון שנשתרבב המנהג בחו"ל דהדיינין מקבלין שכירתם על כל פס"ד והוי כמו טבח אומן שקלקל דבשכר חייב כן נמי חייבין לשלם וא"כ י"ל דשם ברופא אומן ודאי איירי שריפא בשכר דאסיא דמגן מגן שוי' ולכך חייב וגולה ע"י ומ"מ בדיני אדם א"ח וי"ל אף דמה"ד היה ראוי לחייבו אף בדיני אדם פטרו חכמים בדיני אדם בשוגג אף דאדם מועד לעולם דאם נחייבנו אתי לאמנועי מלרפאות. וכן מבואר תוספתא מס' גיטין (פ' ג') רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק שוגג פטור מזיד חייב מפני תיקון העולם הרי דמה"ד הי' לנו לחייבו אף בדיני אדם מטעם אדם מועד לעולם ואיירי ברופא אומן היינו שעושה מעשה בעצמו כמו הקזה או לחתוך בשר רע וכדומה מה שעושה בידים דומיא מה שכ' שם המחתך את העובר במעי האשה ברשות ב"ד והזיק שוגג פטור מזיד חייב. או מטעם שמסתמא איירי בשכר לכך היה ראוי לחייבו אף בשוגג אף שהוא אומן ומומחה מ"מ פטור מפני תיקון העולם. וכן תוספתא דב"ק המובא ברמב"ן הנ"ל הוא ג"כ כשעושה בידים לרפאות וטעה והזיק וגם שמקבל שכר. והא דאיתא שם בתוספתא דבהרג ה"ז גולה קשה לכאורה שהרי מצוה לרפאות ולמה יגרע מהרב הרודה את תלמידו ואב המכה את בנו ושליח ב"ד שאין גולין משום דעסקו במצוה וצריך לומר דזה גרע והוי כמו פושע שא"צ לעשות באופן זה. שוב מצאתי בתשב"ץ (ח"ג סי' פ"ב) דעמד ע"ז וכתב ואיכא לאפלוגי בינייהו כדמוכח התם. ועיי"ש עוד בדבריו וראיתי שם שכתב כי פירוש רופא אומן שרופא החבורות במלאכת היד ששגגתו וזדונו הוא חבלה ורציחה בברזל שהעידה התורה שאפילו מחט א"צ אומד ולשון אומן הוא המחתך בברזל כמו המל שנקרא אומן אבל רופא חולים במשקה ובמשלשלים ובמרקחת ובמרחצאות והנחות אינו נקרא רופא אומן אלא רופא סתם ואינו בכלל זה שאינו בא לידי חבלה להתחייב בנזקין ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב על מכאובי החולי ונתכוין לרפאות ולא נתכוין להזיק פטור הוא אף מד"ש שאין לו אלא מה שעיניו רואות. עיי"ש א"ש נמי מה דבדיין פטור אף בד"ש ואף בנו"נ ביד דרק בהחבלה ממש בברזל חייב. אולם לא אבין מה לי אם חבל בו ע"י ברזל או ע"י תחבושת ורפואה אחרת והוסיף מכאוב על מכאובו וכן בטוש"ע יו"ד (סי' של"ו) לא דייקי לכתוב רופא אומן רק סתם שריפא ברשות ב"ד וטעה והזיק דחייב בדיני שמים ומשמע בכל עניני רפואות לאו דוקא בחבורה בברזל דאין סברא לחלק. ולמ"ש איירי דוקא בריפא בשכר דאז חייב כמו טבח אומן שקלקל ובדיין נמי בשכר חייב וכנראה מדברי הקצוה"ח דבדיין בשכר חייב אף בדיני אדם כמו

טבח. וע"כ הא דברופא פטור בדיני אדם הוא משום תיקון עולם שמצינו בזה תקנה בתוספתא דגיטין הנז':

אך הא דפשיטא לי' לקצוה"ח דבשכר חייב הדיין לשלם כמו טבח אומן בשכר יש לשדות בו נרגא א"כ כל דיין הדן דינו עושה ג"כ מצוה ופטור מן פרוטה דר' יוסף נימא ג"כ דהוי בשכר ויתחייב לשלם כמו אם מקבל שכר. וראיתי בנתיבות שכתב כן בדעת הסמ"ע דכתב בדעת הטור ורא"ש דאף במומחה וקבלו ואי אפשר להחזיר חייב בטעה בד"מ דהטעם כיון דבשכר חייב ול"ה כאנוס ע"כ א"כ כל דיין הוי כמו בשכר מטעם פרוטה דר"י מה שא"כ בטעה בשיקול הדעת יכול לומר יפה דנתי. אולם דבריו תמוהין חדא דכנראה כל הפוסקים חולקין על הת"ד דכיון דסוגיא דעלמא אזלי כאידך א"י לומר יפה דנתי כמבואר בקונטרס הגאון רח"י ז"ל וגם אם הדיין ירא שמים ויודע אח"כ שטעה בשיקול הדעת למה פטור כשהוא מומחה וקבלו. ועוד הא דעת הסמ"ע בשיטת הרא"ש דאינו פוסק כר' יוסף דשומר אבידה הוי ש"ש רק כרבה וכמבואר בדרישה (סי' ע"ב ס"ק ד') דכן הוא הסכמת הרא"ש. ועוד י"ל כיון דאיתברר דטעה בפרט בדבר משנה א"כ ל"ה כעוסק במצוה וכה"ג כ' המעדני יו"ט מס' ב"ק דכשניבלה ושחט בחנם דפטור ול"ה כש"ש בשביל שכר הברכה משום כיון דנתברר דניבלה הוי עוד ברכה לבטלה ועיין קצוה"ח (ס' ש"ו) ובדברי חיים דיני שומרים (סי' י"ט) ומ"ש שם בהגהותי. גם הנתיבות סותר לד' עצמו שהעלה (סי' ע"ב) דלפטור מפרוטה דר"י מטעם עוסק במצוה הוא רק כשמוטל עליו בחיוב כמו השבת אבידה אבל גבאי צדקה לא ע"ש (ס"ק י"ט) א"כ דיין ג"כ אם יש עוד דוגמתו הכי מוטל עליו החיוב החיוב על הקהל למנות דיינים. ובאמת כבר השגתי עד שם בהגהותי בד"ח ובח"ר או"ח (סי' י"ג אות ג') מדברי תוספו' שבועות (דף מ"ב) גם כתבתי במ"א לדון בהא דשומר אבידה דקאמר בש"ס ב"ק (דף נ"ו) דהוי ש"ש בההיא הנאה דל"ב למיתבי לי' ריפתא לעניי איכא דמפרשי הכי ר"י אמר כש"ש דמי כיון דרחמנ' שעבדיה בע"כ כש"ש דמי והקשה הים של שלמה שם הא בכ"מ קיי"ל כלשון אחרון ולאיכא דמפרשי אף ר"י לא חש להך פרוטה ול"נ ש"ש בשביל הך פרוטה וכתבתי די"ל דהך איכא דמפרשי לא חלקו על לשון הראשון דהוי ש"ש בשביל הנאה דמרויח פרוטה רק אף דמרויח מאן שם לו לש"ש הא כל שומרין כתבו תוס' כתובות (דף נ"ו) דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם דהשומר מחייב א"ע כל אחד כדינו ותינח היכא דמתרצה לקבל עליו החיוב שמירה אבל בשומר אבידה הא בע"כ מחויב לקיים מצות השבת אבידה ואי להתעלם ממנה רק ליקח האבידה לתוך ביתו ואינו מגלה דעתו שמתרצה להיות כש"ש בשביל הך הנאה דל"ב למיתב ריפתא לעני ומי יאמר דניחא

ליה שבשביל הרוחה הזאת יתחייב כדין ש"ש ע"ז אמרו כיון דרחמנא שעבדיה בע"כ שיקח לביתו וישמור האבידה כש"ש דמי וזה ג"כ בחיוב התורה הואיל שאין הבעלים כאן שישמרנו המוצא כמו ש"ש ושכר מקבל הנאת פרדר"י. א"כ י"ל דבדיין לש זה כיון דלא גלי דעתו שיחפוץ להתחייב להיות כש"ש בשביל הנאות פרדר"י כ"ז שאינו מקבל שכר ביחוד:

גם בגוף הדין כשמקבל שכר על פס"ד דיהי' חייב כמו טבח אומן שקלקל דחייב בשכר יש לדון למ"ש בש"מ ב"ק (דף צ"ט) משם רמ"ה כיון דקאמר בש"ס דהוי כנושא שכר חיובו הוא בשכר מטעם שמירה וצריך שיעשה קנין משיכה או הגבהה או שיקדים לו דינר ואם משיך או הגביה ע"מ ליטול שכר קיימ' ברשותיה לנטורי' לכל מילי עיי"ש ומבואר דאם לא מקדים לו שכר כ"ז שלא עשה קנין משיכה או הגבהה פטור אף אם מבטיח לו שכר אח"כ כיון דכל ענין שחייב בשכר הוא כמו ש"ש וא"כ בדיין אם לא נו"נ ביד אף שקבל שכר על פסקו מ"מ לא עשה שום קנין על השמירה ופטור כמו מומחה דפטור בחנם. ובאמת מדברי הראשונים דכתבו דלכך בשכר חייב כיון דל"ה רק קרוב לאונס ולכך נותן לו שכר כי היכא דלידוק טפי וע"ש ברשב"א ב"ק ובמ"מ (פ"י) הלכות שכירות הביא דעתו דדוקא בטבח חייב בשכר ולא שולחני ועיין ש"ך (סי' ש"ו ס"ק י"א) ואף דבש"ע פסק שם לחייבו בשכר וי"ל דהוי מטעם מזיק. גם י"ל אף אם החיוב הוא מטעם שומר בטבח מ"מ לא בעינן דוקא שיעש' קנין משיכה כמו שאר שומרין דכל ענין משיכה בשומרין הוא מטעם התחלות מלאכה וכמו שכתב הנ"י פ' השואל משם הרמב"ן א"כ כשמתחיל לשחוט ראוי שיתחייב אם קלקל דהוי כמתחיל בשמירה וזה א"ש בטבח ולכך ל"מ להפוסקים שחלקו בין אם עשה קנין או לא דהתחלת המלאכה הוי כהתחיל בשמירה משא"כ בדיין שדן וטעה בזה י"ל דלא שייך בזה ענין שמירה כמובן ואף בהתחיל לישא וליתן בדיניהם ופסק וטעה י"ל דל"ש לחלק לבין בחנם או בשכר רק בנו"נ ביד חייב מטעם מזיק ועיין ביש"ש פ' הגוזל בתרא דאנוס רחמנא פטריה ולא מחייבינן אלא בנו"נ ביד משום דזכה ביה בהגבהתו והוי שלו לענין אחריות ושם הוא כמכוין להזיק דהוא רק באונס ובלא מתכוין כלל י"ל דל"ה שלו לענין אחריות:

וקצת יש להוכיח כן דאף בשכר פטור הדיין מדכ' הרמ"א (ס"ג) בזה"ז שמכריחין הקהל הדיינים שיהיו דייני' בע"כ לא ישלמו אפילו טעו ומסתמא איירי דנותנים להם שכר מקופת הקהל לפרנסתם וכמבואר (סי' ט' ס"ג) ואפי"ה פטורין לשלם ואולי יש לחלק בין אם נקצב להם שכר בכללות למקבל שכר בפרטות ע"ד הבא לפניו די"ל בזה חייב דצריך למידק ביותר וכמו בטבח אומן שקלקל ושולחני ומ"מ יש לדון דהדיין יכול לומר

קים לי שלא להוציא ממנו כיון דדעת הישׁ"ש ומהריב"ל שהביא השׁ"ך (סי' שׁ"ו ס"ק י"א) השולחני אם הוא מומחה פטור אף בקבל שכר וק"ו בדיין דשגיאות וטעות שכיחא הרבה בפרט בשיקול הדעת די"ל דהוי כאונס אולם הכל לפי הענין במה טעה אם נראה שיגע א"ע כפי יכולתו וידיעתו ובכ"ז טעה בדבר שיש מקום לטעות בזה י"ל דהוי כאונס אבל אם הטעות הוא בדבר הנרא' שלא שם עיניו כראוי ול"ה מתון בדבר כפי הצורך בזה י"ל דחייב בקבל שכר:

והנה הרמ"א שם כתב מ"מ יש להם לחזור אם טעו ואם א"ר לחזור צריכין לשלם וראיתי בשע"מ (ס"ק י"ב) שחקר בזה אם נודע להם שטעו ולא חזרו אם חייבין לשלם היכא דקודם לכן לא שילם הבע"ד כדיין דבזה לרוב הפוסקים הסוברים דל"א קם דינא עד ששילם א"כ גרמו בזה היזק במה דלא הודיעו שטעו או די"ל כיון דמתחילה היו אנוסים במה שטעו אף דאח"כ נודע להם שטעו וא"ח בהם מ"מ פטורין לשלם דל"ה רק כמונע להציל חבירו מהפסד דפטור מלשלם דלאו כלום עביד וכמו כובש עדותו דפטור מלשלם מדיני אדם עי"ש שהניח בצ"ע. ולע"ד נראה דהיכא דמזיק לחבירו באונס והי' תחילתו באונס וסופו בפשיעה חייב לשלם. ודומה להא דמבואר ב"ק (דף ק"ח) בנגנב מן השומר באונס והוכר הגנב דהשומר חייב לעשות דין עם הגנב ועיי"ש בש"מ משם הרשב"א דלטרוח ולדון עם הגנב חייב דסופו כתחלתו מה תחילתו אלו ידע והכיר בה בשעת גניבה היה לו לטרוח ולעמוד כנגדו להציל ואם לא עשה כן חשבינן כפושע והלכך סופו נמי כשהוכר הגנב אפילו שו"ח יטרח וידון עם הגנב ויציל מידו ובלשון הרמ"ה שם כתב דכל היכא דיכול לעשות דין עם הגנב כמאן דלא נאנסה דמיא ואם לא עשה עמו דין הו"ל כפשיע' ואף שו"ח חייב וה"נ דכוותיה כיון דכל הפטור הוא בשביל שהזיק באונס וכשסר האונס אמרינן סופו כתחילתו ובתחילתו כשל"ה אונס חייב כן נמי כ"ז דלא נגמר ההיזק ובפשיעתו אח"כ נגמר חייב לשלם ואף די"ל דשם הוא מטעם שומר דחייב א"ע ז"א דלענין שלא להזיק לחבירו חייבו התורה אונס כרצון רק באונס גמור פטור אבל בכל דבר דהוי ליה להזהר ולדקדק נעשה כשומר על גופו וכמו שומר שקבל ט"ע לשמור כן חייבו התורה להזהר ולדקדק שלא יזיק לחבירו כל שאינו אונס גמור וממילא נמי אף במקום דהוא ונס גמור מ"מ כשנסתלק האונס ובידו שלא יגמור ההיזק אמרינן סופו כתחילתו וכיון דגמר ההיזק הוא בפשיעתו חייב לשלם וה"נ בדיינים שטעו אף דפטורין מטעם דהוי כאונס גמור מ"מ כיון דהוא רק מטעם דלבי' אנסו ואם היה יודע בשעת מעשה שפסק דטועה הוא הוי כמזיק בדבורו וכששילם אח"כ נגמר ההיזק למפרע וחייב לשלם ממילא נמי אף דטעו בשעת הפסק דין מ"מ לא נגמר ההיזק עדיין

עד שישלם א"כ דוקא כשלא נודע בנתיים דטעו ונעשה הכל באונס אבל אם נתברר להם דטעו ולא הודיעו להבע"ד שחוזרים מן דינם ובפשיעתם נגמר ההיזק ששילם להותבע ודאי נראה דחייבין לשלם:

אך כ"ז דחייב לאטרוחי ולומר לבע"ד דחוזר מפסקו ואם אינו עושה כן והבע"ד שילם לאחר שהודה וידע בעצמו הדיין בזה חייב לשלם אבל אם הבע"ד אינם לפנינו יש לדון אם מחויב הדיין להוציא הוצאות ללכת אחריהם ולהודיע שחוזר הוא מהוראתו די"ל אף דתחילתו באונס וסופו בפשיעה חייב דהוי כמו שהיה מתחילה בפשיעה כיון דעדיין לא נגמר ההיזק מ"מ כיון דפטור על ההתחל' רק בשביל מה שאינו חוזר אינו מחויב להוציא ממון מכיסו ולחזור אחריהבע"ד להגיד להם ולענין זה הוי כשו"ח שיכול לקדם ברועים ובמקלו' דא"ח רק כשיכול לקדם בחנם אבל לא בשכר. כן נמי בזה אף דהוא גרם לזה מ"מ כיון דהוי כאונס מתחילה אף דלבסוף כשנודע לו שטעה חייב לחזור ואם אינו חוזר חייב לשלם כיון דנגמר ההיזק בפשיעתו מ"מ להוציא הוצאות אינו חייב. ובש"מ שם הביא מדברי תוס' ע"ז (דף נ"ח) בהא דר"ל איקלע לבצרה חזא ישראל דקאכלי פרי דלא מעשרי ואסר להו מיא דסגדי להו עכו"ם ושתו ישראל ואסר להו אתא לקמיה דר' יוחנן א"ל אדמקטורך עלך זיל הדר בצר לאו היינו בצרה כו' וכ' תוס' דאין לפרש שלא תפסיד בגדיך בשביל הוראתיך שבשביל שטעית תצטרך לשלם דהוא דוקא בנו"נ ביד ועוד דהא ר"ל מומחה לב"ד הוה ופטור מלשלם. וע"כ צ"ל אף דלא קבלוהו עלייהו מ"מ כיון דע"י טעותו היה מוכרח לאסור להם לאפרושי מאיסורא א"צ קבלה ויקשה הא כיון דנודע לו טעותו חייב להתיר להם וכשאינו מודיע נעשה ההיזק בפשיעתו ויתחייב לשלם. ולמ"ש אתי שפיר דמ"מ כיון דהוי תחילתו באונס אף דסופו בפשיעה כשאינו מודיע להם מ"מ אינו חייב להוציא הוצאות ע"ז כשאינם לפניו וא"ח רק לטרוח ולהודיע להם לכך שלא תשהא אפילו לנוח מטורח הדרך להתיר להם הואיל דהוא טעה בהוראתו לאסור דבר המותר אבל לענין תשלומין פטור אף דר"ל סובר כר"מ דדן דיני דגרמי כמבואר ב"ק (דף ק') מ"מ כיון דמתחילה היה אנוס בדבר א"ח לטרוח כ"כ ולהוציא ממון בהוצאות כנ"ל אבל אם הבע"ד לפניו ויכול לחזור אם אינו חוזר ודאי נר' דחייב לשלם דהוי סופו בפשיעה. ועוד י"ל דשם כיון דהוי כטועה בדבר משנה י"ל דוק' היכא דקבלו עליהם וכמו במראה דינר לשולחני דדעת הרי"ף דצריך שיאמר לו עליה דידך קסמיכנא ואז חייב מדיני דגרמי מה שא"כ בהך דר"ל דלא קבלו עלייהו וגם היה דבר שהוחזק אצלם להיתר מעיקרא ועד שבא ר"ל ואיקלע להם ואסר להו והוא טעה בד"מ יכול לומר לא היתי יודע שיסמכו עלי וכיון דמתחילה היה אנוס בטעותו אף כשנודע לו אם אינו מטריח עצמו

לחזור אחריהם ולהתיר א"ח לשלם כיון דלעולם הדר דינא א"ח מטעם דינא דגרמי כשלא האכיל בידים אף לשיטת תוס' בכה"ג:

סימן לא

דעת הרי"ף לפסוק כר"ח דרק בנו"נ ביד קם דינא הואיל דחייב לשלם ולית לי' לבע"ד פסידא והיכא דלא נו"נ ביד דאז אי קם דינא אית ליה לבע"ד פסידא דא"ח לשלם אז הדר דינא. ויש לחקור היכא דהנידון היה על חפץ ידוע אם קנה הלוקח או המוכר וליכא נ"מ לענין תשלומין דזה ג"כ הוי דין ומחייבינן שבועה ע"ז כאשר הוכיח במישור הקצוה"ח (סי' ע"ג) ובד"ח דיני טו"נ (סי' א') הבאתי שכן מבואר בראשונים בש"מ ב"מ (דף מ"ח) בייחד לו כלי דאף היכא דליכא נ"מ לענין דמים רק הטענה ודו"ד שביניהם הוא לענין קנין החפץ למי שייך בכ"ז כשכפר ונשבע חייב שבועה ועיין מ"ש לעיל (סי' כ"ב) הרי דזה הוי כמו פסידא. ואם גזל ממנו החפץ והזיקו א"ח לשלם רק דמיו ובכה"ג כשטעה הדיין בשיקול הדעת וזיכה החפץ למי שלא זכה עפ"י סוגיא דעלמא אם בזה לעולם חוזר הדין אף בנו"נ ביד דהא אף אם נו"נ ביד מ"מ לא נוכל לחייבו רק מדין מזיק ובנידון כזה ל"ש שישלם כמו מזיק דהא לא הזיקו לו גוף החפץ דקבל דמי החפץ ורק הזיקו במה שחייבו למסור החפץ ללוקח ועל דמי החפץ ל"ה שום נ"מ א"כ ל"ש תשלומין ואם ניחוש לפסידא דבע"ד מהראוי לומר דהדר דינא. או אם נאמר דבזה ל"ח לפסידא דבע"ד כיון דסוף סוף לית ליה פסידא של ממון רק במה דהפסיד גוף החפץ ולא דמי החפץ וא"כ י"ל דאף בלא נו"נ ביד קם דינא כיון דלית ליה פסידא מהראוי לומר קם דינא או י"ל דמ"מ כיון דבלא נו"נ ביד היכא דאית ליה פסידא הדר דינא כיון דלעולם הדיין א"ח לשלם רק בנו"נ ביד א"כ לא פלוג עשו חז"ל ולעולם הדר דינא אף היכא דלית ליה פסידא:

וקצת יש להוכיח מדלא מתרץ בש"ס הרומיא דמתניתין דבכורו' וסנהדרין בכך דמתניתין דבכורות איירי בגווני דאיכא פסידא לבע"ד בגוף הממון ואז יהיה הדיין חייב לשלם לכך קם דינא ומתניתין דסנהדרין דמחזירין בין לזכות בין לחוב הוא במקום דליכא תשלומין מן הדיין דל"ה הנידון לענין גוף הממון רק לענין קנין החפץ דבזה ל"ח הדיין לשלם מטעם מזיק דלו יהא שהזיק לו בידים גוף החפץ א"ח להחזיר לו חפץ שלם רק הדמים והדמים לא הפסידו וכיון שהדיין לא יהיה חייב בתשלומין ולכך מחזירין הדין משום פסידא דבע"ד אף אם הדיין נו"נ ביד א"ו משמע דס"ל דבזה לעולם קם דינא דל"ח זה כפסידא דבע"ד ומחזיקינן בפסק דין ויש לדחות להמעיין. אך גם יש נ"מ בנתייקר החפץ לאחר שנגמר הדין ונו"נ ביד ואח"כ נודע שטעה בזה אם לא נו"נ ביד לכאורה לדעת הרי"ף הדר דינא משום פסידא דבע"ד שלא יפסיד ואם נו"נ ביד י"ל דג"כ הדר דינא שלא יפסיד

הבע"ד דהא אם קם דינא ג"כ לא יהא הדיין חייב לשלם רק כפי מה שהי' שוה בשעה שנו"נ ביד דלא יהא אלא גזלן וכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ובשעה שנו"נ ביד ל"ה שוה אלא כפי מה שנתן וא"כ יפסיד הבע"ד ויש לומר דגם זה ל"ח פסידא דבע"ד ולא חשו לזה וקם דינא וצ"ע. גם לשיטת הרא"ש וסייעתו דלעולם חייב הדיין אף בלנו"נ ביד ואף בטעה בד"מ דלעולם חוזר אם לית ליה לבע"ד לשלם או שהלך חייב הדיין לשלם יש לחקור אם הי' הדין על החפץ ונתיקר אח"כ דאם הי' קמן היה חוזר הדין והיה חייב לשלם ולהחזיר כל החפץ או אם אכלו אח"כ חייב לשלם כשעת אכילה דל"ה גזלן שנאמר בו כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ואם לית לי' לשלם כשחייב הדיין לשלם חייב לשלם כפי אשר נתחייב הבע"ד או דאינו חייב רק מטעם דהזיק לו בדבורו שפסק ואין דנין לחייבו רק כפי אשר היה שוה אז דהא אם נו"נ ביד דנעשה גזלן אינו חייב לשלם רק כפי מה שהיה שוה אז בשעה שנו"נ ביד לא נוכל להוסיף חיוב ע"י הגרם במה שלא נו"נ ביד ובכ"ז צ"ע:

והנה הא דקם דינא אף דסוגיא דעלמ' אזלי כאידך ודנין בכל בתי דינין אף להוציא ממון ולא יוכל הלה לומר קים לי ובכ"ז כיון דכבר נפסק הדין קם דינא. וכבר הקשה בס' תמים דעים בשם הרב ר"י בר אשר הלוי למה לא יוכל הדיין לפטור א"ע בכח זה שהבע"ד פוטר א"ע וכ' דרק אז משלם מביתו כשמוד' הדיין שטעה ודן שלא כהלכה וההי"ד נמי אם הבע"ד מודה שגבה שלא כדין שחייב להחזיר וסתם דיין יש בו יראת שמים ויודע מעצמו שטעה ומאחר שמודה חייב לשלם מביתו ולדבריו ודאי נראה במקום דהדיין פטור לשלם או שאין לו חייב הבע"ד לשלם לצאת יד"ש. אולם מכל הפוסקים משמע דלעולם הדיין חייב לשלם אף אם אינו מודה שטעה רק החזיק בסברתו דכך ראוי לדון מ"מ כיון דסוגיא דעלמא אזלי כאידך חייב לשלם לשיטת הרי"ף וסייעתו כר"ח כשנו"נ ביד ולשיטת הרא"ש וסייעתו אף בלא נו"נ ביד קם דינא כשטעה בשק"ה והטעם כמו שכ' הקצוה"ח בהא דקם דינא הוא משום שמוחזק עפ"י הדיין והדיין שאינו מוחזק אלא עפ"י עצמו וסוגיא דעלמא אזלי להיפך לא מצי למימר קים לי דשפיר קאמינא. ובפרט למ"ש הרא"ש הוא משום דקנסינן ליה ולכך קם דינא וחייב הדיין לשלם וא"כ כנראה הא דקם דינא הוא רק מדרבנן דיועיל החזקות הבע"ד ואהני ליה משום דמוחזק עפ"י הדין ויש לומר היכא דהדיין לית ליה לשלם או במקום שהדיין פטור כגון במומחה וקבלו או בשלשה סמוכין דפטורין מלשלם אף אם דנו בכפיה בזה י"ל דעכ"פ לציד"ש חייב הבע"ד להחזיר שלא יפסיד הבע"ד או י"ל כיון דהכי תקנו חז"ל שיהיה קם דינא פטור אף בד"ש:

ברם לענין איסור והיתר טומאה וטהרה ודאי ל"א דקם דינא להתיר אף איסור דרבנן. ובתומים הקשה ע"ד רמ"א יו"ד (סי' רמ"ב) שכתב דחכם שהתיר א"ח יכול לאסור אם היה הטעות בשק"ה כשחלה הוראתו של הראשון וכיצד יתיישב הא דטיהר את הטמא דישלם מביתו כיון דההיתר קם ומותר תשלומין מאי עבידתי' וכשעירבן עם פירותיו הרי חלה הוראתו ובנתיבות מתרץ דאחר א"י לאסור אבל כשהדיין בעצמו מודה שטעה ובד"מ יכול הבע"ד לומר לדבריך הראשונים אני מאמין אבל בטיהר את הטמא נהי דמה שעשה עשה והוא טהור ואין שום ב"ד יכול לאסרו מ"מ הבע"ד אם רוצה יכול לומר כיון שאתה מודה בעצמך שטעית והם אסורים לדבריך אני מאמין לדבריך האחרונים ומשו"ה משלם. ויש גמגום בדבריו דאם מעצמו מודה שטעה ודאי מה"ד אסור ומה זה שכ' ואין שום ב"ד יכול לאסרו ולמה צריך לתלות ברצון הבע"ד שיאמר לדבריך אחרונים אני מאמין אטו אם רוצה להאמין לדבריו ראשונים תלוי ברצונו אין זה אלא תימא כיון שהדיין מודה שטעה וסוגיא דעלמא כאידך לא יהא אלא ספק איסור אסור מספק. וגם אם תליא ברצונו ולגבי כ"ע אין שום ב"ד יכול לאסרו אינו דומה להא דסי' (קכ"ז) ביו"ד במאמין לדברי עד דכאן יכול לומר כיון שחל הוראותו מותר לכ"ע ולמה לך להאמין לדבריו האחרונים כדי לחייבו לשלם. ברם הדברים נכונים בחוזר מהוראתו ודאי אסור לגבי כ"ע ולבע"ד וא"י לומר לגבי איסור שמאמין לדבריו הראשוני' וכ"כ בקצוה"ח (ס"ק ה') לתרץ שיטת רמ"א יו"ד הנ"ל עפ"י דברי התמים דעים דאירי דהדיין חוזר מהוראתו אולם מ"מ דוחק לחלק בין ד"מ לטומאה וטהרה דלדבריו משלם מביתו אינם שוין דלגבי ד"מ אף אם א"ח מהוראתו קם דינא וישלם מביתו כמו שכתוב בקונטרס רח"י ז"ל שלא מצא חבר לדברי התמים דעים ולגבי איסור וטומאה נאמר דדוקא כשחוזר מהוראתו אז משלם מביתו ואם א"ח כשטיהר את הטמא קם ההיתר. וגם תימא לומר דתליא ברצון המורה אם מתעקש ואינו חוזר מסברתו אף דסוגיא דעלמא אזלי כאידך יהיה קם ההיתר אשר לא גרע מספק דאורייתא דאזלינן לחומרא כ"ש אם סוגיא דעלמא אזלי כאידך. ומצאתי בתשובת רמ"א (סי' כ"ח) שם הוי עובדא בחטה שנמצאת על חתיכת בשר מלוח בפסח והיה הרבה בשר והורה המורה לאסור אותו חתיכה ותו לא ועמד חכם אחר ופליג עליו ואחר שהשיב הרמ"א כיצד פסקינן להלכה לכתחילה כ' בסוף דבריו וז"ל אף אם נודע לו בטעותו אין שייך לחלוק בדבר כזה ולהדר עובדא שכבר הורה המור' באיסו' דרבנן וסמך על רוב המקילין ופסק כדברי פוסקים המפורסמים ובודאי שדבר חומרא כזו אי אפשר לבררו בשיקולא וטריא דגמרא רק חשש חומרא בעלמא ואיך יחלקו בזה ולא יחושו למה שאמרו בירושלמי והביאו בנימין זאב חכם שהתיר אין חבירו רשאי

לאסור וכן משמע מרא"ש פ"א דע"ז עיין ש"ע יו"ד (סי' רמ"ב) ובודאי על ענין כזה נאמר עכ"ד והאריך שם עוד וכ' ואי טעין משום מנהגא אין מנהג שנתפשט ברוב המקומות ואי חכם אחד הורה כך לשעתו לא מקרי מנהגא הרי לפנינו דהרמ"א לא כ' דחכם שהתיר אין חבירו רשאי להתיר רק בדבר חומרא דרבנן בעלמא ואף לא במנהג שנתפשט לאסור אם התיר חבירו רשאי לאסור ורק בחומרות שהחמירו ואין בזה סרך איסור בזה אם היתר אין חבירו רשאי לאסור א"כ דן מני' ק"ו בטעה בשיקול הדעת והכריע בסברתו במקום שסוגיא דעלמא אזלא כאידך לפסוק להקל ולהתיר או לטהר דודאי חבירו רשאי לאסור ואף מצוה וחובה עליו לאסור ולהסר המכשול וא"כ אתי שפיר בטיהר את הטמא ועירבן בעה"ב עם פירותיו דחייב לשלם דקאי באיסור. ואף בספק השקול כמאן פסקינן ולא יש סוגיא דעלמא כאידך רק מספיקא אזלינן לחומרא אם לא נראה סברתו והכרעתו של הדיין הזה לאחרים אף אם המורה בעצמו מחזיק בדעתו ואינו חוזר מהוראתו מ"מ כיון דהוי ספיקא דאורייתא אסור ומכ"ש היכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך ודאי אסור לקיים הוראתו ול"ש בזה לומר קם דינא להתיר האיסור:

וכן יש להוכיח מדברי תוס' סנהדרין דהקשו בטיהר את הטמא אמאי מה שעשה עשוי ועוד אמאי משלם דאכתי לא מתוקמא דערבן עם פירותיו עד לבסוף. ולכאורה יש למצוא בטעה בשק"ה דשייך לומר מה שעשה עשוי וגם שישלם וקולתו של זה הדיין שהורה להקל הוא חומרא כגון שנולד הספק בתרומה אם טהורה היא או טמאה ואם הדין הוא דטמאה יכול הכהן לשרוף התרומה וליהנות בשעת שריפה דדרשינן שלך תהא להסיקה תחת תבשילך. והורה זה הדיין ואמר דטהורה היא וטעה בשק"ה דסוגיא דעלמא אזל' כאידך דהיא טמאה ולשריפה קיימי ולפי דברי הדיין אם נאמר קם דינא דטהור' היא נחזיק לחומרא דבריו עכ"פ שאסורה בשריפה א"כ שייך לומר משלם מביתו ואף דלא הפסידו כלל מ"מ כיון דבלא הוראתו היה הדין לשרוף וליהנות בשעת שריפה ועכשיו אסרו עליו חייב לשלם דמי עצים ולזה כוון כבוד ידיד נפשי הרב הגאון וכו' מ' שמואל סלאנט נרו יאיר אף דיש לדחוק דלדעת התמים דעים איירי שהדיין בעצמו חוזר מהוראתו ובזה ל"ש לומר לענין איסור קם דינא כיון דחוזר בו ורק לגבי ממון שייך לומר דהבע"ד יאמר דלמא טעמא קמא דידך עיקר מ"מ זה דוחק דכבר כתבתי דמכל הפוסקים משמע דלא תליא בחזרתו ואף אם אינו חוזר ג"כ חייב לשלם. אולם למ"ש כיון דהוא רק מדרבנן מה דקם דינא לא אמרו רק לענין לקנוס להדיין שיתקיים הוראתו ויהיה חייב לשלם או אף במומחה וקבלו דפטור מלשלם מ"מ חשו הז"ל שלא לבטל ההוראה ויתקיים הדין מכל וכל אבל במקום דיצא קולא מזה בהוראות או"ה כגוונ' הנז'

דהא לא נוכל לקיים הדין ולטהר ולאכול כיון דסוגיא דעלמא אזל' כאידך או אף בספק איסור בהכרח דצריכין לבטל הפסק שלא יהיה רשאי לאכול שוב לא מבטלינן המצוה מה שתרומה טמאה היא בשריפה ל"מ לשיטת הסוברים דת"ט הוא בשריפה מה"ת כמבואר תוס' שבת (דף כ"ד ע"ב) וביתר מקומות ודאי לא נוכל לבטל המצוה משום כבודו של הדיין רק בממון מטעם הפקר ב"ד אתינן עליה אף דלא פשע הבע"ד בזה מ"מ כיון דקבלו עלייהו אמרינן מזלא בישא דהאי גברא גרם לי' או אף בשלשה מומחין דיש להם כח לדון עפ"י ד"ת ובכפיה ופטורין מלשלם מ"מ קם דינא מצד הפקר ב"ד אבל לבטל ממצות שריפה מתרומה שידענו שהיא טמאה ומצוה בשריפה אף לבטל בשב ואל תעשה לא מצינו. אלא אף להסוברים דכל מצוה דתרומה טמאה שהיא בשריפה הוא רק מדרבנן מ"מ כיון דבהכרח לא נוכל לומר קם דינא ולקיים הפסק לגמרי דלא נוכל לטהר הטמא לא אזלינן בזה להחמיר אף מדרבנן שלא לקיים מצות שריפה אף שהוא רק דרבנן כיון דבהכרח הדר דינא ולכך לא ניחא להו לרבותינו בעלי תוס' לתרץ בדרך זה וז"ב ופשוט לענ"ד:

ונראה דאף בלוקח שקנה פירות ונודע הספק ובאו לשאול מהדיין וטיהר את הטמא דל"א בזה קם דינא והוי מק"ט כמו שהשיגו כל האחרונים על הש"ך הדין חוזר אף אם אכלן הלוקח דהמוכר צריך להחזיר הממון שקבל כמו בכל מוכר דבר איסור דחייב להחזיר המעות אף אם אכלן דאכילת איסור ל"ה הנאה ונפשו של אדם חוטה וקץ ממנו כמבואר ש"ע יו"ד (סי' קי"ט) וח"מ (סי' רל"ד) ממילא כיון שסוגיא דעלמא אזלא כאידך דהן אסורין ואילו הי' בעין הי' חוזר אף אם אכלן ג"כ חייב המוכר להחזיר. ובס' שער משפט לא כתב כן ודעתו דכשאינו בעין יכול לומר המוכר מה חזית דטעמא בתרא דילך עיקר דלמא קמא עיקר והפירות טהורין היו ואין מוציאין מספק ולענ"ד לא נראה כן כיון דאף לדבריו הדיין חייב לשלם להלוקח ע"כ דאין הדיין יכול לומר דלמא טהורין הן כיון דסוגיא דעלמא אזלא כאידך והוי כטמאין בבירור ולא נהנה הלוקח מן אכילת איסור כ"כ המוכר לא יכול לומר מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר כיון דאם היה בעין הי' אסור בבירור דלענין איסור לא נוכל לומר קם דינא ממילא נגרר אחריו הממון שחייב להחזיר ודוקא היכא דהנידון היה לענין ממון בלבד בזה אהני מה דהחזיק לו הדיין לומר קם דינא דאין מוציאין מידו אבל לענין איסור היכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך לא נוכל להקל בשום פנים באיסור תורה והוי כודאי אסור וחייב שוב להחזיר הממון כנלע"ד:

ומה"ט לא אדע מ"ש הנתיבות להלכה אם כבר לקח הפירות מחבירו בחזקת טהורים ועדיין ל"נ המעות ותבעו המוכ' לדין וטעה הדיין ואמר שהן טהורים וזיכה את החייב

עפ"י טעות בשק"ה שטעה בדין טומאה וטהרה אף דהפירות נשארו טמאין כמעיקרא דמ"מ הדין שדן בד"מ קיים ודומה לשאר טעות בשקה"ד דמה שעשה עשוי דיכול המוחזק לומר דלמא טעמא בתרא הוא דטעות כיון שאחר גמר המקח דן את הדין מה שעשה עשוי וכ' שז"פ ופשיטותו דידי' צל"ע דהא כיון דלא נוכל לומר קם דינא על הפירו' שיהיו טהורים דבזה ל"ש לומר מה שעשה עשוי א"כ ממילא הוי מקח טעות ולא נוכל לומר קם דינא שלא יהיה המוכר חייב להחזיר המעות דהא אף אם הוא ספק הוי ג"כ מקח טעות ולא נוכל לומר קם דינא לחצאין דלענין ממון יהיה פטור והפירות ישארו טמאין ואף דבאו לדון על הממון מ"מ כיון דעיקר תלוי בזה אם הפירות טהורים או טמאין וכיון דלענין איסור נשארו באיסורן שוב ממילא נגרר הממון אח"כ שחייב להחזיר ועיין ש"ך (ס"ק ל"ט) בג' שטעו ואחד מהם לא הסכים דהדין דב' משלמין שני חלקים וחלק הג' יפסיד הבע"ד כ' הש"ך דזה הוא דוקא לשיטת הרא"ש אבל לדעת הרי"ף דהיכא דפטורין מלשלם הדר דינא שלא יפסיד בעל הדין ממילא הדר דינא על חלק הג' ותמה שם על הע"ש ודברי הע"ש נכונים כיון דכל מה דקם דינא הוא רק תקנתא דרבנן לא נוכל לעשות מילי דרבנן כחוכא ואטלולי לומר קם דינא לחצאין דבשני חלקים יתקיים הדין ועל חלק ג' יהיה הדר דינא שוב ראיתי באורים (ס"ק ל"א) שכ' וצ"ע לומר מקצת דין חוזר ומקצת דין קיי' הרי כמ"ש וה"נ דכוותיה. וי"ל נמי הא דכ' הראב"ד המובא בר"ן ע"ז בטימא את הטהור דנשאר טמא מטעם דשווי' אנפשיה חתיכא דאיסורא והוא ג"כ מדרבנן זה דוקא בדיני טומאה שא"צ שריפה דוקא או שלא יש איסור אם שורפו אבל אם הנידון היה בתרומה דטהורה אסור בשריפה וכיון דסוגיא דעלמא אזלא דהיא טהורה בזה ליכא למימר שישאר טמא ויהיה רשאי אף לשרוף כיון דהיא טהורה עפ"י דין ושיהיה נשאר בטומאה ולאסור בשריפה י"ל דל"א קם דינא לחצאין ויש עפי"ז ליישב קושית הר"ן. אך י"ל דבזה כיון דעכ"פ מדרבנן אמרינן דנשארה טמאה כמו שהורה מטעם דשווי' ח"ד הוי כמו אם נטמאת בטומאה דרבנן דהוא ג"כ בשריפה:

ויש לחקור לדעת הרי"ף דפוטר את הדיין בלא נו"נ ביד ומטעם זה הדר דינא שלא להפסיד לבע"ד אם נו"נ ביד מקצת היכא נדיינו להאי דינא דאם נאמר דמה דנו"נ ביד יתקיים הדין וחייב הדיין ומה שלא נו"נ ביד יהדר דינא ויחזיר הבע"ד א"כ הוי קם דינא לחצאין ואין לך חוכא ואיטלולי יותר מזה ואם תאמר שיתקיים הדין לגמרי הא יפסיד הבע"ד דהדיין לא יצטרך לשלם רק מה שנו"נ ביד וראיתי בקצוה"ח (ס"ק ט') שכתב כיון דעשה מעשה במקצת קם דינא והוכיח מדברי רמב"ן שכתב דלא אלים כח הדיין שיקים דינא בדבור בעלמא עד שיעשה מעשה על דינו ומשמע דאם עשה מעשה אפילו

כ"ד תו ל"ה דבור גרידא וקם דינא ולא אדע הא דברי רמב"ן הם שיטה אחרת דבעינן שיעשה מעשה וכמבואר בדבריו במ"ד ובחידושי ר"ן ואין זה שיטת רי"ף דאתי עלה מטעם אחר בדברי ר"ח דמשום פסידא דבע"ד אמרינן דהדר דינא כשלא נו"ן ביד כיון דאם תאמר קם דינא יפסיד דהדיין יהיה פטור אבל כשנו"ן ביד דאז חייב הדיין לשלם אמרינן דקם דינא וא"כ י"ל כ"ז דלא עשה מעשה בכל הממון לא יתחייב לשלם יותר ממה שנו"נביד ובע"כ צריך לומר דהדר דינא על המותר י"ל דל"א קם דינא לחצאין וראיתי בנה"מ שכתב ומסתברא דוקא כשעשה מעשה בכל הממון אבל במקצת הממון ל"מ רק נגד המקצת שעשה מעשה וכן לעיל גבי נו"ן ביד בעינן שיעשה מעשה בכולו דלא כקצוה"ח ולדעתו אמרינן קם דינא לחצאין ולדעת הרי"ף שהוא שיטת הש"ע כשנו"ן הדיין ביד מקצת קם דינא על אותו מקצת וחייב לשלם ועל מה שלא נו"ן ביד הדר הדין וכן לשיטת רא"ש שהוא שיטת הי"א ברמ"א דלעולם קם דינא אם שילם הבע"ד לא נוציא מחבירו ואם שילם מקצת קם דינא ע"ז שלא להוציא והמותר של"נ א"ח ליתן. ולע"ד צ"ע לומר קם דינא לחצאין וכמו שכתב האורים בשיטת האלפסי כמובן והרמ"ה דסובר כן דמה ששילם אין מוציאין ומה שלא שילם פטור היינו דכיון שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כסוגיין דעלמא אבל לדעת הרי"ף דלעולם חוזר רק מה שנו"נ ביד י"ל אף אם נתן מקצת מ"מ כיון דל"נ לחייב הדיין לשלם רק מה שהוא נו"נ ביד בעצמו לא מה ששילמו הבע"ד. ובהכרח צריך לבטל הדין על מה שלא שילם ולהוציא מן הבע"ד צ"ע אם מקיימין הדין לחצאין ועיין רשב"א ריש נדה דכתב שם דלא הלכו בטומאה זו ע"ד טומאת סוטה דברה"ר טהור משום דלא להוי מילי דרבנן כחוכי עיי"ש ועיין מ"ש בהגהותי בד"ח יו"ד (סכ"ד):

סימן לב

היכא דטעה הדיין ופסק להוציא ממון במקום שהוא תיקו בש"ס מביא הש"ך משם הנ"י דהוי כטועה בדבר משנה וחוזר ועיין מ"ש ע"ז הש"ך ובתומים העלה דאם כבר גבה כיון דמהני תפיסת הבע"ד לא גרע מאם תפס מעצמו רק הדיין חייב לשלם ודלא כש"ך ובנתיבות תמה ע"ד דבתיקו או בפלוגתא דרבוותא דהדין הוא דכל מוחזק יכול לפטור א"ע בטענות קים לי מה"ת יגרע הדיין ולא יכול לומר קים לי כמו שפסקתי ועוד הא אף באינש דעלמא כשתפס מזה ונתן לזה להתפיס חבירו הוא ג"כ פטור כמו שכ' האו"ת בקונטרס ת"כ בתפיסה ע"י שליח. ודבריו תמוהין שם כתב התומים רק בפלוגתא דרבוותא וכ' דל"ה כתופס במקום שחב לאחרים כיון דהוי רק ספק דדלמא לא חב לאחרים ושם יכול הדיין להכריע לכך פטור אף התופס דאין מוציאין מספק אבל בתיקו

שאי אפשר לשום אדם להכריע אחר שעלתה בש"ס בתיקו הוי כמו שפטור בבירור גמור וזה שהתפיסו הוי כמזיק ואף דהוי ספק דלמא כלפי שמיא גליא שזה חייב לשלם מ"מ כיון שלא נמסר לב"ד ושום ב"ד א"י לחייבו הוי כמזיק ממון וראיה לזה דהא מצינו אף במקום דחייב זה לחבירו בבירור בד"ש מ"מ כיון שבדיני אדם פטור אם אחד הכריחו לשלם דחייב לשלם מטעם מזיק דהא מבואר ב"ק (דף צ"ח) בגזל חמץ ועבר עליו הפסח דהדין הוא דיכול לומר הרי שלך לפניך ואם בא אחר ושרפו דאליבא דר"ש חייב לשלם מטעם דדבר הגורם לממון כממון דמי וכן בב"ק (דף ע"א) בשור הנסקל וכן אף לדידן דעת רמב"ן מובא בש"ך (סי' שפ"ו) דחייב לשלם מצד דיני דגרמי ושם נראה דאף דהגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך ולא נחתינן לנכסיו לשלם דמי מעליא מטעם דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה מ"מ בדיני שמים חייב הגזלן לשלם דמים מעליא דהוי גרמא דגרם לו הפסד שיהי' נאסר וכבר כתבתי להוכיח כן בס' דברי חיים דיני נ"מ (סי' י"ב) וא"כ יאמר השורף מה אפסידתך במה ששרפתי החמץ ועי"ז אתה חייב לשלם להנגזל דמים מעליא הלא אף אם לא שרפתי והי' בעין חייב אתה לשלם דמים מעליא בד"ש ואני גרמתי לך שתהי' אדם כשר ותקיים חיובך אשר אתה חייב בדיני שמים אף אם היה בעין ובכל זה מחייבינן ליה לשלם הואיל דל"ה יכול להוציא ממנו בדיינין הוי כמו מזיק ממון חבירו ולדעת כמה פוסקים בכ"מ דחייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה וא"כ לא גרע מאם היה תופס ממנו ומסר ביד חבירו לצאת ידי חיובו בד"ש ואמאי חייב השורף לשלם אלא ודאי דמ"מ כיון שלא נמסר לב"ד ולא נחתינן לנכסיו דנין לזה כמזיק לו ממון מעליא ועיין ש"ס ב"ק (דף י"ב) הוה עובדא ואגבו עבדי מיתמי אמר להו ר"נ זילו אהדורו ואי לא מגבינן לכו לאפדנייכו אף דעכ"פ אף אם עבדי כמטלטלין ולא משתעבדי הא מ"מ מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן ומ"מ דן להו ר"נ כמזיקים הואיל דלא נמסר לב"ד ה"נ כיון דמספיקא הדין הוא שלא נוציא ממון כשגרם לו זה היזק ונתחייב לשלם חייב לשלם לו מטעם מזיק ואף דיכול לומר דלמא כלפי שמיא גלי' דהדין הוא דאתה חייב לשלם ואף נחתינן לנכסיו מ"מ כיון דאנן לא ידעינן ולא נמסר לשום ב"ד שבעולם כיון דנשאר בתיקו דנין לזה שחייבו לשלם כדין מזיק:

ועוד ראיה מש"ס ב"ק (דף מ' ע"ב) דפריך בהא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד דשואל משלם חצי נזק נימא ליה אם תם הוה מודינא ומפטרינא ועיי"ש בתוס' וקשה הא דעת הראב"ד דבנזקי תם אף דמודה בקנס פטור מ"מ שניא משאר קנסא דקרנא אית ליה גביה וכל שתפס הניזק תו אין הודאתו של המזיק פוטרתו וכמבואר ברשב"א ב"ק (פ"ג) וכבר כתב המ"מ (פ"ט) מנ"מ שכן ג"כ דעת הרמב"ם והיינו דסובר הראב"ד דלעולם זיל שלים

אמרינן ליה ובדתפס לא מפקינן מיני' והיינו דחייב לציד"ש אלא דהב"ד לא כייפין ליה ועיין קונטרס הספיקות (כלל ב') בזה א"כ אם שור תם ש"ח הזיק והודה שאין הב"ד יכולין לחייבו ובא אחר והתפיסו ממנו להניזק אם הדין הוא שהוא פטור לשלם א"כ איזה טענות יש להשואל דאי תם הוי מודינא ומיפטר ועכשיו שהוא מועד אני חייב לשלם לא יהיה אלא שגרם לו שישלם מה שחייב בד"ש ומהני תפיסה דלא מחייבינן ליה לזה לשלם מצד מזיק וה"נ דכוותיה יאמר כיון דע"י גרמתי גרמתי לך שתשלם אף מה שהיית מתחייב בד"ש והי' מהני תפיסה. א"ו דבאמת בתם בכה"ג אם גורם לו שיתחייב לשלם בב"ד דין מזיק יש לו כיון דהב"ד לא היו כופין אותו וה"נ בספיקא דדינא חייב לשלם כיון דמ"מ הב"ד לא היו כייפין ליה בשום אופן לשלם ואף בד"ש ל"ה חייב דין מזיק יש לו שע"י גרם לו שחייב לשלם מה של"ה מחויב בב"ד ואף בד"ש ואינו יכול לומר דלמא היית חייב לו דמ"מ כיון דלא נמסר לב"ד הוי כגורם לו להוציא ממנו ממון שלו. ועיין ש"ס ב"ק (דף קי"ז) בההוא שותא דהוו מנצו עלה ביה תרי האי אמר דידי הוא והאי אמר כו' אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא אמר רבא משמתינן ליה עד דמייתי ליה וקאי בדינא וכן פסקינן בש"ע (סי' שפ"ח) שצריך שיסלק יד האנס הרי אף דשם הוי הדין כל דאלם גבר ואינו ברור ההיזק וגם זה טוען ברי שהוא דידיה ושלו מסר ליד האנס מ"מ כיון דהדין הי' כל דאלם גבר צריך שיחזור למקומו אף שאין ההיזק ברור ולכך לא מחייבינן ליה לשלם רק משמתינן ליה עד שיסלק יד האנס וק"ו היכא דגרם לו להוציא ממון מה שע"פ הדין לא היינו מוציאין מידו בשום אופן דחייב הדיין אף לשלם. וא"ל כיון שהדיין חייב לשלם יחזור הדין ויאמר להבע"ד שאינו יכול לתפוס לחוב אותו כמו (סי' נ"ח) דהתופס מן הנפקד אף שיש לו מגו מ"מ חייב להחזיר שלא יפסיד להנפקד שיצטרך לשלם להמפקיד דשם בא זה בגבולו לתפוס ממנו בשביל חוב של המפקיד שלא ברצונו משא"כ כאן הדיין גרם לעצמו שטעה וצוה שישלם לו וזכה זה מצד התפיס' והוא חייב לשלם לבע"ד. וגם שם כתבתי די"ל דזה דוקא היכא דתפס למשכון א"י לגרום בתפיסתו היזק להנפקד אבל בתפס מעות דהוי פרעון חוב י"ל דלא איכפת ליה להתופס בהפסידו של הנפקד ויבואר אי"ה במקומו וכאן אנו דנין כשכבר שילם בתורת חוב הנתבע לתובע דבלא"ה לעולם הדר דינא דפסקינן כדעת רמ"ה דדוקא אחר שבא לידו ונתקיים הדין אז קם דינא לכן אין להדיין לתבוע ממנו שיחזור והוא חייב לשלם כיון שטעה בד"מ:

אך כ"ז בתיקו אבל היכא דהוא פלוגתא דרבוותא דבזה יש לדיין להכריע בזה אם פסק לחייבו י"ל דפטור מלשלם דכיון דמהני תפיסה הוי כהתפיסו להתובע ופטור מטעם

מזיק דיכול לומר קים לי שאתה היית חייב כיון דיש יכולת ביד הדיין להכריע ואף שזה לא הכריע בהכרעת הדעת עפ"י דת של תורה וכיון דאיכא מחלוקת הפוסקים טעה בדין דהממע"ה והיה לו לפסוק כן ואינו יכול הדיין לומר אפסוק כמו שארצה ואם עשה כן ה"ז דין שקר כמו"ש הרא"ש פאד"מ מ"מ אם עבר ועשה דמהני תפיסתו ולא הדר הדין יכול הדיין לפטור את עצמו בטענת קים לי ועיין רא"ש שם שסיים אם לא ידע הפוסק במחלוקת הגאונים ואח"כ נודע לו והוא לאו בר הכי הוא שיוכל להכריע או שא"י להכריע אם נראין דברי האחד לרוב חכמים ואיהו עבד כאידך היינו טעה בשקה"ד ואם אי אפשר לעמוד על הדבר אין כאן טעות אלא מה שפסק פסק ומשמע מדברי הרא"ש דאין כאן טעות ומהני פסקו והדיין פטור מלשלם ואף דכ' מקודם דאי לאו בר הכי להכריע הוי דין שקר אם יאמר אפסק כמי שארצה היינו אם יודע מהמחלוקת אבל אם לא ידע אין כאן טעות ומה שפסק פסק ובכ"ז פטור מלשלם. ועיין ש"ך (סק"ח) ובנתיבות (סק"ה) דאם ידע ופסק להוציא הוי כטעה בדבר משנה ולכאורה מאי נ"מ דלא ידע גורם הפטור הא אף בידע אי עביד כחד מ"מ מאי דעביד עביד ופטור מלשלם והוא כ' דאם הי' יודע מהשני והיה טועה בכלל דפלוגתא דרבוותא דהממע"ה הוי בכלל טועה בדבר משנה וחייב ומה דלא ידע גורם הפטור הא אף בידע מ"מ אמאי חייב כיון דמהני תפיסתו וא"ח שוב גם הדיין יכול לומר קים לי כדעת המחייבת וכדין הורתי. ובאמת י"ל נ"מ בין אם ידע מדעה החולקת ללא ידע דהא באמת בכל אנפי הוי כטועה בדבר משנה אך אם לא ידע ממחלוקת הפוסקים ופסק להוציא כדיעה הזאת כ' הרא"ש דאין כאן טעות ומה שפסק פסק היינו דהוי תורת פסק ע"ז אף דבאמת הוה אמרינן הממע"ה מ"מ כיון שלא ידע אז חל שם פסק ב"ד ול"מ דלא מפקינן מיניה אלא אף אם תפס זה בהחזרה מוציאין מיד התופס כיון שזה זכה בתורת פס"ד ובכח ב"ד ל"מ תפיסה בהחזרה משא"כ אם ידע ופסק להוציא נגד הכלל דהיה לו לפסוק הממע"ה אף דאין מוציאין מידו דל"ג מאם היה תופס מעצמו מ"מ שוב מהני תפיסה בהחזרה וכבר ביארנו לעיל (סי' ד') דבספד"ד אף אם התופס בא לפני ב"ד מ"מ מהני תפיסה בהחזרה כיון דהב"ד מסלקין א"ע מזה ואין תורת ב"ד עליהן רק שיאמרו שאין בכחם להוציא ממנו אבל תפיסה בהחזרה מהני לעולם משא"כ אם לא ידע כלל מדיעה החולקת יש כח ב"ד על פסקם וקם דינא דל"מ תפיסה בהחזרה וזה כוונת הרא"ש דאי עביד כאידך וסוגיא דעלמא אזלא להיפך היינו טעה בשיקול הדעת וחייב לשלם לשיטתו וקם דינא ואם אי אפשר לעמוד ע"ד אין כאן טעות אלא מה שפסק פסק ויש תורת פסק ע"ז ול"מ תפיסה בהחזרה כיון דלא ידע אז מדעת החולק ופסק כדין וזה נמי פירוש הסמ"ע בדברי הגה"מ

והמרדכי כפי הבנתו דל"מ שקה"ד וכיון שלא ידע גורם קיום הדין דאם היה יודע ל"ה קיום להפ"ד רק מטעם תפיסה היה זוכה ומ"מ אף שהדיין פטור דיכול לומר קים לי מ"מ היה מהני תפיסה בהחזרה. וכן נמי עכ"פ תפיסה מן הדיין היה מהני להסוברים דבספיקא דדינא מהני תפיסה אבל כיון שלא ידע גורם הפטור לגמרי ושהדין יתקיים לגמרי שלא יהני תפיסתו בהחזר':

וראיתי במבי"ט (ח"א סי' ס"ב) שם מפרש דברי הרא"ש ואם אי אפשר לעמוד על דבר אין כאן טעות אלא מה שפסק פסק היינו בענין שליכא פלוגתא רק אי אפשר לעמוד. עוד העלה שם היכא דפסק הדיין וליכא הוכחה להיפך רק רבים וגדולי' חולקים עליו אח"כ מצד הסברא הוי כמו ליכא למיקם אמילתא כיון דליכא ראיה לא מש"ס ולא מפוסקים אין כאן טעות ומה שנפסק נפסק ודומה להא דר"י בר"י סנהדרין (דף ל') באם אדם עשוי שלא להשביע את בניו דכ' רא"ש דל"ה טועה בשקה"ד דאין כח לר"ח להוכיח שטעה אלא מסברא ואין חילוק אם חד חולק עליו או רבים עיי"ש ובודאי דינו הוא רק אם כבר נתקיים הפסק שחייב לזכאי וכבר שלם או שזיכה את החייב אבל להוציא לא אמר כמו בעובדא דר"י בר"י דלא חייב ליורשים לשלם אידך פלגא. ובש"ך (ס"ק ט') כ' דאם אין כאן מחלוקת ואין הדין מפורש רק שבא מעשה לפניו והורה כך וכך וסוגיא דעלמא כאידך כגון שמוכח מסתמא דתלמודא או שנודע שהמנהג אינו כן או שנראה לרוב הדיינים להיפך זהו מקרי טועה בד"מ דלא מקרי טועה בשקה"ד אלא כשיש מחלוקת בדבר והיה הדבר שקול להכריע והוא טועה בשקה"ד אבל עתה כשאין מחלוקת ונתברר עתה הפכו ה"ז כטועה בד"מ. ולא אדע הא מעובדא דר' ישמעאל בר"י הנז' דדן מסברא לחייב ור"ח גדול ממנו כמו"ש מבי"ע שם והא ראיה דנתקבל הדין בלי חולק ועתה הטועה בזה הוי כטועה בדבר משנה כמבואר בש"ך (סי' פ"א) ובכ"ז לא אהדיר ר"ח העובדא ואמר כבר הורה זקן אף דשם אפשר אם הי' ר"י בר"י חי הי' חוזר בו בכ"ז לא דן אותו אף כטועה בשקה"ד הואיל דל"ה אז חולק בדבר וכמ"ש הרי"ף והרא"ש מכ"ש דלא נוכל לקרוא אותו כטועה בדבר משנה כיון שדן מצד הכרעת דעתו ושכלו ואינו מבואר להיפך וגם עכשיו אינו חוזר בדבר קם דינא אף אם רבים וגדולים חולקים עליו וכמו שכ' המבי"ט שם בפשיטות. וכן מבואר מדברי בעה"מ דכ' עכשיו אחר סתימת הש"ס מה שפסקו הגאונים מדעת מכרעת ולא מהלכה ברורה ופסוקה מן הש"ס הוי כסוגין דעלמא והטועה ביה כטועה בשקה"ד וראב"ד ורא"ש חולקין דהוי כטועה בדבר משנה כיון שכבר הכריעו הדין אבל מ"מ מודים בדין שאין לו הכרע ולא נמצא מבורר בראיות ברורות להיכן נוטה לפסוק דאם פסק הדיין כהכרעת דעתו אף כי רבו הגדולים החולקים אח"כ מצד הסברא

מ"מ כיון שאין הדבר מוכרע ודאי דל"ה כטועה בדבר משנה ולדעת המבי"ט אף כטועה בשקה"ד ל"ה ודברי הש"ך צ"ע ועיין תומים (ס"ק ט"ו):

ומ"ש הש"ך או שנודע שהמנהג אינו כן דהוי טעה בדבר משנה ונראה מדבריו דהוא בדבר שאין בו מחלוקת הפוסקים אבל בדבר שהוא מחלוקת הפוסקים והיה הדבר שקול להכריע והוא בשקה"ד אף שהמנהג להיפך ממה שהכריע מ"מ הוי כטעה בשיקול הדעת ולשיטת הרא"ש קם דינא וחייב לשלם. אולם בתשוב' תשב"ץ (ח"ב סי' רע"ב דף נ"ה ע"א) כ' אי פליגי בתראי אי כהדדי נינהו אי הא דיינא אית לי' להכריע כחד מדעתיה יכול למיעבד כוותיה ואי לא שבקינן ממונא ברשותא דמריה ואי עבד כחד עביד ולא מהדרינן עובדא אלא היכא דקבילו עלייהו בההיא מתא למיעבד כחד מינייהו א"כ נהיגי למיעבד כל מילי כדעתיה דודאי לית לן למידן אלא כהאי סברא דקבילו עלייהו ואי לא עבד הכי הוי טועה ומהדרינן עובדא עכ"ל מבואר מדבריו דמנהג הוא כקבלו עלייהו כהך דעה למיזל בתריה והטועה מהדרינן עובדא דהוי כטועה בדבר משנה.

עוד ראיתי שם במבי"ט שיצא לדון בדבר חדש בדעת רי"ף ורמב"ם דסוברים במומחה וקבלו כשלא נו"נ ביד דהדר דינא וכ' וז"ל נראה דהוא דוקא ביחיד מומחה אבל בשלשה אפילו הדיוטות אפשר דקם דינא אפילו היכא דאפשר להחזיר כיון דעדיפי מיחיד מומחה דהודאה בפניהם הוי הודאה בב"ד והכופר ואח"כ באו עדי' הוחזק כפרן משא"כ בפני יחיד מומחה דל"ה ב"ד עכ"ל וקשה עליו א"כ למה החסיר הרי"ף בבא ששית לומר דבג' הדיוטות לעולם קם דינא אף באפשר להחזיר והב"י בבדק הבית הוכיח מזה שדינם כדין יחיד מומחה והרמ"א כ' כ"כ דדינם כיחיד מומחה ובש"ך (ס"ק ט"ו) כ' להרמב"ם כפי שיטתו ולהרא"ש כפי שיטתו והוא העלה דמה שעשו עשוי וישלמו מביתם וכ' שכן דעת הרי"ף ג"כ כמו שלמד הוא כן מדעת בעה"מ כיון דלא ביארו דג' הדיוטות משמע דאין חילוק ביניהם כלל ודלא כבדה"ב ובאמת דבריו תמוהין כמ"ש התומים בשלמא אם נאמר דשוין כמו מומחין כמ"ש הרא"ש דקם דינא וחייבין לשלם לשיטתו ולדברי הרי"ף שוין הם דבלא נו"נ ביד הדר דינא ורק בנו"נ ביד קם דינא א"ש דלא הביא הרי"ף בבא ששית כיון דחד דינא להו כמו יחיד מומחה אבל אם נאמר דנשתנו דינם ולעולם קם דינא וחייבין לשלם היה לו לרי"ף להביא. וכ"כ אם נאמר כמו שסבר המבי"ט דבג' הדיוטות לעולם קם דינא ואף פטורין לשלם דעדיפן מיחיד מומחה ודאי היה לו להרי"ף לבאר זה ודברי המבי"ט צ"ע:

סימן לג

הא דהעלה הש"ך לדינא באם פסק הדיין על יי"נ שהוא כשר וע"י כן עירבן הבעה"ב עם שאר יינו הכשר ואח"כ נודע שטעה ונאסר ע"י כל היין פטור המורה אף שאינו מומחה דהוי כשוגג והתומים חולק עליו דדעת התוס' דל"ד למדמע דחשוב כמזיד ובאמת לדינא ליכא נ"מ דודאי לדידן א"י להוציא מן הדיין דיכול לומר קים לי כשיטת הרי"ף וסייעתו פטור כשלא נו"נ ביד אולם לכאורה נ"מ לענין תפיסה אם מהני אם תפס מן הדיין דלדעת הש"ך מוציאין מידו ולשיטת התומים אין מוציאין. אך באמת כדברי הש"ך מבואר ג"כ מדברי תוס' גיטין (דף נ"ג) דכתבו להקשות למאן דמוקי המתניתין דבכורות כרבנן ובנגע בה שרץ לר' יוחנן דהיזק שא"נ ל"ש היזק אמאי חייב וכתב דפשע דלמה לו לטמאותה כדי להחזיק דבריו והוי כמו מזיד וכ"כ שם הרמב"ן ורשב"א וריטב"א מבואר דסברו דחכם המורה הוי כשוגג ופטור רק באם עשה בידים לטמאות מה שאינו צריך זה חשיב פשיעה ובלא"ה לדידן דהיזק שא"נ ל"ש היזק ולא קנסינן שוגג אטו מזיד פטור אף אם קם דינא בלא נו"נ ביד וא"כ אף אם תפס י"ל דמוציאין כיון דלא יש לחייב לדיין לשלם רק דברי תוס' סנהדרין וב"ק לחייב להדיין אף בשוגג בהיזק שא"נ כדי שידקדק יפה. וגם י"ל כיון דמה"ת לעולם פטור מטעם דהוי היזק שא"נ והוי רק ספק בתקנתא דרבנן אם נידן להדיין כמזיד ונאמר דחייבו חז"ל כדי שידקדק יפה או כשיטת תוס' גיטין ורמב"ן ורשב"א וריטב"א א"כ י"ל דהוי ספק בתקנה דמוקמינן על דין תורה:

וראיתי בשער משפט שכ' לדון דאם הורה על בשר שהוא טריפה והאכיל אח"כ בידים לכלבים אף שבלא"ה ג"כ קם דינא ולאו כלום עביד מ"מ חייב דהא מה דפטור בהיזק שאינו ניכר הוא משום דיכול לומר הרי שלך לפניך וכיון שהוא בעצמו האכיל אח"כ לכלבים ל"ש לומר הש"ל דהא הפסידו בידים אח"כ וניכר הזיקו. ולענ"ד לא נראה כן דהא כיון דכבר נאסר וקם דינא ואף גדול ממנו א"י להחזיר יהיה מאיזה טעם שיהיה מ"מ כבר אסור ואינו עומד רק להאכיל לכלבים במקום דטריפה אינו שוה כלום רק להאכיל לכלבים יכול לומר מה אפסידתך כיון דבלא"ה אינו עומד לדבר אחר ולא מצינו רק בגזלן דחייב בהשבה בזה אם יש בעין כמו גזל חמץ ועבר עליו הפסח או תרומה ונטמאה וכדומה דיכול לומר הרי שלך לפניך בזה כל כמה דלא אהדר ליה אף אם נשרף ממילא ג"כ חייב על גזילה הראשונה אבל במזיק דא"ח כלל בהשבה וכיון דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ופטור בשוגג כיון דאינו ניכר ויכול לומר הש"ל היינו דממילא בכ"מ שהוא כיון דלא נעשה גזלן עליו ואינו חייב בהשבה קאי ברשותיה דמריה ואם הפסידו אח"כ להוציא ממון לא יש עליו שום חיוב יותר רק כפי שהיה שוה בשעה שהוציא מן

העולם. ובשומר מבואר בש"ס ב"ק (דף ע"א) וכתובות (דף ל"ג) לר' יעקב בשור הנסקל הנגנב מבית שומר וטבחוהו לר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי חייב הגנב בדו"ה הואיל דנאבד וא"י השומר לומר הש"ל חייב השומר לשלם ומזה מוכח דלרבנן דדבר הגול"מ לאו כממון דמי עכ"פ מודים דאף דיכול השומר לפטור א"ע באמירת הש"ל להבעלים מ"מ אם נאבד חייב לשלם ול"א עפרא בעלמא הוא ומה הפסידו השומר בזה ובאמת בש"מ ב"ק (דף נ"ו) כתב שם מתחילה לדון דבשומר א"ח אם אבדו אח"כ בידים כיון דלא היה שוה כלום וא"ד לגזלן דנתחייב בהשבה אולם כ' אח"כ שוב חזר בו רבינו מפירוש זה דע"כ דשומר לא מיפטר אם לא החזירו כדמוכח פ' המרובה עיי"ש וע"כ הטעם עכ"פ הואיל דפשע מתחילה חל החיוב מעיקרא וכבר הארכתי בזה בעזה"י בח"ר דיני פסח (סי' י"ב) בטעם הדברים הואיל דקבל שמירה מקודם. אבל בסתם מזיק היזק שא"נ דפטור בשוגג ודאי נראה דאף בשרפו ואבדו אח"כ מן העולם פטור דעפרא בעלמא איבדו ועל ההיזק ראשון פטור וזה ברור:

והנה למה דהעלה הש"ך דבטעה בד"מ ל"ש לחייבו מדינא דגרמי וכן דעת הר"ן בחידושיו לסנהדרין הואיל דלא ברי הזיקו תמה עליו בתומים הא הוא בעצמו (ס"ק כ"ט) העלה כדעת רמ"ה דכ"ז שלא הוציא לא אמרינן קם דינא א"כ יקשה אמאי משלם מביתו הא אלו הוה קמן הוה הדר ויקשה אמאי בחייב את הזכאי חייב לשלם. אולם באמת דבריו נכונים בשלמא בטעה בדבר משנה דלאו שם דין ע"ז ולא חל הוראתו כלל אף דחייבו לשלם והיה מוכרח ליתן עפ"י ב"ד מ"מ אף כשמקיים פסק הדיין ונתן לו לא זכה זה דעפ"י הדין חייב להחזיר דטעה בד"מ ואח"כ בא מקרה דא"י להוציא ממנו מ"מ ל"ה ברי היזקו משעת דבורו של הדיין וגם נתינת הבע"ד מעולם לא ברי הזיקו אבל בטעה בשיקול הדעת דמיד בדבורו חייבו ליתן וזה חייב לקיים פסק דין דהב"ד יכוף אותו כ"ז דלא נודע שטעה בשקה"ד א"כ מזיקו במה שהכריח אותו לשלם ע"י דבורו שחייבו ונשלם ההיזק מן מה שחייבו כשמשלם ואז ברי היזקו דשוב א"י ב"ד להוציא ממנו ונגמר ההיזק דקם דינא בזה חייב מצד דינא דגרמי וכן מבואר מדברי רמ"ה בסנהדרין לחלק בזה וכ"כ הנתיבות (ס"ק ט"ו) ליישב דברי הש"ך. וכן נראה מדברי רמב"ן בדד"ג דכתב בשיסה בו נחש דפטור דהוא לא גרם ההיזק דאינו רק כנותן עצה רעה וכתב ואע"ג דמראה דינר לשולחני ונמצא רע חייב ואינו אלא עצה שהשיאהו לקבלו וכיון דאי שפירא הוא אית ליה לקבולי מחבריה חיובו חייבו האי שולחני לקבולי ודמי לדן את הדין שאעפ"י שלא כפאו כיון שאמר לו חייב אתה ליתן חייב דממונא שקל מיניה בדבוריה כיון שחייבו בכך עכ"ל והא ודאי כשחוזר אחר כך השולחני או שבא אחר ומברר שהוא רע א"ח

לקבלו ול"ש בזה לומר קם דינא א"כ עדיין לא נגמר ההיזק עד שקבלו ואמאי חייב בשלמא בדיין מיד שפסק הדין לחייבו יצא חייב וקם דינא ונגמר ההיזק משא"כ במראה דינר א"ו דסובר דגם בדיין ל"א קם דינא עד דמשלם וקודם ששילם הדר דינא ואעפ"כ כששילם נגמר ההיזק למפרע מדבורו שפסק לחייבו ה"נ במראה דינר לשולחני ואף דשם לא נגמר דלעולם כשיתברר שלא טוב חייב אידך להחליפו כבר כ' הרמ"ה דהוא באופן דלא מצי הדר עליה דמריה דא"ל אייתי ראיה דהאי דינרא הוא דיהבי לך משא"כ בטעה בד"מ דמצי הדר גם אח"כ לא אפסדיה איהו. ובטעה בשקה"ד דומה למראה דינר ועדיף מיניה דנ"מ תו הדר ואפסידו בדיבורו ונשלם ההיזק כששילם. ולעיל מיניה כתב הרמב"ן וז"ל כלל גדול כל הגורם ומחמת גרמתו בא היזק או שהוא עתיד לבא כגון זה חייב ר"מ ונקרא בגמרא ברי הזיקא לפיכך דן את הדין לדברי האומר אין מחזירין חייב דמעידנא דאמר איש פלוני אתה חייב ונתחייב לשלם ממון ועל פיו שילם מהאי שעתא הוא דגרם נזק ואעפ"י שאח"כ הוא משלם כיון שהדיין חייבו לשלם ממון וע"כ משלם הדיין הוא הגורם משעה שחייבו וכן במחיצת הכרם שבשעה שנתיאש ממנה גרם לזה נזק שהרי הגפנים גדלין והולכין כו' וכ"ד שאינו תלוי בדעת אחרים אלא על כרחנו יבא היזק מחמת גרמתו של זה ברי הזיקא חשבינן ליה עכ"ל ובודאי אין כוונת הרמב"ן לומר ונתחייב לשלם ממון דמיד נגמר החיוב ונאמר קם דינא אף להוציא כדעת הטור דזה לא ניתן להאמר ממה דמדמה מראה דינר לשולחני לדיין שטעה כנ"ל וגם הא כ' ועל פיו שלם כיון שהדיין חייבו וע"כ משלם הדיין הוא הגורם משעה שחייבו ומדמה למחיצות הכרם שנפרצה הרי אף דלא נגמר ההיזק עד דמשלם מ"מ כיון שבהכרח עושה הוי ברי הזיקו מדבורו של דיין. ובשער משפט (ס"ק ז') הוכיח מדברי רמב"ן הנז' כדעת הטור דקם דינא אף להוציא ממון דאל"כ לא מקרי ברי הזיק' ודבריו לא נראין לכל מעיין בצדק בדברי רמב"ן ואדרבא דעת רמב"ן מבואר כרמ"ה דל"א קם דינא להוציא ומ"מ בטעה בשקה"ד הוי ברי הזיקא משעה שאמר חייב אתה אם שילם אח"כ דהא חייב לקיים הפ"ד וכמבואר:

ומה שכתב שם להוכיח מדברי תוס' ב"ב (דף ל"ב) דלא כשיטת רמ"ה דכתב בפלוגתא דאמוראי בקרקע אף שהוא מוחזק בה אוקמינן הקרקע בחזקת מר"ק א"כ בדיין שטעה בשיקול הדע' והחזיק להתובע בקרקע נימא דיחזור הדין דהראשון חשיב מוחזק דהא אף בפלוגתא דאמוראי מוקמינן בחזקת מר"ק כ"ש היכא דסוגיי' דעלמא כאידך ובכתובות (דף ק') בהא דב"ד שמכרו שלא בהכרזה מבואר דאי הוי הטעות בשקה"ד היה הדין קיים ואמאי הא הוי להוציא א"ו דאף להוציא קם דינא. אינו ראיה כלל דודאי פלוגתא

דאמוראי כיון דהוי ספק בדין מוקמינן לקרקע בחזקת מר"ק כיון דלא הכריע הדין עפ"י דיין משא"כ בטעה בשקה"ד אף דסוגיא דעלמא אזלי כאידך מ"מ כיון שנפסק עפ"י הדיין קם דינא לחלוטין ולצמיתות כאשר נעשה מעשה עפ"י לחייבו ושילם ונגמר הפסק לא מהדרינן עובדא הואיל דפסק כתורה להכריע אף דנעלם ממנו דסוגיא דעלמא כאידך מ"מ שם פסק ב"ד ע"ז ותקנות חכמים דקם דינא לגמרי ולכך אף בקרקע מהני הפסק להיות קם דינא כיון דנעשה עפ"י ב"ד ובודאי הבירור הא דקם הדין בטעה בשקה"ד הוא בבירור ול"מ תפיסת הבע"ד אח"כ דל"ש לומר עביד אינש דינא לנפשיה כיון דהב"ד א"י לדון ולהוציא אף דבנידון זה במ"א דנין הב"ד אף להוציא משום דסוגין דעלמא אזלי כאידך ומטעם זה הדיין חייב לשלם ואף אם הוא ספק מהני תפיסת הבע"ד מ"מ בזה דנעשה עפ"י ב"ד קם דינא לגמרי לחלוטין ול"מ תפיסתו כיון דנפסק הדין עפ"י ב"ד ושלם לו וזה דלא כמו שכתב השער משפט שם סוף ס"ק הנז' ועיימ"ש לעיל (סי' ד') בדבר שהוא מחלוקת הפוסקי' ותפס אידך אם מהני אח"כ תפיסת המוחזק מעיקרא בהחזרה: **וראיתי** בש"מ סוף ספר חמרא וחיי משם המאירי שכתב וז"ל עוד נראה לומר שבקרקע אין לומר בו נו"נ ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו אלא אפילו הוציא השדה מתחת ידו של זה והחזיק בו את זה הדין חוזר לעולם שהקרקע אינה נגזלת וברשות בעליה עומדת עכ"ל ולכאורה אינו מובן הא לדעת הרי"ף הטעם דהדין חוזר הוא משום פסידא דבע"ד ובנו"נ ביד דהדיין חייב לשלם לכך קם דינא והמאירי אזל שם בשיטת הרי"ף ולמה לא שייך לומר בקרקע גם כן מה שעשה עשוי וישלם מביתו אף דקרקע אינה נגזלת וברשות בעליה עומדת מ"מ היכא דאינו יכול להוציא בדייני' לא גרע מהגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר כמבואר ב"ק (דף קי"ו) וה"נ דכוותיה כיון דהדין הוא דקם דינא ולא יהדר הקרקע שפיר כשנו"נ ביד יתחייב הדיין לשלם וכיון דיתחייב לשלם שוב מהראוי לומר קם דינא ובפרט אם נאמר דקם דינא הוא מדרבנן או מטעם קנס כמו"ש מהרי"ט חאה"ט (סי' י"א) ויבואר לקמן א"כ כיון דנו"נ ביד וליכא פסידא דבע"ד שהדיין יתחייב לשלם מהראוי לומר אף בקרקע דקם דינא ומה שעשה עשוי וישלם מביתו כיון דא"י להוציא בדיינים לא גרע מאם נטלו מסיקין ועיין קצוה"ח ובמשובב דעיקר הסיבה מה דקם דינא הוא כשנו"נ ביד רק משום פסידא דבע"ד הכריחו לבטל הדין והיכא דחייב לשלם קם דינא א"כ מה לי קרקע מה לי מטלטלין ואולי י"ל דהא שם פריך בירושלמי והלא אמרו קרקע אינה נגזלת ולמה אמרו חייב להעמיד לו שדה ומשני קנס קנסוהו וקנס זה הוא דוקא היכא דנתכוין לגזול אבל בדיין דעשה בשוגג ואף דחייב כשנו"נ ביד או מטעם מזיק או מטעם גזלן בשוגג

היינו כיון דעכ"פ הוציא מרשות הבעלים כשנמסר להבעל דינו וזכה בו והפקיע מרשות הבעלים לכך חייבו לשלם אם נאמר קם דינא מה שאין כן בקרקע אף דנו"ן ביד מ"מ אם הדין הוא להיפך לעולם ברשות בעליה עומדת ולא יצא מרשות הבעלים כלל לא קנסינן ליה לדיין לומר קם דינא ושיצטרך לשלם כיון דא"י להוציא בדיינין מן הבע"ד דיכול לומר לו הרי שלך לפניך כיון דאם הדין הוא להיפך כמו דסוגיא דעלמא אזלי כאידך לא עשה מאומה במה שנו"ן ביד ואין לו לבעל דינו קנין יהיה עיקר הפסק עכשיו במה שנאמר קם דינא לא נוכל לחייב להדיין לשלם משא"כ במטלטלין דאף אם לא נאמר קם דינא מ"מ כשנו"ן ביד וזיכהו לבעל דינו הוציא מרשותו דבעלים ואף בבא בטעות בלא נודע לרשות אחרים הכריע הקצוה"ח (סי' שנ"ד) דאע"ג דציית דינא מ"מ הוי אינו ברשותו ומכ"ש בזה שהזיקו לבע"ד ונמצא בידו דהוציא מרשותו, ואף דאני הבאתי בספרי ח"ר דיני פסח (סי' כ"ה) תלתא אבירי הרועים השא"ר והצל"ח והמקו"ח דלא ס"ל כן וכתבתי שם להשיב על ראיות הקצוה"ח מ"מ היכא דהדיין זיכה לו בדין הוציאו מרשות הבעלים ולכך אמרינן קם דינא וחייב הדיין לשלם כשנו"ן ביד לכ"ע משא"כ בקרקע כיון דהדין הוא להיפך ממה שפסק בחזקת בעלים עומדת ונגמר ההיזק רק במה שנאמר קם דינא לכן לא מה שעשה עשוי וישלם מביתו לדעת המאירי אולם ראיות השער משפט מש"ס כתובות הנ"ל ודברי רש"י שם דכתב ואין אומרין מה שעשה עשוי וישלם מביתו אלא הדרי זביני נכון הוא דמשמע דבטעו בשקה"ד אף בקרקע קם דינא וחייב לשלם ודוחק לומר דרש"י כ' כן דסובר אף בלא נו"ן ביד קם דינא וחייב לשלם והוי כמזיק דחייב מצד גרמי וכדעת הרא"ש והטור ולכך אין חילוק בין קרקע למטלטלין אבל לדעת הרי"ף דרק בנו"ן ביד חייב לשלם ואז קם דינא בזה ס"ל להמאירי לחלק בין קרקע למטלטלין וצ"ע לדינא:

הדרן למה שרצינו לבאר דאף אם ל"א קם דינא להוציא מ"מ כששילם נגמר ההיזק למפרע והוי ברי הזיקא וחייב לשלם מצד גרמי ועיימ"ש הש"ך (ס"ק כ"ו) בדעת הרמב"ן דבשקה"ד כיון דצריך שיחזיר הדיין כ"ז דל"ש חזרה חייב לשלם עיי"ש. ולפי"ז לא אדע מה השגגה שכתב התומים על הח"צ שיצא לדון ליישב דברי הרמ"א יו"ד (סי' רמ"ב) שפסק באו"ה בטעה המורה בשקה"ד יכול החכם השני להחזירו מהוראתו ובח"מ פסק כר"ש דלעולם קם דינא אפילו אם לא נו"ן ביד מה שעשה עשוי ואף הגדול אינו מחזיר וכתב הח"צ דמ"מ מעשה בעי אף אם לא נו"ן ביד דאינו חוזר מ"מ כ"ז דל"ן מעשה אינו חוזר וזה דקדוק מלת מה שעשה עשוי דנעש' מעשה עפ"י הוא דאינו מוציאין מן המוחזק אבל בדיבורו בעלמא הרשות בידו לחזור וכמו שכתב הש"ך לדעת הרא"ש והשיג עליו

התומים דהא אמרינן דר"ע אמר לר"ט תרתי חדא דטועה בד"מ את ועוד דאפילו בשקה"ד מומחה את מבואר דאלולי דהי' מומחה היה חייב ואם נאמר דמעשה בעינן פטור כיון דאלו הוי קמן הוי הדר דמ"ש מטועה בד"מ ולהנ"ל א"ש דבריו דמ"מ כיון דע"י מעשה קם דינא למפרע הוי ברי הזיקו ואינו דומה לטועה בד"מ דלא הוי שם הוראה כלל דלעולם לא יתקיים הדין ואף דאמר לו דטריפה הוא ואינו רשאי לקיימו בביתו מפני התקנה ואם אין לו מקום למכרו לנכרי אינו עומד רק להשליכו לכלבים מ"מ לא מקרי ברי הזיקו דאם ישאל לאחרים יתבטל הוראתו מכל וכל ואף לאחר שנעשה מעשה יהדר הדין משא"כ בטועה בשקה"ד אף כ"ז של"נ מעשה הדר דינא היינו שיחזור הדין ויתבטל מ"מ כשנעשה מעשה נגמר הדין למפרע ודומה שפיר למפגל כמו שכ' תוס' ורא"ש דבקם דינא חייב. אולם כ"ז אליבא דר"מ דדן דינא דגרמי אבל לרבנן דלא דנו דינא דגרמי כנראה דלא יתכנו דברי הח"צ לומר דלר"נ ולר"ש בעינן שיעשה מעשה עפ"י ואז קם דינא דא"כ ל"ה רק כגורם הואיל דכשל"נ מעשה הדר דינא ויש ליישב גם זה בדוחק:

ובנתיבות כ' ליישב דברי הח"צ דדברי ר"י ור"נ ור"ש בסנהדרין מיירי קודם שנעשה מעשה דר"י ס"ל דדוקא אינו מומחה וקבלו א"י לחזור בו קודם שנעשה מעשה דא"י לדון רק מצד קבלתו אבל מומחה יכול לחזור ולדון שנית ור"נ ס"ל דוקא גדול ממנו מחזירו ור"ש ס"ל דאפילו גדול אינו מחזיר בש"ה אף קודם שנעשה מעשה אבל כשנעשה מעשה ס"ל להראב"ד מסברא דכ"ע מודים דאין הגדול מחזיר דאין מוציאין מיד המוחזק ושם ביו"ד פוסק רמ"א דקודם שנעשה מעשה יכול לחזור ובח"מ דפוסק דא"י לחזור אפילו יש גדול מיירי שכבר הוציא וקושית הש"ס מר"ט ור"ע הוא אליבא דר"ש דס"ל אף קודם שנעשה מעשה אפי' גדול אינו מחזיר אלמא בדיבור קם דינא והה"ד באו"ה. ויש להעיר בדבריו הא במתניתין דסנהדרין קתני דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה ועלה אמר ר"נ דאיירי ביש גדול הרי אף דכבר נעשה מעשה כמו לזכות החייב דכבר הוא מוחזק ואף עפ"כ לר"נ ביש גדול מחזירין לחייב אותו ולהוציא ממון ודברי הנתיבות אינם מובנים כלל להמעיין היטב:

ובגוף דברי הרמ"א הנז' העלה בתומים ע"נ דאף הראב"ד מודה היכא דחוזר בו החכם הראשון ובכה"ג איירי ביו"ד וכן כתב באמת הרדב"ז (ח"ג סי' תס"ו) דכיון שהודה בדבר הוי כטועה בדבר משנה ולא שויה חתיכא דאיסורא ואפילו הוא עצמו האוסר יכול לאכול ממנה ואעפ"י שהר"ן ז"ל כתב לפי שיטתו דטעמ' הוא משום כבודו של הראשון מ"מ דינו אמת אפילו מטעמן של הראשונים עכ"ד וכ"כ התשב"ץ בס' יבין שמועה שמ"ש הר"ן ז"ל שאם שמע הראשון טענותיו של אחרון וחזר בו אני אומר כי גם הראשונים

ז"ל יודו בזה שכיון שהכיר האוסר שטעה באיסורו א"כ ל"ה הוראה כלל ולא שויא ח"ד דומה למי שאוסר דבר שהצדוקין מודים בו שהוא מותר שאינו הוראה כלל מעיקרא וליכא מ"ד שא"י לחזור בו הוא עצמו אפילו לא נשאל לאחר ודבר זה אינו צריך לפנים שהאוסר דבר ואח"כ ראה שבטעות אסרו חוזר בו ומתירו ול"א שויא ח"ד אלא כשיש מי שעומד באיסורו והדבר תלוי בשה"ד עיי"ש וכ"כ בתשב"ץ (סי' ס"ו) ובאמת אם נאמר דדעת ראב"ד כסברת אותו הגדול המובא בתמים דעים דהדיין דחייב לשלם רק כשהודה שטעה בשקה"ד ל"ק עפי"ז קושית הר"ן כלל אולם ודאי הר"ן דהקשה וכן התשב"ץ דלא איפרק בזה קושית הר"ן סוברים דאף אם א"ח הדיין מדבריו ראשונים ג"כ חייב לשלם לכך הקשה למה צריך לאוקמי בטימא את הטהור דאגע בהו שרץ. והתשב"ץ שם כתב ליישב קושית הר"ן דהא דאוקי באגע בהו שרץ לאו משו' דמה שעשה עשוי דודאי אין מחזירין דהא שוי' ח"ד אלא משום ומשלם מביתו דאל"כ לא מקרי מזיק כיון שלא נו"נ ביד והוא כעין תירוצו של הש"ך אבל כבר השיגו ע"ז חדא דמנ"ל לאוקמי דלא כר"מ דדן דיני דגרמי ועוד מה הוסיף במה דאגע בהו שרץ כיון דבלא"ה כבר שויא ח"ד ובנתיבות כתב דאיירי דאגע בהו שרץ תוכד"ד דעדיין היה יכול לחזור מן הוראתו ויש לגמגם גם בזה דמ"מ אח"כ כיון דלא חזר נעשה למפרע ח"ד ע"י דבורו ואם לא יתחייב עפ"י דבורו אמאי יהיה חייב במה דאגע בהו שרץ וקצת י"ל דכיון דהוא עצמו יכול לחזור בו אף דקם דינא מ"מ באיסור כיון דמהני חזרתו לא ברי הזיקא לכך חוקי דאגע בהו שרץ גם י"ל כיון דהוי היזק שאינו ניכר מוקמינן דאגע בהו שרץ. ועיין בש"ך (ס"ק י"ד אות י"ג וי"ד) דכתב דכיון דבאיסור גדול יכול להחזיר אמרינן אילו הוי קמן הדר לכך אף באין גדול פטור מלשלם וקשה הא כיון דליתא קמן דתהדר בשקה"ד ממילא קם דינא וחייב וכמ"ש הוא בעצמו כמה פעמים ויש ליישב:

ובספר קונטרס הגאון רח"י ז"ל ראיתי שכתב ליישב דברי רמ"א דבח"מ בדינא ממונות הביא דברי החולקים ופוסקים כר"ש לתועלת המוחזק וביו"ד לענין הוראה לא חש להביא דעת הראב"ד ורשב"א משום דאינהו לא ס"ל כהרי"ף לפסוק כר"ח אבל לר"ח מודו דאפילו באו"ה כ"ז דלא נו"נ ביד הדר דינא וכיון דהא דאסרינן לכ"ע מטעם שויא ח"ד מידי דרבנן הוא נקטינן כר"ח דבשל סופרים הלך אחר המיקל אלו דבריו וכנראה סובר הא דבד"מ הביא הרמ"א דעת החולקים ופוסקים כר"ש אם הוא לתועלת המוחזק דלא נוכל להוציא ממון מיד זה שזיכהו הדיין ומ"מ הדיין חייב לשלם כיון דעכ"פ קם דינא ואין יכול הדיין לומר דלמא הלכה כר"ח דבלא נו"נ ביד הדר דינא דמ"מ כיון דמצד הספק לא נוכל למיהדר הדין וקם דינא חייב הדיין לשלם דסוף סוף נעשה ההיזק ע"י

פסקו כן נראה דעת הגאון רח"י ז"ל וכ"כ בשער משפט ליישב דברי רמ"א. ודין זה צריך עיונא רבה דראיתי בכמה גדולי מחברים מגאוני וגדולי ספרדים ז"ל דס"ל להיפך דהיכא דהפסידו מספק א"ח לשלם דיכול לומר דהלה חייב לך. דהם דנו במוכר שטר חוב לחבירו וכתב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דפליגי בהו הפוסקים אם מהני מחילת המוכר להלוה והדין הוא אם מחל המוכר דיכול הלוה לומר קים לי דמהני מחילת המוכר להלוה ומ"מ דנו דגם המוכר פטור מלשלם דיכול לומר קים לי דלא מהני מחיל' כהנך פוסקים והלוה חייב לך לשלם עיין תשובת כהונת עולם (סי' פ"ג) דהעלה דתליא במחלוקת התה"ד המובא ברמ"א (סי' ש"ו) ובסמ"ע וש"ך שם אם הטבח עשה ספק טריפה דמ"מ אין מוציאין ממון ממנו ויש שכתבו לחלק דדוקא בשומר חייב על הספק ג"כ וגם י"ל דשם אינו מכוין להזיק לכך פטור אבל במכוין להזיק אף שאינו רק ספק מ"מ לגבי הניזק הוי היזק ברור שאבד ממונו בודאי י"ל שחייב גם בספק דדין ועיין בס' שני המאורות הגדולים סוף הספר (סי' פ"ד) ובחק"ל ח"מ (סי' ב'). שוב נדפס הגהות על ח"מ מרבינו הגדול מרן עק"א ז"ל וראיתי לו (סי' קכ"ו) שכתב על מה שהעלה הש"ך שם (ס"ק ו') במעמד ג' וחזר ומחל דהוי ספיקא דדינא ויכול המוחזק לומר קים לי וכתב הגר"ע ז"ל בפשיטות דלפי זה יכול לחזור על המומחה לשלם לו מדיני דגרמי ואין המומחה יכול לומר קים לי דהמחילה ל"מ דמ"מ כיון דהדין דמספק א"צ לשלם ממילא הוי מזיק בודאי עכ"ד וחידוש הוא דכתב כן בפשיטות ועיניו הטהורים היו משוטטת בכל ספרי תשובות ולא הביא דבריהם בנידון כזה דגדולי עולם מספקי להו אם חייב לשלם בכה"ג:

ולכאורה היה נראה לי ראיה נכונה דהמוחל חייב לשלם בכי האי גוונא כיון דסוף סוף גרם לו שא"י לגבות מן הלוה דהא מבואר בב"ק (דף צ"ח) השורף שט"ח של חבירו למאן דדאין דינא דגרמי מגבי מיניה ממון מעליא ובמאמינו מה היה כתוב ביה ושם הוא למאן דסובר דבר הגול"מ כממון דמי ולדידן דעת רמב"ן דחייב מצד דינא דגרמי כמבואר בש"ך (סי' שפ"ו) ומה שהקשה על הרמב"ן כתבתי ע"נ ליישב בס' ד"ח דיני נ"מ (סי י"ב) עכ"פ מבואר אף דהמזיק לא הפסידו שום ממון כלפי שמים כי אף שנשרף השט"ח מ"מ הלוה חייב לשלם לו אם יודה ולא נפקע גוף החוב מהלוה רק כיון שהלוה הוא אלם ואינו רוצה לשלם גרם לו זה ההיזק במה שסילק ממנו ראיותיו שאינו יכול לכוף אותו בב"ד שישלם אבל החיוב נשאר במקומו ובכ"ז חשבינן ליה להשורף כמזיק כיון שגרם לו דאין בכחו להוציא ממנו בדין ק"ו אם מחל המוכר להלוה דחייב לשלם דלו יהא כלפי שמיא גלי' הדין דב"כ משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ל"מ המחילה ונשאר הלוה בחיובו

לשלם להלוקח מ"מ כיון שסילק ממנו ראיותיו וא"י לגבות מהלוה דיכול לומר קים לי דמהני מחילת המוכר והב"ד לא יכוף אותו לשלם דומה לשורף שטרותיו ועדיף מיניה דחייב לשלם:

ברם אחר הישוב יש לחלק משם לדעת ר"ת וסייעתו דטעמא דמוכר שט"ח לחבירו דמהני מחילת המוכר הוא מטעם דיש למוכר המלוה על הלוה שני שעבודים שעבוד הגוף ושעבוד נכסים והשעבוד הגוף ליתא במכירה דהוי דבר שאין בו ממש אלא שעבוד נכסים וכיון דמוחל השעבוד הגוף נפקע ממילא השעבוד נכסים. ולכאורה יש להתבונן א"כ אמאי המוכר המלוה חייב לשלם להלוקח מטעם גרמי הא לא עשה בידים ההיזק בגוף הדבר שמכר רק בשלו היינו השעבוד הגוף שאינו במכירה בזה עושה וממילא נפקע השעבוד נכסים ודומה קצת לזרק כלים מראש הגג והיה תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילק הכרים וכסתות אף דגרם דעי"ז נשברו הכלים מ"מ פטור כיון שלא עשה היזק בגוף הדבר וכאן נמי המוכר לא עשה שום דבר בגוף קנינו של הלוקח רק בשלו וממילא נפקע עי"ז השעבוד נכסי דאינון ערבין. ובזכרוני בילדותי כשלמדתי לפני אאמ"ו ז"ל הסביר לי לחלק הענינים ואמר שם לא היו הכלים עדיין מונחים על הכרים והכסתות אבל ודאי אם היו כבר נפלו הכלים על הכו"כ ובא אחד וסילק את הכו"כ ועי"ז נשברו הכלי' ודאי אף שלא נגע בהכלים מ"מ חייב דהוי מזיק ממש בכחו לכן במוחל שט"ח שמכר השעבוד הנכסים לחבירו הוי כנקשרים זב"ז דבלי שעבוד הגוף ליתא לשעבוד נכסי וקשורים ואחוזים זה בזה יחדיו ידבקו ובמחילת השעבוד הגוף הוי כמו שלוקח השעבוד הגוף מתחת השעבוד נכסי והוי כמו ששובר בידים השעבוד נכסי ולכך חייב לשלם. ולפי"ז זה דוקא בסתם שטר דבאמת במחילתו לבד נפקע השעבוד הגוף אבל באם כתב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כיון שהוא ספק אם מועיל המחילה יכול המוחל לומר קים לי דל"מ המחילה ולא נשבר השעבוד נכסי שלך וכדקאי קאי ואף שע"י מחילתי שמחלתי את השעבוד הגוף נמנע הלוה מלשלם דאומר קים לי להיפך דמהני המחילה מ"מ אני לא עשיתי מעשה כלל בשלך וא"ד לשורף שטר חוב שעכ"פ עשה מעשה בידים למנוע ממנו הראיה שהיה לו אבל כאן לא מחל רק השעבוד הגוף שלא מכר לו רק אם באמת בבירור מהני המחילה ממילא גם על השעבוד נכסי הוי כעשה מעשה בידים כיון דנקשר בכח השעבוד הגוף וע"י מחילתו של השעבוד הגוף נשבר גם השעבוד נכסי אבל היכא דיכול לומר קים לי דלא נפקע השעבוד נכסי יכול לומר דלא עשיתי בשלך כלום וזה נכון לקיים דברי גדולי המחברים הנז' בנידון הנז' דתליא בהטעם דמוכר שט"ח לחבירו דמהני מחילה. וזה א"ש לטעמא דר"ת אבל לשאר

טעמים י"ל דחייב לשלם דלא גרע משורף שט"ח של חבירו דודאי לא נפקע החוב ובכ"ז חייב לשלם וכמו"ש וכן בנידון דכתב רבינו ע"א ז"ל במעמד שלשתן שחזר ומחל דשם כנראה עיקר הטעם של הסוברים דמהני מחילה משום דהוי רק קנין דרבנן כיון דגרם לו ע"י מחילתו שא"י לתבוע ממנו הוי כשורף ראייתו ואף אם כלפי שמיא גליא דהדין הוא דל"מ המחילה מ"מ כיון דא"י לתבוע מבע"ד חייב לשלם. ולפי"ז בדיין שטעה אף דהוי סד"ד אם הדר דינא מ"מ כיון שאין מוציאין מיד המוחזק חייב הדיין לשלם וא"י לומר קים ליה דהדר דינא כיון דסוף סוף א"י לגבות וראיה משורף שט"ח של חבירו דחייב ואף דשם דעת הש"ך דפטור הוא מטעם אחר כמבואר בדבריו (סי' שפ"ו) משא"כ בזה דדנין דדג"ר בכה"ג:

[**וקצת** יש לומר ולדון הא דחייב לשלם בשורף שטרותיו של חבירו מטעם דינא דגרמי לשיטת תוס' ורא"ש וסייעתם הסוברים בדוחף מטבע ש"ח לים דפטור משום דלא עביד מעשה בגופו וכ"מ שגורם להפסיד ממון אחר א"ח לשלם והא דשורף שטרותיו ש"ח חייב לשלם משום דזה הוי כמזיק ממש ממון חבירו כמ"ש הרא"ש ב"ק ולא משום דגורם שעי"ז לא יגבה חובו דבזה לא עביד מעשה בממונו של חבירו ולא מתחייב רק עיקר הטעם דהשטר בעצם חשוב כממון למאן דדאין דינא דגרמי שראוי השטר למכור ולגבות בו וכמו שכתבו תוס' ב"ק (דף ע"א ע"ב) והוי מילי דמזדבני בדינרי א"כ י"ל דא"ח מטעם דאיבד לו ראייתו וא"כ בכתב בו משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך דהוי ספיקא דדינא אם מהני המחילה לכך כתבו דיכול לומר קים לי כהפוסקים דל"מ המחילה והשטר שת"י עדיין במקומו והוי מילי דמזבני בדינרי אולם מ"מ אף לסברא הזאת כיון דמי פתי יסור הנה ויקנה אחרי שעפ"י הדין אין בעל השטר יכול לגבות בו דהלוה יאמר קים לי דמהני מחילת המלוה ואף דהוי כהיזק שאינו ניכר חייב מ"מ גם גרמי בהיזק שא"נ חייב כמו"ש הרמב"ן ז"ל בדינ' דגרמי ולדעת הרי"ף והרמב"ם חייב בשורף שט"ח של חבירו מטעם גרמי שאינו יכול לגבות ממונו א"כ אף דמספיקא א"י לגבות מחבירו ודאי חייב דעדיף משורף ואי"ה יבואר עוד בזה במ"א]:

אך יש להעיר למ"ש למעלה בדברי רמב"ן והש"ך דאף דל"א קם דינא רק היכא שכבר שילם מ"מ כששילם קם דינא למפרע וברי הזיקא הוי כיון דחייבו הדיין לשלם א"כ זה א"ש אם אמרינן בודאי דקם דינא והיינו לשיטת הרא"ש אבל אם לא אמרינן קם דינא כדעת הרי"ף דפוסק כר"מ ואז אף אחר ששילם לא נתקיים הדין למפרע אף שאין אנו יכולין להוציא מידו של הבע"ד דיכול לומר קים לי כדעת הרא"ש מ"מ למה יתחייב הדיין לשלם ויאמר קים לי דהדר דינא כיון שלא נו"נ ביד וכיון שלא נתקיים הדין למפרע

אף דא"י להוציא ממנו ע"י גרמתו של הדיין שגרם לו לחייבו ועפ"י פסק דינו שילם נימא דל"ה רק כגרמא בעלמא וכנותן לו עצה רעה דדלמא אף אחר ששילם לא נתקיים הדין וכלפי שמיא גליא דפסקינן כר"ח וכשיטת האלפסי דלא פסקינן לגבי דיין דינא דגרמי: **עוד** יש להתבונן כיון דכנראה כל הענין מה דקם דינא הוא רק מדרבנן כמבואר מדברי הרא"ש וכמו שכתב הש"ך (סקכ"ט) והגאון מוהרח"י ז"ל וא"כ לדידן דמספקינן אם קיי"ל כר"ש דהתקנה היה אף בלא נו"ן ביד שיתקיים הדין והדיין יהיה חייב לשלם או כר"ח דכ"ז שלא נו"ן ביד הדר דינא נימא דהוי ספק בתקנה והכלל הוא בכ"מ דהוי ספק בתקנה אזלינן בתר דין התורה ואף אם הוא להוציא כמבואר במהרי"ט ועיין מח"א דיני גב"ח (סי' א') א"כ כאן נמי נימא דהדר דינא ולאוקמי אדין תורה כיון דסוגיא דעלמא אזלי כאידך. ואולי כיון דאף מה דסוגיא דעלמא אזלי כאידך לאו בירור גמור הוא מה"ת לכן ל"ש בזה לאוקמי אד"ת וגם בהכרח צריך לחלק בענין זה דספק בתקנה דמצינו כ"פ דמהני תפיסה בספק בתקנה כמו בספק אם משיכה קונה וכה"ג בספק' דש"ס בדיני אגב והדבר צריך גדר ויבואר במ"א אי"ה:

סימן לד

היכא דטעה הדיין בדין שהי' בו שני טעמים לפסוק כמו שפסק וטעם האחד הוא טעות בדבר משנה וטעם השני היה טעות בשיקול הדעת דסוגיא דעלמא דלא כוותיה הא ודאי אם ידע הדיין מפלוגתא זו רק דלא ידע דסוגיא דעלמא אזלי כאידך י"ל דקם דינא אף דטעה בד"מ חוזר מ"מ הפסק שלו היה עפ"י שני הטעמים. ואם הדיין לא ידע מן פלוגתא זו ולא דן מצד מחלוקה הזאת רק מטעם אחר ובטעמו שדן עפ"י זה טעה בד"מ חוזר דלעולם לא אמרינן קם דינא נגד סוגיא דעלמא רק כשידע מן הפלוגתא והכריע עפ"י דעתו לפסוק כאידך בזה אף דעפ"י סוגיא דעלמא מוציאין ממון מיד המוחזק ולא מצי למימר המוחזק אף מעיקרא קים לי נגד סוגיא דעלמא בכ"ז כיון שנפסק הדין בכח ד"ת בדין כאידך אין מוציאין מן המוחזק כיון שהכריע על פי פסקי כאידך אבל היכא דלא ידע כלל מן פלוגתא ולא ירד לדין זה להכריע רק דן להוציא ומאחר שבזה היה הטעות בד"מ לעולם חוזר וראיתי בס' שער משפט (ס"ק ו') דהניח דין זה בצ"ע ולענ"ד פשו' ומסתבר כמו שכתבתי:

וגדולה מזו מבואר ברדב"ז (ח"א סי' נ"ד) מובא בכנה"ג דאם באותו הדין היה ב' טעות אחד בד"מ ואחד בשקה"ד חוזר לפי שאין טעות בשקול הדעת כלום נגד טעות בד"מ. ועיינתי ברדב"ז ושם היה הנידון בשמעון שהי' לו שט"ח על ראובן וראובן מסר מודעה על חיוב השט"ח ודן הדיין להביא ראיות שהמודעה הוא קיים ואח"כ נסתפק לו הדין

מתוך שאלה א' של הרשב"א ומתוך כך העלה שיחלוקו שיפרע לו מחצה ויעכב מחצה והרדב"ז העלה דבדין שדן לומר דהמודע' קיים הי' הטעות בשה"ד ובמה שדן שיחלוקו היה הטעות בד"מ דהממע"ה וכתב דאם ראובן יטעון לא יחזור הדין ולא אשלם אלא מחצה והדיין ישלם מחצה שהרי טעה בשה"ד ושמעון יטעון לא אלא כיון שטעה בד"מ יחזור הדין ואגבה ממך כל חובי שהדיין אין לו מה לשלם וכ' דלכאורה הדין עם ראובן שיאמר כיון שהטעות היה עליו וכלום חוזר הדין אלא לתועלתי איני חפץ בזה התועלת אבל כד מעיינת בה שפיר תשכח דאין זו טענה דל"א כן אלא בדבר שהוא משום תקנתא יכול לומר אי אפשי בתקנות חכמים אבל הכא דינא הוא דהטועה בד"מ חוזר הלכך כיון דאיכא טעות בד"מ חוזר לעיקר הדין ותקנתו קלקלתו והכי מסתברא לי כיון דבמה שפסק יחלוקו באו שתי הטעות אחד לפי דבריו שנסתפק ואחד בשקה"ד במה שפטר לראובן במחצית חוב השטר אין טעות שקה"ד כלום לנגד הטעות בד"מ ולפיכך חוזר הדין עכ"ד הרי אף דהטעות היה על ב' דברים בזה דנסתפק לקיים המודעה ושיפטור שמעון היה בשקה"ד ובזה ראוי לומר קם דינא מ"מ כיון דטעה לומר יחלוקו ובזה כפי טעותו היה לו לפטור מכל וכל וטעה בדבר משנה מ"מ אין טעות בשקה"ד כלום נגד דבר משנה וחוזר הדין מכ"ש כשלא ידע כלל לדון מצד השקה"ד רק דן מצד אחר וטעה בד"מ דחוזר הדין מעיקרא:

הן אמת די"ל בנידון דרדב"ז למ"ש לעיל דלא נוכל לומר קם דינא לחצאין וה"נ דכוותי' דלא נוכל להוסיף עפ"י פסקו של הדיין במה שלא פסק היינו לקיים פסקו דנסתפק אם המודעה קיים ושיפטור מטעם זה מכל וכל דהא את זה לא פסק רק פסק דיחלוקו ובזה לא נוכל לקיים פסקו דהוא טעות בד"מ דהממע"ה ושיתקיים פסקו שישלם מחצה לא נוכל לעשות נגד ד"מ ושיפטור מכל וכל לא נוכל להוסיף על פסקו כיון דסוגיא דעלמא כאידך דהמודעה לא נתקיים לכך בהכרח חוזר הדין מעיקרא ונתבטל מכל וכל משא"כ בנידון הנז' דנוכל לקיים הדין כמו שפסק מצד שיקול הדעת י"ל דאמרינן קם דינא. אולם הא כנראה הרדב"ז לא אתי עלה מטעם זה רק טעות בשקה"ד לאו כלום נגד טעה בד"מ וה"נ דכוותיה ובפרט כיון דלא ידע כלל מן פלוגתא הזאת ולא דן בשקול הדעת רק מטעם אחר שהיה בזה טועה בד"מ מסתבר בפשיטות דחוזר ועיין ספר נדפס מחדש שו"ת נאות דשא מבעל לבושי שרד ז"ל (סי' קי"ב) שהעלה דהיכא דלא ידע מן המשנה ולא מסוגין דעלמא דקם דינא וי"ל דהיינו דעכ"פ ידע מן הפלוגתא רק דדן משני טעמי' בזה כיון שפסק גם עפ"י הדעת ההוא אף שטעה בד"מ ג"כ י"ל דקם דינא אבל היכא דלא ידע כלל לא מפלוגתא ולא מסוגין דעלמא אף שדן משני טעמים י"ל מצד הסברא דל"ש בזה קם

דינא כיון שטעה גם בדבר משנה ובשקה"ד לא נוכל לקיים דינא כיון דלא הכריע מצד הכרעתו במחלוקה הזאת ובגוף הדין הי' ג"כ טועה בדבר משנה נתבטל הדין לגמרי ולא נוכל לומר בזה קם דינא מה שפסק נגד דבר משנה:

ודע כנראה מדברי כל הפוסקים בטעות בדבר משנה דלעולם חוזר לא צריך שהדיינים בעצמן יחזרו מפסקם רק ממילא חוזר וכל ב"ד יכול להחזיר כי אין קיום לפסקם שהוא נגד דבר משנ' אף אם הב"ד שפסקו אינם חוזרים וכ"כ תוס' כתובות (דף נ' ע"ב) בהא דאמר ר"נ זילו אהדרו דהוא בעצמו היה יכול להחזיר הדין אלא שבעלי דינין ל"ה שומעין לו כמו לדיינין וכן מבואר בש"ס כתובות (דף פ"ד ע"ב) דון דייני כר"ע ואהדרי' רל"ק לעובד' מינייהו משמע דהוא בעצמו אהדרי'. אולם בש"מ ב"ק (דף י"ב) בהא דאמר ר"נ זילו אהדורו ואי לא מגבינא להו לאפדנייכו מנייכו כ' משם הר"י כ"ץ ז"ל דלכך לא אמר לבע"ח למיהדר ליתמי דהא דאמרינן טעה בד"מ חוזר צריך שיחזרו הדיינים ויאמרו טעינו וכל זמן שלא יחזרו בהם הדיינים לא יטרפו מבעלי דינים שיאמרו כדין דנינו וראיה מכאן דאמר להו ר"נ לדיינים ולבע"ח לא אמר ולא מידי משמע שצריך שיחזרו בהם הדיינים עכ"ד וזה דבר תימא דהא בכל הפוסקים מבואר דטועה בד"מ לאו שם פסק עליו ואין לו קיום ואף אם אין הדיינים חוזרים מה בכך כיון שידוע לכל שטעו ומש"ס דכתובות הנז' משמע דאהדרי ר"נ לעובדא ולא תלי בהחזרות הדיין. וראיתי שם בש"מ כתובות דכ' ואהדרי לעובדא מינייהו שחזר על הדיינין שיחזרו בהן ויוציאו מבע"ח מה שתפס עיי"ש משמע נמי דסובר שהדיינין צריכין בעצמן לחזור והדברים מתמיהי' וצ"ע:

סימן לה

שלשה הדיוטות וקבלו דעת הרא"ש דשוין הן למומחה וקבלו ופטורין לשלם אם טעו בשקה"ד והש"ך האריך להביא חולקים ע"ז והאחרונים ים התומים והבאים אחריו כ' לחלק דבסתם שבאו לפניהם לדון חייבין לשלם וכה"ג איירו הפוסקים שהביאם הש"ך וכל שקבלו בפירוש ואמרו אתם מקובלים עלינו פטורין דל"ש נעילת דלת דמה להם לקבלם בפי' ובתומים הקשה על הרא"ש דבג' הדיוטות כ' הטעם דפטורין בקבלה כיון דבלא קבלה נמי דייניהו דינא אהני קבלה למיפטרינהו ובמומחה כ' משום דמזלא דהאי גברא גרים ליה לכך פטור בקבלו ובלא קבלו משום דהגיס דעתו והנתיבות כ' דבמומחה אף שדן יחידי אין לו דין ב"ד לענין הודאה בפניו ושלא יחליף טענותיו אם לא שקיבלו עלייהו כמבואר (סי' ג') וכיון דבעינן הקבלה לענין זה ל"מ הקבלה למיפטר מש"ה הוצרך לטעם דאנוס ולא אדע כוונתו הא לעיל (סי' ג') מבואר בטור דדעת רא"ש דיחיד

מומחה דין ב"ד יש לו לכל דבר ועיימ"ש לעיל (סי' י"א) ומ"מ דעתם דסתם קבלה ל"מ למיפטרינהו ובעינן קבלה בפירוש:

וראיתי בשער משפט שיצא לדון בדבר חדש דהיכא דיש ב"ד אחר המכירים את טעותם דחוזרים הדיינים לתבוע מבע"ד להחזיר להם דאף דהדין קיים נגד הבע"ד ואף הגדול אינו מחזיר דיכולין הבע"ד לומר אין לנו אלא מה שפסקו הם וחזרתם אינו חזרה וכיון שהוא מוחזק א"י להוציא ממנו מ"מ הדיינים יכולין לתבוע להבע"ד לפני ב"ד אחר ולומר אף דתפיסתך מהני נגד הבע"ד מ"מ כיון שאנחנו צריכין לחזור ולשלם מן הדין אין אתה יכול להזיק אותנו ודומה להא (דסי' נ"ח) ברמ"א באם השליח חייב לפרוע להמשלח לא יכול המלוה לעכב המעות בטענות סיטראי וכן א"י לתפוס מיד הנפקד אף דיש לו מיגו מ"מ כיון שהשליח או הנפקד חייבין לשלם הוי כתופס משלהם וה"נ דכוותיה ובכל טעות בשקה"ד ראוי לומר דחוזר הדין היכא דהדיין חייב לשלם דיאמר אין אתה יכול להזיק לי רק במומחה ולא קבלו או בג' הדיוטות בלא קבלונהו קם דינא מטעם קנס ושלא יחזרו על הבע"ד אבל בג' הדיוטות וקבלונהו כיון דחייבין לשלם שוב אף דקם דינא מצד הבעל דבר מ"מ מצד שלא יזיק לדיינים הדר דינא היינו דהדיינים יתבעו מבע"ד ונ"מ אם לית ליה להבע"ד להחזיר דחייבין הדיינין לשלם כיון דבעצם קם דינא רק באית ליה יכולין הדיינין לתבוע מהם לסלק מהם ההיזק והאריך בדבר זה לבאר דברי הרא"ש ודברי רב האי גאון עיי"ש:

ולענ"ד אינו דומה כלל להא (דסי' נ"ח) חדא דשם בתופס הפקדון מן הנפקד בא הוא עליו שלח מדעתו יכול לומר לו מה לך להזיקני כיון שאני אהיה חייב לשלם להמפקיד הרי את מציל ממונך בממוני וכן השליח אף שנתן לו מדעתו הכסף השלוח אליו מ"מ לא נתן לו רק על השטר כפי דברי המשלח והאמין לו ולא קבל ממנו מקודם השטר הוו כתופס אח"כ שלא מדעתו ורוצה להציל ממונו בממון של השליח שיתחייב לשלם משא"כ בדייני' שהם פסקו מדעתם ורצונם שחייב לו אף שטעו וחייבים לשלם מ"מ אין הבע"ד מחויב להחזיר כיון דנגד בעל דינו הוא המוחזק ועפ"י הדיינין נתן לו הממון על תביעותיו והוי כנתנו לו מרצונם אף שהם מודים שטעו וב"ד אחר ג"כ יפסוק שטעו וחייבין הדיינין לשלם יכול לומר הבע"ד מה איכפת לי בהיזקך אני איני מחויב להציל ממונך בממוני ואף שנתברר שבטעות התרצו הדיינים שישלם מ"מ כיון שנגד הבע"ד הוא המוחזק וקם דינא א"ח להשגיח על היזקן של הדיינין ועוד אף אם נאמר כיון שבטעות פסקו הוי כתופס מאליו מ"מ אינו חייב להציל הדיינים מהיזקן דהא נראה בפשיטות דאף להנך הסוברים (סי' נ"ח) דא"י לתפוס הפקדון מיד הנפקד שלא יגרום

היזק להנפקד הוא דוקא אם תופס למשכון על חובו אבל אם בא אחר ותופס מיד הנפקד בטענה שגוף החפץ הוא שלו ושהוא ביד המפקיד בגזילה בזה ודאי לא איכפת ליה להתופס מה שהנפקד יהיה חייב לשלם להמפקיד דא"ח להפסיד את שלו שלא יבא חבירו לידי היזק וכן כ' בפשיטות שם בספר קצוה"ח. ורק בתופס בעד חובו דמכאן ולהבא גובה. א"כ ה"נ בנידון דידן כיון דקם דינא ומה ששילם לו זה נתקיים הפס"ד נגד הבע"ד ואין מחזירין להוציא ממוחזק כיון דפסקו כאידך דחייב לו ושילם לו עפ"י פס"ד וזכה בו עפ"י דין הוי כטוען על גוף הדבר ואף שהדיינין יפסידו ע"ז שיהיו חייבים לשלם מ"מ אינו חייב להחזיר ולשלם לדיינין דא"ח להציל אותם מן ההיזק בממונו וא"ד כלל לשם דשם בא הוא בגבולו להפסיד לו במה שרוצה לגבות חובו אמרינן דאינו רשאי וחייב לסלק ההיזק אבל כאן זכה הוא בממונו מצד הפס"ד לא איכפת לי' בזה במה שהמה יהיו חייבין לשלם ודומה ממש לאם תפס החפץ בטענה שהוא שלו ועדיף מניה דשם עכ"פ גורם לו שיהיה השומר צריך לשלם וכאן הם גרמו לעצמן והבע"ד ששילם על פיהן וכיון דקם דינא אין לדיינים טענה עליו כנלע"ד:

והנה בג' הדיוטות ולא קבלו או יחיד מומחה מבואר בדברי הרא"ש דקם דינא מן הדין מדרבנן אבל באינו מומחה וקבלו כתב הרא"ש דל"מ הדיין לומר לבע"ד החזר מה שנתן לך כי טעיתי דחייבהו חכמים לשלם כיון שנשתדל לדון יחידי והוא אינו מומחה ואין הדין חוזר אפילו ע"י גדול וקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו וכתב הש"ך דמ"ש קנס הוא לאו דוקא רק מטעם גרמי שהוא מה"ד לדעת הרא"ש ונ"מ שאם מת שגם בנו אחריו חייב וכתב דאפשר לומר דכיון שרוצה לחזור ולא לגרום היזק וקנסוהו חכמים שיתקיים הדין ואח"כ דקנסוהו שיתקיים הדין חייב לשלם מה"ד ולא משום קנס ולפי"ז היכא דמית הדיין לא קנסו בנו אחריו ולכאורה דבריו מוקשים דהא הש"ך העלה בדעת הרא"ש דלא כטור דדעתו דקם דינא אף להוציא דלא כן הוא רק היכא דכבר שילם א"מ מידו וכדעת הרמ"ה וכן כתב הרא"ש כאן דל"מ למימר החזר מה שנתן לך ואייר דכבר שילם וא"כ מיד ששילם נגמר הדבר דקם דינא ונשלם ההיזק של הבע"ד ואף אם הוא מצד קנס מ"מ ל"ש לומר דלא קנסו בנו אחריו כשמת הדיין דהא כבר נתקיים הקנס שיהיה קם דינו בחייו ונתחייב לשלם מטעם גרמי. וראיתי בש"מ דתמה כן על הש"ך והביא דברי תוס' גיטין (דף מ"ד ע"ב) דבשטר שיש בו ריבית קונסין אף לבנו אחריו דכיון דקנסו זכה בו הלוה וה"נ כיון שקנסו שיתקיים הדין כבר זכה בו הבע"ד והדיין נתחייב מן הדין מצד גרמי. וי"ל דאכתי יש נ"מ אם שילם הבע"ד אחר שמת הדיין אם חייבין היורשין לשלם ונאמר דנתקיים הדין ולמפרע קם דינא דהא ע"כ צריך לומר אף דל"א קם דינא עד שישלם

ויהי' מוחזק ובכ"ז בטעות בשקה"ד ל"א אילו הוי קמן הוי הדר ול"א דאם לא שילם ל"ה ההיזק א"כ לא ברי היזקו ואמאי יתחייב הדיין וע"כ כמ"ש לעיל (סי' ל"ג) דכיון דחייב לשלם עפ"י פסק הדיין כששילם נגמר ההיזק למפרע כיון דאחר ששילם קם הדין וא"ד לטעה בד"מ והיינו דבטעה בשקה"ד מיתלי תלוי הפס"ד ומתחיל ההיזק מיד כשפסק שחייב לשלם ואם לא חזר בו עד ששילם מתחיל ההיזק למפרע וי"ל אף אם מת הדיין בטרם ששילם ואחר מותו של הדין שילם מ"מ כיון שנתקיים הדין חל ההיזק למפרע מפסק דינו ונתחייב למפרע לשלם ודומה קצת למ"ש הנ"י פ' כיצד הרגל גבי אשו משום חיצו דחיובו משום חיצו כשזרק החץ דמשעה שיצא הח"ץ מת"י באותו שעה נעשה הכל ול"ח מעשה דמכאן ולהבא דא"כ הו"ל למיפטרי דאנוס הוא וה"נ אם מת קודם שהספיק להדליק את הגדיש ודאי משלם ניזק מאחריות נכסיו וכמאן דאדליק מעיקר' עיי"ש הרי אף דאם אפשר לסלק האש בטרם שיבא אל הגדיש מ"מ כיון דאם לא יסלק ודאי ישרף וברי הזיקו חשבינן כמאן דאדליק מעיקרא ואף דבנתיים בטרם שנשרף מת חייב למפרע וה"נ דכוותי' כיון דחייבו לשלם כששילם נגמר ההיזק למפרע ואף אם מת הדיין בטרם ששילם נתחייב למפרע וזה אם נימא דמדינא דגרמי חייב וקנסו אף בנו אחריו אבל אם נאמר דהכל הוא מצד קנס כיון דרוצה לחזור י"ל דלא קנסו בנו אחריו אף שלא חזר בחייו מ"מ הא בחייו עדיין לא שילם ויאמרו אולי אם היה קיים היה רוצה לחזור ורק מטעם קנס אתינן עלה לא קנסו בנו אחריו. וי"ל דכוונת הש"ך הוא דמית הדיין בטרם ששילם בזה אם מצד קנס עיקר החיוב תשלומין הוא לא קנסו בנו אחריו אבל אם מצד הקנס הוא רק שיתקיים הדין ואחרי דקם דינא חייב לשלם מצד הדין בזה אף היורשים חייבין לשלם כיון דחל למפרע החיוב וכך העלה הש"ך דמן הדין הוא מה שחייב לשלם ולא מצד קנס שיתקיים הדין ואף בניו אחריו חייבים לשלם בזה מנכסי אביהן דחל החיוב למפרע. ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' י"א) דכתב בטעה בשקה"ד דקם דינא ומשלם מביתו דקנסא הוא דקנסו לדיין שאינו מומחה דקם דינא ומשלם מביתו מבואר דלומד בדעת הרא"ש דעיקר מה דקם דינא הוא מטעם קנס ולא מן הדין ודלא כש"ך:

סימן לו

אם קבלו עליהם בין לדין בין לטעות מבואר ברמ"א דפטורין לשלם וכתב בקצוה"ח דלפי דעת בעל המאור סו"פ החובל באומר קרע כסותי חייב לשלם כל שלא אמר והפטר הה"ד כאן חייב לשלם בקבלו בין לדין בין לטעות כל שלא אמר והפטר והקשה מש"ס ריש סנהדרין דפריך א"ה אמאי חייב לשלם ומשני דאמרי ליה דיינת לן ד"ת וסובר הש"ס דילן דסתם קבלה הוי ע"מ לדון ד"ת והירושלמי סובר דסתם קבלה הוי בין לדין בין לטעות עד

דמפרש ע"מ לדון ד"ת ולדברי בעה"מ אפילו אם נימא דהקבלה היה בין לדין בין לטעות יתחייב לשלם כל שלא אמר והפטר:

ונראה לחלק דלא דמי לאומר קרע כסותי דשם אין החיוב עליו למלאות רצונו ולשמוע אליו ואדרבה אם אינו לאיזה צורך טובר על בל תשחית והוי כמזיק בידים ואף שעושה ברצון הבעלים מ"מ זה ודאי אינו עושה למלאות רצון הבעלים ל"מ אם אינו לצורך שום תיקון ועובר על בל תשחית עכ"פ מדרבנן כמו שכתב הרמב"ם הלכות מלכים (פ"ט ה"י) כל העושה דרך השחתה א"כ ודאי י"ל דברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ול"נ לומר שעושה למלאות רצון הבעלים ורק לפי רצונו וחפץ לבבו עושה אלא אף היכא דאינו עובר על בל תשחית מ"מ כיון שאינו עושה לצורך מצוה וא"ח לשמוע אליו הוי כעושה אדעתא דנפשו ולכך כל שלא אמר והפטר סובר הבעה"מ דחייב לשלם דפטומי מילי בעלמא אמר לי' וזה דינו כמזיק ממונו של חבירו ברצון נפשו משא"כ דיין העושה רצון בעלי דינים שקבלהו עליהן שידון דינן בין לדין בין לטעות בזה פטור כיון דאינו עושה למלאות חפצו ורצונו רק חפץ ורצון הבעלי דברים בזה אף שלא אמרו והפטר פטור ול"ש לומר בזה דלפטומי מילי אמרו כיון שזה לא רצה להכנס א"ע בתגר הלזה ולהיות דיין ביניהם עד שקבלו עליהן בין לדין בין לטעות ובזה חייב לדון ביניהם ועשו פעולתן ולא בכוונה להזיק בזה ודאי אף שלא אמרו והפטר פטורין מלשלם וז"פ. ועיין מל"מ (ר"פ ט"ז) ממלוה דחקר שם באומר המלוה לשליח שימחול החוב ללוה דמהני המחילה דשליח של אדם כמותו אם חייב השליח לשלם אי מדמינן ליה לאומר קרע כסותי דלדעת רז"ה חייב כ"ז שלא אמר והפטר אף דלא אתי לידו בתורת שמירה ודן לפטרו דא"ד לנזקין דאין אדם מוחל על נזקיו אבל באומר מחול אפשר דאיזה טובה עשה הלוה עם המלוה עיי"ש ולמ"ש נראה דכל שלא עשה הזיקו בידים ונוכל לומר דירד לעשות שליחותו ורצונו של המצוה מודה הרז"ה דפטור ועיין מ"ש לעיל (סי' כ') בדינו של המל"מ הנ"ל די"ל דמחילה ל"מ ע"י שליח כמו דהפקר ל"מ ע"י שליח:

סימן לז

דעת הטור דקם דינא הוא אף בלא שילם עדיין וכבר השיגו עליו כולם דמדברי רא"ש משמע להיפך וגם אין סברא להוציא ממון וגם ממ"ש הרא"ש דר"י בר"י ל"ה טועה בשקה"ד ובכ"ז לא חייבו ר"ח להיורשים לשלם אידך פלגא וק"ו בטועה בשקה"ד עיין ש"ך ותומים (סקט"ו) והוא ביאור דברי הרא"ש דהא אם השני אומר סברא והראשון מודה לו כששמע הוי טועה בד"מ ואם אינו מודה לו אם סוגיא דעלמא כהשני ה"ז טועה בשקה"ד ובהא דפסק ר"י בר"י דאין אדם עשוי שלא להשביע את בניו זה דבר דתליא

בסברא ור"ח חידש סברא הזאת דכ"כ עשוי שלא להשביע את בניו ואם הי' ר"י בר"י מודה לר"ח היה טועה בד"מ ואם היה עומד בדעתו היה טועה בשקה"ד כי סוגיא דעלמא כר"ח וא"ש דאחר ששכב ריבר"י אתו לקמי דר"ח וכאשר חידש ר"ח דאדם עשוי שלא להשביע את בניו נולד ספק אולי אם היה ריבר"י חי הי' מודה לר"ח והיה הדין חוזר דהוי כטועה בד"מ או אם ל"ה מודה והיה עומד ע"ד וסברתו והיה כטועה בשקה"ד ולכך אי אפשר להוציא פלגא שנתנו שהוא מוחזק ואולי ל"ה מודה והיה קם דינא ופלגא דלא נתנו אין להוציא דאולי היה ריבר"י מודה והיה טועה בד"מ וחוזר והממע"ה עיין בדבריו: **ולי** קשה דהא ברי"ף סו"פ הכונס הביא דברי ירושלמי עובדא אחרת שהיה דן ריבר"י וכד שכב וסתר ר"ח דינו ושם היה הממון שדנו עליו ביד נפקד שהפקיד אריסיה דבר זיזא ואחר מיתת ב"ז ואריסיה דן ריבר"י לתת לבנוהי דב"ז והיורשים הגדולים לקחו מן הנפקד פלגא ופלגא נשאר ביד הנפקד בעד יתומים הקטנים ליתן להם כשיגדלו ואחר ששכב ריבר"י אתא עובדא לפני ר"ח ודן שיתן לבני אריסיה וא"ל מה שנתת עפ"י ב"ד נתת עיי"ש ושם ג"כ לא איתברר אם טעה ריבר"י בדבר משנה או בשקה"ד כי הנידון היה מילי דסברא אם אית בר"נש דלא מפרסם נפשיה דריבר"י דן מסבר' דמה דאית ליה לאריסיה דבר זיזא לבר זיזא הוא והפקדון היה של בר זיזא וירשו יורשיו ור"ח דן להחזיקו בחזקת האריס ואם נאמר דאם טועה בשקה"ד קם דינא אף להוציא רק כיון דהוי ספק אם היה ריבר"י חי דלמא היה מודה לר"ח והוי כטועה בד"מ וחוזר ולכך אין מוציאין מידו של המוחזק למה דן ר"ח לתת האידך פלגא לבנוהי דאריסיה. הא אין אחד מהן מוחזק ניהו דצריך לומר שהנפקד אף שדן ריבר"י דכשיגדלו הקטנים יורשי דב"ז יקחו פלגא שלהם מ"מ לא הוי כאלו כבר שילם הבע"ד ונתקיים הפסק דלא זכה הנפקד עבור הקטנים כיון שדן שהוא שלהם מצד שירשו מאביהן שזה הליטרא דדהבא שהפקיד אריסיה היה של בר זיזא וממילא ירשו לכן צוה שישאר ביד הנפקד חלקם ול"ה ע"ז הקטנים ירשי של בר זיזא מוחזקין ולכך הדר דינא. אבל מ"מ הא גם יורשי דאריסי' ל"ה מוחזקין דהנפקד תופס בחזקת של מי שהוא באמת ואם נאמר דבטועה בשקה"ד קם דינא אף להוציא אמאי פסק ר"ח להחזיר הדין בפלגא הזאת שנשאר ביד הנפקד אף דהוי ספק אם היה ריבר"י חי דלמא היה מודה לסברת ר"ח ואז הוי כטועה בד"מ וחוזר הדין מ"מ יש כמו כן ספק דלמא ל"ה מודה ואז לא היה כטועה בד"מ רק כטועה בשקה"ד והיה קם דינא אף ליתן האידך פלגא לירשי דבר זיזא לדעת הטור דקם דינא אף להוציא כ"ש בזה דל"ה להוציא כיון דמונח ביד הנפקד וא"כ אם נאמר דהוי ספק במציאות אם הנידון היה טעות בד"מ או בשקה"ד אמאי דן ר"ח לתת האידך פלגא ביד יורשי דאריסיה היה

לו לדון דיחלוקו. א"ו דאף בטועה בשקה"ד דקם דינא הוא רק מה שכבר נתקיים וגבה ומה דלא גבה הדר דינא. וכן ראיתי ברמ"ה מס' סנהדרין שהוא מקור הדברים שהביא הטור משמו להוכיח מעובדא דריבר"י מס' סנהדרין דבטועה בשקה"ד מה שנשאר בידו נשאר וחוזר הדין סיים והכי נמי מוכח בירושלמי מהמעשה דאריסיה דב"ז וכן דעתינו נוטה עכ"ל ומוכח דרק מה שגבה גבה בזה נתקיים הדין וקם דינא דלא למיהדר עובד' ומה דלא גבה אף שאינו ביד הבע"ד ומונח ביד אחרים ג"כ הדר דינא. ורק להוציא מיד המוחזק קם דינא בטועה בשקה"ד ודברי התומים צ"ע מעובדא הנז'. ובקצוה"ח (ס"ק ט') כ' בדעת הרי"ף דאף אם לא נו"נ ביד רק מקצת קם דינא בכולו אם הוא מוחזק שכבר הוציא ועובדא דר"ח ור"י אע"ג דקם דינא במקצתו ולא קם דינא בכולו הוא משום דלא הוציא ומצי המוחזק לומר כסוגיא דעלמא ולפנינו מבואר מן עובדא דאריסיה אף היכא דאינו מוחזק וקם דינא במקצתו ל"א דקם בכולו ועימ"ש לעיל (סי' ל"א):

ולדעת הטור ע"כ צריך לומר דמה דטועה בשקה"ד היינו שידע שיש פלוגתא בדבר והוא הטה דעתו לדון ולהכריע כצד הזה לחייב נגד סוגיא דעלמא ומסתמא הכריע בשיקול דעתו להוציא ממון נגד דיעה האחרת בזה יש שם פסק ב"ד שדן עפ"י התורה כי ידע חלק הסותר ובכ"ז דן לחייבו לכך קם דינא אבל בדבר דתליא בסברא שלא היה ולא נברא עוד דיעה החולקת כמו בהנך עובדא דריבר"י דלא למדו עוד הדין בביהמ"ד וריבר"י דן מסברתו דאין אדם עשוי לשקר בשעת מיתה ולומר שלא להשביע בניו ודן בסברתו לחייב ולא ידע אז משום דעת אחרת עד שבא הדין לפני ר"ח וכן בעובדא דאריסיה דב"ז בשני המעשים הללו לא הי' נודע אז הנדון כי לא נלמד עדיין בבהמ"ד בזה דנין רק שלא להוציא מיד המוחזק וגם שלא לקיים הדין לומר קם דינא כיון דלא ידע בשעת מעשה מדעת האחרת וכיון דאח"כ הסוגיא דעלמא נתברר שהוא כאידך במה שאינו מוחזק הדר הדין למיעבד כסוגיא דעלמא ואינו דומה לדברי הרא"ש שהביא התומים שפירוש אטו אנן קטלי קנא באגמי שאם חדשנו דבר מדעתנו שלא נמצא במשנה וגמרא ודיין שלא ידע דברנו ופסק בענין אחר וכששמע הדברים ישרו בעיניו הוי כטועה בד"מ וחוזר אבל הדיין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם שם הוא בסברא שכבר נשנה ונאמר בביהמ"ד והיה בעולם וכששמע ומסכים שפיר הוי טועה בד"מ אבל מה דלא נשמע עדיין בין החיים זה ל"ה כטועה בד"מ אף אם מודה וכן מבואר במבי"ט (סי' ס"ב) הבאתי לעיל דהיכא דחולקין רק בסברא במה שליכא ראיות אף אם הראשון מודה כששמע מגדולים מ"מ לא הוי כטעה בד"מ ואין הדין חוזר כלל אם כבר נעשה. אולם גם כטועה בשקה"ד גמור ל"ה שיתקיים הדין אף אם החזיק גם אח"כ בסברתו כיון דסוגיא דעלמא כאידך

והוא לא דן אז להכריע כיון שלא היה אז בעולם הדעת וסברא אחרת ולכך אין מוציאין אידך פלגא וגם לא מהדרינן עובדא משא"כ כשטעה בשקה"ד להכריע נגד סוגיא דעלמא בזה עדיף שיהיה קם דינא אף להוציא לדעת הטור:

סימן לח

כתב הרמ"א כשטעו ומשלמין אם הסכימו כל הדייני' יחד כולם משלמין ואם הוו הדיינים רק ג' והלכו אחר ב' שבהם הם משלמין ב' חלקים והחלק הג' מפסיד הבע"ד אבל אם היו ה' והלכו אחר הג' שהם הרוב צריכים לשלם הכל ודין הראשון מוכח מש"ס סנהדרין (דף ל') וכ"כ שם הרמ"ה והרא"ש והרב המאירי ז"ל בש"מ דכיון דאם ל"ה הג' בהדייהו ל"ה סליק דינא ומזה מוכח ג"כ דאם היה ה' ונגמר הדין ע"י ג' דבלאו הב' מהחמשה הוי סליק דינא חייבין הג' לשלם הכל. ובקצוה"ח עמד ע"ז כיון דקיי"ל כר"נ ב"ק (דף נ"ג) וטור (סי' ת"י) בשור שדחף חבירו לבור וכן אדם ושור שהזיקו יחד דהיכא דליכא לאישתלומי מהאי כשהוא פטור בנזקו משתלם מהאי וה"נ כיון דליכא לאשתלומי מהשלישי ראוי שהב' ישלמו בעד הג' ולהך לשנא דאמרינן שם דהאי פלגא הזיקא קעביד ובכ"ז חייב משום דתוראי בבורך אשכחתי' הכי נמי כל גמר ההיזק נעשה עפ"י ב' והג' אינו אלא כמו קול הכורה שם דאחר שנגמר הדין ביניהם לחייב אפי' נסתלק הג' יכולין הב' לגמור הדין וא"כ כל גמר ההיזק נמצא בהנך שנים וכ' דלא מצא ישוב לקושיא זו [ועיין ש"ך (סי' ח"י) דאחר שידעו היכן הדין נוטה ונגמר ביניהם יכולין הב' לגמור הדין א"כ דומה ממש להא דמבואר בש"ס דחייב משום דתוראי בבורך אשכחתיה ואף למ"ש התומים שם דאם סילק אחד מהם א"י לגמור הדין מ"מ עיקר ההיזק נגמר ע"י ועיין בקה"ס בקצוה"ח (כלל ו') שהביא משם הרב מוהר"מ חביב ז"ל בס' ג"פ דבג' דיינים המיעוט כמי שאינו דא"י לפסוק כסברתו נגד הרבי' והוא ז"ל משיג עליו דאפשר דזה לא נאמר אלא בב"ד הגדול אבל בשאר ב"ד יכול המיעוט להורות כפי סברתו. ובאמת כנראה אם זה הג' יושב אח"כ בב"ד אחר עם עוד ב' אחרים והסכימו לדעתו יכול להורות כן אף דנתבטל דעתו עפ"י הרוב בפעם הראשון רק כשיושב לדון עם השנים שדעתם להיפך נתבטל אז דעתו אבל מ"מ כיון דדעתו לזכות החייב רק אם סילק א"ע מהם א"י לומר הפ"ד דל"ה גמר עד שיאמרו איש פלוני חייב אבל מ"מ שייך הסברא דתוראי בבורך אשכחתי' ובפרט למ"ש תוס' שם משום שגמר היזק בבור ודומה כמי שעשאו כולו ה"נ עיקר וגמר ההיזק נעשה ע"י אלו הב' אף דצריך שישב עמהם השלישי מ"מ דעתי לא נתבטל מכל וכל רק בנידון זה]:

ובעיקר הקושיא ראיתי שכבר עמד ע"ז בתשובת מהרח"ש ז"ל חח"מ (סי' מ"ב) ושם חקר בב' עדים שהודו שהעידו בשקר דחייבין לשלם כשהפסידו לבע"ד ע"י אם אין לאחד לשלם דהו"ל כשנים שהזיקו ותליא במחלוקת הרמ"ה והטור (סי' ת"י) בב' שהזיקו אף דשניהם ב"ח דאם אחד אין לו לשלם משתלים מהאי לדעת הרמ"ה ולדעת הטור לא מתחייב מדר"נ אלא היכא שפטור מדינא ושוב כ' מהך דינא דג' שטעו דהביא הטור מבלי חולק דהבע"ד מפסיד וכן הוא באמת ברמ"ה סנהדרין הך דינא א"ו דל"א דינא דר"נ רק היכא דשייך לומר הוא עשה כל הנזק אבל בג' דיינים וב' עדים ע"כ האי פלגא ניזקא עביד א"ח לשלם רק חלקו עיי"ש. אולם כפי שהוכיח הקצוה"ח מדעת מהרש"ל וסמ"ע (סי' ת"י ס"ק נ"ז) דס"ל דאפילו היכא דלא עביד כל ההיזק בלא חבירו ג"כ שייך דינא דר"נ יקשה. והקצוה"ח (סי' ת"י) הביא דברי הרמב"ן דאע"ג דליכא למימר תוראי בבורך אשכחתי' ולא עביד רק פ"נ מ"מ בליכא לאשתלומי מהאי משלם מי שאפשר לשלם ממנו משום שאמר את גרמת לי אולם בשור שלמים ותודה שהזיק דא"ג בשר כנגד אימורין משום דבשר בלא אימורין אף פלגא נזקא לא עביד דאימורין מסייעו דבשר בלא אימורין לא מזיק ולכך בדיינים דאף פ"נ לא עבדו הב' בלא הג' פטורין מלשלם חלקו אולם לדעת רש"י ותוס' ב"ק (דף י"ג) דגובה מבשר נגד אימורין אף דליכא נזק כלל בלתי סיוע השני מ"מ אמרינן דינא דר"נ יקשה ובתומים (סי' כ"ט) כתב בב' עדים שהודה אחד מהם שהעידו בשקר והוציא ממון שלא כדין והב' אינו מודה אם מחויב זה שהודה לשלם הכל תליא במחלוקות הרמ"ה והטור (סי' ת"י) הנ"ל בשור שדחף שור לבור אם אחד אלם דלדעת רמ"ה גובה הכל מהב' ולדעת הטור פטור. וכל הרואה ישתומם א"כ למה בדיינים לכ"ע ואף הרמ"ה סובר דמפסיד הבע"ד חלק הג' וע"כ מטעם הנ"ל דאף פלגא דהזיקא ל"ה יכולין הב' לעשות בלא הג' ודומה לבשר ואימורין שהזיקו ה"נ עפ"י ב' עדים יקום דבר והאחד בלא השני לא היה יכול לעשות אף פלגא דהזיקא רק במטלטלין לחייב שבועה ולא להוציא ממון ודומה ממש לדיינים. ולכאורה י"ל כיון דבב' עדים קראו הכתוב עד דכל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים וגזה"כ שלא להוציא נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא כמבואר כתובות (דף כ"א) וברש"י שם דעפ"י שנים עדים בעינן חצי דבר עפ"י זה וחצי דבר עפ"י זה. וחשיב כ"א כאלו עביד פלגא הזיקא ואף דאי אפשר לעשות אף הפלגא בלא חבירו מ"מ שנים כאחד הן והיכא דליכא לאשתלומי מחד גובה מהשני כל הנזק אולם זה דוחק והתומים בעצמו לא ס"ל סברא הזאת יכל גדולי המחברים הנ"ל:

ולכאורה עלה ע"ד לומר דבאדם המזיק היכא דכל אחד א"י לעשות ההיזק בלי חבירו כל אחד חייב לשלם כל ההיזק אף לרבנן דר"נ ורק בממונו שהזיק כמו שורו ובורו דלגבייהו ל"ש דינא דגרמי כמבואר רמ"א (סי' שפ"ו) בזה באנו למחלוקת רבנן ור"נ אם היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אבל באדם המזיק ממש או היכא דחייב מדינא דגרמי כמו במעיד עדות שקר וכדומה היכא דנעשה ע"י שנים לכ"ע החיוב על כל אחד ואחד לשלם דמ"מ כל ההיזק נעשה בגרמתו של כל אחד ואחד וכ"א חייב בכל וגם אפשר דנעשין אחראין וערבאין זה לזה וכבר כתב בתשובת שבות יעקב (ח"א סי' קע"ח) לדון דשנים שגנבו ביחד וחלקו ביניהם ואחד מהם ברח או שאין לו לשלם דיכול הנגנב לתבוע הכל מהשני דדומה מכ"ש משנים שלוו עיי"ש ובמ"ש לעיל (סי' י"ב) בזה וה"נ בשנים שהזיקו במעשיהם י"ל דלכ"ע היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי דסוף סוף בא ההיזק בגרמתו אולם ז"א דהא הרמב"ן באמת כתב הטעם בשור ובור דאע"ג דפלגא נזקא עבד משתלם נזקו משלם ממי שאפשר לשלם ממנו משום שאמר את גרמת לי הרי דס"ל דזה טעמא דר"נ ובכ"ז אינו משתלם מבשר נגד אימורין הואיל דאי אפשר להבשר להזיק בלי אימורין וע"כ או דרמב"ן סובר דחייב אף על גרמי דבהמתו כמו שהביא שם הש"ך (ס"ק ה') דאף שורו שהדליק את האש ושרף שטרותיו של חבירו או מחקן דחייב ושאני גרמא דריחו דממילא איתא מהך דהכא מעשה שורו הוא או דכאן עדיף טפי דעושה מעשה בגוף הממון ומ"מ לא אתי לחיובו רק מדר"נ ובכ"ז לא משתלם מהבשר נגד אימורין. וכן נראה מדברי הרמ"ה בטור (סי' ת"י) דכ' והה"ד נמי בב' שמזיקין ושניהם ב"ח אלא שהאחד ברח או שהוא כאן ואין לו לשלם משתלם מן האחד והטור חולק ע"ז דרק היכא שפטור מדינא מחייב ר"נ כיון שהתורה פטרה אותה שעמו והוא עשה כל הנזק צריך לשלם ועיי"ש בפרישה ובסמ"ע (ס"ק נ"ז) דאיירי אף בשלא יכול לעשות ההיזק לבדו מ"מ משלם כולו ורק מדר"נ ובברח א"ח ומשמע אף בשני ב"א שהזיקו וכן שם בשור ואדם שדחפו לבור כל מה שפטורין השור והבור ובדמי ולדות דמשתלם הכל מהחייב כ' הב"י דהכל הוא משום דקיי"ל כר"נ כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי וכן מבואר מדברי רש"י ב"ק (דף נ"ג ע"ב) ד"ה לענין נזקין הרי אף באדם שהזיק כל שצריך לסיעות חבירו משתלם הוא רק מדר"נ הואיל שהמסייעו פטרה התורה וכן מבואר מדברי הגאון המובא בים של שלמה ב"ק (פ"ה סי' מ"א) דאם ישראל ונכרי הוי שותפין בעסקא ועשו סחורה עם ישראל אחר והונהו לישראל בהסחורה יותר משתות דינא הוא דמחייב בכל האונאה ואע"ג דליכא לאשתלומי מהגוי משתלם מישראל כר"נ והיש"ש שם תמה בזה דמ"ש מהעני או ברח

דלא משתלם מהאי הואיל דהשני חייב וגם הגוי חייב באונאה עיי"ש ושם איירי בסחורה של שניהם ואין אחד יכול למכור ולהזיק להקונה בלא סיעות חבירו והוי כשנים המזיקים ממש ובכ"ז לא אתי הגאון לחייב להישראל לשלם הכל רק מדר"נ וכ"כ בדיינים ועדים שהעידו בשקר לא מחייבין לאחד לשלם בעד חבירו ותליא רק במחלוקות רבנן ור"נ עכ"פ כיון בדיינים מבואר מהפוסקים והרמ"א דמפסיד הבע"ד חלק הג' דברי התומים מוקשים דכ' בע"א שהודה שהעידו בשקר והשני כופר ואינו מודה דלדעת רמ"ה משתלם מהך שהודה מ"ש מדיינים. וגם קושית הקצוה"ח לדעת רש"י ותוס' דגובה מבשר נגד האימורין יקשה למה בדיינים מפסיד הבע"ד:

וקצת יש לומר דכי דנינן דינא דר"נ הוא רק היכא דמזיק בידים או ממונו דאזיק כמו בשור ובור אבל היכא דלא אזיק בידים רק דמחייבינן מצד דינא דגרמי בזה לא אמרינן לדון דינא דר"נ ואף דמבואר בראשונים בב' שמסרו דחייבין מצד דינא דגרמי דדנין בהו ג"כ דינא דר"נ היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי היינו היכא דאפשר לעשות ההיזק גם ע"י אחד וכל אחד וא' עשה כל ההיזק ועיין רמ"א (סי' שפ"ח ס"ז) ובש"ך שם (ס"ק מ"ב) לכן כל אחד עביד כולא היזקא ודייניו ביה דינא דר"נ אף בגרמי משא"כ בדיינים שטעו דאי אפשר בשום פנים רק שיהי' בג' וצריך כ"א לסיעות חבירו אף בפלגא דהיזקא בזה ל"א דינא דר"נ ומצינו בכה"ג בתוס' ורא"ש ב"ק (דף נ') כשנפל השור לאחורי הבור מקול הכריה דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור ובעל הבור פטור אף בנפל מגובה חייב לשמואל א"כ למה לא יתחייב הבעל הבור משום דעשה רק חצי תקלה ויתחייב בכל מדר"נ דאינו חייב רק כשעשה כל התקלה או שעשה כל ההיזק אע"ג שלא עשה כל התקלה אבל בחצי התקלה לא יתחייב בעל הבור כשנחבט בקרקע עולם [ועי"ש ברא"ש ובפלפלא חריפתא ובטור (סי' ת"י) ובדרישה שם מה שתמהו על תוס' ב"ק (דף כ"ח ע"ב) ד"ה ונשיף וכבר תמהו כן הראשונים בש"מ שם וברמב"ן מ"ד הביא שכן מבואר בירושלמי דאף בנתקל באבן ונחבט בקרקע דחייב והדבר המתמיה על הישי"ש ב"ק (פ"ג סי' ו') שהעלה להלכה כן בנתקל באבן ונחבט בקרקע פטור אף לשמואל כמו בנתקל בבור ונפל אחורי בור ובפ"ה (סי' כ"ד) כתב דוקא בנתקל מקול הכריה פטור כשנפל אחורי הבור והדברים ארוכים בזה ואי"ה יתבאר במ"א] עכ"פ מבואר דבחצי תקלה לא דנינן ביה דינא דר"נ וי"ל הטעם כיון דהתקלה ל"ה רק גרמי לכך כשלא עשה הבור לבדו התקלה רק בסיעת השור דנבעת מקול הכריה לכך פטור כן נמי כל היכא דאינו חייב רק מצד גרמי לא דנינן בהו דינא דר"נ נ"מ אם גרמי ל"ה רק קנסא מדרבנן י"ל דלא קנסינן לשלם בעד חבירו אשר בלעדי סייעתו ל"ה באפשרית לעשות אף פלגא דהיזקא

אלא אף אם גרמי הוא מן הדין לשלם כמזיק ממש ודינא דר"ן ג"כ נראה דהוא מה"ת כנראה מדברי רמב"ן מלחמות ד' ויש"ש שם דכתב בנתקל בגובה ונחבט בקרקע מאחר שעשה כל התקלה חייב בכל הנזק אף שלא עשה כל הנזק מדר"נ מ"מ י"ל בגרמי שלא עשה מעשה בגוף הדבר לא דנינן דינא דר"נ היכא דא"י לעשות אף פלגא דהיזקא בלא סיעות האחר:

אך אם נאמר כן א"כ נאמר דכולן יהיו פטורין כמו שם בנתקל בבור ונפל אחורי הבור כיון דלא עשה רק חצי תקלה דנפל מקול הכריה ה"נ נימא כ"א מהדיינים לא עשה רק חצי תקלה אלא ודאי דרק שם בבור דחידוש הוא דאוקמי רחמנא ברשותו לחייבו כשנתקל בבור או כשנפל לבור וכשנתקל השור בבור מעצמו ונפל לאחורי הבור אף דהבור ל"ה רק כגורם ונתקל בבור ל"ה רק גרמי ומ"מ חייב לכך א"ח רק כשעשה כל התקלה אבל כשהזיק בקרקע עולם והתקלה ל"נ ע"י הבור בלבד בזה לא מחייבינן וע"ש ברמב"ן מלחמות דאי בתר דחיפה אזלית הא השור לא דחף מעצמו רק מקול הכריה ואי אזלית בתר הנזק לא ניזק בבור רק בקרקע עולם אבל בכ"מ דאדם חייב לשלם מה שהזיק ע"י גרמתו חייב אף כשלא עשה רק חצי תקלה וא"כ ממילא שייך לדון בהוא דינא דר"נ ויקש' בדיינים ג"כ כנ"ל:

וי"ל דהא באמת בדיינים הוו כאנוסין בטעותן של"ה כוונתם להזיק רק באינם מומחין הוי כפשיעה מתחילה של"ה להם להכניס א"ע בתגר הזה והוי כתחילתו בפשיעה וסופו באונס דהאונס בא מחמת הפשיעה ומתחילה עלה ע"ד שכולן יסכימו לדעת אחת ולא נוכל לחייבם על חלקו של זה שלא הסכים עמהם כיון דאח"כ בא האונס דכך הוא הדין שיפסקו ויגמרו הדין כדעת הרוב וי"ל הא דלדעת רש"י ותוס' גובה מן הבשר כנגד האימורין אף דהבשר בלא אימורין ל"ה יכול לעשות אף פ"נ מ"מ כיון דכל חיובו על השור הוא דחייבו התורה לשמור ממונו שלא יזיק כמו דחייב לשמור גופו שלא יזיק וכיון דקדשים קלים ממון בעלים הוא מוטל עליהם השמירה על הבשר וחיות השור שלא יזיק ממילא מוטל עליו ג"כ לשמור האימורין לכך דנין ביה דינא דר"נ וגובה מן הבשר כנגד האימורין אבל בדיינים מוטל על כל אחד ואחד שישמור עצמו ודעתו שלא יטעה א"ע ויחקור היטב שלא יזיק א"כ זה שלא טעה פטור מלשלם והב' שטעו כיון דלא אפשר להם לעשות שמירה רק על עצמם חייבים כ"א בחלקו והחלק השלישי מפסיד הבע"ד וכיון דאי אפשר לעשות כל ההיזק רק בצירוף הג' לא דנין בי' דינא דר"נ. אבל כשהיו חמשה ושלשה שם ב"ד והיו יכולין לדון בלעדי אותן הב' והם חייבו את הזכאין מחויבין אלה השלשה לשלם הכל ויש בהם דינא דר"נ כיון דהי' באפשרות לעשות הדין

וכלל הדבר לדעת רש"י ותוס' שייך דינא דר"נ ומשלם מבשר נגד האימורין כיון דחיובא רמיא על הבעלים לשמור הבשר שלא יזיק אף דאי אפשר להזיק בלי סיעות האימורין אף פלגא דנזקא מ"מ מצד חיות השור חייב לשמור אותו שהם גוף אחד משא"כ בדיינים כל אחד הוא נפרד מחבירו אף דרמיא עליו לדייק שלא יצא מפסקם להזיק לאחד מבע"ד וכל אחד שומר על שיקול דעתו לעיין היטב אף דממילא צריך שלא יצא טעות מכולם מ"מ כ"א נפרד מחבירו וכיון דא"י לעשות אף פלגא דנזקא בלא חבירו מודים רש"י ותוס' דלא דנין בהו דינא דר"נ ובב' עדים שהעידו בשקר והודה אחד ע"ז והב' כופר דעת הרח"ש והתומים ג"כ כיון דאף פלגא דהזיקא ל"ה יכול לעשות בלא חבירו לא דנין בהו דינא דר"נ כיון דכ"א הוא רק מחויב על עצמו:

אולם י"ל כשיודע בחבירו שמעיד בשקר כמו שמוטל עליו שלא יזיק לחבירו בעדותו כמו כן מוטל עליו כשיודע בחבירו שמשקר שלא יעיד ולא יצרף עמו ולהצילו שלא יזיק לחבירו ודומה לבשר ואימורין כיון דמזידין בדבר ולדעת תוס' ורש"י שפיר כתב התומים לדון בהו דינא דר"נ וכן למ"ש בדיינים הוי כאנוסים בדבר בעדים דהוו פושעים ומזידין דנין בהו דינא דר"נ. אולם לדעת רמב"ן וסייעתו באי אפשר לעשות אף פ"נ בלא סיעת חבירו לא דנין בזה דינא דר"נ ממילא גם בעדים שהעידו שקר לא דנין בהו דינא דר"נ:

ויש להסתפק השתא כפי הנהוג בכמה מקומות בבתי דינים שממנים ראש ב"ד שהוא גמיר וסביר ומוחזק אצל הבע"ד כמומחה וכדי שלא ידון יחידי יושבים עוד שני דיינים דגמירי ועיקר סמיכת דעתן של הבע"ד על הראש ב"ד היודעים בו דגמיר וסביר בכה"ג אם הראב"ד ואחד מהדיינים טעו וחייבו את הזכאי והשלישי לא הסכים עמהם ובטל דעתו ופסקו לחייב ואח"כ נתברר שטעו ואין להבע"ד להחזיר אם נאמר בכה"ג השנים חייבין לשלם הכל או הראב"ד חייב לשלם ב' חלקים היינו החלק שהשלישי פטור מלשלם כיון דעיקר סמיכת דעתן של הבע"ד היה עליו ויש לדמות למה שכתב שם הישו"ש ב"ק הנ"ל לדון כדעת הגאון ז"ל בנכרי וישראל שהיו להם סחורות בשותפות והונו לישראל אחד ביותר משתות כיון דאי אפשר לתבוע מן הנכרי חייב הישראל לשלם הכל אף די"ל דל"ש בזה לדון דינא דר"נ דהוי כמו ברח אחד או שהוא אלם מ"מ כ' דקשה לחלוק על הגאון וכתב כיון דבדיניהם לא דנין דין אונאה אינו דומה לאלם או עני או ברח וכ' עוד טעם לדון כדעת הגאון כי מסתמא ישראל זה שנתאנה סמך דעתו על הישראל ולא על הנכרי אשר פיהם כו' וא"כ הוי כאלו הוא כולה הזיקא עבד וג"כ ידע דליכא לגבייהו דין אונאה אלא לגבי ישראל עיי"ש וכן הביא הב"ח (סי' ת"י) דבריו להלכה א"כ י"ל בדיינים גם כן אף דיודע דכולם היינו כל הב"ד יש לגבייהו דין גרמי לשלם אם יטעו ויזיקו ע"י פסקם

מ"מ כיון דעיקר סמיכ' דעתן של הבע"ד שבאו לדון סמכו על הגמיר וסביר שביניהם יש לדון דהוא חייב לשלם חלקו של הפטור ויש לחלק משם כמובן ולדינא צ"ע:

ועל מ"ש הרמ"א אבל אם היו הדיינים חמשה והלכו אחר ג' שהם הרוב צריכים לשלם הכל ראיתי בביאור הגר"א ז"ל וז"ל צ"ע הא כ' (סי' ח"י ס"ד) בהגהה וה"ה אם ע"כ ובפשטות הכוונה דכתב הרמ"א שם אם נבררו מתחילה יותר משלשה ונסתלק אחד דאין השלשה יכולין לגמור את הדין א"כ לא הועילו הני ג' לחייב אם לא בצירוף הנך שנים ואמאי צריכין הנך ג' לשלם הכל ואם כי קושיתו לא אבין הא כבר כתב שם הסמ"ע בביאור דברי הרמ"א דהמחבר משוה כשאמר אחד אינו יודע למ' שנסתלק לגמרי וס"ל דבשניהם אין הדין נגמר עפ"י הנשארים אבל לדברי רמ"א שפסק שם ס"א דבאומר אחד א"י הולכין אחר הרוב ע"כ הא דפסק בנסתלק אחד דאין גומרין הדין דשאני מסתלק דאיכא למימר ביה אלו היה כאן הוה אומר טעם לדבריו והיו התשעה מודים לו מה שא"כ כשהוא לפניהם בכאן ואומר א"י ולא ידע לומר טעם אזלינן בכה"ג בתר הרוב כיון שהן יותר מג' הראוין לב"ד שהסכימו לדיעה אחת וכ"כ שם כל האחרונים בדעת רמ"א ועיין קצוה"ח שם (סי' ח"י) מדברי חידושי הר"ן סנהדרין (דף ה') דקאמר מעיקרא אדעתא דתלתא יתבי היינו דלא רצו להיות ב"ד חצוף וממיל' כשהן עשרה ואחד אומר א"י ל"ש בזה אדעתא דעשרה רק ע"כ כשנסתל' הטעם דלא רצו הבע"ד שיגמור הדין רק ע"י כולם היינו רוב מתוך כולם וכשאומר א"י נגמר הדין משא"כ כשנסתלק א"כ א"ש דברי רמ"א דהרוב כיון שהם ב"ד שלם ולא נסתלקו השנים אף שצריכין שיהיו לפניהם ושיתבטל דעתם מ"מ נגמר הדין ע"י הנך שלשה וחייבין לשלם הכל:

סימן לט

אינו מומחה דדן ולא נו"נ ביד דדינו אינו כלום דעת הסמ"ע דהדיינים צריכין לשלם להבע"ד וחוזרים ומוציאים מיד התובע ודעת הש"ך כמו"ש הכ"מ בדעת רמב"ם דאם לא נו"נ ביד א"ח לשלם רק כשאין לבע"ד לשלם ובקצוה"ח כ' דהא במראה דינר לשולחני ונמצא רע ואפשר להחזיר ודאי השולחני פטור וה"נ ל"ה גורם היזק כלל וי"ל דדעת הסמ"ע דשם לא נפטר זה שהיה לו לתת דינר טוב ואף שפטרו ע"י השולחני מ"מ באפשר להחזיר נשאר חיובו הראשון משא"כ לגבי דיין בחייב את הזכאי וזה שילם עפ"י הוציא ממון עפ"י פסקו אף דאפשר להחזיר מ"מ חייב זה לשלם דעל פיו הוציא הממון. אמנם דעת הכ"מ והש"ך דכיון דלא נו"נ ביד ויכול לחזור ולגבות אם לא כפה אותו להעמיד דינו א"ח בתשלומין ועיין חידושי ר"ן סנהדרין. ואם הלך למדה"י וצריך הוצאות לחזור אחריו כ' הקצוה"ח דדינו כמו דוחף מטבע לים וצריך לשכור בר אמוראי דלדעת רמ"א (סי'

שפ"ו) כיון שלא עשה היזק בגוף המטבע פטור ה"נ כיון דלא נו"נ ביד ל"ה רק גורם ואף לדעת המחבר שם דחייב בהוצאה משום גרמי שם עשה בידים אבל כאן ל"ה רק גורם:
ולענ"ד אינו דומה לשם דשם הטעם מבואר בש"ס ב"ק דאמר הא מונח קמך אי בעית שקליה ועכ"פ לא יצא מרשותו של הבעלים ובכל מקום דמונח הוא ברשות בעלים רק דצריך להוציא הוצאות ע"ז להביאו לידיו לכך פטור הואיל דלא גרם ההיזק בגוף הדבר משא"כ כאן כיון דזה הוציא המעות מרשותו ושילם לחבירו עפ"י הדין וזכה בו רק דיכול לחזור עליו וכיון דא"י לתבוע אותו בכאן וצריך להוציא הוצאות ע"ז י"ל דחייב לשלם לכ"ע:
ובתוס' ב"ק (דף צ"ח) כ' הא דמחלק הש"ס בין עכורין וצלולין אורחי דמלתא נקיט אלא כל היכא דמצי למשקל בר אמוראי פטור ואם לאו חייב והקשה בקצוה"ח (סי' שפ"ו) מדברי בעה"מ ורמב"ן בהא דבעי בש"ס שם (דף ק"א) אי יש שבח סממנין ע"ג צמר דצבע בהו קופא דלדידן דדנין דינא דגרמי חייב דהא אותבינהו בדוכתי דל"מ למשקלינהו ואם נאמר היכא דל"מ למשקל בר אמוראי חייב אף לרבה אף בצלולין א"כ היכא משכחת הך אוקימת' דצבע בהו קופא דהא היכא דאי אפשר למשקלינהו חייב לכ"ע ואי ע"י צפון הא צפון עבורי מעברי וליתא לצבע ולמד מדברי רמב"ן ובעה"מ דכל היכא דחזי לי' פטור והה"ד בצלולים פטור לרבה אפילו ל"מ למשקלינהו ולכאורה יש לומר דאינו דומה לשם דלא מצי למשקלינהו אף דחזי ליה מ"מ הוי כמו זוטי של ים דרחמנא שריה ואפקריה והפקיעו מרשות בעלים וכיון דאין בר אמוראי יכול למשקלי' הוי כאבוד מכל אדם ומזיק ממש הוא וחייב דהפקיע מרשותו ממונו אבל בצבע קופא לא הפקיע מרשותייהו דבעלים כיון דיש שבח סממנין ול"ה רק גרמי וכן כתב אלי ש"ב וגיסי הרב הגאון מ' צבי הירש נ"י כזה:
אך יש לפקפק חדא דא"כ אף היכא דמצי בר אמוראה למשקלי אם צריך להוציא ע"ז כפלים כדי למשקלינהו זה ג"כ הוי כמו אבדה ממנו ומכ"א דמי פתי יסור הנה להטריח ע"ז ולהוציא כפלים על מטבע המונחת בים וא"כ נימא דיצא מרשותו ויהיה חייב אף בצלולין דהפקיעו מרשות בעלים וע"כ כיון דיש אופן להוציאו ל"ה מזיק מטעם זה ואף דהרשב"א גיטין (דף מ"א) כתב בעבד שעשאו רבו אפותקי ושיחררו דהוי היזק ניכר כיון דנפקע שעבודו היינו משום דזכה העבד בעצמו אבל במה דהוציא מרשות בעלים לבד כ"ז דלא בא לרשות אחר ל"ה היזק ניכר וראיה ממה דאומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך אף דלדעת כמה ראשונים איסור הנאה הוי כהפקר ועיין מ"ש בזה בהגהותי בדברי חיים דיני פסח (סי' ט"ו) וכן נראה מדברי רמב"ן בדד"ג דכ' דזורק לים לא דמי

למטמא דאפסדיה לגמרי אבל בזורק לים ההוא זוזא הוא דאפסדי' וכ' וכן נראין הדברים דאי לא אפשר למשקליה לא פטר ליה רבה דדמי למים עכורין דלא קא חזי ליה ואפסדיה מיניה לגמרי והאי נזק ניכר הוא שהרי הכהו על ידו והפיל מטבעו מידו לים אע"ג דקא חזי ליה היזק ניכר לעינים הוא עכ"ל [ומתימא על הקצוה"ח דלמד מדברי רמב"ן מהא דצבע קופא דפטור בצלולין אף ל"מ למשקלינהו וכאן מבואר להדיא דגם רמב"ן מודה אף דחזי ליה באי אפשר למשקלינהו דדומה לעכורין וע"כ דא"ד להאי דצבע] ולמה לא כתב הרמב"ן בפשיטות באי אפשר למשקליה הוציא מרשותו ע"י מעשיו הוי היזק ניכר א"ו כיון דלא בא לרשות אחר ל"ה היזק ניכר רק כיון דהכהו ע"י ול"מ למשקליה חייב א"כ יקשה בצבע קופא נימא ג"כ כן ויהיה חייב. ועוד אם תאמר דהחיוב במה דהפקיע מרשותו אף בצבע בהו קופא נימא כן כיון דאם בא אחר והעבירו ע"י צפון נראה דפטור דלא אזיק ליה כלל א"כ אף אם יש שבח סממנין ע"ג צמר הוי כהפקיע מרשות' דבעלים דלא שוי הצבע מידי דכ"א יכול להעביר ע"י צפון א"ו כיון דעכ"פ מונח לפניו פטור והדרי קושית קצוה"ח לדוכתי' למה לא יהיה פטור בצלולין כשאינו יכול למשקל:

ברם בש"מ ב"ק שם כתב דאף אם דנין דינא דגרמי מ"מ אם יש שבח סממנין השבה מעלייתא קא עביד עכ"ל וי"ל דדעת רמב"ן ובעה"מ כיון דעכ"פ מחזיר לידו הצבע אף דא"י ליהנות ממנה זה ל"ה רק גרמי ולרבה כמו בזורק לים פטור היכא דיכול בר אמוראי להוציא אף דאין לו תועלת והנאת המועיל מן המטבע הזאת דצריך להוציא עליה יותר לתת לבר אמוראי מ"מ כיון דמזיק ל"צ לעשות השבה פטור רק היכא דא"י להוציאה כלל בזה חייב כיון דא"י להביאו לידו דבעלים כלל וא"י להשתמש בה כלל הוי היזק ניכר אבל בצבע קופא אם יש שבח סממנין השבה מעליא הוא אף דא"י ליהנות מן הצבע מ"מ כיון דמשתמש בה לא הוי רק גרמי ולדידן דחייב בגרמי אף דהוי השבה מעליא מ"מ כיון דא"י ליהנות שוב מן הצבע ע"י מעשיו חייב כן צריך לומר ליישב דעתם של הראשונים שם ודלא כקצוה"ח דהוציא מדברי רמב"ן דתלי במאי דקא חזי ליה. אולם אם לא חזי ליה כלל בנידון דידן בהלך הבע"ד למדה"י וצריך להוציא הוצאות להוציא ממנו בזה הוי כהפקיע ממנו ממונו ונתנו לרשות אחר דא"י לשלוט בו ואף דהוי בטעות מ"מ לא נוכל לומר בזה דכל היכא דאיתי' ברשותא דמרי' איתי' אם חייב את הזכאי ושילם זה על פיו דהוי רק כהלואה מבעל דין שלו ואינו ברשותו בזה אם הוא לפנינו ויכול בקל להוציא ממנו פטור הדיין אבל אם אינו לפנינו וצריך להוציא הוצאות דנין אותו כעשה היזק ניכר וחייב הדיין לשלם לדעת הרי"ף ורמב"ם. ועיין קצוה"ח (סי' שנ"ד) דכל היכא דזה שהמעות תח"י לא ידע שבטעות בא לידו אע"ג דהוא גברא דציית דינא מ"מ הוי אינו

ברשותו וה"נ כן הוא אע"ג דהדין יתבטל אם היה כאן מ"מ עכשיו שאינו לפנינו וצריך הוצאות ע"ז להביא לרשותו ולהוציא מהבע"ד הוי כמזיק ממש אולם בספרי ח"ר דיני פסח (סי' כ"ה) העליתי דהוי ברשותו מ"מ יש לחלק משם כמובן דמה דפרע לו מדעתו אף שהוא בטעות זכה זה והוי כמו מזיק ממש וצ"ע:

סימן מ

יש לחקור בספיקא דדינא להסוברים דמהני תפיסה ואם תפס שוב הראשון בהחזרה מן השני אין מוציאין מידו ואף אם בא התופס לב"ד ופסקו דאין מוציאין מידו ול"ש בזה לומר קם דינא וכמו שכתבתי בזה לעיל (סי' ד') אם התופס הראשון הקדיש מה שתפס וכן אם מכר לאחר אם שוב מהני תפיסת הראשון מן ההקדש או הלוקח או לא מהני שוב תפיסתו. והנה מדברי תוס' ב"מ (דף ו') גבי האי מסותא דכתבו בדינא דכל דאלם גבר אם גברה יד השני והוציא מיד הראשון דזוכה מ"מ אם הקדישו בעודנו ביד התופס הראשון שוב לא פקע קדושתו ממנו והביא דבריהם בסמ"ע (סי' קל"ח) על הא דמבואר שם בשנים אוחזין בטלית ותקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח דאין מוציאין מידו ואם שוב חזר השני ותקף דיחלוקו כבתחילה דאם זה שתקפו בראשונה הקדישה שוב לא נפקע קדושתו ועיי"ש בש"ך:

ולכאורה צריך להבין אמאי מהני ההקדש הא התופס הוא המוחזק ואומר דאינו שלו ול"מ ההקדש. וראיתי שם בנתיבות דכתב לדון מטעם דהוי יאוש ושינוי רשות וכתב דמה"ט הה"ד אם מכר מהני ג"כ ול"מ שוב תפיסת הראשון. וזה צ"ע הא כיון דמהני לעולם תפיסה ממנו בהחזרה והוא גברא דציית דינא רק שעפ"י הדין מהני תפיסתו ולא בא עליו בתורת גזלן מה"ת יתייאש דהא דאינו יכול להוציא ממנו היינו עפ"י ב"ד כיון דהוא שתיק מתחילה ואם יתפוס ממנו בהחזרה עביד דינא לנפשיה ואין מוציאין מידו מה"ת יתייאש הא לעולם בקל יכול לתפוס ולדבריו הכי נאמר לעולם בספיקא דדינא אם תפס ונעשה שינוי בדבר דלא יהני שוב בהחזרה התפיסה כיון דכבר קנה גוף הדבר וזה דבר תימא לומר כן ולא מצאנו דשינוי רשות או מעשה יהיה קנין רק היכא דקנה הדבר בתורת גזילה ועיין במח"א דיני קנין משיכה (סי' ב') דכתב דש"ר הוי קנין וכבר תמה עליו דודי הרב הגדול הצדיק מ' אליעזר ז"ל בחידושיו בסוף דברי חיים (סי' נ"א) דל"מ ש"ר ושינוי מעשה דהוי קנין רק בקונה בתורת גזילה עיי"ש:

ויש לומר דמטעם אחר מהני ההקדש דהא מבואר רש"י פסחים (דף ל"א) הטעם דהיכא דאקדיש לוה דאתי מלוה ופריק משום דכיון דמשעבד להמלוה הוי ביד הלוה כדבר שאינו ברשותו ועיין בביאור הדברים בקצוה"ח (סי' קי"ז) וקדושת הגוף דחל גם על דבר

שאינו ברשותו לכך מפקיע מידי שעבוד. וא"כ י"ל דוקא באקדיש שדה החוזרת ביובל דקנין פירות לאו כקנין הגוף ולא הוי שלו רק קנין לזמן אינו יכול להקדיש כיון דהגוף אינו שלו ואף אם נאמר בשדה החוזרת ביובל יכול לחפור בה ולשנות צורת הקרקע וכדעת הראב"ד סוף הלכות שמיטה ויובל מ"מ אינו יכול להפקיע בשום אופן מיד בעלים שלא יצטרך להחזיר והארץ לעולם עומדת וזמן ממילא אתי וכשיבא זמן היובל יהיה חייב להחזיר וחוזר ממילא לבעלים בלא קנין ולכך אינו יכול להקדיש דאיש כי יקדיש את ביתו כתיב משא"כ היכא דחל עליו שם בעלים לכלות ולקלקל הדבר מכל וכל ולשנות גוף הדבר ולעולם לא יתחייב להחזיר רק אם חבירו זה שיש לו עמו הדו"ד תופס אין מוציאין מידו מספק בזה נקרא כמו ביתו ואין לחבירו ע"ז שם בעלים כלל ובזה אם הקדישה זה שבא לידו אפילו קדושת דמים בלבד שוב לא פקע כיון שהקדישו לעולם ואין כח ביד אחר להוציא ממנו בדין רק אם תפס ממנו אין בכח הב"ד להוציא מידו ואם שוב תפס הראשון ממנו שוב הוי שלו והב"ד אינם יכולין לדון בזה מ"מ כ"ז שבא ליד התופס הואיל דרשות בידו לעשות כאדם העושה בשלו וא"מ ממנו בדיינין לעולם מקרי שם בעלים והוי ממש כביתו ושוב לא נפקע ההקדש ואף דכתבתי בח"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות ה') לדון דהיכא דמהני תפיסה לא מקרי לכם לענין אתרוג מ"מ לענין שיהי' נקרא ביתו סברו תוס' דמהני ההקדש דהוי כביתו כיון דיכול לעשות בו כאדם העושה בשלו ושוב לא נפקע ההקדש אף אם תפס הראשון בהחזרה כן נראה בדעת תוס':

ולפי"ז יש לומר דוקא הקדש כיון דחל שוב לא פקע ואף אם קדושת דמים פקעו בכדי מ"מ בכה"ג דהקדיש לעולם בדבר שלו ואין לזה עליו שום טענה רק במה שיכול לתפוס בכח ואם הגיע לידו אין מוציאין ממנו אין בכחו לתפוס ולהפקיע מן ההקדש אבל אם מכר הראשון שתפס לאחר י"ל דגם התוס' מודים דמהני תפיסת האחר מיד הלוקח דמה מכר הראשון לשני רק כל זכות שיש לו בו ולא עדיף מגברא דאתי מחמתו. וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני חזקת מטלטלין (סי' ו') שכ' הטעם דלא מהני תפיסה אם הקדישו משום דלענין הקדש אזלינן לחומרא ומספק אסור ע"ש וזה הי' ניחא בהדין דתקפה אחד בפנינו דהוי ספיקא דדינא אם הוי הודאה בזה שוב ל"מ טענות ברי של התופס כיון דלהך צד דהוי הודאה א"נ לומר דלא הודה וגם בזה יש לגמגם כיון דלדידן לא ברור לן אם השתיקה הוי כהודא' או לא נאמר דלענין איסור יהי' נאמן לברר הדבר בנידונו דלא היה השתיקה כהודא' ועיין מ"ש אני הצעיר בכה"ג בד"ח בדיני תפיסה (סי' ד') ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בחיו"ד (סי' מ"ד) בכה"ג לדון מדברי הנ"י ב"ב גבי שכ"מ שהקדיש כל נכסיו. ואף אם יהבינא דא"נ לענין איסור דעכ"פ להך צד דשתיק' כהודא' א"נ לומר

להיפך מ"מ זה דוקא בהך ספק דתקפה אחד בפנינו אבל במסותא דשם טוען טענות ברי דשלו הוא מעיקרא ובגזילה היה ביד חבירו מה"ת יהי' לו איסור ליהנות ממנו כיון דידע בנפשיה דלא חל ההקדש על דבר שאינו שלו. וע"כ כמו שכתבתי כיון דאז הוי כשלו ממש לכל דבר מקרי ביתו לענין הקדש ולענין מכירה כשמכר נראה דמהני תפיסת האחר מהלוקח:

והיכא דהדין הוא כל דאלם גבר כתב הרא"ש מס' ב"ב וז"ל האי כל דאלם גבר דינא הוא כל מי שגבר ידו בפעם הראשון הוא שלו עד שיביא חבירו ראיה וכ"ז שלא יביא ראי' אף אם תגבור ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיני' דלא מסתבר שיתקנו חכמי' שיהי' כל ימיהם במריב' ובמחלוקת היום יגבר זה ולמחר חבירו אלא חכמים פסקו כל דאלם בפעם הזאת גבר עכ"ל וכ"כ בש"ע (סי' קל"ט) אולם הש"ך כ' שם דדעת התוס' ב"מ הנז' והגהות מרדכי והג"א אינו כן ואם חזר ותקפה ממנו זוכה. ולכאור' נראה לחלק בין מטלטלין לקרקע דבשלמא במטלטלין הוי זה שגבר מוחזק ואף אם גלי כלפי שמיא דהוא של חבירו מ"מ מוחזק הוי שהוא בידו ותפס בו עכ"פ לכך נשאר שיהי' שלו וששוב ל"מ תפיסת אחר מה שאין כן בקרקע אף שיושב בה מ"מ אם הוא של חבירו אז אף מוחזק לא הוי דקרקע לעולם ברשות בעלים ואינה נגזלת לכך רק כ"ז שיושב בה אין הב"ד מוציאין אותו אבל אם גבר השני ויושב בה שוב אין מוציאין מידו כיון דלדבריו ל"ה הראשון אף מוחזק. ודומה להא דכתב המר"מ מינץ ועוד גדולי מחברים ליישב הא דכ' הרא"ש במשיכה בגמל והנהגה בחמור אף דהוי ספק קנין מ"מ מוחזק מקרי ותפיסת אחר ל"מ כיון דאף אם הדין הוא דלא קנה מ"מ מוחזק הוי הראשון כיון דתפס בהו ואם החזיק במיצר נכסי הגר לקנות אותה וחברתה סובר הרא"ש דאם אחר החזיק מהני חזקתו כיון דיש ספק אם קנה וזכה הראשון או לא ולהך צד דלא קנה אף מוחזק לא הוי. כמו כן בנידון דידן לכך לא מהני תפיסת האחר במטלטלין כיון דעכ"פ הוי הראשון מוחזק בתפיסה שיש בו קנין ואם גבר והוא ת"י שוב הוי שלו ול"מ תפיסה של האחר אבל בקרקע אם אינו שלו אף מוחזק ל"ה י"ל דאם גבר שוב האחר ויושב בה אין הב"ד מוציאין מידו:

ומובן בזה דברי תוס' ב"מ שם דכתבו במסותא כיון דקרקע הוא והוי דינא כל דאלם גבר ואם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו וכבר התפלא במעדני מלך למה כתבו תוס' כיון דמקרקע הוא והוי דינא כל דאלם גבר הא אף במטלטלין היכא דאין שניהם מוחזקין הדין הוא כדא"ג. ולמה שכתבתי אתי שפיר כיון דתוס' שם כתבו דקושית רב המנונא כיון דאסור ספק בכור בגיזה ועבודה מטעם

דחל הקדושה הואיל דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו ובמסותא נמי כיון דאם תקף אחד אין מוציאין לכך חל ההקדש ובאמת הוי הך מסותא קרקע ובקרקע אף אם תקף אחד מ"מ יכול אידך לחזור ולתקוף כיון דלא ידענו של מי הוא ואם באמת אינו של הראשון שהחזיק אין לו בה שום קנין דקרקע אינה נגזלת וא"כ י"ל אף דחזינן דבס' בכור אסור בגיזה ועבודה אף דבחזקת בעלים הוא ואף אם תפס הכהן יכול לחזור ולתפוס ועכשיו הוא ברשות ישראל מ"מ אם תפס הכהן חל ההקדש ושוב לא נפקע לכך אסור בגיזה משא"כ במסותא אף דיש לו זכות לתפוס מ"מ כיון דגם אידך יש לו רשות לעולם להתגבר י"ל דאינו חל ההקדש לכך כתבו תוס' דמ"מ אם תפס שוב לא נפקע לכך מועיל ההקדש גם אם לא תפס. ורבה השיב דקדושה הבא מאליה שאני. אבל לעולם במטלטלין י"ל דהיכא דהדין כל דאלם גבר ל"מ תפיסה בהחזרה אף לדעת התוס':

ולכאורה נראה ג"כ דעת הרמב"ם דבקרקע בכה"ג מהני תפיסה בהחזרה מדכתב (פ"ד) מעירוכין באשה שהקדישה שדה אחוזתה וגאלה בעלה והגיע היובל והיא ת"י הבעל הרי הדבר ספק אם תחזור להאשה או תצא לכהנים קדמה האשה והחזיקה בה אחר היובל אין הכהנים יכולין להוציא מידה וכן אם קדמו הכהנים והחזיקו בה אינה יכולה להוציא מידם וכ' הראב"ד דהאשה יותר מוחזקת דיד הבעל כאשה והרי הוא זוכה לעצמו בה בשביל פירותיו ועיי"ש בכ"מ ולח"מ דכוונת הראב"ד דכיון דהוא ביד הבעל ואוכל פירות וידו כידה אוקי ארעא בחזקתה כדין כל ספק קרקע. והרמב"ם סובר כיון שיצאה בודאי ממר"ק והאשה כבר הקדישה וביד הבעל ל"ה כיד האשה לענין זה וצריך להבין אמאי הא ממילא יכול הבעל לזכות בעד האשה כיון דבידו לענין פירות ובפרט דלוקח הוי ולהנ"ל אתי שפיר מ"מ לו יהא דגברה יד האשה ונשאר ברשותה מ"מ כיון דמרא קמא לא שייך מהני שוב תפיסת הכהנים כמו בכל דאלם גבר בקרקע:

וראיתי בתומים (סי' קל"ט) שכ' דהתוס' לא כתבו רק לס"ד דקדושה הוי כתקפה וא"כ ע"כ הא דכל דאלם גבר אינו מטעם שכתב הרא"ש דמי שהאמת אתו ימסור נפשו דמה חוזק יד יש בדיבור פיו וע"כ הא דכדא"ג הוא משום דאין ידוע למי ינתן והוי כמו בסד"ד דמהני תפיסה ולכך פשיטא ליה לתוס' דאם תפס האחר דאין מוציאין מידו דעכשיו הוא המוחזק אבל למסקנא דהקדישה אינו כלום שפיר י"ל כטעם הרא"ש דסמכו חז"ל דמי שהדין עמו ימסור נפשו וממילא שוב ל"מ תפיסה בהחזרה ולא אדע לכוון הדברים הא הטעם דהקדישה אינו כלום מבואר במסקנא משום דכל ממון שאינו יכול להוציא בדיינים הקדישה אינו קדוש אבל אם באם היה יכול להקדיש אף אם א"י להוציא בדיינים הי' מהני וא"כ מנ"ל להרא"ש לחדש דין זה אם לס"ד דש"ס אין הדין דכל דאלם גבר

מטעם זה א"ו דלהרא"ש הטעמים המה לסניף ומסברא אמר דל"מ תפיסה בהחזרה כדי שלא יהיו כל ימיהם במריבה. עוד כתב התומים דלס"ד דתקפו כהן אין מוציאין חזינן דמהני תפיסה אף נגד מר"ק לכך בכל דאלם גבר מהני ג"כ תפיסת השני משא"כ למסקנא דמוציאין י"ל בכל מקום דהדין כל דאלם גבר אלמוהו חז"ל לכחו של התוקף הראשון כאלו יש לו חזקת מר"ק ומוציאין מיד התוקף השני וכתב דלפי"ז י"ל דהרא"ש לשיטתו דסובר דל"מ תפיסה לאחר שנולד הספק לכך גם בכל דאלם גבר ג"כ ל"מ אבל להמחבר דאף בספק לאחר שנולד הספק מהני תפיסה אף דין זה ליתא. ולא אבין הא היכא דלא הוי דררא דממונא לכ"ע ל"מ תפיסה נגד מר"ק וא"כ י"ל לכ"ע כמו שכתב הרא"ש שלא יהיה כל ימיהם במריבה תקנו ואלמוהו חז"ל כחו של התוקף הראשון כאלו יש לו חזקת מרא קמא:

עוד י"ל אף אם נאמר דתוס' חולקין על הרא"ש מ"מ היכא דבאו לב"ד ופסקו הב"ד הדין שיהי' כל דאלם גבר בזה כיון דנעשה עפ"י פסק דין שיזכה מי שיגבר ידו אין סברא שיהיו כל ימיהם במריבה רק מי שיגבור בידו בפעם הראשון הוי שוב האחר הממע"ה וע"ז קם דינא דנעשה בכח ב"ד אבל בטרם שבאו לב"ד אף דהדין הוא כל דאלם גבר ואם גבר האחד אין מוציאין הב"ד מידו מ"מ אם קודם לכן תפס שוב האחר מידו מהני תפיסתו ושוב אין מוציאין הב"ד מידו וגם תפיסת האחר ל"מ שוב אחר פסק ב"ד אבל קודם שבאו לב"ד ולא נפסק הדין ע"ז מן הב"ד בזמנו מי שיגבר ידו ויזכה קודם לכן מהני תפיסתו זה מזה וזה מזה ואז אח"כ אף שבאו לב"ד ואחד תובע מחבירו פסקינן להו הממע"ה משא"כ כשל"ה ביד אחד מהם ובאו שניהם לב"ד בזה כשפסקו הב"ד להם הדין דכל דאלם גבר נעשה בזה דין ופסק דמי שיגבר תחילה יהי' הוא המוחזק וכל דאלם בפ"ר גבר וי"ל בזה דאין התוס' חולקין דהתוס' דכתבו דכל דאלם גבר מהני תפיסת השני היינו בטרם שפסקו ב"ד. וכן נראה מלשון רמב"ם (פט"ו ה"ד) מטו"נ שכתב מניחין אותן בידיהן וכל המתגבר ירד בה ויהיה האחר מוציא מידו ועליו הראיה ומזה משמע דהמתגבר הראשון הוי מוחזק ממש דאל"כ למה כתב ויהיה האחר מוציא מידו ועליו הראיה הא די לומר כל המתגבר יחזיק בה א"ו דמשמיענו בזה דהמתגבר נעשה מוחזק ממש ועל המוציא מידו עליו הראיה אף אם שוב מתגבר בכ"ז עליו הראיה:

ודע להסוברים דמהני תפיסה בהחזרה במקום דהדין הוא כל דאלם גבר לכאורה י"ל דא"ח זה שת"י עכשיו לישבע שבועת היסת שהוא שלו דיאמר לו למה אני נשבע ולמחר תתפוס ממני ודומה למ"ש הר"ן המובא בש"ך (סי' נ"ח) גבי טענות סיטראי דא"ח לישבע כל זמן שאינו מחזיר לו השטר והטור דכתב דחייב לישבע היסת הוא לשיטת הרא"ש

דל"מ שוב תפיסה. אולם ממה דלא כ' הש"ך לשיטתו דפוסק דמהני תפיסה בהחזרה לחלוק על דברי המחבר דא"ח לישבע מבואר דסובר דאעפ"כ חייב לישבע וכן מבוא' בתשב"ץ (ח"ב סי' רע"ב) דכתב שם בפשיטות ואי הדר ותפס לא מפקינן מיניה וסובר דלעולם מהני תפיסה זה מזה ואעפ"כ כתב שם דצריך לישבע וע"כ צריך לחלק מדברי הר"ן הנז' דשם אומר החזר לי השטר משא"כ כשהוא תובע שמחזיק את שלו חייב לישבע ועיין ש"ך (סי' פ"ב ס"ק ד') בטוען על שטר שהוא מזויף ואין בידו לקיימו מחויב לישבע מיד ואין הלה חייב להחזיר לו השטר אבל בטוען פרוע א"ח לישבע עד דמחזיר לו השטר דומיא דטענות סטראי והש"ך חולק ע"ז עיי"ש דאין הלוה מוחזק בשבועתו וצריך לישבע ואם יקיימו אח"כ גובה בו וכן כתב הט"ז (סוף סי' ע"ה) וכן מצאתי מבואר כדברי הש"ך בש"מ ב"מ (דף ז') משם הרמ"ך וז"ל ואם לא קיימו נשבע הלוה היסת ופטור להרמב"ם כו' מכאן למדנו שאף עפ"י שהלוה נשבע היסת לבטל שטרו של מלוה אין המלוה חייב להחזיר לו שטרו וכשמקיימו אפילו אח"ז מרובה גובה בו חובו ע"ש והיינו כיון דכל עיקר נאמנתו הוא במגו דמזויף לא עדיף מטענות מזייף וחייב לישבע וא"ד לדברי הר"ן הנז'. וה"נ אף דזה טוען שיתפוס ממנו אח"כ מ"מ לא יכול להחזיק שבועתו ע"ז וז"פ ועיין נו"ב מהד"ק חח"מ (סי' י"ב) ובמה שיש לעיין בדבריו:

סימן מא

כתב הרשב"א (ח"א סי' תקע"ב) באחד שמכר קרקע לחבירו ובאו שנים ואמרו כי תנאי הי' בשעת המכירה וקנין שאם יחזיר לו המעות מכאן ועד שלש שנים שיהא המכר בטל והלה מביא עדים שמכרו בלא תנאי שא"ד להא דתו"ת דאוקי ממונא בחזקת מריה דש"ה שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו בכסף ושטר וחזקה בזה קרקע בחזקת לוקח שהוא עכשיו בידו וכ"ש לדעת הר"ח שפסק תו"ת ספיקא דאורייתא ול"א אוקי מילתא אחזקתיה ונ"מ למי שתפס אפי' בעדים ואע"פ שאין הקרקע נתפס מ"מ ל"מ מזה שירד לתוכה ברשות הבעלי'.

והנה מסוף דבריו מבואר דרק תפיסה ברשות מהני בקרקע אבל שלא ברשות ל"מ תפיסה אף לדעת ר"ח דתו"ת ספקא דאורייתא ולא אזלינן מה"ת בתר חזקה ומהני תפיסה מה"ד מ"מ זה דוקא במטלטלין ולא בקרקע וכן הוא דעת רמב"ן מובא בש"מ ריש ב"מ בדיני תפיסה דקדק וכ' דכל תו"ת מאן דתפס תפס במטלטלין מבואר דבקרקע ל"מ תפיסה ובקה"ס הקשה ע"ז מהא דיבמות (דף ל"א) בבר שטיא דמבואר אי תו"ת ספיקא דאורייתא ל"ה מוציאין מיד הלוקח הרי דאף בקרקע מהני תפיסה וכ' דגבי בר שטיא הוי הלוקח כתפס ברשות ומבואר מדברי הרשב"א דמהני וכבר כתבתי בזה בד"ח דיני

תפיסה (סי' ה') דז"א דהא להנך תרי דכשהוא שוטה מכר ליה תפוס ברשות וכתבתי לתרץ דהא יש לברר אם תו"ת ספיקא דאורייתא ולא אזלינן בתר חזקה מאי דייניגן ביה לכאורה במטלטלין מ"מ אין מוציאין מיד המוחזק בו עתה מס' דעכ"פ לא נוכל לשנות הדבר מכמות שהוא עכשיו אולם בקרקע דכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא ואף אם אחד מוחזק ל"ש ביה רק מר"ק ובתו"ת דלא אזלינן בי' בתר מר"ק מהראוי דנאמר בי' יחלוקו [ועיין רמב"ן ב"ב (דף ל"ה) דבעדים ועדים דספיק' דאורייתא הוא ל"א בי' כל דאלם גבר כיון דליכא למיקם עלה ועיין טוש"ע (סי' קמ"ו סכ"ב וסכ"ג) ועיי"ש באורים (ס"ק מ"א) וכן כתוב בתומים קיצר ת"כ (ס"ק צ"ו) כיון דלא אזלינן בתר חזקה ממילא יחלוקו וזה דוקא בקרקע דל"ש בי' חזקת תופס בידו דהארץ לעולם עומדת רק מר"ק אבל במטלטלין מבואר ממס' כתובות (דף כ') בהא דתרי אמרו קטנים היו דלא אגבויי מגבינן כלל ול"א יחלוקו כיון דהוי ספק השקול ואין חזקת מר"ק מכרעת מ"מ לא נוכל לשנות הדבר מכמות שהוא עכשיו זה רק במטלטלין דשייך ביה חזקת המוחזק ותופס בו אבל קרקע דל"מ תפיסה ואינה נגזלת לא הוי בעלים כתופס ושייך רק חזקת מר"ק ובתו"ת דל"א בתר חזקה ממיל' הדין יחלוקו ולכן שפיר כתב הרמב"ן דבקרקע ל"מ תפיסה שיהיה הכל שלו כמו שהוכחנו שם במישור (סי' הנז') מן דברי רמב"ן ב"ב ותה"ד ומל"מ דאף היכא דמן הדין הוא דיחלוקו ל"מ תפיסה בקרקע והש"ס יבמות הוכיח שפיר מעובדא דבר שטיא דע"כ תו"ת ספיקא דרבנן הוא דאי ספיקא דאורייתא מדוע אוקי רב אשי נכסי בחזקת בר שטיא להוציא מן הלוקח מכל וכל עכ"פ כיון דלא אזלינן בתר מר"ק היה לו לומר יחלוקו א"ו דתו"ת ספיקא דרבנן הוא ומה"ת אוקי אחזקה ובאיסורין החמירו חכמים דלא למיזל בתר חזק' ובממון אוקי אדאורייתא כמ"ש הריטב"א שם ודאי סד"א היה לו לומר יחלוקו ועיין מ"ש עוד שם בזה וסובר הרשב"א דעכ"פ בנידונו הואיל דירד בתורת מכר ברשות אין מוציאין אף בקרקע:

והנה הש"ך בספרו ת"כ (סי' נ"ח) דכתב דודאי הרשב"א מודה דל"מ תפיסה בקרקע אף בתפס ברשות רק בנידונו שאני כיון דלדברי כולם ירד בו ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן ג' שנים ולחלוטין כשלא יביא מעות לסוף ג' שנים בזה הלוקח נקרא בעל הקרקע ובפרט שהיה הזמן ג"ש כדין שני חזקה ואיירי דא"י לסלקו תוך הג"ש באיזו זמן שירצה. ודבריו בזה מבואר להיפך בדברי הרשב"א דהא (ח"ב סי' רכ"ט) מבואר התשובה הזאת בארוכה ושם היה הנידון שאם יפרע עד ר"ח אייר הקרוב שיתבטל המכיר' ואם לאו ישלים הלוקח עד אלף ומאה ועל תנאי הזה שהיה במכיר' הכרם היה הכחשה בין שני כיתות עדים וע"ז דן הרשב"א כיון שלדברי כולם הלוקח זה כדין ירד לכרמו אלא שהתנה

לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן שיתבטל המכירה ואם לאו המכר קיים מעכשיו וכיון שהחזיק בו בדין לדברי כולם אלא לפי עדיו יש לו להסתלק מכח התנאי ולפי עדיו של הלוקח אין מכירתו מתבטלת הכרם בחזקת הלוקח שהוא מוחזק בו עיי"ש עוד הרי מבואר דאף אם לא החזיק בהקרקע ג"ש ואף אם יש זכות להמוכר כפי דבריו בכל שעה לסלקו מן הקרקע מ"מ אין הספק תנאי מבטל מכירה הודאית. אך צריך להבין אמאי גרע חזקת מר"ק בזה כיון דהספק הוא שיתבטל המכירה למפרע וראיתי בקונטרס הספקות (כלל ז') דכתב משום דתנאי מילתא אחריתי הוא ואינו עושהו כאלו ל"ה כלל אלא דהא והא איתא וכיון דהתנאי אינו עוקר המעשה לגמרי להשיבו כלא היה מש"ה איתרע ליה חזקת מר"ק דהמוכר ולא מפקינן מהלוקח. ואכתי לא איתברר החילוק הא כיון דבקרקע ל"מ תפיס' משום דאינה נגזלת ובכ"מ שהיא עומדת ברשות הבעלים ול"ש בה מוחזק כמו במטלטלין דאף אם כלפי שמים גלי דהיא אינו של המוחזק מ"מ תופס הוא וברשות המוחזק קיים לכך הממע"ה מה שא"כ בקרקע דלהך צד דאינו שלו אף מוחזק ל"ה וכל היכא דאיתא ברשותיה דמרא קיימא א"כ אף אם איתרע החזקת מר"ק משום דתנאי מילתא אחריתי הוא מ"מ כיון דיש לנו ספק בתנאי וזה שתופס אף מוחזק ל"ה מהראוי לומר דנשארה בחזקת מר"ק המבוררת:

גם הא דפשיטא ליה דדינו של הרשב"א הוא דוקא באם הלוקח ירד לקרקע ויושב בה אז מחזקינן בידו אבל אם המוכר יושב בהקרקע אין מוציאין מידו כשיש ספק על התנאי הנה המל"מ (פט"ו) מטו"נ האריך הרבה בזה ומדבריו וממה שהביא שם מדברי הראנ"ח נראה דאף להוציא אמרינן סברא הזאת דאין ספק מוצי' מידי ודאי היינו ספק אם היה תנאי או אף אם היה תנאי והספק אם נתקיים התנאי לבטל קנין הברור ג"כ לא מבטלינן. הן אמת דגם בתשובת מהר"א ששון (סי' קנ"ה) כתב דרק אם הלוקח מוחזק בתוכו זיכה הרשב"א להלוקח אבל אם אין הלוקח מוחזק בתוכו אוקי ממונא בחזקת מר"ק והובא דבריו בכנה"ג (סי' ק"מ אות י"ב) וכתב עליו וז"ל אמר המאסף דקדק זה הרב ממ"ש הרשב"א הרי הקרקע זה בחזקת זה שהוא עכשיו בידו ומשמע ליה להרב ז"ל שז"ל שהוא עכשיו בידו ויש לבעל דין לחלוק ולומר שאינו ר"ל שהוא עכשיו בידו אלא שהוא עכשיו בידו מחמת המכירה כלומר דאי לאו העדים שאומרים תנאי היה הקרקע בחזקת שהוא שלו מחמת שטר המכירה עכ"ל הרי דסובר ג"כ דאף היכא דאינו יושב בקרקע רק מכח מכירה ברורה שבשטר וחזקה בא אין ספק תנאי מבטל. והדברים צריכין טעם להבין סברתו של הרשב"א ובספרי התשובות של בעל כנה"ג בעי חיי חח"מ (ח"א סי' פ"ח) כ' ע"ד המר"א ששון אעפ"י שפקפקתי עליו בכנה"ג לא לענין מעשה פקפקתי עליו אלא

לענין הלכה עיי"ש. אולם בתשובתמהרשד"ם חח"מ (סי' תכ"ג) מבואר כדעת הכנה"ג והמל"מ דאף להוציא קאמר הרשב"א סברתו דשם נשאל הרב ז"ל במלוה שהוציא שט"ח ע"ח שהתחייב לו לשלם לזמן פלוני אך באם יפרע עד זמן פלוני שהוא קודם זמן הפרעון פלוני שבמקום פלוני כך וכך למי שיאמר הבע"ח אז יפטר הלוה ואם לא יפרע פלוני הסך הנז' לזמן הנז' מעתה ומעכשיו נתחייב הבע"ח לפרוע הסך הנאמר בהשטר לזמן פרעון ואח"כ אינם יודעים אם פרע פלוני שבמקום פלוני וכ' לחייב להלוה משום דהוי כא"י אם פרעתיך וכ' וז"ל שמא תאמר דש"ה כשהתובע טוען ברי אבל בנד"ד גם הבע"ח א"י לטעון ברי דשמא פרע הפלוני גם לזה יש לי ראיה מתשובת הרשב"א ז"ל ומתשובת ריטב"א שבב"י (סי' מ"ו) על מכירת חלון וזה אומר בתנאי היה וזה אומר ל"ה תנאי ושניהם מביאים ראיה והשיב כיון שהמכירה ודאי לכ"ע והתנאי ספק על האומר תנאי להביא ראיה ואם מעט אוסיפה שהרי כתב הרשב"א בתשובה מובא ב"י אה"ע (סקח"י) בנשא אשה וכתב שטר שיור ליורשיה אם לא ישאר לו ממנה ולד של קיימא ומתה האשה ואח"כ מת הולד תוך ל' יום וכ' ואלו היה תנאי כל שישאר ממנה ולד של קיימא לא יחזיר כלום אזי על הבעל להביא ראיה לפי שלא זכה באותו שיור אח"כ ישאר ממנה ולד של קיימא ועליו הראיה אבל הבעל כבר זכה בכל ממון מנדוני' אלא שהתנה שאם לא ישאר שיחזיר א"כ מי שאמר של"ה ולד ש"ק עליו הראיה הרי נידון דידן ממש שאין אחד יודע אם פרע פלוני ושניהם טוענים בספק יש לנו לראות לשון התנאי והרי כתב אך בזאת שאם יפרע יפטר נמצא שכבר זכה הבע"ח כשנתחייב לו הלוה ובא ליפטר מחמת התנאי עליו להביא ראיה ליפטר עכ"ל הרי מבואר דדעת המרשד"ם דאף להוציא הבא ליפטר מכח התנאי עליו להביא ראיה וע"כ ראייתו מהא דשטר שיור אינו ממה דזכה הבעל דשם הבעל הוא מוחזק דבא מכחו ורשותו שהוא מבורר לכל ויורשיה באו לזכות מכח שטר שיור ודאי אין מוציאן מן הבעל מספק רק ראייתו ממה דכתב הרשב"א דאם היה תנאי כל שישאר ממנה ולד של קיימא לא יחזיר כלום אזי על הבעל להביא ראיה אף שהוא מוחזק מ"מ כיון שהחיוב היה ברור והספק על קיום התנאי מחזקינן להודאי ולא מבטלין מספק אף היכא שהוא להוציא:

אך גם בזה כנראה עיקר טעמא דרשב"א והרשד"ם הוא משום דאזלינן בתר לשון התנאי ואם כתב כל שישאר ולד של קיימא לא יחזור היה מיד התנאי שעליו לברר וכ"ז שלא יברר חייב להחזיר וכ"כ אם כתב שאם יפרע פלוני יפטור עליו להביא ראיה ליפטור א"ע והכל הוא מצד הלשון ועיין תשובת חכם צבי (סי' ס"א) שהאריך בזה בדברי רשב"א ועמד ע"ד רשד"ם אה"ע (סי' קצ"א) ולמד בדבריו דליכא נ"מ בביאור הלשון ותמה עליו

והמעיין בדברי מהרשד"ם ח"מ הנ"ל יראה להדיא דכוונתו ג"כ הוא דתליא בהלשון של התנאי ואז דנין אף להוציא דאמרינן דכך היה החיוב דעליו לברר שנתקיים התנאי. וראיתי בתשובת עבודת הגרשוני (סי' ס"ח) דכתב בביאו' דברי הרשב"א וסובר דלא תליא כלל בהלשון של השטר רק במי שהוא מוחזק ולעולם הבעל הוא המוחזק דבלעדי השטר הוא יורש מבורר ומ"ש אלו היה התנאי כל שישאר ולד של קיימא לא יחזיר אז על הבעל להביא ראיה כוונתו באם הם דנין על אותן נכסים שאין הבעל יורש אף בלא התנאי והתנאי היה לטובת הבעל עיי"ש וכל מעיין ישפוט בצדק דאין זה כוונת הרשב"א מדכ' לא יחזור כלום משמע דבחזקת הבעל הן הנכסים בזולת התנאי. ועוד הא אף בנכסים דאין הבטל יורש אותן מ"מ מה להן ליורשי אשה כיון דבנה חי יצאו הנכסים מחזקתן והבעל בא לירש מכח הבן שמת ולמה עליו להביא ראיה. ובל"ס כוונת הרשב"א כמו שכ' הח"צ דתליא בלשון התנאי אף שהוא מוחזק מ"מ התנאי היה שעליו לברר וכמי שכתב ג"כ הרשד"ם ומה שהקשה שם הח"צ ע"ז מלשונות שבש"ס יש ליישב בנקל להמעיין. עכ"פ מדברי הרשב"א הנז' אינו ראיה דהיכא דיש ספק על התנאי דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי להוציא. אך מתחילת דברי מהרשד"ם דהביא ראי' מדברי רשב"א במכירת הכרם ומדברי הריטב"א לנידונו לחייב להלוה לפרוע מטע' דהחיוב היה ברור והפרעון של התנאי הוא בספק מבואר דסובר כמ"ש הכנה"ג דכל שהוא בידו מחמת המכירה דבלעדי עדי התנאי היה בחזקת שלו מחמת המכירה אין מוציאין מידו לבטל המכירה והמכר בחזקתו אף להוציא:

ולכאורה יש ראיה שכן דעת הרשב"א דאף להוציא אמרינן דאין ספק תנאי מבטל מכירה הודאית מדבריו (ח"ב סי' קפ"ח) מובא בקיצור בב"י (סוף סי' ע') באחד שמכר קרקע לחבירו במנה מלוה שהיה לו בידו וכתב לו שטר מכירה ומסרו בידו אבל לא החזיקו בקרקע והלוקח עשה שטר הודאה בעדים להלוה המוכר שכ"ז שיפרע לו אותו מנה מלוה שהיה לו בידו שחייב להחזיר לו שטר מכירה הנזכר ושהמכירה בטילה היא למפרע ולקץ הימים רצה הלוקח לירד להקרקע בכח שטר מכר שבידו והוציא זה שטר הודאה וטען שכבר פרעו ותובע ממנו שטר המכר שהניח בידו על אמונתו וכ' דאין דין זה עסק להה"א דאמרינן ארעא לגובייא קיימא ולההוא דאילן למיקץ קאי דהתם הוא ודאי דצריכינן לי' להההוא טעמ' משום דאילן של מטע הוא וכן הקרקע ירושה מאביהם ולולא שאינו אומרים דאילן למיקץ קאי וארעא לגובייא ל"ה קוצץ מספק עד שיטול הדמים אבל כאן שהקרקע לראובן ואין המכר מכר וקרקע בחזקת בעליו מה לזה עסק אצל זה ועוד שאלו היה כאן המכר אלא שהתנה לו לאחר כן שכ"ז שיחזור לו המתנה

שנתן לו שיחזור הקרקע ולאחר זמן נפל מחלוקת הכחשה ביניהם שזה אומר החזרתי וזה אומר לא החזרת ל"ה אומרים בכי הא ארעא כיון דלחזרה קיימי החזר וזוזי אייתי ראיה ושקול דהכא לא קיימא לחזרה כי שמא לעולם לא יתרצה זה להחזיר המעות וליקח הקרקע וא"ד לאינן דבין כך ובין כך למיקץ קאי וכן ארעא בדשויה אבוהן אפותקי מפורש ע"כ לגוביינא קיימא והגע עצמך בראובן שאמר לשמעון כל אימת דבעית לדידך מזבניה לך האי ארעא במאה זוזי וקנו מידו וארעא בידי' דראובן מי אמרינן שיהא שמעון נאמן לומר כבר התרצתי ליקח ופרטתי לך המאה זוזי הב לי ארעא וזוזי אייתי ראיה אלא הנדון שלפנינו תלוי בענין אחר המכר אינו מכר שכך התנו מתחילת הענין שאם יפרע לו ראובן מטות שהלוה מכבר שיהא המכר בטל מעיקרא ושהמכירה אינה כלום נמצא שאין המקח מקח אלא הלואה הוא זה ושכר קרקע הוא הפירות כעובדא דאת ונוולא ולא גמר ומקנה הלכך כו' כיון דשטר מכר ליכא ושט"ח נמי ליכא הו"ל כמלוה ע"פ ע"כ תוכן דברי רשב"א ומדבריו נראה דאם היה מכר הייני מוציאין הקרקע אף מן המוכר הואיל דלא קיימי לחזרה רק דדן הואיל דל"ה מכר כלל דאינו אלא הלואה ולא גמר ומקנה. אולם יש להבין הדברים מה נשתנ' דין זה מן הנידון דמכירת הכרם הא גם שם היה לפי דברי העדים שאמרו שתנאי היה באם יסלק המעות עד ר"ח אייר שיתבטל המכירה למפרע ובכ"ז כיון דאם לא יסלק יהיה מכירה למפרע אמרינן דמספק לא נבטל המכר וכאן ג"כ כתב לו שטר מכירה ומסרו בידו רק שאם יפרע לו אותו מנה מלוה אותה המכירה בטילה למפרע נאמר ג"כ דכיון דהוי מכירה לא מבטלינן מן הספק ואי דכאן לכ"ע ליכא הכחשה על התנאי והספק רק על קיום התנאי עדיף זה לא נראה מן דברי רשב"א:

ועוד יש להבין מה מדמה הרשב"א לאם אמר כל אימת דבעית לדידך מזבניה דמי אמרינן שיהיה נאמן לומר כבר התרצתי ליקח ופרעתי הב לי ארעא וזוזי אייתי ראיה הא שם עיקר חלות המכר הוא אינו למפרע דלא התחייב את עצמו רק שימכור כל אימת שירצה והיינו שימכור לו מאז כשיתרצה ובזה בודאי קרקע בחזקת בעלים עומדת וא"נ לומר שנתן לו המעות ומכר לו. וצריך לומר כיון דקנה מידו ע"ז הוי כמו דחל קצת קנין מעכשיו ועיין קצוה"ח (סי' ר"ג) דסובר דאין אדם יכול לחייב עצמו בחפץ ידוע ואינו מקבל אחריות הואיל דליכא חיוב על גופו וכבר השיג עליו שם בנתיבות דיכול לחייב א"ע בדבר ידוע ועיין מ"ש בזה בחלק ראשון דיני פסח (סי' ה') ומכאן ג"כ משמע דמהני קנין שימכור לו הקרקע וסובר רשב"א דבזה ג"כ נאמר דכבר איתרע החזקת מר"ק כיון דאם יתן לו המעות חייב למכור לו ובכ"ז ודאי דא"נ לומר שכבר התרצה וקבל ממנו

המעות וכשאנו דנין על הקרקע אמרינן דקיימי בחזקת מר"ק כן נמי בנידונו שם כיון דהוי מכר גמור למפרע כיון דלא סמכה דעתו דלוקח אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת כיון דהוי מכירה גמורה אם לא יחזיר המעות רק כיון שהתנו מתחילה שהמכר יתבטל אם יפרע לו המעות שהלוה לו מכבר ויתבטל מעיקרא אין כאן מקח כלל רק הלואה ונאמן לומר פרעתי והך דין דכרם הוי מכר מעליא רק הספק על התנאי והטעם עפ"י מ"ש הסמ"ע (סי' ר"ז ס"ק י"א) בביאור דברי הש"ע שם שהוא מדברי רמב"ם (פי"א) ממכירה דכ' שם (ה"י) וכן המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן המעות הרי המכר קיים ויחזיר כמו שהתנה ושוב כתב דאם התנה המוכר עם הלוקח כשיהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע זו הרי הפירות של מוכר הרי דאין כאן מכר כלל וכתב הסמ"ע לחלק בין אם התנה על זמן קצוב דאז עד אותו זמן השדה בידו בקניינו ולא גרע ממתנה ע"מ להחזיר בזמן פלוני משא"כ כשלא קבע לו זמן רק כל זמן שיבא לו מעותיו שיחזיר לו אין שם מקח עליו כלל אלא הלואה ומבואר מדבריו דאף בקבע לו זמן דאם מביא מעות נתבטל המכר למפרע ואינו צריך הקנאה בהחזרה ואינו דומה לגמרי למתנה על מלה"ח דשם באמת צריך הקנאה בהחזרה לדעת הרא"ש וריטב"א קידושין (דף ז') אף בכל עניני ממון צריך הקנאה בהחזרה דאל"כ הוי רק קנין לזמן ובדין הלזה משמע דמותר אף דא"צ הקנאה בהחזרה רק כשיתבטל המקח מ"מ כיון דקבע לו זמן שם מקח הוי עליו ועיין במחנה אפרים דיני ריבית (סי' י"ג) בזה ושם הביא תשובת רב עמרם גאון דכל שהתנאי נמשך לעולם הרי המוכר מובטח לעולם לקיים תנאו ולא גמר להקנות כלל דדמי לאסמכתא. ומ"ש שם המח"א דאף בקבע זמן התנאי הוא כמעלה"ח ממש דאח"כ חוזר הלוקח ומוכרו למוכר וצריך להקנותו לו בקנין חדש כמו"ש ריטב"א קידושין לא נראה כן מדברי הרמב"ם ובפרט הא גם במעלה"ח דעת כמה ראשונים דל"ב הקנאה בהחזרה כמו שהאריכו האחרונים ובפרט כמבואר מדברי תשובת הר"י מיגאש רבו דרמב"ם דאם אינו מקיים התנאי ואינו מחזירו כופין אותו להחזיר ושוב נתקיים התנאי מבואר דא"צ הקנאה בהחזרה כמו שהוכיח מזה אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני מתנה (סי' ד') ויהיה איך שיהיה מ"מ כנראה מדברי רמב"ם דאם התנה על זמן קבוע הוי שם מכר אף דאם מביא המעות בזמנו נתבטל המכר למפרע וכמו שכ' הסמ"ע וכן ג"כ דעת רשב"א ולכן בעובדא דמכירת הכרם שהיה התנאי אף לדברי העדים שהעידו על התנאי מ"מ ל"ה רק עד זמן ר"ח אייר לכן מקרי הלוקח מוחזק ועל המוכר לברר שהיה תנאי משא"כ בנידון דלוה שמכר קרקע במנה מלוה והמלוה עשה שטר הודאה שכל זמן שיפרע לו הלוה המוכר אותה מנה שאותה מכירה בטילה ושחייב להחזיר לו השטר

מכר כיון דיש לו זמן לעולם להחזיר המעו' והקרקע לא תהיה מכורה אין המקח מקח כלל אלא הלואה הוא וכיון דשטר הלואה נתבטל ג"כ נאמן לומר פרעתי והקרקע בחזקת בעלים אבל אם היה מכר רק שהתנה לאח"כ שכ"ז שיחזיר לו שיחזיר הקרקע ולאח"כ נפל הכחשה ביניהם שזה אומר החזרתי הוי הלוקח מוחזק בקרקע דשמא לעולם לא יתרצה זה להחזיר המעות היינו אף שהוא אינו מוחזק בהקרקע מ"מ כיון דהמכירה הוי בבירור הוי כתנאי שיחזור וימכור לו כמ"ש הגע עצמך. אבל לעולם י"ל בנידון דכרם דהוי תו"ת על ביטול המקח מעיקרא אף דכתב הרשב"א דכיון דהוי מכירה ברורה על המוכר לברר דהוא דוקא אם ירד ויושב בהקרקע אבל לא להוציא מן המוכר וכדעת מהר"י ששון.

וכן נראה מדברי מהרש"א קידושין (דף מ"ט) בעובדא דהאי גברא דזבן נכסיה אדעתא למיסק לא"י דפירוש רש"י קרקע וכתב מהרש"א דאם מטלטלין מה קאמר לחומרא דאם במטלטלין הוי ע"כ במשך והלוקח מוחזק א"ו דאיירי בקרקע ומוקמינן על חמר"ק הרי אף דהמכירה היה בודאי והספק על התנאי מ"מ בקרקע אם לא ירד הלוקח בהקרקע ל"ה אמרינן לקיים מקח הברור אולם מדבריו משמע אף אם איירי דומיא דמטלטלין דיושב בו הלוקח מ"מ מוציאין וע"כ דשם הוי עיקר הקנין על תנאי זה אדעתא למיסק להך צד דהוי דברים והוי ספק בעיקר הקנין ועיין במחלוקת הרמב"ם והרא"ש פ' האומנין גבי עייל ונפק אזוזי בהנך דקיימו בתיקו אם מוקמינן על חמר"ק ובמרי"ט (ח"א סי' כ') ובש"ע (סי' ק"ץ סעיף י"ג וי"ד) ובטו"ז שם ובמה שכתב שם בנתיבות לבאר דבריו עפ"י דברי תשובת רשב"א הנז' ולמ"ש א"ד לדברי תשובת רשב"א דשם הספק הוא בתנאי לבטל המקח משא"כ בספק אומדנא הוי הספק על תנאי לקיים המקח והקנין:

ויש להעיר בש"ס קידושין (דף ך' ע"א) וערכין (דף ל') בעבד עברי בנמכר במנה והשביח ועמד על ר' דאין מחשבין אלא מנה דפריך ההוא מרבנן לאביי מכדי הני קראי איכא למידרשינהו לקולא ואיכא למדרשינהו לחומרא מאי חזית דדרשינהו לקולא נידרשינהו לחומרא ודרש אביי מקראי וכן במוכר שדהו בשעת היובל דפריך ג"כ ממאי דלקולא דלמא לחומרא ומתרץ למידרש מקראי ומאי פריך כיון דיש לגמור מקרא או לקולא או לחומרא לו יהיה בספק הא אין הלוקח חשיב מוחזק בכה"ג בשדה כיון דבין כך ובין כך חייב להחזיר ואין הספק רק על כמות הממון אם השביח אם החיוב על המוכר לשלם לו גם השבח או לא א"כ כיון דבין כך ובין כך להחזרה קאי והספק על הממון הוי הלוקח מוחזק וכן בעבד עברי העבד מוחזק בעצמו מה"ת נדרש לחומרא דאינו יוצא לחירות עד שישלם גם מה שהשביח וצריך לומר כיון דהקנין היה ברור וזה ירד ברשות והספק על

קיום התנאי שיבטל המכר אם סגי במה דמחזיר לו כפי חשבון מנה או לא הוי הלוקח כמוחזק אך גם אם נאמר כן יש להבין דהא מאי דצריך למדרשינהו מקרא לקולא קאי על ע"ע הנמכר לעכו"ם כמ"ש רש"י קידושין שם ד"ה שאין מחשבין ולקמיה יליף מאי חזית דדריש להו לקולא וידו של עכו"ם על התחתונה ולמ"ש הרא"ה ומ"מ סוף פ"א דכתובות דלגבי עכו"ם ל"ש חזקת ממון א"כ נגדו ודאי שייך לאוקמי על חזקת מר"ק. וצ"ל דהא דדרשו שם מקרא הוא שיהיה כודאי ודין ברור לא מספק:

וראיתי בקונטרס הספיקות שבס' קצוה"ח (סוף כלל ז') שהאריך בדברי רשב"א הנ"ל וכתב בסברתו משום דתנאי מלתא אחריתא הוא ואיתרע ליה חזקת מרא קמא דמוכר ולא מפקינן מלוקח והביא דברי ריטב"א שבב"י (סי' מ"ו) בענין חזקת חלון דכ' כיון שמודים במכר וכשירצה לסתמו מילתא אחריתי הוא. ולמ"ש בדברי רשב"א דהיכא דהתנאי הי' על נעולם כשיחזיר לו המעות יתבטל המכר ולא על קביעת זמן ל"ה שם מכר כלל ומוקמינן על חזקת מר"ק יקשה הא שם כיון שעפ"י עדים שחתמו על שטר אחר שתנאי היה בדבר שאם ירצה אח"כ לסותמו הרשות בידו א"כ ל"ה שם מכר כלל וגרע עוד מאם היה התנאי דאימתי שיחזיר המעות יחזור לו הקרקע דשם עכ"פ בעינן לקיים התנאי בקום ועשה שיתן המעות ובכ"ז אמרינן כיון דתמיד הברירה בידו לבטל המכר ע"י שיחזיר המעות לאו שם מכר הוא ק"ו בזה דא"צ לתת דמים רק שבכל עת אם ירצה לסותמו הרשות בידו דלאו שם מכר הוא. וצריך לומר דהא מ"מ כיון דיש לפנינו שטר מכירה שמכר לו חזקת חלון בחצרו ע"כ אף אם היה תנאי בדבר שאם ירצה אח"כ לסותמו יהי' הרשות בידו ל"ה הכוונה על יד דא"כ לאיזה ענין מכר לו אם מיד הברירה לסותמו וע"כ איירי דהי' לכה"פ לזמן שלא יסתום ולכך הוי שם מכר ותנאי מילתא אחריתי הוא כיון דכבר זכה עכ"פ הלוקח בחזקת החלון לזמן:

ומה שהקשה שם הקה"ס על האי כללא מדברי רשב"א ור"ן גיטין פ' התקבל דכתב דנתינה בע"כ ספיקא דדינא הוא אם שמה נתינה או לא כתבו הלכך הנותן מתנה לחבירו ע"מ שתתן לי מאתים זוז ונתנו בע"כ אי מטלטלין נינהו ומסרן ליד המקבל לא מפקינן מיניה ובקרקע לעולם מוקמינן בחזקת מר"ק הרי אף דנתינ' היה בודאי וספק בתנאי ואפ"ה מוקמינן בחזקת מר"ק והביא דברי המל"מ דרצה לחלק בין ספיקא דתו"ת לספקא דדינא והעלה דז"א לפי שגם בתו"ת ל"א סלק לגמרי דהרי בב' שאומרים על שטר שפרוע הוא וב' אומרים דאינו פרוע בודאי לא מפקינן מהלוה הרי דלא מסלקינן לסהדותייהו לגמרי. וזה אינו ברור אם שכן פשיטא ליה להש"ך (סי' מ"ו ס"ק ק"א וסי' ע"א) דלא מוקמינן השטר על חזקתו כבר מבואר להיפך בתשובת ר"י מיגאש ז"ל (סי' קע"ב)

דבאמת מוקמינן השטר על חזקתו ויבואר אי"ה לקמן ובדיני עדות ובדיני הלואה. אולם באמת המל"מ בעצמו העלה שם בדעת הרשב"א דאין לחלק בין ספקא דתו"ת לספקא דדינא עוד כ' לחלק בשם המל"מ דהרשב"א ל"א רק כשנפל הספק בעיקר התנאי אבל כשאין ספק על התנאי ובודאי היה תנאי ויש תו"ת על קיום התנאי בזה מוקמינן על חמר"ק דכמו שיש ודאי מכירה כן יש ודאי תנאי ולכך בהא דנתינה בע"כ נמי אין הספק בתנאי רק על קיום התנאי וכ' דהך חלוקא לא מסתבר דכיון דתנאי מילתא אחריתא הוא ולא מרע להמכירה תו אין טעם לחלק דכל תנאי מרע לחזקת מר"ק ומדחיק בזה לתרץ דברי רשב"א. ולמה שכתבתי ודאי דנראה מדברי רשב"א דכל דהוי שם מכר מחזקינן בו לקיים המכר אף אם היה תנאי מבורר כמבואר מדבריו (בסי' קפ"ח) אולם זה דוקא היכא דהוי עכ"פ מכר גמור וקבע זמן שבאם לא יחזור לזמן שוב נתקיים המכר לעולם והוי שם מכר דדלמא לא יקיים התנאי ולא יחזיר המעות. ובזה אף דהוי תנאי מבורר והספק על קיום התנאי. ובהך דנתינה בע"כ באמת עיקר הספק ג"כ על כוונת התנאי אם היה הכוונה בע"מ שתתן ויקבל ברצון או רק על הנתינה ואף דהוי ספיקא דדינא מ"מ הוי כספק בדעת בני אדם וממילא לדידן אף דהוי ספיקא דדינא הוי כספק בעיקר התנאי באיזה כוונה הי' התנאי ומ"מ בזה אזלינן בתר מר"ק כיון דתלי בע"מ שיתן ובזה לא אתרע המר"ק ולאו שם מתנה הוא כלל כיון דלעולם הברירה בידו שלא לקבל ואם כוונת התנאי הי' על הקבלה שיקבל ממנו ברצון תלוי כל המתנה בדעת הנותן שאם לא ירצה לקבל לא יתחיל כלל המתנה ממילא הוי כליכא שם מכר ומתנה עד שיקבל ברצון וכ"ז שא"ר לקבל להך צד דנתינה בע"כ לא שמה נתינ' לא יצא כלל מרשותו בשם מתנה ולכך מוקמינן על חזקת מר"ק:

ועיין ים של שלמה גיטין פ' מי שאחזו (סי' י"א) הביא דברי הר"ן שם בד"מ אם אומר לו בית זה אני נותן לך במתנה ע"מ שתזון את בני או את אבא ולא פירש לו זמן דלרבא צריך לזונן כל ימי חייהם ולר"א כמפרש יום אחד וא"ל דבד"מ סתם כמפרש והדבר צריך תלמוד וכתב הוא ולי נראה פשוט שלא יכול להוציא הבית מחזקתו אם טען לא כוונתי אלא כל ימי חייו ואף אם מת הנותן אין להוציא הבית מחזקתו וטענין ליתמי כמו שהיה טוען אביהם וגם אומדנא דמלתא דאין אדם נותן בית כ"א בעד דבר חשוב עכ"ל ולדברי הרשב"א הנ"ל כיון דהוי ספק על כוונת התנאי אם סתם כוונתו לעולם או לא א"כ הלוקח הוי מוחזק כיון דבידו לקיים התנאי והמתנה חלה א"כ ל"ה רק הספק על חיוב דמי מזונות והוי הלוקח מוחזק ומ"ש מטעם אומדנא המרש"ל לשיטתו אזיל שמתוכח בתשובת הרש"ל עם הרמ"א ז"ל דלרמ"א כמו במוכר כשלא התנה לא אזלינן

בתר אומדנא דתליא בדעת שניהם כ"כ בנותן במתנה ורש"ל ס"ל דוקא בדבר דתליא בדעת הזוכה והמזכה וכמו בפוסק לזון בת אשתו ה' שנים דחייב לזונ' אף אחר שנתגרש' אמה אף דהוי אומדנא גדולה שלא כ' לה אלא כ"ז שתהי' עמו הואיל דלא התנה כלום חייב דהפסיקה תליא ג"כ בה משא"כ בנידון דרמיא באב שנתן במתנות שכ"מ לבתו דירה כל ימי חייה ואח"כ ל"ה צריכה לה הואיל דמתנה לא תליא בדידה מבטלינן המתנה מטעם אומדנ' ועיין טו"ז (סי' ס') ודעת הח"צ שם כמ"ש מהרש"ל ולכן כאן נמי דעת מהרש"ל לחייבו במזונות כל ימי חיי בנו מטעם אומדנא דלא תליא בדעת אחרים רק בדעת הנותן. איברא דמצינו בזה מחלוקת בין הראשונים דדעת מהר"מ בר' ברוך ז"ל (סי' שט"ו) כמו דל"ש שום אומדן דעת בכה"ג במכר כן במתנה נמי תליא בדעתא דתרוייהו אי לאו דעבד לי' נייח נפשיה לא יהיב לי' הלכך לא תליא בדעתא דנותן לחודיה אלא אף בדעת המקבל מתנה ע"ש:

שוב ראיתי שדבר זה אם גם התנאי ברור כמו המכירה והמתנ' רק הספק על קיום התנאי אם מוציאין מן המוחזק ע"י חזקת מר"ק הוא מחלוקה קדומה בין מהרשד"ם ז"ל ומהר"י אדרבי ז"ל דבמהרשד"ם (סירצ"ג) נשאל באחד שהשכיר בתים לזמן מרובה והיה מפורש בשטר שאם המשכיר יחזיר אחר זמן כך וכך לשנה ינוכה מן זמן שהושכר ומת השוכר והמשכיר בא להוציא היורשים מן הבית באמרו שכבר החזיר לאביהם הסך שהיה תנאי ביניהם שאם יחזיר שיפחת זמן מזמן שכירת הבית ודן מהרשד"ם ז"ל לאוקמי הקרקע בחזקת בעלים כיון דמפורש התנאי א"ד לדברי הרשב"א דכרם דשם כולם מודים במכר והספק על התנאי אבל היכא דגם התנאי מבורר ואי אפשר להכחישו והמשכיר טוען שקיים התנאי הדרינן לכללא דקרקע בחזקת בעלים עומדת ולא טענינן ליורשים להוציא וכאן הוי להוציא כיון דהוא קרקע [ומ"ש שם מהרשד"ם לדוחק דתשובת רשב"א בהך דכרם דאיירי שלא נשלמו שלשה שנים כשבאו לדון דבריו תמוהין דלהדיא מבואר בתשובת רשב"א (סי' רכ"ט) דבא לדון בשנה ראשונה] ומהר"י אדרב"י ז"ל חולק ומדמה לדברי רשב"א כיון דהשכירות ברור אף דתנאי ג"כ ברור צריך על המשכיר להביא ראי' שקיים התנאי ונתבטל השכירות. ובתשובת פרח מטה אהרן (ח"א ד"ד ע"ד) הביא דברי מהרש"ח שהביא ראי' לדעת רשד"ם מדברי הר"ן ומ"מ בהך ספיקא דנתינ' בע"כ אם שמה נתינ' או לא דמוקמינן הקרקע בחזקת מר"ק וע"כ כיון שהי' תנאי מבורר ג"כ ל"ש אין ספק מוציא מידי ודאי. והוא כתב להקשות מב"ב (דף קנ"ב) מי מוציא מיד מי ופסקינן דהן אין מוציאין מידו בלא ראי' הרי אף דאין שום תנאי לפנינו ויש שטר מתנה בידו ומ"מ לא מוקמינן בחזקת המקבל וכתב הואיל דאיכא ריעותא בעיקר המתנה שאינו

מזכיר בה שהוא מתנות בריא כדרך מתנות הבריאים ויש לנו ספק גם בלא טענותיהם אולם הקשה משם ההוא מתנו' דהוה כתב בי' כד קציר כו' ול"כ בי' ומגו מרעי' איפטר דהלכה כאביי דנכסים בחזקת היורשים מבואר כדעת מהרשד"ם דהיכא דיש תנאי ברור וספק בקיומו מוקמינן בחזקת מר"ק וכיון דהוי מתנות שכ"מ הו"ל כמתנ' ע"מ שימות ויש לנו ספק אם נתקיים וכן הביא מדברי תשובת רשב"א (סי' תרנ"ו) דאם נסתפק אם הי' דעתו לחזור או לא ועל עניים להביא ראיה עכ"ד:

והנה מדברי תשובת רשב"א (סי' קפ"ח) כבר כתבתי דמדבריו נראה כל שהי' מכירה גמורה אף שהי' תנאי מבורר רק תנאי על החזר' הוי הלוקח המוחזק ומבואר אף דהתנאי ג"כ ברור מ"מ לא מבטלינן המכר א"כ כ"כ בנידון דמרשד"ם. אף דהוי תנאי מבורר מ"מ כיון שהשכירות הי' לחלוטין שם על זמן קמ"ח חדשים אף דתנאי הי' אם יחזור כך וכך ינוכה מזמן השכירו' דומה לנידון דרשב"א שם והוי השוכר מוחזק ועל המשכיר לברר שקיים התנאי. וראיתי במרשד"ם סוף (סי' רצ"ד) שהביא בקיצור מתשובת רשב"א הנז' דכיון דשטר מכר ליכא הו"ל כמע"פ. ולא אדע כוונתו הא שם כתב הרשב"א הטעם משום דלא חל כלל המכר אבל בנידונו שם כבר חל השכירות על זמן מוגבל ובזה דומה לחל המכר והוי השוכר מוחזק. ומה שהקשה מהרש"ח ז"ל מדברי רשב"א גבי נתינה בע"כ כבר כתבתי משם לחלק. ומה שהקש' ממתנת שכ"מ ל"ק דשם הוי כספק על עיקר המתנ' כמובן דאם הי' מתנות שכ"מ אף דקונה למפרע מ"מ עיקר הקנין תליא בזה א"ד לדברי רשב"א כלל דשם הוא רק כיון דאף דנתקיים התנאי לבטל המכיר' בא וכאן עיקר הקנין תלוי בתנאי ודאי דלא איתרע כלל החזקת מר"ק ועיין במ"מ (פ"ט הכ"ג) מזכי' ומתנה ביש עדים דמחמת מתנה זו בא לידו והמטלטלין הם ביד המקבל הוי מוחזק ובש"ך (סי' רנ"א) השיג עליו כיון דאם הי' שכ"מ לא יצא מרשות נותן הוי כיש עדי פקדון וכבר כתב שם אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט ליישב ע"נ כיון דהוי דרא דממון דיש ספק בלא טענותיהם מהני תפיסה ובקצוה"ח שם כתב עפ"י דברי רשב"א הנ"ל כיון דכדין ירד ונסתפק על התנאי ה"ז בחזקת המקבל עיי"ש וכוונתו דא"כ אף בקרקע נימא ג"כ אם ירד כדין לא נבטל מתנה הברור ע"כ צ"ל משום הך רעותא דלא מזכיר בשטר שהיה מתנות בריא כדרך מתנות הבריאים והוי ספק בגוף המתנה לכך מוקמינן עחמר"ק. אולם באמת א"ד לדברי רשב"א כלל דרק היכא דהוי שם מכר והתנאי לבטל המכר בא בזה לא מבטלינן עד דאיתברר אבל בתנאי על קיום המקח או המתנה לעולם מוקמינן על חזקת מר"ק. ועיין רדב"ז (ח"ג סוף סי' תקח"י) שהביא דברי רשב"א הנ"ל דכרם וכתב וז"ל הא קמן שלא העמיד הכרם בחזקת הלוקח אלא מפני שבדין ירד לכרמו והחזיק בה

בדין וכל עוד שלא נתקיים התנאי המכר מכר הוא אבל בנד"ד החומרות לא חלו כלל שלדעתו שהיה שם תנאי ולא נתקיים העמיד גברא על חזקתו שלא חל עליו שום חומרא כיון שלא נתקיים התנאי עכ"ל מבואר כמ"ש דרק אם חלות הדבר הוא ברור והתנאי בא לבטל המעשה בזה צריך בירור על ביטול המעשה משא"כ היכא שהתנאי הי' לקיים המעשה כל עוד שלא נתברר שנתקיים התנאי לא מקיימינן להמעשה ועיין פרח מטה אהרן (ח"א סי' ק"ו) עוד בזה:

וראיתי בתשובת לחם רב (סי' קמ"ט) שכ' וז"ל הצד השלישי לבטל מכיר' זו על תנאי שלא מיפרע לו ראובן תוך ח' שנים דלמא פרע לו ראובן ונתבטלה המכירה דאע"ג דהר"ן כ' פ' מ"ש דהאומר ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראי' שקיים תנאו כו' וא"כ לכאור' בנד"ד דלבטל המכירה צריך קיום מעשה שיפרע המעות א"כ עליו להביא ראי' שקיים וכ"ז שלא הביא ראי' המכירה יימת לא היא דהר"ן כתב שם דהיינו דוקא כשהתנאי תלוי ביד המקבל אבל כשהתנאי תלוי ביד אחרים או ביד הנותן לא שהרי באם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש חיישינן שמא יבא ולא שריא לאנסובי ואפילו לאחר יב"ח אלא צריך שיאמינה שלא בא ואפילו לרמב"ם הא יהיב טעמא שאין דרך בני אדם לבא בצנעא אבל בנד"ד ודאי דרך בני אדם לשלוח מעות ע"י שליח ולפרוע מה שהם חייבין וא"כ חיישינן שמא פרע כי היכא דחיישינן התם בגט שמא בא דהא הר"ן ז"ל מדמי להו עיי"ש עוד בדבריו ויש לגמגם טובא בדבריו חדא דבר"ן אינו מבואר שם באם תלוי ביד אחרים דגם בדיני ממונות דאין לחלק בין תנאי שהוא בשב ואל תעשה לקום ועשה. ומ"ש דלרמב"ם דשריא לאחר י"ב חודש הוא משום שאין דרך ב"א לבוא בצנעא. מבואר במ"מ (פ"ט) מגירושין דלכך פסק לקולא דסובר דאין חששות אלו דשמא פייס ושמא בא מדאורייתא מפני שבדין תורה העמד דבר על חזקתו וכיון שנתגרשה א"ח לדבר אחר שאין אנו רואים אותו ואין ספק מוציא מידי ודאי אלא שחכמים חששו בערוה החמורה וכיון שמחלוקת בגמרא הוא בדרבנן הלך אחר המיקל ולדבריו הא דכתב הרמב"ם שאין דרך בני אדם לבא בצנעא היינו דאל"כ היה לנו להחמיר בערוה החמורה שלא תנשא לכתחילה וא"כ בד"מ אף שהתנאי תלוי ביד הנותן כנראה דג"כ מוקמינן על החזקה ואין ספק מוציא ודאי וכן מבואר שם בר"ן פ' מי שאחזו דלכך פסק הרמב"ם לקולא משום דסובר דחשש שמא בא הוא מדרבנן בעלמא ומשמע דבתנאי שהוא קום ועשה אין לחלק בין אם תלוי ביד הנותן או ביד המקבל לעולם צריך להביא ראיה שעשה המעשה וכן מבואר מדברי ריטב"א פרק מי שאחזו שם דאין לחלק בזה שכ' וליכא לפרש בההיא וליחוש שמא בא בחשאי דהא כתבינן לעיל בכל דבר שהוא בקום ועשה אין אנו חוששין

ואפילו לחומרא שעשאו אא"כ ראינו וכן בכל תנאי ה"ז גיטך ע"מ שתתני לו ר' זוז או ע"מ שתעשה כך וכך עליה להביא ראיה שעשאה ואם לאו לא מחזקינן לה במגורשת ואפילו לחומרא שלא תתייבם עיי"ש הרי דאינו מחלק בין אם התנאי תלוי ביד האשה או ביד הבעל ועיין ב"ש (סיקמ"ד סקי"ד) דהקשה ג"כ על הא דליחש שמא בא הא הוי תנאי דקום ועשה וכתב דלאו קו"ע הוא משום דלפעמים בא מפני איזה עסק ואף דדבריו דחוקים מ"מ כבר אתה רואה דלא ס"ל לחלק ביד מי תלוי התנאי. והרא"ש דפוסק שם לחומרא וכתב על הרמב"ם ותימא הוא שפסק לקולא באיסור דאורייתא י"ל דהיינו דהחשש הוא על איסור דאורייתא מהראוי להחמיר מדרבנן בערוה החמורה ועיין מהרי"ט (סי' י') שתמה על הרא"ש שהרי רש"י ותוס' פירשו ג"כ דחשש דרבנן בעלמא הוא וכבר כתב המהרח"ש (סי' פ"ז) די"ל אע"ג דחשש דרבנן הוא סברו כלישנא בתרא עיי"ש. אבל לעולם בד"מ י"ל דבכל תנאי שהוא בקום ועשה עליו להביא ראיה שקיים התנאי:

ברם בנידון דהרשד"ם והר"י אדרב"י ז"ל ונידון דתשובת לחם רב הנ"ל יש לדון למ"ש המרי"ט (סי' קנ"ב) בטעם הדבר דתנאי שהוא בשב ואל תעשה על הנותן להביא ראיה שהמקבל איך יביא ראיה אטו עדים בכיפי תלו לכך על הנותן להביא ראיה שביטל אבל בתנאי שהוא בקום ועשה הראיה על המקבל שיכול להביא ראיה בקיום התנאי וכ' דיש להסתפק עפי"ז היכא דמית המקבל כיון דהם א"י לברר היינו היורשים חזר הדין לתנאי שהוא בשוא"ת עיי"ש ולפי"ז אף בתנאי שתלוי ביד הנותן לבטל המתנה או המכירה או השכירות אף אם נאמר דעליו לברר שקיים התנאי לבטל המעשה היינו דכך הי' דעת התנאי כיון שבידו לעשו' בעדי' אבל אם מת ואין ביד היתומים לברר י"ל ג"כ דהוי כמו תנאי שהוא בשוא"ת ומבטלינן הדבר דשמא קיים אביהן התנאי. אך מדברי המ"מ הנז' וריטב"א בהא דשרינן מיד לאחר יב"ח דשם מת ואף עפי"כ לא חיישינן מה"ת על שמא בא מבואר דאין לחלק בזה משום דאין זה עיקר הטעם לחלק בין תנאי שהוא בשוא"ת לקו"ע רק משום דמוקמינן על החזקה ואין ספק מוציא מידי ודאי:

סימן מב

כבר ביארנו לעיל (סי' ד) דהיכא דמהני תפיסה אם תפס הלה בהחזרה דמהני כמבואר בארוכה בס' ת"כ ואף אם באו לב"ד ופסקו דא"י להוציא ממנו מהני תפיסה ויש לחקור בתפס ברשות דלכ"ע מהני תפיס' אם גם בזה מהני תפיסה בהחזר' די"ל כיון דתפס ברשות הוי כברור שלו והב"ד פסקו דמהני תפיסה י"ל דבזה אינו מועיל תפיסה בהחזרה או די"ל מ"מ כיון דלא פסקו הב"ד בבירור דהוא שלו רק מספק בזה מהני תפיסה י"ל דמ"מ אם תפס זה בהחזרה מהני. ולכאור' יש להוכיח כן מדברי הש"ך (סי' של"ב ס"ד)

דכתב בהא דכ' שם בש"ע א"ל בעה"ב בד' והלך השליח ואמר להם בג' ואמרו כמו שאמר בעה"ב אעפ"י שמלאכתן שוה ד' אין להם אלא ג' שהרי שמעו שלש' וקבלו עליהם ובש"ס ר"פ השוכר את האומנין הוא בעיא דלא איפשיטא וכתב הרי"ף הלכך לית להו אלא ג' וכתב בש"ך ולפי"ז אם תפסו הפועלים ד' לא מפקינן מנייהו ואפילו אין מלאכתן שוה ד' מהני תפיסתן. ושם לכאורה הטעם הא דלא אמרינן פועלים בחזקתן קיימו כמו בקרקע במשכיר בית בי"ב דינרין לשנה דינר לחודש דפסקינן כר"נ אפילו בא בסוף החודש קרקע בחזקת בעלים עומד' וכולה למשכיר והיינו דבקרקע דנין בסופו על תחילתו ואם באו בתחילת חודש אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת כן אף אם באו בסוף החודש וה"נ בפועלים אם באו בתחילת פעלתן הוו הפועלים מוחזקין יהיה נמי הדין אף אחר שעבדו עבודתן דיתחיי' לשלם ד' כמו שהוא שוה ד' וצריך לומר דזה דומה לדין דמלמד המבואר בסי' (שי"ב) דאם נתעברה השנה דא"ח לשלם והטעם משום דלמד עם הבן מדעתו הו"ל כתפס ברשות וכן כתב שם בקצוה"ח הרי מבואר דאף בתפס ברשות מהני תפיסת הפועלים אח"כ וכדברי הש"ך דכ' דמהני תפיסת הפועלים מבואר כן בש"מ ב"מ שם משם הרמ"ך:

אולם באמת מדסתם הרמב"ם והפוסקים והש"ע אין להם אלא שלשה שהרי שמעו וקבלו עליהם משמע דהוי מן הדין ולא מצד ספק והטעם י"ל דהא כבר הקשה הר"ן ב"מ בהא דמשכיר בית דאמאי אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת הא כמו כן השוכר מוחזק במעות ואמאי לשמואל דל"ל קרקע בחזקת בעלים אפי"ה בבא בתחילת חודש צריך לשלם דינר לחודש ולא הוי מוחזק בשכרו וכ' משום דחיובו של שוכר ברור שחייב ליתן לו י"ב לשנה דאפילו את"ל חודש העיבור דשוכר הוי מ"מ אם ירצה המשכיר שידור בו אי אפשר לו שיפטור מחובו די"ב משא"כ חיובו של משכיר יש ספק בעיקר חיובו דשמא אין העיבור בכלל לכך מחייבינן לפרוע למשכיר ששכרו ברור ולא מפקינן מחזקתו. ובתומים תמה ע"ז דהא כמו כן חיובו של משכיר אינו ברור דאם אין מניח לו לדור החודש העיבור אמאי מחייבינן לו לשלם י"ב הא חסר לו חלק שלש עשר ומעולם לא נתחייב לו שלמים וכבר ביאר ע"נ הדבר בקה"ס כיון שביד המשכיר להניח לו לדור החודש הי"ג גם כן אין בידו לגרוע מחובו כלל הלכך אין הספק נופל אלא בקרקעו של המשכיר אם החודש עיבור עדיין משועבד להשוכר או לא ומוקמינן קרקע בחזקת בעלים ודומה לאילן סמוך לעיר דבס' קוצץ ואינו נותן דמים וה"נ דהו"ל כאלו הו"ל למשכיר ביד השוכר הלואה מיוחדת דל"ה תפס ברשות ואף דבשכירות דישנו מתחילה ועד סוף א"כ לא חל מיד כשנגמר השכירות רק כל שעתא ושעתא זמנו דחיובו הוא וא"כ גם

חיובו של השוכר אינו ברור דאם השכירות היה בי"ב לשנה עדיין לא נתחייב אלא לפי החשבון והעלה דפלוגתא אם ישנו לשכירו' מתחילה ועד סוף ואינו אלא לבסוף אינו רק בשכירות פועלים ולא בשכירת בתים ומטלטלין דשכירות ליומא ממכר הוא מיד שנגמר נתחייב בכל השכירות והביא לזה ראיה מתשובת רשב"א המובא ב"י (סי' שי"ב) באם מת השוכר דאין היורש יכול לצאת מן הבית דשכירות ליומא ממכר הוא. אולם המעיין בתשובת רשב"א (סי' שכ"ח) יראה דעמד ע"ז וכ' אף שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וכל יום ויום מתחייב כנגד אותו יום מ"מ אין השוכר רשאי לצאת בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות אלא שהוא מחויב שלא להניח לפני זה עד זמנו מבואר דאף בבית דשכירות ליומא ממכר הוא מ"מ החיוב חל כל יום ויום וכן מבואר בתוס' ב"מ (דף ס"ה) ד"ה שכירות דגם בשכירות בתים שייך דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וכבר הרגשתו בזה בהגהותי בד"ח בדיני שומרים (סוף סי' כ"א) להשיג על הקה"ס בזה: **אך** בדברי הר"ן בטעם הדבר דחיובו של השוכר הוא ברור ודאי אין לנו רק כמו שכתב הקה"ס דדומה לאילן כיון דאם מניח לו לדור החודש העיבור ודאי חייב לשלם הי"ב אין הספק נופל רק על הקרקע לא על חיובו וכן ביאר בספר קרית מלך רב (ח"ר סי' כ"ד) בתשובותיו והרגיש בזה ג"כ דמ"מ עדיין לא חל החיוב וכתב דחיובו של השוכר ברור ליתן לו הי"ב קודם י"ג בלא ימנע דאי תפסינן לשון הראשון א"כ סוף סוף למה אמר דינר לחודש ועל כל פנים צריך לומר דה"ק ליה שתתן לי י"ב דינרים לשנה על תנאי שתשלם לי דינר בכל חודש ולא אמתין עד סוף השנה כדין שכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף א"כ בסוף י"ב חודש חייב לשלם כל השכירות ומכ"ש אי תפסינן לשון אחרון משא"כ בחיובו של משכיר שהרי יש ספק בעיקר חיובו עיי"ש בדבריו וא"כ י"ל בהך בעיא דפרק האומנין דשם הוא ככל פועל דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף ואם באו לדון בתחילה אמרינן דחיובו של הפועלים הוא ברור דנתחייב לעשות פעולתו [אם לא דפועל יכול לחזור] ויאמר בעה"ב אף אם הדין הוא דאדבוריה דבעה"ב קא סמכת מ"מ אתה כבר נתחייבת בהפעולה ובזה אין ספק ועיקר הספק הוא על חיובי אם אהי' חייב ג' או ד' לכן אין לו אלא ג' ועיי"ש בס' קרמ"ר ובקה"ס שהעלה עפי"ז דהמוכר דבר לחבירו וקנה הלוקח בק"ס ונולד ספק בכמות המכירה כמה מכר לו שאפילו לא נתן הלוקח הדמים כופין אותו ליתן כל הסך שקצוב והמוכר א"צ לתת לו רק כפי השיעור הפחות שהוא מוחזק בשלו אבל חזקת הלוקח בהדמים ל"ח לפי שעכ"פ אם יתן לו המוכר כפי שיעור הגדול לא יפטור מחובו והלוקח נתחייב מיד בכל הדמים והוא רק הלואה והלואה ל"ה כתפס ברשות וכן להיפך כשאין הספק בדבר הנמכר רק בדמי המקח כמה

הן אף שהמוכר מוחזק בחפץ שלו כופין אותו ליתן והלוקח אינו חייב רק שיעור הפחות דמיד שקנה להמקח בקנין נעשה החפץ כפקדון ביד המוכר ופקדון הוי תפיסה שלא ברשות עיי"ש בדבריו באורך. וא"כ בהך איבעיא באמר לו בג' והשליח אמר בד' ואמרו כמו שאמר בעה"ב אין הספק נופל על הפעולה רק אם יתחייב בעה"ב ד' או רק ג' הוו הבעלים מוחזקין וכחו של בעה"ב בזה כמו כחו של בעה"ב כשנופל הספק על חודש העיבור דאמרינן דכיון דהחיוב מי"ב דינרים הוא ברור על השוכר להביא ראי' כן בזה כיון דחיובן של הפועלים הוא ברור רק הספק בכמה יתחייב בעה"ב הוי הבעה"ב מוחזק וא"כ בזה הוי כבירור גמור דא"ח רק בג' ול"מ אח"כ שוב תפיסת הפועלים על ד':

ולפי"ז יש לדון במה שדן שם הקצוה"ח היכא דשלח שליח לשכור לו בית משמעון בשלשה אדומים לשנה ואזיל השליח ואמר לו בשנים ואמר שמעון כמו שאמר השוכר דאפילו אם כבר דר בו השוכר צריך לשלם שלשה כיון דהוא ספק ומוקי קרקע בחזקת המשכיר וכיון דנכנס ברשות חייב לשלם והסכים עמו בנתיבות רק כתב שזה דוקא כשהודיע השליח להמשכיר וידע מן הספק דומה ממש למרחץ והוי כתפס מספק וחייב להחזיר אבל אם השליח לא הגיד דברי המשכיר להשוכר ול"א לו רק ששכר בפחות ונכנס אדעתא דפחות ניהו דנאמר דהמשכיר לא נתרצה רק אעלו"א דהשוכר מ"מ כיון דהשוכר ל"ה לו פיסוק דמים גמור עם המשכיר דמי לדר בחצר חבירו בלא פיסוק דמים ואינו נותן רק שיווייו ולמ"ש יש לדון טובא דבנידון זה כיון דהשוכר זכה במקחו ובזה לא יש שום ספק וחיובו של המשכיר להניח לו לדור בהבית הוא ברור ורק הספק נפל בדמי השכירות בכמות אם נתחייב בג' או רק בב' ובזה יפה כחו של השוכר מכחו של המשכיר דאם יתן לו ג' כבר זכה בהבית וחיובו של השוכר הוא בספק בכמה יתחייב א"כ זה דומה ממש למשכיר לגבי מרחץ ולגבי מוכר ולוקח דלא חשיב חזקת השוכר והלוקח לכלום לפי שביד המשכיר והמוכר להעמיד מקחן בידן כפי המעולה שבלשונות והוי כחוב ברור וה"נ השוכר ודאי זכה בהבית שבידו לתת לו העלויא והוי קנין ברור והספק רק על הסך מדמי שכירות ובזה הוי השוכר המוחזק. וא"כ אף אם באו לדין תחילת השנה י"ל ג"כ דהשוכר הוי כמוחזק כיון דזכה בבירור בהבית והספק על כמות שיהי' מחויב לשלם והממע"ה:

ברם בלוקח ומוכר היכא דהספק הוא בכמות החפץ ולא נתן מעות או שהספק הוא בדמי המקח אף דהוכיח כן הקה"סמדברי המ"מ (פכ"ח) ממכירה כבר הביא דברי הש"ך (סי' רח"י) שמפרש דברי המ"מ דאם הלוקח א"ר ליתן המעות עד שיתן לו המוכ' המותר אין כופין אותו ליתן. וכנראה דזה אינו דומה למרחץ דשם הי"ב דינרים חיובו ברור וכמו

שכתב הקמ"ר וא"י לעכב המעות עד שיניח לו לדור החודש י"ג. ובמטלטלין בכה"ג בשכירות בב' לשונות הסותרים בבא בסוף החודש הוי השוכר מוחזק ובבא בתחילת חודש ל"מ תפיסתו כיון דהחיוב מתשלומין הוא ברור אבל בלוקח למה לא נימא אף דהחיוב הוא ברור אם המוכר נותן לו כמעולה שבלשונות מ"מ יאמר הלוקח אני לא אתן המעות עד שתתן לי כפי המעולה שבלשונות ודומה להא דכ' הח"ץ בהגהות טו"ז (סי' ק"ג) בשומא דהדרא והיכא דהוציא הוצאות ולא השביח דעת המחבר דאינו נוטל הוצאותיו ודעת הסמ"ע דהמלוה הוא המוחזק ואינו מחזיר עד שנותן לו הוצאותיו וכ' הטו"ז כמחבר ומדמה לאילן סמוך לעיר דבספק קוצץ ואינו נותן דמים ובשומא הדרא כיון דמ"מ הדרא וכיון דהחזרה ודאית רק שיש ספק בתשלומין הוי הלוה המוחז' וכתב הח"צ דא"ד לאילן דשם בין כך ובין כך צריך לקוץ האילן תחילה וכיון שכבר קצץ צריך אח"כ להביא ראיה על הדמים וכן ביתומי' אמרו אנו השבחנו גובה בלא נתינת המעות לאפוקי הכי אינו מסתלק מן הקרקע עד שיתן לו דמיו תחילה והבע"ח מוחזק בודאי הרי אף דהתם קיי"ל דשומא הדרא ול"ב שום קנין מחדש לדעת ר"ן ונ"י אלא סלוק בעלמא כמו"ש שם הש"ך (ס"ק י"א) והוי הקרקע כמו פקדון ובכ"ז כיון דא"צ להחזיר הקרקע עד שיתן המעות והוי היושב בקרקע המוחזק א"כ ה"נ אף דכבר זכה הלוקח בהמקח מ"מ כשיש ספק בהכמות שצריך ליתן לו המוכר יאמר הלוקח לא אתן המעות עד שתתן לי כפי המעולה שבלשונות וכן כשהספק נפל בכמות דמי המקח יאמר המוכר לא אתן החפץ עד שתתן לי דמי המקח כפי המעולה דבזה הוי מוחזק ואף דהוי כפקדון בעלמא מ"מ יכול זה לעכב שלא ליתן המקח עד שיתן הדמים וכן הלוקח שלא יתן הדמים עד שיתן לו המקח וא"כ הממע"ה כ"ז שזה רוצה ליקח ולהוציא מחבירו ואף די"ל דשם בשומא הדרא כ"ז שאינו נותן לו הדמים הוי מוחזק ממש ושלו הוא ואוכל הפירות משא"כ כאן הוי רק כפקדון מ"מ ל"ה כתופס דבר אחר עבור ספק חובו דכל חיובו של הלוקח אף שהוא ברור מ"מ לא נתחייב רק בתנאי שימסור לו המקח וכ"ז שלא נתן לו המקח לא נתחייב בדמיו לשלם והוי כאפותקי על אחריות המקח ואף דהוי הלואה ול"ה תפיסה ברשות מ"מ לענין זה הוי מוחזק שלא התחייב לשלם עד שיקבל מקחו וכן המוכר אף דהמקח נקנה ללוקח והוי כפקדון בידו מ"מ יכול לתפוס אזוזי וכ"ז שאין הלוקח נותן לו מעותיו ליכא חיוב עליו למסור המקח וא"כ כ"ז שאינו נותן לו כמות הדמים כפי המעולה שבלשונות אמרינן הממע"ה ואינו מחויב לתת המקח ביד הלוקח. ועיין תשוב' רשב"א המיוחסת (סי' פ"ה) באם המלוה והלוה מחולקין כמה היה ההלואה כיון דהמלוה אינו טוען בגוף המשכון חייב להחזיר כמו שאמר הלוה דהוי

כיתומים אמרו אנו השבחנו. ובש"ך (סי' ע"ב) העלה דהוה כמוחזק וע"ש בדברי משפט מאאזמו"ר זצ"ל (ס"ק י"ב) דהערה בזה דתליא במחלוקת הטו"ז והח"צ והביא דברי תוס' ב"ק (דף מ"ו) ד"ה שור דכ' לר' ישמעאל דהמזיק יכול לסלקו בזוזי הוי המזיק מוחזק ובש"מ שם משם הרשב"א כתב כיון דהוי כאפותקי עד דנותן לו הדמים אין המזיק נקרא מוחזק וזה כשיטת הח"צ ע"ש וה"נ דכוותיה בלוקח ומוכר דכ"א א"ח לתת לחבירו עד דנותן לו שלו הוי הממע"ה ואין זה יכול להוציא מזה עד שנותן לו כפי המעולה שבב' הלשונות. ועיין רמ"ה ב"ב פ' מ"ש (סי' ע"ב) דכ' בהא דגבי סבלונות יש שם איבעיא שבח סבלונות מהו ופירש שבחן למי ועלה בתיקו וכתב כיון דאפילו את"ל לאשה דינא הוא דשיימינן לה שבחא ומסלקינן לה מינייהו בדמי והדרי סבלונות לבעל בעינייהו דדידי' נינהו כמאן דהדרי דמי וכי מספקא ליה לגמרא לענין דמן הוא דמספקא ליה ולענין דמי הוי איהי תובעת וארוס נתבע ודמיא להא דיתומים אמרו אנו השבחנו וכיון דהני סבלונות למגב' קיימי כמאן דגבוי דמי ודמי אמרינן לתובע אייתי ראיה ושקול הרי אף להך צד דשבחא דממילא לאשה הוא אינה חייבת להחזיר עד דמסלקה בדמים מ"מ כיון דלמגבא קיימי כמאן דגבו דמי והוי הארוס המוחזק ועיין ב"ש אה"ע (סי' נ' סק"ו) דכתב ובכולם אין מוציאן ממנה היינו דמפרש בהך איבעיא שבח סבלונות כמו שפירש הנ"י אם בלו אם חייבת לשלם אבל לפירש הרשב"ם דעל השבח עצמו האיבעיא הוא מוציאין ממנה כמו"ש הרמ"ה עכ"פ לכאורה דעת רמ"ה כשיטת הטו"ז ודלא כהח"צ:

אך למשכון אינו דומה דהא גם שם כתב הרשב"א הא דאומן אף שהוא ת"י א"נ רק במגו דשם לאו בתורת משכון בא לידו והכוונה אף דאין לו קנין רק כפי החוב ולא בכל המשכון וא"כ נוקמי על חמר"ק ובקצוה"ח (סי' ע"ב ס"ק כ"ה) כתב דהו"ל דררא דממונא כיון שידוע בעדים שלוה ולא ידעו כמה ובע"ח קונה משכון והספק לב"ד עפ"י עדים אם חלק גדול או קטן מהני תפיס' המלוה. ובנתיבות שם כ' דכיון דאין דנין רק על השעבוד ל"ה דררא דממונא ובלא"ה אי אפשר לומר כן לדעת רמב"ן ורשב"א דאף בדררא דממונא ל"מ תפיסה. וע"כ שם הטעם דהוי כתפסו ברשות כיון דהחפץ יצא מחזקת מר"ק וזאת ידענו בבירור שהלוה השכינו בידו וזכה בקנינו ולא ידענו בכמה א"כ איתרע החזקת מר"ק ונאמן זה בטענות ברי שהקנין הי' על חלק גדול. משא"כ באומן אף דיכול לתפוס למשכון על ממונו שחייב לו מ"מ כיון שזה לא הוחזק למשכון הוי כמו תופס דעלמא דא"נ רק במגו. ועיין מ"ש אאזמ"ו ז"ל בד"מ שם ליישב קושית התומים מהא דמבואר באה"ע (סי' כ"ח) אם הכלי הוא ביד האומן וקידש אשה בשכרו דמקודשת הרי מה דתפס על שכרו הוי כמשכון דשם אין לו שיעבוד רק בהאי הנאה וא"ד למשכון ובאמת

בפשיטות א"ש דשם לא בא לידו בתורת משכון רק בתופס על חוב ברור אבל היכא דהספק הוא בטענותיהם ודאי אזלינן בתר חמר"ק ולכך א"נ רק במגו משא"כ במסרו לידו בתורת משכון שזכה ברשותו והקנהו בו לשעבוד משכון בזה כבר איתרע החזקת מר"ק והוי כמוחזק:

וא"כ בנד"ד דנחלקו בכמות דמי המקח או בכמות המקח אף דהוי דררא דממונא מ"מ כיון דל"מ תפיסה בספיק' דדינא אף דיש לו למוכר זכות שלא להוציא המקח מת"י עד שיקבל מעותיו וכן ללוקח שלא להוציא מעותיו עד שיקבל המקח מ"מ כיון דלא בא לידו בתורת משכון וקנין וחיובו הוא ברור יש לומר דל"מ תפיסתו מספק. וכמו כן יש לומר בהא דשומא הדרא אף לשיטת הח"צ דא"ד לאילן היינו דשם כבר זכה המלוה בהקרקע מדעת ב"ד ואף דא"צ הקנאה בהחזרה מ"מ כ"ז שאינו מקבל דמי הקרקע לא יצא מרשותו וכיון דחמר"ק של הבעלים איתרע אף דחיובו ברור להחזיר אם נותן לו כל מעותיו מ"מ הוי לענין זה כמוחזק הואיל דיש לו קנין בגוף הדבר אף להך צד דא"צ ליתן לו הוצאותיו כשלא היה שבח לכן בספק הנופל הוי כמוחזק עד שמסלק לו כל דמיו משא"כ בנד"ד דכבר זכה הלוקח בהמקח והוי כפקדון ואין לו שום קנין בהמקח וגם זה נתחייב בדמיו אזלינן בתר חיוב הברור ויד הספק על התחתונה דהוי כתופס דבר אחר בשביל ספק חיוב ודומה לאילן שכתב הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' מ"ח) דאינו קנוי לו לכך והטלית עומד לחזרה ומדמה הרשב"א לס' דאילן מוקדם כיון דלמיקץ קאי כדקץ דמי כ"כ בטלית כיון דעומד לחזרה הוי כמוחזר וה"נ דכוותי' אף דהוי דררא דממונא מ"מ ל"מ תפיסתו של הבא בספק. ואף בבא לידו בתורת משכון אף כי הש"ך הוכיח מדברי רמב"ם דנאמן בשבועה בלא מגו אינו מוכרח ועד נאמן לזה דדעת ר"י מיגאש ז"ל רבו של הרמב"ם מבואר בתשובותיו (סי' קצ"ב) דהיכא דליכא מיגו א"נ וכן דעת הטוש"ע. והש"ך שהכריע כדעת רשב"א דחזר בו ומחלק בין אומן למלוה על המשכון כ' כיון דהרשב"א חזר בו וליכא מאן דס"ל בהדיא דחייב להחזיר המשכון הכי נקטינן וכיון דזכינו לאורו של הר"י מיגאש ז"ל דכ' להדיא דבלא מיגו א"נ ומדברי הרמב"ם (פי"ג ממלוה אינו ראיה כמ"ש במל"מ שם ושאר מחברים ודאי דהוי סד"ד. ולא עוד אלא גם במשכון י"ל בדעת הרשב"א כפי מ"ש בתשובת בשמים ראש (סי' שנ"א) דהימוני הימני' וכי היכא דיהב ליה המשכון דלא לשקר בי' בפרעון הכי נמי יהיב לי' דלא לשקר בי' בסכום הלואה וכיון דשניהם מודים כיצד בא לידו כמו כן יכול להיות שהלוה עליו רב כמו מעט והוא משכנו עד שישלם לו כל כמה דלא משלם זכה האי במשכנו עכ"ל שם ויבואר אי"ה לקמן דיני הלואה. וא"כ מכל זה אינו ראיה דהוי בלוקח ומוכר כמוחזק

ורק מטעם תפיסה בסד"ד אתינן עלה ול"מ תפיסה שלא ברשות. ודינו של הקה"ס נכון הוא וכבר כתב שכן נראה מדברי רמב"ן בדיני תפיסה ובאמת שכן כ' בש"מ ב"מ משמו דהיכא דאמר ליה איסתרא וקנה הלוקח בקנין המועיל על המוכר להביא ראיה וליטול וכמו גבי אילן קוצץ וא"נ דמים:

הדרן לדברינו די"ל בהך בעיא דפרק האומנין דל"מ תפיסת הפועלים. ומ"מ יש לדון כיון דלדעת הסמ"ג ל"מ תפיסה אף בתפס ברשות אף דכל הפוסקים חולקים ע"ז מ"מ יש לומר כיון דל"ה רק תפיסה מהני התפיסה בהחזרה לאוקמי על חמר"ק. שוב ראיתי בס' פתח הבית דיני תפיסה. (ענף י"ג) דחקר בזה וכנראה דהעלה דמהני תפיסה בהחזרה אף להסוברים ת"כ מוציאין מידו. ועיין בש"מ ב"מ שם בדיני תפיסה להרמב"ן דכ' להדיא דבתפס ברשות כמו הכור בלמד סאה בסלע דראשון ראשון קנה משום דתפס ברשותו של מוכר דאעפ"י שחזר מוכר ותפס מוציאין מידו ע"ש אולם להסוברים ת"כ אין מוציאין מידו י"ל דמהני תפיס' בהחזרה אף בתפס ברשות. וכן נראה בתפיסה קודם שנולד הספק דהעלה הת"כ דמהני דגם בזה מהני תפיסה בהחזרה. וכיון דלכמה פוסקים ורמב"ן בראשם אף תפיסה קודם שנולד הס' מוציאין מידו ואזלינן בתר מר"ק א"כ אם תופס ממנו בהחזרה יכול התופס לומר קים לי כהנך פוסקים דלא מהני תפיסתו דראשון. שוב ראיתי בקה"ס דמסתפק בזה בתפיסה קודם שנולד הספק וכתב דיותר מסתבר דמהני תפיסת הבעלים מן התופס ובתפיסה ברשות העלה דל"מ תפיסה בהחזרה. ולענ"ד נראה דבתרוויהו מהני תפיסה בהחזרה ויכול לומר קים לי כהנך פוסקים דל"מ תפיסת התופס ובפרט בתפיסה קודם שנולד הספק דרבו הפוסקים דל"מ א"כ אף דהש"ך בת"כ העלה דאין מוציאין מ"מ כ' (סי' י"ט) כל היכא דקיי"ל תפסו אין מוציאין מידו הה"ד אם חזרו ותפסוהו בעלים הראשונים א"מ מידן. ובנתיבות כ' כיון דתחילת דינו של השני הוא הממע"ה לא מהני תפיסת הראשון כמו"ש הסמ"ג ולא אדע הא בזה מסייעו להתופס השני חמר"ק וגם דלרוב פוסקים ל"ה מהני תפיסת הראשון ותחילתו של הדין מן תופס שני אינו הממע"ה למה לא יכול לומר קים לי כמו בכל פלוגתא דרבוותא דמהני תפיסה אף אחר שנולד הספק ויכול ליטעון קים לי. ומ"ש הסמ"ג דהיכא דתחילת דינו הוא הממע"ה ל"מ תפיסה זה אם נאמר בתיקו דל"מ תפיסה דאין מי שיכריע מה שהניח הש"ס בתיקו משא"כ במחלוקת הפוסקים וכיון דהוא מחלוקת הפוסקים אם מהני תפיסת הראשון כלל למה לא יכול לומר קים לי אם תופס בהחזרה:

סימן מג

הגם אם נאמר דבקרקע מהני תפיסה היכא דהדין הוא דיחלוקו מ"מ בהך דינא דתה"ד (סי' שנ"ב) בשתוקי שנתן במתנות שכ"מ לאמו בית אחד וכשמת החזיק ראובן בבית ועשה בו קנין המועיל לזכות מן ההפקר וכ' הת"ה כיון דהיא פלוגתא דרבוותא אם מהני צוואת השכ"מ כשהוא שתוקי דיש לו דין גר שאין לו יורשין הדין הוא דחולקין והקשה הקצוה"ח דהא כיון דהחזיק אין תפיסה גדולה מזה וכתבתי בדברי חיים בדיני תפיסה (סי' ה') דבקרקע ל"מ ובאמת יש לומר דהיכא דהחזיק ויושב בהקרקע דמהני תפיסה היכא דליכא מר"ק משא"כ אם החזיק ועשה קנין ולא נכנס בהבית זה ל"מ גבי קרקע וכן משמע הלשון של התה"ד שכתב כה"ג דלא תפיס חד מינייהו דינא הוא דחולקין ושם היה תפיסה שעשה קנין א"ו כיון דאינו יושב בהבית ל"ה כתופס ועיין בקה"ס (כלל ג' אות ז') דגבי תפיסה בטענת ברי או בפלוגתא דרבוותא להסוברים דמהני תפיסה כל שהניח התופס הדבר שתפס מרשותו לרה"ר ואתי אידך ותבע לי' לקמן לדינא יהבינן ליה לאידך שיש לו חמר"ק ובדבר שאין אחד מוחזק בו מוקמינן אחזקת מר"ק אלא דכ"ז שהלה תופס לא מפקינן מיניה ואין כחו בתפיסתו אלא בזמן תפיסתו עיי"ש וא"כ מכ"ש בקרקע כשאינו יושב בו דאינו בא אלא בכח חזקתו שהחזיק בו כ"ז שאינו יושב בו אף דליכא מר"ק מ"מ כיון שהוא ספיקא דדינא הדין הוא דיחלוקו. ואף דבמטלטלין לא משמע כן מכל המחברים רק אם מהני תפיסה כשזכה פעם אחד בו בכ"מ שהוא מונח הוי כתפס בו מ"מ בקרקע ודאי יש לחלק בין אם יושב בה או לא. ועוד יש לומר דשם בנידון דתה"ד שייך קצת חזקה להנכסים שלא יצאו מרשות שיהיו הפקר דאם נאמר דמהני צוואת השתוקי שתזכה אמו בהבית לא יצא הבית מעולם מחזקת בעלים דכשמת השתוקי זכתה האם ולא יצא להפקר ואם לא מהני הצוואה תיכף כשמת יצא מחזקת בעלים ונעשה הפקר בלא בעלים והוי כמו חזקת הגוף דלא נעשה הפקר ואף דלא מוקמינן על חזקה הזאת בטרם שזכה אחר להחזיק בחזקת האם עפ"י צוואתו היינו דהחזקה כזו ל"מ להכריע הדין לכך דנינן יחלוקו אבל מ"מ לגרוע תפיסת האחר שבא לזכות במה דעשה חזקה וקנין המועיל לנכסי הפקר מהני חזקה הזאת. ואף די"ל ג"כ דדומה קצת להא דיבמות (דף צ) אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת וכתב שם רשב"א דהחזקה הי' כשימות בעלה תהיה מותרת עד שישתנה הדבר וכיון דהוי ספק במעשה המכשיר מוקמינן על החזקה שהיינו מחזיקן בה דהרי מת וקברו לפניך וה"נ היינו מחזיקין כשימות יהיו נכסיו הפקר והרי מת וקברו לפניך ואנו באנו לומר דנעשה השתנות בשביל שנתן לאמו במתנות שכ"מ וכיון דהוי ספיקא דדינא אם מהני המתנה

עליה להביא ראי' מ"מ י"ל כיון דאנחנו דנין על הבית אם הוא הפקר או לא מחזקינן בחזקה דמעיקרא שיש לו בעלים:

וגם במטלטלין מצינו בהכרח לדון על חזקה הזאת דהא מבואר מס' ב"מ (דף כ"ו) דקתני שם במתניתן מצא בכותל חדש מחציו ולפנים של בעה"ב קאמר בש"ס תנא אם היה כותל ממונא מהן חולקין ופריך בש"ס פשיטא ומשני ל"צ דמשפע בחד גיסא מ"ד אשתפוכי אשתפוך קמ"ל ולכאורה קשה ל"מ דאין כאן פשיטות אף אליבא דאמת אמאי יחלוקו הא כיון דהוי ספק במציאות אם אחד מבני רה"ר נתנו שם ושכחו וכיון דשתיך כבר נתיאשו הבעלי' כמו שכתב שם רש"י ותוס' או דבעה"ב הניח שם ואינו שוכח חפציו ימים רבים א"כ אף אם היה הכותל ממולא ולא ידענו ממי בא לשם למה ל"מ תפיסת המוצא לשיטת הסוברים דבכל ספק אמרינן הממע"ה ואף אם ל"מ תפיסה נגד מר "ק מ"מ כאן ליכא חזקת מר"ק דאנן לא ידענו משל מי בא לשם אמאי אמרינן יחלוקו וצריך לומר דעכ"פ יש חזקה דכמו שהי' להחפץ הנמצא פעם אחד בעלים כן נשאר לו בעלים ואם בא מבני רה"ר לשם בהכרח אנן מוציאין החפץ מרשות בעלים ונאמר דהיה הפקר עד שזכה המוצא ואם נאמר דמבעה"ב בא לשם מחזקינן להחפץ שלא יצא מרשות בעלים ולא נעשה הפקר לכך הדין הוא דיחלוקו הואיל דל"ה חזקה ברורה להוציא בזה מיד המוצא ואף לדעת הרמב"ם וסייעתו דת"כ אין מוציאין אף דהוא נגד חזקת מר"ק ואמאי לא מהני שם תפיסת המוצא. בע"כ צריך לחלק דדוקא במקום שיש דררא דממונא ובלא טענותיהם ואף בטרם שבא התופס לזכות הי' ג"כ דררא דממונא אם זה ממון של בעלים או שחייב לתת לכהן וכן בכל הספקות שיש דררא דממונא מי היו הבעלים משא"כ שם בטרם שמצא המוצא החפץ ל"ה לו בו שום דררא דממונא כל שעדיין לא זכה בו. לכך א"י לזכות מן הספק. כיון דיש לבעה"ב לסייעו חזקה שהחפץ הנמצא ל"ה הפקר מעיקרא:

וקצת י"ל דשם לכך ל"מ תפיסה למ"ש הרא"ש (פ"א) דב"מ גבי בעיא דמשיך בהמה זו לקנות כלים שעליה דבמציאה והפקר אם אמר אני מושך בהמה לקנותה והכלים דקנה כיון דהוא מוחזק מספק ול"מ תפיסת האחר שאין לו שום טענה. ובמס' ב"ב גבי החזיק בשדה לקנותה וחברתה דכ' הרא"ש דאם החזיק אחר קנה ומחלקו הגדולי האחרונים בין קרקע למטלטלין במטלטלין הוי הראשון עכ"פ תופס ומוחזק לכך ל"מ תפיסת השני משא"כ בקרקע וע' קצוה"ח (סי' ר"ב) שביאר הדברים אף דתפיסת הראשון אם אינו זוכה ל"ה מוחזק וכתב דמ"מ תפיסה הוי וכמונח ברשותו אף דאינו קונה ע"י חצר מהלכת מ"מ רשותו הוי ואם מונח בחצר שאינו משתמרת הוי ג"כ מוחזק עיי"ש וא"כ יש לומר נמי לענין זה דהא סוף סוף היה מונח ברשותו וא"כ ה"נ אף דהחצר אינו קונה לו היכא דאינו

רגיל ומצוי כמ"ש הראשונים מ"מ ברשותו היה מונח ול"מ תפיסתו בטענת שמא להוציא מרשות בעלים. אך מ"מ לשיטת הרמב"ם ע"כ צריך לומר דיש חזקה לסייע לבעה"ב וכמו"ש וגם שם הרמב"ן ור"ן ונ"י ב"מ שם חולקין ע"ז וסוברים דמהני תפיסת השני ואין ספק קנין מוציא מידי ודאי קנין שזכה בו השני כמבואר בקה"ס באורך וע"כ צריך לומר דשם יש חזקה לסייע לבעה"ב ולכך הדין הוא יחלוקו. ואין לומר דשם יש לסייע לבעה"ב דהוא הניח שם דאזלינן בתר קרוב ונאמר דמבעלים בא לשם ותלינן דבא מקרוב ז"א דהא נגד קרוב יש רוב רובא דעלמא ונאמר דבא לשם מן רובא דעלמא ועיין פנ"י כתובות (דף י"ג) דלכך צריך קרא דמחזירין אבידה בסימנין דבלא"ה לא ברי ושמא ברי עדיף משום דאזלינן בתר רובא דעלמא וה"נ דכוותה ואדרבה יש להבין אמאי מוציאין שם מיד המוצא ואמרינן יחלוקו הא רוב וקרוב רוב עדיף א"כ ניזל בתר רובא דעלמא ונאמר דמרובא דעלמא בא לשם היינו מבני רה"ר ואולי יש לומר דוקא באבידה דע"כ מאחד נפל תלינן דפריש ובא לכאן מן רובא דעלמא משא"כ בזה דאחד הניח שם מדעתו ואיירי בשתיך ואם נאמר דא' מבני רה"ר הניחו שם צריך לומר דמסתמא כבר בקשו בעלים ולא מצאו ונתייאשו ובעה"ב אינו שוכח חפציו ימים רבים לכך יש יותר הוכחה לומר שהוא של בעה"ב ממה שנאמר דמאחר הוא ושכחו ונתייאשו יאשו דבקשו ולא מצאו דזה הוי לא שכיח כמו דלא שכיח לנפילה ומצינו דל"ח לנפילה כמ"ש תוס' ב"ב (דף כ"ג) ד"ה ודאי דהיכא דמצי למימר דמשובך בא לית לן למיתלי ולהחזיקו בנפילה דבני אדם נזהרין שלא יפול מהם היונה וה"נ דכוותיה ודאי ב"א נזהרין לחפש אחרי חפציהם שהניחו במקום אחד ועיין תוס' ב"מ (דף כ"ב) ד"ה דליכא (ודף כ"ה) ובמ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני אבידה (סי' א') בזה. וה"נ דכוותי' יותר שכיח למתלי שבעה"ב הניח שם. אך א"כ נימא דיחזור לבעה"ב דמסייע לו עוד קרוב ונימא דמקרוב פירש ובא כיון דנגד רובא דעלמא יש סברא דחזקה אין ב"א שוכחין חפציהן ונזהרין לחפש יפה:

ויותר קשה למ"ש הרמב"ם (פי"ו) מגזילה לה ואבידה וז"ל יראה לי שאין הדברים אמורים אלא כשטוען הבעה"ב שהמטמון שלו או שהיה יורש שאנו טוענין לו שמא של אביו הן אבל אם הודה שהן מציאה הרי הן של מוצא וכיון דהבעה"ב טוען שהוא שלו למה לא נאמר ברי ושמא ברי עדיף כיון דאין להמוצא חזקת ממון וכבר כתבו הראשונים רמב"ן ב"ב (דף ל"ד) ובש"מ ריש ב"מ דבכל מקום דהדין הוא יחלוקו אמרינן בו"ש ברי עדיף. ויש להוכיח מכאן דהיכא דהוא מוחזק אף דליכא חזקת מר"ק לא לזה ולא לזה ג"כ אין מוציאין ול"א בו"ש ברי עדיף וכבר נסתפק בזה בקה"ס בס' קצוה"ח (כלל א') ועיין מה שכתבתי בזה לצדד ראיות דא"מ מדברירמ"ך בש"מ ב"מ (דף ק') ותוס' שם בספר דברי

חיים דיני תפיסה (סי' ט') ועיין בדברי משפט (סי' פ"ג) ויבואר עוד אי"ה בדיני הלואה. ולכאורה מדברי הרמב"ם יש ראיה דאין מוציאין בטענת ברי. ומ"מ אינו מובן הא דפריך הש"ס פשיטא דמה פשיטות יש בזה במקום שיש טענת ברי וסייעות קרוב עכ"פ צריך הברייתא ללמדנו דאף עפ"כ הדין הוא דיחלוקו. ויש להתבונן עוד בדברי הרמב"ם שם דכ' אבל אם הודה שהן מציאה ה"ה של המוצא וכתב המ"מ שם הטעם דהודאת בע"ד כמאה עדים ומשמע דמטעם הודאתו הוא ואם טוען שאינו זוכר משמע דאינו של המוצא וברישא אמר דרק כשטוען בעה"ב שהמטמון שלו משמע דבלא טענת ברי שלו ה"ה של המוצא וכן הא דכתב ביורש שאנו טוענין לו שמא של אביו הוא מבואר דאף באינו יודע ג"כ הדין יחלוקו ואינו של המוצא דודאי לא טענינן בעד היורש טענת ברי להוציא רק טענת שמא וכמו שכתב הרמב"ם שאנו טוענין לו שמא הרי כל דליכא הודאה אינו של המוצא וצריך לומר דאם בעה"ב טוען שא"י הוי ריעות' ואף בזה הוא של המוצא. שוב מצאתי בס' בית מאיר(סי' ק"ז) דעמד שם על הש"ס הנ"ל דמה הפשיטות ועיי"ש דמדחיק א"ע טובא דבטענת שמא ותפיסה גרוע ל"מ ומ"מ צ"ע:

סימן מד

היכא דיש מחלוקת הפוסקים ומהני תפיסה יש מחלוקת בין המחברים אם צריך התופס לטעון קים לי כמבואר בהכנה"ג רק עבור יורשי' טוענין קים לי לכו"ע והכריע בנתיבות דאם הוא מוחזק מעיקרא שלא מחמת תפיסה טענינן עבורו קים לי אבל בתפיסה צריך דוקא לטעון קים לי אבל אנן לא טענינן עבורו רק כשמת טענינן עבור יתומים וסותר דברי עצמו שכ' (ס"ד) ליישב דברי הטור שכתב בכמה מקומות אם תפס במאי דהוא בש"ס בתיקו דאין מוציאין ובכמה מקומות מביא מחלוקת הרמב"ם דסובר דאין מוציאין ודעת אביו הרא"ש ז"ל דמוציאין דכיון דבפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה אף אם המחלוקת הוא בתפיסה עצמו וכיון דהתופס יכול לומר קים לי כרמב"ם דמהני תפיסה לכך סתם בדבריו ולא הביא דעת הרא"ש כיון שאין נ"מ בדבריו. ואם הדין הוא דאין טוענין עבורו קים לי בפלוגתא דרבוותא א"כ נ"מ טובא היכא דאינו טוען קים לי כרמב"ם דאז מוציאין מידו כדעת הרא"ש:

ועיין בס' ת"כ ריש הספר דתמה על מרן המחבר דסתם ביו"ד (סי' שט"ו) דת"כ אין מוציאין מידו דלמה לא הביא דעת החולקים שהם הרוב ולכאורה יש לומר כנ"ל דאף דיש חולקין מ"מ התופס יכול לומר קים לי כרמב"ם דמהני תפיסה לכך סתם וכן הרמ"א דהביא דעת החולקים דמוציאין לכאורה ליכא נ"מ דהא מ"מ כיון דדעת רמב"ם וסייעתו דאין מוציאין שוב יכול לומר קים לי כדעתם:

אולם אם נאמר דצריך דוקא שיטעון בעצמו קים לי שפיר הביא הרמ"א דעת החולקים. אולם יש לומר מדברי רמ"א אינו ראיה דהא הוא הכריע דמוציאין וכתב וכן הלכתא וכנראה היכא דהכריע הרמ"א שוב א"י לומר קים לי וכמו שכ' בתומים ונתיבות דהוי כטועה בד"מ רק בדברי המחבר י"ל דלכך לא הביא דעת החולקים כיון דליכא נ"מ דאף בספק בתפיסה עצמה אם מהני יכול התופס לומר קים לי אולם אם נאמר דצריך לטעון קים לי שפיר קשיא ליה להש"ך. עכ"פ כנראה הסכמות הפוסקים דבתופס ואינו מוחזק מעיקרא צריך שיטעון קים לי ובקה"ס העלה דבכ"מ טענת קים לי לא טענינן ואף אם לטעון בעבור יתומים חוכך הרבה והמחברים מחלקים בין תופס למוחזק מעיקרא. אך יש לומר דהיכא דתופס המוחזק מעיקרא בהחזרה מן התופס ממנו א"צ לטעון קים לי והב"ד טוענין עבורו כמו בשביל המוחזק מעיקר' כיון דמסייע לו חמר"ק או די"ל כיון שזה כבר תפס וזכה בטענות קים לי שוב לא דיינינן מטעם חזקת מר"ק והתופס בהחזרה צריך ג"כ שיטעון קים לי ולא טענינן בעדו והדבר צריך הכרעה בדעת האחרונים:

ברם להמבואר בסוף ספר גט פשוט (כלל א') בטעם הדבר דיכול לומר קים לי אף נגד רוב הפוסקים משום דאנן הולכין בממון אחר הרוב אף דאמרה התורה אחרי רבים להטות ושנים מחייבים ואחד מזכה חייב הוא מטעם שכתבו תוס' ב"ק ר"פ המניח דהתם מיעוט דידהו כמו שאינו והיינו דמיעוט הדיינים מבטלין דעתם מפני הרוב ואף בב"ד של ג' אין היחיד יכול להורות כסברתו נגד חביריו הרבים וכל כללות הב"ד אף המיעוט מבטלים דעתם וזה דוקא כשהדיינים נו"נ ביחד הוי המיעוט כמו שאינו אבל בספרי הפוסקים כשלא ראו אלו את אלו ולא דברו זה עם זה אמרינן אילו אם היו נו"נ ביחד מכח הפלפול והויכוח אפשר דהמרובי' היו מודים לדברי המיעוט ושם האריך להוכיח מדברי רשב"א בתשוב' מובא ב"י (סי' י"ג) דאין הולכין אחר הרוב אלא כשרבו מתוך מו"מ של כולם אבל כשהמיעוט איננו לא שאלו היה שם אותו אחד שמא היה מראה טעם היפך מה שהסכימו הרוב ויודו הרוב בכך וכן האריך שם להוכיח מדברי מהרי"ק והרלב"ח דרובו מתוך כולו בעינן שיהיו נו"נ יחד אבל במחלוקת הפוסקים זה אוסר וזה מתיר ל"ש בזה אחרי רבים להטות והוי ספיקא דדינא כל שלא נו"נ יחד ועיי"ש וא"כ כיון דכל עיקר דיכול לומר קים לי הוא באם אין הב"ד יודעים להכריע דאם יודעים ומכריעים מכח דעתם וראייתם לחייב ודאי א"י לומר קים לי דאין לך אלא השופט אשר יהי' בימיך כמבואר מדברי רמב"ם (פ"א) מהלכות ממרים ובדברי רמב"ם במס' עדיות ועיין תשובת דרכי נועם ח"מ (סי' ט"ו) הביא דברי רדב"ז כן דמוציאין ממנו בע"כ וכתב דלא עדיף מהפקר ב"ד דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שעיניו רואות לזמנו ושעתו וכתב הדרכי

נועם דהשתא דאין לנו מומחה שיכול להפקיר ממון או להפקיעו מ"מ נ"מ כשקבלוהו עליהם לדון כפי מה שיורוהו מן השמי' אין הבע"ד יכול לומר קים לי. וכבר כתבו כמה מחברים דכל הכלל קים לי ל"ה ולא נברא אלא מחמת חוסר כח הכרעה שא"י להכריע בין סברות החולקים אבל אם הדיין בר הכי הוא שיודע להכריע יכול לדון כהכרעתו כיון דברור לו כאחותו ועיין יש"ש ב"ק (פ"ב סי' ה') ורק אם הב"ד א"י להכריע ולא עוז וכח בידם להכריע בין הפוסקים אז יכול לומר קים לי כהמזכים אף שהם מיעוטים נגד המחייבים וכיון דהד"ת הואיל דלא נו"נ יחד במו"מ של הלכה ליכא רוב ולא אמרה התורה בזה אחרי רבים להטות ונשאר הדבר בספק לדינא כיצד יחייבו הב"ד כיון דליכא הכרעת דעתם בראייתם וסברתם רק עפ"י דעת הפוסקים לאו שם ב"ד עליהם לחייבו אף אם לא טוען המתחייב עפ"י רוב קים לי כמיעוט:

אך דבר זה צ"ע טובא דאף דמבואר ברשב"א ובכל הני מקומות שהביא הג"פ ראיותיו דבעינן רובו מתוך כולו היינו במקום דצריך שיהיה עליהם שם ב"ד ובגוונו דרשב"א דקבלו הבע"ד עליהם עשרה לדון ביניהם בזה כשנסתלקו שנים מהם אף דשמנה הסכימו לדעת אחת ואף אם היו השנים שנסתלקו עמהם הי' נתבטל דעתם נגד הרוב מ"מ הפסק צריך שיהיה מן עשרה וכיון של"ה עמהם יחד לא מקרי רובו מתוך כולו דאחרי רבים להטות דכתיב לגבי דיינים היינו שהפסק יהי' מכולם ביחד ואז יתקיים הדבר עפ"י רוב וכן בב"ד של שלשה צריך שיצא הדין מן שלשה וצריך ב"ד לזה ובזה אמרה התורה אחרי רבים להטות דוקא כשהם רובו מתוך כולו ואז הוי כאלו שלשתן מסכימים לדעת אחד ויצא הדין מכולם וכן בהסכמת הציבור וכ"ד שצריך דעת כולם שיתחברו יחד בזה הולכין אחר הרוב כשישבו יחד ונתבטל דעת המיעוט נגד הרוב דחייבין לבטל דעתם של המיעוט ברוב וכשלא יש רוב מתוך כולם לא נתבטל דעת היחיד אבל באיסור והיתר ובדבר שא"צ ב"ד רק אנן לא נדע הדין היכן הוא ודאי אמרינן למיזל בתר רובא דכך נוטה דעת התורה כשהדבר ספק למיזל בתר רוב ואף אם הרוב והמיעוט לא ישבו יחד ולא נו"נ זה עם זה מ"מ כיון דאנן לא נדע דעת מי שנחזיק אזלינן בתר רוב דיעות. ועיין מ"ש בח"ר בדיני בב"ח ותערובות (סי' יוד) להוכיח דע"כ אחרי רבים להטות בביטול איסורין אף דודאי האיסור נשאר במקומו ואם יבא אליהו ויברר נשאר באיסורו ובכ"ז קיי"ל חד בתרי בעל וע"כ דגזה"כ הוא אחרי רבים להטות בכל אופנים וכמו"ש רש"י מס' חולין (דף י"ב) וע"כ הא דבעינן רובו מתוך כולו הוא רק היכא דצריך הסכמות המיעוט שיועיל ואז אף דאינם מסכימים כיון שמוכרעים מהרוב הוי ככולם מסכימים. אבל כשבאו הב"ד לחקור אחרי הדין ומצאו וראו מחלוקת הפוסקים בזה אמרינן אחרי

רבים להטות ובודאי אמרינן כיון דאחד מהם טועה ויש כאן שקר ואמת יותר מסתבר דיחיד טועה ממה שנאמר דרבים טועים:

וזה דעת הרשב"א בתשובה (סי' רנ"ג) והרמ"א (סי' כ"ה) באם שני פוסקים זה אוסר וזה מתיר אם האחד גדול בחכמה ובמנין ויצא שמו הולכין אחריו בין להחמיר בין להקל ובשניהם שווין ולא נודע מי גדול בשל תורה הולכין אחר המחמיר ובשל סופרים הולכין אחר המיקל וכתב עוד שם הרשב"א ובמקום שיש שנים שוין שהולכין אחר המחמיר בשל תורה דוקא כשהם אחד נגד אחד אבל אם שנים הם כנגד אחד הולכין אחר הרוב ואם יש ת"ח הראוי להוראה ורואה דברי המיקל בזה אפשר שיעשה כקולו מפני שהוא מסכים עם המיקל והם רבים נגד היחיד עיי"ש והג"פ עמד ע"ד רשב"א דזה נגד כלל דבעינן רובו מתוך כולו אולם דעת רשב"א ברור דדוקא בדבר דצריך ב"ד ושיהיה נעשה בכח כל הב"ד בזה בעינן רובו מתוך כולו אבל להורות הוראה הן באו"ה דל"ב ב"ד ודאי החיוב להורות כרוב הפוסקים מטעם אחרי רבים להטות דיותר תולין האמת בהרוב וכן בדיני ממונות הב"ד כולו מסכימים להורות כרוב הפוסקים:

ועיין בספר תורת חיים ע"ז (דף ו') דמפרש הא דקתני בבריית' שם הנשאל לחכם וטימא לא ישאל לחכם ויטהר משום דספיקא דדינא הוא דמאי חזית דאזלית בתר הך זיל בתר אידך ואשמועינן דאע"ג דאותו חכם שטיהר גדול מאידך בחכמה ובמנין אפ"ה הוי ספיקא דדינא דלא אמר רחמנא אחרי רבים להטות אלא היכא דשקלו וטרו בהדי הדדי אבל בלא שקלו וטרו בהדי הדדי לא כמו בג' דיינים דהאומר א"י כמאן דליתא דמי כיון דל"א דעתיה ודלמא אי הוי ידע הוי מחזירין וה"נ כיון דלא שקלו וטרו בהדדי לא אזלינן בתר רובא דא"ל אלו הוי שקיל וטרי בהדייהו דלמא הוו מודו ליה דטמא הוא עכ"ד וזה נגד דברי הרמ"א (סי' כ"ה) והרשב"א בתשובה הנ"ל ועוד לדבריו למה נקט לא ישאל לחכם ויטהר הא אף לשני חכמים ג"כ לא ישאל ואף לדברי הראב"ד והרא"ש דמטעם שויא ח"ד הוא אסור ג"כ אף אם שני חכמים מתירין לו מ"מ נקיט רק לא ישאל לחכם דלדידהו עיקר הטעם משום דשויא ח"ד ואין חילוק בין אחד לשנים אבל לדברי התו"ח הטעם הוא אף לחכם הגדול ממנו בחכמה לא ישאל להתיר לו כיון דלא שקיל וטרי עם הראשון א"כ עיקר חסר והיה לומר אף לחכמים לא ישאל. ועוד הא סתמא קתני אף בטומאה דרבנן ג"כ כשטימא לו החכם שנשאל לא ישאל לחכם אף הגדול ממנו ואם עיקר הטעם הוא משום דכ"ז שלא שקיל וטרי עמו הוי ספקא דדינא א"כ בדרבנן יש להקל ואף שיש ליישב כ"ז לשיטת התו"ח מ"מ עיקר דבריו הם נגד הרשב"א והרמ"א

הנ"ל. שוב ראיתי בספר חק"ל יו"ד שגם הוא העלה כן דל"ב לענין הוראה רובו מתוך כולו ואחרי רבים להטות הוא בכל ענין דא"צ הסכמות כולם ושיעשה המעש' מכולם וכמו"ש: **אולם** בכ"ז יש לומר דל"ב דיטעון קים לי לפי מ"ש התומים בכוונת תוס' ב"ק דלכך אף בד"מ ב' אומרים חייב ואחד אומר זכאי בטל במיעוטו כיון דהם עיקר ב"ד ולהשנים ליכא שום ספק רק דבר ברור דחייב משא"כ בכ"מ אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דעכ"פ ספק הוי ואינו דבר ברור. א"כ זה דוקא היכא דהוא דבר ברור לב"ד שכן הוא הדין אבל בדבר שיש מחלוקת הפוסקים כיון דאין הב"ד יודעים להכריע ובאים לחייבו מכח רוב פוסקים לאו שם ב"ד עליהם לחייבו כיון שא"י בבירור הדין והדרינן לכללא דאין הולכין בממון אחר הרוב ואין מוציאין ממון אף כשאין הלה טוען קים לי. ובתומים כתב עוד דרך אחר בביאור דברי תוס' ב"ק הנ"ל דבכ"מ יש מיעוט בעולם אבל בדיינים המחולקים דאחד מהם טועה ויש שקר ואמת ויותר מסתבר דיחיד טועה ואיך נימא למיזל בתר מיעוט וכי נלך בתר שקרא ולדבריו גם במחלוקת הפוסקים אזלינן בממון בתר רוב. ובקה"ס (כלל ו' אות ז') גמגם עליו וכל מעיין ישפוט בצדק כי דברי התומים נעימים וטעמו ונימוקו עמו:

ולכאורה יש נ"מ נמי לדינא בזה להמבואר בהגה"א סנהדרין וכן העלה הש"ך (סי' כ"ה ס"ק י"ט) באם ב"ד של ג' שנים מזכים ואחד מחייב ואמנם המזכים חלוקין זה ע"ז בראייתם מ"מ כיון ששניהם שוים בזכות או בחובה הו"ל רבים ויש לומר דזה דוקא באם חלוקין זה ע"ז בראייתו של חבירו ומ"מ שניהם מסכימים שזה חייב או זכאי בתביעה זו שדנין עליה אבל אם יש בדין זה שני טעמים לחייבו ואף אם היה נופל בהנידון רק טעם אחד אומר זה שחייב בשביל הטעם שלו וחבירו אומר שרק ע"פ טעם האחר מחייבו וע"ז הטעם של חבירו מסכים עם זה שחולק על שניהם א"כ י"ל כיון דמשכחת הדין שיקרה בנפרד בין הטעמים ועל כל טעם של חבירו יש רוב כנגדו א"כ ל"ש למיזל בתר רוב לחייבו כיון דעכ"פ נגד הסכמת כל אחד יש רוב להיפך או די"ל כיון דעכ"פ לדברי שניה' יצא זה חייב לשלם וכיון דהקרה הנידון במקום שלדברי הרוב חייב לשלם ממנ"פ הוי רוב לחיוב:

וראיתי בתשובת נו"ב מהד"ת חח"מ (סי' ג') תשובה מבנו הגאון מהר"ש ז"ל בנידון שאחד תובע מחבירו מאה חמשים בעבור היזק שגרם לו בידים וחמשים שהוציא עליו הוצאה להצלות ממונו ונחלקו הדיינים לג' דיעות דיין אחד פוטר את הנתבע מכל תביעותיו ודיין השני מחייב אותו בחמשים בעבור ההיזק באמרו עפ"י הדין שזה מזיק בידים ודיין השלישי מחייב אותו בחמישים שטען שהוציא עבורו ופוטר אותו

בהחמישים שטען עבור ההיזק וכתב השואל די"ל אף דעפ"י רוב דיעות חייב בחמישים י"ל דהוי נגד כל אחד המחייב רוב לפטור כיון דעל כל תביעה איכא שנים לפטור והגאון מוהר"ש ז"ל השיב לחייבו ומדמה אותו לעדות מיוחדת דמצטרפין וה"נ כיון דעפ"י רוב דיינים חייב לשלם חמישים חותכין הדין על פיהם עיי"ש באורך בדבריו דאף אם היו אלו ב' תביעות בב' פעמים היה פטור מ"מ כיון דתבע בפ"א בב"א ויצא חייב בחמישי' מרוב דיעות חייב לשלם החמישים. והדברים מתמיהים ל"מ כשהיה משני תביעות דאם באנו לדון על כ"א בפ"ע היה יצא זכאי אמאי יתחייב כיון שתבע בב"א הא מ"מ על כל חמישים יש רוב לפטרו וא"ד כלל לתובע חבירו חמישים מלוה וחמישים פקדון והודה לו באחד דהוי מודה במקצת לחייבו שבועה שמדמה אותו הרב מוהר"ש ז"ל דשם כיון דהודה במקצת יכול להעיד וחייב שבועה כי היכא דלודה משא"כ בזה דעל כל תביעה יש לנו ספק בדין אם חייב וכיון דעל כל תביעה יש רוב דיינים הפוטרים אחרי רבים להטות ומהראוי לפטרו מכל וכל אלא אף בתביעה אחת מ"מ כיון שמצד מה שחייבו דיין אחד פטרו שנים ואם היה הנידון זה בא לפניהם ול"ה מקום לחייבו מכח הדין שחייבו האחר היה פטור דהוי רוב לזכותו מה"ת יתחייב עכשיו כיון דהדיין השני מחייבו מצד מקום וסברא אחרת ובאם היה בא הנידון באופן דל"ה יתלכדו יחד השני סיבות החיוב ל"ה מקום לחייבו מהראוי לפטרו אף כשהקרה השני סיבות יחד דכל מה שאינו בנפרד אינו במחובר. וע"כ לא כתבו דאף משני טעמים מצטרפין לרוב רק היכא דליכא נ"מ לענין הדין במ"א ולא היכא דיש נ"מ לענין הדין במ"א אז ממילא הוי רוב להיפך לפטרו. אולם למ"ש התומים בכוונת תוס' דכיון דהוי ברור לב"ד לחייבו לא משגחינן על המיעוט דהרוב הם הב"ד ולהם הדין ברור שחייב ולא איכפת לן בהחד המיעוט שחולק יש מקום לומר דעכ"פ כיון דברור לשנים שחייב בחמישים מוציאין מידו אף שהוא משני טעמים ואף משני תביעות הא מ"מ הרוב פוסקים דחייב בבירור חמישים. אבל להסברא השניה שכתב התומים דיותר מסתבר שהיחיד טועה משנימא דרבים טועים ולא נוכל ליילך בתר מיעוט ושקרא ח"ו נראה ברור דבנידון הנ"ל כיון דעל כל תביעה ותביעה יש רבים לפטור יותר מסתבר לומר דהיחיד טועה וכ"א המחייב בעד תביעה אחת טועה נגד שנים הפוטרים ואף בתביעה אחת אם יש נ"מ בטעמים המחייבים ודין שחותך הדיין אחד לחייבו אם היה רק טעם וסיבה הזאת יש שנים חולקין רק דיין אחד מחייב בדין מחמת טעם אחר בלעדי טעם אחר וכ"א חולק על טעם חבירו ומסתבר דאין מוציאין ממון כיון דהוי רוב לפסוק הדין לפטור:

והנה הג"פ שם הביא דברי רדב"ז בתשובה דס"ל דמ"ש תורה אחרי רבים להטות הוי אפילו בדברי פוסקים שלא דברו זה עם זה פנים בפנים ואף להוציא ממון אזלינן בתר רוב הפוסקים מה"ת ומשיג עליו דסוגיין דעלמא דלא כוותיה ובפרט התופסים דגל קים לי דאין רוב כ"מ אלא הבא מתוך הכלל וכבר כתבתי לעיל דז"א בדבר שא"צ לצרף המיעוט ומ"מ התופסים דגל קים לי הוא או כשטוען כן באם היה בכח הב"ד לברר היו מכריעין בהמיעוט וכמ"ש התומים או מטעם דלא נודע רוב דיעות ומי יודע כמה פוסקים שלא נודעים לנו היו פוסקים כדעת המיעוט בהכרעתם וכבר כתב הש"ג ב"ב פ"ב דאף באיסורין דהולכין אחר הרוב הוא דוקא אם הוא רוב ברור ולא כשיש ספק רוב ק"ו בממון. ועיין רדב"ז (ח"א סי' שנ"ג) בשותפים שהיו ביניהם תנאים ונכתב על הענין ג' שטרות שנים ביד כ"א מהשותפים ואחד ביד שלוש ונמצאו השטרות מחולפים בתנאים כי טעה הסופר באחד מהם ויש חלוק דין כפי הלשונות על איזה שטר נסמוך וכתב התורה אמרה אחרי רבים להטות והביא מדברי רשב"א לענין ספר תורה שנמצאו מחולפים נתקן אותם אחר הרוב ולכאורה קשה הא בממון אין הולכין אחר הרוב ואף ברובא דאיתא קמן קיי"ל בח"מ (סי' רצ"ב) דאין הולכין אחר הרוב וא"כ מאי הביא ראיה מדברי הרשב"א דהוא לענין איסור וכבר עמד ע"ד בזה בספר שער משפט (סי' מ"ב) וי"ל דהרדב"ז לשיטתו דגם במחלוקת הפוסקים פסקינן בתר רובא דפוסקים אף להוציא ממון והטעם כנ"ל דא"ד לרוב דרדיא דיש להמיעוט מציאות בעולם משא"כ בין אמת לשקר יותר מסתבר דיחיד טועה וכמ"ש התומים וה"נ כיון דע"כ יש כאן טעות יותר מסתבר דטעה הסופר פעם אחד משנימא דטעה שני פעמים והוי כמו רוב שהוא מצד הסברא והשכל דמהני אף בממון כמו חזקה דא"א פורע תו"ז וכדומה דמוציאין ממון:

עוד י"ל בטעמא דרדב"ז הנז' דסמכינן בתר רוב שטרות למה שהעלה בס' ש"ש (ש"א פ' כ"ד) דהיכא דאיתא שטרא מהני רובא וס"ס דהו"ל כמוחזק עיי"ש וה"נ כיון דיש שטר מהני רובא אולם באמת יש לגמגם שם בדבריו טובא דכ' כל שהיה בפנינו קודם שנולד הספק בחזקת כתובה מאתים כמו כל הנשים השתא אע"ג דנולד הספק ולטענתו לא התחיל החיוב מ"מ ע"י רוב וס"ס דמסייע לה מפקינן דא"כ מה הקשה הסוגיא כתובות (דף י"ג) בפלוגתא דר"ה ור"י אם בו"ש ברי עדיף מפלוגתא דר"ג ור"י בהיא אומרת משארסתני נאנסתי אם נאמנת הא שם הוי כתובה ושטר לפנינו לכך אמר ר"ג דברי ושמא ברי עדיף א"ו כיון דאם היתה בעולה והוי מקח טעות לא התחיל כלל החיוב והוי כמו בו"ש בעלמא במע"פ ועיין ב"ש אה"ע (סי' ס"ח ס"ק כ"ב) ובש"מ שם משם רמב"ן ואכ"מ בזה ויבואר אי"ה במ"א עכ"פ קשה להוציא אף בשטר היכא דרוב מסייע:

וי"ל עוד לדון דבשטר מהני למיזל בתר רוב עפ"י מ"ש תוספות חולין (דף צ"ו) דאף דאין מוציאין ממון בסימנין מ"מ שטר מחזירין להמלוה בסימנין כיון דאין מוציאין רק דמחזירין השטר ועיין קצוה"ח (סי' מ"ו ס"ק ח') דמה"ט מהני בקיום שטרות ע"י דימוי בצורות האותיות דזה הוי כמו סימנים ובכ"י ל"מ דהו"ל כמעידין דפלניא דהאי סימנא חייב דאין מוציאין ממון בסימנים. וכנראה י"ל דרוב לא גרע מסימנים דהא לרב מוציאין אף ממון ברוב ובסימנים אין מוציאין ממון ועכ"פ אף לדידן דאין מוציאין ממון י"ל דעכ"פ רוב לא גרע מסימנים וא"כ כמו דמחזירין שטר ליד המלוה בסימנים הואיל דל"ה כהוצאות ממון רק להחזיק השטר כן נמי ע"י הרוב מחזיקין להשטר דמסייע לו הרוב ואזלינן בתר רובא בכה"ג לכ"ע ועיין מ"ש בדברי משפט אאזמ"ו ז"ל (סי' א' ס"ק) להשיג על הקצוה"ח ולדבריו יש לחלק מדברי תוס' חולין הנ"ל לנידון דרדב"ז:

סימן מה

והיכא דתובע לחבירו בערכאות של עכו"ם ומחייבים אותו שבועה ובדיני ישראל היו פוטרי' אותו משום דמצי לומר קים לי אם יכול הנתבע לישבע בערכאות כת' בתשובת מהר"א ששון (סי' מ"ז) לצדד דאף דאין יכול לטעון ברי מפי אחרים מ"מ כיון דהוא מחלוקת הפוסקים והפקר ב"ד הפקר מה"ת וכיון שהב"ד ראשונים ואחרונים מפקירים ממון התובע היכא דמצי לומר קים לי י"ל דיכול לישבע שאינו חייב והניח בצ"ע ולכאורה י"ל דלא שייך בזה לומר הפקר ב"ד הפקר חדא כיון דאם היה בכח הב"ד להכריע כדעת המחייבין הי' בידם לחייב רק כיון דגם להב"ד הוא ספק מסלקין א"ע מדין זה ואין בכחם להוציא אבל מ"מ ל"ש לומר בזה הפקר ב"ד הפקר ועוד להמבואר בתוס' יבמות (דף פ"ט) דהיכא דנשאר באותו ממון זכות לבעלים הראשונים ל"ש לומר הפקר ב"ד הפקר א"כ בספיקא דדינא היכא דמהני תפיסה לא נוכל לפטור את הנתבע מטעם הפקר ב"ד דהא ל"ה החיוב הפקר דהא אם תפס אין מוציאין גם ממנו וע"כ הפטור הוא משום דאין בכח ב"ד יפה להוציא אבל אם כלפי שמים גליא דהדין לחייבו נשאר בחיובו וא"כ א"י לישבע דאינו חייב לו כיון דרוב הפוסקים פוסקין לחיוב גם להמבואר מדברי רש"י ב"מ (דף צ"ו) דב"ד שבכל דור ודור שכל משפטי' תלוים בהם וע"י נוהגות חוקות המתוקנים לציבור מאז והוי כמו שתקנו לו הם קנין זה משמע דכל מאי דאתינן מכח הפקר ב"ד הפקר תלוי בב"ד שבכל דור ודור א"כ כל זמן דלא נפסק הדין דיכול לומר קים לי ל"ש לומר בזה הפקר ב"ד הפקר שיהיה יכול לישבע דאינו חייב ועיין בכנה"ג יו"ד (סי' רל"ב ס"ק ס"ב):

ובאמת יש לדון אף היכא דעפ"י רוב הפוסקים אין מוציאין מיד המוחזק אם יכול לישבע דא"ח לו היכא דתובע אותו בערכאות כיון דבאמת רוב אינו בירור גמור שכן הוא וכמו"ש הש"מ ב"מ סוגיא דת"כ דרק כך גזרה התורה שכן אנו צריכין לילך בתר רוב אבל מ"מ ל"ה בירור גמור שכן הוא כמו שמעיד הרוב. אך י"ל מ"מ כיון דכך החיוב לדון עפ"י ד"ת דהממע"ה ממיל' יכול לישבע דא"ח לו ועיין מרדכי סוף יבמות ובתשובת הגהות מיימוני הלכות גירושין (סי' י"א) על עובדא דחסא סוף יבמות כיון דאשתו אסורה האיך אשתבע ר"נ דאכלו כווריי לחסא וכתב דלענין איסור שבועה אזלינן בתר רובא רק לגבי חומר ערוה מחמירינן לחוש למיעוטא ובמ"א הבאתי ראיה מזה בנידון דנפלה אשתו למים שאין להם סוף דאזלינן בתר רובא דנטבעה ורק בחומר איסור ערוה החמירו חכז"ל ולא לגבי איסור אחר והעד לזה דר"נ אשתבע דאכלו כווריי לחסא אולם י"ל לדברי הש"מ הנ"ל דרוב אינו בירור גמור למה יהיה רשאי לישבע על אמיתת הענין שכן הוא כאשר יעיד הרוב. ואף על דבר שהעידו שני עדים נראה ג"כ דאסור לאחר לישבע שכן הוא האמת לאמתו דדלמא משקרי דהא דסמכינן לדון על כל דבר עפ"י עדים לאו מצד דהאמת לאמיתו כן הוא דיכול להיות דשקורי משקרי רק גזה"כ הוא לדון עפ"י עדים וכמבוא' בדברי רמב"ם הלכות יסה"ת (פ"ח ה"ג) שצוונו לחתוך הדבר עפ"י ב' עדים אעפ"י שאין אנו יודעים אם העידו אמת או שקר ולקמן דיני עדות אי"ה יבוא דבר זה בארוכה וא"כ כנראה א"י שום אדם אחר לישבע על בירור הדבר שכן הוא. ובתשובת חות יאיר (סי' קפ"ב) כתב וז"ל כי נהי דמצי לישבע על דברי אשתו בזה דהתורה הימנה ממ"ש וספרה לה משא"כ ע"ד אשה אחרת שאמרה לו שהיא נדה וגם באשתו צ"ע אי מצי לישבע די"ל דלא הימנה התורה רק לבוא עליה משום דלא סגי בלא"ה. ולענ"ד ודאי אף דהאמינה התורה לומר שפירסה נדה מ"מ על אמיתת הדבר שכן הוא ודאי אינו רשאי לישבע ואף בשני עדים מעידין י"ל דרק גזה"כ הוא מה שצריך לדון עפ"י חייבין אנו לדון ע"י עדותן אבל לא לישבע שדבריהם אמיתים וכנים הם דמ"מ אינו בירור גמור שכן הוא. שוב ראיתי בס' תקפו כהן (סי' ע"ט) שהביא דברי מהר"א ששון הנ"ל וכתב בפשיטות דבטענות ברי עפ"י ע"א או ב' עדים פשיטא דא"י לשבע. וצ"ע בדברי המרדכי והגה"מ הנ"ל וגם בלא"ה הא שם אף עדים כשרים ל"ה רק נכרי מסלפ"ת ואיך סמך ר"נ לישבע ע"ז ויש לדבר בזה אי"ה במקום אחר עכ"פ ודאי שישבע דא"ח לו היכא דבאמת חייב לרוב הפוסקים רק מטעם קים לי אין מוציאין ממנו אסור לישבע דא"ח ואף במקום דרוב פוסקים פוטרין אותו אם אינו אצלו בירור גמור צ"ע אם יכול לישבע בסתם דברור לו דא"ח ואף דיכול לישבע על דעתו כפי שהוא הדין דאין מוציאין מידו מ"מ אם נשבע ע"ד

התובע או אחרים דבאמת א"ח ואם כלפי שמיא גליא דחייב נשבע לשקר ודאי באופן זה אסור לו שישבע:

סימן מו

דעת הש"ך בת"כ דהלואה הוי תפס ברשות ואם חייב לחבירו ממון ברור ונולד אח"כ ספקא דדינא ממ"א אם המלוה חייב ללוה הוי הלואה הברורה כתפס כיון דלהוצאה ניתנה ולאו ברשותא דמר"ק קאי אבל אם יש לשכנגדו שטר על החוב ל"מ תפיסה ומוכרח לשלם תחילה שטרו והו"ל כגבוי והוכיח כן מתשובת רשב"א (סי' תקע"א) באשה שמסרה לבעלה ויש ס' אם עשו תקנות נגזל במסור דל"ה הבעל כמוחזק בכתובתה כמו בטענ' סטראי דמהימן במגו ול"ה להוציא לפי שהשטר כמוחזק וכן הוכיח מדעת הרי"ף פ' י"נ גבי איבעיא בבריא שכתב כל נכסיו לבניו וכ' לאשתו קרקע כ"ש אם אבדה כתובתה דדעת הרי"ף דמוקמינן הכתובה על חזקתה ועל הבעל להביא ראיה דמחלה ודעת כל הפוסקים דמפסידה כמבואר אה"ע (סי' ק"ו) הוא משום דנולד הס' על הכתובה גופה ועיין באו"ת דמשיג עליו ובנתיבות מישב כל השגותיו:

ויש לעיין על הש"ע אה"ע (סי' ק"ו) דסתם כדעת החולקים על הרי"ף ובב"ש שם כ' דבבריא מהני תפיסה כדעת הרי"ף והג"א ובאמת שכן ג"כ דעת הר"י מיגאש ז"ל ב"ב (דף קל"ב) וברמ"ה שם דל"ה מחילה ואוקי שטר כתובה אחזקתי' דכל ספיקא דממונא כדמעיקרא מוקמינן לה. אולם הם מפרשי דבשכ"מ אפילו קנה נכסי אח"כ לא גבי מידי דאחולי אחלתה לכתובתה ובבריא אם קנה אח"כ נכסי מצי אמרה דלא אחלה רק מהני נכסי דכתב לבניו מהם אחילת שעבודא ואם קנה בתר הכי גביא מינייהו דלא אחלתה לכתובתה לגמרי או דלמה כיון דהשתא לית ליה ושתקה ודאי אחילתה אפילו קנה נכסים אח"כ וכיון דליכא ראיה דמחלה מוקמינן לה לכתובתה אחזקה ואי קנה נכסי אח"כ גביא והיינו דאמר ר"כ שם (דף קל"ג) אלו הדר קנה מי לא גביא ובשכ"מ אחולי אחילתה לכתובתה לגמרי ואפילו עמד והדר קנה נכסים לא גביא ולא משכח' לה אלא בברי זהו פירושו של הר"י מיגאש ז"ל ולשיטתו בשכ"מ א"ג אף ממה שקנה אח"כ דאחלה לכתובה לגמרי וכן בבריא הוי מחילה בבירור מהני נכסים שכתב לבניו סלקה שעבודה ועיקר האיבעיא הי' על נכסים שקנה אח"כ ובזה פוסק דגביא והוכיח מהך דר"כ. והרמ"ה מפרש דאם הדר קני נכסי לא תיבעי לך דודאי אית לה שעבודא בגויהו כדמוכח מדר"כ רק היכא דלא הדר קני האיבעיא אי אבדה מהני נכסי דדוקא בשכ"מ דידעא דל"ה ליה נכסי אחרינא וקמחלה אמאי דכתב לבניו אבל בבריא סברא הדר קנה ואדעתא דהכי קא מחלה וכיון דלא הדר קנה איגלאי מילתא למפרע דמחילה בטעות

הוי או דלמא דמחלה שעבוד כתובתה מהני נכסי לגמרי ומסיק דמוקמינן הכתובה על חזקתה. ולשיטתו אם לא הדר קנה גביא אף מנכסים שכתב לבניו. עכ"פ תרוייהו ס"ל להלכה דמנכסי שקנה אח"כ בבריא גביא והש"ע שם כלל תרוייהו הן בבריא הן בשכ"מ דהפסידה כתובתה ומנכסים שיבאו לו אח"כ גובה מהם ולדעת הר"י מיגאש בשכ"מ איבדה הכתובה ומחלה לגמרי ואף מנכסים שיזכה בהם אח"כ לא גביא ולו יהיה דהוי ספיקא דדינא אם כהר"י מיגאש והרי"ף או כדעת הרא"ש והטור דלעולם לא הפסידה ממה שיקנה אח"כ הן בבריא הן בשכ"מ הא מ"מ איך נוציא ממון בשכ"מ וגביא מנכסים שקנה אח"כ ואולי כיון דגם הרמ"ה העלה שם (פ' י"נ סי' קנ"ב) דעובדא דר"כ היה בשכ"מ דגביא מנכסים שקנה אח"כ הוי הר"י מיגאש בשיטתו דעת יחיד:

ועיין מהרי"ט (סי' קי"ט) שכתב דדבר ברור שמ"ש הרי"ף דעל הבעל להביא ראיה היא היתה נוסחא הראשונה והוא מן החזרות שחזר בו הרי"ף דמאחר דקיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי אף כאן מספיקא לא גביא ובדעת ר"ב שהביא הג"א כ' דהיורשים הו"ל כא"י אם פרעתיך שבאו בספק מחילה אמרינן בו"ש ברי עדיף עיי"ש. אולם למה שמבואר בפנינו דעת הר"י מיגאש תלמידו של הרי"ף והרמ"ה דמוקמינן הכתובה על חזקתה אין מן התימא לומר שכן ג"כ דעת הרי"ף ובודאי תפיסה עכ"פ מהני. ובאמת בנ"י ב"ב שם כ' וז"ל ועליה להביא ראיה דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הכושר מקרי בעל השטר המוציא ולשון זה צריך ביאור וכנראה דכוונתו הוא דוקא בכתובה הואיל דלא נתנה לגבות מחיים ולא ברור חיובו עד שימות הבעל או תתגרש לא מקרי חיוב עד עת ראוי לגביה ועיין תומים (סי' ע"ה ס"ק כ"ב) שכתב כן בביאור דברי תוס' סוטה (דף כ"ה) בהא דמתה עד שלא שתתה דהקשו רק לר"ה ור"י אמאי ל"א ברי ושמא ברי עדיף ול"א גם לדידן דהוי כא"י אם פרעתיך דהטעם הוא דל"ש לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דגם החוב אינו ודאי דאלו תמות לא יתחייב לה כלל עיי"ש וזה נמי כוונת הנ"י דלית ליה לשטרא שעת הכושר לכך מקרי בעל השטר המוציא וזה הוא דוקא בכתובה אבל לא בשאר חוב דברור י"ל דלכ"ע מוקמינן השטר על החזקה. ולדעת הרי"ף והר"י מיגאש ור"ב והרמ"ה גם בכתובה מוקמינן על החזקה דהם סברו דכיון דהשטר כתובה והחיוב נשאר במקומו רק שסלקה שעבודה מהני נכסי וכיון שהספק הוא על סילוק השעבוד דומה לשאר שט"ח דמוקמינן השעבוד על חזקתו ואף בתרי נגד תרי על שטר אם הוא פרוע דעת הר"י מיגאש ז'ל בתשובה (סי' קע"ב) בשם רבינו וכנראה שהוא הרי"ף ז"ל דמוקמינן השטר על חזקתו ודלא כמו שהעלה הש"ך (סי' מ"ו ס"ק ק"א וסי' ע"א) ויבואר בדין זה עוד אי"ה לקמן דיני עדות ודיני הלואה:

אך ממה דפסקינן (סי' מ"ב) דיד בעל השובר על העליונ' משמע דאין לחלק בין כתובה לשאר חוב. ועיין ב"ש (סי' ס"ו ס"ק ט') דבספיקא דדינא אם מהני מחילה מדמה להא דמבואר ח"מ (סי' ס"ה סכ"ג) ברמ"א דהקטן מחל ולא הגדול ובב"מ שם משיג עליו דשם הוא הטעם דאין בלשון זה שאמר שטר אחד מחול כ"א הקטן מכ"ש אם טוען ברי והנמחל א"י דהוי כא"י אם פרעתיך אבל בספיקא דדינא אם המחילה הוא טוב הא פסקינן שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ואמרינן הממע"ה והביא ראיה מהא דאה"ע (סי' ק"ו) ולמ"ש יש לחלק בין כתובה לשאר חוב וכמו שכתבתי מלשון הנ"י ב"ב ועיין בקונטרס הספיקות בקצוה"ח (כלל ז' סי' ב') שתמה על דעת הרא"ש דפוסק בכ"מ דל"מ תפיסה בתיקו מדוע מהני התם תפיסת היתומים הא ספק מחילה הוי כתופס שלא ברשות. ולא אדע קושיתו הא עכ"פ היורשים הוו מוחזקים מעיקרא והממע"ה אף דהחוב היה ברור מ"מ אף אם נאמר דהלואה ל"ה כתפוס קודם שנולד הספק מ"מ כיון דהוי ספק בדין על שטר זה בעצמו אמרינן הממע"ה. ומ"ש במהרי"ט לדון דבו"ש ברי עדיף יש לומר כיון דלחכז"ל הוא ספק בדעת בני אדם שוב לא מקבלינן לברי שלה כיון דלהך צד דהוי מחילה שוב א"נ בטענתה נגד דעת חכז"ל כמבואר בתה"ד (סי' ר"ז) משם א"ז ואף דעכ"פ עכשיו הוי ספק מ"מ מבואר מכמה מקומות דא"נ וכתבתי בזה בכמה מקומות בהגהותי בד"ח ועוד יבואר אי"ה במ"א הטעם בזה עפ"י מש"כ התוס' רי"ד במס' חולין דמה שהוא ספק ונשאר בתיקו אין אתנו יודע כי אפשר כבר הוכרע פעם אחד וא"כ אם הוכרע דעת בני אדם דע"י שתיקתה מחלה אף בברי שוב א"נ לומר ההיפך וכיון דלא מקבלין לטענתה לטענת ברי אין מוציאין מיד היורשין והממע"ה. גם י"ל דהיורשים הוו כעין א"י אם נתחייבנו ועיין ב"מ (סי' קע"ח סט"ו) אולם דבריו שם תמוהין כמו שהשיג עליו כבר אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ד') מ"מ לגבי כתובה דאין החוב אז ברור כמו שכתבתי לעיל מדברי נ"י שפיר פוסק הרא"ש דהממע"ה והוו היתומים כמוחזקין מעיקרא ואף אם ל"מ תפיסה להוציא ממר"ק מ"מ כשבא להוציא ממוחזק מעיקרא היכא דיש דרא דממונא וספק בלא טענותיהם לכ"ע אין מוציאין:

ומה שכתב שם בקה"ס ליישב דברי רמ"א (סי' ס"ה) הנ"ל והוא מדברי רד"ך ומטו בי' משם רשב"א דבמחילה הקטן מחל והש"ך שם הקשה דהא מוחזק בהמעות ואף בשובר שכתוב לשון מחילה אמרינן יד בעל השובר על העליונה וכתב הוא לשיטתו דחולק על הש"ך וסובר דהמלוה הוי ג"כ תפס שלא ברשות ולכך בספק מחילה מוקמינן השטר על חזקתו משא"כ בשטר אחד פרוע אין אנו מוציאין מחזקתו אינו מובן החילוק בין מחילה לפרוע הא כמו כן אפשר דמחל הגדול ואף דיש חזקה להשטר מ"מ כמו כן יש חזקת

ממון ונימא הממע"ה כיון דיש דררא דממונא ונולד הספק בפנינו איזהו נמחל. גם הא אף אם נודה לדבריו דלכך דעת הרי"ף בהך איבעיא דבבריא האיך דמוקמינן הכתובה על חזקתה וסובר דל"מ תפיסה בתיקו מ"מ הא דעת הרמ"א בכ"מ דמהני תפיס' א"כ בספק השקול כשיש דררא דממונא דג"כ מהני תפיסה אף בטענת שמא יקשה למה לא יועיל תפיסת הלוה דהגדול נמחל. ברם כנראה עיקר דינו של רד"ך ורמ"א הנ"ל הוא מדברי תשובת רשב"א המובא ב"י אה"ע (סי' צ"ג) וכתב הטעם דבנותן או מוחל עליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו וכן מבואר הטעם בדברי ריטב"א כתובות ר"פ הכותב דכשיש בלשון השובר לשון סתום שסובל ב' משמעות ידו על העליונה כיון שחיובו ברור והוא כמו שכתב בנתיבות בכללי תפיסה (ס"ק י"א) דכל שקונה מחמת הלשון אינו קונה רק מה שהוא ברור בלשונו ולא במה שיש בו ספק:

עוד כתב שם להכריע דהלואה כתפס ברשות ומקרי הלוה תפס אף שיש להמלוה שטר ודלא כש"ך מדברי רמב"ן ורשב"א ור"ן פרק א"נ שהשיבו על הראב"ד דסובר דבאבק ריבית חייב לציד"ש להחזיר ואם תפס הלוה אין מוציאין ממה דלא מחשבינן משטרא לשטרא ואמאי הא תפס הלוה ואי משום שטרא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי הרי היכא דמהני תפיסה מהני אף דנקיט אידך שטרא וראי' הזאת אינה מכרעת דדעת הש"ך היכא דהוי רק ספק חיוב ממקום אחר בזה אמרינן דאין ספק חיוב שיש לו בידו כנגדו מוצי' מידי ודאי חיוב השטר משא"כ לגבי אבק ריבית דלא יש שום ספק במציאות או בהדין רק לדעת הראב"ד כך הוא הדין דאף דאין מוציאין בדיינים מ"מ לציד"ש חייב להחזיר ותפיסה מהני בזה אף דחובו בשטר ברור ובחזקת חיוב קאי מ"מ הא גם חובו של הלוה ברי והוי כיש לי בידך כנגדו בבירור כיון דכך הדין דחייב בד"ש ותפיסת הלוה מהני הוי כמו שכופין הלוה להחזיר מה שתפס משא"כ היכא דל"מ תפיסה רק מספק ואמרינן דאין לנו להוציא וזוזי היכא דקאי קאי בזה כשיש לו שטר יש לומר דלא מבטלינן השטר מחזקתו ואין ספק מוציא מידי ודאי:

ובעיקר הדין הנה הנתיבות הכריע כדעת הש"ך דל"מ תפיסת הלוה כשיש שטר היכא דהנידון יש לו בידך כנגדו מספק בא ממ"א. וכן נראה דעת הנו"ב מהד"ק חח"מ (סי' ה') אך הוא יצא לדון כיון דכל ראיות הש"ך הוא דמהני מגו אף דמגו להוציא ל"א לכן דן אמת שהלוה לא נקרא מוחזק ואין המלוה נקרא מוציא כיון ששטרו בידו נחשב לזה כגבוי אבל ג"כ אין הלוה נקרא מוציא מיד המלוה לכן כשיש להם ספיקא דדינא ממ"א והלוה רוצה לתפוס חוב זה ולזכות בטענת קים לי לכן כיון דאינו תופס אף שחבירו ג"כ אינו תופס ל"ש לומר קים לי אבל במקום שהדין הוא היכא שאין שום אחד מוחזק מחויב

לשלם לראובן רק היכא ששמעון מוחזק בזה אם ראובן חייב לשמעון אף דנקיט שטרא יכול ראובן להחזיק החוב שבידו כי כאן תפיסת ראובן אינו מטעם קים לי ומספיקא דדינא רק הוא מצד הדין שאם אין שמעון נקרא מוחזק הדין נותן לזכות לראובן לכן דן שם בבתולה שקשרה א"ע בתנאים ובחיוב קנס ואבי החתן קבל מנדן נגד שט"ח ואח"כ חזרה הכלה ודן שם דאף דעכשיו נמצאת גדולה מ"מ יכולה לחזור וא"מ ממנה החצי נדן קנס דדלמא אז היתה קטנה והיינו דחזקה דרבא ל"מ להוציא ממון אבל שיתחייב אבי החתן להחזיר החוב שבשטר יכול לתפוס כיון דהוי כמו שאין שום אחד מוחזק בממון זה אזלינן בתר חזקה דהשתא דגדולה היתה בשעת כתיבת התנאים ואף דהש"ך הביא משם הרמב"ן כיון שהשטר כשר כאלו הממון הוא ביד המלוה ע"כ דלאו דוקא דהא אין הבכור נוטל פי שנים במלוה בשטר ולאו כגבוי רק דל"ה מגו להוציא דאין המלוה נקרא מוציא אבל ג"כ ל"ה מוחזק. גם דן דיש אף להוציא השטר מיד הכלה כיון דאבי החתן הטוען קים לי כהרא"ש דאזלינן בתר חזקה דהשתא ולהחולקים ל"ה רק ספק יש לומר דע"כ לא קאמר הש"ך דאין הלוה יכול להחזיק על סד"ד ממ"א רק היכא שכ"א אומר קים לי דהוי כברי או בספק בגוף הדבר והוי כ"א שמא ולכך גובה המלוה שטרו אבל כאן טענת הלוה שהוא אבי החתן ברי וטענת היתומה שמא עכ"ד:

אולם ממ"ש הש"ך בת"כ דכיון דיש לו שטר מוכרח לשלם לו מתחילה שטרו והו"ל כגבוי ולא מקרי זה שבידו המעות מוחזק לתפסו בשביל סד"ד ממ"א וכן משמע לכאורה בתשובת הרשב"א שם עכ"ל והיינו ממה שדן הרשב"א דהבעל ל"ה כתופס הכתובה וכ' מכמה דברים חדא דל"מ רק כשתפס שלא בעדי' והיינו דהרשב"א סובר דל"מ תפיסה בתיקו וכתב ועוד דאין זה תפיסה אלא כאומר פרעתיך והגע עצמך אלו היה אחד חייב לחבירו בשטר ואמר יש לי בידך כנגדן מלוה ופקדון מי מהימן ואמרינן כיון דתפס תפס עכ"ל מזה דן הש"ך דאף אם מהני תפיסה מספק מ"מ כיון דיש ביד שכנגדו שטר ל"מ ושם הודה דה האשה שהפסידה לבעלה ע"י המסירות והאשה טוענת שמא והבעל ברי ורצו לחייבה מטעם דהוא איבעיא דלא איפשט' אם עשו תקנות נגזל במסור וא"כ מבואר אף דהוי דררא דממונא והיה מהני תפיסה מ"מ כיון שיש לה שטר כתובה ל"מ תפיסת הבעל אף דהוא טוען ברי שכך וכך הפסידה והיא טוענת שמא כמבואר שם בתשובת רשב"א רק דבו"ש לאו ברי עדיף הרי דאף בבו"ש חייב ג"כ לשלם השטר לדעת הש"ך ואף דשם בנידון דהרשב"א הוי שמא טוב דל"ה לה למידע כמה הפסיד' וכמו שכתב שם הרשב"א דמטעם זה ל"ה מתוך שאי"ל ותשלם מ"מ הא גם בנידן דהנו"ב שם הוי שמא גרוע דל"ה למידע אם היתה אז גדולה או לא ואפ"ה דן לומר בזה בו"ש ברי עדיף לסברתו

דהוי כאלו אין שניהם מוחזקין וכוונתו דכיון דאין שניהם מוחזקין אמרי' בזה בו"ש ברי עדיף ובזה מבואר מדעת הש"ך דלא כן הוא רק אף בבו"ש אינו מפסיד בעל השטר. והטעם דחשבינן ליה לבעל השטר כמוחזק ממש וכאלו הממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקמי ממונא הוא. וכן מבואר להדיא בדברי תשובת רשב"א המיוחסת (סי' ה') שהביא הש"ך ממנו ראיה דזה סברתו של רב"ח גבי פוגמות דקאמר ש"ד משום דמוחזקת היא ובעל דאתי לאורועי שטרא חשבינן ליה כמוציא ותובע ואיהו מודה במקצת ממה שהוחזק עיי"ש שהביא מן ירושלמי כן דלכך הוא כעין שבועת התורה וכתב ולאו כמו שגבתה ממש דליכא למימר דשבקי ב"ה ועבדי כב"ש והמעיין בדבריו יראה מבואר דלא כמו"ש הנו"ב דהוי כאלו אין שניהם מוחזקין וכמונח בסימטא רק דבעל השטר הוי כמוחז' וממילא י"ל אף בברי טוב ושמא גרוע כשטוענין על יש לי בידך כנגדו ממ"א ג"כ גובה בשטר וכמו שדן כן הקצוה"ח (סי' נ"ט) והסכים עמו שם בנתיבות ועוד יבואר אי"ה לקמן בדיני הלואה בזה:

ברם לדינא אף כי הש"ך תלה יחד ע"ד הרשב"א בתשובה (סי' תקע"ב) הנ"ל בהכרח צריך לומר דהרשב"א שם עיקר טעמו משום דסובר דתפיסה בעדים ל"מ אבל במקום דמהני תפיסה כמו בתרי נגד תרי בטענת ברי אז אף שיש לו שטר מבורר והספק דתו"ת על חוב שיש לו בידו כנגדו בא ממ"א מהני תפיסת הלוה ואין בעל השטר גובה ודלא כהש"ך דהא מבואר בתשובת הרשב"א (ח"ב סי' כ"ה) באשה שתובעת מבעלה אחר שנתגרשה מתנתה ונדונייתא ובעלה מוציא עליה שטר חוב שחייבתה עצמה לו לאחר נישואין ואמר לגבות מנדונייתה והאשה טוענת שהיתה אנוסה בנתינת השט"ח וכתב דאם כתב ידן של עדי השטר יוצא ממ"א אעפ"י ששני עדים אמרו דהיתה אנוסה הוי כתרי נגד תרי ואי תפס אפילו בעדים לא מפקינן והכי נמי כמאן דתפס הבעל הוא כיון דהוא חייב לה כתובה ונדוניא ויכול הוא לומר יש לי בידך כנגדן כך וכך מעות וסיים שם ודין זה שוה במי שנתגרשה כבר ובמי שהיא יושבת תחת בעלה עדיין עיי"ש הרי מבואר אף דיש לאשה שטר מבורר על נדונייתה וכתובתה ולא יש בו שום ריעותא וספק רק על היש לי בידך כנגדן נולד הספק מ"מ כיון דמהני תפיסה בתו"ת הוי הבעל כתפס ועומד אף נגד שטר מבורר וא"כ ע"כ עיקר טעמו בהך (דתקע"ג) הוא משום דל"מ תפיסה בתיקו לשיטתו והלואה ל"ה כתפס ברשות ודלא כדעת הש"ך והסכמת הנתיבות רק כהתומים וקה"ס והיכא דמהני תפיסה מהני אף שיש לו שטר כן נלע"ד:

כעת הגיע לידי ספר תפארת צבי ח"ב הנדפס מחדש מגאון האמיתי המפורסם בדורו מ' צבי הירש זצ"ל מזאמושט אבד"ק אה"ו וראיתי בו (סי' ע"ז) שהעלה ג"כ להלכה דכמו

דמהני תפיסת חפץ בסד"ד ול"מ מר"ק כ"ש תופס בדמי הלואה ול"מ השטר בהא ואף אם הוא סד"ד אין מוציאין מיד המוחזק וראיתי שם סברתו דהא צריך טעם למה בסיטראי המלוה נאמן כיון דל"ש חזקה שטר בידך מה בעי דל"ה רצה להחזיר לו וכן למה א"נ יש לי בידך כנגדו רק במגו לכך כ' הטעם כיון דקיי"ל (סי' פ"ה) זה גובה וזה גובה ואם אחד מכר השט"ח גובה הלוקח דלא נפקע השעבוד רק משום הפוכי מטרתא כ"א עומד בשלו וכן ג"כ אם גזל המלוה מן הלוה לא נפקע השיעבוד לכן כשמודה בהחוב רק שאמר יש לי בידך כנגדו הוי כרוצה לגבות משאר חפצים ול"מ תפיסה בעדים לכן בטענת סיטראי כיון דהמלוה לא קבל על חוב זה אף שא"ח לו חוב אחר ורוצה לגזלו מ"מ לא נפקע החוב וא"ד לפרעון בע"כ דשם א"ר לגזול ונשאר ברשותי' דמרי' אבל הגוזל את חבירו א"י ליתן לו זה בפרעון דשוב אינו ברשותו כמו שא"י ליתן לאחר כך א"י ליתן להגזלן בפרעון החוב אם א"ר ונשאר החוב בתוקפו רק זה רוצה לתפוס החוב עבור שאומר שגזל ממנו בהא א"נ אבל מ"מ אם יש ספק לפנינו י"ל דמהני תפיסה. והנה כל חילו דהש"ך הוא מדברי תשובת רמב"ן ורשב"א הנ"ל והם כתבו דכיון שהספק מצד אחר הוי כגבוי. וגם דינו אינו נראה אף דכן מבואר בטוש"ע (סי' פ"ה) דלא נפקע החוב ומה"ט כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני הלואה (סי' ל"ב) [ונדפס שם בטעות בסוף סי' ל"א ושייך לסוף סי' ל"ב] במחלוקת הראנ"ח והש"ך (סי' ס"ו) במוכר שט"ח ללוי ולוי חייב להלוה אם יכול המוכר למחול דדעת הש"ך כיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה ל"ה כפרעון וכתבתי שם דמוכח מדברי הטוש"ע (סי' פ"ה) הנ"ל דכ"ז שלא פסקו הב"ד דזה יעמוד בשלו וזה בשלו החיוב נשאר לכ"א שיעבוד הגוף על חבירו וכמו דמהני המכירה כ"כ יכול למחול אך מ"מ כתבתי שם לעיין ברמ"א (סי' ע"ב סי"ז) והיינו דמשם מוכח דזה הכל קודם שרוצה לפרוע לו ושיעמוד זה בשלו וזה בשלו אבל כשאחד רוצה לפרוע בחובו שזה חייב לו ושיפקע חובו בחוב שחייב לו מהני אף בע"כ דהא מבואר שם דבכ"מ שיכול לטעון על מה שת"י יכול לישבע סתם שא"ח לו כלום ובלבד שיודע בודאי שזה שכנגדו חייב לו כגון שיש לו מלוה בידו או פקדון וברור לו שלא נאנס משכנגדו שהוא חייב ליתן לו פקדונו או דמיו ועיי"ש בסמ"ע וש"ך דאף אם הנפקד טוען להד"מ הרי מודה שלא נאנס יכול לישבע שא"ח לו והוא דוקא במקום דהדין הוא כ"א עומד בשלו עכ"פ מבואר אף בהלוא' וגזל אף דהוי אינו ברשותו מ"מ יכול לפרוע להגזלן או להמלוה שלו בגזילה וחוב שיש לו בידו והיינו אף אם מכר החוב שלו לאחר גובה הלוקח הוא כ"ז שלא גילה לו שנותן לו זה בפרעון חובו אבל אם גמר בדעתו לסלק לו בעד חובו כמו דאם היה ידוע להב"ד והיו דנין שכ"א יעמוד בשלו כמו כן יכול הוא ג"כ למיעבד הדין לנפשו ולסלק

לו חובו וגזל שבידו עבור חובו ועיין בריטב"א ובש"מ ב"מ (דף ו') בזה בארוכה ואף דאינו ברשותו מ"מ מלבד דלדעת כמה גדולים יכול לתת להגזלן בעצמו ואף אם אינו יכול להקנות לו בע"כ מ"מ כיון דשלו הוא אף דא"ב יכול לסלק לו בזה בעד חובו ועיין בש"ג ר"פ הפרה בהא דנזקקין לתובע תחילה באם תבע לו בשטר וחזר זה ותבע לו שיש לו בידו חפץ אומרים לו פרע תחילה שטרך ואח"כ תתבעהו בב"ד אבל אם תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כגון שאומר שחייב לו כך וכך ממון מ"א הוי כאלו אמר שהשטר פרוע ואם טוען השבע לי חייב שבועה כמו באומר אשתבע לי דלא פרעתיך עיין קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ו') וצריך לומר הא דבחפץ אינו חייב לישבע אם טוען השבע לי היינו כיון דאינו נותן לו בתורת פרעון אבל כשרוצה ליתן לו בתורת פרעון יכול לסלקו דהא חזינן דיכול זה לישבע שא"ח לו. ולכך בהא דנאמן סיטראי אתי עלה הרמב"ן מטעם כגבוי דמי ובאמת ברמב"ן מס' ב"ב אתי עלה מטעם אחר דאין דנין רק על ממון זה שקבל ולכך ל"ה מגו להוציא אולם הכל הוא מטעם דלעניו זה הוי השטר כגבוי וכמ"ש בתשובה המיוחסת ובתשובת הרשב"א הנז' ומזה כל חילו דבעל הש"ך. עכ"פ בגוף הדין אחרי דמבואר מתשובת הרשב"א הנז' דבמקום דמהני תפיסה יכול לתפוס החוב הברור אף כשיש שטר ודאי דאין מוציאין מן המוחזק ועוד יבואר אי"ה בזה לקמן בדיני הלואה:

סימן מז

היכא דחייב לציד"ש דעת כמה פוסקים דמהני תפיסה ומקורו מדברי רש"י ב"מ (דף צ"א) בהא דאמר רבא אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו וכתב רש"י כיון דרמו תשלומין אלא שאין כח לענשו בשתים אבל ביד"ש לא יצא עד שישלם א"נ אי תפסה לא מפקינן מינה ועיין ש"ך (סי' כ"ח) משם הישו"ש דדוקא בקלבד"מ רמו עליו החיוב לציד"ש בזה מהני תפיסה ולא במ"א וכבר כתבו אחרונים דיש בזה מחלוקת הראשונים ודעת ראב"ד וס' החינוך גבי אבק ריבית דאי תפס לא מפקינן מיניה ועיין נ"י פ' א"נ ובמל"מ (פכ"א) ממלוה:

וראיתי בס' שעה"מ (פ"ה) מעבדים דהקשה מש"ס קידושין (דף כ"ז) הכהו כנגד עיניו ואינו רואה כנגד אזנו ואינו שומע אין עבד יוצא בהן לחירות ופרכינן עלה למימרא דקלא לאו כלום הוא והתני רמי בר יחזקאל תרנגול שהושיט ראשו כו' ומשני שאני אדם כיון דבר דעה הוא איהו מיבעית נפשיה כדתניא המבעית את חבירו פטור מד"א וחייב בד"ש ואם בחיוב לציד"ש מהני תפיסה א"כ העבד תפס בעצמו וכמו שכתבו הראשונים דאף דאין דנין דיני קנסות בבבל מ"מ ביציאת ראשי אברים העבד תפס בעצמו וה"נ יהני תפיסת העבד וכתב דכיון דאיכא מ"ע דלעולם בהם תעבודו אפילו מד"ש לא מחייב ויש

לגמגם בזה למ"ש הר"ן מס' גיטין דלצורך ותועלת עצמו אם משחרר אינו עובר כיון דאין עושה בחנם א"כ אם רמו עליו החיוב בד"ש נאמר דליכא כלל העשה ברם ל"ק כלל דאף דהמבעית חבירו חייב בד"ש גבי עבד שהוא קנין כספו פטור רק אם הכהו על עיניו ועל אזנו גלי לן קרא דיוצא לחירות ועיין מכילתא פ' משפטים ע"פ וכי יכה איש את עין עבדו ל"נ לפי שהוא אומר לעולם בהם תעבודו שומע אני אף הפיל את שנו ת"ל וכי יכה כו' ומבואר עוד שם את עין עבדו שומע אני אפילו העלתה ירוד ת"ל ושחתה לא אמרתי אלא מכה שיש בה השחתה מכאן אמרו טפח על אזנו וחרשו על עינו וסימא אותו ה"ז יוצא ב"ח כנגד עינו ואינו רואה כנגד אזנו ואינו שומע א"י ב"ח דברי רחב"ג שנאמר וכי יכה איש עד שיעשה מעשה עכ"ל והיינו שיעשה מעשה על העין והאזן עצמו הרי דגזה"כ הוא הואיל דקנין כספו הוא וליכא שום חיוב רק היכא דגלי קרא וז"פ:

עוד הקשה שם מירושלמי פ' א"נ בהא דמודה בקנס פטור מהו שיאמרו לו צא יד"ש נשמענא ממעשה דר"ג שסימא את עין עבדו ואמר לו ר"י שאין לו עדים ומוכח דאין אומרים לו צא יד"ש הא איכא למימר בעבד א"ח בד"ש מטעם דאיכא צורך מצוה. ולמ"ש א"ש דודאי אם יש חיוב בד"ש אף בלא עדים רשאי לשחררו שאינו בחנם. ומה שהקשה דלמה צריך להוכיח ממה שלא אמר לו ר"ילר"ג צא יד"ש הא בפשיטות אם חייב לציד"ש גבי עבד כיון שתפס בעצמו הרי יצא לחירות לא קשה ג"כ להמבואר בתוס' כתובות (דף ל"ג ע"ב) דדוקא בממון חייב בבא לציד"ש אבל קנס ל"ה מתחייב בנפשו אלא עפ"י ב"ד כדאמרינן אשר ירשיעון כו' פרט למרשיע עצמו. א"כ אף אם מהני תפיסה היכא דחייב בד"ש מ"מ בקנס ל"מ במה שאין ביד הב"ד לחייבו ואף היכא דליכא סמוכין מהני תפיס' העבד היינו דעביד דינא לנפשי' דאם היו סמוכין היו מחייבי ועומד הוא במקום סמוכין אבל במה דהב"ד ל"ה מחייבי רק לציד"ש לא מהני תפיסתו רק אם חייבו הב"ד לכן שפיר הוכיח רק ממה דלא אמר לו ר"ג לציד"ש דאז היה חייבי והיה מהני תפיסת העבד א"ו דליכא חיוב בד"ש:

עוד הקשו האחרונים למ"ש הרשב"א שבועות (דף ל"א) בהא דאמרינן שם משחק בקוביא מדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו דאף דמ"מ ל"מ עדותן מ"מ היה מועיל תפיסה ואם נאמר דבקלבד"מ מהני תפיסה למה קתני במתניתין משביע אני עליכם שתעידו שהדליק גדשי בשבת דפטורין הא היה מהני לתפיסה ותירצו דע"כ לא כתב הרשב"א דהוי כפירת ממון ע"י תפיסה רק הואיל דמדאורייתא מיחזא חזי אבל היכא דליכא רק חיוב תפיסה ל"ה כפירת ממון ועיין שב שמעתתא (ש"ז פ"ג) ובספרו אבני מילואים (ח"ב סי' צ"ו) ובדברי חיים מאאמ"ו ז"ל דיני גניבה וגזי' (סי' מ') ומ"מ

דוחק הוא דאם מהני תפיסה למה ל"ה כפירת ממון גם במתניתין מס' שבועות (דף ל"ג) סתמא קתני הרי אף אלו פטורין משמע אף אם הי' חייב לו ממון והיה יכול לתפוס בעד היזקו. ואף למ"ש הנתיבות (סי' כ"ח) דמ"מ אף בקלבד"מ דמהני תפיסה הוא בדיעבד אבל לכתחילה אסור לו לתפוס מלבד שכבר כתבתי לעיל (סי' ג') דלא משמע כן מ"מ אף אם נאמר כן ולכך א"ח להעיד כיון דלכתחילה אינו רשאי לתפוס מ"מ ודאי אם חייב לו ממ"א יכול לתפוס חובו על חיובו בד"ש א"כ למה קתני במתניתין סתמא הרי אלו פטורין. וגם הא כבר תפס ובא זה לתבוע ממנו בב"ד והתופס טוען שחייב לו בשביל שהדליק גדישו בשבת וזה כופר ומשביע להעדים שיבאו ויעידו למה לא יהיו חייבים כיון שעכשיו לאחר שכבר תפס נ"מ לענין ממון לפטרו ואנן תנן סתמא דפטורין וראיתי למי שהוכיח ממה שכתבו הרא"ש וטוש"ע (סי' כ"ד) דחובל בשבת פטור וביוה"כ חייב למה נ"מ הא אין דנין חבלות בזה"ז דליכא סמוכין רק תפיסה מהני וכיון דאף בקלבד"מ מהני תפיסה ליכא נ"מ ומה"ט כתב הרא"ש ב"ק דהשמיט הרי"ף בעייא משום דאין נ"מ רק לתפיסה וה"נ אם אף בקלבד"מ מהני תפיסה ליכא נ"מ אלא ודאי דלא מהני תפיסה היכא דפטור מטעם קלבד"מ. ואינו הוכחה דהא כבר כתב הרי"ף פ' החובל דמנדין אותו עד דמפייס ליה לבע"ד ויתן לו שיעור הראוי ליתן וכ"כ הרמב"ם והרא"ש פ' החובל כ' דכן הוא מתקנות הגאונים שלא יהיו פרוצים בניזקין וע"ש וביש"ש פ' החובל (סי' ו') דרק לענין חבלה ומריבה אבל שאר מילי אף ח"נ דקרן לא תקנו חכמים א"כ בשאר נזקין שפיר כתב הרא"ש דליכא נ"מ רק לענין תפיסה אבל בחובל צריך הרא"ש והטוש"ע להביא הדין דחובל בשבת פטור דאף דבקם ליה בדרבא מיני' חייב בלא"ה לצאת ידי שמים ומהני תפיסה מ"מ לא משמתינן ליה עד דמפייס וביוה"כ אינו פטור מטעם קלבד"מ לכן חייב ואף דליכא סמוכין מ"מ אף אם לא תפס משמתינן ליה בחובל עד דמפייס מה שאין כן בח"נ דצרורות שפיר כתב הרא"ש דליכא נ"מ רק לענין תפיסה דשם ליכא תקנות הגאונים לנדות כמ"ש היש"ש:

ואי לאו דמסתפינא היה נראה לומר דלאו בכל אנפי דחייב בד"ש אף בקלבד"מ מהני תפיסה לדעת רש"י דהנה בחידושי הר"ן סנהדרין (דף ע"ב) כתב בהא דרבא איגנבו ליה דיכרי במחתרתא אהדרינהו ניהליה ולא קבלינהו הואיל דנפק מפומיה דרב והקשו בתוס' הא חייבין לציד"ש וכתב לתרץ בשם הר"ד ז"ל וז"ל דל"ד לאתנן דצריך האדם לעמוד בדבורו אעפ"י שלא יתחייב מה"ד אבל כאן אחר שקנו בדמייהו לפי סברתו של רב קנויה לגמרי ביד הגנבים ולא נתנה להשבון וכך הוא עובר אם הוא מחזיר כמי שאינו מחזיר שאחר שקנאה אם החזיר מתנה בעלמא הוא דקא יהיב וגם אין צריך למחילה

של בעל הממון עיי"ש ובקצוה"ח תמה עליו דהא בש"ס ע"ז ר"פ השוכר את הפועל פריך וכי אמר טלה זה מ"ה הא מיחסרא משיכה והא התם ג"כ מחויב לעמוד בדיבורו כיון שהבטיח לה הרי דבשביל זה לא חל שם אתנן. אולם כנראה הר"ד ז"ל כיון לשיטת הי"מ מובא בש"מ ב"מ שם דבאתנן בדינא נמי מחייבי ליה לשלומי וטעמא משום דאיהו אתני אנפשיה למיתן לה ואמרינן ליה זיל הב לה מאי דאתנית והראב"ד הקשה לפירוש זה ועיי"ש עוד בלשון הראב"ד דב"ד לא מחייבי ליה אלא מאי דחייב איהו נפשיה וכן בעקוץ תאנה ב"ק (דף ע') איהו קבל על נפשיה הכי ואע"ג דקלבד"מ וכ' דהאי פירושא לא מסתגי הכא לגבי תשלומי פרה דהא איהו לא אתני בהדיה ולא מידי. אולם בש"מ ב"ק שם הובא משם הרב המאירי שהוא שיטת חכמי הצרפתים שאף ב"ד מחייבין ליתן האתנן אף בחייבי מיתות ואמרינן ליה זיל שלים דלא אמרו אין אדם מת ומשלם אלא בדבר הבא דרך ניזקין אבל בדבר שקבלו עליו דרך תנאי ומשא ומתן כגון אתנן וחוסם פרה שקבל עליו שלא לחסום ואף אם לא קבל עליו מ"מ ה"ה כמו שקבל עליו הואיל ומה"ת הוא וכן מכר בשבת בלקיטת תאנים מכירה הוא ומשלם בב"ד עכ"ל הרי דדעתם דרק במזיק אין אדם מת ומשלם אבל מה שקבל עליו אף הב"ד מחייבין אותו ובחוסם פי פרה הוי כקבל כששכר פרתו של חבירו ירד ע"ד זה דאסרה התורה עליו לחסום והוי כהתנה לכך חייב לשלם וזה נמי דעת ר"ד ז"ל דרק באתנן צריך לעמוד בדבורו אף שלא נתחייב מן הדין ואין הכוונה דבדיבור בלבד דז"א כדמוכח מש"ס מס' ע"ז דצריך קנין רק היכא דהתנו והיה דרך מו"מ חייב לעמוד בדבורו אף במקום דאם לא התנה היה פטור מטעם קם ליה בד"מ אבל היכא דלא ירד ע"ד להתחייב פטור בקלבד"מ אף לציד"ש. ולפי"ז י"ל דאף רש"י וסייעתו דחולקים ע"ז ודעתם דאף בהתנו והתחייב דרך מו"מ ג"כ לא מחייבין הב"ד רק לציד"ש ומהני תפיסה מ"מ לא מהני תפיסה רק היכא דהתחייב א"ע והתנו לתת בזה כיון דחייב לקיים דבורו אף דהב"ד אין מחייבין אותו מ"מ צריך לציד"ש לקיים דבריו מה שהי' בקנין ואין פוטרו רק המיתה דהב"ד א"י לחייבו שתי רשעות אבל תפיסתו מהני אבל בשאר מזיקין י"ל דמודה רש"י לדעת חכמי צרפתים ור"ד ז"ל הנ"ל דאף לציד"ש א"ח ול"מ תפיסה ולדרך זה לא קשה על דעת רש"י כל הקושיות ועיין מ"ש בזה כמה הערות לעיל (סי' ג'):

אך מ"מ דעת כל הפוסקים בשיטת רש"י דבכל מקום דקלבד"מ חייב לציד"ש ומהני תפיסה וכן מבואר תשובת מהר"מ ב"ב (ח"ב סי' תכ"ה) הבאתי לעיל דכתב הא דרבא לא קבל אף דמהני תפיסה כיון דלא רצו להחזיר אלא בתורת דין אם היה מקבל מהם ע"ד אחרת היה דומה לגניבת דעת ועיין תומים (סי' כ"ח ס"ק ד). ומה"ט נראה למאי דקיי"ל

בבא במחתרת דלא קנה היכא דאיתא בעינא רק כששיבר כמבואר בטוש"ע (סי' שנ"א) אם נשתנית הגזיל' כגון בגנב טלה והוציא באיסור שבת ונעשה איל דקונה כשאר גנב וגזלן בשינוי. וראיתי בקצוה"ח שם דכתב דאינו חייב בהשבה דכיון דקלבד"מ אין אנו מחייבין אותו כלום על שעת הגניבה רק בתברי' בידים אבל איתבר ממילא פטור ממילא א"ח בהשבה כמו שאר שומרים רק בכ"מ שהוא ברשות בעלים הוא וטורח השבה על הבעלים הוא והוליד מזה בנתיבות שם דממילא אינו קונה בשינוי דעיקר קנין שינוי נלמד ממה דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזור ואם לאו דמים בעי שלומי וקונה אף בע"כ דאוקמי רחמנא ברשותיה וכיון דבקלבד"מ לא נתחייב בוהשיב ממילא לא קני הגזילה. ולענ"ד נראה דאף אם נאמר דא"ח בהשבה היינו דהב"ד אין כופין אותו לקיים העשה דוהשיב כיון דעל שעת גניבה היה חיוב מיתה אין הב"ד יכולין לחייב אותו בשתי רשעות וכיון דעל שעת גניבה היה חיוב מיתה שוב אין ביד הב"ד לכוף להחזיר הממון אבל מ"מ המצות עשה דוהשיב רמיא עליו לקיים כיון דמה"ד יש עליו כל החיובין של גנב לציד"ש רק דלא ניתן בכח ב"ד לדון ע"ז בשתי רשעות אבל החיוב של העשה דוהשיב נאמר בכל אופנים של הגנבים והגזלנים אף אם היה בו חיוב מיתה לא פטרה התורה מלחייבו בשתי רשעות רק להב"ד לא נמסר אבל הוא בעצמו צריך לקיים העשה דוהשיב וממילא חייב בהשבה וטורח זה עליו רק הב"ד אין כופין אותו ע"ז אבל החיוב יש בעולם עליו וממילא אם נשתנית הגזילה מכעין שגנב קונה גוף הגזילה והדמים אינו חייב רק על שעת גזילה ועל אותו שעה קם ליה בדרבה מיניה וחייב באמת לציד"ש בדמים רק הב"ד אינם יכולין לכוף אותו רק כשהוא בעין למה לא יקבל את שלו כיון שלא קנה לגופן של כלים כמו"ש שם הרמב"ן מלחמות ובחידושי ר"ן ואף לקיים העשה דוהשיב רמיא עליו מה"ת רק הב"ד אין כופין אותו משום דכבר התחייב מיתה על שעת חיוב השבה אבל מ"מ החיוב הוא עליו וממילא קונה בשינוי. ומה שכתב הנתיבות וראיה לזה דא"כ בהא דאמרינן גנב וטבח בשבת דפטור היה לו לומר רבותא טפי דגוף הבהמה נעשה של גנב דהא קנאו בשינוי א"ו דכיון דאין עליו חיוב דמים לגריעותא דידיה אין לו ג"כ קנין הגוף למעליותא. אין ראיה זו מכרעת דודאי יש עליו חיוב דמים לגריעותא מיד שגזל דחייב בהשבה לציד"ש עכ"פ ממילא יש לו קנין הגוף והא דלא קתני דגוף הבהמה הוא של גנב זה ממילא שמענו כיון דקאמר דפטור היינו בדיני אדם אבל בד"ש ודאי חייב על הקרן ממילא קנה גוף הפרה. ועיין ריטב"א כתובות דהקשה למה לא קאמר גנב בשבת וטבח בחול דג"כ פטור דאם אין גניבה אין טביחה וכתב דאז נעשה גנב משעת טביחה וכבר הקשו עליו הא אין הגונב אחר הגנב

חייב בכפל דוגונב מבית האיש כתיב ועיימ"ש בזה אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' נ"ב) ואאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גניבה (סי' כ"ד) וראיתי בס' דו"ח למרן רבינו עק"א ז"ל מס' כתובות שם דהרגיש בעצמו בדברי הריטב"א הנז' וכ' וז"ל דאלו טבחו בחול הטביחה עצמ' הוי גניבה וטביחה דאף די"ל כיון דגנבו תחילה אין לחייבו על הטביחה משום גניבה דאין הגונב אחר הגנב חייב דמ"ש גנב אחר או שהוא עצמו חזר וגנבו מ"מ י"ל כיון דהגניבה היה בשבת ולא קם ברשותו לשום חיוב דקלבד"מ לא נעשה גנב בזה ומשו"ה בטבח בחול שפיר מקרי גניבה עכ"ל מזה מבואר דעתו דליכא שום חיוב עליו ולא הבנתי הא מ"מ ודאי אף דא"ח באונסין היינו מטעם דעיקר חיוב זה צריך שיבא משעת גניבה דאז חייב להשיב או הגוף או הממון כמבואר בש"מ ב"ק (דף ס"ו ע"א) וכיון דעל שעת גניבה היה חייב מיתה ליכא בידי אדם עליו חיוב תשלומין וממילא פטור מן אונסין אבל מ"מ אינו ברשותא דבעלים לענין הקדש ושאר דברים ואף דבד"ש רמיא עליו חיוב השבה א"כ לא קרינן ביה וגונב מבית האיש לחייבו בכפל ע"י טביחה וצ"ע עדיין בזה ויבואר אי"ה במ"א:

ומ"מ נראה אף למ"ש בשיטת רש"י וראב"ד דבלצאת ידי שמים בקים ליה בדרבה מיניה בכ"ג מהני תפיסה אף במזיק ממש וכמו שכתבתי מתשובת מהר"ם רויטנבורג וכן מבואר בהג"א מא"ז דכל קים לי' בדרבה מיניה חייב בבא לציד"ש ואי תפס לא מפקינן מיניה מ"מ יש לומר אם זה בא ותפס בהחזרה דלא מפקינן מיניה דלכאורה לדעתם בתפס מעות יש לומר דמפקינן מיניה דתופס השני כיון דתופס הראשון זכה מן הדין רק דלא נמסר לב"ד אבל אם עבד דינא לנפשיה ותפס שוב הוי שלו ממש ואם הב"ד מחייב אח"כ להתופס השני להחזיר אין מחייבין אותו משום חיוב הראשון רק ממה שתפס שלא כדין. מ"מ י"ל דהתופס השני יכול לומר קים לי דל"מ תפיסה ובפרט לשיטת חכמי צרפתים אף בד"ש אינו חייב רק היכא דהתנה והבטיח ליתן אז חייב מן הדין א"כ יכול לומר עכ"פ קים לי כהנך הסוברים דל"מ תפיסה. וכן בשאר חיובים שעיקר חיובם הוא רק לציד"ש אף דדעת כמה ראשונים דל"מ תפיסה העלה במל"מ (פכ"א) ממלוה דהתופס יכול לומר קים לי ובזה בודאי מהני לכ"ע תפיסה בהחזרה ועיין חות יאיר (סי' מ"ד) דהעלה להלכה כדעת מהרש"ל דל"מ תפיסה ושאין המוחזק יכול לומר קים לי נגד רש"ל וריב"ש. ומ"מ כיון דיש כמה ראשונים ובכנה"ג (סי' כ"ח) הביא דעת מהר"ם מינץ דמהני תפיס' ודאי דיכול לומר קים לי שלא להוציא מידו כהסכמת הש"ך והאחרוני' דאף במקום שהוא המחלוקה בתפיסה עצמה יכול לומר קים לי ובס' מח"א דיני רבית (סי' ט"ו) העלה דרק היכא דחייב מן התור' לציד"ש אז אי תפס לא מפקינן מיניה אבל

בחיוב דרבנן אינו אלם כ"כ לכן באבק ריבית אי תפס מפקינן מיניה וכן העלה בשבות יעקב (ח"א סי' קמ"ו) ומ"מ אף בלא טענת קים לי יש לומר דאף בחיוב מדרבנן מ"מ מצוה איכא שיצא יד"ש. ועיין ש"מ ב"ק פ' הכונס דכל שחייב בד"ש פסול לעדות א"כ איך יסייעו הב"ד להוציא ממנו שלא יקיים מצות חכמים ובאמת בנ"י פ' א"נ כשכתב דברי הרמב"ן ורשב"א להשיב על דעת הראב"ד רק דאפילו תפס לוה מפקינן מיניה כתב וכיון שכן הדבר ברור דאבק ריבית אפילו לציד"ש א"ח משמע דע"כ כיון דמפקינן מיניה מוכח דא"ח אף לציד"ש דאל"כ אף שהוא מדרבנן מ"מ ל"ה מפקינן למען שלא יסייעו לעובר עבירה ועיין כנה"ג (סי' ק'ז) הגהת ב"י (אות ב') שמסתפק אם יכול לתפוס בדבר שאין לו חיוב אלא משום מצוה. ומ"מ י"ל דלא מפקינן בע"כ לכ"ע רק הב"ד אומרים לו שבגזל הוא בידו ועיין מ"ש בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג') מענין זה אם כופין להחזיר ועוד יבואר אי"ה במ"א:

סימן מח

באו"ת בקיצור ת"כ (ס"ק קכ"ט) הביא ראיה דל"מ תפיס' בטענת שמא בפלוגת' דרבוות' משס"ב ב"ק (דף צ"ט) ההוא מגרומתא דאתאי לקמיה דרב טרפיה ופטריה לטבח מלשלומי דמי ואמר ר"כ ור"א עביד בך רב תרתי למעליותא דלא אוכלך ספק איסורא ומנעך מספק גזילה לפירש"י ור"י דהיה ספק טריפות ומה טובה יש כאן במניעת ספק גזל הא אם תפס ובא לידו מותר להחזיק לדעת הש"ך ובכל מקום דמצי למטעון קים לי א"ח אפילו לציד"ש א"כ מה ספק גזל יש א"ו דאין חזקתו מועיל ולכך הוי בידו ס' גזל וכ' שזה ראי' שאין אחרי' תשובה:

וקצת יש ליישב דהא מבואר בתה"ד (סי' קפ"ו) דטבח אומן השוחט בשכר וקילקל בשחיטה אף בדבר שהוא רק מצד חומרות בהלכות שחיטה חייב לשלם וכן בספק נבילה וטריפה דמ"מ היה לו לאסוקי אדעתיה שיחמירו וכתב הא דפטריה רב להטבח אע"ג דרש"י ור"י מפרשי דבשאר טבעות הוי המעשה ורב הוי מסופק אי קיי"ל כר' יוסי בשאר טבעות אי לאו ולכך אסרה מס' לחומרא ואפי"ה פטר להטבח דשמא כשירה היה הרי דלא מחייבינן אף בס' דאורייתא נימא דהו"ל לאסוקי אדעתיה דיאסרו לו מספק וכתב דלא ברורה נמי הך דהו"ל לאסוקי אדעתיה דבימי רב היה הרבה מורים להתיר בשאר טבעות כו' ושמא היה סובר הטבח שיתיר לו רב ג"כ עכ"ד ועיין בש"ך (סי' ש"ו) ולכאורה קשה הא ברש"י שם כ' ומנעך מספק גזילה דאי כשירה היא הוי הטבח פטור הרי דכתב דלכך הוי ספק גזל דדלמא כשירה הוא ואמאי הא אף אם כלפי שמיא גליא דכשירה היא מ"מ כיון דמספק הדין כיצד הוא מטרפינן חייב לשלם ואי משום דשמא היה סבר

הטבח שיתיר לו רב ג"כ ול"ה ליה לאסוקי אדעתיה א"כ אפילו אם כלפי שמיא גלי' דהוא טריפה ג"כ פטור כיון דל"ה לאסוקי אדעתיה ולמה נקט רש"י הספק גזל דדילמא כשירה היא. לכך י"ל דהא באמת אם יש רק ספק אחד אם הו"ל לאסוקי אדעתיה שיטריף מספק בזה מהני תפיסה ול"ה כלל ספק גזל דכך הוא הדין כמו שהקשה התומים כיון דתפיסה מהני וספק גזל במקום דמהני מן הדין תפיסה הוא משום דהממע"ה והותר מה"ת כמו"ש בתומים רק דשם הוי ספק ספיקא חדא דלמא כשירה הוא ורב טרפיה שלא כדין ואפשר אם הי' שואל משאר מורים היו מתירין כמו"ש התה"ד שם דכמה אמוראי פליגי בזה כדאיתא (פ"א) דחולין ור"ז אכל מוגרמת דרב ושמואל וגם דלמא ל"ה לאסוקי אדעתיה ואף אם הוא טריפה כלפי שמיא מ"מ אם ל"ה ליה לאסוקי אדעתיה פטור דהא כל הטעם דחייב בשכר משום דהו"ל אונס כעין אבידה כמו"ש תוס' והו"ל לאסוקי אדעתיה ואם ל"ה לו לאסוקי אדעתיה הוי כאונס ופטור ולכך שפיר קאמר דמנעיך מספק גזל כיון דהוי כעין ס"ס אף דאינו מתהפך מ"מ מתחילין מן עיקר אם חייב לשלם נאמר דלמא טרפי' שלא כדין ואף אם טרפיה כדין דלמא ל"ה ליה לאסוקי אדעתיה ופטור לגמרי אף אם היא טריפה כלפי שמיא וכיון דהוי ס"ס אז אף תפיסה לא מהני ולכך שפיר נקט רש"י הספק העיקרי דדלמא כשירה היא אף דצריך לזה ג"כ עוד הס' דשמא ל"ה ליה לאסוקי אדעתיה. וכמו שכתב התה"ד ולפי"ז מוכח מדברי רש"י דבספק השקול מהני תפיסה:

עוד יש לומר דהא דנקט רש"י דאי כשירה הוי הטבח פטור דהא לכאורה יש לדון בטבח אומן שקלקל בחינם אף דפטור מ"מ היינו בדיני אדם אבל בדיני שמים יש לומר דחייב דהא בש"ס שם מדמה למחלוקת ר"מ וחכמים אם נתקל פושע הוא או לא ואנן קיי"ל דלאו פושע הוא והוי לגבי ש"ח כעין אונס ובנתקל אמרו חכמי' פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים הרי דמ"מ דנעשה בגרמתו ההיזק חייב בדיני שמים אף דל"ה כפושע א"כ כמו כן בטבח שקלקל כיון דמסרו לו לשמור ובמעשיו בא ההיזק חייב עכ"פ בדיני שמים לשלם וא"כ לדעת כמה אחרונים בדעת רש"י דלאו דוקא בקים לי' בדרב"מ מהני תפיסה רק בכ"מ דחייב לשלם בד"ש מהני תפיסה א"כ מאי אמרו ליה דמנעך מספק גזל הא הטבח עכ"פ חייב בד"ש אף אם נאמר דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה מ"מ בגרמתו בא ההיזק וחייב בד"ש. אולם זה דוקא אם עשה לו בבירור ההיזק אבל אם כלפי שמים גליא דכשירה היא רק רב טרפיה בחנם בזה נראה דפטור אף בד"ש כיון דבחנם הוי כאונס אף מה דהו"ל להיות נזהר רק בד"ש חייב זה אם בא ההיזק בבירור אבל אם הוא ספק פטור אף בד"ש ולכך נקט רש"י הספק גזל דאי כשירה היא הוי הטבח פטור היינו דלכך הוי ספק גזל דאם כשירה היא הוי פטור אף בד"ש:

סימן מט

היכא דיעבור על השבועה ונוגע לאיסור מבואר בכנה"ג משם כמה פוסקים דאינו יכול לומר קים לי ובש"ך יו"ד סוף הלכות רבית הביא משם מהרשד"ם דבס' דדינא או מחלוקת בין הפוסקים אי הוי רבית קצוצה או אבק רבית דאזלינן לחומרא משום דהוי ספק דאורייתא ודעת מהר"א ששון דהוי ספק ממונא ולקולא דהממע"ה אם לא היכא דרוב הפוסקים סברו דהוי ר"ק ובכ"ז אין הב"ד מוציאין ממון והביא הש"ך ראיה ממתנות כהונה וס' בכור דפטור משום הממע"ה אע"ג דהוי מ"ע שבתורה. וראיתי בחתם סופר יו"ד (סי' רמ"א) דכתב דהרשד"ם איירי היכא דהוא מחלוקת הפוסקים אי הוי רבית קצוצה והמלוה רוצה לומר קים לי וכיון דתחילת פלוגתייהו הוא לענין איסור אי הוי א"ר או ר"ק והלוה והערב והעדים שאין להם ענין בממון כלל וכן המלוה אפילו לא נטל הרבית מ"מ בשעת ההלואה אי הוי רבית קצוצה נפסלו לעדות ולשבועה ובהא פליגו הפוסקים ול"ש לומר בזה קים לי א"כ ממילא אעפ"י שעתה הסתעף מזה אפוקי ממונא שהמלוה כבר קבל וצריך להחזיר ל"מ למימר קים לי כהמיעוט כיון דעיקר פלוגתייהו לענין איסור וכ"ע מודים דכל ספק ממונא קולא לנתבע אעפ"י שהוא איסור גזלה ועושק וכדומה עיי"ש שכתב דדין זה ברור הוא.

ולע"ד לכאורה מבואר להיפך בדברי רמב"ן הלכות בכורות (פ"ג) בהא דקיי"ל דטינוף פוטר בבכורה ואין חוששין לטינוף כתב וז"ל ומסתברא לן דכי א"ח לטינוף משום דהוי מיעוט ולמיעוטא ל"ח דוקא לגבי בכור גופיה לאכשוריה למזבח ולמלקי עניה בגיזה ועבודה ולמינהג בגופיה כל דיני בכור ודאי אבל לאפוקי כהן מנייהו דבעלים לא מצי מפיק דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב אלא זה כלל גדול בדין הממע"ה וכן מבואר שם מדברי הרא"ש ודלא כמו"ש שם בתוס' דלא עבדינן תרתי דסתרי וכיון דלכל דיני בכור מחזקינן לבכור ודאי מטעם רוב ממון נגרר אחריו ודעת רמב"ן ורא"ש דכל חד כדינו ואף דלענין מלקות דין ודאי בכור יש לו מ"מ לענין ממון הממע"ה וא"ה אחר הרוב וכן משמע דעת הטוש"ע יו"ד (סשי"ו) הרי אף דלענין איסור הוי כודאי מ"מ לענין ממון הממע"ה ושם תחילת הספק הוא לענין איסור דהא לענין מצות נתינה לא חל עליו מיד שנולד הבכור דאין נותנין כשיולד אלא יטפל בו בעליו עד שיגדל מעט כמבואר מס' בכורות וש"ע יו"ד (סי' ש"ו) ומיד כשיולד דנין על האיסור להחזיקו לודאי בכור וחייב מלקות בגיזה ועבודה ואעפי"כ כשבאנו לדון לענין איסור ולקיים מצות נתינה הנוגע לממון אמרינן הממע"ה וא"כ אף בנידון זה אף דלענין איסור קיי"ל כרוב הפוסקים דהוי

רבית קצוצה מ"מ כשכבר קבל המלוה ובאנו לדון על הממון אם חייב להחזיר למה לא מצי למימר קים לי כהמיעוט אף דעיקר פלוגתייהו לענין איסור:

ולכאורה יש לומר בטעמו של הרשד"ם דשאני איסור רבית משאר עניני ממון דהא בגזל ואונאה ועושק יכול הנגזל לומר הרני כאלו התקבלתי ואם מוחל לו מהני מחילתו וברבית לדעת הגאונים ל"מ מחילה והיינו טעמא דברבית ליכא שום שעבוד הגוף ללוה על המלוה ולא שעבוד נכסים וגלי לן קרא דאי עביד מהני כיון דמדעת נתן רק רמי רחמנא מצוה על המלוה להחיות להלוה ולקיים בו המצוה להחזיר לו לכך חייב למיהדר וא"י למחול כמו שאר מצות עשה אשר אין שום אדם יכול למחול וכמבואר טעם זה בש"מ ר"פ א"נ ועיין מ"ש בהגהותי בד"ח דיני דיינים (סי' ב') דאף הסוברי' דברבית ל"מ מחיל' מ"מ בשוחד מהני מחילה כיון דיש לו שיעבוד יכול למחול השעבוד משא"כ ברבית ודלא כמו"ש שם הקצוה"ח וכ"כ לעיל (סי' ט"ז). וא"כ כיון דליכא שעבוד נכסים ואף מחילתו ל"מ לכך בס' רבית י"ל ג"כ דאזלינן בתר רוב הפוסקים לחייבו לקיים המצוה כיון דאין בזה נגיעת ממון רק חיוב הגוף לקיים המצוה ואף מחילה ל"מ היכא דמהני מחילת הלה שבא לזכות ממנו בזה אף דהרוב מחייבו לקיים המצוה מ"מ כיון שהוא רק ברצון שכנגדו ואם יאמר הריני כאלו התקבלתי מהני בזה כיון דהדין הוא דהממע"ה לגבי ממון הוי כאומר הרני כאלו התקבלתי. ואף במתנות כהונה ובכור דפטור מספק אף דכהן א"י לומר הרני כאלו התקבלתי מ"מ אם קבל הכהן יכול להחזיר ועיקר המצוה הוא שיזכה בו הכהן מצד הממון וגם דמתנה ע"מ להחזיר מהני בהו ולכך בספק אמרינן הממע"ה משא"כ ברבית אם מקבל הלוה ומחזיר לו בשביל לקיים הבטחתו שהבטיח לתת הרבית אינו רשאי ועיקר המצוה הוא שיקיים בו וחי אחיך עמך אהדר ליה שיזכה בו לחלוטין לכן אף בספק אם פטור להחזיר מ"מ היכא דרוב הפוסקים אסרו ופסקו דהוי רבית קצוצה חייב להחזיר:

אך לפי"ז תליא במחלוקת הפוסקים אם מהני ברבית שקבל מחילת הלוה דלדעת הרמב"ם דמהני מחילה אח"כ לכן גם בספק כיון שהדין הוא הממע"ה וחייב הלוה לקיים הדין הוי כמחילה ויש לו דין ממון אף דבאיסורא אתי לידו ויש בו ספק חיוב קיום העשה דומה לכ"מ דהממע"ה דהנוגע לממון א"ח רק בדבר ברור. וי"ל דהא דכתב בעה"ת (שער מ"ו) בשם הר"ר אברהם בר' יצחק במשכנתא בלא נכייתא וכתב אין בנו כח לפסוק ואם יסתפק בדבר יעמוד ממון על חזקתו וא"י בדיינין ומזה הוכיח בס' דברי אמת בשו"ת (סי' ט' וי"א) היפך דברי מהרשד"ם ולמ"ש יש מקום לומר דהוא סובר דברבית מהני מחילה של הלוה וכיון דביד הלוה למחול הרי דל"ה רק ענין ממון לכך בספיקא דדינא

פטור דהמהע"ה אבל להסוברים דל"מ מחילה הרי דהקפידה התורה שיתקיים המצוה דהחזרה בפועל כיון דאף מתחילה מדעתו יהיב ואפ"ה אסרה התורה לכן הוי כמו ספק איסור דהוא לחומרא וי"ל דמהרשד"מ מספקא לי' לדינא אם כדעת הגאונים דל"מ מחילה או כדעת הרמב"ם דמהני מחילה לכן כ' שפיר דהוי ספק איסורא ולחומרא אבל לדידן דפסקינן כדעת הרמב"ם דמהני מחילה כמבואר בש"ע יו"ד (סי' ק"ס) ל"ה רק כמו שאר ספק ממון דהוא לקולא וכמו בספק גזל דא"ח בהשבה מספק כ"כ ברבית:

וראיתי שם שהרב דברי אמת הביא ראיה מדברי תוס' (סוף פ"א) דכתובות גבי מצא תינוק מושלך אם רוב ישראל חייב להחזיר לו אבידה וכתבו תוס' אף דאין הולכין בממון אחר הרוב היכא שבהיתר בא לידו ומדעתו נתנם לו הרי דאם הי' חזק' גמורה היינו דוחין הרוב אעפ"י שיש לאו דלא תוכל להתעלם ועשה דהשב תשיבם והו"ל מילתא דאיסורא א"ו כיון שהוא דבר של ממון אף דפתיך בהדיה איסור אם הוי חזקה גמורה אין ב"ד יורדין לנכסיו להוציא בע"כ אלא הוא יחוש לעצמו ולמ"ש אינו ראיה דשם דומה ממש לספק גזל דמהני מחילה משא"כ לגבי רבית וי"ל נמי דאינו ראיה מהנך פוסקים דפסקו בספק ממון עניים ובצדקה ובהקדש לחומרא דשם שייך איסור שאין ביד אחד למחול. ולכך בהך איבעיא דב"ב בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו אם חוזר כשעמד כתב הר"ן בטעמא דל"ח למעילה משום דאיהו ידע בנפשו דלא גמר ומקנה ומשמע היכא דליכא הך טעמא ספיקא דאיסורא לחומרא אף דדעת הר"ן בנדרים (דף ז') דספק ממון עניים לקולא אף דפתיך ביה איסורא דשם בממון עניים מהני מחילה אם כולם מחלו משא"כ בהקדש דאין ביד אדם למחול. וכן בכל ספק ממון שיש בו חומר שבועה וחרם דאעפ"כ אזלינן לקולא ואין מוציאין בדיינים יש לומר גם כן דהוא דוקא במקום דמהני מחילת התובע ואף דפתיך ביה איסור שבועה מ"מ דיינין ביה דין ממון והממע"ה אבל במקום דל"מ מחילה י"ל דהוי כספק איסורא ולחומרא ועיין עוד שם בדברי אמת מ"ש דבממון עניים הטעם דיש בו משום בל תאחר והוי כספק איסור וכן כתב הנתיבות וכבר כתבתי בענין זה באורך בספר דברי חיים דיני תפיסה (סי' ח') עיי"ש. די"ל דכיון דפטור מן הדין מצד ממון דהממע"ה אין בו משום בל תאחר וראיה לזה מהא דמבואר מס' כריתות (פ"ה) דר"ע מחייב על ספק מעילות א"ת וחכמים פוטרים ומודה ר"ע שאינו מביא את מעילתו הרי אף דמספקי לי' אם נהנה מן ההקדש או לא וחייב להביא א"ת להגין עליו מ"מ א"צ להביא הממון ובאם באמת נהנה מן ההקדש וחייב להביא מעילתו עובר על בל תאחר כמבואר רמב"ם (פי"ד הי"ג) הלכות מע"ק דכל מה דאדם חייב להקדש ולעניים עובר בבל תאחר ובכ"ז כיון דהדין הוא דספק ממון לקולא ליכא חיוב עליו משום דלא

יעבור על בל תאחר ורק בס' מתנות עניים לדעת רמב"ן ורשב"א וסייעתם אמרו דהוי ספק איסורא ומשום הקרא דכ' עני ורש הצדיקו הצדיקוהו במתנותיו גלי לן הקרא דלא למיזל בתר חזקת ממון אבל בהקדשות ובשאר איסורין אף דהוי ספק איסור ג"כ לענין בל תאחר וחיוב מעילה דהקדש אמרינן הממע"ה ועיין מה שכתבתי זה באורך בדברי חיים שם.

וגדולה מזו ראיתי בס' הלכות יו"ט מגאון עולם מהרי"ט אלגזי זצ"ל הלכות בכורות (פ"ה) שהביא מדברי בעל שיטה מקובצת כ"י יבמות (דף ק' ע"ב) דאיתא שם במתניתן היה אחד ישראל ואחד כהן כו' ובכורו יהיה רועה עד שיסתאב והקשה שם בקרבן עדה משמע לעולם הוא רועה עד שיפול בו מום ואמאי הא חייב להקריב בכור תוך שנתו וכי בשביל הנאתן יעברו על מצות על ל"ת והביא ע"ז דברי ר' בצלאל משם גליון וז"ל ובכורן ירעו כו' י"מ עד שנה אבל משנה ואילך עובר בבל תאחר וי"מ דדוקא בבכור ודאי אבל בבכור תערובות ליכא בל תאחר עכ"ל הרי אף דהוא ודאי בכור וחייב להקריבו רק כיון דיש לו ספק אם הוא כהן וא"ח לתת לכהנים אחרים וגם א"י להקריב בעצמו ואם יחייבוהו לתת לכהנים יפסיד מספק ממון אמרינן הממע"ה אף דהוא ודאי לאו דבל תאחר מ"מ כיון דהדין הוא הממע"ה ובעצמו אינו רשאי להקריב אינו עובר בבל תאחר ק"ו היכא דהוא ספק אם חייב כלל דכיון דאמרינן הממע"ה שוב אינו עובר בספק בבל תאחר. וי"מ הראשוני' סוברים כיון דודאי חייב בהקרבה עובר בבל תאחר ובאמת יש להבין דעד שנה ימתין עד שיפול בו מום הא גם קודם שנה איכא עשה שיביא הכל ברגל שפגע בו תחילה כדכתיב ובאת שמה והבאתם שמה כמבואר ברמב"ם (פט"ו) ממעשה הקרבנות ובפ"א דר"ה וכיון דעשה זו מוטל עליו מ"ש תוך שנה או משנה ואילך דיש בל תאחר וצריך לדחוק בזה או דלאו דוקא. אבל הי"מ אחרים סוברים דכל דיפסיד ממון מספק אף דחייב בודאי בהקרבה ליכא בל תאחר וק"ו בספק איסורא דבל תאחר. וכל הנוגע לממון כללא הוא דהממע"ה וספק מותר. וראיתי שם בח"ס שכתב בטעם הדבר דבכל מ"ע מכין אותו עד שתצא נפשו אין רשות לירד לנכסיו לכופו להניח תפילין והטעם משום דלמא נ"מ בנין דמעלי והנוגע לממון מוטב לירד לנכסיו ואי משום בנין דמעלי יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקיהו ובס' בשאר איסורין נמי מכין אותו עד שיסיר הספק מ"מ בס' ממון אין מכין אפילו בגופו דעי"ז יתן הממון המסופק ואולי נ"מ בנין דמעלי ולדידהו ל"ה ספק איסורא דאינהו לא עבדי איסור ולא מוטל עליהם פבע"ח וספק ממון דידהו קולא לנתבע ע"כ ספק ממונא לקולא אעפ"י דכל ממונא אית ביה איסורא עכ"ד והדברים נפלאים לי חדא היכן מצינו להקפיד על זה שיכניס א"ע בס' איסור בשביל

הבנים ועוד אף ס' גזל אם כלפי שמיא הוא דהוי גזל חייבין אף היורשים להחזיר מטעם השבת אבידה. ועוד אם צריך לחוש עבור בניו אם הוא גר זקן וסריס דודאי לא יהיה לו בנים ולא יורשים האם לא נאמר בו ג"כ ספק ממון לקולא ועוד א"כ בממון דיש רוב גמור אמאי לא חיישינן בממון ובפרט היכא דהוי כודאי איסור אף לענין מלקות ומ"מ לענין ממון אמרינן הממע"ה וכמ"ש הרמב"ן הנ"ל למה לא נחוש לס' איסור גזל וניחוש על דלמא נ"מ בנין דמעלי אתמהה ועוד הא בספק ממון בשמא ושמא לא אמרינן ליה לחייבו אף בד"ש ולמה לא נאמר לו עכ"פ דחייב בדיני שמים לשלם לחבירו ולצאת ידי ספק איסור הכי בשביל דלמא נפקי מיניה בנין דמעלי לא יחוש לעצמו לצאת ידי ס' איסור זה ודאי אינו לכן אין שחר לדברים האלה ועוד לדידן דא"ה בממון אחר הרוב אף לציד"ש א"ח ובכנה"ג מספקי לי' בטענת קים לי כמיעוט אם חייב לציד"ש וכתב דפטור ואאמ"ו ז"ל בדברי חיים חיו"ד (סי' נ"ב) צידד לומר דרוב לא גרע מברי נגד שמא דחייב לצאת יד"ש ואני כתבתי שם להביא ראיה דפטור מדברי נ"י ב"ק (פ"ד) דכתב בשור שהרג לאדם פחות מל' יום אפי' בן ט' מספיקא ל"מ ממונא וכתב כיון דכופרא כפרה חייב בבא לציד"ש הרי דוקא משום דכפרה הוא חייב בבא לציד"ש אבל בלא"ה אף דרוב מחייבו א"ח אף לציד"ש וראיה הזאת ראיתי כתוב בספר כ"י הגאון בעל מחבר ברית אברהם ז"ל וע"כ צ"ל טעם אחר בממון כמו שכתבו כל אחרונים דס' גזל לא אסרה תורה וח"מ אלם טובא שאף לצד הרוב אינו מכחיש החזקה וכמו שכתב התה"ד (סי' שמ"ט) או כמו"ש הפנ"י גיטין פ' הניזקין וב"ק ר"פ שור שנגח שהוא גזה"כ מי בעל דברים יגש אליהם:

ומ"מ מצינו לגבי הקדש לפעמים דאזלינן לחומרא כמו מסכת מנחות (דף ק"ו) פירשתי ואיני יודע מה פירשתי יביא עד שיאמר לא לכך נתכוונתי וכן מבואר ברמב"ם (פי"ו) ממע"ק ועיין רמב"ם הלכות ערכין (פ"ב ה"י) ושם (ה"ח) כל אלו ספק ומביא לפי ממונו עד שיאמר לא לכך נתכוונתי ואם מת יתנו היורשים פחות שבלשונות וכ' הכ"מ שם דלגבי יורשים הוי כדין ספיקא דממונא דהוי לקולא אבל לגבי דידיה פסק שמביא ממונו עד שיאמר לא לכך נתכוונתי משום דאפשר לברר כוונתו עפ"י דבריו נראה מדבריו דלכך צריך שיתן ויהיה מביא עד שיאמר לא לכך נתכוונתי אף דבכ"מ הממע"ה והקדש ג"כ דין ממון יש לו ואף דודאי נתחייב בדבר מ"מ כיון דהוי ספק בחיובו מהראוי לומר הממע"ה מ"מ כיון דאפשר לברר כוונתו עפ"י דבריו חייב לצאת ידי חובו עד שיאמר לא לכך נתכוונתי. ואפשר דלענין קרבן והקדש כיון דודאי היה חיוב יש לו ג"כ הדין כמו בקמה דבחזקת חיוב קיימי וס' לקט לקט ושייך ג"כ לגבי' הצדיקהו משלך ותן לו ועיין תומים

(ס"ק קכ"ז) ועיי"ש בסוף דבריו דבהיזק הגוף לחבירו כגון קוטרא ובה"כ דכ' מהר"א ששון דאין לומר קים לי דהרי הוא מילתא דאיסורא וכתב בתומים דהא יכול השני לצאת מן הבית ולהרחיק דירתו ואין כאן רק היזק ממון שיניח ביתו הפקר ובספיקא דממון יכול לומר קים לי וזה רבות בשנים הבאתי ראיה לומר כיון דאנו דנין על לכתחיל' על מי להרחיק שלא יוזק אם על המזיק להרחיק או לא הוי כספק איסור מדברי רשב"א ריש ב"ק דכתב דניזקין איסורא הוא ולחומרא. וע"כ אף דבכל עניני ממון אמרינן הממע"ה אף בניזקין זה דוקא אם אנו דנין על התשלומין אבל אם אנו דנין במה שצריך אדם ליזהר שלא יזיק יותר משלא יוזק כמו"ש תוס' ב"ק (דף כ"ג) בזה אזלינן לחומרא וראיתי אח"כ שביאר כן הגאון בעל ח"ס ז"ל שם דברי רשב"א א"כ נראה דהדין הוא עם המר"א ששון אף דיכול השני להרחיק דירתו ולצאת מן הבית מ"מ כשיושב בהבית ואין שום חיוב עליו לצאת ולהפקיר ביתו ואנו דנין על זה אם יכול להזיק לו י"ל דלכתחילה אם יעשה בשלו להזיק לחבירו הוי מילתא דאיסורא ולחומרא וא"י לומר קים לי וצ"ע בכל זה:

סימן נ

כבר כתבתי בדיני תפיסה בספרו של אמו"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ז') לדון בדעת הרא"ש דלמד בדעת הרי"ף דמהני תפיסה בתיקו ודלא כרמב"ן בדעת הרי"ף ויסוד ראייתו של הרמב"ן הוא מהא דהביא הרי"ף מס' ב"מ (סופ"ז) האיבעיא דלסטים מזויין ורועה מזויין דפטור מטעם דהאי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה ובש"ס הוא בתיקו ואם היה מהני תפיסה למה כתב הרי"ף דפטור בבירור א"ו דל"מ תפיסה ובס' תקפו כהן מדחיק א"ע בגירסת הש"ס בהך בעיא ואני בעניו כתבתי דלכאורה י"ל דבבעיא זו מודה הרא"ש דל"מ תפיסה ואינו ראיה ומדברי הרי"ף למ"א דעד כאן ל"מ תפיסה רק היכא דהספק נולד על חיוב ממון אם הנתבע חייב או לא ואמרינן הממע"ה ובזה בספיקא דדינא מהני תפיסה כיון דהוא מוחזק אמרינן שוב הממע"ה והב"ד מסלקין א"ע מדין זה כמו"ש רשב"ם ב"ב (דף קס"ו ע"ב) או מטעם שכתב בס' ת"כ ובשאר אחרונים הבאים אחריו אבל בבעי' הזאת דלסטים מזויין ורועה מזויין אין עיקר הס' נולד על חיוב ממון לבד כי גם הספק נולד על חיוב השומר אם מחוייב בשמירה כזו למסור נפשו נגד הלסטים מזויין או לא ובזה מוקמינן על מר"ק ומספק אינו מחוייב למסור נפשו נגד הלסטים מזויין ולא קבל עליו שמירה מעולה כזאת ממילא שוב ל"מ תפיסה ואף דהתופס מוחזק בממון ל"מ חזקתו דלא על זה נולד הספק על חיוב הממון ועיקר הספק נולד על חיוב שמירה וממילא מסתעף מזה חיוב ממון אם נתחייב בשמירה מעולה. וכמו דמצינו לענין איסור דדעת הראשוני' דלא אזלינן בתר חזקה רק על מה שנולד הספק כמבואר בדברי ריטב"א

מס' עירובין (דל"ו) משם הר"מ בר שניאור ז"ל שבכל מקום אין לנו לדון חזקה אלא מדבר שהספק בא ממנו עיי"ש וברשב"א ובמהר"מ לובלין ריש נדה ובמל"מ הל' אבות הטומאה ותוס' רי"ד וריטב"א קידושין (דף ע"ט) ובתשובת רבינו אלי' מזרחי (ח"ב סי' כ"א) ובתשובת מהרי"ל (סי' קמ"ב) כן נמי י"ל לענין שלא להוציא מהתופס בתיקו לחלק דרק היכא דנולד הספק על חיוב ממון אף דהממע"ה מ"מ כשתפס הוי הוא המוחזק אבל אם נולד הספק על חיוב השמירה אם נתחייב למסור נפשו וכיון דמספק אינו מחוייב שוב ממילא פטור ול"מ תפיסת התובע דלא אזלינן בתר חזקתו כיון דלא נולד הספק ע"ז. ובפרט למ"ש תוס' כתובות (דף נ"ו) דחיוב השומרים כדינם הוא דהתורה ירדה לסוף דעתן דמתחייבין בזה וכיון דהוי ספק אם השומר נתחייב ממילא פטור ושוב ל"מ תפיסה.

ומיושב בזה קו' הלח"מ(פ"ב) משכירות על הרמב"ם שכ' בהנח לפניך או הנח סתם אינו לא ש"ח ולא ש"ש הא בהנח סתם הוא איבעיא דלא איפשטא ולמה לא כתב דאי תפס לא מפקינן כדרכו בכל תיקו ובהגה"מ שם כ' משם הראבי"ה והנח סתמא איבעיא דלא איפשטא והממע"ה ופטור ואם תפס משלו הוי תפיס' מספק ול"מ וכן משמע שם בדברי הרמב"ם מדכייל הנח לפניך והנח סתם בלשון אחד דא"ח בשמירה משמע דשניהם שוין הן ולמ"ש א"ש כיון דהספק נולד על חיוב שמירה אם נתחייב או לא וכיון דהשומר הוא מוחזק וא"ח בשמירה תו ל"מ תפיסה. אולם דעת הרמב"ן ריש מס' נדה דבכ"מ דנין על החזקה אף במה דלא נולד הספק לכן שפיר הוכיח מהא דלסטין מזויין ורועה מזויין דכ' הרי"ף דפטור ע"כ דסובר דבכ"מ בתיקו ל"מ תפיסה מספק דאם נאמר דמהני משום דעכשיו התופס הוא מוחזק היה מהני חזקתו אם תפס שלא להוציא ממנו גם שם בלסטים מזויין ורועה מזויין כיון דעכ"פ עכשיו הספק לנו אם חייב לשלם. ובש"ס ב"ק (דף מ"ז) בבעיא אי קיבל נטירותא דידי' או דעלמא כ' הים ש"ש מובא בש"ך (סי' רצ"א ס"ק ט') דאי תפס לא מפקינן מיניה מבואר דגם בכה"ג מהני תפיסה. וקושית הלח"מ הנ"ל כתבתי שם ליישב קצת כיון דהספק הוא בדעת ולשון בני אדם אם מקבל עי"ז שמירה או לא שוב נאמן בדבריו של"ה כוונתו לשמירה וחשיב טענת ברי עיי"ש:

אך בסברא הזאת יקשה מכמה מקומות בכל ספיקות בקניינים וחייבין למה מהני תפיסה יהיה המוחזק. ראשון בטענתו שטוען ברי שכך היה דעתו במקום דתלוי בדעתו ולחכז"ל יש ספק בדעת בני אדם יהיה נאמן לברר שכך היה דעתו וכבר העירותי בזה בכמה מקומות ואי"ה בחידושי לאה"ע יבואר בזה בארוכה וביותר יש להעיר בהנך איבעיא דקנינים כמו בהקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר ואמר קנה המטלטלין ע"ג קרקע

שהחזיק האחר הוא ספק אם קנה או לא ואם תפס אחר שחזר המקנה לדעת רמב"ם וסייעתו אין מוציאין מידו וכמבואר ש"ע (סי' ר"ב) וכדומה נימא כיון דעיקר קנין תלוי בדעת המקנה וסמיכת דעת הקונה וכיון דלדידן הוא ספק אם קונה או לא וכשבאו לדין דנין בו הממע"ה א"כ שוב ליכא סמיכת דעת הקונה ואף אם כלפי שמיא גליא דהדין הוא דמהני הקנין מ"מ כיון דלא ידעו הב"ד לדון בזה ומספק אין מוציאין מחזקת מר"ק שוב ליכא סמיכות דעת לקנין ושוב לא יהני תפיסה. והא הדין הוא בכל גוונא בני אדם אף באינשי דגמירי דינא וכיון דשניהם יודעין הדין דהב"ד יפסקו הממע"ה אין כאן סמיכת דעת מן הקונה והמקנה ועיין ספר חמדת שלמה (סי' א') בהתוכחו שם עם הגאון בעל חות דעת ז"ל בכל קנינים אם תלוי בדעת המקנה והיכא דאנן סהדי דמקנה בלב שלם ואין ריעותא בגוף המקח רק בקנין אם תלוי במי שרוצה להקנות ולהוציא מרשותו שיהי' גמיר ומקנה וממילא הוי נגד הקונה קנין המועיל או דתליא בהקונה גם כן ויבואר אי"ה לקמן בדיני מו"מ בזה. אולם עכ"פ תליא בסמיכת דעת וכשליכא סמיכת דעת מהקונה ומקנה ליכא קנין והוצאה מרשות וכיון דעכשיו הוא ספיקא דדינא אם זה הוא קנין המועיל ואין מוציאין מבעלים שוב ליכא סמיכת דעת ואמאי מהני תפיסה:

וראיתי בס' יד יהודא ב"ב (דף פ"א) דהעיר בהא דמבואר שם דר"מ ספוקי מספקי ליה בקונה אילן אחד אם קנה קרקע לכך מביא מספק ואינו קורא דאמאי כיון דל"ק והממע"ה ומידע ידעי דמפני הספק אין לו קרקע המוכר אינו מכוון להקנות והלוקח אינו מכוון לקנות משום ספק פשיטא ודאי דל"ק קרקע מתורת ודאי ואף אי אתי אליהו ויימא דקונה ב' אילנות קונה קרקע מ"מ כיון דלא כוונו זה להקנות וזה לקנות מפני הספק אין לו קרקע מתורת ודאי עוד העיר שם דלבתר דמתו אילנות וקם קרקע ברשות מוכר ונטע אילנות נימא ג"כ דמביא ואינו קורא דהא מספקי לו בהאי קרקע דלמא דלוקח הוא ולמה לא אשמועינן פלוגתא דר"מ ורבנן גם לגבי מוכר וכתב לתרץ כיון דכל זמן אילן יש ללוקח קרקע לאשתמושי לצורך האילן כמלא אורה וסלו חוצה לו ויש כאן כוונת קונה ומקנה לענין קרקע נמי רק אנו מסופקין אם בקניה זו נקנית גוף הקרקע לגמרי או לא אהני רק לענין שעבוד בעלמא כל ימי העץ ולכך מביא דשמא קני קרקע הואיל דיש עכ"פ כוונת מקנה וקונה אבל בתר מיתת האילן ונטע המוכר לא מספקי לן כלל דאף אם קנה קרקע מ"מ ל"ה כוונת קונה ומקנה ולכך אח"כ אין לו בהקרקע מתורת ודאי עיי"ש בדבריו. ול"נ דמ"מ כיון דאח"כ אין לו קרקע מתורת ודאי דל"ה כוונת קנין לגוף קרקע יהיה פטור מלהביא ג"כ דבמה דהתכוין לקנות לענין שעבוד בעלמא אין לו רק ק"פ דלאו כקה"ג הוא והא דקשיא ליה למה לא אשמועינן פלוגתתם לגבי מוכר אם נטע

אח"כ לא קשה כלל דלגבי מוכר ודאי הוי שלו מצד חזקת מר"ק וקרקע בחזקת בעלים עומדת ואף אם כלפי שמיא גליא דהלוקח קנה קרקע מ"מ כיון דאין מוציאין מיד המוכר והדין הוא לאוקמי על חזקת מר"ק לא יהא רק כלוקח בהחזרה מהמוכר גוף הקרקע דמביא וקורא. וכמה נלחצו גדולי האחרונים להקשות על מה חייב הלוקח להביא מספק כיון דקרקע אין לו ומוקמונן על חזקת מר"ק דומה להא דמבואר ב"מ דהספיקו' נכנסות לדיר להתעשר והוכיח הש"ס מזה דת"כ מוציאין מידו דא"כ פוטר זה בממונו של כהן וע"כ דכיון דמצד הדין מוקמינן על חמר"ק ותקפו כהן מוציאין מידו נשאר שלו מעיקרא דלוקח פטור מן המעשר וכבר האריכו בזה אחרונים עיין בחמדת שלמה או"ח (סי' א') ובשאר ספרי אחרונים ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים או"ח (סי' ג) ובמ"ש אני בספר הנ"ל באיזה מקומות ובמ"ש בספרי הקטן חלק ראשון דיני תו"מ (סי' יוד) בביאור נכון בדברי הרמב"ם (פ"ט ה"ו) מתרומות וע"כ הא דלוקח מביא דאף דאין לו בהקרקע מ"מ שמא כלפי שמיא גליא דקנה קרקע אבל המוכר אם נוטע ודאי חייב להביא וקורא ג"כ כיון דקרקע נשאר בחזקתו ואף אם כלפי שמיא גליא דהדין הוא דלוקח קנה קרקע מ"מ כיון דנשאר בידו דמוכר והממע"ה הוי כלוקח בהחזרה ועדיף. ומ"מ קשה הא אף לצד אם הדין הוא דקנה קרקע מ"מ כיון דאין בכחו להוציא ממנו אף דאין החזקה מכריע הדין לענין איסור מ"מ ממילא ל"ק הואיל דליכא סמיכת דעת דלוקח ואמאי חייב להביא ובהכרח צריך לומר דכוונתם על דעת התורה ואם הד"ת דקונה הוי שלו ועדיין צ"ע:

ועל קושיא הנ"ל דאמאי חייב להביא כיון דמ"מ אין הקרקע שלו והא ראיה דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר מטעם חמר"ק אמרינן דלא יצא מרשות בעלים ול"ה כלוקח לפטור ממעשר ומ"ש שם הגאון בעל ח"ד ז"ל לחלק דמטעם יאוש אתינן עלה משא"כ בקרקע דאם זכה בו א"י מרשותו ביאוש כבר כתבתי שם לגמגם דבכה"ג דא"י להוציא בשום אופן עפ"י הדין מהני יאוש גם בקרקע בהכרח צריך לחלק כמו"ש שם הח"ש בין מתנות כהונה לשאר דברא דממונא וביתר ביאור למ"ש הר"ן מס' חולין וכן הוא דעת הרמב"ם דמזיק מתנות כהונה דפטור מטעם דהוי ממון שאין לו תובעין פטור אף בד"ש דלאו ממונם דכהנים הוא דלא זכה בהם הכהן עד שיגיע לידו ורק עליו לקיים מצות נתינה א"כ בספק פדיון פטר חמור דהספק רק על קיום מצות נתינה וכיון דהדין הוא הממע"ה לפטור מליתן לכך נכנסין לדיר להתעשר דמעולם לא יצאו מרשות בעלים ואף במכירי כהונה דהוי כאלו בא לידו זה דוקא היכא דחייב ליתן לו בודאי אבל כיון דמספק א"ח ליתן דהממע"ה שוב אף אם כלפי שמיא גליא דחייב ליתן לכהן מ"מ ל"ה כבא לידו בטרם שבא ליד כהן משא"כ בשאר ספק ממון דלהך צד שהוא של הלוקח כבר זכה בו

ועיימ"ש בביאור דברי הר"ן חולין הנ"ל ח"א דיני תו"מ (סי' ד'). גם י"ל דאף אם חמר"ק הוי כמו חזקה מבוררת והממע"ה ול"מ תפיסה ובאמת מד"ת מבררת ג"כ לענין איסור [ועיין בקונטרס הספיקות (כלל א') דאם התופס מקדש אשה במה שתפס אין בקידושין חשש כלל והא דכתב הרא"ש דיחוש אי קונה מדרבנן הוי ס' ולחומרא חוששין לקידושין אף דלענין חזרה מחויב להחזיר לדעת הרא"ש והטור דסברו דל"מ תפיס' בסד"ד מ"מ שם כיון דהאשה א"ח להחזיר והאשה ודאי קונה דיאוש וש"ר הוא רק הספק אם משלו קיהיב לה לכך חוששין לחומרא. ובדבריו א"ש ג"כ הא דמבואר ברשב"א חולין (דף כ"ו) בהא דאמר ר"נ תמד שלקחה בכסף מעשר שני ולבסוף החמיץ קנה מעשר דאיגלאי מלתת למפרע דפרי הוא ופריך ממתניתין דקתני החמיץ אין לא החמיץ לא דלמא אי שבקה הוי מחמיץ וע"ש בפירש"י וכ' הרשב"א משם י"מ דבאמת ל"ה רובא רק הקושי' הוא אם המוכר מקדש במעו' אשה אלו ראוי להיות ספק מקודשת דדלמא החמיץ לבסוף והוי למפרע יין והכסף יוצא לחולין ויקשה הא מ"מ כיון דמס' לא יצא המעות לחולין והוי מ"ש במה מקדשה ובזה א"ש דהא אף דמע"ש ממון גבוה מ"מ היא יכולה ליהנות ולאכול בקדושת מעשר בירושלם ואין שום אחד יכול לתפוס מאתה רק אם הוי ודאי מע"ש אינה מקודשת דל"ה נתינה מהמקדש ולכן כיון דהוי ס' אם יצא לחולין שפיר הוי ס' מקודשת דאין הס' רק אם זכתה מהמקדש או לא ועמ"ש בהגהותי בד"ח דיני גניבה (סי' י"ג) דמכל האחרונים דפירשו בד' הרא"ש ב"ק הנ"ל דאיירי באופנים דל"ה ש"ר משמע דבכל אופנים אף דחייבת מס' להחזיר הכסף קידושין ג"כ חוששין לקידושין ומה שכ' שם הקה"ס מדברי המפרש בתוס' רי"ד מס' קידושין (דף מ"ח) דבריו תמוהין כמו"ש שם ויבואר אי"ה עוד לקמן בדיני הלואה ובדיני קידושין מכמה מקומות דמ"מ לענין קידושין חוששין] ורק מדרבנן אין החזקת ממון וחזקת מר"ק מכרעת לענין איסור כמ"ש האחרונים באיסורין דלא אזלינן מדרבנן עכ"פ בתר חזקה דמעיקר'. כמו כן אין חזקה דמעיקרא מכרעת לענין איסורין שהן מה"ת. ואתי שפיר הא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר כיון דל"מ תפיס' ומה"ת הממע"ה אף דאסור בגיזה ועבודה מ"מ כיון דלא יצא מרשו' הבעלים עדיף מלוקח ופוטר בממונו משא"כ שם במס' ב"ב אף דאין ללוקח קרקע מטעם דקרקע בחזקת בעלים עומדת מ"מ מדרבנן אזלינן לחומרא שלא לסמוך על החזקה:

ואתי שפיר בזה הא דפריך הש"ס ב"ב שם וליחוש דלמא לאו בכורים ומעייל חולין בעזרה ופי' הרשב"ם דבלא הקרבת קרבן הוא רק איסור דרבנן למעייל חולין בעזרה והרמב"ן שם הקשה עליו דא"כ מאי קושיא מחולין בעזרה כיון דאיכא לספקינהו בבכורים לא

אתי דרבנן ודחי דאורייתא. ולמ"ש י"ל דהרשב"ם סובר דעיקר החיוב שם בבכורים הוא רק מדרבנן דמה"ת קרקע בחזקת בעלים עומדת והוי כבירור דלית ליה ללוקח קרקע ורק מדרבנן חייב שלא למיזל בתר חזקה דמעיקרא לכן פריך שפיר הא קא מעייל חולין בעזרה אף דל"ה רק איסור דרבנן מ"מ כיון דתרוייהו דרבנן שב וא"ת עדיף. וא"ש נמי דברי חידושי הר"ן חולין (דף כ"ב) שכ' לפרש בקושיית הש"ס ריש חגיגה אצטריך קרא למעוטי ספיקא כלומר כיון דלא פשיטא לן ודאי לא מייתינן עולת ראי' שמא יביא חולין לעזרה וכ"ת יתנדב ויביא על הספק לאו קושי' הוא שאין לו חיוב להתנדב בס' ראיה דלא מצינו חיוב עולת ראיה רק אם יכול להביא בחיובו אבל כיון דיש ס' בחיובו ומספק א"י להביא ממילא ידענא אף בלא מיעוט דזכורך ודאי ולא ס' ויקשה לכאורה מש"ס ב"ב הנ"ל דקאמר דמביא ומקדיש להו נימא ג"כ כיון שהוא ס' אם קנה קרקע או לא ואינו יכול להביא דשמא מביא חולין לעזרה לא יתחייב להביא ולהקדיש כמו שם בעולת ראיה ולהנ"ל א"ש דע"כ לא כתב הר"ן כן דא"ח להביא ולהתנדב מס' רק על חיובו מה"ת דשם קאי על הדרש בתורה בזה שפיר אף דס' דאורייתא מה"ת לחומרא מ"מ כיון דיש חשש איסור להיפוך דלמא א"ח ומביא חולין בעזרה פטור דלא מצינו דחייבו התורה לעשות תיקון שיביא עצמו לידי חיוב ושיתנדב ולמה צריך קרא לפטור אותו אבל מ"מ מדרבנן ודאי רמיא עליו חיוב לצאת ידי ס' ושלא יפול בס' איסור אחר דמעייל חולין בעזרה צריך שיקדיש. ואף אם החיוב הוא רק מדרבנן להביא הבכורים חייב להקדיש ולחוש על איסור הבאת חולין בעזרה שלא יפול בו ועיין מ"ש בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ד') ובמ"ש כבר מזה בח"ר מספרי דיני שחיטה (סי' כ"ד) ובד"ח שם כתבתי כמה ענינים שונים בדיני תפיסה. ועוד יבואר אי"ה לקמן ביתר הלכות כמה פרטים בדינים אלו.

דיני עדות

סימן א

הא דכתיב בתורה ע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר מבואר מדברי הרמב"ם הלכות יסוה"ת (פ"ה ה"ב) שהוא מצד חק התורה וגזירה דאורייתא לומר שכן הוא ולדון ע"פ דבריהם לא שנאמר שכן הוא האמת הברור. שכ' וז"ל כמו שצווינו לחתוך הדבר ע"פ שנים ואעפ"י שאין אנו יודעין אם העידו אמת או שקר כך מצוה לשמוע מזה הנביא אעפ"י שאין אנו יודעים אם אם האות אמת יעיי"ש הרי דכ' להדיא דחק התורה הוא אבל אין לומר שכן הוא האמת די"ל גם שנים י"ל דמשקרים רק התורה צוותה לנו לדון ולקיים דבריהם. ומה"ט גזרה התורה לדרוש ולחקור בדבריהם בשבע חקירות ואם אמרו

אין אנו יודעים עדותן בטילה ומבואר בש"ס סנהדרין (דף מ"א ע"ב) הטעם דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה יעיי"ש היינו כיון שאומרים אין אנו יודעים ואין מגבילים הזמן חזינן דיראים שלא יתפסו לשקרנים דע"י הזמן יוכלו לבא לידי הזמה וכיון דהתורה לא גילתה לנו רק לדון ע"י עדותן אף שיוכל להיות ששקר הוא מ"מ למיזל בכל ענינים ולחתוך הדין עפ"י עדותן הטילה התורה תנאי בדבר לחקור אותם על כל הזמנים שיוכלו להתפס לשקרנים ע"י הזמה ואם חסר לעדותן תנאי הזאת באנו לחוש דלמא שקרנים המה ובפועל לא יאמרו להגביל כל הזמנים כדי שלא יותזמו ויתגלה הדבר ששקר העידו. ועיי"ש בפירוש המשנה לרמב"ם ז"ל שכתב וז"ל ואם אמרו בחקירות א"י אי אפשר בהם הזמה בשום פנים ולפיכך עדותן בטלה ונאמר עדות שקר הוא וזה שאומר בחקירות א"י הוא כדי שלא תתקיים עליהם הזמה עכ"ל ולכאורה למה אמר הרמב"ם ז"ל דנאמר עדות שקר הוא ולא סגי ליה לומר דגזה"כ הוא דבעינן שיבררו החקירות כדי שיהיו יכולין להזימן ולקיים בהו הזמה ומה לי אם שקר אומרים או אמת הא זה מחק התורה דבעינן לקיים בהו דין הזמה כדכתיב ועשיתם לו כאשר זמם. אולם למ"ש אתי שפיר דהא תינח במקום דשייך הזמה ובעי שיהיו ראוי' לקיים בהם הזמה. אבל במקום דל"ש לקיים בהם כאשר זמם דל"ב בזה לקיים כאשר זמם למה בעי דו"ח וגם אם יאמרו א"י דפסול למה ל"ה כמו לגבי בדיקות דא"י כשר כמבואר במתניתין דסנהדרין הנ"ל ובש"ס מכדי אידי ואידי דאורייתא מ"ש חקירות ומ"ש בדיקות א"ל הכי השתא בחקירו' עדותן בטילה דהוי ליה עדות שאי אתה יכול להזימה וא"כ היינו אומרים דכיון דמטעם הזמה א"י בחקירות פסול במקום דל"ש לקיים הזמה דל"ב בזה עדות שאתה יכול להזימה כמ"ש תוס' ריש מס' מכות גם כשאומרים א"י בחקירות יהיה כשר דדמי לבדיקות לכך הוסיף הרמב"ם כיון דאי אפשר בהו הזמה אמרינן עדות שקר הוא דזה תנאי התורה להאמין שני עדים במקום דמגבילין הזמן ואינם יראים שיותזמו ואף דל"ש לקיים בהם דין הזמה מ"מ יתפסו לשקרנים ויראים גם מזה אז האמינם התורה אבל כשאומרים א"י עדותן בטילה. וכן מבואר מלשון רש"י מס' ב"ק (דף ע"ה ע"ב) בהא דקאמר שם הש"ס והא קיי"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה ל"ה עדות ה"מ היכא דלא ידעו באיזה יום באיזה שעה דליכא לעדות כלל וכתב רש"י דאיכא למימר דלהכי עבדי דמיסתפו דלא ליתו סהדי דליזמוהו והלא באותו שעה עמנו היתם ועדים שקרני' הם עיי"ש והיינו אף במקום דלא נקיים בהו דין הזעה מ"מ יראים שלא יתפסו לשקרנים וכיון דלא הגבילו הזמן באנו לבית הספק אולי שקרנים הם וכבר רמז על דברי רש"י אלו אאזמ"ו זל"ה בספרו דברי משפט (סי' ל"ח):

ובנ"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ע"ב) כ' באורך לחדש דהיכא דלא שייך לקיים בהעדים דין הזמה שווין חקירו' עם דרישו' וכשר אף באומר איני יודע והעלה מכח זה דלאסור אשה לבעלה דל"ש כאשר זמם כשאמרו העדי' א"י דין החקירות שוה לדין הבדיקות ועדותן קיימת עיי"ש באורך בזה. ולמ"ש אף היכא דל"ש כאשר זמם ולעשות דין ועונש הזמה מ"מ א"י בחקירות פסול מטעם גזירת הכתוב דבעינן עדות שאתה יכול להזימה כדי שיסתפו שלא יתפסו לשקרנים ובפרט במקום שיתפסו ע"י הזמה שעברו על לאו דלא תענה דאם אמרו לאסרה על בעלה ודאי עברו על לאו דלא תענה ונפסלין. וכ"ז דלא נתקיים בעדותן תנאי שהטילה התורה כדי שנדע לסמוך עליהם דאמרו אמת באנו לספק דלמא שקרנים הם. משא"כ בבדיקות אף שגזרה התורה לחקור מ"מ כיון שזה אינו נפ"מ שיותזמו ויתגלה שקרותם לכך אם אמרו א"י כשר עדותן. וכמו כן בע"א המחייב שבוע מד"ת בעינן דו"ח. וגם באומר אינו יודע בטל עדותו אף דליכא נפ"מ לענין דין הזמה והיה לנו לומר דהוי לגבי ע"א דו"ח כמו בדיקות דאף דבעי מד"ת מ"מ באומרים אין אנו יודעין כשר כמו כן דו"ח כיון דליכא נפ"מ לענין הזמה היה לנו לומר דכשר וכן העלה שם הנו"ב להוכיח דאף דל"ב בד"מ עדות שאתה יכול להזימה מ"מ דו"ח בעינן כמו בבדיקות ואין חילוק בין אחד לב' אף דבאחד ל"ש דין הזמה וגם אף מלקות אינו לוקה דאין עד שקר לוקה רק מטעם שהרשיעו את הצדיק ובע"א לחייבו רק שבועה לא הרשיעו לכלום מ"מ מצד גזה"כ בעינן דו"ח כמו בדיקות עיי"ש באורך כל הבנין ודבריו תמוהין דלדבריו כיון דדין הזמה לא שייך ביה למה בעי כלל דו"ח כיון דגם באומר איני יודע כשר דדומה לבדיקות לדעתו במקום דל"ש בי' הזמה וא' כשר א"כ לענין מה צריך דו"ח אם יודע או לא ליכא נפ"מ בשלמא בשנים כתב שם הנו"ב שפיר לדרכו אף דל"ב עדות שאתה יכול להזימה מ"מ דלמא יכחישו אהדדי ובא"י כשר לדעתו אבל בע"א דליכא שום נפ"מ עתה וגם אינו יודע כשר למה צריך לגבי ד"מ בע"א לדו"ח ודוחק לומר דנפ"מ באם ע"א יבא אח"כ לצרף עם הראשון לחייבו ממון ואז יש נפ"מ בדו"ח דלמא יכחישו אהדדי זה דוחק גדול וגם הא אף באם העד אחד הבא לחייבו שבועה העיד של"ה עמו ולא ראה עוד אחר והנ"מ רק לענין שבועה למה בעינן בע"א כלל לדו"ח כיון דאי אפשר לקיים בי' דין הזמה וגם א"י כשר. ולמ"ש א"ש דאף במקום דל"ש דין הזמה ואף לא למלקות מ"מ כדי שיתקבל עדותו ונדע הדבר אם לסמוך עליו כיון דאחר כל אלה לא הוי בירור שאינו משקר רק דגזה"כ הוא לסמוך על שני עדים אף לדון דיני נפשות ולהוציא ממון ועל ע"א כדי לחייב שבועה הטילה התורה תנאי בדבר שיתחזק אצלינו הדבר קרוב לאמת שיגביל הדבר ע"י חקירות ולא ירא לנפשו פן יותזם משני עדים ויתפס לשקרן והוי כמו

בכל מלתא דעבידא לגלוי' בבירור דלא משקר אינשי כן בכל עדים אם מגבילים הזמן בכל אופנים שיוכלו לבוא לידי הזמה ויתגלה שקרותם קרוב הדבר שאמת יהגה חיכם ואז גזרה התורה לסמוך עליהם לדון עפ"י דבריהם וכ"ז שחסר מעדותן תנאי זה חוששין לשקר לכך גם א"י פסול בחקירות אף במקום דל"ש דין הזמ'. ועדות שאתה יכול להזימה לעשות בהן דין הזמה זה תנאי אחר מדכ' ועשיתם לו כאשר זמם ולבוא לידי הזמה זה ג"כ תנאי אחר מדכ' ודרשת וחקרת ועוד יבואר לפנינו אי"ה בכל דברי הנו"ב שם בענין אם בעינן בממון עשאילה"ז [ועיין ספר חמדת שלמה חאה"ע (סי' נ"ב) שם הביא דעת הגאון בעל ח"ד דעכשיו שהכשירו חכמים עדות בלא דו"ח ל"מ עדותן רק מדרבנן והספר הנז' דעתו כיון דנתקבל עדותו בלא דו"ח עברו על ל"ת ונפסלו מה"ת עיי"ש בדבריו ולמ"ש ודאי אינו מועיל עדותן מה"ת אף אם עברו על לא תענה כיון דאנן מקבלין עדותן מ"מ מה"ת חסר תנאי שיהיו יכולין להזימן ובחסר דו"ח אמרינן שמא עדי שקר הן וכמו"ש]: **ומה** שהנו"ב שם תמך יסודותיו מדברי הרז"ה המובא בר"ן בחידושיו ר"פ הי' בודקין דכ' דהני חקירות עבדו כשבודקין העדים קודם שיתחילו לדבר כדי להחמיר כרשב"א אבל אם התחיל לומר עדותו בשנה זו או אשתקד א"צ לפרש באיזה שנה בשבוע ובאיזה שבוע דכיון דאמר שבוע זו הרי פירש באיזה שנה היה ואע"פ שא"י כמה שנה זו בשבוע מה בכך ולמה תפסל עדותי בשביל כך וכן אם אמר בחודש זו א"צ לומר באיזה שנה כו' וכן נמי אף עפ"י שאינו יודע שם החודש אין נפסל א"נ אמר אתמול או שלפניו אבל א"י כמה ימים עברו מן החודש אין עדותו נפסלת בשביל כך ואין צריך לפרש יותר אלא באיזה שעה ובאיזה מקום וכתב עליו הר"ן דבריו נראין מסברא מכרעת אבל פשטה דגמרא לא משמע כן דמדאמרינן בגמרא אמר להם ר' יוסי לחכמים לדבריכם מי שבא ואמר אמש הרגו אומרים לו באיזה שבוע באיזה שנה כו' אלא אע"ג דל"צ רמינן עלה כרשב"א ומשמע לעיכובא בעינן הני שבע חקירות כיון דילפינן להו מקראי ומשמע נמי אע"ג דאמרו אמש הרגו צריכין להשיב על ז' חקירות ואם הוכחשו בחקירות הקודמת ואפי' אמרו אין אנו יודעין עדותן בטילה וכן דעת ה"ר דוד ז"ל והרמב"ם ז"ל עכ"ל הר"ן ז"ל וכתב הנו"ב דדעת הרז"ה כיון דשוב אינו שייכות אלו החקירות להזמה אף דצריך לשאול מגזה"כ מ"מ לא חמירי מבדיקות וא"י כשר בהו לכך כ' דא"צ לפרש יותר היינו שאף א"י כשר כיון דתו לא צריכינן להזמה עי"ז ובסי' ע"ד כ' שמדברי הרז"ה יש לי הוכחות ברזל מדמכשיר א"י באמש הרגו ומרמב"ן ור"וליכא הוכחה להיפך די"ל דטעמייהו דאפשר לא יעלה על לבן דהמזימין רק יום החודש א"כ שוב אני תופס מדברי רז"ה דבמקום דל"ש כלל אין דו"ח מעכב כשא"י כי למה נעשה מחלוקות בין הפוסקים עכ"ל. וכל מעיין

ישפוט בצדק דדבריו בדעת רז"ה דחוקים דודאי כוונת הרז"ה כיון דא"י כשר למה צריך לשאול אותו ואף אם יכחישו זה את זה לא יתבטל עדותן כיון דכבר אמרו שניהם אמש הרגו מה איכפת לן אם מכחישין א"ע בכמה בשבת או בכמה בחודש. וגם מדכ' א"צ לפרש יותר אלא באיזה שעה כו' ולא הצריכו לפרש כל אלו החקירות אלא כשאומר זמן מרובה מבואר דכשאומר אמש א"צ כלל לחקירות אלו:

ומה שהקשה הר"ן על הרז"ה מפשטה דגמרא נראה ברור דדעתו בפירושא דש"ס שם כמו"ש הרמ"ה בחידושיו שם דדייק מדקאמר ר"י לדבריכם כו' אומרים לו באיזה יום דאם הכונה אפ"ה אמרינן לי' האי אומרים לי' מפני מה אומרים לי' מיבעי לי' למימר אלא מדמתמה אומרים לו ש"מ פשיטא לי' דלא אמרינן רק הפירוש הוא דבמתניתין קתני היו בודקין בשבע חקירות למה להו לשבע הא פשיטא דאם אמר אמש לא צריכינן תו לשאול על חקירות הקודמות והואיל ואפשר דאמש הרגו לא נשאל בתחילה אלא באיזה יום ובאיזה שעה ונתברר כל הדבר על בוריו וא"כ כי אמרו סתם הרגו נימא ליה אימת' הוי ואי אמר עכשיו שפיר וא"נ מאתמול אמרינן ליה באיזה שעה אלא מאי אית לך למימר אע"ג דאי אמר עכשיו הרגו ל"צ תו למבדק כי אמר סתמא רמינן כולהו הני חקירות דידן כרשב"א כדי שתטרף דעתן ור"י אמר לך חקירות דידי לאו משום דרשב"א אלא משום דשכיחי ברוב עדויות עיי"ש ברמ"ה דסיים ומ"מ שמעינן מינה דהיכא דאתי ואמר אמש הרגו א"נ עכשיו הרגו תו ל"צ למירמא עילויה מידעם והאי דקאמרינן רמינן עליה כדרשב"א היכא דאמר סתמא עיי"ש עוד וכן כתב שם בחידושי רבינו יונה דהפיר' בגמרא אע"ג דל"צ רמינן היינו מדרבנן כדרשב"א ובמתניתין קתני סתם היו בודקין החמירו חכמים כשאומר סתם לבדוק אותם בכל החקירות ולהתחיל מן איזה שבוע איזה שנה ולא לקצר להתחיל מן איזה יום כדי להאריך ולתת זמן להעדים שיכולין לחזור ולהגיד אבל באם כבר העידו אמש ל"צ כלל לשאול ואף אם שאלינן להו והכחישו א"ע לא איכפת לן ואמרינן דחוזר ומגיד וזה דעת רז"ה בבירור ואין מזה שום ראי' לדמות חקירות היכא דליכא נ"מ להזמה לבדיקות שא"י יהא כשר לגבייהו ודלא כנו"ב. ודעת רמב"ם דצריך לשאול מגזה"כ ולפי מ"ש הר"ן בדעתו אף כשאומר א"י עדותו בטל. ומ"ש הנו"ב הטעם דלא יעלה על לבן דהמזימין רק יום החודש הוא דוחק גדול דמ"מ למה צריך שעד המעיד ידע יום החודש אם אומר אמש הרגו או עכשיו כיון שהב"ד יודעים ויתפרסם לכל יום החודש וידעו המזימין להזים ובמה יתברר יותר להמזימין ע"י שיגבילו העדים יום החודש. וגם השנה והשבוע מה איכפת לן במה שהעד המעיד אינו יודע כיון שאין זה גרעון להמזימין. וע"כ צ"ל דהרמב"ם סובר דגזה"כ הוא לשאול על כל הז' חקירות

וכיון דלפעמים כשאומרים א"י יש ריעותא בזה לצורך הזמה כל אנפין שווין דכשאומר א"י בטל עדותו ומוכח מדבריו דבכ"מ אף היכא דל"ש הזמה מ"מ א"י בחקירות פוסל עדותן ובפרט למ"ש לעיל דהא דהאמינה התורה לשני עדים לאו מטעם בירור הוא דלא משקרי רק גזה"כ וכמ"ש הרמב"ם (הל' יסה"ת):

וביותר יש ראיה ממ"ש תוס' פסחים (דף י"ב) ד"ה באיזה יום הטעם דאף דכבר כוונו יום אחד לחודש ולמה צריך למישאלינהו באיזה יום הוא משום דחקירות ילפינן מקראי צריך שלא יכחישו זא"ז ושלא יכחישו א"ע וכיון דבמתניתין קתני דבחקירות אם אמר א' א"י עדותן בטילה מבואר דקאי על כל השבע חקירות ואמאי הא אם כבר כוונו יום אחד לחודש כבר ישנו בהזמה ואין צורך להזמה בהך חקירה דאיזה יום ואמאי יפסול בהו א"י בשלמא למאי דכתב רש"י ר"פ היו בודקין דנ"מ כדי שעדי הזמה ישימו לב להזימם יש בהו צורך סיבת הזמה וכן למ"ש תוס' בתירוץ א"נ דנפ"מ לא' אומר בב' וא' אומר בג' שפיר כיון דלפעמים נ"מ להזמה לא פלוג ובכ"מ א"י בכל חקירות בטל אבל אם מטעם גזה"כ הוא אמאי יהיה א"י פסול כיון דל"ש בזה אופן הזמה נימא דהוי כמו בדיקו' וע"כ צ"ל דבחקירות לא פלגו חז"ל ובכ"מ א"י מבטל עדותן:

סימן ב

להמתבאר לעיל דשני עדים לאו בירור גמור אמת לאמיתו הוא שכן הוא רק גזה"כ לדון על עדותן. נלענ"ד לבאר ע"נ סוגית הש"ס ב"מ (דף ג' ע"ב) ומאי ק"ו ומה פיו שאין מחייבו ממון מחייבו שבועה עדים שמחייבין אותו ממון אינו דין שמחייבין אותו שבועה ופיו אין מחייבו ממון והא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי מאי ממון קנס עיי"ש כל הסוגי' עד דמסיק אלא מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה תאמר בעדים שישנן בהכחשה והזמה וכתב הנ"י שם דע"כ פיו אינו בהכחשה אף באומר נזכרתי דאי בעומד בדיבורו מאי אולמי' דפיו מתנה הוא דקא יהיב ליה א"ו אף בשאינו מעמיד דבריו וחוזר בו ומ"מ לא משגחינן אעדים והקשה מכח זה על הרמב"ם דפוסק דיכול לומר נזכרתי ועיי"ש בש"מ משם הר"ן ובש"ע (סי' ע"ט) ובס' או"ת שם. ועוד יש כמה דקדוקים בסוגי' הש"ס שם חדא מה ס"ד דפיו אינו מחייבו ממון וכי לא ידע דהודאות בע"ד מהני. גם מה אולמי' דפיו שכן מחייבו קרבן כיון שמ"מ לענין חיוב אדם לחבירו עדים יש להם מעלה יתירה מפיו דאינו מחייבו קנס:

ולמ"ש א"ש כיון דחזינן דהתורה חייבו שבועה על הודאה במקצת מדכ' כי הוא זה והא ס"ד דזה ודאי לאו בירור הוא שכן הוא האמת לאמיתו רק דמטעם מתנה הוא ומה שהודה חייב לשלם אף אם באמת יוכל להיות דשקר הוא או שטע' ואעפ"כ כיון שחייב לתת

מקצת ממון גורר החיוב זה שישבע על מה שכפר ומה דקאמר ומה פיו שאין מחייבו ממון הי' ס"ד אף דחייב לשלם אבל מ"מ בירור שהוא כן האמת לאמיתו אין כאן ומ"מ כיון שצריך לשלם גורר החיוב זה על שבועה על השאר עדים שמחייבין ממון והי' סובר מטעם בירור הוא שכן הוא האמת שחייב לו מכבר והיה הלואה במקצת אינו דין שהחיוב זה יגרור שיתחייב שבועה על השאר ופריך ופיו אין מחייבו ממון והא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ומאה עדים לאו דוקא רק כיון שהודאתו מהני אף נגד עדים ע"כ דזה הוי בירור יותר מן עדים שודאי כן הוא שלוה ממנו באמת לכך גורר החיוב ממון זה שישבע על השאר כיון שהי' הלואה וקאמר מאי ממון קנס דפיו אין מחייבו ע"כ דהודאות בע"ד לאו מטעם בירור הוא שכן הוא האמת שלוה ממנו רק שיכול לחייב א"ע וחייבו התורה מטעם הודאתו לדון עפ"י הודאתו אבל לקנוס אותו גזה"כ אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע א"ע והטע' כיון דלא ידענו אם האמת כן הוא שעשה המעשה שמחייב אותו הקנס אין הב"ד יכולין לחייבו על זה הקנס ובכ"ז פיו מחייבו שבועה חזינן דכיון שחייב עכ"פ לשלם יהיה מעשה הלואה אמת או שקר חיוב התשלומין גורר השבועה. עדים שמחייבין אותו קנס חזינן דהתורה האמינה להעדים על פעולת המעשה שכן הוא האמת שעשה הפועל הזאת המחייבו קנס א"ד שמחייבין אותו שבוע' כיון שנתברר ע"י העדים שמעשה הלואה הי' אמת למה לא יגרור חיוב התשלומין ע"י מעשה הלואה שישבע על השאר ומיושב קושית הש"מ שם דנימא דיו בעדים המחייבין קנס היינו על מה שמעידי' ע"ש כיון דכל הוכחת הש"ס הי' כיון דמחייבין קנס ע"כ דבירור גמור הוא שהאמת כן הוא יותר ממה שיתברר האמת לפני ב"ד ע"י פיו כמובן. ופריך מה לפיו שכן מחייבו קרבן והיינו כיון דחייב ע"י הודאתו בקרבן אף שלא נודע לנו אם האמת כן הוא בכ"ז רשאין וחייבין הכהנים להקריב הקרבן ע"כ דע"י פיו מבורר שהאמת כן הוא כמו שאומר תאמר בעדים שאין מחייבין אותו קרבן ועמ"ש בתוס' דפיו מחייבו בקרבן אף אם עדים מכחישין אותו והיינו כמ"ש דמזה נלמוד דפיו עדיף שמברר האמת וע"י עדים לא נתברר האמת וקאמר ר"ח כר"מ ס"ל ומסיק מה לפיו שכן אינו בהכחשה ובהזמ' היינו אף שעומד בדיבורו מ"מ כיון שחזינן דעדים אינם יכולין להכחיש אותו וגזרה התורה שיגרור חיוב זה שחייב לשלם ממון בבירור שישבע על השאר כיון דע"כ צותה התורה להחזיק זה לאמת שחייב לשלם דאם מטעם מתנה הוא למה יגרור לשבועה עוד על מה שכפר וע"כ כיון שחייב שבועה עי"ז אמרינן שהתורה ירדה לדעת בני אדם כשמודים על חיוב ממון אדם נאמן על ממונו שכן הוא האמת לכך גורר שבועה על השאר ועיין רש"י קידושין (דף ס"ה) הודאת בע"ד כמאה עדים כדכתיב אשר יאמר כי הוא זה

הרי שסמך על מקצת הודאתו עיי"ש והיינו דהודאה לאו בתורת חיוב הוא רק דהתורה אמרה שכן הוא האמת שהלוה ממנו כיון שגורר לשבועה ומזה ידענו שכן הוא דאל"כ למה יגרור עוד לשבועה ומזה ידענו ג"כ דהודאות בע"ד יותר מן העדים כיון שרמזה לנו התורה דמחזקינן להודאתו לאמת גמור כיון דחייב עי"ז שבועה על מה שכפר ע"כ דאינו בהכחשה תאמר בעדים שישנו בהכחשה ואיך נוכל לסמוך עליהם שכן הוא האמת כמו שהעידו כיון שישנם בהכחשה ועל כן מצד הסברא הא דהאמינה התורה לשני עדים לאו מטעם שהאמת כן הוא רק ע"פ שנים עדים יקום דבר שכן יתקיים הדבר לדון ע"פ עדותן אבל לא מטעם בירור הדבר הוא ומניין לנו שעוד נחזיק הדבר שיגרור עדותן לחייבו שבועה אף על מה שאינם מעידין ומיושב היטב קושית הר"ן על הרמב"ם דודאי פיו שאינו בהכחשה רק כשעומד בדיבורו ולא נוכל לומר מתנה קא יהיב ליה דא"כ למה יגרור עוד לחייבו שבועה על מה שכפר א"ו כיון שחייבו התורה שישבע מטעם בירור הוא אבל ע"י עדים לאו בירור הוא רק מצד גזה"כ לקיים דבריהם אבל מ"מ מנ"ל שזה יגרור עוד שיתחייב שבועה על מה שאינם מעידין:

שוב ראיתי בקצוה"ח (סי' ל"ד) שהקשה מנ"ל דהודאת בע"ד יותר מעדים ואי משום דכ' כי הוא זה היינו היכא דליכא עדים דמכחשי ליה ומשום מיגו הוא דנאמן דאי בעי יהיב ליה במתנה אבל היכא דאיכא עדים דהוי מיגו במקום עדים ל"א וא"ל דהוא מסברא דהא חזינן מדברי רש"י דיליף לה מקרא דכתיב כי הוא זה עיי"ש ולמ"ש א"ש כיון דהודאתו מחייבו שבועה ע"כ לאו מטעם מתנה הוא ונאמן שמחויב מכבר והמעשה הי' אמת וכיון שגורר לשבועה ליכא שום ספק בהודאתו ממילא מהני אף נגד עדים דעדים מועילים על ספק ולא נגד הברור ואמת ואף אליבא דאמת דעדים גם כן מחייבי שבועה אף דלאו בירור הוא כדמסיק שם בש"ס מ"מ מה שנתחייב על ידי הודאתו מטעם בירור הוא מדכ' בקרא כי הוא זה משמע שכן הוא הדבר לאמיתו ולכך אינו בהכחשה ומהני הודאתו אף נגד עדים:

ועוד נראה די"ל למ"ש תוס' שם בד"ה מה לפיו שכן מחייבו קרבן אפי' העדים מכחישין אותו ואומרים לאו חלב הוא אלא שומן וכ"כ שם בש"מ דמכאן נולד דבר זה שפיו מחייבו אפילו במכחישין אותו לרבנן ולר"מ עדים ולא פיו ושמא אף לר"מ פיו ועדים שוים שניהם מחייבין אותו ושניהם אין פוטרין אותו עי"ש משם הרמב"ן ומשם ר"פ כ' וא"ת כשהעדים מכחישין אותו האיך יסמכו הכהנים ע"פ להקריב קרבן הא הוי חולין בעזרה וי"ל כיון דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים אף אנו סומכין עליו כיון דכפרה דנפשיה הוא עיי"ש א"כ י"ל הא דקאמר מה לפיו שכן אינו בהכחשה תאמר בעדים

שישנן בהכחשה היינו דפיו בירור גמור הוא ואף אם עדים מכחישין אותו נאמן יותר מעדים דאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים ואף לחייבו קרבן אבל עדים אף אם נאמנים ג"כ לחייבו קרבן נגד הכחשת הבעלים וכר"מ מ"מ נגד הכחשת עדים הוי תו"ת ואינם נאמנים ומיושב קושית הנ"י והר"ן על הרמב"ם דבאמת באינו מעמיד דבריו ואומר נזכרתי נאמן ופיו דאינו בהכחשה הוא רק במעמיד דבריו ומ"מ הוי רבותא דנאמן יותר מעדים אף להביא קרבן ע"י פיו אף במקום הכחשת עדים והכהנים מקריבין. והא דפשיט' לי' להש"ס דנאמן הוא מדכ' או הודע אליו חטאתו חזינן דהתורה האמינו להקריב שיתכפר ותלי' רק אם נודע אליו אף נגד הכחשת עדים ועיי"ש בש"מ שכתב דלכך פירש"י פיו מחייבו קרבן והתודה אשר חטא והביא. ולא הביא רש"י מדכתב או הודע אליו. דמדכתב בעלמא והתודה כו' מדריש לן או הודע אליו אפי' בהכחשת עדים עיי"ש ומזה ילפינן בכ"מ דיכול אדם לשווי' על נפשו חתיכא דאיסורא אף נגד עדים. ובאמת י"ל דאיסורא מן ממונא לא ילפינן ול"ה ידענו דאדם נאמן ע"ע באיסור רק דיחוש לעצמו אם יודע אבל באם חוזר אח"כ מדבריו הראשונים לא איכפת לן ועיין רשב"א קידושין (דף ס"ה) דגבי ממון אי לאו דכתב רחמנא אשר יאמר כי הוא זה דמינה גמרינן הודאות בע"ד הו"א דלעולם לא מקיימא מילתא אלא בסהדי משום דכ' ע"פ שנים עדים או ג' עדים יקום דבר כו' אלא דאתא כי הוא זה וגלי לן דיקום דבר במקום דאיכא חובה לאחריני כתיב ע"ש והיינו דודאי ע"פ סברא אדם שליט בממונו ויכול לעשות בו כטוב בעיניו רק דהב"ד לא נתחייבו בזה להוציא ממנו והב"ד אומר לו אם חייב אתה צא תן לו ואם אינו רוצה אח"כ איננו נידון לגזלן כיון דכ' ע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר שיהיה קיום לדבר לדון ע"ז צריך לעדים וגלי לן קרא דכי הוא זה שיתקיים ע"י הודאתו ולדון ע"ז לחייבו שבועה ושיהיה קיום להודאתו מזה ידענו דיקום דבר במקום דאיכ' חובה לאחריני כתיב אבל מ"מ למילף מזה לדון באיסור י"ל מה דגלי גלי להוציא הקרא דע"פ שנים או שלשה עדים יקום דבר ממשמעותו היינו בממון אבל באיסור דלא גלי מנ"ל וביותר יקשה למ"ש הש"ך (סי' פ"א ס"ק נ"ו) וכן העלה שם בקצוה"ח (ס"ק כ"ב) דמן כי הוא זה לא ידענו דהודאתו מהני רק בתבעו והודה אז הודאת בע"ד כמאה עדים אבל בהודה שלא ע"י תביעה ל"מ הודאתו דבקרא ע"כ בתבעו איירי כיון דחייב שבועה ובהודאה קדמה לתביעה אינו חייב וכיון דאיירי ע"כ בתבעו אמרינן דהודאתו שלא ע"י תביעה לאו הודאה הוא עיי"ש א"כ אמאי לגבי איסור אמרינן שוי' אנפשי חד"א אף היכא דהיה ההודאה ע"י עצמו ושלא ע"י תביעה כמבואר בכמה דוכתי אין מספר ואם ילפינן מן ממון לגבי איסור דיו לבא מן הדין ורק ע"י תביעה נימא דמהני הודאתו ושלא ע"י תביעה יהיה יכול לומר אח"כ טעיתי

ולחזור מן הודאתו [ובמ"א כתבתי דאף בד"מ משמע מש"ס שבועות (דמ"ב) דפריך וראב"י לית לי' משיב אבידה משמע דאי לאו משום משיב אבידה היה חייב לישבע אף בלא תבעו ומ"ש הר"ן והרמב"ן דכל שלא תבעו וקדמה הודאה לתביעת התובע דפטור מבואר במרדכי שם דהוא ג"כ מטעם משיב אבידה ועיין מהרי"ט (סי' קנ"א) ובגיטין (דף מ' ע"ב) באומר נתתי שדה לפלוני כו' משמע ג"כ דמהני הודאה שלא בפני המקבל וביותר אף שהלה הודה להיפך הוי כספק תו"ת כמבואר שם ברשב"א בתרי הודאות דסתרי אהדדי וברפ"ב דכתובות בהא דשדה זו של אביך כו' במחלוקת רש"י ותוס' אי איירי בתבעו מכ"ז מבואר דמהני הודאה אף בלא תבעו ויבואר אי"ה לקמן בדיני טו"נ] אולם למ"ש אתי שפיר דמקרא או הודע אליו חטאתו ילפינן דנאמן ע"ע שיתקדש הקרבן ושיקריבו הכהנים ומקיימים הדבר עפ"י הודאתו ואף נגד עדים וכנ"ל.

ובזה מצאנו מקור נאמן לדברי רמב"ם (פכ"ד ה"ט) מאישות שכ' מי שראה אשתו שזינתה או שאמרה לו אחת מקרובותיו שהוא מאמינם כו' ה"ז חייב להוציא ואסור לו לבוא עליה כו' ואין ב"ד כופין את איש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם ברצונה ואח"כ כופין אותו להוציאה ועיי"ש במ"מ ובאה"ע (סי' קט"ו) והדברים מתמיהי' לכאורה כיון דשווי' על נפשו חד"א נאמן מטעם הודאת בע"ד וכעדים ועדיף יותר דאף נגד עדים נאמן אמאי אין כופין אותו כיון דהתורה האמינו. ועיין ספר בית מאיר שהביא לתמוה למה לא נכופו הא דמי לאומר לאשה קדשתיך שאסור בקרובותי' וברור אם נשאה שכופין להוציאה והביא משם הגאון מוה"י ז"ל אחי הטו"ז דכתב דסובר הרמב"ם להוציא מן הבעל בכפיה צריך דוקא עדים וכתב בטעם הדבר דכל שאין הב"ד מענשין בדבר בדיני אדם אף אין נזקקין להוציא דכל שאין הענין ברור לב"ד ע"י עדים או חזקה לא מענשין והה"ד י"ל דאין כופין ומה שנאמר בכתובות ופ"פ כעדי' אפשר דמה דנאמר לאוסרה עליו היינו לענין זה שאין הב"ד מונעין הגירושין אף בזיווג הראשון ואף בע"כ ואף בפ"פ אין כופין וחתר שם הב"מ למצוא ראיה. והנה מ"ש בפ"פ מבואר בש"מ כתובות שם דמדלא קאמר נאמן לאוסרה ע"ע קמ"ל כיון שטען כן בב"ד טענות בריא ב"ד אוסרין אותה עליו ואפקינן לה מיני' עיי"ש. אולם י"ל שם הוי כבירור מטעם חזקה דאין טורח בסעודה ומפסיד' אולם בריטב"א קידושין (דף פ"א) מבואר דכופין להוציא. ומה שכ' מאומר קדשתיך דאם נשא קרובותיה דכופין להוציא שם י"ל בלא"ה דעכ"פ הקרובה כיון שאסורה עליו מוזהרת על לפ"ע משא"כ בראה שזינתה דשניהם יודעין הבירור י"ל שפיר דהב"ד אין אחראין לזה כיון דאינם יודעין ע"פ עדים אומרים להם הזהרו בנפשותיכם:

ולכאורה רציתי לומר דכוונת הרמב"ם רק לכוף לגרש דחיישינן על גט מעושה כיון דהב"ד אינם יודעין האמת אולם ממה דסיים הרמב"ם עד שיבואו ב' עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם כו' ואח"כ כופין אותו להוציאה משמע מדבריו דאף להוציאה מביתו אין כופין דאי משום חשש גט מעושה לא נכוף אותו לגרש אבל עכ"פ נכוף אותו להוציאה מביתו ובלא"ה אף בהעידו עדים שזינתה אינו ברור דחייב לגרשה אף דאסורה עליו בבירור וכמו שכ' תוס' ריש זבחים. שוב ראיתי בס' ח"ס אה"ע (סי' כ"ח) שכתב כן בכוונת הרמב"ם דמשום חשש גט מעושה אין כופין. ולענ"ד כמו"ש דמדברי הרמב"ם לא משמע כן וגם מצד הסברא אם נאמר דכופין אותו שלא יבא עליה מטעם נאמנות שלו שנתנה לו התורה שוב הוי הגט מעושה כדין דהא אף בשני עדים יש חשש דמשקרים ואם הוא יודע בעצמו דמשקרים למה לא נאמר דעושה בע"כ ובכ"ז כייפינן ליה לגרש כיון דגזרה התורה עפ"י שנים עדים יקום דבר ועל הב"ד מוטל לעשות כמו שהעידו אנן סהדי דכייף יצרו לעשות ברצון כדין תורה כמו שכתב הרמב"ם ה' גירושין כן נמי היכא דנאמן מטעם הודאתו אם נאמר דנמסר לב"ד לעשות קיום לדבר ע"י הודאתו למה לא נכוף אותו ונאמר אף אם יודע בנפשו דשקר ענה בה מ"מ כיון דהחיוב על הב"ד לכופו אנן סהדי דכייף יצרו לעשות ברצון כדין ב"ד ומצוה לשמוע דברי חכמים:

ולמ"ש אתי שפיר דגלי לן קרא עפ"י שנים עדים יקום דבר ול"ה נותנים שום קיום לדבר בלתי עדים וכמו"ש הרשב"א קידושין הנז' רק בממון גלי לן קרא מדכ' כי הוא זה. ובאיסור ידענו מדכ' או הודע אליו חאאתו דאדם נאמן על עצמו ואנן עושין קיום לדבריו אף להקריב הקרבן אולם דיו לבא מן הדין וכמו בחייבי חטאת דאין ממשכנין אותו כן נמי בכ"מ דאוסר אדם על נפשו כיון דמלתא דנפשו הוא על הב"ד לצוות שיעש' עפ"י הודאתו ומ"מ לא כייפינן ליה דע"ז שוב אין אנו מוציאין הקרא דע"פ שנים עדים יקום דבר מן משמעותו ואין נותנים קיום לדבריו באיסורין רק במה מצינו מקרא או הודע אליו חטאתו. וידעתי מה שיש לגמגם בזה מדברי תוס' יבמות (דף פ"ז ע"ב) דאם אומר שלא להביא אף בחייבי חטאות ממשכנין אותו ויש בזה דברים ארוכים ויבואר אי"ה במ"א:

סימן ג

למה שכתבתי להוכיח מאו הודע אליו דאדם נאמן לאסור את שלו ומבואר דאף נגד עדים נאמן וכמו שהוכיח במישור במל"מ (פ"ט הט"ו) מאישות מתשובת רשב"א המובא יו"ד (סי' א') בטבח שאמר על בהמה אחת שהוא לא שחט' ובאו עדים ואמרו ששחטו והוא עומד בדיבורו דלכ"ע מותר' דהא איכא עדים דשחטה ולדידיה אסורה דשוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ועיי"ש במל"מ בסוף דבריו בשם ריא"ז וכתב וכעת לא ראיתי מי שחולק

בסברא זו. ובס' שעה"מ שם כ' ועיין במ"מ הלכה (ל"א) שכ' וז"ל שאפי' אם בא ארוסה אינה מותרת לו בלא גט מן השני שהרי אין עדים מעידים כדבריה ועיי"ש כנראה שחולק על דברי הרשב"א הללו עכ"ד ולענ"ד אינני רואה חולק כיון דילפינן מקרא דאו הודע דנאמן אף לנגד עדים לגבי נפשו. ודברי המ"מ שם ברורים דשם כ' הרמב"ם באמרה מקודשת אני ולאח"ז עמדה וקדשה עצמה דאם לא נתנה אמתלא או דנתנה ואין בהן ממש ה"ה אסורה וקידושי שני קדושי ספק לפיכך נותן לה גט ותהי' אסורה עליו ועל הכל עד שיבא ארוסה וע"ז כתב המ"מ דאף אם בא ארוסה אינה מותרת לו בלא גט מהשני שהרי אין עדים מעידים כדברי' ואם יש עדים שזה קדשה מקודם לא חלין קידושי השני דידענו דהיא א"א ואינה יכולה לשוי' נפשה חד"א לבעלה הראשון כיון דנתברר בעדים שהיתה אגודה גבי דראשון לא מצי מפקיע מבעל' וכמו"ש בתוס' רי"ד קידושין (דף י"ב) בהאי דביתהו דהו"ל צער לידה עיי"ש דהיכא דאגודה בי' ומשעבדה ליה ומטי איסור' לגבי' לא מהימנא ועיי"ש בשעה"מ (הט"ו) מ"ש משם מהרי"ט דאף אם מדינ' יכולה לשווי' נפשה חד"א מ"מ משום טעם דעיניה נתנה באחר א"נ ומ"מ אינו ראיה מדברי המ"מ:

והנה היכא דנאמן לגבי עצמו לומר שזה אסור אף נגד עדים אם הוא ממונו מוכח מקרא דאו הודע דאף לגבי אחרים נאמן דהא מפריש קרבן חטאת והכהנים אוכלי' ומקריבי' ולא חיישי לחולין בעזרה וגם ודאי כיון דקרבן כשר הוא הנהנה ממנו מעל אף דיש לפנינו עדים דשומן אכל והקרבן אינו קרבן הוא כלל מ"מ כיון דכשר להקרבה והתורה האמינו אף לנגד עדים ממילא מעל מי שנהנה ממנו וכ"כ בטבח דא"נ רק לגבי עצמו היינו משום דל"ה שלו ויכול לומר דגופו אסור בזה כמו שיכול לומר שחייב להפריש קרבן ולגבי אחרים א"נ לאסור הבהמה כיון דאינו שלו אבל אם הבהמה שלו ואומר דלא שחט שפיר אף דהעדים מעידים ששחטה דנאמן לאסור לגבי נפשו ממילא אסור לכל העולם אף לנגד עדים דעל ממונו נאמן כמו גבי קרבן דנאמן לגמרי אף נגד אחרים דכהנים מחוייבים להקריב הקרבן ואף נגד עדים כ"כ באומר על שלו דדבר זה אסור ומהימן אף נגד עדים אסור על כל העולם. ועיין ספר חות דעת (סי' קפ"ה) דכ' כמו שאדם יכול להשוות חד"א אנפשי' כמו כן יכול להשוות חד"א בדבר שהוא שלו אכ"ע עיי"ש דכ' דלכך מהני אמתלא וכתב דהא דבעלים נאמנים על שלהם להתיר כ' רש"י ביבמות דהוא מצד הסברא דאל"כ אין לך אדם מתאכסן אצל חבירו ובחולין כ' הטעם מקרא דושחט ולאיסור לא מצינו למילף מהיתר וע"כ הא דנאמן לאסור בדבר שבידו הוא מטעם דיכולין להשוות חד"א בדבר שהוא שלהן אכ"ע עיי"ש ולמ"ש הדבר מוכח מקרא

דאו הודע אליו ואף נגד עדים נאמן. והא דלא מחייבינן אותו אח"כ מלקות אף דבע"א בעלמא היכא דנאמן לוקין ע"י כמו"ש הרמב"ם דאיסור עצמו הוחזק בע"א ובמקום דשוי' אנפשיה חד"א אין לוקין ע"י אח"כ אף לעצמו מכ"ש לאחרים וכמבואר בש"ס קידושין (דף ס"ג) וברמב"ם למ"ש בדעת הרמב"ם הנ"ל דאף באומר שראה שזינתה. לכך אין כופין דלא נמסר לב"ד כיון דילפינן רק מאו הודע אליו דיו לבא מה"ד כמו חייבי חטאת דאין ממשכנין אותן כן נמי בזה הטעם דאף דנתחזק לאיסור מ"מ לא נמסר לב"ד לענוש ע"י דיבורו כיון דאין לו נאמנות מצד עדות ולכך מהני ג"כ אמתלא ולא נתחזק לאיסור ברור במקום דליכא עדים דעפ"י שנים או שלשה עדים יקום דבר כתיב ועיין רמב"ם (פ"א) מאיסורי ביאה איש ואשה שבאו ממדה"י היא אומר' זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה ועיין ב"ח אה"ע (סי' י"ט) ובח"מ וטו"ז וב"ש שם שהשיגו עליו דרק אחר שנתחזק הדבר דל"מ אמתלא והיינו כיון שכבר נתחזק לאיסור ממילא העובר ע"ז נמסר לב"ד לענוש אותו אחר שעבר. וקצת יש להבין בדברי רמב"ם (פכ"ד) מהל' אישות הנ"ל למ"ש דאין כופין אותו להוציא משום דלא נמסר לב"ד ולמ"ש הב"מ כיון דאין ב"ד עונשין עפ"י דבריו לכך אין כופין. מ"מ אם כבר נתחזק אשתו לזונה שלשים יום למה לא כייפינן לי' להוציא כיון דאם בא עליה אח"כ נמסר לב"ד לעונש. וצריך לומר דוקא היכא דאינו אומר נגד החזקה כמו בנידן דרמב"ם (פ"א מא"ב) דרק מבררים הדבר בזה אחר שהוחזק נמסר לב"ד לענוש ע"י דהוי כנתקיים ע"י עדים אבל היכא דאומר נגד החזקה אף דנאמן לגבי דנפשי' והתורה האמינתו מ"מ לא נתחזק הדבר לבירור אין הב"ד דנין ע"פ. ואף דהרמב"ם כ' (פט"ז) מהל' סנהדרין ובהל' נזיר (פ"ט) וסוף (פ"א) דא"ב דהוחזק האיסור עפ"י ע"א כגון ע"א אומר חלב כליות הוא זה כ"כ פירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בע"א עיי"ש ומקורו נאמן מירושלמי (פ"ו) דסוטה ובש"ש (ש"ו פ"י) האריך לבאר דאייתי ג"כ היכא דהוחזק שלשים יום דאל"כ איך לוק' כיון דמהני אמתלא לחזור והוי התראת ספק דבריו דחוקין למאד בדברי הרמב"ם לומר שסמך א"ע על מ"ש במ"א ולסתום בכל מקומות בפרט בדברי ירושלמי הנ"ל דוחק למאד לומר דאייתי אחר שנתחזק נוסף לזה מ"ש המל"מ והש"ש דגם מה שכתב הרמב"ם (פ"ב) מאיסורי ביאה במי שבא בזה"ז ואמר כהן אני א"נ כו' אבל אוסר עצמו בגרושה זונה וחללה ואינו מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה דאייתי ג"כ אחר שהוחזק דשם אדרבא לגבי כל העולם לא הוחזק וגם דין זה כ' ג"כ בש"ע אה"ע (סי' ג') דלוקה ול"כ אחר שהוחזק ועיי"ש בביאורי הגרא"ו ז"ל דכ' ג"כ אף בלא הוחזק. ועיין ח"ד יו"ד (סי' קפ"ה)

דהעלה דבעינן דוקא שיעיד בפני ב"ד דאל"כ איך לוקין כיון שעדיין יכול לחזור עיי"ש. ובדבריו הי' מיושב קושי' הש"ש (פט"ו) לשיטת הרמב"ם במעיד על אשה שהיא זונה או גרושה הו"ל איסור ועא"נ באיסורין יקשה מהא דקידושין דף ס"ד) קדשתי את בתי קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה וה"ה גדולה א"נ נשבית ופדיתיה בין כשהיא קטנה בין כשהיא גדולה א"נ ואמאי א"נ לומר נשבית בתורת ע"א ואף דבגדולה י"ל דמכחישתו תינח גדולה קטנה מאי איכא למימר דלא ידעה אם נשבית בעודה קטנה עיי"ש שהניח בצ"ע ולמ"ש הח"ד דצריך להעיד בב"ד א"ש דכיון דצריך שיתקבל עדותו בפני ב"ד צריך שיעיד בפני הבע"ד דאין חבין לאדם אלא בפניו וקטנה כשלא בפניה הוי. אך באמת דוחק גדול לומר בדעת רמב"ם דיהיה צריך הגדה בפני ב"ד. ומ"ש דהוי התראות ס' י"ל דמוקמינן על החזקה שלא ישתנה הדבר וכבר כתבתי בהגהותי לד"ח חיו"ד (סי' כ"ז) בזה ואחר שמלקין אותו שוב אין העד יכול לחזור כמבואר בתשובת הר"ן דאף היכא דלא בעינן הגדה בפני ב"ד דיכול העד לחזור מעדותו זה דוקא כ"ז שלא נעשה מעשה בב"ד ע"י עדותו אבל אם נעשה מעשה ע"י עדותן בב"ד שוב א"י לחזור מעדותו. אולם קושית הש"ש בלא"ה ל"ק דכבר כתבתי שם דודאי הרמב"ם מודה להעיד על אשה שהיא זונה או גרושה לפסלה לכהן הוי כדבר שבערוה וא"נ וכמו שהוכיח בש"ש שם וראיה מדברי הירושלמי סוטה שם נסתרה בפני ב' אמר א' שנטמאת ובא בעלה כהן עליה והתרו בו ב' לוקה עיי"ש בפ"מ וברמב"ם (סוף פ"א דא"ב) הרי דנקטי דוקא בכה"ג שע"א נאמן בספק סוטה ולמה לא נקטו באשה דעלמא שהעיד ע"א עליה שזונה היא ונשאת לכהן ובעלה והתרו בו דלוקה א"ו דא"נ רק היכא דהוי ס' בלא"ה וכ"כ כוונת הרמב"ם ה' סנהדרין על גרושה במקום דבלא עדותו הוי ס' אז נאמן ועיי"ש עוד במ"ש:

גם מה שכ' הש"ש שם (בפי"ב) בדברי רמב"ם (פ"א מא"ב) שכתב באב שאמר בתי זו מקודשת לזה אעפ"י שנאמן ותנשא לו אם זינתה אינה נסקלת ע"פ עד שיהיה שם ב' עדים שנתארסה בפניהם וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת ע"פ עד שיהי' שם ב' עדים או הוחזק עכ"ל וכ' הש"ש והך או הוחזק אכולהו בבי קאי גם ע"פ האב ורק בלא הוחזק אינה נהרגת ע"פ אב. הנה מדברי רש"י קידושין (דס"ג) מבואר באומרת נתקדשתי אע"פ שהוחזקה ע"פ דבריה דכתב ואעפ"י שהחזיקה עצמה קודם זנות בחזקת ארוסה יע"ש והטעם דל"מ חזקה רק היכא דנאמנים בבירור אבל לדידה לא הימנה כמבואר בש"ס שם והיינו אף דנאמנת מטעם שוי' אנפשי' חד"א מ"מ לא נמסר לב"ד לאיש רק כיון דבינו ובין קונו חייב לעשו' כמו שאמר אבל לענוש על זה שאומר לא נמסר לב"ד ואף דהוחזק מ"מ לא הוחזק יותר ממה שהאמינה התורה ונשאר בס' והא דכ' הרמב"ם

באיש ואשה שבאו ממדה"י והוחזקו שלשים יום דהורגין עליה שם בכאן לא הוחזקו לא האשה לפנויה ולא האיש שאין זאת אשתו בזה דנין על החזקה. אבל בהוחזקה לפנינו לפנויה א"נ רק שתהי' אסורה לשוק אבל לא ללקות. וכן הא דאף האב א"נ לסקול הוא ג"כ משום דהתורה לא האמינתו בתורת עדות רק שבתו כממונו לענין זה וכבר כתבתי בהגהותי לס' ד"ח שם דלדברי הריב"ש מובא במל"מ (פ"ט) מאישות דהאב נאמן לגבי תרי ותרי ומבואר מזה דנאמנות האב על בתו לאו בתורת עדות הוא דאי הוי כח עדות לאסרה הא תרי כמאה ואיך נסלק התרי ותרי ונאמין להאב א"ו דסובר דנאמנות האב הוא מצד בעלים על בתו וכמו דהיא נאמנת לומר נתקדשתי אף נגד עדים כ"כ האב נאמן וכיון דעיקר נאמנותו מצד שוי' נפשה חד"א שוב אינו נמסר לב"ד דבאמת הוי דבר שבערוה עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר כתיב רק מצד שווי' נפשה חתיכ' דאיסורא נאמן לכך אין סוקלין ע"י משא"כ היכא דעד אחד מעיד בדבר שנתנה ' התורה נאמנות אז יש קיום לדבר ונתחזק הדבר שהב"ד ידון ע"ז ועיין מ"ש שם אאמ"ו ז"ל ליישב קושית הפנ"י מהא דסוקלין ע"י דאם אב א"נ בהכחשת עדים לית ליה בזה דין כל מקום שהאמינה תורה ע"א שיהי' כשנים דכיון דאחד יכול להכחישו לא נוכל לדון ע"ז דין מיתה ועי"ש מ"ש אני בעניותי להסוברים דאף נגד שנים האב נאמן א"כ ע"כ דאין לו תורת עדות לכך אין סוקלין ע"י עיי"ש בדברים נכונים:

והא דכתב הרמב"ם באומר כהן אני כו' אם נשא או נטמא לוקה וכבר כתבתי דלגבי שוי' אנפשי' חד"א ל"מ אף בהוחזק וגם דבש"ע אה"ע משמע אף בלא הוחזק כיון דלא הזכיר וגם שם ל"ש כ"כ הוחזק כיון דא"נ להחזיקו לכהן רק לגבי דנפשיה. אולם בלא"ה קשה שם דהרמב"ם כ' דהנבעלת ס' חללה וביאר המ"מ אם בא על אחת מפסולי כהונה זרעו ספק וכ"כ בש"ע. וקשה הא מבואר בתוס' ורא"ש יבמות (דף מ"ז) בהא דנאמן אתה לפסול עצמך לא לענין אם בא על בת ישראל לפסלה דקיי"ל אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משע"ר רק דמהני עדותו לעצמו דשוי' לנפשי' חד"א ואסור בבת ישראל וכתב הרא"ש וכיוצא בזה מצינו הוא אומ' קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה ואעפ"י שהוא אסור אם בא עליהן לא פסלן דלא מיתסר בהן אלא משום דשווינהו אנפשיה חתיכה דאיסורא עיי"ש הרי דא"נ לגבי אחרים כלל ולמה באומר כהן אני זרעו ס' חללה וכבר הרגיש בזה בחידושי הגרא"ו ז"ל שם באה"ע. אמנם ע"כ צ"ל כמו שכתב בס' מח"א הלכות א"ב שם דבאומר כהן אני אינו אומר נגד החזקה ונאמן בתורת עדות לכך לוקין ע"י. ובהגהותי לד"ח הרגשתי על דבריו דא"כ למה אין ע"א נאמן להעלות לכהונה כמבואר שם ברמב"ם אם נאמר דל"ה נגד חזקה ובאמת בר"ן כתובות (פ"ב)

תמה ע"ז הא לא הוי נגד חזקה ועיין ספרי פרשת שופטים ע"פ לא יקום ע"א להעלות לכהונה ולהוריד מן הכהונה מניין ת"ל לכל עון ולכל חטאת דמשמע מדאורייתא א"נ ואולי שם איירי נגד קול וכדומה אולם כבר כתבו המחברים דשם הוי נגד רוב דרובא דעלמא לאו כהנים הם וגם חזקה דבמעי אמו זר הוא.

אולם ע"כ צ"ל דבאמת עא"נ במקום רוב לברר כאשר האריכו בזה האחרונים וכתבתי בזה במ"א להוכיח מכמה מקומות וגם לומר חזקה דבמעי אמו זר הוא ג"כ טעות הוא דלדבריו היה אז ג"כ חזקה שאחר שיולד ויצא לאויר העולם יהיה כהן וקדש בקדושת כהונה ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בספרו חיו"ד (סי' ו') להשיג על הס' ש"ש וע"כ הא דאין עד אחד נאמן הוא מצד מעלה דיוחסין. וא"כ מה"ד היה ראוי שיהי' גם הוא נאמן דבמקום דעא"נ גם בעלים בעצמם נאמנים. ואף שכ' בס' פנ"י מס' כתובות ריש סוגי' דפ"פ דאף דע"א נאמן על חתיכה ס' חלב ס' שומן ואף הבע"ד נאמן מ"מ אפשר היכא שהספק בגופה ל"מ כדאשכחן בשבוי' דע"א נאמן בה שלא זינתה והיא עצמה לא מהימנא עיי"ש היינו ע"כ מדרבנן דמעלה עשו ביוחסין דמד"ת נאמנת אף ע"ע וראי' מדברי תוס' ריש גיטין דהקשו אם עא"נ אף באתחזק איסורא ולאו בידו אמאי איצטרך וספרה לה לעצמה ועיין מהרי"ק (סי' ע"ב) הרי דהיכא דעא"נ אף בע"ד ועל גופיה נאמן. וא"כ בבא ואמר כהן אני מה"ד הי' נאמן רק מצד מעלת יוחסין עכ"פ אף דרבנן החמירו מ"מ באנו לבית הספק עכ"פ כיון דלגבי נפשיה מהימן ומה"ד היה ראוי להאמין לו לגמרי אף דמעיד נגד הרוב מ"מ נאמן לברר רק מצד מעלה אינו נאמן לכך זרעו הוי עכ"פ ספק חללה משא"כ באומר לאשה קדשתיך דמה"ד א"נ דאשה הי' לה חזקת פנויה וגם אין דבר שבערוה פחות משנים רק לגבי דנפשיה נאמן להיות אסור בקרובותיה לכך אם בא עליה לא פסלה מן הכהונה וכן באמר נתגיירתי ביני לבין עצמי דהי' מוחזק לישראל וא"נ לפסול גופו דאאמע"ר רק לשויא נפשי' חתיכ' דאיסור' נאמן לכך א"נ לפסול את בת ישראל אם בא עליה כיון דלכ"ע בחזקת ישראל הוא:

ובאמת דעת הישי"ש בפ' החולץ נראה דרק באומר לאשה קדשתיך והיא מכחשת בזה אינו פוסל אבל באינו מי שיכחיש אותו פוסל אח"כ ודלא כמו"ש הרא"ש והטיו"ד (סי' רס"ח) ובודאי כנראה דבזה גם הרא"ש והטור מודים הבנים שיולדו להם אח"כ המה כמותו דרק הבנים שיש לו א"נ לפסול משא"כ הנולדי' אח"כ וע"כ הטעם דע"ז נאמן שיהיו הבנים שיולדו להם אחר כך כמותו ועיין ב"ש (סי' ו' ס"ק כ"ז) בהא דמבואר שם אשת כהן דאינו נאמנת לומר נאנסתי ואחר שימות בעלה אסורה לכהן שהרי הודית כתב הב"ש דאם נשאת לכהן בניה כשרים דא"נ לפסול בניה דוקא לאב נתן התורה נאמנות

ולא לאם ובספר בית מאיר שם השיג עליו מהך דיבמות הנז' דמשמע דהבנים שיולדו לו אח"כ הן כמותו אף דלדבריו נכרי הוא ואין עדות לנכרי עי"ש ולמ"ש אינו ראי' דע"כ צריך לחלק בזה די"ל זרע שיולד אח"כ יש לו כח שיהיו כמותו ע"י הודאתו משא"כ לפסול אחרים אינו פוסל כן נמי בנידון דב"ש א"נ לפסול זרעו של כהן אם נישאת לו אחר מות בעלה הראשון וצ"ע וגם נ"מ באשה שאמרה נתקדשתי לפלוני ופ' מכחיש' דיכולה לשווי' נפש' ח"ד אם נישאת אח"כ לאחר אם הולד הוא ספק ממזר או לא ויש בזה אריכות דברים אכ"מ.

וראיתי בס' ש"ש שם (בפי"א) שהקשה למה באומר כהן אני ל"ה זרעו ודאי חללה כמו דנאמן אדם לומר בני זה בן גרושה יעיי"ש אולם נראה למה דמבואר בנ"י מס' ב"ב (דף ל"ד) וז"ל ובאומר על בנו ממזר אין אשתו נאסרת שיפסלו הבנים שיהיו אח"כ משום בני זונה דאימר דשוגגת היתה ואינה נאסרת באשת ישראל ואפי' אמר שהיא מודה א"ל עליה להפסיד כתובתה ולא על הבנים שיולדו אח"כ לפסלם לכהונה עכ"ל וכבר כתבתי בהגהותי לס' ד"ח דיני נחלות (סי' ד') להבין דברי הנ"י דכוונתו על הבנים אם יולדו אח"כ ממנו דלזה ל"מ אמירתו דהשתא לפסול בניו של אח"כ ויהיו בני זונה עיי"ש וה"נ דכוותי' אף דנאמן אף על עובר שבמעי אמו מ"מ היכא דאינו מעיד על הבנים רק ע"ע א"נ ע"י דבורו של השתא לפסול הבנים ואם גם אח"כ אמר שכהן אני כדי לפסול הבת אם הי' מזיד א"נ כמ"ש הנ"י שם דהא דנאמן לומר על בנו שהוא בן גרושה וחלוצה הוא דוקא אם אומר שבא עליה בשוגג אבל לומר שבמזיד לאו כל כמיני' לשווי' נפשו רשע ועיי"ש בד"ח מ"ש בזה בספיקו של רבינו עק"א ז"ל אם אב רשע ופסול נאמן על בנו לפסלו. וראיתי אח"כ שכבר עמד על חקירה הזאת בספר בית מאיר ושם הבאתי ראיה ברורה מש"ס גיטין (דף ע"א) דא"צ תורת עדות ויבואר עוד אי"ה במ"א.

סימן ד

ראיתי למי שהקשה בהא דיבמות (דף מ"ז) באומר נתגיירתי בלב"ע דנאמן לפסול א"ע וכתב רמב"ם (פי"ד מא"ב) וחוזר וטובל בב"ד וכ"כ בש"ע יו"ד (סי' רס"ח) וקשה למ"ש בש"ע (ס"ג) לרי"ף ורמב"ם אף אם בדיעבד מל ועבל בפני ב' מעכב ואסור בישראלית וא"כ לדבריו שגייר א"ע בינו לב"ע והיינו גם המילה יהיה צריך הטפת דם ברית. וכן כ' באמת בר"ן קידושין (דף ע"ח) וז"ל נאמן אתה לפסול עצמך שאסור אתה לבא בקהל עד שתטיף דם ברית ותטבול בפני שלשה שהרי הודית ושווי' נפשך חתיכה דאיסורא עכ"ל ולמה השמיט הש"ע ענין העפת דם ברית. ונראה דודאי אחרים אסור להם להטיף דם ברית כיון דבחזקת ישראל ואינו נאמן לגבי אחרים רק לשויא נפשי' חד"א ואנן לכל

דבר בחזקת ישראל מחזקינן לי' אסור לחבול בו ואף לחבול בעצמו אסור דאין אדם רשאי לחבול בעצמו כמבואר בש"ס ב"ק (דף צ"א) וכן לצוות לאחרים וא"כ בלתי אפשר להאמין לו להטיף דם בברית דאף דלדבריו נכרי הוא ורשאי לחבול בעצמו לשם גירות להתיהד עי"ז מ"מ כיון דא"נ מצד עדות רק לגבי עצמו יכול לשוי' נפשו חד"א ואנו מחזקינן לי' שכבר נתגייר כדין אסור לחבול בו ואף שיגייר א"ע בזה להטיף דם ברית אינו מועיל דלדבריו דנכרי הוא לא ימול ואף למ"ש הש"ע (סי' רס"ד ס"א) דאם מל א"צ לחזור ולמול פעם שנית מבואר בב"י משם ר' מנוח דאפשר אף הרמב"ם מודה שצריך להטיף ממנו דם ברית רק דא"צ לחזור ולחתוך והרמ"א כתב שם דכן עיקר דצריך לחזור ולהטיף. גם אף אם נאמר דבדיעבד א"צ לחזור ולהטיף כשמל אותו נכרי ויכול בעצמו לחזור ולהטיף לשם גירות מ"מ אין מניחין אותו דאף דנאמן לגבי עצמו לשוי' נפשו חד"א היינו לענין איסור נאמן אבל לחבל בעצמו אין מניחין אותו דלענין זה ל"ש נאמנות וכבר כתב מהרי"ק (סי' ע"ב) דלענין ממון אדם נאמן על שלו לאסור או להתיר אף היכא דלא הוי בידו ולגבי גופו א"נ ועיין ספר ש"ש (ש"ו פ"ו) עיי"ש וא"כ לענין זה בלתי באפשרות להאמין לו דאין לו תקנה ובדבר שאין לו תקנה לעולם ל"ש להאמינו לגבי דנפשי' וצ"ע בזה עוד כי לדברי מהרי"ק דעל גופו אינו נאמן להתיר וכן לאיסור א"נ מצד בעלים ועיין ש"ש (ש"ו פח"י) דחקר מנ"ל דאשה נאמנת לומר לבעל טמאה אני לך שראתה כיון דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן ואין עא"נ נגד חזקה ועל ספירת שבעה נקיים כבר כ' תוס' ריש גיטין הטע' מוספרה לה אבל לומר טמאה אני לך מנ"ל דא"ל מתורת בעלים דנאמנין בשלהן אפי' נגד חזקה דא"כ לא מקשי תוס' מספירת ז' נקיים וע"כ דל"א בעלים נאמנין בשלהן אלא בממונם וכמ"ש מהרי"ק. והאריך שם דמטעם שוי' נפשי' חד"א אי אפשר לומר דהא הבעל חייב קרבן עיי"ש וכבר כתבתי בהגהותי לד"ח חיו"ד (סי' כ"ג) ליישב זה דאח"כ נאמנת בתורת עדות כיון דכבר איתר' החזקת טהרה מכח שווי' אנפשי' חד"א. והעיקר כתבתי שם הטעם דנאמנות דכל אשה לגבי בעלה הוי כמהימנת אצלו לזה דאל"כ אלד"ס הכי לעולם תצטרך לברר ע"י עדים כשתראה עיי"ש אבל מטעם בעלים א"נ רק על שלהם היינו ממונם אבל גופם א"נ לגבי אחרים א"כ מנ"ל דיכול לשוי' נפשי' חד"א לפסול גופו. וצ"ל כיון דידענו מאו הודע אליו חטאתו דיכול לומר שמחוייב קרבן בבירור דשם בשום פנים אי אפשר לומר דהמעשה שקר רק דנאמן לגבי נפשיה דאי אפשר להביא החטאת בנדבה וע"כ צריך לומר דלגבי נפשו נאמן שמחוייב מכבר להביא הקרבן וחיובו רמיא אקרקפתא דגברא כן נמי יכול לומר שיש עליו חיוב דאסור לעשות דכל איסורי תורה איסורא דגברא המה כמבואר ר"ן נדרים (דף ח"י) וריטב"א

קידושין (דף נ"ד) וממילא נאמן לומר קדשתי אשה פלונית ואסור בקרובותיה דהיינו לא שהקרובות אסורים רק הוא אסור בקרובותי' ככל איסורי של תורה. וזה הכל דנאמן לאסור א"ע באיסורי תורה אבל לחייב א"ע לחבול בגופו זה לא מצינו שיהי' אדם נאמן ע"ע יותר מעדים ולכך בהוחזק אצלניו לישראל א"נ על הטפת דם ברית ולא הזכירו רק דאסור עד שיטבול ויקבל גירות מחדש אבל לא שיצטרך להטיף דם ברית דלענין זה לא מצינו שנתנה התור' נאמנו' לאדם ע"ע ועדיין צ"ע בזה דמ"מ יכול לאסור ע"ע עד שיסתלק לגמרי האיסור דהיינו שיתגייר ע"י הטפת דם ג"כ ואכ"מ להאריך בזה:

סימן ה

כתב הרמב"ם (פ"ב ה"ט) הלכות רו"נ אדם טריפה שהרג את הנפש נהרג כו' והוא שיהרוג בפני ב"ד אבל בפני עדים פטור שמא יוזמו ואם הוזמו אינן נהרגין שהרי לא זממו אלא להרוג טריפה וכל עדות שאינה ראוי להזימה אינו עדות בדיני נפשות ע"כ ומדסיים אינו עדות בדנ"פ משמע דבד"מ הוי עדות והקשה הלח"מ (סוף פ"כ) מהלכות עדות הא בסנהדרין (דף ע"ח) אמרו סתם כל עדות שאי אתה יכול להזימה אינו עדות ומשמע בין בממון בין בדנ"פ ובש"ך (סי' ל"ג) מדחיק א"ע בזה בדברי רמב"ם דקאי לענין חקירות עיי"ש ולכאורה י"ל בפשיטות דהא התוס' ריש מכות העלה דהיכא דאי אפשר לקיים דין הזמה כמו במעידין שהוא ב"ג וב"ח מקיימינן במלקות וכתבו דהיכא שבאו לחייבו מיתה וזממו להרוג את הנפש לא מקויים כאשר זמם במלקות דהא בהדיא כתיב נפש בנפש גבי הזמה דעדות נפשות ול"ח יכול להזימה במלקות אבל בלא כוון אלא לשוי' ב"ג דליכא כ"א לאו בעלמא כיון שלקו חשיב שפיר יכול להזימה ובתוס' כתובות (דף ל"ג) כתבו דל"ח עדות שאין אתה יכול להזימה אלא במעידין על הטריפה דאי"א לקיומי בשום דבר לא במיתה ולא במלקות דגברא קטילא בעו למיקטל משמע לכאורה דאף מלקו' אינו חייב ועיין נו"ב (סי' ע"ד) בהתוכחו עם הגאון הספרדי בעל דברי אמת ז"ל שכתב להדיא כן דלא עשו שום דבר דגברא קטילא בעו למקטל והרשיעו את הרשע כתיב וזה לא מיחשב רשע דגברא קטילא בע' למקטל עיי"ש. אמנם נראה באמת די"ל דחייבין מלקות כיון דמ"מ העידו עליו להרשיעו ולפסלו לעדות דהא טריפה כשר לשאר עדיו' כמבואר בש"ך (סי' ל"ג) וכן לשבועה פסלי אותו ובזה חשוב עדות גמור שהרשיעו את הצדיק כאשר יבואר לפנינו דלא כנו"ב. רק מ"מ אף אם הוזמו לוקין לא מקיימינן בזה כאשר זמם כיון שזממו להרוג נפש אין במלקות כאשר זמם וכן כתב להדיא בתוספות שנ"ץ ריש מס' מכות וז"ל דהתם היינו גבי טריפה כיון דלהרוג באו ל"ח לי' עדות שאתה יכול להזימה משום דלוקין בלבד אבל הכא שלא באו להרוג אלא לעשותו בן גרושה או

לחייבו גלות כיון דאי מתזמי לוקין חשבינן ליה שפיר עדות שאתה יכול להזימה עכ"ל הרי דעיקר הטעם דמלקות לגבי מיתה אף מיתת הטריפה חמור ול"ה כאשר זמם כלל במה שלוקין דבב"ג זממו ג"כ לחייבו מלקות אם יעבוד ע"ג מזבח מקיימינן ע"י מלקות כאשר זמם אבל בהעידו להרגו ולבערו מן העולם בזה לא מקיימינן כאשר זמם במה שלוקין העדים וזה ג"כ כוונת הרמב"ם וכל עדות שאינה ראוי להזימה אינו עדות לגבי דנ"פ היינו דל"ת כיון דלוקין מקיימינן בזה כאשר זמם כמו בהעידו על ב"ג וב"ח קאמר דלגבי דיני נפשות שהם זממו להרוג לא מקיימינן בזה דין הזמה עם מלקות אף אם ילקה לכך אינה עדות ואינו נהרג על פיהם אבל מ"מ י"ל דנאמנים לפסלו וממילא לוקין ג"כ משום דעברו על לאו דלא תענה ברעיך עד שקר:

והנו"ב שם ד"ה שוב שכתב דהיכא דבא לפוסלו לא מקרי הרשיעו הצדיק לחייבו בשביל זה מלקות והוכיח מדברי תוס' הנ"ל עיי"ש ותמהני הא התוס' שם קאי דבעינן בכל אופן לקיים עכ"פ דין הזמה במלקות רק לגבי טריפה כיון שהעידו להרגו לא מקיימינן בזה דין הזמה אבל משום ל"ת ודאי לוקין כשבאו לפסלו דאל"כ לא משכחת לקבל עדות לפסלו בלבד והא דכתב שם(ובסי' ע"ב) דעד המחייבו שבועה כשהוזם א"ב תורת הזמה כלל ואף מלקות אינו חייב דלא הרשיעו כלום בעדותו והביא ראיה מדברי רמב"ן מלחמות סוף סנהדרין והמעיין שם ברמב"ן יראה דזה דוקא אם לא נגמר הדין עדיין כדי לפסלו אבל בנגמר הדין ודאי דלוקה וגדולה מזו מבואר בדברי רמב"ם (פרק כ"א) מעדות עדי קנוי וסתירה שהוזמו לוקין אף דלא הרשיעו רק לשתות ועיין ירושלמי פ"א דסוטה דמבואר דאף עדי קנוי בלבד שנמצאו זוממין לוקין אף דשם לא הרשיעה לשום דבר עדיין כיון דל"ה סתירה מ"מ לוקין ומכ"ש כשבאו לפסול אדם לעדות ולשבועה. ועיין בדבריו (סי' נ"ז) שם כ' ג"כ דבעדים שבאו לפסול כשר א"י בחקירות כיון דל"ש בם הזמה ואף מלקות אינן חייבין דלא איכפת ליה במה שפוסלין אותו לעדות והוסיף עוד אף לד' הש"ך (סי' ל"ח) דחולק על הריב"ש ופוסל עדות שלא בפני בע"ד לפוסלו דאיכפת ליה לשבועה מ"מ מן התורה לא איכפת לי' דכשכנגדו נשבע ונוטל תקנתא היא ול"ש בזה מלקות מה"ת ול"ש כאשר זמם כלל. והנה כבר כתבתי לעיל להוכיח דא"י בחקירות פסול אף אם ל"ש כלל דין הזמה מ"מ צריך שיהיו בגדר הזמה וממילא כשהעידו לפסול עדי צריך דו"ח וי"ל דא"י פסול לגבי' זה דאף דל"ש דין הזמה לעשות בו מ"מ בעי שיגביל העד הזמן שיתפס לשקרן כשיוזם כמו שכתבתי למעלה בארוכה (סי' א') וגם מ"ש דל"ש מלקות מה"ת קשה עליו הא מ"מ כיון דתקנתא הוא שיהיה שכנגדו נשבע ונוטל ונ"מ בעדותן לפסלו ודאי דחייבין מלקות וממיל' שייך בזה הזמה ולתירוץ השני של התוס' מ"מ כיון

דיש מקום לקיים הזמה בעינן שיהיה יכול להזימם ממילא א"י פסול עכ"פ מדרבנן כיון דנ"מ לגבי הזמה לדין מלקות:

גם יש ראיה מש"ס שבועות (דף מ"ח) דפריך לר"ח דסובר בהדי סהדי שיקרא ל"ל מהא דאחד אומר גבוה ג' מרדעות וא' אומר חמש עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות ממון ועיי"ש ברש"י אעפ"י שידענו שאחד פסול וקשיא לר"ח. ומה הרשיעו בזה שהעיד בשקר ואעפ"כ מיפסל לעדות ואמאי הא בלאו דלא תענה לא מיפסלי דהוי לאו שאין בו מעשה רק מקרא דוהצדיקו את הצדיק והרשיעו את הרשע ובזה במה הרשיעו במה שהעיד שקר הן אם גרם שלא יקדש החודש הן אם גרם לקדש כיון דעיקר הדבר תלוי בב"ד אם יקדשו אף בטעות החודש מקודש ואם לא הוי מעובר א"כ אף דנ"מ לגבי כמה ענינים לענין ממון מ"מ זה ל"ה רק גרמא בעלמא מה שיתקדש החודש ע"י עדותו או שלא יתקדש וככל אשר יעשה עפ"י ב"ד הגדול קם ויהי' באמת והעד רק סיבה וגרם לזה ומה שייך הרשיעו בזה ואמאי מיפסל אף אם עובר על ל"ת מ"מ הוי לאו שא"ב מעשה:

וראיתי בתשובת רבינו עק"א ז"ל (סי' קע"ו) שכתב דעדות החודש אם הוזמו אין שום עונש על העדים דגם מלקות ליכא דהא לא העידו כלל על רעיך וע"כ מוכח דגם לתירוץ הא' בתוס' מכות דדוקא כאשר זמם לאחיך בעינן יכול להזימה אבל היכא דלא העידו כלל על אחיך אינו צריך יכול להזימה עיי"ש וע"כ הכוונה כמו שכתבתי דעיקר עדותן הוא על ענין שיתקדש או שלא יתקדש ומה שנעשה ע"פ הוא כדין אף אם בשקר העידו תלוי בקדושת ב"ד הגדול אולם דבריו צ"ע הא מש"ס שבועות מבואר דמיפסל בהעיד בשקר וע"כ דלא תענה קאי גם ע"ז ואף הרשיעו חשיב כיון שיהי' נ"מ לכל ישראל ושקר העידו בפני ב"ד ובודאי לוקין בשביל זה. וגם מפסל לעדות אם הוכחש האחד מן שנים כמבואר שם בחידושי ריטב"א בהא דמתרץ רבא אליבא דר"ח הוא ואחר מצטרפין לעדות אחרת של ר"ח דהוי להו תרי וחד ואין דבריו של אחד במקום שנים וכתב ריטב"א דל"ת כיון שכבר הוכחש ע"א בהכחשה אינו כלום להצטרף עם אחד קמ"ל דהא עדות אחרת מקריא ואיגלאי מלתא למפרע דהאי אמר קושטא וכשר לעדות זו ולכל עדיות שבעולם ואידך דהוי חד במקום ב' פסול אף לכל עדות דעלמא ואע"ג דהאי תירוצא אליבא דר"ח הלכתא הוא דכ"ש דמוד' ר"ה בהא עכ"ל הרי מבואר דהמוכחש מתרי מיפסל אף דלא העיד ברעך ממש:

גם מ"ש הנו"ב שם בע"א המעיד לחייב שבועה דלא מיפסל אם הוזם אח"כ מבואר ברמ"ה סנהדרין (דף כ"ז) להדיא להיפך דכתב שם לפרש דאסהידו תרי בחד דמיירי בחד

סהדי גרידא כגון דאתא לחיוביה שבועה ואיתזים עיי"ש הרי דבזה לכ"ע למפרע נפסל אף דלא הרשיעו לחבירו רק לחייבו שבוע' ובאמת יש להבין הא בקרא כתיב לא תענה ברעיך עד שקר וכללא הוא כ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרוט הכתוב אחד א"כ מנ"ל דע"א עובר על ל"ת ועיין תוס' ריש מס' סוטה ובס' יראים (סי' רמ"ג) היטב:

עוד כתב שם רבינו הגדול דלענין עדות להכחיש עדים הראשוני' ל"ב יכול להזימן ואם עדים אמרו פלוני הרג ובאו ב' והכחישו דלא הרג מה יכול להזימם שייך בהא דהא לא רצו לחייב לשום דבר ע"י עדותן אלא לפטור להאיש שהעידו עליו הכת הראשונה וגם מלקות אינם חייבין דל"ש בזה ל"ת ברעיך דהא לא העידו כלל על רעהו להפסידו בשום דבר וע"כ דל"ב בזה יכול להזימן עכ"ד וג"כ מוקשה הוא חדא אם אינם עוברים כלל על לא תענה למה נאמנים נגד הראשונים להכחישן כיון דתרי לגבי תרי נינהו ונתקבל עדותן של הראשונים מטעם חזקת כשרות שלהן דכשרין הן ולא יעברו על לא תענה ברעיך עד שקר ואם המכחישין אינם עוברים על ל"ת א"כ עדיף חזקתן של הראשונים ובאיזה כח יכולין להכחישן כיון דלאו תורת עדות עליהן ואינם עוברין על לא תענה אלא ודאי כיון דלדבריהם העידו הראשונים בשקר ועברו על לא תענה ופסולין המה אף דקיי"ל כר"ה זו באה בפ"ע ומעידה מ"מ כיון דאחד מכת זו וא' מכת זו פסולין להעיד הרשיעו לפסול אותן לאיזה אופן עוברי' על לא תענה ברעיך ועוד כיון דע"י עדותן רצי לבטל המצוה מן הב"ד לקיים ובערת הרעה אין רשעות גדול מזה ובודאי עברו על לא תענה ברעיך שהעידו שהב"ד פטורין ואינם חייבין במצות ביעור וכיפור הארץ בדם שופכו. הדרן לדברינו דודאי נראה דהיכא דהעידו לפסול לאדם והוזמו דלוקין ועברו על לאו דלא תענה להרשיעו וא"כ י"ל אף אם העידו על טריפה שהרג דלא מקבלין עדותן להרגו מ"מ כשהוזמו חייבין מלקות דזממו לפסלו:

אך יש לדון דכיון דא"נ שיהרג ע"י עדותן הואיל דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן ומלקות לגבי מיתה לא מתקיים בזה דין הזמה ועדותן בטילה ממילא נתבטל מכל וכל אף שלא לפסלו מטעם דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו בעדים הקרובי' ורחוקים לזה דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכמו"ש ראב"ד הטעם משום דכתיב עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר דבעינן מגזה"כ לקיים כל הדבר ולא החצי כמבואר ברא"ש (סוף פ"א) דמכות:

אולם יש לדון בזה דהא מבואר סנהדרין (דף פ"א ע"ב) ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לכיפה כו' וקאמר בש"ס מנא ידעינן ואמר רב בעדות מיוחדת ושמואל אמר שלא בהתרא' ור"ח אמר אבימי כגון דאיתכחש בבדיקות ולא אתכחש בחקירות ועיי"ש

ברש"י והרמב"ם פסק ככל האופנים [ובפירוש המשנה שם יש ע"כ ט"ס דקאמר אף באם אתכחש בחקירות וז"א דכן מבואר בש"ס ולא אתכחש בחקירות וכן פסק הרמב"ם בהלכותיו. ומזה ראיה למ"ש לעיל (סי' א') לחלק בין חקירות לבדיקות דחקירות תליא בהזמה ויש ריעותא בגוף כח העדים לדעת אם אמת יהגה חיכם לכן אף להכניסו לכיפה א"נ משא"כ בבדיקות דרק מצד גזה"כ וחק התורה לבטל עדותן ומיהו עדות אמת הוא וכמו"ש רש"י] וק' לכאורה נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דנתבטל לענין להמית אותו במיתת ב"ד הראוי לו או מטעם דהוי עדות מיוחדת דגזה"כ הוא לא יומת ע"פ ע"א. או מטעם דהוי שלא בהתרא' או מטע' דלא נמצא נכון הדבר ואתכחשו בבדיקות יתבטל ג"כ לענין להכניסו לכיפה ואף דדבר זה לא נאמר רק ברציחה וחומר דשפיכת דמים והלכה למ"ס הוא כמו שכתב הרמב"ם בפה"מ ובהל' רוצח. מ"מ אף דרק הלמ"ס הוא ברציחה למסור להב"ד להכניסו לכיפה ולא בעניני חייבי מיתת ב"ד מצד איסורים אחרים. עכ"פ נלמוד מזה דמקיימינן מן העדים מה דנוכל לקיים ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ובאמת כלל הזה דיקום דבר לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מחזקינן אף בעדות דיני נפשות דרציחה:

ועי"כ נראה ללמוד מזה דע"כ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בעלה כולה רק היכא דהריעותא והחסרון הוא בהגדות העדות כמו קרובים לזה ורחוקים לזה דנתבטל דבר מהגדות עדותן דגזה"כ הוא לגבי קרובים לומר דהוי כלא הגידו והעידו דהא דקרובים פסולין להעיד לאו מטעם משקר הוא רק גזה"כ הוא אף משה ואהרן כמבואר ש"ס ב"ב (דף קנ"ט) ואף דבממון לא אברא סהדי אלא לשקרא כמבואר קידושין (דף ס"ה) והעיקר הוא לדעת אמיתת הענין ע"כ גזה"כ הא דקרובים א"נ הוא שיהא עדותם כאלו לא הגידו וממילא לא נודע אמיתת הענין וכן כתב בס' בית מאיר (סי' י"ז) וכיון דהעידו לקרובים ולרחוקים לא נוכל לחלק דבורם ולקיים חצי דבר. משא"כ היכא דמחזקינן לכל דבריהם רק שחסר תנאי בדבר שלא נמסר לב"ד כמו עדות מיוחדת באחד רוא' מחלון זה וא' רואה מחלון זה דמצד הסברא היינו למדין ממה דכתבה התורה עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר לדון ע"י עדותן רק גלי לן רחמנא לא יומת עפ"י ע"א שלא נמסר לב"ד הדבר עד שיהיו רואין שניהם כאחד כמבואר מכות (דף ח' ע"ב) מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה עיי"ש דמבואר דצריך לימוד לזה מטעם דסתמ' עפ"י ב' או ג' משמע דל"צ רק שיעידו שנים אף דלא ראו זה את זה בשעת מעשה וגלי לן הקרא דלא יומת ע"פ ע"א לפטרו אבל עדותן אמת אלא שאין מיתתו מסורה לב"ד וכמו שכ' רש"י סנהדרין שם לכן ל"א

בזה עדות שבטלה מקצת בטלה כולה דלא נתבטל שום דבר מדבריהם רק התורה חסה בדנ"פ וגזרה שלא נמסר לב"ד:

ובאמת יש לעיין אם עברו הב"ד והרגו לזה שחייב מיתה בעדות מיוחדת אם חייבין עליו די"ל דלא קאי עליו רק בלאו דלא יומת עפ"י ע"א ולא אהדריה לאיסורא קמא דמכה נפש מות יומת ודומה קצת למ"ש תוס' ביצה (דף י"ב) הטעם דנו"נ דאין קרובין ביו"ט משום דכתיב לכם ולא לגבוה ולא אהדריה קרא לאיסורא דדוקא לגבי גיזה דלא הותרה בפסולי המוקדשין כלל בהדיא והואיל ואישתכח סמך בהו לאיסורא מוקמינן לה באיסורא קמא אבל גבי יו"ט דאוכל נפש הותר והה"ד נדו"נ מטעם מתוך וכיון דהותרה בהדיא ל"א דאהדריה לאיסורא קמא דלמאי דאהדרי' אהדריה ולמאי דלא אהדריה קאי רק בעשה עיי"ש וה"נ דכוותיה כיון דכתבה התורה בהדיא ע"פ ב' או ג' עדים יקום דבר המשמעו' הוא לדון עפ"י בכל דבר רק לגבי עונשי מיתה גלי לן הקרא דלא יומת עפ"י עדות מיוחדת ומ"מ לא אהדריה לאיסורא קמא וליתא רק באזהרה אבל לא לחייב מיתה אם דנו עפ"י עדות מיוחדת ויש לחלק משם דמ"מ כיון דלא נמסרה לב"ד שוב הוי בכלל מכה נפש אבל מ"מ לא נוכל לומר בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה כיון דבאמת מקיימינן כל הדבר רק שחסר תנאי שלא נמסר לב"ד וכן אם לא התרה בו דליכא שום ריעותא לגבי עדים וידענו אמיתת הדבר וקיום הדבר ע"י רק מצד אחר בא הפטור דלא ניתנה התרא' אלא להבחין בין שוגג למזיד וכן אם הי' הכחשה בבדיקות דרק מצד חק וגזה"כ הוא דכדי לחייבו מיתה בעינן נכון הדבר ואין זה נכון אבל אמיתת הדבר ידענו מן הגדתם לכן מה דנוכל לחייבו ע"פ עדותם מקבלים עדותם ומכניסין לכיפה כיון דרק מצד גזה"כ שחסר תנאי בדבר לא נמסר לב"ד ל"א בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה כיון דלא בטל שום דבר מן עדותן שאפשר לדון ע"י משא"כ לגבי קרובים דע"כ מסלקינן כל עדותן מצד הקרובים והוי כלא העידו ולא נודע אמיתת הדבר לכן אמרינן בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה. ועיין בעה"ת (שער ל"ח ח"ד) דפירש בש"ס (ב"ק דף מ"א ע"ב) אלא כשהמית אדם עפ"י ע"א היינו עדות מיוחדת דאחד ראה מחלון זה שהשור הרג את אדם ואחד ראה מחלון אחר והשור אינו נהרג דכמיתת בעלים כך מיתת השור והי' ס"ד דעכ"פ חצי כופר ישלם קמ"ל קרא דבעל השור נקי דתם אינו משלם כופר הרי דאף דהא בהא תליא מ"מ ל"א עדות שבטל מקצתה בטלה כולה וכיון דלא מקבלין עדותן להרוג השור ממילא לא נקבל לענין כופר זה ל"א כיון דאין רעותא בגוף העדים ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' ק"ה) כנראה דלא ראה אז דברי בעה"ת הנז':

ולפ"ז גם בנתבטל דבר מדבריהן בשביל דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן כמו בהעידו בטריפה שהרג הנפש ידענו באמת אמיתת הענין רק גזה"כ הוא לדון מיתה אי אפשר דבעינן לגבייהו דעדים שנוכל לקיים בהו דין הזמה ולא נוכל לקיים בשביל שמעידין על הטריפה ואין החסרון בעדותן ונכלל בהכתוב ע"פ שניים או ג' עדים יקום דבר רק מצד חק התורה דכתיב ועשיתם להם כאשר זמם דבעינן שיהיו ראוי' לקיים בהם כאשר זמם אבל אמיתת הענין ידענו לכן ל"א בזה עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה ומקבלין העדו' עכ"פ לפסלו. ואם מעידים על הטריפה שהרג בפני ב"ד של שלשה בזה ודאי נאמנים לפסלו ול"ש בזה עדות שבעלה מקצתה בטלה לכ"ע כיון דלגבי דין נפשות הוי כהעידו חוץ לב"ד דלקבלות עדות לדון דין נפשות בעי כ"ג כמבואר רמב"ן על התורה פ' שופטים ובכ"מ (פ"ד) הלכות עדות רק לפסלו די בפני שלשה ודאי ל"ש בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דלא נתבטל המקצת ודומה לזה מבואר בתומי' (סי' ל"ד ס"ק כ"ד) רק אף בהעידו בפני כ"ג יש מקום לומר דל"א בזה עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה כמ"ש:

סימן ו

מהך דסנהדרין הנ"ל דע"י עדות מיוחדת מכניסין אותו לכיפה מטעם שכתב רש"י דאמת הדבר הואיל דיש שני עדים רק שאין עדותן להמית נמסר לב"ד. נראה אם אחד ראה מחלון זה בא"א שזינתה ואחד ראה מחלון זה ולא ראו זא"ז כיון דידענו אמיתת הענין רק לב"ד לא נמסר ממילא אסורה על בעלה דלא נמסר לב"ד להרוג ע"ז אבל מ"מ כיון דידענו מהללמ"ס דמכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ עד שכריסו נבקעת מכ"ש דמוטל על הבעל לחוש לעצמו ולא לעשות נגד שני עדים מעשה באיסור וכן על הב"ד למנוע אותה ממנו. ובב"י ח"מ (סי' ל') הביא הפוסקים בזה אם נאסרת בעדות מיוחדת על שני מעשים. ובתשובת מהר"א ששון (סי' כ"ד) העלה להתיר אף אם ראו זה אחר זה. וכן אם אחד רואה מחלון זה וא' מזה ועיין נו"ב תנינא חלק אה"ע (סי' י"ג) ובנו"ב (סי' ע"ב) האריך בזה לאסור ואחד מן ראיותיו דאם יהיה פירוש התוספתא דראה אחד שנתייחד עמה שחרית ואחד בערב דאין חוששין הטעם כמו"ש הר"ן מטעם דעדות מיוחדת הוא ולא כמו שכתב הב"י דמטעם דהוי כמו מקדש בלא עדים דלא חששו וקשה למה נקט התוספתא באחד ראה שחרית ואחד ערבית לינקט רבותא יותר אפי' אם שניהם העידו על מעשה אחת שאחד ראה מחלון זה ואחד מחלון זה אעפ"כ לאו עדות הוא עיי"ש שכתב שזה ראי' שאין עליו תשובה. ומבואר מדבריו דכללי כייל לכל

גווני עדות מיוחדת בחדא מחתא וכן בעובדא דמהר"א ששון אף בראו זא"ז אותו מעשה הואיל דבדנ"פ מיפסלי כמו כן לאסרה על בעלה א"נ:

ולי דבריהם תמוהין וצ"ע דבאופן זה דאחד רואה מחלון זה וא' מחלון זה כ"ע מודים דנאמנין לאסרה על בעלה כדמוכח מהא דמכניסין אותו לכיפה ומדברי רש"י בפירושו דענין זה ודאי אמת הוא רק לענין להרוג ע"י עדותן זה לא נמסר לב"ד אבל אמיתת הענין ידענו ולכך מסבבין להרוצח מיתה ומכ"ש דאסורה על בעלה ומכ"ש היכא דראו בהחור זה אחר זה כמו עובדא דמהר"א ששון דזה עדיף ממה דראו אחד מחלון זה וא' מחלון זה ואין א' מעיד על חבירו כמבואר סוף (פ"א) דמכות דודאי ידענו אמיתת הדבר רק דלא נמסר לב"ד להרוג לרוצח אבל מכניסין לכיפה לסבב לו מיתה ודאי דאסרינן ליה לבוא על אשתו באם יש עדי זנות באופן זה. וממילא דאין כאן ראי' כלל מן התוספתא דעדות מיוחדת על ב' מעשים מדלא נקט אחד מחלון זה וא' מחלון זה דכה"ג באמת אסורה כיון שהעידו על מעשה אחת רק באחד שחרית וא' ערבית י"ל דאין מצטרפין הואיל דליכא שני עדים על מעשה אחת וזה כשר רק בד"מ ולא בעדות לאסור אשה של בעלה דבכה"ג אף לא ידענו אמיתת הדבר והא ראיה דבכה"ג עדות מיוחדת אין מכניסין אותו לכיפה בהורג נפש:

ומ"ש הנו"ב דאם עדות מיוחדת בשני מעשים פסולין בקידושין למה לא נקיט התוספתא רבותא אף במעשה א' למ"ש בזה כ"ע מודים כיון דעדותן אמת רק דלא נמסר לב"ד מ"מ כיון דעפ"י אמת נתקדשה לא נוכל להתירה לשוק דהא הטעם דבעינן בקידושין עדים לקיום הדבר הוא מטעם דחב לאחרינא וכבר כתב הפנ"י מס' קידושין דעיקר הטעם דבעינן עדים כדי להחזיקה למקודשת ע"י עדים כדי שנוכל לדון אותם אח"כ במיתה אם תזנה דאל"כ אין קידושין לחצאין עיי"ש ולפי"ז דוקא להחזיק' למקודש' ע"י שני מעשי קידושין משני עדים מיוחדת זה מדמינן לדנ"פ ולא ידענו אם אמת הדבר וחשבינן עכשיו כאלו בא לפנינו הנדון בדיני נפשות ואז ל"ה מועיל עדותן מדכתיב לא יומת עפ"י ע"א וגם לא ידענו אמיתת הדבר. וכמו כן אינו מועיל להחזיקה למקודשת ע"י עדות כזאת. אבל במעידין על מעשה אחד רק זה ראה מחלון זה וזה ראה מחלון זה ולא ראו זא"ז והמה ראו שניהם בזה כיון דעדותן אמת וכמו שכ' רש"י רק דל"נ לב"ד לא נוכל לומר דלא תהיה מקודשת רק מחזקינן בחזקת מקודשת וממילא אח"כ כיון שנתחזקה עפ"י אמת למקודשת דנין ע"י קידושין הללו גם לדיני נפשות ושוב ל"ה קידושין לחצאין כיון דידענו אמיתת הדבר ועדיין צ"ע בזה:

ומ"ש עוד הנו"ב שם דלענין קידושין דוקא כתב הר"ן דל"מ עדות מיוחדת הואיל דנ"מ גם לדנ"פ משא"כ עדי גיטין דאין בעדותן חיוב נפשות דאדרבא בעדותן משוי אותה לפנויה ושתהיה מותרת. יש לגמגם בו דהא גם בגיטין יש נ"מ אם נתקדשה אח"כ לאחר ואח"כ מת הראשון ואם זינתה אח"כ אם תאמר שהגט מן הראשון כשר ממילא הי' חל קידושין של השני ונתחייבה מיתה ואם לא הי' מהני גט הראשון ולא חל קידושין של השני ופנוי' היא ופטורין ממיתה. גם נ"מ אם מת הבעל ונשאת אח"כ לכהן אם תהיה לוקה:

עוד כתב שם הנו"ב להוכיח דמהני עדות מיוחדת לאסור אשה על בעלה מדברי תוס' מס' מכות שם דהקשו אמאי עדות מיוחדת כשר בד"מ ונגמר מדנ"פ מדכתיב משפט אחד וכתבו דע"כ האי קרא לא בד"מ קאי דע"א מחייב שבועה וכתב לפרש דאף בקרקע דאינו מחייבו שבועה ומ"מ כשר עדות מיוחדת וע"כ צ"ל כיון דיש דיני ממונות המועיל לחייב שבועה ממילא לא קאי האי קרא אשום ד"מ ולפי"ז לאסור אשה על בעלה ג"כ ל"ק האי קרא דהא עכ"פ מועיל ע"א לאסור אשה על בעלה אחר קינוי וסתירה וא"כ אף קודם קינוי וסתירה נאסרה בעדות מיוחדת כיון דיש אשה שמועיל ע"א אלו דבריו. ולכאורה ל"ה צריך לזה רק דאפילו בעד אחד אי מהימן עליו כבי תרי נאסרה עליו כמבואר מס' קידושין (דף ס"ו) א"כ ע"כ לא קאי האי קרא לאסור אשה על בעלה דל"מ עדות מיוחדת. אולם י"ל דזה דאי מהימן עליו כבי תרי דחייב להוציא' ל"ה רק מדרבנן כמו"ש בספר תומת ישרים (סי' ע') אך מדברי ש"ג ש משמע דהוא מה"ת ולקמן יבואר מזה אי"ה אבל מ"מ י"ל דזה לאו מתורת נאמנות העד הוא רק כמו שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ומזה לא איירי קרא והשתא דאתינן לזה יש לומר ודאי תוס' שפיר כתבו כיון דחזינן דבד"מ ע"א מועיל לשבועה ממילא מצד הסברא מהני אף עדות מיוחדת להוציא ממון ואף בקרקעות דלא מחייב שבועה אמרינן שוב משפט אחד להשוות כל דיני ממונות להדדי לחייבו בעדות מיוחדת. משא"כ לאסור אשה על בעלה אף דמצינו דמועיל ע"א אחר קינוי וסתירה שם לאו מצד נאמנות ע"א הוא רק משום דרגלים לדבר שהרי קינו לה ונסתרה ע"י עדים והא ראי' דאף הפסול להעיד ג"כ נאמן כמבואר מס' סוטה ואיך נקיש לזה להאמין עדות מיוחדת לאסרה בלא קינוי וסתירה מה דבעי נאמנות העדים, נוכל לומר שוב לכלול בכלל משפט אחד להתאחד עם דיני נפשות כיון דדומה לזה ומתורת עדות אין שום כח לע"א לאסרה ואחר קינוי וסתירה הוא לאו מתורת נאמנו' ע"א דהא אף פסול נאמן משא"כ לחייב שבועה יש נאמנות מטעם עדות לע"א והא ראי' דהפסול לעדות אינו מחייב שבועה כמו' שכ' רמב"ם (פ"ה) מטרות:

ויש להבין בדברי תוס' מה זה הוכחה דע"כ האי קרא דלא יומת לא איירי בדיני ממונות הא עיקר דילפינן ממשפט אחד הוא מדכתיב פ' אמור מכה אדם יומת ומכה בהמה ישלמנה משפט א' היינו דמכה בהמה היינו ד"מ יהיה משפט אחד עם מכה אדם והיינו ד"מ כולם עם דנ"פ ועיין נו"ב (דף פ"ב ע"א) בזה וא"כ דלמא לעולם לענין תשלומין לא מחייבינן ע"י עדות מיוחדת במכה בהמה כמו דאינו נהרג במכה אדם. אבל שבועה מ"מ חייב דזה ילפינן ממ"א מדכתיב לא יקום ע"א לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה אבל מ"מ לחייבו בתשלומין נימא משפט אחד יהיה לכם ויהי' פסול עדות מיוחדת. וי"ל דכוונת תוס' כיון דבממון ידענו דחייבו התורה שבועה נגד ע"א וטעם השבוע' הוא לברר וכ"ז שאינו נשבע חייבהו רחמנא רק ולקח בעליו ולא ישלם ואם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסי וכיון דיש שני עדים אף דלא ראו יחד מ"מ עדותן אמת הוא כמו"ש רש"י דמטעם זה בהורג נפש מכניסין אותו לכיפה. א"כ מצד הסברא דלא נוכל לחייבו שבועה דכיצד ישבע לברר האמת נגד בירור של שני עדים ועדיף יותר ממה דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע דמשלם ואף מאן דלית ליה מתוך שאי"ל דמשלם היינו לא לנגד ב' עדים דהוי דבר ברור רק לגבי מיתה הקילה התורה דלא מסרה לב"ד אבל בממון מחייבינן לשלם ואף בקרקע וכדומה דלא חייבו שבועה נגד ע"א מ"מ ממילא מוציאן בעדות מיוחדת כיון דיש לנו בירור גמור דומה לזה כתב הנו"ב שם (סי' ע"ד) לשיטתו דבד"מ ל"ב עשאילה"ז דהכחשתו נגד ב' עדים לאו כלום הוא וכתב ועוד דע"א עכ"פ מחייב שבועה ואינו יכול לישבע נגד שנים והוא מחויב שבועה ואילו"מ עכ"ד. וכוונתו ודאי לאו מטעם מתוך הוא דהא משכחת בקרקע וכדומה דאינו חייב שבועה וכן למאן דלי"ל מתשאיל"מ א"ו כוונתו כיון דעכ"פ נתברר הדבר עפ"י שנים מחייבינן ממון כן נמי בעדות מיוחדת כיון דחזינן דהתורה חלקה לנו משפט נפשות מד"מ דבד"מ חייבה התורה שבועה נגד ע"א משא"כ בנפשות אמרינן מסברא דלא הוציא התורה מפשטה דקרא עפ"י שנים עדים יקום דבר דהוא אפי' ע"י עדות מיוחדת כשלא ראו זא"ז רק לגבי מיתה גלי לן קרא דלא ימות עפ"י ע"א דלא נמסר לב"ד לדון ע"י עדות מיוחדת ולא בממון: **וראיתי** בספר אליהו רבה וזוטא מבעל מכתב מאליהו (דף צ"ה) שם הביא דברי רבינו הרמ"א ז"ל בתשובותיו שכ' דהא דכתב מהר"מ ז"ל במרדכי לדמות עדי זנות לממון הוא רק לענין צירוף העדות דוקא משום דכתיב קרא לא יומת עפ"י ע"א דמינה ילפינן לעדות מיוחדת דפסול והתם לא יומת כתיב משמע דין מיתה דוקא אבל לענין שאר דברים כגון דו"ח או שלא בפניו דמה"ת בעינן בתרווייהו רק חכמים הקלו לענין ממון פשיטא דמדמינן לה לדנ"פ והוא ז"ל משיג עליו מדברי תוס' מס' מכות הנ"ל דלא יומת לאו

דוקא מיתה הוא ולולי דע"א קם לשבועה בד"מ הוי מוקמינן קרא גם לענין ממון כמו פסול קרובים דלא יומתו אבות כתיב ואיתא נמי בד"מ א"כ ע"כ הא דמדמה מהר"ם ז"ל עדות זנות לממון היינו מן הכלל דעדי נשים כיון דסריך וסביך כתובה בהדייהו לד"מ דמי וממילא גם לענין דו"ח. ואני שמעתי ולא אבין הא דברי הרמ"א מבוארים מדברי תוס' הנ"ל דלולי קרא דעד אחד בממון מחייב שבועה היינו ילפינן ממשפט אחד דעדות מיוחדת פסול אף בד"מ אבל כיון דאי אפשר אמרינן דלא קאי על דיני ממונות ומצד משפט אחד סובר מהר"ם ז"ל די"ל כיון דכשר בדיני ממונות מה"ת וע"כ הא דכתי' לא יומת עפ"י ע"א דקאי על עדות מיוחדת הוא דוקא בדנ"פ ולא אמרינן בזה משפט אחד עם ד"מ כשר נמי עדותן לענין איסור דהא דבעי תורת עדות לאיסור ערוה הוא מדילפינן דבר דבר מממון לכן עדות המועיל מה"ת לחייב ממון מועיל נמי לאסור אשה על בעלה. משא"כ לענין דרו"ח ולהעיד שלא בפניו דמה"ת פסול בממון ונכנס בכלל משפט אחד אף דמדרבנן ל"ב מ"מ מודה דבעדי זנות אזלינן בתר דין תורה לגבי דבר שבערוה רק למישקל כתובה הקילו חכמים בעדות אשה משום חינא כמו שכתב הרמ"א שם בתשובה מדנקט הש"ס סוף יבמות כיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונות דמי דהוא רק בדאיכא למשקל דיש כה"ג טעמא דחינא אבל להפסידה כתובתה דלית ביה טעמא להקל בעינן אף דו"ח ועיין סוף יבמות בחידושי רמב"ן ובס' אבני מילואים אה"ע (סי' י"א):

עוד ראיתי שם בס' א"ר וזוטא (דף צ"ז) בענין אם לאסור אשה על בעלה צריך דרישה וחקירה אחר שהאריך הרבה בזה העלה דדוקא גבי גיטין וקידושין שהוא דבר כולל לכל העולם לאסרה או להתירה בעי ב"ד לברר האסור והמותר אבל גבי זנות אינו נוגע אלא לבעל לבדו וכל שיבואו אצלו ב' עדים ויאמרו לו ששתו זנתה הרי מיד נאסרה לו ול"ב שיקובל עדותן בב"ד רק כשיבא לגרשה או להפסידה כתובתה אז מזדקקין בב"ד כדי לקבל העדות כדי שתפסיד כתובתה ואז דין ממון הוא דלאסרה כבר אסורה ועומדת משעה שהעידו לו העדים דאפילו בע"א אי מהימן עליו כבי תרי נאסרה עליו א"כ א"צ ב"ד רק לכופו לגרשה ולהפסיד כתובתה ולאסרה הוי כהוראה בלבד ולכן השתא דליכא דיני נפשות ואין עדותן כי אם לאוסרה על בעלה ובועלה לבד הרי כשאר איסורין שבתורה ואין ענין למשפט שיצטרכו ב"ד מומחין ואפילו למ"ד בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה מודה הוא בעדי זנות שא"צ דו"ח מפני שאין עניינם משפט עיי"ש בדבריו באורך. ולי הדברים מתמיהים הא ילפינן דבר דבר מן ממון וממילא בעינן שני עדים ושיעידו בפני ב"ד לאסרה על בעלה וכ"ז שהעדים לא העידו בפני ב"ד א"צ לחוש

לדבריהם ואף אם אמרו לבעלה שזינתה ושמוכנים להעיד בפני ב"ד י"ל דצריך לחוש לדבריהם שיעידו בפני ב"ד אבל כ"ז דלא העידו בפני ב"ד בתורת עדות אם מתו אח"כ טרם שהעידו בפני ב"ד או הלכו להם לא נאסרה על בעלה דעפ"י שנים עדים יקום דבר כתיב וילפינן דבר דבר מן ממון ואף שאינו דבר הכולל לכל ישראל מ"מ צריך הגדה בפני ב"ד כיון דצריך שני עדים וממיל' צריך דרישה וחקירה וגם הא נ"מ להחזיקה בזונה ולאסרה על כהן אם ימות בעלה ומ"ש דאפילו ע"א אם מהימן עליו כב' אסור' לא מיבעי אם נאמר כמו"ש התומת ישרים (סי' ע') שהוא רק מדרבנן ודאי אינו ראיה אלא אף למה שהוכחתי במ"א מדברי הש"ג מס' סנהדרין שהוא מה"ת אין ענין לשני עדים דשם הוא כיון דמהימן אצלו וסמכה דעתו עליו צריך לחוש לעצמו אבל אם אין מהימן אצלו אף תרי ממש אינו בירור הדבר שכן הוא אף אחר שהעידו בפני ב"ד רק חק התורה הוא וגזירת המלך עפ"י שנים עדים יקום דבר שיתנהג כל עניני משפט עפ"י ב' עדים המעידין בפני ב"ד בתורת עדות ויש בהם כל התנאים הצריך לזה להעיד בפניו ובפני ב"ד של סמוכין מה"ת ובדו"ח אף כי לא נודע לנו בבירור שאינם משקרים. אבל כ"ז שלא יש בהם תורת עדות בכל התנאים ודאי אף לאסור אשה על בעלה בכלל משפט הוא וצריך מה"ת דו"ח:

[**ועיין** בחידושי רבינו יונה ריש מס' סנהדרין דהקשה אמאי לא גמרינן ממשפט אחד דכמו דבעינן לדנ"פ כ"ג כמו כן ליבעי בד"מ כ"ג וכתב כיון דכתיב ג' אלקים בפרשה גלי לן קרא דל"ב אלא ג' והקשה עוד אמאי איצטריך אלקים למילף מיני' מומחה הא מהאי קרא מצי למילף וכ' ושמא י"ל דמשפט אחד קאמר רחמנא ולא שופט אחד עכ"ד. ומאד תמהני הא מבואר הקושיא בתו"כ סוף פ' אמור וז"ל משפט אחד כו' כמשפט דיני נפשות דיני ממונו' בדו"ח אי מה דנ"פ בכ"ג אף ד"מ בכ"ג ת"ל עין תחת עין ריבה עכ"ל ועיין תוס' סנהדרין שם וצ"ע גם מה שכתבו תוס' דמשפט אחד להשוות ד"מ לדנ"פ קאתי ולא להשוות ד"מ אהדדי והביאו ראי' ממה דלא ילפינן דיני נפשות מהדדי לענין דו"ח כמבואר (דף מ') עיי"ש ובש"ס כתובות (דף ל"ג) מבואר דדרשינן ממשפט א' משפט השוה לכולכם דלא בעינן בעדים זוממין התראה למלקות משום דלא אפשר ואף במעידין על בן גרושה וחלוצה דלא מכאשר זמם קא מתרבי ל"ב התראה מטעם משפט השוה לכולכם הרי דאף להשוות אהדדי ילפינן ממשפט אחד יהי' לכם. ועיין ש"ס מכות (דף ה' ע"ב) בהא דאין עדים זוממין נענשין עד שיגמור הדין דילפינן חייבי מיתה מנפש בנפש וקאמר חייבי מלקות מנין ת"ל רשע רשע חייבי גלות מנין אתיא רוצח רוצח ויקשה למה

לא ילפינן כ"ז מן משפט אחד יהיה לכם משפט השוה לכולכם ויש ליישב כ"ז להמעיין וא"כ מקומו]:

והואיל שהזכרתי דברי הנו"ב הנ"ל דנגד שני עדים לא נוכל להשביעו אזכיר מה שכתבתי בספר דברי חיים דיני עדות (סי' ט"ז) הבאתי דברי רבינו הגדול מרן עק"א ז"ל שכ' בספרו סי' קע"ט) להסתפק במודה במקצת ובאו שלשה עדים וא' מהם קאו"פ אם הוי מחויב שבועה וא"י לישבע דמשלם דהב"ד אין מניחין לו לישבע דמיד יבואו ב' עדים הכשרים ויעידו שנשבע לשקר ויפסילוהו ופקפקתי דא"כ נימא כן בכ"מ בנשבע להכחיש את העד והתובע טוען טענת ברי דסברו הפוסקים דיכולים אח"כ לפסלו להעיד בצירוף הבע"ד כמבואר רמ"א (סי' ל"ד סכ"ז) איך מניחין אותו הב"ד לישבע כיון דיפסילוהו אח"כ א"ו כיון דיהיו צריכין אח"כ להעיד מחדש בתורת עדות כמו"ש הסמ"ע שם לא איכפת לן בזה וכ"כ בנמצא אחד מהם קא"פ כיון דמ"מ נתבטל העדות מניחין אותו לישבע כיון דאח"כ צריכין להעיד מחדש והנחתי בצ"ע כי באמת יש לחלק דשם הבעל דבר עדיין לא בא בגדר עד ולא עבר על ל"ת משא"כ בנמצא אחד קא"פ אף דנתבטל גם עדות של הכשרי' מ"מ כבר העידו בתורת עדות ואם אמרו שקר עברו על ל"ת י"ל דאין מניחין אותו לישבע דידענו דשוב יעידו פעם ב'. וכן התעוררו כמה ת"ח להשיג עלי בזה וכן התעורר על דברי בזה בספ' פתחי תשובה על ח"מ אך י"ל אף דמבואר מד' הרמב"ם (פכ"א) מעדות דבנמצא אחד מהן קאו"פ נפסלו כשהוזמו ועברו על ל"ת היינו היכא דלא ידעו הב"ד מן הפסול וגמרו הדין אז עברו על לא תענה כיון דרצו לחייב או לפטור ע"י עדותן אבל היכא דידעו הב"ד מיד מן הפסול ולא גמרו הדין ולא פעלו בעדותן שום דבר י"ל דלא עברו על ל"ת וכ"כ אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט ממר זקני ז"ל (סי' ל"ו ס"ק ו') עיי"ש בנועם דבריו וא"כ כיון דלא עברו על ל"ת בעדותן של עכשיו מניחין לזה שישבע ול"ח שיבואו ויעידו לפסלו דודאי לא יעברו על לא תענה:

ויותר מזה מבואר מהא דמס' סנהדרין (דף ל') לרבנן דר"נ וסברו ע"א כי אתי לשבועה אתי ולא מצטרפינן לחייבו ממון ומשמע דאינו חייב רק שבועה ולא אמרינן דהוי מתוך שאיל"מ א"ו כיון דבעו שיעידו אח"כ מחדש כדי לפסלו לא איכפת לן בזה שהעידו מכבר ומניחין אותו לישבע. ובהשמטות שם רמזתי לעיין באורים (סי' ל' ס"ק ח"י) דהביא משם הש"ג דאף לדידן דמחייב ממון ע"י עדי צירוף ממנה בניסן ומנה באייר והמלוה תובע שנים אם יאמר המלוה דא"ר בצירופן של ב' העדים רק שישבע להכחיש את שני ההלואות חייב הנתבע לישבע הרי דלא איכפת לן בזה שיפסלוהו אח"כ וביותר דבכה"ג י"ל דל"ב הגדה פעם שנית ורק עד עם בע"ד כשבאו לפסלו צריך הבע"ד להעיד מחדש

ולא העד וכמבואר בג"ת (שער יו"ד ח"א) ואעפ"כ מניחין אותו לישבע וכן משמע מהא (דסי' ל"א ס"א) וישבע על השאר אף דנראה אם באו אח"כ אלו השני עדים להעיד עליו שנשבע לשקר נאמנין לפסלו אפ"ה מניחין אותו לישבע ולא מחייבינן ליה לשלם ועיי"ש בתומים ובנתיבות (סק"ג) מכל זה מוכח דאין להב"ד לחוש על העתיד לבא רק לדון כפי החיוב דהשת' ואם כן בעדות מיוחדת נמי אם לא הי' מועיל לחייבו ממון היה יכול לישבע ולא איכפת לן במה שיפסלוהו אח"כ. ועיין קצוה"ח (סי' ע"א ס"ק ה') דהביא דברי המל"מ (פ"ו) מטו"נ דעמד ע"ד המ"מ שם דכתב ראיה דבכ"מ דהוחזק כפרן א"צ התובע לישבע מדין דאם אומר הנתבע לא לויתי והעדים אמרו דלוה ופרע דחייב לפרוע בלא שבועה דאם איתא דמלוה נשבע האיך מקבלין שבועתו נגד ב' עדים א"ו אינו נשבע והקשה שם המל"מ ממה דמצינו דנשבע אף נגד ב' עדים באם נתן הלוה למלוה נאמנות אף נגד תרי ומחלק בין ליטול דאין מקבלין שבועתו נגד עדים ולפטור מקבלין שבועתו נגד העדים וכתב הקצוה"ח ולא אדע ההפרש בין ליטול או לפטור ויש לומר דליטול כיון שצריך לישבע מקודם אין מניחין לו לישבע כיון דהעדים מעידין בפנינו דלשקר נשבע אבל לפטור כיון דעכשיו חייב לשלם דכבר האמין להמלוה נגד העדים ואח"כ כשתובע ממנו הלוה מניחין אותו לישבע דלא ידענו אם יעידו אח"כ מחדש שלשקר נשבע דלמא ישימו על לבם דהאמת הוא עם המלוה ואף דעכשיו כבר העידו בתורת עדות מ"מ אח"כ כשרוצים לפוסלו צריכין להעיד מחדש ודלמא לא יעידו אח"כ בתורת עדות ולא איכפת לן מה שיהיה אח"כ כיון דלא ברור לנו. ומ"ש שם בקצוה"ח מה שמתרץ קושית הבעה"ת המובא בש"ך (סוף סי' פ"ב) בהא דמלוה אומר שלא נפרע כלום והלוה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שכולו פרוע דנשבע הלוה וגובה מחצה מב"ח דלשתבע מלוה ולשקל כולה שטרא דאין מקבלין שבועתו נגד העדים דלדין העדים כשרים והדברים מבוארים כן ברמ"ה ב"ב פי"נ (סי' קכ"א) ויבואר אי"ה לקמן בדיני טו"נ:

שוב מצאתי בספר חמרא וחיי מבעל כנה"ג ובסוף נדפס שיטה מקובצת וראיתי שם (דף ט') משם הרב המאירי ז"ל שכ' בג' עדים ונמצא א' מהם קאו"פ דנתבטל העדות דמ"מ משביעין אותו היסת וכ' ושמא תאמר היכן מצינו שבועה להכחיש שני עדי' כשרים טעם הדבר מפני שהעדים כמי שאינן ואם ש מתיירא שמא יפסלוהו ויחזיקוהו כנשבע לשקר יוציא שטר מן הב"ד שכך היה מעשה ואין עדים אלו נאמנים לפסלו כלל עכ"ל ומבואר דחייב לישבע אולם לא אבין דבריו אם כוונתו על הגדה הראשונה דלא מיפסל דהעדים כמי שאינן למה צריך שטר מן הב"ד שכך הי' מעשה הרי הב"ד עכשיו יודעין דנתבטל עדותן וע"כ כוונתו אם מתיירא שלא יפסלוהו אח"כ דיעידו מחדש הנך תרי הכשרים

שידעו דזה האיש נשבע לשקר א"כ מה מועיל בזה שטר מב"ד שכך היה המעש' הא סוף סוף עכשיו יגידו בתורת עדות מחדש שזה נשבע לשקר וכמו שהם כשרים לכל עדות שבתורה למה לא יהיו כשרים ע"ז שנשבע לשקר וכנראה דסברתו כיון דנתבטל עדותן אז מלחייבו ממון נתבטל לכל דבר המסתעף מזה ושוב א"נ לפוסלו כלל בשביל עסק זה ואינו דומה לעד ובע"ד דנאמנים אח"כ לפסלו דבעל דבר ל"ה אז בגדר עד ועדותו של העד נתקבל ולא נתבטל רק משום דל"ה רק ע"א וכחו של עד א' לא נתבטל משא"כ כשהיו שנים כשרים ונתבטל עדותן בשביל השלישי שהי' מחובר עמהם ושהוא קאו"פ שוב לא מקבלין מהם עדותן כלל בזה והדברים צ"ע עוד:

סימן ז

אם העיד ע"א בדא"ה במקום שדיניהם לחייב ממון מבואר בש"ס ב"ק (דף קי"ד) ובש"ע דמשמתינן לי' ודקדקו מזה הפוסקים דאינו חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי. ובקצוה"ח (סי' כ"ח) כתב דוקא אם הוא עד כשר יכול לומר אמת העדתי אבל אם הוא קאו"פ דאין עליו שם עד א"נ לומר אמת העדתי וכמו אם נוטל בזרוע בפני עדים חפץ ש"ח ונתנו לאחר דחייב לשלם מה שהזיק ול"מ למימר אמת של חבירו הוא כיון דל"ל מיגו והוי גזלן ה"נ בזה הו"ל דין מסור בעלמא וחייב לשלם. ולא משמע כן מדברי המרדכי ב"ק דכתב דתרי קרובין ל"ח אלא כחד עיי"ש וביש"ש (פ"י סי' כ"ג) דשני קרובי' והוא במקום שמוציאין הגוים ממון עפ"י קרובי' משמתינן לתרוויהו ומשמע אף דהיו מוציאין רק ע"י שני עדים דאל"כ אמאי משמתינן להשני הא לא גרם כלום דגם בלא עדותו ל"ה מוציאן וא"כ אינו בגדר עדות שניהם ביחד כלל עפ"י דת התורה ואעפ"כ א"ח לשלם. וכן בדברי שלטי הגבורי' ב"ק (פ"י) נראה דכתב גם פסול לעדות כיון שנתכוין להזיק חבירו הוי דומיא דמסור כו' ואם מעיד לו עדות משמתינן לי' הרי דהוצרך להשמיענו דאף פסול אסור להעיד ומשמתינן לי' אבל מ"מ א"ח לשלם. וע"כ הטעם אף בעד כשר אף דהוי בנדר עד מ"מ כ"ז שלא העיד בפני ב"ד בתורת עדות רק בדיניהם לאו שם עד כשר עליו ואין דנין בדייני ישראל שום דבר ע"י עדותו דאינו עובר על ל"ת רק כשמעיד בפני ב"ד מישראל. וא"כ אמאי יכול לומר אמת העדתי נימא ג"כ דהוי כתוקף חפץ מחבירו ויתחייב לשלם. אולם זה דוקא בתוקף בידים דגזלן הוא וחייב בהשבה וא"נ לומר דשל חבירו הוא דגם נעשה בזה גזלן ופסול לעדות מכאן ולהבא כיון דאנו דנין על החפץ וחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו חזקה אלימתא הוא וגזלן הוי החוטף אבל כשאינו עושה מעשה בגוף הדבר רק שמעיד שחייב לחבירו או אף שהחפץ שבידו דשל

חבירו הוא או דשל גוי הוא בזה יכול לומר לא עשיתי מאומה רק הנדתי האמת ואינו חייב לשלם:

ואף בתוקף מחבירו ומסר ביד אחר דפשיטא לי' לקצוה"ח דחייב לשלם אף אם אמר מיד דשל חבירו הוא יש מקום לומר למה דכ' רשב"א בתשובה מובא באורים (סי' ע"ב ס"ק פ"ז) דאף דבבא לידו בתורת פקדון ואיכא עדי פקדון וראיה דא"נ לומר לקוח כיון דיש למערר חזקת מר"ק ומוציאין מיד המוחזק מ"מ אם נאבד הכלי ואינו בעין ואין אנו דנין רק על הממון לחייב המחזיק לשלם אזלינן בתר חזקת ממון ואינו חייב לשלם עיי"ש א"כ ה"נ דכוותי' אף אם אנו דנין על החפץ אמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ לא מפסל עי"ז דמסייעו חזקת כשרות ועיין ב"י (סי' ל"ד) בשם הר"י בן הרא"ש ביש שטר ביד המלוה והלוה נשבע לפרוע ביום פלוני אף דהלוה אינו נאמן לומר פרעתי מטעם חזקה דשטרך בידי מה בעי מ"מ אינו נפסל לעדות דיכול להיות דפרע וה"נ דכוותי' ואף דאם חוטף בעצמו ואומר שלי הוא נראה מדברי הראשונים מס' ב"מ (דף ו') ובסוגי' דנסכי דר"א דהוי גזלן ממש ומיפסל וע' מ"ש נתי' המשפט (סי' צ"א ס"ק ג') מ"מ היינו כיון שתופס לעצמו ובעיני העדים נראה לגזלן ממש כיון דאז אנו דנין על החפץ והוי כגזלן ממש ומיפסל אבל באומר של פלוני הוא אף דאם דנין על החפץ ודאי מוציאין מן חבירו וממילא אם אי אפשר להוציא מן חבירו הוי זה כגזלן מ"מ עדיין צריך ראי' אם מוציאין ממון מזה מטעם מזיק. ואף אם מוציאין [ולקמן בדיני הלואה יבואר אי"ה דיש חולקי' על הרשב"א בזה] מ"מ זה דוקא בעשה בידים אבל לא במעיד עדות יכול לומר אמת העדתי דאינו מזיק ממש רק גורם בזה דאין מוציאין ממנו רק היכא דברור לנו שגרם לחבירו ולא מספק ובאמת בש"מ ב"ק שם מביא דעת הר"מ מסרקוסטה דחייב לשלומי אם משתבע האיך בב"ד ישראל דבשיקרא אסהיד עליה כדין כל בע"ד המכחיש ע"א משום דכמסור דמי וקיי"ל דמסור היכא דידע בסהדי כמה מסר דמחייב לשלומי ה"נ ל"ש עיי"ש אולם דעת כל הראשונים וכן הסכים הישׁ"ש דפטור וא"כ אין לחלק בין אם הי' העד אחד כשר או פסול:

ובנתיבות כתב דאם רוצה להשביעו להעד וטוען עליו ששקר העיד והזיקו דא"י להשביעו כמו שאינו יכול להשביע כל ב' עדים או ע"א במקום שמשלם ע"פ ה"נ יכול לומר אמת העדתי ול"ה יכול לישבע וא"ל דישבע עכשיו דלא מצינו נשבע ונוטל ומדברי ש"מ הנז' ל"מ כן דזה ל"ה בגדר נשבע ונוטל ואף דקיי"ל דאינו חייב לשלם מ"מ למה לא יהי' יכול להשביע להעד כמו על טענות אחרות וא"ד לשאר עדים שהעידו בתורת עדות והאמינתו התורה ואמרה עפ"י שני עדים יקום דבר או אף ע"א במקום דהאמינתו התורה או חכז"ל

ומקיימינן הדבר לדבר ברור שוב א"י להשביעם וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני העו"ש (סי' ה') והבאתי סמך לזה מתשובת ריב"ש (סי' מ"ב) מובא במל"מ (פ"ד) מנחלות דכיון שהאמינתו תורה להאב שאינו בנו וא"ח ליטפל בו וגם אין כאן שבועות היסת שאם היינו מחייבין אותו היה כשאר כופר הכל ובמל"מ שם הקשה ע"ז הא כופר בכל ג"כ התורה האמינתו ואפ"ה חכמים חייבוהו שבועת היסת ה"נ אף שהאמינתו תורה אי איכא דררא דממונא לישתבע היסת ורמזתי שם בקיצור שיש ליישב להמעיין. והכוונה דא"ד לשאר כופר בכל דבאמת יכול להיות שחייב רק התורה לא מסרה הדבר לב"ד שיטפלו שיברר הדבר ע"י שבועה כמו דהטילה התורה החיוב על מוב"מ ומכחיש ע"א שבאנו לבית הספק וגזרה התורה לברר ע"י חיוב שבועה ובכופר הכל לא הטילה החיוב לברר אבל באמת יכול להיות דחייב דאין אדם תובע אא"כ יש לו לכן הטילו חז"ל לתיקון העולם לחייבו שבוע' אבל במקום דלא יש לנו שום ספק ואדרבא התורה גזרה לומר שבאנו לידי בירור במה שהאב אומר אין זה בני ונאמן מטעם בירור הדב' ולא יש לנו שום ספק באיזה צד יחייבו חכז"ל שבועה להכחיש דאף בשבועה לא נבא לידי בירור יותר מאשר באנו עכשיו כיון דהתור' האמינתו מצד בירור הדבר. וכן נמי להשביע שני עדים שהעידו בתור' עדות או אף ע"א במקום דמוציאין ממון עפ"י דמטעם בירור הוא ולא יש לנו שום ספק בדבר דכך גזרה התורה להאמין לכל מה שיעידו עדים בתורת עדות בפני ב"ד דלא יעברו על ל"ת ומוציאין ממון והורגין נפש עי"ז כיצד יהיה עוד לנו ספק להשביעם אח"כ מצד דררא דממונא. ואולם זה א"ש היכא דהעידו בתורת עדות ומקיימין הדבר אבל במעיד בדא"ה דלאו תורת עדות עליו וזה תובע אותו שמסור אותו ושל"ה חייב להגוי למה לא יתחייב שבועת היסת ככל כופר הכל דעלמא וכתובע לחבירו גזלתני אף דלא יש לנו בזה שום ספק ובחזקת כשרות הוא וכשר לעדות מ"מ חייבוהו חכמים לברר הדבר ע"י שבועה כן נמי בנד"ד ועיין ספר יראים (סי' רמ"ג) שכ' בלאו דלא תענה ברעיך כ' ובמעיד בב"ד במקום שאינו יכול לחזור ולהגיד הכתוב מדבר וילמוד סתום מן המפורש דכתיב גבי שמיעת קול אלה אם לא יגיד ואמרינן לא אמרתי אלא במקום שאלו מגיד זה מתחייב זה ממון מבואר דאינו עובר על לאו דל"ת רק במעיד בפני ב"ד מישראל הכשר וא"כ כיון דלא הגיד בת"ע הוי כתובע גזלתני. ואף גם בהך דיני דריב"ש חולק עליו שכנגדו התשב"ץ ח"ד סי' י"ט) וסובר שחייב היסת בטענות ברי אעפ"י שהתורה האמינתו ועיין ס' בית מאיר (סי' ד' סכ"ו) דהסכים ע"י וא"כ י"ל אף לעד' יכול להשביעם אח"כ וגם י"ל אף לדעת הריב"ש היינו לענין אין זה בני דהתורה האמינתו להאב מטעם בירור דלקצת פוסקים י"ל דאב נאמן אף להכחיש עדים כמו"ש

במ"א וכן יש להוכיח מדעת ריב"ש דאב נאמן לומר קדשתי את בתי אף נגד עדים כמו שהבאתי בד"ח חיו"ד (סי' כ"ז) חזינן לדעתו דנאמנות האב אלם יותר מעדים לכן גם באומר אין זה בני כיון דמצד בירור נאמן ל"ש לחייבו תו שבועה משא"כ העדת עדים דלאו בירור גמור הוא רק חק התורה לדון עפ"י עדותן י"ל דאינו מברר הדבר שלא לחייב אותם אח"כ שבועה וכבר הבאתי שם בד"ח דעת ההפלאה ז"ל דפשיטא לי' דחייבי' עדים אח"כ שבועה אם תובע אותם בברי ששקר העידו עיי"ש וא"כ היכא דלא העידו בתורת עדות ודאי הברור דיכול להשביעם אח"כ היסת דהפסידוהו ממון במה שהעיד לפניהם לחייבו שלא כדין וז"ב. ואף אם חיוב תשלומין מצד גרמי ל"ה לכמה פוסקים רק מדרבנן הא מוכח מכמה דוכתי דאף על חיוב דרבנן תיקנו לחייבו להכופר הכל שישבע היסת ועיין מ"ש לעיל דיני דיינים (סי' ז') בסופו.

ומ"ש עוד הנתיבות דכיון אם הי' מעיד בפני ב"ד שבישראל היה חייב לישבע ש"ד להכחישו א"כ לא מיקרי מזיק ממון אלא גורם לממון דמי יימר דמשתבע כמו"ש הש"ך (סי' כ"ב ס"ק ך') אבל קאו"פ ודאי דיכול להשביעו ואפשר דחייב לשלם כמו"ש הקצוה"חעיי"ש גם בזה דבריו תמוהין מכמה צדדים חדא לא אדע מה מקום שבועה בתובע נכרי לישראל הא מבואר (סי' צ"ה) דאף מוב"מ ונגד ע"א אינו נשבע נגד נכרי דמוכי יתן איש אל רעהו ממעיטנן נכרי ואף מוב"מ וכן נמי אף להכחיש ע"א אף דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה מ"מ לגבי נכרי א"ח כמבואר ברמב"ם ובטור שם ובש"ג שם כ' ג"כ דאף דהי' חייב בד"י שבועה מ"מ הי' יכול לאשתמיט ולמפטר או להתפשר בדבר מועט ועיין בב"ח ואיני מבין הא בד"י ליכא שבועה. ועוד אף אם הי' חייב שבועה היינו אם הי' מעיד בפני ב"ד ישראל דאז תורת עד כשר עליו ואם מעיד שקר עובר על לא תענה הי' נאמן לחייבו שבועה אבל לא כשהעיד לפניהם דכמו דלא מחייבינן שבועה רק ע"י עד כשר כמבואר ברמב"ם הל' עדות כן נמי לא מחייבינן אף ע"י עד כשר רק במעיד בתור' עדות ובפני ב"ד ישראל וכ"ז שלא העיד בפני ב"ד אין עליו תורת עדות וא"כ זה תובע אותו בבירור שהפסידו ממון שלא כדין כיון דלפי דבריו שהעיד בפני גוים שקר ל"ה מעיד בפני ב"ד של ישראל בתורת עדות ול"ה חייב שבועה. וגם מה שהביא מדברי ש"ך (סי' כ"ב) א"ד דשם אין העד מחייבו שבועה כיון דל"ב לחייבו ממון רק גורם לממון באם ישבע שכנגדו לכך אינו מחייבו שבועה מה שא"כ בנד"ד זה תובע ממון גמור שהזיקו הגע עצמך אם יש ביד אחד שטר על חבירו והלוה טוען פרעתי דא"נ ואם היה טוען השבע לי שלא פרעתיך חייב לישבע האם נאמר אם בא אחד ושרף השטר שלא יהיה חייב לשלם דמי יימר דמשתבע ועיין בקצוה"ח (סי' ר"צ

ס"ק ד') ובמ"ש שם בשער משפט באורך ואף אם נאמר דמזיק פטור בכה"ג היינו שם הוי נשבע ונוטל ממש אם ישבע עכשיו אבל בנד"ד כיון דלפי דבריו ששקר העיד ורוצה לעשות כמו שהיה הדין אם העיד בפני ב"ד הוי כהדר דיני לדיני ישראל ונשבע ויהי' חייב לשלם וכמ"ש הש"מ רק דדעת הפוסקים כיון דאין ההיזק ברור פטור ולא מחייבינן ליה לשלם אבל להשביע היסת ודאי דיכול להשביעו ובפרט למ"ש דבד"י אם היה מעיד ל"ה שום חיוב שבועה נגד הגוי וז"פ:

וראיתי בתומים שחקר דאם יש ביד ישראל ש"ח על גוי והעיד שפרע לפטרו דבזה לא משמתינן ליה דיכול לומר דהעיד למונעו מגזל גוי דאסור. ובתשובת מהרי"ט צאהלן (סי' ק"ב) מבואר דאף בכה"ג משמתינן לי' כיון דנאמן נגד העד בשבוע' הי' לו להניחו עיי"ש. ובאמת לא אדע הא בד"י היה הישראל נאמן אף בלא שבועה דשבועת ע"א על שטר שהוא פרוע הוא רק מדרבנן להפיס דעתו של בעה"ב ותקנתא לנכרי לא עבדינן ועיין ח"מ (סי' קמ"ט וא"כ כיצד יהי' נאמן לומר שאמת העיד במה דאף שבועה ל"ה יכול לחייבו בדיני ישראל ואף אם צועק שהיה רוצה למונעו מגזל אינו רשאי להעיד מה שאינו יכול לברר לפנינו שהדין עם הנכרי ובודאי משמתינן לי' ועיין עוד בדבריו (ס"ק י') שהקשה פשיטא אם הם פסקו שישבע להכחיש העד מה הזיקו עיי"ש ולמ"ש לעיל אתי שפיר כיון דבדיני ישראל ל"ה חייב שבועה דאין נשבעין על נכסי עכו"ם ועיקר השמתא הוא על מה דעשה שלא כהוגן הי' ס"ד דגם בזה כיון דעשה שלא כהוגן להשביעו מה שאינו חייב בדיני ישראל דבשביל זה משמתינן לי' ג"כ קמ"ל כיון דלא הפסידו כלום רק שישבע לא משמתינן ליה וזה פשוט:

סימן ח

כתב הרמב"ם (פ"א) מעדות העד מצווה להעיד בב"ד בכל עדות שיודע כו' והוא שיתבענו להעיד בד"מ שנאמר והוא עד כו' אם לא יגיד ונשא עונו וכתב בכ"מ דדקדק רבינו להעיד בב"ד דדוקא בב"ד הוא שחייב להעיד ואם אמר א"י שוב א"י להעיד אבל חוץ לב"ד אין לחוש כיון שיכול להעיד כ"כ תוס' ב"ק ר"פ הכונס א"נ מדכתיב אם לא יגיד במקום שאם הי' מגיד הי' מחייב ממון אבל חוץ לב"ד ל"ה מחייב ממון. מבואר מדבריו דלמד בד' תוס' היינו כשתובע אותו שיעיד בפני ב"ד ג"כ עובר באם לא יגיד באם אינו רוצה לבא ולהעיד ומה דכ' תוס' דוקא בב"ד היינו שתובע אותו לבא לב"ד ולהעיד ואם יאמרו בב"ד אין אנו יודעין שוב א"י להעיד דכיון שהגיד שוב א"ח ומגיד והיינו אם לא יגיד דקרא היינו שתובע אותו להעיד בב"ד דאז מה שיאמר שוב א"ח ומגיד בזה אף שלא יגיד כלל ואינו רוצה להגיד עובר באם לא יגיד אבל חוץ לב"ד אין לחוש היינו שתובע אותו שיגיד

לו חוץ לב"ד בזה ליכא שום חיוב וע"ז כ' תוס' הטעם שיכול לחזור ולהעיד והכ"מ הוסיף בטעמ' דקרא קפיד על מקום שמועיל ההגדה. אבל אם נאמר כשתובע אותו שיבא לב"ד ויגיד כשאינו רוצה לילך בזה ליכא איסור דאם לא יגיד נ"מ טובא בין דברי תוס' לדברי הכ"מ והב"י דתוס' כתבו הטעם דאין לחוש שיכול לחזור ולהעיד א"כ אם תרי מעידים על פלוני שחייב לפלוני ורוצים לחייבו ותובע לשנים שיודעים להכחישם ושיבאו לב"ד ויכחישו הראשונים אם אינם מעידים שוב כשיוציאו הב"ד ממון ע"י עדים הראשונים לא יועילו בהכחשתם אח"כ אף אם יעידו בב"ד דהוי כתו"ת ואין מוציאין א"כ היו חייבים לילך מיד ולהעיד ולטעמא דהב"י דדוקא במקום שהי' מגיד הוה מועיל היינו דוקא אם עומד בפני ב"ד וא"ר להעיד אבל כ"ז שלא באו בפני ב"ד אינו עובר גם בנידון זה אין לחוש ועיין מ"ש אאזמ"ו ז"ל בזה בד"מ (סי' כ"ח סק"ב) ממה והא נ"מ גדולה לדינא ול"ה לי' לב"י לסתום א"ו דסובר בדעת תוס' דכוונתם רק על עיקר הגדה אם תובע להגיד חוץ לב"ד ע"ז אין לחוש והתוס' כתבו הטעם כיון שיכול לחזור ולהעיד והיינו אף היכא דיש נ"מ להתובע מ"מ כיון שהוא במקום שיכול לחזור ולהעד אין לחוש בזה וע"ז הוסיף הב"י הטעם דאם לא יגיד כתיב במקום שאם הי' מגיד הי' מועיל ההגדה ולא בחוץ לב"ד אבל אם תובע אותו שיבא לב"ד ולהעיד חייב מיד לילך ואם אינו הולך עובר על אם לא יגיד:

וכן נראה מסברא דאל"כ איזה שיעור תתן לו שילך ואם זה רוצה שיגיד זכותו יאמר שאין לחוש כ"ז שיכול לחזור ולהעיד וזה יפסיד לעולם וכן מבואר להדיא בתשובת ראנ"ח (ח"ב סי' ל"ג) מובא בכנה"ג דאף אם הוא במקום שאין שם ב"ד חייב לשלוח דבריו בכתב למקו' אחר בפני ב"ד ואם מונע וא"ר עובר על אם לא יגיד עי"ש. וכן נראה מדברי אגודה ב"ק שם שכל דבריו הם דברי תוס' וכתב וז"ל ודוקא בב"ד אבל בלא ב"ד אינו חייב להעד לו ואם אמר א"י שלא בפני ב"ד יכול לחזור ולהעיד עכ"ל הרי דלמד ג"כ בכוונת תוס' דלהעיד אינו חייב אם הוא חוץ לב"ד אבל אם תובע לו שיבא לב"ד ויעיד בפני ב"ד אם מונע עובר על אם לא יגיד. וכן מבואר מדברי שיורי כנה"ג יו"ד (סי' של"ד) והרב חק"ל ז"ל השיג עליו בחנם:

אולם מדברי מהרש"ל בח"ש ב"ק שם מבואר דהבין מדברי תוס' דכוונתם במ"ש ודוקא בפני ב"ד היינו אם תובע אותם בפני ב"ד שיעידו ואומרים אין אנו יודעין אבל אם תובע אותם חוץ לב"ד שיבאו ויגידו בפני ב"ד ליכא שום איסור ומה"ט מחק בש"ס שם דהי' כתוב מהו דתימא מי יימר דכי הוי אתינא מסהדני ליה הוי מודה כו' מחק תיבת אתינא כיון דע"כ איירי דעמד בפני ב"ד עיי"ש וכן בים ש"ש שם כתב ג"כ דדוקא שהיו שואלים

אותם בב"ד עיי"ש. ותמהני איך יעלה עה"ד דלא יהי' שום חיוב הגדה על העדים רק דוקא אם עומדים כבר בפני ב"ד ושואל מהם שיעידו וכ"ז שלא יבאו לפני ב"ד אף אם ימנעו מלבא לא יעשו שום איסור ולא יעברו על אם לא יגיד. וגם לא יהי' שום חיוב עליו אף מצד השבת אבידה שע"ז יאמרו תוס' שאין לחוש שיכול לחזור ולהעיד דאיזה זמן יתנו לו א"ו הכוונה דוקא על הגדה חוץ לב"ד וכמו שהוכחתי וכדעת הראנ"ח:

וכן משמע מפשטא דמתניתין שבועות (דף כ"ט) אמר לעדים בואו והעידוני שבועה שלא נעידך נשבע לבטל את המצוה ואמאי הא לאו בבירור ביטול מצוה הוא אם נאמר דהמצוה חל עלי' רק כשעומד בפני ב"ד ולא שיהי' מחויב לילך לפני הב"ד א"כ לא ילך. ואף דרמב"ם (פ"ה הט"ו) משבועות כ' גם אם נשבע שלא אעיד לך אם אדע לך עדות דג"כ לוקה משום שבועת שוא שאין בידו שלא ידע עדות היינו כיון דאין בידו הוי כנשבע לבטל אבל שלא יבוא בפני ב"ד זה בידו א"ו דהוי ביטול מצוה דחייב שיבא לפני ב"ד ולהעיד. ואף דרמב"ם (בפ"א) כ' אם נשבע שלא יתעטף בציצית הוי ג"כ שבועת שוא אף דיכול לקיים אם לא ילבוש בגד עם ד' כנפות. כבר כ' הלח"מ (בפ"ה) דהכוונה שנשבע שלא ישים ציצית בבגד שהוא חייב אבל אין כוונתו שלא ישים הבגד אשר בו ציצית עליו ולשון להתעטף ר"ל שנשבע שישים עליו בגד בלא ציצית עיי"ש וזה א"ש שם אבל אם נשבע שלא אעיד לך אם אדע לך עדות דוחק גדול לומר שהכוונה הוא אם ישאל אותו בפני ב"ד דוקא ובודאי הכוונה ג"כ שלא ילך לפני ב"ד להעיד ואמאי אינו חל א"ו דגם זה הוי בכלל נשבע לבטל את המצוה דאזהרת אם לא יגיד נאמר גם ע"ז שילך אם יתבענו יעיד בפני ב"ד:

ואפשר דדעת מהרש"ל דהכוונה הוא בשבועתו דוקא על חיוב היינו באם יהי' מחויב להעיד ע"ז נשבע דאל"כ הא אינו חייב להעיד רק אם יתבענו כמו"ש רמב"ם א"כ נימא דחל עליו עכ"פ שלא יעיד בפני ב"ד אם לא יתבענו הבע"ד ואז אינו באיסור אם לא יגיד ונימא דחל ג"כ אף אם יתבענו בכולל. א"ו כמו אם נשבע שלא יאכל מצה בליל פסח דהוי שבועת שוא ול"א דכולל בשבועתו ג"כ מצה עשירה וכן בנשבע שלא ישב בצל סוכה דחייב ול"ה כולל סוכה פסולה וכתב הריב"ש הטעם דהכוונה הי' רק על מצות וסוכת מצוה. וביותר כתבתי במ"א לדעת הפוסקים דהיכא דמתכוין במצוה שלא לצאת אינו יוצא לכ"ע אף אם מצות אינן צריכות כוונה מ"מ הכוונה שלא לצאת גרע א"כ נימא כיון דחל השבועה שלא יאכל אף מצה הראוי' לצאת בה בכוונה שלא לצאת יחול ג"כ בכולל אף אם מתכוון לצאת. וע"כ צריך לומר דכוונת השבועה הי' רק על מצות מצוה ואכילה הראויה לצאת בה ועיין מהרי"ט בתשוב'. וא"כ כן נמי בנשבע שלא יעיד לו

הכוונה הי' על עדו' שחייב בו להעיד היינו כשיתבענו להעיד וכן נמי אם נאמר דרק כשעומד בב"ד וא"ר להעיד אז עובר על אם לא יגיד דרק אז חל עליו החיוב ע"כ הי' כוונת שבועתו רק ע"ז לכך הוי שבועות שוא. וכן נמי יש אופן שחל עליו השבועה באם הוא שלא בפני בע"ד דאינו חייב להעיד ואם ירצה הב"ד לקבלו בדיעבד לדעת כמה פוסקים מהני עדותן ומ"מ אינו מצוה ע"ז ואינו עובר על אם לא יגיד אם כובש עדותו ואף דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא רק מדרבנן בממון מ"מ נראה אף אם בדיעבד מהני עדותו מ"מ כיון דחכז"ל אמרו דלכתחילה צריך להיות בפני בע"ד אם העד אינו רוצה להעיד אינו עובר על הלאו דאם לא יגיד אף מה"ת הואיל דליכא חיובא עליו מדרבנן וא"כ יחול בכולל ומכ"ז מוכרת לומר דעיקר השבועה הי' רק על חיוב הגדת עדותו במקום שחייב ול"ק מזה על המרש"ל. אך מ"מ מראיות האחרות שכתבתי נראה כדעת הראנ"ח ז"ל. וכמו"ש דאיסור אם לא יגיד הוא אם אינו רוצה לילך לב"ד. ועוד ראיה דאם נאמר דאינו עובר רק אם עומד בפני ב"ד ואינו רוצה להעיד יקשה למה צריך להא דאם לא יגיד הא בלא"ה חייב להעיד מטעם השבת אבידה וכבר חייבתו התורה מכל אבידת אחיך וכל מוני מצות מונין לעשה זו דחייב להעיד בב"ד זכות חבירו וא"ל דחייבתו התורה להעיד אף במקום הפסד ממון ז"א דודאי א"ח שיפסיד בזה ממונו ושכר בעינה מותר לקבל ואף דרמב"ם במנין לאוין (סי' רצ"א) כתב בלאו דלא תעמוד על דם רעיך דברי הספרי דאם יודע לו עדות אינו רשאי לשתוק דקאי גם על ממון אם רואה ממון חבירו אבד ויכול להחזירו אליו באמרו אמת תכללהו ג"כ זאת האזהרה ע"כ צ"ל ג"כ דהוי רק דרך אסמכתא דהא מבואר בש"ס סנהדרין (דף ע"ג) דקרא דלא תעמוד אתי לחייב למיטרח ומיגר ועיי"ש ברש"י לא תעמוד על עצמך משמע אלא חזור על כל צדדין שלא יאבד דם רעיך ועל אבידת ממון א"ח למיטרח ומיגר. ואם נאמר דאינו עובר על אם לא יגיד רק כשעומד בפני ב"ד א"כ ל"צ קרא רק מטעם אבידה חייב בהשבה ועיין נתיבות דאף אם קבל קרובים דאינם עובדים על אם לא יגיד מ"מ חייבין מטעם השבת אבידה וא"כ כל עדים כשרים ג"כ חייבים מטעם השבת אבידה ול"צ קרא אם לא יגיד א"ו דלולי הקרא ל"ה מחויב לילך לפני ב"ד ולאטרוחי והוסיף קרא אם תובע אותו שילך לפני ב"ד אף דמטעם השבת אבידה ליכא מ"מ חייב לילך ולהעיד ואם אינו הולך עובר בעשה דאם לא יגיד:

והנה לכאורה קשה על הרמב"ם הלכות שבועות הנ"ל דנקט באחד שנשבע ובמשנה נקט אמר לעדים משום דכפי המבואר בש"ס ב"ק בחד אינו עובר על אם לא יגיד א"כ חל השבוע' ע"ז דלא עדיף מנשבע שלא לאכול חצי שיעור דהשבועה חל הואיל דל"ה

דבר המפורש בתורה. כן נמי בע"א לחייב שבועה דאינו מפורש דעובר על אם לא יגיד חל עליו השבועה וכ"כ בתומים (ס"ק א') בפשיטות דחל השבועה ע"ז א"כ יקשה על הרמב"ם דנקט על ע"א ואף אם נאמר דהשבועה הי' גם על עדות המועיל והחיוב מה"ת כגון במקום דהוי מתשאיל"מ דבזה עובר מדאורייתא על אם לא יגיד וכמבואר ברשב"א ב"ק שם. מ"מ הא השבועה הי' גם על עדות שחייב בד"ש אם לא יגיד דהיינו לחייב שבועה וא"כ כיון דע"ז חל נימא דיחול בכולל על כל עדות שיודע אף על חיוב דאוריית' ועיין כ"מ (פ"א) הלכות עדות דכתב בדעת רמב"ם דחד אינו עובר על אם לא יגיד במקום דא"ח ממון רק שבועה יקשה אמאי הוי שבועות שוא כשנשבע שלא יעיד. שוב ראיתי בחק"ל דעמד ע"ז ורצה להוכיח דדעת הרמב"ם דלא כפשטת הש"ס ב"ק דחד א"ח להעד רק מדרבנן וכמו שפירש שם הרשב"א רק דאשמועינן דגם חד חייב מדאורייתא וקאי באם לא יגיד אולם לדעתי אין זה הוכחה דהא בלא"ה משכחת כמה אנפי אשר אינו מחויב להגיד אם נאמר דגם בממון מדאורייתא אין מקבלין עדים אלא בפני בע"ד והיכא דעדים חולים או רוצים ללכת למדה"י וכדומה במקום אונס דמקבלי הוא מטעם הפקר ב"ד א"כ מדאורייתא באופן זה אינו עובר באם לא יגיד וחל ע"ז השבועה א"כ יחול בכולל אף שלא יעיד בפני בע"ד וכן אף להסוברים דבד"מ מדאורייתא ל"ב שיעידו בפני בעל דבר מ"מ כיון דחכז"ל תיקנו שלא יגיד אלא בפני בע"ד אינו מושבע ועומד ע"ז שיעיד שלא בפני בע"ד ומ"מ אם העיד והב"ד דנו ע"פ עדותן מהני ובכ"ז אינו מחויב להעיד וא"כ על אופנים האלה חל השבועה ול"ה שבועות שוא וממילא יקשה גם המתניתין דקאי על שני עדים אמאי אינו חל בכולל א"ו ע"כ דאיירי באופן דנשבע דוקא היכא דמצוה להעיד מדאורייתא וכן אף בע"א במקום דמחייב ממון דחייב מדאורייתא להעיד וקאי באם לא יגיד כמבואר ש"מ ב"ק וע"ז סובב הולך כוונת הרמב"ם אבל לעולם י"ל דע"א במקום דאינו חייב ממון רק שבועה דאינו קאי מדאורייתא באם לא יגיד:

ויש להעיר אם נאמר דעיקר מצוה וחיוב להעיד הוא דוקא כשיתבענו הא דמבואר יו"ד (סי' רכ"א ס"ד) במודר הנאה דיכול להעיד לו עדות בין עדות ממון בין נפשות למ"ש שם לאסור לומר לו שילמוד עמו דעושה שליחותו א'כ איך יכול להעיד לו הא אינו חל עליו החיוב עד שיתבענו ואז עושה שליחותו ולמ"ש הש"ך שם (ס"ק ל') בתירוץ השני דאיירי שרוצה להיות עד לראות המעש' כדי להעיד וקמ"ל דליכא בזה משום הנאה א"ש דזה עושה אף שלא בשליחותו ואף באינו תובעו אבל לתירוץ הראשון בש"ך שם משמע דהטעם הוא רק משום מצוה קשה הא א"ח עד שיתבענו וא"כ עוש' שליחותו ויש ליישב כמובן. ועיין תומים דחולק על הראנ"ח וסובר היכא דתובע לחבירו וכופר ויש לו ע"א

לחייבו שבועת התורה אף דגם בלא עד חייב היסת מ"מ לא יעוז להכחיש העד ולא יכפור דיכול אח"כ לפסלו לכך חייב להעיד. וראיתי גדולה מזה בחות יאיר (סי' ר"ח) דכתב אפילו מקמי דתיקון ר"נ היסת אם טען הנתבע פרעתי ומשביעו ע"א שראה שפרע לו חייב להעיד דיש לו תועלת שלא יחשיבוהו לגזלן עכ"ד והדברים צריכין ראיה דלא מצינו שיהי' זה מקרי תועלת בעדותו כיון דבלאו עדותו פטור ולא מצינו שיתחייב זה להעידו בשביל שלא יחשיבוהו לגזלן וצ"ע:

והיכא דיש אנשים רבים שראו עדות אחד ותבע התובע שילכו כולם לב"ד להעיד כתב בשיורי כנה"ג יו"ד (סי' של"ד) כל שהלכו שנים מהם הנשארים אינן בלא יגיד ואם לא הועיל עדותן חייבים הנשארים ללכת שנים שנים. ובס' חק"ל כתב ותמהני ששנינו היה שני כתות עדים כפרה ראשונה ואח"כ כפרה השניה שניהם חייבין ומוקי בש"ס כגון שהיו קרובין בנשותיהן דבלא"ה ליתניהו הראשונים באם לא יגיד וא"כ א"נ כפרו הראשונים בב"ד אינן בלא יגיד שאפשר להתקיים בב' הנשארים ולא הפסידו כלום עכ"ד ולא אדע מה בא להשיג על הכנה"ג הא לא כתוב לדון על הראשונים אם עברו או לא רק דן על הנותרים דאינן עוברים כיון שהלכו שנים ולמה ילכו על מגן ואח"כ אם לא הועילו כ' דחייבים. ובודאי החיוב והמצוה חל על כולם להעיד דאל"כ כל אחת ידחו רק אם הלכו שנים ללא צורך שילכו הנשארים. גם י"ל דאם השנים כפרו עברו אף אם יש עוד שנים דאל"כ ידחו תמיד כ"א ומתניתין איירי רק אם תבע לכת אחת וכפרו בזה פריך הש"ס אמאי חייבין הא קיימי שניה אבל אם תבע לכולם ביחד י"ל דעברו אלו שהלכו וכפרו אף דנשארו שנים וכן משמע מלשון רמב"ם הלכות שבועות (פ"י הט"ו) שכתב וז"ל השביע ב' כתי עדים ושתיהן ראויות להעיד וכפרה כת הראשונה כו' פטורים משבועת עדות מפני שהן סומכין על עדות שניה כו' דקדק וכתב השביע שני כתי עדים היינו שתבע לכל כת בפ"ע לכך פטורין אבל אם תבע לכולם בפ"א י"ל דכל כת שתובע חייבין דאל"כ כ"א ידחה על חבירו ואף דנראה בפשיטות דגם בכה"ג פטורין דל"ה רק כפירת דברים כיון דיש עוד כת אחת וא"ח בק"ש מ"מ קאי בחיוב דואם לא יגיד ובכלל נשיאת עון אף בלא שבועה וא"ד לדבר הגול"מ כמובן. וגם הא יש כמה אנפי דא"ח ק"ש כגון קרקע וכדומה ובחיוב להעיד קאי וגם בלא"ה דעת כמה ראשונים שם דלדידן דפסקינן הכופר בממון שיש עליו עדים חייב כמו כן חייבין הכת הראשונה בק"ש אף דקיימא שניה יע"ש בלח"מ מ"ש בדעת רמב"ם א"כ ודאי קאי כל כת וכת באם לא יגיד וזה פשוט:

סימן ט

כתיב עפ"י שני עדים יקום דבר דרשו חכז"ל מפיהם ולא מפי כתבם. ודעת ר"ת דוקא אלם דאינו ראוי להעיד בפיו אבל ביכול להעיד בפיו יכול להעיד מתוך הכתב ודעת הרמ"א בתשובה דבדיני נפשות מודה ר"ת דצריך להעיד בפיו אולם דעת הר"ש בן התשב"ץ במאמר תיקון סופרים דאף בדנ"פ ודיני קנסות כותבין ושולחין עדותן בב"ד והקשה על ר"ת מהא דמס' שבועות צורבא מרבנן דידע סהדותא לחבריה לא ליזל לב"ד דזוטר ובאיסורא אין חכמה כו' ואמאי יכתבנה וישלחנו לב"ד וכן באיסורא לא ליזל ויכתב עדותו וישלחנו גם הקשה הא בדנ"פ וקנסו' בעינן דו"ח וכתב דאפשר דר"ת לא הכשיר רק בדבר דא"צ דו"ח גם הביא משם ספר המצות קטן דהקשה מהא דמלך לא מעיד ולא מעידין ואם איתא ישלח כתבו לב"ד. וראיתי בתומים (סי' כ"ח ס"ק ט"ו) דעמד ג"כ ע"ז מהך דצורבא מדרבנן וכתב בשלמא כהן גדול דאינו מעיד משום דהוא זקן ואינו לפ"כ ל"ק כיון דאינו במציאות דיכול להעיד בפיו דהוי זקן ואינו לפ"כ א"כ אינו ראוי לבילה אבל בחזי דראוי להעד בפני ב"ד הגדול ממנו ראוי לבילה מיקרי. ואני לא אן]דע הא לדעת רמב"ם וש"ע ח"מ (סי' רס"ג) בזקן ואינו לפי כבודו גבי אבידה אם רצה למחול יכול למחול א"כ ראוי לבילה הוא לגבי עדות והתומים בעצמו (ס"ק י"ב) סובר דכ"כ לגבי עדות יכול למחול הן אמת דדעת רשב"א מס' שבועות (דף ל') דלגבי עדות להתבזות לפני ב"ד דזוטר מיני' אינו רשאי להעיד י"ל דכהן גדול ודאי אסור. ברם לא אדע עיקר הקושיא מי לא עסקינן דהת"ח והכה"ג לא ידעו לכתוב ועיין רמב"ם פי' המשניות סו"פ האומר בגיטין וז"ל אינו מן הנמנע שב"ד הגדול לא יהיו בקיאין בכתיבה לפי שהתנאי בב"ד שיהיו חכמים לא שיהיו סופרים א"כ בת"ח שאינו יודע לכתוב לא סגי באיסור עד שיעיד ובממון לא יכול להעיד דהא צריך לכתוב בכ"י ממש ואם מצוה לאחר לכתוב ושולח הכתב לב"ד גם ר"ת מודה דל"מ דהוי עד מפי עד ואם אינו יודע בעצמו לכתוב א"י להעיד.

ומ"ש בתומים דבכנה"ג כיון דלא יש מציאות שיעיד בפיו הוי אינו ראוי לבילה דבר זה אינו ברור די"ל כיון דיכול להגיד בפיו רק דארי' דרבע עלי' מחמת איסור הוי ראוי לבילה וכן כתב סברא זו הש"א (סי' י"ו) לענין שומע כעונה וכן מבואר מדברי טו"ז או"ח (סי' ל"ב ס"ק ח"י) משם הב"ח ובמ"א הוכחתי דדעת הר"ן וריטב"א סוכה (דף ל"ח) דגם מניעה מצד איסור מקרי אינו ראוי לבילה וכן הוכחתי מש"ס ותוס' ר"פ כסוי הדם ועיימ"ש בספרי ח"א או"ח (סי' י'):

ומה שהביא התומים ראי' דבדנ"פ ל"מ לשלוח כתבו לבד מש"ס סנהדרין (דף ס"ה) יצאו עדים זוממין דא"ב מעשה דדיבור ל"ח מעשה וקשה הא אף בהו מצינו מעשה דכתבו עדותן ושלחו לב"ד ואין לך מעשה גדול מזה וע"כ צ"ל דשם איירי בדנ"פ ול"מ כתבו רק בע"פ תמהני הא אף לדעת רש"י דאף בראוי להגיד בפיו ל"מ כתבם היינו דוקא אם שולח כתבו לב"ד דבעינן מפיהם אבל אם כותב עדותו ונותן עדותו כתובה לב"ד ואומר מה שכתוב כאן אני מעיד מפיהם קרינן ביה כמבואר ברוטב א מכות (ד"ו ע"ב) א"כ לכ"ע משכחת ע"י מעשה וזה כשר אף בדנ"פ כיון דקרינן ביה מפיהם. וממילא אף דעיקר גמר עדותן הוא ע"י דיבור שאומר מה שכתוב כאן אני מעיד מ"מ דיבור זה בלא מעשה הכתובה הקדום לאו כלום הוא א"כ הוי יש בו מעשה. אולם לא אבין כלל ראייתו הא שם לס"ד קאמר הש"ס שאני עדים זוממין דישנו בקול ופריך בפשיטות דקול לר"י הוי תמיד מעשה ומשני הואיל וישנו בראייה ופי' רש"י דעיקר העדות תלוי בראייה וראיי' לית ביה מעשה עיי"ש ול"ק כלל ואף לשאר פירושים שם יש ליישב בקל כמובן ועיין לח"מ (פי"ג) משכירות ובמל"מ (ס"ד) ממלוה:

עוד כתב התומים דבמקום דצריך להעיד בפני הבע"ד אינו מועיל הכתב אף דקוראין בפני הבע"ד מ"מ א"ד ראיית פנים דאינו מעיז לכתיבה שלא בפניו דמעיז ובנתיבות כ' דהא דבעינן בפני בע"ד לאו משום דלא מעיז הוא רק גזה"כ. אולם ברמ"ה בש"מ ב"ק (דף קי"ב) כתב דלכך בעינן בפני בע"ד דמיכסף מיני' לאסהודי שקרא וכן בתשובת רי"ף (סי' ר') כתב כי יתירא ממנו שלא יכחישנו ובקיום שטרות אין לחוש לזה ולכך א"צ בפני בע"ד עיי"ש הרי מבואר דיש הבדל במעיד בפניו דמתירא שלא יכחישנו ומיכסף מיניה ומה"ט נראה בהא דכ' הכנה"ג אם העדים אינם מכירין להבע"ד הוי כמו שמעידין שלא בפני בע"ד דהוא ג"כ מה"ט דלא שייך שמתירא שלא יכחישנו ונ"מ כגון במעיד לחייב יורשי ראובן שישלמו חוב אביהם ואינן מכירין ליורשיו דאף אם עומדין בפני ב"ד כשהעידו על חוב אביהן מ"מ צריך הב"ד להודיע ולהכיר מי המה היורשים וכ"ז שלא הכירו הוי כמעידין שלא בפני בע"ד. ומ"ש הנתיבות להוכיח דאינו מטעם דלא מעיז רק גזה"כ דהא אפילו בשור הנסקל בעינן בפני השור אינו ראי' אה"נ דגזה"כ הוא ג"כ אבל ע"כ דלא סגי בהוא לפנינו ואינו יכול להתוכח עם העד שיתפחד לשקר וראיה דהא קטן אף אם לפניו הוי כמו שלא בפניו כמבואר בפוסקים וש"ע א"כ נמי י"ל אף שהב"ד קורין מן כ"י של עדות בפני הבע"ד כיון שאין העדים עומדין בפנינו הוי כמו שלא בפני בע"ד וכדעת התומים:

ולכאורה יש להוכיח דמעידין ע"י כתב הוי בפני הבע"ד אם הבע"ד הוא בפנינו דאל"כ נאמר דהיכא דביד עדים לכתוב שטר נקבל עדותן אף שלא בפני בע"ד כיון דבידם לכתוב שטר ועיין ב"י מחודש (כ"א) דהביא משם בעל עיטור דאיכ' מ"ד דוקא עדות בלא קנין אבל בקנין מקבלין ולא מסתברא ועיין ש"מ ב"ק (דף קי"ב) בלשון המאירי משם מקצת גאונים דבקנין דנין כבשטר ומקבלין שלא בפני בע"ד ויש חולקין וסברת איכא מ"ד הוא דעת הר"י מגיאש ז"ל כמבואר בתשובותיו (סי' ק"ס) וע"כ טעם הדבר כיון דסובר סתם קנין לכתיבה עומד וכותבין שטר ראיה אף אם מוחה מלכתוב כמבואר מדבריו מס' ב"ב (דף מ') וסובר דאף שלא מדעת המתחייב הוי תורת שטר וכיון דבידם לכתוב שטר והוי כנחקרה עדותן בב"ד לכך מקבלין עדותן אף שלא בפני בע"ד ולדבריו הה"ד שטר מודעא ומחאה דכותבין שלמ"ד באמת מקבלין עדותן אף שלא בפני בע"ד וכן עדי פרעון על שטר כיון דשטר מחילה כותבין אף שלמ"ד ותורת שטר עליו כמבואר (סי' ל"ט וסי' פ"א) ובכל אלה הי' מהראוי לומר דמקבלין עדותן אף שלא בפני בע"ד ולא משמע כן דעת הפוסקים ומצינו בכמה מקומות להיפך וי"ל דדוקא שטר או אם מעידין ע"י כתיבה והכתב בא לפני ב"ד בפני בע"ד הוי כמעידין בפניו לכך מקבלין עדותן אבל אם מעידין בע"פ שלא בפני בע"ד ל"מ וכמו שכתב הבעל עיטור דלא מסתבר לקבל עדות בקנין שלא בפני בע"ד והיינו מטעם הנ"ל דאם בא הכתב לב"ד הוי כמעידין בפני בע"ד וכמו שכתב הנתיבות:

אך מ"מ אינו ראי' די"ל דמעשה לא עבדי בשקר ולכך עדים החתומים בשטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמחזקינן דלא יעשו מעשה לכתוב דבר למען יעמוד ימים רבים בשקר ח"ו ומיכספי ביותר לעשות מעשה בשקר לכך אף במקום דבידם לכתוב והוי כנחקרה עדותן בב"ד מ"מ אם מעידין בפיהם שלא בפני בע"ד גרע ולא מקבלין עדותן ובפרט למ"ש הרי"ף בטעם דבעינן בפני בע"ד כי יתירא ממנו שלא יכחישנו וע"כ הא דשטר מהני הוא משום דמעשה לא עבדי אם לא שברור להם אבל דיבורא קאמרי דוגמא דאמרינן בש"ס גיטין (דף ס"ז) וא"כ כל זמן דלא עבדי מעשה לכתו' בשטר לא מקבלין עדותייהו שלא בפני בע"ד אף דבידם לכתוב בשטר. ואף דשם בגיטין כתב רש"י מעשה לא עבדי שיחתמו שקר או יעידו שקר ועיי"ש בתוס' מ"מ חששו יותר לגבי עדים אף דבידם לכתוב שטר שזה חמור להם יותר מלהעיד בתורת עדות שלא בפני בע"ד ועיין ר"ן פ' אלמנה ניזונת (דף ק') שהביא מדברי רמב"ן דדעת הראב"ד דעדי צוואה יש בהו אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וביתומים קטנים אין מקבלין רק במוסר דבריו לב"ד או שכתבו עדותן בשטר וכ' הרמב"ן ואינו במשמע ועוד האיך כתבו עדות צואה בשטר

מחיים ואם כתבו לאחר מיתה אף בשטר אין מקבלין עדות דבשעת חתימה הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד וזו בב"ד נמי אין מקבלין אותה ובב"י (סי' ק"י) כ' דאיכא למימר דאין ה"נ שכותבים אותה מחיים וחותמין אותה ולכשימות כותבין בה שמאותה חולי מת וחותמין עליה ולא אבין הא גם זה הוא עדות גמור שמת מאותה חולי ושוב יקשה כיצד מקבלין שלא בפני בע"ד עדות הזאת מה שכתבו לאחר מיתה כיון דבשעת חתימה הוי כנחקרה עדותן בב"ד וזו בב"ד נמי אין מקבלין אולם למ"ש דמעשה לא עבדי בשקר דבר שיעמוד לימים רבים ומטעם זה מהני כל שטרות והוי כנחקרה עדותן בב"ד משעת חתימה כן נמי בעדי צואה י"ל דהראב"ד סובר אף דלהגיד בעל פה לא מקבלין עדותן שלא בפני בע"ד מ"מ כיון דצוואה נכתב אף שלמ"ד היורשין ויש תורת שטר ע"ז מהני כמו כל שטרות דהוי כנחקרה עדותן בפני ב"ד אף דהוא נעשה שלא בב"ד ושלא בפני בע"ד:

סימן י

באיסורין היכא דבעי תרי סהדי כגון דמכחיש ואתחזק היתרא דלרוב פוסקים אין עא"נ רק תרי אם בעינן ג"כ הגדה בפיו דוקא או לא וסגי לכ"ע בכתב לכאורה תליא בזה אם לא בעינן הגדה בפני ב"ד א"כ ליכא בזה תורת עדות וכשר ג"כ מפי כתבם ובנתיבות כתב (סי' ל"ח) דל"ב הגדה בפני ב"ד ול"ש בהו ג"כ לעשות כאשר זממו והקצוה"ח הביא ראי' מדברי תשובת הר"ן דבתרי בעינן הגדה בפני ב"ד וכבר כתבתי בזה בספר דברי חיים דיני עדות (סי' ל') דמוכח מדברי הר"ן שם דאף בתרי ל"ב הגדה בב"ד דהא הוכיח מדברי ירושלמי דכתב עדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לאיסור בין להיתר אם עד שלא נחקרו עדותן בב"ד אמרו מבודין הרי אלו נאמנים הרי גם באיסור כ"ז שלא העידו בב"ד יכולין לחזור ולהגיד ועיי"ש בר"ן (סי' מ"ז) כיון שכלל כל העדות אף אותו שא"צ ב"ד שהרי שנינו בין לאיסור בין להיתר ואפי"ה יכולין לחזור ואם נאמר היכא דצריך ב' עדים לאסור בעינן הגדה בב"ד מה ראי' לנידון דר"ן שם ששם העיד אחד שזקוקה ליבום והי' נאמן שהיתה בחזקת זקוקה וא"כ י"ל לעולם היכא שלא צריך הגדה בפני ב"ד י"ל דא"י לחזור מהגדתו אף שהגיד חוץ לב"ד והירושלמי דקאמר עדים לשון רבים י"ל דאיירי בתרי והיכא דבעי תרי דצריך הגדה בב"ד לכך יכולין לחזור אם הגידו חוץ לב"ד א"ו משמע דדעת הר"ן דאף אם בעינן תרי באיסורין ל"ב הגדה בפני ב"ד ואעפ"כ קודם שהעידו בפני ב"ד יכולין לחזור ועיי"ש מ"ש עוד בזה וממילא כיון דל"צ הגדה בפני ב"ד י"ל דכשר מפי כתבם ג"כ ומדברי ריטב"א גיטין (דף ה') משמע דרק בע"א דנאמן באיסורין שלא מצינו עד המעיד על איסור שיהא צריך להעיד בפני שלשה דאינו בקבלות עדות אבל היכא דבעי תרי י"ל דסובר דצריך הגדה בפני ב"ד. וכן משמע קצת מדברי

ש"מ ב"ק (דף קי"ב) דכתב לענין איסורין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד שזכות הוא לו ולמה צריך לטעמו דהוי לאפרושי מאיסור הא בלא"ה כיון דא"צ הגדה בפני ב"ד ל"ב דין תורת קבלות עדות והגדה בב"ד א"ו דסובר דהיכא דבעי תרי סהדי צריך הגדה בפני ב"ד ועיין נו"ב מהד"ת (ח"מ סי' ד') דכתב דמה שאינו בתורת עדות ל"ש בהו לומר מפיהם ולא מפי כתבם ומה דבעינן ביוחסין ב' עדים הוא מדרבנן משום מעלה עשו ביוחסין ולכך גם שטר כשר עיי"ש וכנראה מדבריו דמה דבעינן ב' עדים מה"ד מהתורה פסול בהו מפי כתבם ולמ"ש כיון דל"ב הגדה בפני ב"ד י"ל דמהני מפי כתבם ועיין קצוה"ח (סי' כ"ח סק"ו) ובכנה"ג הגהות ב"י (ס"ק מ"א) ובמ"ש בדב"ת דיני הלואה (סי' ה'):

וראיתי שם בכנה"ג שהביא דברי מהרי"ט חיו"ד (סי' כ"א) שכתב דאף להחולקים על הרמב"ם וסוברים דעדות שבשטר הוא מה"ת למכות ועונשין לא סמכינן אעדות שבשטר ודיני נזירות למכות ועונשין שייכא ועיינתי שם במהרי"ט ושם דן בשטר שכ' בו על ענין חיוב ממון ושקבל עליו בנזירות אם יעבור ועבר והבע"ד מכחיש להעדים ואומר שלא בטא בשפתים ודן ע"ז אם אדם נאמן ע"ע יותר מעדים וכתב אף לרמב"ם דלא מהימן נגד העדים מ"מ כיון דלדעתו כל תיקון שטר הוא רק מדרבנן ובדיני קנסות ומלקות וגלות אין דנין אלא מפיהם ולא מפי כתבם ממילא ענין נזירות דאינו נוגע לממון כלל כ"ע מודים דמפיהם ולא מפי כתבם בעינן והואיל והוא אומר ברי לי שלא הוצאתי בשפתי ענין נזירות אין אנו חוששין לעדות שבשטר כלל ומבואר דסובר דבתרי בעינן תורת עדות והגדה בב"ד ומפיהם ולא מפי כתבם. אך מ"ש לד"ה למכות ולעונשין לא סמכינן כלל אעדות שבשטר אלא מפיהם בעינן יש להבין אמאי לא אם כי הרמב"ן במנין המצות סוף שורש (ב') כתב וז"ל ואני מוצא דיני נפשות ודיני קנסות בעדות שבשטר ראובן שהיה לו עבד כנעני והוציא שמעון שטר חתום שמכרו לו ראשון אינו בדין יום או יומים. קדש ראובן אשה בעדי חתימה ובא עליה שמעון שהיה בעלה והוציאה גט ממנו וחתם בעדים נהרג עלי' כו' ובגמרא יבמות שאם יצא שטר לפנינו נדונית כא"א לחנק ומה שאמרו מפיהם ולא מפי כתבם אינו בשטר שבע"ד כותבו עיי"ש ונקט הרמב"ן רק מה דמצינו בגמרא ואם די"ל כמו"ש שם במגלת אסתר דמשם אינו ראיה דהשטר נעשה ע"ד אחר ונתחזקה זאת לא"א והגט והשטר אינם נעשים לחייב זה רק על עצם הקידושין והגירושין רק העדים המעידין אח"כ על הזנות. ודעת הרמב"ן דדוקא אם נתחזק לאיסור מה"ת אז האיסור הוחזק אף לעונשין כמבואר ברמב"ם בע"א אמר שזה חלב ובא אחד אח"כ ואכל דלוקה כיון דלא העיד על העונשין רק להחזיק לאיסור מ"מ דוקא מה דאתחזק מה"ת אבל אם נאמר דעדות בשטר ל"מ רק מדרבנן מיד לא נתחזק לענין עונשין ולענין קידושין

וגירושין הוא ביותר דאין דבר שבערוה פחות משנים ובפרט למ"ש הפנ"י מס' קידושין (דף ס"ה) דהוא מטעם דאין קידושין לחצאין ועיקר קידושין הוא שיתחייב הבא עלי' בחנק לכך בעינן תרי סהדי וכתבתי במ"א דכ"כ הוא בגט נ"מ לעונשין והבאתי דברי הרמב"ם (פ"א הי"ג) מגירושין א"כ כיון דכל קיום הדבר הוא לענין עונשין אח"כ סובר הרמב"ן דהוי כאלו דנין אז בשעת קיום המעשה על העונשין ג"כ ואם עדותן ל"מ רק מדרבנן ל"מ מה שיתחזק עי"ז גם לענין עונשין:

גם י"ל למ"ש הפנ"י קידושין דהא דאיסור הוחזק בע"א ללקות ע"י אח"כ הוא דוקא למלקות ולא למיתה ומה"ט אף דנאמן האב לומר קדשתי את בתי מ"מ א"נ לסקול ע"י ובמ"א הערותי מש"ס מכות (דף ו' ע"ב) מניין לעדות מיוחדת שהיא פסולה שנאמר לא יומת עפ"י ע"א מאי אחד אלימא עד אחד ממש מרישא שמעינן לה עפ"י שנים עדים אלא מאי אחד אחד ומניין לנו לדרוש מפסוק זה קולא כל כך דעדות מיוחדת בדנ"פ אף דהעידו על דבר אחד ורק אחד ראה מחלון זה ואחד מחלון זה ששניהם העידו על ברור ומעשה אחד ובכ"ז נוציא ממשמעות עפ"י ב' עדים יומת המת וגלי לן קרא דלא ימות עפ"י עד שהם אחד אחד דלמא קרא בא להורות דאעפ"י דהאיסור הוחזק בע"א במקום דנאמן מ"מ לא יומת עפ"י ע"א כיון דעיקר מאי דהוחזק היה עפ"י ע"א א"ו דלזה לא צריך קרא דממילא ידענו אף דסוקלין ושורפין על החזקות מ"מ מאי דאתחזק רק ע"י ע"א לא דנין דיני נפשות ע"י. ואפשר כיון דכתיב קרא בפ"ע עפ"י שנים עדים יומת המת ול"ה צריך דהא לא גרע מן ממון א"ו דגזה"כ הוא לעונש מיתה לעולם צריך ב' עדים ול"מ בהוחזק עפ"י ע"א. אולם אינו מוכרח כ"כ דיש לומר להיפך דזה לא ס"ד למעט מפסק דלא יומת דבאמת כיון דאתחזק דנין אח"כ כל הנגרר אחריו אף בעונש מיתה והוכחת הפנ"י מהא דקיי"ל דאין סוקלין ע"י אב כמה תירוצים נאמרו בזה וקרא עפ"י שנים כו' לגבי מיתה איצטריך לכמה דרשות שדרשו חכז"ל יומת המת שיתיר עצמו למיתה ושהשני עדים מתרין בו ובספרי דרש אין לי מת כסדר הזה אלא זה בלבד [והמבארים דחקו א"ע לפרש שאם לא מת בראשונה ימות בשניה ומה דאמר זה בלבד אינו מובן ואולי כוונתו שיקבל ההתראה ושיתיר א"ע למיתה] עכ"פ י"ל דאין לחלק בין מלקות למיתה דבכמה מקומות ילפינן מלקות ממיתה ועיין תוספות יו"ט מכות (פ"א מ"ט) שכ' כשלא מצינו שחלק הכתב בין מיתה למלקות וממון לא נוכל לחלק מסברא ע"ש ויש לראות בספרי דדרש בכתוב לא יקום ע"א באיש אין לי אלא לדיני נפשות למכות מניין ת"ל לכל עון כו' כך הוא גירסת הגרא"ו ז"ל למה צריך קרא כיון דבלא"ה לא נוכל לחלק מסברא בין מיתה למלקות] גם מ"ש לענין דיני קנסות בזה י"ל דאף בדבר המתחזק

מדרבנן נגרר אחריו חיוב ממון. ומ"מ ודאי לדעת הרמב"ן מה דנתחזק אח"כ נגרר הדבר גם לענין עונשין ואף י"ל דגם לענין מכות ועונשין כשיש תורת שטר ע"ז המועיל מהני ג"כ לענין עונשין רק דלא מצינו מפורש בגמרא וגם המציאות קשה כיון דתורת שטר הוא מה שהבע"ד כיתבו ונעשה מדעת המתחייב וא"כ בנידון דמהרי"ט שם דיש תורת שטר על עדותיו בגוף העסק ממון ולפי דברי העדים החתומים על השטר נעשה מדעת המתחייב וכיון שהעידו שקבל עליו נזירות אם יעבור ועבר למה לא יתחייב אף לעונשין ודברי ריטב"א צ"ע:

סימן יא

יש לחקור הא דקי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי היכא דהגיע לכלל י"ג שנים ויום אחד רק דלא בדקנו אותו אם הביא ב' שעדות אם מקבלין אותם שיעידו בפניו. וגם אם בדקנו אותו ולא ראינו שערות די"ל בכ"ז מקבלין כיון דמוקמינן על חזקה דרבא בהגיע לשנותיו דהביא שערות והא דלא ראינו חיישינן שמא נשרו כמבוא' מס' נדה (דף מ"ח). והנה להמבואר מדברי הרשב"א חידושיו לב"ק (דף קי"ב) דהוכיח ממה דמקבלין שלא בפני בע"ד באם הי' הוא או עדיו חולים או שלחו ולא בא דהטעם דעיקר קרא והועד בבעליו קאי על דיני נפשות דכמיתת הבעלים כך מיתת השור ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא הוא ומדרבנן הצריכו שיעידו בפני בע"ד אבל מדאורייתא מקבלין אף שלא בפני בע"ד אף היכא דל"ה אונס ולכן במקום אונס הם אמרו והם אמרו וכן מבואר תשובת רשב"א (ח"ג סי' שכ"ז) והא דכתב הרשב"א בח"ב (סי' שע"ו) דהא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד גזה"כ הוא ולא משום דחוששין לעדים דאטו משה ואהרן מי חיישינן להו ואף הם וכי"ב אין מקבלין דכתיב והועד בבעליו ע"כ כוונתי דבדנ"פ לאו מטעם חשש רק גזה"כ הוא ובדיני ממונות מדרבנן. ולפי"ז כיון דל"ה רק דרבנן ובדרבנן מוקמינן על החזקה דרבא כמבואר באו"ח (סי' נ"ה ס"ח) וביתר מקומות. אולם למה דמבואר מתשובת הרא"ש המובא ב"י (סי' כ"ח) דמטעם הפקר ב"ד אתינן עלה לקבל עדות שלא בפני בע"ד במקום אונס כיון דאיכא הפסד ממון לתובע והתרו לנתבע ולא בא הפקיעו לממוני' ע"י קבלות עדות שלא בפניו ושויא להאי עדות שלא בפניו לעדות מעליא עיי"ש בתשובת רא"ש (כלל מ"א סי' ו') מבואר מדבריו דסובר גם בד"מ מדאורייתא בעינן שיעידו בפני בע"ד וא"כ לא סמכינן על חזקה דרבא וכ"ז שלא בדקנו אותו וראינו שהביא ב' שערות לא מקבלינן עדותן בפניו והא דכתב הב"י והרא"ש לא כתב אלא סברת ריב"א דאפילו בדיעבד פסול וטענת ראב"ן אינו טענה דהא מדרבנן הוא וקרא אסמכתא בעלמא והם אמרו דהיכא דאיכא אונס מקבלין והיכא דליכא אונס

אפילו בדיעבד לאו כלום הוא עכ"ל דבריו תמוהין דהא מבואר בדברי הרא"ש דלאו מטעם הם אמרו והם אמרו אתינן עלה רק מטעם דהפקיעו לממוניה וכמו הפקר ב"ד הוא אבל באמת מדאורייתא בעי שיעידו בפני בע"ד וכבר תמה ט"ז בתשובת רבינו עק"א ז"ל (סי' צ"ט) וא"כ כיון דמדאורייתא ל"מ עדותן כ"ז שלא העידו בפני בע"ד בעינן שיהי' מוחזק בבירור שהביא שתי שערות וכ"ז שלא בדקנו וראינו ב' שערות אין מקבלין עדותן בפניו אבל לדעת הרשב"א דבד"מ ל"ה רק מדרבנן סמכינן על חזקה דרבא ול"צ בדיקה: **וראיתי** בחידושי רשב"א ב"ק שם וז"ל ומיהו יש לתמוה האיך אפשר שנמתין ליתומים עד אשר יגדלו והנה לפעמים הקטן מוטל בעריסה ונמתין לו עד שיגדיל ויהיה בן י"ג שנה ויום אחד ועוד שיביא סימנין עכ"ל ומדכתב ועוד שיביא סימנין משמע לכאורה דצריך בדיקה לזה וקשה למ"ש הוא שם דקרא לגבי ד"מ אסמכתא בעלמא הוא א"כ ל"ה רק מדרבנן וסמכינן על חזקה דרבא ול"צ בדיקה ואולי י"ל כוונתו דלפעמים צריך להמתין עד שיביא סימנין היינו אם בדקנו אותו ולא מצאנו סימנין דלא מחזקינן לגדול אף לדרבנן דשמא נשרו ל"א רק לחומרא ועיין מ"ש בהגהותי בד"ח דיני מיאון (סי' ג') להוכיח דדעת הרשב"א כדעת החכם מהר"ם קאשטאלין ז"ל שבתשובת מהרי"ט (סינ"א) דספק נשרו אינו כ"א חשש דרבנן דמד"ת כיון דלא ראינו סימנין אמרינן מסתמא הביא רק לגבי איסור תורה חוששין לשמא נשרו ודלא כדעת מהרי"ט דסובר מחמת חזקה אמרינן דודאי הביא וקרוב לודאי דנשרו והא דבלא בעל יכולה למאן הוא מטעם דהם אמרו והם אמרו אבל חזקה דרבא לית בי' ספק וקרוב לודאי דנשרו והוכחתי שם מדברי רשב"א שבב"י יו"ד (סי' ק"צ) דהבאה לכלל שנים ונבדקה ולית לה שערות לא מטמאינן הכתמים ול"ח לשמא נשרו דספיקא דרבנן הוא הרי דשמא נשרו ל"ה ספק השקול עיי"ש וה"נ להיפוך כיון דראינו דאין לו ב' שערות מחזקינן לקטן ואף דל"ה רק לענין קבלות עדות בפניו דל"ה רק מדרבנן מ"מ כ"ז דלא ראינו שערות א"ח לשמא נשרו להקל אבל כ"ז דלא בדקנו אותו אמרינן חזקה דהביא סימנין לדעת הרשב"א דל"ה אלא דרבנן:

ורבינו עק"א ז"ל (סי' ק"ה) כתב להוכיח דע"כ רק מטעם הפקר ב"ד מקבלין במקום אונס מסוגיא כתובות (דף כ') זאת אומרת הכחשה תחילת הזמה וכשם שאין מזימין כו' ושם אייריי במתו העדים החתומים על השטר א"כ אין אונס גדול מזה והרשב"א סובר דבעדים חולים מקבלין אף בפני יתומים קטנים דליתא בע"ד בעולם ודלא כמו"ש הנ"י ב"ק לחלק בין איתא לבע"ד בעולם או ליתא א"כ במתו העדים אין אונס גדול מזה א"ו דרק משום הפקר ב"ד נגעו בה ודוקא בממון ולא בהזמה דקנס הוא לכך אף באונס אין מקבלין שלא בפניהם ותמה על הרשב"א דסובר דמד"ת ל"ב בפניו רק בנפשות וא"כ בהזמה היכא

דליכא נפשות מדאורייתא מקבלין ואמאי אין מקבלין במתו העדים דאין לך אונס גדול מזה אלו דבריו ולא אדע קושיתו הא בכ"מ דיני קנסות שוין לדיני נפשות וכמו בדנ"פ בעי דוקא בפניו ואף אונס ל"מ כדמוכח מס' סנהדרין (דף ע"ט) ברוצח שנתערב קודם שנגמר דינו ברוצחין שנגמר דינם דכולן פטורין אף דאין אונס גדול מזה וע"כ בדנ"פ ל"מ אונס ואף למ"ש הרשב"א בתשובה המובא ב"י (סי' שפ"ח) דבמקום אונס גם בדנ"פ מקבלין מ"מ כתב שם להדיא דעכ"פ הג"ד בעי בפניו וע"כ ברוצח הטעם דהוי ג"ד שלא בפניו. וא"כ כמו כן בדיני קנסות אף אם במקום אונס מקבלין מ"מ ל"מ אם נאמר כמ"ש רשב"א בחידושיו דבדנ"פ ל"מ אונס דיני קנסות שוין לדיני נפשות לענין זה ולמ"ש בתשובה הנז' דגם בד"נ במקום אונס מקבלין אולם גמר דין צריך להיות בפניהם וכיון דמתו העדים ולא יכול להיות בשום אופן הגמר דין בפניהם לכך אין מקבלין ועיין מ"ש האו"ת בזה (סי' ל"ח):

וקצת יש להביא ראיה דמד"ת ד"מ ודנ"פ שוין בזה מדלא מחלק במתניתין דפ"ד דסנהדרין בין ד"מ לדנ"פ לענין קבלות עדות שלא בפני בע"ד בפרט לר"ח שם דקאי מתניתין על דין תורה מכ"ש דהי' לרבי לומר מה דאף מדרבנן נ"מ דבד"מ במקום אונס מקבלין ולא בדנ"פ ועיי"ש חידושי ר"ן דקרא דמשפט אחד לא אתי אלא בעיקר הדין שהוא קבלות עדות וכי"ב היינו דו"ח ואם אף בעיקר עדות יש הבדל בין ד"מ לדנ"פ למה שייריי' רבי א"ו כיון דהוא בגוף העדות אמרינן ממשפט אחד דמה"ת בעינן בשניהם בפני בע"ד:

והנה לכאורה יש להבין להסוברים כשיטת הראב"ד בהך דעדות שבטלה מקצתו בטלה כולה דאף באם העידו בע"פ על ב' דברים כשנתבטל עדות של אחד נתבטל השני וכמו שסובר ר' יוחנן בירושלמי בכותב בשטר נכסיו לשני בני אדם כאחת ועדים קרובים לזה ורחוקים לזה דעדותן בטילה ובע"פ בכה"ג ג"כ בטל וזה דעת הראב"ד דהא דפלגינן דבורא בתרי גופא הוא במעיד ע"ע או על אשתו דכגופיה דמי ואינו בתורת עדות אבל בקרובים לא פליג רחמנא דאמרינן מה ב' נמצא אחד מהם קאו"פ כו' וקאי בשיטה הזאת הראב"ד והרא"ש והר"ן והריטב"א [עיין ס' מח"א דיני עדות (סי' ג') בזה ויבואר להלן אי"ה] א"כ מה לי אם נתבטל מקצת העדות מצד פסול קורבא דנתבטל כולה אף לגבי רחוק מטעם דגזה"כ הוא יקום דבר כל דבר ומה לי אם נתבטל מקצת העדות מצד פסול שלא בפני בע"ד ואמאי מסקינן בש"ס כתובות שם דהזמה שלא בפניהם ניהו דהזמה ל"ה הכחשה מיהו הוי וע"כ הטעם כיון דלענין קיום עדותן של הראשונים הוי הנתבע בע"ד והמה עומדים בפנינו וגם לגבייהו הוי כעדים רדופי' לילך למדה"י וכמו"ש בתומים

שם עכ"פ כיון דאפי' בדיעבד לא יהי' נוכל לקבל עדותן לעשות דין הזמה ואף לפוסלם למה שכבר העידו להחזיק ע"ד הריב"ש המובא בש"ך (סי' ל"ח) א"כ נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דלא נוכל לקיים ככל דבריהם. ולהסוברים דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא דרבנן ומדאוריית' מקבלין י"ל כיון דלא נתבטל מדאוריית' לגבי הנך דהעידו שלא בפניהם רק מדרבנן ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכבר מבואר מתשובת ב"י (סי' ט"ו) דלרמב"ם דקרובי אם פסולי דרבנן לא נתבטל שאר העדו' מטעם דנמצא אחד מהם קרוב הואיל דמדאוריית' עד מעליא הוא עיי"ש ואף דבתומים סוף (סי' ל"ו) כתב דלא מצא בתשובת ב"י לפנינו הוא גלוי דכן כתוב שם אולם בתומים העלה שם להוכיח דגם בכה"ג אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכן יש להוכיח קצת מדברי רמב"ם (ריש פרק י') הלכות שבועו'. א"כ יקשה גם להסוברים דרק מדרבנן אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וגם למ"ש לגבי הזמה דקנס הוא וכדנ"פ חשיב לענין זה קשה כיון דשלא בפניהם הזמה לא הוי הכחשה ג"כ לא יהי' וכן להסוברים דמד"ת גם בד"מ בעינן בפניו יקשה. וביותר יקשה לדעת הריב"ש המובא בש"ך (סוף סי' ל"ח) דדייק מדברי רש"י ורמב"ם דרק לעשו' דין הזמה לא מקבלינן להו שלא בפניהם אבל מ"מ נפסלין לעדות דזה ל"ה חב ודאי יקשה נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דנתבטל אף לגבי העדים שלא יהי' נדונין בדין הזמה לא יפסלו ג"כ ולדעת הש"ך שם דעכ"פ לא נעשו חשודין ג"כ יקשה ועיין בנתיבות דכתב שם עכ"פ לא הוי בכלל תרי ותרי כיון דיש לפנינו האחרונים דנאמנים רק לגבי עדים הואיל דהוי שלא בפניהם לא נוכל לקבל אותן אבל הנוגע למה שכבר העידו והנתבע הביא בפנינו עדי הזמה רק שאינם לפני העדים הראשונים לבטל עדות זה הוי בפני בע"ד ואף לדעת הש"ך נתבטל לגמרי עיי"ש. אולם הרלב"ח (סי' קל"ו) בהשיגו על הריב"ש דאמאי יפסלו הראשונים העלה דהוי תרי ותרי עיי"ש. ולמ"ש מהראוי שאף תרי ותרי ל"ה כיון דלא נוכל לקבל העדות הנוגע אל העדים הראשונים נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. הן אמת דהרמ"א (סי' נ"א) כ' דבעדות ע"פ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה. אולם להעומדים בשיטת ראב"ד יקשה אמאי נתבטל כל העדות שהעידו הראשונים כיון דלא מקבלין עדותן בהנוגע להם שלא בפניהם וכן יקשה על הר"ן גיטין (סוף השולח) בהא דמבואר שם בבעל בנכסי אשתו אם איכא פרי בארעא ל"ב הרשאה ומבואר שם דאם האשה ליתא במתא והבעל דן עם המערער והמערער הביא עדים מהני עדותן לענין פירות ולא לענין קרקע עיי"ש והר"ן קאי בשוע' הראב"ד כמבואר גיטין (דף ט') דגם בעדות ע"פ אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ;:

וצ"ל כיון דאין הריעותא בגוף העדים רק מצד אחר הואיל דל"ה בפניהם ואם היו כאן בפנינו היינו מקבלין עדותן בזה ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דדוקא בקרובים לאחד או בעבד שהביא גטו וכתוב בו עצמך ונכסי דלא יש שום ריעותא מצד אחר רק עיקר הריעותא דע"ז א"נ נגד הקרוב אליהם או לקיי' הגט לדון ע"י ממון בזה שייך לומר הואיל דלא מקבלין עדותן לזה נתבטל עדותן מכל אבל היכא דעדותן מועיל באמת וכשרים הם ואין בהם שום ריעותא רק הואיל דאין הבע"ד בפנינו לא נעשו ב"ד לזה לקבל עדותן בהנוגע למי שאינו בפנינו ומזה לא נתבטל שום דבר ודומה קצת למ"ש בתומים (סי' ל"ד ס"ק כ"ד) ועיין מ"ש לקמן דהיכא דמזדמן ד"מ ודנ"פ ומקבלין סהדותן בפני שלשה דלא נוכל לדון להתבטל עדותן אף לד"מ מטעם דל"מ לדנ"פ כיון דלגבי דיני נפשות דבעינן כ"ג הוי הגדתן שלא בפני ב"ד כן נמי היכא דיש שני שותפין הנוגעים לעדותן והאחד אינו בפנינו הוי מה שנוגע לו כאלו לא העידו בפני ב"ד כיון דלא יוכלו לדון עליו ומקבלין עדותן הנוגע לזה שבפנינו:

וראיתי בתשובת ר' בצלאל אשכנזי (סי' ו') באלמנה שתפסה מעזבון בעלה על מזונות ואח"כ באו עדים שנתקדש' לאחר ונתקבלו שלא בפניה וכ' דאף דלאפרושי מאיסור מקבלין שלא בפני הבע"ד מ"מ כאן כיון דנ"מ לענין ממון ל"מ הקבלה אפילו בדיעבד עיי"ש ובתשובת מהר"ם אלשיך (סי' ק"ד) כ' בנידון כזה וחתר למצוא עילה שתהיה ספק מקודשת וכתב כיון דאיכא ספיקא בקידושין אין מוציאין מידה כלום עיי"ש מבואר דאם כפי קבלות עדותן אף שלא בפני האשה הוי ודאי מקודשת מועיל העדות להוציא ממנה מה שתפסה ואולי ס"ל לחלק ממה דמבואר רשב"א ור"ן גיטין הנז' דלגבי פירי מהני עדותן ולא לגבי קרקע הואיל דהי' שלא בפני אשה דשם הוי תרי גופא פלגינן לסהדותא משא"כ בחד גופא כיון דקבלו עדותן לענין איסורא נגרר אחריו דין הממון וצ"ע:

שוב ראיתי בתשובת מהר"י באסן (סי' ע"ג) חקר שם בדין זה אם יש שטר לקטנים וגדולים ויש עדים לאורעי השטר אם מקבלין עדות ומתחילה כ' דתליא בזה בשותפים אם העדים קרובים לזה ורחוקים לזה אם אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואח"כ כתב דמסתברא דלא נאמרו הדברים אלא בפסול שהוא בגוף העדים דומיא דקאו"פ וכיון דגזה"כ הוא אין בו אלא חידושו אבל שלא בפני בע"ד אין העדים פסולין אלא מצדהבע"ד ולכן לא מנה אותו רמב"ם (פ"ט) מעדות עם העשרה פסולים דלא מנה אלא פסול העדים לא פסול העדות ועוד דפסולא קלישא הוא לכ"ע דהא קיי"ל כשהיה חולה הוא או עדיו או מבקשין לילך מקבלין לכן אינו בכלל שאר הפסולים עכ"ל הרי דעמד ע"ז וכתב מסברא לחלק. ותמהני דלא הביא מדברי רשב"א ור"ן סוף פ' השולח

הנ"ל דמוכרח לומר כן לדבריהם. ועיין רמ"א אה"ע (סי' י"א ס"ד) דאין לקבל עדי זנות דא"א שלא בפניה ושלא בפני בעלה ולכאורה למה לן לתרויהו כיון דמקבלין בפניה ואסורה היא ממילא אסור גם הבעל לבא עליה וצ"ל דכוונתו לכתחילה אבל בדיעבד אם קבלו בפני בעלה או בפניה ג"כ סגי לאסרה על בעלה ומצאתי ג"כ בנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' נ"ח) שם דן בשטר קידושין דנעשה מרצון המתקדשת ושלא לרצון המקדש אם נאמר בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכתב כל שהביטול אינו מצד העד כמו במעיד על שטר שקטן וגדול חייבין מועיל עדותו לגבי הגדול כיון דליכא ריעותא רק הואיל דלגבי קטן הוי שלא בפני בע"ד בשטר נמי ליכא ריעותא רק מטעם לגבי מקדש הוי מפי כתבם ויש לעיין בדבריו דשם ל"ה הגדה כלל לגבי המקדש ומהראוי לומר בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה:

סימן יב

אם עברו הב"ד וקבלו עדים שלא בפני בע"ד דדעת הרמ"א כמו"ש הראב"ן דמהני והש"ך הביא משם המרש"ל דאף בדיעבד ל"מ ובאמת שכן דעת רוב הראשוני' והד"מ הביא משם מהר"מ פאדוואה דאפי' לריב"א דסובר דאף בדיעבד ל"מ מ"מ היכא שכבר נפסק הדין עפ"י עדות הנגבה שלא בפני בע"ד מודה דאינו חוזר הדין ולא יקרא טועה בד"מ ומדקדק כן מלשון ריב"א דכ' דל"ה עדות לדון ע"פ משמע רק לכתחילה לדון ל"ה עדות אבל אם כבר דנו אינו חוזר הדין. ועוד הביא ראיה מדכתב רבינו ירוחם דאם מתו העדים או שהלכו למדה"י דדנין עפ"י עדותן שנתקבל שלא בפני הבע"ד שהרי אפילו לכתחילה מקבלין אם הי' הוא חולה הרי אף שנעשה בטעות מ"מ במקום אונס דנין הה"ד היכא שכבר יצא הדין קם דינא. וראיתי בכנה"ג שכתב וז"ל ואני מסופק בדברי שאר הפוסקים אי ס"ל הכי או דוקא כשהוא מוחזק ולא כשאינו מוחזק אעפ"י שנפסק הדין עכ"ל:

והנה לשיטת הרא"ש דסובר דמדאורייתא אין מקבלין ובמקום אונס דמהני הוא מטעם הפקר ב"ד ודאי נראה דרק היכא דהוי אונס כמו שמצינו בגמרא אבל בנפסק הדין אמאי יהני כיון דנתבטל עדותן הוי כטעה בדבר משנה. וכן נראה מדברי הנ"י ב"ק פרק כיצד הרגל וז"ל ורבותי ז"ל אמרו דלא עשו ולא כלום דהו"ל טוע' בד"מ דחוזר וכן הדין בכל דבר שאין רשות לב"ד לעשותו לכתחילה במקום אחר אם עברו ועשו לא עשו ולא כלום אעפ"י שהן רשאין לעשותו בשאר מקומות עכ"ל הרא"ה ז"ל משמע דלא עשו כלום ואף אם דנו ל"מ:

וכן מבואר מדברי תשובת רשב"א (ח"ב סי' רכ"ט) בענין קבלות עדות במכירה שהי' על תנאי והיה שלא בפני הלוקח ודנו הב"ד עפ"י עדותן דהוי תרי ותרי ומוקמינן הקרקע

על חזקת מר"ק וכתב הרשב"א כל שלא נתקבלו בפניו או בפני שלוחו ואין שם סיבת אחד מן הדרכים הידועים שנאמרו בפ' הגוזל אין עושין מעשה עפ"י עדותן הרי מבואר דאף פסק דין ל"מ ואף דהרשב"א העלה שם בלא"ה לסתור פסקם מטעם דהמכירה היה בודאי והספק על התנאי לא נתבטל המכירה מ"מ מתחילה דן לבטל פסק דינם משום שקבלו עדות שלא בפני הבע"ד ועיין במהרי"ט חח"מ (סי' ל"ב) וכן משמע מדברי רמ"ה בש"מ כתובות (דף צ"ד) בהני תרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד ואזל חד מינייהו בהדיה לדינא דאם לית' במתא דמצי אמר אילו אנא הואי טעיננא טפי ופירש הרמ"ה דאם הי' להו תביעה אצל אחד והנ"מ לסהדי דאסהודי באנפי ראשון וליתנהו דלסהדי באנפי שני עיי"ש הרי אף דהב"ד כבר פסקו לפטרו ויצא זכאי בדינו מ"מ אינו מועיל ועוד מבואר קצת מדברי רמ"ה דאף בליתנהו דלסהדי באנפי שני היינו שהלכו להם מ"מ לא נוכל לדון עפ"י קבלות עדות שנתקבל שלא בפניו אף דשם בדין נתקבלו באנפי אחד ומהני עדותן לגבי שותף שהעידו בפנינו מ"מ מה שנתקבל שלא בפני השותף השני אין דנין עפ"י עדותן. ואולי איירי רמ"ה דליתנהו קמן וצריך שימתין שיבאו אך א"כ כיון דאיירי דהשותף תובע להאחר איך נוציא ממנו ממון כיון דידענו שיש לו עדים לפטור אותו רק שהלכו להם נמתין עד שיבאו ושוב מה נ"מ א"ו דאיירי דליתנהו שוב קמן ולא יבאו הרי דכיון שלגבי שותף זה נתקבלו שלא כדין הוי כאלו לא נתקבל עדותן אף אם הזדמן אח"כ אונס ודלא כר"י. ומכ"ש דל"מ נפסק הדין בטעות:

ועוד כיון דדעת ריב"א דאף בדיעבד ל"מ הקבלה ואין דנין עפ"י עדותן לכתחילה א"כ כיון דהעדים לא עברו על לא תענה ברעיך עד שקר כיון שהי' שלא בפני הבע"ד ולא הי' תועלת בעדותן דאין כח ביד הב"ד לדון עפ"י עדותן איך נוכל לקיים עדותן אם לא עברו על לא תענה. ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני עדות (סי' ב') להקשות על המרמ"פ מדברי רמב"ם (פח"י) מעדות דמשמע אפי' אם הוזמו שלא בפניהם ומתו אח"כ דג"כ ל"מ עדותן ואמאי הא אין אונס גדול מזה וכ' דבהזמה בעי אף בדיעבד בפניהם ורק בד"מ דקרא אסמכתא הוא מהני אונס ולא בקנס דכדינא נפשות הוא והמר"ם פאדוואה לא כ' זאת רק בד"מ. ואחרי המחילה עין הרואה במהרמ"פ יראה דדן על עדי קידושין שנתקבל שלא בפני האשה ובזה מדאורייתא לאסרה לשוק בעינן בפניה דכדנ"פ דמי ואעפ"כ הוליד המרמ"פ מהך דר"י הואיל דאונס שאח"כ מהני לקבל עדותן בנפסק הדין ג"כ מהני הרי דסובר דדעת יש מגדולי האחרונים שהביא הרבינו ירוחם דמהני במתו אח"כ אף במקום דבעו מדאורייתא בפני בע"ד. אך י"ל דעדי קידושין לענין לאסר' לשוק דהוי לאפרושי מאיסורא מקבלין וכמו שכ' בש"מ ב"ק בשם הרב המאירי. ואף דמהר"פ שם סובר דבעי

בפניה מ"מ לאו מדאורייתא כדנ"פ ממש משא"כ בהזמה ואף אם נאמר דהזמה דל"ה דנ"פ ממש גם כן מדרבנן מ"מ במתו שוב אי אפשר לגמור הדין דגמר דין בעי בפניהם וכיון דלא יהיה אפשר לגמור הדין מ"מ למה יקבלו אותם. אך בנידון דמהר"פ כנראה היתה בהכחשת המתקדשת ובכה"ג בעינן עדות גמור ובפני בע"ד האשה שרוצה לאסרה אכ"ע ושקשורה בו ואף דבש"מ ב"ק הובא משם הרב המאירי הבאתי דבריו בהגהותי בדברי חיים סוף דיני עדות מ"מ משמע דרק מה דהוא לאפרושי מאיסורא דומיא למ"ש שם שנטמאו טהרותיו שזכות הוא לו אבל באם האשה מכחשת הדברים ודאי הוי צריך כל דיני עדות דילפינן דבר דבר מממון ובעינן שיעידו בפניה וכמו בדנ"פ ואעפ"כ דן מהרמ"פ דמהני פסקם בדיעבד:

ואני כתבתי שם בד"ח לדון דאם נאמר דהגדה שנית בפני בע"ד ל"מ מטעם דאמרו להחזיק דבריהם הראשונים א"כ אין אונס גדול מזה וע"כ דנין ע"פ הגדתן הראשונה רק לחזור יכולים לשיטת הרמ"א. וכעת מצאתי סברא הזאת תל"י בתשובת רד"ך (בית כ"ו חדר ב') וכ' כן בדעת ראב"ן דסובר דרק מדרבנן בעינן שיעידו בפני בע"ד ולא מד"ת מדמכשרו באונס ולכך ממילא לא מהני כשקבלו אפי' מדרבנן דא"כ כשגבה עדותן כבר אותם העדים אינן יכולין לחזור בהם שכיון שהגיד שוב א"ח ומגיד וא"כ מה תועלת יש שיחזרו להעיד אם לא יכלו לחזור בהן ואם נאמר שלא יעידו כלל עוד כיון שהעידו שלא בפני ב"ד א"כ אין לך אונס גדול מזה והריב"א יכול לתרץ אף באונס התירו להעיד אף שלא בפניו זה שעשה שלא כהוגן קנסוהו שלא יגבה עוד העדים ההם אף כי אנוס עתה כיון שלכתחילה ל"ה אונס עכ"ד ולא הרגיש בדברי גדולי אחרונים שבר"י הנז' דל"ס להו לחלק בין אם היה אנוס מקודם או לא. גם מדברי כל הפוסקים מבואר דמהני הגדה שנית בפניו ואיך נייחס להריב"א לומר דשוב יתבטל מכל וכל העדות. ודעת הב"י בתשובה ורש"ל (סי' י"ב) בפשיטות דא"י לחזור ולהגיד אף לדעת הריב"א ומ"מ יכולין לחזור ולהעיד מחדש ומקבלין עדותן ודברי רד"ך תמוהין:

ואם נאמר דאף אונס אח"כ ל"מ ואף דנתקבלו כדין כמבואר מדברי רמ"ה בש"מ כתובות הנז' דשם העידו בפני בע"ד שותף האחד ומ"מ בעי אח"כ שיעידו בפני האחר ואף נפסק הדין ל"מ וכמו"ש יש ליישב דברי רש"י ב"ק (דף ח') וכתובות (דף צ"ב) בהא דאמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ובא בע"ח דראובן וטרף משמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא כו' ופירש"י הנ"מ דאע"ג דנקט שטרא אי א"ל אישתבע לי דלא פרעתיך בעי אישתבע. והקשו על זה בתוס' הא הכא לפרוע מנכסים משועבדין ג"כ צריך לישבע. ולהנ"ל י"ל נ"מ אם הביא הבע"ח עד המסייעו לפטרו מן השבועה כגון

דבא תיכף אחר זמן פרעון לגבות דתו"ז לא פרע וביום אחר זמנו לא זז יד העד מידו או אף שני עדים דלכ"ע פטרו משבועה ויצא הבע"ח זכאי בדינו שיטרוף וטרף משמעון והעדים הלכו לדרכם או מתו אם בא ראובן ומשתעי דינא עם הבע"ח וטוען אישתבעי לי דל"פ חייב לישבע כיון דהוא בע"ד מטעם אחריות או אף שלא באחריות מטעם דל"נ לי' דתהוי לשמעון תרעומות וכ"ז שלא בא ראובן לפני הב"ד לאשיתעי דינא ל"ה חייב לישבע כיון דמה דאנן טענין עבור הלוקח ע"ז הי' עדים המסייעין להבע"ח והעידו בפני הלוקח ונפסק הדין שיטרוף וכשבא ראובן וטוען אשתבע לי דלא פרעתיך חייב לישבע אם שוב אין העדים בפנינו דדומה לשותף אם ליתא במתא וכמו"ש הרמ"ה בש"מ הנז': **והנה** בהגהותי שם בד"ח הרגשתי להעיר דאם נאמר דבמקום אונס דלאחר הגדתן שלא בפני בע"ד מהני עדותן א"כ עברו על ל"ת וכשהוזמו אח"כ יפסלו למפרע וא"כ מה מועיל הגדה השניה הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימן כיון דהגמר דין דע"י הגדה שניה הי' בטעות דכבר נפסלו א"ו דהגדה הראשונה ל"מ כלום. אולם באמת הא מבואר מדברי רמ"ה בש"מ הנז' וכן מדברי הרשב"א והר"ן גיטין סוף השולח דגם לגבי ב' שותפין אם ליתא במתא דצריך שיעידו פעם שנית ובזה עדותן הועיל לגבי שותף או בעל שהעידו בפניו דלגבייהו נתקיים עדותן וא"כ יקשה בודאי מאי מהני הגדה השניה שיעידו בפני האשה או בפני שותף השני הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימן כיון דאם יתזמו קיי"ל למפרע נפסל ויהיו פסולין מהגדה הראשונה ושוב הי' הגמר דין בטעות דכבר היו פסולי עדות. ולכאורה יהיה מזה הוכחה דל"ב בד"מ שיהיה עשאילה"ז אולם כעין זה יקשה בש"ס סנהדרין (דף ח') סוגיא דחוששין ללעז ובתוס' שם ד"ה רבה אמר דפירשו בשיטת ר"ת דאיירי דאם תובע לבעל ק' סלעים וכגון דאכניף שהביא האב עדים להזימם לעדי בעל ולא הספיקו לקבלם עד דאיבדור מחמת אונס ונשארו רק שלשה ואמר להו האב דיינו לי מיהא דיני ממונות היינו שיקבלו עתה העדים בפני השלשה לדון במאה סלעים. וע"כ אח"כ כשיכנסו העשרים ושלשה יקבלו שוב שנית העדים בפניהם למידן דיני נפשות דצריך לקיים ובערת הרע מקרבך וכן מבואר להדיא בחידושי הר"ן שם וקבלת עדות לדיני נפשות צריך שיהיה בפני כ"ג כמבואר בדברי רמב"ן על התורה פרשת שופטים על פסוק עפ"י ב' או ג' עדים יקים דבר להשיג על הגאון דפירש שלשה מקבלין עדות שנים וכתב עדות נפשות אינו מקובל רק בפני סנהדרין של עשרים ושלשה וכן מבואר ברדב"ז (סי' ש"ל) והאריך שם וסיים כללא דמלתא איני רואה שיסכים שום פוסק או מפרש שע"י קבלת עדות ב"ד של שלשה ידונו דיני נפשות ומינה לא תזוז עכ"ל ומהתימא שלא הביא דברי רמב"ן עה"ת דדעת הגאון אינו כן אך הרמב"ן משיג עליו וכן

מבואר מדברי כ"מ (פ"ד ה"א) הלכו' עדות והא דכתוב לפנינו ברש"י ב"ק (דף צ' ע"ב) ד"ה שראו בלילה לפיכך צריך למקצתן להעיד ואם אין שם אלא ג' צריך כו' ולכאו' טעות נפל בדבריו וצריך לומר כ"ג כיון דאיירי שם בדיני נפשות. שוב ראיתי בחידושי ר"ן סנהדרין (דף י"ז ע"ב) שכתב על פירש"י שם וז"ל ומפירושו משמע דב"ד של שלש יכולין לקבל עדות של דנ"פ ואינו במשמ' דודאי כל הב"ד הצריכין בגמר דין צריכין שידעו לדבר בע' לשון ושכולן יקבלו עדות מדנ"פ עכ"ל וא"כ יקשה איך יקבלו אלו השלשה עתה עדים אלו הא לא יהיה עדים אח"כ לדון בדנ"פ ע"י אלו עדים וא"י לגמור הדין מטעם דיהיה עדות שאי אתה יכול להזימן דאם הנך עדי האב יתזמו יהיו נפסלין למפרע מהגדה הראשונה שהעידו בפני הנך שלשה לחייב בק' סלעים ולמפרע יהיו נפסלין ויהיה הגמ"ד על מיתה בטעות ואם נגרוס שם רבא י"ל רבא לשיטתו סובר מכאן ולהבא נפסל אבל כפי הנראה גרסינן שם רבה כמבואר שם יקשה ואף אם נדחק דאיירי דהי' שני כתות עדי' שהביא האב להזימן ורוצה שיקבלו כת אחת לדון דיני ממונו' וע"י הכת השני שיקבלו אח"כ השלשה ועשרים ידונו דנ"פ מ"מ קשה אולי לא יכוונו הכת השני עדותן ויתבטל עי"ז מצות ובערת הרע ועיין חידושי הר"ן שם דמשמע דטעמא דרבנן אעפ"י שאין האב תובע רק ד"מ אין מקבלין אלא בכ"ג לפי שיש בו דנ"פ עדים המוזמין עיי"ש דמבואר דרק ע"י כת הזאת ידונו גם אח"כ כשירצ' הב"ד לדון את העדים המוזמין דיני נפשות יחזורו ויקבלו בכ"ג ויקשה כנ"ל ויש לדחוק ואכ"מ בזה. ולהסוברים דאמרינן להחזיק דברים הראשונים ודאי קשה שם דלא נוכל לקיים חח"כ לדון דיני נפשות ע"י הגדתן של עכשיו וביותר כיון שיגמרו השלשה הדין לאב לחייב להבעל לשלם יהיו בודאי נוגעין אח"כ:

ודע דמדברי הרמ"ה בש"מ כתובות הנז' מבואר להדיא דאם קבלו עדות שלא בפני בע"ד יכולין לחזור ולהעיד בפניו ול"א להחזיק דבריו הראשונים. וראיתי במהריב"ל (ח"ג סי' ק"ב) דהביא משם ספר חקת הדיינים שכתב שנראה מתוך דברי הרמ"ה שהעדות שנתקבל שלא בפני בע"ד תו ל"מ למהדר ולאסהודי באפי' משום דעבידי לאחזוקי שקרא וכ' ע"ז כיון שלא כתב אלא שנראה מדבריו לא נחוש לזה עיי"ש וכן הביא משמו הכנה"ג ותמהני הא מבואר לפנינו דעת הרמ"ה בש"מ הנז' דכ' דליתנהי דלסהדי באנפי שני הרי דאם איתניהו מהני עדותן שיעידו שוב שנית בפניו וכנראה הוכחת הספר הנז' הוא מדברי רמ"ה שבש"מ ב"ק שכ' דב"ד שקבלו עדים שלא בפני בע"ד ל"מ ההיא קבלה לחייביה להוא בעל דין כלל עכ"ל שם (דף קי"ב) ומדכתב כלל למד מדבריו דאף אם העידו באפי' שוב שנית ג"כ ל"מ אולם הרמ"ה לא קאי רק על ההוא קבל' אבל קבלה שנית מהני ודבריו במס' כתובות הם לעד נאמן. שוב זכיתי לראות בס' חקת הדיינים כ"י

וראיתי שבאמת כאשר חשבתי כן הוא ולמד דבריו מדברי רמ"ה ב"ק הנ"ל והאמת עד לעצמו שלא כן הוא. וכן ראיתי בתשובת רמ"ה הנדפסים (סי' רס"ג) שם דן בנתקבל עדות שלא בפני בע"ד דל"מ עדותן וסיים הלכך צריכי סהדי למיתי זימנא אחריתא ולאסהודי בבי דינא בפני בעל דין עכ"ל מבואר לפנינו דעתו להלכה ולמעשה דמהני הגדה שנית ולא לאחזוקי דבריו ראשונים ועיין ס' שער משפט (סי' ל"ו ס"ק א') ודבריו מופרכין למ"ש ועיימ"ש בד"ח שם להוכיח עוד דל"א להחזיק דבריהם הראשונים וכן הסכמת רוב הפוסקים:

וראיתי בשעה"מ (פ"ט הי"ב) מאישות שהביא דברי מהריב"ל הנז' והקשה מש"ס קידושין (ס"ג) נאמן ליתן גט וא"נ לכנוס וכתב הריטב"א אע"ג דמתחילה לכונסה נתכוין מ"מ כיון דמודעינן ליה בתר הכי שאינה כונסה ועומד בדבורו ונותן גט אלמלא קושטא קאמר ל"ה מחזיק שקריה למיתן גיטא דשרי לה לעלמא שלא כדין הרי דל"ח לאחזוקי שיקרא עיי"ש ולענ"ד משם ליכא ראיה די"ל דדבור' עביד אבל מעשה לא עביד שיתן גט בזה לא חיישינן לומר דעבד לאחזוקי דבורו הראשון דמי יכוף אותו ליתן גט הא בידו לומר באמת אני קדשתיה ואין אני רוצה לגרשה עד שיתברר ותהיה מותרת לי ואם נותן גט ודאי קושטא קאמר דלא יעבד מעשה רבה להתירה לשוק כדי להחזיק דבריו הראשוני' ועיין בס' המקנה (סי' ל"ז סכ"ד) דחקר אם מת זה שאומר אני קדשתיה אם מותרת לשוק עיי"ש וקצת יש להוכיח מלשון הרמב"ן שם בחידושיו שכ' כיון דאמרו שלא ישאנה ל"ה כותב לה גט להתירה דאין אדם חוטא ולא לו משמע דוקא כשנותן לה גט אז מותרת דמעשה לא עבד להחזיק דבריו הראשונים ואם מת פתאום י"ל דאינה מותרת וכן נראה מלשון הריטב"א שם שכתב ל"ה מחזיק שקריה למיתן גט. ובאמת בשיטה חידושי קידושין לאחד מן הראשונים לא נודע למי כ' שם נאמן ליתן גט וא"נ לכנוס פירוש אם בא אחד ואמר אני קדשתיה ואתן לה גט נאמן ונותן לה גט ושרינן לה לעלמא דאין אדם חוטא ולא לו ואינו נאמן לכנוס שאם אמר קדשתיה ואכנסנה אינו נאמן אימא יצרו תקפו ומבואר שם דאם בא לכנוס מתחילה דא"נ דאימא יצרו תקפו והשתא כי יהיב גיטא לאחזוקי בטענתו הוא דקא אתי. ואף דהרמב"ן והריטב"א חולקין ע"ז וסברו דאף דבא לכונסה מ"מ נאמן ליתן גט וכן לדידן נ"מ בדין זה באשה שאמרה קדשתי א"ע וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דאינו נאמן לכונסה רק ליתן גט כמבואר שם באה"ע ולדעת השיטה הנ"ל כשבא ואמר אני קדשתיה ואכנסנה א"נ אף ליתן גט ואולי דבזה אף השיטה הנ"ל מודה דהיא לא תקלקל א"ע ואכ"מ בזה. אולם הכל כיון דעושה מעשה להתירה לשוק לכך ל"א להחזיק דבריו הראשונים עושה משא"כ לגבי עדות י"ל

דנוגע בדבר שמוכרח להעיד אף בפני הבע"ד דאל"כ יתברר שהעיד מקודם בשקר ועבר על לאו דלא תענה. אולם דעת רוב הפוסקים דכמו שנתנה התורה נאמנות לשני עדים מטעם חזקת כשרות כן נמי בהעידו שלא בפני בע"ד כ"ז שלא נודע לנו חשש נגיעה בעדותן מוקמינן על חזקתן דגם מעיקרא קושטא העידו רק גזה"כ הוא דבעינן שיעידו בפני בע"ד בדנ"פ לכ"ע ובד"מ לדעת רשב"א וסייעתו הוא רק מדרבנן וכיון דמעידין שוב לפני בע"ד דנין ע"פ עדותן:

ועיין קצוה"ח (סי' ל"ג ס"ק ב') שהוסיף להוכיח דל"א לאחזוקי דבריו הראשונים מדברי תשובת הרא"ש ברמ"א (סי' ל"ו) ובש"ע (סי' מ"ה) בשטר שחתם עליו עד פסול ונתבטל כל השטר מדין נמצא אחד מהן קאו"פ דבטל כל העדות ואם הכשרי' זוכרין עדותן ע"י השטר יכולין לחזור ולהעיד בפני ב"ד הרי דל"א עביד אינש לאחזוקי דבריו ותו ל"מ הגדתן פעם שנית והש"ך שם (ס"ק י"ב) חולק על הסמ"ע שמחלק בין הגדה בע"פ להגדה בשטר והעלה דאפילו אם הגידו בע"פ עם קאו"פ יכולין עוד לחזור ולהגיד בלי צירוף הפסול אלמא דל"א עבד לאחזוקי דיבוריו. ולא אבין דבריו ודאי אם הגידו בע"פ אם היה כוונה בשעת ראיה כ"ע מודים דנתבטל עדותן ואינו מועיל שיחזרו הכשרים ויעידו כדמוכח מהא דמה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג את הנפש דל"מ שיחזורו הכשרים ויעידו בלא צירוף הפסול וכמבואר בטו"ז (סי' ל"ו) ובב"ש אה"ע (סי' מ"ב ס"ק ח'). ודעת הש"ך דאם הי' צירוף בשעת ראיה בכוונה להעיד וחתמו יחד הוי כהגידו יחד ובחתמו על השטר הוי כהגדה והרא"ש והש"ע איירי כשלא נצטרפו יחד בראיה והא דכתב הש"ך(ס"ק י"ב) ולפי"ז אין חילוק בין שטר לעדות בב"ד אין הכוונה דלא יש שום חילוק דהא לפי מ"ש (סי' מ"ה ס"ק כ"ז) דבהגדה בב"ד אם לא נתכוונו בשעת ראיה אינו פוסל ואף הגדה הראשונה כשרה ובשטר גרע טפי ובחתמו יחד חתימתן הוי צירוף לענין מעשה שטר כיון שחתמו יחד אבל ראית המעשה לא נתבטל דראיית המעשה וחתימות השטר שני ענינים החלוקין הן. הרי דחתימה לבטל מעשה השטר עדיף לדבריו. אף מהגדה בלא כוונה רק כוונתו דאין חילוק בין שטר להגדה דלא כמ"ש הסמ"ע והלבוש דחתימה ל"ה כהגדה לבטל ואיהו סובר דמבטל ובודאי ל"מ הגדה שנית אף אם ל"א לאחזוקי דבריו הראשונים מ"מ גזה"כ דנתבטל העדות מההיקש שנים לשלשה והא דמהני הגדה בפני ב"ד. אף דנתבטל השטר משום דשני ענינים מחולקים הן דעדי השטר אינם מעידין רק דנעשה מדעת המתחייב. ומה שיגידו שנית הוא על גוף המעשה הלואה או קנין הנעשה בפניהם וכיון דלא נצטרפו בראיה יחד לא נתבטל רק כשנצטרפו בראיה נתבטל ע"י החתימה לגמרי. וא"כ ל"ש שם כלל לומר להחזיק דבריו הראשונים כיון דהם

שני ענינים מחולקין דבחתימת השטר העידו דנעשה מדעת המתחייב והגדה שיגידו עכשיו בפני ב"ד הוא על גוף מעשה הלואה ועיין ש"ך (סי' מ"ה ס"ק כ"א) ובאורים שם ביאר דבריו ולמ"ש אף בלא טעם שכבר עשו שליחותן לא יכתבו בעצמן מטעם דחיישינן לאחזוקי דבריהם הראשונים:

ובתומים סי' ל"ג ס"ק ח') הקשה על דין דבעל העיטור בקרוב שהעיד בהיותו קרוב אף דהי' תחילתו בכשרות מ"מ ל"מ שיעיד שנית כשנתרחק מטעם דעביד לחזק דבריו הראשונים ואמאי הא לא נחשדו קרובים להעיד שקר ולכך בבא שטר שחתם בו עד שלא נעשה חתנו כשר ול"א שזייף עתה השטר כמו בגזלן א"כ בהעיד הקרוב לא נחשד למשקר רק גזירת המלך לבל יועיל עדותו וא"כ עכשיו שנתרחק ובטל גזירת המלך מה נ"מ דעביד לקיים דבריו הראשונים באמת רק גזירת המלך עיי"ש בדבריו דהוליד מזה דהטעם דכיון דיודע שאין הב"ד סומכין על עדותו אינו מדקדק כל כך אבל אם הב"ד אינם יודעים שהם קרובים מדקדקין. ולענ"ד לא אבין כלל קושיתו הא לו יהא כדבריו דגזירת המלך הוא שלא לקבל עדות הקרוב אף אם ידענו דאינו משקר מ"מ כיון דאין הב"ד יכולין לדון ע"י הגדתו שהעיד אז וצריכין אם ירצו לדון ע"י עדותן שיקבלו עדותן שנית וכיון דהגדה השניה אמרינן דמוכרח לומר כמו שהגיד בראשונה לא נוכל לקבל עדותו דעפ"י שנים עדים יקום דבר הוא דוקא בעד שיש הבריה בידו להגיד או צד החיוב או צד הפטור אבל אם נחזיק שמוכרח לומר כמו שאמר בראשונה להחזיק דבריו ושוב אינו יכול לומר ההיפוך אין זה תורת עדות ע"ז ועל הגדה הראשונה כיון שהוא גזירת המלך א"י הב"ד לפסוק והגדה שניה ממילא אם נאמר להחזיק דבריו הראשוני' הוא כמאן דליתא כיון דמוכרח לומר כך:

סימן יג

ראיתי בכנה"ג שהביא משם תשובת מהרשד"ם (סי' שע"ד) אם אין תועלת לקטן במניעת קבלת העדות כגון שאם מניחין הבתים בחזקת יתומים תגבה האלמנה מהם מקבלין העדות בפני הקטן עכ"ד וחיפשתי במהרשד"ם ומצאתי בחלק אה"ע (סי' קמ"ט) שכתב כן בלא ראיה ולכאורה יקשה הא מ"מ עתה דנין להוציא מחזקת הקטן וחוב הוא להקטן להוציא מידו ואף דליכא כ"כ נ"מ דאף אם יהי' בחזקתו תגבה האשה מ"מ יותר טוב שיתפרע האשה ולא יהיה לה חוב על היתומים ובאם ימצא עוד בחזקת היתומים איזה דבר תגבה וגם נ"מ לענין שומא הדרא דאם האשה תגבה בכתובתה אם יהיה ליתומים אח"כ כשיגדילו מעות יהי' יכולין לפדות הקרקע מן האשה משא"כ כשיקח המערער ועוד הא מצינו בחידושי הרא"ה כתובות (דף ק"ט) דכמו דמצד דניחא ליה דלא להוי

ללוקח עליו תרעומות חשיב בע"ד כמבואר כתובות (דף צ"ב) כ"כ היורש הוי בע"ד מצד זה דנ"ל שלא יהיה תרעומות על המוריש אבוהן עיי"ש וכן מבואר בש"מ ב"ק (דף ח') בדברי המאירי וה"נ עכ"פ חוב הוא לקטן שהאשה לא תגבה מזה ויהיה לה תרעומות על אביהן שלא הניח לה כדי כתובתה. אולם מצאתי שכן מבואר להדיא כדעת מהרשד"ם בתשובת הרא"ש (כלל ס"א) דהיכא דיש בע"ח ורבית אוכלת בהם או כתובת אשה ויש עירעור בנכסי יתומים בזה מקבלין עדות ולקבל בפניהם ול"ה כשלא בפני בע"ד כיון שיכולין בע"ח ליטול כל הנכסים הרי הדין בינו ובין הבע"ח ונזקקין לקבל העדות בפניהם עיי"ש אולם אינו מבוא' אם הוא גם בקרקע בכה"ג דהיכא דיש נ"מ לענין שומא הדרא אפשר מודה הרא"ש דהיורשים הקטנים הוי בע"ד ושם סתם הרא"ש דאם יש בע"ח כנגד כל הנכסים ואפשר דאיירי במטלטלין דל"א שומא הדרא וצ"ע ואף בכתובה אם גבתה קרקע ג"כ שומא הדרא כמ"ש הרמ"א בתשובה דלא כדעת מרש"ל ומזה קצת ראיה לנידון המבואר תשובת רדב"ז (ח"א סי' ע"ט) ביצא על יתומים קטנים שני שטרות מוקדם ומאוחר וזה הי' תו"ז כשמת הלוה דבכה"ג נזקקין וכתב דל"א אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים רק לטובת היתומים ולא להפסיד למלוה שקדם שטרו ולפרוע להמאוחר ממנו רק מניחין ביד הב"ד כדי חוב המוקדם ולכשיגדלו היתומים אם ימצא ראיה שפרע אביהם להמוקדם נותנים להמאוחר ואם לא יוברר נותנים להמוקדם עיי"ש והבאתי דבריו בדברי חיים דיני ג"מ וג"ח (סי' כ"ח) לנידון המבואר בתומים (סי' ק"ח) בבע"ח מוקדם דמת לוה בחיי מלוה דא"א מוריש שבועה לבניו ויש בע"ח מאוחר חי אם גובה המאוחר או לא והנתיבות שם העלה כיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה וכ"ז דלא גבה הוי כגובה מיתומים אף דליכא נ"מ להם דאם לא יגבה המוקדם יגבה המאוחר מ"מ בתר השתא אזלינן ועוד דאפשר דימחול ליתומים עיי"ש מה שפלפלתי בדבריהם ומדברי רדב"ז הנז' ומדברי תשובת רא"ש הנז' משמע קצת כל היכא דבתר הטורפא לא יהי' נ"מ ליתומים לא אזלינן בתר השתא אף לענין לקבל עדות ולדברי הרא"ש הא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא דאורייתא ובכ"ז אזלינן בתר מי דיש לו זכות ולא בתר בעלים דהשתא ומכ"ש לענין א"א מוריש שבועה לבניו ולענין אין נזקקין דאזלינן בתר מי ששייך לו הזכות והחוב ועיי"ש מ"ש בזה ת"ל:

סימן יד

בש"ע (סי' כ"ח סח"י) ל"א אין מקבלין עדות שלב"פ בע"ד אלא בתובע שמביא עדים על תביעתו אבל המביא עדים לפטור א"ע מקבלים ודין זה הביא הב"י משם הר"ן כתובות וכ' הד"מ וכ"כ הרשב"א (סי' אלף כ"א) דמקבלין עדים ממחזיק קרקע ומביא

ראיה לפני ב"ד על חזקתו אעפ"י שאין המערער בפנינו ובתומים הקשה מהא דמבואר (סי' ק"מ) דלמה לטעם דמקבלין עדות השוכרין דיש לחוש שיפסיד עדותו תפ"ל דהוי כמוחזק ולכך העלה דעיקר טעמא דרשב"א דהוי כרדופים העדים לילך למדה"י אבל לעולם כשיש להמערער חזקת אבות הוא הנתבע ואין מקבלין עדות. ובנתיבות השיג עליו דהרשב"א איירי כשהוא מוחזק עכשיו משא"כ שם שהוא אינו מוחזק בהבית רק השוכר שמעידין ששכרו מכחו נעשה מוחזק וכ"ז שלא העידו אינו מוחזק ואין מקבלין עדות לעשות מוחזק. ועיין טו"ז (ס' ק"מ) דכ' כיון דקרקע בחזקת בעלים עומדת כיון שיש לו עדות שהיתה שלו קרוי המחזיק תובע ומשמע דדעתו כמו שכ' התומים דאף כשיושב בהבית מ"מ קרוי המחזיק תובע וצריך המחזיק לברר חזקתו וכן יש להוכיח מדברי רשב"א בתשובה (ח"ב סי' שס"ב) דכ' שם כענין השאלה הנזכר בח"א כיון שאלו מעידין שכתבו לו את השטר הלוקח מוחזק במקחו ואין כאן מערער אין אנו חוששין מן הסתם למערער עיי"ש שכ' במי שאבד לו שט"ח דמעמיד עדים לא נזכר בו קבלת עדות בפני הבע"ד ושם הוא אף להוציא ג"כ א"צ קבלת עדות בפני הבע"ד והכל הוא מטעם הואיל דאין כאן מערער בפנינו ואע"ג דכ' שם הרשב"א דא"ד להההיא דב"ח דר"י בב"ק (דף קי"ב) דהתם היה הקטן מערער וירד לתוך ביתו ומחזיק בו ור"י בא להוציאו מביתו מבית שהיה בחזקת אביו של קטן והוא מחזיק בו עכשיו ובכי הא אין מקבלין שלא בפני בע"ד ומשמע מדבריו דתרתי לטיבות' דקטן בעינן שהיה מחזיק בהבית וגם שהיה מערער אבל אם ל"ה מוחזק בהבית ור"י היה יושב בו אף שהיה בחזקת אביו של קטן היינו מקבלים עדות אף שלא בפניו י"ל דהרשב"א האמת כתב דשם היה מערער וגם המערער ישב בהבית אבל עיקר טעמו הוא משום דיש מערער והיכא דליכא מערער מקבלין אבל היכא דהיה מערער והיה לו חזקת אבהתי אף שזה החזיק בו ויושב בו י"ל דסובר דצריך לקבל העדים בפני המערער:

והעד לזה דברי הרשב"א (ח"ד סי' ד') שם נדפס ג"כ תשובה על שאלה הזו או דוגמתו בראובן שמחזיק בקרקע שהוא מוחזק וידוע תחילה לשמעון ושמעון אין עמו במדינה ובא ראובן לב"ד ועדי חזקתו עמו ואמר שנאבד שטרו שכבשה כרכום העיר ורצה שיקבלו ב"ד את עדיו והשיב מסתברא ודאי דכי הא מקבלין ול"א אין מקבלין אלא בזמן שראובן בא ליתן עדים בקרקע שמחזיק בו עכשיו שמעון כבר חמוה דר' ירמיה וא"נ אפילו בזמן שמחזיק בו ראובן ושמעון מערער אבל כ"ז שהוא מחזיק ואין אחר מערער מקבלין דכל מחזיק בקרקע סתמא דמילתא שלו דלא מחזקינן אינשי בגזלני כל שלא יצא עליו ערער וכ"ש כשאין הבעלים ראשוני' עמו במדינה דל"ג מהיה חולי כו' ושלחו

ולא בא ולאו דוקא כששלחו אלא אפילו לא שלחו כפירוש הראב"ד וזו אפילו קרא עליה ערעור וכ"ש כשלא קרא עליה ערעור ואין עמו במדינה דאיכא תרתי לטיבותא וכך פירש לנו מורי הרב ז"ל בריש חזקת הבתים ואי טען ואמר ליתו לי סהדי כו' דאף דלא נקטי אגרי בידייהו אם הוא מקמי דאתא מערער מקבלים מהם דכיון דאין כאן מערער ל"ח להו כנוגעין בעדותן הרי כ"ז דלא חזינן דמערער מקבלין שלא בפניו עיי"ש עוד בדבריו הרי לפנינו דעת הרשב"א דעיקר תלוי אם אינו עמו במדינה או דאין כאן מערער.

אך ברשב"א בחידושיו ב"ק שם מבואר להדיא דאם הקרקע ביד אחר וטוען לקוח ויש עדי של מקח או של חזקה בכי הא לא אמרינן אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ונוציא את הקרקע עד שיגדלו היתומים ואף דהוחזק דשל אביהן היה הקרקע אלא יביא עדיו ונראה וכ' והדין ודאי דין אמת דאל"כ לא שבקת חיי לכל לוקח במקום יתומים עיי"ש וע"כ הא דכתב הרשב"א (ח"ד) הנ"ל וא"נ אפילו בזמן שמחזיק בו ראובן ושמעון מערער היינו דגדול עדיף בזה דהוי ערעור מעליא ויכול לקבל העדות בפניו משא"כ בקען אמרינן ממנ"פ אם ערעורו הוי ערעור נקבל בפניו ועיין ים של שלמה ב"ק (פ"י סי' ל"ז) ובקצוה"ח (סי' ק"י ס"ק ב') באורך בזה ובתומים שם (ס"ק ז') בארוכה העלה דכל היכא דיושב בקרקע אף דיש להקטן חזקת אבות מקבלין וא"כ קצת סותר ד"ע שכתב (סי' כ"ח ס"ק כ"ג) כיון שיש למערער חזקת אבות הוא הנתבע ואין מקבלין עדות ואולי כוונתו היכא דכבר ערער פ"א והוא גדול וכמ"ש דרק בקטן אמרינן ממנ"פ אי חשבית לטענת הקטן טענה נקבל העדות ג"כ ואם לא מקבלין דחשבית ליה לקטן כמאן דליתי א"כ תביעתו אינו תביעה אבל בגדול שכבר ערער פ"א י"ל כיון דטענתו טענה לא מקבלין שלא בפנינו אף שהוא להחזיק ועיין ש"ך (סי' ק"י ס"ק ט"ז) שציין לעיין במהרשד"ם (סי' שע"ד) וראיתי שם שכ' לדון מדברי הרא"ש ב"ב שכ' על ההיא דרבה בר שרשום שכ' כיון שכבר אכלה ג' שנים בחיי אביהן וכבר היה מוחזק בחיי אביהן ולהחזיק מה שבידו מקבלין עדות בפני יתומים קטנים א"כ דוקא כשהחזיק המחזיק ג"ש חזקה גמורה בחיי אביהם אז מקבלין להחזיק מה שביד המחזיק לבטל ערעור הקטן אבל כשידוע שהיה של אביו אף שהמחזיק רוצה להביא עדים שמכרו לו ואף שיושב המחזיק בו כל שלא החזיק ג' שנים בחיי האב אין מקבלין עדות וכן ראיתי בתשובות דברי ריבות (סוף סי' רי"ט) דדוקא בעינן שהחזיק שלש שנים. אולם מדברי כל הפוסקים מבואר דלא תליא בחזקת של שלש שנים רק אם מוחזק ויושב בה וכן מבואר להדיא בתשובות מרן הב"י ז"ל באבקת רוכל (סי' קכ"ו) להלכה בנידון דלא החזיק בחיי אביו רק שני שנים ובכ"ז דן דמקבלין עדות שלא להוציא:

וכן נראה דקשה להבין ההבדל בין אם החזיק שלש שנים או פחות ובפרט להסוברים דבאמת מצד דלא חציף אינש לאכול פירות חבירו היה מהראוי שיהיה לאלתר חזקה רק מצד ריעותא דלא יש שטר ביד המחזיק מוציאין ממנו ולאחר שלש כיון דטפי לא מיזהר ל"ה ריעותא ואמרינן מדשתק ודאי מכרו לו וזה דעת רמב"ן ותו"ח ריש פ' חה"ב ועיין קצוה"ח (סי' ק"מ) בביאור הסברו' וא"כ א"צ עדות רק לסלק הריעותא דלא יש לו שטר ומה לי אם החזיק שלש שנים או דיש בירור אחר ע"י עדים לסלק הריעותא. אולם זה הכל נגד ערעור דקטן אבל גדול דערער מכבר לכ"ע אין מקבלין עדות שלא בפניו וכמ"ש מהרי"ט חח"מ (סי' ל"ב) דמה לי להוציא או להחזיק. ובתשובת עבודת הגרשוני (סי' ג') שכתב כיון שרוצה להוציא משמעון יכול שמעון לגבות עדות שלא בפני ראובן כמבואר בר"ן פ' אלמנה ניזונת המובא בש"ע (סי' כ"ח) וזה שלא כדברי מהרי"ט הנ"ל וכן נראה מדברי הב"ח דלעולם לפטור מקבלין שלא בפני בע"ד ומדברי תשובת הרשב"א הנ"ל מבואר דדוק' כשלא יש ערעור אז מקבלין להחזיק וכן בדברי הר"ן כתובות הנ"ל הוא בכה"ג אבל כשכבר יש ערעור אין מקבלין אף להחזיק רק בקטן מטעם ממנ"פ וכן נראה שהוא דעת הד"מ דכ' על דברי הר"ן הנ"ל שכ"כ בתשובת רשב"א וכן הסכים הקצוה"ח להלכה:

סימן טו

כלל גדול לגבי עדים דאינן יכולין לחזור מעדותן אחר כדי דבור וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכ' הסמ"ע (סי' כ"ט) דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו דמשמע כל שלא הגיד ראשונה נושא עון ול"מ מה שיבא לחזור בו. והוא מדברי רש"י כתובות (דף ח"י) דגבי עדות חדא הגדה כתוב. ועיין רשב"ם ב"ב (דף קס"ח) דכ' כיון שהגיד נפ"ל במס' שבועות מאם לא יגיד. ולא אדע במס' שבועות (דף ל"ב) מייתי אביי קרא אם לא יגיד לא אמרתי לך אלא במקום שאילו מגיד זה מתחייב זה ממון היינו דרק אכפירה בב"ד הוא דמחייב ולא מחוץ לב"ד אבל דאינו חוזר ומגיד לא ילפינן משם ואם כוונת רשב"ם במתניתין שם השביע עליהם חמשה פעמים בפני ב"ד וכפרו א"ח אלא אחת ואמר ר"ש מ"ט הואיל ואינם יכולין לחזור ולהודות מזה יהיה מוכח דא"ח ומגיד הא אינו מוכח רק אחר שנשבע וגם לדעת הר"ן שם כשאומר איני יודע לך עדות חוזר ומגיד רק הא דא"י לחזור ולהודות הוא מטעם דא"א משים עצמו רשע וכיון דנשבע א"י לחזור ולהודות ולאו מטעם חוזר ומגיד:

ולכאורה י"ל זה גופא הא דא"ח ומגיד יהיה מטעם דאין אדם משים עצמו רשע ואם חזרו מעדותו ע"כ העידו בראשונה בשקר ועבר על לאו דלא תענה ואף די"ל דאם יכולין לחזור

לעולם א"כ אינם עוברין על ל"ת דיכולין לחזור מעדותן ולא נגמר עדותן עד שנעשה המעשה ע"פ מ"מ י"ל אף דלא עברו על ל"ת מ"מ עברו דהעידו שקר בפני ב"ד ואין אדם משים עצמו רשע אף בדבר איסור דרבנן כמבואר ש"מ כתובות שם משם הרשב"א וכמו שביאר הקצוה"ח (סי' ל"ה) אך זה אינו דא"כ היכא דנותנין העדים אמתלא טובה ע"ז מה ראו על ככה שהעידו מקודם להיפך הי' מן הדין שיהיו נאמנים ובאמת מבואר דאף נתינת טעם ל"מ ועיין טור וב"י מש"ס סנהדרין (דף מ"ד) דאע"ג דיהבו טעמא למלתא אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אמנם שם באמת אף לדבריהם האחרונים ואמתלא וטעם שלהם עשו שלא כדין להעיד עדות שקר אבל מ"מ מנ"ל דאם נתנו אמתלא טובה הניכרת לב"ד שהיו רשאים להגיד אז דלא יהיו נאמנים לחזור מדבריהם הראשונים ובאמת גם בכה"ג מבואר מכל הפוסקי' דא"י לחזור וכן מוכח מדברי ר"ש הנז' דאמר מ"ט הואיל וא"י לחזור ולהודות ולדברי רמב"ן ורשב"א וריטב"א עיקר הטעם הוא משום דא"ח ומגיד ובש"ס קאמר שם א"ל ר"פ לאביי א"ה אימא שבועה גופה בב"ד אין ושלא בב"ד לא ס"ד דתני' לאחת לחייב על כל אחת ואחת ואי ס"ד בב"ד מחייב על כל אחת ואחת והא דתנן השביע כו' ואמר ר"ש מ"ט הואיל וא"י לחזור ולהודות ש"מ שבוע' חוץ לב"ד כפירה בב"ד ואם ע"י אמתלא לעולם חוזר א"כ י"ל לעולם שבועה בב"ד ומשכחת לחייב על כל אחת ואחת היכא דיכולין לתת אמתלא לדבריהם א"ו דלעולם אינו חוזר ומגיד וא"כ ע"כ קרא בעינן לזה:

וראיתי בריטב"א כתובות שם שכ' ואחרים פירשו שאת"ל חוזר ומגיד לא תמצא קרבן שבועת עדות דלעולם חוזר ומגיד וקרוב לזה פירש"י כו' ולא נהירא דחיוב שבועת הערות אינו אלא במי שכבש עדותו ולא הגיד וע"ז ראוי לחייבו קרבן אפי' חוזר ומגיד עדותו ומזה הטעם אין הפי' מחוור דל"ש ביה למדרש מידי במי שהעיד בב"ד עיי"ש ואינו מובן הא על מה שכבש עדותו אין בו כפירת ממון אם יכול לחזור ולהגיד ובש"ס ילפינן דא"ח על שבועת עדות רק בדבר שיש בו כפירת ממון ואם יהי' יכול לחזור ולהגיד ל"ה כפירת ממון. ובאמת מה"ט לדעת הר"ן דכשאומרי' אין אנו יודעין לך עדות דיכולין לחזור א"ח רק מטעם דא"א משים עצמו רשע ואם מטעם זה א"כ בלא"ה אינו ראי' מדמחייב על שבועות עדות כיון דיכולין לחזור ויהיה מוכח מזה דא"י לחזור הא כשנשבעו אינם יכולין לחזור מטעם דאין אדם משים עצמו רשע וע"כ כוונת האחרים דהוכיחו מזה דאף בלא שבועה אינו חוזר ומגיד היינו דאל"כ אמאי חייבין כשנשבעו ע"פ אחרים דא"ח רק מטעם שבועות עדות ואם יכולין לחזור היכא משכחת הא יכולין לומר שכחנו א"ו אף כשאינן אומרים כן רק שהיו מזידין מ"מ כיון דא"א משים עצמו רשע אמרינן פלגינין

דיבורא כמבואר בריטב"א חידושי שבועות שם דנאמנים על גופה של עדות ואינם נאמני לגבי עצמן רק אמרינן שהיו שכוחין באותו שעה עיי"ש וא"כ כיון דלעולם יכולין לחזור אמאי יתחייב בשבועת עדות א"כ מאי קשי' לי' לריטב"א על זה. ובשאלתות דר"א גאון כתב דילפינן אם לא יגיד אם לא הגיד שוב אינו חוזר ומגיד והיינו מדכתיב אם לא יגיד על העתיד ולא כתיב אם לא הגיד בא הכ' ורמז לא יגיד ששוב לא יוכל לחזור ולהגיד:

והנה הריטב"א שם כ' אבל הנכון דנפקא לן האי פירוש דלא יגיד מדכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר אלמא על מה שהעידו בב"ד יתקיים הדין לזכות או לחיוב לאלתר ואם יכולים לחזור ולהעיד האיך יקים דבר כו' עיי"ש עוד וכוונתו אף די"ל דלאחר פסק דין יקום דבר דאז א"י לחזור מדשתקו עד שפסקו הב"ד אבל מ"מ י"ל דקודם פסק דין יכולין לחזור. ובאמת מיד אחר כדי דיבור משנחקרו עדותן שוב א"י לחזור ועיין ש"ס סנהדרין (דף מ"ד ע"ב) אמרו להחזירו אי אפשר שכבר נגזרה גזירה ובש"מ שם כתוב משם המאירי כלומר שכבר נגמר דינו עפ"י סנהדרין וי"א אעפ"י שלא נגמר דינו עדיין אלא שכבר העידו שוב א"י לחזור אלא גומרין דינו עפ"י אותה העדות ואעפ"י שהדברים מוכיחין ששקר העידו עיי"ש ואם אין הדברים מוכיחין כ"ע מודים דשוב א"י לחזור ומניין זה צ"ל דמ"מ מדכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר ילפינן מיד כשהגידו קם הדבר ואין בידם לחזור. ועיין פנ"י כתובות (דף ח"י) דנתקשה באומרים אנוסים מחמת נפשות הא כדין עשו שלא יסתכנו בשביל הפסד ממונו של זה ול"ה הגדה כלל ולמה לא נאמין להם דהחתימה ל"ה בגדר הגדה כלל ובס' ח"ס אה"ע כתב שהוא קושיא עצומה והוליד מזה חדשות דאה"נ אם מיד כשיצאו מהסכנה באו לב"ד וגילו שכך אירע להם וכך היה המעשה חוששין לדבריהם האחרונים אך אם המתינו עד שבא השטר לכלל גביה בכלל חוזרי' ומגידים הם עיי"ש ולא משמע כן מסתימת הפוסקים ולעולם חוזרים ומגידים הם וא' הפנ"י לא קשה כיון דגזה"כ הוא יקום דבר וכל מה שהגידו בפני ב"ד יקום הדברים ע"כ דשוב אינם נאמנים לחזור בכל אמתלאות שבעולם כ"ז שלא הוכחשו או הוזמו קם הדבר ועדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד מיד כשמוציאין השטר מת"י שוב אף אם באו לב"ד מיד לגלות שכך אירע להם מ"מ הוי כאלו נתקבל כבר עדותן בפני ב"ד ויקום דבר כתיב בהו ול"מ כל האמתלאות שבעולם לעקור דבריהם הראשוני'.

ולדברי הריטב"א כשאומר העד א"י י"ל דיכול לחזור ולהעיד כיון דא"י לאו שם עדות על אותו דבר הוא ל"ש לומר יקום דבר אולם בריטב"א שבועות כתוב להדיא דהטעם דא"י לחזור ולהודות הוא משום חוזר ומגיד ודלא כהר"ן רק כדעת רוב הפוסקים דגם באומר א"י א"ח ומגיד וע"כ דגם ע"ז שם עד עליו דמעיד דא"י עדות זה ואם באמת יודע

עובר גם על לא תענה ברעיך עד שקר כיון שמשקר ואומר שאינו יודע מה שבאמת יודע וכיון דנקרא שם עד עליו לא פליג רחמנא ואמרינן יקום דבר ושוב אינו חוזר ומגיד. ובב"י דקדק מלשון רמב"ם וטור דאם אומר א"י יכול לחזור ולהעיד אם נתן טעם לדבריו דכל שאמר שאינו יודע לא מיקרי מגיד וכיון שנתן טעם לדבריו למה אמר בתחילה א"י נאמן וכתב ועוד דכשהעיד א"י לחזור בו משום דמשוי נפשיה רשיעא משום דלא דק מלהעיד עדות שקר אבל כי אמר א"י מפני פחד או מפני טענה אחרת לא משוי נפשיה רשיעא שהרי לא עבר שום עבירה ואעפ"י דנושא עון דאם לא יגיד מ"מ שב ואל תעשה הוא ועוד דאל"כ למה ליה למתני השביע עליהם ה' פעמי' בפני ב"ד וכפרו א"ח אלא אחד ליתני תבעם בפני ב"ד כלומר בלא שבועה וכפרו וחזר ותבעו ה' פעמים והשביעם ה"פ פטורים לפי שכהשביעים שבועה ראשונה כבר ל"ה יכולין לחזור ולהודות עיי"ש ולא אבין חדא אם נימא דטעמא דא"ח ומגיד הוא מטעם דאין אדם משים עצמו רשע הוא א"כ יהיה מועיל לעולם אמתלא טובה ובפרט כשאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות דא"נ מטעם חוזר ומגיד נימא דזה אמתלא טובה ולמה לא יהי' יכולין לחזור ולהגיד וגם אם יש איזה אמתלא אחרת ואי משום דמשים עצמו רשע דהעיד עדות שקר אדרבה נימא כיון דהי' יודע דיכול לחזור ולהגיד לא עביד מאומה ועוד אף היכא דעושה מעשה רשע מבואר מש"ס ב"ב דף קכ"ז באמר עבדי הוא ואח"כ אמר בני או אמר מקודם ממזר הוא ואח"כ אמר בני הוא מבואר רמ"א אה"ע סי' ד') דמהני אמתלא ונאמן בדבור האחרון ואין לך מעשה רשע גדול מזה לקרו' לבנו ממזר או עבד ואעפ"כ נאמן כיון דלא העיד בתורת עדות יכול לחזור [ועיין תשובת באר שבע(סי' ע"ה) ובנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ט"ז) ודבריהם צ"ע וכתבתי בזה במ"א] ואמאי בעדות א"י לחזור ע"י אמתלא ועוד גם מה שכובש עדותו מחמת פחד אף דהוי שב ואל תעשה מ"מ אסור לו לכבוש עדותו נימא ג"כ א"א משים עצמו רשע דעשה שלא כהוגן דגם זה בכלל א"א נאמן על עצמו שעשה שלא כהוגן כמבואר ש"מ משם רשב"א כתובות (דף ח"י) א"ו דלאו מטעם דא"א משים עצמו רשע הוא רק כיון שאמר בתורת עדות גזה"כ הוא. וגם אם כובש עדותו ושותק הוי שב ואל תעשה אבל בשאמר א"י הגיד עדות ושם עד עליו ע"ז שאינו יודע ואם יודע באמת עובר על לא תענה שייך לומר ביה כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד וכן יקום דבר שכבר קם דבורו וכשם דל"מ אמתלא באם מגיד שנית להיפך ממה שהעיד בראשונה כן ג"כ לא מהני אמתלא לעקור עדותו שהעיד בראשונה ואמר א"י לשם עד ע"ד שהגיד שא"י בעדות זה:

שוב מצאתי בתשובת רבינו בצלאל אשכנזי (סי' ה') האריך שם להשיג על הב"י וסובר דאף אמתלא ל"מ וגם פירש בדעת הר"ן דדוקא אם אמרו אין אנו זוכרין כלל זה ל"ה הגדה אבל אם אמרו אין אנו יודעין מזה העדות גם הר"ן סובר דהוי הגדה והאריך שם להוכיח שכן כתב הר"ן בתשובה אם אמר בתחילה שלא שמע מעולם שמת ואח"כ אמר ששמע שמת כה"ג הוא הכחשה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הרי דאינו יודע הוי הגדה וע"כ כוונת הר"ן שבועות הוא דהפירוש במתניתין אין אנו יודעין היינו אינו זוכר דאל"כ א"ח ומגיד דרצה לאוקמי מתניתין דאמרו בב"ד אין אנו יודעין לך עדות ואעפ"כ חייבין ק"ש כשהשביעם אח"כ וע"כ איירי דאמרו אין אנו זוכרין ובזה חוזר ומגיד ואף ע"ז חולקים הרשב"א והריטב"א והוכיח שם מתשובת רשב"א דאף כשאומר איני זוכר ונותן אח"כ אמתלא ל"מ עיי"ש באורך. ולכן לכאורה אף דהרמ"א סתם וכ' דמהני אמתלא כשאומר א"י מידי ספיקא לא יצא.

וראיתי בתומים דהקשה דאם נאמר דמהני אמתלא א"כ נוקי קרא דלאחת דאף שבועה צריך שיהיה במקום ב"ד ומ"מ חייב על כל אחת ואחת כיון דיכול לחזור ולהודות וע"כ צ"ל דאם נשבעו כ"ע מודים דל"מ אמתלא. וכן הוכיח תשובת ראנ"ח (ח"א סי' ל"ז) דבשום ענין אינו יכול לחזור ולהודות ממתניתן הנז' והש"ך רמז עליו בזה. ובנתיבות כתב עפ"י דברי רש"י מסכת שבועות במתניתין שם דדוקא כשכפר ששיר אינו ראוי להעיד וכבר עבר אין השבועה ראוי לחלק וכל כמה דיכול לחזור ולהעיד חייב מכח שבועה הראשונה ואין שבועה על שבועה אבל חוץ לב"ד אף ששתקו ול"ה כפירה מ"מ חייב על כל אחת ואחת כיון דראוי לחלק אם כפר. אבל בב"ד אף אם יכול לחזור מ"מ כיון דכפירה אינו יכול לחלק חל שבועה הראשונה ושוב אין שבועה על שבועה ע"ש ואני לא אבין הא על כפירה דחוץ לב"ד א"ח כלל דיכול לחזור ולהודות בפני ב"ד וכל כמה דלא כפר בפני ב"ד חל עליו חומר שבוע' הראשונה והכפירה דב"ד גומר איסור השבועה הראשונה ואף דהוי שבועה על שבועה מ"מ גזה"כ מדכתיב לאחת לחייב על כל אחת ואחת דהכפירה שכפר בב"ד חל על כל השבועות א"כ נימא באמת דגם שבועה גופא בעי שיהיה בפני ב"ד ואעפ"כ משכחת לחייב על כל אחת ואחת כשאומר א"י והי' לו אמתלא דהי' יכול להודות ואם שוב כפר חל הכפירה על כל שבועה ושבועה כמו דאף אם כפר שלא בפני ב"ד אף דחל עליו מ"מ השבועה וכבר מושבע ועומד היא מ"מ חל גם השניה וכשנגמר הכפירה בפני ב"ד חל עליו כל השבועות כן נמי בב"ד דוקא בכפר בפירוש אז אינו חל כיון דא"י לחזור ולהודות ונסתלק ממנו שם עד בדבר הזה אבל במקום דיכול לחזור ולהודות כגון באומר אינו זוכר עתה או א"י ונתן טעם הוי כמו כפירה

חוץ לב"ד דכיון דיכול לחזור ולהודות אף אם באמת היה זוכר אז מ"מ כיון דהב"ד לא ידעו מכפירה דלא אמר רק שאינו זוכר עתה או דאינו יודע ל"ה הגדה כלל ויכול לחזור ולהודות נימא דאם כפר אח"כ ואמר בפירוש של"ה עד כלל בדבר הזה קאי הכפירה על כל השבועות שנשבעו בפני ב"ד ובאמת בעי גם השבועה בפני ב"ד וקושית התומים עצומה הוא וע"כ צ"ל דכשהשביעום שוב א"י לחזור אף בנתינת טעם וכמ"ש הראנ"ח ג"כ ועיין מהריב"ל (כלל ויו סי' ל"ט) שכתב ג"כ בפשיטות דאחר שבועה א"י לחזור אף באמתלא והא דאכתי משכחת באומר אינו זוכר כ' התומים דהאומ' אינו זוכר א"ב ק"ש דרק באומר דבר מוחלט לא ראיתי ששוב א"י מעולם להעיד לפי דבריו שאומר שלא ראה ולא ידע אבל באומר איני זוכר דאינו מחליט מבלי להעיד לו שיבא יומו שיזכור ויעיד לו ואף לפי דבריו אין כאן ק"ש והוי כאומר לא אהי' מעיד לך אלא בכלות שנה וכי מחייב ק"ש ע"ז ואף זה כיוצא בו דהרי בידו כל יום לבא ולהעיד ולומר נזכרתי ואין כאן כפירה מוחלטת ול"ח התורה ק"ש עיי"ש ותמהני מאד ע"ז הא מ"מ כשבאמת זוכר עתה ונצרך להתובע עדותו שזוכר השתא כגון אם שנים באו ואמרו לחייבו מנה ושנים אלו ידעו שלא לוה ממנו וכדומה דודאי הדין כשאומרים שאינם זוכרים לא ימתינו הב"ד עליהם ויפסקו הדין לחייבו לשלם ואף אם אח"כ יעידו ויאמרו נזכרנו יהיה תרי נגד תרי ולא נוציא ממון מן המוחזק וא"כ אם באמת זכרו אז וכפרו ואמרו אין אנו זוכרים הוי כפירה מוחלטת וראוי לחייבו ק"ש ע"ז וא"כ שוב משכחת לאחת לחייבו על כל אחת ואחת כשנשבעו בפני ב"ד ה' פעמים ואמרו אין אנו זוכרים ולבסוף כפרו וקאי הכפירה על כל השבועות. וע"כ צ"ל דאחר השבועה א"נ לומר נזכרתי וצ"ע:

והריטב"א שם בשבועות כ' דר"מ הלוי כתב דהא דקתני כפרו לבסוף לא כפרו בין כל אחד ואחד אלא אפי' שתקו בין כל אחד ואחד וכפרו כפירה א"ח אלא א' דכיון דשתקו בתחילה ל"ה יכולין לחזור ולהודות דאי לא הא מצינן למימר דלעולם א"ח קרבן אלא בשבועה בב"ד וכי כתיב לאחת כשהשביעים ה"פ ושתקו בין כל שבועה ושבועה ונלמד מכאן כדברי רמב"ן ז"ל דשתיקה בב"ד כפירה הוא אבל יש לי לדחות דהא דמשמע מהכא דאפי' שתקו א"ח אלא אחת לאו משום דשתיקה כפירה אלא דאתי' עלה ממנ"פ דאי כפירה הוא א"י לחזור ולהודות ואי הודאה הוא א"י לחזור ולכפור שכבר הודו וכיון שהגידו שוב א"ח ומגידין עכ"ל וצריך להבין דכנראה ספיקא הוא אם השתיקה הוא כפירה או הודאה ואם הודו אח"כ דשתיקה הי' כפירה א"ש דא"ח רק אחת אבל אם הודו אח"כ דהד' פעמים ששתקו הי' הודאה הא מ"מ כיון דאז הב"ד לא ידעו כוונת השתיקה וכיון דלבסוף כפרו נימא דקאי הכפירה על כל אחת ואחת. וצריך לומר דמ"מ

דוקא בכפרו חוץ לב"ד דעכ"פ היה כפירה בהדיא אף דאינו מועיל כיון דהי' חוזר ומגיד בפני ב"ד מ"מ כשכפר גם בב"ד חל אז הכפירה על כל החמש' שבועות אבל כששתקו בב"ד אם באמת יודע בעצמו שהי' הודאה אז ל"ה השבועה מקום לחול ואינו חל רק כשכפר באחרונה הוי רק ככפר על שבועה אחת ואינו ראוי לחלק. אך מ"ש הריטב"א דאם היה הודאה א"י לחזור ולכפור ושהגיד שוב א"ח ומגיד לא אבין הא אף אם נאמר דשתיקה הוי בבירור כהודאה מ"מ כ"ז שאינו מוציא דיבור מפיו בפני ב"ד לא שם עדות הוא דמפיהם בעינן ואף לא מפי כתבם ואף הרכנה ל"מ לגבי עדות וא"כ אף אם היה השתיקה כפירה מ"מ אם נימא דלהב"ד מספקא להו הי' יכול לחזור ולהודות והיינו מקבלין עדותו ול"ש שוב א"ח ומגיד כיון דלא הגיד בפה ל"ש יקום דבר. וכן אף אם מודה ששתיקתו הי' הודאה מ"מ כ"ז שלא הוציא מפיו דבר לאו שם עדות הוא ול"ש יקום דבר ונימא דבכפירה אחרונה קאי על כל הה' שבועות וצ"ע:

ובהגהות אשרי שם כ' וז"ל דאפילו שתק ולא אמר כלום ולאחר זמן רוצה להעיד לא נוציא ממון ע"פ מספק דדילמא שתיקתו הוי כפירה והוי לה כפירה בב"ד דשוב א"י לחזור ולהודו' עכ"ל משמע דס"ל בדברי רש"י במתניתין שם דהשתיקה הוי ספק אם כפירה או הודאה וקשה אמאי לא יהיה יכול לחזור ולהודות וממנ"פ אם אומר ששתיקה הראשונה היה הודאה וגם היום מעיד עדותו נוקמי אותו על חזקת כשרות ונימא דהשתיקה הי' הודאה ולמה לא יהי' יכול לברר מצד חזקת כשרות וכיון דהוי ספק יהיה נאמן וגם הא אף אם השתיקה היה כפירה אם חוזר אח"כ ומעיד להיפוך מבואר בסמ"ע (סק"ד) דמלקין אותן ועדות הראשונ' קיימת. והוא בהגמ"ר ובודאי הכוונה מכות מרדות דאף דהעיד להיפוך ממה שהעיד בראשונה מ"מ אינו עובר על ל"ת כיון דעדותו אינו עושה שום פעולה רק מ"מ כיון שמשקר במה שמעיד בראשונה לבטלו עונשין אותו הב"ד. [ובספר ש"מ (סי' ל"ד ס"ק ו') כתב דעדים שהעידו עדות ואח"כ העידו חילוף דבריהם הראשונים נפסלו כיון דכ' הגמ"ר דלוקין ולא נהירא הגם דכן כ' בתשובת הגאונים דהמעיד עדות ואח"כ שינה עדותו ילקה ארבעי' ועדותו הראשונ' קיימת דכיון שהגי' שוב א"ח ומגי' מ"מ מה"ת כיון דעדותו השני לא עש' שום פעול' לא נפסל ואע"ג דהרמב"ן פ' ואתחנן כ' על ל"ת עד שוא דאם העיד על אחד שאמר לתת לחבירו מתנה ובלא קנין ואינו מועיל כלל מ"מ קאי בנ"ת רמב"ם במנין המצות (סי' רפ"ה) כתב שלא להעיד עדות שקר ונכפלה אזהרה זו ושוא ושקר אחד הוא ורמב"ן אינו משיג עליו ובודאי אף לדברי רמב"ן עה"ת אין לוקין אותן ע"ז דלא הרשיעו לכלום וע"כ מה דכתבו דלוקין הוא רק מרדות דרבנן דגם עפ"י עצמן אינן לוקין ואף מדרבנן אינן נפסלין כיון דלא עשו שום פעולה בעדותן

ואף דעברו על מדבר שקר תרחק י"ל אף בעובר על עשה בקום ועשה לא מפסל ועיין נתיבות (סי' ל"ד סק"א) ובתשובת חוט השני (סי' ח"י) ועיין רדב"ז (ח"ג סי' תק"ז) בעדים שנטלו שכר להעיד וקדש בפניהם אשה וכ' דצריכה גט דל"ג ממקדש בפסולי עדות מדרבנן וכ' ואע"ג דבבכורות שיילינן מנהמ"ל ומייתי קרא הרי למדתי אתכם כו' מה אני בחינם וכו' אסמכתא בעלמא הוא וקשה עליו הא אף אם היה מה"ת מ"מ ל"ה רק עשה ולא מיפסל בשביל זה] ועכ"פ נימא שפיר דאיתרע חזקתו חזקת כשרות מ"מ הא מבואר (סי' ל"ד סכ"ג) דאין לפוסלו מס' וכל כמה דנוכל לאוקמי על חזקתו אמרינן השתא הוא דאיתרע ועדות שהגיד מקודם כשר עיי"ש וה"נ דכוותי' דאם נאמר דהיה כפירה מקודם ואיתרע השתא חזקת כשרות דרוצה להעיד בשקר אדרבא נימא דגם מקודם היה הודאה ולא איתרע כלל חזקת כשרות שלו ואף דבכל מקום דחקרו חז"ל ועמדו על דעת בני אדם דכך עושים אינו נאמן לומר שדעתו היה להיפוך כמבואר בתה"ד (סי' ר"ז) משם הא"ז מ"מ זה דוקא היכא דירדו חז"ל לדעת בני אדם שזה דעתם א"נ להיפוך אבל במקום שגם לחז"ל הוא בספק נאמן לברר שכך היה דעתו וכוונתו כמו שכתבתי בזה להוכיח בהגהותי לס' דברי חיים חיו"ד (סי' מ"ה) מדברי נ"י ב"ב בהא דנאמן שכ"מ שהקדיש כל נכסיו דדעתו הי' שיחול דוקא כשימות ועוד כתבתי בזה בתשובה באה"ע וה"נ דכוותי' כיון דיש לנו ספק על השתיקה אם הוי כהודאה או ככפירה מדוע לא יהיה נאמן לברר ולהעיד העדות בפרט דמסייע ליה חזקת כשרות כנ"ל:

סימן טז

לדברי הריטב"א כתובות בטעמא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מדכתיב יקום דבר יש לומר לכאורה אם הוי הכחשה תרי לגבי תרי כגון שנים אומרים לוה באותו יום ובאו שנים אחרים ואומרים לא לוה והוי ספיקא ונ"מ לענין תפיסה היכא דטוען התובע ברי שוב אין כת אחת יכולין לחזור ולהגיד כיון דעדות כל כת פעל לדבר מה ויקום דבר כתיב אבל היכא דאינו טוען ברי דל"מ תפיסה וכן באיסור דמחמרינן מס' א"כ הנך דאמרו להתיר י"ל דיכולין לחזור ולהגיד ולהודות דהיו מוטעין או באמתלא במקום דל"ש לומר דמשים עצמו רשע כיון דל"ה מקיימין דבריהם הראשונים וכן בממון אלו דאמרו לוה ל"ה מקיימין דבריהם כלל ממילא יכולין לחזור מדבריהם ונ"מ אם יותזמו אח"כ עדותן של האומרים לא לוה נוכל לדון ע"י הכת הב' שחזרו מדבריהם ואומרים הגדה שנית. אך י"ל מ"מ כיון דקודם חזרתן של כת אחת היינו מחזקינן לעדות מוכחשת ואף דזו בא בפ"ע ומעידה וז"ב בפ"ע ומעידה מ"מ אחד מכת זה ואחד מכת זה אינן מצטרפין כיון דחד פסול שוב שייך לומר לגבייהו יקום דבר וא"ח ומגידין ומדברי ריב"ש (סי' רס"ו) מבואר

דגם בתרי נגד תרי אינו חוזר ומגיד. ובס' ש"מ (סי' כ"ט) עמד בדברי תוספות כתובות (דף כ') דאמרינן אלו הוו קמן הוו מודים וכבר כתבתי בזה בס' ד"ח דיני הלואה (סי' ו') די"ל היכא דהוי תרי נגד תרי הוי דין מרומה ובעי דו"ח וקודם דו"ח יכולין לחזור. ומ"ש הש"מ דמ"מ היכא דאמרו מוטעין היינו מודה הריב"ש דנאמנין כיון דשנים מסייעין למ"ש י"ל כיון דפסקו הב"ד לדונו לספק פסולין שוב הוא בכלל יקום דבר ואינם יכולין לחזור:

וי"ל בהא דכ' מהריב"ל (ח"ד ס"א) בעד שרצה להעיד בפני ב"ד על קדושי אשה והב"ד לא רצו לקבל עדותו כי לא היה אצלם לנאמן ואיימו עליו שישבע על עדותו ואמר שאינו חייב על עדותו לישבע והעיד שלא ברצון ב"ד ושלא בפני אשה ואחר ימים חזר מעדותו ודן מהריב"ל אם הוי עדות כיון שהב"ד לא רצו לקבל ממנו י"ל דיכול לחזור והביא דבריו הכנה"ג (סי' כ"ח אות צ"ה) ושוב (סי' כ"ט אות ה') ולכאור' צריך להבין מאי ספק בזה וכי הב"ד צריך כוונה לקבל עדותן ועיין מ"ש בזה לעיל דיני דיינים (סי' י"ג) ולדברי הריטב"א הנז' יש לומר כיון דכל מאי דידענו דכיון שהגיד שוב א"ח ומגיד הוא מדכתיב יקום דבר זה דוקא היכא דהב"ד קבלו עדותן ודנו ע"י עדותן ואז אף בטרם שיצא הפסק מ"מ כיון שכבר נתקבל עדותן יקום דבר קרינן ביה שוב א"י לחזור אבל היכא דהב"ד לא רצו לקבל עדותו ומיד נסתפקו בדבר והעד יודע מזה שהב"ד אינם סומכין על עדותו בזה י"ל דחוזר ומגיד. ובב"י (סי' ל' מחודש יוד) הביא דברי נ"י וז"ל שנים שמעידים ששמעו מפי עדים לאו כלום הוא אבל כשהיה ג' הוה ב"ד ודומה לפ"ד וכ' ע"ז שם בבדה"ב וצריך להעמיד דבריו כשישבו הג' לדיינים לקבל אותו עדות דאל"כ בשמועה בעלמא ששמעו האיך תעלה לקבלת עדות וכ' ע"ז מהריק"ש ז"ל בהגהותיו בס' ערך לחם וז"ל ואני אומר שאם ישבו ג' לדיינין לקבל העדות פשיטא דמהני ומאי אתא לאשמועינן הנ"י ואם להודיע דל"צ כתיבה אם ראוים לכך מה לי בכתב או לא אלא ודאי כשלא במתכוין מיירי והכי דייק מאי דמסיים בה ודומה לפ"ד כלומר אף עפ"י שאינו עשוין כהוגן ממש עכ"ז דומה לפס"ד וא"ל דאיירי בשמעו הדיוטות דלית בהו חד דגמיר שזו קשה מן הראשונה ולפחו' הדבר מוכרח דאיירי בסתם עכ"ל כנראה דעתו אף בלא במתכוין כלל רק ששמעו מ"מ תורת ב"ד עליהם וזה ודאי צ"ע דאם לא נתכוונו להעיד ודאי ליכא תורת עדות ואף אם נתכוונו מ"מ אם הנך שלשה לא התכוונו בתורת ב"ד ואינם דנין על עדותן איך קרינן יקום דבר כיון שלא התכוונו כלל לקבל עדותן כנראה דיכולין לחזור ולהגיד וא"כ עדותן הוי כעד מפי עד וכן למ"ש לעיל (סי' י"ג) בדיני דיינים דהשתא דלית לן סמוכין רק בשליחותייהו דקמאי דנין אם אין הב"ד רוצים מי שם אותם לשלוחין בע"כ ודברי הב"י והמריב"ל נראין ברורין בטעמן:

ועד אחד המעיד לחייב שבועה נראה דג"כ א"ח ומגיד אף באמתלא. ועיין כנה"ג (סי' כ"ט סק"ה) וראיתי למי שגמגם ע"ז דמנ"ל כיון דקרא אם לא יגיד מיירי בשני עדים ולא בע"א לשבועה כמבואר ב"ק (דף נ"ו) וכיון דליכא לימוד על ע"א דלמא הוה גזה"כ דוקא בשנים אבל לא בע"א ולדברי ריטב"א א"ש כיון דזה הדרש דאם לא יגיד כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ידענו ממה דכתיב עפ"י שנים יקום דבר דאיך יקום דבר אם יהי' בידן לחזור ממילא גם בע"א מדכ' לא יקום ע"א באיש כו' אבל קם הוא לשבועה קם בקיומו דא"ח ומגיד וז"פ:

ומזה הטעם נמי נראה בהא דמבואר אה"ע (סי' י"ז ס"ט) דאש' השומעת מע"א דמת בעלה באה לב"ד ואומרת מת בעלי ומתירין אותה לשוק ואם בא העד שאמרה משמו מת ואמר שלא אמר מת לא מהימנא והח"מ שם כתב אף אם בא אחר שהתירוה להנשא ומסתפק אם יכול לומר עד הראשון שקר הגדתי לך ובכ"מ אף דא"צ הגדה בפני ב"ד מ"מ חוזר ומגיד מ"מ י"ל דוקא בעוד שלא העיד השני בב"ד וכתב דאין סברא לחלק דמה תועיל העדות העד השני שלא יוכל עד הראשון לחזור מדבריו. וא"כ כל עד מפי עד צריכה האשה לחקור שלא יחזור הראשון מעדותו ויאמר שקר הגדתי וכתב הב"ש דרק דרך עצה טובה אבל עפ"י הדין אין חוששין שמא יחזור הראשון ויאמר שקר הגדתי דא"כ איך נתיר עפ"י עד כשאינו בפניו. ואחרונים שם נתלבטו הרבה בזה ולדברי ריטב"א הנז' נראה ברור דאינו יכול לחזור ולומר שקר העדתי דוקא אם מכחיש להשני ואומר שלא אמר בזה היה קבלות רמב"ן מרבותיו דהראשון נאמן כיון שהגיד השני משמו והב"ד סומכין על עדות השני ובאמת אף דהרמ"א שם החליט מדברי הת"ה דאין הב"ד צריכין לשלוח אחר הראשון אעפ"י שהוא בעיר מבואר לפנינו בריטב"א שבועות שם דמדקדק מדברי רמב"ן מדכתב שם בא"ל לדידה ול"א בב"ד דפטור שאלו רצתה אמרה סתם מת בעלי היינו דאלו אמרה משמו חייבין הב"ד לשאול את פי העד אם מצוי ואעפ"כ היתה יכולה לומר סתם מת בעלי ובדליתיה להעד מהימנא אעפ"י שפירשה מגו דאי בעי אמרה סתם מת בעלי אבל אם איתיה חייבין הב"ד לחקור הדבר כיון דאפשר עיי"ש [ובב"מ אה"ע שם כ' דמ"ש הר"ן דהי' יכולה לומר לב"ד מת בעלי ע"כ לאו דוקא דחלילה לה לשקר ולומר אני מעידה שמת בעלי שמשמעותו מת בפניה דזה שקר אלא שתבא לב"ד ותאמר האמת איש פלוני הגיד לי שמת בעלי ולשון הר"ן לאו דוקא והוכיח מזה דאם היה הדין שצריך הב"ד לשליח אחר הראשון מה היה מועיל הגדתה בשמו הא אנו היינו שולחין אחריו וכהוגן השביעתו א"ו דא"צ לשלוח אחריו. ולפנינו מבואר בריטב"א דעיקר הפטור של העד הוא שיכולה ללכת לב"ד ולומר מת בעלי סתם ותנש' רק שמסופק אם אמרה שא"ל

ע"א והעד מצוי אם חייבין הב"ד לשאול את פי העד ובכ"ז פטור העד דהי' יכולה לומ' מת בעלי סתם ועיין נו"ב תנינא חח"מ (סי' ח') ומ"ש שם עוד דזה שכופר עתה ואמר א"י אין במשמעות שלא ידע מעולם אלא סובלים ג"כ שעתה א"י ואולי כבר ידע ושכח ואינו מכחיש את האשה כלל שהרי אינו אומר שלא מת בעלה וכן אינו אומר שלא אמר לה דבר זה וכן אינו אומר שמה שאמר לה הוא שקר עיי"ש. דבריו אינם מובנים דאם כן ל"צ כלל לעדות ופשיטא דל"ש לחייבו ק"ש להעד וגם מה הוכיח הרמב"ן דכיון שתלוי הדבר משמו הראשון נאמן ע"כ איירי במכחישה והברור כמו שכתב שם הנו"ב בתירוץ הראשון על דברי הח"מ וכמו שלפנינו מבואר בריטב"א]. ומ"מ כי ליתא לא חיישינן על שקר דזה יאמר שקר משמו וקיימינן לדבריו אבל אם בא להכחישו נאמן השני ואף דבכ"מ תיקון רבנן כעין דאורייתא ובעדות של תורה אמרינן יקום דבר מ"מ בזה כיון דעיקר סמיכת השני הוא על הראשון יכול הראשון להכחיש וכיון דא"ח על שקר מתירין אותה וסומכין הב"ד שבודאי לא יכחיש אבל אם בא והודה שאמר להשני רק שאמר שטעה או מבודה היה בזה כיון שבא לב"ד השני ונתקבל עדותו אמרינן יקום דבר והוי כמו אם בא הראשון לב"ד דא"ח ומגיד מטעם זה דיקום דבר וכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ואינו חוזר ומגיד כיון דהודה דאמר להשני והשני בא כחו והחזיק הדבר בפני ב"ד משא"כ כשהראשון הכחיש מכל וכל בזה הי' קבלת רמב"ן דהראשון נאמן דלא שייך לומר כל כך יקום דבר כיון דאף בב' עדים אם באו ב' ומכחישין נתבטל עדותן של הראשוני' או ע"י הזמה נתבטל בבירור וכיון דעד השני הגיד מפי הראשון בזה דנין הכחשת הראשון שלא אמר כמו הזמה. ולא לענין לומר מבוד' היתי. ומה"ט פסקינן בד"מ דל"ב דרישה וחקירה מפני נ"ד אינם יכולין העדים לחזור מיד אחר כד"ד מהגדתן כיון דראוי לקבל עדות ולדון עפ"י עדותם בלא דו"ח ממילא קרינן בהו יקום דבר שלא יהיו יכולין לחזור:

והא דמשמע דלולי קבלת רמב"ן היה הדין דהשני נאמן ואמאי הא עכ"פ הכחשה מיהא הוי וע"א בהכחשה לאו כלום הוא וכן הקשו האחרונים עיין ש"ש (ש"ז פ"ג) ואף בהתירוה להנשא מ"מ לדעת רמב"ם וש"ע שם (סל"ח) עד כשר יכול להכחיש פסול ותצא מהתירה הראשון. וביותר עמד שם הש"ש ע"ד הב"י בתשובה וש"ג דהשני נאמן ומפרשים הא דאמר ר"פ דאמר לדידה דפטור מק"ש משום דלא מפסדה מידי ואמאי עכ"פ כיון דהראשון מכחיש אין לה כתובה לכ"ע וכתב שם בש"ש הטעם כיון דאמרה מפי הראשון ונאמנת ע"ז א"י להכחיש ולומר לא אמרתי דהו"ל בחזקת חוזר ומגיד עיי"ש דהשיג מכח זה על הח"מ דכתב דהראשון נאמן אפילו בא אחר שהתירוה דאם בא קודם

אפילו ע"א נמי לא תנשא ולמ"ש אף קודם שהתירוה אי לאו דהראשון נאמן יותר הי' השני נאמן יותר משום כיון דהוי בחזקת שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אך י"ל הא עכ"פ הראשון נאמן ג"כ במגו שהיה אומר שאמת שהגיד אבל שקר מה שהגיד ומשטה היתי בך דקודם שהגיד בב"ד יכול לחזור כמבואר בח"מ שם משם תשובת הר"ן וגם אף לשיטת הב"י דסובר בתשובה בעדות אשה הואיל דעד מפי עד כשר ואין ב"ד צריכין לשמוע מפי העד הראשון כיון שיצא עדות מפיו בפני עד השני הוי כשאר עדות שנחקרה עדותו בב"ד וא"ח ומגיד מ"מ י"ל דהיינו דוקא אם מודה שאמר משמו האמת רק דחוזר ומגיד בזה י"ל כיון דמהני עדותו לדון ע"ז יקום דבר וחז"ל כשתיקנו דעד מפי עד מהני בעדות אשה אלמוהו כעדות ד"ת דיקום דבר אבל אם בא להכחיש ולומר שלא הגיד כלל יש לדון דנוקי העד הראשון על חזק' כשרות דהא אם האמת שאמר לה וכיחש עכשיו עדותו עובר עכ"פ על מדבר שקר תרחק ולוקה מכות מרדות כמו שהבאתי לעיל מדברי הסמ"ע משם הגהמר"ד ונימא לאוקמי אותו עד הראשון על חזקת כשרות ואף דזה שהעיד שמע מפיו או האשה יש לה ג"כ חזקת כשרות נימא דהוי עכ"פ ס' השקול ואמאי יהיה עדות הראשון נתבטל לגמרי אף אם לא התירוה להנשא ואף בהתירוה יקשה כקושית הש"ש: **ונראה** בטעמא דמלתא דהש"ג והב"י דהשני נאמן וגם בר"ן שבועות שם מבואר דלולי קבלת רמב"ן מרבותיו היתה נאמנת היא משום כיון דהאמינו חז"ל ע"ז והכשירו הגדת עד מפי עד ממילא נאמנת היא או העד מפי עד אם אומר ממי שמע כשנים כיון דזה הוי מלתא דעבידא לגלויא גמור כיון דיכול להתברר מיד ובכה"ג היכא דהוי מלתא דעבידא לגלויי מיד בבירור גמור לכ"ע נאמן ואמרינן דלא משקרי אינשי כמבואר ר"ה (דף כ"ב) דע"א נאמן שקדשו ב"ד החודש ועיין נו"ב (סי' נ"ג) דבאומרת מת בעלי ל"ה ודאי עבידי לגלויי דדילמא לא יבא בעלה לכך מספקי להו לש"ס אבל היכא דהוי בבירור עביד לגלוי נאמן מד"ת כמבואר בריב"ש (סי' קנ"ה) וכיון דגדולה חזקה זו וגם בצירוף אשה דייקי ומינסב' לכך נאמן השני כיון שנתקבל עדותו בב"ד אולם זה דוקא אם העידה קודם שחזר הראשון אבל אם הגדת השני הי' אחר חזרת הראשון אז א"נ דאוקי עד לגבי עד ושפיר אשמועינן ר"פ דאף דעכשיו שוב לא יהי' מועיל הגדתה כיון שכבר הכחיש העד אותה מ"מ פטור העד מק"ש כיון שבגרמתה הפסידה דהיתה יכולה להגיד לב"ד טרם הגדת העד והיתה נאמנת והא דל"נ ליה לב"י סברת הרא"ש שם כיון דבהגרמתה הפסידה לעצמה שהיה לה להעיד סתם משום דאעפ"כ הי' יכול להכחיש ול"ה נחשב הגדתה אבל לשיטתו דהב"י אם היתה אומרת משמו אז ל"ה יכול להכחיש וכנ"ל . אמנם הרמב"ן בקבלות רבותיו וכן סתם הב"י בש"ע דהואיל דתלוי בהראשון הראשון נאמן ביותר אף

אח"כ לגמרי ומ"מ אם אומר שמה שאמר הי' בשקר י"ל דאינו נאמן מטעם דהוי כחוזר ומגיד וכמו שכתבתי לעיל דע"ז קרינן יקום דבר. ועיין טו"ז יו"ד (סי' קפ"ה ס"ק ג') דכתב דוקא החכם נאמן כיון שסומכת עצמה עליו ואשתכח שיקרא מה שא"כ אם אין החכם לפנינו וע"א מעיד שהחכם אסר לה א"נ דהא אמרינן כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי כאן שנים וה"נ אין אותו עד נאמן להכחיש אותה. וקשה לכאורה לדעת רמב"ם וש"ע אה"ע (סי' י"ז סל"ח) ל"א לגבי עד פסול כ"מ שהאמינה ולמ"ש א"ש כיון דיש לה ע"ז נאמנות מדאורייתא דהוי מלתא דעבידא לגלוי' גמור אין עד אחד נאמן להכחישה ובאמת אם כבר מת החכם שאמרה משמו שטיהר לה הכתם דאז ל"ה מלתא דעבידא לגלויי ואין לה נאמנות רק בתורת עדות בזה עד כשר נאמן להכחישה:

וראיתי בס' קה"י על אה"ע שם מהגאון בעל הנתיבות שהעלה להלכה בדעת רמב"ן דבהתירוה להינשא דשוב אין הראשון נאמן והש"ג אינו חולק על הרמב"ן וכוונתו לאח' שהתירו' הב"ד אז אף בכפר הראשון לא תצא מהתירה וכולם מודים לזה דהוי בחזקת היתר ואין ע"א נאמן במקום חזקה ומה שהקשה הח"מ דאם לא התירוה גם אחר יכול להכחיש כ' שיהיו בנים ממזרים ולא ס' ממזר כיון דאמרה משמו ומכחישה נאמן להיות ודאי ובין אם אומר מבודה היתי ובין אם אומר לא אמרתי לך כלום דמה שאמר א"י אין מבודה יותר מזה עיי"ש ולדבריו אף אם שנים אומרים משמו ששמעו ממנו שאמר שמת והוא מכחיש הוי כאומר מבודה היתי דהראשון נאמן קודם שהתירוה להנשא. אולם כל דבריו תמוהין דהמעיין בש"ג יראה דדעתו אף קודם שהתירוה א"נ להכחישה וכן דעת אבי העזרי באגודה מס' שבועות ומס' יבמות להדיא דהיא נאמנת אף במכחישה מתירין אותה להנשא והמעיין יראה כי כל דברי הש"ג נלקחו מאבי העזרי בזה וכן מבואר באור זרוע הגדול דעת ראבי"ה להתיר אף במכחישה עיי"ש ח"ר (דף צ"ז) דשם היה המעשה בבאתה לב"ד ואמרה ראובן אמר לי שמת בעלי ושלחו הב"ד אחריו וכחש ואמר לא ידעתי וגם לא אמרתי לה ודן אבי העזרי דהיא נאמנת ורבינו שמחה חולק ובודאי דברי הרמב"ן ורשב"א ורא"ש דהראשון נאמן אף לאחר שהתירוה דהא הרמב"ן ורשב"א סוברים דאף בעד פסול אמרינן כל מקום שהאמינה ע"א הרי כאן שנים כדבואר (סי' י"ז) וא"כ מה ראי' מהך דפ' המדיר פלוני חכם טיהר לי הכתם או פלוני תיקן לי הכרי דהחכם נאמן מוכח אף אם נתקבל עדות השני שאמר משמו מ"מ הראשון יכול להכחיש דהא באיסור ל"ב התירוה ע"י ב"ד ולעולם כ"מ שנתקבל עדותו של הראשון חשיב כשנים כמבואר תוס' מס' סוטה (דף ל"א) וש"ך יו"ד (סי' קכ"ז) וא"כ אמאי מי שאמר משמו נאמן להכחיש וע"כ הטעם כיון שתלוי הדבר בפלוני הוי כמאמינו ותליא בהגדתו של

פלוני שאמר משמו וכן מבואר להדי' בראש פ' הנזקין בי"ד חלוקים דנאמנת ע"א (אות ו') דכ' אע"ג דכ"מ דהאמינה ע"א הרי הוא כשנים מ"מ כיון שהוא מודה שאמר לאחר והלה אומר לא תקנתיו ה"ה בחזקת טבל גמור עיי"ש ובש"ך יו"ד שם הוכיח מדברי הרא"ש דאף היכא דל"צ מדינא שני עדים אמרינן ג"כ כ"מ דהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים הרי מבואר דסברי אף במקום דנאמן העד כשנים מ"מ כיון דאמר משם פלוני יכול הראשון להכחישו:

גם מ"ש דבלא התירוה נ"מ שיהיה ממזר ודאי הא תינח בעד כשר לגבי עד כשר צריך לטעם זה כיון דאמר משמו של הראשון נאמן הראשון להכחיש אבל באשה המעידה לעצמה בזה אף עד אחר יכול להכחישה ונשארת בחזקת א"א והוי ממזר ודאי כמבואר בח"מ שם (ס"ק ע"ה) דגם רמב"ן ורשב"א מודים בזה שתצא מהתיר' עפ"י ע"א כשר המכחישה א"כ בש"ס שבועות דאר"פ באמר לדידה ולא אמר בב"ד דפטור וע"ז קאמר רמב"ן דינו דהראשון נאמן הואיל ואמר משמו ולדברי הקה"י איירי דוקא בלא התירוה דבהתירוה להנשא א"נ להכחיש א"כ בלא התירוה אף עד כשר אחר נאמן להכחישה. גם אם שנים אומרים דשמעו מפיו דנאמן להכחיש זה מחלוקה קדומה הנה דעת ראנ"ח (ח"א סי' ל"ז) דאין דבריו של אחד במקום שנים. אולם בס' אליהו רבה וזוטא (דף ע"ח) השיג עליו וסובר כיון דטעמא דהראשון נאמן אף דבעדות אשה ע"א חשיב כמו שנים בכ"ז כיון דאמר משם אחר לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ממילא אפילו שנים לא מהימנו ומדמה להא דאמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דקיי"ל דפטור דאם ירצה לומר מזיד הייתי והיינו דמפרשינן דבריו לא אכלתי שוגג אלא מזיד ואמרינן התם מודה ר"מ אם אמרו לו שנים יודע אתה עדות פלוני והוא אומר לא ידעתי דפטור עיי"ש וה"נ כי אמרו לו שנים שאמר להם שמת והוא מכחישם שלא אמר להם למה לא יהי' נאמן במגו דאי בעי אמר מבודה הייתי ושקר דברתי שהוא נאמן כל שלא העיד בב"ד כמו"ש הר"ן בתשובה ונפרש דבריו ר"ל שלא אמרתי לכם דברים של אמת וכתב דבהא אף ר"מ מודה דיכול לתרץ דבורו דדיבר שקר עם היות דכל כי האי נפיק מיניה חורבא להתיר א"א לעלמא שהשומע ממנו יכול להעיד בב"ד ומתירין האשה ע"פ מ"מ כ"ע לא בקיאי בזה אלו דבריו שם. אולם בריטב"א מסכת שבועות שם מבואר להדיא כדעת ראנ"ח דלא מתרצינן דבורו בזה או אף א"נ לומר ששקר העידו דהנה הריטב"א שם הביא גירסת רש"י והעד פטור דיכולה האשה לילך לב"ד אחר ולומר מת בעלי ופירש דבריו דרש"י סובר כדעת רמב"ן דבב"ד זה אין מתירין כיון שהכחישה העד שתלתה בו וכ' אף דהעד נאמן יותר ממנה ואיך תלך לב"ד אחר דשלא כדין תנשא שאפי' היא

נאמנת שכך א"ל חוץ לבד אינו מועיל כיון שכבר כפר בב"ד שהוא מקום עדות וכתב וז"ל וי"ל דשאני הכא דרבנן התירוה להנשא עפ"י ע"א שאמר לה כן חוץ לב"ד מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה ומעתה הרי האשה כב"ד בענין זה ואלו היתה היא נאמנת עלינו לגמרי אין כפירה בב"ד כלום כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד וגם ראוי היה להאמינה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה אלא שא"א לומר כן כיון שהעד בא ומכחישה לפנינו אבל ב"ד שלא שמעו הכחשת העד כי שרו לה בדין שרו לה וגם היא יכולה לילך בהיתר שיתירוה עכ"ל. וכן הביא שם ספר אליהו רבה דעת רדב"ז ז"ל דיכולה לילך לב"ד אחר. והספר הנז' צווח ע"ז ככרוכי' ואמר הס כי לא להזכיר סברא זרה כזאת בבית המדרש וכ"ש שלא ליחסה לרש"י ואיך יעלה עה"ד דבב"ד אחד יהיה דברים בטלין ובב"ד אחר יעלו לרצון ואם הב"ד השני לא ידעו מה שאירע בב"ד הראשון שוגגים ומוטעים הם וד' הטוב יכפר בעד והאשה ההיא תשא את עונה עכ"ד ואם שהרחיק הרב ז"ל סברא הזאת לפנינו היא מבוארת ע"נ בדברי גדול הראשונים הריטב"א ז"ל:

ברם הריטב"א אתי עלה מטעם דאם היה ברור לנו שהגיד כן חוץ לב"ד דשוב אינו חוזר ומגיד לכן האשה דיודעת האמת שהגיד לה ויודעת דאם הי' גלוי לב"ד ונתברר ע"י עדים דכך אמר לה דשוב ל"ה משגיחין על דבריו האחרונים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לכך שרו לה לילך לב"ד אחר ולומר מת בעלי ולפי"ז ודאי אם היו בפני שני עדים ששמעו מפיו חוץ לב"ד שאמר מת פלוני דשוב אינו יכול להכחיש ולהיות חוזר ומגיד וכדעת ראנ"ח. אולם באמת לדעת הריטב"א אף אם אמר מבודה הייתי או שקר הגדתי ג"כ א"נ דסובר דהאשה כב"ד בענין זה ושוב א"ח ומגיד. וי"ל דהריטב"א סובר דמה דל"ב הגדה בפני ב"ד הוי שלא בפני ב"ד כמו בפני ב"ד ואינו חוזר ומגיד. וכן נראה דעת הריטב"א קידושין (דף ס"ה) דכתב הטעם בעושה עמו בטהרות ואשכחי' ול"א ליה דשוב א"נ הוא משום כיון דהחזיר לו טהרותיו ולא אמר לו כלום הרי הוא כאלו הודה באותה שעה שהן טהורות ושוב אינו חוזר ומגיד שהיו טמאות עיי"ש וכן כתב הרמב"ן שם בלשון הזה ומשמע דסובר דבאיסורין אף היכא דהגיד שלא בפני ב"ד מ"מ תורת עדות עליו ושוב אינו חוזר ומגיד. ולכך היכא דשנים יודעים ומעידין שהגיד חוץ לב"ד דמת פלוני שוב א"נ לחזור מדבריו ולכן גם האשה בעצמה שיודעת שכך אמר לה יכולה לילך לב"ד אחר ולומר מת בעלי. אבל למאי דהביא הח"מ שם וכן סתמו כל האחרונים כדעת הר"ן בתשובה דכ"ז דלא העיד בפני ב"ד אף במקום דא"צ ב"ד לאו תורת עדות עליו וחוזר ומגיד ויכול לומר מבודה הייתי י"ל אף אם שנים העידו ששמעו כן מפיו יכול לומר מבודה הייתי והראשון נאמן. וכן סתם הראנ"ח שם כדברי תשובת הר"ן דכ"ז שלא העיד

בב"ד יכול להיות חוזר ומגיד לכן לכאורה יפה כ' בס' א"ר די"ל דמתרצינן דבורו לא אמרתי היינו מבודה הייתי:

אך למה דהוכחתי בחלק יו"ד מדברי הרמב"ם הל' אבות הטומאה דלא מתרצינן דיבורו רק מה שסובל הלשון כמו טהור אני אבל אם אומר לא נטמאתי לא מתרצינן דיבורו א"כ ה"נ אם זה מכחיש לשנים ואומר לא אמרתי אינו סובל הלשון לתרץ דבריו לומר לא אמרתי דבר של אמת ומ"ש שם הא"ר דבהא אפילו ר"מ מודה דדוקא אכילת חלב וכיוצא שאיסורם חמור ומפורסם הוא דמחייב ר"מ משום דאי אמר מזיד הייתי משים עצמו רשע מפורסם אבל דיבור שקר כ"ע לא בקיאי בין איסורא רבה לאיסור' זוטא עיי"ש תמהני הא באומר לא נטמאתי דיכול לומר לא עמדתי בטומאתי בטומאה ישנה מבואר שם בש"ס דלר"מ לא מתרצינן דיבורו וכן מבואר במתניתין סוף פ"ה דטהרות דר"מ מטמא ומשמע אף להחמיר לא מתרצינן דיבורו לר"מ רק לחכמים ואין הטעם לר"מ משום איסור. והא דמודה ר"מ בשפחה חרופה באומר לא בעלתי היינו לא גמרתי דזה הוא דיבורו ממש מה שאומר ועיי"ש בתוס' דמבוא' שם גם לרבנן לא מתרצינן דיבורו רק לענין קרבן כיון דלא נגמר הדבר ע"י עדותן ובדבר דנגמר עדותן לא מתרצינן דיבורו ובפרט היכא דאמר בפני ב"ד וא"כ אם שנים מכחישין לזה ואומרי' ששמעו מפיו שפלוני מת אם משיב בפני ב"ד דלא אמר לא מתרצינן דיבורו ושפיר מתירין ע"י אלו שנים:

ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר דהא דרמב"ן קיבל מרבותיו דעד מפי עד כשמכחיש הראשון דנאמן יותר והרא"ש מס' שבועו' כתב וכן מסתבר וכבר הקשו ע"ד דבפ' המדיר פוסק דאינ' מפסיד' הכתובה רק בעדים ובס' ב"מ אה"ע (סי' י"ז ס"ח) כ' דיש לחלק דיש לו מיגו דאי בעי אמר שקר הגדתי לך משא"כ לענין הפסד כתובה אם החכם אמר שקר הגדתי לך ל"ה מפסידה כלום דמה הוי לה למיעבד. אולם באמת הב"י יו"ד (סי' קפ"ה) הוכרח לחלק בין איסור לממון דמדברי הרא"ש גיטין פ' הניזקין בי"ד חילוקים בענין נאמנות באיסורין (כלל ו') משמע דאף בלא מגו נאמן הראשון. ורוב ראשונים סברי דאף לענין הפסד כתובה הראשון נאמן וכתב הרא"ה והריטב"א כתובות (דף ע"ב) הטעם דכיון דתלתה מלתא אדידיה הא הימנהו והוא נאמן להפסידה כתובתה שהרי רגלים לדבר עיי"ש הרי דס"ל דעיקר הטעם כיון דתלתא בהחכם הימנהו ואף דהוצרכה לומר מי טיהר לה הכתם ע"כ צריך לומר דאיירי דלא שיילה ומעצמה אמרה פלוני חכם טיהר לי וכיון דהוסיפה דברים מה של"ה צריכה הימנהו וקבלה עליה שאם יכחישה יהיה נאמן והוי רגלים לדבר אבל אם אמרה סתם דהכתם היה טהור אפשר לומר אם שאלינן אותה שתאמר מי טיהר לה דאז אף דאמרה פלוני חכם ואשתכח שקרא א"נ החכם יותר

ממנה וכן משמע הלשון בש"ס דבכל גווני הן לענין מעשר והן לענין משמשתו נדה ולא קוצה לה חלה נקיט דאמרה ליה פלוני כהן פלוני חכם פלוני גבל הכל דאמרה מעצמה בלא שאלה מהבעל לכך כיון דמעצמה אמרה מה של"ה צריכה ותלתה בהחכם הימנהו ולכן כשמכחישה נאמן דהוי רגלים לדבר וכן בהשביעה להעד שיבא ויעיד שמת בעלה כיון דאמר לה העד היה בידה לילך לב"ד ולומר סתם דמת בעלה והיו מתירין לה כמו שכתבתי לעיל מדברי הריטב"א והר"ן דל"צ לומר ששמעה מאחר וכיון דהוסיפה דברים מה של"ה צריכה ותלתה בהעד לכך הראשון נאמן דהוי רגלים לדבר וע"ז היתה קבלות רמב"ן דבכל עד מפי עד אם הראשון כופר אין השני שאומר משמו נאמן. אבל אם העיד בסתם ודרשו הב"ד מהיכן יודע ואמר ששמע מפלוני כיון שלא הוסיף מעצמו דברים מה של"ה צריך י"ל דאין הראשון נאמן יותר מן השני ואי"ה יבואר עוד בזה ואכ"מ. ועיין מ"ש לעיל בדיני דיינים (סי' כ"ט) בענין קבלות רמב"ן הנ"ל ובדברי תה"ד המובא באה"ע (סי' מ"ב) במקדש בע"א והעיד שהי' אחר עמו ואותו אחר מכחישו דמדמה התה"ד לדברי האשרי והמרדכי ונתקשתי בדבריו ונזכרתי שכן עמד בזה על התה"ד היש"ש קידושין (פ"ג סי' ח"י) וז"ל מה הביא ראיה מכל הני עובדי' היכא דתולה עדותו בחבירו וחבירו מכחישו דמהימן חבירו היינו היכא שתולה כל הענין בחבירו ובלתי חבירו אינו מתוקן כלל אבל הכא גבי קידושין אם נאמר להחמיר להצריך גט בע"א נהי דחבירו מהימן לומר של"ה בפניו זה המעשה ולא ראה הקידושין מ"מ הוא אומר שראה והוי קידושין בע"א עיי"ש בדבריו ובא"מ שהבאתי לעיל דיני דיינים ובמ"ש שם:

ובענין הגדה חוץ לב"ד אם שייך כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ראיתי למי שהביא מדברי רמב"ן מלחמות ד' קידושין (פ"ג) גבי מי שאמר בשעת קידושין יש לי בנים שתמה שם על שיטת רש"י ורז"ה וז"ל ואני תמה בעיקר דינם שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וזה שאמר בשעת קידושין יש לי בנים ואלו שתק בשעת מיתה אשתרו כי הדר ואמר אין לי בנים האיך נעורה חזקה הראשונה של איסור לאסרה עכ"ד ובודאי לא איירי דאמר בשעת קידושין יש לי בנים בב"ד ומ"מ סובר דאמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודלא כתשובת ר"ן. ולענ"ד משם אינו ראי' דהא בלא"ה בשעת קידושין ליכא שום תורת עדות ע"ז כיון דליכא נ"מ עדיין והא דנאמן הוא משום דמה לו לשקר ואין אדם חוטא ולא לו מחזקינן לדבריו לאמת ובזה דעת הרש"י והרז"ה דמתלי תלוי וקאי נאמנתו אם א"ח בשעת מיתה דבריו הראשונים קיימים ואם חוזר נתבטל דבריו הראשונים די"ל דאמר כדי שלא תדאוג ותתרצה לו ודעת רמב"ן דכיון דהאמינו חז"ל אם אינו חוזר ע"כ דשייך מה לו לשקר

וא"א חוטא ולא לו דאף די"ל דעשה כדי שתתרצה מ"מ למה לא ירא פן ימות פתאום ויבא לידי קלקול וע"כ דאמת אמר ונאמן לא מתורת עדות רק מצד הבירור והסברא בזה שייך כיון שהגיד שוב א"ח ומגיד אף שלא העיד בפני ב"ד. ועוד עד כאן לא כתב הר"ן דיכול לחזור כ"ז שלא העיד בפני ב"ד היינו דוקא אם הגדה האחרונה הי' בפני ב"ד בתורת עדות בזה נתבטל הגדה הראשונה אשר הגיד שלא בפני ב"ד אבל אם גם הגדה השניה ל"ה בפני ב"ד ודאי אינו חוזר ומגיד ואין קיום להגדה השניה להוציא הדבר ממה שנתחזק ע"י הגדה הראשונה ושם כשם שהגדה הא' ל"ה בפני ב"ד כן הגדה שני' לא איירי בפני ב"ד. ולכך סובר רמב"ן כיון דלאו תורת עדות בזה רק מטעם בירור וגם הגדה שניה ליתא תורת עדות לכך אינו חוזר ומגיד אבל מה שנאמן בתורת עדות י"ל דמודה כ"ז שלא נתקבל עדותו בפני ב"ד בתורת עדות חזקה דאינו עובר על לא תענה ברעיך עד שקר ונאמן בהגדה השניה וכן מבואר בהגהות מרדכי מס' כתובות פ' אלמנה ניזונית (סי' ש"ו) דעד שלא העיד בב"ד חוזר ומגיד וגם מריטב"א ורמב"ן קידושין שהבאתי לעיל יש לישב להמעיין דלישנא קטיע נקטי ועיקר הטעם כיון שהחזיק בחזקת טהרה ועשה מעשה חזקה ברורה הוא דלא יכשיל לחבירו לכך א"ח ומגיד:

סימן יז

אחר שהעיד העד בב"ד והוא לאחר כדי דיבור א"י לחזור וכתב הסמ"ע (סי' כ"ט ס"ק ג') אבל בתוך כדי דיבור יכולין לחזור ואפילו עד הראשון בתוך כדי דיבור של השני כגון שבאו שנים לב"ד להעיד והעיד האחד ואח"כ הב' יכול הראשון לחזור תוכד"ד של עדות השני דחד עדות הוא כ"כ הר"ן ויש לדייק מדבריו שכתב כגון שבאו שנים לב"ד להעיד דדוק' כשבאו בב"א להיות כת אחד אבל אם באו בזה אחר זה דעדות מיוחדת כשר בד"מ אף כשמעידין על זמנים נפרדים אז אחר שהעיד הראשון אחר כדי דיבורו שוב אין לו שייכות עם חבירו אבל כשבאו ביחד אף שזה מעיד על מנה בניסן וזה על מנה באייר כיון דמצטרפין ביחד לחייבו ממון חד עדות הוא ויכול הראשון לחזור תוכד"ד של השני ועיין ריטב"א שבועות (דף ל"ב) שכתב דשני עדים פתיכא סהדותייהו דחד בדחבריה וכעדות אחד חשביה קרא וכדכתיב עפ"י שני עדים וממילא נמי בבאו בבת אחת והעידו תוכד"ד אף דכל אחד מעיד עדות אחרת מ"מ כיון דמצטרפין כיון דתרווייהו מסהדי דחייב לו מנה לענין זה פתיכא סהדותייהו דחד בדחבריה שחייב לו מנה וכעדות א' חשביה קרא נמי לענין זה כמבואר סנהדרין (דכ"ט) והוא עד או ראה או ידע מ"מ ממילא יכול הראשון לחזור תוכד"ד של השני:

אך יש להוכיח מדברי הראב"ד לכאורה דהוו כנפרדים דהריטב"א מכות (ד"ו) בהא דאמר ר"נ עדות מיוחדת כשירה בד"מ כ' וז"ל והקשו רבותינו מאי קמ"ל דהא קיי"ל כריב"ק דאמר אפילו הלואה אחר הלואה מצטרפין לחייב מנה והראב"ד ז"ל תירץ דר"נ ה"ק דעדות מיוחדת כשר בד"מ כשכולם כשרים ולאפוקי אם הי' אחד מהם קאו"פ עדותן בטילה כיון דהלואה אחת הוא והריטב"א חולק ע"ז וכתב דלמה נחמיר בד"מ יותר מד"נ שאם לא ראו אלו את אלו הם שתי עדיות ואם נמצא א' מהם קאו"פ אין אחת פוסלת חברתה ועיין קצוה"ח (סי' ל"ו סק"ב) דהראב"ד סובר דקולו חומרו וחומרו קולו דהיכא דמצטרפין בכשרותן מצטרפין בפסלותן וכיון דבד"מ אפילו הלואה אחר הלואה מצטרפין ממילא בד"מ אם נמצא א' מהם קאו"פ נמי הוי צירוף לבטל הכשרים עיי"ש והראב"ד מדייק בלשונו דעדותן בטילה כיון דהלואה אחת הוא משמע דוקא כשהעידו על הלואה אחת אבל אם נצטרפו ביחד על ב' הלואות והמלוה תובע שניהם ובאו והעידו ביחד לא נתבטל עדות הכשר אם נמצא אחד קאו"פ או אם חוזר אחד נשאר השני עכ"פ לחייבו שבועה וממילא שוב אין הראשון יכול לחזור תוכ"ד של השני. ברם יש להבין למה לא נאמר בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכיון דשניהם באים ובכחם לחייבו מנה ונתבטל כח החיוב של ממון ע"י שנמצא האחד קאו"פ נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואף אם הוזם אחד מהם יתבטל העד הראשון אף מלחייבו שבועה. ולדעת הריטב"א דסובר דלא נחמיר בד"מ יותר מבדנ"פ וממילא באם הוזם אחד י"ל דנשאר השני ולא נתבטל עכ"פ לענין שבועה וא"כ י"ל דכמו כן כיון דעדותו הוא על זמן אחר אף דלא נוכל לחייבו ממון רק בצירוף העד האחר המעיד על הלואה אחרת מ"מ אין לחזור תוכד"ד של חבירו ומ"מ צ"ע ויבואר עוד לקמן מזה:

והנה מדברי הר"ן והריטב"א הנ"ל לא נתבאר באם היו הרבה עדים אם ג"כ הדין כן הוא דהראשון יכול לחזור תוכד"ד של האחרון די"ל דוקא בשני עדים דפתיכא סהדותייהו דחד בדחבריה ועדות אחד חשביה קרא כמו"ש הריטב"א אבל אם יש שני כתות או יותר י"ל אף דהעידו כל אחד ואחד תוכד"ד של חבירו מ"מ שנים הראשונים אחר כדי דבור שלהם שוב א"י לחזור או די"ל כיון דמקשינן שלשה לשנים וכן אף במאה עדים דחשבינן כתרי ממילא גם לענין חזרה חשבינן כולם ככת אחת וכ"א יכול לחזור תוכד"ד של האחרון ועיין בשלטי הגבורים פ' שבועת העדות דהביא שאלה באחד שתובע לשותפו שיבא עמו לחשבון והשיב שלפי חשבונו נשאר בידו סך כך וכך ובתוכד"ד של הודאת הנתבע אמר אליו התובע שאל יתנם לו אלא בפני ב"ד ובתוכד"ד זה השיב הנתבע כוס כסף שיש לי בידך תנהו לי ואתן לך והתובע אינו מודה לו באותו הכוס וכתב דל"א

בזה תוכד"ד כדבור דמי רק תוך כדי דבורו ולא תוכד"ד של חבירו וכתב דאינו דומה לעדות משום דהתם אין כפירת עדותו מחייבו קרבן עד שיכפרו שניהם והלכך אין העדות נגמרת עד שיעיד חבירו וכיון שכן כעדות אחת דמי ובדין הוא שיהיה תוכד"ד של חבירו כדיבורו שלו וכן הא דכתובות פרק א"נ ונתרי בהוא תוך כדי דבור מפני שהתראה צורך עדות הוא וכאלו התראה והעדות הכל דבר אחד עיי"ש משמע נמי מדבריו דרק בשני עדים דחשיבו כאחד דבורם כיון דאין תועלת בדברי אחד בלא חבירו אבל אם הם יותר י"ל דא"י השנים הראשונים לחזור תוכד"ד של האחרוני' כיון דגם בלא עדותן של אחרונים סגי בהראשונים אף דמקשינן שנים לשלשה ואפילו הן מאה מ"מ לענין חזרה שיהיו כולן חשובין כאחד לא מצינו. ועיין ריטב"א מכות (דף ו') בהא דאמר בש"ס כ"א כדי דיבורו של חבירו וה"נ אמרינן מס' שבועות וטעמא משום דכולהו עדים כאחד חשיבי אבל בבעלי דינין שהודה אחד מהם לחבירו ובא לחזור תוכד"ד של חבירו דבכ"מ תוכד"ד עצמו הוא בר מהני עדים בלחוד עכ"ד וזה כדברי הש"ג רק ממה דמשוו' דברי הש"ס דשבועות להא דמכות מבואר דאף מאה עדים כאחד חשיבי והראשון יכול לחזור תוך כדי דבור של אחרון אם העידו כולם תוך כד"ד של חבירו וכן הוכיח אאזמ"ו ז"ל בספרו דברי משפט מדברי תוס' פ' א"נ (דף ל"ג) ד"ה ונתרי דכתבו כ"ז דעסוקין באותו דבר חשוב הכל תוכד"ד כמבואר במכות עיי"ש:

אך הוא זצ"ל כתב שם להוכיח מדברי הראב"ד בהשגות (פ"כ) מעדות דאינו סובר כן מדכתב שם כיון דלא העידו תוכד"ד נחשב כב' כתי עדים לענין הזמה אבל אם העידו תוכד"ד מודה לרמב"ם דאם נעשו כת הראשונה זוממין אף עדות כת שני' בטלה דהוי כנמצא אחד מהם קאו"פ דכל העדות בטל כיון דכת שניה העידו תוכד"ד של כת הראשונה ואמאי הא מבואר ב"ק (דף ע"ג) אם העידו על הגניבה והטביחה בבת אחת והוזמו על הטביחה תחילה ואח"כ על הגניבה ל"ה פסולין בשעה דהעידו על הטביחה אף דהוזמו אח"כ על הגניבה כיון דהיו יכולין לחזור על העדות של הגניבה ואם נאמר דכת הראשונה יכולה לחזור תוכד"ד של האחרונ' א"כ בשעה דהעידו כת שניה אף דאתזמו כת הראשונה ולמפרע נפסלו מ"מ ל"ה נפסלין רק אחר כד"ד של כת שניה ולא גרע מאלו נעשו כת שניה פסולין אחר כדי דיבור מעדותן דלא איכפת לן כיון דבשעה שהעידו היו כשרין מכ"ש אם כת הראשונה נעשו זוממין כיון דבידם לחזור עד אחר כדי דבור של כת שניה ואמאי בטל עדות כת שניה כיון דבשעת עדותן עדיין היו כת הראשונה כשירה א"ו דכת הראשונה א"י לחזור רק אחר כדי דיבורם ולא אחר כדי דיבור' של כת שניה עיי"ש בדבריו. ואחרי בקשות אלף מחילות מכבוד קדושתו דאאזמ"ו ז"ל

לא אבין כל דבריו ראשית דבר לא אדע לדמיונו דמדמה להא דב"ק דבהעידו על הגניבה וטביחה בתוכד"ד דהוו כשרין בשעה שהעידו על הגניבה הואיל דיכולין לחזור א"כ לרבא דסובר מכאן ולהבא נפסל איך יפרנס המתניתין דמכות בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו הרי אלו עדות אחת. ועלה אמר רבא והוא שהעידו כולם בתוכד"ד ופירשו בתוס' דקאי רק אדין דעדים זוממין בהא דוקא כי העידו כולם בתוכד"ד דזה הוי עדות אחת דכיון דלא העידו אמת לא התחיל עדותן רק כשהעידו בב"ד. ואמאי נתבטל כל העדות הא לא נפסלו לרבא אלא מכאן ולהבא וא"כ אז היו כשרין בשעה שהעידו ול"ה בנמצא אחד מהן קאו"פ ולמה לא יתקיים עדותן של הכת שניה וע"כ צריך לומר אף דלא נפסלין אלא מכאן ולהבא מ"מ כיון דנצטרפו יחד בהגדתן תוכד"ד ומקצתן רואין אלו את אלו ואיירי באופן דכת שניה אינה מכחשת לאלה שהעידו להזימן רק באופן שכתב הריטב"א שם שרואין קודם המעשה והרגישו בהם בשעת מעשה או שרואין דרך ראיה כללית ולא שהכירום ממש שיוכלו להכחיש את המזימים וכיון שהיה להם לדעתם צירוף בשעת ראיה והגדתם תוכד"ד לכן הוי כת אחת וגזה"כ להשוות מאה כשנים ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וע"ז קתני בסיפא ואם לאו הרי אלו שתי עדיות אם נמצאת אחת מהן זוממת הוא והן נהרגין ואיירי אף אם העידו תוכד"ד מ"מ כיון דלא היו צירוף ראיה נחלקו עדותן. והראב"ד דהשיג על הרמב"ם מאחר דלא באו תוכד"ד ונחשבו שתי כתות לענין הזמה למה תבטל עדות כת האחרונה ע"כ דסובר דהרמב"ם איירי שהיו צירוף ראיה דאל"כ אף כשהעידו תוכד"ד מ"מ הן עדות נחלקות ועיין ש"ך (סי' ל"ו ס"ק ו') ובקצוה"ח שם ונתיבות ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסו' ספר דברי משפט (סי' ל"ו ס"ק ד' וסי' ל"ח ס"ק א') דהענ' דאף בדנ"פ אין העד מדקדק מי היה עמו. וכן דעת הראב"ד לכן כיון דאיירי דהי' צירוף ראיה רק שלא העידו תוכד"ד משיג הראב"ד ע"ז דלמה תבטל עדות כת האחרונה אבל אם היה הגדה תוך כדי דבור והוי צירוף ודאי דהן כת אחת ונתבטל כל העדות אף דהראשונים היו כשרים בשעת הגדתן של האחרונים דהיו יכולין לחזור תוכד"ד של הגדת האחרונים דהא אף לרבא דסובר מכאן ולהבא נפסלין מ"מ לא יחלוק על המתניתין כשהעידו תוכד"ד ונצטרפו יחד בראיה דאמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והן כת אחת. ועוד י"ל דהראב"ד סובר בזה כשיטת רבינו ישעי' ז"ל המובא שם בדברי אאמ"ו ז"ל דאם התרו בהן ואמרו כולן לאסהודי אתינן סגי במקום ראיה כאחת. אולם סובר דמ"מ הגדה בעינן כאחת לצרפם לכת אחת ויהיה איך שיהיה לא אדע להבין ראייתו מדברי הראב"ד הנ"ל דיסבור דא"י לחזור מעדותן תוכד"ד של כת האחרונה דאף דיכולין לחזור ובשעת הגדתן של האחרונה הי' עוד כת הראשונ' כשירה

ויכולין לחזור מ"מ כיון דנתבטל עדותן והם כת אחת אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה:

ברם בגוף דמיונו להך דב"ק בער אנכי ואיני מבין דברי קדשו דמורי ורבי זקני הגאון זצ"ל דהא שם מבואר בש"ס דלר' יוסי אם אמרינן למפרע נפסל בהוזמו על הטביחה נתבטל עדותן שהעידו על הגניבה תוכד"ד וכיון דאסהידו אטביחה בשיקר' פסולין הוו אע"ג דלא מיפסלי אלא לבתר גמר עדות של טביחה מ"מ ממילא איבטלי סהדותא דגניבה אע"ג דלא איתזם עלויה ותוך כדי דבור כדבור דמי ועיי"ש בש"מ דא"ד לדלעיל דמשני שהעידו בב"א על הטביחה תוך כדי דיבור דגניבה דמ"מ אינו נפסל על הטביחה מהזמה דגניבה כיון דהיו יכולין לחזור בהן על עדות גניבה כיון דתוכד"ד היה אבל הכא אע"ג דכשרין נינהו גם אחר עדות דטביחה דתוכד"ד מ"מ כי היכא דמהני הזמה לבטל עדות דטביחה ה"נ מהני לבטל עדות גניבה שקדמה לה כיון דתוך כד"ד הוה חשיבא כאותו עדות ממש ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ועיי"ש עוד בלשון תוספות הרא"ש ז"ל דהא דלעיל דתוכד"ד גורם להכשיר העדות היינו לענין זה דלא חשבינן להו מוכחשין לבטל עדותן ואם הוזמו אח"כ משלמין דהכחשה תחילת הזמה היא אבל כשהוזמו על הטביחה נתבטלה עדות גניבה לענין זה דאין הבעלים משלמין כפל כיון שהעידו תוכד"ד של הטביחה וכן ה"נ לענין זה דבטלה עדותן ואין הבעלים משלמין כפל עיי"ש הרי מבואר דכשגמרו עדותן ונפסלו נתבטל אף מה שהעידו תוכד"ד מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רק לענין אם איתזמו על הטביחה אף דנתבטלה גם עדות גניבה שהיה תוכד"ד מ"מ כיון שהיו יכולין לחזור קורים בהם כאשר זמם כי אתזמו אח"כ ג"כ על הגניבה והזמה אריכתא הוא וה"נ בדברי הראב"ד אף דכת הראשונה היו יכולין לחזור תוכד"ד של עדותן של כת האחרונה מ"מ כשלא חזרו כי אתזמו אח"כ נתבטל כל עדותן וכיון דהעידו כולם תוכד"ד אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וז"פ וברור:

ומ"ש מרן זקני ז"ל דאם נעשו כת שניה פסולין אחר כדי דבור מעדותן דלא איכפת לן נראה מדבריו דאם עדים נעשו תוכד"ד של עדותן פסולין דנתבטל עדותן ולכאורה היה נראה כן מסברא כיון דלא נגמר עדותן עד אחר כד"ד דעוד יכולין לחזור ואם חזרו לא עברו על לא תענה א"כ עיקר גמר עדות הוא אחר כדי דבור וכשנפסלו תוכד"ד אף די"ל לאוקמי אחזקה דלא הוו הדרי בהו מ"מ כיון דעיקר הגמר של עדותן הוי לאחר כד"ד הוי כמו תחילתו בכשרות וסופו בפסלות. אולם מדברי ש"מ ב"ק שם אף דבלשון הראב"ד שם כ' בעדות אחת ממש שהעידו על שניהם תוכד"ד עדות שבטלה מקצתה כו' ונפסלו ג"כ על הגניבה מדכ' לשון ונפסלו משמע קצת דמטעם פסול אתינן עלה הואיל דתוכד"ד

נפסלו נתבטל אף מה שהעידו בדבר אחר מ"מ בלשון הרמ"ה שם כ' כיון דסוף עדות הטביחה מיהת מפסלי ממילא איבטלי סהדותא דגניבה מבואר דמטעם עדות שבטלה מקצתה הוא ולא מטעם פסול ועוד הוסיף שם ודוקא בתובע אחד ונתבע אחד דומיא דגניבה וטביחה עיי"ש מבואר דאם העידו על ראובן שחייב מנה לשמעון ותוכד"ד העידו ג"כ שחייב מנה ללוי אף דאתזמו על מה שהעידו לשמעון מ"מ מה שהעידו שחייב ללוי נשאר קיים דתוכד"ד עדיין לא היו פסולין כיון שהי' בידם לחזור ממה שהעידו שחייב לשמעון ואע"ג דאח"כ נתברר שלא חזרו ונפסלו למפרע מ"מ נשאר מה שהעידו תוכד"ד ואם כן ממילא ג"כ אם נפסלו מצד עבירה אחרת תוכד"ד נשאר עדותן בחזקת כשרות ושוב ראיתי בנתיבות (סי' נ"ב) דפשיטא לי' דאף אם עברו תוכד"ד של עדותן שאר עבירה שנפסלו ע"י דלא נתבטל העדות דלמפרע והביא ראיה מדברי ש"מ הנ"ל דבב' תובעי' ונתבעים דל"ש עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לא נתבטל אף שבודאי עשו עבירה תוכ"ד לא נתבטל עדות הראשונה עיי"ש ומ"מ צ"ע אמאי הא בכ"מ תוכ"ד כדבור דמי הואיל דאין אדם גומר דבריו בבירור וכיון דיכולין לחזור מעדותן תוכד"ד ואינם עוברים לא תענה עד אחר כד"ד אף דל"א הוכיח סופו על תחילתו ואמרי' עכשיו נכנס בו היצה"ר ואף אם מחשבתו היה כן מתחילה לא נעשה רשע במחשבה מ"מ יתבטל העדות כיון די"ל דלא העיד אז בבירור גמור ולא נגמר העדות עד אם אינו חוזר מדבריו תוכ"ד ומה"ט יכול לחזור תוכ"ד א"כ הוי סופו בפסלות וכן י"ל אם מתו העדים תוכד"ד או נשתתקו דאין קיום לעדותן ומ"מ הראיה מדברי הרמ"ה בש"מ היא נכונה מאד. וראיתי בספר הראב"ן (דף פ"ח ע"ד) וז"ל ואם העידו ב' עדיות בזה אחר זה ונמצא שקרן על הראשונה גם האחרונה בטילה ואם נמצא שקרן על האחרונה אם בתוכ"ד של הראשונה העיד לשני' בטילה גם הראשונה ואם לאחר כד"ד אינה בטילה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ותוכד"ד כדיבור דמי עיי"ש מדסתם וכתב העידו ב' עדיות משמע דאף בב' תובעים ונתבעים ג"כ הדין כן ואף דכ' מטעם עדות שבטלה מקצתה כו' מ"מ י"ל הואיל דשם פסול עליהם תוכ"ד נתבטל אף מה שהעידו מקודם דעיקר גמר העדות הוא לאחר כד"ד והוי סופו בפסלות וצ"ע עדיין בזה אף כי מי יבא אחרי פשטות של מרן בעל הנתיבות ז"ל לחלוק עליו מבלי ראי' מוכרחת:

סימן יח

אם מעידין עדים בדבר חוץ לב"ד אם עברו על לא תענה ברעיך עד שקר לא ראיתי מבואר רק בד' ס' יראים מרבנו אליעזר ממיץ (סי' רמ"ג) באזהרה שלא להעיד שקר דכ' במעיד בב"ד במקום דא"י לחזור איירי וילמוד סתום מן המפורש דכתיב גבי שמיעת קול אלה

אם לא יגיד כו' ואמרינן בת"כ ובשבועות לא אמרתי אלא במקום שאלו מגיד זה מתחייב זה ממון וספק בידי אם ילמד עד דהתם מועד דהכא וצריך שאילה לרבי עכ"ל ויש שם איזה ט"ס עכ"פ המתבאר בדבריו דלשון עד היינו עדות המועיל הוא דוקא במעיד בפני ב"ד אז עובר על לא תענה אם העיד שקר אבל אם מעיד חוץ לב"ד אף במקום דמועיל כגון באיסורין או להעיד דמת בעלה של פלונית י"ל דאינו עובר על ל"ת רק באזהרה דמדבר שקר תרחק ועיין קצוה"ח (סי' ל"ח) דחקר במעידין על איסור ואתזמו אם מקיימינן בהו דין הזמה ובנתיבות כתב שם דבאיסור הואיל דל"ב הגדה בפני ב"ד לית בהו דין הזמה וכדבריו נראה מס' יראים הנז' כיון דאינו עובר על ל"ת ברעיך עד שקר רק כשמעיד בפני ב"ד כ"כ דין הזמה הנאמר בתורה והנה עד שקר העד שקר ענה באחיו ועשיתם לו כאשר זמם כו' איירי דוקא ג"כ במעיד בב"ד ולא באיסור דל"ב הגדה בב"ד מזה לא איירי הקרא:

אך מ"מ י"ל כמו דמצינו בשבועות אלה דעדות אף במה דא"צ הגדה בפני ב"ד כגון בעד סוטה ובמת בעלה דל"צ הגדה כלל בפני ב"ד ומ"מ נכלל בכלל חיוב דק"ש אם הוא עד כשר לשאר דבר אף דלענין זה א"נ בתור' עדו' דאף אשה ועבד כשרים רק בתור' אומדנא ודיעות ופסולין דאינן בתורת עדות לשאר דבר אינן בחיוב ק"ש ומ"מ עד כשר דהוא בתורת עדות והיכא דא"נ אינו בשבועו' עדות והיכא דנאמן הוא חייב בק"ש ועיין ש"ש (ש"ז פ"א) הרי דהגדה בפני ב"ד מועיל דהכפירה בב"ד מחייבו בק"ש כן נמי י"ל אם מעיד בפני ב"ד אף בדבר דא"צ הגדה בפני ב"ד מ"מ נכלל בכלל לאו דלא תענה ואם מעיד שקר עובר בלאו וממילא נכלל בכלל והנה עד שקר העד ואם אתזמו מקיימינן בהו דין הזמה וכבר הערותי בזה בספר דברי חיים סוף דיני עדות מדברי ירושלמי סוף (פ"ב) דכתובות על מתניתין דאלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן קאמר שם מהו להוציא ממון מתוך עדותן האיך עבידא היו הכל יודעין עד שדה ראובן תחום שבת ובאו ואמרו עד כאן היינו באין בשבת ונמצא השדה של שמעון מהו מפקיתה מן שמעון ומחזרת לראובן וקאמר בתר הכא רב אחא רב שמואל בעי הוזמו מהו שישלמו או ייבא כו' דא"ר בא ר' יהודא בשם שמואל אין לומדין דבר מדבר בעדים זוממין עכ"ל. והיינו דסובר אף דלענין ממון אין יכול להעיד בגדלו מה שראה בקטנותו מ"מ כיון דלא בא להעיד אלא לענין איסור תחום שבת אף דאח"כ נ"מ ממיל' לענין ממון מחזקינן לדברי העדים דוגמא מה דמבואר ירושלמי מס' סוטה לענין איסור דהוחזק בע"א אף ללקות עליו כמו שכתב רמב"ם (פ"ג) משגגות ובהל' סנהדרין דהאיסור מוחזק עפ"י ע"א אף ללקות עליו אח"כ ה"נ אף דממילא בשעת עדותן נ"מ לענין ממון מ"מ כיון דלא בא להעיד ע"ז רק לאיסור תחומין ונתקבל עדותן דנין ע"פ הגדתן אח"כ גם לענין ממון. אך

יקשה כיון דלענין איסור לא בעינן הגדה בפני ב"ד איך יהיה שייך בהו דין הזמה כיון דל"ה צריך להיות הגדה בפני ב"ד. ובתומים (סי' ל' ס"ק ז') כתב בדברי רמב"ם הלכות נזירות דגם לענין עדות על חיוב נזירות בעי דו"ח ושייך בהו דין הזמה. וע"כ דסובר נמי דבעי הגדה בפני ב"ד דשלא בפני ב"ד ודאי ל"ש דין הזמה כיון דאף על לאו דל"ת אינו עובר. אולם שם הבאתי דברי רמב"ן וריטב"א ריש מס' מכות דסברו לענין איסור דהוא דבר התלוי ברצונו ל"ה רק הודעה בעלמא ולא שייך ביה הזמה ואף מלקות אינם חייבין דלאו עדות הוא אלא הודעה בעלמא עיי"ש בדבריהם בהא דלא קתני במתניתין במעידין שחייב קרבן שאינם משלמים משום דלאו בני כפרה נינהו ועיי"ש היטב בריטב"א ובמה שכתבתי שם בדברי חיים וא"כ גם לענין נזירות ל"ה רק הודעה בעלמא ותליא ברצונות. אולם יקשה מן ירושלמי הנז' כיון דל"ה צריך הגדה בפני ב"ד לענין איסור מהו ס"ד לחייבן בדיני הזמה על הממון שיצמח מעדותן:

וע"כ צריך לומר אף במה דל"ב הגדה בפני ב"ד מ"מ אם הגידו בב"ד לשם עדות תורת עדות עליהם לענין דעברו על לא תענה אם העידו שקר וישנן בהזמה וגם ראי' ממ"ש הרמב"ם (פכ"א) מעדות דעד המעיד על סוטה שזינתה דאם הוזם דמשלם אף דא"צ הגדה בב"ד דאף עד מפי עד כשר בזה וע"כ כיון דמעיד בתורת עדות בב"ד שם עד עליו וה"נ לענין איסור רק מה דאין נ"מ בעיק' הגדתן רק לענין איסור בלבד בזה ל"ה רק הודעה בעלמא ול"ש בי' הזמה אבל לענין אם יצמח אח"כ נ"מ לענין ממון כמו בסוטה תורת עד עליו אם העיד בב"ד וכן בהך דירושלמי ג"כ רק מטעם דאין למידין דבר בעדי זוממין הא ל"ה כיון דשם עד עליו היה מחייב בהזמה. ועיין קצוה"ח דחקר אם יש בע"א במקום דמחייב ממון כגון במתוך שאיל"מ אם יש בו תורת הזמה או לא ותמהני הא אף בע"א לגבי סוטה דלאו מתורת עדות המועיל נאמן כיון דאף קרוב נאמן רק הואיל דהוי רגלים לדבר הואיל דקנא לה ונסתרה ובכ"ז אם העיד בתורת עדות בפני ב"ד יש בו דין הזמה כמבואר רמב"ם הנז' מכ"ש דבר אשר צריך מן הדין הגדה בפני ב"ד ולהיות עד כשר דוקא מכ"ש דשייך בי' תורת הזמה:

הן אמת דראיתי בפירוש המשניות לרמב"ם ריש סוטה שכתב שעיקר אצלינו שכ"מ שאמרה תורה עד אמנם הכוונה בו עדות שהוא משני עדים כמו עד שקר העד גבי עדים זוממין ולא תתקיים הזמה אלא בשני עדים כמו שיתבאר מס' מכות עכ"ל ומבואר מדבריו דלא שייך דין הזמה אלא בב' עדים. אולם אין לדברים אלו הבנה הא מבואר דבע"א לגבי סוטה באמת יש בו דין הזמה וכן מבואר בירושלמי מס' סוטה. ועוד הא בש"ס מבוא' טעם אחר דכ"מ שנאמר עד הוא שנים מדכתיב לא יקום עד אחד כמבואר ריש מס' סוטה

ועיי"ש בתוס' דהקשו באמת אמאי הכל מודין בע"א דסוטה דחייב ק"ש ע"ש. עכ"פ הדין דחייב ק"ש אף ע"ג דכתיב והוא עד כן נמי לענין הזמה ועיין פירוש משנה לרמב"ם (פ"ו) דהביא הטעם הזה דעד כ"מ הכוונה על שנים מדכתיב לא יקום ע"א עיי"ש ודבריו בריש המסכת אין להם הבנה והברור דלא כמו שכתב הקצוה"ח דקרא כתיב דוקא בב' עדים דהא לענין קרבן שבועה נמי כן הוא ומ"מ במקום דמועיל עדות ע"א חייב בק"ש כן נמי לענין הזמה וכמבואר ברמב"ם הנז':

אך מ"מ בתובע לו ע"י ע"א והלה אומר איני יודע יש לפקפק אם שייך בו הזמה למ"ש הגהות מיימוני הטעם דבנסכא דר"א הוי מתוך שאיל"מ אף דע"א אינו בכחו לחייב ממון מ"מ כיון דלא בא תיכף העד לממון דאי הי' בעי הי' טוען לא חטפתי והי' נשבע ואינו משלם ושייך לומר דע"א על חיוב שבועה בא ולא על ממון בא בעיקר עדותו ומשו"ה אף שטוען דידי חטפתי הוי מחייב שבועה ואי"ל משלם עיי"ש ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני טו"נ (סי' ל"ב) ובמ"ש שם בהגהותי וע"כ כן נמי באומר איני יודע אם נתחייבתי הטעם דע"א ל"ב רק לחייב שבועה והיה לו מקום לכפור ולומר לא נתחייבתי ולפי"ז י"ל כיון דע"כ הא דחייב ממון הוא משום דאין עיקר עדותו דעד על ממון רק על שבועה רק מתוך טענותיו נתחייב ממון י"ל ג"כ דבזה ל"ש כאשר זמם לעשות לאחיו כיון דע"כ אתה צריך לומר דלא בא העד על חיוב ממון דלא יקום ע"א כתיב לגבי חיוב ממון רק זה נסתעף ממילא ע"י טענותיו של הנתבע שטוען אינו יודע בזה לא שייך בו הזמה וצ"ע:

גם יש לומר בהעידו שנים לפני ב"ד דנתנסך יינו אף אם נאמר דכיון דהעידו בפני ב"ד תורת עדות עליהם ועברו על ל"ת וכנ"ל או כמו שכתבתי בד"ח שם די"ל להסוברים דע"א א"נ במקום דאתחזק בהתירא וצריך ב' עדים וצריך שיעידו בפני ב"ד ועיין ריטב"א גיטין (דף ה') וטו"ז אה"ע (סי' קמ"ב) מ"מ י"ל דלא נוכל לקיים בהו דין הזמה להמבואר מדברי רמב"ן ור"ן קידושין (דף ס"ה) הטעם דע"א א"נ לומר ראיתי אביכם שהטמין מעות בבית ואמר של מעשר שני הן משום דהוי כמעיד להוציא ממון מרשותו עיי"ש וצ"ל הא דלאסור בהנאה ע"א נאמן אף דכתיב לא יקום ע"א להוציא ממון ה"ט משום דאינו מוציא הממון מרשותו רק דאומר שאסור הוא לו בהנאה אבל מ"מ שלו הוא כמו דסברו הראב"ד וריטב"א סוכה (דף ל"ה) וכמו שהאריכו בזה כל המחברים בראיו' שונות דאיסור הנאה הוי שלו מה שהיה מקודם שלו. ולכך ע"א נאמן לאסור כיון דאינו מוציא משם בעלים משא"כ באומר של מעשר שני הוא מוציא מחזקת הבעלים לכך א"נ ועיין מ"ש בזה בהגהותי בד"ח חיו"ד (סי' כ"ט) ולפי"ז כיצד נוכל לקיים בו כאשר זמם לעשות לאחיו אם נאמר שישלם לו ההפסד מה שאסרו בהנאה ולהוציא ממנו ומרשותו הוי יותר מאשר

זמם לעשות לאחיו ולקיים כאשר זמם לומר שיינו יהי' אסור בהנאה ג"כ לא שייך לאסור דבר המותר בהנאה כמובן וצ"ע בזה. ומ"מ בעד פסול אף אם אתזם אחר שהעיד בפני ב"ד אינו לוקה דלא תענה הוא רק במעיד בפני ב"ד וכן מוכח בש"ס מכות (דף ח' ע"ב) דכוותה גבי עבד שהעיד בו והוזם עבד בר עדות הוא ואם נאמר כשמעיד בב"ד באיסור אף הפסול להעיד בממון מ"מ עובר על ל"ת משכחת שפיר עבד שיהיה לוקה ע"י שהוזם בעדותו לענין איסור ובמקום דל"ש לעשות לו כאשר זמם ואז מקיימינן במלקות א"ו דעד פסול אינו בתורת הזמה לענין לא תענה:

סימן יט

הגם דהכחשה בבדיקות כשירה בד"מ כגון אחד אומר מנה לבן ואחד אומר מנה שחור מ"מ כתב הטור ורמ"א בש"ע דצריך שיתבע שניהם וכן אחד אומר ק' הלוה ואחד אומר ר' אף דהוי הכחשה מ"מ יש בכלל ר' ק' וג"כ צריך שיתבע שניהם ודעת המחבר משמע דא"צ לתבוע שניהם וכדמשמע פשטות דברי הרמב"ם ועיין ב"י משם רבינו ירוחם. והנה מדברי תוס' ב"ב (דף מ"א) ונ"י שם מבואר אף דעדי' מכחישין זא"ז מ"מ עבידי דטעי וכן כ' הרמ"ה סנהדרין (דף ל"א) דהקשה הא בעדים מכחישין זא"ז אחד מכת זו ואחד מכת זו לכ"ע פסולין להעיד כאחת ויש שם חיסור לשון וכנראה צ"ל דא"ל דלא עבר ע"א על לאו דל"ת ברעך עד שקר דכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים לא ס"ד דהא גבי עדות חודש דקתני בברייתא א' אומר גבוה ב' מרדעות כו' דמיירי בכת א' וקא מותיב מינה ר"ה תיובתא לר"ח ש"מ דאפילו בכת אחת נמי פסלינן ליה לחד מיינהו דקא מסהיד בשקרא [ועיין ש"ך (סי' ל"א) משם חכמי בריסק ובתומים שם] ומסתברא דכי פליגי ר"ה ור"ח היכא דמכחשי אהדדי בכולא עדות כו' אבל ז"א ק' וז"א ר' לאו הכחשה מיקרי לאיפסולי עלה אלא מוסיף על דבריו הוי ואיכא למימר דמיטעא טעי חד מינייהו וצ"ע עכ"ל הרי דכ' ג"כ דתלינן בטעות דחד מינייהו ולא הזכיר כלל דצריך שיתבע המלוה שניהם רק לעיל מיניה בהלואה אחר הלואה בזמנים מתחלפי' כ' דוקא היכא דלא מכחיש מלוה חד מינייהו רק תבע שני מנין שהלוה בשני זמנים דאל"כ ודאי חד מינייהו בשקרא מסהיד וכמו שהביא הרא"ש שם משמו ובז"א מנה וז"א מאתים לא כתב דצריך שהמלוה יתבע שניהם וסובר דאף אם אינו תובע רק מנה ג"כ מצטרפין דיש בכלל מאתים מנה ותלינן בטעות וסובר כמו דתלינן בטעות לגבי הכחשת העד לגבי עד כמו כן תלינן הטעות לגבי בע"ד:

ודעת הר"ן שם משם הרמב"ן דצריך שיתבע כשיעור שני העדי' אבל כשטוען כשיעור הע"א אין מצטרפין שביטל הבע"ד את דברי האחד והודאות בע"ד עדיף יותר ממאה עדים ואע"ג דיש בכלל ר' ק' דוקא בעדים הוא דאמרינן הכי אבל בבע"ד חזקה שהוא

תובע כל מה שיש לו ויכול לבטל העדות שהוא לזכותו משא"כ בעד אחר שא"י לבטל העדות שהוא לזכות התובע והביא ראיה מב"ב פ' י"נ מלוה אומר לא נפרעתי כלום והלוה אמר פרעתי מחצה ועדים מעידין שפרעו כולה נשבע וגובה מחצה ואי אמרינן גבי בע"ד יש בכלל מאתים מנה למה נשבע הרי יש לנו לסמוך על העדים א"ו כיון דלוה אמר דלא פרע אלא מחצה הרי כמו שהודה שלא פרע יותר עכ"ד ויקשה על הרמ"ה מהא דב"ב הנ"ל וביותר הא ברמ"ה שם פ' י"נ(סי' קכ"א) הקשה למה חייב הלוה לישבע הא לגבי פלגא דטוען פרעתי דלא קא מכחיש לסהדי תהני ליה סהדותא וכ' וכ"ת כיון דהעדים העידו דפרע כולה ולוה מודה דלא פרע רק מחצה אודי דסהדי שקרי נינהו ואיפסלי להו לגבייהו לגמרי אף להא פלגא דמסייעי דלדבריו רשעים נינהו והתורה אמרה אל תשת רשע עד א"כ יגבה מלוה בשבועה כיון דהנך סהדי לגבי מלוה ולוה כמאן דליתא דמיא ב' תשובות בדבר חדא כיון דבליכא סהדי כלל וטוען פרעתי לא גבי מלוה אלא בשבועה מדר"פ השתא דאיכא סהדי דפרע כולה לא מסרינן ליה שבועה כלל דאע"ג דהנך סהדי לגבי האי לוה כמאן דליתא דמיא דהא אודי דפסולין נינהו סהדי גופייהו לב"ד ולכ"ע כשרין נינהו וא"כ היכי משבעי ב"ד שבוע' דאיכא סהדי כשרי דבשקרא משתבע וכיון דהשטר ל"מ למלוה למגב' בלא שבועה ול"מ משתבע הו"ל כתביעה בע"פ ומשתבע לוה כדין כל מוב"מ ועוד דיש ללוה מגו דיכול לומר פרעתי כולה דעדי מסייעי ליה ולאפטורי משבועה ל"א מגו והעלה טעם זה לעיקר דשבועה דר"פ זיל שלים אמרינן רק היכא דנתבע טעין אישתבע לי ואמאי פסק נשבע וגובה מחצה א"ו טעמא דמגו עיקר גם נ"מ היכא דהימנ' למלוה דא"צ שבועה עיי"ש ועיין קצוה"ח (סי' ע"א ס"ק ה') דכוון לדברי רמ"ה דא"י לישבע ולטול נגד עדים ועוד יבואר לפנינו בדברי רמ"ה. עכ"פ מבואר מדברי רמ"ה דלגבי הלוה איפסלו העדים שאמרו שפרע כולה ולא מסייעו ליה על המחצה וע"כ דלגבי בע"ד פסלינן לעדים רק היכא דמכחשי עדים אהדדי שלא לפוסלן תלינן בטעות ולא לגבי בע"ד וכמו שנראה מדברי הר"ן וי"ל הטעם דכדי להחזיק העדים על חזקתן חזקת כשרות שלא יהי' אחד מהם פסול תלינן דמיטעא טעי חד מינייהו בין מנה למאתים משא"כ לגבי בע"ד דבאמת לגבי כ"ע ישארו בכשרות רק לגבי דידיה הודאת בע"ד כמאה עדים ולא מרעינן החזקת כשרות כלל לגבי כ"ע לא תלינן בטעות. א"כ הי"ל להרמ"ה להתנות דצריך שיתבע שניהם:

ואפ"ל דרמ"ה סובר דלגבי בע"ד ל"ח ודאי לטעות דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ולכך היכא דעדים אמרו שפרע כולה מה"ת לנו לתלות הטעות בשני עדים שהמה יטעו ויעידו לזכותו והבע"ד אשר אמרו חכז"ל דפרע דייק נאמר דטועה בדמיונו לומר שפרע מחצה

לכן מהני הודאתו לגבי עצמו למיפסל להעדים לגבי נפשיה ובזה לא מרעינן לחזקת כשרות דהעדים כיון דלב"ד ולגבי כל העולם נשארו בחזקת כשרות רק לגבי עצמו מצד הודאת בע"ד נאמן לכן אתי עלה הרמ"ה ז"ל דנאמן פרעתי מחצה מטעם מגו ולא לאפטורי משבועה משא"כ היכא דהעדים מכחישין זה את זה דלא נצטרך לומר רק דאחד מהן טועה ואם נאמר דאינו טועה מרעינן לחזקת כשרות של אחד לפסול אותו ואף לר"ה דכ"א בא בפ"ע ומעיד מ"מ שניהם ביחד נפסלו להעיד ובהכרח צריך לדון על העדים דכשרים המה לכל עדות שבתורה מצד דתלינן בטעות של אחד מהן בין מנה למאתים שוב לא מיפסל אף אחד מהם לגבי בע"ד ואמרינן יש בכלל מאתים מנה. ועוד יש לומר בטעמא דרמ"ה דכיון דאנו אומרים דחד מינייהו טועה ומיישבין דברי עדי' שלא יהיו מוכחשין בהכרח לחייב אותו מאה דהא כיון דחד מינייהו כשר ואמרינן עדים המכחישין זא"ז בבדיקות אף בכה"ג כשר הגם דלגבי המלוה אדם נאמן יותר ממאה ואמרינן אם אינו תובע רק מנה ע"כ מודה דזה שאמר מאתים משקר מ"מ לכה"פ יתחייב שבועה להכחיש את העד שאומר מנה והב"ד לא יוכלו לתת לו שבועה כיון דלפנינו שני עדים דעכ"פ חייב מנה דלב"ד ולכ"ע שניהם כשרים ולפי דבריהם ישבע לשקר וכמו"ש הרמ"ה ב"ב הנ"ל וא"כ ממילא חייב לשלם המנה דהוי מתוך שאיל"מ ואף דהנשבע להכחיש העד אינו נשבע שאין לו כלום עליו רק שאין אצלו כלום ממה שהעיד עליו העד וכמ"ש הר"י מיגאש מ"מ אם נשבע להכחיש העד שאין אצלו כלום ממה שהעיד עליו העד האומר מנה יהי' מוכחש מב' עדים מעד זה וגם מעד האומר מאתים ולגבי כ"ע שניהם כשרים דתלינן בטעות ועכ"פ לדברי שניהם יש בכלל מאתים מנה ולכך הוי מתשאיל"מ והא דמס' ב"ב (דף מ"א) ברב כהנא דהדר גודא בארעא דלאו דידיה ואייתי סהדי חד אמר תרתי אוצייתא עאל וחד אמר תלת א"ל רב יהודה אהדיר תרתי מגו תלת כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה אף דשם הוי קרקע ול"ש לחייבו מטעם מתשאיל"מ י"ל דשם רב כהנא ואידך לא ידעו כמה אוצייתא ול"ה הכחשה מבע"ד להעד:

אולם אם מטעם מתשאיל"מ נאמר דיש בכלל מאתים מנה דחייב אף באינו תובע רק מנה היה נ"מ היכא דהיה חשוד על השבועה דהיה צריך שכנגדו לישבע גם י"ל דכמו דסברו פוסקים בחשוד על השבועה דל"א מתוך שאיל"מ מן הדין הואיל דצוח דרוצה לישבע רק אנן לא מסרינן ליה השבועה כן נמי היכא דזה טוען ברי דאינו חייב כלום ורוצה לישבע רק דהב"ד אין מניחין לו לישבע מצד העדים וכיון דהודאת בע"ד המלוה דחד הוא פסול א"י לגבות אף דאין מניחין לו לישבע לכך סברו הנך פוסקי' דצריך שיתבע שניהם דאל"כ לא מחייבין אותו לשלם אף דלא מסרינן לי' שבועה ועיין קצוה"ח

(סי' ע"א) דכ' להקשות למה בא' אומר ק' וא' אומר ר' כשאינו תובע רק מנה דהלוה נשבע שאינו חייב כלום הא לדידן העדים כשרים והוכחש משני עדים ובאמת לא ראיתי מבואר בטור אם חייב לישבע אם אינו תובע שניהם ולפי מה שהבאתי לעיל (סי' ו') משם הרב המאירי בג' עדים ונמצא אחד מהם קאו"פ דעדותן בטילה ומ"מ משביעין אותו היסת ואין הכשרים יכולין לפסול אותו אח"כ י"ל ה"נ דכוותי' וצ"ע אף אם לא נוכל לתת לו שבועה מ"מ י"ל דל"ה בכה"ג מתשאי"ל לחייבו לשלם ודעת הרמ"ה כמ"ש בטעם הראשון דכמו דמיישבין דברי עדים שלא לעשות אותן כמכחישין זה לזה ואמרינן דאחד טועה כן נמי כשר לגבי בע"ד וא"ד להא דאומר פרעתי מחצה כמו"ש לעיל:

והנה בדברי הר"ן שכ' דבע"ד יכול לבטל העדות שהוא לזכותו והביא ראיה מהא דלוה אומר פרעתי מחצה יש להתבונן דהא גם שם לא מבטלינן להעדים שאמרו פרעתי כולה ומקיימינן אותן לבטל השטר והר"ן מס' שבועות והנ"י ב"ב שם כתבו הא דצריך לישבע ול"א יש בכלל מאתים מנה המעידין כדבריו הוא משום שהוא פסלם שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן ומיהו לאו למימרא דפסלינהו לגמרי דא"כ למה נאמן בשבועה הא איכא שטרא אלא לאו הכחשה היא לגמרי דאפשר שהוא אינו זוכר אלא מן המקצת והעדים זכורים יותר וכיון דהכחשה ולאו הכחשה הוא אין סומכין על עדותן לגמרי ולא על השטר לגמרי אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד והו"ל תביעתו של מלוה כתביעה ע"פ שאין עליה עדים שכל שמוב"מ נשבע. ובביאור דבריהם נראה כמו"ש הבעה"ת (ש"ח) ובש"מ ב"ב הרשב"א משם הראב"ד דאם אמר פרעתי מחצה ולא יותר היו מוכחשים רק כשאמר פרעתי מחצה אינה הכחשה רק י"ל הכוונה עד כאן אני זכור והעדים אומרים אנו זכורים יותר שפעם אחרת פרעת המחצה האחר וכיון דיש ספק בדבריו אם יש הכחשה או לא לכן הוי כמוב"מ דעלמא ועיי"ש בג"ת דאם עדים אמרו שפרע כולו בפעם אחת והלוה אומר פרעתי מחצה הוי הכחשה גמורה דא"ל בענין אחד שזוכר מקצתו ושוכח מקצתו [ומ"ש שם דוקא כשאומרים שפרע החצי האחר בפעם אחרת. לא נראה כן מסתימות דברי הראשונים רק אף אם העידו בסתם שפרע כולו נוכל ליישב הדברים שלא יהיה מוכחשים] וזה נמי כוונת הר"ן והנ"י דהוי הכחשה ולאו הכחשה דיש להסתפק בדברי הלוה מה שאמר פרעתי מחצה דע"כ זוכר וי"ל דהעדים זכורין יותר ממנו שפרע בפעם אחרת ועיין סמ"ע (סי' פ"ב ס"ק נ"א) דמשמע ג"כ מדבריו דא"צ לומר דהעדים העידו על פרעון החצי האחר בזמן אחר רק אף אם אמרו בסתם פרעת כולו מסלקינן להשטר מה"ט וזה נמי כוונת הר"ן והנ"י דיש ספק הכחשה. וראיות הר"ן בחידושי סנהדרין דל"א לגבי בע"ד יש בכלל מאתים מנה שיכול

לפסול עדות שהוא לזכותו דאל"כ למה נשבע שם על המחצה א"ו דהוי כמו שהודה דלא פרע יותר ופוסל להעדים והיינו שם להך צד דמה שאמר שפרע מחצה הוי הכחשה מזה מוכח דלגבי בע"ד ל"א דיש בכלל ר' ק' אולם אף דשם הוי ספק הכחשה היינו כיון דיש ליישב דבריו דל"ה הכחשה דהעדים מעידין דפרע בפעם אחר החצי השני. אבל בתובע רק מנה שהלוהו בפ"א וב' עדים מכחישין א"ע זה אומר ק' וז"א ר' ושניהם מעידין על זמן אחד ובפעם אחד בזה הוי ודאי הכחשה בקיום הדבר אף דאמרינן דהעדים מטעי טעו מ"מ לגבי התובע יכול לפסול העדות לזכותו ולא תלינן לומר דאינו תובע רק מנה ושכח כמו"ש מדברי ג"ת הנ"ל:

ולפי מ"ש יש לגמגם במ"ש הקצוה"ח (סי' ל' סק"ו) באם תובע בשטר וע"א אומר שפרע ק' וע"א אומר ר' על זמן אחד והלוה אומר שפרע ק' דמצטרפין דהכחשה בבדיקות אינו הכחשה ודאית כמו בלוה אמר פרעתי מחצה והעדים אמרו דפרע כולו דל"ה רק הכחשה ולאו הכחשה ולכך לא מפקינן ממונא מן הלוה וכ"כ (סי' פ"ב) דהוי ספק הכחשה גם בז"א מנה וז"א מאתים אם אין הבע"ד תובע שניהם ובנתיבות כ' דא"כ לפי דבריו יהיה מועיל תפיסה וכן בהא דפרעתי מחצה ובמשובב כ' דבאמת כן הוא להסוברים דמהני תפיסה אחר שנולד הספק בטענות ברי. ולמ"ש כאן ל"מ תפיסה דהוי ודאי הכחשת בע"ד להאומר מאתים כיון שהוא על זמן אחד. ברם זה הוא רק להסוברים דבעינן שיתבע שניהם אבל לדעת הראב"ד ורמ"ה והעומדים בשיטתם דל"ב שיתבע שניהם וכמו דאמרינן לגבי עדים דיש בכלל ר' ק' כן נמי לגבי בע"ד ועוד יש כמה פוסקי' העומדים בשיעתם א"כ י"ל אם תפס הלוה אין מוציאין מידו ויכול לומר קים לי אבל לדעת הר"ן והטור י"ל דהוי כודאי הכחשת הבע"ד להאומר מאתים אם אינו תובע רק מנה ומוציאין מידו ולדעת הראב"ד כפי שהביא הש"מ ב"ב משמו דסובר דלגבי בע"ד הוי שם ספק הכחשה וכאן כפי שהביא הר"ן בחידושיו משמו סובר דאף הכחשת התובע עם העדים בכולן יש בכלל ר' מנה צריך לומר דוקא היכא דיש הכחשה עד לגבי עד כיון דמיישבין דבריהם שוב נקטינן דיש בכלל מאתים מנה אף בהכחשת התובע משא"כ היכא דמכחיש לעדים סובר דאמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים וכמו"ש לעיל בדברי הרמ"ה ומה שיש עוד לדקדק בדברי הראשונים והש"ך והקצוה"ח (סי' פ"ב) יבואר אי"ה לקמן בדיני טו"נ ויש להבין בדברי הר"ן סנהדרין שכתב שצריך כשיעור שני העדי' דלכאורה משמע שצריך שיתבע מנה ומאתים ואינו מובן כל צורך למה הא בזה מכחיש לשניהם ובל"ס סגי כשתובע מאתים וכן נראה מדברי הר"ן עצמו שכ' אם תובע מנה הרי כמודה שאינו חייב לו יותר מבואר דבתובע מאתים סגי ותלינן הטעות בדברי העד

האומר מנה וע"כ הא דכ' כשיעור שני העדים היינו השיעור היותר גדול אשר יכלול בו המנה וראיתי בנתיבות שכ' ג"כ דסגי בתובע ר' וכן אמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט כתב בטעם וסברא דסגי כשתובע מאתים אולם בכנה"ג (אות ל"ג) כתב דנראה מדברי מהרי"ט שצריך שיתבענו מנה ומאתים שהם ג' מאות וכ' והכי מסתברא דכל שלא תבע את שניהם איכא הכחש' בין העדים. ודברי מהרי"ט שהביא תמוהין כמו שהקשה עליו בס' קמ"ר (ח"ב) הלכות עדות דודאי ז"א ק' וזה אומר ר' אייריי בהכחשה ואפ"ה מצטרפין ודברי כנה"ג דצריך שיתבע ג' מאות הם יותר קשים לשמוע דלהיפך הוא דאם תובע ג' מאות הוא מכחיש לכל אחד מאלו השנים ואם תובע רק מאתים תלינן הטעות בהאומר מנה. וראיתי מבואר הדבר בדברי הרב המאירי בש"מ סנהדרין שכתב וז"ל ז"א ק' וזה אמר ר' היו אין זה הכחשה שיש בכלל ר' ק' ויש מי שכתב שצריך שיתבע מאתים שאל"כ הרי הוא כמכחישן מאחר שהוא טוען שלא הלוה אלא מנה ונראה שא"ז נכון שמאחר שאין אנו חושבין אותן כמכחישין זא"ז משום שיש בכלל ר' מנה אף הוא אינו כמכחישן שיש בכלל מאתים מנה וא"ד להלואה אחר הלואה שכל שאינו תובע ר' מוכחשים גמורים הם שאומר שלא הלוה אלא פ"א והם מעידים על ב"פ עכ"ל הרי מבואר דהסוברים שצריך שיתבע שניהם א"צ לתבוע רק מאתים:

וראיתי שם בדברי המאירי שכ' בתבעו שהודה לו ביום זה מאתים ובאו עדים והעיד אחד על מנה ואחד על מאתים י"א שאין אומרים בזו יש בכלל מאתים מנה שלא נאמר כן אלא בהלואה שאף האומר מאתים אומר ומודה שמתחלה מסר לו מנה ונמצא ששניהם שוים במסירות המנה אבל בזו המעיד בהודאת מאתים לא העיד בהודאת מנה כלל ונמצא שאין זו עדותו של זה אף אצל הק' ולדעת זה אף בהלואה אפשר לומר כן הגע עצמך שלא מנה לו עכשיו אלא שהי' מאתים בארנקי ביד העדים ומצד אחר מנה בארנקי אחר ואמר אחד אותו ארנקי שבו הר' מסרת לו ואחד מעיד על אותו של מנה הרי אין כאן מנה אחד שיעידו עליו כלל וכן אם אמר אחד זהובי' במאתים מסרת לו וזה אומר מנה במטב' מסרת לו בכל אלו ובכיוצא בו אין מצטרפין עכ"ל ועיין בחידושי הרב המאירי מס' נזיר סוף (פ"ג) דמתאחדים דבריו שמה לכאן ולדעתו אף במכחישין זה עם זה במספר החיוב ואף הבע"ד מכחיש ואינו תובע רק מנה מ"מ יש בכלל מאתים מנה אף דאמר בדיבור אחד שהלוה מאתים וע"ז מוכחש מן העד והבע"ד כיון דנחתו למנין אין האחרון אלא כמוסיף על דבריו ואף אם הראשון העיד על מאתים והשני על מנה ובהכחשה מ"מ כיון דנחתו למנין והעידו שראו שמונה וז"א שמנה מאתים וז"א שרק מנה ראה אותו מונה ולא יותר עכ"פ אינם מוכחשים על מסירת מנה הראשונה משא"כ כשמכחישים

במסירת הממון ז"א שמסר לו מטבע של מאתים וז"א שהי' מטבע מק' בזה יש הכחשה ביניהם לא מצטרפין ולשיטה הזאת לא תלינן כלל בטעות דעדים דייקי ואינם טועים רק מחזיקין אותם למוכחשים ושניהם יחד פסולין לעדות אחרת ואף אותו עדות נתבטל אם לא השתוו יחד על מסירת מנה רק אם מעידים יחד על מסירת המנה אף דזה הוסיף שמנה לו עד מאתים לא נתבטל עדותו על מנה הראשונה דל"ה רק כמוסיף על דבריו ואפשר שזה נמי דעת רשב"ם ב"ב (דף מ"א) דכתב אלא מוסיפין מנה אחת היינו דזה הוי כעדות אחרת:

וכן כתב הרבינו יונה מס' סנהדרין דמנה אחרת שחולקין בו כעדות אחרת דמיא ובשעה שהעידו ל"ה פסולין ואלו היה הכחשה גדולה כזו באותו מנה אעפ"י שמודים במנה הי' עדותן בטילה אבל עכשיו שהם מודים במנה ובמנה אחרת הם מעידין ומכחישים זה את זה אותו מנה ששניהם מודים משלם והכוונה כנ"ל דכיון דמעיד שהלוה מאתים במספר עדותו על מנה הראשונה לא נתבטל אבל אם זה אומר מטבע של מנה וז"א מטבע של מאתים הוי הכחשה גדולה וכ' שם דבין שחור ולבן כהכחשה בדבר אחד דמי רק דקילא מאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דשם לא דייקי אינשי אבל בין מנה ומאתים ודאי דייקי ומכחישין זה את זה נינהו ופסולים להעיד ביחד בעדות אחרת וכן נמי דעת התוספת רי"ד ב"ב (דף מ"א) דפסולין לעדות אחרת ולא תלינן בטעות בין מנה ומאתים רק דמחלק בין עדות אחרת לאותו עדות דאנן תפסינן מקצת העדות ששניהם מודים והביא דעת הר"י ז"ל דהוכיח מזה דחד המכחיש עם חד כשרים לעדות אחרת והוא ז"ל מתמה עליו וכתב דברור כשמש דכמו בב' כיתות עדים המכחישין זא"ז אין אחד מכת זו ואחד מכת זו מצטרפין לעדות אחרת כן נמי בחד המכחיש לחד דאין מצטרפין רק בז"א מנה וז"א מאתים נקטינן העדות על מנה האחרת כעדות אחרת ולא נתבטל אותו עדות על מנה והש"ך (סי' ל"א) הביא משם חכמי בריסק להסתפק בחד המוכחש מחד אם מצטרפין יחד לעדות אחרת ובאחרונים הקשו ע"ז מש"ס שבועות (דף מ"ח) ועכשיו זכינו לאורן של הראשונים ז"ל וראינו דדעת הר"י ז"ל דאינם פסולין ודעת ר' יונה ז"ל והתוס' רי"ד בפשיטות דפסולין רק אותו עדות לא נתבטל ועיין חידושי אאמ"ו ז"ל בסוף ס' ד"מ הנ"ל שכוון דבריו לדעת הראשונים רק המה הוסיפו דאף אם העיד בדבור אחד מאתים לא נתבטל העדות על מנה אם מעידין שמנה לו עד מאתים משא"כ כשמכחישין על מטבע אם זה אומר מטבע של מנה וז"א מטבע של מאתים בזה הוי הכחשה גמורה ול"א יש בכלל מאתים מנה:

ואפשר שזה נמי דעת הראב"ן שדבריו צריכין ביאור שכתב (בדף י"ז) תשובה לחכמי רעגנשבורג דכיון דקיי"ל דהלואה אחר הלואה מצטרפת כ"ש היכא דתרוייהו אמנה מסהדי אלא שמכחישין שחלוקין בזמן מצטרפי דקיי"ל כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה והאריך שם דכיון דל"ב בד"מ דו"ח מפני נעילת דלת הוי הכחשה בחקירות כמו בבדיקות והחכמים הנ"ל הסכימו לד לדבריו רק הקשו לו מ"ט דב"ה לרשב"א דמכשרי עדותן במנה הא אחד מהן פסול בודאי דהא מוכחש במנה השני והשיב אם נאמר דהוי הכחשה ויפסול אחד מהם למה בב' כתות אחת אומרת ק' וא"א ר' דאף ב"ש מודים דיש בכלל מאתים מנה ולא מיפסלי א"ו ל"ה הכחשה עד שמכחיש זא"ז בכל העדות כיון דקיי"ל כר"ח דל"ב דו"ח בד"מ משום נע"ד הלכך כל היכא דמצינן לצרופי עדות המכחשת בבדיקות כשרים בד"מ והודאה אחר הודאה והלואה אחר הלואה מצטרפין וכולה משום נע"ד הלכך כל היכא דמצינן לצרופי עדות העדים משום תקנות המלוה שלא תהא נע"ד מצרפינן ואזלינן בתר מאי דשוה סהדותייהו וכי אמר אחד ק' ואחד ר' בק' דשוה מצרפינן לסהדותייהו ומנה השני לא הכחשה הוא אבל כי מכחשי בכל העדות הוי הכחשה והביא ראיה בעד אומר מת ועד אומר לא מת לא ינשאו אבל עד אומר מת ועד אומר נהרג הואיל ושניהם מודים שאינו קיים ינשאו ור"ה ור"ח במכחישין זא"ז בכל העדות כגון כת אומר ליטרא זהב או חבית של יין ממש וכת אומר לא כי אלא ליטרא של כסף או של שמן ממש או שאומר כת אחד מנה הלוה פלוני לפלוני ביום פלוני ובמקום פלוני וכת אחת אומרת המלוה או הלוה הי' עמנו במקום פלוני ביום פלוני או שאמרה כת אחת ק' ולא ר' והשניה אמרה ר' ולא ק' דמכחישין זא"ז בכל העדות בהא פוסל ר"ח אותן לכל העדות ור"ה אמר זו באה בפ"ע כו' אבל א' זו וא' מכת זו דודאי איכא פסול לא כו' ומדאמרי ב"ש נחלקה עדותן ול"א בטל עדותן משמע דמנה דקמסהיד האי לא קמסהיד האי וב"ה סברו כיון דתרוייהו אמנה קמסהדי מצטרפין לעדות עכ"ד ודבריו צריכין ביאור דמ"ש כי אמר זה מנה וזה ר' דל"ה הכחשה בכל העדות והוי רק כהכחשה בחקירות וכשאומר ק' ולא ר' וז"א ר' ולא ק' הוי הכחשה דאין מצטרפין ובמכחישין בזמן מצטרפין ממה דיש בכלל ר' ק' הרי דסובר דז"א ק' וז"א ר' הוי הכחשה ובכ"ז מצטרפין ולהנ"ל א"ש דכוונתו דוקא כשזה אומר שראה שהיה מונה מאתים באותו זמן וז"א שראה ק' אז יש בכלל מאתים מנה כיון שאף לדברי המכחיש מודה שמקצת עדותו היינו מנין מאה שמנה הוא אמת אבל כשזה אומר ק' ולא ר' היינו שנתן רק מטבע מק' ולא מר' וז"א ר' ולא ק' הוי הכחשה בגוף הדבר שסותרין כ"א דברי חבירו מכל וכל בזה אין עדותן כלום כיון דמכחשי אהדדי בכל העדות ובעד אומר מת ועד אומר נהרג עיקר

עדותן שאין הבעל חי בזה הוי הכחשתן כדבר אחר משא"כ כשמכחישין בעיקר החיוב כיצד היה בשעת החיוב הוי כהכחשה בכל העדות וכמו זה אומר ליטרא כסף וז"א זהב או חביות יין וז"א שמן ממש:

אך הא דמבואר מדברי הראב"ן דזה הכל הוא מדרבנן מטעם נע"ד דכל היכא דמצינו לצרף עדותן מצטרפין אבל מד"ת נתבטל עדותן אף אם זה אומר מנה וז"א מאתים מבואר מדבריו דהלואה אחר הלואה דמצטרפין זה ג"כ ל"ה רק מדרבנן זה דבר תימא דהא מכל הראשונים וכן מסוגית הש"ס דסנהדרין משמע דדברי ריב"ק דיליף דמצטרפין הוא מה"ת. ועיין תומים (ס"ק י"א) ומ"ש במ"א אולם הא דבאינם מכחישין כל העדות בז"א מנה וז"א ר' דמצטרפין הוא רק מדרבנן. וכן נראה מדברי רמב"ם (פ"ג) מעדות דכתב וסדר דד"מ א"צ דו"ח וכ' בהוכחשו בבדיקות עדותן קיימת ואח"כ כ' בז"א ק' וז"א ר' שיש בכלל מאתים מנה משמע דהכל הוא מדרבנן ולכן א"ש נמי דל"א בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וי"ל דגם דעת רמב"ם באם יש הכחשה בכל עדות כגון שזה אומר מטבע של זהב וז"א של כסף או שזה אומר שהודה מנה וז"א שהודה מאתים דלא מצטרפין. ועיין רמב"ם (פ"ג) מנזירות בב' כתי עדים מעידין אותו אלו מעידין שנזיר שתים ואלו מעידין שנזיר חמש ה"ז נזיר ב' שבכלל חמש שתים והרי כולן מעידין בשתים ובלח"מ שם הקשה הא לר' ישמעאל בנו של ר"י ב"ב אפילו כת אחד שנחלקו אחד אומר ב' וא' אומר ה' יש בכלל חמש שתיים כמו בהלואה דפסקינן כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה. ובס' בני שמואל המובא בכנה"ג משמו כ' דכולה האי לא טעו כשזה אומר מנה וזה אומר שלש בהלואה וראיתי שמה דחילו הוא מדברי הרמב"ם בנזירות. אולם אם נאמר דגם דעת רמב"ם דהא דיש בכלל מאתים מנה הוא לא משום דתלינן בטעות רק כיון דליכא הכחשה בכל העדות וכמו שכתבתי משם המאירי וסייעתו ולדידהו רק כשמוסיף האחד על חבירו שזה אומר שמנה לו ק' וז"א שמנה מאתים אבל כשזה אומר שנתן לו מטבע של מנה וז"א מטבע של מאתים נתבטל עדותן א"כ גם שם בנזירות איירי באופן זה שז"א שנזיר ב' בב"א וז"א שנזיר חמש בב"א ואז הוי הכחשה בזה דוקא בשני כתות עדים המכחישין אמרינן שבכלל חמש שתים אבל בחד לגבי חד ל"א יש בכלל חמש שתים רק במונה בפרט שפרט שנזיר א' ב' וזה הוסיף ג' ד' אז מצטרף כמו בממון והרמב"ם העתיק המשנה כצורתה בב' כיתות עדים שיש בכלל חמש שתים אף בכולל ובפורט דזה הוי כמו שאמרו בש"ס במונה אף בחד לגבי חד י"ל כיון שאין ביניהם הכחשה ברורה יש בכלל חמש שתים וכמו שכתב שם הרב המאירי בביאור דברי הש"ס נזיר וירושלמי סנהדרין.

אולם מדהוסיף הרמב"ם והרי כולן מעידים בשתים משמע קצת דגם בב' כיתות איירי במונה שהעדים העידו שנזיר א' ב' וזה הוסיף ג' ד' ה' ואף דבכה"ג בחד לגבי חד נתבטל עדותן ועיי"ש במאירי שכ' אף דבש"ס אמרו לדעת ר' ישמעאל שאף בכת אחת יש בכלל חמש שתים יחידאה הוא וסתם משנה עדיף ואעפ"י שבד"מ אמרינן אף בכת אחת שיש בכלל מאתים מנה בדין זה אינו כן ויש פוסקים מזו של ד"מ כר' ישמעאל עיי"ש וכנראה מסתימת רמב"ם דפוסק כסתם משנה ודלא כר' ישמעאל ועיין בתומים (סי' ל' ס"ק ז') בטעם הדבר דרק בד"מ מטעם נע"ד כה"ג הוי רק כמו הכחשה בבדיקות ולא בנזירות. ומ"מ אתאן לדברינו דאינו ראיה לכ"ע מהך דנזירות לדון בד"מ כשזה אומר ק' וז"א שלש מאות שיתבטל עדותן וכמו"ש הבני שמואל ובפרט במונה דל"ה רק כמוסיף ואף דלא תלינן בטעות עדותן קיימת על מנה ועיין בש"מ נזיר דכתב משם תוספת הרא"ש וז"ל וצ"ע דמשמע דאחד אומר חמש דהוי הכחשה לדברי הכל וא"כ כיוצא בזה אחד אומר מאתים ולא מנה ואחד אומר מנה ולא מאתים משמע דהו' הכחשה עכ"ל מבואר דלית ליה לחלק בין הכחשה מועטת דנוכל לתלות בטעות להכחשה גדולה כמו בין שתים וחמש ומשמע קצת מדבריו דלא אתי עלה הא דבממון שיש בכלל מאתים מנה מטעם דתלינן בטעות דאל"כ היה לו לחלק בין שתים לחמש לבין מנה ומאתים וכמו"ש הבני שמואל הנ"ל ורק תליא אם הוי הכחשה גמורה דזה אומר לא כי. אולם מדברי הטור מבואר דאף בהכחשה גמורה אמרינן יש בכלל מאתים מנה וע"כ או דתלינן בטעות או י"ל דגם כוונת הרא"ש הוא כמו"ש בכוונת הראב"ן דאם יש הכחשה בלא"ה היינו שזה אומר מטבע אחת של מנה וז"א מאתים כמו זה אומר ליטרא כסף וז"א זהב והיינו בכולל אז לא מצטרפין רק במונה. אולם בכ"ז י"ל ולחלק בין דיני ממונות לנזירות וכמו"ש התומים בדעת הרמב"ם ובאמת לא משמע דהרא"ש והטור אזלו בשיטות הר"י והמאירי הנ"ל דהא ס"ל דבעינן שיתבע שניהם וכנ"ל:

וגם נ"מ טובא דלדעתם דהכחשה במקצת עדות אמרינן יש בכלל מאתים מנה ולא תלינן כלל בטעות רק במנה שחור ולבן א"כ בהודאה אם יש הכחשה לבין מאתים ומנה לא מצטרפין וכמ"ש המאירי ז"ל ולא משמע כן בטור. ועוד דלדבריהם הא דמוקי בש"ס ז"א חבית יין וז"א שמן בדמי צריך לומר כמ"ש המאירי שא' אומר דמי חבית מסר לו יוד דינרין לחבית של יין והשני אומר עשרים דינרים מסר לו לחביות של שמן אף בהכחשה גמורה משלם בפחות שבהם אבל אם ז"א שחייב לו יוד בעד יין וז"א עשרים בעד שמן כיון שהחיוב היה בכולל ולא בפורט דהיינו מונה בזה הוי כולה בהכחשה לא מצטרפין וזה דלא כפירש רש"י דכ' ז"א בפני הודה לו דמי חבית של יין וז"א שהודה בדמי חבית של

שמן דלדעתם אף בהודאה כשמחולקין בממון כמה הודה בפ"א לא מצטרפין ומסתימת דברי הטור דכ' מקודם בתובע שהלוה לו ז"א חבית של יין הלוה לו וז"א חביות של שמן עדותן בטילה ואח"כ כתב אם א' אומר דמי חביות של יין והשני אומר דמי חבית של שמן דנותן הפחות שבשניהם משמע דקאי אדלעיל מיניה דמכר לו ואז הוי ההלואה בכולל ולא בפורט דלא מנה לו המעות ואעפ"כ נותן לו הפחות ע"כ דלא ס"ל כדעתם. ובדברי הרמב"ם יש לפרש דכ' דמי חבי' של יין יש לו בידו היינו שמעיד שמסר לו דמים על חבית יין וז"א על שמן והוי כמו ז"א מנה וז"א מאתים והיינו במונה שמנה לו המעות דאז שניהם מודים שמנה לו עשרה וההכחשה הוא רק על התוספת מן עשרה עד עשרים והרבותא הוא אף דמזכירים שניהם על מה נתן עשרה הראשונים ז"א על יין וז"א על שמן מ"מ ל"ה בעשרה רק כהכחשה בבדיקות ומשלם בפחות שבדמים:

ומדברינו יוצא נ"מ לכמה דינים חדא מה דס"ל לרבותינו האחרונים דבין מנה ומאתים טעו אינשי ולא דייקי וכשרים המה לעדות אחרת יש ויש כמה ראשונים הסוברים דנקטינן לעדים דבדיוק העידו ונפסלין לעדות אחרת רק יש בכלל מאתים מנה הוא ובתוספת דברים לגבי מנה וממילא נפסלין להעיד יחד עדות אחרת. שנית דאם תבע ג' מאות או יותר וז"א מנה ומכחיש להשני שאומר יותר ממאתי' י"ל דכל כך לא טעו ונתבטל עדותן אף על מנה וכמו שהביא הכנה"ג משם ס' בני שמואל ולדעת הני הראשונים מצטרפין על מנה דהמותר הוי כתוספת דברים ולא נתבטל עדותן על מנה. שלישית באם מכחישין על מסירת ההלואה ז"א ארנקי של מנה וז"א ארנקי של מאתים אם אמרינן דהוא מטעם דלא דייקי וטעו גם בזה אמרינן יש בכלל מאתים מנה. ולהנך הראשונים שהבאתי י"ל דלא מצטרפין ונתבטל כל עדותן וי"ל אף דהרמ"א כתב דעת הטור דבעינן שיתבע שניהם היינו דאין להוציא ממון אבל מ"מ לא הכריע כדעת הטור לגמרי ואם מכחישין א"ע בין מנה ומאתים במסירה אחת י"ל דאין מוציאין ממון דלדעת ה"ר יונה ומאירי והעומדים בשיטתם אמרינן דלא טעו והוי כמוכחשין ונתבטל בזה כל עדותן וגם אם בכה"ג מעידין על פרעון שזה אומר מנה פרע וזה אומר מאתים אם מכחישין על מסירת הממון אם אינו אומר המלוה כשיעור שניהם לכ"ע נתבטל עדותן אבל אם הוי כמוסיף באופן דיש בכלל מאתים מנה אז אף דהלוה אינו אומר רק שפרע מנה הממע"ה ואין מוציאין ממנו דלהנך פוסקים לא נתבטל עדותן על מנה. ולעדות אחרת אם מצטרפין יחד י"ל דהוי ספק פסולין כיון דלדעת הנך פוסקים לא תלינן כלל בטעות וספק פסול בספיקא דדינא יבואר אי"ה לקמן ולדינא צ"ע בכל הנ"מ שיש בענין זה אם המוחזק יכול לומר קים לי:

והנה הטו"ז הקשה ע"ד הטור שכתב באחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן דצריך שיתבע שניהם ממה דמבוא' (סי' קמ"ה) באחד אומר אכלה חטין ואחד אומר אכלה שעורין דא"צ המחזיק שיאמר שאכלה שתיהן ובנתיבות מתרץ ע"נ דדוקא בהכחש' הנוגע בסך הממון בפחות ויותר שמטבע ישינה חשובה מן החדשה ואם הם משקרין בכוונה לפני ב"ד פסולין לעדות אז כשיש הכחש' נתבטל עדותן כיון דלא דקדק בעדותו אבל כשאינו נוגע לחיוב ממון בפחות או יותר כמו באכל שני חזקה דאין נ"מ מה אכל אם חטים או שעורים א"צ לדקדק כ"כ כיון דליכא נ"מ בענין חיוב אינו צריך התובע לתבוע שניהם ואם כי מצד הסברא דבריו אמתים מ"מ יש להעיר א"כ שם (סי' קמ"ה) אם אחד אומר חטים אכל ואחד אומר קטניות יהיה ג"כ עדותן כשר כיון דליכא נ"מ לענין ממון וכל מה שאכל ג' שנים סגי ובאמת שהמחבר שם כ' שאין העד מדקדק בזה וזה כמו"ש בב"י בבדק הבית דהוי מילתא דלא רמיא עלייהו דאינשי וכך לי חטים כמו שעורים או קטניות אבל הטור כתב שם דאם אחד אומר חטים ואחד אומר קטניות אין מצטרפין דבהכי לא טעו אינשי והסמ"ע והש"ך שם הסכימו לדעת הטור הרי אף בדבר שאינו נוגע להזיק ממון במה שאין אדם טועה הוי הכחשה גמורה ועדותן בטילה ועיי"ש בתומים ובנתיבות ובקושית הט"ז י"ל בפשיטות דבאמת י"ל כמו דתלינן בטעות שבין העדים דלא דייקי בין חטים ושעורים כ"כ תלינן בטעות לגבי תובע דע"כ ל"א לגבי תובע שלא לתלות בטעות רק היכא דתובע את שלו כמה נתחייב לו דע"ז חזקה ברורה הוא דזוכר ומדייק מה דנתחייב לו אבל לזכור במה אכל השני חזקה דליכא שום תועלת בזה לכן כמו דאמרינן בין חטים ושעורים טעו אינשי ומיישבין דברי עדים לומר שעכ"פ ראו שאכל וזרע בהשדה כן נמי מיישבין דברי המחזיק בזה כיון דאינו תובע כלום רק בין חטים וקטניות אם מכחישין העדים זה את זה כיון דלא עבידי לטעות בזה אמרינן שאין זה נכון ולא מקבלין עדותן אבל בטענות המחזיק לא דייקינן כלל במה דליכא נ"מ לחיובו וזכותו:

עוד כ' הנתיבות לדון אם תבעו מנה ועדים מעידין מאתים דאין מקבלים עדותן לחייבו ע"פ במנה דמ"מ חייב שבועה מדין העדת עדים דר' חייא וזה עפ"י דבריו כיון דעפ"י הודאתו טעו בסך המעות אין אנו מחזיקין אותן לעדים אפילו על מנה דאימר היה פחות אפילו ממנה וטעו וקשה לדבריו כיצד ישבע נגד עדים כשרים אשר אנו מחזיקין אותן שכשרים לכל עדות שבתורה רק מצד הודאת בע"ד נתבטלו אבל לדידן הם כשרים וגם הטעות הוא רק על מנה שניה דמנה הראשונה מודה הבע"ד רק לדבריו כיון דהבע"ד הודה דהעדים טעו לא נוכל לסמוך ע"ד עדים דדלמא היה גם פחות ממנה אבל מ"מ

גם אם נחזיק דטעו עכ"פ ראו הלואה איזה סך וכיצד מניחין אותו לישבע כמו"ש הוא בעצמו שם ולדון בזה מתשאיל"מ ל"ש כיון דרוצה לישבע. וגם כיון דלא נוכל לחייב אף המנה שתובע והעדים מסייעם על מה יחייבו שבועה על מנה שאינו תובע לא מחייבין כיון דהודאת בע"ד כמאה עדים ועל מנה שתובע כיון דמעידין בברור שחייב ואעפ"כ אין מוציאין מידו ל"ש שבועה וכנראה לדעת הטור והר"ן פטור הלוה רק למה שכ' הקצוה"ח די"ל דהוי ספק הודאה מהני לדבריו תפיסה ומ"מ י"ל דאין מניחין לישבע ויבואר עוד בזה אי"ה בדיני טו"נ ולדעת המאירי הנ"ל וסייעתו מגדולי הראשונים אם מכחישין במונה נקטינן ג"כ העדת עדים עכ"פ על מנה וכמו שכתבתי לעיל ולדינא צ"ע בכל הדינים הללו דעל כל צדי ודאי המוחזק יכול לומר קים לי:

סימן כ

אעפ"י דאין עדי ד"מ צריכין דו"ח אם הכחישו זה את זה בדרישות או בחקירות עדותן בטילה כמבואר ש"ע (סי' למד ס"ב) ומבואר בסמ"ע דאפילו תובע שניהם בטילה ואף שבועה א"צ. ולכאורה י"ל הא דאינו חייב שבועה אף דעכ"פ אחד כשר הוא מטעם דמבואר בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קס"ב) מובא בש"מ ב"מ (דף ג') דהנשבע להכחיש את העד צריך לישבע שאין אצלו כלום ממה שהעיד עליו העד ואינו נשבע להכחיש מה שהעיד עליו העד בלשון שאין לו כלום עליו לפי שלשון זה הוא לשון שבועת היסת לא דרך שבועת עד אחד ומדקדק זאת ממה שאמרו בש"ס שם מה לע"א שכן על מה שהוא מעיד הוא נשבע א"כ כאן לא נוכל לחייבו שישבע להכחיש השני עדים כיון דעדותן נתבטל לענין חיוב ממון לא נוכל לומר שישבע שאין אצלו כלום ממה שהעידו עליו העדים דע"כ צריך לומר דאינו כשר רק אחד ולסלק את השני רק לקבל הגדות האחד לא נוכל לחייבו שישבע להכחיש השני עדים ושישבע שאין אצלו כלום ממה שהעיד עליו ע"א לא נודע את מי שמעיד עליו שישבע להכחישו. אולם ז"א דהא מבואר מדברי הרא"ש וטוש"ע בתובע רק מנה אחד והעדים בתרי מנה מסהדי דודאי חד מנייהו שקרן משתבע ש"ד ול"א דיהיו כמוכחשין ויהי' עדותן בטילה כיון דיוכל להיות דשניהם אמת רק מצד התובע נתברר דחד מנייהו משקר מ"מ כיון דאחד אומר אמת גם מצד התובע צריך לישבע נגד אותו העד ועיין סמ"ע (ס"ק כ"ה) הרי אף דלא ידענו נגד מי משני העדים שנשבע להכחישו מ"מ חייב ש"ד וע"כ דזה אינו מעכב ויכול לישבע שאינו חייב או דישבע להכחיש מה שהעיד עליו העד הכשר לפ"ד התובע אף אם התובע אינו אומר זמן ההלואה רק תבע סתם שחייב לו מנה מ"מ יכול לישבע שאין לו עליו כלום ממה שתובע וממה שמעיד עליו העד וה"נ אף באומר לא כי אף דחד מנייהו הוא

שקרן הא מ"מ אחד הוא כשר יהיה חייב לישבע או שא"ח כלום או אף ממה שמעידים עליו העדים:

ועיין נתיבות דאיירי כשנצטרפו יחד להעיד שפלוני חייב לפלוני בראיה דאמרו דראו יחד ובהגדה תוכד"ד הרי הן עדות אחת וכיון שהכחישו א"ע בחקירות דגזה"כ הוא שיתבטל עדותן ע"ש באורך. ולכאורה נראה כיון דלא באנו לבטל עדותן רק מטעם דלא נמצאו נכונים בדבריהם ואין הב"ד יכולין לדון אחר עדותן הא דנתבטל עדותן מכל וכל ואף שבועה א"י לחייב היינו מטעם עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה וכיון דבאו יחד לחייב ממון ולא נמצא מכוונים בטלה עדותן מכל וכל ואין לומר דיעיד אחד מחדש ויבא בתורת ע"א לחייב שבועה ז"א דאיך נוכל לקבל עדותו מחדש דאיזהו מהם יגיד אם יגיד זה שאומר בניסן לוה כדי לחייבו שבועה לא נוכל לקבל עדותו כיון דידענו שהשני אמר לא כי ואם יגיד השני מחדש ויאמר באייר לוה ג"כ ידענו שהראשון אמר לא כי ואם יגידו שניהם מחדש בלא דו"ח ג"כ לא נוכל לחייבו ממון כיון דכבר נתבטל עדותן וכיון דלא נוכל לחייבו ע"י הגדה הראשונה מה יתוסף חיוב ע"י הגדה שניה אולם אם בא אח"כ עוד ע"א ויעיד שראה הלואה אחת או שיעיד שראה בניסן או באייר ואז יהי' שני עדים בזה נראה דהראשון יכול להצטרף ולהעיד מחדש עוד הפעם עם זה שבא מחדש ונפסל הראשון שהכחיש:

ובזה מיושב קושית האו"ת מהא דמס' שבועות בא' אומר גבוה ג' וא' אומר ה' דעדותן בטילה ומצטרפין לעדות אחרת היינו לר"ח דפסולין לעדות אחרת הפירוש הוא אם יבא עוד א' ויאמר ה' ומה מהני הא כבר נתבטל עדותן ולמ"ש א"ש דכיון שבא עוד א' האומר ה' מצטרף הראשון ויעיד מחדש ואז נפסל הראשון שהכחיש ואומר ג' כמבואר בדברי ריטב"א שם דהאי עדות אחרת מקרייא ואיגלאי מילתא למפרע דהאי אמר קושטא וכשר לעדות זו ולכל עדיות שבעולם ואידך דהוי חד במקום ב' פסול לכל עדות דעלמ' עיי"ש והיינו כשמעיד מחדש בזה לא נתבטל ורק הגדה הראשונה נתבטל מצד גזה"כ אבל למה לא יהיה בידו להעיד מחדש ולהצטרף עם השלישי. וא"ל הא עדותן של הראשון שאמר ה' עכ"פ נתבטל ג"כ כיון דאז דהיה זה שהכחישו וא"כ נתבטל מטעם דנמצא אחד פסול ובכ"מ דקיי"ל אם נמצא א' קאו"פ דעדותן בטילה ואף אם נשאר שני כשרים אינו מועיל אם יעידו מחדש כמבואר בב"ש (סי' מ"ב ס"ק ח') מ"מ י"ל היינו דוקא היכא דהיה צירוף הכשר עם הפסול בשעת ראיה:

ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסו' סי' ד"מ (סי' ל"ו סק"ב) להסביר הא דיש פוסקים אף בלא הגידו הפסולין נתבטל אם הי' כוונה בשעת ראיה ואף להסוברים דבעי הגדה

מ"מ גם כוונה בשע' ראיה בעינן הא כיון דהביטול נלמד מן ההיקש שנים לשלשה ובקרא כתיב עפ"י ומנ"ל דקפדה התורה על שעת ראיה דלמא די בהגדה דקרא אהגדה כתיב. וכתב הטעם דהא קיי"ל אם היה רחוק בשעת ראיה ובשעת הגדה היה קרוב ונתרחק אח"כ מועיל אח"כ ההגדה פעם שנית וא"כ מוכח דהקפידא הוא על שעת ראיה דאל"כ לא גרע הגדת הכשר עם הקרוב מקרוב עצמו ואם היה רחוק בשעת ראיה ובשעת הגדה היה קרוב מועיל הגדה פעם שנית בעת שנתרחק כן נמי בכשר שהגיד עם הקרוב כיון דהיה כשר בשעת ראי' והתורה פסלה ההתחברות עם הקרוב בשעת הגדה דנתבטל עדותו יהני הגדה פעם שנית כיון דנתרחק מן הקרוב והוי כמו קרוב באמצע דמהני והתורה הורה לנו מן ההיקש דמה שנים שאינו מועיל הגדה עוד כיון דלא נשאר אלא אחד כן בשלשה. מזה מוכרחין לומר דקפדה התורה על התחברות משעת ראיה מאחר דהיה כוונה לעדות נתבטל והוי כמו תחילתו בפסלות ואינו מועיל הגדה אח"כ ואף דבעי הגדה בפסול ג"כ מ"מ מודים דהפסול מתחיל משעת ראיה רק המחשבה אינו מועיל באם לא בא מכח אל הפועל דלא הגידו יחד אבל בהגידו נפסל משעת ראיה ולפי"ז אם היו כשרים בשעת ראיה ואח"כ בשעת הגדה נפסל דג"כ עדותן בטילה כמבואר בהכנה"ג ובקצוה"ח (סי' ל"ו ס"ק ד') דמוכח כן מדברי תוס' סנהדרין (דף ל"א) רק דבעינן דוקא הגדה תוכד"ד א"כ בזה מהני ההגדה מן הכשרים פעם שנית דהא בשעת ראיה היו כשרים רק התחברות ההגדה עם הפסול בטלה עדותן אבל בהעידו מחדש הוי תחילתו וסופו בכשרות ובדברי תוס' שם ל"מ הגדה שנית כיון דלא נודע לנו מי המה הכשרים ואם יעידו שניהם מחדש אחכד"ד זה נכלל בדברי תוס' עי"ש בדברים נעימים לתרץ בזה דברי הרמב"ם (פ"ב ה"ג) מעדות ולפי"ז א"ש בש"ס שבועות שם דקאמר מצטרפין לעדו' החודש היינו כשבא עוד עד שלישי ויעיד מחדש ונפסל הראשון בהכחשת השנים ומטעם נמצא אחד קאו"פ לא נתבטל רק הגדה הראשונה כיון דבשעת ראיה היה גם האומר ג' כשר ולא נתבטל רק התחברתי ע"י הגדה בטלה הגדה ומהני הגדה שניה:

ובזה אתי שפיר דברי הב"ש אה"ע (סי' י"ז ס"ק כ"ה) בהא דמבואר שם בעד אומר מת ועד אומר נהרג דאעפ"י שמכחישין זא"ז הואיל ושניהם מודים שאינו קיים ה"ז תנשא והקשו הא הוי הכחשה ונתבטל עדותן וכ' הב"ש משם הפ"מ כיון דע"א מהם אומר מת שאינו חי מותרת משא"כ בד"מ דבעינן שני עדים והקשו האחרונים הא לשבועה סגי בע"א ואעפ"כ כיון דהכחישו בחקירות בטלה עדותן אף לחייבו שבועה ואמאי יתקיים עדותו של האחד. ולמ"ש אתי שפיר דשם נוכל לשאול עוד הפעם שניהם ויעידו מחדש דאינו חי ואף אם נאמר דהגדה הראשונה נתבטל ע"י התחברות הגדתן ואף אם הגידו

יחד תוכד"ד ונתבטל מ"מ מחדש מהני הגדה ואף לעדות אחרת קיי"ל דכשר הוא א"כ יכול כ"א להעיד מחדש ומבלי חקור דבר באיזה אופן היה מיתתו רק שיעיד שיודע דבעלה אינו חי ודי משא"כ בד"מ אין הב"ד מקבלין הגדתן בשום אופן דאף אם יעיד אחד לחייבו שבועה כיון דידענו שכבר הוכחשו יחד בחקירות והבע"ד הכחיש שניהם הוי דין מרומה ובעינן הגדה מחדש. וגם לענין להתיר אשה לבעלה דל"ב הגדה בפני ב"ד ולא אמרינן בהו נמצא אחד מהם קאו"פ דיתבטל עדותן כמו"ש האחרונים א"כ יכולין שניהם להגיד מחדש פעם שנית דיודעים דאין הבעל חי וזה העידו גם בפעם ראשון והסכימו יחד רק דהיה הכחשה בחקירות ואף דאחד פסול מ"מ אחד כשר ואין הפסול מבטל עדותו של הכשר וכיון דאם יגידו פעם שנית דיודעים דאינו חי ומועיל עדותן לכך ה"ז תנשא אף ע"י הגדתן של עכשיו משא"כ בד"מ אם יגידו שניהם מחדש יתבטל מחדש ואף אם יעידו בסתם שיודעים שפלוני חייב לפלוני מנה מ"מ הוי כדין מרומה וצריך דו"ח ויחזרו לפסול הראשון:

אך יש להתבונן בדברי סמ"ע (סי' ל"א ס"ק ב') באם ב' כתי עדים המכחישות זא"ז ובאו אח"כ אחד מכת זו וא' מכת זו והעידו בעדות אחרת דאין כאן עדות שהרי בודאי א' מהם שקר וכתב הסמ"ע דאפילו שבועה א"צ ועיי"ש באורים דתליא אם מתחיל' כוונו להעיד דאל"כ לא נפסל. וקשה לכאורה הא התוס' סנהדרין שם כתבו דהיכא דאין הפסול ידוע לא בטלה עדותן א"כ ממילא יתחייב שבועה [ובס' ט"א מס' ר"ה עמד ע"ד תוס' כיון דמקשינן שלשה לשנים ומה נפ"מ אם הפסול ידוע או לא. אולם י"ל דכוונת תוס' שם לדידן דקיי"ל כר"ה בב' כיתות עדים המכחישות זא"ז דזו בא בפ"ע ומעידה רק ביחד פסולין לכך בעי דוקא שיהיה הפסול ידוע וכיון דאינו ידוע ומס' המה כשרים בפ"ע לכל עדות בזה ל"א שיתבטל כל העדותן] עכ"פ כיון דע"א הוא ודאי כשר ולא נתבטל בהתחברותו עם הפסול כיון דכשר לכל עדות שבעולם. אולם י"ל דדוקא בב' כיתות המכחישין כיון דלא נוכל לבטל עדותן של האומרי' מנה רק מטעם צירוף דנמצא קאו"פ בזה היכא דאין הפסול ידוע לא נתבטל אבל היכא דבאו ונצטרפו יחד לחייבו ממון ונתבטל עדותן מטעם דנמצא אחד פסול בזה נתבטל מטעם דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה:

ועיין מתניתין מכות (דף ו') דכ' תוס' בטעמא דר' יוסי דדוקא בדנ"פ ולא בד"מ משום דבדיני ממונות לא נוכל לומר מה שנים עדותן בטילה דמ"מ נשאר לענין שבועה וכתב שם הריטב"א בטעמא דרבי דאף בד"מ בנמצא אחד קאו"פ דנתבטל עדותן דילפינן שנים מדיני נפשות כמו בדנ"פ נתבטל כן נמי בד"מ והדר מקשינן שנים לג' בד"מ. והקשה

בנו"ב מה"ת חלק אה"ע (סי' ע"ו) דאיך אפשר למילף ד"מ מדנ"פ הא ע"א קם לשבועה וכמו בהעיד לבדו מחייב שבועה אף דנ"מ בד"מ למאומה ה"נ בשנים ונמצא א' קאו"פ מהני לשבועה. עוד קשה על הריטב"א למה צריך בד"מ עפ"י שנים או שלשה כיון דמשנים ידענא בנמצא א' מהם קאו"פ דנתבטל אף הכשר לחייבו שבועה כמו בדנ"פ דנתבטל ממילא שלשה ג"כ נתבטל וכבר תמה בזה בס' ש"מ (סי' ל"ו) ומה שמתרץ שם דבעי ג' בד"מ שיתבטל אף בעדות מיוחדת לא נתישב בזה דברי הריטב"א דמבואר שם בחידושיו (דף ו' ע"ב) דאף בד"מ בעינן שיראו יחד כדי שיתבטל אם נמצא אחד קאו"פ יע"ש. [ובתוי"ט שם כתב מה שנים כו' ה"ז בא ללמד ונמצא למד והקשו עליו הא שנים ממילא נתבטל שלא נשאר רק ע"א אך י"ל דמ"מ נ"מ אם יהא נשאר ע"א עכ"פ על מעשה זו שהעידו דאם יבא עוד ע"א שיצטרפו בדבר דמהני עדות מיוחדת כגון בהורג נפש דמכניסין אותו לכיפה בעדות מיוחדת כמבואר סנהדרין (דף פ"ד) ואם יבא אחד שראה מחלון אחר ויעיד דהיה ס"ד שיצטרף עם זה הכשר שהעיד מקודם או אם יבא עד א' על מעשה אחרת שיצטרף עכ"פ לפסלו דמהני בזה עדות מיוחדת לריב"ק לזה כתב התוי"ט דשוב מקשינן שנים לשלשה כמו דשלשה בטלו שנים הכשרים כן בשנים בטל הגדת הכשר וי"ל בזה גם קושית הנו"ב דמקשינן שפיר בד"מ שנים לשני' דדנ"פ כמו דבדנ"פ נתבטל הגדת הכשר כנ"ל כן נמי בד"מ לענין לחייב שבועה]:

אולם י"ל בפשיטות דשנים ידענו מסברא דנתבטל מטעם כיון דבאו יחד לחייבו בכח שני עדים ונתבטל כחו של שני עדים והורע כחן ע"י שהיה אחד קאו"פ ונתבטל מקצת עדותו של הכשר דבא לחייב מיתה ונתבטל עדותו מסברא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומקשינן שפיר שלשה לשנים כמו דבשנים נתבטל אף עדותו של הכשר מטעם דיקום דבר כתיב לקיים כל דבר אשר בא להעיד עליו ואם נתבטל מקצת עדותו נתבטל מכל וכל כן שלשה נמי אף דכחן של הכשרים לא הורע כלל ונשאר עדות המועיל על הנידון שבאו עליו ונוכל לקיים בו ע"י עדותן יקום דבר מ"מ נתבטל ע"י צירוף של הפסול כמו בב' דנתבטל מטעם יקום דבר ולא מצי דבר. וממילא י"ל בד"מ ג"כ מטעם זה בשני' נתבטל עדותו של הכשר מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו בדנ"פ דנתבטל לגמרי אולם לא היינו ידענו דגם ע"י צירוף הכשרים שלא הורע כחן כלל רק בשביל שנצטרפו עם הפסול יתבטל ג"כ עדותן דלמא רק בשנים הואיל דנתבטל מקצת עדותן שבאו עליו נתבטל כל עדותן משא"כ בג' דרק ע"י צירוף יתבטל עדותן לזה צריך גם בד"מ להקיש שלשה לשנים:

וכן י"ל בטעמו של דברי הסמ"ע הנז' אף דאין הפסול ידוע מ"מ כיון דבאו יחד והתחברו לחייב ממון וזה נתבטל בשביל שיש אחד פסול ונתבטל והורע כחו של הכשר מחיוב ממון נתבטל ג"כ אף לחיוב שבועה מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. והיה מקום לומר ממילא דאף אם לא כוונו יחד להעיד נתבטל ג"כ כיון דבאו יחד.

ברם למ"ש לעיל אם זה יהיה טעם הביטול מחיוב שבועה היה ראוי שיהיה מועיל ההגדה מחדש כיון דלא כוונו יחד בראייתן או דלא העידו יחד תוכד"ד א"כ הי' כשר בשעת ראיה עדותו של הכשר ותחילתו בכשרות ממילא יהיה מועיל ההגדה מחדש וכל אחד המעיד מחדש מקבלין עדותו עכ"פ לחייבו שבועה כיון דקיי"ל זו בא בפ"ע ומעיד' כר"ה וע"כ אם לא יועיל הגדה מחדש צריך לומר כיון דנתבטל משעת ראיה ע"י צירוף הפסול וההגדה תוכד"ד שהגידו יחד ואינו סובר סברת תוס' רק אף באין הפסול ידוע ג"כ נתבטל העדות מטעם דנמצא אחד פסול. וכן הא דשנים נתבטל מכל וכל אף דברי האחד לענין מה שמועיל הגדתו לבדו הוא מטעם דכ' התוי"ט דה"ז בא ללמד ונמצא למד:

ועוד י"ל בטעם הדבר דלענין חיוב שבועה דע"א כללא הוא דכ"מ שב' מחייבין ממון אחד מחייב שבועה ובמקום שאף אם היה אז בשעת הגדה ב' עדים היינו שהיה עמו אז בשעת הגדתו עוד אחד שמעיד כמוהו ל"ה מחייב ממון אין ע"א מחייב שבועה ומה"ט בנמצא אחד קאו"פ אין השני מחייבו שבועה שהרי אם היו ג' אין מחייבין אותו כ"כ ממון עפ"י הב' הכשרים וכמו"ש טעם זה הרב מאירי ז"ל בשיטה מס' סנהדרין (דף ט') והנו"ב ת' אה"ע (סי' ע"ו) א"כ ה"נ כיון דאף אם היו ג' ואחד היה מכחיש לב' בחקירות עדותן בטילה לענין חיוב ממון ממילא בחד לגבי חד אינו מחויב שבועה משא"כ בעד אומר מת ועד אומר נהרג כיון דסגי בע"א לעצם נאמנות דבעלה אינו חי ממנ"פ מותרת אולם זה א"ש להסוברים דגם בד"מ אף דל"ב דו"ח השתא מ"מ אם היה שלשה ושנים כיוונו יחד בדו"ח והשלישי הוכחש בחקירות נתבטל עדותן אבל להסוברים דלא נתבטל וכמו שכ' הב"י בתשו' מובא בתומים ולדבריו בב' כתות המכחישין בחקירות כשר עדותן ממילא בב' עדים המכחישין זה את זה י"ל דעכ"פ נשאר אחד:

וראיתי לבעל הנתיבות בספרו קהלת יעקב (סי' י"ז) שהעלה הטעם בהכחשה בחקירות במת בעלה דתנשא היינו כשהעידו אחר כדי דיבור ובאם הצטרפו בהגדה תוכד"ד כשיש תועלת בשעת הגדה לענין ממון כגון לענין הורדת נחלה ותוספת כתובה נתבטל עדותן כמו בשני עדים דממון דנתבטל אף לענין שבועה אבל אם העידו על איסור דא"צ רק אחד ואין נ"מ בין א' לשנים לא נתבטל העדות של האומר אמת כיון דלא בא להעיד רק ע"ד דסגי בע"א ולכך אם באו פסולין להעיד והוכחשו בחקירות דאינו מועיל רק להתיר

או במקום דליכא נכסים כלל דאין באין רק להתיר לא נתבטל העד האומר אמת אבל אם באו לב"ד בתורת שנים שיועיל לענין ממון ואם לא הוכחשו הי' מועיל עדותן לענין ממון ג"כ כשהוכחשו בטל מכ"א קצת בטל כולה דאין עדות לחצאין עיי"ש ולדעתי אין זה אלא תימא דאם פסולין יעידו ויכחישו דאז יתקיים עדותן ואם כשרים הואיל דבאו גם להיות כב' לענין ממון יתבטל מכל וכל הא אף דכח עדים כשרים נתבטל יתקיים עכ"פ הגדתן כאלו היו פסולין גם אם כדבריו הא אף באם ליכא נ"מ לענין ממון דליכא נכסים ותוס' כתובה נימא ג"כ כיון דבאו בכח שני עדים ונ"מ דאין בכח אחד להכחישן ומן התורה תהיה מותרת ונ"מ לכמה דברים שיהיה מועיל עדותן מה"ת כמובן ואם הוכחשו בחקירות נימא כיון דבטלה מקצת עדותן ואינו מועיל לעדות דאורייתא נתבטל אף עדות של האומר אמת א"ו דבכלל הכשרים יש בהן ג"כ כחן של הפסולין וכמו בפסולין דנשאר כחו של האחד האומר האמת כן בכשרים לא יגרע כחן ואמרינן דכח של עדות המועיל מה"ת נתבטל ומה דנשאר כח להתיר מטעם דאקולי רבנן או מטעם דהוי מלתא דעבידא לאגלויי או מטעם דיקי ומינסבי זה לא נתבטל כלל ואף דהעידו בב"ד נתבטל כח הגדה וקבלת עדות המועיל מן התורה אבל מה דמועיל אף בלא ב"ד זה לא נתבטל. ובפרט למה שכתבתי הגדה מחדש מועיל בזה בודאי ואף דהעידו בפני ב"ד ובאו בכח עדות המועיל מה"ת ונתבטל מ"מ אף אחד יכול אח"כ לומר אף שלא בב"ד דמת בעלה וז"פ וברור:

סימן כא

אם אחד העיד על חבית יין בניסן והשני על חבית שמן באייר והתובע תובע שניהם ול"א לא כי חייב ליתן לו הפחות כן כתב הסמ"ע (סי' ל' ס"ק ח') והאחרונים העתיקו הדברים לדינא מבלי חולק. ולענ"ד יש להבין את זה דהנה מבואר בש"ס גיטין (דף ע"ו) בהותנה תנאי בגט ע"מ שתשמשי את אבא וחזר והתנה ע"מ שתתן לי ר' זוז רצתה משמשתו רצתה נותנת לו ר' זוז ואין אחד מן הראשונים וא' מן האחרונים מצטרפין וכן מבואר באה"ע (סי' קמ"ג ס"י) ועיי"ש בב"ש ובמהרי"ט חלק אה"ע (סי' ל"ח) הקשה בזה הא קיי"ל כריב"ק דמצטרפין ורצה להוכיח מזה דלגבי עדות נשים לא מצטרפין ועיין ב"י (סוף סי' ל') דכתב העושה דבר אחד בפני עדים על תנאי אם מצטרפין ע"א מעדים ראשונים וא' מאחרונים לומר שהיה תנאי בענין זה עיין סו"פ מ"ש בגמרא ע"מ שתשמשי את אבי הרי מבואר דלמד מש"ס דגיטין לד"מ. ובסי' תו"ג שם הרגיש בקושית המרי"ט וכ' סברא נכונה דהיכא דאי אפשר לקיים העדות שיהיה ע"פ שני עדי' לא מצטרפין דדוקא לענין חיוב ממון הב"ד פוסקין ע"י שני עדים כיון דזה העיד על מנה בניסן וזה על מנה באייר מ"מ עפ"י שניהם חייב זה להמלוה מנה משא"כ שם לקיים התנאי כ"א

מעיד על דבר אחר ולקיים דברי שניהם בלתי אפשר דאם כן היינו דנין עפ"י ע"א והתורה אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר עיי"ש והדברים נכונים:

וכן ראיתי שכבר קדמוהו בזה בס' בני יעקב (דף קע"ז ע"ב) והביא שראה כן בשיטת תלמיד רמב"ן מכ"י שהקשה לו קושית מהרי"ט ותירץ דל"ד לדריב"ק דהתם שאני דהא מיהא אמנה קא מסהדי אבל הכא זה מעיד ע"ת זה וזה ע"ת זה וה"נ התם אם חד מעיד אמנה וחד מעיד אשוה מנה לא מצטרפי וה"נ דכוותיה עכ"ל אם כן מכ"ש היכא דזה מעיד על חבית יין וזה על חבית שמן דהוי שוה ר' מכ"ש דלא מצטרפין כיון דאף אם יתן שמן לא מיפטר לדברי עד שמעיד על יין ואם כן אם נחייבו לשמן יתקיים דברי העד אשר העיד על שמן ולדברי תלמידי רמב"ן אף באחד מעיד על שוה מנה ל"מ:

אולם יש להבין אמאי הא המלוה התובע שניהם יכול לומר שכל מה שיתן אם מנה אם שוה מנה מקבל על חוב אחד או על שוה או על מנה ואף בשני מינים כמו יין ושמן ג"כ יכול לומר הרני כאלו התקבלתי על איזה שיאמרו הב"ד וכיון דלדברי שניהם יש לו חיוב על הלוה למה לא יצטרפו בשלמא בגט על תנאי ל"מ חדא דלגבי גט אינו יכול לומר הרני כאלו התקבלתי. וגם בכל תנאי אין החיוב לקיים התנאי דאם אין ברצונה לקיים התנאי אין בידו לכופה רק שיתבטל הגט ולכך כיון דאי אפשר לבטל הגט רק ע"י מניעת שני התנאים לא נוכל לקבל עדותן דליכא כאן רק ע"א על כל תנאי משא"כ היכא דנתחייב לשלם וזה מעיד על שוה מנה וזה על מנה והמלוה תובע שניהם כל מה שיתן לו יכול לומר הרני כאלו התקבלתי. ומצאתי בחידושי רבינו יונה סנהדרין (דף ל') שכתב וז"ל עוד י"ל דאחד אומר חבית של יין וא' אומר של שמן דאפי' תובע את שניהם וכ"א מעיד בזמנו בלא הכחשה שאין מצטרפין של"ש למימר הכא אמנה מיהא קא מסהדי דהא כל חד וחד אמין אחד בפ"ע מסהיד ובעה"ב אינו תובע דמים אלא השמן עצמו והיין עצמו ואין שם שני עדים לא על היין ולא על השמן עכ"ל הרי דפשיט' ליה ג"כ דבתובע דוקא לא מצטרפין אבל נראה מדבריו דדוקא כשבעה"ב אינו תובע רק שרוצה דוקא בשני המינין ואינו אומר הרני כאלו התקבלתי אבל אם תובע דמים היינו השווי' או השמן והיין עצמו אזי חייב לשלם הפחות:

אמנם מדברי תלמידי רמב"ן דכתב אף בא' אומר דוקא וא' אומר שוה ג"כ אין מצטרפין משמע קצת הטעם דהנתב' יכול לומר אני יודע שאין אני חייב כלום רק לדבריך ולדברי שני העדים אני חייב לך יין ושמן ואין אתה יכול להוציא ממון עפ"י עד אחד רק אתה רוצה לחייב אותי מן הפחות ולומר כאלו התקבלתי אני איני רוצה בזה ותליא במחלוקות הראשונים אם יכול המלוה למחול להלוה בע"כ דלוה. ועיין מח"א הלכות זכיה מהפקר

(סי' י"א) שהעלה דמדברי תוס' קידושין (דף י"ט) דמחילה ל"ה הקנאה אלא סילוק בעלמא וממילא מהני אף בע"כ וכתב שם דלדע' הריטב"א שם דהמחילה הוי הקנאה י"ל כל שלא רצה הלוה במחילתו לא זכה עיי"ש ועיין ר"ן כתובות פ' נ"ש מ"ש בשם הרא"ה בהא דמוחלת כתובתה יש לה מזונות אי נימא דמוחלת יהיה לה מזונות כל אחת תמחול וכ"כ הריטב"א שם ובספר הפלאה שם כתב דסברתם אינו מובן מ"ש דכל אחת תמחול דהא בודאי א"י למחול בע"כ דביד היורשים הברירה דא"ר לקבל מחילתה כיון דהוא ריעותא להם. ולמ"ש המח"א א"ש כיון דאינו בגדר הקנאה רק סילוק רשות ל"ב צד קנין ומהני אף בע"כ ועיי"ש במח"א דכתב די"ל אף לדברי ריטב"א קידושין דמחילה מצד הקנאה הוא מ"מ כל כה"ג דהוי הקנאה דממילא אפילו בע"כ של הלוה מהני עיי"ש ודברי ריטב"א כתובות הן עד נאמן לזה דמהני [ועיין מקו"ח (סיתמ"א סק"ד) ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני חמץ (סי' ד')] וכבר כתבתי בזה לעיל דיני דיינים (סי' כ' אות ב') א"כ שפיר כ' הרבינו יונה ז"ל דדוקא אם התובע אינו תובע דמים אבל אם התובע רוצה לומר הרני כאלו התקבלתי לפי ערך כל מה שיתנו לו יהיה מסולק הנתבע בשביל זה הן אם חייב לו יין הן שמן שפיר חייב לשלם אף בע"כ של הנתבע הפחות משני מינים. וכן י"ל כוונ' הסמ"ע ג"כ דדוקא אם התובע אומר הרני כאלו התקבלתי אבל אם תובע דוקא ורוצה שיתן לו שני מינים אז אין הב"ד יכולין לחייבו אף מין הפחות כיון דליכא שני עדים על אותו מין אמנם מדברי תלמידי רמב"ן משמע דרק במנה ומנה בזה חייב אבל בחד מעיד על מנה וחד על שוה מנה דלא מצטרפי משמע אף אם המלוה אומר ממנ"פ יתן לי מנה כי לדברי חייב לי ג"כ שוה מנה ויש לי עוד עד ע"ז א"כ יאמר אם אינו חייב לי המנה מקבל אני על שוה מנה ומה יפסיד. המלוה בזה ולמה לא יצטרפו משמע קצת דדעת תלמידי רמב"ן דא"י לומר הרני כאלו התקבלתי בע"כ של הנתבע ולכך לא מצטרפין גם בזה וצ"ע:

ולפי דברי תלמידי רמב"ן נראה לכאורה אם ע"א מעיד על פנוי' שראה שנתקדשה לשמעון וע"א מעיד שראה שנתקדשה אל ראובן דאין מצטרפין לאסרה לעלמא כיון דלדברי זה שהעיד שראה שראובן קדשה העיד דמכח ראובן נאסרה ואם יגרשה או ימות ראובן תהיה מותרת וזה שהעיד שראה ששמעון קדשה מוסיף וגורע בעדותו ממה שהעיד הראשון דזה אומר ששמעון קדשה וכ"ז ששמעון יגרשנה או ימות היא מותרת לא מאחר ואנן צריכין להחזיק לא"א משניהם דאם נאמר אם גרשה אחד מהם שוב תהיה מותרת כיון דליכא שוב רק ע"א א"כ מקבלין חצי עדות וע"כ צריכין לקבל דברי שני עדים ורק מה ששניהם מסכימין דהיא א"א ולא איכפת לן ע"י מי רק אם שניהם גירשוה מותרת

ממנ"פ א"כ אם אמרו שנתגרשה על תנאי נקבל ג"כ עכ"פ מה ששניהם מסכימין דעדיין א"א היא כ"ז דלא נתקיים שני התנאים ותרוויהו בא"א מסהדי א"ו כיון דלא נוכל לקבל רק חצי עדותן אין הב"ד יכולין לקבל כלל דעפ"י שני עדים יקום דבר וא"כ בקידושין בכה"ג ג"כ לא נוכל לקבל עדותן. ועיין ספר מח"א הלכות עדות (סי' ו') שהוכיח מדברי רמב"ם (פי"ב) הלכות גירושין דסובר אף אם שנים מכחישין בקידושין למי נתקדשה אמרינן כיון דלא אתכחשו עכ"פ שהיא א"א נשארה א"א. ובספר דברי אמת וכן השעה"מ (פ"ט) מאישות השיגו עליו מטעם הכחשת העדים דחד פסול הוא. ולמ"ש אף אם העידו על זמנים נפרדים ג"כ לא מקבלין עדותן כיון דכל אחד מעיד על דבר אחר ודומה לאם תובע חבית יין ושמן דוקא בעינא ויש שני עדים על כל אחד ואחד דפטור משניהם כיון דלא נוכל לקבל דברי שניהם וכמו בגט דא"א לעשות קיום הגט עפ"י תנאי אחד מחמת צירוף עדותן וה"נ דכוותיה ועיין נתיבות (סי' ל' ס"ק ב'):

אך יש לעיין לפי"ז בהא דמבואר ש"ע (סי' ל"ד סכ"ח) אם שני עדים מעידים על אחד שהוא פסול כגון אם אחד אמר שגזל ואחד אמר שהלוה ברבית דמצטרפים לפסלו ומשמע אף אם העידו על אנשים נפרדים זה מעיד שגזל מראובן וזה מעיד שהלוה ברבית לשמעון מצטרפים ג"כ לפסלו וכן מבואר שם בסמ"ע (ס"ק ס"ח) ועיין בכנה"ג (אות נ"ג) שהאריך להביא כו"כ פוסקים דס"ל אפילו במעידים על שני מיני עבירה מצטרפין ודעת רבינו אליהו מזרחי דרק במין עבירה אחת והוא האריך בביאור דברי רבינו ירוחם מקור הדין שברמ"א שם דס"ל דרק על מין עבירה אחת אז מצטרפין ומ"מ כתב כיון דכל הני רבוותא מסכימים דאפילו מעידים על שני מיני עבירות מצטרפין הכי נקטינן ומצאתי בש"מ סנהדרין שבסוף ספר חמרא וחיי (דף כ"ז) בהא דחד אמר קמאי דידי גנב וכתב משם הרב המאירי ז"ל וז"ל שמעינן מיהא דכל שהעידו במין עבירה אחד אעפ"י שהעידו זה במעשה אחד וזה במעשה אחר הרי העד נפסל בכך וכן למעלה קמאי דידי אוזיף כו' ומ"מ צריך שיעידו שניהם על מין עבירה אחד או שניהם בגזילה או שניהם בגניבה או שניהם בערוה עכ"ל וזה נגד כל הפוסקים ובפרט מה לי גניבה או גזילה ועכ"פ דעת כל הפוסקים דלעולם מצטרפין לפוסלו והגרא"ו ז"ל כתב (בסי' ל"ד) דכיון דקיי"ל כריב"ק מצטרפין. ובזה במה יחזור לכשרותו לפי דברי עד שמעיד שגזל אם מחזיר לראובן יחזור לכשרותו וזה אומר שאם יחזור לשמעון חוזר לכשרותו והב"ד אינם יכולין לקבל דברי שניהם דלא יוכלו לקיים הדבר ע"י ע"א ובכ"ז מה שידענו משניהם שזה פסול מקבלין סהדותן ואמאי. ואפשר דבזה באמת א"צ חזרת דמים כלל לחזור לכשרותו רק קבלות תשובה שילך למקום שאין מכירין ויחזיר אבידה. ועיין תומים שם (ס"ק כ"ו)

שהביא משם ס' הראב"ן באם קרובי לוה מעידין שהלוה ברבית דנפסל ע"י דפלגינן דבורן ואמרינן שהלוה לאחר וכשירצה לחזור לכשרותו לא תליא תשובתו בהחזרת רבית כ"א די שילך למקום שאין מכירין ויחזיר אבידה עיי"ש דאם נאמר שיהיה חייב להחזיר להלוה שוב הוי הקרובים נוגעים בדבר. וה"נ י"ל אף דאנחנו מקבלין דברי שני עדים שזה פסול מ"מ להוציא ממנו ממון אי אפשר דאין הב"ד יכולין לדון ע"י ע"א ודי שיחזיר לכשרותו כשמחזיר אבידה. אך קצת יש לחלק משם דשם אחרי שהב"ד רואין שהחזיר אבידה ראינו שחזר בתשובה ואמרינן שבאמת אולי העידו הקרובים שקר או יהי' באיזה אופן שיהיה מ"מ אנן סהדי שחזר בתשובה ואף שהעדים אומרים שכ"ז שלא החזיר הרבית עדיין פסול הוא מ"מ כיון שאח"כ ראינו שהדבר נוגע לממון קרוביהם שוב א"נ אבל בב' עדי צירוף מה מהני חזרת תשובתו כ"ז שלא החזיר לאחד מהם מעידין שני עדים כשרים שעדיין עומד בפסולו ואף דכ"א א"נ להוציא ממון ע"פ ע"א מ"מ שניהם מעידין שלא שב בתשובה ונשאר בפסולו וא"כ אמאי מצטרפין יחד ומקבלין מהם עדותן. ויש עוד לעיין בזה ועיין במ"ש בסי' שאחר זה:

ודע דבגט דלא מצטרפין זה דוקא אם מעידין על חיוב קיום התנאי דעדיין יש בידה לקיים הגט ע"י קיום התנאי וכיון דאם תנאי זה אמת ל"מ קיום התנאי השני וכן אם הראשון משקר והשני אמת ל"מ קיום התנאי הראשון לכך אין להם צירוף אבל אם מעידין על ביטול התנאי היינו שכבר עבר זמן ולא נתקיים שום תנאי משני התנאים בזה ודאי מצטרפין כיון דלדברי שניהם שלא נתקיים שום תנאי מעידין על ביטול הגט ועדיין א"א היא וז"פ והוצרכתי לכתוב זה שראיתי בס' שער משפט (סי' ל' ס"ק ד') שעמד ג"כ על סברא הזאת של התו"ג וכאשר כתבו תלמידי רמב"ן וכתב ולפי"ז אף בשטר ע"ת בכה"ג שיש ב' עדים שמעיד כ"א ע"ת אחר שהי' שכשיעשה כן הלוה יפטור מהחוב והלוה רוצה לקיים שני התנאים לא מצטרפינן להעדים לפטור את הלוה מה"ט עכ"ל ודבריו אינם אלא דברי תימא כיון דאחר שיקיים הלוה שני התנאים יש לפנינו שני עדים המעידין על הפטור למה לא מצטרפין וכמו"ש ג"כ גבי גט על תנאי דודאי אחר ביטול הגט ע"י שלא נתקיים התנאי מצטרפין וכמו שכתבתי. ועיין ספר בית מאיר (סי' קמ"ג) ובמה שיש לעיין ע"ד עפ"י מה שכתבתי:

סימן כב

ואם העיד ע"א שלוה מנה בניסן והכחישו הלוה ונשבע להכחישו ואח"כ בא ע"א והעיד גם על מנה באייר אם מצטרפין וחוזר וניער העד הראשון לצרפו להשני לחייבו מנה דבש"ע (סי' פ"ז סכ"ח) מבואר אם בא שוב עד שני והעיד על אותו מנה דחייב לשלם

ונעשה חשוד ע"פ אבל בצירוף משני מנים י"ל דלא מצטרפין וכן נסתפק בזה אאזמ"ו זצ"ל בספרו ד"מ (סי' נ') וכבר רמזתי בהשמטות בדברי חיים שבתשובת זכרון יוסף העלה בפשיטות דאחר שנשבע נגדו שוב אינו מצטרף ולעומת זה מבואר בס' בשמים ראש (סי' רל"ד) דכתב דחוזר וניעור אף דמקום יש לומר שלקח בעליו השבועה ולא ישלם אבל נראה דמשעת עדות נתקבל ע"א כשר ועומד להצטרף כשיבא חבירו ול"א קם דינא דתיכף בבוא הב' ידענו מיהת בתרי סהדי דחייב לזה מנה אחת [ועיי"ש שכ' אפי' בב' עדים לב' בני אדם בע"ד כותבין הרשאה זה לזה ומצטרפין עדותן למנה אחת וזה צ"ע כיון דאינו יכול להוציא רק לחייבו שבועה מה מהני הרשאה] ומדבריו מבואר דאף א"צ להעיד מחדש ואף אם כבר מת העד הראשון י"ל דמצטרף וי"ל אף דעומד להצטרף אף אם יבא חבירו לאחר זמן רב כמו"ש שם מ"מ בעינן שיהיה קיים בשעת גמ"ד לחייבו ע"י: **והנה** נראה לתת טעם לסברת הזכרון יוסף דאף דמבואר ברמ"א (סי' ל"ד) בב' עדים אחר שנשבע נגד כ"א ואחד פסלינן להו וכן בנשבע נגד העד יכול אח"כ העד ובע"ד להצטרף לפסלו וקצת משמע שם בסמ"ע דרק הבע"ד צריך להעיד מחדש כיון דקודם לכן לא הוי עליו תורת עד אבל העד שכבר העיד בת"ע אינו צריך להעיד שוב שנית אף דקצת משמע מלשון תשובת רא"ש (כלל ל"ח) דצריך ששניהם יעידו מחדש מ"מ כבר דקדק הג"ת (שער יוד ח"א) דאינו צריך העד להעיד מחדש עיי"ש מ"מ זה דוקא שם דעד הראשון העיד שזה חייב מנה ואם ישבע יהיה שבועת שקר לכך כשיש שנים על עדות הזאת שנשבע לשקר מפסל. אבל היכא דנשבע נגד העד הראשון ושוב בא עד השני על הלואה אחרת אינו חוזר וניעור העד הראשון כיון דעדותו הוא נגד חזקת כשרות דהאי גברא ולא מיבעי' להסוברים דעד א' אינו נאמן לנגד חזקה אף באיסורין רק לענין ממון חייבו התורה שבועה לברר הדבר כיון דנוכל לברר א"כ בזה לא יש לו תורת נאמנות רק לברר שישבע אבל למפסלי לאחר שנשבע זה מעיד נגד חזקה חזקת כשרות האלימי ואף לשיטת הסוברים דעד א' נאמן באיסורין אף במקום חזקה מ"מ דוקא באיסורין אבל למפסל גברא בעי תרי סהדי הכשרי' וכיון דלא נוכל לקבל עדותו למפסל אותו ולומר שלשקר נשבע שוב לא נוכל לצרף אותו להשני המעיד על הלואה אחרת ולומר דעכ"פ תרי סהדי מעידין דזה חייב מנה אחת כיון דברור לנו דלא נוכל לחייבו עפ"י עד הראשון דעדותו יתעורר עכשיו להיות נגד חזקה אלימתי חזקת כשרות ונשאר בחזקתו לכל דבר וכשר לעדות דעלמ' ולשבועה וע"כ מחזקינן אותו דהעד או שהעיד בשקר או בדדמי וכיון דלא יש לנו שום ספק בעדותו לדון על ידו לא נשאר רק עד השני והתורה אמרה

ע"פ שנים עדים יקום דבר וכאן ברור לנו דלא מחייבינן לי' עפ"י הראשון כיון דהתעורר עדותו לנגד חזקה:

וראיתי בס' שער משפט שתמה ע"ד זכרון יוסף ולמ"ש יש מקום לסברתו. ומה שהביא מש"ע (סי' פ"ז סכ"ט) אינו דומה לזה דשם שניהם מעידין על פסולו ונעשה חשוד כיון דגם השני מעיד שנשבע לשקר משא"כ אם מעיד על הלואה אחרת כיון דמחזקינן ליה להלוה בחזקת כשרות ולא נעשה אף ספק חשוד לא נוכל לצרף עדותו של הראשון אל השני ולא נשאר רק עד הב' ואין מוציאין ממון ע"פ:

ומה שהביא ראיה מש"ס כתובות (דף כ"ו) בנפק עליה קלא דב"ג ואחתיניה ואתא ע"א ואמר ידענא בי' דכהן הוא ואסקוניה ואתו ביה תרי ואמרו דב"ג הוא ואחתוניה ואתא ע"א ואמר דכהן הוא דמצטרפין העד בתרא להעד קמא אף דכבר נכחש העד קמא עפ"י ב' עדים מצטרפינן ליה להעד בתרא כן נמי בנידון דידן עיי"ש. ולענ"ד אינו ראיה דשם העד קמא כשהעיד דכהן הוא אז ל"ה נוגע בדבר ואז העד כ"מ שיעיד על זה שב"ג הוא מעיד שקר וכשבאו להכחישו אז הוי תרי נגד חד ולכך כששוב בא ע"א לצרפו נתעורר הראשון ולשווי' כתרי נגד תרי וחוזר לכשרותו דאל"כ איך יכשיר העד הראשון אחר שכבר נפסל כשנעשה מוכחש מפי שני עדים ואיך חוזר לכשרותו ע"י עד אחד וע"כ צריך לומר דכיון דכל עד המעיד הוי אז כמעיד מיד מי שיעיד להיפך זה מעיד שקר וכמו שהבאתי לעיל משם הגאון מו"ה חיים יונה ז"ל רק אם שנים מכחישין נאמנים נגד אחד וכשבא שוב ע"א נתעורר להצטרף להיות כתרי נגד תרי. משא"כ היכא דכבר נשבע ונשאר בכשרותו ע"כ צריך אתה לומר דנתבטל עדות הראשון י"ל שפיר דאינו חוזר וניעור להצטרף כיון דע"כ אתה צריך לחייבו ע"י עד השני והתורה אמרה לא יקום עד אחד באיש.

שוב ראיתי בש"מ מס' סנהדרין שבסוף ס' חמרא וחיי (דף ל') בדברי הרב המאירי ז"ל שכתבו גדולי פוסקים בנשבע להכחיש את העד ואח"כ בא עד השני שמחייבין את הנתבע ונעשה חשוד וכ' וז"ל ומ"מ דוקא כשמעידין על מנה אחד אבל אם העידו זה על מנה א' וזה על מנה שני אעפ"י שהן מצטרפין לחייבו בזו הואיל ונשבע כבר נפטר מעדותו של הראשון ועד שני על מנה אחר הוא מעיד ולא סוף דבר בהלואה אחר הלואה אלא אף בהודאה אחר הודאה נמי אמנה דקא מסהיד האי לא קא מסהיד האי כלומר שהדבר ספק ושמא כך הוא אלא כל שהעידו על מנה א' אף אם נשבע ע"פ האחד מחייבין אותו ע"פ השני שנצטרף עמו ויש ראיה לזה מכתובות גבי דאתא חד סהדי ואמר דכהן הוא ואסיקוניה כו' אעפ"י שמשבאו שנים נתבטלה עדותו של הראשון לכשיבא השני

הוא חוזר וניעור ומצטרף עמו עכ"ל הרי דהביא ראי' מש"ס כתובות הנ"ל רק כשהעידו על דבר אחד ומנה אחד דאז חוזר וניעור ולא כשהעידו על שני דברים דאז אחר שנשבע להכחיש את העד לא נוכל עוד לצרפו להעד אחר דהוי כמוציאין ממון עפ"י עד השני בלבד והתורה אמרה לא יקום ע"א וכיון שזכינו לאור המאירי ז"ל אשר בעל זכרון יוסף כוון לדעתו ודאי הגם שהשער משפט כ' ברור לדינא בלי שום פקפוק להיפך שומעין לדברי הראשונים ושלא להוציא ממון אולם בהודאה אחר הודא' די"ל דשניה' אחד מנה קא מסהדי צ"ע למה אין מצטרפין אף אחר שנשבע להכחיש הראשון דהא מ"מ יש שני עדים דהודה על מנה וצריך לומר כיון דמ"מ לא נעשה חשוד על השבועה די"ל דהראשון משקר כיון דנאמן בשבועתו להכחישו ולא נשאר רק עד השני ולא יקום ע"א בממון.

וגדולה מזו מסתפק הרב המאירי ז"ל שם אם אחד אומר בפני גזל מנה בניסן מראובן ואחד אומר בפני הלוה מנה מראובן בתשרי די"ל דאין מצטרפין דיש לחלק מהלואה אחר הודאה שמאחר שהוא בא לפסול גופו בעבירה שמעיד עליו שגזל וא"נ על כך א"נ על המנה וסיים והדבר צריך תלמוד והיינו די"ל דל"ש לומר בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דלענין ממון כיון דתרוייהו מעידין דחייב לו מנה מצטרפין ולענין פסול לא האמינו התורה לעד אחד ומ"מ מסתפק ליה די"ל כיון דלא נוכל לקיים עדותו לפסלו לא מצטרף עמו העד שהעיד על הלואה אחרת. וזה הכל כשלא נשבע להכחישו אבל כשנשבע להכחישו כ"ז שלא נוכל לפסול את הנתבע לא מצטרפין אף בהודאה אחר הודאה כיון די"ל דלאו אחד מנה קמסהדי וכיון דלא נוכל לפוסלו ממילא קם דינא ולא מצטרפין לגבי העד האחר. ואף דיש קצת מקום לומר דהרב המאירי ז"ל לשיטתו שהבאתי משמו לעיל דסובר דעל שני מיני עבירות אין מצטרפין לפוסלו והטעם כמו"ש לעיל (סי' כ"א) כיון דלא נוכל לקבל כל עדותן דכ"א מעיד על פסול אחר ושאינו חוזר לכשרותו עד שישוב מעבירה שהעיד עליו ולא נוכל לקבל כדברי שניהם לכך לא מצטרפינן להו וה"נ כיון דלא נוכל לפסול את הנתבע ולומר שנשבע לשקר להכחיש העד הראשון לכן לא נוכל לצרפו עוד להשני אבל לדידן דפסקינן דכל מה שנוכל לצרף אותם יחד מצרפינן י"ל דה"נ אף דלא נוכל לפסול אותו בשביל שבועתו מ"מ כיון דלתרוייהו חייב לו מנה מצטרפין מ"מ מסתבר דבכה"ג שכבר נשבע להכחישו קם דינא ואינו חוזר וניעור ולחלק בין זה לזה מובן בקל לכל מעיין:

וראיתי בתשובת עבודת הגרשוני (סי' ק') דנשאל אם אחד תובע לחבירו מנה וכפר והביא עד אחד לסייעו ופטרו משבועת היסת ואח"כ תפס התובע שלא בעדים. אם נאמר דהדין דנשבע התופס שבועה דאורייתא להכחיש את הע"א שהביא הנתבע בראשונה

או נאמר כל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי הוא כשנים. ודעת העבודת הגרשוני דמעולם לא האמינה התורה לעד אחד רק לפוטרו משבועה ולא לפוטרו מן ממון ואם נאמר דפטרו מתפיסת התובע אח"כ פוטר אותו מן ממון ועד אחד אינו קם לממון. לכן הדין דמהני תפיסה וישבע להכחיש את העד עיי"ש ולי צ"ע אם העד לפנינו להעיד עוד הפעם כיצד יתחייב שבועה להכחישו כיון דאז ל"ה עדותו רק לפטור את הנתבע מן שבועה ול"ה עדותו לחייב שום דבר להתובע רק הואיל דהיה מסייעו להנתבע פטרו משבועה ול"ה אז חל שם עדות לחייבו להנתבע במה יתעורר עדותו שוב כשתפס התובע אח"כ מן הנתבע והדין דנאמן במגו דלא תפסתי א"כ כ"ז דאין העד מעיד לפני ב"ד דאינו חייב במה יתחייב שבועה דאורייתא כיון דהגדה הראשונה הוי גרוע כמעיד שלא בפני בע"ד דאז בשעת עדותו ל"ה בע"ד נגדו לחייבו רק לפטור את הנתבע ועכשיו כשנולד חיוב חדש שהתובע תפס מסתברא דהגדה הראשונה אינו עושה פעולה לחייבו עכשיו במה שנולד מחד' שנעש' התובע נתבע ל"מ להסוברים (סי' פ"ז) דאין עד עושה שני פעולות ודאי אינו יכול לחייבו כיון דעדותו עשה אז פעולה לפטור את הנתבע משבועתו אינו פועל לחייב ועיי"ש בש"ך (ס"ק ל"ד) אלא אף אם נאמר כמו שהביאו המחברים שם מתשובת מיימוני דעד המחייב שבועה יכול לפטור ג"כ מ"מ בנידן דעה"ג נראה כיון דאז נפסק הדין ע"י הגדה לפטור את הנתבע מן חיובו ול"ה אז בעולם עדותו לנגד התובע כיון דלא תפס רק אח"כ נולד שהתובע תפס שלא בעדים אין העד יכול לחייבו שבועה דאורייתא להכחישו אם אינו מעיד עדותו מחדש לחייבו שבועה דאורייתא וצ"ע:

סימן כג

הא דהלואה אחר הלואה או הודאה מצטרף לחייבו יש לחקור אם דוקא ע"י הודאתו שהודה שחייב שזה בירור גמור דהודאת בע"ד הוי חיוב ברור וכן עד שהעיד שראה שהלוה הוי בירור גמור לכן הוי כסוג אחד שיש להב"ד ב' עדים לחייבו אבל אם אחד העיד בפני הלוה וע"א העיד בפני נתחייב זה בב"ד ע"י ב' עדים שהעידו עליו לחייבו אבל זה העד אינו יודע כלל מאמיתת הדבר י"ל דאינו מצטרף לחייבו ויש ראיה לזה מדברי רשב"א בש"מ כתובות (דף כ"א ע"ב) בהא דעד ודיין אין מצטרפין דקאמר רבא מאי דקא מסהיד סהדא לא מסהיד דיינ' וז"ל ורבינו אלפסי פירש בב"ב עד ודיין מצטרפין עד שהעיד שראה ההלואה ודיין שהעיד שנתחייב בבית דינו עפ"י עדים מצטרפין ואסיק רבא דאין מצטרפין דסהדא מסהיד על הלואה ודיינא לא מסהיד אלא שבב"ד נתחייב אבל א"י אם נתחייב באמת או בשקר ולפי פירושו ל"ד להודאה אחר הלואה דמצטרפין דהתם תרוייהו בקושטא קא מסהדי האי דחזא שמנה לו מנה והאי דחזא דאודי ליה

קמיה בההוא מנה אבל הכא דלמא הני דאסהידו עליה בבי דינא שקרא קא מסהדי ודיינא מאי דשמע קא מסהיד וקיי"ל כמ"ד דאין מצטרפין עכ"ל הרי אף דהודאה אחר הלואה מצטרף מ"מ דוקא בהודאת הבע"ד דהוי בירור יותר ממה דמעיד שנתחייב בב"ד ע"י ב' עדים:

אולם מדברי תשובת רא"ש מובא ברמ"א (סי' ל' ס"ז) נראה לכאורה דמצטרפין בכה"ג דכתב עד אחד העיד שראובן נתן לשמעון קרקע בקנין ועד א' העיד ששמעון החזיק בהקרקע כראוי מצטרפין דהוי כהודאה אחר הלואה. ובתשובת רא"ש (כלל נ"ט) כ' שם משם השואל דאין לצרף שתי עדיות דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי שזה העיד על עיקר הקניה וזה לא העיד אלא על הדירה ואפשר שהיה דר בו בשאלה ושתי עדיות מחולקות הן וכמו בעד ודיין דאין מצטרפין והרא"ש שם כ' דכל היכא דדר בו תלת שנין נפקא ליה מתורת שאלה ואלו הוה ליה תרי סהדי הוי דחזקה ול"א בשאלה ושכירות דר בחד סהדי נמי עדותו קיימת אלא שע"י עד אחד אין להחזיקו בקרקע ועד הקניה ועד החזקה מצטרפין כיון דשניהן מעידין להעמיד הקרקע בידו ול"ד לעד ודיין משום דעל ב' דברים הן מעידין העד העיד על מנה שבשטר והדיין מקיים חתימת העד וליכא אלא חד סהדי אמנה עיי"ש ולדעת רשב"א דדוקא אם שניהם בקושטא מסהדי על דבר ברור בקושטא אבל במה דמעיד אחד שנתחייב ע"י שני עדים אמרינן דלמא הני סהדי שקרא קא מסהדי א"כ זה שמעיד שדר בו ג' שנים אינו מעיד ג"כ על דבר ברור שהקנה לו דבאמת יכול להיות אף דדר בו ג' שנים מ"מ היה בשאלה או שכירות:

אך י"ל דתליא במחלוקת הראשונים המבוארים קצוה"ח(סי' ק"מ) מה כחו של חזקה שלש שנים דדעת רמב"ן וס' תורת חיים דעיקר טעמא דחזקה משום דשתיק רגלים לדבר דמסתמא מכרו לו אלא דבתוך שלש איתרע במה דאין לו שטר ולאחר שלש כיון דטפי לא מזדהר לאו ריעותא הוא אמרינן חזקה מדשתיק ודאי מכרו לו והקצוה"ח העלה שם בדעת רמב"ם והנ"י דחזקה דשלש שנים אינו אלא תיקון עולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך שלש שנים ואין מערער שוב לא יתעורר עוד ערעור ולא מזדהר טפי ויהיה מזה פסידא דלקוחות לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים עיי"ש וא"כ י"ל דהרא"ש סובר דחזקת שלש שנים הוא מן הדין דהיה לו להיות נאמן מיד משום דשתיק ולא מיחה ורגלים לדבר ואנן סהדי דשלו הוא רק לסלק הריעותא מה דלית ליה שטר קנין או ראיה צריך שלש שנים ואם כן בקושטא קא מסהדי והוי כמו הודאה אחר הלואה אף דג"כ העד אינו מעיד רק מה ששמע שהודה ובכ"ז מצטרף כיון דהודאתו ודאי קושטא הואיל ואנן סהדי ה"נ כשמעיד

שישב ג' שנים הוי כאנן סהדי שמכרו לו ושפיר מצטרף עם ע"א האומר שקנה ממנו אבל לדברי הנ"י והקצוה"ח דעיקר חזקת ג' שנים הוא רק תקנות חז"ל אבל מה"ד לעולם היינו אומרים קרקע בחזקת בעלים א"כ העד אינו מעיד על אמיתת הדברים דשפיר יכול להיות שישב ג' שנים מ"מ לא מכר לו כיון דליכא אנן סהדי ולמה מצטרפין אך י"ל דעכשיו כיון דכבר תיקנו חז"ל דלא יהיה יכול שוב לערער אחר ג' שנים לכ"ע הוי כמו אנן סהדי דמכר לו כיון דשתיק ויודע ששוב לא יהיה יכול לערער והוי כמעיד העד בקושטת הדברים.

אולם מדברי הרא"ש ר"פ חזקת הבתים נראה דרק תקנות חכמי' הוא ואף לדידן דכבר תקנו חז"ל דשוב א"י לערער אחר שישב ג' שנים מ"מ לאו מתורת אנן סהדי הוא מדכתב שם דאף אם מיחה שלא בפניו רק בפני ב' עדים ועדי המחאה מעידים שלא אמרו המחאה לשום אדם אפי"ה הוי מחאה דכיון דאמרו חכמים מחאה שלא בפניו הוי מחאה דסמכו ע"ז דמסתמא יאמרו לאחרים שמיחה לפלוני על קרקע שפלוני מחזיק בה דמלתא דתמיה הוא דאדם מחזיק בקרקע של חבירו ורגילות לפרסם הדבר אפילו אם אירע שלא אמרוה לשום אדם הוי מחאה כיון שמיחה כמאמר חכמים ולדברי רמב"ן דמצד הדין מהני החזקה רק לסלק הריעות' דלית ליה השטר צריך ג' שנים דטפי לא מזדהרי א"כ אם לא שמע מן המחאה למה מהני המחאה הא מן הדין סגי במה דשתיק עד המחאה רק ג' שנים צריך לסלק הריעותא מה דאין בידו השטר וללוקח ליכא שום ריעותא ובש"ע (סי' קמ"ו) פסקינן כדעת הרא"ש אך י"ל שם הוא הטעם כמו"ש הרמב"ם הל' טו"נ די"ל מסתמא שמע הלוקח דחברך חברא אית לי' ולאו אדעתי' דהעדות. גם י"ל כיון דהשתא הדין הוא דצריך ג' שנים דוקא לסלק הריעותא דלית ליה השטר שוב סגי במחאתו תוך שלש וליכא ראיה משתיקתו כיון דידע דיכול למחות עוד. ובאמת יש להעיר לדעת הרא"ש כיון דעש' כתיקון במחאתו סגי אף דהוא לא שמע נימא עכ"פ לא חציף אינש למיחת לארעא דחבריה וכקושית הש"ס ב"ב (דף ל"ג ע"ב) אי הכא ארעא נמי ומשני אמרינן ליה אחוי שטרך וכיון דעבר ג' שנים וטפי לא מזדהר שוב נשאר סברת לא חציף ועיי"ש ברמב"ן דמפרש קושית הש"ס א"ה ארעא נמי שיהיה נאמן אף שלא החזיק ג' שנים ואף דלדבריו יקשה יהיה די בשנה אחת כיון דיש ריעותא למוכר במה דשתיק וללוקח אף דיש ריעותא דאין בידו השטר מ"מ זה מסלק סברת לא חציף וצריך לומר דסברת לא חציף לחוד לא היה מברר הדבר להוציא הקרקע ממר"ק רק בצירוף סברת דלא שתיק אינש ונגד שני ריעותות של המוכר יש ריעותא גדולה ללוקח במה דל"ל השטר לכך צריך ג' שנים לסלק הריעותא דלוקח. ומה שהקשה הקצוה"ח

על הרמב"ן מהא דאי דלי ליה צנא דפרי לאלתר הוי חזקה ואי טוען לפירות הורדתיך נאמן ובחזקה דשלש שנים ל"מ למיטען לפירות הורדתיך ואם עיקר כח חזקת ג"ש הוא מטעם ריעותא דמוכר דשתיק יטעון לפירות הורדתיך וליכא ראיה משתיקתו לא קשה דהא מבואר רמב"ן בחידושיו שם (דף ל"ה) וז"ל והנ"מ תוך ג' דעביד אינש דמדלי ללוקח פירות ושתיק אבל לאחר ג' לא כיון דמשך זמן לא שתקי אינשי בלוקח פירות עכ"ל. ובדעת הרא"ש כנראה דסברת לא חציף ומה דשתיק ג"כ אינו מברר רק תקנת חכמים הי' וכמו שכתב הנ"י וא"כ לא הוי בירור גמור שכן הוא עצ האמת ואף עפ"כ מצטרף עם עד קנין וע"כ דחולק על הרשב"א בש"מ כתובות הנז':

סימן כד

היכא דיש שני עדי צירוף לחייבו ממון ויש ע"א המכחיש לע"א זה מבואר מדברי הרא"ש בתשובה (כלל נ"ט) דשוב אינו מצטרף להעד האחר עיי"ש אולם אם כבר נצטרפו ופסקו הב"ד ע"י שניהם שחייב לשלם ממון בזה יש לעיין אם שוב בא עד א' והכחיש רק עד א' אם נאמן להכחישו שלא יהיה נשאר רק עד השני על הלואה האחרת ונתבטל הפסק או דלמא כמו דקיי"ל כל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי כאן שנים ושוב אין אחד יכול להכחישו כן נמי בזה אף דלא האמינה התורה לעד הלזה בלבדו רק כיון דמפי שני עדים ידענו שזה חייב להתובע מנה מחייבינן ליה לשלם וי"ל כיון שבא עד אחד להכחיש העד הא' נתבטל עדותו ולא נשאר רק ע"א מ"מ יש לומר כיון דבכ"מ אין אחד יכול להכחיש שנים ועפ"י שני עדים אמרה תורה יקום דבר שאין עד אחד יכול להכחישו כן נמי בעדי צירוף איככה נוכל לצרפם ולהוציא ממון במקום שעד אחד יכול להכחיש מעשה אחד היינו לעד א' מהני תרי וע"כ כיון דסתמא דקרא לריב"ק מה דכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר היינו אף ע"י צירוף שוב אין אחד יכול להכחישו כן נראה לכאורה מסברא:

אמנם אם תרי סהדי מכחישין אח"כ להאחד אם נידון הדבר לתרי נגד תרי או תרי נגד חד שלא יהיה שום ס' בדבר בזה יש לספק. וראיתי בס' שער משפט (סי' ל' סק"ד) שהאריך בזה והוא כתב היכא דיש שני עדים המכחישין את שני העדי צירוף בזה הוי תרי נגד חד כיון דאין אחד מסייעו לחבירו והביא ראי' לזה מד' ירושלמי המובא בש"ך (סי' מ"ו ס"ק י"ב) באם עדי שטר אמרו אין זה כ"י ואין אחד מהן מעיד על חבירו ואחרים אומרים כתב ידן הוא והו"ל תרי לגבי חד וה"נ דכוותיה עיי"ש ואינו ראי' מבוררת משם די"ל שם דלא היינו דנין עדיין לבירור שאין זה כ"י אף אם באו מקודם העדי שטר ואמרו כ"א שאין זה כ"י מ"מ לא היינו דנין רק שלא נתקיים עדיין השטר דאולי יתברר הדבר בבירור גמור שזה כ"י רק היינו דנין שלא נתקיים השטר ול"ש לומר כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי

כאן שנים כיון דל"ה דנין להאמינן רק שלא נתקיים לכך כיון שבאו תרי לגבי חד נאמנין. אבל היכא דנצטרפו והיינו דנין לחייב להנתבע ע"פ י"ל דכ"מ שהאמינה התורה הרי כאן שנים והוי כתו"ת:

ברם נראה דודאי אף אם שנים מכחישין רק לעד האחד היינו מעשה אחד נאמנין לגבי חד ולא נשאר רק ע"א ואין הב"ד יכולין להוציא ממון ע"פ עד א' והטעם כיון דאין שני עדים נאמנין למפסל לשנים אחרים רק הא דהזמה חידוש הוא וכן בשני כיתות עדים המכחישין דאין האחרונים נאמנין למפסל להראשונים כבר ביאר ע"נ בקונטרס הגאון מו"ה חיים יונה ז"ל כיון דלא מעידין על גופן של העדים רק להכחיש המעשה והראשונים אז כשהעידו ל"ה מי שמכחישין והם העידו שמי שמכחישין הם יעידו בשקר לכך הוי כתו"ת וזה דוקא היכא דב' העדים העידו לסייע זה לזה הוי כהעידו שמי שיכחיש דבר זה יאמר שקר אבל בעדי צירוף משני הלואות ואין אחד מסייע לחבירו אף שזה אומר מי שיעיד להיפך יעיד בשקר מ"מ שנים נאמנים למפסל אותו ולומר שהעיד בשקר ונשאר זה העד פסול לכל עדות שבעולם וכיון שנשאר פסול כיצד נוכל לצרפו ולדון ע"י עדותו מה שהעיד שלוה מנה בניסן כיון דע"י עדות זאת נשאר בפסול לעולם דהוי תרי לגבי חד וכיון שיהיה נשאר בפיסול לכל עדות שבעולם כיצד נוכל לומר לצרפו להעד השני וממילא לא נשאר רק עד האחד השני המעיד בהלואה אחרת ואין ע"א נאמן להוציא ממון ע"פ וכן ראיתי בספר פני יהושע מס' כתובות פ"ב בק"א (אות פ"ז) שהעלה אע"ג דקיי"ל כ"מ שהאמינה תורה עד א' הרי כאן שנים היינו חד לגבי חד אבל אם תרי מכחישי נתבטל העדות של העד הראשון לגמרי ותצא וגם הולד ממזר וכ' וכן בדין שהרי העד גופא נפסל לכל העדות שבעולם והאריך שם בזה להשיג על הב"י אה"ע (סי' קע"ח) וה"נ דכוותי' אף דהאמינו ע"י צירוף העד האחר מ"מ כיון דנפסל לכל עדות שבעולם לא נוכל לקבל עדותו באותו מעשה ולא נשאר רק עד האחר שאינו מוכחש:

אך בתשב"ץ (ח"א סי' ס"ו דף ל"ג ע"ג) כ' וז"ל ועוד דמההוא דעולא איכא למימר דאפילו אמרו שנים טהור הוא אינם נאמנין להכחיש העד האומר טמא דכיון דבזה אחר זה הם הראשון האומר טמא הוי כשנים והוי לי' כשנים אומרים טמא ושנים אומרי' טהור דלא שרינן ליה עכ"ל הרי כמו שכתב הב"י דאף בתרי נגד חד הו"ל כתרי ותרי ודלא כמו שכתב הפנ"י וגם לכאורה יש מקום עיון בזה הא בדברי הרמב"ם הלכות רו"נ (פרק ט') כ' עד א' אמר ראיתי את ההורג ה"ז נאמן כב' לענין זה ואם בא אח"כ עד אחד והכחישו ואמר לו לא ראית אין משגיחין ע"ד האחרון ואין עורפין באו שנים אחר שהעיד האחד והכחישוהו וא"ל לא ראית הרי הן כב' עדיות המכחישות זא"ז ועורפין עכ"ל נראה

לכאורה דאף שנים לגבי חד ג"כ כיון שהאמינה תורה לזה שאמר ראיתי הוי כתרי נגד תרי ועיין לח"מ (פי"ב) הלכות גירושין הקשה הא בש"ס יבמות (דף קי"ז) פריך פשיטא דאין דבריו של אחד במקום ב' דע"כ לא אמר עולא אלא חד לגבי חד אבל חד לגבי תרי לא ואמאי אמר שהם כב' עדים המכחישים זה את זה עיי"ש יתר מזה ראיתי מדקדקים בדברי רמב"ם שם במ"ש שם הלכה כ' באו ואמרו לא מת אעפ"י שנשאת תצא מבואר דל"ה כעדות מוכחשת דאל"כ היה לו לומר אם נשאת לאחד מעדיה דהיינו להאומר מת דל"ת. אולם ממה דכתב שוב בד"א כשהיה העד אחד שנשאת ע"פ כמו השנים שבאו והכחישו אותו כגון שנשאת ע"פ איש ובאו ב' ואמרו לא מת או ע"פ אשה או ע"פ עצמה ובאו ב' נשים או ב' פסולין של דבריהן ואמרו לא מת אבל עד כשר אומר מת ונשים רבות אומרות לא מת או פסולין אומרים לא מת ה"ז כמחצה ע"מ ואם נשאת כו' מבואר דדוקא בנשאת עפ"י אשה נאמנין שני פסולין של דבריהן אבל נגד עד כשר אין שני פסולין דבריה נאמנין ואמאי הא דומה להמקדש בפסולי עדות דרבנן דדעת הרמב"ם דצריכה גט ה"נ כיון דמדאוריית' עדים כשרים הם המעידין דהיא א"א במה אזיל האיסור תורה ומהראוי הי' שגם בנשאת להעד הכשר דתצא. ויש להוכיח מזה דדעת רמב"ם דעד אחד כשר בעדות אשה נאמן מה"ת ומה דכ' בבאו ב' ואמרו לא מת דתצא היינו אף דהוי כעדות מוכחשת מ"מ תצא מדרבנן ומשו"ה לא כתב והולד ממזר ולכך בפסולין מדבריהן מכחישין אותו א"נ ול"ת כיון דמדאורייתא בלא"ה לא תצא דהוי כעדות מוכחשת רק מדרבנן ומדרבנן המה פסולין אלו דברי ס' נ"ש:

ולענ"ד הדבר זר מאד לומר דשנים לנגד אחד יהיה כתרי ותרי הואיל דהאמינתו תורה וסברת פנ"י כחומה בצורה כיון דעפ"י שנים עדים יקום דבר ונאמנין על הראשון דהעיד בשקר ומעתה נפסל לכל עניני עדות שבתורה הואיל דמחזקינן שהעיד בשקר ואיככה נאמר לעשות ספק בעדותו אם אמת העיד. אולם מ"ש הרמב"ם הלכות רוצח דהוי כשני עדיות המכחישות ה"ט דשם הא דעד א' נאמן לומר ראיתי את ההורג לאו תורת עדות ע"ז רק כיון שנודע לאחד גזה"כ דל"ה עורפין וכשאומר אחד ראיתי נאמן וגם לא מפסל בשביל זה לעדות דלא עבר על ל"ת ברעיך כיון דלא העיד על רעהו דלא צריך שיאמר מי הוא ועיין ספר ח"ש חאה"ע (סי' כ"ג) דנסתפק בזה אם צריך שיכירו ולומר מי הרגו עיי"ש והדבר מבואר בירושלמי פרק עגלה ערופה דאם אין מכירין אותו אז אפילו שני עדים ראו היו עורפין אבל די אם אומר אם רואין אנו אותו אנו מכירין אותו יעיי"ש דל"צ שיכירו ויעידו מי הוא רק שראו בקרוב אף שאינו מכיר אותו מי הוא מ"מ אם אומר אם הי' בא בפנינו היינו מכירין אותו די וכן בעד אחד ג"כ די אף באינו אומר מי הוא

רק שאם הי' בפניו היה מכיר אותו וא"כ אינו מעיד על שום דבר רק שגורם שהב"ד לא יביאו עגלה ערופה ולא מפסל בזה ועיין מ"ש לעיל (סי' ה') משם הנו"ב והתומים דבעינן דוקא שיעידו ע"ד להרשיע את הצדיק ואף דפקפקתי שם ע"ז מ"מ בכה"ג דאינו מעיד על שום דבר רק שראה מה שלא ראה לפי דברי העדים המכחישין ולא גרם לשום דבר רק למנוע מלהביא ע"ע י"ל דלא מיפסל ואף למה שהוכחתי שם מש"ס שבועות (דף מ"ח) דלא כמו"ש הגרע"א ז"ל לדון דאם העידו שקר לקדש החודש דלא מפסלי בשביל דלא העידו על רעיך ומש"ס מבואר דמפסל מ"מ היינו דוקא שם בדבר דצריך קבלות עדות וכשר דוקא וגרם לכמה דברים הנ"מ לכל העולם בעניני ממון ג"כ בזה כשהעיד שקר מיפסל דעבר על לא תענה אבל באומר ראיתי את ההורג לאו תורת עדות כלל ע"ז יש לומר דלא מפסל ולכך כיון דליכא שום נ"מ למפסל הראשון והתורה האמינו כשנים כ' הרמב"ם דהי' מקום לומר דהוי כעדות מוכחשת רק אף בעדות מוכחשת עורפין כיון דלדברי שנים המכחישין אומרים שלא ראה ולא נודע חייבין הב"ד לערוף. אבל בעד המעיד לומר מת שתנשא אשתו ובאו שלו כשרי' להכחישו ואמרו שבשקר העיד ומפסל לכל עדות שבתורה ודאי תצא מדאורייתא דלא יש שום ספק לפנינו דעפ"י שנים עדים יקום דבר וכסברת הפנ"י:

אמנם זה דוקא במקום דמפסל העד הראשון שהעידו עליו שעבר על ל"ת אז ליכא שום ספק בפנינו לחוש על עדותו של הראשון כיון דמכח עדותו מפסל בבירור אבל אם מכחישין אותו פסולי עדות דרבנן כיון דלא מקבלין עדותן על הראשון למפסל אותו לכל עדות שבעולם כיון דפסולי דבריהן הן ויש כח לחכז"ל שלא לקבל עדותן ממילא בזה אף דמדאורייתא הן כשרים מ"מ כיון שהאמינו לעד הראשון הוי כשנים והוי כעדות מוכחשת ואם נשאת להעד לא תצא כיון דגם לשאר עדות שבעולם נאמן הראשון ולא פסלינן ליה ואדרבא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דא"נ למפסל להעד הראשון בטל עדותן רק כיון דכל נאמנות של הראשון ליתא רק מדרבנן כדעת הריב"ש בדעת הרמב"ם גם שני פסולין יכולין להכחישו אבל אם נשאת להעד לא תצא כיון דהאמינוהו כשנים והעד כשר לכל עדות שבעולם. ועיין בזה בב"ח אה"ע (סי' י"ז) שוב ראיתי בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' קי"ג) דעמד ע"ד הרמב"ם בב' פסולי דבריהם אמאי לא תצא ולמ"ש א"ש ועיין רמב"ם סוף (פ"א) מסוטה בא עד אחד כשר ונשים רבות או הפסולין אומרים לא נטמאת ה"ז שותה שעד אחד ופסולין רבים כמעמ"ח הם. ושם ע"א בסוטה האומר נטמאת נאמן מדאוריית' ויקשה אמאי הפסולין נאמנין לשווי' ספק שיהיה כמחצה על מחצ' נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דהעידו על

אותו זמן שאומר הכשר שראה שנטמאת דלא נטמאת והעידו על הכשר שהעיד בשקר וע"ז א"נ למפסלו נימא בטלה כל עדותן. בשלמא בכל ע"א דעלמא המעיד על חיוב ממון מחייב שבועה ול"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה שם לא נתבטל כלל עדותו רק גזה"כ לחיוב ממון בעינן ב' עדים ואם בא לצרף אתו עוד עד א' מחייבו ממון וי"ל דזה הטעם דעד פסול אינו מחייב שבועה כמבואר רמב"ם (פ"ה) מעדות ועיי"ש בכ"מ ובנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ג"ל) באורך שחתר למצוא טעם דעד פסול אינו מחייב שבועה [ומ"ש שם הרמב"ם וכ"מ שע"א מועיל אשה ופסול ג"כ מעידים חוץ מע"א של שבועה שאין מחייבין אלא בעדות כשר הראויה להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון על פיו אף דסתם הרמב"ם דכ"מ שעד אחד מועיל אשה ופסול מעידין ומשמע דשוין הן מ"מ במקומו מבואר דיש הבדל ביניהם דבסוטה גזלן דאורייתא א"נ כמו בעדות מיתת הבעל כמו"ש הלכות סוטה (פ"א הט"ז) דרק הפסול מד"ס נאמן אבל שלא להביא עגלה ערופה כתב (פ"ט הי"ב) מרוצח דאפילו עבד או פסול לעדות בעבירה ל"ה עורפין מבואר אף הפסול מה"ת ועיין כ"מ הלכות סוטה דרק לעדות אשה גזלן מה"ת פסול ועיין ט"א מס' ר"ה (דף כ"ב) ד"ה הא אשה] וי"ל בפשיטות דזה שכתב הרמב"ם מפי שמועה למדו כ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה והיינו דדוקא אם יש לו צירוף לחייב ממון אז ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואף לר"נ סנהדרין (דף כ"ט) דבעי שיגידו ביחד מ"מ אם היה לו צירוף היה מחייב ממון לכך מחייב שבועה אבל עד פסול דלא יש מציאות לחייב ממון והוא בא להעיד על חיוב ממון אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אבל בפסולין המכחישין לזה שאומר שראה שנטמאה מעידין עליו שהעיד בשקר נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ועיין ש"ש (ש"ו פרק כ"ג) שהעלה שהעד האומר לא נטמאה לא יש לו שום כח מה"ת רק להכחיש להראשון וא"כ כיון דלענין הכחשה א"נ למפסל נימא בטלה כולה. וצריך לומר כיון דאף פסול נאמן לענין טומאה ע"כ לאו שם עדות הוא רק מטעם רגלים לדבר ואומדנא ונגד זה נאמן אף פסול להכחישו: **אך** המעיין ירושלמי סוף (פ"ו) דסוטה יראה דהיכא דמעידין על הסתירה ואינם מעידין אם נטמאה ואחד אומר דלא נטמאה בבירור תתקים עדות בשאר מפני שרגלים לדבר עיי"ש. ומזה מבואר דעד אחד אינו נאמן לטהר בספק סוטה וכן בס' טומאה ברה"י ובספר אליהו רבה וזוטא מבעל מכתב מאליהו (בדף פ"ב) הניח דין זה בספק ובש"ש שם העלה דנאמן וכן משמע קצת מלשון רשב"א בש"מ כתובות סוגיא דפ"פ (דף מ"ג ע"א) שכ' דספק טומאה ברה"י דטמא משום דליכא מאן דאמר לא נטמא מבואר דאם אחד אמר דלא נטמא דמהימן רק בסוטה הואיל דרגלים לדב' א"נ הואיל דאיתרעא החזקה ומשמע

דעד דעלמא נאמן עיי"ש ובנו"ב חנינא חאה"ע (סי' י"ו) כ' בפשיטות דבסוטה הואיל דיש רגלים לדבר אין עד א' נאמן לומר לא נטמאה ולפנינו מבואר בירושלמי דאינו נאמן שלא תשתה ושתהיה מותרת ועיין מ"ש בזה ביו"ד (סי' ה') וא"כ ודאי קשה להבין למה יהיו פסולין נאמנין להכחיש הכשר שאומר נטמאה כיון דרגלים לדבר ואתו רק להכחיש ובזה ודאי מהראוי לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ואולי יש לומר למה שכתב הנתיבות (סי' ל"א) בכוונת הספק דחכמי בריסק בעד המכחיש לעד דמצטרפין אח"כ להעיד יחד משום דכ"ז דליכא שנים המעידין עליו דהעיד שקר תלינן שהעיד בדדמי עיי"ש וא"כ עד המכחיש להעד אינו מעיד על עד הראשון שהעיד שקר ועבר על ל"ת רק שהמעשה שקר ועל העד אינו מעיד כלל לכך בפסולין האומרים דלא נטמאה ל"ש לומר בהו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דאין עיקר עדותן רק על המעשה ויכול להיות דהעד אומר בדדמי. אולם למה שהעלו כל האחרונים דפסולין ובאמת לא תלינן בדדמי ובודאי שנים המכחישין לעד אחד מפסל ולא תלינן שהעיד בדדמי לא אתי שפיר והדרא הקושיא לדוכתיה אמאי יהיו פסולין נאמנין להכחיש להעד הכשר וצ"ע עדיין בזה. וביותר להמבואר בתשובה המיוחסת לרמב"ן (סי' קכ"ח) דהיכא דגוי מסל"ת מעיד שמת והתרנו ע"פ ל"מ אף אם שנים אחרונים אומרים לפ"ר להיפך ממה שאמר הראשון ששיחת הראשון הרי היא כעדות של שנים ואם השנים מתכוונים להעיד א"נ כלל שאין מאמינים אותם בתורת עדות כלל ועוד שאין הכחשה ממש בב"ד שאם באו לב"ד הרי אלו מתכוונים להעיד ואין מקבלין מהן כלל במתכוונים להעיד כמו שאמרנו עכ"ל אם כן כמו כן נימא דפסולין או קרובין דאינן נאמנין בתורת עדות והגדתן לפני ב"ד הוי כמו אם הגידו חוץ לב"ד ולמה מבטלין עדות בשיחה לבד ועיי"ש עוד היטב ברמב"ן. ומהאי טעמא יש לעיין במ"ש הח"מ (סי' י"ז ס"ק י"ז) בעד המעיד ששמע מן פסול כמו שפחה וכדומה שמת פלוני והכחשה דהראשון נאמן ועיי"ש ב"ש ויקשה ג"כ כיון דמעיד הפסול על הכשר שהעיד שקר ועבר על ל"ת וא"נ לפסלו אף אם יצטרף לו עד אחד א"כ נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא יהיה הפסול נאמן אף להכחיש לבטל עדותו שלא להתיר האשה וצריך לומר כיון שתלה הכשר עדותו מפי הפסול הראשון נאמן כיון שבא מכחו ולאו מטעם עדות רק כיון שבא מכחו ול"ש לומר בזה כלל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה:

הדרן לדברינו עכ"פ זה ברור דאם שנים מכחישין לעד אחד מעדי צירוף ודאי כיון דנתבטל הכשרות של העד ומפסל לכל עדות שבתורה כמבואר מש"ס שבועות (דף מ"ח) דמוקי לר"ח ומצטרפין לעדות אחרת דעדות החודש ומבואר שם בריטב"א דנ"מ לדידן

בעד המכחיש לעד אם בא עוד עד לצרף להאחד מפסל אידך עיי"ש וכיון דמפסל לכל עדות שבעולם ודאי האחרונים נאמנים בבירור וליכא שום ספק. ואין להקשות א"כ לר"ח דסובר בב' כיתות עדים המכחישים זא"ז בהדי סהדי שקרא למה לי והם פסולין לכל עדות דעלמא כיון דידענו דנתערב כת אחת פסולין וכן בחד המכחיש לחד כמבואר מס' שבועות שם א"כ איך משכחת לומר כל מקום שהאמינה תורה עד א' הרי כאן שנים הא כיון דמס' גם הראשון פסול לכל עדות שבעולם ואיך מקבלין עדות זה שהעיד ע"כ צריך לומר דבאמת בחד לגבי חד לא מקבלין עדותו של השני כלל ובהעידו בב"א ע"כ צריך לומר דל"ש כלל כ"מ שהאמינה לר"ח ועיין סוטה (דף ל"א) וצ"ע.

אולם לטעם זה יש להסתפק היכא דעד הראשון אינו בפנינו בזה למ"ש הש"ך (סי' ל"ח) להשיג על הריב"ש וסובר בהזמה שלא בפניהם דלא מפסלו ועיי"ש בנתיבות דמ"מ אין לו דין תו"ת שיהיה מהני תפיסה דדוקא לפוסלן לעדות אחרת הוי כשלא בפני בע"ד אבל עדותו שבשטר זה נתבטל לגמרי ע"י הזמה שלא בפניהם דעדות זה לפני הבע"ד הוא עיי"ש וא"כ י"ל בנד"ד דכיון דעכ"פ לא מפסל העד לעדות דעלמא ובחזקת כשרות הוא שוב י"ל כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי כאן שנים והוי כהכחשת תו"ת עכ"פ. וגם מה דפשיטא לי' לנתיבות דלהחולקים על הריב"ש בהזמה שלא בפניהם וסוברים דלא מפסלו דעכ"פ אין לו דין תו"ת מבואר להיפך בתשובת רלב"ח (סי' קל"ו) וסובר כיון דלא מפסלו הו"ל דין תרי ותרי. א"כ ה"נ דכוותיה כיון דמכאן ואילך לא מפסל אותו העד נשאר בכח נאמנות שלו והוי כתרי נגד תרי כיון דהאמינה תורה כב' ע"י צירופו של עד האחר. אך יש לומר למ"ש הש"ך שם לחלק בין הזמה שלא בפניהם לבין פסלינהו בגזלנותא דנפסלין דמעידין על גופן של עדים ועיי"ש בנתיבות דמדחיק א"ע לפרש דברי הש"ך. אולם הדברים מבוארים יפה בקרח"י ז"ל דהא דהזמה חידוש הוא משום דאנן לאו בתר השתא אזלינן בנגיעה שנולדה אחר הגדת עדותן הא ליתא דבשעה שהעידו על הדבר ל"ה נוגעין בעדותן כלל ובאותו שעה שהעידו הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ושפיר שייך למימר מאי חזית דסמכות אהני בתראי סמוך אקמאי דאסהידו מעיקרא ובאותו שעה שהעידו ל"ה נוגעין בעדותן כלל דאלת"ה גם בהכחשה האחרונים אומרים על הראשונים דשקר העידו והו"ל כאומרים גזלתם דאין יכולין להכחיש לסהדי וע"כ דאנן בסהדותא דקמאי לאו בתר השתא אזלינן אלא בתר שעת עדותן ושפיר אמרינן דלא אלימי הני טפי מהני והזמה חדוש הוא עכ"ד שם. וזה ג"כ כוונת הש"ך דבפסלינהו בגזלנותא שפיר נאמנין אף שלא בפניהם דמעידין על גופן וא"נ להכחיש דנוגעין הן משא"כ בהזמה רק מטעם חידוש בעי שיהיו בפניהם. ולפי"ז אף בהכחש' הוי כמעידין

על גופן של עדים דהעידו שקר רק אנן בתר מעיקרא אזלינן ואז ל"ה נוגעין והם העידו מי שיסהיד להיפך הם מעידין בשקר לכך הוי כתרי ותרי אבל להכחיש עד א' אף שנעשה צירוף ע"י עוד עד מהלואה אחרת מ"מ אינו מועיל הכחשתו של עד הראשון לשנים המכחישין אותו והוי כאלו מעידין על גופו לפסלו בגזלנותא דבזה אף שלא בפניהם נאמנין האחרונים ונתבטל עדותו של הראשון לגמרי וז"פ:

ומה שהשיג שם בשע"מ על דברי מהריב"ל המובא בח"מ בקע"ג (אות ס"ה) בב' מעידין שגוי אמר מסל"ת על פלוני שמת וא' אומר של"ה מסל"ת וא' מכחיש ג"כ ואומר שהי' מסל"ת אך לא נתברר לו בבירור שמת דמצטרפין אלו הב' להכחיש להראשונים והוי תרי לגבי תרי דאמאי הא שנים מכחישין לכ"א אף למ"ש יש לפלפל בדבריו וליישב קצת דברי מהריב"ל אולם כבר קדמהו בתשובה פני משה (ח"ב סי' כ"ז) להשיג על מהריב"ל בזה וכן בס' דברי אמת קונטרס (ח' דף ע"ח ע"ד) עיי"ש ואכ"מ בזה:

סימן כה

יש לחקור בדברי רמב"ם שסתם דבד"מ אם הכחישו העדים זה את זה בדרישות או בחקירות עדותן בטילה אם אמר אחד בשלש שעות והשני אומר בחמש אם עדותן בטילה כמו שכתב שם (פ"ב) בדיני נפשות דעדותן בטילה או דלמא דוקא בדיני נפשות מדכתיב ושפטו העדה והצילו העדה אמרינן דזה שאמר בג' שעות כוונתו על תחילת שעה ג' וזה שאמר בחמש כוונתו על סוף חמש והוי עדות מוכחשת כמבואר שם פסחים (דף י"ב) אבל בד"מ מיישבין דברי העדים שזה כוונתו על סוף ג' וזה כוונתו על תחילת חמש ואדם טועה בזה. ומדברי רמב"ם דמפרש (פ"ג) כיצד א' אומר בניסן לוה ממנו והשני אומר לא כי אלא באייר משמע דדוקא בהכחשה רחוקה שאי אפשר ליישבן אבל באחד אומר בג' והשני אומר בה' דאפשר ליישבן יחד ולתלות בטעות האפשר עדותן כשרה ועיין צל"ח פסחים שם דמקשה למה נקט הש"ס ואנן ניקום ונקטול מספקא ורחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה הא בלא"ה מספיקא לא נקטול. אולם באמת בזה פליגי אבייי ורבא שם אבייי סובר כיון דע"כ העדים כשרים לעדות אחרת מצד חזקת כשרות שלהם דמקרבין עדותן שלא יהיו מוכחשין ואמרינן דזה כוונתו על סוף שלש וזה כוונתו על תחילת חמש לכך ממילא נהרג הנידון כיון דהעדים כשרים ורבא סובר דמ"מ בדיני נפשות כיון דהתור' צוותה ושפטו העדה והצילו העדה ומהדר על זכות שלא להרוג לכך נדקדק בעדותן ונאמר דזה כוונתו על תחילת שלש וזה על סוף חמש ואף דלא נפסול להעדים מספק מ"מ לענין להצילו נדקדק בהם ובאמת בד"מ מיישבין דברי העדים לקבל עדותן ועיי"ש בתוס' ד"ה אלא דכתב להחמיר ולקיים עדותן לא בדקינן להו ובדיני

ממונו' י"ל דבדקינן להו אם אפשר והא דקתני עדותן בטילה היינו בדיני נפשות ולא בדיני ממונות. שוב ראיתי בנתיבות (סי' ל' ס"ק ה') דכתב כן ועיין ריב"ש (סי' קצ"ג) שכתב ואפילו רבא לא פליג בהא טעמא אלא משום דבדנ"פ לית לן לכווני סהדותא בהכי למקטל גבר' משום דכתיב ושפטו העדה אבל בד"מ אפילו תימא דלא טעו במידי כסברא דאביי נימא דהכי והכי הוי עובדא עיי"ש ומשמע מדבריו שם דזה הוא הכל מטעם דל"ב בד"מ דרישה וחקירה וי"ל היכא דהוי דין מרומה דבעי דו"ח להסוברים דבזה אוקמי אדין תורה בכה"ג לא מיישבין דברי העדים ועיין תשובת עבודת הגרשוני(סי' קי"ב) דכתב להדיא דבא' אומר בג' וא' אומר בה' מקרבין עדותן כאביי ורק בדנ"פ מדכתב והצילו העדה מחפשין זכותו וכדעת הנתיבות ודלא כדעת החומים:

אך יש לחקור בעדי הזמה א' אומר בב' וא' אומר בה' עמנו הייתם דשם ל"ש לומר כמו שכתב תוס' דלהחמיר לא בדקינן להו לקיים עדותן כיון דעי"ז יהרוג הנידון ומאי חזית לחוס על דמי דהאי מהאי ולא נוכל לומר דמספקא לא קטלינן להעדים וגם להנידון דהא ממנ"פ מוטל על הב"ד לקיים ובערת הרע וא"כ מה"ת לא נבדוק אותם אם כוונתם היה על תחילת שעה או על סוף שעה ואם יהיה ביכולת לקרב עדותן ינצל הנידון והעדים יהיו חייבים ואם יתרחק עדותן ינצלו העדים והרוצח יהרג וא"כ איך קתני במתניתין א' אומר בג' וא' אומר בה' עדותן בטילה הא לפעמים גם בדנ"פ לא בטלה מכל וכל וצריך לבדקם אם אפשר לקרב עדותן ויש להתבונן בזה:

עוד יש להתעורר בדברי תוס' פסחים שם ד"ה באיזה דכתב דנ"מ בחקירה דאיזה יום אם יכחישו זה את זה הא במתניתין קתני דא"י בחקירות עדותן בטילה ומפרש בש"ס סנהדרין מטעם דהוי עדות שאילה"ז ולדברי תוס' אם יאמרו א"י באיזה יום יהי' כשר כיון דכוונו יחד על כמה בחודש וגם לתירץ א"נ שכתבו תוס' שם דנ"מ אם לא כוונו יחד קשה כנ"ל יש ליישב בדוחק. ועיין מהרש"ל סנהדרין דמטעם דלא יאמרו אח"כ כשיוזמו דטעו בעיבורו של חודש וכ' במהרש"א דא"כ אם כוונו יחד על אחר רוב חודש דל"ש רובא דאינשי טעו. וצריך לומר דדעת מהרש"ל כיון דעכ"פ איכא מיעוטא דטעו ומ"מ לחברן ולקרבן יחד ל"א אבל כדי שלא יהיו ניזמים אמרינן דטעו כיון דכבר נתקבל עדותן והמרש"א שם כתב דלא אמרינן דטעו שניהם כיון דל"ה מקודם שום חשש טעות ודוקא בח' אומר בב' וא' אומר בג' אז כדי לקרבן אמרינן דטעה אבל לא כשכוונו יחד משמע מדבריו דיותר סברא לומר לקרב עדותן ולקיים ממה שנאמר אח"כ דטעו וקשה לכאורה מדברי עצמו מ"ש בתוס' ד"ה אחד דבשעה הראשונה דכולה קודם נץ החמה אין לטעות דהוא רק לענין ביטול עדות דהוי כמו הכחשה אבל לענין שהמזימין יוכלו להציל עצמן

יהבינן לאומר ג' משעה הראשונה חזינן אף דלענין לקרב עדותן ולומר דטעו לא מקרבינן ודנין אותן כמכחישין ובכ"ז שלא יהיה ניזמין מקיימינן עדותן ואמרינן שטעו ויש לדבר ולפלפל בזה:

והנה הא דכתב הטור ומחבר באחד אומר בב' בחדש וא' אומ' בג' דאיכא למימר דתרווייהו אחד יומא מסהדי וטעו בעיבורא דירחא מצטרפין כ' תוס' פסחים וסנהדרין איך נקטול מספק אע"ג דבש"ס דייק מהכא דאמרינן זיל בתר רובא ורובא דאינשי עבדו דטעו בעיבורא דירחא מ"מ מה נפסיד אם נדקדק בהם וכתבו כיון דשיילינן להו באיזה יום וקמכווני ליום אחד ש"מ שזה לא ידע בעיבורא. ויש לחקור אם בד"מ נאמר ג"כ דלא תלינן דטעו רק אם כוונו ליום אחד אבל אם לא אמרו באיזה יום לא תלינן בטעות ותוס' כ' הא דדייק בש"ס סנהדרין (דף ס"ט) דבדנ"פ אזלינן בתר רובא דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא הא ש"ה דכוונו שניהם ליום אחד וכ' דאי לא אזלינן בתר רובא הוי הכחשה והוי חוזר ומגיד במאי דקאמרו אח"כ ואם מהני עדות זה בדנ"פ מהני ג"כ להוציא ממון ולא מחשבינן מטעם רובא דאינשי טעו להכחשה וי"ל דבד"מ אף דלא אמרו לכוון יחד ליום אחד ג"כ מקרבין עדותן. וראיתי שם בתשובת עה"ג דכתב דמתרצינן דבריהם בד"מ כאביי בא' אומר בג' שעות וא' אומר בה' דזה כוונתו על סוף ג' וזה על תחילת ה' כיון דקיי"ל כר"ח דכדי שלא תנעול דלת כו' ל"ב בד"מ דו"ח ושטר שכתוב זמנו באחד בניסן ואיתזמו דאמרינן שמא מאוחר הוא ומתרץ בזה הא דהעיר הש"ך הא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דבעדות שאני דמתרצינן מילתייהו אף בשמא משום נע"ד ומשמע מדבריו דגם בא' אומר בב' בחודש ואחד אומר בג' דמתרצינן דטעו בעיבורא דירחא הוא ג"כ בממון משום נע"ד ואף בלא כוונו יחד על יום אחד:

אך לדבריו א"כ בדין מרומה דבעינן דרישה וחקירה ולהסוברים דמוקמינן אד"ת כמו בדנ"פ אז לא מתרצינן לומר דטעו ולדבריו גם בקנס דבעינן ד"וח נימא ג"כ דלא אזלינן בתר רובא להוציא ממון וזה דבר תימא לומר דבדנ"פ מחזקינן דטעו בעיבורא דירחא ולגבי קנס להוציא ממון נאמר דלא טעו ונתבטל עדותן ועיין בגט פשוט בקונטרס הכללים (כלל א') כ' הטעם דאזלינן בתר רובא דטעו בעיבורא דירחא ול"מ הנידון להציל עצמו ולומר קים לי דהעדים הם מן המיעוט דלא טעו ואכחושי דקא מכחשי אהדדי משום דהעדים העומדים לפנינו הם אומרים דביום אחד קא מסהדי והם מרובא דעלמא דטעו ונמצא דאין כאן מיעוט כדי שיסמוך עליו הנידון ועדיין יש להתבונן בדבריו מה מועיל דהעדים העומדים לפנינו דהמה על יום אחד מסהדי והם מרובא דעלמא הא מ"מ

אם נאמר דמכחישין אהדדי והמה מן המיעוט דידעו בעיבורא דירחא ועדי שקר הן ולא מכווני אהדדי אינו מועיל עדותו:

ובאמת הא דמקרבין גם בד"מ אשר נסתבכו האחרונים ז"ל ועיין בצל"ח פסחים שם. ובש"ש ובקה"ס בקצוה"ח (כלל ו') מחלקו בין היכא דבא הרוב בשעת מעשה ובין שבא שלא בשעת מעשה דהיכא דבא קודם המעשה כיון דהוקבע האיסור ע"י הרוב הוקבע אעפ"י שיש אח"כ נ"מ לדנ"פ ומש"ה ל"ק מש"ס חולין דילפינן ממכה אביי ואמו דאזלינן בתר רוב ומרוצח אף דהתם איכא מיעוט שיסמוך עליו הנידון דהתם כבר הוחזק האיסור ע"י הרוב קודם המעשה ועיי"ש מה שמגמגם בזה על דברי אחיו בש"ש ז"ל וכבר כתבתי במ"א להוכיח מדברי הראשונים דאין הולכין בממון אחר הרוב אף אם נתחזק מקודם ובפרט מדברי הרא"ש קידושין (דף מ"ו) ומדברי רשב"א בש"מ כתובות (דף י"א) ועיין בזה בדברי חיים דיני אונאה (סי' ה') ובספרי ח"ר קונטרס התשובות (סי' ה') ושם הבאתי דאף במקום שאנו דנין ע"י הרוב לענין איסור בבירוד גמור לחייבו אף מלקות מ"מ לענין ממון הממע"ה שכן הוא דעת רמב"ן הלכות בכורות להדיא בהא דקיי"ל דטינוף פוטר בבכור' ומ"מ אין חוששין לטינוף משום דהוי מיעוטא ולוקה על הולד בניז' ועבודה ולאכשוריה לגבי מזבח לגבי ליתן לכהן הממע"ה ועבדינן תרתי דסתרי ועיין תוס' ורא"ש בכורות (דף כ'): ומה שהעלה שם הש"ש (ש"ד פ"ח) דדיני נפשות ודיני ממונות שוין והיכא דמהני רוב בדיני ממונות כמו בדיינים ובעדים שטעו בעיבורא דירחא מהני ג"כ בדיני נפשות משום הטעם שכתבו תוס' ב"ק בדיינים שהם מפקי ממון ומיעוט כמי שאינו ה"נ סמכינן על העדים ועדים מוציאין את הממון כמו"ש הג"פ ובבת שלש ויו"א דממיתין הבא עליה הוא משום דהרוב בא קודם והוקבע האיסור אבל ברוב הבא לאחר מעשה לא אזלינן בתר רובא בדיני נפשות דלא גרע דיני נפשות מדיני ממונות. ראיתי להיפך בדברי תשוב' הרשב"א שהביא דברי ירושלמי מס' סנהדרין פ' היו בודקין בשאלת העדים מכירים אתם אותם ר"ל שמא עובד ע"ז הי' כ' בירושלמי נהרג מטבריה לצפורי חזקה ישראל היה וכתב משום דבאיסורין הולכין אחר הרוב ושמא אף בדנ"פ כן ועיי"ש (ח"ג סי' שע"ח) שהביא ראיה מסוף (פ"א) כתובות פרט לזורק אבן כו' דרק משום קבוע פטרינן דהוי כמע"מ הא ניידי בכי הא חייב ונמצא בין טברי' לצפורי אינו קבוע שם בדרך אלא ניידי וכל דפריש מרובא פריש וכתב שהוא מסתפק שלא הוזכר כן בגמרא. ועוד בדנ"פ כתיב בה והצילו העדה ואפילו בענין שברור אצלינו כמו בידוע בלא ראיה אין דנין עד שיראו עדים ממש וסיים דמ"מ האי דכתובות מכרעא לי וכ"ש שר"י דירושלמי

מכריע עיי"ש ובממון כבר ביארתי שם בספרי ח"ר דלא אזלינן אף בתר רובא דאיתא קמן הרי דדנ"פ לגבי רוב גרע מדיני ממונות:

[**וראיתי** בספר תמים דעים (סי' ק"ב) שם הלכות יו"ט בלשון רבינו אשר בר' משולם כתב שם (דף פ"ה ע"א) וז"ל דפלוגתא דר"ח ורבה באופה מיו"ט לחול בדוכתא דמטו שלוחי תשרי הוא תדע מדקאמר ר"ח לוקה דאי ס"ד בדוכתא דלא מטו שלוחין הוא ל"מ אופה מיו"ט לחול שאינו לוקה דהו"ל ספיקא ואף עפ"י שרוב השנים אדר ואלול אינן מעוברים אין הולכין במלקות אחר הרוב עכ"ל ואיני מבין הא דכ' אין הולכין במלקות אחר הרוב למה לא הא אף בדיני נפשות אזלינן בתר רובא הא מצינו בתוס' נדה (דף מ"ו) במופלא סמוך לאיש בהקדיש ואחרים אוכלין דלוקין דל"ה התראת ספק שמא לא יביא שערות משום דאזלינן בתר רוב שמביאין שערות בזמנן וה"נ כיון דרוב השנים אדר ואלול אינם מעוברים אף די"ל דמ"מ אינו לוקה מיד רק דנמתין דלמא מעוברים מ"מ אח"כ כשנודע שהיה יו"ט שפיר לוקה דמטעם רוב ל"ה התראת ספק ואכ"מ בזה]:

ונראה דהא הסוגיא דסנהדרין (דף ס"ט) צריך ביאור דשם איתא בבן סורר ומורה דחיוב מיתה הוא רק בזמן שנקר' בן ואינו ראוי להיות אב כשהוכר עוברה ופריך דאם יולדות לשבע' ג"כ עוברה ניכר בשליש ימיה לא ניזל בתר רובא מטעם ושפטו העדה ושקיל וטרי אי אזלינן בתר רוב בדיני נפשות ומאי ס"ד הא בש"ס חולין ילפינן ממכה אביו ואמו דאזלינן בתר רוב בדנ"פ וכבר עמד ע"ז בחידושי הר"ן שם וכן קשה דהוכיח מהא דבת ג' שנים ויום א' דמתקדשת בקדושי אביה דמומתין ע"י ודלמא איילנית היא ודחי בבא עליה אביה ומאי דחי הא יקשה דלמא לאו אביה היא וע"כ דאזלינן בתר רוב. לכן צ"ל דשם הוא בחינה אחרת דודאי כשעבר אדם עבירה מה שאסרה התורה והוא מצד רוב אזלינן גם בדנ"פ בת"ר כדמוכח ממכה אביו אולם הטעם דכך גזרה התורה במכה למי שהוא אביו מצד הרוב או ברוצח שהרג לאדם מישראל שמצד הרוב אינו טריפה חייב מיתה אבל שם גלי לנו הקרא בבן סורר ומורה שכל זמן שהוא נקרא בן ואינו ראוי להיות אב חייב מיתה ואם ראוי להקרא אב דהיינו שהעבור באשה שנתעברה מביאתו אז חסה התורה עליו ואינו חייב מיתה וקאמר בש"ס דגם בזה הולכין אחר הרוב ורוב נשים לתשעה יולדות ואין ימיו של בן סו"מ רק ג' חדשים אבל יש מיעוט דיולדות לשבעה וא"כ מניין לנו לומר דאף בכה"ג דיש מציאות להמיעוט היולדות לשבעה ובכה"ג דהקפידה התורה שלא יהיה ראוי להקרא אב וכיון שיש המציאות אם יבא על אשה היולדות לשבעה אם ניכר עוברה לשליש ימיה ראוי להקרא אב והתורה אמרה ושפטו העדה והצילו העדה לא נהרוג אותו רק בזמן ב"ח ושליש ומי יאמר לנו שהתורה שקרא אותו בן הכוונה

היה למיזל בתר רובא והוא ג"ח דלמא התורה דברה על בירור גמור שאינו ראוי להקרא אב אבל אם יש עכ"פ מציאות דאם יקרה לפנינו שיולדות לשבעה יהיה עוברה ניכר לשליש ימיה ראוי להקרות אב. והוכיח מהא דאחד אומר בב' בחודש וא' אומר בשלשה בחודש דאמרינן דטעו בעיבורה דירחא אם נאמר דהתורה דברה על בירור גמור דלמא הא דכתבה עפ"י ב' עדים יקום דבר אף דאין זה בירור גמור שלא העידו בשקר דיכול להיות דמשקרין רק גזה"כ הוא לקיים הדבר על פיהם וכמו שכ' הרמב"ם הלכות יסה"ת וגזרה התורה דעדים המוחזקין אצלינו בחזקת כשרות לקבל ולדון ע"י עדותן אף דחזקת כשרות הוא ג"כ מצד הרוב וכמו שכתב הפנ"י גיטין (דף י"ז) דלמא דוקא היכא דליכא שום ריעותא לפנינו אבל היכא דאיכא ריעותא לפנינו שמכחישין זה את זה נאמר ושפטו העדה דלא טעו ועדות שקר הוא אלא כיון דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא. ועיין רש"י פסחים (דף י"ב דהואיל ויש טועין בכך אע"פ שמצווין לחלק עדותן כדי שיבטל להציל את הנפש אין בידינו כח לחלק והיינו אף דבש"ס קאמר רובא דאינשי טעו מ"מ אין הפירוש דרוב אדם טועים בזה שזה נגד המוחש רק רוב המכחישין זה את זה אומר בג' בחודש וז"א בב' אינן משקרים רק אחד טועה בעיבורא דירחא לכך לא נחלק עדותן והתורה שאמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר היינו עדים שעפ"י הרוב הם כשרים ואף דכתיב נכון הדבר אמרינן שזה נכון מה שעפ"י הרוב מכוונים יחד רק שא' טועה הרי דהתורה אמרה שיתקבל עדים מה שעפ"י הרוב הם כשרים. וכן מה דכתוב בתורה אשר ישכב אשת רעהו אף דידענו בקדש קטנה אם נמצא' איילנית לאו אשת רעהו נקראת דיתבטל הקידושין מ"מ כיון דקתני מומתין ע"י ע"כ דדעת חכז"ל בבא על אשת רעהו מה שמצד הרוב נקראת אשת רעהו חייב מיתה הרי אף דכתיב ושפטו העדה להצילו מ"מ כיון שעפ"י הרוב נקראת אשת רעהו אין בכחינו להצילו כך נמי הא דהקפידה התורה בסורר ומורה שהוא בן ולא אב ואף הראוי להקרא אב מציל אותו ממיתה מ"מ אזלינן בתר רוב ואף דאם נסיב איתתא ואינכר עוברה בבציר מתלתא ירחא מיפטר כיון דלאו בן מקרי רק אב מ"מ מה דפטרינן ליה מטעם דראוי הוא אזלינן בתר רובא דלתשעה ילדין ואמרינן דהאי איתתא נמי דמסיק אדעתך דהוי מתרמיא ליה בתר רובא שדינן ורובא לא ילדין אלא לט' ועיי"ש בחידושי הרמ"ה:

ולפי"ז אף בממון אם אנו דנין על העדים ד"מ ודנ"פ שווין וכיון דרובא דאינשי המכחישין בכה"ג אמרינן דאחד טועה בעיבורא דירחא ואמרינן דנכון הדבר ממילא כשר בכה"ג גם בד"מ דמה דאמרה התורה עפ"י שנים עדים יקום דבר ושיהיה נכון הדבר אמרה התורה להכשיר מה שעפ"י צד הרוב נכונים. ועיין תשוב' הרשב"א (ח"ג סי' ד') הא דאמרינן פרק

אחד ד"מ שטר שזמנו כתוב באחד בניסן כו' חיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו שאפילו לאפוקי ממונא מכשירין את העדים מספק וכדמוכח בב' כיתות עדים המכחישין זה את זה דקיי"ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה עיי"ש ושם הוא מצד חזקת כשרות וה"נ כיון דלגבי כ"ע עדים כשרים הם ותלינן בטעות מקבלין גם עדות זאת דהשתא אף מד"ת ואף בד"מ אם אינם מכוונים על יום אחד כיון דא"צ דו"ח ואף אם אינם יודעים באיזה יום רק אף שאומרים בכמה בחודש וז"א בב' בחודש וז"א בג' בחודש מקבלין עדותן כיון דכשרים הם לכל עדות שבעולם אח"כ מוציאין גם השתא על פי עדותן:

סימן כו

חכז"ל למדו מדכתיב יקום דבר שצריך שכל עד יעיד עדות שלם ולא חצי דבר ואעפ"כ במעידין שלשה כיתות על שני חזקה כל כת על שנה אחת מצטרפו' והן עדות אחת אבל בב' כיתות שבאו להעיד על אחד שהוא גדול וכת אחת מעידה על שערה אחת בימין וכת אחת מעידה על שערה בשמאל אינו כלום שכל כת לא העידה רק על חצי דבר. ונאמרו בזה טעמים רבים לחלק בדבר דעת האלפסי ז"ל דבהעידו על אכילה שנה ראשונה ושניה כל כת עושה פעולה בעדותן שאם לא יעידו השני כיתות האחרות על אכילה שנה שניה ושלישית יהי' חייב המחזיק לשלם הפירות ואף דעיקר באו להעיד על אכילה לתועלת המחזיק מ"מ כיון דאם לא אתו הכת שלישית חייב להחזיר הפירות לכך מצטרפין לענין חזקה דמיגו דהוי עדות לענין פרי הוי עדות לענין חזקה דהא בהא תליא ולדבריו היה נראה דאף בכל מקום כ"ז שלא העידו כל העדים אפילו הן מאה יכול כ"א לחזור בתוכד"ד של האחרון כמבואר מדברי תוס' כתובות (דף ל"נ) ועיין בדברי משפט (סי' כ"ט ובמ"ש לעיל (סי' י"ז) מ"מ בנידון זה כיון דעיקר הא דמצטרפין הנך תלתא כיתות אף דלענין הקרקע כל אחת עושה רק חצי דבר והא דמצרפינן להם יחד הוא משום דכת הראשונה הועילה לדבר שלם דאם לא יעידו האחרים על שני שנים האחרונים יצטרך להחזיר הפירות וכן השניה רק כשהעידה הכת שלישית קיימה ליה חזקה מיגו דהוי עדות לענין פרי א"כ עיקר הקיום שיש לכת הראשונה והשניה בשביל שכל אחת עשתה פעולתה דאם לא תעיד השלישית דבר מעליא הוא לחייבו לאהדורי פרי ממילא קיום עדות הזאת לא תלי בהכת השלישית דאדרבא ע"י הכת שלישית קיימא ליה החזקה א"כ הוי כל כת עדות בפ"ע ואינו יכול לחזור תוכד"ד של חבירו:

אולם לסברת התוס' הואיל דכל כת ראו כל מה שיכלו לראות מצטרפין משא"כ באם כל כת מעידה על שערה אחת דהיו יכולין לראות הכל לכך אין מצטרפין וכן לסברת רש"י כאשר ביאר דבריו הרמב"ן ז"ל בחידושיו ובמלחמות ד' דדוקא באם כל כת מעידה

על שערה אחת כל כת על קטנה מעידה ואין כאן התחלות גדלות משא"כ כשמעידין שאכל פירות הקרקע מעיד שהחזיק כאדם המחזיק בשלו הלכך הוי התחלות עדות שניה ושלישית ועדות כולן בדבר אחד א"כ כיון דהצירוף של כולן הוא על דבר אחד להחזיק הקרקע כשלו ממילא הוי עדות אחת ויכולין כל כת לחזור תוכ"ד של אחרונה דאז נגמר עדותן. ועוד יש נפ"מ אם המערער מחל הפירות של שני שנים ואינו תובע רק הקרקע לדעת הרי"ף אין השני כיתות עושין שום פעולה בעדותן אם לא בצירוף הכת השלישי להחזיק הקרקע ביד המחזיק וכיון דאין עושין שום פעולה הוי חצי דבר ודוחק לומר כיון דאם לא היה מוחל לו היו פעלו בעדותן לאהדורי הפרי מקרי כל כת דבר שלם דז"א כיון דהמערער אמר אף אם יתברר שאכל שנה ראשונה ושניה אינו תובע הפירות כלל ומוחל א"כ אין בעדותן שום פעולה רק להחזיק ביד המערער וזה הוי לדעת הרי"ף ח"ד ולאינך פוסקים לעולם הוי דבר שלם ומצטרפין ואפשר אף לדעת הרי"ף משכחת אם המחזיק אמר שאין רוצה במחילה להסוברים דמחילה בע"כ ל"מ כמבואר במח"א הבאתי לעיל דיני דיינים (סי' כ' אות ב'):

והנה התוס' ב"ק (דף ע') כתבו להקשות על דעת האלפסי מהא דאשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה ב' כתי עדים ב' שיאמרו בפנינו אמרה וב' שיאמרו בפנינו קבל ושם לא עשו כת הראשונה פעולה ואפילו למ"ד שליש נאמן מ"מ צריך שנראה הגט בידו חצי דבר הוא אלא ע"כ כיון שכל כת רואה מה שיכולה לראו' באותו שעה ל"ה חצי דבר ובתוס' גיטין כ' דאם שליש נאמן ניחא דעדי אמירה ל"צ לע"ק ועיי"ש בפנ"י ובת"ג כתב דתוס' גיטין ס"ל דהקפידה על שעת ראי' הוא וכיון דמשכחת לפעמים שיועיל עדותן לבד ל"ה חצי דבר והתוס' ב"ק ס"ל דהקפידה הוא על שעת הגדה וכיון דבשעת הגדה צריך ב' כתי עדים הוי ח"ד והרמב"ן ב"ב ורשב"א גיטין שם כתבו דעדי אמירה ל"צ לעדי קבלה דעל ענין אחר הם מעידין שעשאתו שליח ודומה לעדי קידושין שא"צ לעדי ביאה. ולכאורה נראה דס"ל אף דלא עשו עדי אמירה שום פעולה בעדותן זולת עדי מסירה מ"מ כיון דעדי מסירה לא מסהדי כלל בגירושיה ובגיטה רק דשויה לזה שלוחה ויכול לקבל הגט מעת' דידו כידה עדות בפני עצמה הוא ול"צ לאצטרופי וקשה לכאורה הא בסנהדרין (דף פ"ו) בפלוגתא דחזקיה ור' יוחנן בעדי גניבה ועדי מכירה בנפש דחזקיה אמר אין נהרגין דאמר דבר ולא חצי דבר ופריך כיון דעדי גניבה יכולין לומר להלקותו באנו והיינו הואיל דיש עונש עפ"י הראשונה לא שייכא ההוא סהדותא קמייתא בהני בתרייתא והני בתראי כוליה דבר עבדי כמו"ש שם רש"י חזינן עכ"פ דאם כת הראשונה

לא פעלו מאומה ל"ה רק חצי דבר אף שהן מעידין על דבר אחר וראיתי בספר פה"ב דעמד ע"ז ומדחיק א"ע בזה:

אולם נראה דהא שם איירי היכא דמיפסל מעיקרא וקאי כמ"ש תוס' שם דאל"כ מצו למימר לפוסלו לעדות באנו א"כ כשלא יש שום תועלת בעדותן אין צורך בעדותן כלל ואפשר שאינם רשאין להעיד כיון דליכא שום נפ"מ בעדותן שגנב נפש רק לענין אם מכרו אח"כ שיחייב ושפיר הוי ח"ד כיון דעיקר עדותן על צורך זה דבלעדי זאת הוי כהוצאת שם רע בעדותן משא"כ בעדי אמירה דגע אף דלא יש שום תועלת בעדותן שעשתה לזה שליח וידו כידה אם לא כשימסור לו הבעל הגט כיון דלא מסהדי כלל עליה בגירושיה ובגטה רק דידו כידה מקרי עדות בפ"ע ועדות שלם הוא ויש להסביר ביותר דדוקא באכילת ג' שנים שכל שנה הוא חלק מן החזקה לכך הוי ח"ד אם לא דכיון דיש תועלת בכת הראשונה לענין דמי הפירות אבל עדי אמירה ועדי קבלה כל אחת הוא עדות אחרת עדי אמירה מעידי' על פעולת האשה שעשתה ומסרה כחה לשלוחה ועדי קבלה על פעולת הבעל שמסר להשליח הגט הגם דלא יש תועלת מן רצונה ופעולתה שמסרה כחה להשליח אם לא יתן הבעל הגט מ"מ זה ענין אחר ועדות אחר ואף דלא נתקיים הדבר זה בלא זה מ"מ ל"ה ח"ד אבל בעדי חזקה כל עדות הוא חלק ומקושר בחבירו וכן בעדי גניבה בנפש אם לא יש שום תועלת בעדותו הוא חלק מעדות אחת לצורך שיתחייב מיתה כשיעשה עוד פעולה אחרת כשיבואו עדים שמכר וגניבה ומכירה הוא עדות על אדם אחד כשיגמור השני פעולות הרעות האלה יתחייב ושפיר הוי ח"ד אם ל"ה שום תועלת בעדי גניבה לחוד:

וראיתי בספר המקנה הלכות קידושין (סי' ל"ה ס"ג) דחקר להסוברים דגם בשליחות האיש לקדש צריך שני עדים דמשמע דל"צ שאותן עדים המעידין על השליחות יהיו עדי קידושין ול"ה חצי דבר דבקדושי שטר שיש עליו עדים דומה לגט וקידושי כסף נמי ל"ה ח"ד דמהני סהדותייהו לענין דאין השליח יכול להכחיש הנתינת כסף ולומר להד"מ אבל בשטר קידושין דאין חתומין עליו עדים והשטר אינו ש"פ ל"מ עד דעדי השליחות יעידו על הקידושין והרגיש מדברי רמב"ם (פ"ט הלכה ל"ב) מגירושין דאף בגט שאין עדים חתומים עליו ג"כ סגי אף דמוסר לשליח בפני עדים אחרים שהשליח מסר לה הגט ול"ה ח"ד מפני דאירי בגט שש"פ ויש תועלת בעדותם נענין הממון וכתב דמה"ט כתב שם הרמב"ם ואם היו שם ב' עדים שיעידו שגט זה הבעל נותנו לשליח לגרשה דקשה למה צריך ב' עדים הא סגי בעד א' ושליח נעשה עד כמו"ש הטור דשליח והעד מצטרפין אלא משום דאירי בגט שש"פ הוי השליח נוגע בעדות לבתר דתיקנו

היסת אבל בשטר שא"ב ש"פ י"ל דהוי ח"ד עכ"ד ויש לגמגם בדבריו דהא איירי דהגט יוצא מת"י האשה ואם יתבע הבעל לשליח שלא מסר לו הגט שיתננו להאשה סגי ג"כ בעד אחד ועד המסייעו פוטר אותו משבועת היסת ועיין ח"מ וב"ש(סי' ל"ה ס"ב) דאף בשולח לקדש בכסף דהשליח הוי נוגע מ"מ סגי בעד אחד לפוטרו מהיסת ואף למ"ש שם בטו"ז דזה גרע מעד הצריך שבועה ועיין מ"ש שם המקנה ליישב ובמה שכתבתי בהגהותי לדברי חיים דיני העושה שליח (סוף סי' ה') בזה מ"מ כאן דהגט יוצא מת"י האשה והשליח טוען שנתנו לו לגרשה בו ודאי דהשליח מצטרף להעד ועוד הא כתב שם ברמב"ם שאין השליח נאמן להתיר הערוה אף עפ"י שהוא עד א' הרי דאיירי במקום דשליח נעשה עד וליכא חשש נגיעה בדבר ועיין בטור אה"ע (סי' קמ"א) ובב"י ובב"ח שם ובס' בית מאיר (ס"ט) וספר תורת גיטין שם ואכ"מ להאריך בזה:

ולכאורה יש לדון דלעולם יש תועלת בעדותן שעשה אותו לשליח דהא מבואר ברמ"א אה"ע (סוף סי' ל"ה) שליח שאמר קדשתיה למשלח והיא אומרת לא קדשתני המשלח אסור בקרובותיה ע"פ השליח ועיי"ש בב"ש כיון דאומר דעשה שליחותו וחזקה שליח עושה שליחותו מסייע ליה ובאמת יש להבין הא איכא חזקת פנויה כנגדו והו"ל השליח עד א' בהכחשה דלאו כלום הוא וע"ש במקנה דכתב דעיקר הטעם כמו"ש הריב"ש (סי' פ"ב) דשלוחו כמותו ומהימן ליה לגבי דידיה יותר מעד א' והמעיין בריב"ש יראה דהביא ראיה משליש דנאמן דהא הימניה ולכאורה שם י"ל דהימני' נגד עצמו בכל מה שיאמר אבל כאן כיון דהאשה מכחישתו מניין לומר דנאמן כיון דלא סגי לקידושין בלא עדים דלמא לא הימניה במקום הכחשות האשה עד שיברר ע"י עדי קידושין. וצריך לומר דעיקר סמיכתו של הריב"ש כמו"ש שם אעפ"י שאין השליח כבע"ד לגמרי דהא קיי"ל דשליח נעשה עד מ"מ הרי הוא כמותו בכל ענייני שליחות וכל מה שאומר בענין השליחות הרי הוא כאלו אמרה המשלח וכיון שאומר שקדשה להמשלח נאמן אף אם אין העדים לפנינו עיי"ש בריב"ש ודוגמא לזה מ"ש הראב"ד בהא דחכם שאסר דאין חבירו רשאי להתיר דהוא מטעם דשויה אנפשיה חתיכה דאיסורה לאסור מה שהחכם יאמר לו ועיין תומים (סי' כ"ה ס"ק י"ג) אף דלא קבל עליו רק ששואל ממנו להורות לו הוי כקבל ע"ע הוראתו וה"נ מוסר הנאמנות לשליח בכל מה שיאמר והוי דברי השליח כדברי המשלח וכאלו אמר המשלח אני קדשתיה ואסור בקרובותיה ולפי"ז אף בשטר שא"ב ש"פ מ"מ ל"ה ח"ד דהעדים המעידים על מינוי השליח הוי כמעידים על דבר שלם דכל מה שיאמר השליח הוי כמאמר המשלח ויכול לאוסרו בקרובתיה:

אולם אם נאמר כן ל"ה קשה קושית הראשונים כלל מהא דשליח לקבלה דעדי אמירה ל"ה ג"כ מה"ט ח"ד דהא עדותן הוא דבר שלם דדברי השליח הוי כדברי המשלח לאוסרה לכהונ' א"ו דאין בכחו לאסרה רק במקום דשליח נאמן וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם מדכתב (פי"ב ה"ג) מגירושין בבעל המערער על הגט ואמר שלא נתן לה דא"נ אבל אם אמר על תנאי היה פקדון היה מזויף הוא אם לא נתקיים אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים אבל פסלה נפשה מכהונה שהרי פסלה עצמה בהודאת פי' ועשתה עצמה כחתיכה של איסור ושם כ' בהלכה (י"ג וי"ד) בשליח קבלה שקבל גט לאשה ושלחו לה בפני ב' עדים והגיע הגט לידה ה"ז מגורשת ואם הבעל מערער יתקיים בחותמיו שהרי עדים מעידים שהגט שנתנו לה יצא מת"י שלוחה שידו כידה ואעפ"י שהיא אינה יודעת הרי העדים ידעו ואם לא נתקיים אינה מגורשת ולא כתב הרמב"ם דעכ"פ פסלה מכהונה דהא השלוח שלח לה הגט בפני עדים ואמר שקבל גט זה מבעלה וא"כ כיון דהוא שליח קבלה מהאשה וידו כידה הוי כאלו אמרה היא שקבלה גט זה מבעלה לדברי הריב"ש ומ"ש זה משליח לקידושין דנאמן לאסרו בקרובותיה אף אם האשה מכחשת ואומרת לא נתקדשתי ה"נ יהיה נאמן שקבל הגט מבעלה והוי כאלו היא אמרה שקבלה גט זה מבעלה דפסלה נפשה מכהונה בהודאת פיה וה"נ תהיה פסולה לכהונה ע"י אמירת השליח שהוא כמותו א"ו דלא ס"ל לסברת הריב"ש וצ"ע: ועיין מ"מ (סי' ר"ה סק"ה) דמסיק הרמ"א אם כבר נכתבה המודעה והביא אח"כ ראיה דאנוס היה המכירה בטילה וכתב שם הקצוה"ח דזה דוקא לשיטת התוס' בראו כל מה שהיו יכולין לראות ל"ה חצי דבר אבל לדעת הרי"ף הו"ל ח"ד כיון דמודעה בלא אונס וכן אונס בלא מודעה לאו כלום הוא. ויש לומר במטלטלין עשו עדי המודעה פעולה אם תפס שלא בעדים דנאמן דהיה אנוס במכירה במגו דלא תפסתי אולם בלא עדי מודעה אף עפי"כ מהני המכירה דתלוהו וזבין זביני' זביני דאגב אונסי וזוזי גמיר ומקנה כשלא מסר מודעה וא"כ מהני עדי מודעה אף בלא עדי אונס. ובקרקע נמי באם תוך שני חזקה נאבד השטר והמוכר מודה על המכירה רק דטוען דהיה אנוס במכירה מהני לו עדי המודעה ועוד נראה למ"ש תוס' הא דמהני שטר המודעה ול"ה מפי כתבם דהוי תקנות חכמים שיועיל כמו כן י"ל דמהני עדי מודעה בצירוף עדים אחרים שהיה אנוס אף דהוי ח"ד כדי להציל אנוס מאונסו אולם יש לומר כיון דלכתחילה אין לכתוב המודעה כשלא ידעו מן האונס דתתזיל ארעי' כמו"ש בש"מ ב"ב פ' חה"ב אף בדיעבד לא יהני מטעם ח"ד אך אם נאמר כן אף לשיטת התוס' הואיל דראו כל מה שיכלו לראות מ"מ לא יהני מטעם מפיהם ולא מפי כתבם וע"כ צ"ל

דלא פלוג ומ"מ לענין ח"ד ל"ה כלל התקנה. וע"כ צריך לומר לדעת הרי"ף דעדי המודעה פעלו לאיזה דבר וכמש"כ לעיל:

והנה מדברי הש"ע אין ראיה מוכרחת להלכה אם כשיטת הרי"ף או כתוס' וכ"כ בספר פתח הבית ולכאורה מהא דפסק באה"ע (סי' קמ"ב סי"ב) בשליח להולכה דיהיב לה באפי הנהו סהדי גופייהו ועיי"ש בב"ש דזה לדעת הרי"ף והרמ"ה כדי שלא יהיה ח"ד אבל לדעת התוס' א"צ יש לומר דהש"ע חשש לחומרא לדעת הרי"ף והרמ"ה וכ"כ שם בב"מ דיש לנו לתפוס להלכה כחומר פסק הטור עפ"י הרמ"ה והרי"ף ונפלאתי על מאור הגולה בעל ח"ס שכתב חח"מ (סי' קמ"ח) בנידון דהי' שני עדים על בכור שהוא פטר רחם לאמו וב' עדים דאביו לא נשא מקודם אשה אחרת ודן דהוי ח"ד לדעת הרי"ף והוכיח מדברי הש"ע אה"ע הנ"ל דפוסק כשיטת הרי"ף והרמ"ה ול"מ דהפשוט יכול לטעון קים לי דהוי ח"ד אלא אף אם היה הבכור מוחזק לא הוי מצי למיטען קים לי כהתוס' נגד הכרעת הש"ע דמניין לו לומר דהכרעת הש"ע היה אף להוציא מהמוחזק וכי משום דחשש לחומרא לגבי איסור א"א לדעת הרי"ף והרמ"ה נוכל לדון מזה דהכריע אף בדיעבד ואף להוציא ממון. ומה דקשה (מסי' ק"מ) דשלשה כתות שוכרים יכולין להעיד שדרו בהבית כל כת שנה אחת אף דלא פעלו כלל יבואר אי"ה במקומו ולדינא צ"ע בכל הנ"מ שבין השיטות האלה:

סימן כז

הב"י (סי' ל"א) הביא משם המישרים אם אינם מכחישין זה את זה אלא במקצת עדות ובקצת אינם מכחישים נתקיים אותו קצת ותמה בכנה"ג הא ש"ס ערוך הוא ב"ב (דף ל"א) האי אייתי סהדי דאבהתי' הוא ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלו אותן שני חזקה אמרינן לר"ה נהי דאיתכחשו בשני חזקה באבהתא לא אתכחש וכשרה ועיימ"ש בתומי' ליישב ויש לגמגם בדבריו מש"ס דקידושין (דף ס"ה) ה"ד אי דאיכא סהדי כו' וברשב"א וריטב"א שם:

וי"ל בכוונת הרבינו ירוחם דהא הר"ן כתובות (דף כ"א) כתב להקשות על הרי"ף דסובר בתרי נגד תרי המכחישין זה את זה בפסול גברא על איש אחד דפסלינן ליה מספיקא מ"ש משני כיתות עדים המכחישין זו את זו דקיי"ל זו באה בפ"ע ומעידו וזו באה בפ"ע ומעידה ומכשרינן לכ"א בפ"ע וכ' לחלק דשם כשבא כת זו בפני ב"ד להעיד אין אנו דנין על הכת השני המכחישה אז רק על אלו ומחזקינן בחזקת כשרות אבל בנידון הרי"ף אנו דנין ביחד על איש זה מכח שני כיתות הללו ולפי"ז יש לכאורה לדון היכא דאיתכחשו ואנו צריכין לדון מאיזה כח זוכה בהשדה כגון שבאו על ראובן שני בע"ח

לדין לגבות ממנו אחד בא בכח שט"ח שיש לו על אביו והוא ירש קרקע של אביו לכן בא שיגבהו הב"ד חוב של אביו דנשתעבד לו הקרקע ואחד בא לגבות שטרו שיש לו על ראובן ורוצה שיגבהו הב"ד מקרקע שלו ויש מערער על הקרקע והביא עדים דשל אבותיו הוא ובא כת שני והעידו דשל אבותיו של ראובן היה וגם דאכל שני חזקה ויש לב"ד לדון באיזה כח לזכות לראובן בהקרקע אם שיזכה בכח דאכל שני חזקה יגביהו לבע"ח של ראובן ולא לבע"ח של אביו ואם יזכהו בכח דשל אבותיו היה יהיה זוכה בע"ח של אביו לגבות חובו י"ל דבזה אין אנו יכולין לקיים העדי אכילה דאז יסתלק בע"ח דאביו וצריכין אנו לדון שלא לקבל עדותן שיעידו דשל אבותיו היה כיון דיש כת אחרת המכחשת להללו ואומרים דשל אבותיו של המערער הוא וא"כ דנין הב"ד עכשיו על כל עדותן וי"ל כיון דצריכין לדון דאלו משקרים הם במה שאמרו של אבותיו הי' הואיל דכת אחרת מכחישין יש לומר דבזה לא מקבלין שוב עדותן של אכילה. ועד כאן לא מצינו בש"ס רק דאוקי אכילה בהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא היכא דליכא שום נ"מ באיזה צד ומאיזה כח זה בא לזכות רק שאלו דנין על גוף הקרקע אבל באם צריכין לדון מאיזה כח שיזכה ואנו צריכין לומר על מה דאתכחש דאינו זוכה בכח זה רק בכח אחר שלא אתכחשו א"כ אנו דנין עכשיו על אלו העדים דספק פסולין המה יש מקום לומר דמסלקינן עדותן לגמרי ונשאר בספק:

אך נראה דהר"ן לא הוצרך לדון בסברתו הואיל דאין אנו דנין על עדות אחרת מחזקינן לכשרים רק על עיקר הדין דזו באה בפ"ע ומעידה אע"ג דידענו דהוכחשו פ"ח מכת אחרת דמ"מ כשרי' לעדות אחרת כיון דלא דנין אז על אחרים אבל ממילא כיון דכשרים הם לכל עדות דעלמא ממילא אף באותו עדות מקבלין דבריהם במה דלא אתכחשו אף דאז צריכין לדון מאיזה כח מחזקינן לזה להאי ארעא מ"מ כיון דלכל עדות דעלמא כשרים הם לא נוכל לגרוע עדותן ולסלק במה דלא אתכחשו ומקבלין עדותן גם בזה אולם זה לא שמענו מהש"ס ממה דקיי"ל כר"נ דאוקי אכילה להדי אכילה וארעא בחזקת אבהתא דשם ליכא שום נ"מ רק בין אלו הבאי' לדון אבל כשיש נ"מ מאיזה כח להחזיקו באותו נידון אינו מבואר דבכ"ז במה דלא אתכחשו מקבלין עדותן ולימד אותנו הרבינו ירוחם דאעפ"כ כיון דכשרים הם לעדות דעלמא מחזקינן לעדותן אף באופן זה במה דלא אתכחשו. שוב ראיתי מעין זה בס' ברית אברהם:

סימן כח

מי שהביא עדים והוכחשו מתוך עדותן כו' ואח"כ הביא עדים אחרים ונמצא עדותן מכוונת דנים על פיהם ש"ע (סי' ל"א ס"ד) ובסמ"ע שם דהטור שינה מלשון הרמב"ם

דכתב והוזמו משום דהזמה אינה שכיחא. ובאמת בש"ס מכות (דף ה') קתני ואשתקר ופירש"י הכחישו זה את זה בדרישות ב"ד כשבדקו ועיין בב"ח ויש לחקור כיון דבאמת דעת ר"ל שם דהוחזק זה להביא עדי שקר ולא נקבל עוד עדות אחרת רק ר' יוחנן אמר אם הוחזק זה כל ישראל מי הוחזקו. וי"ל דרמב"ם נקיט רבותא דאף בהוזמו ובודאי עדי שקר היו מ"מ לא חיישינן להחזיק אחרים לשקרנים אבל מ"מ י"ל דהוי כדין מרומה וצריך דרישה וחקירה אם לברר הדבר כדעת הריב"ש או לדעת הסוברים דצריך דו"ח גמורה כמו דנ"פ. ועיין תומים (סי' למד) דהעלה דצריך דו"ח לגמרי כדין מרומה וי"ל דעכ"פ כיון דהוחזק להביא עדים שקרנים צריך דו"ח גמורה או די"ל כיון דאמרינן כ"י מי הוחזקו מכשרינן לעדותן של המכוונים גם יש לחקור כיון דזה הוחזק להביא עדים שקרנים אם יש לו דין כמו בהעידו עדים דמהדר לזייף כשמוציא שטר אף בנתקיי' פסול וה"נ אם מוציא אח"כ שטר אם חיישינין לזיוף ועיי"ש בריטב"א הא דל"א גבי שטר אם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו דהתם חיישינן דציורי צייריה איהו גופיה וכאן אתו סהדי גופייהו והעידו בפיהם וכ"כ בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קמ"ג) א"כ י"ל דוקא כיון דמסהדי בפיהם אבל כשמ כשמוציא אח"כ שטר חתום בעדים יש לומר דחיישינן שמא זייף ועד דלא מסהדי בפיהם חיישינן. או דיש לומר דוקא שם דמהדר לזייף לכך חיישינן אבל כאן דלא הוחזק רק להסית לעדים שיעידו בשקר ל"ח על זיוף חת"י:

שוב ראיתי בכנה"ג (סי' ס"ג) שכתב דוקא כשבא להם שיזייפו אבל אם הביא עדים ואשתקר והוציא שטר מקויים לפנינו גובה בו וכתב משם מהרי"ט וספר בני שמואל ועיין מהרי"ט אה"ע (סי' מ') שהוכיח כן מדאמרינן האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה ול"א האי גברא ריעא לא מגבי בשטרא א"ו כ"ז דלא הוחזקו לזיופים אחרים לא מרעינן לשטרא המתקיים ע"י דימוי. וכתבתי זאת מפני שראיתי במחבר אחד דכתב ממה דכתב הר"י מיגאש משום דהעדים העידו בפיהם בפני ב"ד משמע בהוחזק להביא עדים שקרנים ל"מ עדות בשטר והדברים פשוטים דאין להוכיח כלל לאורוע' שטרא כ"ז דלא מיהדר לזייף ואם הוחזק להסית לעדים שיעידו בשקר אינו חשוד לזייף וכמו"ש מהרי"ט ואין כאן שום הוכחה לנגדו מדברי הר"י מיגאש:

וראיתי בכנה"ג (סי' ל"א) שכתב וז"ל דוקא בשני עדים אמרינן הכי אבל אם בא עד אחד חיישינן שמא שקר הוא הרא"ם ז"ל הרח"ש ז"ל בתשובה חלק אה"ע (סי' י"ט) ולכאורה לא אדע למה הא כללא הוא כל מקום ששנים מחייבין ממון עד אחד מחייבו שבועה וכמו דאמרינן לגבי עדים לחייבו ממון דאם הוא הוחזק כ"י מי הוחזקו כן נמי לגבי עד א' לחייבו שבועה למה יגרע חזקתו. ועיינתי במהרח"ש שם וראיתי כי לא דן ע"ז הר"א

מזרחי ז"ל ולא הוא לענין נאמנות עד אחד לחייבו שבועה רק על מה שכ' הרמב"ם (פי"ג מגירושין באשה שאמרה לבעלה גרשתני בפני פו"פ ובאו העדים והכחישוה ואח"כ הלכה היא ובעלה ובאה ואמרה מת בעלי דאינה נאמנת כיון שהוחזקה שקרנית בא עד א' והעיד שמת בעלה לא תנשא שמא היא שכרה אותו וע"ז כתב הר"א מזרחי ז"ל לחלק בין הא דאמרינן אם היא הוחזקה כ"י מי הוחזקו דהתם דוקא בב' עדים שהאמינה אותם התורה לכל דבר אין לנו לחשוד אותם לשקרנים מטעם דהיא הוחזקה אבל בעד המעיד שמת בעלה דאינו אלא עד אחד שהתורה לא האמינתו לכל עון ולכל חטאת אלא לענין שבועה בלבד משום דעד אחד עביד לשקר ולא סמכינן אלא בעדות אשה דהיא דייקא ומינסבא או דהוי מילתא דעבידא לגלויי והיכא דאיכא ריעותא כי האי דהוחזקה שקרנית לא סמכינן על העד שהביאה. וכן המרח"ש דן שם לענין קידושין שע"א העיד שפלוני היה עמו הואיל דהמקדש הוחזק שקרן ומבקש אחר עדי שקר והכל הוא במקום דמן הדין אין עד אחד נאמן רק או בצירוף דייקא דאשה או לחוש לחומרא במקדש בעד אחד אבל בדבר דעד אחד נאמן מן התורה כגון לחייבו להנתבע שבועה ודאי כמו דאמרינן לגבי שנים אם הוא הוחזק כ"י מי הוחזקו לחייבו ממון כן עד אחד מחייבו שבועה וזה פשוט וברור ויען הכנה"ג ז"ל העתיק הדברים בקיצור אמרתי לבאר הדברים שלא יהיה מכשול להמעיינים:

סימן כט

כתב הרמב"ם פ"ה מעדות אין חותכין דין מן הדינין עפ"י ע"א לא דיני ממונות ולא דיני נפשות שנאמר לא יקום עד אחד כו' ומפי השמועה למדנו שקם הוא לשבועה בב' מקומות האמינה תורה עד אחד בסוטה שלא תשתה מי מרים ובעגלה ערופה שלא תערוף כמו שביארנו וכן מדבריהן בעדות אשה שיעיד לה שמת בעלה ויש לדקדק מדברי הרמב"ם מדסתם וכ' בסוטה שלא תשתה ולא פירש דעד א' האומר נטמאה נאמן לאסור משמע דס"ל דנאמן אף להתיר כשמעיד שלא נטמאה באותו סתירה ועיין מ"ש בחלק הראשון דיני שחיטה סוף (סי' ה') הבאתי דברי הא"ר דמסתפק בזה ודברי הנו"ב דפשיטא ליה דהואיל דיש רגלים לדבר אין עד אחד נאמן לומר לא נטמאה ומדברי רשב"א בש"מ כתובות דמשמע דעד א' נאמן ומדברי ירושלמי (סוף פ"ו) דסוטה דמשמע דאינו נאמן ועיין תוס' מס' סוטה (דף כ"ח) ד"ה מה דהקשו וכי אצטריך קרא למיסר ספיקא וכתב דהכתוב אוסרה קודם שתיה כאלו הוא ודאי ועשה איכא משמע קצת כיון דהוא בכלל עשה ואינו כשאר ספיקות שוב אין עד א' נאמן. אך י"ל להיפך ממה דדחקו תוס' לומר נ"מ דאפילו אם היא טהורה נענש בב"ד של מעלה אם בא עליה כמו על

חייבי עשה ולא כתבו בפשיטו' הנ"מ אף לב"ד של מטה דהכתוב אסרה כאלו הוא ודאי דאין ע"א נאמן להתירה ולומר דלא נטמאה סברו דבאמת נאמן אף דיש רגלים לדבר ויש לצדד לכאן ולכאן בדברי תוס' ובדברי הרמב"ם י"ל אף דסתם וכ' האמינה תורה עד אחד בסוטה שלא תשתה מ"מ כיון שכתב כמו שביארנו ובהלכות סוטה אינו מבואר רק דהעד האומר נטמאה נאמן לאסור י"ל דסובר דלהתיר א"נ כיון דיש רגלים לדבר וכמו שהוכחתי שם מדברי הירושלמי:

ויש להעיר למה כ' הרמב"ם דרק בב' מקומות האמינה תורה עד אחד הא נאמן עד אחד באיסורין לא מבעיא אם נאמר כמו"ש הש"ך יו"ד (סי' קכ"ז ס"ק ט"ז) דדעת הרמב"ם כשיטת האחרונים דנאמן לאסור אף נגד חזקה היכא דאינו מכחישו מדכ' בהלכות נזיר דבשותק או מסתפק לו מביא קרבן עפ"י עד אחד וע"כ דנאמן מה"ת א"כ למה כ' בב' מקומות האמינה תורה עד א' הא בכל איסורין נאמן ע"א אלא אף אם נאמר דדעת הרמב"ם כשיטת התוס' וסייעתם דאינו נאמן רק מטעם שתיקה כהודאה דמיא ולא משום נאמנותיה של העד הוא מ"מ זה דוקא היכא דאתחזק התירה אבל היכא דיש ספק לפנינו נאמן עד א' לברר הדבר כמו בחתיכה ספק חלב ס' שומן דנאמן עד אחד לומר דחלב הוא ומחזקינן לאיסור אף ללקות אח"כ ע"ז למי שאכל כמבואר ברמב"ם הלכות סנהדרין (פט"ז) דהאיסור עצמו בעד א' יוחזק. ובאמת מכמה מקומות ברמב"ם יש להוכיח דדעתו כמו"ש הש"ך דאף בא"י עא"נ ולא מטעם שתיקה כהודאה ועיין רמב"ם (פ"ט) מאישות עד אחד אומר מקודשת היא וע"א אומר אינה מקודשת לא תנשא ואם נשאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשתי ועיי"ש במ"מ דהכחשתה ל"מ כיון דמסייע לה העד לומר דלא נתקדשה ואם היא א"י סובר אף אם לשאת תצא וע"כ שם הוא רק מדרבנן דמד"ת אין דבר שבערוה פחות משנים ואם באיסורין לא האמינה התורה עד אחד אף בלא הכחשת הבע"ד למה החמירו חכז"ל באישות כל כך א"ו כיון דבאיסורין נאמן עד אחד בלא הכחישו לכך החמירו חכז"ל גם בדבר שבערוה ועיין מ"ש באורך בזה בח"ר דיני שחיט' (סי' ה') וכן לא מצינו ברמב"ם דיאמר דמטעם שתיקה נאמן עד אחד באיסורין שהוא כהודאה רק כ"ז דלא הכחישו נאמן משמע דס"ל מצד נאמנות שלו וא"כ יש לדקדק למה כתב הרמב"ם דרק בב' מקומות האמינה תורה עד א' וא"ל דכוונתו בהכחשת הבע"ד דאעפ"כ האמינה התורה לעד אחד גבי סוטה אבל באיסורין אם מכחישו הבע"ד א"צ דהא הרמב"ם כתב בעגלה ערופה שלא תערוף ושם אם יש מי שמכחישו מיד ג"כ אינו נאמן א"כ לענין איסור באינו מכחישו ג"כ נאמן:

שוב ראיתי בספר קדושת יו"ט מהגאון מהרי"ט אלגאזי ז"ל (סי' טו) דעמד ע"ד הרמב"ם בזה למה לא מנה נמי דעד א' נאמן באיסורין וכתב ואולי הרמב"ם סובר כשיטות ר"ת ודעימיה דמטעם שתיקה כהודאה הוא וכבר כתבתי דזה לא נראה מכמה מקומות ברמב"ם וכמו שכתב הש"ך יו"ד בדעת רמב"ם דמטעם נאמנותו דעד א' הוא ובא"י ג"כ נאמן וגם הא עכ"פ בספק נאמן לברר והוחזק על ידי ע"א אף ללקות. ואף בדבר שבערוה נאמן עד אחד לברר האיסור:

ויש לומר למה שהוכיח הכו"פ (סוף סי' ל"ט) בדעת הרמב"ם דסובר כדעת הריטב"א דל"א כ"מ שהאמינה תורה עד א' הרי כאן שנים ואין עד א' יכול להכחישו כשבאו בזה אחר זה רק בדבר שבערוה דצריך ב' אבל בשאר איסורין דעד א' נאמן אין לו נאמנות יותר מעד אחד אפילו בא בתחילה וכתב דבסוטה ובעגל' ערופה גלי קרא דבזה הוי כב' עיי"ש ובספרי ח"ר (סי' ד') גמגמתי הרבה בדבריו דבסוטה ועגלה ערופה צריך קרא להאמין עד אחד עיי"ש וכתבתי דאדרבה ממה דכתב הרמב"ם האיסור הוחזק בעד אחד ללקות עליו יש להוכיח דהוי כב' דאם היה עד אחד יכול להכחיש ל"ה לוקין ע"י עדותו של הראשון אולם כתבתי מדסתם הרמב"ם משמע דאף ע"י עד פסול כמו אשה גם כן הוחזק האיסור ללקות אף דסובר דעד כשר יכול להכחיש עד פסול אף בזה אחר זה ועיין בדברי חיים יו"ד (סי' כ"ז) דדעתו באמת בדברי הרמב"ם דדוקא בעד כשר דהוי כב' ואין א' יכול להכחישו אז הוחזק בעד א' ללקות ולא על ידי עד פסול ומתרץ בזה קושית הפנ"י על הרמב"ם מהא דאין האב נאמן לומר קדשתי בתי לסקול ע"י. ומ"מ אין הכרח ברור לזה דיסבור דגם באיסורין אמרינן כ"מ שהאמינו לעד אחד הוי כב' ויש לומר דסובר כדעת הריטב"א וכמו שכתב הכו"פ וקושי' הפנ"י יש ליישב בכמה דרכים אחרים ואם כן יש לומר דהרמב"ם בא ללמדנו דאין חותכין דין מן הדינין עפ"י עד א' שיהיה ברור ושאין עד א' יכול להכחישו ובב' מקומות האמינה תורה עד אחד בסוטה ובעגלה ערופה ומדבריהן בעדות אשה שמת בעלה בזה נחתך הדין ונאמן עד א' כשנים ואין אחר נאמן להכחישה הואיל דמן הדין היה צריך שנים ע"כ דיש כח להעד א' כב' וכן מדבריהם בעדות אשה דמן הדין אין דבר שבערוה פחות משנים ע"כ דחכז"ל האמינוהו כב' מטעם דדייקא או משום דהוי מילתא דעבידא לגלויי ואח"כ כתב כ"מ שעד א' מועיל אשה ופסול כ"כ מעידי' ואף דלא האמינום כב' ועד כשר יכול להכחישם וכבר כתבתי לעיל (סי' כ"ד) דיש הבדל בין סוטה לעגלה ערופה וסמך הרמב"ם בזה במה שכ' במקומו דבסוטה גזלן דאורייתא א"נ כמו בעדות אשה דמת בעלה ושלא לערוף אף גזלן דאורייתא נאמן שלא לערוף [ובס' קדושת יו"ט שם רוצה לומר בדעת הרמב"ם מדלא ביאר בהלכות סוטה באשה אמרה

נטמאה דלא אלימה ליחשב כב' עדי כדי שנאמר אין דבריו של אחד במקום שנים כמו שכ' בהלכות רוצח ס"ל דבסוטה כיון דאיכא רגלים לדבר דקנא לה ונסתרה אלים טפי ואף אשה ופסול חשבינן כעד כשר לחשוב כב'. וזה נגד דעת אחרונים וגם הא חזינן דשלא לערוף אף גזלן דאורייתא נאמן לומר ראיתי את ההורג ובסוטה אינו נאמן ועוד יש כמה הוכחות נגד זה] ולא מנה הרמב"ם כאן דעא"נ באיסורין כיון דלא האמינוהו כב' ואף א' יכול להכחישו אח"כ ולא נקרא חתוך הדין דהוי רק כמודיע דנאמן כשאינו מכחישו אם לאיסור אם להיתר מטעם דאין אדם חוטא ולא לו או מדכתיב או הודע אליו מ"מ אם אין מכחישין מהימן כמבואר כריתות (דף י"ב). ולפי"ז משמע קצת מדברי הרמב"ם מדכתב ומפי השמועה למדנו שקם הוא לשבועה דבזה נמי אמרינן כ"מ שהאמינה תורה עד א' הוי כב' ואין עד המכחישו אח"כ פוטרו ודלא כמו שכתב הש"ך (סי' פ"ז) ועיי"ש מ"ש בתומים וקצוה"ח וי"ל נמי כיון דכל מקום שב' מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה ואם היה לו צירוף עוד היו מחייבין ממון ולא היינו משגיחין על העד המכחיש כלל לכך נמי חייב שבועה כדי שיתברר הדבר אף דעד אחד מכחישו ואכ"מ בזה:

וכן נמי לענין דיני ממונות היכא דאין אחד מוחזק דמבואר בר"ן חולין פ' גה"נ דעד אחד נאמן להחזיר אבידה ע"י כשמעיד למי הוא האבידה הואיל דליכא ח"מ והא דמבואר ב"מ (דף כ"א) בזה אמר סימנים וזה אמר סימנים ועד א' דיניח שם כיון דכל אחד אומר סימן מיגרע גרע כמו שכתבו האחרונים ובאמת תליא בזה אם עד אחד נאמן בדבר שבערוה בלא איתחזק איסורא ואם בדבר שבערוה עד אחד נאמן היכא דליכא חזקה כמו כן לגבי ממון היכא דליכא ח"מ עד אחד נאמן דילפינן דבר דבר מממון. וכמו שכתב מהרי"ק (סי' ע"ב) ומה שהשיג עליו הש"ש (ש"ו פ"ג) דגבי ממון אף להחזיק אין עד אחד נאמן דבריו תמוהין דודאי מה שבלעדי העד היינו מחזיקים לדבר כמו שהוא אף להוציא אין עד אחד נאמן לפטור רק אם עד פוטר משבועה יש מחלוקת הפוסקים אבל דבר שהוא בספק יש לומר דעד א' נאמן וכ"כ בדבר שבערוה. וכבר כתבו האחרונים דדעת הר"ן גיטין (דף ס"ד) דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה אף דלא אתחזק איסורא ומ"מ דעת הר"ן דמחזירין האבידה ע"י עד א' ועל כרחך צריך לחלק בזה. וכבר כתבתי בדברי חיים חלק אה"ע דיני אישות (סוף סי' ג') דיש לומר דטעמא דר"ן הוא משום דיש לומר ברי ושמא ברי עדיף כמו שכ' הפנ"י פ"א דכתובות דהא דאין מחזירין האבידה בטענות ברי הוא משום דהוא נגד הרוב די"ל מרובא דעלמא נפל ואם כן שוב כשיש עד אחד דנאמן נגד הרוב נשאר טענות ברי נגד שמא. אולם זה א"ש לדעת הרמב"ן דסובר דאף בל"ה ל"ה למידע דל"ה ברי טוב ושמא גרוע ג"כ אמרינן לר"ה ור"י ברי ושמא ברי עדיף אבל לדעת

התוס' דדוקא בברי טוב ושמא גרוע אמרינן ברי עדיף אבל בל"ה ליה למידע דהוא ברי גרוע ושמא טוב לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אם כן לגבי אבידה דהוי ברי גרוע ושמא טוב ל"ה מוציאין מיד המוצא האבידה וע"כ דהר"ן אתי עלה מטעם נאמנות דע"א הואיל דאין כאן הוצאות ממון וגם בלא"ה יש לגמגם טובא בדברי הפנ"י לתת לזה דין ברי נגד שמא כיון דלא ידענו למי הוא וממי נפל הוי כאלו אין הבע"ד בפנינו. ואולי יש לומר כיון דהמוצא אין לו בזה שום טענה רק התורה רמיא עליו המצוה לקיים השבת אבידה ועד שיתברר למי הוא הוי כשומר ממילא הוי לגבי המוצא כטענה ברורה דיודע שחייב לקיים בו מצות השבת אבידה. אולם כיון דהוא נוגע לגבי עצמו ודאי א"י בטענתו לחייבו להחזיר לו האבידה ואצטרך קרא לאהדורי אבידה בסימנין אולם עד א' נאמן לחייבו בהשבת האבידה הואיל דל"ה ח"מ לגבי המוצא הוי כמעיד לענין איסור דחייב להשיב לזה האבידה וכמו בכל מקום דעד א' נאמן באיסורין ודבר שבערוה דיש גז"ש דבר דבר מן ממון היינו אף בלא אתחזק איסורא לדעת הר"ן וסייעתו דא"נ כן נמי לענין ממון רק לענין השבת אבידה הוי כמו לענין איסור. וי"ל ג"כ דל"א בזה כל מקום שהאמינה כו' להיות כשנים שלא יהיה יכול אחד להכחישו ולכך לא כתב הרמב"ם רק בב' מקומות האמינה התורה ע"א ולא נילף מזה דעד אחד אינו נאמן בדבר שבערוה בלא אתחזק וכן בממון היכא דליכא חזקה דע"א אינו נאמן די"ל דנאמן רק דל"ה כב' ואחד יכול להכחישו אח"כ:

ובאמת מצינו חולקים על הר"ן חולין הנ"ל דבריטב"א גיטין (דף כ"ז) דכ' אפילו כי מהדרינן לצורבא מרבנן אבידי בטביעת עין אומר רבינו דדוקא בדבר שהוא שלו אבל באומר דבר זה מפלוני הוא ואית להו טביעות עינא בגויה לא דהא ודאי עדות כיון שמעיד לאחרים ובעדות לא מהימן לן צורבא דרבנן טפי מע"ה עכ"ל [ועיין ב"ש אה"ע (סי' קל"ב) דכתב דאדם אחר נאמן בט"ע בלא מגו וכבר השיגו עליו שם הב"מ והת"ג ומה שכתב שם הב"מ דלא מחזרינן אבידה בעד אחד כמבואר לכל יודעי דת ודין אינו כן דעת הר"ן חולין ויש להב"ש על מי לסמוך דאף דהוי דבר שבערוה לענין גט מ"מ יש לומר כיון דעיקר עדותו הוא לענין החזרת הגט ויבואר בזה במ"א דמוכח מש"ס ריש סוטה דגם בכה"ג הוי כנידון על דבר שבערוה] הרי מבואר דהריטב"א ורבו חולקין על הר"ן וכבר כתבתי מזה בהגהותי בדברי חיים דיני קידושין (סי' כ"א) להוכיח דהרמ"א ז"ל הכריע דאין עד א' נאמן אף להחזיר אבידה ובמקוה דליכא ח"מ מדכ' (סי' רפ"ד ס"א) ולא מורידין קרוב לירושה עפ"י עד א' ומשמע אף כשמונח הירושה ואינו ביד שום אדם רק ת"י הב"ד שצריכין לחקור אחר היורש מי הוא וכשלא נודע לנו משום קרוב הקודם לירושה והוי

כאבידה ואעפ"כ אין מחזירין עפ"י עד אחד וכן יש להוכיח קצת מעובדא דמרי בר איסק ב"מ (דף ל"ט) וש"ס כתובות (דף כ"ז) ועיין בתוס' ב"מ שם ובהפלא' כתובות שם דיש לפלפל טובא בדבריו:

וראיתי למי שכתב להוכיח דעד אחד נאמן בממון היכא דליכא חזקה דממונא ממה דכתב הרמב"ם (פ"ד) מנחלות יעקב שמת והניח ראובן ושמעון ולא הוחזק לו בן אלא שניהם משמע דאם הוחזק לו בן אחר אלא שהאחים אינם יודעים אותו היה מהימן האי אח לומר זה אחי כיון דליכא חזקת ממון דחלק שלישית לאו דידהו הוא נאמן עד אחד וכל מקום שנאמן עד אחד גם קרוב נאמן ואין זה הוכחה כלל דנוכל לומר להיפך דאם הוחזק עוד בבן שלישי ל"ה שמעון נאמן על לוי שזה אחיו ול"ה נוטל עמו אף מחלקו דחלק שלישית של זה הבן שלא נודע מי הוא היה צריך להיות מונח ביד אחרים. דעד א' א"נ אף שהוא לברר ואף דדעת הר"ן קידושין (דף ס"ג) דלכך נאמן באומר האב קדשתי את בתי ואיני יודע למי כשבא אחד ואמר אני קדשתיה אף דאין דבר שבערוה פחות מב' משום שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדש' לו והיינו דאינו רק כמברר האיסור מ"מ הא גם שם לרב א"נ לכנוס רק ליתן גט מטעם דא"א חוטא ולא לו וגם משום דמירתת מן האב ולא חציף לכך קיי"ל כרב אסי דנאמן אף לכנוס משא"כ אם בא אחד ואומר שהוא בנו של המת ל"ש לומר כן ובפרט כיון דאחיו מסייעו ל"א דלא חציף לומר כן:

ועיין רמ"א (סי' רכ"ב ס"ד) באומר שדי מכרתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני הלוקח נאמן ועיי"ש בש"ך דהביא חולקים ע"ז הרשב"א בשם הירושלמי. ובאמת לפי מה שראיתי בחידושי מהרי"ט ז"ל בקידושין דפירש דברי הירושלמי מהו אין למידין ממנו דבר אחר אחת משדותי מכרתי ואיני יודע למי מכרתי' בא אחד ואמר אני לקחתיה לאו כל הימנו אף בקידושין כן אחת מבנותי קדשתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה לא כל הימנו וכתב מהרימ"ט ז"ל דע"כ לא הימנוהו רק בידוע מי נתקדשה דחזקה לא קלקל נפשיה להיות באיסור אשת איש כל ימיו ולא חציף בכך אבל כשאב א"י איזה בת נתקדשה סומך בדעתו שזאת אינה שנתקדשה לאחר ולכי איגלאי מילתא שקדש האחר אחותה לא מכסיף בזה שהעליל לקחת את הפנויה וכמו כן לענין שדות אם היתה שדה ידועה מפיק ליה מיד המוכר כיון דטוען ברי ומוכר שמא וכמו בדין כל דאלם גבר דהטעם מי שטוען שקר לא יתחזק וימסור עצמו שיאמר מה בצע באלמותי אח"כ יביא עדים ויוציאנה מידי. אבל בב' שדות לא הפסיד הרמאי הוא יודע שאם יביא עדים יעידו על שדה אחרת וגם בב' שדות יאמר המוכר שמא אין זה השדה ולמחר יברר אחר ויקח האחרת וכן בבת בידוע מי נתקדשה כבר יצתה מחזקת פנויה

לכך נאמן להעמידה על חזקתה אבל אחת מבנותי כל אחת ואחת יש להעמידה בחזקת פנויה ולא כל הימנו לגרוע חזקתה עכ"ד הנכונים למאד.

ומאד לפלא בעיני על שראיתי לשלשה גדולי הדור דאזלי בתר איפכא הראשון בספר בית מאיר שכתב (סי' ל"ז ס"כ) ע"ד הרמ"א שכתב וי"א אם החתן עמד לפניו תחלה ולא הכירו ואח"כ אמר שמכירו א"נ וכתב הב"מ ונ"מ לאמר אחר מיתת פלוני שעמד לפניו שא"נ והיא אסורה לכ"ע מבואר מדבריו אם לא עמד לפניו תחילה נאמן האב אף לאחר מיתת פלוני להתירה לעלמא ודין זה צ"ע הא עד אחד אינו נאמן רק לברר הדבר ולהעמידה בחזקתה חזקת א"א דאינה מוציאה מחזקתה אבל כשמעיד דעכשיו היא פנויה דנתקדשה לזה שכבר מת שוב אין עד אחד נאמן ואינו דומה לעד האומר מת בעלה דשם ידענו מי היה בעלה אבל כשנאסרה ונתחזקה בחזקת אשת איש ולא ידענו למי נתקדשה א"נ רק זה משום חזקה א"א חוטא ולא לו אבל כשמת ובא אחר להעיד שזה שמת קדשה ודאי א"נ להוציא מחזקת א"א ול"ש לומר החזקה דא"א חוטא וא"ד לכל עד האומר מת בעלה כמובן מעצמו. ועיין ספר תורת גיטין (סי' ק"כ ס"ק י"ב) דכתב כן להדיא והדברים פשוטים כמו שכתב מהרי"ט דהיכא דבא לברר ולהעמידה בחזקת א"א נאמן עד א' ולא כשבא להתיר. השני בספר עצי ארזים (סי' ל"ה ס"ק כ"ג) כתב בפשיטות בדין האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים שבעולם דכמו שכתב הרמב"ן אם הקרובות עומדות לפנינו אין חזקתן מועלת לאשה זו וכתב שאם אחת אומרת אותי קידש שיכול לגרשה ולהיות מותר בכל הנשים עפ"י דיבורה שחזקה אין אדם חוטא ולא לו ומדמה להך דא"י למי קדשתיה ועיי"ש עוד בדבריו וזה לא נהירא גם כן דע"כ לא כתב הרמב"ן רק כשמבררת להעמידה בחזקתה חזקת פנויה דנאמנת לברר אבל לומר אני נתקדשתי דמעידה להוציא נפשה מחזקת פנויה ולהחזיקה בחזקת אשת איש ודאי דאינה נאמנת וא"ד לשם כלל דשם מעיד להעמידה על חזקתה משא"כ כשמעידה להוציא נפשה מחזקת פנויה ודאי דא"נ אף דמטעם חזקה שליח עושה שליחותו מחזקינן דודאי קידש פנויה אחת מ"מ כשאנו דנין על הפרט על כל אחת ואחת יש לה חזקת פנויה וכשבאנו להחליט דזו נתקדשה מוציאין אותה מחזקת פנויה ודאי לכ"ע אין דבר שבערוה פחות משנים וכמו שכתב מהרימ"ט ז"ל. ובכן תמהני גם כן על הגאון המובהק שארי המנוח ז"ל בספר זית רענן ח"ר חיו"ד דלא ירד לחלק בין הנפרדים דלברר אינו נאמן רק היכא דמעידה על חזקתה ולא להוציא מחזקתה:

הדרן דברינו די"ל הא דכתב הרמ"א באמר אני הלוקח נאמן היינו כשיודע המוכר איזה שדה מכר ואינו ראי' מרשב"א וירושלמי דשם איירי כשא"י ג"כ איזה שדה דבא ג"כ

להוציא השדה מחזקת מרא קמא דאף היכא דודאי מכר אחת משדותיו מ"מ על כל שדה שאנו דנין שייך לאוקמי על חזקת מרא קמא ודלא כמו"ש הנתיבות (סי' ע"ה ס"ק י"א) כמו שיתבאר לקמן אי"ה דיני טוען ונטען וכמו שכבר הרגיש ע"ד אאמ"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ב') דיני טוען ונטען ובזה אף עד אחד אינו נאמן וכ"ש בע"ד אבל כשמכר שדה ידועה ואינו ידוע למי י"ל דבזה מטעם דלא חציף אמרינן ברי ושמא ברי עדיף. ומ"מ עד דעלמא יש לומר דאינו נאמן וכמו דמוכיח מדברי רמ"א (סי' רפ"ד) הנ"ל דהיכא דחבירו אינו מכיר בשקרו אינו נאמן אף עד אחד ובטענות ברי ומסתימת ד' הרמ"א משמע אף אם אין שום אדם מוחזק בקרקע ואינו ת"י שום אדם ג"כ אינו נאמן ובמקור הדין דרמ"א שהוא מהריב"ש (סי' מ"ו) שם היה נפתלי מוחזק בהפקדון וצריך להוציא מידו בב"ד ע"י הגדות העד וכתב הריב"ש שיש להב"ד לחוש שלא להוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן מ"מ הרמ"א סתם הדברים דלעולם אין מורידין משמע דבכ"מ אין ע"א נאמן להחזיקו ליורש ברור אף כשאינו ת"י שום אדם. ועיין (סי' קמ"ו ס"ט) ומ"ש שם הנתיבות (ס"ק ט') דמדברי הרמ"א הנ"ל משמע דל"א בזה ברי ושמא ברי עדיף ובאבידה כשמצא והגביה אם אומר ששלו הוא ודאי אין מוציאין מידו אבל אם יודעים הב"ד דממון זה המונח שייך לאחד וא"י למי אינו נאמן ול"א בזה ברי ושמא ברי עדיף ואף עד אחד אינו נאמן. ועיין נתיבות (סי' ר"פ ס"ק א') שהקשה למה נאמן שמעון כשאומר על לוי שהוא אחיו לענין שהוא יורש כל נכסיו הא כל יורש צריך עדים וכתב דוקא כשיש כאן יורש אחר אז צריך עדים אבל כשמת כאן אחד ולא נודע מי הוא ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש אותו נאמן ויורש אותו ואם בא אחר ואמר אני קרובו יותר הדין כל דאלם גבר רק בין שניהם ודבריו צ"ע למה נותנים לו הירושה הא לא גרע מבאבידה דל"א בזה ברי ושמא ברי עדיף ואף עד אחד לא מהימן כמו דמשמע מסתימת דברי הרמ"א הנ"ל ובקושיתו הנ"ל למה שמעון יורש לוי י"ל כיון דכבר אמר שהוא אחיו בעוד לוי חי והחזיקו לאחיו ונתן לו חלק מירושת אביו אנן סהדי דהאמת אתו ומה לו לשקר ודומה להא דאמרינן גבי עד אחד באיסורין אף במקום דא"נ מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן לאסור ואף דמבואר בר"ן וריטב"א שם דרק לגבי איסור אמרינן סברת מתוך אבל בממון אינו נאמן משום מתוך על חבירו הא כ' משום חשש קנוניא אבל כאן ל"ש זה ועיין בעה"ת (שער נ"א ח"ב) ובמה שכתבתי בדברי חיים דיני כתובה (סי' כ"ה) וכאן כ"ע מודים כיון דאז אינו מעיד על שום דבר רק חובתו וכיון דהוחזק לאחיו לכך יורש אותו ועיין תשובת הריב"ש (סי' קפ"ב):

וכן יש להוכיח מדברי הגהות אשרי ב"ב (דף קל"ד) דהביא משם הריב"ם באם אמרו שאר האחים דאין זה אחינו מה יהא בחלקם וכתב נראה שמונחים עד שיבא אחד מיורשים שלו מן האב ולאותו אח שאמר אחינו הוא לא יהבינן אלא חלקו שהוא מודה שאין לו בהם יותר וגם הפקר ל"ה שאין לך אדם בישראל שאין לו גואלים ואינו כגר לכך כשיבא אחד מקרוביו ינתן לו אבל מספקא לי אם יבא אחד מקרוביו בודאי בראיה אם לא נוציא מיד זה שאמ' אחי הוא וגם את חלק שנטל דלאו כל כמיניה לומר אחי הוא במקום שיש קרובים אחרים בראיה. ובאמת מפשטות דברי הפוסקים והש"ע שם משמע הואיל דהוי כסילק מן אח זה שאומר אין זה אחי נוטל אחיו כל ירושת לוי וכן משמע מדברי רמ"ה ב"ב שם וכן מבואר בתוס' רי"ד שם דבמודים דאין זה אחינו הכל הוא של אותו האח שהחזיקו כי הוא אחיו אולם דעתו כיון שגם הוא הודה לו כל ימי חיו שהוא אחיו ועיי"ש מה שהביא משם רבינו יצחק אולם לדבריו של הגה"א דמסופק אם מוצא הביא בראיה שהוא קרובו החלק שלקח שמעון ואמאי ל"א אין ספק מוציא מידי ודאי דלדברי הנתיבות אף אם בא בלא ראיה הדין כ"ד גבר ובראי' נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי. א"ו דאינו דומה למת וא"י מי המה יורשיו מטעם שכתבתי שזה ראיה ברורה שנתן לו החצי מחלקו והוחזק לאחיו בחיו וגם אחיו הודה לו אף שאינו יודע בבירור דגם כן הדין דכשמת יורשו אח"כ כמו שכ' הנתיבות הוא ג"כ דאנן סהדי והוחזק לאחיו. ובכ"ז מסופק הגה"א אם מוציאין מידו. אבל ודאי לכ"ע אינו יורד לנכסי המת עד שיתברר עפ"י עדים דהוא קרובו ואף עד אחד ל"מ כמבואר מדברי הרמ"א הנ"ל:

וראיתי דבר חידוש בנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' נ"ד) בדבר אשה שמת בעלה ונשארה זקוקה ליבם אלם ונתברר שהרב המסדר הקידושין נתן דעתו לסדר על תנאי שאם ימות בלא ז"ק יהיו הקידושין למפרע בטלין והיה רק עד א' שמעיד ששמע שהרב סדר תחת החופה על תנאי זה וכתב דהיכא דיש רגלים לדבר יש להאמין לעד א' אף בדבר שבערוה ואפילו איתחזק איסור' דעיקר הלימוד דילפינן דבר דבר מדכתיב כי מצא בה ערות דבר ובערות דבר גופיה היכא דרגלים לדבר נאמן ע"א כמו בסוטה אף דהיתה בחזקת היתר ונאמן ע"א לאסור ק"ו דנאמן להתיר והבי' מדברי רש"י מס' סוטה דעד אחד נאמן בה אף להפסיד כתובתה שרגלים לדבר ומקראי ילפינן ול"ת שאני סוטה דאיתרע חזקתה שהרי נסתרה בנד"ד נמי כיון שרגלים לדבר מקרי איתרע חזקת זקוקתה ליבום עכ"ד. והדברים נפלאים לדמות רגלים לדבר לרגלי' לדבר דסוטה כיון דקינא לה ונסתרה דא"כ נימא בדיני ממונות ג"כ היכא דיש רגלים לדבר יהי' עד אחד נאמן וזה לא שמענו מעול' האם נאמר דע"י אומדנא דמוכח או עפ"י רוב דאין מוציאין ממון ואין הולכין בממון אחר הרוב יהי'

עא"נ זה ודאי לא ולדידן דלא פסקינן כרבי אחא בגמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו בידוע שזה הרגו ואנן לא פסקינן כן ומבואר ברמב"ם הלכות נ"מ (פ"ח הי"ד) אין אומרים בידוע שזה הרגו עד שראוהו עדים כשרי' הרי דצריך שנים. א"ו דאין ללמוד מסוטה דשם עשאה התורה הספק כודאי כמו שכתבו תוס' סוטה (דכ"ח) דאף אם גליא כלפי שמיא דטהורה מ"מ אם בא עליה בעלה נענש א"כ אין לדמות לרגלים לדבר במ"א. ואבייי ורבא דפליגי באשתך זינתה בעד אחד קידושין (דף ס"ו) ולדעת התוס' וסייעתם דבאינו יודע לכ"ע אינו נאמן רק היכא דהוי רגלים לדבר ושתיקה הוי רגלים לדבר יש לומ' באמת דאביי מודה דאין דבר שבערוה פחות משנים רק דסובר היכא דהוי רגלים לדבר נאמן לאסור כמו בסוטה אבל רבא אינו סובר לדמות לרגלים לדבר דסוטה וכן קיי"ל. וגם דבריו סותרין דברי עצמו דכתב במהד"ת חח"מ (סי' ח') לבאר דעת רמב"ם על פי דברי ירושלמי סוטה דלהפסידה כתובתה בסוטה מה"ת אין עד א' נאמן רק לאסרה אך כיון שהאמינתו תורה לאסרה גנאי הדבר להאמינו בדבר אחד ולהגבותה כתובה וא"כ לא נוכל ללמוד להאמין לע"א בדבר שבערוה בצירוף רגלים לדבר מסוטה כיון דגם שם לא האמינו התורה לדעתו לכל דבר ושוב כיון דגם בסוטה אינו נאמן לענין ממון ילפינן דבר דבר כמו דאינו נאמן לגבי ממון אף ברגלי' לדבר כן א"נ בכל דבר שבערוה ועוד יש להביא כמה ראיות לזה:

וקצת יש לומר בדינא דנו"ב הנ"ל למ"ש בתשובת מהר"ם ז"ל שבמרדכי קידושין והגה"מ הלכות אישות (סי' ג') בשליח שטעה ואמר לי דע"א נאמן אם אינו אומר להתיר איסור דבר אשר מעיקרא אסור הי' ועיין בש"ש (ש"ו פ"ג) ביאור דבריו דהגז"ש דבר דבר מממון היינו היכא דידוע שהוא ודאי דבר שבערוה אבל היכא דא"י אם יש כאן דבר שבערוה ועד א' מעיד של"ה כאן דבר שבערוה וכמו שם השליח מעיד שלא קדשה מעולם לעצמו בזה הו"ל כמו שאר איסורין ועד אחד מהימן בה עיי"ש וה"נ כיון דמעיד שלא הוי קידושין מעולם רק על תנאי שאם ימות בלא ז"ק יתבטל הקידושין למפרע לא הוי כמעיד על דבר שבערוה ועד א' נאמן אך לקושטא ז"א דרק שם לא איתחזקה לא"א מן השליח דמיד אמר שטעה במה שאמר אבל היכא דלגבי כל העולם אתחזקה לאשת איש אף כשמעיד עדותו דמעולם לא הוי דבר שבערוה אינו נאמן והוי נגד חזקה וכן מוכח מעובדא דינאי המלך קידושין (דס"ו) ורק שם מעולם לא אתחזק לחזקה ודאית דאפשר שטעה משא"כ בנידון דהנו"ב לגבי כל העולם שישבו כמה שנים כאיש עם אשתו הוי כאתחזקה לא"א ודאי דכ"ע לא ידעו דקדשה על תנאי ועיין מה שכתבתי בחלק ראשון יו"ד דיני שחיטה (סי' ג' דף ג' ע"א):

והיכא דיכול להתברר כתב המרי"ק דעד א' נאמן לגבי ממון והש"ך (סי' למד סקי"ג) מפרש דבריו דאיירי בגוני דמבואר קידושין (ס"ו ע"ב) גבי שלח ואחוי הכי נמי לגבי ממון היכא דהעד הראשון רוצה לברר את דבריו והשני א"ר לברר הראשון נאמן והש"ך חולק ע"ז דרק לגבי איסורין דעד א' נאמן רק אם מכחישו אינו נאמן לכך במקום שיכול להתברר נאמן להחמיר אבל בממון לא. ובתומים חולק ע"ז דגם לענין ממון לחייבו שבועה אעפ"י שעד א' מכחישו כשאינו מברר הדין הוא כמו באיסורין. אולם כנראה הש"ך כוון לדברי מהרי"ט בחידושיו קידושין שם דעמד ע"ד תוס' דכתב מכאן יש להוכיח דכל דבר שיכול להתברר עד א' נאמן עליו אעפ"י שעד א' מכחישו דהיכן מוכח דנאמן אף במכחישו עד א' דלמא לגבי בע"ד הוא דמהימן מטעם שלח ואחוי כיון דהוא קרוב אצל עצמו אבל ביש לו עד א' המסייעו למה לא נאמר אוקי חד בהדי חד וכתב כיון דעד א' לגבי בע"ד גם כן אינו נאמן רק מחמת שתיקת בע"ד אם כן אם עד א' מכחישו לאו כלום הוא והכי אמרינן דאין סומכין על החזקות היכא דאפשר להתברר כדמוכח בריש חולין. א"כ כיון דבאמת מן הדין כשעד מכחישו אין הראשון נאמן רק מטעם דלא סמכינן על החזקה במקום דנוכל לברר אתינן עלה ודאי הדין עם הש"ך דזה לא מהני רק לגבי איסור אבל לא לגבי ממון דאין לחייבו שבועה בגווני דיכול לברר כיון דמן הדין אוקי עד לגבי עד. וא"ל כיון דהוי מילתא דעבידא לאגלויא לאלתר עד אחד נאמן אף לענין ממון כמבואר מדברי הריב"ש (סי' קנ"ה) א"כ למה הבע"ד והעד א' יכולין להכחישו לגבי ממון כיון דהראשון העיד בדבר דיכול לגלות לאלתר יש לומ' דכמו כן הוא לגבי השני הוי ג"כ כמעיד במלתא דיכול להתגלות לאלתר דאם יכריחו הב"ד לברר יהיה נתפס כשקרן ודאי בקושטא קא מסהיד ואוקי עד לגבי עד רק באיסורין מחמרינן שלא לסמוך על החזקה במקום דנוכל לברר אמנם אם אמר בא ואראך אם הלך עמו ולא מצאו אין כאן איסור כמבואר בטו"ז יו"ד (סי' קכ"ז ס"ק ה') וראיתי למי שהשיג על הטו"ז דאם שיהיה צריך לילך ולברר פשיטא דבמקום דאיכא לברורי צריך לברר לכך מפרש שהכל תלוי בשעת אמירת העד אם אז יכול לברר נאמן אף בשעה שאחר מכחישו כבר אינו יכול לברר אמרינן דמסתמא העיד האמת ואינו כדאי לחלוק בזה על הטו"ז דכיון דיש חזקת היתר ואין עד אחד נאמן לאסור נגד חזקה היה ס"ד דא"צ לברר וא"ד לכ"מ דיש ספק לפנינו ורוצה להוציא מחזקה וכמבואר במג"א (סי' תל"ז ס"ק ד') וכבר כתב בכנה"ג יו"ד (סי' קכ"ז) בהא דתמה הש"ך שם על הרמ"א למה כ' משם י"א הא תלמוד ערוך הוא לגבי בעל מום וכ' כיון דאין ללמוד דבר זה אלא מתירוצו של אביי דלתירוצו של רבא אין ללמוד דבר זה הוצרך לומר דאין רבא חולק ע"ז ובאמת בלא"ה

יש לומר דגבי בעל מום לעולם הוי מלתא דעבידא לאגלוי' משא"כ באומר בא וארא גוי מנסך יינך הי' מקום לומר דא"צ לברר כיון דאף אם לא ימצא כדבריו לא יתפס לשקרן דיאמר דכבר הלך לדרכו ובכ"ז סברו תוס' דצריך לברר וראיתי שכן כתוב בס' שבת ציון דיש לחלק בין בעל מום דהוי לעולם מלתא דעבידא לגלוי' לדינא דתוס' ומ"מ דעת תוס' דעכ"פ כשיכול לברר בקל חייב לברר. וא"כ ודאי זה אתי שפיר רק לגבי איסור חששו לזה אבל לגבי ממון באופן דאין לברר אחר כך ול"ה כמילת' דעבידא לגלוי' דלא יתפס לשקרן ודאי א"צ לחוש ולברר אלא אף במקום דנוכל גם אחר כך לברר והוי כמלתא דעבידא לגלוי' לאלתר מ"מ כשיש עד המכחישו שוב אמרינן גם לגבי עד זה הואיל דהוי עבידא לגלוי' לא משקר ואוקי עד לגבי עד וא"ח אף לברר:

ויש לחקור אם עד אחד מעיד על ראובן שחייב לשמעון ממון וראובן א"י ולא הוי ליה למידע דפטור אם העד מהימן לגבי ראובן כבי תרי אם חייב ראובן לשלם עכ"פ בדיני שמים כמו במעי' על אשתו שזינתה דחייב להוציאה כמבואר קידושין (דף ס"ו) ורמב"ם (פכ"ד) מאישות והל' סוטה וש"ע אה"ע (סי' קט"ו) או דלמא דוקא לענין איסור מחמירינן אבל לא לענין ממון ולמה שכתב בס' תומת ישרים (סי' ע') דהך סברא דמהימן כבי תרי הוא רק מדרבנן יש לומר דרק לענין איסור אף דאין דבר שבערוה פחות משנים מ"מ החמירו במהימן ליה כבי תרי לחייבו להוציאה מדרבנן אבל לא נוכל ללמוד מזה לענין ממון וראיתי לאאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני כתובה (סי' ג') שהביא דברי תומת ישרים אלה וכתב ועיין רשב"א קידושין (ס"ו) דכתב נמי הא דמחמרינן במהימן כבי תרי הוא רק מדרבנן ואני לא מצאתי כזאת ברשב"א שם אפס לאביי שם דסובר באשתו זינתה בעד א' דנאמן כ' הרשב"א בחד תירוץ אף דאין דבר שבערוה פחות משנים מ"מ מדרבנן נאמן אבל לרבא דאמר אינו נאמן והא דאמר שמואל להסמיא אי מהימן לך זיל אפיק סבר דקאמר ליה אי מהימן לך כבי תרי יש לומר באמת דאף מדאורייתא חייב לצאת ידי שמים אם מהימן ליה כבי תרי רק לב"ד לא נמסר הדבר דלא יקום עד א' כתיב אבל לעצמו צריך לחוש וממילא גם לענין ממון בכה"ג אף דשניהם אינם יודעים אם עד א' מהימן ע"ז כבי תרי מעיד לחייבו חייב לצאת ידי שמים לשלם:

אך יש קצת ראיה דסברת מהימן כבי תרי ליתא רק מדרבנן וממילא לא נוכל למילף ממון מאיסור דהיכא דמצינו מצינו מהא דמס' גיטין (דף נ"ד ע"ב) מה אעשה שהתורה האמינתו היכן האמינתו א"ר יצחק בר ביסנא כהן גדול ביוה"כ יוכיח דכי אמר פגול מהימן ומנא ידעינן והכתיב וכל אדם כו' אלא לאו משום דמהימן ועיי"ש בתוס' דפשיטא דבכל הקרבנות שייך פגול בכל ארבע עבודות ואם נאמר דמהימן כבי תרי הוא מה"ת א"כ

משכחת פגול דבל"ס כהן גדול מהימן לגבי ישראל כבי תרי א"ו דהוכחתו הוא דהתורה האמינתו ומן התורה לא נוכל לומר דמטעם דמהימן כבי תרי הוי פגול. אולם בש"ג מס' סנהדרין (פרק ז"ב) כ' משם הראב"ד בנידון צוואה שהיה בעדים הקרובים ליורשים והיה שם עד א' כשר שלא הזמינו לעד וכתב דהמכחיש יכול לומר אינו מאמין עד א' והרוצה באותה חלוקה שמעידה אותו העד יכול להחרים סתם על מי שמאמין שלא יכפור ואם הודה שמאמין תתקיים החלוקה עפ"י העד עכ"ל הרי מבואר דאף להחרים סתם יכול ע"ז אם מאמין לדברי העד ומסתמא הכוונה אם מאמינו היינו דמהימן עליו כבי תרי שלא ישקר ואף דבפרק א' שם כתב דל"ה מנהג הב"ד להאמין כבי תרי לאפקועי ממון הבעלים היינו שהב"ד אינם מאמינים לשליח ב"ד כבי תרי אבל אם הבע"ד מאמינו כדבי תרי חייב בדיני שמים לשלם הרי נראה דדעת ראב"ד דמהני אף לענין ממון מהימן כבי תרי ולדבריו נראה דהוא סברה מדאורייתא. וכן יש להוכיח מדבריו ברמב"ם (רפ"ד) מק"פ השוחט הפסח על בני חבורה ואמר להם לאחר זמן שלא לשמו שחטתיו אם הי' נאמן להם סומכין על דבריו ואם לאו שורת הדין שאינו נאמן והרוצה להחמיר על עצמו הרי זה משובח ויביא פסח שני והשיג ראב"ד שם אין כאן שבח שאם הי' פטור אינו יכול להביא פסחו נדבה על תנאי שלמים ומדלא השיגו על ריש דבריו דקאמר אם היה נאמן סומכין ע"ד וחייב להביא וכיצד יקריב פסחו נדבה על תנאי שלמים אם נאמר דסברי מהימן כבי תרי ליתא מדאורייתא אלא ודאי נראה דסברת כבי תרי דמהימן דחייב לצאת ידי שמים לחוש הוא מן התורה וממילא מהני כמו כן וחייב ממון בדיני שמים. והך דגיטין צריך לדחוק:

וראיתי בתשובת גנת ורדים חח"מ (כלל ח' סי' י"ב) כתב שם תוך התשובה וז"ל ואגב אורחין אית לאסתפוקי היכא שמעיד עד א' על א"א שזנתה דקיי"ל דהיכא דמהימן לבעל שצריך להוציאה אם מת בעלה קודם שיגרשנה מהו שתהיה מותרת אשה זו לכהונה וצ"ע עכ"ל. ולא אדע מקום הספק אף אם נאמר דמה"ת הוא חייב להוציאה כיון דמהימן ליה כבי תרי אבל. לאוסרה לכהונה ודאי לא נאסרה על פי עד א' דרק לגבי נפשו צריך לחוש אבל לגבי כל העולם לא נשאר רק עד א' וכללא הוא דאין דבר שבערו' פחות משנים ואף אם העד הוא איש מהימן ולאסרה לכהונה הוי כדבר שבערוה דאין עד א' נאמן ועיין מ"ש בספרי ח"ר דיני שחיטה (סי' ד') להשיב ע"ד השב שמעתתא (ש"ו פט"ו) דכ' בדעת רמב"ם דהמעיד על האשה שהיא זונה לפוסלה לכהונה דל"ה דבר שבערוה והוכחתי שם שלא כדבריו. וממילא אף דהוחזקה לזונה ע"י העד כיון דבעלה מהימן ליה כבי תרי מ"מ לא הוחזקה לאוסרה לכהונה אם ימות קודם שמגרשה:

סימן ל

היכא דמעיד עד אחד בדבר שבידו לעשות כמו שאמר נאמן כמבואר סנהדרין (דף ל') אמר להן אחד אני ראיתי אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הן של מעשר שני הן בבית ל"א כלום בשדה דבריו קיימין דמה לו לשקר אם רוצה נוטלן ונותנן לאותו שהוא מעיד עליו ויש לחקור אם בא אחר ומכחישו אם נאמן דהנה בבעל שאמר גרשתי את אשתי דמן הדין נאמן ג"כ כיון דהוי דבר שבידו לעשות נאמן אף בדבר שבערוה אם לא מטעם שכתב הרשב"ם ב"ב (דקל"ד) דכל המגרש יש לה קול לכך ל"ה רק ספק מגורשת וברמב"ם (פי"ב) מגירושין כתב הטעם שמא יתכוין לקלקלה או בגט בטל גרשה והוא א"י כובד האיסור לכך אומרים לו אם אמת הדבר גרש אותה עתה בפנינו וברמ"ה ב"ב פ' י"נ כ' דריע מגו דאם איתא שגרשה תחוי גטה או תייתי עדי מסירה. וברשב"א קידושין (דף ס"ד) כתב מטעם דהוי מגו במקום חזקה והוי ספק מגורשת ועיין ב"ש אה"ע (סי' קנ"ז סק"ט) ובב"ש (סי' קנ"ב) כ' אם זינתה אחר שאמר הבנים ספק ממזרים וסובר דהוי ספק ממש לא לחומרא בלבד כדמשמע לשון דאמר רבא זיל חוש לה וכן נראה מלשון הרמב"ם שכתב א"נ וחוששין לדבריו ותהיה ספק מגורשת משמע ס' ממזרי' אולם אינו מוכח מדבריו דהא יש להוכיח להיפך מדכתב לפיכך אומרים לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה עתה בפנינו משמע קצת דרק אם הוא בפנינו אבל אם אינו בפנינו י"ל דאם נשאת לא תצא וכן הבנים כשרים:

וכן מבואר בדברי רמ"ה ב"ב שם שכתב ואע"ג דלא מהימן מיהו ה"מ למיפטרה דאי חזרה וקלקלה אחר כך לא מקטלה אבל לענין חליצה ויבום כ' הוא ואם מת חולצת ולא מתייבמת מ"ט אע"ג דאיכא להימניה לבעל משום מגו כיון דאפשר לה בחליצה אחמירו וה"מ היכא דאכתי לא אינסיבא אבל אי אינסיבא מקמי חליצה או ליתיה להיבם או איתי' ואינסיבא לכהן לא מפקינן לה מתותי גברא מספיקא וכ"ש הכא דאיכא להימוניה לבעל והא דקאמר רבא חוש לה מה"ט דמספיקא לא מפקינן יבמה לשוק והא דכתב כשנשאת לכהן דלא מפקינן הא אם גרשה ממנ"פ אסורה לכהן כוונתו להא דמבואר שם בההוא דאמר חזיא לכהנא רבא ופי' שהיה קדושי טעות שקדשה על תנאי ולא נתקיים וסובר אף דכל נאמנתו דהיה קדושי טעות הוא במגו דבידה לגרשה מ"מ מותרת אף לכהן כמו"ש הרמב"ן שם באומר יש לי בנים וע"ז כ' אף דצריכ' חליצה מ"מ אם נשאת לא תצא וממילא נראה מדבריו כשזינתה ל"ה הבנים ספק ממזרים. וכן קשה הא קיי"ל גט שכתב בכ"י כשר מה"ת רק מדרבנן פסול והטעם כמו"ש תוס' ריש גיטין משום דהוי כא"ב זמן ושם הוא רק לכתחילה ואם נשאת הולד כשר ועיין רמב"ם (פ"א הי"ד) ובכ"מ

שם א"כ אם יאמר דגרשה בכתב ידו למה אינו נאמן הא שוב ליכא ריעותא ממה דאין לו קול כיון דגרש' בכ"י ובלא עמ"ס דכשר מטעם דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי לדעת הרי"ף והרמב"ם. ועיין אה"ע (סי' ק"ל ס"כ) ובתו"ג שם שכ' להדיא דמש"ע משמע דבכ"י אפילו מסרה בינו לבינה כשר אף לדידן מטעם שכתב הרשב"א יבמות כיון דכתיב וכתב ולא כתיב בקרא והעד עדים כמו בשטר מקנה מוכח כשכותב בעצמו ל"ב עמ"ס ולדעת הר"ן דבכ"מ בגט הנחתם בע"ח אנן עדי מסירה והיינו כיון דמוכח שבא מיד הבעל נידה כן נמי בכ"י דבעל דהוי כגט בע"ח אם כן ליכא ריעותא מן הקול. ועכ"פ תהיה ודאי מגורשת מן התורה ולמה יהיו הבנים ספק ממזרים הא בכתב בכ"י אם נשאת ל"ת:

וצריך לומר דאינו נאמן לומר שעשה שלא כדין אף דבידו לעשות מ"מ אינו נאמן דעשה מכבר שלא כדין אולם אם כבר יש ביד האשה כ"י אז אם נשאת לא תצא. ועיין תוס' ריש גיטין שכתבו כיון דפסלו לכתחילה משום דהוי כא"ב זמן א"ש מטעם דלא יחפה על ב"א דבכ"י נמי איכא למיחש וקשה לכאורה הא כ"י לא עדיף ממה שאומר בע"פ שכבר נתגרשה ואעפ"כ אינו נאמן על למפרע דמה שבידו לא מהני על למפרע לגבי דבר שבערוה ומה עדיף הכ"י שיהיה בידיה מאם אומר בפיו דגרש אותה דאף דנאמן מכאן ולהבא מ"מ לא באנו לבית הספק על למפרע ואם נתברר שזינתה מקודם שאמר קטלינן לה כמבואר שם ב"ב ובתוס' ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' קכ"ד) הטעם כיון דכל הנאמנות שלו הוא רק מטעם מיגו דבידו לגרשה אין דנין יותר ממה דאפשר לדון במגו זו לפנינו ולא משוינן הספק על העבר כיון דאין בידו להוליד הספק למפרע וא"כ אף בכ"י דבעל איך יהיה נאמן על למפרע לעשות ספק דהודאתו לא עדיף ממה שאומר בפיו וממילא ליכא חשש שמא יחפה כיון דלא משוינן לספק למפרע:

ונראה בדעת תוס' דהא חזינן בבעל שאמר גרשתי את אשתי אף דהוי כבעלים ונאמן מטעם דבידו מ"מ לא מחזקינן לבירור אף מכאן ולהבא ואם הבעל חוזר ונותן אמתלא לדבריו יכול לחזור. גם לדעת הפנ"י והסכים ע"י בעל ח"ד (סי' קפ"ה) דהיכא דנאמן מטעם בידו ל"מ להחזיק ע"י ללקות. ובנתיבות כתב הטעם אף כששניהם מודים בקידושין ובידם לעשות דלא מהני בלא עדים משום דבידו ל"מ לסקול ע"י משום הכי ל"ה קיום הדבר וכמ"ש הפנ"י קידושין עיי"ש בדבריו (סי' ל"ו) וכבר כתבתי דדבריו מוקשים מ"ש הטעם דבגירושין מהני כ"י ולא בקידושין משום דבעינן בקידושין עדים לקיום הדבר לדון ע"י לאחרים ולא תהיה אשת איש לחצאין משא"כ בגט הא בגט ג"כ אף דעיקר הגט בא להתירה לשוק מ"מ בא ג"כ לאוסרה על כהן וללקו' ע"י אם תנשא לכהן אחר מיתת הבעל א"כ נימא ג"כ אין גט לחצאין א"ו דכ"י עדיף וכמו"ש הרשב"א

יבמות (דף ל"א) ובאמת בכ"י מגורשת לגמרי אף לדון אותה כגרושה גמורה אח"כ אף לענוש לכהן עי"ז והיינו כיון דעשה מעשה וכתב כ"י ונתן בידה לא צריך עדים לקיום הדבר ונתחזקה עי"ז לגרושה ממש לכ"ד משא"כ באומר הבעל גרשתי אותה אף דנאמן לומר שכבר עשה מעשה מטעם דבידו מ"מ א"נ רק להתירה לשוק ולא לענוש עי"ז אם מת הבעל ונשאת אח"כ לכהן אינו לוקה. וכן אם קדשה אחר קודם מיתת בעל הראשון ואח"כ מת וזינתה אינה נהרגת דלא איתחזקה לבירור גמור כמו בכ"מ דנתחזק ע"י עד א' באיסור כשנאמן מטעם עדות ולפי זה יש לומר אף דנאמן לומר גרשתי מכאן ולהבא מטעם בידו ומ"מ כיון דאינו נאמן על למפרע ממילא קטלינן לה דמוקמינן אותה על חזקת אשת איש אף דהרי גרושה לפנינו וכ' תוס' גיטין (דף י"ז) דלכך בגט שא"ב זמן ל"ה קטלינן לה מטעם דהרי גרושה לפנינו וחזקת כשרות וכתב שם הפנ"י דב' תירוצים של תוס' הוא חד כמו"ש הר"ן והיינו אף דאיתרע החזקה מ"מ חזקה דמעיקרא עדיף מדהשת' וצריך שיהיה חדא במקום תרתי חזקה דהשתא דהרי גרושה לפנינו מכח דהגט שבידה מחזקינן אותה בבירור לגרושה וחזקת כשרות. משא"כ בבעל שאומר גרשתי את אשתי דגם מהשת' לא מחזקינן בבירור לגרושה רק כיון דשניהם מודים ובידם לעשו' נאמנין על עצמן ומ"מ לענין עונש דאח"כ לא מחזקינן בבירור גמור א"כ לא נוכל לומר חזקה דהשתא כמו דעכשיו היא גרושה כן היתה גרושה מקודם כיון דגם עכשיו אינה גרושה בבירור גמור לכל דבר וגם שיכולין אח"כ לתת אמתלא לדבריהן ולכך אין אנו יכולין להמשיך החזקה דהשתא על למפרע ואף בצירוף חזקת כשרות חזקת אשת איש עדיף ועיין רמב"ם (פ"כ) מא"ב בעד המעיד על אביו שהוא כהן דלא מחזקינן לבנו שהוא כהן כיון דצריך עוד לצרוף חזקה דאביו אין סומכין על העד במקום דצריך צירוף חזקה כמו"ש הנתיבות (סי' מ"ו ס"ק ו') ואף דכבר הוכחתי מכמה דוכתי דלא כדבריו רק לעולם דנין על פיו של עד אחד אף דצריך לסייע לו חזקה מ"מ כאן גרע דלא נוכל להמשיך החזקה דהשתא מה דגם השתא לאו בירור גמור הוא. אבל כשיש בידה כתב יד ונתחזקה מהשתא בבירור גמור לגרושה ירדנו לבית הספק ג"כ על למפרע ולא קטלינן לה לכך פסלו כתב בכתב ידו לכתחילה שלא יחפה על בת אחותו וממילא כיון דפסול לכתחילה לרמאי ל"ח וכמו שמפרש המר"ם שיף ז"ל גיטין (דף י"ז) ועיין בית מאיר (סי' קכ"ז) שכ' ג"כ דבזה הזיוף ניכר. וכן צריך לומר הא דאינו נאמן על למפרע אף דאינו בידו מ"מ יהיה נאמן במיגו דהיה נותן כ"י בידה אכן כיון דלכתחילה לא תנשא אין זה מגו טובה. ועוד י"ל כיון דעושה הבעל שלא כדין יש חזקת כשרות שלו לצרף לחזקת אשת איש וקטלינן לה וכמו"ש הש"ש ובאבני מלואים בישוב דעת הטור דעכשיו כשיש בידה גט שא"ב זמן

קטלינן לה מטעם חזקת כשרות דעדים כן ה"נ יש חזקת כשרות דבעל ואמרינן עכשיו איתרע לעשות שלא כתיקון חכמים לגרש בכתב יד ולא מעיקרא:

והנה כנראה דהח"ד סותר קצת לדברי עצמו דהוא כ' (סי' קכ"ז) כשמעיד בדבר שעדיין בידו להתיר א"י לחזור בו אף אם העיד חוץ לב"ד כמו דמוכח קידושין (דף ס"ד) לרבי דקיי"ל כוותי' דאמרינן מה לי לשקר כעדים דמי ואתו עדים ועקרו חזקה וכן פסקינן אה"ע (סי' קנ"ו) הרי דא"י לחזור מדבריו א"כ כמו דאינו יכול לחזור מטעם כיון דבשעת אמירה היה בידו ממילא הוחזק הדבר לברור גמור וממילא באומר גרשתי את אשתי מדינא דמהימן הואיל דבידו ומטעם מה לו לשקר מחזקינן לדבריו אף לענין עונש דאח"כ וא"ד לאומר נתנסך יינך דשם עכשיו אין בידו וכן לאב דהימני' רחמנא לאסרה וא"נ לסקול שם אין בידו ממש כמו"ש תוס' ישנים כתובות (דף כ"ב) דלכך צריך קרא את בתי נתתי דנאמן דלולא הקרא ל"ה נאמן דאין בידו כ"כ דשמא לא ימצא אדם שיקדשנה ולכך כיון דל"ה בידו כ"כ א"נ רק לאסרה ולא למיקטלי' ע"י אבל מניין לנו לומר בדבר שבידו עכשיו לעשות כמו שאמר שלא יהי' נאמן אף לענין עונש דאח"כ וגם שלא יהיה יכול לחזור עוד מדבריו כיון דקיי"ל כרבי דמה לי לשקר כעדים דמי. ומ"ש הנתיבות דמה לי לשקר כחזקה זה אליבא דר"נ אבל לרבי דקיי"ל כוותיה דא"י לחזור כעדים דמי ואינו חוזר ומגיד:

ומ"ש הנתיבות להקשות כיון דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מטעם בידו ומהני גם בממון בחב לאחרינא א"כ גוף הגירושין יהיה כשר בלא עדים דאף בממון אם היה מהני הודאות בע"ד בחב לאחרינא היו גוף הקידושין קיים בלא עדים וכיון דגירושין בידו ומהני בממון בחב לאחרינא גוף הגירושין יהיו בלא עדים. כבר כתבתי לעיל דסברת הפנ"י כמו בקידושין דצריך עדים מטעם דאין קידושין לחצאין והיינו אף דביד שניהם לעשות כמו שאמרו מ"מ בשעת קידושין היה יכול להיות שלא יתברר מה שנעשה ביניהם דאם אחד יכפור לא יהיה בירור הדבר ובשעת מעשה צריך שיהיה קיחה לכל דבר ענין אישות ולכך צריך עדים בדבר דאז יש בשעת מעשה לברר הדבר ויש קיום להדבר וכיון דבשעתה הוו קיום הדבר אז אף אם מתו העדים אחר כן כבר נתקיים הדבר נמי בגט צריך שיתקיים הדבר לכל ענין שהיא גרושה ושלא יהי' הדבר תלוי בבעל אם יודה או יכפור וצריך שנדע בבירור שהיא גרושה לכ"ד הן לענין תפיסת קידושין אח"כ ושיתקיים בה ויצאה והיתה והן לענין אם ימות המגרש אם תנשא לכהן שיתחייבו מלקות לכן צריך קיום הדבר על ידי עדים שלא תהיה גרושה לחצאין. אבל באם אומר הבעל שגרשה בפני שני עדים ובשעת מעשה היו עדים בדבר נאמן מטעם בידו. וכסברת הפנ"י נראה שזה ג"כ כוונת הרמב"ם

(פ"א הי"ג) מגירושין שכ' ומניין שיתננה לה בפני עדים ה"ה אומר עפ"י ב' או ג' עדים יקום דבר ואי אפשר שתהיה זו ערוה היום והבא עליה במיתת ב"ד ולמחר תהיה מותרת בלא עדים עכ"ל ועיי"ש בלח"מ והיינו אף בשניהם מודים בדבר מ"מ דבר החב לאחרים ונ"מ לכל העולם אינה מתקיים בשעתה אם ל"ה בפני עדים וכיון דתליא בהודאתם אין קיום לדבר בלא עדים. וכן למדתי סברת הפנ"י מדברי חידושי רמב"ן קידושין (דף ס"ה) שכתב וז"ל קשה לו ואי חב לאחרים כי מודה נמי בפני פו"פ שהלכו למדה"י לא ליהמנה כו' וכתב אינו נאמן כיון שהמעשה מתחילתו חוב הוא ואין בדין לחוב לאחרים בהודאה בלא עדים אין הקידושין חלין שלא קראה תורה קיחה אלא זו שהיא בכל דיני אישו' להחמיר ולהקל הלכך מותרת לכל אדם אבל בפני פו"פ כיון שחלו הקידושין חוששת לאיסור שיודעת ע"ע כו' וסיים שם אבל בקידושין כיון שהם צריכין בכופרים צריכים במודים דהא מחייבו לאחריני בלא מודי עכ"ל וזה ממש כסברת הפנ"י וכן בגירושין כיון שצריך בכופרים צריך לעדים גם במודים דאין גירושין לחצאין. אבל באומ' גרשתי בפני עדים נאמן וי"ל דנאמן לגמרי אף לדידן עי"ז אחר כך לענין עונש:

עוד כתב הנתיבות במ"ש תוס' גיטין (דף י"ז) דאם היא מכחישתו אינו נאמן לומר גירשתי את אשתי דבמקום הכחשה נפ"ל מלא יקום ע"א באיש ובעינן ב' עדים הכשרים לא אבין הא לדבריו שם דדבר שבידו מהני אף להוציא ממון כמו"ש שם מסנהדרין הנ"ל וש"ע (סי' רנ"ה) דבאומר של פלוני הוא אם הוא בידו אף כשהוא ברשותן של היורשים נאמן וכיון דבידו מהני בממון אף להוציא ועבור יתומים הוי כטענת ברי כמבואר ברא"ש כתובות ובהכחשה ומ"מ נאמן א"כ למה לא מהני גם בדבר שבערוה אף במכחישתו אולם כבר כתבתי בזה בספר ד"ח בדיני יבום (סי"ב) בהגהותי די"ל בגט אם מכחישתו ל"ה כ"כ בידו אף דאי בעי זריק לה גיטא מ"מ כיון שצריך לבא לרשותה תערוק לה לעלמא כמבואר גיטין (דף י"ג) גבי עבד ועיי"ש מ"ש עוד בזה משא"כ כששניהם מודים הוי בידם ממש לעשות כמו שאמרו ואין עוד מעכב בדבר ולכך נאמנים לגמרי ומ"מ יש לומר דמה לו לשקר כעדים דמי ומחזקינן לבירור הדבר אף לענין עונש אח"כ וגם שלא יהיה יכול לחזור עוד כמו דקיי"ל כרבי לרוב הפוסקים באה"ע (סי' קנ"ו). ולפי"ז יש לומר דבממון היכא דבידו מהני אף בהכחשה כמו דמוכח מהך דראיתי אביכם שהטמין ועיין ספר המקנה קידושין (דף ס"ה) דצידד לומר דכמו בדבר שהיה בידו דנאמן ע"א באיסורין לרבא כן נמי בדבר שבערוה ומאד תמוהין דבריו הא בבעל שאמר גרשתי את אשתי אף אם נאמן מה"ד מכאן ולהבא מ"מ למפרע אינו נאמן הרי מבואר דבדבר שבערוה לא

מהני מה שהיה פ"א בידו רק באם עכשיו ג"כ בידו בזה י"ל דנאמן אף בהכחשת האחר וכמו כן בממון:

ברם י"ל גם כן ולצדד דבממון ל"מ בהכחשה כיון דהוי נגד חזק' והך דסנהדרין י"ל למ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גביות חוב (סוף סי' ד') לתרץ קושיית התומים (סי' צ"ט) דשם הטע' כיון דבלעדו אי אפשר להמצא המטמון ואביהם הי' סומך עליו ועשה אותו שליט ושלא יהיה ביד איש ליקח כי אם הוא לכך נאמן עיי"ש בנועם דבריו. וכן נראה מקושית הראשונים סוף ב"ב בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי דנאמן מטעם דאין אדם עושה קנוניא על הקדש הא בברי אינו נאמן ולמה לא יהיה נאמן במגו דבידו לאיתשיל ובר"ן פ' אלמנה ניזונת כתב דדיבורא בעלמא קיל ליה טפי משאלה ולכך חיישינן וכ"כ תוס' עירוכין (דף כ"ג) ועיין בש"ך (סי' רנ"ה) משמע דרק מטעם מגו קשיא להו אבל מטעם בידו אינו נאמן לגבי הוצאת ממון רק שיהיה נאמן בתורת אנן סהדי דהיה יכול לעשות עדיף מזה לכך בעילה כ"ד דדיבור קל ליה לעשות מסלקינן האנן סהדי אבל אם היה נאמן לגבי ממון בתורת בעלים מה איכפת לן במה דקיל ליה. וראיתי בשעה"מ (פ"ג) מיבום שהביא משם הרב בני אהרן להקשות על הר"ן הא באומר יש לי בנים דנאמן מטעם דבידו לגרשה וכן בבעל שאמר גרשתי את אשתי הרי דאמרינן מגו כי האי אע"ג דהאי דיבורא והאי מעשה והשעה"מ מתרץ דשם ל"ה כ"כ בידו ממש כיון דצריך שלשה אמרינן דדיבורא קיל מה שאין כן בידו לגרש סופר ועדים שכיח כיון דא"צ ב"ד ושוב הקשה מיבמות (פ"ח) דאמרינן בהקדש דבידו לאיתשולי אף דשאלה צריך ב"ד של ג'. וזה יש לתרץ דכבר כתב הרשב"א שם דדוקא היכא דלא נעשה שיהיה כאלו נעשה משום דבידו לעשות איכא למיחש לדלמא לא מזדקקי ליה דפעמים שאין נזקקין אבל שאינו ידוע אם נזקקו לו כבר אם לא כיון שרובן של בני אדם נזקקין לכך ברוב פעמים וזה מעיד שנזקקו לו נאמן א"כ שם עיקר הטעם דמעיד שכבר נעשה המעשה אבל שיהיה נאמן מטעם מגו דאי בעי לאיתשולי שפיר י"ל דדיבור קיל מלעשות מעשה הצריך שלשה והא דא"נ במגו דהיה אומר כבר נשאלתי זה מגו גרוע שיתברר האמת וכמו"ש השעה"מ שם או משום דהוי במקום חזקה רק במה דבידו לעשות עדיף:

אך עיקר נראה דזה ודאי ל"ה מחוסר מעשה מה שצריך שלשה כיון דא"צ מומחין וכמו שמסיק הרשב"א יבמות שם ומ"ש הר"ן ותוס' דדיבור קיל מלעשות מעשה היינו כיון דבשאלה יהיה צריך חרטה דמעיקרא באמת שיתחרט והיה רוצה שלא נדר מעולם וכמבואר יו"ד (סי' רכ"ח ס"ז) ואולי אין בלבו חרטה כזאת וצריך שיעשה מעשה ובשקר ולכך דיבורא קיל ליה לשקר ממה שיעשה מעשה בשקר. וביותר להמבואר במח"א

הלכות צדקה דנדר הקדש לא סגי בחרטה רק ע"י פתח והא דש"ס יבמות הוא מטעם מגו ע"ש וכיון דהוא מטעם מגו דבידו לעשות בשקר אמרינן דדיבור קיל ליה מלעשות מעשה בשקר משא"כ כשאומר שכבר עשה מעשה נאמן. אך הא דקאמר בש"ס יבמות שם אי דאחרינא משום דבידו לפדותו ושם ודאי ל"ש מגו דדלמא א"ר להפסיד ממון וכמו"ש הרא"ש פ' הנזקין ורק מטעם בעלים נאמן ועיין מ"ש בח"ר דיני נדרים(סי' ח"י וכ"ב) ובש"ש (שמעתא ו' פ"ב) הוכיח במישור דרק מטעם בעלים נאמן וכתב אף דבממון ל"מ בידו רק מטעם מגו ממש מ"מ להוציא מרשות גבוה לרשות הדיוט לאו תורת הוצאות ממון הוא רק תורת איסור שיש בו ובח"ר כתבתי בזה וי"ל הטעם דשאר ממון הדיוט יש קנין להמוציא בממון זה ולהוציא מרשות לרשות צריך תורת עדות ממון בזה משא"כ בממון הקדש כל היכא דאיתא ביה גזי דרחמנא איתא וא"ב תורת עדות הוצאת ממון רק לאסור ולכך עד א' נאמן. אך יקשה למה בהך דשכ"מ לא יהיה נאמן מטעם עד א' כמו לענין איסור וכמו שהקשה הקצוה"ח (סי' רנ"ה) [וכנרא' סותר בש"ש לדברי עצמו בקצוה"ח לומר דשם כיון דלא הקפיד לומר בשעה שהקדיש ששל פלוני הם כך וכך הוי כמו שאומר בפירוש שהכל להקדש והוי כחוזר ומגיד ודומה קצת להא דש"ס גיטין באשכחי' ולא אמר ליה דשוב א"נ וכתב הרמב"ן וריטב"א דהוי כמו כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וה"נ דכוותיה ובפרט לדעת הרשב"א דאיירי שכבר מסר ליד הגזבר ודאי דא"ש דאינו נאמן מטעם דבידו לפדותו אף דלא יש להקדש דין ממון מ"מ במסר כבר ליד הגזבר הוי כחוזר ומגיד ודלא כמו"ש בקצוה"ח שם. שוב ראיתי בחידושי הרמ"ה ב"ב שם שכתב לתרץ דלכך אינו נאמן בבריא משום מיגו דיכול למיהדר ביה או לחלל על ש"פ וכההיא דסנהדרין בראיתי לאביכם שהטמין וכ' דריע האי מגו מכל מגו דעלמא כיון דמסתמא מידק דייק והדר יהיב והו"ל בשעת צוואתו והודאתו דהיינו שעת ההקדש או שעת הקנאה ול"א אלא לאחר זמן איכא למיחש לקנוני' רק בהקדש דאיכא למימר א"א חוטא לעשות קנוניא על הקדש לאחרים ולא לו אבל בבריא או בהדיוט חיישינן ועיי"ש עוד ואף דשאר הראשונים לא כתבו דיתבטל המגו בשביל זה דריע טענתו בשביל שלא אמר מעיקרא מ"מ מטעם ע"א שיהי' נאמן באיסורין א"נ מה"ט. וגם משמע מרמ"ה דמטעם מגו בלבד הקשה ולא מטעם בעלים ועיין רמ"ה פ' י"נ (סי' ק"י) שכתב וז"ל דקיי"ל ל"ש בממונ' ול"ש באיסורא כל היכא דבידו לעשות אותו דבר שהוא מעיד עליו נאמן להעיד עליו אפילו יחידי ואפילו קרוב ואפילו אשה גבי איסורא כדאמרינן ביבמות משום דבידו גבי ממונא נמי כדאמרינן בסנהדרין כל שבידו ליטלן דבריו קיימין עיי"ש מבואר דמדמה איסור לממון ומטעם מגו. ומ"מ כנראה בממון ובדבר שבערוה היכא

דבידו עכשיו לעשות כמו"ש דלאו מטעם בעלים הוא רק מטעם מגו וכמו לא שבק התירא ואכל איסורא והוי כאן סהדי ומ"מ י"ל דלאו בירור גמור הוא ויכול ליתן אחר כך אמתלא ועיין מ"ש בח"ר דיני שחיטה (סי' ד') להוכיח דדעת הרמב"ם בכ"מ באיסורין כשהוא בידו מחזקינן אף ללקות ודלא כפנ"י והנתיבות. ובהכחשת הבע"ד עיין ש"ך יו"ד (סי' קכ"ז ס"ק ג') דכתב אף באיסורין אינו נאמן בהכחשת בע"ד ומכ"ש בממון אף דעכשיו הוא בידו לעשות מ"מ בהכחשת בע"ד ל"א מוציאין ממון:

ועיין בש"מ סנהדרין (דף ל') משם הרא"ש ז"ל שהקשה בהא דאיתא שם כל שאין בידו ליטלן ל"א כלום וז"ל ולהמניה במגו דאי בעי שתיק ולא יבואו לידם לעולם וי"ל דאין לנו להאמינ' לתתם לו אם לא שהוא בעצמו יכול לתתם לו אבל תמיהא לי מאי מיגו שייך גבי מעשר דא"ל הואיל ובידו ליטלם ולאוכלם בירושלם דלמה יגזול ממון אחר וא"ל דמהימן במיגו שהיה נוטלם והי' נותני' להם ואומר אביכן הפקיד מעות אלו של מע"ב בידי דא"נ דאילו היה נאמן אפילו הטמין בבית נמי דאם הוא נאמן מה לי הם בידו מה לי אינם בידו ממנ"פ חייב ליתן להם מה שהפקיד אביהם בידו ואם ירצו לא יאמינו לו וא"ל במגו שאם היה רוצה היה שותק דא"כ אפילו בבית נמי וצ"ע עכ"ל מבואר מדברי הרא"ש דלאו מטעם בעלים והואיל שהוא בידו נאמן דאם כן מאי קשיא ליה לגרוע המגו הא סוף כל סוף בידו ליטול המעות ולהעלות לירושלם. ומה זה שכ' דלמה יגזול ממון אחר וגם אם היה נוטלם ואמר אביכם הפקיד אצלי מעות מעשר למה לא יהיה נאמן מצד בעלים משא"כ בבית הואיל דאין בידו ליטלם א"נ רק במגו דהיה שותק וזה ס"ל להרא"ש דלאו מגו מעליא הוא או דס"ל לרא"ש דלעולם א"נ מצד בעלים לגבי ממון ורק בתורת מיגו שהוא אנן סהדי וצריך לזה כללי מיגו שיהיה בידו לעשות כמו שאומר עכשיו לכך קשיא ליה ועיין נתיבות (סי' ס"ב ס"ק ט') דבפשיטא ליה דהמעיד לאחרים בדבר שבידו לעשות יש לו תורת עדות בדבר שבערוה ובממון ועא"נ ול"ב בזה כללי מגו ומדברי הרא"ש הנ"ל מבואר דבעינן כללי מגו. ובאמת לא הבנתי קושית הרא"ש למה כשהממון בידו ואומר אביכם הפקיד בידי מעות זה של מעשר שני לא יהיה נאמן אף דחייב ליתן להם מה שהפקיד אביהם למה כ' אם ירצו לא יאמינו לו הא בלא"ה הקשה הרמב"ן דהא עד א' נאמן באיסורין אפילו אינו בידו ומתרץ דמעשר שני אפוקי ממונא הוא שמוציא ממון מרשות הדיוט לרשות גבוה ועד א' א"ל אלא באיסורא גרידא ידא ולא כשיש בו הוצאות ממון מרשות לרשו' אפילו כשיש בו נפקותא לענין איסור וא"כ א"ש דאם אינו בידו ליטלו א"נ במגו דהיה שותק דא"נ להפקיע ממונא משא"כ כשבידו ליטלן או כשהם ת"י ואינו ת"י היורשים אם אומר שאביהן הפקיד בידו מעות מעשר

שני כיון דאין כאן הוצאה מרשות למה לא יהי' נאמן כשאר עד אחד דנאמן באיסורין ולגבי איסור ודאי אם בידו נאמן לעולם. ומכל מ"ש נראה דלעולם עד א' א"נ לגבי ממון אף אם הוא בידו עכשיו מצד עדות רק בתורת מגו ואם יש הכחשה מאחר י"ל דא"נ ועוד נ"מ טובא אם נאמן בתורת עדות או מצד מגו וצ"ע בכ"ז:

[**אגב** אבאר דברי הרמ"ה פי"נ שהבאתי לעיל דס"ל דמשכחת שהבעל נאמן שנתבטלה הקידושין למפרע ואם נשאת לכהן לא תצא. והיינו היכא דאמר הבעל שהיו הקידושין על תנאי ולא נתקיים התנאי דדין זה שוה להאומר גרשתי את אשתי דהוי ספק כן נמי בזה. והנה הרמב"ן הביא שם שכן פירש הר"ח דהא דאמר חזיא לכהנא רבא דקידושי תנאי הוו ובטלו הקידושין והקשה א"כ היינו למפרע ול"א בהכי מגו ועוד שא"כ מצינו שיהיה נאמן למפרע ואתי לחפויי על ב"א וכתב והא ל"ק דהוא מלתא דל"ש אלא הא קשיא דמשום מאי מהימן משום שבידו לגרשה ואין בידו להתירה למפרע בשום ענין ול"ד לקמייתא דהכא עיקר היתרא משעה ראשונה הוא ותו קשי' לי א"כ ליהמניה למימר למפרע גרשתי משום האי מיגו דמצי אמר השתא איבטל תנאה א"ו הא נמי למפרע הוא וא"נ עיי"ש ולרמ"ה ניחא לי' הפירוש זה וכ' נמי לדינא דנאמן ואף אם נשאת לכהן פטורה מחלי'צה:

וע"כ צריך לומר דסובר כמו דנאמן לומר יש לי בנים או אין לי אחים אף נגד חזקה מטעם הואיל דבידו לגרשה ומותרת עכשיו אף לכהן ול"ה מגו לחצי טענה משום דלא איכפת ליה לבעל אם לא תינשא לכהן והי' לו לגרשה כדי שלא תזקק ליבם וכשבאין לפנינו ע"כ אנו מאמינין אותן שאינה זקוקה ליבם וכיון שהותרה הותרה שאם אינה זקוקה ליבם מפני טענה זו שטען מותרת אף לכהן עיי"ש ברמב"ן ובמל"מ (פ"ג) הלכות יבום כן נמי היכא דאמר דנתבטל הקידושין מפני תנאי היה לו לגרשה וכיון דאין אנו יכולין למיפלג בדיבורו וכיון שנאמן שלא תהיה זקוקה ליבם הותרה ע"כ אף לכהן ונאמן אף שהוא על למפרע וא"ד לאומר גרשתיה מכבר דא"נ דשם אנו יכולין למיפלג דיבורו ולומר שיהיה נאמן במה שאומר גרשתי אבל לא על הזמן דהיינו שלמפרע על זה א"נ הואיל דאינו בידו. ולמ"ד דסובר דל"א בחד גופא ואם אמר למפרע דא"נ היינו טעמא כמ"ש הרמ"ה שם כיון דלאסהודי עלה למפרע קמכוין כי היכי דלא מהימן למפרע לא מהימן להבא והיינו כיון דמעיד על הזמן למפרע במה שאינו בידו אמרינן דבטלה כולה ועיין שם ברמ"ה דבלמפרע איירי אם קלקלה היום ואמר אתמול גרשתיה לא מהימן לשווי' פנויה למפרע ובזה כיון דבלתי באפשר לקבל דבריו על למפרע נתבטל כל העדות. משא"כ באומר קידושי תנאי היה דאינו מעיד רק כדי שתהיה פטורה מיבום וע"ז בידו לגרשה

נאמן לגמרי עפ"י דבריו כיון דלא בא להעיד רק שתהיה פטורה ובלתי באפשרי למיפלג דבורו והכל רק עדות אחת הוא נאמן מה שאין כן באומר גרשתי למפרע דהוי שני עדות. אחד שגרשה. השני זמן הגירושין. כיון דאפשר למפלג פלגינן לדבורו. ומאן דסובר דלא פלגינן אמרינן כיון שבטלה עדות השני בטלה כולה דעדותו של למפרע לא מקבלינן דאינו בידו ולמה היה לו להעיד הי' לו לומר סתם גרשתי. משא"כ באומר שהיה קידושי תנאי דבלתי באפשרית לו למפלג דבורו לכן אמרינן להיפך כיון שנאמן לפטור מיבום מחזקינן לדיבורו. ושם ע"כ צ"ל דליכא שום נ"מ לו אם נתבטל למפרע הקידושין או לא או משום דאיירי בארוסה וכמ"ש הרמ"ה שם וסובר ארוסה ל"ל כתובה או דמחלה הכתובה וכיון דלא ידענו אם קמכוין לאסהודי על למפרע ואי אפשר למפלג דבורו נאמן וממילא מותרת אף לכהן:

ומיושב נמי קושית רמב"ן דאתי לחפוי על בת אחותו דז"א כיון דאז יתברר דאתו לאסהודי על למפרע ועל מה דאינו בידו ובזה אינו נאמן כיון דאי אפשר למפלג בדבורו. ומה שהקשה הרמב"ן דיהיה נאמן למפרע במגו דאי בעי אמר שהי' קידושי תנאי ונתבטל אתי נמי שפיר כיון דבמקום דמעיד על למפרע ע"כ אתי לאסהודי על למפרע והיינו אם קלקלה וכמו"ש הרמ"ה ובזה גם באומר שהיו קידושי תנאי א"נ כיון שיהיה נ"מ על למפרע וע"ז אינו נאמן דל"ה בידו. ומלבד זה יש לומר דהא לאו מגו מעליא דאינו רוצה שיפקיע הקידושין למפרע. ועוד למ"ש הר"ן קידושין (דף ס"ד) דהא דנאמן במגו שהיה מגרשה אף דהוי מגו במקום חזקה הטעם דמגו דבידו לעשות עדיף. א"כ א"ש דזה ניחא היכא דבידו לעשות דהיינו לגרשה אבל שיהיה נאמן על למפרע במגו דהי' טוען טענה אחרת בזה א"נ במקום חזקה דהיתה מוחזקת לאשת איש ולהוציאה מחזקתה. וא"ל יהיה נאמן למפרע במגו דבידו לגרשה ע"י שליח ולבטל השליח דאז אפקינהו רבנן לקידושין כמבואר בתוס' גיטין (דף ל"ג) דאז כדין יחפה ז"א די"ל למ"ש אחרונים דעכ"פ נשאר קידושין דרבנן א"כ לאו מגו מעליא היא. ואף למה דנראה מדברי ראשונים שבש"מ (רפ"א) דכתובות דנפקע הקידושין לגמרי מ"מ יש לומר דא"ר בהפקעות הקידושין ל"מ בנשואה יהיה בעילתו זנות ואינו רוצה בזה לאו מגו מעליתא היא ואף בארוסה יש לומר דא"ר בזה שיהיה הקידושין נפקע לגמרי ובזה א"ש ג"כ קושית הרמב"ן דיש לומר לכך נאמן לומר דהיה קידושי טעות כיון דזה מפקיע הקידושין לגמרי ונתבטלו נאמן במגו דהיה נותן הגט ע"י שליח והי' מבטל השליח והיה נפקע הקידושין ממילא ג"כ משא"כ באמר גרשתי למפרע לאו מגו מעלי' הוא דיש לומר דאינו רוצה בביטול הקידושין ולדעת

החולקים שם בגיטין (דף ל"ג) וסברו דהיכא דעוש' בשביל זה לא הפקיעו חז"ל הקידושין אתי שפיר בלא זה וכמו שכתבתי למעלה ועיין היטב:

עוד יש ליישב קושית הרמב"ן שהקשה על הר"ח שיהיה נאמן על למפרע במגו דהיה אומר שהיו קידושין על תנאי ולא נתקיים למ"ש במ"א משם הריטב"א ב"מ (דף פ"א) דלא אמרינן מגו רק היכא דבטענות המגו היה נאמן מצד עצמותה דטענה מעליא הוא אבל היכא דגם בטענות המגו ל"ה נאמן בטענתו בעצמותה רק אז היה נאמן והיה ג"כ רק מצד מגו זה לא אמרינן ויבואר אי"ה דבר זה בדיני עו"נ ליישב קושית הקצוה"ח (סי' רצ"ו) על הסוברים דבאפקיד בשטר דנאמן החזרתי במגו דנאנסה ובשבועה הוא רק שבועה דרבנן אבל מדאורייתא אין צריך שבועה על טענות החזרתי והקשה א"כ מאי מתרץ הש"ס שבועות (דף מ"ה) בהא דפריך שבועו' השומרין דחייב רחמנא היכא משכחת דאפקיד ליה בשטר הא תיהדר הקושיא דמ"מ יהיה נאמן נאנסה במגו דהחזרתי והחזרתי יהי' נאמן במגו דנאנסה ושם קאי על התירה וליכא שבועה ועפ"י דברי הריטב"א ב"מ הנ"ל א"ש דל"א מגו היכא דטענות המגו צריך שוב למגו וה"נ דכוותי' דלא אמרינן שיהיה נאמן לומר גרשתי על למפרע אף דאינו בידו מטעם מגו דהיה אומר דנתקדשה על תנאי ונתבטל התנאי כיון דגם טענה הזאת א"נ רק במגו דהיה אומר גרשתי או שהי' מגרשה זה לא אמרינן ואם באנו לומר דמגו מה דבידו לעשות עדיף בלא"ה אתי שפיר וכמו"ש למעלה:

אך זאת צריך להבין לדעת הר"ח והרמ"ה בההיא מעשה דאמר חזיא לכהנא רבה דהיה אומר שקידושין תנאי היה ונתבטל א"כ אמאי אמר ליה רבא לר"נ ב"א חוש לה והיינו כמו"ש הרשב"ם דאם גרשה קלא הו"ל למלתא כדאמרינן באשה שנתארמלה או מטעם דהוי רעותא דליתא לגיטה בידה וכמו"ש הרמ"ה ובאומר יש לי בנים נאמן ולא חיישינן משום דליכא רעותא והואיל דבידו לגרשה נאמן כ"כ יהיה נאמן לומר דהי' קידושי תנאי ונתבטל כיון דבידו לגרשה ועכשיו אין כאן ריעותא וצריך לומר דמ"מ הוי רעותא כמו"ש הרמ"ה לגבי גרשתי דריע מגו דאמרינן אם איתא דגרשה תיתי עדי מסירה. וה"נ לענין נאמנותו שקדשה על תנאי ונתבטל תיתי עדי קידושין ולכך א"נ להוציאה מחזקת א"א אף דהיכא דבא לומר דההחזקה היה בטעות ועוקר החזקה מעיקרא עדיף וכמו"ש במרדכי והגה"מ ר"פ האומר בשליח דטעה ואמר הרי את מקודשת לי דנאמן לומר שטעה היינו דשם לא אתחזקה כלל אבל היכ' דנתחזקה לאשת איש א"נ לעקור החזקת אשת איש אף דיש לו מגו דגרשה הואיל דריע טענתו דתיתי עמ"ס. ובשיטת הר"ח אתי שפיר ביותר דיש לומר דסובר כמו שכתב הרשב"א קידושין הלכך לדידן בעל שאמר גרשתי את אשתי

א"נ דהוי מגו נגד חזקה והוא איבעי' דלא איפשטי אם אמרינן או לא עיי"ש א"כ באומר קידושי תנאי היה ונתבטל ג"כ הוי נגד חזקה והוי ספק והרמ"ה דסובר דרק חייש לה מדרבנן בלבד ואם נשאת בלא חליצה ואי אפשר לחלוץ או שנשאת לכהן דלא תצא צריך לומר כמו שכתבתי דלכך אמר זיל חוש לה הואיל דריע טענתו דתייתי עמ"ס כן נמי באומר קידושי תנאי ריע טענתו דתיתי עדי קידושין. אבל אם נשאת לכהן בזה לא תצא ועיין בכ"ז]:

סימן לא

קיי"ל כאביי סנהדרין (דף כ"ז) דרשע רע לשמים אף דאינו רע לבריות פסול לעדות מקרא דאל תשת רשע עד ונראה מדברי הנ"י שם ובמס' יבמות (פ"ב) דלאו מטעם משקר הוא רק גזה"כ הוא ולכך באיסורין דל"ש עדות דאפילו עד א' כשר בהם ואפילו אשה ליכא למפסליה. ומטעם זה העלה הקצוה"ח (סי' מ"ו) בהא דמבואר שם בשטר שחתום בו עד שלא נעשה חתנו ואח"כ נעשה חתנו דל"ב שיתחזק השטר מקודם. דכן נמי בחתום עד שלא נעשה רשע ואח"כ נעשה רשע אחרים מעידין על חת"י כיון דאינו פסול מטעם משקר רק גזה"כ כמו פסול קריבה רק בחתום בו עד שלא נעשה גזלן ונעש' גזלן בזה פסול מצד משקר. ולדעתי מבואר בחידושי הרמ"ה סנהדרין שם להדיא דפסלה התורה מטעם משקר דכתב על הא דפריך שם הש"ס לרבא מברייתא אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד אלו גזלנין ומועלין בשבועות מאי לאו אחד שבועות שוא ואחד שבועו' ממון וכתב וז"ל הא דקתני בברייתא אל תשת חמס עד לאו פירוש' דאל תשת רשע עד הוא אלא מילי מילי קתני ולפרושי קרא קאתי דרישא דקרא משמע אל תשת ידך עם רשע אל תשת רשע עד וסיפא דקרא משמע להיות עד חמס שלא תשת חמס עד ותנא קא מפרש לה לתרוייהו רשע דלאו חמס כגון מועלין בשבועות שוא חמס כגון הגזלנין ואב"א פירושא קא מפרש דהאי אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד קאמר ולאו למימר דל"ה פסול עד דהוי חמס אלא הכי קאמר רשע שחוששין שמא יהיה עד חמס אל תשימון עד עכ"ל הרי מבואר דהתנא מפרש לקרא דע"י רשע יהיה עד חמס שחששה התורה למשקר. וכן נראה כמבואר מלשון רמב"ם (פי"ד ה"ה) מעדות שסיים שאינו דומה הפסול בעבירה לפסול בקריבה שהפסול בעביר' חשוד לזייף הרי אף דמתחילה כתב חתום עד שלא נעשה גזלן מ"מ לאו דוקא גזלן רק כל הפסול בעבירה שפסול להעיד חשוד לזייף וחוששין למשקר וע"כ אף דלא קיי"ל כר"מ בכורות (דף ל') וחשוד ע"ד מעיד כבר כתבו תוס' שם לענין עדות רחמנא אמר אל תשת רשע עד וגזה"כ הוא לא כמו קרובים רק מדכתיב להיות

עד חמס גלי התורה דחיישינן לענין דבר הצריך עדות בב"ד דמשקרי וכמו"ש הרמ"ה דחוששין שמא יהי עד חמס היינו למשקר:

וכן נראה מבואר עוד מדברי רמב"ם הלכות סוטה (פ"א הט"ו) דקרוב נאמן ואפילו אשה או עבד או שפחה ופסול לעדות בעבירה מדברי סופרים. להעיד על הסוטה שזינתה. הרי מבואר דדוקא הפסול מדברי סופרים נאמן אבל הפסול מדאוריית' דהוי רשע א"נ כיון דלאו שם עד עליו חוששין למשקר, ועיין ס' ט"א ר"ה(דף כ"ב) דהקשה למה ל"א גזלן דדבריהם כשר לעדות שאשה כשרה לה דהוי עגלה ערופה נמי בכלל וכ' ושמא י"ל דלגבי ע"ע אף גזלן של תורה כשר להעיד דדוקא לגבי סוטה כיון דאפיק רחמנא בלשון עד להא דעא"נ היינו דוקא בראוי להעיד לאפוקי גזלן דאינו בתורת עדות דכתיב אל תשת ידך ודרשינן אל תשת רשע עד ש"מ דרשע אין שם עד עליו אבל אשה שם עד עליה רק דנפקא דפסולה מדכ' ועמדו שני אנשים ל"ל למעוטי רק בדבר דצריך ב' עדים אבל היכא דעד אחד נאמן אשה בכלל עד. אבל לענין ע"ע נ"ל מדכתיב ולא נודע הא נודע אפילו אחד בסוף העולם ל"ה עורפין ונודע מי הכהו אפילו גזלן במשמע עכ"ד. ובאמת שכן מבואר מדברי רמב"ם (פ"ט) הלכות רו"נ שכתב אפילו עבד או פסול לעדות בעבירה ל"ה עורפין ולא הותנה כמו"ש בהל' סוטה הפסול בעבירה מד"ס משמע להדי' דלענין ע"ע אף גזלן ד"ת נאמן. ואף דבהל' עדות (פ"ה) כללא כייל וכתב כ"מ שעד אחד מועיל אשה ופסול כמו כן מעידים חוץ מעד אחד של שבועה. ע"כ סמך על מה שביאר במקומו דיש הבדל ביניהם דפסול בעבירה דאורייתא בכלל רשע הוא ולאו תורת עד עליו וא"נ לגבי סוטה לאסרה לעולם שלא תשתה ולגבי עגלה ערופה דלא צרכינן לשם עדות כלל רק כיון דנודע לאחד שאומר והוא בכלל ישראל מיקרי נודע מי הכהו ובדבר דצריך עדות י"ל דפסלה התורה רשע אם מגזה"כ אם מטעם משקר. אמנם מ"ש הט"א דבסוטה אשה נאמנת דיש לה שם עד יש להתבונן דמ"מ כיון דגלי לן התורה מועמדו שני אנשים דאשה לאו בתורת עדות היא שוב לאו שם עד עליה וכן כתבו המחברים דמה"ט קתני במתניתין דאין שבועת עדות נוהגת בנשים אף דמשכחת בעד סוטה וכן להסוברים דעד א' נאמן לעדות אשה מה"ת א"כ משכחת שבועות עדות בנשים וכתבו כיון דלאו תורת ושם עד עליה ליתא בק"ש העדות ולא נכלל' בפסוק והוא עד:

אולם באמת הא דאשה נאמנת שם דל"צ תורת עדות לזה והא דפסולי עדות דאורייתא אינם נאמנים מבואר טעם הדבר מצד אחר. דהנה הרמב"ם (פי"א) מעדות כתב וז"ל לפיכך החשוד עה"ד יש לו לדון בו ולהעיד בו לאחרים חזקה אין אדם חוטא כדי שיהנו אחרים כו' וכן כל כיוצא בזה בשאר איסורין לפי שאימת האיסורים על הרשעים ואין

אימת הממון עליהם עכ"ל מבוא' מדבריו לתרץ קושית תוס' ורא"ש בכורות הנ"ל דאף דלא קיי"ל כר"מ והחשוד עה"ד מעיד לאחרים מ"מ בדבר דצריך עדות לענין ממון פסול דהתורה פסלה לרשע להעיד מטעם משקר. והרמב"ם כבר כתב בהל' יסה"ת דהא דגזרה התורה ע"פ שנים עדים יקום דבר אינו מטעם בירור הדבר לאמת שכן הוא רק אעפ"י שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר רק חק התורה וצווינו לחתוך הדבר על פיהם עיי"ש (פ"ח) א"כ בכל עדים אף הכשרים בישראל יש לנו ספק אם אמת אם שקר רק חוקה וגזירה עלינו לחתוך הדבר ע"פ ורשע פסלה התורה ממילא יש לנו חשש להסתפק אם אמת אם שקר ולא נוכל לחתוך הדין עפ"י עדות רשע הואיל דאיתרע חזקתו ורע לשמים הוא וזה דוקא לענין ממון לחייב חבירו או לפטרו אף דאם מעיד שקר עובר על לא תענה מ"מ כיון דרע לשמים הוא חוששין על שקר משא"כ באיסורין כיון דאימת איסורין עליו חזקה דא"א חוטא ולא לו ולשמא שכרו חבירו לא חיישינן לכן אף דרע לשמים מ"מ כיון דישראל הוא אימת איסורין עליו שלא להכשיל לחבירו ונאמן. אולם קשה הא אף לדיני נפשות גם כן פסלה התורה לרשע ובכלל אל תשת רשע עד הוא גם כן לדנ"פ ואמאי לא יהיה נאמן הא ק"ו הוא ממה דנאמן באיסורין הואיל דאימת איסורין על הרשעים אף דהוא רע לשמים רק ממון קל בעיני הרע לשמים נימא דאיסור שפיכת דמים ודאי אימתו יותר מאיסורין ויהי' נאמן וצריך לומר כיון דבאמת כל עדים הכשרים לאו מטעם בירור נאמנות רק חק וגזירת התורה לחתוך הדבר ע"פ שנים וטובים השנים מן האחד שאינו נאמן בעינן דוקא שיהי' מוחזקין לנאמני' לכל עדות שבתורה וכיון דרע לשמים איתרע חזקתו וא"נ אף לממון הקל בעיניהם יצאו מגדר שני עדים כשרים ולא נוכל לדון ע"י אף בדבר החמור. וזה טעמא דר"מ דעד זומם בד"מ פסול לנפשו' ודלא כר' יוסי משום כיון דאינו כשר לממון לאו תורת עדות עליו ועפ"י שנים עדים יקום דבר כתיב שצריך שיהיה עליו תורת עד הכשר אף לממון הקל אז כשר לדנ"פ. משא"כ לענין איסורין דדי אף באחד וא"צ אלא בירור דבר מה וגלוי מילתא בעלמא. לכך אף דאיתרע חזקתו דהוא רע לשמים מ"מ כיון דיש חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ואימת איסורין עליו שלא להכשיל לאחרים לכך נאמן להתיר. ועיין ש"ך יו"ד (סי' קכ"ז) דלאיסור י"ל דאינו נאמן הפסול בעבירה עיי"ש ולטעם הרמב"ם דממון קיל בעיני רשעים ואין אימת ממון עליהם רק אימת איסור נראה כמו מבואר דא"נ לאסור דבר על חבירו כמו דא"נ על ממון דקיל בעיניו להפסידו רק להתיר נאמן. ולכן אתי שפיר בסוטה לאסור שלא לשתות אשה נאמנת הואיל דהוי רגלים לדבר ואין תורת עדות עליו ומ"מ הפסול בעבירה' כיון דהוא רע לשמים קל ממון בעיניו א"נ כיון שמפסיד לה הכתוב' ובזה א"נ אף בדבר דליכא תורת

עדות עליו. עכ"פ מבואר מכ"ז דרשע פסול מטעם משקר וגם דכן מבואר לרבא דמומר לתיאבון היינו שחומד ממון ומשום דזיל טפי מדהיתרא אינו חושש לאיסור וע"כ מטעם משקר פסלה התורה כן נמי לאביי דבין להכעיס בין לתיאבון רשע ופסול ג"כ הוא מטעם דחשדינן למשקר ודלא כהקצוה"ח ועיין יש"ש יבמות (פ' י"א) שכ' ג"כ כן:

והנה הש"ג כ' בשם ריא"ז וז"ל נראה בעיני שאף הפסולים מה"ת אינן נפסלין אלא בדבר שהוא חשוד בו והמקדש בפני ב' גזלנים חוששין לקידושין שלא נפסל מדבר שאינו חשוד בו אלא מד"ס. והב"ש אה"ע (סי' מ"ב) כתב דאין נראה כן מדברי שאר פוסקים. והנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' נ"ז) כתב לפרש דבריו דסובר אף דקיי"ל כאביי דל"ב רשע דחמס לא שיפסל רק מדרבנן כיון דלא קיי"ל כר"מ וחשוד לדבר אחד אינו חשוד לד"א וגזלן עיקר פסול שמקבל שוחד להעיד ואם היינו יודעין שלא קבל מעות היה עדותו כשר ונ"מ אם משעה שגזל לא זזה ידו מידי עדים וראה שאחד קידש אשה והעדים שעמו לא ראו הקידושין אבל זאת ראו שלא קבל ממון משום אדם והעיד שפלוני קדש עדותו מועיל דבלא בצע כסף אינו חשוד לעבור על לא תענה ואם שניהם מודים צריכה גט עיי"ש. ולענ"ד תמוהין דבריו חדא כיון דבלעדי אחרים שיעידו שלא לקח בצע כסף לא מקבלין עדותן של הגזלנין א"כ הוי חצי דבר בכה"ג כיון דעדותן של אלו אינו פועל מאומה ועוד מ"ש כיון דמשכחת שיועיל עדותן לא מקרי מקדש שלא בפני עדים ואם מודית שנתקדשה בפניהם צריכה גט מאי מהני אף אם שניהם מודים כיון דמ"מ לעלמא לא נוכל לדון ע"י עדותן להרוג הבא עליה ולהחזיקה בחזקת אשת איש שוב אין אישות לחצאין וכמ"ש הפנ"י קידושין (דף ס"ה) וכבר כתבתי לעיל (סי' ל') דכ"כ הרמב"ם בטעם הדבר דצריך לקיום הדבר בגיטין וקידושין עדות. וגם כבר כתב הרשב"א ור"ן קידושין (דף מ"ג) דהיכא דל"מ עדותן רק בצירוף הודאותן של שניהם הוי כמקד' בלא עדים ועיין מ"ש המקנה (סי' מ"ב) בישוב דברי הש"ג ויש לדון בדבריו אכ"מ. ועיין רד"ך (בית כ"ד) דכתב דמש"ס ב"ב מוכח דפסול גזלן הוא משום משקר ובכ"ז אין חוששין לגבי קידושין דמשום דחיישינן למשקר גזרה התורה שיהיו פסולין מכל וכל עדותו ל"ח עדות עיי"ש ויש סמך לזה מדברי רמב"ם גבי טומטום כיון דא"נ להוציא א"נ להחזיק והיינו כ"ז דלא הוי עד כשר לכ"ד לא נקבל ממנו עדותו וה"נ כמובן:

ולכאורה יש להוכיח דרק ברשע דחמס חשדינן למשקר מהא דמבואר בטור דחייבי מלקות כיון שלקו כשרין לעדות ובגנב וגזלן אעפ"י שהחזירו אם לא החזירו רק בכפיית ב"ד פסולין עד שישובו וקשה הא גם בחייבי מלקות לקו בכפיית ב"ד. אולם אם נאמר דרשע דאינו דחמס פסול מגזה"כ ואינו מחמת חשד א"ש בזה כיון שלקה ומכופר לו

העון הרי הוא כאחיך ותו לא מקרי רשע לכך כשר אף שהיה בכפיית ב"ד מה שאין כן ברשע דחמס דבזה הטעם דחשדינן למשקר אף דהחזירו ומתקן בזה האיסור מ"מ כיון שהיה בכפיית ב"ד חשדינן עדיין למשקר. אולם אם נאמר כן יקשה על הכ"מ דכתב בפרק יוד מעדות בהוזמו העדים שהעידו שקר אם לקו חזרו לכשרותן כמו כל חייבי מלקות שלקו הא בזה חשדינן למשקר כיון דהוי רשע דחמס וכמו דל"מ בהחזיר הגזילה ע"י כפיית ב"ד כמו כן בהעידו עדות שקר דהוי רשע דחמס וחשדינן למשקר למה חזרו לכשרותן ע"י מלקות שלקו. א"ו דאין חילוק בין רשע דחמס לרשע דאינו דחמס לענין זה ובאמת הא דכתב ברמ"א (סעיף כ"ט) מי שגנב וגזל באקראי בעלמא מיד שהחזיר הוי תשובה ודוקא אם החזירו מעצמו אבל אם לא החזיר רק ע"י כפיית ב"ד ל"מ החזרה עד שיעשה תשובה והוא דברי הטור ובקצוה"ח (ס"ק כ') הביא דברי הב"ח דאעפ"י של"ה השבה אלא בכפיית ב"ד מיד שהחזיר הגניבה או הגזילה הרי הוא כשר לעדות ולשבועה והקשה עליו מב"מ בעובדא דההוא רעיא דפריך והא גזלן הוא וכיון דחייב להחזיר אמאי פסול והביא דברי תוס' ב"מ שם ד"ה דחשוד דכ' דמה שמשלם ע"י עדים אין זה השבה מעלי' דע"כ משלם וה"ט דכופר בפקדון ובההוא רעיא מבואר דאף בפעם אחת נמי לא מהני חזרה:

וי"ל דודאי יש סברא דחזרה ע"י כפיה כיון דמקיים והשיב זה תשובתו וכמו חייבי מלקות אחר שלקה הוי כאחיך אע"ג דהיה בע"כ. אולם זה דוקא באם מחזיר גוף הגניבה וגזילה דבזה מקיים והשיב אבל כשאינו בעין דאף דמחזיר הדמים מ"מ הלאו אינו מנתק רק דפטור ממלקות משום דהוי לאו הניתן לתשלומין לכך ממון משלם מלקי לא לקי כמבואר שיטת הרמ"ה בריטב"א מכות (דף ט"ז) וכבר בארתי בהגהותי בדברי חיים דיני אבידה (סי' א') שזה ג"כ שיטת הרמב"ם עיי"ש שהוכחתי מכמה מקומות בדברי הרמב"ם. וא"כ אף במחזיר הדמים שגזל מ"מ נשאר עליו הלאו דגזילה לכן דוקא במחזיר מעצמו חזינן דמתחרט ועושה תשובה חזר לכשרותו משא"כ כשמחזיר בכפיית ב"ד כיון דלא מינתק הלאו כשאינו מחזיר גוף הדבר שגזל ואף דאינו בעין מ"מ אנן פסקינן קיימו ולא קיימו כשאינו מקיים להעשה נשאר חומר הלאו רק דאינו לוקה הואיל דהוי לאו הניתן לתשלומין ממון משלם מילקי לא לקי. אולם עכ"פ אין לנו ראיה דשב בתשובה לכך לא חזר לכשרותו. וא"כ אתי שפיר מההוא רעיא דשם אכל הגזילה אף דמחזיר הדמים מ"מ נשאר עליו הלאו לכך לא חזר לכשרותו אבל היכא דהחזיר גוף הדבר שגזל אף שהוא ע"י כפיית ב"ד מ"מ מינתק הלאו בזה י"ל כדעת הב"ח דחזר לכשרותו. ואף דתוס' כתבו דהטעם מה דמשלם עפ"י עדים אין זה השבה מעליא דע"כ משלם וה"ט

דכופר בפקדון מבואר דעיקר הטעם משום דמשלם בע"כ י"ל דתוס' לשיטתם דסברי מס' מכות שם דלאו דגזל הוא מינתק אף באם משלם דמים ולא כשיטת הרמ"ה והרמב"ם אבל לדעת הרמ"ה ורמב"ם דאינו מנתק הלאו בהחזרת דמים רק כשמחזי' הגזילה בעינא כעין שגזל י"ל דאף אם מחזיר בכפיית ב"ד חוזר לכשרותו כמו חייבי מלקות שלקו דאחיך הוא ובאמת לדידהו כופר בפקדון דפסול לעדות הוא קודם שהחזיר גוף הפקדון אבל כשהחזי' אף שהוא עפ"י עדים אם מחזיר כעין שגזל דמנתק הלאו חוזר לכשרותו: **אך** למה שראיתי בלח"מ דכ' דכל לאו המנתק ע"י עשה דאינו לוקה הוא רק דגלי לנו התורה דבעינן דומיא דלאו דחסימ' ומינתק הלאו מלחייבו מלקות אבל מ"מ איסורא עליו רמיא ובודאי צריך תשובה א"כ מה מהני אם מחזיר עפ"י עדים ואינו דומה לחייבי מלקות שלקו דחזר לכשרותו דגלי לן קרא ונקלה אחיך לעיניך כיון שלקה הרי הוא אחיך דעכ"פ סבל יסורין ובזיון מה שאין כן כשהחזיר ממון ע"י כפיה ולא סבל שום עונש וכמו שכתב הסמ"ע (ס"ק ע"א) ואע"ג דמחמת איסור לא נפסל רק בלאו שיש בו מלקות מ"מ כיון דכבר נפסל אינו חוזר לכשרותו כ"ז שנשאר עוד עליו חומר עון מעבירה דנפסל ע"י:

סימן לב

מבואר מדברי הרמב"ם דרק הפסול בעבירה שחייב עליו מלקות מקרי רשע ופסלה התורה אבל בלאו דאין בו מלקות אינו פסול מן התורה וכן כ' משם הרי"ף בתשובה ורוב הראשונים דרשע מקרי החייב מלקות מדכתיב והיה אם בין הכות הרשע. וכן מבואר רמב"ם פירוש המשנה שני עיקרים בפסולי עדות חייב מלקות אף דאין שם חמס וכל שלוקח ממון שלא כדין אפילו אינו חייב מלקות דלא כמו שעלה ע"ד הכנה"ג לפרש דברי רמב"ם דאף בעבר על לאו שאין בו מעשה מיפסל מן התורה ועיין תשובת כנסת יחזקאל (סי' צ"ט) דהעלה לפסול בעוב' על לאו שאין בו מעשה מה"ת כמו בלאו שניתק לאזהרת מיתת ב"ד ולאו הניתק לעשה דאין בו מלקות עיי"ש ודבריו נגד כל האחרוני' דשם לאו משום קלות איסור אינו לוקה רק משום חומר וכן בלאו הנל"ע משכח' מלקות בביטולו משא"כ בלאו שאין בו מעשה ובמהרי"ט אה"ע (סי' מ"ג) כתב להוכיח דלגבי חמס ל"ב לאו ממש דהא מייתי הש"ס מברייתא אל תשת רשע עד א"ת חמס עד אלו הגזלנים ומועלים בשבועות מ"ל אחד ש"ש אחד שבועות ממון ודחי אידי ואידי שבועות ממון ולאביי נמי מרבוי דקרא פסלינן גזלנים ומועלי שבועות וע"כ הטעם לפי שאין בו מלקות רק מטעם חמס וש"ש ושבועת ביטוי דלשעבר לקי וכן באוכל ואכל דלאו שיש בו מעשה לקי אם כן לא צריך רבוי' דקרא וע"כ דלא אצטריך לרבויי דחמס אלא מועלי שבועות דאוכל ולא אוכל דלא לקי ומפסל מטעם חמס ומיישב בזה דברי רשב"א מובא

ב"י (סי' ל"ד) בחשוד על השבועת ממון פסול לעדות מטעם חמס ותמה הב"י דהא קיי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס וכתב בכוונת הרשב"א דבשבועה שאין בו מלקות לא מיפסל אלא מטעם חמס אלו דבריו. ולכאורה אדרבא יש להוכיח מש"ס הנ"ל להיפך דא"כ גם לאביי ע"כ הא דקתני בברייתא ומועלין בשבועות לא בעי להורות לנו על כל אופני שבועות דעל לשעבר לקי ובכלל רשע הוא וגם לא אוכל ואכל הכל בכלל רשע ורק על שבועה דלהבא כמו אוכל ולא אכל והיינו שנשבע לעשות ובמה שאינו מקיים עושה חמס לחבירו ומאי פריך לרבא דשבועות טובא משמע ומתרץ שבועות דעלמא הא ע"כ גם לאביי לא צריך לרבויי שבועות שלקו עליהן דבכלל רשע הוא ורק סוג שבועות דשב ואל תעשה שאין בו מלקות ולאו בכלל רשע הוא צריך לרבויי מחמס וע"כ הא דקתני שבועות שבועות דעלמא. א"ו דפירוש הברייתא לאביי כמו"ש הרמ"ה הבאתי לעיל סי' הקדום דמילי מילי קתני ולפרש הקרא דחמס היינו גזלנין אף דאין בו מלקות ומועלין בשבועות היינו אף ש"ש מטעם רשע היכא דחייב מלקות כגון ש"ש ושבועה דלהבא בעובר בקום ועשה או לפרש רשע שחוששין שמא יהיה עד חמס אל תשיתון עד:

ומ"ש ליישב דברי תשובת רשב"א דבשבועה שאין בו מלקות לא נפסל אלא מטעם חמס לכך בעינן שיהיה חשוד על שבועות ממון תמהני הא בשבועה דלהבא דבשעת שבועה בקושטא קא משתבע מבואר להדיא מדברי רשב"א (ח"ג סי' צ"ד) דאף שבועות ממון בכה"ג לא נפסל עיי"ש היכא שחייב בשבועה לשלם לזמן קצוב ועבר על שבועתו אם מיפסל לעדות תליא במחלוקת הפוסקים אם נפסל בעובר על שבועה דלהבא או לא וכ' כל שיש ספק בדבר אין פוסלין אותו מן הספק. הרי דלא הכריע לדינא ואיך נוכל לומר דכוונת הרשב"א שבב"י הנז' על שבועה דלהבא דבזה באמת אף בחמס לא נפסל מטעם דכי משתבע איכא למימר בקושט' משתבע. והא דכתב הרשב"א (סי' צ"ד) הנ"ל דלהסוברים דנפסל ע"י שבועה דלהבא אם נתברר דלא הרחיב לו הזמן מיפסל אף דהוי לאו שאין בו מעשה ע"כ כוונתו דעכ"פ מדרבנן מיפסל היכא דיש חימוד ממון. וקצת יש להבין אם נאמר כן למה צריך לומר דלא פסלינן אדם מספק הא בודאי בזה ספיקא דרבנן לקולא ויש לומר דקושטא נקיט הרשב"א דבכל אנפי לא פסלינן מספק:

גם יש לומר באמת דזה כוונת רשב"א כיון דהמל"מ (פ"ו) מעדות הביא משם הפ"מ היכא דעשה איסור דרבנן בלא חימוד ממון דיש מחלוקת הפוסקים אם נפסל מדרבנן דל"א לאוקמי על חזקתו דהא עבד איסורא דרבנן רק לפוסלו יש ספק ל"ש חזקת הגוף ומל"מ כתב כיון דאין הספק במציאות והפעולה נעשית רק הספק אם פסלוהו חכמים לעדות בשביל זה ל"ש לומר אוקי גברא אחזקתי' ולא פסלוהו חכמים עיי"ש. והנה מדברי

רשב"א הנז' מבואר להדי' דאף בדבר שהפעולה נעשית כל שיש ספק בדין אם פסול הוא אין מוציאין אותו מחזקה דמעיקרא כמו בס' אם מפסל לעדות ע"י שעבר על שבועה דלהבא דהעבירה נעשית והספק רק בדין ודוחק לומר דגם זה יהיה ספק במציאות אם כפאו יצרו אח"כ ובדעתו היה לקיימה כמו"ש רש"י שבועות (דף מ"ו ע"ב) או כדעת ר"ח דמפסל בשביל זה דהספק יהיה בדעת בני אדם דזה דוחק. אלא אף דהס' הוא בהדין מ"מ אף דל"ש חזקת הגוף על הפעולה לא פסלינן אותו מן הספק. אולם י"ל דהיכא דהספק הוא אם מפסל מדאורייתא או לא אין הכרעה מדברי הרשב"א די"ל כסברת הפ"מ והמל"מ כיון דבין כך ובין כך עבר עבירה ונעשה הפעולה ל"ש לאוקמי על חזקה ופסול הוא מספק עכ"פ משא"כ בעבר עבירה שאינו מיפסל לכ"ע מדאורייתא והספק רק אם מיפסל מדרבנן בזה י"ל בכל אנפי אין פוסלין אדם מספק חדא דספק דרבנן אוקמי על דאורייתא ועוד כיון דפסול דרבנן בעי הכרזה וכל זמן דלא הכריזו עליו לא מפסל לא מכרזינן עליו מן הספק וכ"ז דלא מכרזינן עליו נשאר כשר ואף כי דעת מהרי"ט שם לדון דהיכא דעבר עבירה דאורייתא רק דלא מיפסל מד"ת רק מדרבנן בזה ל"ב הכרזה. כבר הביא המל"מ (פ"ד ממלוה ה"ו) דדעת מהרא"ש אינו כן ובכל אנפי דלא מיפסל מה"ת בענין הכרזה. ועיין ריטב"א ב"מ (דף ע"ב):

אחר כתבי זאת מצאתי את תשובת רשב"א המובא בב"י בקיצור והוא (ח"ד סי' קס"ו) ונשאל בעוברי על שבועתם בעדי' ויש שאין עדים רק יצא להם קול קלא דלא פסיק והשיב וז"ל שנינו פ' כה"נ שכנגדו חשוד על השבועה כיצד אחד כו' ואפילו שבועת שוא והביא כל מאי דאמרינן עלה בגמרא מאי אפילו פי' עד דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע ל"ק וכתב ומ"מ אף בהא מ"מ חשוד מקרי ושכנגדו נשבע ונוטל כך פירש הרב בעל העיטור ז"ל וכן נראה מפירוש הר"ח ז"ל ורש"י ז"ל לא פירש כן נמצא שהחשוד על השבועה ואפילו על שבועת שוא אין מוסרין לו שבועה לעולם ושכנגדו נשבע ונוטל ואם הוא חשוד על שבועת ממון פוסל אף לעדות דתנן פ' ז"ב אל תשת ידך כו' ואוקימנא בשבועת ממון כו' ואם יצא עליו קול בקלא דלא פסיק חוששין לו ואין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בשבועתו [ובדברי ב"י כ' בעדותו דאין מוציאין ממון אלא בעדות ברורה ואעפ"י שזה בחזקת כשר היה ואין פוסלים אותו בקלא בעלמא מ"מ מיחש חיישינן כו' ומבואר דאין פוסק הרשב"א להשואל בהחלט כדעת הר"ח וסייעתו דאף בשבועה דלהבא נעשה חשוד אף לענין שכנגדו נשבע ונוטל ויפה כתב המהרי"ט לפרש דבריו דלכך לפוסלו לעדות בעינן שיהיה חשוד על שבועת ממון דקאי על שבועה דלהבא דאין בו מלקות ולא נפסל לעדות רק מטעם חמס. וקצת יש לדקדק דהא הרשב"א כ'

נמצא שהחשוד על השבועה ואפילו על שבועת שוא שכנגדו נשבע ונוטל וע"ז כתב אח"כ ואם הוא חשוד על שבועת ממון פוסל אף לעדות וע"כ דלא קאי על שבועת שוא דהא פסול מטעם רשע דחיוב מלקות רק על שבועה דלהבא דהואיל דא"ב מלקות בעינן שיהיה שבועות ממון. ומשמע דאם אינו שבועת ממון כשר ואמאי הא עכ"פ מדרבנן פסול כמו שהוכיח הב"י מכח ק"ו דאם בעובר עבירה דרבנן נפסל מדרבנן ק"ו בעובר עבירה דאורייתא שאין בו מלקות ודוחק לומר דהרשב"א לא השיב רק על פסול מן התורה כמובן ויבואר עוד לקמן דמשמע מדברי רשב"א בתשובה (סי' תקס"ד) דברשע דחמס בלאו שאין בו מעשה אינו פסול מן התורה אולם בתשובת הרשב"א שלפנינו (ח"ד) העלה בבירור לפסוק דמיפסל לשבועה אף בשבועה דלהבא ואף בלא חימוד ממון רק לעדות בעינן חימוד ממון היכא דליכא רשע דמלקות. וצ"ע דבכמה מקומות בתשובותיו ובחידושיו נטה אחר דעת רש"י וסייעתו ולא ידענו איזהו הוא האחרונה:

ומ"ש הרשב"א דביצא קול בקלא דלא פסיק חוששין ואין מוסרין לו שבועה נראה דלא כתב רק מיחש חיישינן אבל מ"מ לענין שיהיה שכנגדו נשבע ונוטל לא מחזקינן ליה רק לספק חשוד ואף להסוברים דמה"ד חייב החשוד לשלם אף אם לא ישבע שכנגדו מטעם דהוי מחויב שבועה דאורייתא וא"י לישבע ומשלם והא דצריך שכנגדו לישבע הוא רק תקנתא דרבנן מ"מ י"ל בספק חשוד עדיף דרק בודאי חשוד כ"ז שלא נתברר ע"י שבועתו חייב ממון ואין לנו בירור אף אם קפץ ונשבע כיון דבחזקת חשוד הוא משא"כ בספק חשוד אם קפץ ונשבע י"ל דפטור ממילא אף דאין מוסרין לו שבועה מספק מ"מ אין מוציאין ממון מספק וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ל"ב) והבאתי דברי כנה"ג (סי' צ"ב) משם מהרש"ך וכמו כן בקלא דלא פסיק כיון דלא נוכל לפוסלו בבירור אין מוציאין ממון רק מיחש חיישינן שלא למסור לו שבועה ומה"ט לא כתב הרשב"א בזה שיהיה הדין שכנגדו נשבע ונוטל כמו"ש לעיל.

ובד"מ כתב וצ"ע לקמן גבי חשוד על העריות דמשמע דלא מפסל משום קול. וכן בתשובת משאת בנימין (סי' נ"א) הוכיח דלא פסלינן ליה לגברא בשביל קלא דלא פסיק וכתב שצ"ע בדברי הרשב"א שבב"י וכתב אם אין כאן ט"ס קשה להולמן וכסתרי אהדדי דבתחילה כ' אין חוששין לו משמע דכשר לעדות ואח"כ כתב דאין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו וכ' לפרש דבאמת לא פסלינן לגברא בקלא דלא פסיק לכל עדות שבתו' ואעפ"כ אין מוסרין לו שבועה משום דחשוד מיהו הוי בהכי ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה וכדאשכחן פ' הכותב בההיא איתתא דמפקא שם שמים לבטלה והפכה רבא אשכנגדה אע"ג דמה"ד כשרה היא לשבועה משום דהוי חשודה בעיניו ואיהי דאפסדה

אנפשה הה"ד נמי גבי קלא דל"פ מטעם זה אין מוסרין לו שבועה וכן נמי אין מוציאין ממון אלא בעדות ברורה. ובאמת מ"ש המ"ב דדברי הרשב"א כסתרי אהדדי היא לפי שכ' הב"י אין חוששין לו וברשב"א שלפנינו כתוב חוששין לו ואין מוסרין שבועה וגם אינו מבואר דהדין הוא שכנגדו נשבע ונוטל רק חוששין שלא למסור לו שבועה וכמ"ש למעלה. וגם אף למ"ש דחוששין מ"מ צריך להבין אמאי מפסל לעדות כיון דהוא בחזקת כשרות והראיה ממה דבתרי לגבי תרי דלא אמרינן אוקי גברא על חזקתיה לאפוקי ממונא שם הוא משום דהוי תרי נגד תרי אבל בקלא בלבד אף דמוציאין אשה מבעלה הוא דוקא אם היה עדי כיעור דאיבדה חזקתה חזקת כשרות וכמו"ש שם המ"ב דאיתרע חזקתה אבל בקלא דל"פ בלבד מה"ת להוציא מחזקת כשרות:

ולכאורה יש לומר דרשב"א סובר כדעת הרז"ה והרא"ש דפירשו בהא דאמר ר"נ סנהדרין (דף כ"ו) החשוד על העריות דכשר לעדות ור"ש פריך ארבעים בכתפיה וכשר ואמר רבא ומודה ר"נ לענין עדות אשה שהוא פסול ופירשו דהיינו שהוא רגיל וגס בעריות ומתייחד עמהם וסגי שומעניה ומ' בכתפיה דמלקין על היחוד של כל עריות חוץ מא"א ומלקין על לא טובה השמועה קלא דלא פסיק כשהמון עם מעבירין עליו קיל ועיין עוד ברא"ש דכ' בשיטת הרש"י והרי"ף דאיירי בבא ממש על העריות ומשום דיצרו תוקפו כשר ולעדות אשה פסול דהחשוד על הדבר לא מעידו וא"כ י"ל הכא נמי כוון דהוא קלא דלא פסיק דחשוד על השבועה אף דכשר לעדות מ"מ חשוד לאותו דבר הוי ולכן כשחשוד על שבוע' שקר אם הוא בחמוד ממון לפסול להעיד על ממון דאף דכשר להעיד ואין פוסלין לאדם ע"י קיל אף בקלא דל"פ מ"מ לאותו דבר פסול. אולם ז"א דהא אנן קיי"ל כרשב"ג דנאמן על של חבירו וע"כ הא דפסול בחשוד על העריות לעדות אשה משום דהוי נוגע בעדות דנ"ל דתהוי פנויה דתהא שכיחא לי' או משום דמים גנובים ימתקו וכמבואר בש"ס שם וכמו שכ' הש"ך יו"ד (הי' קי"ט ס"ק ח"י). ועוד הא באמת לא מצינו זאת שיהיה חשוד לאותו דבר בקול בעלמא בעובר על שאר איסורין שבתורה רק אם כבר עבר עבירה ונעשה חשוד ודוקא גבי עריות מצינו וכבר עמד ע"ז בתשובת מהר"ש הלוי אה"ע (סי' י"ג) וכ' דבאמת הוא מטעם כיון דלוקין על לא טובה השמועה משום דנפשו של אדם חומד ויצרו תוקפו חיישינן שהקול אמת ולוקין על הקול ולכך סבר ר"ש כיון דארבעים בכתפיה פסול לכל עדות ורבא ס"ל דכשר לכל עדות שבתורה אבל לאותו דבר נפסל משום דארבעים בכתפיה ונתחזק הדבר ע"י הקול אבל בשאר עבירות דאין לוקין על חשד בעלמא וקול כ"א עפ"י עדים שראו דאל בני לא טובה השמועה גבי עריות הוא דכתיב ולא לגבי שאר עבירות וכיון דאין לוקין לא מפסל ע"י קול בעלמא

אף לאותו דבר. וכן משמע מפירוש רמ"ה בחידושיו דכ' מ' בכתפיה והרי החמירו עליו ועשאוהו כחייבי מלקות דקרינהו רחמנא רשעים דכ' אם בין הכות הרשע ואת אמרת כשר הרי עיקר הטעם לפוסלו משום חשד שיצא עליו קול משום דבר מלקות הוא וזה דוקא משום לא טובה השמועה דגבי עריות כתיב. וא"כ אף בקלא דלא פסיק לא מיפסל אף לאותו דבר. אולם מדברי הגה"א (פ"ג) סנהדרין נראה לכאורה דלא כדבריו דכ' מומר לדבר אחד הוי מומר לכל התורה ודוקא שידוע לנו בודאי שעבר אותה עבירה אבל אם חשוד על אותה עבירה ולא ידעינן בודאי אי עבר או לאו אז לאותה עבירה שהוא חשוד לא מהימנא ליה לא לשלו ולא לשל חבירו אבל לשאר כל התורה כולה כשר ומומר לאותה דבר דהוי מומר לכל התורה כולה היינו שרגיל תדיר באותו דבר לעבור אבל אם עבר ואינו רגיל באותה עבירה כשר לכל התורה כולה ואפילו במקום שהוא רגיל באותה עבירה תדיר אם אנו רואים שנוהג בשאר דברים כשאר יהודים ל"א שיהא מומר לכל התורה כולה. אולם דבריו צריכין ביאור מדכ' ומומר לדבר אחד הוי מומר לכל התורה כולה אפילו מחייבי לאוין לחייבי כריתות ומיתת ב"ד מבואר דקאי לכל עדות הצריך תורת עדות דלענין איסורין העובר על קל אינו נפסל לחמור רק במה דצריך עדות מפסל אף לחמור מטעם אל תשת ידך עם רשע כמבואר תוס' ורא"ש בכורות (דף ל"ו) וע"ז כתב דבחשוד שלא ידעינן בודאי אי עבר פסול לאותו דבר ומה זה שכ' אח"כ דודאי מומר לאותו דבר דהוי מומר לכה"ת כולה וע"כ ג"כ בדבר שצריך תורת עדות דדוקא אם רגיל תדיר באותה דבר לעבור ובאינו רגיל כשר לכל התורה כולה הא אם עבר עבירה שיש בו מלקות פסול מה"ת לכל התורה בדבר שצריך עדות וגם סוף דבריו בנוהג בשאר דברים כשאר יהודים ל"ה מומר לכל התורה כולה ואמאי הא בדבר שצריך תורת עדות ודאי פסול. וכנראה יש שם תערובו' דברים וזה קאי לכל איסורי תורה ופוסק כר"מ דמומר לדבר א' הוי מומר לכל התורה:

והנה בדברי מהרי"ק (סי' קכ"ו) מבואר להדיא דאף בחמס אם אינו גזלן ולוקח שאינו שלו בחמס לא מיפסל והוכיח מדברי רמב"ם דכתב ועוד יש רשעים שהם פסולים אעפ"י שהם בני תשלומין ואינם בני מלקות הואיל ולוקחין ממון שאינן שלהם בחמס משמע טעמא שלוקחין ממון שאינו שלהם הא אם היו עוברים על דברי תורה בשביל ממון שא"ר לפרוע שהוא שלהם דומיא דגנב שעבר על לאו דלא תגנוב אפ"ה ל"ה נפסל כיון שאין בו חיוב מלקו' ולוה בריבית פסול אף עפ"י שאינו לוקח ממון שאינו שלו משום דעבירות לקיחת הממון ע"י דמלוה נעשית ואי אפשר מבלעדו חשיב עד חמס וכן העובר על החרם בשביל ממון שאינו רוצה לפרוע אף דעובר על ד"ת לא חשיב עד חמס לפסול לעדות

ואף להסוברי' דפסול לשבועה וההי"ד לעדות בשבועה דלהבא היינו דוקא בשבועות ביטוי להבא דאיכא לאו ומלקות ואף דלרבא דבעי רשע דחמס ומ"מ מודה באוכל נבלות לתיאבון משום דשכיח בזול טפי היינו כיון דעכ"פ הוא רשע למלקות אבל באינו רשע למלקות ובאנו לפוסלו מטעם רשע דחמס גרידא אז בעינן חמס גמור היינו לוקח ממון שאינו שלו עכ"ד. הרי מבואר דהיכא דאינו עובר בקום ועשה אף דהוי חמס הואיל דאין בו לאו לא מיפסל:

וראיתי בתומים (ס"ק ג') דהעלה דמודה הרמב"ם ברשע דחמס דחמור דכתיב להדיא בתורה אפילו בלאו שא"ב מעשה פסול כיון דחומד ממון וכן משמע במהרי"ק דבחימוד ממון לא בעינן מלקות. ואחריו נמשך כן לדינא בנתיבות והביא ג"כ כן משם מהרי"ק וכל עין הרואה בתשובת מהרי"ק יראה להדיא דכ' להיפך רק בלאו דומיא דגניבה דהוי בקום ועשה רק דניתן לתשלומין פסול אף דאין בו מלקות הואיל דהוי חמס גמור ליקח שאינו שלו אבל באין בו קום ועשה לא מיפסל. והתומים מביא ראי' מכופר בפקדון דפסול לעדות היכא דל"ש אשתמוטי משתמיט ואמאי הא לא עבר על לאו שיש בו מעשה דבהתירא בא לידו ועכשיו דכפר ל"ה רק דיבור וכל דיבור לאו שאין בו מעשה חוץ נשבע ומומר ומקלל בשם. ולכאורה דלמא באמת אינו מיפסל מדאורייתא רק מדרבנן כמו בכל לאו שאין בו מעשה היכא דיש חימוד ממון דכמעט לכ"ע מיפסל מדרבנן. אולם מסתימות כל הראשונים נראה דכופר בפקדון מיפסל מדאורייתא ולא בעינן הכרזה. וי"ל דכיון דקנאו בכפירתו שיתחייב באונסין ומפקיע מרשותן דבעלים ונעשה גזלן לא מבעיא היכא דמונח ברשותו וקונה לו חצרו בכפירתו הוי מעש' ממש כמו לוקח ממון חבירו בידים דמה לי ע"י או ע"י חצרו אלא אף אם אינו מונח ברשותו מ"מ כיון דכפר בב"ד ונפטר בכפירתו הוי כגזלן ממש ע"י מעשה. ועיין מ"ש בהגהותי בס' דברי חיים דיני גניבה (סי' י') להשיג על ספר מחנה אפרים דכתב בכופר בפקדון דנעשה גזלן ומוקי הש"ס דאתו סהדי ואסהידו בי' דההי' שעתא איתא לפקדון בביתו וסובר המח"א דאינו חייב באונסין ולא נעשה גזלן רק במונח ברשותו. ובאמת מבואר מש"ס ב"ק (דף ק"ה) דאף אם קאי באגם נעשה גזלן בכפירה אי לאו מטעם דסבר אישתמיטנא דקרא גלי לן וכחש דבכפירה לחוד נעשה גזלן וכמ"ש השיטה מקובצת שם והארכתי שם בזה ובמ"ש המאירי דדוקא בכפר בב"ד וכן כתב הרמב"ם (פ"ג) מגזילה ובטוש"ע (סי' רצ"ד) לא כתבו וכפר בב"ד. וראיתי כעת בתשובת כהונת עולם (סי' פ"א) שכתב שאפשר דההיא דכופר בפקדון פסול לעדות אינו אלא בכפר בב"ד דחוץ לב"ד ל"ה כפירה דלא מגלי אינש טענתו אלא בב"ד ומהתימא שלא הרגיש דכן משמע מדברי הרמב"ם דדוקא בב"ד אולם

בטוש"ע השמיטו תיבת בב"ד. ועוד מצאתי להדי' מבוא' מדברי הרי"ף פרק המפקיד שכתב דאם ליתיה הפקדון בביתו לא מתחייב באונסין אלא עד דמשתבע דלא אפקיד גביה. הרי דאחר שנשבע ונתברר דלא למשתמיט קמכוין קנאו ונתחייב באונסין אף דל"ה ברשותו ול"ה מעשה קנין מ"מ הכפירה בב"ד עושה הקנין וע"כ או דגזה"כ הוא או כיון דיצא זכאי מב"ד ע"י כפירתו קנאו ונעשה גזלן. וכן נראה מדברי ש"מ ב"מ (דף ו') דמטעם דיצא מב"ד זכאי הוי כפירה מעליא:

ובאמת יותר היה להתומים להביא ראיה מכופר במלוה דאמ' ר"ח דכשר לעדות ומטעם אשתמוטי ופירוש רש"י ב"מ שם וז"ל אלמא לאו דעתיה למגזלי' דנימא אל תשת עד חמס אלא לאשתמוטי עבד עכ"ל הרי להדיא דאם היינו יודעים דלאו לאשתמוטי מכוין היה מיפסל. ובש"מ שם מבואר דאם ראו עדים בידו מעות מונח והודה בפניהם דהמעות אלו הם שלו ממש ואין עליו מלוה אחרת בגוונ' דליכא אישתמוטי כלל מיפסל ור"ח איירי בסתם עי"ש הרי מבואר במלוה אף דאינו לוקח ממון שאינו שלו ובהתירא בא לידו מפסל. ודוחק לומר דבאמת בכה"ג במלוה לא מפסיל אלא מדרבנן ובעי הכרזה חדא דמסתמא בחד פסול משוי ר"ח וכמו בכופר בפקדון דמשמע באמת דמפסל מדאורייתא דבזה הוי כגוזל ועושה מעשה וכמו שכתבתי כן במלוה בגווני דל"ש אשתמוטי מפסל מדאורייתא בכופר ממש. ועוד דאם נאמר דבמלוה אף בלאו סברא דאשתמוטי אינו מפסל מדאורייתא רק מדרבנן מאי פריך הש"ס שם א"ה כופר בפקדון אמאי פסול לעדות נימא אשתמוטי ומוקי ע"כ בגוונ' דאתו סהדי דהי' בביתו. דלמא באמת סברת אשתמוטי לא ברור לי' לר"ח הן במלוה הן בפקדון. וספוקי מספקי לן בכפירתו מה דעתו אם באמת דעתו רק לאשתמוטי או דעתו לכפור כפירת עולם. ובמלוה דאף אם תימא דדעתו לכפור בבירור מ"מ לא מפסל רק מדרבנן הואיל דבהתירא אתי לידו ואינו עובר בלאו שיש בו מעשה והוי ספק דרבנן ולהקל ואין מכריזין עליו ונשאר בכשרותו וכמו"ש לעיל וכן בשומרין ל"א מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועת' וסמכינן על סברת אשתמוטי כיון דאף חשוד ממש אינו רק פסול דרבנן דשבועה חמיר כמו"ש תוס' שם. וגם כיון דנשאר בלא"ה בחזקתו חזקת כשרות סמכינן על סברת אשתמוטי למסור לו השבוע' מה שאין כן בכופר בפקדון דיש לפנינו ספיקא דאורייתא על כשרותו דאם ליכא אשתמוטי וכפר בבירור הוי רשע דחמס ממש ולוקח ממון שאינו שלו וכגזלן דאורייתא ופסול מספק כיון דאף אם מכוין למשתמט גם כן עושה עבירה לכפור לחבירו ולהעיז פניו נגדו בפקדונו שהפקיד אצלו ובפרט בפני ב"ד וא"כ איתרע חזקתו ול"ש כל כך לאוקמי' על חזקת כשרות ודומה קצת למ"ש מהרי"ט דהיכא דיצא מחזקה מדרבנן שוב לא מוקמינן

אף מדאורייתא על חזקה כמו בספק קידושי דאורייתא היכא דמדרבנן ודאי מקודשת כבר יצאה מחזקת פנויה וכתבתי בפרט זה במ"א. וה"נ דכוותי' כיון דעכ"פ העיז פניו ועושה איסור דאורייתא על מדבר שקר תרחק בפרט בפני ב"ד והפעולה נעשית והספק אם מתכוין וגמר בדעתו לכפירה אמיתית או לא לכך פסלינן מה שאין כן לגבי כופר במלוה. אלא ודאי משמע להש"ס דע"כ סברתו של אשתמוטי בריר' הוא מדמכשרינן לעדות לכופר במלוה מטעם זה לכן בפקדון ג"כ צריך דוקא שיסהדו עליו דהיה ברשותו ובלא"ה תלינן באשתמוטי כמו במלוה ומזה משמע דבלעדי אשתמוטי פסול גם כופר במלוה מדאורייתא ויקשה מזה על הסוברים דבעינן שיעבור על לאו דקום ועשה:

ונראה דמזה סייעתא למ"ש במ"א לדון דכל הכופר במלוה ממש ואינו רוצה לשלם בלא אשתמוטי נעשה כגזלן למפרע דאדעתא דהכי לא הלוהו לו המלוה ודומה להא דאמר רבא אתרוג זה לך במתנה על מנת להחזיר לא החזירו לא יצא ופירש"י קידושין (דף ו') דהוי ליה גזל למפרע וכ"כ הרא"ש פ' לולב הגזול כן נמי בהלואה דהלוה לו על סמך שישלם לו עכ"פ ולא יכפור לו ואם כופר ודאי אדעתא דהכי לא הלוהו ונעשה גזלן למפרע כל שאינו מקיים עכ"פ להודות לו בהלואתו ולהיות עבד לוה לאיש מלוה נתבטל קנין ההלואה למפרע ונעשה גזלן וכלוקח ממון שאינו שלו. ומזה יוצא כמה פרטי דינים דהא דמבואר בש"ס פריעת בע"ח מצוה היינו לפרוע בזמנו אבל הכופר ואינו רוצה לפרוע כלל עובר בלאו וכמו"ש הרמב"ם (פ"ז) מגזילה ורדב"ז (ח"ב סי' תר"י) ובהגהות מרדכי כתובות פרק הכותב. ועיין מ"ש בח"ר בקונטרס התשוב' (ס"ג) ועוד יבואר אי"ה בזה במקומו. וא"כ שפיר כופר במלוה בגוונ' דל"ש אשתמוטי פסול לעדות דהו"ל כלוקח ממון שאינו שלו ורשע דחמס הוא אבל המונע לפרוע חיובו אף דעובר באיסור תורה וחימוד ממון הוא מ"מ לא מפסל באינו עושה מעשה וכמ"ש המרי"ק. שוב ראיתי בדרכי משה שהביא דברי מהרי"ק הנז' וכ' ובסי' צ"ב גבי כופר בפקדון לא משמע כן. ובהגהות דו"פ כתב ויש לחלק דשאני פקדון דכ"מ דאיתא ברשותא דמרא איתא והכופר בו כאלו לקח ממון שאינו שלו עכ"ל הרי מבואר דלא כתומים ובמלוה אף דל"ש כ"מ דאיתא ברשותא דמריה איתא מ"מ הוי כלוקח ממון שאינו שלו כמו שבארתי:

גם מה דפשיטא ליה לתומים דכופר בפקדון הוי לאו שאין בו מעשה. תליא במחלוקת הראשונים סנהדרין (דף ס"ה ע"ב) בהא דאמר רבא שאני עדים זוממין הואיל דישנן בראי' כמו שכתב הרי"ף שם וברמב"ן מלחמות וחידושי הר"ן. דעקימת שפתים באותוות בומ"ף הוי מעשה ולקרבן בעינן תורה אחת לעושה בשגגה מה שאין כן לענין מלקות. וכל שדיבר בכל אותיות מלבד אותיו' אחה"ע חשוב מעשה ולקי. ונתבאר ענינים האלה

באורך כל דעת הראשונים בזה בס' חק"ל יו"ד (ח"ג סי' ע') ועיי"ש מה שהעלה בדעת הרשב"א ובהר"י מיגאש מס' שבועות (דף כ"א) דהואיל דגלי לן הקרא ללקות על שבועת ביטוי דלקי ובעי דומיא דשוא על לשעבר ולהבא אינו לוקה הואיל דל"ה מעשה כלל בנשבע לאכול ולא אכל אבל היכא דיש מעשה זוטא בעקימות שפתיו לקי. והמתבאר מדברי ר"י מיגאש שם אם נשבע שלא לדבר ודבר לקי דהוי כלאו שיש בו מעשה:

ולענ"ד שכן ג"כ יש להוכיח מדברי תשובת רשב"א (סי' תתקס"ד) שחקר שם אם נשבע הבע"ד שיטעון טענות אמת בב"ד ואחר כך נתחייב מתוך טענותיו שבועה דחייב לישבע שנית וכתב ותדע דשבועה זו חמורה מן הראשונה דע"י שבועה הראשונה לא מפסל לעדות ולא נעשה חשוד לפי דבשעה שנשבע בקושטא משתבע ואינו חשוד לדעת ר"ח ורש"י אלא בשבועה שבשעה שנשבע נשבע לשקר. ויש להבין בדבריו הא לענין פסול דאורייתא אף אם נאמר דלקושטא לא ס"ל סברא הזאת דיצרו תקפו ומפסל כשעבר אח"כ על השבועה היינו אם עבר ועשה מעשה דבעינן רשע בלאו שיש בו מעשה ולא מפסל לעדות רק מדרבנן ובשבועתו של השתא אם יוצא שקר מפיו יופסל מדאורייתא ולמה תלי הרשב"א הוכחה הזאת דוקא לשיטת דלא מפסל בשבועה דלשעבר אלא נראה דרשב"א סובר דאם נאמר דאף כשעבר על שבועה דבשעה שנשבע בקושט' משתבע מפסל לעדות לית לן נ"מ בשבועתו עכשיו דאם טוען שקר כבר מיפסל ועבר על שבועתו בקום ועשה דעקימת שפתיו מה שטוען שקר בפרט בפני ב"ד הוי כמעשה. ולא נתוסף פסול ע"י שבועתו של השתא מה שאין כן לדברי הפוסקים דלא מיפסל בעבר על שבוע' דלהבא מטעם דיצרו תקפו ובקושטא משתבע אז אף בעבר אחר כך בלאו שיש בו מעשה לא מפסל רק אם שקר בשבועתו בשעה שנשבע ועיין מל"מ (פי"ב) מעדות שהקשה על הריב"ש דסובר דלענין פסול לעדות היכא דעבר אח"כ על השבועה בלאו שיש בו מעשה כ"ע מודים דמפסל אף בשבועות ביטוי דלהבא. וכתב דמדברי הרשב"א בתשובה הלזו מבואר דסובר כמו דסברו להכשיר שלא להיות חשוד על שבועה דלשעבר כשעבר על שבועה דלהבא כ"כ לא מפסל לעדות. ובס' שע"מ כתוב דאינו ראיה דכאן הוי לאו שאין בו מעשה אם טוען שקר דעקימת שפתיו לא הוי מעשה. ולמ"ש דברי המל"מ נכונים דאם תימא דלענין להיות פסול לעדות לכ"ע מפסל כשעבר על קום ועשה א"כ אם עבר על שב ואל תעשה או בלאו שאין בו מעשה עכ"פ מפסל מדרבנן ולכ"ע נמי נ"מ בין שבוע' שכבר נשבע שיטעון אמת לשבועה דהשתא דאף הסוברים דנעשה חשוד לא יהיה פסול דאורייתא אם נאמר דעקימת שפתיו ל"ה כעבר במעשה וגם לא מיפסל אלא מדרבנן וע"י שבועה דלהשתא יהיה מפסל מדאורייתא א"ו דרשב"א סובר דלהסוברים

דנעשה חשוד ע"י שבועה דלהבא ממילא מיפסל ג"כ במה שטען שקר ולהסוברים דלא נעשה חשוד בשבועה דלהבא אז אף בעבר בקום ועשה לא מפסל. וזה פשוט:

ונחזור לדברינו דעכ"פ לא מצינו מבואר ברשע דחמס בעבר בלאו שאין בו מעשה דיהיה פסול מדאורייתא ובמהרי"ק וברשב"א כמעט מבואר להיפך. אולם יש להבין בדברי תוס' סנהדרין (דף כ"ד ע"ב) ד"ה ואלו דכתבו דלא חשיב במתניתן רק פסולי דרבנן מדלא קתני גזלנין וסוחרי שביעית איירי בזה"ז דאינו אסור אלא מדרבנן ואפילו בשביעית דאורייתא לא חשיב ליה איסור דממציאין מעות לעניים עיי"ש ולמה צריך להו לזה הא אפילו איירי בשביעי' דאורייתא וחשיב ליה איסור מ"מ אינו עובר כ"א בעשה לאכלה ולא לסחורה דלא מצינו עבירות לאו בסוחר בפירות שביעית וממילא לאו בכלל רשע דקרא הוא ואף דהוי כמו חמס הואיל דעושה איסור בשביל חימוד ממון ומה"ט פסול אף בשביעית בזה"ז ואף דבעביר' דרבנן בעינן שיעבור משום חימוד ממון וע"כ דזה חשוב עבירה שיש בו חמס ומה"ט לולא דלא חשיב להו איסורא בשביל דממציאין להם לעניים היה פסול מדאורייתא הרי דבעבירה דחמס ל"ב שיעבור דוקא בלאו שיש בו מעשה ולאו שאין בו מעשה לא גרע מעובר על עשה. וברמ"ה שם פירש להדיא דמלוה בריבית מדאורייתא. פסול דעבר על לאו הוי ליה רשע דילפינן מחייבי מלקות דקרינהו רחמנא רשעים דכתיב והיה אם בין הכות הרשע והתם בחייבי לאוין קאי דסמיך ליה לא תחסום ורשע פסול לעדות דכתיב אל אשת ידך. וסוחרי שביעית הואיל ומשום חימוד ממון מעבירין עד"ת הו"ל רשע דחמס והיינו טעמא דערבינהו לפסולי דאורייתא בדרבנן ותנינהו בחדא משום דדמו להדדי דקא עבדי איסורא משום ממון עיי"ש הרי מבואר דסובר דדוקא רשע דחייבי לאוין פסול מן התורה וסוחרי שביעית דליכא פסול רק מדרבנן בלא טעמא דמורי התירא כמו"ש תוספות ומזה נראה לכאורה דדעת תוס' דל"ב לגבי חמס דוקא שיעבור על לאו ולא כמו שכתב התומים:

וכן הר"ן בחידושיו שם הוכיח דכולה מתניתין איירי בפסולי דרבנן וכ' וסוחרי שביעית בשביעית בזה"ז דרבנן משמע ג"כ מדבריו דסובר בעבירה דאורייתא בחימוד ממון אף דל"ה לאו מ"מ מיפסל מטעם חמס ודוחק לומר דמשום ה"ט מוקי בשביעי' בזה"ז משום אחת מראיותיו היא דמתניתין איירי בפסולי דרבנן ממה דאמרינן בגמרא עלה דמתניתין וכולן צריכין הכרזה ע"כ פסולין דרבנן נינהו ואם לא איירי בשביעית בזה"ז רק בשביעית האסור מה"ת סובר הר"ן כיון דהעבירה הוא דאורייתא אף דהפסול הוא מדרבנן לא בעי הכרזה וכמו"ש המרי"ט זה דוחק דהבאים אחריו חולקים על המרי"ט בזה. וכן יש קצת להוכיח מדברי תוס' דכתבו אף בשביעית דאורייתא ל"ה רק פסול דרבנן מטעם דלא

חשיב לי' איסור ואפ"ה קאמר בש"ס וכולן צריכין הכרזה וכן בריבית הקצוצה כתבו דלא משמע ליה איסור ואעפי"כ צריך הכרזה ומה"ת נאמר דהר"ן יהיה חולק ע"ז וכן מבואר בחידושי ר"ן שם להדיא להוכיח דמלוה בריבית קצוצה פסול מדאורייתא מהא דבר בינתוס דמקשינן והא אמר רבא לוה ברבית פסול והו"ל רשע ואי ל"ה רק פסול דרבנן הא לא הכריזו עליו וכשר לעדות א"ו דפסול מה"ת הרי אף בעבירה דאורייתא אי לא מיפסל רק מדרבנן בעי הכרזה א"ו דסובר דאם איירי בשביעית דאורייתא היו פסולין מדאוריית' אף דלא עברו על לאו מ"מ חשוב כמו רשע דחמס ועוד דכבר הכרח המל"מ (פ"ד) ממלוה דאף לדעת מהרי"ט הנז' דבעבירה דאורייתא והפסול דרבנן דל"ב הכרזה מ"מ מודה היכא דמן הדין מפסיל בעבירה לאינשי בעי הכרזה עיי"ש וא"כ אינו ראי' מתוס' נגד מהרי"ט וממילא ע"כ גם הר"ן דכתב דאיירי בשביעי' בזה"ז מבואר דבעבירה דאורייתא שיש בו חימוד ממון מפסיל מדאוריית' אף בא"ב מלקות רק עשה בלבד. ואפשר דדעת מהרי"ק דזה הוי ג"כ כמו לוקח ממון שאינו שלו דכיון דאסור לעשות בו סחורה הוי כלוקח שאינו שלו והוי כמו רשע דחמס מה שאין כן היכא דעובר בלאו שאין בו מעשה אף דהוי בממון מ"מ כיון שאינו לוקח ממש שאינו שלו ל"ה רשע דחמס ועדיין צ"ע:

סימן לג

ועובר על שבועות עדות דאין בו מלקות הואיל וחייבו הכתוב קרבן א"כ קיל שבועה זו וגם אינו עובר בשעת שבועה שמשביעו התובע דבידו לילך ולהעיד רק אחר כך עבר בשב ואל תעשה אם מיפסל מדאורייתא יש להסתפק כיון דאין בו מלקות. וראיתי בתומים (סי' צ"ב צ"ב סק"ג) שכתב דדוחק לומר דקרבן במקום מלקות דרמב"ם כללא יהיב בא"ב מלקות דלא מקרי רשע וכתב כיון דע"י שכובשין עדותן מפסידין ממון אף זה בכלל רשע דחמס דמפסידין לחבירו ממון עי"ש. ולמה שנתבאר דאף במקום הפסד ממון כ"ז שאינו לוקח ממון שאינו שלו ל"ח רשע דחמס מכ"ש בכובש עדותו דאינו עושה כלום ואין בו חיוב רק מצד גמילות חסד להעיד והוי כמונע להשיב אבידה וכמו"ש הרמב"ן בדיני דגרמי דאף גרמא ל"ה ובודאי אין זה בכלל רשע דחמס. ועוד אם נימא דזה הוי בכלל רע לבריות מה פריך הש"ס לרבא מהא דקתני אחד שבועת שוא ואחד שבועת ממון ומשני לא אידי ואידי ש"מ ומ"ש שבועות דעלמ' ולמה צריך לומר שבועות דעלמא הא שבועות ממון ושבועו' העדות בכלל רשע דחמס הוא א"ו דשבועות העדות לא חשיב רשע דחמס ולכך צריך לומר שבועות דעלמא. ועיי"ש ברמ"ה הפירוש שבועות דעלמא

כגון שבועות מוב"מ וע"א ושומרין ולא פרט ג"כ שבועות העדות משמע דלרבא באמת לא מיפסל דל"ה רשע דחמס:

אך י"ל דהא בלא"ה צריך לדקדק למה קאמר בש"ס ומאי שבועו' שבועות דעלמא. הא גם לרבא דבעינן רשע דחמס מ"מ מודה באוכל נבילות לתיאבון דמיפסל מטעם כיון דכפין ואכל איסור' ה"נ כפין ושקיל זוזי ומסהיד בשיקרא א"כ מודה רבא אם נשבע שלא אכל היום ואכל מיפסל אף לרבא מטעם הנ"ל א"כ למה מתרץ לא אידי ואידי שבועות ממון נימא דרק שבועת שוא אינו. בכלל זה אבל שאר שבועות הן של ממון והן של איסור בעושה לתיאבון בכלל מועלי שבועות הן ומיפסלי. וצריך לומר דבאמת כך דעת התרצן אידי ואידי שבועות ממון היינו או כפירות דברים הנוגעי' לממון או שבועות ביטוי בעובר לתיאבון וקאמר ומאי שבועות דעלמא היינו הן ממון הן איסור אם עושה בשביל הנאות ממון מיפסל. וא"כ י"ל דעובר על שבועות עדות ג"כ בכלל שבועו' ממון והוי כרשע דחמס:

ולכאורה נ"מ בין הנך תרי טעמים שכתב התומים אם בא על שפחה חרופה דליתא בכלל עריות ואין בו לא כרת ולא מלקות ואף לאו אין בו רק התורה חייבו בקרבן אם בכלל רשע הוא אם נאמר דקרבן במקום מלקות י"ל דמפסל אבל אם נאמ' דקרבן אינו במקום מלקות ובשבועות עדות הטעם משום דהוי רשע דחמס דמפסיד לחבירו ממון א"כ בא על שפחה חרופה לא מפסל מדאורייתא דלאו בכלל רשע הוא. ועיין סמ"ע (ס"ק ד') משם המרדכי בועלי ארוסה בלא כתובה פסולין מדרבנן. ויש להעיר הא בועלי ארוסה בלא כתובה והיא כלה בלא ברכה ל"ה כ"א איסור דרבנן וכבר כתב הרמ"א דעת י"א דבעינן שעבר משום חימוד ממון. ויקשה אמאי מיפסל בועלי ארוסה בלא כתובה וכבר כתבו תוס' סנהדרין (דף ט') ור"ן בחידושיו סנהדרין (דף כ"ו) דלרבא בא על העריות ל"ה כרשע דחמס רק הואיל דרשע מעבירה חמורה הוא שהוא מחייבי כריתות ומיתות ב"ד ודינו שיהיה פסול לעדות עיי"ש א"כ זה א"ש בשאר עריות אבל בבא על ארוסה בלא כתובה דא"ב כ"א איסור דרבנן וליכא חימוד ממון ואדרבא שייך לומר יצרו תקפו וחשיב כאונס ולא מפסל ולזה כוון ג"כ כבוד ידי"נ הרב הגאון הגדול מ' שמחה רעהפיש נ"י ראב"ד בק' קעמפנא יע"א. וכמו כן י"ל גם בבא על שפחה חרופה כיון דליכא מלקות לא מיפסל אבל אם נאמר דקרבן במקום מלקות קאי מפסל מדאורייתא וצ"ע. ועיין במקנ' קידושין (סי' מ"ב ס"ה) דכתב הא דכ' הרא"ש חשוד על העריות היינו רגיל ומתייחד עמהם לא מיירי באיסור יחוד גמור דא"כ מצד זה פסול לעדות דאפילו אם הוא מדרבנן וקרא אסמכתא

פסול עכ"פ מדרבנן ויש לומר כיון דיצרו תוקפו ל"ה כחימוד ממון ולדעת רמ"א הנ"נ בעינן שיעבור על דרבנן מחמת חימוד ממון:

ודע דעובר על דאורייתא וא"ב לאו שיש בו מלקות אינו מבואר בפוסקים להדיא אם מפסל מדרבנן רק הב"י הוכיח זאת מכח כ"ש אם עובר על דרבנן מפסל ק"ו העובר על דברי תורה שאין בהם מלקות והביא משם בעל העיטור שהעובר ע"ד דרבנן כגון יו"ט שני וגבינות עכו"מ אינו פסול לעדות אף מדבריה' דלא אשכחן פסולים דרבנן אלא בחשד ממון. משמע מדברי ב"י דאם נאמר דעובר על דבר שאיסורו מדרבנן לא מפסל לעדות אף מדרבנן וכן נמי העובר על ל"ת שאין בו מלקות לא מפסל אף מדרבנן ולכאורה יש להעיר דהא איכא למיפרך על הך ק"ו של הב"י דמצינו דסבירא ליה לרמב"ם דאיסור דרבנן חמור מאיסור תורה דבר שאינו מפורש מה"ת כמו חצי שעור וכדומה וסובר דאם נשבע שלא לאכול חצי שיעור נבילה ועבר ואכל לוקה ול"א אין שבועה חל על שבועה הואיל דאינו דבר המפורש בתורה ובנשבע על איסור דרבנן מקרי מושבע ועומד מהר סיני הואיל דרבנן אוקמוהו על לאו דלא תסור ועיין ש"ך יו"ד (סי' רל"ט סק"א) וא"כ י"ל דמה"ט העובר על איסור דרבנן מפסל מדרבנן דחמור עכ"פ ובכלל לאו דלא תסור הוא ולאו דלא תסור הוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ואף דאין לוקין על לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד מ"מ נפסל דזה אינו לקלות איסור רק מחמת חומר האיסור כמו שהעלה התומים (ס"ק א') [ובפ"מ או"ח בפתיחה כוללת (ח"א אות כ"ה) חתר אחריו וכתב דמחמר דא"ב מיתה צ"ע. אולם סברת התומים כיון דלאו זה נאמר לאזהרת מיתה ונכלל בלאו דל"ת מלאכה אתה ובהמתך ואמרינן דא"ב מלקו' הטעם הוא משום דחומר יש בלאו זה. וכן מבואר בדברי תוס' סנהדרין (דף פ"ו) בעדי גניבה בנפש דמפסל אף דלאו דלא תגנוב ניתן לאזהרת מיתת ב"ד וכ"ז שלא מכר א"ח מיתה מ"מ נפסל מן הגניבה לחוד דעובר על לאו חמור כ"נ בלאו דמחמר דאיסורי שבת חמירי ועיין יבמות (דף ו') ואכ"מ בזה] כן נמי בעובר על לאו דלא תסור דגוף הלאו ניתן לאזהרת מיתת ב"ד על זקן ממרא מ"מ אוקמו ורבנן איסורייהו על לאו דלא תסור וחמיר מדברי תורה שאינו מפורש כן נמי י"ל דלכך נפסל מדרבנן משא"כ העובר על איסורי תורה יש לומר דלא נפסל אף מדרבנן אולם דעת הב"י דמ"מ לענין חשש פסול דמשקר בעדותו יותר חמור איסור תורה ונפסל מדרבנן מכח ק"ו הנ"ל:

והנה אף דבש"ע וכן ברמב"ם כתב ל"ש אם עבר לתיאבון ל"ש אם עבר להכעיס ע"כ הפירוש להכעיס היינו שאינו לתיאבון אבל לא הפוקר ועושה להכעיס שבועט באיסור בזה אף בדרבנן בכלל מין הוא ואפיקורס וכבר כ' רמב"ם אפיקורס בכלל מין הוא

ופחותים מגוים ופסולין לעדות ולא הצריכו חכמים למנותם ובודאי פסולין מד"ת. וראיתי בפ"מ יו"ד (סי' ב' בש"ד ס"ק ח"י) שהקשה דשם סתם המחבר דמומר להכעיס בכלל מומר לכה"ת. ובח"מ כלל להכעיס ולתיאבון משמע דבעי שיהיה בו מלקות ובאמ' להכעיס אף במבטל הוי כגוי ופסול. והברור דבש"ע אין הכוונ' בלהכעיס ממש דזה הוא פחות מגוי וכמ"ש הרמב"ם וטוש"ע(סכ"ב) רק להכעיס דאין אצלו הבדל בין היתר לאיסור והצרכתי לזה שראיתי למחבר אחד שכ' דגוי פסול מק"ו מאשה ועבד וכמ"ש תוס' ב"ק (דף פ"ח) מה שאין כן מומר דקדושיו קידושין ואף דהוא רע לשמים מ"מ אינו רע לבריות. וטעה בזה דלהכעיס ממש ב"מ הבועט זה גרע מגוי דגוי אינו מצווה רק על שבע מצות ב"נ והיה ס"ד להכשירו לעדות וצריך לימוד אבל ישראל דחייב בכל מצות תורה ודברי סופרים והבועט אף בדרבנן זה עובר על לאו דלא תסור וחמור מעבירה של מלקות ופחות מגוי כמ"ש הרמב"ם וטוש"ע. ובכאן ע"כ הכוונה אינו על להכעיס ממש כמו בכ"מ ועיין ת"ש יו"ד שם ובבכור שור מס' ע"ז (כ"ו) וזה פשוט מאד. ועוד נראה דחמור הואיל דמתיר עצמו למיתה כיון דהוא מן המורידין ולא מעלין ומצוה להרגו אם יש בידינו כח כמבואר רמב"ם (סוף פ"ד) הלכות רו"נ א"כ הוי כמו העובר על חייבי מיתת ב"ד דכ' בי' רשע למות ובכלל רשע הוא ואף רבא דבעי רשע דחמס מודה בחייבי מיתות ב"ד וכריתות כמבואר חידושי ר"ן סנהדרין (דף כ"ו) ומה"ט היה נראה הא דכתב הסמ"ע (ס"ק ד') דבועלי גויות פסולין מדרבנן י"ל היינו דוקא בצנעה הואיל דאין בו לאו של מלקות אבל בבועל בפרהסיא דקנאין פוגעין בו הוי כמו רשע למות הואיל דמתיר עצמו למיתה ומפסל מדאורייתא ועיין תשובת מהרח"ש חאה"ע (סי' י"ט) אח"כ ראיתי שכן כתוב בכנה"ג ולדעת הר"ן מס' סנהדרין (דף פ"ב) דאפ"ל דיש כרת בצנעה כמו בפרהסיא רק בדיני אדם אין עושין לו כלום גזרו ב"ד חשמונאי שיהי' מלקין כדי להרחיק מן עבירה שיש בני אדם רשעים שאין עומדין בעצמן מפני כרת המסו' לשמים ובשביל המלקות יתרחק מן האיסור עיי"ש ואם כן כיון דיש בו כרת מדאורייתא חמור מן אוכל נבלות להכעיס כמו"ש ר"ן סנהדרין (דף כ"ו) הנ"ל וי"ל דנפסל מדאורייתא:

וכן נראה דמסור פסול מן התורה אף דלא עבר כ"א על לאו דלא תלך רכיל מ"מ הואיל דחמור ומן המורידין הוא ומתיר עצמו למיתה הוא בכלל רשע למות ולכן כתב הרמב"ם (פי"א) מעדות דהמוסרין והאפיקורסין והמומרים לא הצריכו למנותן בכלל פסולי עדות עיי"ש דמבואר מה"ט הואיל דאלו מורידין ולא מעלין ואין להם חלק לעוה"ב והמה בכלל רשע למות. ושוב ראיתי ברדב"ז (סי' שמ"ו) דכתב בהוחזק לומר אמסור פסול מה"ת עיי"ש בדבריו וראיתי בס' בית מאיר (סי' י"ז ס"ג) דהביא משם פנים מאירות

(ח"ב סי' צ') דהעלה להפוסקים דגרמי והה"ד מסור קנסא דרבנן אינו פסול אלא מדרבנן עד שיכריזו והב"מ השיג עליו דנהי דפטור בדיני אדם מ"מ בד"ש ודאי חייב וגם עבר אדאורייתא לא תלך רכיל והביא לשון רמב"ם וש"ע שכתבו עליו פחותים מכותים מורה דהוא פסול ד"ת עכ"ד. ותשובת פ"מ אין בידי לעיין בו. אולם נראה אולי כוונתו על מסור שלא הוחזק למסור דעשה אשר זמם ואינו מוחזק למסור אסור להורגו כמ"ש הרמב"ם והרמב"ם להדיא איירי במוחזק למסור עליהן כתב דפחותין מעכו"ם אבל לא בלא הוחזק וכן מבואר במהרי"ק (סי' קכ"ו) משם רב פלטאי גאון במסו' שלא הוחזק אינו פסול מן התורה עיי"ש ואותו אפשר מכשיר הפ"מ לעדות אשה. וראיתי בשער משפט דמתחילה השיג ג"כ על הפ"מ מטעם דאף אם חיוב תשלומין אינו כ"א מדרבנן מ"מ מדאורייתא אסור לגרום היזק לחבירו. אולם שוב כתב ראיה מוכרחת לדעת הפ"מ משו"ס דגיטין (דף נ"ג) דפריך התם דר"מ אדר"מ דסבר במטמא ומדמע ומנסך אחד שוגג ואחד מזיד חייב ובמבשל בשבת בשוגג יאכל ומשני כי קניס ר"מ בדרבנן בדאורייתא לא קניס ופי' רש"י מטמא ומדמע איסורא דרבנן הוא כיון דל"ש היזק אין כאן איסורא דאורייתא ודברי סופרים צריכין חיזוק הלכך קניס אף השוגג הרי מוכח דהמזיק לחבירו בדבר דלא שמי' היזק אינו אלא איסור' דרבנן וא"כ הה"ד במסור כיון דמה"ת לא דיינין דד"ג והוי כלא הזיקו כלל ול"ה אלא איסורא דרבנן ובעי הכרזה. ודבריו דברי תימא לומר על מסור דל"ה כ"א איסור דרבנן הא מ"מ עובר על לא תלך רכיל ואף אם לא דיינינן דד"ג מ"מ חייב בדיני שמים ועובר על לא תלך רכיל והוי כרשע דחמס ולהסוברים דבאיסור דאוריית' אף בא"ב מלקות כמו לאו שאין בו מעשה מ"מ בחימוד ממון פסול מד"ת ודאי גם זה פסול מה"ת רק דעת המרי"ק דבעינן דוקא בלאו שאין בו מלקות כמו גזלן שלוקח ממון שאינו שלו ומה"ט במסור כיון דאינו ליקח ממון שא"ש אף דעובר מדאורייתא על לא תלך רכיל מ"מ הואיל ואין בו מלקות אף דחייב בדיני שמים או אף אם דד"ג חייב מדאורייתא מ"מ לא מיפסל אבל אם נאמר דעובר על דאורייתא לא בעינן הכרזה וכדעת מהרי"ט בודאי מסור ג"כ א"צ הכרזה דעובר על דאורייתא:

גם מ"ש דה"ד במזיק בידים לחבירו בהיזק שאינו ניכר במזיד כיון דל"ש היזק אינו אלא פסול דרבנן ובעי הכרזה אף לדעת מהרי"ט. הדבר תימא לומר דליכא איסור מה"ת להזיק לחבירו בהיזק שאינו ניכר ומצאתי בים של שלמה ב"ק (פ"י סי' כ"ג) שכתב להדיא דאף מדאורייתא אסור לעשות היזק לחבירו ואפילו כל דד"ג בניזקין דפטורין מן התורה מ"מ אסורין מן התורה משום ואהבת לרעך כמוך עכ"ל ושם קאי אף לאסהיד לגוי דישראל חייב ויודע באמת שחייב עיי"ש. וכן ראיתי ברמ"ה ב"ב פ' לא יחפור (סי' ק"ז) דאסור

למגרם מידי דאתי מיניה הזיקא לאינשי אי משום לפני עור לא תתן מכשול ואי משום ואהבת לרעך כמוך עיי"ש. ובאמת לפי דבריהם הי' נראה דחבירו המותר לשונאו וכמו"ש הרמב"ם סוף הלכות רו"נ. דאם ראהו לבדו שעבר עבירה והתרה בו ולא חזר ה"ז מצוה לשונאו עד שיעשה תשובה וישוב מרשעו עיי"ש א"כ בזה לא נאמר ג"כ ואהבת לרעיך כמוך נימא דליכא איסור דאוריית' לגרום לו היזק:

אולם אי לאו דמסתפינא הייתי אומר דהתורה רמזה לנו לחוס על ממון של ישראל שלא יעשה גורם אף להיזק שאינו ניכר מדכתיב וצוה הכהן ופינו את הבית ודרשו חז"ל על מה חסה התורה לא חסה רק על כלי חרס שאין לו טהרה שלא יאמר הכהן לטמא את הנגע ויהיה הבית טמא והכלים שבתוכה הרי גילה לנו תורתינו הקדושה לחוס על ממון של ישראל שלא לגרום אף להיזק שאינו ניכר היינו לגרום שיטמא הכלי חרס שבתוך בית המנוגע. והעובר ע"ז ומפסיד לחבירו ודאי עובר על איסור תורה כי דרכיה דרכי נועם. ועיין שיטה מקובצת ב"ק ר"פ הכונס וז"ל כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בהשבון הא לענין איסור אף מה שהוא פטור בו מד"ש איסור מיהא קא עביד אלא שלענין השבה נאמרה ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בד"ש פסול הוא לעדות עד שישיב והדברים נראין שמאח' שהוא חייב להשיב תורת גזילה חלה עליו עד שישיב הרב המאירי עכ"ל. הרי מבואר דאיסור בכל גווני הוא והחייב בד"ש פסול לעדו' ותורת גזלן הוא עליו. אולם י"ל דס"ל דמדרבנן נפסל אך פשטות דבריו נראה דתורת גזלן עליו להיות פסול מדאורייתא והא דקאמר בש"ס גיטין כי קניס ר"מ בדרבנן נרא' קצת ליישב דרש"י דקדק וכ' כיון דל"ש היזק אין כאן איסורא דאורייתא ודברי סופרים צריכין חיזוק היינו דרש"י נחית כאן לשיטת הרמב"ם דדבר שאינו מפורש בתורה נקרא דברי סופרים ואף דברים הנידונין בג"ש ומדות שהתורה נדרשת בהן הואיל ואינו מפורש בתורה נקרא דברי סופרי' וצריכין חיזוק וברש"י ריש כתובות מביא דכל רבותיו פירשו דקדיש בכספא קידושי דרבנן נינהו והשיב עליהם דכל הלימוד מג"ש כמו שכתב מפורש הוא היינו לענין דלא חשיב קידושי דרבנן אבל מ"מ מודה רש"י דצריך חיזוק יותר ממה דמפורש בתורה ונקרא דברי סופרים ולכך הוסיף רש"י ודברי סופרים צריכין חיזוק כן י"ל ע"צ הדוחק כי קשה מאד לומר דליכא איסור תורה להזיק ממון לחבירו בהזיק שאינו ניכר וכמו"ש. ועיין רשב"א גיטין שם דכ' אף דמטמא תרומה איסורא דאורייתא דכתיב ושמרתם את משמרת תרומתי וכתב או דקרא אסמכתא הוא וא"נ י"ל דליכא לאו אלא עשה ע"ש וכ"כ י"ל לכך נקרא דרבנן וצריך חיזוק

הואיל דליכא לאו אלא עשה או מצד ואהבת לרעיך כמוך או כמו"ש מדכתיב וצוה הכהן ופנו את הבית עכ"פ הואיל דליתא בלאו צריך חיזוק ועדיין צ"ע:

ובספר פני יהושע ב"ק סוף פרק הכונס כתב דצ"ע לדינא מאן דמזיק ממון חבירו בידים אי מקרי גזלן לענין עדות ומלשון הפוסקים לא מצינו דפסול אלא מסור לחוד אלא מסברה נראה דפסול דמה לי גוזלה לעצמו ומה לי גוזלה ע"מ לאבדה ואע"פ שמשלם היזקו מ"מ פושע מיקרי ולא גרע מחמסן כו' וצ"ע עכ"ל. ומ"ש דמ"ל גוזלה על מנת לאבדה משמע דוקא אם הגביה דאז נעש' גזלן אף בהגביה ע"ד להזיק וכמ"ש ש"ס ב"ק (דף צ"ח) אבל משקלי' בידיה מיגזל גזליה השבה בעי מעבד. ועי' ש"ך (סי' שפ"ו ס"ק ז') וברש"י גיטין (דף נ"ב) שהגביה על מנת לגזלה ועיי"ש ברשב"א. אבל אם לא הגביה כלל רק עשה היזק בידים י"ל דלא חשיב כגזלן ואינו נפסל. אולם במרדכי מבואר דהמזיק לחבירו במזיד אעפ"י שדעתו בשעה שמזיק לשלם לו ההיזק נקרא רשע דחמס כדאשכחן סוף פרק הכונס במעשה דדוד כו' קרי לי' חבול רשע גזילה ישלם אלמא דרשע גמור הוא וראוי לפסלו לעדות ולשבועה ומובא בב"ח (סי' ל"ד) ומשמע דסובר דמדאורייתא פסול. ועיין מהרי"ט אה"ע (סי' מ"ג) דכ' דרשע דדברי קבלה לאו בכלל רשע למיפסל לעדות עיי"ש ומדברי מרדכי הנז' מבואר להיפך. וביותר מבואר מדברי ש"מ ב"ק הנז' דאף במזיק דאינו חייב לשלם רק בד"ש ג"כ פסול לעדות ומפשטות דבריו משמע מדאורייתא וצ"ע בכ"ז. ועיין יש"ש ב"ק פרק הכונס (סי' ל"ג) מובא בש"ך (תי"ח ס"ק ז') דמזיק אפילו להכעיס ל"ה רשע כגזלן עיי"ש ודבריו צ"ע ועיין תשובת הגאוני' (ח"ד שער א' סי' י"א) הגורם לאבד ממון חבירו שלא במסירות אם פורע אותו דבר שגרם הוא כשר ואם לא רצה לפרוע הוי כגזלן ופסול ומשמע נמי שהוא פסול מה"ת. ועי"ש עוד בתשובת הגאונים (שער ז' מחלק ה' סי' טו"ב) דכתב בעדים דשמתו באנפיהו ולא אסהידו במידעם ולא אמרו בב"ד דלא ידעינן סהדותא לא מיפסלן חדא דאיכא למימר ל"ה דכירין ואידכרו ועוד תניא ב"ק ר"י אומר ד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וחד מנהון היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו ואי הוו מיפסלין היו מחייבי בדיני אדם וכיון דפטור מדיני אדם לא פסיל ועוד דלא חשיב כובש עדותו עם פסולי עדות וכיון דלא פסול אי הדר סהיד מקבלא סהדותיה עיי"ש עוד מבואר מדבריו דהיכא דחייב לשלם מיפסל לעדות. גם מבואר דבהנך דחייב בדיני שמים לא מיפסל לעדות ודלא כמו"ש בש"מ ב"ק משם הרב המאירי ז"ל:

סימן לד

והני דחשידי על גניבה וגזילה של אינו ישראל כתב הח"צ (סי' כ"ו) דבמקום שהא"י יודע בדבר נוסף על מה שהוא עובר על לאו דלא תחללו את שם קדשי עוד הוא עובר על איסור גזל הא"י שהוא אסור מדאורייתא מכח וחשב עם קונהו וממילא הדבר ברור שהוא פסול לעדות ולשבועה אליבא דכ"ע שהרי הוא רשע דחמס דאפילו לרבא פסול ונגרר אחריו בספר בית מאיר (סי' י"ז) דאף לעדות נשים הוא פסול. אולם בתשובת מהר"ם לובלין (סי' כ"ה) נראה דכשר דכתב ועוד חקרתי והגידו שמעולם לא נשמע עליו שגנב דבר מיהודים רק הוא בחזקת חשד שגונב מזולתו ולא כתב מאיזה טעם דלא נפסל ואולי דעתו משום דלא משמע להו לאינשי. וכן מבואר ברדב"ז (סי' ר"ח) שהעלה ג"כ מה"ד לפסלם שהן בכלל הגנבים והחמסנין וכתב אלא שמצאתי להם הכשר ממ"א שהרי אינם יודעים שזה אסור ושהן נפסלי' לעדות מפני זה אלא אדרבא הם אומרים דמצוה קעבדי דכתיב ואכלת כו' ולא נפסלו לשום עדות עד שיתרו בו עדים ויודיעהו שדבר זה אסור מה"ת ושהעוש' זה נפסל לעדות עיי"ש. ובאמת לכאורה אף אם לא ידעו שנפסלין עי"ז סגי רק אם מלמדים אותם שדבר זה אסור מה"ת:

והעובר על לאו דלפני עור לא מיפסל מן התורה כיון דאינו לוקה על לאו זה דהוי לאו שבכללות כמבואר בנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' ע"ו) אולם עכ"פ חמור מהעובר על עשה דעובר על עשה לא מפסל אף מדרבנן אבל העובר על לפני עור עכ"פ היכא דיש חימוד ממון מיפסל מדרבנן ויש להעיר בדברי רמ"א (סי' ל"ב) שכתב בשוכר עדי שקר אם היה חייב לו רק שאלו העדי' הם שקרים פטור מד"ש אבל עובר על מדבר שקר תרחק והוא מדברי הרא"ה מובא בנ"י ר"פ הכונס וכן מובא שם בזה הלשון בש"מ למה כתב דעובר על מדבר שקר תרחק דהוא רק עשה הא עובר על לפני עור דמכשיל את העדים שיעידו בשקר אף דהוא יודע האמת שחייב לו מ"מ העדים עברו בלאו דלא תענה וע"ד שקר ממילא השוכר עובר על לפני עור. שוב ראיתי בתומים (סי' ל"ב) שעמד ע"ז:

ומי שנתברר עליו שזייף שטרות מבואר בתשובת מהר"י מיגאש (סי' קס"ד) שהוא פסול לעדות להיותו גזלן כיון שביקש דרך ליקח מה שאין לו ליקח מן הדין או לפטור עצמו מן החוב שעליו וגם אם העיד בגט פסול הוא שיהיה הגט בזה מזוייף מתוכו עכ"ל ומבואר אף אם עדיין לא עלתה בידו ליקח או לפטור רק שנתברר עליו שזייף שטרות פסול לעדות. ותמהני על תשובת ח"ס חח"מ (סי' ל"ט) שכתב שם בנידונו שנתברר על אחד שזייף לעצמו שובר על שט"ח שלו ורצו הב"ד לפוסלו והוא צידד שם להכשירו אף אם איהו מחקו וזייפו אף אחר הנחה של שוא שהמזייף שטר נפסל לעדות ולשבועה אבל

איפכא שמעינן כתובות (דף ל"ו) אימר זיופי זייף ושיטת ר"ח ור"ת דהאי שטרא ריעא הוא שלא יגבה בו אלא בשבועה תחילה ומבואר דלא נפסל לשבועה אף לאותו ממון. ודבריו נפלאים הא שם רק אימר זיופי זייף וחיישינן לשמא זייף הוא בעצמו לכוין כתב הדומה לכ"י עדים ולדעת ר"ח ור"ת מהני תפיסה ורק מרעינן להשטר ובשבועה נאמן כמו בכל מקום או דלא אמרינן חשוד על ממון חשוד על השבועה ומצד שבועה יפרוש ולא יגזול כן נמי בזה או מטעם שמא מלוה ישינה יש לו עליו ומספק לא פסלינן אותו לשבועה כן נמי בזה אף דחשדינן ליה שמא זייף מ"מ מברר לנו השבועה אבל אם נתברר שזייף ודאי נפסל כמו גזלן גמור כיון שחציף לזייף ובזה לא תלינן במלוה ישינה וכמו כופר בפקדון דפסול לעדות כמובן וכמו שמבואר להדיא בהר"י מיגאש:

והיכא דאינו כופר ממש בפקדון רק מעכב ואינו רוצה ליתנו לו ומדח' אותו אם חשוב כגזלן לפוסלו לעדות. הנה ברדב"ז (ח"א סי' ר"ב) נשאל אם חייב באונסין וכתב וז"ל ואם אמר היום איני רוצה ליתנו לך ולמחר אתננו לך הרי באותו יום נעשה עליו גזלן ולא גרע ממי שנטל הפקדון ממקום למקום לשלוח בו יד שהוא חייב דשליחות יד אינה צריכה חסרון ואם אמר א"י ליתנו לך עד שאבקשנו כל לא ידענא פשיעותא הוא עיי"ש עוד ויש להקשות ע"ז מאי קאמר דנעשה עליו גזלן באותו יום מבלי שום מעשה הא אף בגנב ממש מבואר ברש"י ב"מ (דף י') דאם נכנסה הבהמה לבית הגנב ואמר בפירוש דרוצה לקנותה לא נעשה גזלן עד שיעשה מעשה כגון שנעל בפניה וכ"ש בזה שאמר בפירוש דא"ר לגזול לחלוטין רק שמדח' אותו על יום מחר ומניין לנו לומר שבשביל עיכוב החזרה יהיה קנויה לו בתורת גזלן ומה שכתב דל"ג ממי שנטל הפקדון ממקום למקום לשלוח בו יד הא שם ג"כ החושב לשלוח יד בפקדון ואף שאמר בפירוש מ"מ לא נעשה גזלן להתחייב באונסין עד שיגביהנה כמבואר סוף פרק המפקיד:

וראיתי במהרי"ט חח"מ (סי' פ"ח) שכתב במעכב משכון אחר קבלת המעות ונאנס דא"ח ובמחשבה בלבד לא קמה ברשותו ולא מקרי גזלן כ"ז שלא עשה מעשה והביא ראיה מהא דהחושב לשלוח יד בפקדון עיי"ש וכבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גניבה (סי' י') שיש לגמגם בראיה הזאת ועיי"ש שפלפלתי בזה אם בכופר בפקדון בעינן דוקא כפירה בב"ד ועיי"מש לעיל (סי' ל"ב) אמנם אף אם נאמר דל"ב כפירה בב"ד ונעשה גזלן בכפירתו בלבד אף בלא מעשה קנין היינו משום דעבר על לאו דחמס דכתיב ולא תכחשו אבל אם מדחהו ואינו מכחש לו רק אומר לו היום איני רוצה ליתן ולמחר אתננו לך בזה כיון דלא עשה מעשה קנין י"ל דל"ה גזלן ודוחק לומר משום דעובר על דברי קבלה אל תאמ' לרעך לך ושוב וגומר ויש אתך דמ"מ ל"ה כרשע דחמס וגם כיון דל"ה קנין

לא נתחייב באונסין ולא מפסיל לעדות ועיין קצוה"ח (סי' רצ"ד) מ"ש משם התשב"ץ באומן דלא החזיר לו הכלי דפשיטא במעכב פקדון לא מתחייב באונסין וזה דלא כדברי הרדב"ז. אולם באמת מתשב"ץ אינו ראיה דבנידונו שם האונס בא מחמת הפשיעה שלא החזיר לו דאם היה מחזיר לו ל"ה נשרף ובזה י"ל לכ"ע דחייב דל"ג מתחילתו בפשיע' וסופו באונס היכא דהאונס בא מחמת הפשיעה אבל בשביל העכבה בלבד י"ל היכא דאין האונס בא מחמת הפשיעה דפטור מאונסין הואיל דלא עשה שום קנין וממילא לא מפסל לעדות ודלא כהרדב"ז הנ"ל:

ועיין קצוה"ח (סי' קל"ג סק"ה) דהקשה על דכתב שם בש"ע באם ראו עדים החפץ ביד המחזיק אפילו באומר בפניהם שהוא ממושכן עד כדי דמיו יתרה בו בפניהם שלא יחזירהו לו אלא בפני פו"פ של"י לטעון החזרתי. והקשה הא יהיה נאמן ממושכן במגו דנאנסו וכ' כיון דחוץ לב"ד קרינן עדים וראו וא"נ לומר למשכון מחזקינן אותו כדין כופר בפקדון דחייב באונסין. ובנתיבות שם כ' אם טוען שמעכבו בשביל חוב שיש לו עליו כיון דאינו כופר בעיק' החפץ הוי כמעכב הפקדון שכתב הקצוה"ח בעצמו (סי' רצ"ד) דל"נ באונסין. וכבר נסתפק בזה בתשובת מהר"א ששון (סי' צ"ו) אם מעכב בחשבו שחייב לו ואחר כך נודע לו של"ה חייב לו כלל אפשר דלא מיקרי שולח יד בפקדון להתחייב באונסין. והש"ך (סי' רצ"ב ס"ק ה') מביא דבריו וכנראה מדבריו דהיכא דודאי טוען בשקר דמעכב בחובו ויודע דאינו חייב לו דנין אותו ככופר בפקדון לחייבו באונסין דהוי כגזלן אף דאינו כופר בעיקר החפץ רק בחושבו דחייב לו מספק. אך עכ"פ הדרא הקושיא למקומו דיש לו מגו דהיה חושב דחייב לו ובשביל זה עכבו. אולם באמת בעיקר ספקו של המר"א ששון דלא מקרי שולח יד בפקדון בחושבו דחייב לו תליא בזה אם בשוגג מקרי גזלן. ועיין בזה במח"א דיני גזילה (סי' ז') ומה שהשיג עליו אאמ"ו ז"ל בדיני גניבה (סי' ד') ובקצוה"ח ונתיבות (סי' כ"ה) ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני דיינים (סי' ז') וכן מבואר מדברי הרמ"ה ב"ב פי"נ (סי' ט') דבלא ידע לא נעשה גזלן ופטור באונסין ע"ש ויבואר אי"ה במקום אחר. ובנפקד שטוען שהי' חושש שהמפקיד חייב לו ועיכב הפקדון בשביל זה נראה ודאי דטענת שוגג ל"ה טענה לפטור אותו וכמבואר ברמ"א ח"מ (סי' ל"ד ס"ה) דא"נ לומר שוגג היתי להכשיר עצמו ועיי"ש בש"ך ובנתיבות (ס"ק ב') דבשאר עבירות הדבר פשוט דאינו נאמן לומר שוגג דרמי' עליו למידק בשעת מעשה אם אינו דבר איסור דבאיסור בדיל מני' מחוייב ליזהר עיי"ש וא"כ אם מעכב בתורת משכון על החוב הפקדון שבידו הוי כשולח יד בפקדון וחייב באונסין כמו אם היה יודע בבירור דאינו חייב לו ועכבו דפשיטא ליה להרמרא"ש ז"ל דהוי ככופר בפקדון ומ"מ

לענין לפוסלו לעדות לא מיפסל דהא מצינו אף היכא דיש חזקה אלימתא דמוציאין ממון מידו מ"מ לא מיפסל לעדות כמבואר בב"י (סי' ל"ד) משם תשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל בנשבע לפרוע ביום פלוני וטוען הלוה דפרע אף דחייב לשלם כיון דיש השטר ביד המלוה וחזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ לא נפסל הלוה ע"ש. ועיין בש"ך (סי' שנ"ט ס"ק ה') דמסיק בחוטף משכון אף דאינו מברר שחייב לו לא מפסל אף דחייב באונסין מ"מ לענין לפוסלו לא משמע להו לאינשי איסור וממילא במעכב פקדונו בשביל חוב שחייב לו אם אומר דחושב דחייב לו אף דאומר שעתה נודע לו דא"ח אף אם נאמר דלענין חיוב אונסין א"נ דהיה שוגג מ"מ לא מפסל לעדות דנאמן במגו דבאמת חייב לו ולא נתכוין לעכב בחנם וגם לענין לחייבו לשלם בנאבד באונסין י"ל דנאמן דהיה שוגג במגו דהיה אומר דבאמת חייב לו:

ועיין רדב"ז (ח"ג סי' תפ"ג) באלמנה שגנבה נכסים מבית בעלה והחביאה אותם דכתב דלא נפסלה אשה זו לשבועה וכתב כמו דלא מקרי גונב מרשותו לחייבו כפל כשלא נשבע לא מפסל לשבועה דאין עיקר גניבת השומר אלא בשעת השבועה והביא ראי' מב"ק (דף ק"ח) בעיא דר"פ הטוען טענות גנב בפקדון ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב אם יש חיוב תרי כפילי והקשו המפרשי' היאך ישביעוהו הב"ד והרי הוא חשוד על השבועה משבועה הראשונ' ואם איתא עדיפא מינה הוי להו לאקשויי מכיון שבאו עדים שהוא ברשותו פסול הוא לשבועה אלא מאי אית לך למימר דטוען טענת גנב בפקדון ובאו עדים שהוא ברשותו כיון שלא נשבע אינו נפסל לשבועה ואפילו לדעת רמב"ם כיון שיש עדים חייב לשלם כפל אבל אינו חשוד על השבועה כיון שעדיין לא נשבע הואיל והדבר הוא ברשותו עיי"ש והדברים תמוהים מאד הא קיי"ל הכופר בפקדון פסול לעדות ושומר מכיון שטוען טענת גנב הוי כגנב להיות פסול לעדות אף בלא שבועה כמו כופר בפקדון רק אם קאי באגם דלאו כפירה הוא דסבר אשתמיטנא ליה אדאזלינא ומייתינא ליה אבל בלא"ה היכא דל"ש אשתמוטי כגון דסהדי אסהידו ביה דההיא שעתא איתי' לפקדון בביתיה משעת כפירה הוא דאפסל כמבואר ב"ק (דף ק"ה ע"ב) דמשעת כפירה נעשה גזלן ופסול לעדות ולשבועה. והא דתוס' ב"ק (דף ק"ח) הקשו דפסול מן שבועה הראשונה ולא הקשו כיון שבאו עדים שהיה ברשותו נפסל לשבועה הוא משום דבש"ס לא אמר ר"פ רק ובאו עדים ואינו מבואר דאמרו שהיה אז ברשותו לכך הקשו דמפסל עכ"פ לשבועה משבועה הראשונה אבל ודאי אף הגונב מרשותו מקרי גנב ופסול לעדות ולשבועה:

סימן לה

ובענין מחלוקות הראשונים אם מפסל מן התורה בעבר על שבועת ביטוי דלהבא כ' הריב"ש (סי' רס"ו) דאפילו לדעת רש"י אפ"ל דוקא לגבי שבועה הוא דאינו חשוד אעפ"י שעבר ועשה מה שנשבע עליו אינו חשוד לישבע לשקר לשעבר ולהוציא שקר מפיו בשבועתו אבל מ"מ לעדות שהוא בלא שבועה פסול שהרי עבר עד"ת ואמרינן פז"ב ארבעים בכתפי' וכשר. ובתשובת מהרח"ש (סי' מ"ב) הביא משם מהרש"ך שכתב כן בדעת הטור שכ' (סי' ל"ד) בלי שום חולק דעובר על שבועות ביטוי פסול ובסי' (צ"ב) הביא פלוגתא דרש"י ור"ת משמע דסובר דעיקר פלוגתתם הוא לענין חשוד על השבועה והמרח"ש שם כ' דאיכא סתירה מדבריו עצמו (סי' שי"א) מתשובת רשב"א שכתב מי שנשבע לפרוע בזמן ועבר על שבועתו אינו נפסל בכך ואינו בדין חשוד על השבועה משמע דלשיטת רש"י אינו נפסל לעדות וכן מדברי הכרעתו שם בנשבע לעשות ולא עשה אינו פסול לעדות ולשבועה הרי השוה עדות לשבועה. וזה לא קשה דודאי כשנשבע לעשות ולא עשה אליבא דכ"ע לא מיפסל דעבר על לאו שאין בו מלקות ואף בנשבע לפרוע בזמן ולא פרע ל"ה רשע דחמס דהא אף הכופר במלוה כשר לעדות. ומה"ט תמהני על תשובת מבי"ט (ח"א סי' רצ"א) שדן שם לפסול עדי קידושין שהעידו עליו שנשבע לפרוע מה בכל חודש וחודש ועבר זמן שלא נתן דבר ואנן סהדי שהיה יכול לפרוע באיזה חודש מחדשי השנה א"כ אף לדעת רי"ף ורש"י ורמ"ה ורמב"ן דסברו דלא מפסל אפשר לעדות פסול ולמ"ש בעבר ולא קיים לעשות מעשה בלא"ה לא מפסל ואף אם נחזיק בסברתו דאנן סהדי שהיה יכול לפרוע ול"ה אנוס דהיה יכול להסתפק ולא לאכול אלא לחם צר ומים לחץ וכמו שכתב שם המבי"ט שהיה לו לעשות כן ולא לעבור על השבוע' מ"מ אם בלעדי השבועה לא מפסל מטעם דהיה מטופל בהוצאות מזונות ובא רק לפסול אותו מטעם דעבר על השבועה בזה לכ"ע לא מפסל מן התורה הואיל דל"ה רשע למלקות דעבר בשב ואל תעשה ולגבי קידושין אף אם פסול מדרבנן המקדש בפסולי עדות דרבנן חוששין לקידושין וגם אף ברשע דחמס כבר כתבתי לעיל דבעינן שיעבור על לאו שיש בו מלקות:

וכן יש לדקדק בדברי ריב"ש (סי' רס"ו) שם היה ג"כ הנידון לענין קידושין לפסול העד שהעידו עליו שני עדים שעבר על החרם ולא העידו שניהם על מעשה אחד האחד מעיד על חרם השחוק שעבר ושחק והשני העיד סתם שעבר על החרם. וכ' אפ"ה מצטרפין עדותן כמו בפ' ז"ב דחד אמר קמאי דידי גנב קבא דחושלא וחד אמר קמאי דידי גנב קתא כ"ש שאחד העיד סתם שא"ל נחלקו עדותן. וקשה בשלמא שם שניהם העידו ע"ד

ברור שנפסל ע"י אבל כאן באם עבר על חרם בשב ואל תעשה לא מפסל ומניין לנו לומר שכוונתו היה ג"כ על חרם השחוק דלמא כוונתו היה על חרם אחר שלא עבר בקום ועשה ולא מפסל עי"ז מה"ת ואף אם מפסל מדרבנן וכמו שכתב הב"י בעובר על של תורה באין בו מעשה מפסל מדרבנן מ"מ לגבי קידושין הוי כמקדש בפסולי עדות דרבנן ואף שע"י האחד מיפסל מה"ת מ"מ לא משמע אם נפסל בכה"ג לענין שלא לחוש לקידושין. וגם מדברי הריב"ש (סי' שי"א) בהכרעתו דלכך לא קתני במתניתין שבועות בטוי להבא משום דלא פסיקא ליה בכל שבועת בטוי דלהבא אף די"ל דס"ל דמפסל עכ"פ מדרבנן בנשבע שיאכל ולא אכל ומ"מ ברישא דמתניתין לא קתני רק פסולי תורה דנעשה חשוד מ"מ ממה שכתב שם עוד וכן נראה דעת רמב"ם דכתב בהלכות טו"נ שכל הפסול לעדות משום עבירה הרי הוא חשוד על השבועה ובהלכות עדות כתב איזה רשע כל שעבר על עבירה שחייבין מלקות משמע דס"ל דאף מדרבנן לא מפסל דאם לא כן אינו ראיה. שוב ראיתי בתומים שהעיר בזה דעכ"פ מדרבנן פסול לעדות וכן בכנה"ג עמד ע"ז ולמד בדעת הריב"ש דאף מדרבנן לא מפסל בעבר עבירה שאין בו מלקות א"כ בודאי יש להבין דבריו (שבסי' רס"ו):

ובעיקר דעת הריב"ש ודעת מהרש"ך בדעת הטור דלענין עדות מפסל בשבועה דלהבא ולענין חשוד על השבועה תליא במחלוקת הכנה"ג מגמגם בזה. וכן אחיו הגאון ז"ל מובא בתשובת פני משה (ח"ב סי' צ"א) כתב בדעת רמב"ם להיפך דלענין עדות שלא הזכיר הרמב"ם שבועת בטוי משמע דס"ל כרש"י דלא מפסל בשבועת בטוי דלהבא אבל להיות חשוד ופסול לשבועה דעת רמב"ם כר"ת והפ"מ לא הסכים עמו וכתב דעדות ושבועה הא בהא תליא וכל הפסול לשבועה פסול לעדות וכתב דהרמב"ם סמך בהל' עדות על מ"ש בהלכות טו"נ וכלל הכל בשבועת שקר והא ראיה דהרי גם בעבר על שבועת עדות ופקדון לא הזכיר. ולכאורה יש להוכיח דגרע למפסל לשבועה מלעדות וכמו שכן מבואר במהרי"ק דהא במתניתין דשבועות לא קתני רק החשוד על השבועה וקתני פסולי דרבנן כמשחק בקוביא וכדומה שהוא חשוד על החמס ולא קתני ברע לשמים והרמב"ם הוסיף וכן כל הפסול לעדות משום עבירה והמ"מ שם כ' שאעפ"י שלא נשנו כולם במשנתינו הדין שוה בהן. ויש להבין הא אנן לא קיי"ל כר"מ והחשוד לדבר אחד לא חשוד לדבר אחר ועל הקל לא חשוד על החמור. ועיין ש"ך יו"ד (סי' קי"ט ס"ק י"ב) שכתב הא דחשוד ע"ד החמור בין בעונש בין בעיני הבריות חשוד ע"ד הקל ממנו הוא דוקא אם הוא מין איסור אחד הא לאו הכי לא וכתב ראיה דמומר לערלות אינו מומר לשחיט' אעפ"י שהדבר ידוע דהמילה חמור בעונש ובעיני הבריות משחיטה [ובס'

דגול מרבבה שם כ' דאינו ראיה ממילה שאף שחמורה בעונש כרת מ"מ יש לו זמן כל ימי חיו משא"כ שאר איסורין שאין לו תקנה ובאמת ראיה הזאת לא כ' הש"ך מדעתו שכן מבואר בתשו' רשב"א (סי' ס"ד) ויש ראיה מש"ס חולין (דף ד') דע"כ מילה חמור דקתני האי ערל ה"ד אלימא כו' אלא פשיטא מומר לערלות אימא סיפא ואפילו ישראל מומר אי מומר לדבר א' היינו מומר לערלות ואי מומר לערלות הוי קל דיכול עוד לתקן איצטרך לאשמועינן במומר לדבר אחד באינו יכול לתקן א"ו דאין חילוק. ועיין רמב"ם הל' מילה דכל יום מבטל מ"ע וראב"ד סובר דעובר בכל יום בחיוב כרת ועיין טיו"ד (סי' רס"א) עכ"פ החשוד על החמור אינו חשוד על הקל אם אינו ממין אחד] ולענין עדות קיי"ל כאביי דרע לשמים פסול לעדות כבר כתבו תוס' בכורות (דף ל"ו) דהוא דוקא לענין עדות דרחמנא אמר אל תשת רשע עד אבל בשאר מילי לא חשוד וכ"כ הרא"ש וא"כ זה דוקא לענין עדות אבל לעשותו חשוד על השבועה מניין לנו דנעשה חשוד בשביל שעבר עבירה אחרת.

ולכאורה י"ל הטעם דהא כבר כתב הרשב"א בתשובה הטעם דחשוד על דבר אינו נאמן אף אם נשבע שהוא כשר משום דחשוד לאותו דבר דכבר מושבע ועומד מהר סיני וכן פסקינן בש"ע יו"ד (סי' ב' וסי' קי"ט) א"כ חשוד הוא על השבועה כשעבר על עבירה. א"כ מזה מבואר דאף בנשבע על שבועה דלהבא גם כן חשוד על השבועה דאל"כ למה נעשה חשוד על השבועה אף כשעבר עבירה שמפסל ע"י לעדות שם התורה אמרה אל תשת רשע עד אבל בחשוד על קל אינו חשוד על החמור ונימא גם דאף שהוא רשע ורע לשמים בעבירה אחת מ"מ אינו חשוד על השבועה דאף דעבר על מה דמושבע ועומד מהר סיני זה הוא שבועה דלהבא משא"כ שבועה שיצא מפיו בשקר ע"ז לא חשוד א"ו דשם שבועה חד הוא ואם כן ממילא מהראוי להיות חשוד כשעבר על שבועה דלהבא. ובש"ך (סי' קי"ט ס"ק כ"א) הקשה באמת על הרשב"א דהא ס"ל דיש הבדל בין שבועה דלעבר לשל להבא וכתב לחלק דוקא לענין ממונא אמרינן הכי אבל לענין איסורא אין חילוק בין שבועה דלהבא לשלעבר ותירוץ זה הוא דוחק גדול דהא אדרבה באיסור א"צ לתורת עדות ואף אשה ועבד כשרין ומומר לדבר אחד אף שהוא רשע ופסול לעדות ממון כשר לגבי איסורין רק חשוד לאותו דבר פסול ואפי"ה לאותו דבר אינו נאמן אף בשבועה מטעם דחשוד על השבועה כ"ש לגבי ממון דיהי' חשוד על השבועה. וע"כ דיש לחלק בין שבועה דלהבא לשעבר א"כ אמאי בחשוד לאותו דבר אינו נאמן בשבעה. ובתירוץ השני מתרץ הש"ך כיון שמושבע ועומד ועובר ג"כ ועל עבירה גרע טפי ולכך הוא חשוד אף בשבועה דלשעבר. וצריך להבין א"כ שבועה דלהבא דידענו שעבר ע"ז

וגם עבר על מה שמושבע ועומד מהר סיני נימא ג"כ כיון דבאנו לברר ע"י שבועתו אין זה בירור כיון דחשוד על שבועתו. וראיתי בת"ש (סי' ב' ס"ק י"ב) דמפרש דברי הש"ך דודאי מושבע ועומד קיל הוא דאינו משים על הלב ואין לפוסלו לשבועות ממון עי"ז דחמירא ליה לעבור על שתים איסור גזילה דלא נחשד עדיין ואיסור שבועה אבל היכא דחשוד לאותו דבר ואין לנו לסמוך כ"א על שבועתו לחוד דחינן לה אפילו ע"י עבירת מושבע ועומד עיי"ש. ויש לומר למ"ש הסמ"ע (סי' צ"ב ס"ק ז') הטעם דשבוע' דלהבא קיל דיש מקום ליצה"ר לגרותו כיון שלא אסרהו התורה ובשביל זה אינו חשוד להוציא שבועת שקר מפיו וי"ל דזה דוקא מה שהוא קבל על עצמו בשבועה אבל במה שהוא מושבע ועומד מהר סיני חמור הוא והוי כחשוד לאותו דבר ולכך באוכל נבילה דפסול לעדות מטעם דהוי רשע פסול ג"כ לשבועה כיון דעבר על מה דמושבע ועומד מהר סיני. אולם באמת זה דוחק גדול דמה"ת יהיה פסול לשבועה דלא משמע להו לאינשי איסור זה דמושבע ועומד מהר סיני וכבר כתב הרמ"א יו"ד (סי' קי"ט ס"ד) בדבר דלא משמע להו לאינשי שהוא אסור לא נעשה חשוד והא דכ' הרשב"א הטעם דאין חשוד נאמן בשבועה על איסורין דחשוד על השבועה מצד דמושבע ועומד מהר סיני כבר כתב הת"ש שם דלא כתב כן רק לסיוע בעלמא למימר דכבר ראינו קצת דעבר אשבועה ולאו דחשוד ממש ועיקר הטעם כיון דלתאותו עובר גמר בכל לבו לעבור על איסור זה בכ"מ שיצטרך אליו אף אם יתלוה אליו איסור אחר חמור בשבועה וכן משמע בתשובת רשב"א (סי' ת"ל) וא"כ שוב יתעורר הקושיא אמאי חשוד על נבלה פסול לשבועה. וגם כיון דפסול לשבועה למה צריך רשב"א לטעמ' דמושבע ועומד מה"ס הא בלאו הכי החשוד על איסור פסול לשבועה. והת"ש שם כ' דמשמע מתשובת רשב"א הנ"ל דאף לשבועת ממון לא מפסל כ"א בחשוד על עבירת ממון דהוי ליה כחשוד לאותו דבר. וזה דוחק גדול לומר כן בדעת רשב"א ובפרט דהא מבואר ברמב"ם (פ"ב) מהלכות טו"נ דאוכלי נבלות חשודין על השבועה ויקשה כיון דלא קיי"ל כר"מ וחשוד לדבר א' א"ח ע"ד אחר רק לעדות פסול מצד גזה"כ אל תשת רשע עד ומנ"ל דחשוד ג"כ על השבועה:

וראיתי בלבוש (סי' צ"ב) דכ' החשוד על השבועה אין משביעין אותו שום שבועה שהתורה פסלתו בפסוק אל תשת ידך עם רשע וכיון דנשבע לשקר הרי הוא רשע והתורה פסלה רשע להיות עד משום שצריכין להשביעו שלא יעיד שקר כדכתיב ושמע קול אלה וכיון שהוא רשע לא יחוש לקול אלה ויעיד שקר. א"כ י"ל דמטעם זה פסול לשבועה הפסול לעדות דכל מה דהתורה אמרה אל תשת רשע עד הוא משום דפסול לשבועה והפסול לשבוע' אינו ראוי להיות עד דלא יחוש לשבועת קול אלה ויעיד שקר ג"כ. אולם

כבר כתב הסמ"ע (סי' צ"ב) דדבריו אינם ברורים כלל ובאמת הדבר תימא לדרוש מעצמו דטעם דאל תשת רשע עד הוא משום דא"ח לשבועה. ועוד א"כ בעדות נפשות דלא שייך בהו שבועות אלה דעדות אמאי פסול א"ו דזה הוא גזה"כ ואם כן יקשה לשבועה אמאי פסול ועיין בס' בית מאיר (סי' קט"ו ס"ו) דעמד ג"כ בזה דלמה עבר עבירה של תורה פסול לשבועה כיון דמומר לדבר אחד ל"ה מומר לכל התורה וכתב דבאמת אינו פסול אלא מדרבנן והטעם כיון דפסלתו תורה לעדות הוא להשביעו עיי"ש וא"כ ודאי מוכרח לומר דלעדות גרע ומיפסל אף בשבועה דלהבא ממה דמפסל לשבועה:

וי"ל דזה דעת הטור דלענין עדות כתב סתם דעובר על שבועת בטוי פסול ולא הביא כלל מחלוקת דרש"י ור"ת ומשמע דעיקר מחלוקתם הוא רק לענין למפסל לשבועה והטעם כיון דסובר כמו שכתבו תוס' ב"ק (דף ק"ח) דהחשוד על השבועה אינו חשוד מה"ת על השבועה רק מדרבנן וכן יש להוכיח מדברי תשובת רשב"א (סי' ת"ל) הנ"ל בסוף דבריו מדכ' ולדייני גולה פקע דמוטב לפקע ממונא מדנמסר לו שבועה וחזרה שבועה לסיני ואמאי צריך לומר דמוטב ליפקע ממונא הא כיון דלא ס"ל מדאי"ל משלם ושבועה לא נוכל למסור מאי שייך הפקעות ממון א"ו דלא מפסיל אף לשבוע' שהוא אותו דבר רק מדרבנן וכמו"ש תוס' ב"ק הנ"ל ותוס' ב"מ משם הרי"ח ותוס' גיטין ועיין קצוה"ח (סי' צ"ב) מ"ש בביאור דבריהם דאף דיצא מחזקת כשרות לא ידענו אם לעולם חשוד הוא על כך רק לעדות פסלה התורה מגזה"כ. ובאמת ברשב"א מסכת שבועות (דף ל"ב) מבואר דמה"ת ראוי שיטול בלא שבועה עיי"ש וכן מבואר מדברי הר"ן. וקצת יש להבין בדברי תוס' הא קיי"ל החשוד לאותו דבר לא דנו ולא מעידו אף באיסור דל"צ תורת עדות וצריך לומר דדעת התוס' דחשוד לאותו דבר אינו פסול רק מדרבנן וראיתי בס' חק"ל יו"ד (סי' קנ"ט) דהאריך להוכיח דחשוד הפסול לאותו דבר הוא מה"ת אולם יש לגמגם בכל ראיותיו שם דמ"ש דנפ"ל מהא דחולין (דף ה') דנפ"ל דחשוד על החלב אינו מביא קרבן על שגגות חלב ש"מ דמד"ת בחזקת שאוכל תדיר. וזה צ"ע א"כ להמבואר בדברי רמב"ם (פ"ג) ממעשה קרבנות דמומר לאותו דבר לא מקרי אלא מי שהורגל לעשות אותו עבירה אבל לא בפעם א' ועיי"ש במל"מ וא"כ ע"כ מומר לדבר אחד הוא ענין אחר ובחשוד משמע ביו"ד שם דאף בפעם אחד נעשה חשוד ועיין יש"ש חולין פ' גה"נ (סי' כ"א) דבאיסור דרבנן אינו נעשה חשוד בפעם אחד אבל באיסור תורה אף בפעם אחד נעשה חשוד לאותו דבר ומניין לנו זה דמומר לדבר אחד הוא כשהוא מפורסם וידוע והורגל בו ובלשון הורגל יש מחלוקת בין גדולי מחברים אם הוא ב' או ג' פעמים עיין תשב"ץ (ח"ד סי' כ"א) ובכנסת הגדולה ח"מ (סי' רצ"א אות ס"ז) ובברכי יוסף ובב"ח יו"ד (סי'

קי"ט) ובתשובת רשב"א (סי' תקצ"ד) ובירושלמי נדרים ואכ"מ בזה] ועוד הא מבואר רמ"א יו"ד דדוקא בחשוד שלא לתיאבון אבל באינו עובר רק לתיאבון לא מקרי חשוד ועיי"ש בש"ך (ס"ק ו') והא דממעטינן מקרבן הוא אף באינו עושה רק לתיאבון וכמבואר שם בש"ס חולין ובדברי הרמב"ם הל' מע"ק ודוחק לומר דלכך נקיט הרמב"ם מפורסם וידוע והורגל בכך דכוונתו רק אם עובר לתיאבון דמפשטות דבריו משמע דקאי גם על עובר להכעיס. ועיין תשובת פנ"י (סי' ט"ז):

ומה שהביא ראיה מתוספתא המובא בבדק הבית (סוף סי' קי"ט) דלא מפסל למפרע דכתיב ומן היום אשר צוה ד' והלאה הרי דמיעט הכתוב פיסול למפרע ש"מ דלהבא פסולו מן התורה לא אדע הכוונה הא שם קאי על וזה ודאי הוא מן התורה ומ"ש ראיה מהא דפריך הש"ס בכורות (דף ל"ה) לר"מ דאמר החשוד על דבר א' חשוד לכל התורה כהני ה"נ דלא דייני דינא והכ' על פיהם יהיה כל ריב וכל נגע ואם הוא פסול רק מדרבנן מאי קשיא ליה הא מה"ת כשרים ובתוס' שם כתבו דהיה יכול להקשות איך יכול לאכול משחיטתן וכשרים על הקרבנות ואי מדרבנן אימא באם יש ביטול לכמה עשין לא אסרו ויש לומר דפירכת הש"ס הוא דהכ' על פיהם יהיה כל ריב ואם ח"ו לדברי ר"מ כל הכהנים חשודין לס"ד דש"ס כיצד אפשר כיון דהתורה הבטיחה דע"פ יהיה כל ריב ומזה מוכח דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל התורה וכן קושית תוס' ג"כ כיצד אפשר שיאסרו חכז"ל דבר שאי אפשר להתקיים. אבל לעולם י"ל דאף לאותו דבר אינו חשוד מה"ת. שוב ראיתי בחק"ל חח"מ דהרגיש על דבריו מדברי תוס' ב"ק הנ"ל דמוכח דל"ה רק מדרבנן. וא"כ יש לומר דאף לענין עדות הכריע הטור וכתב בסתם דפסול בעובר על שבועת ביטוי דאף הוא מחלוקת הפוסקים מ"מ פסול מספק שהוא ספק של תורה על הפסול מה שאין כן לענין למפסל לשבועה שהוא רק מדרבנן הביא מחלוקת רש"י ור"ת כיון דמה"ת מהני שבועתו י"ל דל"א מספקא דרבנן שכנגדו ישבע ויטול:

ויש להבין בדברי תוס' סנהדרין (דף כ"ז) ומס' שבועות (דף מ"ז) דהקשו לרבא דמומר אוכל נבלות להכעיס כשר לעדות דרשע דחמס בעינן יקשה ממתניתין דפ' כל הנשבעין דחשוד על השבועה אפילו שבועת שוא שכנגדו נשבע ונוטל אלמא דרע לשמים חשוד נמי אשבועת ממון דרע לשמים הוי רע לבריות. הא לענין למפסל לשבועה הוי כחשוד לאותו דבר ולענין עדות סובר רבא אף דחשוד לאכול נבלות להכעיס הוא אינו חשוד לעבור על לא תענה שהוא מין איסור אחר אבל בחשוד על השבועה דהוא איסור אחד עם שבועות הדיינין חשוד אף על שבועת שקר לכפור של חבירו. וצריך לומר כיון דרבא ס"ל דאף לאותו דבר כמו עד זומם שהוזם בדיני ממונות כשר לדיני נפשות כר' יוסי

דאף דהוי רע לשמים ולבריות מ"מ מקולא לחומרא ל"א והא דאוכל נבלות לתיאבון פסול משום דהוי כרשע דחמס ועיי"ש בתו"ח א"כ רבא ס"ל דאף בחשוד לאותו דבר לא חשוד אם אותו דבר הוא חמור. ובאמת זה תליא לדידן בפלוגתא דחכמים ור' יהודא (פ"ב מ"ב) דמס' דמאי במקבל עליו להיות נאמן דסבר ר"י אף המתארח אצל ע"ה נאמן אמרו לו על עצמו אינו נאמן כיצד יהא נאמן על של אחרים ואנן קיי"ל כחכמים דאינו נאמן ועיי"ש בר"ש משם ירושלמי. ואנן פסקינן שם כחכמים הרי אף דאינו חשוד לאכול שאינו מעושר בודאי רק לאכול אצל ע"ה דמאי וקל הוא מ"מ חשוד הוא לאותו דבר שהוא אותו מין ואסור לחבר לאכול אצלו אף דאינו חשוד על הודאי ואם הוא מאכיל אותו שאינו מעושר הוא חמור יותר שיודע בודאי שאינו מעושר ומה דחשוד על הדמאי הוא רק ספק דרוב ע"ה מעשרין בכ"ז כיון שהוא אותו מין איסור חשיד מקל על החמור ודוחק לומר דאינו חשוד רק דלמא מאכיל ג"כ פירות של ע"ה שלקח מהם אבל מפירותיו באמת אינו חשוד דלא משמע כן רק חשוד אף על פירותיו דלא עישר אותן ור"י סובר דאינו חשוד על של חמור אף שהוא אותו מין איסור וע"כ ר' יוסי דסובר עד זומם לד"מ כשר לדנ"פ אף דהוא חשוד לאותו לאו דלא תענה מ"מ אינו חשוד שיעבור אותו לאו להעיד שקר לחייבו דיני נפשות ואם כן ע"כ רבא גם כן ס"ל כן ולכך הקשו התוס' שפיר מהא דחשוד על השבועה אף דהוא שבועת שוא נימא אף דחשוד לישבע לשוא מכל מקום הוא רק לשמי' ואינו חשוד לישבע לשקר בדבר שהוא רע לשמים ולבריות וע"ז מתרצו כיון דאתה חושדו ברע לשמים ועכשיו שכופר ממון אתה מחזיקו ברע לבריות לא יודה מיראת השבועה ועיי"ש חידושי הר"ן ביתר ביאור דהשבועה לא יברר במה דכופר אי אשתמוטי קא משתמיט או לא כיון דחשוד לעבור על שבועה.

וראיתי בתשובת בעי חיי חיו"ד (סי' קפ"ח) שתמה על דברי תשובת הרשב"א הנ"ל דמצדד בטעמים דחשוד על אותו דבר דאינו נאמן בשבועה דלמה לו לטעמים הא מבואר מש"ס קידושין (דף מ"ג) ותוס' שם דעד הצריך שבועה לאו תורת עד עליו ועדות שאינו מתקיימת אלא בשבועה אין כאן עדות והביא דברי הב"י שכתב בבדק הבית יו"ד (סי' קכ"ח) שכתב כן לגבי איסור דכל שאין העד נאמן מצד עדותו לבד גם בשבועה אינו נאמן דנפק ליה מתורת עד. והדברים נפלאים מניין לנו לדמות עדי איסור לעדי ממון דלגבי ממון בעינן תורת עדות והגדה בב"ד ובדרישה וחקירה ובזה גזירת הכתוב על פי שנים עדים יקום דבר דוקא אם יכול להתקיים בהגדות פיהם הוי תורת עדות והצריך שבועה הוי כבע"ד ולאו תורת עדות עליו אבל באיסור דאף פסול ונוגע ובע"ד נאמן ולא בעי תורת עדות והגדה בב"ד ואף רשע החשוד לדבר אחד אינו פסול לדבר אחר כיון

דלאו תורת עדות בעינן רק לאותו דבר פסול ואין צריך רק גילוי מילתא דאינו משקר ולמה לא יהיה נאמן בשבועה לכך צריך הרשב"א לצדד בטעמים. ועוד הא כתב שם רמב"ן בחידושיו לקידושין הטעם דאין השליח נאמן אף בשבועה דהמלוה יכול לומר לא מהימני לי בשבועה ולכך אין להם דין עדים כיון דהם בעלי דברים ועדים בתורת עדות שאינם נוגעין האמינם התורה אבל לא כשהם בע"ד ונסתלק נגיעתם ע"י השבועה יכול המלוה לומר דא"נ אצלו אף בשבועה כיון דשבוע' אינו בירור רק נגד הבע"ד מה שאין כן לגבי איסורין למה לא יהיה נאמן בשבועה כיון דא"צ תורת עדות לכך צריך הרשב"א להוסיף טעמים וסברות דחשוד לאותו דבר גרע:

ודע דעובר על שבועה דפסול לעדות יש בענין עובר על שבועה כמה חלוקים דלפסלו מה"ת בעינן שיהיה לאו שיש בו מלקות ולדעת רמב"ם ורש"י כמובא בטור יו"ד (סי' רל"ז) בעינן בכולהו שם או כנוי דעיקר שבועה כי כתובה בשם כתובה אולם איסורא איכא וכפי דמשמע מדברי הר"ן פ' שבועות עדות אינו אלא מדברי קבלה לדעת הרמב"ם וא"כ אם נשבע בלא הזכרת שם או כינוי לא מיפסל מה"ת ואף מדרבנן אם לית ביה חימוד ממון. אולם דעת רמב"ן ורשב"א והר"ן וכן נראה דעת הרא"ש דאף באומר אני נשבע ה"ז שבועה ול"ב לא שם ולא כינוי ולא גרע מידות דהוי שבועת התורה למלקות וכ' הר"ן ריש נדרים דהא דאמרינן פ' שבועות העדות דבעיא שם ר"ח בר אידי הוא דגמר אלה אלה מסוטה אבל רבנן ל"ב לא שם ולא כנוי וכדמוכח מתניתין וכי תנן התם וכל הכנויין הרי אלו חייבין לאו דבעי שם או כנוי אלא לומר דמשביע בכנוי כמשביע סתם ומהני ולא כמשביע בשמים ובארץ דתנן התם דפטורין. ובס' מח"א הלכות שבועות (סי' ג') הקשה עליו דבהדיא אמרינן ר"פ שבועות הדיינין לימא ר"ח בר אידי דאמר בעינן שם המיוחד אפילו תימא רבנן דאמר בכנוי הרי בהדיא דאפילו רבנן בעו שם או כנוי. והמעיין בר"ן מס' שבועות יראה דל"ק כלל דלרבנן תרי גווני שבועות קתני מתניתין כשאמר בשבועה אפילו בלא הזכרת השם וכן אם לא אמר בשבועה אלא שאמר בשם ולרבנן אף בכנוי הוי שבועה והא דקאמר בש"ס ר"פ שה"ד אפילו תימא רבנן דאמרו בכנוי היינו דכשמזכיר הכנוי ל"ב לשון שבועה ומה שאמר בשבועה האמורה בתורה נפקא מינה צריך לאתפוסי חפצ' בידיה ועיין חידושי הרשב"א והר"ן שבועות (דף ל"ה) ומשם בארה דל"ק כלל קושית המח"א. ולדעתם מיפסל מן התורה אף בלא הזכיר לא שם ולא כינוי ובס' מח"א שם למד בדעת הטור באלה או בארור צריך שיזכיר את השם או הכנוי והשיג עליו דלמאי דמסיק הרא"ש דאפילו כי לא הזכיר שם הוי שבועה דלא גרע מידות תו ליכא לפלוגי בין אומר בלשון שבועה לאומר בלשון אלה אם כן כמו כן

מיפסל מן התורה לדעתם אף באומר לשון אלה או ארור ובאמת הב"ח למד כן גם כן שם בדעת הטור דלדעתם אינו חילוק בין לשון שבועה או אלה או איסור דל"צ להזכיר לא שם ולא כינוי לדעתם והא דהזכיר הטור שיזכיר שם או כינוי בלשון ארור או אלה הוא רק לדעת רמב"ם ורש"י ועיין כנה"ג יו"ד שם שהביא דברי רדב"ז דעתו נוטה לפשרת הראב"ד דלחייבו מלקות בעי בשם ובהנרא"ו ז"ל שם כתב והשיטה המחוורת שבכולן הוא שיטת הרמב"ם ואם כן אם עובר על שבועה שנשבע בלא הזכרות השם או כינוי אין לפוסלו מן התורה ואם הוי ספיקא דדינא תליא בחקירות הפנ"מ המובא במל"מ (פ"ו) מעדות ויבואר לקמן:

ולכאורה כשנשבע מעצמו בלא שם בזה יש רוב הפוסקים דאם עבר אחר כך בקום ועשה דעבר על בל יחל וחייב מלקות ולא נשאר רק דעת רמב"ם ורש"י דלדעת ר"ת ורא"ש ורמב"ן ור"ן ורשב"א וריטב"א הוי שבועה מה"ת. ומה שהקשה הר"ן ריש נדרים על ר"ת דהא העונה אמן אחרד שבועה כמוציא מפיו דמי וילפינן לה מס' שבועות מסוטה דכתיב ואמרה אמן וכמ ושבעת מפי עצמה עיי"ש בדבריו ובס' קרבן נתנאל כתב דל"ק דאימתי כמוציא שבועה מפיו דמי כששמע שבועה בשם מפי אחרים אבל בלא שם וענה אמן ל"ה כמוציא שבועה מפיו אבל במושבע מפי עצמו ל"ב לא שם ולא כינוי ודבריו אינם מובנים דהא קתני שם מס' שבועות (דף כ"ט) במתניתין ומפי עצמו וקתני סיפא אחת זו ואחת זו המושבע מפי אחרים חייב ועל המתניתין סידר רב אשי מימרא דשמואל כל העונה אמן אחר שבועה כמוציא שבועה מפיו דמי מבואר דשניהם שוים וכמו דמושבע מפי עצמו סגי בלא שם כן נמי מושבע מפי אחרים. אולם באמת המעיין בלשון הרא"ש נדרים שם וכן בפסקי הרא"ש והטור יו"ד (סי' רל"ז) יראה דר"ת אינו מחלק בין מושבע מפי עצמו או מושבע מפי אחרים רק בין מושבע מעצמו היינו שברצונו נשבע ואין מי שמכריחו לבין שאחרים משביעין אותו בע"כ בכח התורה כגון שבועת העדו' ופקדון ושבועת הדייניין המחייבין אותו בע"כ דזה הוא דומיא דסוטה בעינן בשם או בכנוי אבל באם נשבע מה שאוסר מעצמו ברצונו ל"ב שם ואף במצוה לאחרים שישביעוהו ואומר אמן אחריו כיון דמרצונו הוא הוי כמוציא שבועה מפיו וראיתי בב"ח שם שהכריח כן מדעת הרא"ש שכן הוא ההבדל בין מושבע מעצמו או מאחרים והדברים מבוארים שם בטור שכתב מעצמו ולא בעצמו וכן כתב בפסקי הרא"ש וכתב אבל נשבע מפי אחרים כגון מפי ב"ד בעי בשם או כינוי הרי דעיקר תלוי בין מעצמו ורצונו למפי אחרים בהכרח וחיוב. עכ"פ הנשבע מעצמו לא בעי שם וחייב מה"ת לדעת ר"ת ומיפסל העובר על שבועה כזו:

וכן לדעת הראב"ד בהשגות (פ"ב) דהלכות שבועות דרק בשבוע' עדות ופקדון מצינו דבעי בשם או כינוי אבל שבועת ביטוי ל"ב כלל שם וה"מ לקרבן וכן נמי לבל יחל אם נשבע שלא אוכל ואכל דעבר בקום ועשה חייב מלקות אבל למלקות היינו אם נשבע שלא אכל או שאכל לשקר בעינן שם דכתיב לא תשא את שם ד' לא תשבעו בשמי לשקר ועיין בר"ן שבועות ובלח"מ שם אם כן אם נשבע על להבא אף בלא שם כשעבר בקום ועשה מיפסל להסוברים דאין לחלק בין שבועה דלעבר לשבועה דלהבא. ולכאורה קשה לדעת הראב"ד מש"ס שבועות (דף כ' ע"ב) דאמר ר"י אוכל ולא אוכל שקר ואזהרתיה לא תשבעו בשמי לשקר אכלתי ולא אכלתי שוא ואזהרתיה לא תשא כו' קונמות עובר בלא יחל דברו ועיי"ש ברש"י ובתוס' דבשבועה נמי איכא לא יחל רק בקונמות ליכא אלא בל יחל גרידא משא"כ בשבועה ולדעת הראב"ד הנך תרתי שוא ושקר שיתחייב מלקות על אזהרת יהו בעינן שם וכשנשבע בלא שם הוא א"ח מצד הלאוין ואזהרות הללו רק משום בל יחל וכשעובר בקום ועשה אבל על שוא ושקר היכא דהזכיר השם לוקה אף כשאין בו מעשה דשבועה כזאת הוא בכלל חוץ מנשבע ומימיר ומקלל א"כ יש שבועה כשהוא בלא שם ולמה נקיט דוקא קונמות. וי"ל למ"ש הש"ג פ' שבועת העדות דלעבור על בל יחל א"צ הזכרות השם שאם אמר נשבע אני שלא אעשה כך וכך ה"ז עובר בבל יחל דברו שהרי אפילו אם אמר נודר אני או הרי עלי לעשות כך וכך הרי כל אלה בכלל ידות נדרים והרי הוא בבל יחל עכ"ל לכן כיון דעיקר מה דידענו דבאומר שנשבע אף דלא הזכיר השם דג"כ חייב וקאי בבל יחל אף דאזהרות השבועות הוא דוקא במזכיר השם מ"מ מדכתיב כי ידור נדר או השבע שבועה כו' לא יחל דברו ידענו דיש חיוב בל יחל על שבועה בלא הזכרות השם דל"ג מאם אמר נודר אני לכך נקט ר' יוחנן קונמות עובר בבל יחל דמקונמות כבר ידענו דשבועה דכתי' בקרא הוא באם לא הזכיר השם רק אמר נשבע אני. ומאי דפריך שם הש"ס (דף כ"א) האי שבועת שקר ה"ד אלימא שלא אוכל ואכל לאו שיש בו מעשה הוא ואלא דאמר שאוכל ולא אכל האי מי לוקה והא איתמר שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכלה ר"י ור"ל דאמרי תרווייהו אינו לוקה ר"י אמר משום דהוי לאו שאין בו מעשה ומאי פריך דלמא שם אירי בלא הזכיר השם דליכא הלאו דלא תשבע בשמי לשקר רק הלאו דבל יחל ובזה היכא דלא עבר במעשה אינו לוקה והא דבשבועות שקר לוקה אף באין בו מעשה הוא היכא דנשבע והזכיר השם דבזה כתיב לא ינקה ה' אבל ב"ד של מטה מלקין ובכלל חוץ מנשבע הוא באמת אף אם נשבע לשקר באוכל ולא אכל כיון דנשבע והזכיר השם מה שאין כן מצד לאו דלא יחל דברו כשלא הזכיר השם בזה דומה לכל ל"ת שבתורה דבאין בו מעשה אין לוקין עליו

ויש לתרץ כיון דאתמר שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכלה ר"י ורל"ק דאמרו תרוייהו אינו לוקה רק מחולקין בהטעם דלרל"ק הטעם הוא משום דהוי התראת ספק וממילא לטעמו אף באם נשבע בהזכרת השם דע"ז יש לאו דלא תשבע בשמי לשקר ג"כ אינו לוקה. אם כן ודאי ר' יוחנן דאמר מטעם דהוי לאו שאין בו מעשה גם כן אין לחלק בין שבועה בהזכרת השם לאין בו הזכרת השם ואף דודאי יש נ"מ בין הטעמים כמבואר בירושלמי מס' שבועות מובא ברמב"ן מכות (דף ט"ו) הנ"מ מצד אחר אבל לא בעצם השבועה וכיון דלר"ל אינו לוקה אף בהזכרת השם כ"כ לר"י ושפיר פריך ולכך א"ר אבהו תהא באכלתי ולא אכלתי וא"ש עכ"פ כנרא' דעת רוב פוסקים דיש חיוב לאו בשבועה אף בלא הזכר' השם ובודאי אם עבר בקום ועשה הוי ספק פסול מדאורייתא וכן במשמע מסתימ' הש"ע הן לגבי עדות והן (סי' צ"ב) לענין שכנגדו נשבע ונוטל דסתם משמע אף בחשוד על השבועה בלא הזכרות השם הדין כן הוא ועיימ"ש לעיל בדין ספק חשוד אם הדין ג"כ שכנגדו נשבע ונוטל:

סימן לו

בסמ"ע (ס"ק ט"ז) פירש בדברי רמב"ם וטור בטבח שיצתה נבילה או טריפה מת"י פסול לעדות דהיינו טבח ששחט בהמות עצמו ונמצא טריפה ורצה למוכרה לאחרים אעפ"י שאינו אוכל ממנו מ"מ כיון שמפני חימוד ממון והנאת ממון רצה להכשיל אחרים אמרינן בשביל הנאת ממון יעיד גם כן שקר. ונראה דודאי מפני שרצה להכשיל כ"ז שעדיין לא הכשיל ודאי לא נפסל על המחשבה ועיין סמ"ע (ס"ק כ"ז) משם תשובת רשב"א מי ששכר עדים שיעידו לו אינם נפסלין עד שעה שיעידו ובאורים כתב ע"ז דפשיטא מה"ת יפסלו כ"ז שלא העידו בשקר וכי יפסלו על המחשבה ופירש דברי רשב"א בענין אחר ע"ש ובודאי גם בטבח לא נפסל כל זמן שלא הוציא מחשבתו אל הפועל. וע"כ הכוונה שמכר לאחרים בחזקת כשר. אולם בזה הא הוי גזלן ממש ולמה ליה כלל לעבירות הלאו דלפני עור ולהוסיף שמפני חימוד ממון יעיד גם כן שקר הא הוי רשע דחמס ממש ולוקח ממון שאינו שלו דהוי מום במקח והוי כגזלן על דמי המקח אף בלעדי לאו דלפני עור. וצ"ל דודאי אף בלא מכר עדיין איירי רק אעפ"כ כיון שהכין הבהמה למכור ומחזיקה בחזקת כשר שיבאו ויקנו ממנו זה הוי כמו אם הוציא מחשבתו אל הפועל וגרע מעדים שהושכרו להעיד עדות שקר דשם צריך הגדה בפני ב"ד אמרינן כ"ז דלא העידו דלמא ל"ה מעידין מה שאין כן בטבח ועדיין צ"ע בכוונ' הסמ"ע בזה:

סימן לז

ברמ"א (סי' ל"ד סכ"ג) אפילו בפסול מן התורה אין לפסול אלא בודאי אבל לא מספק כגון אם העיד בב"ד ואח"כ באו עדים עליו שעבר עבירה וא"י אם עבר קודם שהעיד או אחר כך מוקמינן גברא אחזקתו וכל מה שהעיד כשר עד דידעינן דעבר קודם לכן וזה מדברי ריב"ש. ובקצוה"ח הקשה דמ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דהטהרות טמאין למפרע מטעם דאיכא תרתי לריעותא העמיד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך וה"נ הרי חסר לפניך והעמיד ממון על חזקתו ואיך נוציא ממון על פיהם ובנתיבות מתרץ דח"מ לאו חזקה המבררת היא. ודבריו תמוהין כאשר כבר תמה עליו אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ס' דברי משפט דהריב"ש שם להעד להוציאה מחזקת פנויה:

ונראה למה דמבואר בש"מ כתובות (דף כ"ו) משם רבינו יונה בהא דכתב רש"י שם דמוקמינן על חזקה דאביו דהיו מעלין אותו עפ"י ע"א והקשו על רש"י למה לא מטעם חזקה דאביו לחוד וגם אם לא הוחזק בכהן וב' אומרים דכהן הוא ואח"כ אתו ב' ואומרים דחלל הוא האם נאמר דמוקמינן על חזקה הא כל כח החזקה הוא ע"י העדים וכיון דיש תו"ת נתבטל החזקה ועוד הקשו על רש"י מש"ס ב"ב ועיין בר"ן וכ' בש"מ וז"ל והנכון דהכא כיון דאתי עד מעיקרא ואסקינהו אפומי' מפני סיועת החזקה דאלו בלאו החזקה ל"ה מבטלינן קלא עפ"י ע"א נמצא שהחזקנו החזק' שעשינו מעשה והכשרנו ע"פ וכיון שנתחזקה הרי הוא נחשב לסייע הני תרי דמכשירו נגד הני תרי דפסלו ואם אתו מעיקרא הני תרי דמכשרו בב"א והדר תרי דפסלו ל"ה נחשבת החזקה להני תרי דמכשרו שהרי לא עשינו מעשה עפ"י עיי"ש והבאתי דבריו בהגהותי לדברי חיים דיני אישות (סי' י"ד) ליישב בזה כל קושית הראשונים על רש"י ובדברי רש"י קידושין (דף ס"ו) בהא דינאי המלך וכתבתי ליישב בסברא זו ג"כ דברי הרמב"ם דהיכא דהב"ד דנו על החזקה ועשינו מעשה על פיה עדיף ומועיל אף בתרי נגד תרי ועוד כתבתי במ"א ליישב עפ"י סברא זו דברי רש"י ב"מ (דף י"ג) דסובר דנפל איתרע ופירש הני ריעי הואיל ונפל איתרע די"ל אם הי' כשר הי' נזהר בו. והקשה ריטב"א מהא דמבואר ב"מ (דף ז') נפל ליד דיין ה"ד דכתב בו הנפיק ולפרעון לא חיישינן מ"מ ניחוש לכתב ללות ולא לוה הואיל דלא נזהר לשמרו ואינו ראיה לזה מהנפיק אם נאמר דכתב ללות ולא לוה. ואמרתי דהא באמת יש לשטר חזקתו רק בנפילה אתרע. אבל בכתוב בו הנפק כיון דהב"ד קיימו השטר ודנו הב"ד אז על השטר דכשר הוא אז אוקמי' על חזקתו כיון דעשו מעשה ב"ד עפ"י עדות החתום בשטר עדיף ולא מרעינן לי' להשטר שוב ע"י ריעותא דנפילה דחזקה שהב"ד דנו על פיה עדיפא היא מחזקת השטר כשאינו בידו ונפל דריע' בנפילה אבל כשכבר החזקנו חזקת

השטר ודנו הב"ד ע"י חזקת השטר ואז לא היה שום ריעותא נשאר בחזקתו והארכתי בזה ליישב כל דברי רש"י שם אכ"מ. ואם כן ה"נ לענין תרתי לריעותא י"ל סברא הזאת דהיכא דעשו הב"ד המעשה עפ"י חזקה כמו בבאו שני עדים להעיד לחייבו ונתקבל עדותן בב"ד ואז ל"ה שום ריעות' נודע להב"ד ודנו ע"פ חק התור' עפ"י שנים עדים יקום דבר אף דנתברר אחר כך ריעותא מפסול שלהם חזקת כשרות שלהם אלימא טובא ואמרינן השתא דאיתרעאי ולא נוכל לצרף חזקת ממון של הנידון כ"ז שהיינו מחזיקים לעדים כשרים ואף במקוה דנמדד ג"כ היינו דנין המקוה בחזקתה כ"ז של"ה יודעים שחסרה והיינו מטהרים כל הטהרות הנעשים ע"ג ובכ"ז כיון שנודע אח"כ מהחסרון מצרפינן החזקה דהשתא לחזק' טומאה ומטמאינן למפרע שם לא היה לנו שום ספק רק למיזל בתר חזקה דמעיקרא ושלא לחוש על חסרון אבל היכא דצריך קבלת עדות בפני ב"ד ושהב"ד ישמעו ויעשו כאשר העידו העדים בזה נתחזק הדבר להחזיק בעדותם וכ"ז שלא נודע לנו בעליל דבטעות הי'. ועיין יו"ד (סי' ח"י סי"ג) הואיל ויצא בהיתר וכתבו הטו"ז והש"ך שם כיון דנתחזק פ"א להתיר אין מוציאין מחזקת היתר. ובת"ש שם הביא ראי' לסברת הטו"ז מש"ס כתובות (דף כ"ד) גדולה חזקה שאין ב"ד יכולין להוציאם. ובאמת אינו דומה לשם דשם אינו ברור לפנינו עתה הריעותא בגוף החזקה רק איתרע במה דנאבד ספר יחוסם וזה אינו ריעותא בבירור מה שאין כן בסכין הנמצא אחר כך והוא פגום דכמו שהסכין לפנינו איתרע בבירור וגם הוא כמקוה שנמדד נימא ג"כ דהוחזקו הטהרות הנעשים ע"ג בהיתר וע"כ צריך לומר דוקא במקוה לא ירדנו מקודם לבית הספק כלל רק לתומנו הלכנו לעשות ע"ג הטהרות ולא הצריכו חז"ל למדוד בכל פעם לכך כיון שנולד אחר כך הריעותא ואין לנו זמן מבורר לדעת מתי בא החסרון לכך מטמאין למפרע מה שאין כן בשוחט בסכין דאם הסכין לפנינו אחר השחיטה רפה בידינו חזקת הסכין וחייבו חכז"ל לבדוק דלמא נפגם ואז מצטרפינן חזקה דהשתא עם חזקה דאינו זבוח ובאם נאבד הסכין מחזקינן ליה להסכין בחזקת שלם ולא נפגם אז אף דמצא אחר כך הסכין לא נוציא מה דדנין עליו אז אמר השחיטה והיינו מחזקינן ליה בחזקת שלם ובזה מיושב קושית הפלתי שם (ס"ק ד') מה דקאמר הש"ס חולין אנקבא ריאה היכא דממשמשא ידא דטבחא תלינן או לא תלינן מסתברא דתלינן דהא תלינן בזאב ומה ראיה שם כבר נטל הזאב והן אבודים וכבר יצא הדבר בהיתר אבל בפנינו וא"י מאין בא הנקב אין תולין ביד הטבח עיי"ש ולמ"ש אתי שפיר דשם איירי אף בבני מעים שנטל הזאב דאף אם היו לפנינו לא היינו צריכים לבדוק אחריהם בשום דבר רק ממילא מוקמינן על חזקת כשרות של הבהמה לכך אם מצא אחר כך כשהן נקובים אי לאו דתלינן בזאב

ל"ש לומר דיצא בהיתר ושפיר מדמי הש"ס מה שאין כן בסכין דבאנו לחשש והיינו דנין לאוקמי על החזקה זה מקרי יצא הדבר בהיתר דומה למ"ש הש"מ כתובות הנז'. וה"נ לגבי עדים כיון שהב"ד קבלו עדותן והחזקנו אותם לעדים כשרים על פי חק התורה לדון ע"י עדותם הוי כיצא הדבר בהיתר אז תלינן אם נפסלו ע"י עבירה ע"כ שהיה אח"כ כדי שלא לגרוע מה שכבר נתקבלה עדותן ועשינו מעשה על פיהם.

עוד י"ל דע"כ לא מחזקינן החזקה דהשתא לומר שמעיקרא כן היה רק בדבר הנעשה במקרה אמרינן שפיר דכמו שהיה המקרה השתא כמו כן הי' מעיקרא כיון דאין דבר לתלות בהמקר' אבל דבר הנעשה בכוונה ובדעת לא נוכל לדון מהנעשה עכשיו לומר שמעיקרא נעשה וכ"ז שנוכל להחזיק דלא נעשה המעשה מחזקינן ודומה להא דאין אנו מחזקינן ריעותא ממקום למקום ואין דנין הריעותא דהשתא להחזיקה ממקום למקום כמו כן אף דודאי איתרע החזקת כשרת לא מרעינן ליה להחזקה על למפרע ואמרינן השתא דאיתרע ובמ"א הארכתי בזה לברר סברא זאת והערותי בדברי תוס' חולין וריש מס' נדה בנגע בבית דההסגר הוא לדעת אם תעמוד בעינא או תהי' חסירה ואם נמצא חסר בסוף ז' ימים לא נוכל לדון על מעיקרא לומר שגם קודם גמר ההסגר נחסרה דזה הוי כמו ממקום למקום כיון דהמקום גורם היינו זמן ההסגר לברר הדבר והארכתי שם בדברי תוס' אכ"מ וכמו כן חזקת כשרות דישראל אלים טובא והזמן הוא כמו ממקום למקום דכ"ז ועת נפרד מחבירו ואין דנין מהשתא על למפרע וכיון דל"ש חזקה דהשתא נשאר החזק' כשרות כ"ז שנוכל להחזיקו בתקפו. וביותר כנודע דאין אדם יכול לומר אני אני הוא רק הקב"ה אמר ראו עתה כי אני אני ואין בו שימי כלל ח"ו ובאדם הזמן מבלה אותו ואינו ברגע של עכשיו אותו שהיה ברגע הקדום שכבר נשתנה ולא יפול לשון אני אני הוא שאינו בכל פעם על תאר אחד קיים רק ה' בלתי משתנה שהוא היום אותו שהיה אתמול מבלי שינוי עיין ספר עיקרים מאמר ד' (פי"ז) ואף כי כל דברים המורכבים כן הוא שמשתנים בכל רגע ורגע בכ"ז כיון שאינם פועלים בדעת ורצון מחזקינן על חזקתן כמו שהיינו מחזיקי' אותם מקודם וגם חזקה דהשתא נוכל לומר שהיה משתנה מקודם לכן דכל מקרה שקרה עכשיו יכול להיות שקרה קודם לכן לכך הוי כאותו מקום מה שאין כן אדם הפועל ברצון לא נוכל לומר ממה דידענו עכשיו שעבר עליו רוח הרעה לעשות העול ולדון בו שגם מקודם לכן הי' מעושי הרעה כיון שכבר נשתנה ואינו היום אותו שהי' אתמול והוי כמו דלא מחזקינן הריעותא ממקום למקום וא"ל א"כ למ"ש הנו"ב מהדורא קמא (סי' ל"א) והמקו"ח (סי' תס"ז) לדון דכמו דאין מחזיקין איסור ממקום למקום כמו כן אין מחזקינן חזקה דמעיקרא ממקום למקום אם כן כמו כן החזקת כשרות הוי כמו

ממקום למקום ז"א דחזקת כשרות הוא חזקה דאתיא מכח רובא וכמו שכתב הפנ"י גיטין (דף י"ז) והוא בכ"מ ובכל זמן או דהוי חזקת הגוף דלא עשה מעשה בפועל והוא תלוי בכ"מ ובכ"ז משא"כ הא דהשתא ידענו בבירור דאתרע תלוי במה דעבר עליו רוח טומאה והזמן גורם דהוי כמו מקום למקום דנשתנה מזגו ומהותו ואין מחזקינן הריעותא ממקום למקום ולגבי אדם העושה בפועל ודעת הוי הזמן כמו ממקום למקום ועיין מ"ש מזה ג"כ בח"ר חיו"ד דיני שחיטה (סי' ט') ועוד יש לדון דוקא דבר שנתברר לנו בחוש האמת לאמתו שהשתא איתרע בבירור גמור בזה שייך לדון מחזקה דהשת' על מעיקרא מה שאין כן עדים המעידין על אדם שעשה עבירה דאנן לא ידענו אמיתת הדבר שכן הוא רק כך גזרה תורה לחתוך הדבר על פי ב' עדים א"כ די לנו לדון שכן הוא הדבר עכשיו אבל לדון מעכשיו על העבר מטעם תרתי לריעותא י"ל דלא נוכל להמשיך מהשתא על מעיקרא כיון דגם עכשיו לא ידענו בירור גמור. אך אם נאמר כן הי' נ"מ לכמה דברים הן במקוה שנמדד ונמצא חסר על פי שני עדים ובכ"מ דאנו דנין מטעם תרתי לריעותא אם הריעות' דעכשיו לא נתברר בירור גמור אמת לאמיתו רק על פי עדים לא נדון בהו תרתי לריעותא ולא נראה כן מכמה מקומות רק בכל אנפי דנין תרתי לריעותא בלעדי בהך לפסול מעיקרא יש ויש כמה סברות לחלק וכמו שכתבתי:

וראיתי בתומים (ס"ק ח') דהקשה על הש"ע דפוסק ביו"ד (סי' פ"א) בגבינות שנעשה מבהמה הנמצאת טריפה דאם ברור שהוגלד פי המכה דודאי הי' ג' ימים קודם השחיטה מטרפינן למפרע כיון דיצאה שעה אחת מחזקתו ואין לומר עכשיו נטרפה ל"מ חזקתו א"כ אמאי בעדים שחתמו על השטר הכתוב זמן בניסן וראו עדים השטר באייר והעדים החתומים אמרו בזמנו כתבנוה ונמצאו זוממים דלא פסלינן להעדים רק מאייר ומחזקינן דבאייר זייפו וכתבו הזמן בניסן לוה נימא כיון דע"כ יצאו מאייר מחזקת כשרות יהיו נפסלין למפרע ואיך נוציא ממון בעדותן וכתב כיון דהזמה היא חידוש עיי"ש דכתב שזה דוחק ולמ"ש אתי שפיר דחזקה דלא נעשה מעשה עדיף ואמרינן השתא דאיתרע ואף דלא נעשה ברגע הזאת מכל מקום כל מה דנוכל לאוקמי על חזקה דלא נעשה מעשה רשע מחזקינן:

גם י"ל דכל סברת הרשב"א הוא דהא דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא אף דהשתא איתרע היינו דכ"ז שנוכל לומר דהא דהיינו מחזקינן בחזקת היתר וכשר מחזקינן וכאשר מבואר מדברי רש"י ריש מס' נדה וז"ל העמיד אשה על חזקתה שהרי מספק אתה בא לטמאותה לענין טהרות דקודם ראיה ספק הוי לה דם מקודם לכן ס' ל"ה הלכך העמיד אשה על חזקתה שהית' קודם ראי' כשנתעסקה בטהרות אלו עכ"ד מבואר דכל כח חזקה

דמעיקרא היכא דאיתרע הוא לאוקמי על חזקה שהיינו מוקמינן קודם דראינו דאיתיליד הריעותא וכבר כתבתי בזה בהגהותי לד"ח סוף חיו"ד ובמ"א ולכך דעת הרשב"א לגבי גבינות כיון דראינו דאיתרע החזקה שהיינו מחזקינן את הבהמה לכשרה ונתברר לנו שבטעות היינו מחזקינן לכשרה כיון דע"כ לא נעשה השתא טריפה רק מעיקרא ואתברר שהיינו בטעות לכך מטרפינן הגבינות כיון דלא יש זמן מבורר לומר השתא איתרע. מה שאין כן בנידון דידן אף דכעת נתברר לנו ע"י הזמה דהעדים פסולין המה ואיתרע חזקתם מ"מ לא נוכל לפסול אותן רק מזמן שראו העדים השטר ביד המלוה ואם ראה באייר אז הוי כאלו אתברר להעדים דיצאו מחזקתם ואם נולד הספק אז בשעה שראו העדים השטר היינו נוכל לאוקמ' אותן על חזקתן ולומר השתא דאיתרעאו והוי כאלו נולד הספק מאז כיון דעכשיו נתברר דשקר חתמו רק דלא ידענו אימתי לכך אמרינן השתא דאיתרעאו היינו מזמן שראו העדים השטר:

סימן לח

הא דפסקינן ש"ע (סי' ל"ד סכ"ו) דלוה המעיד על המלוה שהלוה לו בריבית דמצטרף עם עד אחד לפוסלו דפלגינן דבורי' ודע' המרדכי דדוק' באומ' לדידי אוזיף בריבי' ולא שקיל עדיין והריב"ש מובא בש"ך שם חולק על המרדכי דכיון דפלגינן דבוריה מה שמעיד על עצמו הוי כלא העיד כלל דבע"ד אינו בגדר עדות ול"ש ביה עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה והוי כאלו העיד סתם דהלוה ברבית ולא אמר למי ול"ה נוגע בעדות. והש"ך טוען ע"ד דכיון דיש לחוש לנוגע חיישינן דלמא בשביל עצמו מעיד כן. וכל האחרונים החזיקו בשיטת ריב"ש דכיון שידוע לכל אדם דלגבי' נפשי' לאו עד הוא לא הוי נוגע והא דבעי סילוק בבני עיר שנגנב' ס"ת משום דשם כל מה שיזכו בדין יהיה להעד חלק משא"כ כאן. ועיין נתיבות ודברי משפט:

ולי צ"ע להבין דברי ריב"ש דאדרבא ממקום שבא הריב"ש להביא שיטת ראב"ד בטעמא דפ"ד דבע"ד אינו בגדר עדות ול"ש לומר עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה ומקבלין עדותו מה שהוא נוגע לאחרים משם תיובתא דהא כיון דהעידו שלוה ברבית וקבל בידו ואינו חוזר לכשרותו עד שישוב ויתקן הלאו ואף דלגבי הנוגע לעצמו אינו בגדר עד היינו בכ"מ דהוי שני ענינים כגון פלוני רבעני או בא על אשתי או הרגתי דליכא נ"מ לענין חלק עדות שמעיד על חבירו למי רבע או על איזה אשה בא או ע"י מי נהרג אז אמרינן כיון דא"צ זה לזה מקבלין העדות שיש לו עליו תורת עד אבל במעיד שקבל ממנו רבית אף דאין תורת נוגע עליו כיון דהוי בע"ד ויודע שלא יהיה נאמן שיחזיר לו הא מ"מ לענין גוף הפסלות של המלוה יש נ"מ דאם היה מעיד סתם שהלוה ברבית לא תליא תשובתו

בחזרת הרבית ודי שילך למקום שאין מכירין ויחזיר אבידה וכמו שכתב הראב"ן מובא בתומים שם דמהני עדות דלוה ברבית אף הקרוב ללוה כשר לפסלו ואינו כשר להרויח לקרובו ותשובתו די שילך למקום שאין מכירין ויחזיר אבידה וזה א"ש לשיטתו דאינו סובר סברת הראב"ד ואף בקרוב אמרינן פלגינן דבוריה וכל מה דנוכל להחזיק מעדותן מקבלין אבל לסברת הראב"ד דסובר דיקום דבר כתיב וצריך שיתקיים כל דבר השייך להעדות א"כ כאן נמי נהי דאינו בגדר עדות השייך לו שיחזיר מה שקבל דבזה הוי גדר בע"ד וגם אינו נוגע מ"מ כיון דעדותן הוא בדבר הנוגע לפסול המלוה דהמה מעידין דאף אם ילך למקום שאינו מכירין ויחזיר אבידה מ"מ אינו חוזר לכשרותו עד שיחזיר להלוה זה מה שקבל וזה נתבטל כיון דנוגע אליו א"כ נימא שוב עדות שבמ"ק בטלה כולה כיון דבחלק עדות הנוגע אל המלוה בטלה מקצת עדותן דאם נפסל אותו ע"כ נאמר שיחזיר לכשרותו אם ילך למקום שאין מכירין ויחזיר אבידה והמה העידו דלא יחזיר לכשרותו עד שינתק הלאו ויחזיר הריבית שלקח:

וראיתי בס' מח"א הלכות עדות (סי' ב') דמסכים ג"כ עם הריב"ש ומשיג על הש"ך מה"ט דכל שאינם באים לתובעו ממון אלא שמעידים לב"ד שגזלם סתמא אמרינן דלא באו אלא לפוסלו בלבד. ושם (סי' ג') הביא דעת הראב"ד הנז' וסייעתו והביא מ"ש הגה"א דקרובי המוכה יכולים להעיד על המכה כדי לגרשו מבהכ"נ [מובא ברמ"א (סי' ל"ג)] וכתב דלדעת ראב"ד וסייעתיה אינו כן דאמרינן כיון דבטלה מקצת עדותן לגבי המכה שהם מעידים עליו לחייבו ממון וא"נ לזה ואפילו להחולקים איכא למימר דהא דפלגינן דיבורא בתרי גופי משום דלגבי עדות שמעידי' על גופו של זה מהימנינן להו על כל מה שהעידו עליו משא"כ בזה עיי"ש ותמהני א"כ אמאי הסכים לדעת רוב"ש ניהו דל"ה נוגע כיון דיודע דאין אדם יכול להעיד לעצמו ואינם באים אלא לפוסלו הא מ"מ מעידין על גופו של הפסול באופן דנתבטל מקצת עדות לענין הנז' שיחזור לכשרותו אף אם לא יחזיר גם מ"ש דאף החולקים על הראב"ד אמרינן בכה"ג כיון דבטלה מקצת' בעלה כולה תמהני הא להדיא מבואר בראב"ן דלא כן הוא וקרוב הלוה יכול להעיד על המלוה שהלוה ברבית ומקבלין עדותן לפסלו אף דעל גופו של זה לא מהימנינן להו על כל מה שהעידו עליו דלא סבירא ליה לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אף בגוף אחד. או דסובר דזה הוי גם כן במעיד על שני גופים האחד דהוא פסול והשני דיש להלוה עליו חוב ממון ונאמן לפוסלו וא"נ מה שנוגע לקרובו:

ובספר דברי חיים מאאמ"ו ז"ל כתב להביא ראיה לדעת ריב"ש דהיכא דאין העדות תלוי זה בזה אמרינן דהוי כאלו העיד בסתם דהלוה ברבית מהא דב"ב (דף קל"ד) בבעל שאמר

גרשתי את אשתי למפרע למאן דסובר דא"נ אף להבא ופריך הש"ס מ"ש מדרבא ומתרץ בתרי גופא פלג"ד ולא בחד גופא מבואר אף דנוגע דרוצה שתהיה גרושה למפרע והוי נוגע לחצי טענה וכמו שכ' הר"ן קידושין (דף ס"ד) ומ"מ אי לאו דבחד גופא לא פלג"ד נאמן על להבא וע"כ דאמרינן דהוי כאלו ל"א שגירשה כבר רק גרשתי והה"ד הכא ל"ה כאומר לדידי אוזיף רק סתם שהלוה ברבית עיי"ש בנועם דבריו. אולם למ"ש זה הוי כחד גופא מה דמעיד למי הלוה כיון דיש בזה נ"מ לענין לחזור לכשרותו. ואף דשם מבואר ב"ש (סי' קנ"ב) דדעת רמב"ם וטור לחוש לומר פלג"ד אף בחד גופא ע"כ מטעם אחר הוא דהא באמת לדעת ראב"ד וסייעתיה דאמרינן עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה יש להתבונן אמאי סובר שם חד מ"ד דפלג"ד וגם למה צריך לש"ס הטעם דבתרי גופא פלג"ד ולא בחד גופא נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משא"כ בפלני רבעני דלגבי עצמו לאו תורת וגדר עד עליו. אולם מבואר ברא"ה כתובות (דף ח"י) דהקשה כן למה לא אמר דבחד עדות לא פלג"ד וכתב דהתם נמי ה"ט דמאן דאמר דלא פלג"ד והיינו דמתרצינן בתרי גופי לא פלגינן ולא סוף דבר בין שני גופים לגוף אחד אלא ה"נ קאמר התם שני גופים שהן שני עדיות שמעיד על אשתו ועל אותו פלוני הכא חד גופ' שהוא חד עדות ולא נקט חד גופא אלא איידי דאידך תרי גופא וההה"ד לחד גופא בשני עדות כו' ואידך דאמר התם פלג"ד משום דהימנותיה משום טעמא דמתוך שבידו לגרשה לקס"ד דכיון דהימנותיה משום טעמא חד דינא הוא דלמאי דקאי סגי טעמא מהימן לאידך לא מהימן ובכהא פלג"ד אפי' בחד עדות כיון דמשום טעמא אתינן עלה ואידך סבר ל"ש הכי ול"ש הכי כיון דחד עדות הוא לא פלג"ד ולא מהימן עכ"ל. הרי דאין ללמוד משם בדבר דצריך עדות בזה אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ועיין מח"א שם:

והנה בתומים כתב ג"כ דלדעת הראב"ד הוי נוגע מטעם דבעינן סילוק כיון דנאמין שלו הלוה הוי נוגע משא"כ להחולקים דפלג"ד הפירוש הוא דהלוה ברבית ולא לו אין סילוק גדול מזה ולכן כתב כיון דלדעת ראב"ד הוי כנוגע לא פסלינן מספק. ולא אבין הא מדברי הש"ע מבואר דאינו פוסק כסברת הראב"ד דהא (סי' נ"א) כתב הרמ"א ובעדות ע"פ בכה"ג כשרים להעיד לזה שאינן קרוביו ושם ע"כ איירי דהעידו בלשון אחד שפלוני נתן נכסיו לשני בני אדם ורחוקים להאחד דמהני עדותן להרחוק דבשתי מתנות אף בשטר לא נתבטל להרחוק וכמו"ש המחבר בש"ע שם וע"כ איירי בעדות בע"פ בדיבור אחד ואעפ"כ לא נתבטל לגבי רחוק הרי דל"א עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה וכבר הוכיח כזאת אא"ז מ"ו ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ל"ד) דהש"ע אינו פוסק סברת הראב"ד עיי"ש. ואם כן ממילא באומר לדידי אוזיף ברבית בודאי פלג"ד כיון דאמרינן דלוה ולא

לו ל"ה נוגע. אולם למ"ש אפ"ל דבכה"ג כיון דנ"מ בגוף העדות הנוגע לפסלו בענין חזרתו לכשרותו י"ל דלכ"ע בחד גופא כה"ג דנתבטל מגוף זה מקצת עדות בטלה כולה וכמו"ש המח"א ואף דכתבתי דגם ע"ז חולק הראב"ן מ"מ לא מצינו הכרעה בזה בש"ע. ובאמת יש להתבונן בדברי רמ"א (סי' נ"א) מה ראה על ככה להכריע נגד דעת ראב"ד אשר הבאים אחריו הסכימו אתו הר"ן בחידושיו לסנהדרין ובר"ן גיטין והרא"ה והריטב"א כולם החזיקו בדעתו. ואיך נוציא ממון נגד דעתם. ודעת ריטב"א מובא ב"י(סי' ל"ג) ובס' מח"א שם כתב דיש לדקדק דנראין דבריו סותרין אלו את אלו מה שהביא הב"י (סי' ל"ג) עם מה שהביא (סי' ל"ז) משמו אולם עין הרואה יראה מבואר ד' ריטב"א כרבותיו שהסכימו לשיטת ראב"ד והך (דסי' נ"ז) עד נאמן דמסכים והולך לדעת ראב"ד ושם סיים כיון דבעדות ראשון שהעידו בב"ד העידו על ההקדש סתם כשחזרו ואמרו במעמד השני על הענין של ר' יעקב זה סתירה על עדות הראשון כו' וכיון שכן אין מקבלין עדותן דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כיון שלא העידו תוכד"ד עיי"ש הרי דלולא דהעידו מקודם סתם על ההקדש ולא הזכירו זכותו של ר' יעקב הגזבר הי' באמת אף בעדות ע"פ נתבטל מטעם עדות שבטל' מקצת' בטל' כולה. ועיין ריטב"א מכות בהא דאילעא וטובי' קריביה דערבא דאחר שהביא שיטת הראב"ד כת' ועוד י"ל דהתם כל מה שהעידו בפסול עצמן תוספת דברים הוא שאמרו ולא היינו צריכין לו בכל העדות כי הוא הוסיף על עצמו פלוני רבעני לרצוני של"ה צריכין אלא שיעיד על הנרבע כו' וכיון שכן אין מקבלין ממנו כל אותו תוספת כיון דשני ענינים דלא צריכין אהדדי ולא תלו אהדדי כלל אבל הך דירושלמי שכת' נכסיו לב' בני אדם וכן בלוה וערב אין העדים מוסיפים בעדותן כלל מעצמם כי על שני דברים נזדמנו ונעשו עדים והו"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עכ"ל ולדבריו י"ל דמודה לדעת תוס' סנהדרין (דף ט') באם כהן נשא אחותו הוא ואחר יכולין להעיד על פלוני שבא עליה ולא להעיד עליה כיון דהוי תוספת דברים שהי' יכול להעיד סתם שפלוני בא על א"א ל"א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ויש לפרש בזה גם דבריו בתשובותיו שהביא הב"י. עכ"פ דעת רוב הראשונים להסכים לדעת ראב"ד וקשה על הרמ"א דסתם (סי' נ"א) ולא הזכיר דעת ראב"ד. ויבואר עוד אי"ה:

סימן לט

דעת הרשב"א בתשובה דל"א פלגינן דבורו רק היכא דאפשר למיפלג המשמעות כגון באומר פלוני בא על אשתי אבל באומר אני זניתי עם אשתך לא אמרינן פלגינן דבור'. ואף די"ל לאונס מ"מ אין קישוי אלא לדעת ובאנסוהו חי אפ"ל דהא יהרג ואל יעבור. והקשו בתומים ובנו"ב הא מבואר דעת רא"ש בתשובה וכן פסקינן באה"ע דאונסי' אף

דעברו על מ"ע דקדוש השם מ"מ אינן נפסלין בשביל זה לעדות. ובקצוה"ח כתב דאף דלא מפסל לעדות באונסייהו אבל אכתי משים עצמו רשע כיון שבדין היה לו ליהרג ולא יעבור ואין אדם משים עצמו רשע אפילו בדבר דלא מיפסל ע"י וכמבואר מש"ס כתובות (דף י"ט) בהא דאמר ר"מ דא"נ לפסלו דעדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ואל יחתמו לשקר וע"כ מטעם אף דלא מפסלו מ"מ אין אדם נאמן על עצמו לומר שעשה שלא כדין עיי"ש וכן מבואר להדיא ברשב"א כתובות שם. ובספרו שב שמעתתא (ש"ז פ"ה) כתב ע"ד עצמו וז"ל וכעת התבוננתי דבדברי תשובת רשב"א ליכא למימר הכי דהא מוכח בש"ס דהיכא דלא מיפסל לעדות משוי נפשי' רשע וראיה מהא דאמרו יבמות (דף כ"ה) בהרגתיו לא ישא את אשתו הא לאחר תנשא והאמר ר' יוסף פלוני רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפין להורגו לרצונו רשע הוא והתורה אמרה א"ת ידך עם רשע להיות עד חמס וכי תימא שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן והאמר ר"מ גזלן דד"ת פסול לעדות אשה ע"ש ומשמע דאלו גזלן דד"ת כשר לעדות אשה מהימן לומר הרגתיו ואע"ג דמשים עצמו רשע וכן בהא דאמר ר' יוסף לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע מבואר דוקא היכא דפסול לעדות הוא דאין אדם משים עצמו רשע והא דכ' רשב"א כתיבות אליבא דר"מ דאין אדם משים עצמו שאינו חסיד היינו שם דא"נ לומר בתורת עדות אנוסים היינו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא כל שאין כ"י יוצא ממ"א ואמרו כ"י הוא אבל פסולי עדות היינו א"נ לחכמים אלא בתורת מגו דא"ב שתקו ולר"י א"נ משום דשלא כדין עבדי הו"ל מגו במקום חזקה דמסתמא עבדי כדין וכשורה אבל היכא דנאמן בתורת עדות ממש לא מיפסל אלא אם משוי נפשיה רשע הפסול לעדות כו' ולכן מסתבר דהרשב"א בתשובה חולק וס"ל דאנוסים נמי כל היכא דיהרג ואל יעבור פסול לעדות ואע"ג דלא ביטל אלא מ"ע דונקדשתי מ"מ כל שהוא לתיאבון מיפסל אפילו בעבירה דרבנן ומכ"ש בעבירה דאורייתא והרא"ש בתשובה דמכשיר היינו מטעם דיצרן תוקפן עכ"ד:

ויש להבין בדבריו הא אף אם נודה לו דדעת הרשב"א דנפסלין מה שמבואר מדברי ריב"ש בתשובה (סי' י"א) משם הרשב"א דאינם נפסלין וכמו שהביא הרמ"א אה"ע (סי' מ"ב) ומדברי רמ"א משמע דאף מדרבנן לא נפסלו אולם מה"ת ודאי אינם נפסלין וכמבואר דע' כל הפוסקים דבעינן שיעבור על עבירה שיש בה מלקות כדכתיב והיה אם בין הכות הרשע רק מדרבנן נפסלין אף בעבירה דרבנן ובזה דעת ר"י ותוס' המובא ברמ"א (סי' ל"ד) דבעו עבירה שיש בו חימוד ממון וכמו כן בעבירה דאורייתא וא"כ לאו שיש בו מלקות וא"כ אף אם נאמר דהרשב"א סובר דהעובר על העריות באונס מפסל

לעדות היינו רק מדרבנן וא"כ למה כתב הרשב"א דאי אפשר למיפלג הדבור באומר אני זניתי נימא דהיה באונס וא"ל דמ"מ מיפסל הא אינו רק פסול דרבנן וכ"ז דלא הכריזו עליו קאי בחזקתו וכאן לא נכריז עליו כלל דלא נקבל עדותו על עצמו דזה כ"ע מודים דאף אם נוכל לקבל כל עדותו מה שאומר היינו בדבר דרשע כשר כמו לר' יוסף בהרגתיו דאף דלא פלגינן דיבורו מ"מ מקבלין כל עדותו הואיל דאף גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה מ"מ מודה ודאי דאינו נפסל ע"י עדותו זה דאין אדם נפסל ע"י עצמו רק דמ"מ כיון דכעת נוכל לקבל כל דבריו דאף גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה לכך לאחר תינשא. וא"כ אם נאמר כדבריו דמדר"י נלמד לדידן אף דפלגינן דבורו מ"מ במקום דא"א למפלג היינו דוקא היכא דאם נקבל דבריו יהיה פסול לעדות ופסול א"נ אבל במקום דאף לדבריו לא מפסל מדאורייתא רק פסול דרבנן וכ"ז שלא הכריזו עליו הוא כשר הדר' הקושיא לדוכתא נימא פג"ד שהיה באונס ואף דעבר על מצות עשה מ"מ לא מפסל מדאורייתא בשביל זה עד שיכריזו עליו. וכבר הבאתי למעלה דרבו החולקים על סברת המרי"ט דדן לומר בעבירה דאורייתא לא בעי הכרזה אם כן כאן דאף אחר כך לא נכריז עליו למה לא נקבל עדותו. אך י"ל דכיון דמ"מ מפסל ע"י עבירה הזאת נתבטל עדות זה וכמו שכתב הנ"י פז"ב מובא בסמ"ע (ס"ק נ"ו) בהא דבר ביניתוס דפריך הש"ס והא רבא דאמר לוה בריבית פסול לעדות והו"ל רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד. והקשה הנ"י הא ל"ה רק פסול דרבנן וכ"ז דלא אכריזו עליו כשר הוא וכתב לאותו עדות שנפסל בשבילו לא ראו חכמים להאמינו ואפילו בלא הכרזה פסול. ובש"ך שם כתב דלדידן ליכא נ"מ ועיי"ש נתיבות דכ' דנ"מ באומר אני לויתי ממנו בריבית דל"א פלג"ד עיי"ש וע"כ הכוונה גם כן על דרך זה דאי לאו דלאותו עדות פסול היינו מאמינין לו והיינו מקבלין כל דבריו דל"ש בזה אין אדם משים עצמו רשע במקום דכשר לעדות זה רק הואיל דלאותו עדות לא מקבלין אותו לעדות ממילא כיון דל"ש לומר פלג"ד בטיל עדותו. שוב ראיתי בתומים (סי' מ"ו ס"ק מ"ב) שכ' כן בדעת הרשב"א:

אך מ"מ י"ל כיון דאף אם היה באונס אינו פסול רק מדרבנן והפסול מדרבנן י"ל דנאמן עכ"פ לענין איסור להיות מעדי טומאה לאסור אותה על בעלה כיון דמה"ת עד כשר וכבר נחלק בפרט הזה הגאון בעל ב"מ עם הגרע מובא בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' צ"ט) ואילך עיי"ש דרבינו הגדול חוכך בזה לומר לחוש לעדותו בהנוגע לאיסור תורה כמו במגרש בפסולי עדות דרבנן לאחר הכרז' דמבואר בתשובת רשב"א דמן התורה מגורשת והגט רק פסול מדרבנן עיי"ש (סי' ק"ג) ומכ"ש בנידון זה דאני זניתי עם אשתך כיון דגם להבא יהיה כשר ואין אדם נפסל על ידי עצמו רק אותו עדות יתבטל מטעם

דלדבריו רשע הוא אף אם נאמר דהיה באונס מ"מ מפסל מדרבנן בזה ודאי יש מקום לדון כיון דמד"ת כשר לעדות הוא למה לא נקבל עדותו. אלא ודאי נראה הפשוט דאין אדם משים עצמו רשע לומר שעשה מעשה שלא כדת התורה וכמו שכתב בקצוה"ח:

אולם י"ל אף דמבואר מתשובת הרא"ש לגבי אנוסים להמיר דתם אם היו מצד פקוח נפשות דאף דחייב אדם למסור נפשו מ"מ אם עבר לא נפסל וכן מביא הריב"ש משם רשב"א דס"ל כן מ"מ לגבי עריות הוי בכלל ספק פסול דהא דעת אבוה דשמואל כתובות (דף נ"א) דאשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה דחיישינן שמא תחילתו באונס וסופו ברצון ורבא ס"ל דכל שתחילתו באונס אף שסופו ברצון אפילו היא אמרה הניחו לו שאלמלא נזקק לה היא שוכרתו מותרת מטעם יצר אלבשה וכן קיי"ל דבחזקת אנוסה היא מטעם דיצר אלבשה אולם מ"מ זה הוא רק אם היתה מקודם בחזקת כשרות מחזקינן בחזקתה ומה דעברה השתא ברצון היא דיצר אלבשה אולם היכא דאיתרע חזקת כשרות שלה חיישינן על רצון שלא מצד יצר אלבשה ועיי"ש בפנ"י שהביא דעת הפוסקים היכא דנתיחדה מתחילה ברצונה אפי' אנסה אח"כ אסורה משום שמא סופה ברצון ול"ש סברת רבא דיצר אלבשה כיון שהיא גרמה לזה והביא ראיה מדברי ר"א במס' כריתות דחייב על כל כח וכח ול"א יצר אלבשו משום דגרם בתחילה. ובהפלאה שם ביאר ביותר דסברת יצר אלבשה ואנסה דבר ברור הוא בודאי די"ל דנתרצית מרצונה רק מצד חזקת כשרות והיכא דל"ש חזקת כשרות מה"ת נימ' דיצר אלבשה עיי"ש. ולפי"ז היכא דאנסוהו לבא על ערוה ולהתקשות א"ע דמה"ד היה לו ליהרג ולא יעבור ועבר על מ"ע דונקדשתי אף דלא מפסל בשביל זה מ"מ חזקת כשרות שלו אבד בזה כיון דהתרצה בזה להתקשות א"ע ולבא על הערוה א"כ מ"מ חיישינן שמא היה סופו ברצון שלא מצד יצר דאלבשיה כיון שגרם לזה והתרצה מתחילה לעבור וא"כ א"ש דברי רשב"א באומר אני זניתי עם אשתך דנימ' פלג"ד ל"א כיון דאין קישוי אלא לדעת ואף דלא מפסל בשביל זה דלא עבר רק על עשה מכל מקום כבר אבד החזקת כשרות שלו וחיישינין על רצון ממש בסופו ושלא מצד היצר דאלבשו והוי עכ"פ לדבריו אף אם נאמר פלג"ד דהי' באונס יהי' עכ"פ מה"ד ספק פסול דאורייתא ושוב ממנ"פ אין ספק פסול דאורייתא נאמן לאסור אשה על בעלה ועיין ח"מ וב"ח אה"ע (סי' כ' ס"ג ג') בהך דאין קישוי אלא לדעת משם הנ"מ (פ"כ) מסנהדרין דמעשה בידים הוא דבר שיכול לעשות באונס שלא ברצונו אבל הקישוי כל שאינו מרוצה בדבר אי אפשר לו להתקשות וכיון שנתקשה ודאי מרוצה הוא ולכך חייב ועיין ים של שלמה יבמות ר"פ הבא על יבמתו ולדברי הכ"מ א"ד לשאר אונסין רק אמרינן דהקישוי אי אפשר בלא רצון מוחלט לעשו' דבר זה א"כ בזה אף הרא"ש מודה דנפסל

לעדות כיון דחייב מית' דהקישוי הוא ברצון גמור. ואף לדעת רמב"ן יבמות שם כיון דמחמת אונס יהיב דעתו ומקשה עצמו פטור שאם תסלק אונסו מעליו אף הוא פורש. וכן משמע שם בחידושי הרשב"א דדעתו כן דהביא כן משם י"א דבאונס מיתה פטור מדיני אדם כשעבר ומשמע דסובר דאף דאין קישוי אלא לדעת מ"מ אם באונס מיתה הוכרח על הקשוי פטור מ"מ י"ל דעכ"פ לא שייך לומר יצרו אלבשו בבירור כיון דעכ"פ איתר' חזקתו דעובר במה דחייב למסור א"ע למיתה חיישינן על סופו ברצון ממש ועיין בהפלאה אה"ע (סי' ך') וא"כ אתי שפיר דברי הרשב"א הנז' דל"א פלג"ד בכה"ג כיון דאין קישוי אלא לדעת אף דהי' באונס מיתה מ"מ הוי ספק פסול ואינו נאמן לאסרה על בעלה דאין אדם משים עצמו רשע. ומכל מקום מצד הסברא והוכחות אחרות נראה דהך כללא דאין אדם משים עצמו רשע נאמר בפשיטות אף אם כשר להעיד בזה מכל מקום אינו נאמן על עצמו לומר דעבר ופעל ועשה שלא כדת של תורה וכמו"ש הרשב"א המובא בקצוה"ח הנ"ל והוכחת עצמו בש"ש שחזר מדרכו הזה מדברי ר' יוסף ע"כ כוונתו כמו"ש דמדר"י נשמע לרבא במקום דל"ש לומר פלג"ד נאמן בתורת עדות במקום דרשע כזה כשר לעדות. וכן הוכיח רבינו הגדול מרן עק"א ז"ל יסוד זה בגליון משניות יבמות שם.

אולם הקשה נגד זה שני קושיות. הא' מכתובות שם דבאומרי' כ"י ואנוסים היינו מחמת ממון דאינן נאמנין דאין אדם משים עצמו רשע ולמה ל"א בלא"ה דבממנ"פ אם האמת כן הוא כדבריהם הם רשעים וא"נ להעיד דהתם לא אמרינן פלג"ד. וצריך לומר דמה בכך שאינן נאמנין מדין עדים מכל מקום היו נאמנים במגו דאין זה כ"י לכך צריך לומר דאין אדם משים עצמו רשע וא"כ קשה כיון דראוי להאמין מדין מגו מה בכך דאין אדם משים עצמו רשע הא מטעם זה לא דחינן דבריו כמו בהרגתיו דאם גזלן ד"ת כשר לעדות אשה מקבלין דבריו דהוא הרגו ומהימן. הב' הקשה מהא דכתב בנ"י ב"ב פרק יש נוחלין בההיא דנאמן לומר בני זה בן גרושה היינו באומר שבא עליה בשוגג אבל במזיד לאו כל כמיניה לשויה נפשיה רשע וע"כ הא דלא נקט הטעם בממנ"פ דאם כדבריו הוא רשע וא"נ להעיד שבנו הוא פסול א"ו דסובר דגם אביו רשע נאמן להעיד על בנו ואם כן יקשה עדיין מה בכך דאין אדם משים עצמו רשע הא מ"מ לא מסלקינן דבורי' ודמי ממש להרגתיו והניח בצ"ע וכבר הבאתי דבר זה בהגהותי לדברי חיים דיני נחלות (סי' ד') ושם כתבתי דאם נאמר בדעת הנ"י דאב רשע הפסול לעדות אינו נאמן על בנו י"ל באמת להעיד על בן גרושה אינו נאמן רק הנ"י הוכרח לומר מטעם דאין אדם משים עצמו רשע משום דקתני ג"כ בן חלוצה דלא מפסל רק מדרבנן וכיונתו שם אף דמ"מ מדרבנן מפסל מכל מקום כל זמן שלא הכריזו עליו נשאר בחזקתו וכאן לא נכריז עליו אולם מכל מקום

י"ל כמו שכתב הנ"י סנהדרין דאותו עדות בטל. וגם הוכחתי שם מש"ס גיטין (דף ע"א) דבאמת אף הפסול לעדות מה"ת נאמן בעדות אב על בנו ועיין מ"ש בס' בית מאיר (סי' ו' ס"ג) בפרט הזה ואכ"מ ואם כן מ"מ כיון דגם הפסול נאמן למה לא יהיה נאמן לומר במזיד כמו לר' יוסף בהרגתיו:

לכן נראה ליישב דאף דדעת ר' יוסף כן הוא לומר במקום דרשע כשר לעדות זה מקבלין עדותו מ"מ לדידן אליבא דרבא מוכרח לומר דהפירוש של אמרם ז"ל א"א משים עצמו רשע הוא כפשוטו דא"נ לומר שעשה מעשה שלא כדת. דהא גם לר' יוסף דסובר דל"א פלג"ד ואם לא נקבל כל דברי העד כהויתן מבלי יפול דבר מדבריו לא מקבלינן עדותו והוכרח להוציא סברא הזאת דבמקו' דרשע נאמן מקבלינן עדותו כמו שהוא מדברי הת"ק דאמר הרגתיו לא תנשא לו הא לאחר תנשא ע"כ הטעם הוא משום דאף אם נקבל עדותו כמו שהוא אומר מכל מקום גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה וע"כ אף דזה ודאי גם לדעת ר' יוסף לא פסלינן לי' אחר כך לשאר עדות לחשוב אותו לרוצח דזה ודאי לא יאמר ר' יוסף שיהיה אדם נפסל ע"י עצמו רק זה לא איכפת לן במה שנדון על העד שלא לפסלו אח"כ דע"ז לא בא עדותו של עכשיו ועכשיו לא בא רק לדון להנוגע לאשתו או לפלוני שרבעו לכך אמר ר"י רשע הוא והתורה פסלו היינו אף דבאמת ישאר בחזקתו שאחר כך יהיה כשר לכל עדות שבעולם מכל מקום לדברי עדותו אם נקבל עדותו של עכשיו כמו שהוא אומר רשע פסול להעיד ועיין רמ"ה סנהדרין דכתב וכ"ת מה נפשך אי מהימנת ליה לשוי נפשיה רשע הימניה נמי למקטליה להאיך לאו קושיא הוא דכיון דרשע הוא ע"כ התור' פסלתו לעדות עיי"ש ובהרגתיו מקבלינן עדותו הואיל דגם אף אם נקבל עדותו ורשע הוא מ"מ סובר אליבא דרבנן גזלן דאוריית' כשר לעדות אשה. ולדבריו ע"כ ר' יהודא דאומר הרגתיו לא תנשא ע"כ דסובר דאין אדם משים עצמו רשע ולא נאמין לו שעשה מעשה רשע דא"ל דסובר דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה וכר"מ דאמר גזלן דאורייתא פסול ולכך כיון דלא פלגינן לדיבורו ואינו נאמן דרשע פסול לעדות הא מכל מקום יהיה נאמן מצד בירור הדבר מצד מגו דאי בעי היה אומר דנהרג והי' שותק מלומר הרגתיו ומצד בירור הדבר יהיה נאמן אף דרשע הוא וכקושית הגר"ע ז"ל בהך דאנוסים היינו:

א"ו ההכרח לומר דלר' יוסף מכל מקום לר' יהודא אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן בשום אופן לומר על עצמו דעשה מעשה רשע וכיון דלא פלג"ד לכך לא תנשא רק לרבנן הוכרח ר' יוסף לומר דסברו גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה וגם במקום דרשע נאמן ג"כ נאמן לומר שעשה מעשה רשע ולכך תנשא מש"אכ לר"י דלא תנשא ע"כ דאינו

נאמן לומר דעשה מעשה רשע דא"ל דלר' יהודא הטעם משום דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה ומגו ג"כ לא מהני כיון דהוי נגד חזקה דעשה מעשה רשע כיון דבאם הי' נאמן רשע בתורת עדות הי' נאמן אף נגד חזקה זו מכ"ש דראוי לומר שיהיה נאמן מצד בירור הדבר דמגו דעשה מעשה רשע וכמו שכ' הגר"ע ז"ל וכן ע"כ מוכרח הדבר מדברי ר' יוסף עצמו דאמר דטעמ' דרבנן דגזלן דאורייתא כשר לעדות אשה ולמה ליה לזה נימא דפסול רק לכך תנשא דיש לו מגו דהיה אומר דנהרג. ובפלוני רבעני אף דג"כ יש לו מגו מ"מ אינו נהרג אף ע"י אומדנא טובה ועיין ש"ך כ"מ (סי' פ"ב) וכבר השיגו עליו בזה דמטעם מגו לא נאמין לענין מיתה וא"כ הי' לר' יוסף דרך נכון לתרץ דבריו אליבא דת"ק דלכך לאחר תנשא משום דנאמן מצד מגו א"ו דאם אינו נאמן מצד עדות גזלן דאורייתא אז אף מגו ל"מ דמגו לא מהני רק להאמין הדברי' כהויתן כמו שהוא אומר וכיון דאם נקבל הדברים כמו שאומר אז שוב נאמר דהוא רשע ולא נוכל לקבל עדותו לכך מוכרח ר' יוסף לומר דגזלן גם כן כשר לעדות אשה ונאמן אף בכח עדות לזה ור' יהודה דסובר דלא תנשא על כרחך דסובר דגזלן ד"ת אינו נאמן ולכך אף מגו אינו מועיל:

וי"ל דזה כוונת הש"ך (סי' פ"ב) משם רבינו שמשון דמדר"י לגבי פלוני רבעני נלמוד דלא אמרינן מגו במקום דמשים עצמו רשע אף דלענין להרוג ודאי לא מהני מגו דלא עדיף מעדות ידוע בלא ראיה דאינו מועיל לגבי דיני נפשות אך הראיה ממה דהוכרח ר' יוסף לתרץ דבריו אליבא דרבנן דבהרגתיו תנשא אף דלא פלגינן דיבורו הוא משום דגזלן דאוריית' כשר לעדות אשה ולמה לא מתרץ בפשיטות דלכך תנשא משום דלענין זה סגי באומדנות ומגו הוי בירור הדבר ולעולם נימא גזלן דאורייתא פסול במקום דאין לו מגו א"ו מוכח דאם לא יהיה נאמן בתורת עדות אזי ליכא אומדנא כיון דהוי נגד חזקה חזקת כשרות ואין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן אף במגו רק כיון דלגבי עדות אשה גזלן דאורייתא כשר נאמן בתורת עדות כיון דאף להבא יהיה נשאר כשר וגם השתא אף אם נקבל כל דבריו גם כן נאמן בתורת עדות כמו דאם גזלן דאורייתא לא היו בכלל פסולי עדות דהיינו חותכין הדין עפ"י עדותו מצד חק התורה לעשות עפ"י עדות כן לגבי עדות אשה דאף גזלן דאורייתא ככל עד כשר הוא ומקבלין דבריו דבתורת עדות נאמן אף נגד חזקה דעדות מכח חקי התורה נאמנין ור"י דסובר גזלן דאורייתא פסול בכח עדות ולכך לא תנשא דמגו אליבא דכ"ע ליכא במקום דמשים עצמו רשע:

ולפי"ז לרבא דסו' פלגינן דבורו מה"ת נעשה פלוגת' אחרית' בין ר' יהודא לת"ק וכיון דפלג"ד ולכך לת"ק תנשא הדרינן לסברא פשיטא דגם לת"ק גזלן דאורייתא פסול לעדות אשה. וגם אין אדם נאמן לומר דעשה מעשה רשע דסברא פשיטא דאין אדם מעיד על

עצמו שום דבר וכמו לר' יהודא דאינו נאמן הואיל דאינו סובר פלג"ד ואינו נאמן לומר דעשה מעשה רשע אף במגו דיש לנו בירור הדבר מ"מ אמרינן דאינו נאמן לומר דעשה שלא כהוגן ואין אדם מעיד לחובתו גם רבנן מודים לסברא הזאת רק ע"ע אינו בגדר עדות ופלג"ד במקום דאפשר למיפלג דיבורו ולסלק הדבו' דהרגתיו או דאמרינן שהי' באונס או דאף המשמעות פלגינן אבל לכ"ע אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע לומר דעשה שלא כתורה ואף שלא כהוגן וכמו"ש הרשב"א כתובות וא"ש הכל ע"נ הן דברי הש"ס כתובות הנז' ודברי הנ"י ב"ב דאם אומר דבא עליה במזיד דאין אדם משים רשע וכן א"ש דברי תשובת רשב"א וכמ"ש הקצוה"ח (סי' ל"ה) וזה פשוט וברור לענ"ד:

אך לפי"ז יש להבין קצת מה דקאמר שם הש"ס ביבמות אמר לך ר' יוסף אנא דאמרי אפילו לרבנן ושאני עדות אשה דאקילו בה רבנן ורב מנשה דאמר כר' יהודא ועיי"ש ברש"י דר' יוסף מוקים לר' מנשה כר"י ולמ"ש אף ר' יהודה אינו מוכרח לומר דסובר דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה רק אף דנאמן מכל מקום היכא דמשים עצמו רשע ואומר אני הרגתיו כיון דלית ליה פלג"ד אינו נאמן מטעם דאין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן דעשה מעשה רשע ולכך לא תנשא. וי"ל דלר' יוסף על כרחך מוכרח מדברי ת"ק דגזלן דאורייתא נאמן מדלא ס"ל פלג"ד ורב מנשה יכול לומר הדין דגזלן דאורייתא א"נ אליבא דר' יהודה אף דבאמת ליכ' הכרח גמור לזה. ועיין פירוש משניות לרמב"ם שם דכתב דר' יהודא סובר אדם משים עצמו רשע. וא"י לפרשו ממנ"פ אם אליבא דר' יוסף דלא פלג"ד ולרבנן הטעם דגזלן דאורייתא נאמן ולר' יהודא י"ל דאינו נאמן ואדרבא סובר דאף במגו אינו נאמן וכמו"ש ואם לרבא דפלג"ד י"ל דר' יהודא אינו סובר פלג"ד ולכך אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע וכן משמע מדברי תוס' דלר' יהודא הטעם משום דלא פלג"ד ויש לדבר בזה אכ"מ:

ועוד קשה על הש"ס הא זה מבואר מכל הראשונים דאמרינן אין אדם משים עצמו רשע היינו אף דלא מאמינים לו לעצמו ואף להוציא ממון דעת הסמ"ג וכן פסק הש"ע יו"ד (סי' קע"ז) באם נותן לחבירו מעות למחצית שכר והמלוה אומר שיש בו ריבית דאינו נאמן מטעם דאין אדם משים עצמו רשע. ובתו' ריש ב"מ הקשו בהא דאמרו לו שנים אכלת חלב היאך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע כדאמר גבי פלוני רבעני לרצוני ותרצו דאינו נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה וא"ר להביא חולין לעזרה. ומה ק"ל הא לגבי פלוני רבעני לר' יוסף אינו נאמן מטעם ממנ"פ דאם נאמן לו הוא רשע ופסול לעדות ולרבא מאמינין לו מצד פלג"ד. אבל היכא דרשע נאמן לא אמרינן אין אדם מע"ר. א"ו דתוס' סברו דלרבא הסבר' פשוטה דאין אדם נאמן לעשות

עצמו רשע וחזקה ברורה דלא עשה מעשה רשע ולכך הקשו כיון דשני עדים אומרים דאכל חלב וחזקה על אדם מישראל דלא אכל במזיד ואף דהוא אומר במזיד אינו נאמן ושוב יתחייב להביא קרבן. ותירצו דא"ר להביא חולין בעזרה והיינו אף דלגבי עצמו גם כן אינו נאמן שעשה מעשה רשע אף שאומר ברי לי נגד חזקה ודלא כמו"ש הפנ"י כתובות (דף כ"ב) לדון דחזקה לאו בירור הוא ומי שיודע נגד חזקה לגבי עצמו נאמן עיי"ש וכבר מבואר מדבריו שם דדעת תוס' אינו כן ולכן קשיא להו כאן אמאי לא נחייבו קרבן חטאת מטעם חזקה דכשרות ואין אדם משים עצמו רשע ואף דרשע כשר לעדות איסור ולמה לא יהיה נאמן אלא ודאי דלא מאמינים לו גוף הדבר דעשה מעשה רשע ועל זה תירצו דעוש' תשובה ואמר להביא חולין בעזרה. והיינו כיון דמ"מ עיקר הדבר הוא לגבי דבר הנוגע לעצמו ויודע בנפשו דאם יביא הקרבן יתוסף האיסור מחדש ביתר שאת להביא חולין לעזרה בזה מאמינים לו לגבי דבר דאינו נוגע לחבירו אבל בהנוגע לחבירו אינו נאמן אף דעושה תשובה כמבואר מהך דעדים שאמרו אנוסים היינו וממ"א. ועיין נו"ב מהד"ת חאה"ע (סי' קנ"ו) [ובספר ס"ט (סי' קפ"ה) הקשה על הך דינא דסמ"ג לגבי ריבית הנז' דאינו נאמן אף דעושה תשובה וצועק דא"ר לעשות איסור ול"ק כלל דלגבי חבירו אינו נאמן להפקיע זכותו ובלא"ה י"ל דלגבי ריבית אם צועק וא"ר לתת להמלוה והב"ד אינם מאמינים לו וחייבו לשלם אנוס הוא במה שנותן הריבית ובלאו דלא תשימון לדבריו כבר עבר והגמר הנתינה אם טוען דאינו רוצה לעשות איסור ואנו אין מאמינים לו אנוס הוא אף דיודע שהוא גרם לו האונס מ"מ לא יגמור עבירה ביתר שאת במה שהב"ד מחייבין אותו ולכך א"נ כלל שעשה איסור מה שאין כן לגבי קרבן אף אם אנוס הוא מ"מ יודע בעצמו שמקריבין חולין בעזרה ולכך נאמן בדבריו ואכ"מ בזה שוב מצאתי תשובת מהר"ם מרוטנבורג (סי' תשל"ז) בראובן שהשכין לשמעון משכון ואמר ששל גוי הוא והגוי נותן הריבית ואח"כ אומר שהטעהו מפני אונסו והוא שלו ופסק דלאו כל כמיניה לעשות עצמו רשע וכ' ול"נ לרבינו ברוך דאיך יתן רבית לישראל אלא ישבע שהמשכון שלו ויפטר מן הריבית וראייתו מפי ר"א דאינו משים עצמו רשע דאינו חפץ להביא חולין בעזרה ה"נ יאמר איני יכול ליתן לך ריבית עכ"ל וזה כקושית הסדרי טהרה אולם דעת הפוסקים כמו"ש כיון דהב"ד מחייבו בע"כ ל"ה לה איסור ריבית] עכ"פ מבואר מדברי תוס' דאף במקום דעד פסול נאמן מ"מ א"נ לומר דעשה מעשה רשע:

ועיין תוס' ריש מס' מכות דהקשו האיך עדים מחייבין גלות הא יכול לומר מזיד היתי ובמהרש"א שם הקשה הא א"א משים עצמו רשע ובתומים כללי מגו (אות ק"ד) כ' דלר"י דסובר לרצונו רשע הוא ס"ל אדם משים עצמו רשע וקושית תוס' הוא לרב יוסף

עיי"ש והדברים תמוהין לענ"ד מנא ליה דלר"י אמרינן אדם משים עצמו רשע אדרבא ר' יוסף ס"ל הואיל דאנו צריכין לקבל כל דבריו וממנ"פ אם נאמין לו שהיה לרצונו הוא רשע ופסול לעדות לכן א"נ כלל ובמקום דרשע נאמן כמו לגבי עדות אשה הוכיח דגזלן דאוריית' כשר לעדות אשה ממה דס"ל הרגתיו תינשא נאמן מצד עדות וכמו שכ' אבל היכא דלית ביה תורת עדות אינו נאמן כלל לומר דעשה מעשה רשע. ובקושית מהרש"א יש ליישב עפ"י מ"ש לעיל דלענין חיוב קרבן היה קושית תוס' דאינו נאמן להשים עצמו רשע ונשאר החזקה בתוקפו לדון אותו כשוגג ולחייבו קרבן והתוס' ב"מ אזלו שם שלא כשיטת הר"י תוס' יבמות (דף פ"ח) דכתבו דל"ש שיוכלו עדים לידע בירור הדבר אם שוגג היה או מזיד ואי אפשר לחייבו קרבן ע"י שום עדות עיי"ש ותוס' ב"מ וכריתות כתבו להדיא דאם אומר לא שוגג ולא מזיד מחייבינן ע"י סתמא דעדים דידעו בשוגג לכך הקשו דאאמע"ר ונשאר על הסתם ויתחייב והוכרחו לומר דא"ר להביא חולין בעזרה וכנ"ל. וזה א"ש לענין קרבן אי לאו דמטעם חולין בעזרה הי' מוקמינן על דבורם של עדות ששוגג היה מה שאין כן בגלות דבעי עדות לחייבו כמו לדנ"פ ועדות ידועה בלא ראיה נראה דגם כן לא מהני וצריך בירור הדבר ואם הוא טוען נגד החזקה ליכא בירור גמור עפ"י עדים לחייבו לכך הוכרחו התוס' לומר או דרגלים לדבר מהני או דאיירי בשותק:

ובנו"ב מהדו"ק אה"ע (סי' ע"ב) עמד כמו כן על דברי הש"ס יבמות אליבא דרב יוסף דאם גזלן דאורייתא כשר לכך נאמן לומר הרגתי וכי יסבור ר' יוסף אדם משים עצמו רשע וכן בדברי ר"י דאמר רשע הוא. והעלה הטעם הוא משום מגו דכיון דמעיד על עצמו ועל חבירו מתוך שנאמן על חבירו נאמן גם על עצמו כמו שפירש רש"י סנהדרין בהא דפלוני רבע שורי דהואיל דמהימן אהאי דבורא למקטל לחבירו נאמן נמי לסקול השור וכן בפלוני בא על אשתי אף דבעל כאשתו היה ס"ד מגו דמהימן לגבי חבריה יהיה נאמן גם למקטלה. הרי דאמרינן מתוך לקיים עדותו ור' יוסף דסובר דלגבי עצמו דלא פלג"ד נשארה שיטה זו גם אצל עצמו והוא נאמן והוי ליה רשע ופסול לעדות מטעם גזה"כ. והוליד מזה חדשות דמדר"י נשמע לרבא דהיכא דאי אפשר למיפלג דבורו כגון באומר אני זניתי לדעת הרשב"א אז מאמינים לו גם על עצמו מטעם מגו ומתוך רק עדותו פסול מצד גזירת הכתוב עיי"ש באורך מה דנ"מ לדינא. ולו העני דבריו תמוהין אם כן באליע' וטובי' קרובי דערבא דבעדי פרעון דאי אפשר למפלג דברי העדים בשום אופן נימא גם כן מתוך שנאמן לגבי הלוה יהיה נאמן לגבי ערב. והרי חזינן דהיכא דיש צד ביטול מן העדות גורר לבטל צד הקיום לא דנימא מתוך דנאמן לגבי רחוק יהיה נאמן לגבי הקרוב והא דכתבו רש"י ותוס' בפלוני בא על אשתי דהי' ס"ד אדם קרוב אצל אשתו

ל"א היינו דהי' ס"ד דעיקר העדות לגבי פלוני ומגו דנאמן עליו יהיה נאמן לגביה קמ"ל דלא היינו דלא אמרינן מגו בזה ונאמן לגבי פלוני ולא לגבי אשתו דפלג"ד ואם אי אפשר למפלג דיבורו אינו נאמן כלל. והא דסברו באמת רש"י ותוס' ורמב"ם בפלוני רבע שורי דאמרינן מתוך ולא אמרינן אדם קרוב אצל שורו ונאמן מצד הודאת בע"ד על ממונו רק הואיל דבעינן כ"ג כמיתת הבעלים כך מיתת השור ולא אמרינן בזה הודאת בע"ד וכמו"ש בחידושי ר"ן שם וכיון דרק מצד גזה"כ הוא לכן היכא דנהרג הרובע גורר ג"כ להרוג השור ועיין תוס' זבחים (דף ע"א) וכן מבואר להדיא הטעם בים ש"ש ב"ק (פ"ד סי' כ"א) דכיון דרק מטעם גזה"כ הוא דכמיתת הבעלים כך מיתת השור די שלא נאמין להבעלים עליו כשאין הרובע נהרג אבל כיון דע"כ מטעם פלג"ד נאמן להרוג הרובע ממילא גורר אחריו לסקול השור ועיין מ"ש התומים (סוף סי' ל"ז) ובנתיבות שם אבל לומר בבע"ד או בקרובים באמת לדון מטעם מגו זה נגד דעת כל הפוסקים:

סימן מ

לדעת הראב"ד דסובר הטעם דפלגינן דבורו משום דדבר הנוגע לעצמו אינו בגדר עדות ולא נוכל לקבל והנוגע לחבירו מקבלינן והיינו דלא פלגינן המשמעות מלשונו רק אף דלא פלגינן המשמעות מ"מ הנוגע לעצמו אינו בגדר עדות והנוגע לחבירו מקבלינן וממילא אף באומר אני זניתי עם אשתך ג"כ נאמן לאסרה וכן כתב התומים והנו"ב בפשיטות וכן הבי' הנ"ב לשון הפירוש המשנה לרמב"ם סוף נדרים וז"ל לפי שעיקר אצלינו פסק ומוסכם עליו בכל התורה פלגינן דבורה רוצה לומר שאנו נאמינהו הדבר בעצמו לאיזה ענין שיהיה ולא נאמינהו לענין אחר עכ"ל הרי דמחזקינן לכל דבריו רק הנוגע לעצמו גזה"כ הוא דלגבי עצמו אינו נאמן ובשביל זה לא נתבטל העדות הנוגע לאחרי' וראיתי בתומים (סי' פ"ז ס"ק כ"ו) שכתב הכרח לסברא הזאת דזה מכלל גזירת הכתוב דאין אדם משים עצמו רשע ואינו נעשה רשע כ"א בשני עדים המוציאין אותו מחזקתו וכ"ז דליכא עדים אינו יוצא מחזקתו אפילו אמת שעבר עבירה אינו נפסל כ"א בב' עדים דאם לא כן באומר פלוני רבעני לרצוני דהוא ואחר מצטרפין להורגו נראה מה אומר עד השני אם אומר גם כן דנרבע לרצוני איך יצטרף עמו להעיד להרוג הרובע הלא מעיד על חבירו שהוא רשע ואין כאן ב' עדים ואפילו עדותו בטלה דהוי ליה נמצא אחד פסול ומדברי ח"מ וב"ש (סי' קט"ו) מבואר דאם אמר שזינה עם אשת רעהו ועד א' מסייעו נאמנים לאסרה על בעלה אע"פ שלדברי עד השני זה נעשה פסול וחשוד הוא וע"כ דאינו נעשה פסול על פי עד א' דגזירת הכתוב הוא דאין אדם נפסל כ"א עפ"י שני עדים:

ולי העני דבר זה צ"ע הא מבואר ריש (סי' ל"ד) דהיודע בחבירו שהוא רשע דע"ז נאמר אל תשת ידך עם רשע להיות עד ואסור לו להצטרף עמו להעיד עדות אף שיודע אמיתת הדבר בבירור מ"מ כיון שהב"ד יפסקו הדבר רק עפ"י שני עדים וזה יודע בחבירו דהוא רשע אסור לו להצטרף עמו לעדות. ובפשטות הדברים משמע אף שאין שני עדים בשום אופן לגלות הדבר שזה הוא רשע ועבר על עבירה דנפסל ע"י לעדות רק חבירו יודע בבירור וראה שעבר עבירה דנפסל על ידו ואחר כך ראה עמו עדות אחת ויודע אמיתת הדברים שבזה אינו משקר. ובכל זאת הואיל דכלפי שמיא גליא שזה רשע והב"ד אינם יודעים ויפסקו הדין על פי עדותן בחזקת שני עדים כשרים אסור לו להצטרף עמו. אם כן ע"כ דאין זה כגזירת הכתוב דאין אדם נפסל רק על פי שני עדים ולא איבר' סהדי אלא לשקרא ואם ידעינן דאמת אתו היינו פסלינן אותו רק גזירת הכתוב שלא יקום דבר רק על פי שני עדים היינו דהב"ד לא יוכלו לדון מדבריו לגבי דבר הנוגע לאחרים ונשאר בחזקת כשרות לכל עדות שבתורה הואיל דליכא גילוי לדבר אם עשה מעשה רשע. ור"י סובר הואיל דלא נוכל לקבל כל דברי עדותו דאם לרצונו הוא רשע וזאת ל"נ לקבל לכן בטל כל עדותו ורבא ס"ל דאף דאומר שקר לגבי' דנפשי' דאין אדם משים עצמו רשע ואנן מחזקינן לדבריו דאמר לרצונו דשקר הוא מ"מ משום דפתך שקר בעדותו לא נבטל עדותו הואיל דלגבי זה אינו בגדר עדות וכיון דלכל העולם נשארו כשרים לכן מקבלין עדותן הנוגע לפלוני אף דאמר בעדות זה גם כן שקר דהי' לרצונו מכל מקום בשביל זה לא נתבטל העדות לגבי' דחבירו הואיל דיכול להיות זה בלא זה:

והא דק"ל לתומים מפלוני רבעני י"ל אף לגבי חבירו דאומר שנרבע לרצונו אמרינן פלג"ד דאם אמת שרבעו לרצונו א"כ יודע בחבירו שהוא רשע ופסול ואינו רשאי להעיד עמו בעדות אחת ואם כן גם הדיבור שנרבע לרצונו נוגע לעצמו ושייך בי' לומ' אין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דבורו. וגם לדברי הסמ"ג קרא דלא יקום עד אחד באיש הוא ללאו שלא יעיד עד אחד על חבירו שעשה עבירה היכא דלא יש אחר עמו ובודאי איירי ע"כ דזה שאומר שפלוני רבע אותו העיד מקודם דבזה אפשר דחבירו שמעיד גם כן כן שלרצונו היה אינו עובר בלאו דלא יקום נגד חבירו כיון שהודה מעצמו שכן הוא ואם כן איך מעיד חבירו עמו אם אמת הוא הוא רשע ואינו רשאי לצרף עמו בעדות אחת אף אם אמת הוא הדבר. א"ו דגם בזה פלג"ד ומקבלין עדותו שפלוני רבע אבל לא מה שאמר שלזה האיש רבע לרצונו דזה דבר הנוגע לעצמו שאומר שעשה שלא כדת להעיד עם רשע ביחד:

ועיין תומים (סי' מ"ו ס"ק מ"ח) בעדים שאמרו אנוסים היינו וכל אחד מעיד על חבירו אף כשאומר מחמת ממון נאמן לגבי חבירו במגו דאין כ"י וכתב לפקפק דהוי במקום חזקה והוכיח כן משיטת ראב"ד דפלג"ד אף דנאמן על המעשה כמות שהוא מכל מקום לגבי עצמו גזירת הכתוב הוא א"כ למה אינן נאמנין אנוסים היינו וע"כ כמו"ש. ולכאורה הא לרב"ח לס"ד דהיכא דיש להן מגו נאמנים על עצמן אף דאינם נפסלין עי"ז רק אנן מאמינים להן במגו דאין כ"י ולא עדיף מטענת המיגו דל"ה נפסלין מ"מ לגבי המלוה נאמנים ורבא פליג וסובר הואיל דאין אדם משים ע"ר א"נ אף במגו אבל לגבי אחר מה"ת לא יהיה נאמן לגבי חבירו כיון דמכל מקום לא נפסל ועיין (סי' פ"ב) דהלוה נאמן אמנה על השטר במגו דמזויף אף דמשוי לעדים לרשעים. אולם למ"ש א"ש כיון דמעידין ביחד לומר כ"י אם אמת כמו שאומר דאנוס הי' חבירו ורשע הוא האיך מעיד עמו ביחד לכן ע"כ דאינו נאמן אף לגבי חבירו במגו כיון דעי"ז עושה עצמו לרשע. וא"ל אם אמרו תרוייהו וייהו אנוסים היינו וכל אחד מעיד ע"ח נימא ממנ"פ אם העיד שקר יתבטל העדות של כ"י הוא זה כמו הא דב"ק (ע"ג) מיגו דאתזמו על טביחה מפסלו העדות של גניבה מטעם עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה. ועיין תומים כ"מ (ס"ק נ"ב) שהקשה כן על האומר אניס היתי נימא ממנ"פ ותירץ כיון דלא הוי תועלת בעדותו זה לא נפסל דהוי כאלו הגיד דבר שקר דלא מפסל בשביל זה עיי"ש. וזה א"ש לגבי נפשו אבל כשמעיד לשם עדות על חבירו דאנוס היה ויש בזה תורת עדות ואף עד א' המעיד בתורת עדות על חבירו בשקר אף דלא נתקבל עדותו דהוי רק עד אחד מ"מ מפסל על ידי זה לעדות כמו דמבואר מדברי ר"ן כתובו' גבי תרוייהו בא"א מסהדי המובא בש"ך (סי' ל"א) וגם הא נ"מ באם יעיד עוד ע"א על חבירו זה החתום על השטר דעבר עביר' אחרת יהיה פסול ע"י צירופי שני עדות ואם כן אם זה שמעיד עכשיו עליו דהיה אנוס מעיד עדות שקר יתבטל העדות של כ"י גם כן. וע"כ צ"ל דמה דמעיד מקודם לא נתבטל ובנתגרשה הכל על ידי דיבור אחד ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבספר ד"מ (סי' ל' ול"א) ובדברי רמב"ן המובא בש"ך (סי' מ"ו ס"ק ק"ח) אף דשם הם שני דבורים כ"י הוא וזה אומר תנאי הי' וז"א ל"ה תנאי מ"מ שם עכ"פ חד מכחיש לחד וכיון דמכאן ולהבא נפסלין להעיד יחד לא נוכל לצרף מדבריהם של השתא שום דבר משא"כ באומר ע"ח שהיה אנוס כיון דלא נפסל לשום דבר מכאן ולהבא בזה לכ"ע אמרינן אף אם העיד שקר מ"מ לא נתבטל הדבור של כ"י הוא זה ועיין ס' דו"ח כתובות שם ובמה שכ' בס' ד"ח דיני עדות (סי' ג') בהשמטות:

ומה דקשה לתומים על שיטת הראב"ד י"ל דמ"מ כיון דלא יהי' נאמן רק במגו דאין כ"י ואף אם יהיה נאמן יהיה הדין דלא מקרע קרעינן ולא מגבי גביינין כמבואר במהרש"א כתיבות שם אם כן שוב אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולו ואין לגמגם דמטעם דל"ה רק עד א' ל"ש עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דהא מ"מ א"נ תרוייהו בעדותן רק מצד מגו דהפה שאסר ואם היה השטר מקוים לא היו נאמנים לומר אף אנוסים מחמת נפשות מטעם כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד רק הואיל דאין כ"י יממ"א נאמני' מכח הפה שאסר אבל א"נ לבטל השטר לגמרי ואף למ"ש בש"מ שם ומדייק בדברי רש"י במשנה דכיון דצריך עתה לקיים השטר ולא נמצא לקיים רק על ידי עדותן שאמרו כ"י הוא זה שוב נאמן לגמרי אף לקרוע השטר ואף אם יתקיים אחר כך ממקום אחר גם כן לא מהני ואם כן לא נתבטל שום דבר מעדותן אל הנוגע לאחרים אכן מ"מ אף דנתבטל השטר מ"מ אל הנוגע להמלוה שעשה מעשה רשע ואנס להם לחתום בשקר זה ודאי נתבטל ולא נוכל לקבל כיון דאינו נאמן רק בכח המגו דהפה שאסר לא נוכל להאמין יותר מכח המגו וא"כ אף דאחד מעיד ע"ח אמרינן עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה וגם דנתבטל כח העדות לגבי חבירו כיון דמן התורה הוי חוזר ומגיד דא"צ קיום רק מדרבנן לא נקבל עדותו מן התורה אל הנוגע להמלוה וז"ב. אולם למ"ש אתי שפיר בלא"ה או דגם עדות זה נוגע לעצמו או מטעם דאף לדעת ראב"ד ע"כ דלא מקבלין הדברים כהויתן דאם באמת יהיו כנים הדברים כמו שאמר הוי רשע ופסול ולא שייך בזה לומר גזה"כ דאינו נפסל על ידי עצמו רק הטעם הוא דלגבי עצמו לא נקבל הדברים רק דבר הנוגע לעדו' ואמרינן דהנוגע לעצמו משקר:

סימן מא

הא דפלג"ד מבואר מדברי רש"י יבמות (דף כ"ה ע"ב) וז"ל רבא פליגי אפילו אמר פ"ר לרצונו הוא ואחר מצטרף להורגו לרובע דכיון שזה מתכוין לעדות נאמן הוא אצל חבירו וא"נ ע"ע מה שאמר נרצונו כו' נראה בעליל דרק אם מתכוין להעיד וכיון דיש תורת עדות על חבירו לכך מקבלין עדותו ולא נתבטל במה שהוסיף לומר לרצונו אבל אם אינו מתכוין להעיד על חבירו דוקא רק שמגיד דבריו כהויתן בזה ל"א פלג"ד. ולפי"ז בהרגתיו דפלג"ד הוא רק אם מתכוין להעיד ובפני ב"ד שיש בזה תורת עדות להנוגע להתיר את אשתו בזה אמרינן פלג"ד] אבל אם מספר סיפורי דברים בעלמא שלא בפני בית דין שזה הרגו לפלוני בזה יש לומר דלא אמרינן פלגינן דיבורא ואנחנו לא נוכל למפלג דבורו רק אם נוכל לקבל כל דבריו כהויתן ואם לא נוכל לקבל ולהאמין על הכל לא מקבלינן את הנשמע וצורך לנו מדבריו להאמין רק אם מתכוין להעיד בתורת עדות שפלוני אינו חי

אז פלג"ד ואולי גם כן צריך דוקא שם עדות בפני ב"ד הואיל דרש"י דייק נתכוין לעדות ואפשר במקום דאין צריך הגדה בפני ב"ד אז אף שלא בפני ב"ד ג"כ אמרינן פלג"ד רק דוקא נתכוין להעיד לעדו' בזה פלג"ד:

וראיתי בח"מ (סי' י"ז ס"ק ט"ז) שכתב שם בעבד ושפחה ל"א פלג"ד דעבד משים עצמו רשע ואינו נאמן ודוקא במתכוין להעיד עכ"ל ודבריו סתומים מה בעי בזה מתכיון להעיד ולמ"ש כוונתו על פי לשון רש"י הנז' דבסיפר דברים בעלמא כמו דאינו נאמן להשים עצמו רשע כמו כן אינו נאמן על גוף המעשה. וכן נראה דהא לר' יוסף דאינו סובר פלג"ד והוכרח לומר דגזלן דאורייתא כשר לעדות אשה ול"א דיהיה נאמן בתורת מגו ואנן סהדי דאומר אמת דמגו דהיה יכול לומר דאינו חי וע"כ דאינו נאמן מטעם חזקת כשרות להשים עצמו רשע ואמרינן דשקר הוא רק הואיל דמעיד בתור' עדות נאמן דסובר גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה וכמו"ש לעיל. ולר"י ע"כ צריך לומר דמעיד בתורת עדות להתיר האשה ובשביל זה נאמן ואם אינו מעיד בת"ע א"נ להשים עצמו רשע. כמו כן לרבא אף דסובר דגזלן דאורייתא פסול וע"כ הא דנאמן הוא מטעם דפלג"ד בעינן ג"כ דוקא שיתכוין להעיד דאז פלג"ד ולא כשאומר סיפור דברי' בעלמא. ובאמת יש להבין דברי הח"מ דדן בעבד דל"א פלג"ד דעבד משים עצמו רשע וא"נ הא אם נאמר דמשים עצמו רשע יהי' עכ"פ דהרגו ממנ"פ ואם נאמר כיון דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה לכך אין יכולין לקבל עדותו וכמו"ש הרמ"ה סנהדרין הבאתיו לעיל (סי' ט"ל) בפירוש ד' ר' יוסף דאמר לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד היינו דגזה"כ הוא שלא לקבל עדות רשע יקשה דזה א"ש לענין מיתה אבל בזה יהיה נאמן דעשה מעשה רשע במגו דהי' אומר נהרג בשלמא בש"ס דמוקי רב יוסף טעמא דת"ק דסברו גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה ולא אמר דמטעם מגו נאמן הטעם הוא דמגו במקום דמשים עצמו רשע ל"א וכמו שכתבתי לעיל לפרש דברי מהר"ש מקינן שבש"ך (סי' פ"ב) דהוכחתו מר' יוסף. וזה אתי שפיר באדם כשר דשייך לומר א"א משים עצמו רשע אבל בעבד לדברי הח"מ דסובר דעבד מע"ר אם כן יהיה נאמן מטעם מגו כיון דל"ה נגד חזקה ואי דמ"מ אין אדם משים עצמו רשע לפוסלו לעדות לשאר ענינים מה דעבד נאמן ורוצח וגזלן א"נ. אם כן לא נוכל לקבל כל דבריו יקשה דשוב נימא פלגינן דיבורו לקבל העדות דנהרג כמו בכל אדם כשר כשאומר הרגתיו וצ"ע:

וראיתי בס' ב"א דדייק בדברי רמב"ם דכתב (פי"ב ה"ג) ישראל שאמר הרגתיו ה"ז תנשא די"ל בפסולי עדות לא פלגינן דיבורא דיש לומר לשיטת הסוברים בדעת רמב"ם דעד א' כשר נאמן מדין תורה בעדות מת בעלה ופסול נאמן מדרבנן ולמ"ש תוס' כתובות

(דף ח"י) לחד תירוץ הא דעדים שאמרו כ"י הוא זה ואנוסים היינו מחמת ממון דאינן נאמנין ולא אמרינן פלגינן דיבורא משום דקיום שטרות דרבנן לא אמרינן פלגינן דיבורא לפסול השטר והכוונה כיון דמד"ת עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד ול"צ קיום כלל וא"כ אף אם היו אומרים מחמת נפשות בפי' ל"ה מהימנו אך חכמים הצריכו קיום וכיון דהוא רק מדרבנן הנאמנות לא פ"ד ולהך סברא ע"כ הא דבהרגתיו פ"ד הוא משום דעד א' נאמן מן התורה והאריך להוכיח דלשיטת רמב"ם בפ"ד סובר ע"כ תירוץ זה של תוס'. ואם כן ממילא דוקא בעד ישראל כשר דנאמן מן התורה אילו אמר נהרג לכך פ"ד אבל פסולי עדים דאינו נאמן רק מדרבנן לא אמרינן פ"ד ולכך דייק רמב"ם ישראל עכ"ד בכו"כ מקומות. ולענ"ד כל דבריו מוקשים. מ"ש דרמב"ם מוכרח רק לתירוץ הזה של התוס' ז"א הא לדבריו דבעדות הנאמן מדרבנן לא אמרינן פ"ד אם כן לרמב"ם כל עדות שבשטר לא הוי רק דרבנן לא נימא פ"ד וזה מבואר להיפך וגם אף אם נאמר דלרמב"ם פירוש המשניות סוף נדרים דפירש פ"ד דמקבלין כל דבריו רק הנוגע לאחרים א"נ מ"מ אי אפשר לומר דנקבל כל דבריו רק הואיל דאינו נפסל על ידי עצמו נקבל העדות וגזירת הכתוב דכל זמן שלא נפסל על פי ב"ד דכשר להעיד כבר כתבתי לעיל דז"א. וגם י"ל בלא"ה בקושית תוס' דכיון דלדבריו יצטרך לשלם אם יגבה המלוה בשטר זה הוי בע"ד או כמו"ש לעיל כיון דלא קרעינן אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אולם גוף דבריו לדינא לומר דהיכא דגוף העדות אינו מועיל רק מדרבנן לא נימא פלגינן דיבורא זה לא ניתן להאמר ויש כמה ראיות להיפך ולדעת כמה מחברים כל דין עדות בזמן הזה דליכא סמוכין לא הוי רק דרבנן מטעם שליחותייהו דקמאי עבדינן ואף אם נאמר דבזה כיון אם היה מומחין היינו מקבלין עדותן על ידי פלג"ד לכן גם עתה מקבלין מכל מקום נראה כל דתיקנו רבנן כעין דאורייתא תקנו וכיון דמהני עדותן עכ"פ מדרבנן למה לא נימא פלגינן דיבור' לקיים עדותן:

וסברת תוס' הוא מצד אחר כיון דמדאורייתא עדים החתומין על השטר הוי כהגדה וכנחקרה עדותן בב"ד ואף אם יאמרו בפירוש אנוסים היינו מחמת נפשות לה"נ מטעם כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וחז"ל הצריכו קיום לכך כיון דאמרו כ"י הוא זה ממילא נתקיים השטר ושוב אינו חוזר ומגיד רק כשאמרו מחמת נפשות נאמני' במגו דהיה אומרים אין זה כתב ידינו או היו שותקים מלקיים השטר וכיון דלא אמרו מחמת נפשות רק מחמת ממון ואנן נימא לדון דהיה מחמת נפשות מטעם פלגינן דיבור' ולקבל עדותן דאנוסים אמרינן כיון דנתקיים השטר לא פלגינן דיבורא לפסול השטר כיון דעכ"פ ידענו דנתקיים השטר שוב אינו חוזר ומגיד ועיין ש"מ כתובות שם בלשון הר"י הלוי ז"ל

בתירוץ הראשון על קושיא דנימא פלגינן דיבורא ונראה מבואר שם בהקושיא דלא ק"ל דנימא פלגינן דבורא דהיו אנוסין מחמת נפשות רק כמו דנראה מפי' המשנה לרמב"ם סוף נדרים דפלגינן דיבורא היינו דנאמן להנוגע לאחרי' ולא לפסול עצמו ומתרץ דאיכא שטרא בחתימת ידם דמכחיש בהאי סהדותא דאף על גב דאין כתיבת ידם יוצא ממקום אחר מ"מ מכי חתמו כבר נחקרו עדותן וגלויי מלתא בעלמא הוא דבעו לאסהודי אח"י לכך כשאמרו מחמת נפשות דל"מ נפשי' רשעים מהימני' להו דהפה שאסור הוא כו' אבל מחמת ממון דמשוו נפשייהו רשעים לא מהימני וכיון דא"נ נמצא השטר עומד על חזקתו עיי"ש וזה נמי סברת תוס' כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דיבורא לפסול השטר ואמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל היכא דבעצם העדות אף דל"מ רק מדרבנן אם יש מקום לקבל עדותן ע"י פלג"ד יש בו כל דין תורת עדות ואמרינן פלגינן דיבורא. והא דדייק רמב"ם ישראל שאמר הרגתיו הוא רבותא אף דישראל כשר הוא מ"מ מקבלין דבריו שאמר הרגתיו ופלגינן דיבורא להתיר האשה:

סימן מב

ממה דהוכחתי מדברי רש"י דדוקא אם מתכוין להעיד אז אמרינן פלגינן דיבורא ולא באינו מתכוין י"ל מכ"ש דלגבי בע"ד הנוגע לעצמו לא אמרינן פלגינן דיבורו וצריך לברר טענתו ולא פלגינן דבריו ללמוד ולתקן דבריו. ומה"ט הא דמבואר לענין קידושין דצריך שני עדים ואם מעיד עד א' שנתקדשה והמקדש ג"כ להסוברים דמקדש בעד א' אין חוששין לקידושין מותרת לשוק ולא אמרינן פלגינן דיבורו כיון דמ"מ יש שני עדים עליה שהיא אשת איש ובפני' קידושין (דף ס"ה) רמז לזה ולמ"ש אתי שפיר דדוקא בבא להעיד בתורת עדות אז כל מה דנוכל לקבל מתוך עדותו מקבלינן ולא כשאינו בא להעיד ולכן שם אינו בא להעיד כלל רק בתורת בע"ד לא אמרינן פלגינן דיבורו. [אולם שם בלא"ה לא שייך לומר פלגינן דבורו כאשר כתבתי בהגהותי בד"ח דיני קידושין (סי' א') דלא אמרינן פלגינן דיבורו להוסיף איסור חדש על ידי עדותו מה שאינו מעיד ודוקא בפלוני רבעני וכדומה דליכא שום נ"מ את מי רבע וכן בגזל ממני או לקח רבית ממני דלענין שיהיה נאמן שעשה האיסור ליכא נ"מ אז פלגינן דבורו אבל במעידין על האשה שנתקדשה מפלוני מעידין על האיסור שיש היתר לאיסורה באם ימות המקדש או יגרשה. וכיון דעל עצמו אינו נאמן לא נוכל לומר פלגינן דבורו שלא נתקדשה ממנו רק מן אחר שלא נודע לנו מי הוא ותהיה אסורה לשוק אף אם ימות זה שאמרו שקדשה או יגרשה בכ"ז תהיה אסורה זאת ל"א להוסיף על עדותן באיסור יתר שאת ממה שהעידו וזה ברור]:

וראיתי בתומים כ"מ (ס"ק ק"ה) דכתב שם בהא דפסקינן יו"ד (סי' קע"ו סי"ב) דעת הסמ"ג דהתובע לחבירו מעסקא וטוען ריבית הוא דאינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע ומוציאין ממנו ממון ואף מגו לא מהני. וברמ"א (סי' קס"ט סכ"ה) כתב במע"פ ואית ליה ללוה מגו נאמן דלמפטר נפשיה מן ממון משים עצמו רשע ובש"ך שם השיג על רמ"א וכתב התומים דלב' תירוצים שבתוס' כתובות הא דלא אמרינן פלגינן דבורא באנוסין היינו מחמת ממון או משום דבקיום הקילו או דמחמת נפשות ל"ש אם כן באומר ריבית קצוצה הוא נפלוג דבורא ונימא ריבית הוא אך לא קצוצה רק אבק ריבית ולא נעשה רשע דאין הלוה עובר באבק ריבית ואם אמרו פלגינן דיבור' להכשיר עדותן להוציא ממון מכ"ש להחזיק וי"ל דהסמ"ג סובר בחד גופ' לא אמרינן פלגינן דבור' מה שאין כן לאידך תירוצים שפיר יש לומר פלגינן דבור' ומי יוציא מיד המוחזק דיטעון קים לי עכ"ד. ולמ"ש לגבי בע"ד לא שייך כלל לגרוע מטענותיו ולהוסיף טענות מה שאינו טוען רק היכא דמתכוין להעיד וכמבואר מדברי רש"י משא"כ גבי בע"ד אם לא נוכל להאמין הדברים כמו שאמר אדרבא הוחזק ככפרן. ועיין תוס' שבועות (דף מ"א) גבי הא דאמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דהקשו אמאי לא מתרצינן דבוריה לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי כמו במס' כריתות באומר לא נטמאתי ומסיק שם התוס' דכשטוען עליו בב"ד יש לו להשיב בענין שיפטור ואין לנו לתרץ דבריו עיי"ש וכ"כ תוס' ישנים בכריתות שם וברשב"א וריטב"א שבש"מ ב"מ (דף ג') ועיין ש"ע (סי' ע"א) ובתומים שם דמבואר דנקטינן תירוץ זה להלכה דלגבי בע"ד הטוען בב"ד לא מתרצינן דבריו וצריך לברר טענותיו וכמו כן לא שייך לומר פלגינן דיבורו וכיון דאומר ריבית קצוצה הי' וזה אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע לא נפליג דבורא ולומר דהיה אבק ריבית וזה פשוט וברור:

עוד התפלא שם התומים הרבה בדעת הסמ"ג וש"ע יו"ד הנז' דכיון דעל כרחך צריך לומר דזה הוי כאנן סהדי דמשקר ואין אדם משים עצמו רשע אף במגו ולכך מוציאין ממון למה כשכבר פרע ורוצה להטיל שבועת היסת על המלוה בטענתו שקבל ממנו ריבית קצוצה שומעין לטענותו כמבואר בח"מ ויו"ד שם זה נגד השכל דבסברא זו דאין אדם משים עצמו רשע מוציאין ממון וא"נ אף במגו ויהיה בידו אחר כך להטיל שבועה עליו עיי"ש עוד קשה אמאי בטוען הלוה על שטר דאמנה הוא דנאמן במגו דמזויף ועיין ש"ך (סי' פ"ב) אף דטוען דעדים ידעו מזה ומשוי' לעדים רשעים מ"מ נאמן במגו [ובתומים שם כתב ראיה מש"ס דמוקי לממרי' דרב האומר שטר אמנה דאינו נאמן דאמר לוה ובאין כ"י יוצא ממ"א וכדרב הונא אמר רב. ולמה לא אליבא דכ"ע דאינו נאמן הואיל

דמשוי' לעדים רשעים א"ו דלר"כ באמת נאמן במגו. ולא אבין ראיה זאת הא לס"ד לא ידענו מזה דעולה הוא ורב אשי מסיק כן כדר"כ ועיי"ש בתוס' דהקשו לאוקימתא דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים יהיה נאמן במגו דמחיל ובש"מ משם הראב"ד מתרץ דהוי מגו במקום עדים והקשה כן בש"מ שם הא לס"ד לא ידענו מזה. ובאמת י"ל דגם לס"ד היה ס"ל דאמנה עולה הוא דכי אביי ורבא לא ס"ל הא דר"כ רק דסבר דעולה הוא כשהעדים ידעו מזה אבל היכא דעדים לא ידעו בזה ליכא עולה כמו דכתב הש"ך (סי' מ"ו) דעדים נאמנין אפי' בכ"י יממ"א היכא דאמרו דלא ידעו ואביי ורבא ס"ל לאוקמי דברי רב בכל אופנים אפי' היכא דלא משוי לעדים רשעים לכך כ' שפיר הראב"ד דמ"מ מגו במ"ע הוא היינו כיון דהיינו מחזיקין להשטר בחזקת כשר הוי מיגו לאורועא שטר' אבל באם היה אביי ורבא רוצים לאוקמי בגווני דעדים ידעו מזה כמו שכתב התומים אז אם נימא דידעו מדר"כ דעולה הוא היו מוקמי לדרב כר"א מדר"כ] ויש להבין דברי הש"ך הא מגו במ"ע הוא וכמו"ש הראב"ד לתרץ קושית תוס' דמה"ט אינו נאמן בחב לאחרים במגו דמחל. ואף דתוס' ויתר הראשונים לא תירצו כן אליבא דאמת י"ל דסברו כמו דקיי"ל מגו במקום חזקה לא אמרינן ואעפי"כ מגו דבידו לעשות עדיף כמו שכתב הר"ן קידושין (דף ס"ד) ובאחרונים (סי' מ"ז) כמו כן י"ל מגו במקום אנן סהדי היכא דבידו לעשות בהיתר עדיף. אבל מגו דמזוייף דהוא רק טענה עדיפא למה יהיה נאמן במקום עדים גם הא מש"ס כתובות מבואר לאוקימת' דרבא להא דרמב"ח ארישא אתמר דא"נ העדים במגו במקום דמשוו נפשי' רשעים וצריך לחלק דוקא היכא דעדים יהיו נאמנים בתורת עדות במגו היכא דמשוי נפשייהו רשעים אינן נאמנין אבל הלוה יכול לומר טענתו אף דמשוי לעדים רשעים. אך מ"מ קשה הא הוי מגו במ"ע. גם הא באמנה הלוה ג"כ עובר עכ"פ על לפני עור אם מוסר שטר אמנה למלוה א"כ משים עצמו רשע ודומ' לדברי סמ"ג הנ"ל דא"נ לומר ריבית הי' אף במגו ושם ג"כ אין הלוה עובר כ"ז שלא נתן רק על לפ"ע ועיין מל"מ (פ"ד ה"ב) ממלוה משם רלב"ח. וה"נ הלוה עובר על לפני עור לפי טענתו. ואף אם נימא דאינו עובר רק מדרבנן מ"מ שייך לומר אין אדם משים עצמו רשע כמבואר מש"ס כתובות ורשב"א הבאתי לעיל ומדברי קצוה"ח (סי' ל"ה) וביותר להמבואר בתשובת פני יהושע ח"א ח"מ (סי' ט') בפשיטות דהיכא דמכשיל לחבירו אף באיסור דרבנן מ"מ כיון דמכשיל הוא עובר המכשיל על לאו דאורייתא דלפני עור ע"ש ועיין מ"ש בזה בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ב') וא"כ אמאי יהי' נאמן אמנה במגו ועיין בב"ח (סי' פ"ב) דמבואר דהלוה עובר. ובתשובת פני משה ח"ג מצאתי שפלפל בזה אם

הלוה עובר באמנה אולם מאיסור דלפני עור לא תתן מכשול לא ימלט. ויקשה אמאי נאמן במגו דמזויף:

ונראה קצת לומר דטעמא של הסמ"ג דמוציאין ממון על ידי סברא דאין אדם משים עצמו רשע הוא דוקא בריבית והטעם כמו דמצינו חזקה טובה דמוציאין ממון היינו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ומבואר בש"מ ב"ק ר"פ שור שנגח דאף דא"ה בממון אחר הרוב מ"מ כיון דהוי חזקת חיוב מהני חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו בצירוף חזקת חיוב להוציא ממון. וי"ל דזה גם כן הטעם דנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד ומוציאין ממון אף נגד טענות ברי כמו שכתב המרדכי פ' השולח והרא"ש בתשובה (כלל ק"ח) והוא גם כן מהך סברא וטעמא דמצטרפינן חזקת חיוב להדי חזקה דלא שבק התירא וכמו כן י"ל בחיוב הבא בטענות ריבית להמתבאר מד' הראשוני' ומל"מ הל' מלוה דבכל ריבית נתחייב הלוה רק המלוה אסור בכח התורה לקבל אבל מ"מ חל החיוב של הלוה כמו שקצץ ונתחייב וכבר כתבתי בהגהותי בד"ח (חיו"ד סי' ל"ד) דמ"מ נפקע מיד החיוב כיון דאסור להמלוה לקבל ואיסורא רבע עליו נפקע חיובו מטעם הפקר והבאתי שמה שכ"כ מהרי"ט בתשובה אבל מ"מ מיד נתחייב הלוה רק הואיל דאיסורא רבע עליו נפקע חיובו. לכך כשטוען המלוה דנעשה בהיתר נאמן והלוה דאומר דהי' החיוב באיסור אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע אף במגו דפרעתי כיון דמודה בחיובו מצטרפינן חזקת חיוב להדי חזקת כשרות דאין אדם משים עצמו רשע ונקטינן דהחיוב הי' בהיתר כיון דאף לדבריו שהיה הקציצה באיסור מ"מ חל החיוב רק דטוען דאריה רביע עליה דהמלוה שלא לקח ונפקע חיובו והמלוה טוען דהיה בהיתר ונשאר החיוב וכיון דהמלוה טוען ברי שאינו עושה איסור נאמן לגבי דנפשיה ואדם נאמן על עצמו ומוציאין מן הלוה מצד דאין אדם משים עצמו רשע בצירוף החזקת חיוב כמו בחזקה דאין פורע ת"ז. ולפי"ז א"ש מה דמטילין אחר כך על המלוה שבועת היסת אף דשייך לומר חזקה דאין אדם משים עצמו רשע מ"מ לא נפטר בשביל זה מהיסת כמו בחזקה דאין אדם פורע תו"ז דג"כ הדין כן דאף דמוציאין ממון מ"מ יכול אחר כך הלוה להטיל על המלוה היסת כמבואר (סי' ע"ח) וה"נ דכוותי'. ולפי זה גם באומר שטר אמנה אף דמשים עצמו רשע בטענתו מ"מ כשיש לו מגו נאמן בטענתו הואיל דלפי טענתו מעולם לא נתחייב וליכא חזקת חיוב. ולפי"ז צריך לומר הא דמבואר בש"ע (סי' פ"ב ס"י) הוציא עליו שטר מקיום והלוה אומר ריבית אינו נאמן להשביטו ומבואר דדוקא אם מקוים הוא א"נ אבל באם אינו מקוים נאמן לומר ריבית הוא במגו דמזויף ואמאי הא אין אדם משים עצמו רשע כמו הך דיו"ד משם סמ"ג הנ"ל דאף במלוה על פה אינו נאמן במגו דפרעתי דאיירי לא דטוען שקצץ

באיסור רק דהיה דומה לו שחייב לו ואחר כך נזכר שהיה ריבית ואז נאמן במגו. או יש לחלק דדוקא במודה על הקציצה רק דאומר דהיה באיסור בזה בצירוף חזקת חיוב אמרינן אין אדם משים עצמו רשע. אבל בטוען על השטר דמריבית הוא בזה אף לו יהיה דהיה חזקת חיוב כבר נפקע מצד דאסור לקבל וטרם שנכתב השטר כבר נפקע החיוב וטוען על השטר דבשקר נעשה בזה שוב ליכא רק כח דא"א משים עצמו רשע היכא דיש לו מגו נאמן ואין מוציאין ממון וצ"ע בכ"ז:

סימן מג

אם העיד אחד על פלוני שהוא פסול ולא נתקבל עדותו ונשאר בחזקת כשרותו וכשר לכל עדות שבעולם. אולם אם גם כשר אח"כ להעיד לזכותו של אותו שהודה עתה שהו' פסול יש מן האחרונים כתבו דנפסל להעיד לזכותו והביאו ראי' מדברי תוס' כתובות (דף מ"ד) ד"ה א"ב שכתבו ונראה לר"י דאם יש לזה מקבל מתנה שום שטר אחר שהעדים האלו חתומין בו מרעין לי' שטרא הואיל והוא מודה שהן פסולין עיי"ש הרי דנשארו פסולין על ידי הודאתו ואף דשם כתב הרא"ש דהלכתא דלא מרעין סהדי דאוקי סהדי אחזקתיהו ע"ש הט' כיון דלא הודה בעהש"ט בפנינו שהן פסולין רק ממה דיש לו שני שטרות נשפוט מזה דידע דהן פסולין בזה כיון דלכל העולם נשארו בחזקת כשרות לא פסלינן לסהדי אף לגבי דנפשי' ול"א דהי' הודאה. ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' מ') דהביא ראיה מדברי הרא"ש הנ"ל דבספק פסול וספק כשר מוקמינן אחזקת כשרות אף להוציא ממון ודבריו צ"ע דכאן כיון דלכ"ע נשארו העדים בחזקת כשרות מהיכי תיתי יהיו נפסלין לזה כל זמן דלא ידענו בבירור דהודה שהן פסולין ועיין ב"ח ודו"פ (סי' ר"מ) מה שכתבו בדעת רמב"ם שם ובמהרי"ט שם דכתב דאף לדעת רמב"ם נשארו סהדי בחזקת כשרות. אולם היכא דהודה בפירוש בפסול העדים י"ל דהודאות בע"ד כמאה עדים דמי:

ובמל"מ (פ"א משחיטה) הקשה מזה ע"ד מהרי"ק בשוחט שהעיד עליו עד אחד דשחט שלא כהוגן והוא מכחישו דמכל מקום רשאי זה שהעיד עליו לאכול משחיטתו דאינו מוחלט לפסול עולמית ואמאי לא נימא כיון דאם היו ב' עדים על זה שאומר זה ל"ה יכולין לאכול ולגבי דידי' הוי כב' עדים כמו בדברי תוס' הנז' דמשום שהודה שפ"א חתמו בשקר שוינהו לנפשיה לרשעי' ולגבי דידיה בעדותו בפעם אחרת א"נ עיי"ש. ועיין ש"ך ופ"ח יו"ד (סוף סי' א') ובש"מ שם משם ריטב"א דאחר כך נאמנים גם אצל זה דדלמא עשו תשובה עיי"ש. ונראה דהמעיין בלשון תוס' יראה דרק לענין אורוע' סהדי לפסול השטרות שחתמו אחר כך בזה מרעינן לי' שטרא וכן מבואר בלשון ראשונים המובא בש"מ ובהרא"ה שם דרק מה שחתמו אח"כ על השטר מרעינן להשטרות ע"י הודאתו

שהודה שהן פסולין ולא לחנם דקדקו לומר לאורע' שטרות ולא כתבו אם מביא אחר כך אותן העדים להעיד על זכותו דלא מהימנינן להו מצד הודאתו דהשתא על פסולו מבואר דכיון דלא איברו סהדי אלא לשיקרא וא"צ לקיום הדבר עדות רק לגלות על אמיתת הענין ואם באמת חייב הנתבע לא איכפת לן אם העדים כשרים או פסולים. לכך כיון דגזה"כ לדון הדבר על פי שני עדים אשר המה בחזקת כשרות אף דלא נודע לנו אמיתת הדבר כמו כן אם תובע לחבירו על ידו עדים הללו מוציאין מן הנתבע כיון דלכל העולם העדים המה כשרים לא איכפת לנו בהודאתו כיון דטוען ברי ויודע שחייב לו והב"ד יודעים בירור הדבר ע"י עדים הכשרים לכל דבר למה לא ידונו הב"ד על ידי עדותן כיון דאף אם כלפי שמיא גלי באמת דהמה פסולין מכל מקום דבריהם בזה יכול להיות אמת ולא חסר להב"ד שום דבר מכח עדים האלה. וגם אם ישקרו עברו על לאו דלא תענה כיון דאצלם המה בחזקת כשרות מה שאין כן אם חתמו על שטר דבאמת כל עדות מפי כתב אינו מועיל מן התורה דמפיהם ולא מפי כתבם. רק תורת שטר הוא ענין אחר דגלי לנו הקרא לדעת רוב הפוסקים דמהני מה"ת משום דתורת שטר בכח עדותן מהני וכמו שנחקרה עדותן בב"ד הואיל דנעשה מדעת המתחייב והעדים עושים או שטר קנין או שטר ראיה ובעי לקיום הדבר שני עדים כשרים לא לבד לגלות אמיתת הדבר רק שהשטר יעשה הקנין ואף בשטרי הלואות אף דשיעבודא דאורייתא מ"מ כבר הוכיחו האחרונים כיון דמע"פ אינו גובה ממשועבדים רק על ידי שטר נגמר עיקר השיעבוד על ידי השטר עיין מה שכ' בזה הנתיבות (סי' ס"ו סקכ"ג) ואף למה שכ' קצוה"ח שם דהוי רק שטר ראיה מ"מ ממה דמהני מכירה בשט"ח ע"כ דל"ה שטר ראיה לבד רק דנתוסף כח שיעבוד על ידי השטר וכל כח שטר הוא אם נעשה כתיקון השטר על ידי שני עדים הכשרים באמת אבל אם כלפי שמים גלי' דפסולים המה אף אם בדבר זה עשו כדין ובאמת העידו בח"י על השטר מ"מ ל"ה כח שטר אם המה אינם כשרים להעיד דצריך העדים לקיום הדבר ואם אינו בכח שטר הוי עדותן מפי כתבם דלא מהני לגבי ב"ד לדון ע"ז לכך היכא דהודה על פיסולן של העדים ולגבי עצמו נאמן מרעינן לשטרו' שהעדים חתומים עליהן אבל מה שהעידו על פיהן דנין הב"ד על פי עדותן לא מבעיא אם טוען טענות ברי דחייב לו ויודע שהפעם הגידו האמת ודאי דנין על פיהם אלא אף אם תובע בטענות שמא מ"מ כיון דלכל העולם המה כשרים הוי כיודע שחייב לו ודנין הב"ד על פיהם. לכן דעת מהרי"ק דל"ש בזה לומר שוי' אנפשו חתיכה דאיסורא כיון דאף שראה שפעם א' שחט שלא כהוגן לא הוחזק בכל פעם שישחוט שחיטה פסולה ורשאי לאכול ועיין תוס' ב"ק (דף ק"ח) דמדאורייתא אף החשוד על השבועה נותנים לו שבועה ובקצוה"ח (סי' צ"ב) ביאר

דבריהם דרק לגבי עדות חדית רחמנא אל תשת רשע עד רק מכי איתברר דעשה תשובה אבל לשבועה לא כתיב רשע ומשביעין אותו דאפשר עשה תשובה עיי"ש וה"נ לענין שחיטה כיון דלא מיפסל בבירור ובידו לשחוט כהוגן ונאמן אף הפסול רק כיון דנעשה חשוד לאותו דבר פ"א לכן כ"ז דלא נתברר הפסול שלו רשאי אף זה לאכול משחיטתו וא"ד לדברי תוס' כתובות הנז' דכוונתם רק בדבר דצריך עדות לקיום הדבר בזה מרעינן להו לגבי עצמו. ואף להסוברים דחשוד על השבועה נפסל מדאורייתא לשבועה מ"מ סברת המרי"ק כ"ז דלא נודע פסולו לא מפסל ויבואר במ"א סברתו לדעתי העניה בזה רק זאת נראה דלענין לפסלו לעדו' לחובתו של זה שהודה אינו ראיה לדעתי מדברי תוס' הנ"ל דכל כוונתם רק לפסול מה דבעינן לקיום הדבר עדים כשרים לא לברר אמיתת הדברים:

ולכאורה יש להביא ראיה דנפסל לעדות אחרת ע"י הודאתו מהא דמבואר שבועות (דף מ"א) בתובע לחבירו הב לי מאה זוזי דאוזיפתך והלוה אמר להד"מ והעדים העידו דאוזפיה ופרעיה ואמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והעדים נאמנין על ההלואה ואינן נאמנין על הפרעון דהודא' בע"ד כמאה עדים. ודין זה מוסכם מכל הפוסקים וקשה למה לנט הגמרא דוקא אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה הא אף אם העדי' לא העידו רק דראו פרעון חוב ממילא ידענו דהיה חייב לו ונימא הודאות בע"ד כק' עדים דלא פרעו. ואף די"ל דהעובדא דמייתי בש"ס שם הכי הוי מ"מ כל הפוסקים הביאו הדין הזה רק באופן זה דהעדים אמרו לוה ופרע ולמה להו דוקא בכה"ג הא אף אם לא ראו רק שנתן לו בפרעון חוב היה די:

וראיתי בתשובת מרן עק"א ז"ל (סי' קמ"ט) דהעלה דבכה"ג כיון דלא נודע עדות דהלואה רק מכח מעשה פרעון אם נאמר דמאמינים לו דלא פרע ומסלקי עדותן שוב ליכא על הלואה עדים ודוקא כשהעידו לוה ופרע בזה אמרינן על עדות פרעון נאמן לגבי עצמו ומסלקין עדותן דפרע עיי"ש. אולם מדברי ריטב"א כתובות (דף ק"ז ע"ב) מבואר דאף בכה"ג היינו בדבור א' נוכל למפלג ולסלק מה דהוא זכותו של הלוה ומקבלין חובתו דפי' שם בהא דאשה שאמרה גירשני בעלי מתפרנסת עד כדי כתובתה וכששמעה בו שמת ודוקא עד כדי כתובתה דאיהי היא דאפסידה אנפשה והקשה רש"י תגבה כתובתה יחד כיון דשמעה שמת וכתב הריטב"א כיון דאמרה שהוא חי הוי הודאות בע"ד ומאמינים לה לחובתה שהוא חי ודבריה שנתגרשה היא מוכחשת מהעדים שאמרו שכבר היה מת הרי אף דלא העידו בפירוש דלא גירשה רק כיון של"ה חי ממילא לא גירשה ובכ"ז מקבלין מדבריהם החוב לה היינו שלא גירשה והזכות לה שמת לא מקבלינן ואמרינן

הודאת בע"ד כמאה עדים ושוב ראיתי בס' דו"ח מרבינו הנז' שם דעמד באמת בזה ע"ד ריטב"א דלדבריו צריך לומר לאו בדוקא קתני דאמרי אוזפי' עיי"ש:

והיה נראה לומר ולחלק בזה דהא בלא"ה קשה אמאי חייב מטעם כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הא כמו שהלוה הודה דשקר העידו על הפרעון כמו כן המלוה גם כן אומר דשקר העידו מה שהעידו על הפרעון אם כן מודה המלוה בפסול עדים נימא דגם מה שאמרו אוזפי' בטל. וראיתי בתומים (סי' ע"ט) דעמד ע"ז. ובס' ב"א תמה עליו דסותר דברי עצמו שכתב בכ"מ דלכך באין כ"י יוצא ממ"א אינן נאמנין לומר אנוסים מחמת ממון ול"א ממנ"פ אם מעידין בשקר על אנוסים ממילא מה שאמרו כ"י הוא יתבטל דשקורי משקרי היינו משום דלא מפסל כשמשקר העד בפני ב"ד רק כשמעיד דבר שיש תועלת בעדותו לענין ממון אבל לא כשמשקר בדבר שאין תועלת בדבריו בשביל זה לא מפסל וה"נ כיון דאין תועלת במה דמשקרי ואמרו דפרעו כיון דזה נגד הודא' בע"ד לא מפסלו בשביל זה. אולם ז"א דשם ליכא שום נ"מ בעדותן אבל בזה נ"מ במה שהעידו שפרע דאף דיצא הלוה חייב בדינו יהיה רק בשביל הודאתו שאמר להד"מ והוי כמודה דלא פרע ונתחייב רק עפ"י הודאתו ולגבי עצמו אבל במקום שחב לאחרים אינו נאמן דהא כל הנוגע לאחרים אינו נאמן ויאמרו אנן אעדים סמכינן כמבואר ש"ס ב"ב (דף קכ"ח) בכה"ג וא"כ לדברי המלוה אם נחזיק דבריו שמה שאמרו פרע העידו בשקר ונפסלו עי"ז כיון דיש מקום שיהיה תועלת בעדותו ויקשה אמאי גובה המלוה וסמכינן על העדים הא כ"כ שהלוה הודה שהעדים משקרים כ"כ המלוה אומר שהם משקרים. וצריך לומר דהמלוה אף שהודה שמה שאומרים פרע העידו בשקר מ"מ לדבריו גם כן לא נפסלו רק מדיבור שאמרו פרע ונאמנים במה דאמרו אוזפי' ואף דרבא סובר ב"ב (דף ל"א) בהאי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דעדות מוכחשת היא וע"כ ל"א ר"ה זו באה בפ"ע ומעידה אלא לעדות אחרת אבל לאותו עדות לא ה"ט דשם עכ"פ עדות מוכחשת היא וידענו בבירור ששנים מהם נפסלין ורק ר"נ סובר הואיל דזו באה בפ"ע ומעידה וכשרים המה לכל עדות שבעול' לכך ל"א לגבי זה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו דאמרינן ב"ק (ע"ג) כי איתזום אטביחה בטלה עדות גניבה דשם דנפסלין לכל עדות בבירור מכאן ולהבא אבל היכא דכשרים הם אף מכאן ולהבא דזו באה בפ"ע ומעידה לכך במה דלא אתכחש מקבלין עדותן ורבא סובר דלאותו עדות לא מקבלין עדותן כיון דעכ"פ עכשיו אתכחשי וידענו שכת אחת המה פסולין נתבטל כל עדותן משא"כ בהעידו אוזפי' ופרע דלכל העולם המה כשרים כחזקת כל עדות רק לגבי מלוה המה נפסלין דלדבריו העידו שקר על פרעון לכן אף דנתבטל

עדות הפרעון מחמת הודאתו של הלוה מ"מ כשר אף לגבי המלוה עדות דאוזפי שאמרו קודם שאמרו פרע ואף עדות דפרע לא נתבטל רק לגבי הלוה מטעם הודאתו ומה דנוגע לגבי אחרים ים מחזקינן אף לעדות פרע לאמת. ולכך לא נתבטל עדות דאוזפי' אף דהודה המלוה דהעידו שקר במה שאמרו פרעו מ"מ מה שהעידו קודם לכן דאוזפי' נאמנין:

וזה א"ש אם אמרו בשני דיבורים אוזפי' ופרע אבל אם לא העידו רק דפרע לא נוכל לקבל עדותו ולהוציא מזה דאוזפי' ועל הפרעון יהיו מוכחשין מן הלוה דהא בדיבור זה כמו כן המה מוכחשין מן המלוה ומה חזית למיזל בתר הודאת הלוה ניזל בתר הודאת המלוה ואוקי ממונא בחזקת מרא אולם בנידון דריטב"א כתובות שם ליכא שום הכחשה מן הבעל להעדים רק מן האשה שמכחשת העדים בדיבורם שאמרו מת ואמרינן הודאת בע"ד עדיף ומסלקין עדותן לגמרי רק לכל העולם נאמנין העדים ומעדותן ידענו שלא גירשה ולכך אין לה מזונות רק כדי כתובתה:

אולם כ"ז אם נאמר דעל ידי הודאתו של המלוה נפסל לכל עדות אבל אם נאמר דבאמת נשאר בכשרותו דגזה"כ הוא דלא נפסל רק ע"י עדים או מטעם כיון דאצל הב"ד הוא בחזקת כשרות וזה טוען ברי דחייב לו אמרינן עפ"י שני עדים יקום דבר הדרא הקושיא לדוכתי למה צריך דוקא שיאמרו אוזפי' ופרע הא אם מעידין על הפרעון לבד די ונקטינן מזה דהי' הלואה והלוה הודה דלא פרע וגם אצל המלוה המה כשרים. גם נ"מ אם המלוה תובע דיודע שהלוה לו ועל הפרעון מסופק ואינו זוכר והלוה אומר דיודע שלא הלוה לו והעדים מעידים דראו פרעון בזה למ"ש דגם בחד דבור פלגינן דברי עדים ונקטינן החוב של הלוה בזה הי' חייב לשלם כיון דאינם מוכחשים מן המלוה כלל דא"י מן הפרעון והלוה הודה דלא פרע הי' חייב ולדברי רבינו עק"א ז"ל בזה לא פלגינן חד דיבור לקבל חובו של הלוה ולבטל זכותו:

ומה שכתב הגאון ז"ל בחידושיו לכתובות שם דלדברי ריטב"א צריך לומר דלאו בדוקא קתני דאמרו אוזפי' לא אבין דבריו דזה לפי מה שהניח שם בכוונת הריטב"א דדמי להא דלא לויתי כאומר לא פרעתי ולא אדע הא המעיין בדברי ריטב"א יראה דלא צרכינן לזה וז"ל דכיון שהודה ע"ע שאינה אלמנה וא"י לתבוע כתובתה בתורת אלמנה שוב אין לה כח גרושה שהרי אינה נאמנת לומר כן שלא בפני בעלה ואין כאן טעם ממנ"פ עכ"ל וא"ד כלל לאם אמרו עדים פרע בזה שפיר יש לומר דדבור אחד לא פלגינן דברי עדים ואם מסלקינן לדברי עדים מכח הודאת הלוה שוב ליכא עדי' כלל שהיה הלואה וממילא נאמן הלוה לומר להד"מ דטענת הלוה טענה מעליא הוא ולא צריך שום סיעת העדים משא"כ בנידון דריטב"א דטענת גירשני בעלי לאו טענה מעליתא הוא ואינ' נאמנ' שלא

בפני בעלה וכיון דהודאתה מה שהעדים אמרו דמת הוא שקר וליכא לה סייעת העדים שוב אינה נאמנת מכח גרושה כיון דמוכרחין אנו לסלק העדים בשביל הודאתה. אבל מ"מ י"ל דהיכא דהיא לא צריכה לסיעת עדים כמו באומר לא לויתי דאף חד דריבו מקבלין לחובתו ולא לזכותו:

סימן מד

בספר ד"מ מאאזמ"ו הגאון ז"ל (סי' ל"ד) חקר לדעת המרדכי הא דאומר לדידי אוזיף ברבי' דנפסל המלוה דהוא דוקא אם אומר דלא שקל אבל אם אומר דשקיל הוי נוגע אם המלוה מודה דשקיל ממנו ורוצה להחזיר אם נאמר דבזה נסתלק נגיעתו ל"ה כנפסל עפ"י עצמו או לא וכתב להביא ראי' מהא דאה"ע (סי' ל"ה) דאם קדשה השליח בכסף והוא מודה דמסלק הנגיעה וחשיב כמקדש בעדים וה"נ דכוותי ל"ח דמיפסל ע"י עצמו. וראיתי למי שהשיג עליו בס' חדש דהא מבואר בחידושי ר"ן מסכת שבועות בהא דלא משכחת בעדי קנס ראיה בלא ידיעה דמי ל"ב מידע אי נכרית בעל או בת ישראל בעל וכתב הר"ן אף אם אמר לא אנסתי אשה מעולם והעדים אמרו דאנס לא מיחייב אע"פ שהוחזק כפרן לפי שזה בפשיעתו מתחייב ואין אדם משלם קנס על פי עצמו הרי באם אין עדות לחוד מספקת אלא בצירוף דבורו מרשיע את עצמו קרינן ביה וה"נ כיון דבלא דבורו של המלוה ל"ה מספיק עדותו של הלוה משום דהו"ל נוגע אף לאחר הודאה ל"מ דהו"ל מרשיע א"ע וא"א נפסל ע"י עצמו:

ולדעתי יש מרחק רב נידון זה מדברי הר"ן שם דשם בקנס אף העדים בעצמם אינם יודעים אם חייב זה קנס או לא דאינם יודעים למי בעל רק בשביל שהוחזק זה כפרן באמרו שלא בעל כלל יתברר חיובו בזה ודאי מקרי מרשיע את עצמו מה שאין כן בנידון דמר זקני בעל דברי משפט ז"ל הא העדים יודעין דבר ברור שזה נפסל שהלוה בריבית ושקל ממנו ריבתא רק אנן לא נוכל לקבל עדותו דלוה מחשש נגיעה דשמא משקר לכן כיון דנסתלק עכשיו החשש זה ע"י הודאתו של המלוה שפיר מקבלין עדותו והודאתו של המלוה אינו פועל להרשיע א"ע דבפני עדים ברור הדבר שעשה מעשה שנפסל ע"י וגם לנו הוא ספק אפשר שכן הוא רק כ"ז שיש חשש נגיעה חשדינן ללוה למשקר וכשנסתלק זה שוב ידענו בבירור ע"י שני עדים שעשה מעשה הפוסל אותו מה שאין כן שם לגבי קנס בלעדי הודאתו לא נתברר חיובו אף להעדים. וז"פ:

ברם יש להתבונן הא זה ודאי שיגיד מחדש עדותו הוא ללא תועלת כיון דעכשיו הוא לפנינו הנגיעה דמוכרח לומר שהלוהו כדי שיקבל מהמלוה על פי הודאתו של המלוה. ואם כן צריך לומר לפוסלו מכח הגדה הראשונה ומה הועיל הגדה הראשונה כיון דאז

היה גם כן נוגע בדבר ולא קבלנו הגדתו בתורת עדות אחרי דאמר שלו הלוה בריבית ואחר כך כשנסתלק הנגיעה במה יתעורר בהגדתו הראשונה בתורת עדות כיון דלא נתקבל עד שהודה המלוה. ואולי הא גם מעיקרא היינו מקבלין עדותו רק שהיינו חוששין לחשוד אותו למשקר וכיון שנתברר עכשיו על פי הודאתו דמלוה דעכ"פ אינו משקר ונסתלק החשש זה מקבלינן לסהדותא דמעיקרא ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר ד"מ (סי' קכ"א) ובד"ח דיני עדות (סי' י"ז) דלכך מהני סילוק בחשש נגיעה ולא מיפסל מטעם דל"ה תחילתו וסופו בכשרות משום דגם תחילתו היה בכשרות רק דלא ידענו אולי משקר עיי"ש משם ש"מ ב"ב (דף מ"ב) ואם כן בהודה המלוה מהני הגדה ועדיין צ"ע ולדעת הע"ש דנוגע מטעם בעל דבר הוא מפסל ולא מטעם משקר לחוד ודאי נראה דכיון דעדותו נוגע לו שיקבל בהחזרה הריבית לאו תורת עדות עליו. ואדרבה י"ל אף לאינך פוסקים החולקים על המרדכי וסובריי דל"ה נוגע בדבר כיון דיודע בעצמו שלגבי עצמו לא יהיה נאמן אמרינן דעיקר עדותו הוא רק לגבי המלוה וזה דוקא אם המלוה כופר אבל אם המלוה מודה יש לומר דהוי בע"ד ממש ולדעת ע"ש אינו נאמן:

עוד יש להעיר בדין הנ"ל להמבואר ב"ק (דף ע"ה) דהיכא דאמר בפניכם גנבתי דלת"ק לא הוי עדות דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן ולדעת הישי"ש שם דוקא בכה"ג שאמר הגנב בתחילה אבל אם אחר כך הודה לדברי עדים שפיר יכול להזימן דאלת"ה כל אחד יפטור עצמו לגבי קנס ויודה לדברי עדים עיי"ש ולפי זה כאן כיון דהמלוה הודה אחר כך שפיר הוי עדות שאילה"ז אולם לדעת התומים (סי' ל"ח) אף בהודה אחר כך להעדים פטורין מדין הזמה ומ"מ העדות כשר דבשעה שהעידו בב"ד היה עדות שיכול להזימן ונתחייב בזו הרגע ומה יהני שהודה אחר כך לפסול הגדת עדים שכבר העידו והוכשר עדותן בב"ד אבל מ"מ מדין הזמה נפטרין ע"ש ולדבריו בנידון זה כיון דטרם שהודה המלוה לא נתקבל עדותו דלוה מחשש נגיעה רק כשהודה המלוה לדבריו אז נקבל עדותן ובזה שוב הוי ביטול להעדות מצד דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן ועיי"ש בתומים דמספקא ליה אם עכ"פ חייב מלקות מטעם דעובר על לאו דלא תענה וכבר מבואר הדבר בש"מ ב"ק שם משם הרא"ש דל"מ הודאתו לפטרו ממלקות אולם בריטב"א ריש מכות דמתרץ שם קושית תוס' על מעידין אנו באיש פלוני שחייב גלות דאיירי שהודה אבל לא בפניכם מבואר דאם היה אומר בפניכם הי' פטור מגלות וממלקות. ולפי"ז נ"מ בשני תירוצי תוס' ריש מכות בהא דמעידין באיש פלוני שהוא בן גרושה ובן חליצה דל"ה עדות שאי אתה יכול להזימן או משום דהיכא דל"ש בהו הזמה לא בעי עדות שאתה ילה"ז או דמקיימין הזמה במלקות באם אומר שהרג בשוגג בפניכם אם אמרינן דל"ב

בזה כלל עדות שאתה יכול להזימן מהני עדותן אבל אם נאמר דמלקות במקום דין הזמה ל"מ בכה"ג עדותן אם כן אם נאמר כשהודה פטורין אף ממלקות שוב הוי עדות שאי אתה יכול להזימן ולא מהני עדותן לפוסלו. אך נראה דמוכרח כדעת הים ש"ש דאחר הגדת עדותן לא מיפטרו העדים מדין הזמה בשביל הודאת הבע"ד דאל"כ בכ"מ יודה קודם דרישה וחקירה של העדים דעדיין לא נתקבל עדותן ולא נגמר הדבר אם כן לא נוכל לגמור הדין על ידי עדותן דהוי אי אתה יכול להזימן או שיודה תוכד"ד של הגדת העדים דעדיין לא נגמר ולא נוכל לומר דבשעה שהעידו בב"ד היה עדות שאתה יכול להזימן דכל תוך כד"ד עדיין לא נגמר עדותן א"ו כדעת הישׁ"ש דדוקא בהודה קודם העדת עדות ולא אחר כך ולפי זה אתי שפיר דינו דמר זקני הגאון ז"ל ועיין ש"ך יו"ד (סי' רל"ב ס"ק כ"ז) ובמ"ש בספרי ח"ר דיני נדרים (סי' כ"ה):

סימן מה

ש"ע (סי' ל"ד סכ"ח) שנים שהעידו באחד שהוא פסול באחד מאלו עבירות ובאו שנים והכחישו כו' ה"ז ספק פסול לפיכך לא יעיד ואין מוציאין ממון בעדותו וזה לשון רמב"ם (פי"ב) מעדות ויש להתבונן מה זה שכתב לא יעיד ואין מוציאין ממון בעדותו דמשמע להחזיק נאמנים ומה זה שכתב מקודם לכלל מונח ה"ז לא יעיד דמשמע בשום עדות אף להחזיק. ובתשובת רבינו עק"א ז"ל (סי' קל"ו) העלה דכיון דתו"ת ספיקא דרבנן ודוקא באיסור החמירו ולא בממון כדמוכח מס' יבמות (דף ל"א) בהא דבר שטיא דבממון לא עשו חז"ל תקנה ומהראוי להניחו בחזקת כשרות אלא דלא אלם חזקת כשרות להוציא ממון ולכן להחזיק נאמן וכבר כתבתי בזה בהגהותי לס' ד"ח דיני אישות (סי' י"ד) דאף דכן מבואר בריטב"א יבמות שם דאם תו"ת ספיקא דרבנן בממון לא מחמירינן ומוקמינן על דאורייתא לאוקמי אחזקה מ"מ זה דוקא היכא דהנידון בא על ממון מה שאין כן בתו"ת על פסולא לגברא דאנו דנין על האיש הזה אם כשר או פסול הוא דומה לכל עניני איסור שהחמירו חז"ל דלא למיזל בתר חזקה בתרי נגד תרי ונ"מ טובא אם להכשירו לעדות לקידושין וגיטין או למסור לו שבועה וכה"ג מבואר בראׁ"ש כתובות (דף כ"א) דכתב כיון דתו"ת ספיקא דרבנן הוא ולא מוקמינן ע"ח לכך פסול מספק ובס' ע"פ שם הקשה מה מדמי איסורין לממון דלא שייך בו לומר קולא וחומר' נוקמי אדאורייתא חזקת כשרות וכתב כיון דהוי ספק דרבנן לענין ממון לא מפקינן דהוי חומרא לתובע ודבריו נדחים מכח ראיות ריטב"א מבר שטיא רק כוונת הראׁ"ש כיון דנ"מ על אדם זה לכמה דברים למסור לו שבועה וכדומה ממילא כיון דהדין דתו"ת להחמיר מדרבנן פסול להעיד אחר כך דלא ע"ז לבד נולד הספק וכתבתי שם דלדעת הר"ן רק במילי דאישות החמירו

בספיקא דתו"ת צריך לומר דהש"ע דפוסל כאן לעדות הכריע דרק בתרומה דרבנן הקילו לסמוך על חזקה בתרי ותרי ועיין ב"ש אה"ע (סי' מ"ז ס"ק ב') וכ' עוד שם להוכיח דאף בדאורייתא דעת רמב"ם להקל בתו"ת מדבריו הלכות נזירות (פ"ב ה"ט) ועוד כתבתי שם בזה עיי"ש. עכ"פ לשון רמב"ם כאן צריך ביאור דמתחילה כתב לא יעיד משמע דרך כלל ואח"כ כתב ואין מוציאין ממון בעדותו משמע להחזיק מקבלין עדותו. וכעת מצאתי בס' דברי אמת שלמד בדעת רמב"ם הלכו' א"ב כמו שכתבתי בדברי חיים שם עפ"י דברי ש"מ כתובות דחזקה שהיינו דנין עליה עדיף וב"ה שכוונתי לדעת הגדול וגם העלה להוכיח מדברי רמב"ם דסובר דתו"ת ספיקא דאורייתא מדכתב רמב"ם ולא יעיד שום עדות ומבואר בדבריו דאף להחזיק אינו נאמן ויקשה מ"ש ואין מוציאין:

ונראה למ"ש בש"מ ב"ב סוגיא דפו"ט באוקימתא דר"ש שם בגוזל ונגזל ויש שם ב' לשונות דנגזל נוגע משום השני נוח לי והראשון קשה אינו נאמן דאית ליה סהדי למר כו' וכתב שם בשם עליות ר' יונה וז"ל והשתא דאיתמר תרי לישני בהאי מילתא נראה דלא מקבלים סהדותא לכתחילה מטעם השני נוח לי ואף על גב דמספקא לן מילתא אם נוגע בעדות הוא מטעם זה וקיי"ל בב' כתי עדים המכחישות זו את זו. זו באה זו בפני עצמה ומעידה משמע דמקבלים עדותם אעפ"י שהוא ספק מוכחשת משום דהעמיד הגוף בחזקת כשרות התם הוא דלא מפקינן להו לעדים מחזקתם כדי לפסלם אבל הכי הא ל"ב למפסלה לשאר עדיות אלא דחיישינן שמא הוא נוגע בעדות בדבר זה ואסור להעיד ואם נתקבלה עדותו נראה דלא מפיק יהודה מלוי מספק דשמא ל"ה שמעון נוגע בעדות עכ"ל הרי היכא דהוי ספק פסול לעדות זו מספק לא מקבלין עדותן דאין ספק מוציא מידי ודאי ואף להחזיק לא מקבלין לכתחילה עדותן של אלו שהם בספק כשר נגד תרי שהם ודאי כשרים רק אם עברו הב"ד וקבלו עדותיו דאז כיון דהם רק ספק פסולים מהני עדותם שלא להוציא מן המוחזק וכמו כן להסוברים דספיקא דתו"ת נגד גברא אינו דומה לב' כתי עדים המכחישים זו את זו כיון דשם אנו דנין על כל כת וכת בפני עצמו מה שאין כן בספיקא דתו"ת דאנו דנין על אותו איש מחזקינן ליה בספק פסול לא מקבלין עדותו נגד עדים אחרים המעידין להוציא דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון דהספק לפנינו על אותו איש אם הוא כשר או פסול לא מקבלין ממנו שום עדות אולם אם עברו הב"ד וקבלו עדותו או שלא ידעו אם הוא בספק פסול וקבלו עדותו ואחר כך נתברר שהוא בספק פסול בזה כיון דכבר נתקבל עדותן מהני כשהוא להחזיק ואין מוציאין ממון על ידי העדים אחרים. וזה כוונת הרמב"ם הרי זה ספק פסול לפיכך לא יעיד היינו בדרך כלל שלכתחילה אין מקבלין ממנו שום עדות אף להחזיק ואין מוציאין

ממון בעדותו היינו אף אם העיד ונתקבל עדותו לא מהני להוציא כיון דהוא ספק פסול אבל להחזיק מהני עדותו. וכן בהא דכתבו תוס' ב"ק (דף ע"ב) דאף לרב חסדא דסובר בב' כתי עדים המכחישין זה את זה בהדי סהדי שקרי ל"ל אינו אלא ספיקא ואם היו שנים מן השוק מעידין פלוני לוה מפלוני מנה ואחת משתי כתי עדים הללו המכחישות זו את זו אומרת לא לוה היתי מוציא ממון מספק י"ל הכוונה גם כן אם נתקבלה עדותן אבל לכתחילה לא מקבלין עדותן על הספק פסולין אף דרצו להעיד להחזיק דאין ס' מוציא מידי ודאי:

אך יש להבין דברי תוס' ב"ק הנז' הא מבואר תוס' כתובות (דף כ"ב) דכתבו אף לר"ח מודה הכא דהאי גברא ממילא מתכשר שהרי אם כת אחת מאלו מעידה על אדם אחד שהוא פסול לר"ח דחשיב ליה סהדי שקרי ל"ה נאמנת אע"ג דאין אדם מכחישה וכ"ש היכא דאיכא סהדי דמכחשי דלא מהימני עכ"ל והיינו דסברו אף אם נתקבל עדותן מ"מ אינן נאמנין להוציי' את המוחזק בחזקת כשרות דאין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ כמו כן אמאי מהני עדותן להכחיש את עדים האחרים שאומרים על פלוני שלוה הא כמו כן לא משוי לנו שום ספק על אותן עדים האחרים דנימא גם כן שהמה בספק פסולין דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון דהמה מוחזקים לכשרים אין הספיקות מוציאין מידי ודאי כמו דא"נ לפסלן ואם כן כיון דאלו שנים אחרים נשארו כשרים לכל עדות שבתורה למה לא יהיו נאמנין לחייב את הפלוני במנה ובמה יגרע עדות הזאת משאר כל עדיות דעלמא. וראיתי בס' שער משפט שעמד בזה על דברי תוס' והאריך שם לתרץ ולא אוכל לעמוד על דבריו למ"ש דכיון דמהיום והלאה לכל עדות שבעולם כשרים הני תרי סהדי דמעידין על פלוני שחייב ולא מספקינן להחזיק בספק פסולים בשביל שמכחישין אותן הני תרי ספק פסולין ולדבריהם העידו עכשיו שקר ומ"מ מחזקינן אותן לכשרים לכל עדות דאין ספק מוציא מידי ודאי אם כן למה לא נקבל עדותן של עכשיו לחייבו המנה שמעידין עליה:

ונראה על פי מ"ש כמה פעמים דברי רמב"ם דהא דהתורה האמינה לשני עדים הוא לאו בירור הדבר דכן הוא רק חק מחוקי התורה על פי שנים עדים יקום דבר ואם כן אף אם שנים מכחישין זה את זה כיון דודאי חד כת המה פסולין והוי כמו תערובות חד בחד דזה טעמא דר"ח כיון דידעינו בבירור שחד כת פסולים המה וכיון דלא ידענו איזהו מהם לא נוכל לסמוך על עדותן שיעידו להוציא אחד מחזקתו ונשאר בחזקתו כמו קודם ואף דיש לנו ספק דלמא זאת הכת המעידה על אחד לפסלו כשרה היא ואף אם פסולה הא מכל מקום אף פסול יכול להיות דמעיד אמת עכשיו מכל מקום כיון דיש לנו ספק

בחזקת העדים על זה לא גזרה התורה לסמוך על עדים שהמה בספק ונשאר אותו איש בחזקתו כמו בלעדי הגדת עדים האלה ג"כ לא הוי בירור שזה איש הוא בחזקת כשר רק גם זאת מחוקת התורה להעמיד כל אדם מישראל בחזקת כשרות ונשאר כמאז כן עתה. אולם אם נתקבלה עדותן להכחיש שני עדים אחרים המעידין להוציא אף דאלו השני עדים נשארו כשרים לכל עדות שבתורה מ"מ לעשות מעשה על פי עדותן של עכשיו שהני תרי ספק פסולין מכחישין אותן בגוף המעשה בזה שוב אמרינן אף דחק התורה על פי ב' עדים יקום דבר היינו היכא דלית לנו שום ספק אבל כיון דשנים ספק פסולין מכחישין גוף מעשה ההלואה בזה שוב הספק לפנינו דלמא משקרים אלו הב' עדים כעת ואף דנשארו כשרים לכל עדות שבתורה היינו במקום דלא יש ספק לפנינו על הגדתן כשאר חק התורה לקיים דבר על פי ב' עדים אבל במעשה שלפנינו שאלו מכחישין אותן כיון דלא נעשה ונתברר לנו שאלו הב' המה פסולים בבירור רק מספיקא לא נקבל עדותן אבל להכחיש אם העידו שזה לא לוה באנו לבית הספק ולא נוכל להוציא ממון מספק. דהא באמת אף אם מוחזק אדם שנפסל יוכל להיות דאומר אמת ועיין תוס' ב"ק (דף ק"ח) דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמפסל ועיין קצוה"ח (סי' צ"ב) הטעם דאף אם עבר פעם א' מכל מקום דלמא עכשיו חזר לכשרותו רק עד כיון דמפסל גזירת הכתוב אל תשת רשע עד עד שישוב בתשובה וזה דוקא אם נתברר לודאי פסול אבל כיון דלא נתחזק רק לס' פסול כמו לר"ח בב' כתי עדים המכחישין דלא ידענו דלמא אלו המעידין לפנינו להכחיש האחרים כשרים הם ואף אם המה פסולין דלמא כעת האמת אתם וכל זמן שיש לנו ספק בעדותן של הני אחרים המעידין בגוף המעשה דלמא משקרי לא נוכל להוציא ממון עפ"י עדותן דע"ז לא גזרה התורה על פי שנים עדים יקום דבר במקום שיש לפנינו תרי ספק פסולים המכחישין גוף המעשה ומכל מקום לפסול אותן אף מספק אין בכח אלו הספק פסולין להוציא מידי ודאי ודוק היטב:

וראיתי בס' חמדת שלמה חיו"ד (סי' ד') שהקשה לר"ח מ"ש משני שבילין דמעמידן על החזקה אף דהוי תרתי דסתרי וכ' דעדות שאני כיון דבעו דבר ברור כל היכא דבעי עדות ע"כ לא מהני חזקה עיי"ש ולא אדע הא כל עדות לאו דבר ברור הוא שכן הוא האמת לאמתו כמו שהעידו רק גזירת הכתוב לדון על פי שני עדים ולהחזיקן בחזקת כשרים דלא יעידו שקר אם כן למה יגרע כחן של אלו במה שמכחישין זה את זה כיון דחק התור' הוא לאוקמי כל דבר על חזקתו למה יגרעו עדים האלה ואי משום דיש לפנינו שנים שהמה פסולים שנתערבו כ"כ בשני שבילין ידענו דאחד הוא ודאי טמא ועיין בהרא"ה כתובות שם דכתב באמת דזה טעמא דר"ה דסובר בב' כתי עדים המכחישין זו את זו

זו באה בפ"ע ומעידה דדומה לשני שבילין ואם כן קשה מ"ט דר"ח. עוד כתב דלר"ח מדאורייתא לא מוקמינן אחזקה דהתם תולדות הספק של כל אחד הוא בפ"ע מחמת שהלך וא"י באיזה שביל הלך ע"כ כיון דאין אחד תלוי בחבירו מוקמינן כל אחד אחזקה מה שאין כן בב' כתי עדים המכחישין זו את זו עיקר תולדות הספק מחמת שתי הכיתות ע"כ אין מקום להעמיד על החזקה דתיכף כשנרצה להעמיד אלו אחזקה צריכין להוציא האחרים מחזקתן עכ"ד. והנה סברא הזאת נראה דלא כן הוא דהא מבואר יבמות (דף קי"ח) באשה שאמרה מת בעלי תנשא וצרתה אסורה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה ועיי"ש בתוס' מידי דהוי אשני שבילין ועיין בביאור דברי תוס' שם בס' ש"ש (ש"ז פ"ב) הרי אף דעיקר לידת הספק הוא על שניהם וא"א שלא יהיה אחת תלוי בחברתה ואעפ"כ מחזקינן לכל אחת בחזקת' ויש לחלק משם כמובן. ובעיקר קושיתו לר"ח י"ל דשאני חזקה דלא הוי בירור הדבר רק חק התורה לאוקמ' כל דבר על חזקתו ושלא להוציא מאשר היינו מחזקינן מעיקרא ואם כן אין חזקת טהרה של חבירו מעידה בבירור על אידך שהוא טמא ושהלך בדרך הטמא מה שאין כן בשני כיתות עדים המכחישין זו את זו סובר ר"ח כיון דשני עדים מעידין בבירור על שנים אחרים שהמה פסולין וזה גזירת הכתוב דעל פי שני עדים יקום דבר איככה נוכל לאוקמי כל אחת על חזקתה והוי כתערובת חד בחד וכיון דידענו בבירור ששנים מאלו המה פסולים כיצד נוכל לאוקמו על חזקה בדבר שידענו ששני עדים מעידים בבירור עליהם שהמה פסולין ועיין היטב:

הדרן לדברי רמב"ם וש"ע אשר נראה דאם קבלו הב"ד עדותן דמהני להחזיק. ולכאורה יש לדון דהוי עדות שאין להם הזמה דאם איתזמו כיצד נוכל לקיים בהם דין הזמה ולהוציא מהם ממון דדלמא המה פסולין כיון דהוא ספיקא דתו"ת ולא אזלינן בתר חזקה רק הואיל דהיה להחזיק מספק לא נוכל להוציא ממון אבל מכל מקום אם הוזמו כיצד יחייבו הב"ד אותם ולקיים בהם ועשיתם להם כאשר זמם דלמא פסולין המה ואינם בגדר עדות וי"ל כיון דבאמת מדאורייתא מוקמינן אותם על חזקתם דתו"ת לא הוי רק ספיקא דרבנן וכמו שכתב הרא"ש וכיון דל"ה רק פסול דרבנן אמרינן דרק ספק פסולין המה ומדאורייתא ודאי כשרים דמוקמינן על חזקתן רק מדרבנן פסלום ורק אם מעידין להוציא ולא להחזיק דבזה נשארו על ד"ת להיות נאמנים בתורת עדות ושוב מקיימינן בהו דין הזמה. אולם מ"מ יקשה לר"ח דסובר בב' כיתות המכחישין זו את זו דהוי ספק פסולי דאוריית' וכמו דמוכח מקושית תוס' ב"ק שם על רבא דסובר כר"ח וסובר עד זומם חידוש וכמו שכתוב בס' ח"ש שם ובכ"ז מבואר בתוס' דלהחזיק נאמנים להכחיש עדים אחרים בזה יקשה דהא הוי עדות שאי אתה יכול להזימן דאם יתזמו לא נוכל לקיים

בהו דין הזמה. והעדה הזאת יש להעיר גם כן בקטן דמבואר (סי' ל"ה) דפסול להעיד עד שיביא שני שערות אחר י"ג שנים ולכאורה אם העיד וליתי' קמן למיבדקיה אין עדותו עדות ועיין שב שמעתתא (ש"ה פי"א) דהוכיח מזה דחזקה דרבא אינו אלא להחמיר למיאון דאי הוי ודאי להחמיר היה מהראוי לעדות ממון לסמוך על חזקה דרבא עיי"ש ולפי זה אם העיד להחזיק וליתי' קמן למיבדקיה מהראוי לסמוך ושלא להוציא ממון מספק ויקשה גם כן הא הוי עשאילה"ז דאם יתזמו לא נוכל להוציא ממון מספק אך שם יש לומר ממנ"פ אם יהיה בפנינו אחר כך ונבדקהו נחזיקנו לגדול בבירור למפרע כמו שכתוב בש"ע שם. אולם בטומטם דפסוליה מספק דשמא אשה וכמו שכתוב בש"ע שם ומשמע לדברי תוס' הנז' במס' ב"ק לר"ח דלהחזיק נאמן כמו כן ספק איש ספק אשה אם נתקבל עדותו להחזיק אין מוציאין ממון מספק יש לראות כנז"ל דהוי עדות שאי אתה יכול להזימן וי"ל בכ"ז כיון דלהך צד דהוא כשר להעיד היינו מקיימינן בהו דין הזמה אף דהשתא מספיקא לא נוכל לקיים בהן דין הזמה אין זה בגדר עדות שאי אתה יכול להזימן ומהני עדותו להחזיק ומ"מ בטומטם יש להתבונן דהא כל מה דאנן סמכינן על עדים הוא משום דאם יעידו בשקר עברו על לא תענה ברעיך עד שקר וזה שייך נמי בס' כשר או פסול דישנו עכ"פ באזהרה דל"ת כיון דהוא בר עדות מצ"ע רק מצד אחר בא הספק דלמא נעשה פסול על ידי מעשיו ורשע הוא או לא לכך יש לומר דמקבלין עדותו להחזיק דלענין מה דמהני עדותו הוא באזהרה דל"ת מה שאין כן בטומטם דהוא ספק איש ספק אשה אם כן יש ספק אם מוטל על זה אזהרה דל"ת וכן ספק הגיע לכלל גדול וב"ח על ל"ת הוא או אם עדיין הוא קטן לאו בר אזהרות לאו הוא י"ל דלא נוכל לקבל כלל עדותו אף להחזיק:

והנה לפי דברי הרא"ש דאינו דומה להא דר"ה דזו באה בפ"ע ומעידה משום דפסולי דידהו משום דמכחישין זו את זו בעדות זו וחד מינייהו לפי דבריהם מסהדי שקרא וכיון דל"י הי' מינייהו מוקמינן כ"ח אחזקתיהו אבל הכא דמסהדי ליפסל א' בגזלנו' כה"ג בתו"ת ספיקא דרבנן הוא עיי"ש ובב"ח ביאר הדברים כיון דלא מסהדי אפסול מבורר רק דע"י הכחשתן ידעינו דחד כת מסהדי שקרא בכה"ג מוקמינן אחזקה ולפי זה היכא דבאו שני כיתי עדים וכל א' מעידה על חברתה שהמה פסולין בגזלנות בכה"ג כיון דידעינן דכת אחת אומרת אמת בזה לא אזלינן בתר חזקה ושני הכיתות פסולין מכח ספק ועיין ס' הפלאה כתובות שם כנראה כיון לדברי הב"ח. אולם מ"מ יש לומר דע"כ לא החמירו בזה רק היכא דבאו הפסולים והעידו מקודם לפסלו דכבר יצא מחזקתו וכמו"ש בש"מ כתובות שם. וגם בקצוה"ח כתב סברא נכונה דדוקא אם השני כיתות נשארו כשרים

בזה פסלינן להנידון מדרבנן הואיל דהוי ס' דתו"ת מה שאין כן אם נחמיר בשני כיתות המכחישין זו את זו לפסול תרוויהו מספיקא אם כן ספק פסול א"י להוציא מחזקה עיי"ש ואם כן לפי"ז אף בבאו בב"א להעיד אחת על חברתה בפסול ברור גם כן מוקמינן כל כת אחזקת כשרות. עוד י"ל סברא אחרת דאף דהחמירו חז"ל בתו"ת מדרבנן היינו מספק אבל לא בשביל זה לעשות דבר שאינו ודוקא במכחישין על איש א' פסלינן ליה מספק אבל בשני כיתות המכחישין אם נחמיר למפסל מספיקא היינו צריכין למפסל לתרווייהו ובודאי חד כת הוא כשירה לכן מוקמינן על ד"ת ואזלינן בתר חזקה וכן ראיתי בספר חידושי הרז"ה מהרב מ' וואלף אלעסקר ז"ל שכתב כן. אולם יש לפקפק מדוע יגרע ספיקא דתו"ת דהחמירו רבנן מהא דשני שבילין דמחמרינן גם כן אף שעי"ז מוציאין לאחד מחזקתו על מגן ואולי יש לחלק:

ודע דדעת רש"י ור"ח דמוקמינן על חזקת כשרו' דגברא אף בתו"ת אולם אחרי דלא הביא בש"ע דעתם נראה דא"י לומר קים לי כדעתם. ואין לומר דלמא לכך לא הביא דעתם כיון דעכ"פ הוא רק ספק פסול ומהני להעיד להחזיק ז"א למה שביארתי דלכתחילה לא מקבלין את עדותו אף אם מעיד להחזיק כיון דמחזקינן לס' פסול לא מקבלין עדותו כמו שהוכחתי מדברי ש"מ ב"ב ומלשון הרמב"ם דכ' לא יעיד רק אם נתקבלה אז מהני להחזיק אם כן הי' לו להש"ע להביא דעת ר"ח דלדידי' אף לכתחילה מקבלין עדותו ואף להוציא א"כ היכא דהוא להחזיק עכ"פ נקבל עדותו אף לכתחילה אלא ודאי דלא חיישינן לדעתו והכריע כדעת רי"ף ורמב"ם ותוס' וסייעתם דעכ"פ פסולין מדרבנן בתרי נגד תרי:

וכתב התומים משם פ"מ באם יש ספיקא דדינא אם מיפסל או לא והעלה דיותר גרע דהוי ספק חסרון ידוע ויש לעיין דיש לומר דוקא בספיקא דתו"ת בזה מחמרינן כיון דשני עדי' מוציאין מן החזקה אבל באם יש ספק אם מפסל יש לומר דעדיף ומה דהביא ראיה מד' רא"ש קידושין יש לומר דמצינו במילי דאישות דמחמרינן ועיין מהרי"ט חאה"ע (סי' מ') דהעלה דבכה"ג אף לדעת הרי"ף מוקמינן על חזקת כשרות בודאי ולא מספק והביא ראי' מדברי הרא"ש כתובות (דף מ"ד) בהא דקאמר בש"ס א"ב אורועי סהדי וכתב הרא"ש משם רמ"ה כיון דלא ידעינן הלכתא אוקי סהדי אחזקתיהו. ובאמת מאד יש לגמגם בראי' זאת דשם הא לגבי כל העולם העדים בחזקת כשרות המה ולית בהו שום ריעותא רק עיקר הספק הוא אם לגבי הבע"ד המה פסולין מטעם דיש לומר אודויי אודי ליה ובכה"ג כיון דיש ספק הודאתו אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי חזקת כשרות כיון דגם אם נאמר דאודויי אודי לא לא מיפסלי רק לגבי דידיה מה שאין כן היכא דנולד

הספק על גוף חזקת כשרות דעדים לגבי כ"ע יש לומר דמחמרינן מדרבנן וגם שם ליכא שום ריעותא מצד העדים רק מבע"ד מה שאין כן היכא דאיתרעי חזקתייהו עכ"פ יש לומר דלא מוקמינן אותם על חזקתייהו להוציא ממון ועיין מ"ש לעיל (סי' כ"ג):

ועיין מל"מ (פ"ט) מעדות דמסתפק ג"כ בזה היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא באיזה דבר מר אסר ומר מתיר ובא אחד ועשה אותה פעולה שנחלקו עליה אם מוציאין ממון על פיו וכתב גם כן דחזקה לא יברר שאותה הפעולה היא מותרת. וכבר כתבו אחרונים בזה הרבה בענין חזקה בסד"ד וראיתי בתוספת ר' ישעיה הזקן על חולין שכתב הטעם בזה דהוי חסרון ידיעה דמי יודע דלמא כבר הוכרע הדין בדורות ראשונים שהוא אסור וממנו העתיק הש"ג חולין מובא בכנה"ג יו"ד (סי' כ"ט) ובפ"מ שם ענין זה אולם זה הכל שייך לענין לאסור לא שייך חזקה. ומ"מ לא נוכל לפוסלו מספק אף דמ"מ בבירור איתרעא חזקת כשרות שלו דבין כך ובין כך אף אם הוא מותר כלפי שמיא מ"מ אסור לו לאכול אותו דבר שנפל בו הספק והוחזק לאיסור וכבר כתב המרי"ט בתשובה לדון בס' קידושין אם נתקדשה בבירור קידושי דרבנן והספק הוא על קידושי תורה איתרע חזקת פנויה שלה ולא מוקמינן על חזקתה וכאן נמי איתרע עכ"פ חזקת כשרות שלו דעשה עבירה של תורה לרוב הפוסקים דספיקא דאורייתא לחומרא ואף לדעת רמב"ם יש כמה מחברים הסוברים דבספיקא דדינא מודה דהוא מה"ת לחומרא ואף דהר"ן בתשובה לא ס"ל כן בדעתו מ"מ איתרע חזקתו דעשה בפועל איסור מ"מ יש לומר כיון דלא הוחזק לאיסור ודאי רק לספק איסור לא מוציאין אותו מחזקתו לפוסלו ואינו דומה לתרי ותרי דשם להנך תרי עשה בבירור דבר הפוסלו לכ"ע בבירור גמור אבל בספיקא דדינא אף להנך האוסרים עשה עבירה שנפסל ע"י מ"מ כיון דלדידן הוא ספק איסור לא נוכל להוציא אותו מחזקת כשרות עד דידענו בבירור שעבר עבירה שיש בו מלקות והוא רשע:

ועיין תשובה רשב"א (ח"ג סי' צ"ד) שכתב בנידון אם עבר על שבועה דלהבא דלדעת ר"ח ז"ל לא מיפסל ולדעת ר"ת אין חילוק בין שבועה דלשעבר לשבועה דלהבא וכתב ואין בידינו ראיה מכרעת כאחד מהן כו' ועוד דכל שיש ספק בדבר אין פוסלין בני אדם מן הספק וכן לא יוציא ממון מחזקתו מן הספק. הרי אף דודאי עבר על שבועתו ואיתרע חזקת כשרות דידיה מכל מקום לא מיפסל מספק:

וראיתי בספר חק"ל יו"ד (סי' פ"ז) שיצא לדון בדבר חדש דאף להסוברים ספיקא דאורייתא לחומרא הוא מה"ת זה דוקא בספק דמציאות אבל בספק שנחלקו הראשונים ושתי הכיתות שוות דקיי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר ספק זה קיל הוא ולכ"ע מן התורה מותר ואסור רק מדבריהם והטעם על פי מה שכ' ריטב"א משם חכמי צרפת

עירובין (דף י"ג) גבי בת קול דב"ה אלו ואלו דברי אלקים חיים אע"ג דאיסור והיתר סתרי אהדדי היינו דהתורה ניתנה למרע"ה מ"ט פנים טהור ומ"ט פנים טמא ואמר לו הקב"ה שההכרעה תלויה בחכמי הדור וכן כתב רמב"ן פ' שופטים והחינוך (סי' ס"ז) דרצון הבורא לעשות כמו שדנו רוב סנהדרין אף אם טעו וכן מבואר ירושלמי פ"ד דסנהדרין אמר ר"י אלו נתנה התורה חתוכה לא הוי לרגל עמידה אמר לפניו רבש"ע הודיעני איך הוא ההלכה אמר לו אחרי רבים להטות וכיון שניתנה ההכרעה לחכמי הדור ולא הוכרע מן השמים מניין לנו לאסור ספק כזה כל זמן שלא הוכרע כיון דאין צד שיעבור על ודאי איסור וא"ד לספק מציאות דקמי שמיא גליא אמיתת הענין ואולי פוגע באיסור ולכך אסור מה"ת אבל בספק בדין שלא הוכרע מחכמי הדור לא משכחת ודאי איסור יש לומר דלכ"ע ספק כה"ג מה"ת לקולא והאריך שם להשיג מכח זה על המל"מ הנ"ל וסוף דבריו הניח בצ"ע מדברי ר"ן בתשובה (סי' נ"א) דכתב להסוברים ספיקא דאורייתא לחומר' מה"ת הוא ג"כ במחלוקת הפוסקים:

ולדעתי יש לומר אף דסברתו נכונה היינו דוקא במחלוקות הפוסקים שלא הוכרע מעולם וידענו שלא נשאל ע"ז מעולם אחר קבלות התורה וזה ספק המזדמן פעם ראשון בעולם אבל מי יודע בכל מחלוקת הפוסקים אם לא נעשה פעם אחד בדור אחד הכרעה לאיסור ואז העובר עושה ודאי איסור דכבר גליא קמי' שמיא ואף דמבואר ברמב"ם מהלכות ממרים דב"ד שעמד אחריהם ב"ד אחר בכחם לסתור ולדון כפי מה שנראה בעיניהם שנאמר אל השופט אשר יהיה בימים ההם היינו אם קמו וגי"ל על פי התורה להכריע ההיפוך אבל כל זמן שלא הכריע הלכה כהכרע' הב"ד הראשון והוי ודאי איסור ואם כן מי יודע אם לא הוכרע הדבר מכבר לאיסור זה הדין שנסתפקו בהם הפוסקים ולכך הולכין להחמיר מה"ת דדלמא פוגע בודאי איסור דמה דנסתפק לאחרונים היה בירור לראשונים וז"ל רבינו ישעיה הזקן מס' חולין בכ"י שמעתי שיש מי שסומך בזה להתיר כל תיקו דטריפה לקולא שהרי כל ספק טריפה מוקמי לה בחזקת היתר וכמה זה בידם הבל ורעות רוח דלא דמי האי להאי דבס' כשהחזירן כשהן נקובין אין חכם בעולם שיוכל לברר דבמקום נקב נקב והלכך מוקמינן לי' אחזקתיה אבל כל תיקו דטריפה שנסתפק להם האיסור וההיתר מחמת חסרון התורה שהיתה מתמעטת והולכת ואלו היה בימי הקדמונים היו מבררים כל דבר ודבר על בוריו ולא נשאר ספק בדבר לסמוך על חזקת היתר להתירו ושמא בימי הראשונים היה ברור להם כי הוא אסור ונמצא שאכלנו טריפה הלכך אין לומר אלא כל ספק איסורא דאורייתא לחומרא וכך פסק המורה וכל הפסקנים

עכ"ל. הרי כמו שכתבתי דספיקא דדינא הוי ג"כ כמו ספק במציאות דאפשר שכבר הכריעו הקדמונים דבר זה לאיסור וכ"ז שלא נתברר בהכרעה להתיר אסור מה"ת:

ואולם גברא רבה אמר למילתא יש מקום לדון דמ"מ מן התורה אינו אסור דיש כמו ס"ס חדא דלמא ספק זה לא הכריעו עדיין ודין זה שבאו לדין עליו אולי נשאר בספק וכ"ז שלא נעשה הכרעה למטה נשאר הדבר במ"ט פנים להתיר או לאסור וכל זמן שלא הכריעו חכמי הדור אינו פוגע בודאי איסור ואף אם כבר עשו חכמי הדור הכרעה מ"מ דלמא היה ההכרעה להיתר ודומה להא דמבואר ברשב"א וריטב"א קידושין (דף ע"ג) בהא דאמר רבא דמן התורה שתוקי כשר דרוב כשרים אצלה מאי אמרת דלמא אזלה איהי לגבי' והתורה אמרה ספק ממזר יבא הא בלא"ה סוף סוף איכא רוב להתיר דאם הבועל אזל אצלה הוי רוב ואף אם אזל' איהי אל הבועל איכא מחצה על מחצה וממילא איכא רוב צדדים להתיר ולמה צריך דהתורה אמרה ספק ממזר יבא. וכתב הרשב"א דאיצטריך קרא להיכא דאזלה איהי לגבי' ובריטב"א כ' בקושי' דהוי ס"ס והכונה גם כן דיש רוב צדדים להתיר והכי נמי דכוותיה דאם לא נעשה ההכרעה מן חכמי הדור כלל בספק הדין שנסתפק לנו ליכא איסור מן התורה כיון דלא מפגע בודאי איסור ואם נעשה ההכרע' ואנחנו לא ידענו דלמא נעשה הכרעה להתיר. אולם כבר חוכח בזה בפנ"י קידושין שם דיש לומר כיון דל"ה רוב ברור לא מהני ואאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים אה"ע (סי' א') הוכיח דהמ"מ חולק בזה על הרשב"א עיי"ש:

סימן מו

הגם דבתו"ת אזלינן בתר החזקה מדאורייתא מ"מ העלו כמעט כל האחרונים דדוקא בחזקה דמעיקרא שאינו מבררת אבל בחזקה המבררת או רוב מה שהוא מצד ראיה ובירור הדבר בזה אמרינן לו יהיה דיש עוד כת עדים לסייעו להני תרי מ"מ תרי כמאה וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני אישות (סי' י"ד) והבאתי דברי הרמב"ם (פ"כ הט"ז) מא"ב וש"ע אה"ע (סי' ג') שכתב וידחה הקול שב' כמאה ודברי ר"י בש"מ כתובות (דף פ"ו) עיי"ש:

ולכאורה יש ליישב בזה דברי רמ"א ח"מ (סי' רס"ז) שכתב לגבי אבידה בעדים ועדים וסימנים דיהא מונח ובש"ך שם השיג על הרמ"א כיון דהאי לא ידע סימנים מוכח מלתא דסהדי בשקרא נינהו עיי"ש ולהנז' לגבי עדים ל"מ בירור דסימנים כיון דסימנים מטעם בירור והוכחה הוא אמרינן תרי כמאה ול"מ נגד עדים הוכחה וכן כ' בס' בית מאיר בצלעות הבית (סי' ח') ובנתיבות המשפט שם:

ולי נראה דגם להחזיר אבידה בסימנים אינו מטעם בירור לבד רק ע"כ צריכין לבא לחזקה דמעיקרא דהא הרמב"ן וריטב"א הובא בש"מ ב"מ (דף כ"ח) הקשו אמאי מהדרינן אבידה בסימנים ניחוש דלמא מכר החפץ זה לאחר ומאחר נפל והוא יודע הסימנים כיון דהיה ת"י וכתבו לתרץ כיון דעכ"פ הסימנים מעידים דהיה פעם אחד החפץ שלו דאל"כ מהיכן יודע הסימנים וכיון דנתברר דהיה שלו שוב מוקמינן על חזקת מרא קמא ולפי"ז אתי שפיר אף דעדים אומרין שמזה נפל מ"מ אינם מעידין של"ה מעולם של אחר רק דיודעין שממנו נפל והעדים אחרי' מעידין שמזה נפל וזה שנותן הסימנים אינו מברר שממנו נפל רק שפעם אחד היה שלו וזה אין העדים מכחישין וכיון דע"י הוכחת הסימנים ידענו שפ"א הי' שלו שוב מוקמינן על חזקת מר"ק וחזקה הזאת מהני להכריע במקום תרי ותרי לאוקמי על חזקתו ובממון אף ספקא דרבנן ל"ה כמבואר בריטב"א יבמות וש"מ כתובות וכן אם העדים מכחישין א"ע באריגה שאלו אומרים שראובן ארג זה הבגד ג"כ י"ל דינתן לזה שנותן סימנין כיון דאף אם כנים דברי עדים האחרים שאומרים שזה שאינו נותן הסימנים ארג הבגד מ"מ יוכל להיות שמכרו לזה שנותן וזה שנותן סימנים אינו מוכחש בזה מן העדים ואף אם נאמר דסימנים לא מהני להוציא ממרא קמא וכמו דנסתפק בחידושי רבינו עקיבא איגר ז"ל חידושי ב"מ בפ"א דכתב הרא"ש סימנים ועדים ינתן לבעל העדים דאף אם לא ראו העדים הנפילה רק שידעו שהיה בידו גם כן מחזירין לו כיון דמבורר על ידי עדים דהי' שלו מחזיקינן אותו בידו אבל ביש לו עדי אריגה יש לומר דמכח הסימן מוכח דאחר כך מכר לזה או דידן לומר דסימנים לא מהני להוציא ממר"ק עיי"ש מ"מ היכא דיש עדים לזה ועדים לזה מברר הסימנים שנותן דעכ"פ פ"א הי' שלו וזאת אין העדים מכחישין בבירור רק דנאמר מר"ק על ידי עדותן הא כמו כן יש מר"ק לבעל הסימנים ע"י עדים שלו וכיון דע"י הסימנים נתברר שהי' שלו שוב מוקמינן על חזקת מר"ק ומחזירין לבעל הסימנים כן י"ל וצ"ע עדיין:

והנה בתשובת מרן רע"א ז"ל (סי' קל"ז) הביא ס' בתרי ותרי במקום רוב והביא דברי ראב"ד המובא בש"ך (סי' ע"א סי"ב) בתרי ותרי על פרעון השטר דלא מגבינן וכתב כיון דחזקה דשטרך בידי מאי בעי מדין אנן סהדי אתיא עלה הוי כמו עוד כת עדים מה שאין כן לענין רוב דכך אמרה תורה בכל ספק למיזל בתר רוב. וזה י"ל למ"ש הרא"ש בש"מ ב"מ (דף ז') דרוב הוא מטעם ספק ולא מטעם בירור הדבר אבל כנראה דתוס' חולקין ע"ז ורוב הוא גם כן כמו אנן סהדי ומצד בירור אתינן עלה ממילא כמו כן לא אזלינן בתר רוב בתרי נגד תרי ובאמת בהך דינא דתרי אמרו על שטר דפרוע הוא וב' אומרים דלא פרע אף כי הש"ך כתב כן בפשיטות שם וכן (סי' מ"ו ס"ק ק"א) הדברים צ"ע דא"ד

לשם דהוי תרי נגד תרי על גוף השטר אם כשר הוא או פסול מה שאין כן היכא דשנים אומרים פרוע ושנים מכחישין מהראוי לומר סליק עדותן ומוקמינן השטר על חזקתו. וכבר מצאתי בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קע"ב) שכתב וז"ל הורה רבינו במי שהאמין חבירו כשני עדים לענין פריעת הממון שאם פרעו לפני עדים והעידו עליו שנפרע שאין עדותן מועלת כלום ויהיה דינו כדין שתי כתי עדים המכחישות זו את זו ואוקמי ממונא אחזקת מאריה ואם יש ביד התובע שטר ישאר בחזקתו ואין לו תקנה לענין פרעון הממון אע"כ יקרע השטר עיי"ש וע"כ הא דכתב אין עדותן מועלת כלום היינו היכא דיש ביד התובע שטר דהא אם אין בידו שטר מועיל עדותן דמספק אין מוציאין ממון רק אם יש בידו שטר נשאר בחזקתו הרי מבואר דסובר דחזקה דשטרך בידי מ"ב אלם ואף בתרי נגד תרי על הפרעון מוקמינן השטר על חזקתו אף להוציא ממון ואף דרבינו [הוא הרי"ף ז"ל] פוסק בתרי נגד תרי על פסול אדם דלא מוקמינן אותו על החזקה שיועיל עדותו אחר כך לגבי ממון ומבואר ברמב"ן מ"ד כתובות (פ"ב) הטעם דחזקה דממונא עדיפא וא"נ שקולין נינהו לא עבדינן עובדא לאפוקי ממונא מחזקת מאריה וכ' דאף בתר רובא לא אזלינן בממונא כ"ש בתר חזקה וכיון דאיכא סהדי דפסלי ליה ליכא אלא חזקה גרוע בעלמא עיי"ש וע"כ אף דאין אנו דנין על הוצאות ממון רק על הגברא דמעידין עליו והי' לנו לדון להחזיקו בחזקת כשרות ואח"כ ממילא מוציאין ממון על ידי עדותו ודומה למ"ש תוס' חולין (דף צ"ו) דאף דאין מוציאין ממון בסימנים מ"מ מחזירין שטר בסימנים הואיל דאין דנין רק על השטר. צריך לומר דחזקת כשרות גרוע לענין זה דכל נאמנות שני עדים הוא מגזירת הכתוב ולא מצד בירור הדבר כמו שבארנו כמה פעמים לכך כל שיש ספק בפנינו על אדם אם הוא כשר איתרע החזקה ואינו מועיל חזקתו להוציא ממון. אבל היכא דמכחישין תרי ותרי על שטר אם הוא פרוע או לא עדיף החזקה דשטרך בידי מאי בעי ומוציאין ממון. או כמו"ש לעיל (סי' הקדום) בדברי הרא"ש דעכ"פ מדרבנן לא מוקמינן על החזקה הואיל דאנו דנין על האיש אם הוא כשר או פסול יש מקום להחמיר להחזיקו בספק פסול מדרבנן משא"כ בשטר לא מחמרינן לענין ממון ומוקמינן השטר על חזקתו. וכמו כן יש לומר בתרי ותרי על פרעון דתוך זמנו:

ועיין בספר דברי אמת קונטרס (ח') שהאריך להוכיח דדעת הרי"ף ורמב"ם דתרי ותרי ספיקא דאורייתא הוא ולא אזלינן בתר החזקה מה"ת ומדברי רבינו הר"י מיגאש תלמידו של הרי"ף ורבו של הרמב"ם ובפרט מ"ש משם רבינו נראה דדעתם דלא הוי רק ספיקא דרבנן ואף לענין ממון מוקמינן השטר על חזקתו. ועיי"ש בדברי אמת שרצה להכריע דתרי ותרי לגבי איסורין אסור מן התורה מש"ס כריתות (דף כ"ד) בשור הנסקל אינו

כן עד שלא נסקל יצא וירעה בעדר ה"ד אילימא דאתו בי תרי אמרו הרג ובי תרי אמרו לא הרג מאי חזית דציית לבתראי ציית להו לקמאי אלא לאו בעדי הזמה ואי תרי ותרי ספיקא דרבנן ומה"ת אזלינן בתר חזקה מאי פריך אוקי תרי להדי תרי והשור על חזקתו שהיה בחזקת היתר ולימא דמותר בהנאה מה"ת קאמר וזה ל"ק כל כך דמצינו כמה פעמים להקשות בפשיטות על איסור דרבנן ובפרט כיון דקתני יצא וירעה בעדר משמע דמותר לכ"ע כשאר שורים. אך זאת קשה להסוברים דלא החמירו חכמים לגבי תו"ת רק בא"א וביוחסין ובשאר מילי לא וצריך לדחוק דמ"מ לגבי הני תרי סהדי דהעידו דהרג וכל מי שמאמינים להם נאסור ומדקתני יצא ויראה בעדר משמע דלא יש בו שמץ איסור לכך מותר בעדי הזמה ואז מותר לכל:

ויש לחקור באשה שבעלה קינא לה ואתו תרי והעידו עליה שנסתרה ותרי אמרו שלא נסתרה אם שותת דלכאורה יש לומר דהוי ספק ספיקא לנו ספק אם נסתרה כלל ואף אם נסתרה שמא לא נטמאה. או דיש לומר כיון דאם נסתרה הוי ספק סוטה ועשאו כודאי ממילא שותת וכן משמע בש"ס סוטה דף ו' ע"ב) במנחת קנאות נמצא עדיה זוממין מנחתה חולין משמע דבהכחשה חייבת לשתות אולם אם תרי ותרי ספיקא דרבנן ומה"ת מוקמינן על החזק' יש להבין אמאי שותת. ובש"ס כריתות שם מודו חכמים לר"מ אש"ת שהוזמו עדים שיצא וירעה בעדר קשה ג"כ למה נקט שהוזמו הא אף בהכחשה בלבד ששנים העידו שאכל חתיכה ספק חלב ספק שומן ושנים מכחישין יש ספק ספיקא ולדעת תוס' כריתות יתות (דף י"ז) דגם בספק ספיקא מביא אשם תלוי אתי שפיר אבל להנראה מדברי רמב"ם (פ"ח) משגגות דדוקא בספק אחד מביא א"ת ולא בספק ספיקא וכמו שכתב בדעתו בשעה"מ (פ"ט) מהלכות טמא מת קשה אמאי בהכחשה מביא גם אם תו"ת ל"ה רק ספיקא דרבנן למה מביא. ועיין תוס' סוטה (דף כ"ח) ד"ה מה וא"ת וכי איצטריך קרא למיסר ספיקא ולמ"ש י"ל דנ"מ לענין ספק ספיקא כמובן ועיין בספר הפלאה (סוף (פ"א) דכתובות ולהמבואר תשובת רשב"א (סי' פ"א) ובחידושי ר"ן ריש נדה דל"א ספק טומאה ברה"י טמא רק היכא דיש לפנינו ודאי טומאה וספק נגע כמו בסוטה דיש לפנינו הטומאה שהוא הבועל אבל היכא דיש ספק אם היה שם טומאה כלל לא א"כ היכא דיש הכחשות תרי נגד תרי על הסתירה מהראוי שתהיה טהורה ואם תרי ותרי ספיקא דאורייתא הוא אתי שפיר קצת אבל אם תרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן על החזקה נימא דטהורה היא ואף אם ספיקא דאורייתא מ"מ מניין לנו שתשתה דלמא לא ציותה התורה לשתות רק בספק שעשאו התורה כודאי וצ"ע בכ"ז ויבואר אי"ה במ"א:

סימן מז

אם עדים מעידין שהכירו לראובן בטביעת עין דקלא שהלוהו שמעון מנה או שהודה בפניהם ולא ראו אותו רק הכירו בט"ע דקלא אם מהני כמו דמצינו ש"ס חולין (דף צ"ו) ואלו אמרו אית לן ט"ע בגויה קטלינן ליה וקאי גם אדלעיל מיני' דע"י טביעת עין דקלא סומא מותר באשתו או יש לומר דוקא בטביעת עין ממש דמכיר אותו ולא ע"י טביעת עין דקלא וכבר נו"נ בזה בתשובת עבודת הגרשוני וכתב לחלק בין אם הבע"ד מכחיש או לא ובתשובת שבות יעקב כתב דמהני אף בהכחשת בע"ד. ובקצוה"ח (סי' פ"א ס"ק י"ג) הביא דברי ש"ג מס' סנהדרין דכתב משם רמ"ה בהא דהיו מכמינין עדים למסית כדי שיהיו רואין אותו ושומעין את קולו ופירש"י הן רואין אותו לאור הנר דאי לא מצי חזי לי' לא מצי מסהדי עליו לחיובא קטלא ואע"ג דשומעין קולו יע"ש:

ועיינתי בדברי רמ"ה חידושיו לסנהדרין שם ונתקשתי בדבריו שכתב וז"ל אי קשיא לך הא דאמרינן גיטין סוף (פ"ב) דאזלינן בתר טביעת עין דקלא מי דמי התם לא לענין עדות קא מיירי אלא לענין מילתא דתליא בדידיה למעבדה אבל לענין עדות בעינן עד שיראה אותו כו' תדע דהא התם דקא מייתי ראי' האיך סומא מותר באשתו אלמא דאזלינן בתר טביעת עין דקלא וגבי עדות קיי"ל דסומא פסול לעדות ותו מדאקשינן התם ביבמות וליחוש שמא שד הוא ולא קא פריק בטביעת קלא עכ"ל ולא אבין מה לי אם תליא בדידיה הא עכ"פ על ידי טביעת עין דקלא שלו מתירין להאשה להנשא ומ"ש לגבי עדות קיי"ל דסומא פסול לעדות תמהני הא לענין עדות סומא דרשינן מקרא דכתיב או ראה או ידע או ראה פרט לסומא כמו דמבואר תוספתא מס' שבועות ועיין בעל התרומו' (ריש שער ל"ו) שכ' בעדות כיון דלא חזי לכלהו עדות ולא חזי לחד מינייהו. והיינו דקשיא ליה דהוי להתכשר סומא בעדות ידוע בקלא רק כיון דלא חזי לכלהו עדות ולא חזו לעדות שצריך ראי' הוי כפסול הגוף ולא חזו אף בטביעת עין דקלא. ועיין רמב"ם (פ"ט) מעדות סומא פסול לעדות וכתב הכ"מ ל"י היכי איתא ולפנינו מבואר בתוספתא שבועות הנז' ואף סומא ונתפקח פסול וכן סומא בשעת הגדה פסול דל"ה סופו בכשרות כמבואר מס' ב"ב וח"מ (סי' ל"ה) אם כן י"ל דבאמת טביעת עין דקלא מהני באם הוא בר ראיה כיון דכשר לכל עדות ושייך בראיה ואית ביה או ראה. ומה דהביא ראיה מיבמות דפריך וליחוש שמא שד הוא גם כן אינו מובן חדא מאן יימר דשד אינו יכול לשנות הקול כמו קולו של פלוני ועוד הש"ס מקשה דסתם במתניתין דאם אמר איש פלוני ב"פ ממקום פלוני מת משמע אף באם אינן מכירין בקולו ועל זה פריך וליחוש שמא שד הוא ומתרץ בחזי

בבואה דבבואה ואשמועינן רבותא דאף דאין מכירין ואין להם טביעת עין בקלא בכ"ז השיאו את אשתו ודברי הרמ"ה צ"ע:

ומצאתי בתשובת הר"י מיגאש רבו של הרמב"ם (סי' קמ"ט) שכתב באם הכיר אדם את דברי חבירו יכול הוא להעיד עליו אעפ"י שלא ראוהו כמו שמצינו דסומא מותר באשתו עפ"י טביעת עין דקלא והביא מתניתין דסוף יבמות וכתב אלא שאין דנין בבת קול אלא אם כן הכירו קולו ודברינו אחר שתראה לו בבואה דבבואה ובזה העמידו משנת מי שהיה מושלך בבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי וא"ת שמא לא נסמוך על בת קול אלא בהתרת עגונה הרי הראיה הראשונה אינו בהתרת עגונה כו' ואמרו ההוא דאכמין כו' א"ל עירי ושכבי ליהוו סהדי שנראה שאם אמר הן עירי ושכבי ליהיו סהדי עדותם עדות אעפ"י שהיו אחורי הגדר ולא ראו אותו אלא שמעו קולו לבד וא"ת אפשר שהעדים ראו אותו והוא לא ראה אותם תשובה אין לנו להכניס באומר מה שאינו מפורש בו בלתי ראיה עכ"ל הרי מבואר בפירוש דמקבלין עדותן להוציא ממון בטביעת עין דקלא ודלא כמו שהעלה הקצוה"ח לדינא ובודאי התופס יכול לומר קים לי ואין מוציאין ממנו. ובס' נתיבות (סי' פ"א) כ' דהוי כידוע בלא ראיה לכך מהני טביעת עין דקלא לענין איסורי וכמו כן להוציא ממון משא"כ בדנ"פ דבעי ראי' וטביע' עין דקלא הוי כידוע בלא ראיה. ולא משמע כן מדברי הראשוני' הנז' ועיין תשובת רשב"א (סי' אלף קע"ט) דמשמע אף לענין עדי קידושין מהני טביעת עין דקלא וצ"ע לדברי הנתיבות. ועיין תשוב' ח"ס חח"מ (סי' ב') דחקר גם כן בזה ולא הביא לא דברי העה"ג והשבות יעקב הנז' וקצוה"ח ולא דברי ראשונים רק לדקדק מדברי רמב"ם דכתב מי שהוא ראוי לראות דמשמע דאם אינו סומא מעיד על הכרות קול ובאמת לדברי בעה"ת שהבאתי לעיל אין זה דקדוק:

ובדברי הר"י מיגאש הנז' מבואר דבר חדש בפירושו דמתני' סוף יבמות דאיירי באמת שהשומע מכירו בטביעת עין דקלא דכתב אלא שאין דנין בבת קול אלא אם כן הכירו קולו וקשה אם כן מאי פריך בש"ס גיטין (דף ס"ו) ודלמא צרה היא [ובאמת מדברי ירושלמי מס' יבמות משמע לכאורה דאיירי דמכיר בטביעת עין דקלא שכ' על מתני' דמשיאין על פי ב"ק וז"ל תמן תנינן המסית זה הדיוט כו' כיצד עושין לו להערים עליו שני עדים ב"א בבית הפנימי ומושיבין אותו בבית החיצון ומדליקין נר ע"ג כדי שיהיו רואין אותו ושומעין את קולו וכה תמר אכן שניא הוא דמר אנו אף הכא אנו שלא יברח וילך לו ופירש הפ"מ דקושית ירושלמי הוא דהכא אמרינן אפילו אין רואין אותו אלא שומעין קולו וע"ז מתרץ דהכא שאני דאמר אני איש פלוני לכך א"צ שיראהו ויכירהו ופריך במסית לסגי באני ולמה צריך להערים ולעשות כדי שיראו אותו ומתרץ התם כדי

שלא יברח ומערימין להביאו לב"ד. ולכאורה אינו מובן קושית הירושלמי הא שם צריך ראיה לדעת איזה איש הוא א"ו דגם כן צריך להכיר את קולו בטביעת עין ועל זה פריך דגם שם יהיה די בשמיעת קולו] ועיין לשון רמב"ם (פ"ב הי"ג) מהלכות גירושין במ"ש והוא שידעו אותו ובמ"ש שם הלח"מ ובגי"פ (סי' ק"כ ס"ק ך') בביאור לשון רמב"ם ובמה שכ' בספר מכתב מאליהו (דף י"ב ע"ב) דכ' אף שלא הכירוהו בפרצוף מכל מקום אם הכירהו בטביעת עין דקלא די וצ"ע בכל זה:

סימן מח

לשון הרמב"ם (פ"ט) מעדות השוטה פסול לעדות מן התורה לפי שאינו בן מצות ולא שוטה שהוא מהלך ערום ומשבר כלים כו' אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצא דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים אף על פי שמדבר ושואל כענין בשאר דברים הרי זה פסול ובכלל שוטים יחשב ובהלכה (י"א) החרש כשוטה שאין דעתו נכונה ואינו בן מצות ואחד חרש מדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר אף על פי שראייתו ראי' מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בב"ד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו ויהיה ראוי לשמוע הדיינים והאיום כו' והנה מ"ש בענין שוטה אם דעתו משובשת בדבר מן הדברים זה לא נתבאר בדברי רמב"ם במקומות אחרים בכל מקום שמזכיר שוטה רק לענין עדות וכבר העלה המרי"ט בתשובה דלכל ענינים לא מצינו סימני שוטה רק מה דחשבו חז"ל ומה שהוסיף הרמב"ם דעתו משובשת הוא רק לענין עדות שצריך להעיד על מה שעבר ואולי אז ל"ה שפוי ונתחלף לו דבר בזולתו אבל לענין גיטין וקידושין כיון שאנו' רואים עתה דעתו שפוי וצלולה כשר לרמב"ם אולם לא ביאר מאיזה מקום למדו הרמב"ם. ועיין בספר אור הישר בדבר הגט מקליווא שמה פוסקים מגאוני הדור וכולם העירו ע"ד הרמב"ם הנז' ועיי"ש תשובת הגאון בעל נו"ב. והכ"מ שם עמד עמ"ש רמב"ם דשוטה פסול דאינו בן מצות צ"ע היכא איתא הטעם הזה ובלח"מ שם הקשה ל"ל לטעם זה הא כיון דמעטה תורה קטנים דלאו בני דיעה הוא הדין שוטה וחרשים:

ובתומים (סי' ל"ה) כתוב על קושיא זו דהא קיי"ל דחשו"ק שכתבו גט וגדול עומד על גביהם יש להם דיעה לכתוב לשמה ש"מ דיש להם דיעה ומילף יליף ואם כן כשמעיד שנתקדשה אשה בפניו וגדול עמו למה לא יוכשר אם כשר לכתיבת גט ולכך צ"ל הואיל דלאו בני מצות נינהו. והנה מלבד דמבואר בתוס' גיטין וראשונים דדוקא משום דכותב שם הבעל והאשה יכול לכוון ולשמוע מהגדול העומד ע"ג ולעשות כמצותו עליו מה שאין כן בענין אחר. בלאו הכי יש מבוכה גדולה בדברי רמב"ם (פ"ג) מגירושין דלא הזכיר גדול עע"ג רק בטופס הגט ולא בתורף ועיין ג"פ וב"מ (ס' קכ"ג) ובמה שכ' שם

ועל הכל דבריו תמוהין מאד דדוקא בדבר דצריך לשמה מהני על ידי גדול עע"ג אבל לקבל עדותו מה מהני שגדול עמו ממנ"פ אם הגדול הזה בר עדות מה צורך לדבריו של קטן יעיד עם אחר וע"כ כוונתו דלא יש שני עדים גדולים רק אחד גדול ואחד קטן או חרש ושוטה ובזה אי לאו דמשום דאינן בני מצות היה מהני עדותו ע"י הגדול שמלמדו אתמהה א"כ נגמר כל הקידושין על ידי עד א' הגדול וכבר מבואר כתובות (ד' כ"א) דצריך לצרף עמו אחר לקיום השטר כדי שלא נוציא נכי רבעי דממונא אפומי דחד סהדי ועיי"ש ברש"י דגזירת הכתוב הוא על פי שנים עדים יקום דבר חצי דבר ע"פ זה וחצי דבר ע"פ זה ק"ו היכא דלא נקבל כלל עדות החשו"ק בלעדו של הגדול העומד על גבו דלא מהני ואי דגדול אחר מלבד העד א' יש אחר שהוא פסול לעדות זה והוא מלמד להקטן אפסול ניקום ונסמוך בדבר דצריך עדות:

ובספר ח"ס כתב לתרץ קושית הלח"מ כיון דשואל כענין ומשיב כהלכה ונהי כיון דעשה מעשה שטות בפועל לא מהימנין ליה עכ"פ למיחש מיהת בעי שמא אמת כדבריו ויש לחוש לקידושין או לגיטין או אם יבא להעיד להחזיק ממון ע"כ אמר שהוא מגזרת הכתוב ודבריו לא נהירא דהא דבעי עדים בגיטין וקידושין הוא לקיום הדבר מפני שהוא חב לאחרים או מטעם שכתב הפנ"י דאין קידושין לחצאין כדי שתהיה א"א גמורה לדון במיתה ע"י ולעיל (סי' ל') הראתי לדעת דטעם זה מבואר ברמב"ם הל' גירושין עיי"ש וא"כ כיון דאנן מחזקינן להו ללאו בני דיעה וכן שוטה הכריעו חז"ל אם נתחזק ע"י מעשה שטות לשוטה דמחזקינן ללאו בני דיעה מה מהני עדותן לענין גיטין וקידושין אם לא נוכל לדון על פי עדותן להחזיקה לא"א גמורה או למגורשת גמורה לענינים המסתעפי' מזה כבר הוי כמקדש ומגרש בלא עדים [ומטעם זה דבריו אינם שכתב שם קודם. לכן על דברי מהרי"ט דסובר בדעת רמב"ם דרק לענין עדות על עבר ל"מ שמא נתחלף לו למה סתם רמב"ם לפסלו אף לעדות גיטין וקידושין אם קדש בפני עדים כאלו אין קדושיו קידושין. ולמ"ש זה ל"ק כיון דלקיום הדבר בעי עדים כדי שיתבררו אחר כך הדברים על אמיתתן לדונה לא"א או פנויה לכל הדברים המסתעפים מזה שפיר אין חוששין לעדים כאלו כיון דלא נוכל לדון ע"י לכל החומרות ומה לי דא"ח לעדותן על עבר ומה לי על להבא כיון דיכול עוד להתחלף ומ"ש אם יעידו להחזיק תמהני כיון דאנן מחזקינן להו לשוטים ואינם עוברים על לאו דלא תענה לו יהיה די"ל דמכוונים עכשיו בדבריהם מ"מ לא נוכל לדון על ידו בשום דבר:

וגם י"ל למה שכ' הרמב"ם טומטום פסול מפני שהוא ספק אשה וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול הרי הוא פסול שהרי אין עד בא אלא להוציא ממון על פיו או לחייב על

פיו ואין מוציאין ממון מספק ואין עונשין מס' ד"ת עכ"ד מדהאריך הרמב"ם ואמר שאין עד בא אלא להוציא משמע קצת דאף להחזיק אינו נאמן כיון דיש ריעותא בגוף זה ולא נודע אם הוא איש וכשר להעיד או אשה ופסול לכל דבר עדות ואינו דומה לספק פסול מחמת עבירה דמשמע דנאמן להחזיק וכמבואר מדברי תוס' ב"ק (דף ע"ב) לר"ח דסובר בהדי סהדי שקרא ל"ל דמ"מ להחזיק אחר כך להכחיש עדים אחרים נאמנים וכמו שכ' לעיל (סי' מ"ה) דשם היה בחזקת כשרות וגם אם יעשה תשובה יחזור לכשרותו בבירור רק ריעותא מטעם ספק פסול עבירה בזה להחזיק מהני עדותו אבל היכא דהריעותא בהגוף מצד עצמותו דלא ידענו אם איש אם אשה הוא בזה פסול אף להחזיק ויש לומר דלמד הרמב"ם זאת מדכתיב בתור' והוא עד ודרשו חז"ל בתוספתא דשבועות (פ"ג) והוא עד הכשר לעדות והפירוש אם כשר לכל עדות בבירור אבל אם הוא ספק א"ח ק"ש אף אם מהני עדותו להחזיק מ"מ גלי לן הקרא דבעי שיהא עד לכל דבר ואם אינו עד בעצם להוציא אינו בגדר עד אף להחזיק וכמו כן בספק שוטה אף דיש לחלק קצת באם נשתטה אחר כך ומספקינן בדעתו מ"מ י"ל דכיון דאינו בגדר עד להוציא אינו עד אף להחזיק:

אך אם נאמר כן יש להקשות בהא דמבואר מתניתין ר"פ שבועו' העדות ואינה נוהגת אלא בראויין להעיד ופליגא בגמרא לאפוקי מאי ר"פ אמר לאפוקי מלך ראב"י אמר לאפוקי משחק בקוביא ולמה לא קאמר לאפוקי טומטום ומשביעהו שיבא ויעיד להחזיקו דמהני עדותו וקתני בראוין להעיד היינו לכל מיני עדות אף להוציא אולם שם בלא"ה יש לדקדק למה לא קאמר לאפוקי חרש המדבר ואינו שומע או סומא דממעטינן בתוספתא הנז' או אלם למה שכ' הקצוה"ח (סי' מ"ו) דהוא פסול הגוף הואיל דאינו ראוי להעיד בהגדה וכמו שיבואר לקמן ומ"מ לדינא צ"ע בטומטום אם נאמן להחזיק ודאי לכתחילה אין מקבלין עדותו אף להחזיק וכמו שכתבתי לעיל משם ר"י בש"מ ב"ב דספק פסול לא מקבלין עדותו לכתחילה אף להחזיק אך אם קבלו עדותו צ"ע אם מהני להחזיק:

ונראה בדע' רמב"ם הא דכתב דחרש שאינו שומע ואינו מדבר דאין דעתו נכונה ופטור מן המצות וכן בשוטה משום שאינו בן מצות היינו מזה דידענו דאינם ב"מ גזרה התורה דדעתם אינו דעת גמור והא דחרש שאינו שומע ואינו מדבר ושוטה דפטורין מכל המצות הוא כמו דמבואר ירושלמי (פ"א) דחגיגה הא דקתני שם במתניתין שוטה פטור מראיה א"ר אלעזר אתה הראת לדעת. ומדקאמר מרע"ה זאת לכל ישראל על כל מצות התורה ילפינן דמי שאינו בר דעת פטור מכל מצות התורה. ובכ"מ צריך מיעוט איש לאפוקי קטן משום דאף אם הגיע לכלל דעת כמו מופלא סמוך לאיש וכדומה שהוא פיקח גדול בכל ענינים מכל מקום חק התורה דעד שלא הגיע לכלל י"ג שנים והביא סימני גדלות

אין דעתו נכונה ועיין ירושלמי ריש מס' תרומות דרש דחו"ש אין תרומתן תרומה מדכתב ויקחו אליך תרומה מאת כל איש אשר ידבנו לבו פרט לחרש ועיי"ש במפרש דקטן ממעטינין מדכתיב כל איש היינו אף בהגיע לעונת נדרים והא דצריך מיעוט לחו"ש משום דהיה ס"ד אף דפטור ממצות הואיל דאין בו דעת מ"מ תרומה דהוי כמו שיש לכהן חלק בו ולא צריך דעת לקריאת שם תרומה קמ"ל דבעי שיהיה לו דעת עכ"פ הא דחו"ש פטורין מכל המצות שבתורה הוא משום דגזרה התורה דדעת שלהם אינו דעת. ושפיר כתב הרמב"ם הואיל דאינם בני מצות אף דראינו פקחות בהם מ"מ כ"ז דא"ח במצות ל"ח דעת שלהם ולא מקבלין עדותם:

והנה ז"ל תוספתא פ"ג שבועות הנז' והוא עד הכשר לעדות ושמעה להוציא את החרש או ראה להוציא את הסומא או ידע להוציא השוטה אם לא יגיד ונשא עונו להוציא האלם ומזה למד רמב"ם דע"כ מדכ' או ידע למעט שוטה הידוע עפ"י סימני חז"ל וי"א שקבלה בידם מהלמ"ס סימנים שפרטו חז"ל דלשוטה כזה ל"ב מיעוט דממילא ידענו כיון דפטור מכל המצות שבתורה בשביל דעתו ממילא אינו ראוי להעיד וע"כ הוסיפה התורה לענין עדות שבעינן שיהיה לו דעת גמור לכל ענינים ואף אם אין בו אחד מסימני שוטה שמסרו לנו חז"ל מ"מ אם דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים ה"ז פסול ובכלל שוטים יחשב וכמו שכתב המרי"ט הטעם כיון שעדות הוא ענין להעיד על העבר חיישינן שמא נתחלף לו דבר וכיון שפסול לענין כזה שדעתו משובשת פסול לכל עניני עדות וכמו דממעטינן מאו ראה פרט לסומא אע"ג בענין דיכול להבחין והוא כבריא לכל דבר תביעת הלואה מ"מ פסול לעדות כמו דמבואר בבעה"ת (שער ל"ו) וז"ל ואע"ג דלגבי סהדותא פסול לי' ולא מתכשר בכיוון מדת משקלותיו ובכיון דצייר ארעא הכי מצי משבע לחבריה דהתם בעדות כיון דלא חזי לכלהו עדות לא חזי לחד מינייהו עכ"ל כמו כן באם הוא שוטה ודעתו משובשת בדבר אחד תמיד ממילא כיון דלא חזי לכלהו עדות לא חזי לעדות אף בדבר שדעתו בריא וז"ב בדעת רמב"ם דלמד מתוספתא הנז' להוסיף פסול שוטה בזו להעיד עדות:

וכן חרש דאינו שומע ואינו מדבר כיון דפטור מכל מצות ידענו דאין לו דעת ודאי פסול רק אף מדבר ואינו שומע נתמעט מאו שמע ושומע ואינו מדבר נתמעט מאם לא יגיד והא דכתב הרמב"ם אעפ"י שראייתו ראיה מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בב"ד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו ודקדק הכ"מ מזה דפקח ששלח כ"י לב"ד כיון דראוי להעיד ולשמוע כשר דכל הראוי לבילה אן בילה מעכבתו וכדעת ר"ת והקשה הא בפ"ג כתב רמב"ם דדין תורה אין מקבלין עדות בשטר הרי דל"מ רק לחתום שטר עיי"ש ויש לומר

דהרמב"ם רמז בדבריו דאלם פסול להעיד אף בעדות דא"צ הגדה בב"ד רק לקיום הדבר מ"מ כיון דאינו ראוי להעיד במקום דצריך הגדה הוי הפסיל בעצם גוף העד וכמו סומא ועיין קצוה"ח (סי' מ"ו ס"ק י"ט) דאלם הוי פסול הגוף הואיל דאינו ראוי להגדה ואם כן יש לומר לעולם הגדה בכתב ל"מ אף בראוי לבילה וכדעת רש"י רק אף בדבר דא"צ עדות רק לקיום הדבר כמו גיטין וקידושין ג"כ פסול כמו סומא הואיל דאינו ראוי לכל מיני עדות ובמקום דצריך הגדה אינו בר עדות לכן פסיל לכל דבר ואף לדעת הש"ך שם דאלם לא הוי פסול הגוף וכשר לחתום על שטר דבר עדות הוא רק פומי' הוא דכאיב ליה דא"י להגיד בפיו מ"מי"ל דגם לעדות קידושין לקיום הדבר פסול כיון דצריך שיתברר אח"כ הגירושין או הקידושין שלא יהי' לחצאין וע"י עד אלם לא יהי' יכול להתברר לא הוי תורת עדות עליו אף לקיום הדבר ודלא כמו שכתב הקצוה"ח שם לדעת הש"ך וזה מרמז הרמב"ם או שיהי' ראוי להעיד בפיו דמטעם זה פסול אף לצורך קיום הדבר ודוק היטב בזה:

ודע דמדברי תוספתא הנז' דדרש לאפוקי אינו שומע מושמעה ואם לא יגיד להוציא אלם ע"כ דאלם היינו שומע ואינו מדבר דאי גם אינו מדבר מלבד דהוא בכלל חרש גמור דפטור מכל המצות ולזה ל"צ מיעוט אלא אף אינו שומע לבד פסול לכן ע"כ אלם היינו דשומע ואינו מדבר ותימא גדולה ע"ד תוס' גיטין (דף ע"א) ד"ה אמר דמתניתין ל"ק ליה דאיכא למימר דהא דקאמר פרט לאלם שאינו יכול להגיד היינו אלם שאינו שומע דהיינו חרש אבל אלם ל"מ הכי והא מלבד דחרש ממש לא צריך למעט מואם לא יגיד דכיון דאין בו דעת ופטור מן המצות הא בלא"ה אם אינו שומע נתמעט מושמעה ועיי"ש בפני יהושע ובס' דברי חיים דיני עדות (סי' י"א) דעמדו ע"ז מדברי רמב"ם אולם להמבואר לפנינו בתוספתא וכנראה דהא דמייתי ש"ס גיטין שם פרט לאלם הכוונה על התוספת' הנז' א"כ ודאי דברי תוס' צע"ג:

וקצת יש להביא ראיה דאלם הוי פסול הגוף ואף אם הי' אלם בשעת ראיה ובשעת הגדה יכול לדבר פסול דל"ה תחילתו בכשרות וכמו"ש הקצוה"ח שם בביאור הש"ס גיטין הנז' וכ"כ הב"מ (סי' קמ"ב) דהוי פסול הגוף וכ"כ בפשיטות (סי' י"ז סי"א) דאלם החותם עהש"ט אינו כלום דהוא אחד מן הפסולים כמבואר (סי' ל"ה סי"א) ותמהני שלא הביא דעת הש"ך (סי' מ"ו) דעיקר הפסול מטעם מפיהם ולא מפי כתבם ויש ראיה דהוי פסול הגוף דהא קשה למה צריך למעט אלם מאם לא יגיד כיון דהגדה הוא בכתב ג"כ כמו שכ' תוס' גיטין שם רק בעדים גלי קרא מפיהם ולא מפי כתבם א"כ אם הוא אלם דאינו יודע לדבר ממילא אין תועלת בעדותו כיון דלא נוכל לדון על ידי הגדה שאינו בפיו דכבר

גלי לן הקרא מפיהם ולא מפי כתבם ואם כן מה הוסיף התוספתא לאפוקי אלם הא כבר נכלל בפסוק והוא עד הכשר לעדות וע"י הגדה מתוך הכתב לא יהיה תועלת בעדותו. ולדברי הקצוה"ח אתי שפיר דר"ז פריך לר"כ דחרש היכול לדבר מתוך הכתב מהני וא"כ אמאי אמר פרט לאלם הא יכול לדבר מתוך הכתב ומשני דבעדות בעו מפיהם והיינו בשביל זה הוי פסול הגוף אם אינו יודע להעיד בפיו בשעת ראיה ואף אם יכול לדבר בשעת הגדה מ"מ פסול אם כן עיקר פסול זה ידענו מזה דבאמת עיקר פסול אם ל"ה תחילתו בכשרות מדכתיב והוא עד או ראה או ידע דבשעת ראיה בעי שיהי' ראוי להעיד והיינו מדכתב אם לא יגיד מקיש שעת הגדה לראיה וידיע' מה ראיה וידיעה בכשרות אף הגדה בכשרות כמו שכ' חידושי רמ"ה ב"ב (דף קכ"ח) וממילא מקשינן נמי דבעי שיהי' ראוי להגיד בפה בשעת ראיה ובשעת הגדה. ואף אם הי' יכול לדבר בשעת הגדה מ"מ אם בשעת ראיה אינו יכול לדבר בפיו לא מקבלין עדותו וזה הכוונה אם לא יגיד להוצי' אלם לא שהוא אלם גם בשע' התביע' להגיד העדות דזה כבר נתמעט דאין תועלת בעדותו מפיהם ולא מפי כתבם רק אף אם היה אלם בשעת ראיה ובשעת התביעה להגיד יכול לדבר מ"מ אין תועלת בעדותו דלא מקבלין עדותו הואיל דהוי תחילתו בפסלות וזה נתמעט מההיקש לראיה והגדה וכמו דבשעת הגדת עדות צריך שלא יהיה אלם כמו כן בשעת ראיות העדות צריך שיהיה בר הגדה היינו בפיו. וכן משמע ממה דמשני ש"ס גיטין שם בעדות אשה דאקילי בה רבנן משמע בשאר עדות דרבנן פסול אלם להעיד ואם נאמר כמו"ש הש"ך פסול זה מטעם מפיהם ולא מפי כתבם אם כן בעדות דרבנן דכשר בי' מפי כתבם כמו שכ' הכנה"ג (סי' כ"ח) יהיה אלם גם כן כשר אלא דהוי פסול הגוף אולם בש"מ ב"ב (דף קכ"ח) מבואר משם רשב"א דבעדות דרבנן אלם כשר ועיי"ש ברשב"ם ובמ"ש אאזמו"ז בדברי משפט (סי' מ"ו) וראיתי שהגאון מ'סענדר ז"ל נכד בעל ת"ש כ'להוכיח דאלם אינו פסול הגוף מדקתני מס' נדה כל הכשר לדון כשר להעיד ולא מצינו דאלם יהיה פסול לדון. וי"ל באמת למה שכ' הלבוש מובא בסמ"ע (סי' ז') דמקשינן ריבות לנגעים ועיי"ש בתומים ומה"ט סומא בב' עינים פסול לדון וכמו כן י"ל באמת דאלם פסול לדון גם כן:

והנה בתשובת נו"ב (חיו"ד סי' ס"ו) העלה דבר חדש דכתיבה לפני ב"ד הוי הגדה לכך אף לרמב"ם דעדות בשטר לא מהני מדין תורה מ"מ אם כותב בפני ב"ד מהני והא דכתב דבעי שיעיד בפיו או שיהיה ראוי להעיד בפיו היינו בכותב בפני ב"ד וכ"כ בחח"מ (סי' ל'). וראיתי למי שהשיג עליו שהרי מבואר דלר"כ מקרי הגדה ע"י כתב אף באלם וחרש רק בעדות לא מהני משום דקרא מיטעם דמפיהם ולא מפי כתבם ואם איתא דכל שכותב

בב"ד מהני שפיר א"כ הרי ראוי להעיד בכתבו בב"ד ואמאי מקרי אינו יודע להגיד הא חלה השבועה שיכתוב בב"ד וגם מאין יצא לו לרמב"ם לחלק בין אלם לפקח כיון שכותב עתה בב"ד. ובאמת דברי הנו"ב נראין דהא לדעת ר"ת דיכולו לשלוח כתבם לב"ד ובאלם פסול הוא מה"ט דכיון דלגבי הגדתן של עדות כתיב על פי ודרשינן מפיהם ולא מפי כתבם ולגבי שבועות עדות כתיב אם לא יגיד ולא כתיב אמירה דאמירה הוי בפה כמו שכ' תוס' גיטין והגדה הוא באיזה ענין שהוא הן בפיו הן ע"י כתב וכדומה לכך סובר דמיעוט מפיהם ולא מפי כתבם הוא כשאינו יכול לדבר ואינו ראוי לומר בפיו אז מעכב ודכתיב אם לא יגיד הוא ביכול לדבר גלי לן קרא דיכול אף רק להגיד היינו על ידי כתב אם לא רצה להגיד על פי כתב אז חייב ק"ש ונשא עונו ומקיימינן ב' לשונות הא דכ' על פי ולא מפי כתב הוא באלם והא דכתיב אם לא יגיד היינו ביכול לדבר וזה דקאמר אם לא יגיד פרט לאלם דבאלם לא מהני בעדות הגדה דהוא על ידי כתב רק מפיו כתוב ומזה ידענו דאם הוא בר הגדה בפיו מהני על פי כתב רק ר"ת מתיר אף לשלוח הכתב לב"ד ולדעת רמב"ם לפי מה שכ' הנו"ב הוא דוקא אם כותב לפני ב"ד דבהכי משתעי שני מקראות אלה אם לא יגיד ועל פי שנים עדים יקום דבר ומתקיים שניהם על פי היינו שיהיה ראוי להגיד בפיו וגלי לן קרא דאם לא יגיד ע"ז וז"פ:

ודע אף דתוס' כתבו בגיטין דאמירה ודאי הוא בפה והגדה הוא בכתב מ"מ נראה דסוגיא דעלמא אזלי לא כן רק אף בכתב הוי כתיבה כדבור היינו כאמירה רק לגבי עדות היה הדרש כן דהא מה דמהני בכ"מ הודאת בע"ד כמאה עדים הוא משום דגלי רחמנא מדכתיב כי הוא זה כמו שכ' רש"י קידושין (דף ס"ה) וע"ש ברשב"א ובקצוה"ח (סי' ל"ד) ואם כן הא שם כתיב אשר יאמר כי הוא זה נימא גם כן דרק אמירה מהני ולא הודאה בכתב ומעשים בכל יום דדנין על פי הודאת בע"ד בכתב ידו ועיין תומים (סי' צ"ו ס"ק ה') דכתב בפשיטות דהודאת בע"ד בכ"י ודאי מועיל לכ"ע עיי"ש ומלתא דפשיטא לי' צריך לימוד מנין לנו כיון דכל חילו דהודאת בע"ד ידענו מדכתיב אשר יאמר כי הוא זה ושם כתיב אמירה ולדברי תוס' אמירה ודאי ל"ה אלא בפה. ומצאתי במכילתא פ' יתרו ע"פ ויאמר אל משה אני חותנך יתרו כו' ר' יהושע אומר כתב לו באגרת. ר"א המודעי אומר שלח לו ביד שליח א"כ כנראה שני תירוצי תוס' גיטין שם אם אמירה הוא דוקא בפה תלי' בפלוגתת ר"י ור"א וסוגיא דעלמא מדמעשים בכ"י דמהני הודאת בע"ד בכ"י ע"כ כר' יהושע וצ"ע:

והא דכתב רמב"ם דקטן פסול מדכתיב ועמדו שני אנשים ולא קטנים ראיתי למי שהקשה הא בלא"ה לא נוכל לקבל עדות קטן דהא הוי עשאילה"ז דלאו בני הזמה נינהו וכ"כ

באמת רש"י ב"ק (דף פ"ח) טעם זה אולם מלבד דנ"מ טובא באופן שא"צ לקיים בהו דין הזמה וכגון שהודה הבע"ד ואמר בפניכם כמבואר ב"ק (דף ע"ה) ובריטב"א ריש מכות מבואר דאף לענין מלקות א"ח כשאומר בפניכם ודלא כמו"ש ש"מ ב"ק שם א"כ נ"מ טובא כמובן ועוד נ"מ אם העיד קטן בצירוף עוד שנים אחרים דאם הי' בת"ע רק מטעם דהוי עשאילה"ז הוי כנפסל עדותו והוי כמו נמצא אחד מהן קרוב או פסול דנתבטל כל עדותן אף של הכשרים מגזירת הכתוב אבל אם אינם כלל בגדר עדות בשום פנים ל"א בזה עדות שבטלה מקצתן וכמו"ש התומים סוף (סי' ל"ו) וכבר הבאתי בהגהותי לד"ח דיני עדות (סי' ה') ראי' לזה מירושלמי יבמות ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' קע"ו) ובמ"ש למעלה ולקמן:

סימן מט

קטן פסול לעדות עד שיביא שתי שערות אחר י"ג שנה ובטור כ' אין מקבלין את עדותו עד שיבדקוהו שהביא ב"ש. והנה מבואר באה"ע דבאשה מהני הבדיקה אפילו על ידי נשים ואף לקולא עיין שם (סי' קנ"ה) וב"ש (ס"ק כ"ג) משום כיון דחזקה דרבא מסייעי' וגם דהוי גילוי מלתא בעלמא וממילא גם לענין עדות אף עד א' נאמן על שערות. ויש לחקור אם הוא בעצמו נאמן לומר שיש לו שערות או לא דיש לומר דכל מקום דעד א' נאמן ל"ב תורת עדות ואף אשה וקטן נאמן וגם כיון דהוי מלתא דעבידא לאגלויי אף ע"ע נאמן ועיין ריב"ש (סי' קנ"ה) דדבר דעתיד לגלות בודאי ובידינו לחקור עליו בזה נאמן אף מד"ת שזה דבר ברור שלא ישקרו בכה"ג ומה"ט בבדיקות סימני נערה נבדקת על פי נשים לפי שאפשר לבדוק נשים אחרות עי"ש אולם הוסיף ריב"ש עוד דברים בזה וכתב וגם דלא אפשר ע"י אנשים שיסתכלו בערוה. ומאי צריך עוד לטעם כיון דסובר דבדבר שיכול מיד להתברר השקר שזה עבידא לאגלויי גמור מהני אף להוציא ממון כמו בשטרא פרסאה דמקרינן ליה לשני גוים זה שלא בפני זה ומגבינן ביה מב"ח לפי שלא ישקרו בדבר שבידינו לחקור עליו אם כן כיון דמהני בזה אף להוציא ממון ודוקא במלתא דלא עבידא לגלויי בבירור וגם אין בידינו לגלותו אינו נאמן מן התורה וכנראה הא דכתב הרמ"א ח"מ (סוף סי' ל') דאין עד א' נאמן בד"מ במלתא דעבידא לגלויי היינו כמו שכתב הריב"ש כמו במת בעלה דלאו בירור גמור דיבא לגלויי ואין בידינו לגלות כי שמא לא יבא לעולם בזה אינו נאמן רק משום עגונא ומדרבנן אבל בדבר שיש בידינו לגלות בזה אף להוציא ממון נאמן ואם כן למה צריך הריב"ש להוסיף וגם דלא אפשר ע"י אנשים לבדוק וע"כ צריך לומר דאף במקום בבידי' להתברר מ"מ לא סמכינן על עדות שאינו בר עדות הואיל בבידינו לברר ואף דהוי מלתא דעבידי לגלויי וחזקה ברורה דלא משקר

מ"מ במקום דאיכא לברורי לא סמכינן על החזקה וכמו"ש רמב"ן מ"ד ורשב"א ריש מס' חולין דמה"ט לא סמכינן מדאורייתא על חזקה דרבא דבהגיע לכלל שנים ודאי יש לה סימנים משום כיון דאיכא לברורי לא סמכינן על החזקה א"כ הי' קשה ליה לריב"ש לו יהיה דעל ידי הגדת נשים נתוסף עוד חזקה דלא משקרי במקום דאיכא לגלויי מיד מ"מ לא נסמוך על חזקה כיון דהדין דבמקום דנוכל לברר לא סמכינן על החזקה לברר על ידי בירור גמור באנשי' שהם בגדר עדות לכך כ' דלא אפשר ע"י אנשים שיסתכלו בערוה. ולפי זה לא סמכינן על הגדתו שיש לו ב' שערות כיון דאינו בגדר עדות על עצמו רק דנסמוך על חזקה במקום דבידינו לגלות שקרו לא ישקר לא סמכינן על החזקה במקום דנוכל לברר בירור גמור אולם לפי זה אם מעיד בת"ע על דבר ומעיד גם כן שיש לו שערות ואחר כך הלך מכאן באופן דאי אפשר למבדקיה יש לומר דבכה"ג סמכינן על עדותו. ואף דיש לומר דכיון דאנן מספקינן דלמא לא הביא ולא סמכינן על חזקה דרבא אם כן אם הוא קטן אינו נאמן אף במלתא דעבידי לגלויי אך ז"א דהא מצינו דקטן נאמן במלתא דעבידי לגלויי כמו"ש בת"ש יו"ד (סי' א' ס"ק ס"א) דאף דכל הפוסקי' שם חולקין על הטור וסוברים דקטן אף אם ידענו שהוא מומחה ואומן לשחוט מ"מ אינו נאמן ששחט כהוגן ומ"מ לשלוח ע"י לשחוט מאמינים לקטן במילתא דעבידי לאגלויי עיי"ש:

ובטו"ז אה"ע (סי' י"ז) העלה בדע' הטור שם דקטן שיש לו דעת והגיע לעונת הפעוטות נאמן בעדות אשה לומר מת בעלה אף באינו מסלפ"ת ובס' קה"י שם התפלא מאד כיון דקי"ל דקטן א"נ באיסורין אע"ג דאשה נאמנת ע"כ הטעם דאינו ב"ד וכנכרי דמי דאינו נאמן באינו מסלפ"ת משום דמשקר וראיה דתנן קטן פסול לכתיבת הגט ואף דל"ב שליחות מ"מ לאו בני דיעה נינהו והיתכן אם יהיה בי"ג שנים וחריף ולא הביא ב' שערות דיכשר עי"ש עוד ולא אדע תמיהתו ודאי בכל איסורין ואף בדבר שבידו להחולקים על הטויו"ד גם כן אינו נאמן בדאורייתא משום דמשקר הואיל ואין בו דעת שהתורה פסלהו דעדיין אינו בר מצות מטעם דלית ליה דעת גמור עפ"י חוקי התורה עד שיביא ב"ש אבל במלתא דעבידא לגלויי דזה מצד הסברא דלא משקר זה נאמר אף בקטן אם הוא בר דעת בעניני דעלמא אף דפטור מן המצות מ"מ לא ישקר דירא שיהיה נתפס לשקרן ועדיף הוא מגוי דגוי משקר אף במלתא דעבידא לגלויי מה שאין כן קטן דישראל הוא וירדו חז"ל לסוף דעת בר ישראל אף דעדיין אינו בגדר עדות מ"מ במלתא דעבידא לגלויי לא ישקר וכמו שכ' הפ"ח והב"ה שהביא הת"ש שם וכן כ' הפ"מ שם וכבר פשט המנהג להיתר לשלוח לשחוט על ידי קטן ואם כן בעדות אשה דהאמינו חז"ל לעד א' אף פסול מטעם דהוי מילתא דעבידא לגלויי וגם חזקת דייקא דהאשה. למה יגרע קטן משאר פסולי עדות

כיון דחז"ל הקילו בזה ואינו דומה לכתיבת הגט וכדומה דשם בעינן תורת עדות לסמוך על הקטן מה שאין כן במלתא דעבידא לגלויי. וכן מבואר רמב"ם (סוף פ"ד) מיבום דאפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון ונאמנין לומר פלוני אחי פלוני כו' מה שאין כן בשאר עדיות של תורה בין לעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות הוא אפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהן כענין שבארתי סוף הלכות גירושין עכ"ד הרי דפשיטא ליה דכמו דאשה ועבד נאמנין על אחוי דמיתנא כמו כן קטן ב"ד ומזה נראה הוכחה לדעת טו"ז דס"ל שם בהא דכתב רמב"ם ה' גירושין דעל ידי עדות קטן ל"מ רק במסיח לפי תומו דהיינו בלא הגיע לעונת הפעוטות אבל בהגיע מודה דמהני כשאומר בפירוש מת. ובס' ב"מ שם דאין במשמעות הרמב"ם דמודה בהגיע עיי"ש ודברי רמב"ם הל' יבום לעד נאמן כדעת הטו"ז מדסיים כמו שביארנו סוף הלכות גירושין משמע דחד דינא להם ושם ביאר הרמב"ם קטן שהוא מכיר ונבון וקטן כזה משמע כמו דנאמן לחליצה על הכרת אחי המת כ"כ נאמן לומר מת בעלה. ומ"ש בהל' גירושין אם שמע מפי קטן אינו מעיד שם איירי באינו מכיר ונבון ועד לזה דכייל ליה בהדי שמע מפי שוטה. אך דעת מהרש"א שהמתיר בעדות קטן הוא בר שמתא [ובמ"א הבאתי ראיה דאף בהגיע לעונת הפעוטות בעינן דוקא מסלפ"ת ובלא הגיע לא מהני אף מסיח לפי תומו מהא דקתני מתניתין דב"ק (דף קי"ז) נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה כו' ומוקי בגמרא כגון שהי' בעלים מרדפין אחריהם ואשה וקטן מסיחין לפי תומם ואח"כ מביא בש"ס אמר ר"א אין מסלפ"ת כשר אלא לעדות אשה בלבד עיי"ש בש"ס משמע דשוין הן. ויש לדקדק למה נקט במתניתין אשה וקטן היינו ללמד דאף אשה או קטן נאמנים בנחיל של דבורים לנקט רק סתם קטנה נאמנת ונדע דאף אשה דאינה בר עדות מ"מ בזה נאמנת וגם נדע דאף קטן נאמן מדנאמנת אף אשה קטנה ודוחק גדול לומר דבאמת בתרתי לריעותא אשה דלעולם לאו בת עדות היא וקטנה ג"כ בזה א"נ דזה אין סברא אלא ודאי דלכך נקט אשה וקטן דסתם אשה היינו כשהיא ב"ד כן קטן נמי דוקא אם הוא דומיא דאשה דהוא בן דעת ובר הבנה ועיין תשובת מהרשד"ם (סי' קס"ה) הרי אף במסיח לפי תומו בעינן שיהיה בר הבנה ואכ"מ בזה]. עכ"פ אין תימא לומר דקטן נאמן כמו שהתפלא בס' קה"י דהרי מבואר דבדבר העשוי להגלות סמכינן אף על קטן יע"ש עוד בב"מ דס"ל דעכ"פ ל"ב שערות רק די בי"ג שנים לענין עדות אשה ותמה על הנו"ב דמחליט דבעי דוקא שערות ובדיקה ונאמן על עצמו דאם הוא קטן אין בדבריו כלום ול"מ עדות ע"ע עיי"ש ולמ"ש י"ל דזה הוי מילתא דעבידא לגלויי ממש דבכה"ג מה"ד נאמן ואף לענין דיני ממונות:

וראיתי בקצוה"ח (סי' מ"ט) דעמד שם על הטוש"ע דלהכיר להעדים שזה שם הלוה די אפילו אשה או קרוב והוכיח הכנה"ג שם מזה כדעת התשב"ץ החולק על ריב"ש וס"ל דבמילתא דעבידא לגלויי נאמן ע"א אף בממון וכתב הקצוה"ח דהרמ"א (סוף סי' ל') העלה להלכה דאין חילוק בד"מ בין מילתא דעבידא לגלויי או לא וכדברי הריב"ש ולכן ע"כ הא דסמכינן שם על מלתא דעבידא לגלויי דחשש דאין כותבין אלא אם כן מכירין אינו אלא מדבריהם ולכן גבי גט בשעת הסכנה כותבין אעפ"י שאין מכירין ומש"ה האמינו חז"ל במלתא דעבידא לגלוי אפילו ע"א ודבריו תמוהין דהא גט שאני מטעם דאין אדם חוטא ולא לו וכן חליצה דמהני מה"ת וחולצין לאשה אעפ"י שאין מכירין מה"ת כמו שכ' תוס' יבמות (דף ק"ו) הוא מטעם דא"א חוטא ולא לו ועי"ש ברשב"א וריטב"א דדומה לאב שאמר קדשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתי' דנאמן רק מדרבנן החמירו עיי"ש אבל לענין ממון שבא לפני סופר ועדים לכתוב לו שט"ח שחייב לפלוני ודאי חיישינן דמשקר בשמו ויוציא אחר כך השם על אחר וזה ודאי מדאורייתא חיישינן רק הואיל דהוי מלתא דעבידא לגלויי גמור וזה מהני אף בממון וכמו שכתב הריב"ש הנ"ל. אולם יש להתבונן בדעת הריב"ש דכפי מה שכ' (סי' קנ"ה) בדבר שבידינו לברר מיד בזה מהני מה"ת ומה"ט בסימני נערה נבדקת על פי נשים לפי שאפשר לבדוק על ידי נשים אחרות. אולם (סי' קפ"ב) הביא דברי ריי"ף דפרק החולץ דמה"ט אפילו אשה וקרוב מהימני על אחוהי דמיתנא דלאו אמילתא דאסירא או ממונא קא מסהדי ופי' הריב"ש דאם מעידין על שעת איסור ל"מ רק אם אמרו כן קודם מעשה שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור הוחזק על פיהם ועדות נשים דמהני על סימנים אף דהוא בשעת מעשה הוא משום דסמכינן אחזקה דרבא עיי"ש הרי דבלא חזקה דרבא לא סמכינן על עדותן בשעת מעשה אף בדבר העשוי להתגלות ונוכל לגלות מיד וע"כ כיון דאנן סמכינן אף בשעת מעש' על היכרה של אשה וקרוב הוא משום דבכה"ג מהני עבידא לגלויי ועיין ב"י אה"ע (סי' קנ"ז) דכ' דכל הפוסקים חולקים על הריב"ש בזה בכוונת הרי"ף ועיין תשובת נו"ב ח"א חאה"ע (סי' צ"ג) מה שהקשה על הש"ע אה"ע (סי' קס"ט) דאין סומכין במנין השנים רק על פי עדים כשרים להעיד ואמאי הא דומה להך דהכרה דאחוהי דמיתנא עיי"ש באורך והעלה לחלק דשם משום עגונה הקילו וכבר קדמוהו בכמ"ש שם בס' מכתב מאליהו (שער ד' סי' ל"א) ולמ"ש יש לחלק טובא דשם ההכרה הוא מדבריהם כמו בקדשתי את בתי וא"י למי דנאמן וכמו"ש הרשב"א ובדיקה על ידי נשים בצירוף חזקה דרבא וגם בידינו לברר מה שאין כן להעיד על שנים ואכ"מ בזה במה שיש להאריך בענינים האלה עכ"פ נראה דאם העיד עדות ונודע שהוא בן י"ג שנים

ומעיד על עצמו שיש לו שערות והלך לו די"ל דמקבלין עדותו וצ"ע ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מיאון (סי' ב' וג') ובמה שכ' שם בהגהותי בענין חזקה דרבא ועיין תומים (סוף סי' ל'):

ודע דאף אם הפסולין נאמנין במלתא דעבידא להגלות או בידינו לגלות מ"מ נכרי אינו נאמן דאשר פיהם דבר שוא כתיב בהו ורק במסלפ"ת נאמן ותמהני על הנו"ב (ח"א סי' כ"ח באה"ע) דהביא שם המקומות דנאמן אף מדאורייתא בדבר דעבידא לגלויי כמו ר"ה (רפ"ב) כי אתא עולא אמר קדשוהו לירחא במערבא וביבמות (דף ע"ז) דהא שמואל וב"ד קיים ובכורות (דף ל"ו) וגבי גר מצינו יבמות (דף מ"ז) מי שבא ואמר נתגיירתי דאינו נאמן ופסקו כל הפוסקים אף אם אמר נתגיירתי בב"ד של פלוני אעפ"כ אינו נאמן ונכנס שם בחלוקים ודבריו נפלאים דמאי ראי' מייתי מגר המוחזק לנו לאינו ישראל ואמר נתגיירתי בב"ד של פלוני דשם כיון דמוחזק לנו לעכו"ם שוב אינו נאמן אף במלתא דעבידא לגלויי גמור ובידינו לברר מה שאין כן בכל הנך דמייתי התם דנאמן במלתא דעבידא לגלויי הוא מטעם כמו שכ' הריב"ש הואיל דבידינו לגלות ולברר ובפרט בהא דר"ה קדשוהו לירחא כבר כתב הריב"ש דמה"ד עד א' נאמן באיסורין ול"ה צריכין לטעם עשוי להגלות אלא מפני שחכמים תקנו שלוחים מפני קלקול הכותים וגם שבזה תיקון המועדות הי' אפ"ל שלא נאמין לעד א' לכך אמרו דל"צ לזה אלא דכל אחד נאמן בדבר העשוי להגלות עיי"ש [וא"ש בזה הא דאמרו ל"מ עולא דגברא רבה הוא דמהימן אלא אפילו אינש דעלמא נמי מהימן הא בכל עדות הכי נ"מ בין גברא רבה או לא א"ו דבאמת מה"ד כל אדם נאמן באיסורין אלא מפני קלקול הכותים היה לנו להחמיר ומ"מ בגברא רבה כעולא אין להחמיר ובודאי לא ניחוש על קלקול הכותים רק אף אינש דעלמא נמי מהימן מטעם דבידינו להגלות ועיי"ש בטורי אבן דהוכיח משם דעד א' אינו נאמן במקום רוב ולכך צריך לטעמא דעבידא לגלויי דאם עד א' נאמן במקום רוב מה היה ס"ד דלא נאמין לעולא עיי"ש ולמה שכ' הריב"ש אינו ראיה דהיה להו לחז"ל להחמיר מפני קלקול הכותים ומפני תקנות המועדות לכך צריך לטעם דמלתא דעבידא לגלויי גמור כי האי לעולם עד א' נאמן והארכתי בזה במ"א אם עד אחד נאמן באיסורי נגד רוב] וכן בהך דעמשא בן יתר יבמות הנז' הוי מלתא דעבידא לגלויי גמור ובידינו לגלות ולעמוד על הבירור לכך בכה"ג נאמן משא"כ במוחזק לא"י זה אינו נאמן אף במילתא דעבידי לגלויי גמור ודברי הנו"ב תמוהין:

סימן נ

כתב בס' מח"א דיני עדות (סי' ט"ו) מי שנתחייב שבועת היסת והביא הנתבע עד א' כדי לאיפטורי נפשיה משבועה ואשתכח דסהדא קרוב ונתרחק הוא כיון דשה"ס מדבריהם הוא לא בעינן תחילתו וסופו בכשרות כאותו שאמרו ואלו נאמנים להעיד בגדלן מה שראו בקטנן עכ"ד ויש להבין אם כן אף משבועת המשנה יפטרנו דכמו דיליף מהני דנאמנין כמו על קיום השטר דהוא מדרבנן מדין המשנה ובכ"ז נאמן בצירוף אחר עמו להעיד על מה שראה בקטנותו כמו כן לענין מה דמהני עד א' לפטור משבועה וכיון דמדאורייתא פטור יכול עד כזה לפטרו ומה לי היסת ומה לי שבועת המשנה. ובאמת מהיסת יש לדון דאף קרוב ממש יהיה יכול לפטרו דכמו דלמד מהר"ם מרויטנבורג ק"ו דעד המסייע פוטר משבועה ממה דיכול לחייב שבועה ק"ו דיכול לפוטרו כן נמי יש לדון ק"ו להמבואר רמ"א (סוף סי' ע"ה) דקרוב יכול לחייב היסת ועל כרחך מטעם רגלים לדבר בצירוף חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ומחשב טענתו כמו טענות ברי לחייב את הנתבע היסת כמו כן יהיה יכול לפטור ועיין מ"ש אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' פ"ז) להשיג על המח"א דכיון דהורע כחו לענין ממון דבממון ל"מ בכה"ג עדים ממילא הורע כחו לחייב שבועה כמו שכ' ר"ן שבועות דמה"ט אף דשנים מחייבין קרקע מ"מ עד א' אינו מחייב שבועה. ויש לחלק שם בקרקע הורע כחו של ממון מה שאין כן בממון דלא הורע כחו רק העדים הורע כחם דאין בכחם לחייב ממון מ"מ לענין לפטור משבועה דרבנן האמינוהו חז"ל בדרבנן והא ראיה דהא לענין חיוב שבועה מחשבינן לטענתו ברי על ידי הקרוב ועיין תרה"ד (סי' ש"ח):

אך יש לומר בכוונת המח"א דודאי כל דתיקון רבנן כעין דאוריית' תיקון ובשבועת המשנה דהדין הוא אם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסי' הוי כחיוב ממון וצריך לפטור אותו משבועתו עד כשר וסגי בעד א' מק"ו דמהר"ם ז"ל אבל עד פסול א"י לפטור מה שאין כן לפטור משבועת היסת דאם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו ואין לו עליו חיוב ממון רק חיוב שבועה שפיר יליף המח"א מאלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן כמו דשם מצטרף לעד א' כשר אף להוציא ממון כן נמי עד א' כזה מהני לפטור מהיסת הואיל דלא הוי הוצאות זכות ממון כיון דבלאו הכי לא נחתינן לנכסיו רק מנדין אותו עד ל' יום לפי שמסרב נגד תקנות חכז"ל וכשבא להתיר בתוך ל' מתירין אף אם לא נשבע [ודברי נתיבות (סי' א' ס"ק א') צ"ע] אם כן ל"ה רק כמלתא דאיסורא ולכך ל"ב בזה תחילתו וסופו בכשרות:

אך מכל מקום קשה על המח"א דמדמה קרוב ונתרחק לקטן שנתגדל וז"א דהא מבואר בש"ס (סוף פ"ב) דכתובות אף לענין איסור אם היה עכו"ם ונתגייר עבד ונשתחרר אינו נאמן ריב"ב אומר נאמנים וקאמר ת"ק סבר כיון דעכו"ם הוא ל"ה דייק וריב"ב סבר כיון דדעתיה לאיגיורי מידק הוי דייק ואנן קי"ל כת"ק וכן פסקו הפוסקים וכמבואר (בסי' ל"ה ס"ז) דאף בדבר דקטן שהגדיל נאמן ולא בעינן תחילתו וסופו בכשרות מכל מקום עכו"ם שנתגייר ועבד שנשתחרר אינו נאמן מטעם דלא דייק ועיי"ש בש"ך (ס"ק ז') ואם כן קרוב ונתרחק דלא ידע אז שיתרחק ואז פסול לעדות זה יש לומר דשוה לגר שנתגייר דאף בדרבנן אינו נאמן מטעם דלא דייק ולא מצינו שם בש"ס ופוסקים דבדרבנן נאמן אף דל"ה תחילתו וסופו בכשרות רק בקטן דיודע שיתגדל ממילא מה שאין כן בקרוב יש לומר דלא דייק ועיין תומים (סי' ל"ג ס"ק ח') דקרובים אף דלא נחשדו לשקר אבל עכשיו כיון דמלכו של עולם פסלם אף הם אינם שמים על לב לדקדק בעדותן כי חושבים עדותן במה נחשב ואומרים בדדמי. אם כן יש לומר אף בדרבנן לא הימנוהו רק בקטן שנתגדל לא בקרובים שנתרחקו ועיין בהגהת אשרי (סו"פ ב') דכתובות לענין דקרוב ללוה או למלוה אינו נאמן לקיים שטר כתב דשאני קטן שבא לכלל עדות משא"כ בקרוב. שוב ראיתי בתשובת קול אליהו (ח"א ס' כ"ז) דמשיג גם כן על המח"א והעלה דאינו פוטר. ואף בקטן שנתגדל צ"ע אם יכול לפטור דלא מצינו דלא בעינן תחילתו וסופו בכשרות בדרבנן רק במה דגילו לנו חכז"ל ואין לדמות דבר דרבנן אחר:

וראיתי בדרישה (סי' ש"ע) שכתב בהא דכתב הטור שם ואשה או קטן נאמנין לומר מכאן יצא נחיל זה והוא שיהיו הבעלים מרדפין אחריהם וגם מסיחין לפי תומם והרי"ף השמיטו בפ' הגוזל והעלה דהא דקאמר שם בש"ס שאני נחיל שהוא קנין דרבנן דאפילו באינם מסלפ"ת ואפי' אין הבעלים מרדפין האמינו חז"ל לקטן במילי דרבנן כמו שהאמינו לקטן לומר עד כאן תחום שבת ושזה כתיבת יד אבי ואחי ושאשה זו יצאה בהינומה ואינך דחשיב הטור (סי' ל"ה) וכן הביא משם הראבי"ה דהאמינו לקטן במילי דרבנן אף בלא מסלפ"ת עיי"ש ודבריו תמוהין מה הביא (מסי' ל"ה) הא שם גם כן אינו נאמן להעיד בקוטנו רק בגודלו מה שראו בקטנותן אבל קטן שיהיה נאמן במילי דרבנן בממון לא מצינו. ובאמת בירושלמי סוף (פ"ב) דכתובות איתא אינו נאמן אלא בגודלן מה שראו בקוטנן הא בקוטנן לא תמן תנינן נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל מהלך לתוך שדהו ונוטל את נחילו ובההוא אמר כן ר"א ר"ח בשם ר' יוחנן לא אמר ריב"ב אלא על נחיל של דבורי' שאין גזילו דבר תורה עיי"ש והכוונה אף דבמתניתין שם גם כן העדות הוא על דבר דרבנן היינו שם מ"מ כיון דהצריכו חכמים קיום ואם

באמת הוא מזויף הוי גזל דין תורה וכדומה היכא דהנ"מ בעיק' דבר אין עד א' נאמן מה שאין כן בנחיל של דבורים דעיקר הוא רק גזל מפני דרכי שלום ולית ביה שום איסור גזל דאורייתא לכך נאמנין אשה וקטן וזה משמע כדעת הדרישה. אולם מש"ס דילן וכל הפוסקים מבואר דבלא מסלפ"ת אינו נאמן וגם בבעלים מרדפין דוקא וגם בירושלמי שם מבואר דוקא במפריח עיי"ש ומהתימא על הדרישה דמדמה עדות קטן בזמן קטנותו לאם מעיד בגודלו מה שראה בקוטנו דזה פסול אחר הוא מגזירת הכתוב דבעי תחילתו וסופו בכשרות וקטן אף דפסול ג"כ מגזירת הכתוב מ"מ לאו בר דיעה הוא ולא מקבלין עדותו כלל בממון:

סימן נא

קיי"ל כרבי דאחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות בנמצא אחד מן העדים קרוב או פסול דעדותן בטילה וכתב הב"י (סי' ל"ו) דפסקינן כר"נ הואיל דרבינא דהוא בתרא' מוקי סנהדרין (דף ע') לפלוגתא דר"מ וחכמים בפלוגת' דר' יוסי ורבי וחכמים כרבי והגאון בעל נו"ב מהד"ת חלק אה"ע (סי' ע"ו) תמה ע"ז הא רבינא לא מוקי אלא בפלוגתא דהתרו בו ולענין זה מוכח דהלכה דבעינן כוונה אבל אם בד"מ תתקיים עדות בשאר לא איירו ר"מ ורבנן שם כלל אם כן למה לא פסקו הפוסקי' כשמואל דהוא רבו של ר"נ. והנה דברי הב"י מבוארים להדיא בסמ"ג לאוין (סי' ריי"ג) דמה"ט פסקו כל הפוסקים כר"נ וי"ל דשפיר מוכח משם דקיי"ל נמי כרבי דאף בדיני ממונות נתבטל עדותן דאם לא כן אף לרבנן משכחת מוציא שם רע בשלשה כגון שכיון להעיד דאז ליכא נ"מ לדיני נפשות רק לדיני ממונות ואם כן כל פלוגתא של ר"מ וחכמים אי משכחת מוציא ש"ר בג' רק בזה אם בעינן כוונה להעיד או לא ומה שייטא לזה יפלגו בזה בלבד אלא ודאי דחכמים סוברים דאף בד"מ נתבטל עדותן ואשמועינן מתניתין דלר"מ מוצי' ש"ר בג' בנמצא אחד קרוב או פסול דליכא נ"מ לענין דיני נפשות ורבנן סוברים דלעולם בכ"ג דליכא אנפי שיהיה דיני ממונות בלא דיני נפשות דאם כיונו להעיד נתבטל אף לד"מ ואם לא כוונו מהני עדותן אף לדיני נפשות. אך לשיטת תוס' והרא"ש וסייעתו דסובר דבעינן תרתי ראו ביחד והגדה בב"ד אם כן שם דאיירי דלא הגידו עדיין ע"כ סובר הרא"ש דלא קיי"ל בזה כרבינא ולא פליגי ר"מ וחכמים בזה דלשיטתם בעינן הגדה ושם רצה רבינא לעשות פלוגתא חדשה דאף בלא הגדה פוסל ונתבטל עדותן ויש ליישב להמעיין שם ומה שהאריך שם הנו"ב להקשות עוד על הרי"ף והרא"ש כבר הרגיש בש"ך (סי' ס"ו ס"ק כ"ג) והוכיח מכמה מקומות דהלכתא כר"נ בדינא אף במקום שמואל רבו:

ומה שהקשה עוד לשיטת רש"י בטעמא דר"י משום דבדיני נפשות כתיב והצילו העדה אם כן בגיטין וקידושין תתקיים עדות בשאר ושמואל אמר הלכה כר"י ואף שהלכה כר"נ בדינא מ"מ הלכה כשמואל באיסורי א"כ נימא בגיטין וקדושין תתקיים עדות בשאר נראה ליישב בפשיטות דכיון דקיי"ל כרב נחמן בדינא ממילא הלכה דמקשינן שלשה לשנים בד"מ ובדבר שבערוה ילפינן דבר דבר מדכ' ערות דבר וכתיב עפ"י כו' יקום דבר וכיון דידענו גז"ש ממילא כל עדות שאינו מועיל בדיני ממונות ונתבטל אינו מועיל גם כן בדבר שבערוה. ועיין ספר הפרדס לרש"י ז"ל שכתב דהלכה כרבי דפסק ר"נ כוותיה ור"נ בתרא הוא והלכה כבתראי ועוד דקא מסייעו קרא ולא מפליג בין ד"מ לד"נ ור"י מוקי לי' בד"נ הלכך מה"ט הלכ' כרבי עייי"ש. הרי דגם לרש"י עיקר מה דהלכה כר"נ משום דמסייע קרא להקיש שלשה לשנים ואם כן שוב מה"ט גם בדבר שבערוה אי אפשר לומר דתתקיים עדות בשאר דילפינן דבר דבר מממון לכ"ע ועוד יש לפלפל שם הרבה בדבריו ועיימ"ש לעיל (סי' כ') ומ"ש שם הנו"ב בטעם הדבר דבב' ונמצא א' קרוב או פסול דאין עד הנשאר קם לשבועה דדבר זה למדנו מפי השמועה כ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה למדנו ג"כ צד הסותר דכמו בג' ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אין הב' כשרים מחייבין ממון כן אין עד א' מחייבו שבועה והוליד מזה דלמאן דחש למקדש בעד א' אז אף בב' לא נתבטל עדות הכשר עייי"ש וכדבריו מצאתי בש"מ סנהדרין שבסוף ספר חמרא וחיי משם המאירי וכתב דהוי כמו אין כאן אפילו עד א' שאין כאן נמצא אחד מחייב שבועה במקום שאין הב' מחייבין אותו ממון שהרי אם היה ג' ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אין מחייבין אותו ממון על פי הב' הכשרים עכ"ל ולדבריו דבעינן דוקא שיחייב שבועה באותו אופן אם הי' ב' דהיו מחייבין ממון נראה דכמו בב' עדים בממון באומרים א"י בחקירות עדותן בטילה דבעינן עדים הראוין להזמה כמו שכ' הש"ך (סי' ל"ג) כן נמי בעד א' לחייבו שבועה באומר א"י בחקירות אינו מחייבו לדעת הש"ך וזה דלא כמו שכ' קצת אחרונים:

והנה דעת תוס' ורא"ש דלמסקנא בש"ס מכות (דף ו') במקיימי דבר הכתוב מדבר בעינן דוקא שיבא הקרוב לקיים הדבר בב"ד ותרתי בעינן שיתכוין להעיד ובא לב"ד והעיד ומבואר בתוס' דאף בלא העידו יחד תוכד"ד מ"מ נתבטל כל העדות. ולא נתבאר בדבריהם אם עכ"פ צריך שיעידו בב"ד יחד רק דל"ב תוכד"ד ומ"מ צריך שיעידו זה בפני זה ושיבאו יחד לב"ד ובאותו מעמד העידו שניהם או אף שמעידין זה שלא בפני זה סגי לבטל עדותן כיון דראו יחד ובאו לקיים הדבר וראיתי בס' שער משפט דכתב כיון דלדעת הרמב"ם וסייעתו בכיון להעיד לחוד אף דלא העיד בב"ד מבטל עדות הכשרי'

מהיכי תיתי נעשה פלוגתא רחוקה ונאמר דלדע' תוס' ורא"ש בעינן דוקא שיעידו זה בפני זה וכתב ראיה לזה דאל"כ יגידו הכשרים פעם שנית כיון דראיה לחוד אינו פוסל רק הגדה אם יגידו שנית נאמר דהוי תחלתו וסופו בכשרות אלא ודאי דל"ב צירוף הגדה ביחד וראיה הזאת אינני מכיר הא יש לומר כיון דבאו לקיים הדבר ביחד נתבטל למפרע עדות הכשרים הואיל דראו ביחד והגידו יחד אבל אם ב' עדים העידו ונתקבל עדותן ואין צורך עוד לקיום הדבר למה יבטל כשבא הג' אחר כך להעיד אף שהוא גם כן ממקיימי הדבר מ"מ כיון דא"צ לו אינו מבטל רק כשבאו והעידו יחד נתעורר הפסול משעת ראיה ונתבטל ושוב אינו מועיל שיגידו עוד הפעם דכיון דנתבטל עדותן בטילה לעולם ואף די"ל כיון דלא העידו תוכ"ד ולא צרפו יחד בהגדה תוכד"ד שוב לא נשאר רק צירוף בראיה ומחשבה לבד אינה פוסלת כמו שכתב הרמב"ן ב"ב ולמה לא יועיל הגדה פעם שנית בלא צירוף ז"א כיון דראו יחד והיה צירוף עכ"פ לקיים הדבר בהגדה נגמר ביטול העדות משעת ראיה אבל אם לא באו ביחד ולא העידו ביחד לא נעשה שום צירוף רק בראיה ואינו פוסל:

ועיין תוס' סנהדרין (דף ל"א) ד"ה שב"ש וז"ל אי נמי ל"א נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא בבאו בב"א תוכד"ד דאז חשיבי עדות אחת והכי שבאו ב' כיתי עדים זו אחר זו. ולכאורה זה סותר לשיטתם במס' מכות דל"ב הגדה תוכד"ד וכבר ראיתי בפ' מ"א סנהדרין (דף ט') שעמד על סתירת דבריהם. ובתשובת פמ"א (ח"ב סי' ח"י) כ' דתוס' כתבו כן לב"ש דלית הלכתא כוותיה וזה דוחק אולם בפשיטות אתי שפיר דשם לא הוי הפסול בשעת ראיה רק אח"כ כיון דהכחישו זה את זה בזה צריך שיעידו תכד"ד דנעשה אז הצירוף משא"כ היכא דהצירוף הי' בשעת ראי' בפסול רק דמחשבה לבד אינו גורם הפסול לכן כשהגידו אח"כ לקיים הדבר אף אחר כד"ד נתעורר הביטול למפרע וכן כ' הקצוה"ח ובנתיבות כ' דלדידן אף בהוי כשר מתחילתו מ"מ כשהעידו אח"כ אף לאחכ"ד גזירת הכתוב כל שנצטרפו בשעת ראיה ונתבטל מקצתן מחמת פסול שנתבטל כל הקישור והצירוף מחמת עדות שבטלה מקצת' והתוס' בתירוץ הנז' סברו דבשום מקום ל"א דנתבטל רק כשהעידו בבת אחת. ובאמת כן משמע מלשון התוס' דכ' ל"א נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא בבא תוכ"ד דאז חשיבי עדות אחת משמע דלא כתבו כן על ב' כתי עדים רק בכ"מ קרוב או פסול לא נתבטל רק כשהעידו בב"א. ואם נפרש דקאי רק בנידון דשם שהיו כשרים בשעת ראיה כמו שכתב הקצוה"ח יש לומר דמ"מ אף בהיה כשר בשעת ראיה מכל מקום כיון שנצטרפו יחד בשעת ראיה פוסל אף בהעידו אחר כך אחר כד"ד רק דשם כת אחת אומרת מנה וכת אחת אומ' מאתים

לא כוונו יחד אף בשעת ראיה כיון דהיה הכחשה ביניהם וכת אחת אומרת שקר דומה לעדים שהוזמו דכ' תוס' מס' מכות דלכך בעינן תוכ"ד כיון שאינם אומרי' אמת לא בא עדותן אלא כשיעידו בב"ד וה"נ כיון דאחת משקרת לא הוי צירוף בשעת ראיה ואף אם העידו כולם שהיו ביחד מ"מ מה שזה אומר שראה אינו אומר זה לכך צריך שיעידו יחד תוכ"ד אבל מ"מ יש לומר דאף בהיה כשר בשעת ראיה מ"מ כיון דהיה צירוף יחד בראיה כל שהעידו אף לאחר כד"ד נתבטל הצירוף למפרע. ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' ל"ו ס"ק ב') ודעתו דעכ"פ מועיל שיעידו הכשרים שנית כיון דלא הוי תחילתו בפסלות מה שאין כן כשהי' פסול משעת ראיה נפסל משעת ראיה והוי תחילתו בפסלות. אבל מ"מ יש לומר דוקא בהעידו כאחת אף שהעידו אחר כ"ד מ"מ כיון שהוציא המחשבה אל הפועל אז נתבטל למפרע אבל כשזה העיד היום וזה למחר לא נתבטל כיון דלא נצטרפו יחד כלל בהגדתן:

וזה לשון הרא"ש אין קרוב או פסול מבטלין העדות אלא א"כ באו והעידו בב"ד עם האחרים כו' ומדכ' עם האחרים משמע קצת דעכ"פ במעמד אחד צריך שיעידו ואף דכ' אחר כך הא דקאמר מה יעשה ב' אחין שבאין זה אחר זה בפני ב"ד ואין אחד יודע שכבר כו' הלכך שיילינן ליה ואם יאמר שבשעת מעשה לא כיון להעיד העדות קיים ומבואר דל"ב שיבאו יחד רק אף זה אחר זה מ"מ יש לומר דבאותו מעמד צריך שיעידו יחד אבל אם העיד זה היום וזה למחר יש לומר דלא הוי צירוף כלל. אולם לשון הטור אם כיון לראות כדי להעיד אינו פוסל אלא אם כן כיון לראות כדי להעיד ובא לב"ד והעיד משמע קצת דצריך רק שיעיד אבל אם העיד נתבטל אף שהעיד אחר זמן שהעידו הכשרים מדלא כתב עם אחרים.

וראיתי בתשובת מהר"י אדרבי (סי' רכ"ח) שכתב בנידון דהי' ד' עדים אצל קידושין ועשו שני שטרות מענין קידושין וחתם שנים מהם בשטר אחד ושנים מהם בשטר שני ועד א' מהם היה פסול ודן לדעת תוס' ורא"ש דאין צריך שיעידו בב"א תוכד"ד ובטלה עדות כולה אם העיד לכן אף שנתקיים השטר בדין נ"מ דכבר נתבטל עיי"ש ושם לא הגידו העדות בב"ד רק שיצאו שטרות ע"ז כדת ואם כן לא אתו עלה לבטל העדות רק דעדים החתומים על השטר הוי כהגדה וכמי שנחקרה עדותן בב"ד הרי דסגי לבטל העדו' על ידי קרוב או פסול שהעיד אף אם לא העיד באותו מעמד ויותר עוד מוכח דס"ל דאף אם העיד הפסול בפני ב"ד אחר גם כן נתבטל דכיון דלא צריך שיעיד בב"א תוכ"ד לא ניתן שום גבול לזה ואם העיד בתורת עדות הפסול אם כוונו יחד בשעת ראיה נתבטל למפרע דהא כיון דנעשה שטרות נפרדות לא נצטרפו יחד בהגדתם כלל וגם ל"ה כאלו העידו

באותו ב"ד דנעשה החתימה כנחקרה בב"ד יהי' איזה שיהיה ולא דוקא בפני ב"ד אחד ובכ"ז כתב דהוי כהעידו ונתבטל העדות מכל וכל שוב ראיתי בכנה"ג אה"ע (סי' מ"ב בהגהות ב"י אות ק"ע) שהעתיק מתשובת דברי ריבות הנ"ל דאף שחתמו בשני שטרות ובשטר אחד שניהם כשרים עדותן בטילה. וכן הביא דבריו בכנה"ג ח"מ (סי' ל"ו אות י"ו) [ומדברי הריבות הנ"ל מוכח דסובר כשיטת הש"ך (ס"ק י"ב וסי' מ"ו ס"ק כ"ז) דחתימ' על השטר הוי כהגדה ממש דלא כסמ"ע והלבוש שם דכתב דאם לא הגידו רק חתמו על השטר אף דכוונו יחד בשעת ראיה מ"מ יכולין הכשרים לחזור ולהעיד דאם לא כן היה לו לחוש עכ"פ שם בדינו לחקור מן עדי השטר ששניהם כשרים דלמא זכרו עדותן ויעידו בעל פה אלא ודאי דסובר כיון דכבר נתבטל עדותן על ידי חתימתן של השטר השני אינו מועיל הגדה בעל פה כדעת הש"ך. גם מוכח מדבריו דלא כב"ש אה"ע (סי' מ"ב ס"ק ח') דכתב דלדעת הרא"ש אע"ג דנתבטל העדות היינו לענין דאין הב"ד יכול לפסוק על פיהם אבל לגבי קידושין בעת הקידושין הי' קידושין כשרים והמקדש קידש לפני כשרים א"כ הי' לחוש לקידושין לדעת הרא"ש וכן מוכח מכמה תשובות גדולי ספרדים דלא ס"ל סברת הב"ש ועיין תשובת משפטי שמואל (סי' קכ"ד) וכמה מקומות במרשד"ם ובלחם רב וגם מדברי ריטב"א קידושין (דף מ"ג) וגיטין (דף ח"י) מבואר דאף לשיטת הסוברים דתרתי בעינן ראיה והגדה מ"מ בקידושין שאין הענין תלוי אלא בראייתן של העדים שכל שקדשה בפנינו וידוע הדבר כל שלא קדשה בפני עדים אינה מקודשת וראיתן של העדים הוא שעושה המעשה כל זמן שהיה קרוב או פסול אין הקידושין כלום דהוי כמו בעלמא שבאו כולם להעיד דבטלה דהכא עיקר עדותן הוא עכשיו בראיתן וכבאו כולם להעיד דמי ועיין ריטב"א מכות (דף ו') אולם דעת הרא"ש דאף בדבר שצריך עדים לקיום המעשה כמו בקידושין אם לא היה הגדה בב"ד לא נתבטל כמבואר ברא"ש מכות דמקש' על קידושין הנעשין בפומבי ומתרץ דלא מקרי עדות אלא אם כן באו והעידו אולם אם העיד אחר כן יש לומר דמבטלין למפרע והוי כמקדש בלא עדים] עכ"פ מבואר דל"ב שיבאו יחד לב"ד ויעידו עכ"פ באותו מעמד:

ועיין בחידושי אאמ"ו ז"ל שבסוף ספר ד"מ (סי' ל"ו ס"ק ה') דרצה לומר דדעת תוס' אף דל"ב הגדה תוכד"ד זה דוקא אם באו ביחד עכ"פ אבל בבאין בזה אחר זה אפשר דלא נתבטל והביא דברי תוס' סנהדרין (ל"א) הנ"ל דכ' א"נ דל"א נמצא אחד קרוב או פסול אלא בבאו בב"א תוכד"ד. משמע דצריך עכ"פ שיבאו בב"א ואחרי מחילה לא אדע הא מבואר מדברי תוס' ורא"ש ובפרט מד' תוס' סנהדרין (דף ט') דאף בבאו לב"ד בזא"ז מ"מ כל שכוונו להעיד והעידו נתבטל עדותן ומ"ש להקשות דאם באו בזא"ז אמאי נאמנים

הכשרים לומר לאסהודי היה הכוונה מתחילה הא כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד וכמו שכ' תוס' ד"ה לאסהודי לא אדע לכוון הדברים שם כ' תוס' לשיטת ר"ח כהן דשיילינן לכשרים אבל לשיטת הר"י שהוא בתוס' סנהדרין (דף ט') ומכות בד"ה שמואל לפסולין שיילינן ול"ש כלל חוזר ומגיד כמובן ומה שכ' משם ספר המכריע לרבינו ישעיה הזקן ז"ל שכתב בבאו זא"ז גם בקרוב או פסול לא נתבטל. כנראה אינו כן דעת תוס' ורא"ש ועיין טור (סי' ל"ח) ושם בכנה"ג (אות כ"ו) שכתב דממ"ש בשנים הראשונים א"צ לצרף עדותן שיהיה תוכ"ד ונראה לכאורה שדעתו אפילו העיד היום אחד ולמחר אחד שיצטרף וזה נמנע אלא שדבריו הם כשיש בין זה לזה יותר מכ"ד כמו שיראה מהמשך לשונו ומיירי שהיו כולם בועד אחד אבל כל שנתקבל זה שלא בפני זה אין חשש עיי"ש ולא אבין כי המעיין שם בס' המכריע (סי' כ"ה) יראה דלעולם מצטרפין אף שלא העידו באותו ועד. ומ"מ לדעת תוס' ורא"ש וסייעתם נתבטל עדותן אף שלא באו בב"א ואף שהעיד הפסול אח"כ אף לא באותו הועד אולם אם העיד בפני ב"ד אחר צ"ע דכנראה דבזה ודאי נתבטל צירוף דהגדה ומ"מ מדברי ריבות הנ"ל דבחתמו בשני שטרות דג"כ נתבטל משמע דכיון דהגיד הפסול נתבטל למפרע הואיל דהיה צירוף בשעת ראיה:

וראיתי בח"ס ח"מ (סי' י"ג) שכתב דלתוס' כמה חילוקים יש בפסול ב' אחין אפילו העידו אחר כ"ד כיון שנצטרפו בראיה אחת אפילו באו אחר כמה ימים נפסלו העדים למפרע אך בפסול קורבא הלוה ומלוה נהי דל"ב תוכ"ד מ"מ באו בב"א לב"ד בעי דהא קשה אם כן יבאו הקרובים ויעידו כדי להציל קרובם מחיובו וצ"ל דשיילינן לכשרים אי לאסהודי אתי וקשה הא אינו חוזר ומגיד וצריך לומר כיון שבאו בב"א אם כן ע"כ בעינן שבאו בב"א וזה כמו שכתב אמ"ו ז"ל כנ"ל אולם הוא יצא לחלק בין ב' אחין לקרובים וזה לא נראה מתוס' ורא"ש דאם סגי שיעידו אחכד"ד אפילו אחר כמה ימים בב' אחין לבטל עדות הכשרים סגי גם כן בקרוב ופסולין ומה שכ' דשיילינן לכשרים זה שיטת ר"ח כהן אבל שיטת ר"י וכל הראשונים דלפסולין שיילינן וכמבואר בש"ך (ס"ק ה') וכתב דצריך לידע שקאו"פ היו שם בראיות המעשה דאם לא כן לא כל כמינהו ולא קשה דלא יהרג שום אדם עיי"ש [ומ"ש שם הנתיבות דל"ה צריך לזה דהא אפילו היו הפסולים נאמנים מ"מ הא הכשרים נאמנים שלא ראו הפסולין ממילא לא נצטרפו כשלא ראו זא"ז ל"ק להמבואר בריטב"א מכות דסגי כשרואין דרך ראיה כללית ולא שיכירו להכחישן לכך צריך הש"ך לומר דלאו כל כמינהו] וכ"כ בקרובי המלוה ועיין תומים (ס"ק י') ובאמת התוס' לא הקשו רק דלא יהרג אדם דהקרובים יאמרו לאסהודי אף דקרוב אינו חשוד למשקר רק גזירת הכתוב הוא דאינו בתורת עדות מ"מ להצילו ממות יעשו כל האפשרות

ע"ד שמצינו שמא יחפה על בת אחותו אבל להצילו שלא יתחייב ממון לא חיישינן לזה ואם אירע שבא הקרוב אף אחר כמה ימים אף שלא באו בב"א לאסהודי מבטל באמת עדות הכשרים אם קבלו עדותן הב"ד רק מסתמא יהיה זריז המלוה שיפסקו הב"ד הדין ואחר פס"ד ודאי ל"צ ולא יקבלו הב"ד הגדתן ואף אם קבלו יש לומר דשוב אינו מבטל עדות הכשרים לכ"ע:

סימן נב

ברמ"א (סי' ל"ו ס"א) אפילו לא ידעו זה מזה וכ' הש"ך (ס"ק ז') דכתב אפילו להרי"ף דבעינן שידעו הכשרים בפסול הפסולים ולדעת הרמב"ם דמשעת ראיה נפסלו אף דלא העידו אחר כך מ"מ משכחת לה אפילו לא ידעו זה מזה דהא בזמן שמקצתן רואין אלו את אלו הוי ראו כאחד ומשכחת בעדים רבים שראו כאחד ומקצתן רואין אלו את אלו דמצטרפים יחד אף אותן שאין רואין זה את זה ואם נמצאו שם פסולים אפילו לא ידעו זה מזה כיון שמקצתן רואין אלו את אלו עדותן בטלה. וקשה הא כיון דלא ידעו דמקצתן רואין אלו את אלו הוי כאלו ידעו הכשרים בפסול אלו שרואין ובס' נתיבות כ' לפרש דדוקא בקרוב או פסול כיון דאין שם עדות על הפסול ונפסל הכשר מצד שצירף עצמו עם הפסול לכך דעת הרי"ף כיון דלא ידעו הכשרים ואין אשם עליהם לכן נתבטלה עדותן מה שאין כן כשכולן כשרים להעיד ועדות של כשר אחד נתבטל בטלו כולן מטעם עדות שבטלה מקצתן בטלו כולן והביא ראיה דהא אפילו אחד אומר א"י בחקירות נתבטל עדות כולן עיי"ש וכבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני עדות (סי' י"ג) דיש ליישב בזה דעת הרמ"ה דסובר אף בלא באו רק לראות ולא ראו זה את זה מ"מ אם העידו יחד תוכד"ד עדותן בטילה דעיקר קרא בהגדה כתיב והש"ך הקשה עליו ממתניתין באם אין מקצתן רואין אלו את אלו הרי אלו שתי עדיות ומתניתין איירי תוכ"ד וי"ל דהא הריטב"א שם כתב בדברי הרי"ף הנ"ל וז"ל והוא שיטת מורי הרא"ה ז"ל אלא שהוא פוסל כשבאו להעיד והעידו אף עפ"י שלא ידעו כשרים בפסולים של שנים רואים אותו מחלון זה פסולים וכוונתו דתקשה ממתניתין כשקצתן רואין אלו את אלו דהרי זה עדות אחת והיינו אף לענין קרוב או פסול ושם ע"כ שלא הכירו הכשרים וכמו"ש הריטב"א במתניתין דאם הב' אומרים שראו הב' הנזומים הוי עדות מוכחשת וע"כ איירי או שרק אחד מכת זו ראה או שרואין דרך ראיה כלליות ולא שהכירם ממש שיוכלו להכחיש עיי"ש אם כן היה הצירוף עכ"פ בטעות ולמה נתבטל אולם לדברי הנתיבות י"ל דאחד מכת זו ראה ואמר שראה לכך כל הכת הזאת נתבטלה מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אף שלא ידעו והכירו בו אם ראה או לא:

ולפי"ז יש לומר דרמ"ה גם כן סובר כשיטת הרי"ף דבעינן שהכשרים יכירו בהפסולים ואז אף שלא כוונו להעיד ולא ראו אלו את אלו מ"מ הגדה תוכ"ד מצרף אותן אבל במתניתין דכשנמצאו זוממין לא הכירו הכשרים בהפסולים לכך בעינן מקצתן רואין אלו את אלו ואז נתבטל כל העדיות מכח זה שאמר שראה את אלו וע"י נתבטלו כל אלו שראו ביחד מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה:

ואם נאמר דהרמב"ם סובר ג"כ כדעת הרי"ף דבעינן שידעו בפסולין וכמו דנראה מדברי הש"ך יש ליישב דבריו (פ"ב ה"ג) מעדות דכתב באם אחד אומר א"י בחקירות תתקיים העדות בשנים ויהרג והקשה הלח"מ הא בסנהדרין (דף מ"א) אמרינן כמאן דלא כר"ע ולפירש רש"י ותוס' אליבא דידן דפסקינן בנמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה וכן אין עדים נעשין זוממין עד שיוזמו כולן למה תתקיים עדות בשאר. ולמ"ש יש לומר דהא לדעת הרי"ף דצריך שיכיר הכשר בהפסול אם זה שאומר א"י לא גרע מלא הכיר וכן כתב הקצוה"ח רק י"ל דס"ל להרמב"ם דמטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה נתבטל וסובר דדין זה אם בעינן שיכיר הכשר בהפסול תליא בפלוגתת ר' יוסי ורבי אם בעי כוונת להעיד דלר' יוסי דל"ב כוונה ול"ב שום צירוף וראיה לבד פוסל ל"מ מה שלא הכיר בו הכשר דכל הטעם בלא הכיר בו שלא יבטל מטעם דהוי צירוף בטעות ולר"י ל"ב שום צירוף והראיה לבד פוסל מגזירת הכ' מהיקש שנים לשלשה וכמו בב' אף שלא ידע הכשר מהפסול נתבטל שלא נשאר רק אחד כן נמי בג' אף שלא ידע נתבטל כל העדות אבל לרבי דבעי כוונה להעיד וע"י צירוף נתבטלו וע"כ דסובר אהני ההיקש ואהני הסברא דבלא כוונה לא נתבטל לכך כשלא ידע הכשר מהפסול היה הצירוף בטעות [שוב ראיתי בתומים שכ' ג"כ מכמה טעמים דדברי הרי"ף בלא ידע הכשר מהפסול תליא במחלוקת ר' יוסי ורבנן]. ולפי"ז יש לומר רבא דאמר בסנהדרין שם כמאן דלא כר"ע היינו אליבא דר' יוסי דל"ב כוונה והראיה בלבד מבטל לכך אף בלא הכיר ולא נצטרפו מ"מ נתבטל כל העדות כמו בנמצא אחד מהן קרוב או פסול אבל אליבא דידן דפסקינן כרבי דבעינן כוונה להעיד וע"כ הטעם כיון דנצטרפו והתחברו יחד נתבטל ולכך בעינן שיכיר הכשר בהפסול וכשלא הכיר היה הצירוף בטעות לכן אף באומר אחד א"י בחקירות תתקיים העדות על פי שנים כיון שהצירוף היה בטעות שאם היו יודעים שזה לא יזכור אחר כך ל"ה מצטרפין להיות עדות אחת:

ובזה נראה קצת להבין דברי ירושלמי שבועות (פ"ד) וז"ל היו עשרה אית תנוי תני הראשון חייב וכולן פטורין אית ת"ת האחרון פטור וכולן חייבין מ"ד ראשון חייב וכולן פטורין כמ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומ"ד אחרון פטור וכולן חייבין כמ"ד

תתקיים עדות בשאר כך הגירסא לפירוש פ"מ והיינו בהיו עשרה וכפרו כולן בזא"ז פליגי בפלוגתת רבי ור"י אם בד"מ תתקיי' עדות בשאר דלרבי דעדותן בטילה כן נמי בזה כיון דהראשון כפר בטלה כל העדות ושוב אין נ"מ בכפירת אחרים ולר"י דתתקיים עדות בשאר לכך כולם חייבין דעדותן היה מועיל ועיי"ש במ"פ דמדברי רש"י ורמב"ם (פ"י) משבועות משמע דלא מדמו זה לנמצא אחד מהן קרוב או פסול. וקשה מדברי ירושלמי לשיטת הרי"ף דצריך שיכירו הכשרים בהפסול ושם הא בשעת ראיה היו כולם כשרי' ואח"כ כשבאו לב"ד נפסל זה שכפר למה נתבטל כל העדו' ובקצוה"ח כתב לדינא לדעת הרי"ף בהיה כשר בשעת ראיה לא מבטל העדות כ"ש בזה דאף הגדה ל"ה רק שבאו ביחד לב"ד [ולכאורה נראה ראיה מירושלמי לדעת רש"י ורמב"ם דל"ב הגדה רק כשבאו לב"ד נתבטל כל העדות דשם הפסול לא הגיד ול"ה צירוף הגדה ולדעת תוס' ורא"ש צ"ל דזה שכופר הוי הגדה וכיון דראו יחד ובאו ביחד לב"ד מבטלין]. לכך נראה למ"ש דדינא דהרי"ף תליא בפלוגתת ר' יוסי ורבי אם כן י"ל דהא דאמר מ"ד ראשון חייב וכולן פטורין כמ"ד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה היינו דעת ר' יוסי דל"ב צירוף בכוונה והראיה לבד פוסל כמו כן ל"ב שיכיר הכשר בהפסול לכך נתבטל כל העדות ומאן דאמר האחרון פטור וכולן חייבין כ"מד תתקיים עדות בשאר היינו אף אם בד"מ גם כן נתבטל העדות בנמצא אחד מהן קרוב או פסול מ"מ בעינן כוונה להעיד וממילא כיון דבעינן כוונה להעיד בעינן שיכירו הכשרים בהפסולין שיצטרפו כולם לעדות אחת לכך כולן חייבין כיון דל"ה פסול בשעת ראיה היה הצירוף בטעות ותתקיים העדות בשאר לכך כולם חייבין ורש"י ורמב"ם שפיר כתבו דהשני פטור מטעם דאין עד יחידי ראוי להגיד הא אלו היו ראוי להגיד ל"ה נתבטל לדידן דבעי כוונה להגיד כיון שהיה כשר בשעת ראיה הוי כאלו לא הכיר הכשר בהפסול:

אולם יש לומר מסברא דאף הרי"ף מודה כשהיה כשר בשעת ראיה ונפסל בשעת הגדה דנתבטל כיון דמ"מ היה צירוף ואז לא היה בטעות רק דאחר כך נולד פסול מ"מ היה צירוף ראי' אף שהיה בהכשר מ"מ נתבטל משא"כ אם היה פסול בשעת ראיה רק שלא ידע הכשר מהפסול דאז היה הצירוף בטעות אם כן ל"ק מירושלמי הנ"ל וצ"ע עכ"ד שם בדברי חיים:

עתה ראיתי בתשובת משפטי שמואל שהביא הכנה"ג והוא (סי' קכ"ד) ודן שם על קידושין בפני ב' עדים ובשעת קידושין היו שניהם רחוקין ובשעת הגדה היה אחד קרוב דאף הכשר נתבטל וכתב אף לדעת הרי"ף דבלא ידע זה בקרוב או פסול חבירו דלא נתבטל הכשר וי"ל דהיכא דבשעת עדות לא הוי קרוב כלל דאיכא טיבותא טפי ונימא

דהשני חשיב עד מעליא אפי"ה לא דמי לנד"ד דהתם לא נודע פסולו מעולם אלא אחר העדת עדים בב"ד ולא נפסל מעולם כל עוד שלא נודע לדברי הרי"ף אבל בנד"ד דקודם שיבאו להעיד נודע הפסול ונתפרסם פשוט דלית לן לאכשורינהו ע"ש עוד בדבריו הרי כמו"ש דהיכא דהיה כשר בשעת ראיה ל"ח כצירוף בטעות וכשנודע הפסול בשעת הגדה נתבטל גם הכשר ודלא כמו"ש בקצוה"ח והנתיבות:

כתב בתומים דאם היה אשה במעמד העדים אעפ"י שכוונה להעיד אינה בגדר נמצא פסול לבטל כל העדות דהיא אינה בגדר עדות כלל והוסיף בנתיבות דהה"ד קטן ועכו"ם אינם בגדר עדות לבטל שאר העדים ובתשובת רע"א ז"ל בהשמטות (סי' ע"ב) כתב דלשיטת הפוסקים דגם בדיינים אמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול דנתבטלו הכל כמו כן בהיה בהם קטן גם כן נתבטל וכתב כן בפשיטות. ולכאורה יש לומר דתליא בפלוגתת ר' יוסי ורבי דלר"י דל"צ שום כוונה להעיד דמקיש שנים לשלשה לגמרי כמו כן יש לומר מההיקש דהנך גם כן מבטלין לעדות הכשרים אבל לרבי דאהני ליה קרא ואהני סברא דבעי כוונה וגם לדעת הרי"ף בלא הכיר הכשר בהפסול דלא נתבטל ע"כ גם כן דאהני ליה סברא ממילא י"ל דאלו שאינן בגדר עדות לא מקשינן שנים לשלשה ואינם מבטלין להכשרים ועיין בהגהותי בדברי חיים דיני עדות (סוף סי' ה') הבאתי ראיה מירושלמי יבמות (פי"א) על על מתני' דכהנית שנתערבה ולדה בולד שפחתה מהו שיעידו עדות אחת ותעלה להן עדות אחת או ייבא כה"ד ר' זעירא ר"י בשם ר"א מאחר שימצאו העדים זוממין אין נהרגין ואין ההורג נהרג אף הכא כן ואמאי לא בפשיטות כיון דאחד הוא פסול נתבטל אף עדות הכשרים וע"כ כיון דאחד הוא עבד ואינו בגדר עדות כלל אינו מבטל ולדברי תוס' סנהדרין דהיכא דאין הפסול ידוע אינו מבטל אתי שפיר [ובט"א ר"ה (דף כ"ד) כתב להקשות על דברי תוס' בזה דכיון דהא דפסול אחד מבטל עדות כולן מהקישא דשנים לשלשה נפקא ליה כי לא נודע הפסול מה בכך הא בב' בכה"ג עדותן בטילה ול"ק דהא על כרחך לרבי כיון דבעינן כוונה להעיד ע"כ דאהני קרא ואהני סברא כנ"ל] וקצת י"ל דשם כל אחד בגדר עדות כיון דחייב להעיד דדלמא הוא עד כשר ולעדות להחזיק כ"א נאמן כיון דהוא ספק פסול ואינו דומה לטומטום דפסול אף להחזיק דשם בעצם כיון דאינו נאמן להוציא אינו נאמן להחזיק מה שאין כן באלו דנתערב חד בחד ודאי דנאמן להחזיק והוי בגדר עדות ויש לומר כיון דכל חד וחד מחויב להעיד לא דנין בי' דין נמצא אחד מהן קרוב או פסול לבטל עדות הכשר ולא מבעיא לדעת הרי"ף בלא הכיר הכשר בהפסול דלא נתבטל דבשוגג נטפל ואף הסוברים דגזירת הכתוב הוא הואיל דצירוף לפסול ואף בב' כתות לולא דמסייעי להדדי או מטעם

אחר שכ' תוס' הי' בטל העדות מ"מ בתערובות דהחיוב מוטל על שניהם להעיד ואי אפשר בשום אופן לברר מי הוא הכשר כי התערובות נעשה מקודם ראית עדותן בזה לכ"ע לא נתבטל עדות הכשר מה שא"כ בב' כתות זאת אומר' מנה וזאת מאתים דבשעת עדותן שראו היה באפשרי לדייק ושיזכרו היטב שלא יכחישו לכן אח"כ כשנפסלה כת אחת הוי כצירוף כשר עם פסול ועיין ט"א ר"ה (דף כ"ב) דכ' דאשה שם עד עליה ולא מיעט הכתוב לאשה אלא משום דאין שם איש עליה אבל גזלן לאו שם עד עליו ומשמע מדבריו כיון דאשה שם עד עליה גם כן מבטלת עדות הכשרים אולם ז"א דהא חזינן דאשה ממעטינן מקרבן שבועה ואף דיש עדות שאשה כשרה כמו בסוטה ומ"מ אינה חייבת בק"ש וכמו שכתבו כן האחרונים הטעם דלאו שם עד עליה וה"נ כיון דפסלה התורה לכל עדות אינה מבטלת לעדות הכשרים מה שאין כן קרוב דכשר לרחוקים וכן פסול בעצם ראוי להעיד אם מקבל תשובה רק הפסול גורם לפוסלו לכן מבטל אף הכשרים מה שאין כן אשה ועבד וקטן אינם בגדר עדים ואינם מבטלין לעדות הכשרים:

והפסול מדרבנן כתב בכנה"ג משום תשובת ב"י דאינו מבטל שאר העדים הכשרים והתומים כ' חפשתי ולא מצאתי בתשובה לב"י ולא דכוותי רק שכתב דפסול דרבנן לא נתבטל שאר העדות דל"ה הכרזה ואף הוא אינו פסול אבל בהיה לו הכרזה ודאי דמבטל כל העדות וראיה מריטב"א (סוף פ"ב) דקידושין דנסתפק בנוטל שכר להעיד דאינו פסול גמור הא בפסול גמור בטל כל העדות ובדקתי בתשובת ב"י וראיתי בשאלה יוד בתשובת החכם מ' אברהם בן נחמייש ז"ל שכתב וז"ל ולדעת הרמב"ם ז"ל נמי דסובר דקרוב מצד האם כשר מן התורה ופסול מדברי סופרים נראה לע"ד לומר כיון שאין פסולו אלא מדברי סופרים לא אלם כולי האי לבטל עדות שני הכשרים לגמרי שראו עמו ואפילו לדעת הרי"ף ז"ל דמקדש בפסולי עדות דרבנן עדותן בטלה דוקא במקדש בשני פסולי עדות אבל בחד פסול וב' כשרים כי הכא אפשר דלא אלם בפסול מדרבנן כולי האי לבטל שנים הכשרים לגמרי שעמו עכ"ל הרי עדותו של הכנה"ג נאמנה שכן כ' בתשובת ב"י איברא בתשובת הב"י שם צידד בהשאלה הזאת דהיה הפסול דרבנן בעבירה ולא מצד קרובי' אם דאינו פסול הוא עצמו בלא הכרזה ומנדון זה דפסול מדרבנן שלא מבטל כל העדות לא נמצא בתשובת ב"י עכ"פ דעת החכם הנ"ל לדון דאפשר דאינו מבטל שאר העדים והראיה שהביא התומים מדברי הריטב"א יש לדחות דהוא כתב שם דנוטל שכר להעיד דממילא בטל עדותו ואין זה מחמת פסול וכתב ואפשר שאין עדות כשרים נפסלת מפני צרופיו והיינו במקום שגם עדותן של כשרים גם כן ל"מ רק מדרבנן ובכה"ג לכ"ע פסול דרבנן מבטל מפני צרופיו כיון דכל עדות הכשרים ל"מ רק דרבנן בזה הם אמרו

ותיקנו כעין דאורייתא דאף פסול דרבנן מבטל הכשרים גם כן ובכ"ז בנוטל שכר להעיד אינו פסול הגוף שיבטל מפני צירופיו אף להכשרים שהמה מדרבנן אבל לעולם יש לומר כיון דהא דקרוב או פסול מבטל עדות הכשרים חידוש הוא י"ל דפסולי דרבנן אינו מבטל הכשרים מן התורה. אולם בתשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל הנדפס בבערלין ראיתי מפורש (דף ל"ב ע"ב) כתבו החכמים בפשיטות דעדות כולן בטלה ואפילו בפסולי עדות דרבנן וכתבו וזה לכל באי עולם ידוע עיי"ש וכיון דהם כתבו כן בפשיטות והחכם הנ"ל שבתשובת ב"י כ' בלשון אפשר דלא אלם לבטל ב' הכשרים לגמרי אין ספיקו מוציא מידי ודאי של הגדולים הנ"ל שבתשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל וכמו שכתב התומים לדון כן מבלי פקפוק:

סימן נג

נוגע דפסול לעדות דעת הע"ש דהוא מטעם בע"ד ובתומים (סי' נ"ז ס"ק כ"א) כתב דמטעם זה אף לחובתו אינו נאמן כמו קרוב והוכיח שתליא במחלוקת רש"י ותוס' וראב"ד דרש"י כתב דלכך באומר על שורו שהמית או שנרבע פטור ממיתה מטעם מודה בקנס הרי דיכול להעיד לחובתו בממון והתוס' זבחים (דף ע"א) הקשו מהא דהוא ואחר מצטרפין להורגו ול"ח אדם קרוב אצל ממונו וכתבו מטעם גזירת הכתוב וביש אחר עמו נהרג הרי דיכול להעיד לחובתו. ולדעת ראב"ד באומר פלוני רבע שורי דלא פלגינן דבורא ומדאינו נאמן לגבי שור א"נ לגבי אדם ע"כ הטעם דא"נ לגבי שור דהוא נוגע מבואר דנוגע א"י להעיד. והנה נראה מדבריו להדיא דפירש בדעת תוס' דבעלים עם אחר מעידין להרוג השור אף אם אינו מעיד על פלוני:

ודבריו תמוהין הא בפשיטות כיון דגזירת הכתוב כמיתת הבעלי' כך מיתת השור וכן ברובע מדכ' והרגת את האשה ואת הבהמה בעינן בכ"ג כאדם הרובע דאיתקש להדדי כמבואר מתניתין ריש סנהדרין ובעלים א"נ רק כשמעיד עם אחר גם על אדם כיון דגברא מקטל נגרר השור גם כן אחריו אבל אם אינו מעיד רק על השור גם התוס' מודים דאף אם יש עוד אחר עמו אינו נהרג על פי בעלים. וכן מבואר בארוכה ביש"ש ב"ק (פ"ד סי' כ"א) ואפילו הוי שור של שני שותפין ומעידין עליו לא קטלינן ליה ול"ש לומר בזה הודאת בע"ד כמאה עדים דמה מיתת הבעלים עפ"י עצמן פטורין דפסולים לעדות לפי שהם קרובים לעצמם אף לשור הם כפסולים אף שהוא ממונא ילפינן ממיתת הבעלים דאף לממונם חשובים כקרובים ואינם קרובים כ"כ לפלוג העדות כשמעיד הבעלי' עם אחר על פלוני שרבע כי כולי האי לא מדמינן שור לבעלים אבל באם אינם מעידין רק על שור לא קטלינן ואף באומר שנגמר דינו לסקילה בב"ד אחר א"נ כמו בעלים דאינן נהרגין

עפ"י עצמן ומ"ש תוס' זבחים אם אין עד אחר עמו קאי אהא דפ"ק דסנהדרין דאייתי לעיל מיניה ואיירי ברבע פלוני ובלא"ה אין הבעלים מצטרפין לעדות זה עי"ש ואם כן אינו ראיה מתוס' דלחובתו נאמן על ממונו ואדרבה מבואר דאינו נאמן. אולם באמת כנראה שם לדין השור דבעי ב"ד של כ"ג וגזרה התורה לדונו כמו הבעלים ממש ואינו נאמן דהוי כמעיד על עצמו אבל בשאר עניני ממון יש לומר דנאמן לחובתו בתורת עדות. וכנראה דעת רוב ראשונים דא"נ הבעלים אף לצרף לעד א' רק באם מעיד עם עד א' או ב' שותפים על פלוני שרבע הואיל והוא נהרג נגרר השור אחריו ולא אמרינן פלגינן דיבורו כמבואר סנהדרין (דף ט') בפירוש הראשונים. ומצאתי בש"ך (סי' קכ"ג ס"ק כ"ו) שכתב לראי' מהא דפלוני בא על שורי דנאמן לחוב וצ"ע כנ"ל דשם רק מטעם מתוך דנאמן לגבי חבירו להרגו נאמן לגבי השור ובאמת לגבי שור י"ל טעם פשוט כיון דנאמן להרוג פלוני ממילא נהרג השור דבא תקלה ע"י כמו דמבואר סנהדרין (דף נ"ד) וי"ל בזה קושית תוס' זבחים על רש"י דסובר דבעלים אינו נאמן על השור מטעם מודה בקנס אמאי הוא ואחר מצטרף ולהנ"ל אתי שפיר דוקא היכא דפלוני אינו נהרג מיפטר מטעם מודה בקנס כיון דלא נודע וגלוי לכל שבא תקלה על ידו אבל היכא דפלני נהרג ובעיני העולם גלוי שע"י שור הלזה בא תקלה הזאת לכך הורגין השור. אך דעת רמ"ה חידושי סנהדרין שם מבואר כמו שלמד התומים בדעת תוס' דעם אחר מצטרפין הבעלים להרוג השור אף אם אינו מעיד על פלוני ולדבריו שם זה הא בעי' דרבא דלגבי פלוני דמקטל לא קא מבעיא ליה רק לענין שור דלמא כי אמרינן הודאת בע"ד כק' עדים בד"מ אבל בדיני נפשות לא מידי דהוה אנפשיה או"ד אין אדם קרוב אצל ממונו ומסיק דא"א קרוב אצל ממונו עיי"ש. ובתומים כתב ראיה דאינו נאמן לחוב להעיד עם אחר על השור מש"ס קידושין (דף ס"ו) האי על פי עד א' ה"ד אי דקא מודו בעלים היינו על פי בעלים וטפי היה להקשות אי דקא מודו להדיוט נמי אסור ויוצא לסקול וכבר מבואר דעל התוס' לא קשה דרק היכא דפלוני נהרג לכך נאמן גם על השור אולם לרמ"ה יקשה אך לא אבין דבריו הא מ"מ אף אם נאמן דבעלים יכולין להעיד על השור בתורת עדות בצירוף אחר מ"מ צריך שיתקבל עדותן בפני ב"ד של כ"ג ולענין איסור אינו צריך הגדה בפני ב"ד כלל א"כ הקשו הש"ס אי קא מודו היינו על פי בעלים ומ"מ לסקול אינו נסקל עד שיעידו שניהם בפני ב"ד אבל לענין הקרבה דעד א' נאמן באיסורין ול"ב הגדה בפני ב"ד כלל וז"פ:

ומה שהוכיח מדעת ראב"ד דע"כ אינו נאמן לחוב ג"כ לכאורה אינו ראיה די"ל דהראב"ד סובר כמו"ש תוס' דגזה"כ הוא כמיתת הבעלים כך מיתת השור וכמו שכ' הישו"ש דכמו דאינו נאמן לגבי נפשו אף דאדם נאמן על עצמו היינו בעניני ממון או לשוי' אנפשי'

חתיכא דאיסורא אבל לעשות דין בנפשו א"נ רק לגבי נפשי' אינו בתורת עד רק בע"ד לכך באומר פלוני רבעני פלגינן דבורו ונאמן לגבי הפלוני ואינו נאמן לגבי עצמו ובאומר עדותו על השור הוי כקרוב אף דנאמן ע"ע להפסיד השור מ"מ לעשות בו דין סקילה לגבי זה הוי כקרוב אל הממון היינו השור והוא בגדר עד על השור לדונו רק הואיל דיש לו קרבת אליו דשמו עליו אינו נאמן ואמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אך מ"מ נראה מדברי הראב"ד דאדם נפסל להעיד על ממונו דהוי כקרוב. דהא מבואר בראשוני' ב"ב (דף מ"ג) משמו בהא דמהני סילוק בנוגע והקשו הא בעדות בעינן תחילתו וסופו בכשרות וכתבו משם הראב"ד כי בעינן תחילתו וסופו בכשרות ה"מ בפסלות דגופא או דקורבא אבל הכא משום חשדא דנוגעים בעדותן וכי מסלק חשדא כשרים בין לדין בין לעדות ולשון אחר פירשו דלגבי ממון לא מיקרי תחילתו בפסלות דכיון דמטי ליה הנאה מניה לאו בר עדות הוא כלל והשת' הוא דאחיל עליה שם עד והוי תחילתו וסופו בכשרות וההוא שעתא לאו עד הוא כלל דאין אדם מעיד לעצמו ודמיא להאי דאמרינן יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר עיי"ש ברמב"ן ובש"מ כתב דק"ל דלממונא עד הוא ואינו דומה לעדות שבגופו דרוצח ורובע כדמסיק רבא בסנהדרין אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו לא אמרינן אלמא לגבי ממונו נמי עד הוא עיי"ש אולם לא קשה כלל דכבר ביאר בחידושי ר"ן סנהדרין שם דברי ראב"ד ושיעתו דרק לעשות דין בממונו שהוא ענין חשוב לעצמו יותר מהפסד שלו שהקפידה התורה לדונו בכ"ג ולפיכך זה העדות אינו כמעיד לעצמו אלא כמעיד על קרובו ועדותו בטלה לגמרי אבל אם יאמר אני מעיד שהנכסים אלו שלי או שאינן שלי זהו ודאי מעיד אצל עצמו ול"ש בו עדות כלל דפלגינן דיבורו כהאי דעבד שהביא גיטו וכ' בו עצמך ונכסי עיי"ש בדברי ר"ן והיינו באומר על שורו שחייב סקילה אינו מעיד דבר על עצמו וגופו רק על ממונו ואצל ממונו לדונו דאינו אומר שאינו שלו או שהוא שלו ואין שייכות העדות לדונו למי שהוא השור רק ממילא יבא לו פסידא ואף דאדם נאמן על עצמו היינו לאו מטעם בירור הוא שכן הוא רק מכי הוא זה ילפינן דנאמן על עצמו אבל לחייב לאחרינא אינו נאמן וכן לחייב הב"ד לדונו בסקילה ולהטיל עליהם החיוב צריך ענין עדות ובפני כ"ג לדינו ובעלים אינן בתורת עדות אבל הוא רק מטעם כמעיד על קרובו כיון דעיק' העדות על השור והממון אינו עצמיות רק מקרית אל הבעלים וכיון דשם בעלים עליו הוי כקרוב אליו ואמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואינו נאמן גם על פלוני להרגו אבל אם מעיד על הממון למי הוא הן באומר שלו או אינו שלו בזה אינו מעיד על הממון רק על עצמו שיש לו קרבת ושייכות אל הממון הזה ואינו בתורת עדות רק כבע"ד. ולכך בנוגע כמו בבני

עיר שנגנב להם ס"ת מהני סילוק דבטרם שסילק הוי כמעיד על עצמו שיש לו השייכו' ואיכות אל הממון זה ושם בע"ד יש לו ולא תאר עד וכשסילק את עצמו השתא דאחיל עליה שם עד והוי תחילתו וסופו בכשרות ודברי ראב"ד נכונים ומיושב קושית הש"מ ע"נ. ועל פי דברי הר"ן נסתר ראיות הנו"ב מהד"ק אה"ע (סי' כ"ז) שכתב להכריע כדעת הסמ"ע דנוגע פסול מטעם משקר דאי כמו שכ' הע"ש דמטעם קרוב פסול יקשה קושית הגמרא מכות הרוג יציל על מלוה ולוה דיצילו דלגבי ממונו נקרא עליו עד פסול כמו שכ' הראב"ד בפלוני רבע שורי דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ולדברי ר"ן אתו שפיר דזה דוקא במעיד על שורו לדונו דאינו להפקיע ממונו בזה הוי רק כקרוב אצל הבור אבל לא מלוה או לוה דהוי כמעיד על עצמו בזה לאו תורת עד עליו כלל והא דכ' הע"ש לגבי נוגע דאמרינן עדות שבטלה מקצתה היינו בשותפין דאחד מעיד לפסול עדותן של המערר ואינו מעיד על עצמו וממונו כלל רק עי"ז יבא תועלת לו זה הוי כקרוב וכיון דא"נ לגבי חלקו כיון דהוי כקרוב לו אל עדות זה בטלה נמי עדותו לגבי חבירו אבל לעולם י"ל דפסול נוגע כמו שם בקבל שכר שאין עד של עצמו נפסל רק מטע' קורב' ונאמן לגבי עדות:

והשתא מבואר בדעת הר"ן דאם מעיד על ממון שאינו שלו אינו עליו שם עד כלל כיון דמעיד על עצמו. אולם בכ"ז אם מעיד על שלו ושל חבירו כמו בשותפים אי בדיני דתשובת הרא"ש המובא בתומים בבן עיר המעיד ע"ח לפטרו ממס אף לדעת ראב"ד נאמן על של חבירו היינו על חלקו ודאי נאמן מטעם הודאת בע"ד ועל של חבירו אף דהוי כבע"ד על חלקו ואינו נאמן בתורת עדות מ"מ על עצמו ל"ה עד רק בע"ד ואמרינן פלג"ד ונאמן לגבי חבירו אף היכא דאינו נאמן על של עצמו אף מטעם הודאת בע"ד היינו במקום שחב לאחרים מ"מ על חלק של חבירו נאמן ולא שייך בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ומעתה אין מקום לדברי התומים אף לשיטת הראב"ד דעל ממונו אף לחוב לאו שם עד הוא מ"מ בשביל זה לא נתבטל עדותו הנוגע לחבירו והדין המבואר בש"ע (סי' לז ס"ו) דב' שותפים שהעידו חובתם נאמנים לחייב את חבריהם אין חולק בזה. רק מה דקשה מתשובת רא"ש אבל גם לדעת הראב"ד דלחוב לעצמו אינו נאמן בתורת עדות וכמו שכתב הר"ן מ"מ לגבי חבירו נאמן. ובנתיבות העלה מסברא דנפשיה דמעיד על ממון שלו אינו נאמן גם לחובתו דאדם קרוב אצל ממונו והיכא דחב לאחרים דאינו נאמן מצד הודאת בע"ד אף מטעם עדות אינו נאמן מה שאין כן בנוגע המעיד לחובתו ונתבטל הזכות שיש לו בנגיע זו שוב על ממון אחר מעיד ונאמן דל"ג מסילוק דמועיל. ולדבריו

למ"ש הש"ך לדון בספיקא דדינא אם מהני סילוק לעדות בנוגע די"ל אף בממון בעינן תחילתו וסופו בכשרות א"כ אינו נאמן לגבי חבירו. אמנם למ"ש בלא"ה כיון דמה דנוגע לעצמו הוי כבע"ד ול"א בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ונאמן במה דנוגע לגבי חבירו. ולגבי חבירו הוי תחילתו וסופו בכשרות. אך דעת הרמ"ה מבואר דלחוב נאמן מצד עדות דהוא סובר דעיקר איבעיא דרבא ל"ה לענין להרוג הפלוני רק לענין מקטליה לשור דאף דאמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים בד"מ אבל בדיני נפשות לא ובתר דבעיה לרבא הדר פשטה מסתברא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם קרוב אצל ממונו הרי דנאמן לחוב בממונו ואף לעשות דין בשורו דעל זה ל"ש הודאת בע"ד כמאה עדים לחייב הב"ד ואף במקום דשוי' אנפשי' חתיכא דאיסורא מ"מ אין מחייבין מלקות על זה כמבואר קידושין (דף ס"ג) ומודה רב אסי באומרת נתקדשתי דאין סוקלין ע"י וכן בזה להעיד על שורו מצד הודאת בע"ד אינו נאמן לגבי אחרים וע"כ דסובר מצד עדות נאמן לחוב לו. אך מ"מ יש לומר דרק לדונו בסקילה דאינו מעיד על עצמו רק על שורו בזה אין אדם קרוב אצל ממונו אבל כשמעיד על ממונו דאינו שלו בזה לאו תורת עדות עליו דעל עצמו אינו יכול להעיד דנפסק זכותו וכמו שכתב הר"ן. וראיתי בריב"ש (סי' תפ"ו) שם היה השאלה בחזן שהעידו מהקהל שפטרו ממס כ' וז"ל גם דעו כי כל המעידין לעזר החזן עדותן עדות והמעידין כנגדו מיחידי קהל אין עדותן עדות לפי שהם נוגעין בעדותן אלא אם כן סלקו עצמן קודם שיעידו מחלק המגיעם שלא יהיה להם הנאה ממנו עיי"ש מבואר מדבריו דעדות יחידי הקהל לחובתם אף שהיא לפטור ממס ועל עצמן כשרים ודלא כתשובת רא"ש הנז':

והנתיבות הביא ראיה דהא מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא פרוע א"נ כשחב לאחרים ואפילו יש עד א' עמו אינו מצטרף להעיד כמבואר בש"ך (סי' מ"ז ס"ק ד') הרי דלחובתו לא לחשב עד. והנה בדברי ש"ך אינו מבואר רק בעד א' שמעיד שהשטר פרוע והמלוה מודה לו דאינו כלום כיון דנשתעבד למלוה הראשון מדאורייתא מדר"נ והיינו דהודאתו א"מ אבל אם מעיד בתורת עדות אינו מבואר דא"נ כיון דבהודאתו כבר נפטר הלוה ואף אם לא יגבה המלוה הראשון ממנו והמלוה השני יפרע למלוה הראשון אם מעצמו הודה בלא תביעת בע"ח שוב א"י לגבות ממנו כמבואר שם בש"ע ואם כן כבר נסתלק הוא מן ממון זה והוי כמעיד רק על זכות המלוה הראשון דאין לו ולמה לא יצטרף עם ע"א האומר פרוע ויעיד בפני ב"ד בתורת עדות וכבר נסתלק זכותו וזה אינו מבואר בדברי ש"ך ואפשר כיון דהודאתו שהודה שהוא פרוע זה לאו תורת עדות עליו דהוי כמעיד על ממון שלו שאינו שלו א"נ אח"כ להעיד בתורת עדות להסוברים דאמרינן עביד אינש להחזיק

דברים הראשונים אולם לרוב הפוסקים דל"א יש להבין למה לא יהיה נאמן בתורת עדות דאין להמלוה שלו זכות ע"ז. וכן אם היו ב' שותפים יהיו נאמנים בתורת עדות:

אך הדברים מבוארים ברשב"א גיטין (דף י"ד) בהנהו גינאי דכ' אי תרי גינאי נינהו בר מהאי דאישתעבד מהימני דל"ג מתרי סהדי דעלמא ואי משום נגיעת עדות הגע עצמך דאין כאן נגעית עדות כלל אלא דוקא בדאיכא לאישתלומי מינייהו הא לאו הכי חיישינן לקנוניא כהא דאומר שטר אמנה הוא זה דבמקום שחב לאחרים אינו נאמן דחיישינן לקנוניא עכ"ל ועיין ש"ע (סי' קכ"ו ס' י"ד) ובש"ך שם (ס"ק ס"ד) הרי דבאמת תורת עדות על עצמו רק מחשש קנוניא אינו נאמן ואף דשם כבר אסתלק מן חוב זה אחרי דהמחהו במעמד ג' והוי כמעיד על ממון אחר מה שאין כן בשטר אמנה או פרוע דמעיד על עצמו ז"א דהא באמת מצד הודאת בע"ד כבר אסתלק מזה כנ"ל ולמה לא יהיה נאמן על זכות חבירו בתורת עדות רק משום קנוניא אינו נאמן וכן באומר פרוע הוא אינו נאמן נגד חזקת שטר דחיישינן לקנוניא:

אולם יש להבין דברי רשב"א אמאי חיישינן שם לקנוניא טפי משארי עדים דל"ח שקבלו שכר להעיד שקר או שיש להם חלק במה שיזכה זה בדין דגזירת הכתוב על פי שנים עדים יקום דבר ובשני שותפים יכולין להעיד חובתם ולא חיישינן לקנוניא. ומצאתי בס' שע"מ דעמד על זה וכתב כיון דטעיתי טענה גרוע הוא לכך חיישינן טפי לקנוניא דהוי כמו במקום ריעותא וכן בשטר אמנה כיון דאיכא ריעותא דחזקה דשטרא מעליא לפנינו חיישינן לקנוניא והוליד מזה חדשות בשני שותפים שיצא עליהם שטרות ואומרים שחייבים לאחרים בע"פ דבכה"ג ליכא חזקה הסותרת כמו שכתוב ש"ך (סי' צ"ט ס"ק ו') בזה נאמנים שנים בתורת עדות ול"ח לקנוניא עיי"ש ולענ"ד דין זה ודאי אינו דבזה הוי כמו דמעיד על עצמו וכמו"ש הר"ן דאומר זה אינו שלי דאינו נאמן כן נמי במעיד שחייב לאחרים הוי כבע"ד ולאו תורת עד עליו וא"ד לסילוק דשותף דשם מעיד על של חבירו. גם הא מבואר מ"מ (פ"א ממלוה ה"א) משם רמב"ן הטעם דאין הלוה נאמן על מטלטלין שבידו דשל אחרים הם אף דיש לו מגו שבידו לתת לו דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ומגו במקום חזקה כזו ל"א לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה וע"כ הטעם אף דבכל עדים אין אנו חוששין שקבלו שכר היינו אם מעידין על של חבירו אבל על של עצמן חיישינן דעושה קנוניא לבעלים מב"ח ואישתמוטי קא משתמיט וסובר שישלם לו אחר כך וזה לא יקח ממנו מה שאינו שלו ואינו דומה כלל להדין (דסי' ל"ז) דשם כשמסלק את עצמו מן הממון ל"ח שיעיד שקר לגזול להמערער משא"כ מה שמודה שחייב עוד בע"פ לאחרים מלבד דהוי כמעיד על עצמו כמו שכ' יש

לומר דעושה קנוניא נגד בע"ח שלו ומשתמט לכך אינו נאמן. וגם בדברי רשב"א אין לומר הטעם משום דטעיתי הוי טענה גרוע ונגד חזקה דהא שני עדים המעידים בתורת עדות נאמנין אף נגד אלף חזקות וכן בשטר אמנה או פרוע אלא הוא הדבר הואיל דאינו רוצה רק שבע"ח לא יגבה ממנו עכשיו עושה קנוניא להעיד ואף דשם הוי כמעיד רק על של חבירו כיון דכבר זכה במה שהמחהו לו ועדיף משטר אמנה דאינו בא רק מכח שדר"נ מ"מ חיישינן לקנוניא וזה יודע שבאמת חייב לו ישלם לו ואחר כך חושב שישלם להמלוה שלו אחר כך:

גם יש לומר דכל עדים כנאמני' מחזקינן דמהיכי תיתי ואמרו שקר דמה הנאה יש להם ול"ח ששכרו אותם מה שאין כן היכא דנודע לנו אם נחזיק דיאמרו שקר ירויחו מגוף העדות לאו תורת עדים עליהם אם כן בדינו דרשב"א אם לא יתן לבעלים יחזור ויתן להם כי חייב להם רק דנאמר כיון דהודו דאינו חייב לא ישלם לזה אמר דחיישינן לקנוניא אבל לחוש שיעשו קנוניא במקום שאין הנאה בגוף הדבר זה ממש כמו דניחוש על שני עדים שקבלו שכר להעיד שקר:

ברם בעיקר דברי רשב"א יש להבין אם נאמר דא לחוב לעצמו היינו להעיד על מה דאינו שלו דהוא שלו או על מה שהיה בחזקת שלו לומר דאינו שלו וכמו שכ' הר"ן וכמו דהעלה הנתיבות א"כ מה צריך הרשב"א לדמות דיני לדין דאומר שטר אמנה ולומר דחיישינן לקנוניא הא כבר היו הגינאי בחזקת דאינם חייבים להמרי דארעא במה שקבל בקנין או במעמד ג' מהחד מינייהו ועכשיו כשהעידו דהיה בטעות ויאמרו דהמה נשארו חייבים כמקדם א"כ מעידין על עצמן במה שהיו מוחזקים דאינם חייבים והוי כמעידים על עצמן דהמה חייבים למרי דארעא כיון דאם הי' בטעות כפי דבריהם עדיין חייבים וממילא לאו שם עדים עליהם ואף אם נאמר באומר שטר אמנה דיש עליו תורת עד אחר כך היינו כיון דכבר הודה דא"ח והודאת בע"ד כק' עדים ואחר כך הוי כמעיד על זכות אחר מה שאין כן בזה אם לא נקבל עדותו ל"מ הודאתו נגד זה. וגם בהודה על שטר דפרוע הוא או אמנה שוב אין תורת עד עליו להעיד על זה דנוגע הוא דאם לא יעיד הלוה חייב לשלם למלוה הראשון כיון דהודה דאינו חייב לו והוא הוכרח לפרוע חובו א"ד לפורע חובו של חבירו כמבואר בש"ך (סי' קכ"ו ס"ק ס"ז) א"כ שוב הוי נוגע מטעם השני נוח לי והראשון קשה הימנו:

אך למ"ש הש"ך (סי' קכ"ג ס"ק כ"ד) דלא אמרינן השני נוח לי אלא לענין שאם העד צריך להוציא אבל לא כשהעד חייב וכתב דכן מוכח בש"ס ופוסקים (סי' ל"ז) והכוונה דהא מהני בשותפין סילוק אם מקבל אחריות דל"ש שמעמידה לפני בע"ח הא אכתי נ"מ לו

שישאר ביד השותף כדי שבע"ח יטרוף ממנו ואי דיהי' חייב באחריות הא מכל מקום יש לומר השני נוח לו והראשון קשה לו אלא ודאי כיון דהוא חייב לא איכפת ליה או לזה או לזה כיון דהוא המוחזק ומה דקשה על הש"ך (מסי' ל"ז סי"א) אם הלוה הוא א' מעדי מתנה שנתן מלוה שלו השט"ח לאחר דחשיב נוגע שרוצה לפטו' מבע"ד והשני נוח לו כבר הקשה כן השואל להנו"ב מד"ת חח"מ (סי' י') וכתב לתרץ דשם נוח לו השני דלא יהיה לוה רשע בעיני עולם כי מי ביקש ממנו שיקנה השטר עיי"ש ואם כן ה"נ אף אם יתחייב הוא לשלם להלוה אם יצטרך לשלם בשביל זה ל"ה נוגע דלא איכפת ליה אם ישלם לו או לבעל חובו כיון שהוא מוחזק. אולם אף אם נאמר דבשני לוים המודים על שטר דפרוע או אמנה הוא דנאמנים מטעם עדות אחר הודאתם מ"מ בהני גינאי דע"י עדותן דהי' טעות בחשבון מעידין על עצמן שהמה חייבים להמרי דארעא הוי כמעידין על עצמן ולאו תורת עדות עליהם. ומזה נראה קצת דהרשב"א סובר בלחוב לעצמו נאמן בתורת עדות וכן נראה קצת מהא דסעיף (י"א) הנז' דהטעם דלוה פסול לעדות דמעיד לפטור עצמו והשני נוח לו ובשביל זה הוי נוגע ולמה לזה הא מעיד על עצמו ששעבוד נכסים שהוא חייב להמלוה שלו מכרו לאחר אם כן מעיד על עצמו שהוא אינו משועבד לזה רק לאחר ולאו תורת עדות עליו אלא ודאי כיון דלא איכפת ליה אם חייב לזה או לזה יש עליו תורת עד לכך צריך לומר דנ"מ דהשני נוח לו. ועיין ש"ך (סי' נ"ו) דהעלה במי שתובע לחבירו חפץ שהפקיד אצלו והוא אומר שהושלש אצלו דל"ה עד כיון שהוא בעל דין ועיי"ש בקיצור דינים (אות ד') אם כן הכא נמי אמאי הלוה כעד אי לאו מטעם השני נוח לו וצריך לומר דגם שם על כרחך יש נ"מ וחיישינן לקנוניא כמו שכתב הש"ך שם כמו כן כאן חיישינן מטעם הנאה זו דהשני נוח לו ובלעדי זה אמרינן אין אדם חוטא ולא לו וממילא י"ל דבשביל זה בלבד ל"ח נוגע וצ"ע בכל זה:

ודע דמ"ש הרמב"ם (פ"ב) ממלוה דלכך אינו נאמן לומר שטר אמנה בחב לאחרים דחיישינן לקנוניא ולמה ליה לטעם קנוניא תיפוק לי' בלאו הכי לאו תורת עדות על עצמו והודאת בעל דין במקום דחב לאחרים אינו נאמן. וכתבתי בזה קצת בהגהותי בד"ח דיני כתובה (סי' כ"ה) דיש לומר למה שכ' בעה"ת (שער נ"א ח"ב) דיש מן המורים שהורו דל"א חב לאחרים אינו נאמן אלא כשחובו של זה כנגד חובו של זה שמפסיד להם ולא לו כו' אבל אם מפסיד בהודאתו לו ולמלוה כגון שחב לאחרים ק' והשטר שהוא טוען עליו פרוע או אמנה הי' מחזיק ר' ונמצא שהוא מפסיד גם לעצמו בזה הי' נאמן בהודאתו שמתוך שהוא נאמן להפסיד לעצמו נאמן להפסיד לאחרי' וכתב הבעה"ת וההיא סברא מסתברא דליתא דכיון דחיישינן לקנוני' ולא מהימן בהודאתו היכא דחב לאחרים כו'

לא מהימן לגבי חבירו ויכול לומר דבהדי לוה עביד קנוניא ולהכי מודה לו ולא דמי להההיא דגיטין דאמרינן מתוך דש"ה ליכא קנוניא עיי"ש ולפי זה אתי שפיר דברי רמב"ם דבא להורות דאף במקום דמפסיד לעצמו גם כן אינו נאמן לגבי חבירו כיון דחיישינן לקנוניא ואולי הוא לא יפסיד כלל. אולם הר"ן בחידושיו לגיטין שם (דף נ"ד) והריטב"א כ' שם דדוקא במילתא דאיסורא מהני סברת מתוך שהדבר חוזר דעד א' נאמן באיסורין אבל בממונא ודאי לא מהימן משום מתוך שהאומ' אני ואתה חייבין לפלוני מנה אעפ"י שנאמן על עצמו אינו נאמן על חבירו עיי"ש והיינו להפסיד ממון ע"י עד א' לא מהני אף דיש לו חזקה אלימתא ועיין ס' שער משפט (סי' קכ"ו ס"ק י"ד) כנראה דנעלם ממנו דברי הר"ן וריטב"א הנז' ועיין מה שכ' דיני הלואה עוד בענין זה:

וקצת יש לומר דזה דעת תוס' ב"מ (דף ע"ב) דמשמע שם דסברו במודה בשטר שכתבו גובה מלקוחות ולמה יהיה הלוה נאמן להפסיד הלקוחות ועיין ש"ך (סי' ק"ו) ויש לומר דהא דעת כמה פוסקים דבליכא ריעותא דנפילה לא חיישינן לקנוניא ע' סמ"ע וש"ך (סי' ס"ט) ובחידושי רמב"ן גיטין (דף ח"י) ובס' דברי משפט (סי' מ"ח) ועל כרחך הא דחיישינן בשטר אמנה לקנוניא הוא מטעם שכתב הריטב"א מובא בש"מ ב"מ (דף י"ג) להקשות על שמואל דל"ח לקנוניא למה א"נ לומר שטר אמנה ומחלק דלקנוני' להפסיד ללקוחות לגמרי ל"ח שמואל אבל להפסיד לבע"ח שלא יגבה כעת חובו ממלוה שלו לזה חיישינן עיי"ש ולכך אף דליכא ריעותא חיישינן להפסיד לבע"ח שלא יגבה כעת ואשתמוטי משתמיט ליה שאחר כך ישלם ליה מכיסו ולכך היכא דהלוה מודה דחייב ומודה בשטר אמרינן מתוך דנאמן לגבי עצמו נאמן נמי לגבי לקוחות ולקנוניא ל"ח שיפסיד ללקוחות לטרוף מהם שלא כדין. ועיין טור (סי' פ"ח) משם רמב"ן בהודה נו"ן בשטר כשאינו יכול לקיימו הוי כהודאה על פה וחייב ש"ד הואיל דא"י לגבות מלקוחות והקשה אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני הלואה (סי' י"ז) דסותר דבריו בחידושיו לב"ב (דף קס"ה) גבי עד א' בכתב דמבואר שם מדבריו על פי פירושו בירושלמי כשנתקיים עד א' בשטר שיש בו שני עדים אינו חייב שבועה דהוי שעבוד קרקעות אף דאינו יכול לגבות ממשעבדי עיי"ש וכן הקשה בס' ש"מ (סי' פ"ח) ואם נאמר דהרמב"ן יסבור סברת מתוך יש מקום ליישב קצת. אולם ממה דהביא הטור (סי' פ"ח) משם הר"י מיגאש וכן הוא בחידושיו (דף קכ"ח) מס' ב"ב דבתובע לו שחייב לו מאה בקנין על ידי עד א' חייב שבועה ול"ה כפירת ש"ק כיון דלא יגבה מלקוחות על ידי עד א' מבואר דהגדת הלוה לא מהני כלל אף כמו עד א' דאם לא כן הוי כפירת ש"ק דאם יודה הלוה יצטרף עם העד א' ויהיה שני עדים א"ו משמע דלגבי עצמו לאו תורת עד אף לחוב ובישוב דברי רמב"ן יש לומר כיון

דמד"ת אין צריך קיום אף בטוען מזויף לכך חשיב ש"ק גם יש לומר דוקא אם טוען שטר היה לי ונאבד דליכא עוד שום אופן שיגבה מלקוחות בזה ל"ח ש"ק וזה שהביא הטור (סי' פ"ח) אבל אם השטר לפנינו רק דאינו מקוים רק עד א' ויש עוד אופן לקיים כנידון דב"ב הנז' בזה חשיב ש"ק ואכ"מ בזה:

סימן נד

והנה במחלוקת הפוסקים אם נוגע פסול מטעם דהוי כמעיד על עצמו ומטעם קרוב או מטעם משקר כמבואר סמ"ע וש"ך ואחרונים והמריב"ל נסתפק בנוטל שכר להעיד אם פסול מדרבנן או מן התורה ואם נוגע פסול מטעם משקר בשביל הנאתו נוטל שכר גם כן פסול מן התורה דחיישינן למשקר ואם פסול נוגע משום דאדם קרוב אצל עצמו אבל לא חיישינן למשקר נוטל שכר להעיד כשר מה"ת והמרח"ש בק"ע (דף ד') כ' דנוגע יש לו צד הנאה וזכות בגוף העדות אבל בנוטל שכר דאין לו זכות בגוף העדות והוי רק כפועל שמשלמין לו שכר טורחו בשביל זה לא חיישינן דמשקר כיון דגוף הזכות הוא לבע"ד ונוטל שכר מבחוץ וכמו כן בס' בתי כהונה (ח"ב סי' כ"ו) וכתב עוד שם דמה דפשיטא להו להני רבנן דפסול נוגע בעדות דבר תורה הוא ולא מצאתיו מפורש דיש לומר מן התורה אוקי גברא אחזקתיה שלא יעבור איסור עדות שקר בשביל הנאת ממון אבל כשמעיד לעצמו אדם קרוב אצל עצמו וגזירת הכתוב הוא בקרובים עיי"ש ועיין קצוה"ח (סי' ל"ז ס"ק ה') דהעלה באמת דנוגע אינו פסול אלא מטעם דאדם קרוב אצל עצמו והחשש דמוכר שדה לחבירו שלא באחריות דאינו מעיד מפני שמעמידו בפני בע"ח הוי כנוטל שכרו ואינו פסול אלא מדרבנן ועיי"ש בנתיבות והקצוה"ח אזיל להך צד דנוטל שכר אף מצד אחד גם כן אינו פסול מן התורה ועל כרחך מה"ט שכתבו המר"חש והב"כ כיון דאין מעיד לעצמו ואין לו זכות רק מבחוץ:

וראיתי ברמ"ה ב"ב פ' חה"ב (סי' קע"ה) שכתב בהא דקבלן אינו מעיד וקיי"ל כמ"ד אינו מעיד כו' ועוד דקיי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר עכ"ל הרי דנוגע פסול מן התורה ואף דשם אינו מעיד על עצמו כלל דעדיין אין לו לקבלן על הלוה אף שעבוד על השדה פסול מן התורה ועוד שם (סי' קנ"ה) בהא דמכיר בה שהיא בת חמורו וז"ל ול"ח לגומלין דלמא האי לוקח מודה ליה למוכר שהוא ב"ח כי היכא דלתכשר מוכר לאסהודי ליה דכי פסלינן ליה לנוגע בעדות משום דאית ביה הנאה לדידיה בהאי סהדותא ממילא ואין אדם נאמן ע"י עצמו אבל למחשדיה דמכוין למישקל ממונא או הנאה מחבירו לאסהודי ליה ל"ח דא"כ כולה עדיות דעלמא נמי ניחוש דלמא אגרא יהבו ליה לאסהודי ומדבריו נראה דפסול נוגע כל שיש בו הנאה דממילא ולא מטעם חשש דמשקר וכשיטת הר"י מיגאש

וכ"כ שם (סי' ק"ל) דפסול נוגע כפסול קרובים דמי דאדם קרוב אצל עצמו. אולם מ"מ כנראה ליה ליה לחלק בין אם יש לו זכות בגוף הדבר או זכות מבחוץ דכ"ז שלא ידענו דיש לו תועלת ל"ח אבל אם ידענו דנטל שכר פסול מן התורה כמו דקבלן אינו מעיד כל דידענו דיש לו תועלת. ואולי יש לחלק דבקבלן כבר יש לו זכות זה בטרם שבא להעיד מה שאין כן באם מקבלים שכר חזקה שלא יקבלו שכר להעיד שקר ודומה להא דמכור בה שהוא ב"ח. אולם באמת גם שם דעת הנ"י דבעינן שיכיר בה קודם שבא העירעור וכנראה דס"ל דנפסל מן התורה היכא דיש בירור שקבל איזה הנאה וכבר הכריעו האחרונים דנוגע פסול מטעם משקר ואינו נאמן בנוטל שכר להעיד אף בעגונא להעיד שמת בעל' כמבוא' במ"ב ובנ"ב מהד"ק אה"ע (סי' ז"ך) הכריע כדעת הסמ"ע והש"ך וכ' וגם מהר"ם מלובלין אתי כוותייהו. ובאמת המר"ם מלובלין כ' כדעת הע"ש דנוגע שיש לו הנאה הוי כקרוב. וראייתו של הנו"ב שם כבר כתבתי בסימן הקדום דאינו מוכרע דעל עצמו לוה ומלוה לאו תורת עד הוא כלל ובאמת כנראה גם דעת הרמב"ם כדעת רבו הר"י מגאש ז"ל דמטעם קרוב הוא פסול וכמו"ש הנו"ב שם שלשון הרמב"ם משמע כדעת הע"ש והיינו ממה דכתב (פט"ו) כל עדות שתבא הנאה לאדם ממנה אינו מעיד בה שזה הוא כמעיד על עצמו וכן כתב שם המבי"ט בס' קרית ספר ואדם קרוב אצל עצמו וכן הרמב"ן מס' מכות הביא דעת ראב"ד ור"י מיגאש דלכך מהני סילוק ולא מפסל מטעם דבעינן תחילתו בכשרות משום דלאו עד מקרי ההיא שעתא וכן הריטב"א קידושין (פ"ב) כנראה דנוטה לדעת זה. וברמ"ה שם (סי' ק"ל) כתב גם כן דפסול נוגע בעדות כפסול קרובים דמי דקיי"ל אדם קרוב אצל עצמו. ואם כן בעדות אשה יש עמודים גדולים להתיר ובפרט בנוטל שכר דאינו רק ענין מבחוץ וזכות חדש וכמו שכתב המרח"ש והבתי כהונה יש לומר דכ"ע מודים דלא חיישינן למשקר:

וראיתי בתשובת פנ"י ח"ב (סי' ס"ד) שם הביא תשובת הגאון ז"ל בנו של בעל מ"ב והעלה להתיר בנוטל שכר להעיד לאשה שמת בעלה מטעם דנוטל שכר להעיד אינו פסול רק מדרבנן ובעדו' אשה כשר פסולי דרבנן וכתב שהסכימו עמו ג' גאוני זמן ההוא ובתוכם הגאון בעל תויו"ט ז"ל ובעל פנ"י חולק והחמיר בזה לפסול מטעם נוגע וכתב להוכיח דפסול דנוגע הוא מה"ת מהא דשליח נעשה עד וכתבו הראשונים מן הירושלמי דאם קדשה בכסף הוי נוגעים בדבר ואם ל"ה פסול דנוגע רק מדרבנן יהיה צריכה גט כמו במקדש בפסולי עדות דרבנן והאריך בזה וכמו כן פלפל בזה בתומת ישרים (סי' ע"ג) והוסיף לומר כיון דעיקר הנגיעה הוא משום עד הצריך שבועה והיסת ל"ה אלא דרבנן מהראוי לומר דל"ה פסולי תורה אך באמת שם הוו מטעם הנגיעה כבע"ד ממש

דעל עצמן הן מעידין שעשו שליחותן וכיון שנוגע להם הוי גוף העדות כעל עצמן ופסולין מה"ת מה שאין כן בקבלת שכר שהוא דבר מבחוץ וגוף העדות אינו על עצמו וכמו"ש המרח"ש והבתי כהונה וקצוה"ח עוד כתב דנגיעה פוסל מצד משקר וכ' דהא אפילו גבי אשה עצמה אם איכא נגיעת ממון כגון אמרה תנו לי כתובתי לא מהימנא ואף די"ל דהתם עיקר עדותה הוא על ממון ועל ממון אינה נאמנת וכמו שכ' רש"י יבמות פרק האשה שלום מ"מ מדברי רמב"ם (פי"ו) מאישות מבואר להדיא דהטעם הוא דעל עסקי הכתובה באה וה"ה בחזקת שלא מת ואין דעתה אלא ליטול כתובתה מחיים בלבד הרי דחיישינן דמשקרא משום ממון. ואינו ראיה למפסל בשביל זה לעד כשר המקבל שכר די"ל כמו שסיים שם הרמב"ם ואין דעתה להנשא אלא ליטול כתובה ולא נוכל להתירה מטעם דדייקא ומנסבא דאמרינן דלא תידוק שמשקרת רק כוונתה להתירה וליטול כתובה מחיים משא"כ בעד אחד כשר לא חשדינן דיעיד בשקר בשביל ממון ויש לומר דמתירין אותה בשביל דדייקא ומנסבא ולא תקלקל עצמה ועיין בשב שמעתא (ש"ז פ"ז דכ' דאם אינו רוצה להעיד עד שיתן לו שכרו להעיד עדות המועיל להתירה אף דאינו פסול מטעם נוגע למ"ש הריטב"א בנ"י יבמות שם דהה"ד אם הביאה עד א' לב"ד להעיד שמת בעלה ותובעת כתובתה כיון דאדעתא דכתובה אתאי לא שרינן לה והב"ש כתב הטעם דמשום חימוד ממון לא דייקא הרי אף דבעדות אשה אם אינה תובעת כתובתה לא חשדינן לה לנוגע ומתירין אותה וכל שמזכרת כתובתה חשדינן לה בחימוד ממון ומשקרת והה"ד בעד א' אם אינו מזכיר צד ממונו כמו דבן בעלה מעיד אף דנוגע הוא לירושה ואם אמר בפירוש תנו לי ירושתי הוי ליה נוגע וחשדינן למשקר בשביל ממון כן נמי באם מזכיר ממון בעד א' ואינו רוצה להעיד עד שיתנו לו שכרו חשדינן למשקר בשביל חימוד ממון:

ולע"ד אף אם נאמר בבן בעלה אם מזכיר ירושתו חשדינן למשקר כמו באשה אם הביאה העד א' לב"ד ותובעת כתובתה מ"מ יש לומר דוקא שם דהא החימוד ממון גלוי לעין כל דמה להם להזכיר הממון הא האשה אם יתירוה להנשא ממילא תגבה כתובתה וכן בבן בעלה אם נאמר דהוי נוגע אף דאין מורידין אותו לנחלה מכל מקום לאו כ"ע דיני גמירי וכמו שכ' הנו"ב שם למה לו להזכיר כלל הנחלה אם אין עיקר כוונתו ע"ז יעיד בסתם אלא ודאי כיון דמזכיר הירושה חזינן דעיקר מטרתו על הירושה וחשדינן ליה למשקר וכן להאשה כיון דתובעת מיד הכתובה שוב לא סמכינן על הגדת העד וחשדינן לה למשקרת היינו דלא תידוק כלל ורק כוונתה על הכתובה וכמ"ש הרמב"ם ובאמת לא תנשא ולא תקלקל א"ע לכך אין מתירין אותה כמו אם היא מעידה ואמרה תנו לי

כתובתי משא"כ בעד א' כשר ואינו רוצה להעיד עד שיתנו לו שכרו אם נאמר דנוגע כשר הואיל דלא חשוד שישקר בשביל חימוד ממון ועיקר העדות אינו נוגע לעצמו שוב לא נוכל לפסול אותו בשביל שמזכיר הממון דהא אם לא יבקש לא יתנו לו אחר כך כלל ובמה יופסל עדותו ויהיה חשיד למשקר בשביל חימוד ממון הואיל שמזכיר הממון הא אם נחזיק בסברא דלא יעיד בשקר בשביל הנאת ממון הבא לו מחדש ליכא שום ריעותא במה דתובע שכירתו וא"ד כלל לאשה התובעת כתובתה דדבר שפתים בזה אך למותר דממילא אם נתיר אותה שתנשא תגבה כתובתה וכן בבן בעלה למה ימהר לתבוע הירושה חשדינן למשקר מה שאין כן במבקש שכר וז"ב ופשוט:

וראיתי שם בש"ש שהקשה ע"ד הריטב"א דסובר הה"ד אם הביאה עד אחד לב"ד שמת בעלה והיא תובעת כתובה דאמרינן אדעתא דכתובה אתאי ולא שרינן לה מהא דאמרינן פ' שבועת העדות הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ופירש"י דהשביעתו שיעיד בה שמת בעלה כדי שתטול כתובתה והיינו דצריכה דעיקר' לממון תבעה את העד להעיד ואם כן אם דעתה בפירוש להשביע את העד שתטול כתובה אין העד נאמן ולא שרינן ולא תטול כתובתה ואם עיקרה להתירה אין כאן כפירת ממון. ויש לומר דהא באמת אם שותקת מתביעת הכתובה מתירין אותה להנשא וממיל' לגרר אחר זה גביית הכתובה רק אם תבעה הכתובה אמרינן אדעת' דכתובה אתאי ובאפוקי ממונא סהדי בעינן והא דלא המניה אנן אנשואין בלחוד מיהא ולא נדרוש לה מדרש כתובה כ' הריטב"א סוף יבמות דהמנוה משום עגונא היכא דעיקר דעתא משום נשואין כדי שלא תתעגן אע"ג דגביא כתובה ממילא אבל בבאה משום כתובה ובעיקר עדותה ליכא עגונא לא הימנוה והיינו כיון דאנן רואין שעיקר עדותה הוא משום הכתובה לכך לא מקבלין עדותה וזה אתי שפיר אם תבעה רק הכתובה לפני ב"ד וכן אם הביאה העד לב"ד שמת בעלה והיא תובעת כתובה אז אמרינן אדעת' דכתובה אתאי ולא שריא לה דלאיזה צורך תובעת עכשיו הכתיבה דהא העד מעיד עדותו וממילא כששרינן לה להנשא תתבע הכתובה ומה לה להחיש ולמהר תביעת הכתובה מזה נראה דעיקרא אדעתא דכתובה מה שאין כן היכא דהעד כופר עדותו ואינו רוצה להגיד והיא משביעו שיעיד כיון דאם לא תתבע הכתובה אזלינן בתר עיקר הדבר תביעה אם כן לא יועיל השבועה לחייבו בכלום דלא הוי כפירת ממון ולכן מוכרחת להזכיר הכתובה גם כן כמו שפירש"י ז"ל והשביעתו להעד כדי שתטול כתובתה דעיקרו לממון תבעה את העד להעיד ובכה"ג גם הריטב"א מודה דמתירין אותה כיון דלא יש לנו ראיה שאדעתא דכתובה אתאי דהיא מוכרחת לתבוע הכתובה כיון דהעד כופר עדותו וע"י השבועה אם יתחייב שיהיה כפירת ממון יכריחוהו

להעיד לא איבדה בשביל זה שלא להתירה להנשא וכיון שמתירין אותה להנשא ממילא נדרוש לה מדרש כתובה:

וגם לתירוץ השני שכ' שם הריטב"א דהימנותא דדייקא ומנסבא משום שהחמרת עליה בסופה שתצא מזה ומזה אבל זו שעיק' כוונתה משום כתובה אולי לא תנשא ולא מקלקלא וגובה כתובה שלא כדין ובעדות שקר ומשום הכי אף אם הביאה היא העד לב"ד שמת בעלה והיא תובעת כתובה דאז אמרינן אדעתא דכתובה אתאי לא שרינן לה דעיקר דהקילו חכמים להאמינו בדבר שבערוה הוא משום עגונא ומתוך חומר שבסופה וכיון דאדעתא דכתובה אתאי אמרינן דלא תנשא ותגבה כתובה על ידי עד א' דלאפוקי ממונא תרי סהדי בעינן אבל אם העד אינו רוצה להעיד עד שהשביעתו להעיד אז בהכרח צריכה לתבוע הכתובה לא ידענו מריעותא במה שתובעת הכתובה לכן אז אם יודה העד עדותו שרינן לה וממילא גובת הכתובה וי"ל נ"מ בין השני תירוצים של הריטב"א אם אח"כ עברה ונשאת אם תגבה הכתובה דלתירוץ הראשון בבאה משום הכתובה ובעיקר עדותה ליכא עגונא לא הימנוה לכן אף כשנשאת יש לומר דלא תגבה הכתובה אבל לתירוץ השני דאולי לא תנשא ולא מקלקלא השתא דראינו שנשאת ויש חומר בסופה ואמרינן דדייקא שוב ממילא גובת הכתובה ועיין ח"מ אה"ע (סי' י"ז ס"ק פ"ד) וב"ש שם (ס"ק קל"א) דבעברה ונשאת נותנין לה כתוב' דהא אזיל לה חשדא:

עוד יש לומר בישוב קושית השב שמעתתא על הריטב"א דיש לומ' אף אם הביאה העד לב"ד ותובעת הכתובה דאין מתירין אותה מ"מ אם אח"כ באתה לפני ב"ד אחר ואמרה מת בעלי ואינה תובעת הכתובה מתירין אותה. ועיין ריטב"א מס' שבועות (דף ל"ג) הבאתי לעיל (סי' ט"ז) באמר לדידה ולא אמר בב"ד דאין מתירין אותה בב"ד זה דהעד נאמן יותר ממנה מ"מ כיון דרבנן התירוה להנשא על פי עד א' שאמר לה כן חוץ לב"ד מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הוי האשה כב"ד בענין זה ובב"ד שלא שמעו הכחשת העד כי שרו לה בדין שרו לה וגם היא יכולה לילך בהיתר שיתירוה עיי"ש וה"נ דכוותיה כיון דחכמים האמינו לעד מתוך חומר והיא יודעת אף שתובעת הכתובה מכל מקום כוונתה להתירה ויש לה חומר בסופה כי תידק להנשא יכולה לילך לב"ד אחר ולומר שמת בעלה כדי שיתירוה להנשא ואחר כך תגבה הכתובה ואף כי יש לחלק קצת משם דשם יודעת שהעד כבר אמר לה וששוב אינו חוזר ומגיד וכמו שכתב הריטב"א שם רק שאינה נאמנת עלינו לגמרי לכן יכולה לילך לב"ד אחר מה שאין כן כאן אם כבר העיד עדותו והב"ד לא קבלו עדותו בשביל שבאתה אדעתא דכתובה שוב לא נקבל עדותו מ"מ יש צד לומר כיון דהיא יודעת שלא הוי דעתה רק אכתובה ושתנשא ותידק ויש לה חומר

בסופו אפשר לומר דיכולה לילך אחר כך לב"ד אחר ולומר שמת בעלה כדי שיתירוה להנשא ואם כן כשהשביעתו להעיד וכפר שפיר יש כפירת ממון דאם היה מעיד עדותו אף דבב"ד זה ל"ה מתירין אותה כיון דבאתה אדעתא דהכתובה מ"מ יכולה ללכת לב"ד אחר שיתירוה להנשא ואח"כ תגבה הכתובה וצ"ע בדין זה:

ויש להבין למה בתובעת כתובה אינה נאמנת על מיתת הבעל תהיה נאמנת במגו דלא הוי מזכרת הכתובה אלא להתירה להנשא ואף לגבי כתובה תהיה נאמנת במגו הזאת וראיתי בספר נתיבות לשבת מבעל ההפלאה ז"ל (סי' י"ז) דעמד ע"ז וכתב לענין ממון אינו נאמן במגו דהוי מגו להוציא ואף דהיכא דאיכא שטרא מעליא אמרינן מגו להוציא הכא דיש לומר שהוא חי ולא ניתנה כתובה לגבות מחיים ל"מ המגו ויקשה מ"מ להסוברים דאמרינן מגו להוציא. וי"ל למה שכתב הרמב"ן ב"ב מגו לא עדיף מעדים וכמו דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וב"ד כן לא מהני מגו וכיון דהוא שלא בפני בע"ד לא מהני המגו לגבי ממון ועיין קצוה"ח (סי' ק"י) ובש"ך (סי' ק"נ) ויבואר אי"ה במקומו ועוד יש לומר להמבואר מדברי מהרי"ק שורש (ע"ב) דאשה שאמרה לבעלה גרשתני אם תובעת כתובתה דאינה נאמנת הוא רק לענין כתובה אבל שתנשא מותרת ועל כרחך צריך לחלק דהא באומרת מת בעלי ותנו לי כתובתי דאין מתירין אותה אף להנשא דיש לחלק בין מיתה לגירושין דבגירושין לא תעבור להיות באיסור כל ימיה מה שאין כן במיתה מצינו דאומרת כן בדדמי מחמת אומד הדע' אף שאינ' יודע' בבירור ובאשה דעלמא אמרינן חזקה דדיקא ומנסבא ואינה אומרת מת עד שיודעת בבירור אבל בזו שתובעת כתובתה חיישינן שמא אינה יודעת בבירור ומסתפקת בדבר ומחמת חימוד ממון קאמרה ואחר כך תסמוך על היתר ב"ד ולכך אין מתירין אותה אף להנשא וכן כ' בספר עצי ארזים (סי' י"ז ס"ק ט') ולכך אינה נאמנת אם תובעת כתובה דמשום חימוד ממון חיישינן לבדדמי וממילא נופל הוכחת המגו כיון דאומרת בדדמי. ואי"ה יבואר עוד בזה:

סימן נה

אם יש קרקע לב' שותפים ובא אחד להוציא מתחת יד האחד שהיא גזולה אין השותף מעיד לפסול עדי המערער רק אם סילק עצמו ממנו וקנו מידו ואף לאחר הערעור מהני וצריך שיקבל אחריות שאם יבא בע"ח לטרוף ישלם לו דמיה כמבואר ש"ע (סי' נ"ז ס"א) ועיי"ש בסמ"ע (ס"ק ה') דאף אם חלקו לגמרי כשבא מערער על חלקו של שותף אחד שהיא גזולה אינו יכול השני להעיד דיתבטל החלוקה אם יטרוף ממנו כמו באחין שחלקו כשבא בע"ח או נגזל על אחד מהם בטלה מחלוקת רק אם הוא עצמו פוסל עדי המערער רק דאינו נאמן לגבי חלק שלו אמרינן ליה דמזל דידך גרם לך שנסתחפה שדך.

והטו"ז כתב דוקא באחין דברא כרעיה דאבוה אבל בשותפין הו"ל כלוקח שלא באחריות ועיין באחרונים דמחלקים בין בע"ח לנגזל וכבר הבאתי בהגהותי בדברי חיים דיני עדות (סי' ח"י) מדברי ריטב"א (דף נ') מסכתא גיטין בשכ"מ שאמר תנו ק' לפלוני ר' לפלוני ש' לפלוני אם בא בע"ח גובה מכולן וכתב ונראה דהיכא שגבה מאחד מהם שהם חוזרים וחולקים ומפסידים כולם לפי חשבון כו' ומיהו אין דעתו של רבינו נראה כן אלא היכא שטרף חלקו של אחד מהם שאותו לבדו הפסיד ואינן חוזרין וחולקין דלא אמרינן הכי אלא ביורשים ממש אבל לא במקבלי מתנה וזה כסברת הטו"ז אולם דעת אחרי' דבטלה מחלוקת וכן דעת רמ"ה ב"ב (פ"ח סי' ע"א) ומדבריו נרא' דהוי כלוקח באחריות עיי"ש עכ"פ מחלוקתן של הסמ"ע והטו"ז מבואר בד' הראשונים:

וכתב עוד הסמ"ע (ס"ק ח') הא דלא חיישינן לקנוניא אם מסלק את עצמו לאחר הערעור כיון דליכא ריעותא לפנינו. וכבר הש"ך בכמה מקומות חולק על הסמ"ע בזה דלעולם חיישינן לקנוניא אף בליכא ריעותא לפנינו ועיין (סי' ע"א סי"ט) אולם כאן מבואר הטעם בש"מ ב"ב (דף מ"ב) דכל שאין לו בו עכשיו כלום נסתלקה נגיעתו לכל העדים שמא שכורים הם עיי"ש והכוונה דהא דחיישינן בכל נוגע למשקר הוא משום דהוא כבע"ד וכמעיד על עצמו דאין לו תורת עדות אבל אם מסלק נגיעתו רק לחוש לרמאות ולשקר כיון דאין לפנינו עכשיו חשש רק לחוש ששותפו יחזיר לו אחר כך חלקו בזה הוי כמו לחוש לכל עדות שמא מקבלי' שכר כדי להעיד שקר. ומה"ט נראה דאם אחר שנתקבל עדותו בפני ב"ד ונסתלק הערעור בא השותף לתבוע משותפו חלקו ואומר אמתלא שעשה זאת לסלק את עצמו כדי שיכול להעיד אינו נאמן אף דמצינו כהאי גוונא באומר שטר אמנה הוא זה דיכול אחר כך לגבות מן הלוה באמתלא כמבואר (סי' מ"ז) ואף דעושה שלא כהוגן מהני אמתלא ואם כן כאן אף דאומר על עצמו שהעיד בשקר ועבר על לא תענה מ"מ מצינו אף במקום דעשה איסור מהני אמתלא כמו במס' ב"ב (דף קכ"ז) באמר עבדי הוא ואחר כך בני וברמ"א אה"ע (סי' ד') באומר על בנו שהוא ממזר דיכול אחר כך לחזור כשנותן אמתלא אף דעשה לפי דבריו מעשה רשע ועיין באר שבע (סי' ע"ה) ובנו"ב מהד"ק חלק אה"ע (סי' ט"ז) ובמ"ש לעיל (סי' ט"ו) וא"כ כאן אם יבא אחר כך לתבוע משותפו ויאמר אנחנו יודעים דהקרקע אינה גזולה והעדים שקרנים הם לכן סלקתי את עצמי כדי שיתקבל עדותי ואם כן שוב הוי נוגע. וביותר למ"ש בש"מ ב"ב דהא דקתני דכתב לו דו"ד ולא נקט לה בלשון הקנאה משום דמחזי כשקרא והא דלא אוקמה כגון דאודי ליה לחבריה משום דאכתי מעמידה בפני בע"ח לפי שאינו נאמן בהודאתו נגד בע"ח כיון שחב לאחרים ולמה ליה בזה בלא"ה אם אינו בדרך הקנאה יכול

לחזור אחר כך ולתת אמתלא ואף בלשון דו"ד וקנין יש לדון דיהני אמתלא. אולם כיון שנתקבל עדותו בב"ד שוב אמרינן דסילוקו היה בלב שלם דאם לא כן ל"ה דנין הב"ד על פי עדים אם היו יכולין לחזור מהגדתן באמתל' וכבר בארתי לעיל סי' הנ"ל משם ריטב"א מדכתיב על פי שנים עדי' יקום דבר ע"כ דשוב אינן חוזרים ומגידין דאם לא כן לא קרינן ביה יקום דבר ולכן אינם יכולין לחזור בשום אמתלא שבעולם וכאן נמי כיון דנתקבל עדותו שוב אינו יכול לעשות שום דבר בכל אמתלאות שיתבטל עדותו וממילא גם לגבי שותפו אינו נאמן להוציא באמתלא דא"כ יתבטל עדותו שכבר נתקבל ואנן יקום דבר בעינן ולחוש שעשה ביניהם קנוניא לזה לא חיישינן כמו בכל עדות שבעולם וזה ברור ופשוט:

ובזה מיושב נמי קושית הטו"ז בהא דמבואר בטור ורמ"א (סי"ז) דהיכא דמעיד שהוא של לוי בכל ענין יכול להעיד דכיון דהודה דהוא של לוי שוב אינו יכול לערער עליו ולומר שהוא שלו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואמאי אינו יכול לערער עליו עוד כשמביא עדים הא יכול לומר מה שהודה מקודם דהוא של לוי היה לדחות את יהודה כמו בשטר אמנה דיכול לבטל הודאתו באמתלא. ולמ"ש אתי שפיר דכיון דכבר העיד על זה נגד המערער ונתקבל עדותו שוב אמרינן ביה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ול"מ כל האמתלאות שבעולם דיקום דבר כתיב וכשמקבלין הב"ד עדותן של עדים אינם יכולין לחזור בשום אופן שבעולם ואם נאמין לו בתורת עדות דהוא של לוי נגד המערער ע"כ דאינו יכול לבטל עדותו ואם יהיה בידו לתת אחר כך אמתלא לבטל הודאתו ואז שוב ממילא יבטל עדותו לכן אמרינן לקבל עדותו ואח"כ שוב אינו יכול לבטל עדותו באמתלא על הודאתו שהודה מקודם וכיון דאם נאמין לו יתעורר נגיעתו לכך ל"מ אמתלא וא"ד להא דשטר אמנה דשם לא נתקבל דבריו בתורת עדות:

אך יש להתעורר בדברי הסמ"ע (ס"ק ה') דבחלקו השותפין יכול להעיד משום דלא יכול לחזור על השותף משום דהוא עצמו פוסל עדיו של המערער ומזלו גרם ולא יתבטל החלוק' ואמאי הא יכול אחר כך לתת אמתלא על הודאתו שהודה שרצה לסלק כח המערער כדי שיתקבל עדותו של השותף ואין לתרץ כתירוצו של הטו"ז על קושיתו דל"מ אמתלא באומר שטר אמנה רק מטעם שיש בידו השטר וחזקה דאינו אמנה או פרוע דזה אינו דודאי מה דהעדים של המערער העידו בתורת עדות מסייעו לו לאמתלא שלו ועדיף מכח השטר וכ"כ בספר שער משפט (סי' פ') ומבאר שם דקושייתו של הטו"ז הוא רק באופן שיש תו"ת עיי"ש ואם כן הכא נמי כיון דיש להמערער עדים על השדה שהיא גזולה למה לא יהי' השותף נאמן אחר כך לומר אמתלא שהודה להכחיש העדים

כדי ששותפו יהיה כשר להעיד. וכן קשה בהא דמוכר מעיד ללוקח כשהלוקח מכיר בו שהוא בת חמורו נימא דהוא נוגע דירא שהלוקח יחזור אח"כ אליו ויתן אמתלא על הודאתו וכבר התעורר בזה אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני עדות (סי' כ"ג) ורצה להעמיס קושיא הזאת בדברי המהרש"א ז"ל.

ונראה דכיון דעל ידי דבריו נתקבלה עדותן של העדים דאנן מחזקינן להודאתו הודאה גמורה ולא חיישינן לערמה וממילא אחר שנתקבל עדותן בב"ד ודנין על פי עדותן כי החזיקו שאינם נוגעים בדבר כיון דזה הודה היינו השותף הודה דקרקע אינה נגזלת והעדים המעידין להיפך הם פסולין והב"ד דנין על פי הודאתו שוב א"נ לחזור מדבריו אף באמתלא לבטל עדותן של העדים ופסק הב"ד אשר כבר נתחזק ול"מ לדעת הטו"ז בהוחזקה נדה בשכנותיה דא"נ אף כי נתנה אמתלא על המעשה שהית' ג"כ ללבוש הבגדים מ"מ כיון דעל ידי המעשה נתחזק בבירור דבעלה לוקה עי"ז והוו כבירור ודאי וכאשר הוכיח במישור הת"ש יו"ד (סי' א' ס"ק ע"ח) בראיות ברורות א"כ ה"נ כיון דנתקבל דבריו בב"ד ועל ידי הודאתו דנו הב"ד ע"פ לקבל עדותן ולסלק הנגיעה שוב א"נ באמתלא לבטל מה שהוחזק אלא אף לדעת הש"ך יו"ד (סי' קפ"ה) דאם נתנה אמתלא שהצריכה ללבוש בגדי נדה נאמנת היינו לענין איסור אבל לא לבטל דבר שנתקבל לבירור גמור בב"ד ועיין רמב"ם (פח"י ה"ט) מאיסורי ביאה באשת כהן דאמרה נאנסתי אעפ"י שמותרת לבעלה אסורה לכהונה אחר שימות בעלה שהרי הודה ובראב"ד שם דמהני אמתלא וכ' המ"מ בטעם הדבר לדעת הרמב"ם דאין לסמוך על אמתלא שאומרת כך כדי שיגרשנה בעלה דל"ה מצוה לגרשה ואינו מחוייב להאמינה וה"נ דכיון דלא תליא בהודאתו לבד רק שבזה יסולק הנגיעה ועדיין לא נודע לנו אם השותף יעיד בפני ב"ד וכן הלוקח א"י עדיין אם המוכר יעיד ולא תליא בו הדבר לכך ל"מ אמתלא לחזור מהודאתו ואף לדעת הראב"ד דמהני האמתלא שם הוא מטעם שלא נתקבלו דבריה כלל ועיין ב"ש אה"ע (סי' ו' ס"ק כ"ו) ובנו"ב מהד"ק אה"ע (סימן ח') ובמ"ש בספרי חלק א' דיני שחיטה (סי' ג') לבאר דברי הראב"ד עפ"י דברי הת"ש יו"ד שם דדוקא אם בשעת מעשה הי' מקום אל האמתלא ולא הוחזק לודאי בעיני הרואין בזה מהני האמתלא אבל אם בשעת מעשה לא נשאר שום ספק והוחזק לודאי ל"מ החזרה אף באמתלא דכל מידי דאתחזק באיסורא אי אפשר להוציא מהחזקה וזה נמי כוונת הראב"ד כיון דלא נתקבלה דבריה ולא יש ספק בשעת מעשה ונתחזק בבירור לא מהני אמתלא ועיי"ש מה שכתבתי בזה ובכאן כיון דנתקבל דבריו בהודאתו ודנו הב"ד על ידי הודאתו להחזיק הודאתו לדבר אמת ועי"ז נסתלק נגיעתן של העדים לכ"ע אינו יכול לחזור אף באמתלא טובה

וכמו אם העיד בעצמו בפני ב"ד ואינו יכול לחזור באמתלא וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דיקום דבר כתיב כמו כן בהודה לקבל על ידי זה עדותן של העדים יקום דבריהם שלא לבטלן על ידי חזרתו בכל האמתלאות:

ויש להבין אמאי אם השותף מסלק את עצמו או בקנין או באודייתא אם מקבל אחריות דליכא הנגיעה משום דמעמידה בפני בע"ח מקבלין עדותו למה לא נאמר דהוי נוגע דיש לו הנאה אם נשאר המתנה בידו כמו דמצינו בירושלמי גיטין פ' הניזקין מובא ברשב"א קידושין (דף כ"ז) ראובן גזל שדה משמעון ומכרו ללוי והלך לוי ונתנה במתנה ליהודא ובא שמעון וטרפה מיהודא יהודא לא אזיל גבי לוי דהוא מתנה לוי אזיל לגבי ראובן דהיא מכירה א"ל ולא מתנה יהבית' יכול הוא מימר ליה בעי הוינא מיתן כמה וישלם לי טיבו ועיין רמ"א (ס' רמ"א) ובסמ"ע שם. ואף במכר לוי ליהודא שלא באחריות מבואר שם ברשב"א דג"כ חוזר עליו וע"כ דהוא מטעם דיכול לומר דל"נ ליה דלהוי ללוקח תרעומות עליו עכ"פ חזינן דזה נקרא הפסד אם כן כאן למה לא יהיה נוגע מצד זה דניחא ליה להיות מקבל הנאה מן המקבל. וצריך לומר שם כיון דכבר נתחייב באחריותו נקרא פסידא אף דנתן לאחר מ"מ בעינ' כ"ד לא פקע חיובו דאחריות מה שאין כן לענין נוגע בדבר לא פסלינן לעדותו בשביל ספק דלמא קבל טובת הנאה מהמקבל. וכן צריך לחלק דהא מבואר בש"ע (סי' רכ"ו) בראובן שמכר שדה לש' בלא אחריות ובא בע"ח לגבות דיכול ראובן לאשתעי דינא בהדיה משום דיכול לומר ל"נ לי דלהוי לשמעון תרעומות עלו ובכ"ז כשנתן ראובן השדה לשמעון במתנה לא יכול לאשתעי דינא בהדיה כיון דל"ל תרעומות ואמאי לא נימא דעכ"פ ניחא ליה שישאר המתנה אצל המקבל דיקבל טובת הנאה ממנו ועיין שער משפט שם ובמ"ש בהגהותי בדברי חיים דיני מתנה (סי' ז') וע"כ צריך לחלק דוקא היכא דהחיוב היה בבירור ובא לסלק את עצמו לומר הואיל דלא הוי לו פסידא יפקע חיובא דאחריות בזה בעילה כ"ד מחייבינן לשלם אבל לאשתועי דינא בהדי צריך שיהיה טענה מבוררת וסגי אף בטענת דלא ניחא ליה שיהיה לו תרעומות שהוא גלוי וניכר לכל אף דמשום תרעומות לא הוי נוגע וכיון דחזינן דבשביל טענות דניחא לי שישאר אצל מקבל מתנה ואקבל טוה"נ ממנו לא מקרי טענה מבוררת כמו כן ליכא טענת נגיעה בזה רק היכא דטוען טענה דרוצה בזה חייב המוכר להשלים חיובו מאחריות שקבל. ועיין תוס' רי"ד קידושין (דף מ"ג) דכ' הא דרי"ף כ' דלענין קידושין שליח נעשה עד הא אחר שנתקנה היסת הוי השליח נוגע בעדות דאיירי בלא נתן להשליח מעות רק השליח מקדש מדיליה ע"ש וגם כן הטעם אף דניחא ליה שיחזיק לו המשלח טובה מ"מ בשביל זה לא חשיב נוגע:

וכן נמי צריך לחלק הא דסגי כאן באם מקבל אחריות אם יטרוף בע"ח ממנו למה לא נאמר כמו דמצינו בש"ס גיטין (דף י"ג) דרב אשי אמר הא דמהני קנין מלוה על פה במעמד ג' משום בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה גמר ומשעבד נפשיה ועיי"ש ברש"י ונוח לו לדחות הפרעון זמן ארוך אם כן ראינו דהנאה הזאת ש"פ דבשביל הנאה הזאת גמר בלב שלם להאי לשעבד ואם כן אכתי נשאר החשש דמעמידה בפני בע"ח ואי דאם יטרוף הבע"ח יהיה לוה רשע גם כן בשביל אחריות שקבל עליו זה יהיה מלוה חדשה וצריך לומר דזה הוי הנאה שאינו מבוררת כיון דגם מה שחיישינן דמעמידה בפני בע"ח הוא גם כן רק ספק ועיין ש"מ ב"ב (דף מ"ו) דל"ה רק ספק נגיעת עדות ואם כן כיון דאף אם יטרוף בע"ח ממנו יתחייב לשלם ל"ח לנגיעה כזאת מה דישתנה ממלוה ישנה לחדשה מה שאין כן במעמד ג' מסתמא מחשיב הנאה הזאת להלוה ואף דבע"כ של לוה לכמה פוסקים גם כן נקנה ואם כן לא ראינו שיחשוב זאת להנאה מ"מ כיון דאם מחשב זאת להנאה יש כאן הנאה ש"פ שיגמור ומשתשעבד תקנו חכמים בכל מלוה ע"פ. אבל למחשב לנוגע בשביל זה לא מחשבינן זאת להנאה ועיין בש"מ ב"ב דכתב הא דל"ח נוגע אף דקבל אחריות דנפשיה מ"מ מעמידה בפני בע"ח דלא לקרוהו לוה רשע ולא ישלם ובהא לא איכפת ליה דאמר ליה ומאי אפסידתך וכ' דכל שאינו יכול לשלם מה שקבל על עצמו רשע מקרי וכ"ש להכניס עצמו בזה לכתחילה עכ"ל:

ומה"ט יש לתמוה על הש"ך (סי' קכ"ג ס"ק כ"ד) דכ' כשאין ללוה לשלם עתה דכתב הסמ"ע שם דמועיל עדותו של הלוה לחייב את הערב לשלם שאין לו ריוח וכתב הסמ"ע ודוחק לומר משום השני נח לי והראשון קשה וכ' הש"ך להוכיח דלא אמרינן השני נח לי אלא כשהעד בא להוציא ולא כשהעד חייב ובנו"ב תנינ' חח"מ (סי' י') הביא להקשות מדברי ש"ע (ל"ז סי"א ס"ו סכ"ב) באם הלוה הוא מעדי כתיבה ומסירה הוי נוגע מטעם דהשני נח לי והראשון קשה והנו"ב כתב ליישב למה שכ' שם הש"ך לחכך מטעם אחר דחשיב נוגע דלא להוי לוה רשע ובערב מסתמא לא רגילי אנשי למקרי לוה רשע וא"כ לענין מכירת השטר שפיר הוי הלוה נוגע דכשאינו משלם למי שקנה השטר שמעולם לא הלוהו ולא על פיו קנה החוב ושפיר הוי נוגע מטעם דהשני נח לי דאם לא ישלם לא נקרא רשע ואם לא ישלם להראשון יהיה נקרא בפי כל לוה רשע עיי"ש הא מכאן מוכח להדיא דאף בקבל אחריות על מתנה דלית ליה שום פסידא לא חשיב נוגע בשביל זה דכל שאינו יכול לשלם מה שקבל על עצמו רשע מקרי וכ"ש שלא יכניס את עצמו לכתחילה בזה אם כן בערב גם כן דודאי אפסדי' וקבל עליו לשלם אם יצטרך לשלם להמלוה ודאי

הוי לוה רשע כמו נגד הבע"ח ול"ה נוגע. וצריך לומר לחלק בזה כמו"ש לעיל (סי' נ"ד) דדוקא בשט"ח שמכר וחתם הלוה את עצמו דמעיד על עצמו שזה זכה בשיעבוד נכסים שלו ושנסתלק השעבוד נכסים מן הלוה שלו חיישינן בזה אף לנוגע דהשני נח לי אבל בנידון דש"ך הנ"ל דמעיד זכותו של המלוה דהערב נתחייב הוי כמעיד על דבר אחר לא מיחשב נוגע בשביל דהשני נח לו וכן כאן אינו מעיד בפירוש זכות עצמו רק דהקרקע אינו גזולה ובאנו לחוש דיש לו זכות להעמידה בפני בע"ח וכיון דקבל אחריות ובין כך ובין כך יהיה נקרא ליה רשע לא הוי נוגע ודברי הש"ך הנ"ל צ"ע דודאי מקרי לוה רשע אם אינו משלם לו כמו נגד המלוה וכדמוכח מכאן:

וראיתי בנתיבות דהקשה בשותפין דלמה ל"ח דעשה השותף אפותקי חלקו ששוה מאה לבע"ח בעד מאה ואחר כך נתקלקל הקרקע ואינו שוה רק נ' ואם יקח המערער שהיא גזולה הוי אפותקי בטעות וישאר חייב לבע"ח כל הלואה וניחא ליה שיטרוף הבע"ח עיי"ש בדבריו המציאות וכתב לתרץ דאם יצא רק החצי שדה ממנו אין הבעל חוב צריך לגבות ולא הבנתי כלל דבריו הא מ"מ יש לחוש שעשה חלקו וזכותו מה שיש לו בהשדה לאפותקי מפורש והוזלה ואם יטרוף המערער יהי' נשאר חייב כל המאה ואם ישאר ביד שותפו לא יצטרך לשלם לבע"ח כי יטרוף אפותקי שלו מיד השותף שזכה בחלקו ולהשותף אף דקבל אחריות לא יצטרך לשלם רק כפי שויו של השדה שיטרוף וכן קשה בהא דמבואר (סט"ז) במכר פו"ט שלא באחריות דמעיד המוכר דאין לו הנאה שישאר בידו דבזה"ז אינו גובה הבע"ח ממטלטלין שמכר הא מ"מ טוב לו יותר שישאר הפו"ט ביד הלוקח דדלמא הוזלה בשעה שמכר והמוכר עשה מקודם הפו"ט לאפותקי מפורש לבע"ח כשהי' שוה יותר ואם יתברר שהאפותקי נעשה בטעות שהיתה גזולה בידו יצטרך לשלם להבע"ח כל חובו כפי מה שלוה ממנו לכך מעיד שישאר הפו"ט ביד הלוקח ואז אינו חייב הלוה המוכר לשלם להבע"ח רק מטעם מזיק שעבודו של הבע"ח וכפי מה שהיה שוה הפו"ט אז בשעה שמכר אחר שהוזל א"ו דלזה לא חיישינן כל כך שמעיד שקר בשביל שהוזל ומוקמינן על החזקה דמסתמא שוה כדמעיקרא:

והיכא דתבע לשנים שהלוה להם וכפר אחד והודה השני שהוא וחבירו חייבים אם לקחו אותו ממון בשותפות אינו נאמן על חבירו ש"ע (סי' ל"ז ס"ד) וכתב באורים דוקא כשטוען המלוה ברי דאז אין המודה נאמן במגו דלא הוי מודה שחייב לו רק נ' כפי העולה על חלקו משום דאף אם יאמר כן יתחייב שבועה נגד המלוה ועד הצריך שבועה אינו עד אבל אם המלוה טוען שמא נאמן בעדותו במגו כמו בשליח דנעשה עד דנאמן במגו ובנתיבות חולק ע"ד דדוקא בשליח שאינו בע"ד כלל ואין הדבר נוגע לו ויש לו מגו ושוב

אינו נוגע בעדות נאמן כעד אבל הכא דהוא עד ובעל דין דאם לא ישלם השני יתחייב הוא לשלם והשני יהיה מחויב להחזיר לו מה שישלם שוב אינו נאמן אפילו יש לו מגו כיון שהוא תובע הוא בגדר מגו להוציא. ולפי דבריו אם חבירו טוען גם כן שמא ואינו יודע אם חייב ובברי ושמא אמרינן מגו להוציא הי' הדין דנאמן. ואאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח כתב דיני עדות (סי' כ') עפ"י דברי הר"ן כתובות בהא דבע"ח תפס תורא מבקרא דיתמי דכתב דהבקרא לא הוי כעד א' לחייב להבע"ח שבועה כיון דלדבריו דתפס לאח"מ חייב לשלם הוי כבע"ד הרי אף דיש לו מגו מ"מ כיון דלפי טענתו דהשתא הוא חייב לשלם הוי כבע"ד והכא נמי דכוותי' וכן כתב הנתיבות (סי' ע"ז) ואם כן אף אם חבירו טוען שמא לא מהני המגו של זה שהודה לחייבו כיון דהוי בע"ד ועיין מה שכ' אאזמ"ו הגאון ז"ל בדברי משפט (סי' ע"ז) בזה ויש להרהר בדבריו. וראיתי בפרישה שם שהקשה קושיית התומי' דיהיה המודה נאמן במגו אי בעי כפר בכל או דלא היו שותפים ול"ה חייב אלא החצי וכ' דירא לשקר שמא יכחישנו התובע בעדים ואינו מובן דבריו מה"ת נבטל המגו בזה דירא שיכחישנו בעדים א"כ לעולם נבטל תורת מגו. ועוד כתב והיותר נראה כיון דלפי טענתו דהשתא הוא חייב בכל אלא שבאת להאמינו במגו ולפטרו במקצת ולחייב את חבירו באותו מקצת מגו כזה ל"א ודבריו סתומים ואולי כוונתו למ"ש הנתיבות ואאמ"ו ז"ל כיון דהוא בע"ד א"ל ולאו תורת עד עליו. ועוד נראה דהא עדותו הוא כמעיד לזכותו שחבירו הוא שותף עמו בחוב זה וממילא אומר שנעשה ערב חבירו על כל החוב והוי כמעיד לזכותו דחבירו נעשה ערב על חלקו ג"כ דזה הוי זכותו ולכך א"נ ובפרט למה שכ' הסמ"ע והש"ך הנ"ל דיותר נח לו להיות לוה רשע נגד הערב מלהיות נגד הבע"ח אם כן יש לו חשש נגיעה ג"כ ולכך א"נ:

וכן מוכרח קצת לומר לדברי הרמב"ן מס' קידושין (דף מ"ג) דכ' בהא דאמרינן דהשתא דצריכין שבועה נוגעין בעדותן הן וז"ל ואי אמרת ליהמנוה בשבועה יכול המלוה לומר לא מהימנו לי בשבועה את הוא דהימנוהו וכוונתו דמאיזה טעם עד הצריך שבועה לאו עד הוא ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק נ"א) לכך כ' הטעם דהמלוה יכול לומר לא מהימנו לי ותובע ללוה שישלם לו חובו כיון דלא צוה לו שישלח על ידי שלוחים ואם יאמר הרי עדים שפרעתי יאמר אלו נוגעים בעדותן הן ואי שישבעו יכול לומר לא מהימנו לי ולכך אין להם דין עדים כשצריכים מתחילה לישבע ועיין בספר עא"ר אה"ע (סי' ל"ה ס"ק ג') דמיישב בזה דברי הרמב"ם דלגבי קידושין נאמנים בשבועה עיי"ש ואם כן הא המלוה תובע לשניהם שחייבין לו מאה וממילא תובע לאחד שחייב לו חמשים וגם שנעשה ערב על חבירו וכן לחבירו אם כן זה שהודה יהיה נאמן במגו ואי דיצטרך לישבע

ונאמר דנוגע בדבר דמעיד כדי שלא יצטרך לישבע זה א"ש שם הם נוגעין כמו שכ' רש"י ור"ן מובא בש"ך שם (ס"ק נ') דאי אמרו אהדרינהו בעי אשתבועי לפיכך הם מעידים שקבל מלוה מידם כדי שיפטרו מן השבועה ונח להם להפסיד ממון משישבעו בשקר והיינו דהם חושבים אם יאמרו החזרנום ללוה נצטרך לישבע מה שאין כן עכשיו לכן פוסקים דצריכים לישבע ואחרי השבועה יכול המלוה לומר שלא קבל מהם ובשבועה אינן נאמנין דלאו תורת עדות עליהם אבל כאן ודאי יודע אם יכפור יתחייב לישבע ועכשיו פטור משבועה דהא המלו' אינו תובע יותר א"כ אחר הודאתו למה לא יהיה נאמן בתורת עדות כיון דא"צ שבועה וא"ל דהוי נוגע להודות כדי שלא יצטרך לישבע הא לפי דברי השותף שהמלוה תובע בשקר מה לו להודות ולמנוע את עצמו משבועת אמת ולהעיד בשקר כיון דלא ירויח כלל בזה דהמלוה אינו תובע רק כמו שהודה ואם בשקר הוא ישבע ולא יעיד עדות שקר בשלמא שם המלוה טוען שלא קבל מן השלוחין כלל והם נוגעין לומר שקר שירויחו מה שאין כן כאן א"ו עיקר הטעם כיון דלפי דבריו הוא הבע"ד והתובע אינו בגדר עד ודוחק לומר דגם המלוה אינו יודע בבירור אם קבל ההלואה לצורך שותפות רק שתובע על פי אלה שקבלו ההלואה ואמר שהוא לצורך השותפות והודו דבזה אתי שפיר כיון דהשלשה אינם יודעים מההלואה שפיר יש להם מגו והוי עד הצריך שבועה דמפשטות הדברים משמע דאיירי שהמלוה תובע בבירור מהשותפי' ובזה ל"ש לפסול מטעם נגיעה דאם יכפרו יתחייבו שבועה וניחוש דלא קבלו ההלואה דלמה נחשוד שיעידו בשקר כדי שלא יצטרכו לישבע שבועת אמת אלא ודאי הטעם כיון דלפי דבריהם המה בע"ד אין כאן תורת עדות ועיין מ"ש בהגהותי בד"ח דיני עו"ש (סי' ה'):

סימן נו

ראובן שמכר פו"ט לשמעון שלא באחריות ובא יהודא לערער להוציא מיד שמעון יכול ראובן להעיד לו ועיין סמ"ע אף שמערער שראובן גזלו מ"מ ל"ש במטלטלין ניחא ליה דלא ליקריה גזלנא ובפרישה הוכיח זה מדכתב הטור משם רמב"ן דאיירי בלית ביה תקנות השוק או שראובן בעצמו קנאה דאי ראובן גזלה חייב לשלם מפני תקנות השוק וחוזר על ראובן וכן כ' רמ"א (סט"ז) ותיפוק ליה בלאו הכי דלא ניחא ליה דלא ליקרי' גזלנא אלא ודאי בשביל זה לא מיפסל במטלטלין וכן כתב מהריק"ש ז"ל בספר ערך לחם ע"ד ש"ע (סי"ו) וז"ל שקנאה מגזלן פירש ראובן או שקנאה שמעון מגזלן ואינו ראובן שאם טוען שראובן גזלה ומכרה לו יש הנאה דלא ליקריה גזלנא ומדברי רמב"ן נראה דלא חייש להנאה זו וסובר שאם הוא בענין שאין בו תקנת השוק יכול להעיד

כיון שאין המערער צריך לתת דמים כדי שיחזור לגבותם ממנו עכ"ל ומה שכתב הסמ"ע דבמטלטלין לא מקרי גזלן מחמת כן כבר תמה הטו"ז מהא דאמרינן בש"ס ב"מ גבי חזר ולקחה מבעלים הראשונים מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו אם מטעם דנ"ל דליקו בהימנותיה או דלא ליקרי גזלנא ואמרינן מ"ב ולמה ל"א א"ב מטלטלין אלא על כרחך גם במטלטלין שייך לומר דלא ליקרי גזלנא ובקצוה"ח כתוב דבמטלטלין לא משכחת להאי מילתא כלל כיון דאמרו שם עד אימת נ"ל דליקו בהימנותיה עד העמדה בדין וכל דיש איזה טענה אין הבעלים יכולין להקדיש ולמכור וכיון דאיירי שם דהלוקח לא הכיר שהיא גזולה ודאי צריך העמדה בדין לברר שהיא גזולה אין הגזלן יכול לקנותו מבעלים הראשונים דהוי דבר שאינו ברשותו ולא משכחת חזרו הבעלים ולקחו מבעלים הראשונים אלא בקרקע ומשום הכי ל"מ אמרו א"ב מטלטלין ומאד תמוהין דבריו הא מבואר שם ברש"י (דף ט"ז) ד"ה עד שעת העמדה בדין דתליא עיקר אם הלוקח עמד בדין עם המוכר הגזלן אחר הטורפה שטרפה ממנו הנגזל וכן מבואר ברמב"ם וש"ע (סי' שע"ד) ואם כן אחר כך ודאי יכול המוכר לקנות מן הנגזל ואף במטלטלין אם קונה ממנו אחר שלקחו מן הלוקח קודם שעמד הלוקח עם המוכר בדין אם נאמר דבמטלטלין לא שייך לומר דניחא ליה דלא ליקר' גזלנא לא קנה והיה לו לש"ס לומר א"ב במטלטלין ושפיר הקשה הטו"ז ועיין בר"ש פרק (ויו מ"ג) דתרומות שכתב בענין זה ושמא יש לחלק בין מטלטלי למקרקעי ואכ"מ בזה ועיין בש"מ ב"מ שם דהביא משם יש מפרשים דהפירוש הוא העמדה בדין הנגזל עם הגזלן וכתב דהנכון כשאר מפרשים ועיי"ש בנ"י: **ובתומים** מתרץ דאם כן מי שהוחזק בב"ד לגזלן ונפסל ואחר כך עשה תשובה והוכשר בב"ד ועכשיו מכר פו"ט ובא לוי לערער שאז בהיותו המוכר גזלן לקח ממנו הפרה בגזילה ומכר' לשמעון והוא ביקש לפסול עדים הללו ובזה ל"ש ניחא ליה דלא לקרי גזלנא כי אז היה מפורסם לגזלן לכך קאמר רמב"ן טעם אחר משום תקנת השוק. ודבריו אינם מובנים מה זה תשובה אם הוחזק אז לגזלן ולא החזיר את הגזילה שגזל ואי בגזלן מפורסם דאם אין הגזילה בעין דאין מקבלין ממנו כמבואר (סי' שס"ו) אם כן אף הדמים שיתן ללוקח לא יהיה חייב להחזיר וגם אפשר דגם מן לוקח אינו טורף כמו דמפני תקנות השבים אין מקבלין מן הגזלן מה מכר ראשון לשני כל זכות שהי' לו. אולם מלבד זה קשה להבין הן דברי הסמ"ע והריק"ש ז"ל והן דברי התומים אם העידו עדי יהודא שראובן גזלו ממנו אם כן מעידין על גוף ראובן כיצד יעיד ראובן להעיד להכחיש להעדים הא הוי כמעיד על עצמו ואף אם אינו נוגע לו כלל מ"מ כיון דמעידין על גופו הוי כבע"ד וכן

הא דכתבו הפוסקי' ובש"מ משם רבינו יונה שאם טוען המערער שהמוכר גזלה ממנו הוי נוגע בעדותו כי היכי דלא לקרוהו גזלנא הא בלאו הכי הוי כבע"ד וכמעיד על עצמו: **וראיתי** בס' דברי אמת סוף קונטרס שמיני שהביא משם תשובת ר"מ אלשיך בשנים המעידים על ראובן שקידש פלונית וראובן ועד א' מכחישין ואומרים שלא נתקדשה דהוי ליה כתרי ותרי דדוקא באומר קדשתי הוי בע"ד אבל באומר לא נתקדש' ל"ה נוגע בדבר ובתשובת מהר"ב אשכנזי חולק עליו דאנן מקיימי דבר בעינן ולפיכך אין בדבריו ממש ובאומר לא קדשתי הוי נוגע דל"ב למיסר בקרובותיה והרב ד"א כתב דמדברי המרדכי פ' האומ' בשליח שטעה ואמר הרי את מקודשת לי דנאמן לומר טעיתי וכתב מהר"ם ועוד בידו לגרשה הרי דלא הוי נוגע בשביל איסור קרובתי' וכתב אבל כי דייקת שפיר נראין לי דברי מהר"ב אשכנזי דכיון דב' עדים מעידין על גופו של ראובן שקידש את האשה ונאסר בקר ובתי' אף שהוא כופר כיון שעל גופו הן מעידין הרי אלו נאמנין והרי היא אשת איש גמורה ובניה ממזרים ודאין והביא ראיה מדברי הטור (סי' ל"ח) דהזמה כיון שמעידין על גופן של העדים אינם נאמנין על עצמן עיי"ש הרי אף בדבר דלא מפסל מטעם נגיעה מ"מ הואיל דמעידין על גופו של פלוני אין אותו פלוני בגדר עד להכחיש עדותו והכא נמי דכוותיה כיון דאלו מעידין שראובן גזל הפו"ט זה מיהודא מעידין על גופו דראובן וכיצד יהיה עד להכחיש הדבר או אף לפסול העדים שהביא יהודא כיון דהמה מעידין על גופו דראובן הוי בע"ד ואינו תורת עד עליו ובודאי בנידון דמהר"ם אלשיך אף אם ראובן ועוד עד עמו פוסלין לעדים אלו שאמרו שנתקדשה גם כן אין ראובן מצטרף עמו דכמו דאינו מצטרף להכחיש גוף המעשה כיון דהוי בע"ד דמעידין על גופו כמו כן אינו מצטרף לפסול העדים וה"נ אמאי מצטרף ראובן עם עוד עד אחד לפסול עדי יהודא כיון דהן מעידין על גופו דראובן שגזל הפו"ט זה מיהודא.

אך לכאורה יש להוכיח דאף כשמעיד על גופו אם אינו נוגע בדבר יכול להעיד מהא דכתובות (דף י"ט) שנים חתומין על השטר ומתו ובאו ב' מן השוק ואמרו כתב ידם הוא אבל אנוסים היו קטנים היו פסולי עדות היו אם כ"י יוצא ממקום אחר אוקי תרי להדי תרי וכתבו תוס' פסולי עדות לא שאמרו שעדיין פסולי' דאם כן אמאי אינן נאמנין אלא פסולי עדות היו אז ועתה מודים שהם כשרים ועיי"ש עוד בתוס' דקרובים היו אז משנולדו עד עתה שנתרחקו דאם לא כן כיון דאין מכחישין שלא לוה לתכשרו עיי"ש ובתוס' ב"ק (דף ע"ב) דבאומרים גזלנים היו אלו נאמנים אפילו הי' בפניהם ועיין תוס' ב"ב (דף ל"א) ובמהרש"א שם דהמתבאר מדבריהם דאם אמרו גזלנים היו אף אם יאמרו דעכשיו כשרים הם רק אז בשעת חתימה היו גזלנים הרי אלו נאמנין

לגמרי ול"מ הכחשתן כלל כיון דמעידין על גופן מה שאין כן אם מעידין שקרובין היו אז ואחר כך נתרחקו בזה כיון דליכא נ"מ אל העדים יכולין הני תרי החתומים להכחישן הרי אף דמעידין על גופן של עדים דהמה היו אז קרובים מ"מ יכולין להכחישן כיון דעתה נתרחקו והמה עדים כשרים ובכנה"ג (סי' מ"ו אות ס"א) כתב כיון דאפי' נפרש קרובים בנשותיהן ע"כ לומר שהיו קרובים ונתרחקו דאי לא סוף סוף על גופן של עדים הן מעידים וכה"ג מהימני למפסל וכיון שכן אפילו נפרש גזלנים היו אפשר לומר דהיו גזלנים ועתה שבו בתשובה וכה"ג לאו אגופייהו דסהדי מסהדי אלא על גופן של עדים עיי"ש. ודעת האו"ת שם (ס"ק מ"א) דאף אם מעידין שעדיין הן קרובים גם כן יכולין להכחיש כיון דאין זה פגם ול"ה כמעידים בגופן של עדים ובמעידין שהיו גזלנים ועשו תשובה הוי לי' כמעידין בגופן של עדים דבאותו זמן החתימה עכ"פ היו בגופן של עדים ומה בכך דעכשיו הוכשרו מה שאין כן פסול קרובים מעולם אין כאן פסול בגופן של עדים. ובאמת כנראה מדברי תוס' ומהרש"א הנז' גם בקרובים אם יאמרו דגם עכשיו קרובים הוי כמעידין על גופן של עדים ואינם יכולין להכחיש ולהעיד דאינם קרובים אם לדברי עדים המה פסולין להעיד נגד בעהש"ט רק כיון דגם לדבריהם המעידין דהיו קרובים הוכשרו אחר כך והמה בתורת עדות יכולין להכחיש אף דהעדות היה על גופן. מעתה בדין דמהר"ם אלשיך כיון דלדבריהם של העדים דנתקדשה לראובן אין ראובן בגדר עדות להעיד על עצמו דלא קדשה אף אם אינו נוגע כלל מ"מ קרוב הוא ומעיד על גופו. ויש להקשות על בעל כנה"ג דבח"מ פשיטא ליה כשמעידין שעדיין הן קרובים הוי כמעידין על גופן של עדים. ובאה"ע (סי' מ"ב) הביא דעת מהר"ם אלשיך וכעין סברת הדברי אמת דמה דמעיד על גופו איננו בגדר עדות דעת רמב"ם (פי"ב) מטו"נ דהשוכרין אינם בגדר עדות על עצמן שדרו יום ולילה וע"ש במ"מ (ה"ב) אולם רוב הפוסקים חולקים שם על זה וכמו כן מבוא' כעין סברא הזאת בב"י בתשובה בעד המעיד מפי עד דאין הראשון נאמן להכחיש להשני דהוי ליה כמעיד על עצמו וגופו לומר לא אמרתי כן וגרע מב' עדים המכחישין זה את זה אולם בש"ע יו"ד (סי' קפ"ה) ואה"ע (סי' י"ז) פסקינן דהראשון נאמן אף דמעיד על גופו שלא אמר ויש לחלק מנידון דבעל דברי אמת דב' עדים מעידין על גופו שקדשה אף דיש לו עד המסייעו מ"מ כיון דב' עדים מעידים על גופו הוא אינו בגדר עד מה שאין כן בעד מפי עד דאין כאן רק עד א' המעיד על גופו שכך אמר לו הוי עד א' בהכחש' ולאו כלום הוא אף דמעיד על גופו וקבלת הרמב"ן דהראשון נאמן יותר כיון דבא מכחו והכל כיון דאין כאן רק עד א' המכחישו. ובאמת אם ב' אומרים אף מפי ב' שכך אמרו י"ל דנאמנים או י"ל מ"מ כיון דבאין מכחם הראשונים נאמנים ביותר

ועיין מ"ש לעיל (סי' ט"ז) ודברי הכנה"ג צ"ע (דבסי' מ"ב ס"ק ע"ה) הביא דברי מהר"ם אלשיך בסתם דהו"ל תרי לגבי תרי (ובסי' מ"ז ס"ק ז') כתב דעת ר' בצלאל דחולק ע"ז עכ"פ היכא דמעידין על גופו אינו בגדר עד להכחיש. וכמו כן במעידין בפו"ט שראובן גזלו הוי ראובן כמעיד לעצמו:

גם הא דאם נתרחקו עכשיו נאמנים הראשונים להכחיש האחרוני' ולדעת הכנה"ג אף בפסול הגוף דגזלן נאמנים להכחיש על אותו זמן יש לומר היינו טעמא למה שכתבתי בהגהותי בד"ח דיני הלואה (סי' ו') בטעמא דהסוברים כל היכ' דלא מעידין על פסול הגוף בלא שטר זה הוי כתרי ותרי על פי דברי הגאון רח"י ז"ל בטעם הדבר דהזמה חידוש הוא אף דהאחרוני' מעידין על הראשוני' שהעידו שקר בב"ד וכ' אטו אנן בתר השתא אזלינן בנגיעה שנולדה אחר הגדת עדותן הא ודאי לא כו' והרי בשעה שהעידו שראו את הדבר במקום פלוני ל"ה נוגעין כלל בעדותן ובאותו שעה הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ושפיר שייך לומר מאי חזית סמוך אקמאי דאסהידו מעיקרא ובאותה שעה עדיין ל"ה נוגעין בעדותן עיי"ש ובזה נמי משעה שחתמו הוי כנחקרו בב"ד והוי כהעידו שכתבו השטר ברצון הלוה ושלא באונס אח"כ כשהעידו אחרי' שהיו אנוסים שוב הוי כתרי ותרי כיון דמעיקרא לא הוו נוגעין והזמה שאני דחידוש הוא עכ"ל שם והכא נמי דכוותיה כיון דמשעה שחתמו בשטר הוי כהעידו דאינם קרובים וגם אז לא הוו נוגעין בדבר לכך הוו כתרי ותרי ומהני הכחשתן אף דהאחרונים העידו על גופן של עדים מה שאין כן כשבאו אחר כך להכחיש בזה לכולי עלמא היכא דהעידו על גופן הוי כבע"ד ואין תורת עדות עליו. אך יש להבין זה אתי שפיר אם חתמו שלא כדין ע"ז הוו עדים שחתמו כדין כיון דמאז אינו נוגע להם מה שאין כן בקרובים היו אפשר דאינם עושים בזה דבר שלא כהוגן כיון דגלוי לכל קורובתיהם ואם כן רשאין לחתום וממילא לא הוו כמעידין אז להכחיש כל מי שיעיד שהיו קרובים מה שאין כן באם היו אז גזלנים בזה עשו איסו' לחתום על השטר דהוי כמעידין בפני ב"ד ולא נודע גזלנותם ויכול לבא קלקול מזה בזה י"ל לדעת הכנה"ג דנאמנים להכחיש אם שבו בתשובה דהוא מטעם הנ"ל כיון דהוי כהעידו מקודם להכחיש כל מי שיאמר שעשו שלא כדין:

וראיתי בס' שער משפט (סי' מ"ו) שהאריך להוכיח דאם מעידין בפסול קורבא דהשתא האחרונים נאמנים לגמרי מהא דכ' בסמ"ע (סי' מ"ה ס"ק כ"ט) משם הב"י גבי שטר שהיו עדיו מרובים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול ואין העדים קיימים לשאול אותם דאם יש עדות ברורה שכולם ישבו לחתום ה"ז השטר בטל ואם לאו תתקיים העדות בשאר דתלינן דרווחא שבק ובא הפסול וחתם וכתב הב"י דאם עדי השטר קיימים צריך לשאול

אותם ועדים עצמן נאמנים ואם הם אומרים שלא ישבו כולם לחתום ועדים אחרים מעידין עליהם שישבו כולם לחתום אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ואמאי לא יהיו נאמני' עדי השטר בגוף הלואה דכיון דהמה מכחישי' דלא נצטרפו להתכשר השטר לגמרי אלא ודאי כיון דהאחרונים אמרו שפסולים היו בעת שחתמו ונצטרפו הוי כמו דהעידו על גופן. אולם הקשה הא בתרי נגד תרי על שטר אם הוא פרוע מוקמינן השטר על חזקתו וגבינן בי' אם כן כאן אם עדי השטר לפנינו ועכשיו הם כשרים ומכחישין אותם וכיון דהוי תרי ותרי נוקי השטר בחזקתו עיי"ש וקושיא זו יש לומר בפשיטות דדוקא בתרי נגד תרי על פרעון מוקמינן השט' על חזקתו אבל כיון דתרי מעידין לעקור מעיקרא חזקת השטר דנעשה החתימה בצירוף קרובים ומעולם לא הי' לו חזקת שטר אף דהוי תרי נגד תרי מכל מקום עדיף בכה"ג חזקת ממון. אולם בלא"ה לא קשה דלדברי האחרונים שהעידו עליהן שעשו שלא כדין שנצטרפו עם קרובים והמה פסולין להעיד על עצמן דלא נצטרפו ואף דאם הודו שנצטרפו נאמנים ולא הוי כחוזרין ומגידין אף דמשימין את עצמן לאינם כשרים דעברו וצירפו עצמן עם פסולין וכשיבא אחר כך השטר בפני ב"ד יחזיקו אותו לכשר ויאמרו דרווח' שבקו ונתמלא אחר כך בקרובים מ"מ כיון דיש ריעותא בפנינו דחתומים יחד לא הוי כחוזר ומגיד וכמו שכ' הב"י והסמ"ע אבל מ"מ להכחיש עדים שהעידו עליהן שעשו שלא כדין א"נ ולפי זה אינו מוכח פשיטת הכנה"ג ויש לומר אף בפסול קורבא גם עכשיו אין אחרונים נאמנים משום חזקת השטר והא דלא מתכשר השטר לגמרי כשהם בפנינו אף דכשרים לעדות אחרת מ"מ אינם נאמנים להכחיש לגמרי להאחרונים מטעם דנוגעין בעדותן להעיד על עצמן דלא עשו שלא כדין. וזה אתי שפיר בהך דינא (דסי' מ"ה) אבל בעדים החתומים על השטר אף אם היו אז קרובים לא עשו שלא כדין דהב"ד יבררו זאת כנ"ל מה שאין (בסי' מ"ה) אם נצטרפו יחד והוי כהעידו יחד בפני ב"ד דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרו עדותן ובצירוף קרובים וכשיבא השטר לפני ב"ד אחר כך יחזיקו של"ה הצירוף יחד ולכך לא חשיב רק כתרי ותרי וזה פשוט ומה שכ' עוד שם הש"מ דא"א פסול שאינו בגוף מיחשבו כתרי ותרי אם כן שני עדים המעידים על עדים שהעידו בב"ד שהן נוגעין בעדותן שיש להם חלק באותו תביעה והעדים הראשונים מכחישין יש לנו להאמין להעדים הראשונים כיון דהוי תרי ותרי ובגוף ההלואה לא איתכחשו ובתשובת הרא"ש מבואר להיפך וכן פסקינן ש"ע (סי' ל"ד ס"ג) דאם באו עדים והעידו שהעדים שהעידו בב"ד הודו בפניהם שיש להם חלק באותו תביעה העדות בטל ומשמע אף שהראשונים מכחישין אפילו הכי לא מהימני ולא אדע לכלכל דבריו הא מבואר בתשובת הרא"ש כיון שכבר הודו תחילה

רע עשו שהעידו ודומה למחז"ל לא יהיה לך עסק עם ג' אנשים שלא יהיה א' בע"ד וב' עדים ואם כן הם עברו על מדבר שקר תרחק והטעו הב"ד להגיד בת"ע בדבר שיש להם חלק והוי כמעידין על גופן דעשו איסור ובזה כולי עלמא מודים דלא הוי כתרי ותרי והאחרונים נאמנין וקצת יש להתבונן אם אמרו שבשקר אמרו לפניהם שיש להם חלק למה נבטל עדותן מה שאמרו בתורת עדות ומה שייך בזה הודאת בע"ד כיון דלא הודו שום דבר לבע"ד וצריך לומר כיון דאם נאמר דמה שאמרו לפני עדים שיש להם חלק באותו תביעה היה בשקר והיה מילי דכדי הוציאו עכ"פ שקר מפיהם מוקמינן אותן על חזקתן ואמרינן דודאי לא הוציאו שקר מפיהם ואחר כך איתרעאי במה שהעידו בתורת עדות בדבר שהן בע"ד אבל מ"מ שם הוי כהעידו על גופן שעשו דבר רע ובזה לכולי עלמא אין תורת עדות להכחיש מה שאחרונים מעידין על גופן:

נחזור לדברינו דודאי אם מעידין על גוף ראובן אין ראובן יכול להעיד על עצמו ועל כרחך דאיירי באופנים אחרים דלא הוי ממש על גופן ועיין אורים (ס"ק ל"ב ול"ט) וראיתי לאאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' שנ"ג) שהוציא מסוגיא דפו"ט דאף דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה היינו בליתא בעינא אבל אם הגזילה היא בעין ביד האחר אין הנגזל יכול לילך ולתבוע את הגזלן הראשון אף דחייב בהשבה מ"מ יכול לומר הרי שלך לפניך לך אצל מי שיש הגזילה בידו ומיפטר הגזלן בזה דאם לא כן אמאי מעיד בפו"ט הא הוא הבע"ד דדלמא יחזור הנגזל עליו ויתבע ממנו מעות בעד הגזילה א"ו באם הוא בעין אצל השני אינו יכול לתבוע הראשון דיכול לומר הרי שלך לפניך עיי"ש באורך וכן הביא כמה פעמים דבר זה בספרו ד"ח. ומה אעשה כי מלבד שאין מכאן ראיה דהא ע"כ איירי באופן דלא הוי גזלן ממש דאם לא כן הוי כמעיד על עצמו ואינו בגדר עדות אף דליכא נ"מ לענין ממון כמו שכ' בלא"ה דין הנ"ל אחרי מחילה מכבודו והגם שאיני כדאי לחלוק על אבי מורי ורבי בכ"ז ברור שזה אינו ובודאי כיון דהגזלן מחויב בהשבה אינו יכול לפטור את עצמו באמירתו שילך אל השני הלוקח כיון דכ"ז שרשות אחר מעכב עליו ואינו ברשותו לאו השבה לא מבעיא לדעת הש"ך (סי' ש"ו ס"ק ח') בזורק מטבע ש"ח לים דאם הגביהו מגזל גזליה השבה בעי מיעבד אף אם משלם לו שכר בר אמוראה ושהבעלים יטפלו בה להוציא דאינו יוצא דכיון דהשבה בעי למעבד אינו יוצא עד שמחזירה למקו' שנטלה עיי"ש ומכ"ש הכא היכא דקנין אחר מעכב עליו אלא אף לדעת הישי"ש שם דאין צריך להטפל בה יותר ויוצא במה שמשלם לו שכר בר אמוראה היינו כיון דאינו ביד ורשות אחר אבל היכא דכח אחר מעכב והלוקח מגזלן זכה בקנין של הגזלן וכ"ז שלא בא

לרשותו דבעלים איננו ברשות הבעלים להקדיש לא הוי השבה ואף להסוברים דגזילה א"ב הנגזל להקדיש כל זמן שלא קבל בהחזרה אף אם הגזלן רוצה להחזיר כמו שכתב רמב"ן מ"ד ב"ק (פ"ד) ואף על פי כן יכול לומר הרי שלך לפניך ואינו מחויב להוליך אחריו למדי קודם שנשבע היינו כיון דמצדו אינו מעכבו רוצה שילך ויקח את שלו בזה יוצא ידי השבה אף דעדיין ל"ח ברשותו דנגזל כל זמן שלא קבל ברשותו מ"מ השבה הוי דאין כח אחר מעכב אבל במכרו לאחר אף דיכול להוציא בדיינים מ"מ אינו יוצא הגזלן בזה ידי חובת השבה במה שאומר לו הרי שלך לפניך ולך ודן וזכי ואפיק מן הלוקח עד שיעשה השבה מעליא ויש כמה ראיות ע"ז ואכ"מ:

סימן נז

ברמ"א (סי' ל"ז ס"ט) דקרובי הגזבר כשרים להעיד על נכסי הקדש דטובת הנאה שיש לו לחלק אינו ממון ובש"ך כ' דלענין נוגע הוי נגיעת הנאה עכ"פ דהנאה אף בדרך רחוקה ונפלאה פוסל כ"ש בזה שי"ל שמעיד כדי שיהי' להגזבר טובת הנאה לחלק למי שירצה ובתומים ונתיבות כתבו דקרוב לנוגע כזה דאין בו צד ממון לא מיחשב בע"ד רק דפסול מטעם חשש משקר וקרוב דלא נחשד לשקר כשר. ולכאורה יש ראיה לדבריהם מתשובת רשב"א (ח"ב סי' פ"א) דכתב במוכר שלא באחריות דאינו מעיד מ"מ קרובי המוכר כשרין הן שאין פסול עדות הקורבא אלא במה שיש היזק או ריוח ממון ואינו נאמן לחוב ולזכות בגוף אבל במוכר בלא אחריות מפורש שאפילו המוכר בעצמו אינו פסול מחמת ריוח או נזק ממון אלא משום שלא יקרא לוה רשע ולא ישלם בזה א"ב משום פסול קירבא עכ"ל וה"נ דכוותיה כיון דאין בו צד ממון אף דהוא בעצמו פסול להעיד מצד הנאה מ"מ קרוביו כשרין אך יש לומר למה שכתבו המחברים דאף מאן דסובר טובת הנאה אינו ממון לא נוכל לומר דאינו שוה ממון דלא נחלקו במציאות רק מאן דסבירא ליה טובת הנאה ממון ס"ל שיש לו זכות וקנין בגוף הדבר ומאן דס"ל טובת הנאה אינו ממון יש לו זכות מבחוץ ואינו גופו ממון והוי כמו שטר וכדומה ועיין במקו"ח הלכות פסח א"כ ה"נ אף אם טובת הנאה אינו ממון מ"מ כיון דזכות זה שוה ממון רק דאין לו בגוף הדבר מ"מ לענין נוגע שפיר כתב הש"ך דחשיב נוגע וא"ד לדברי הרשב"א הנ"ל אולם אני כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני חמץ (סי' כ') להוכיח בכ"ה הוכחות דמאן דסבירא ליה טובת הנא' אינו ממון היינו דלא נחשב כלל לזכות ממון עיי"ש ועיין מ"ש בח"ר דיני תו"מ (סי"ד). ולכאורה מוכח כן מהא דמבואר ב"ב (דף קנ"ט) בקרוב דנחתם על השטר עד שלא היה קרובו דכשר וכמבואר (סי' מ"ו) דלא חיישינן לקרוב דהוא משקר דאין אדם חוטא ולא לו רק גזירת הכתוב הוא דפסול וכיון דחתם מקודם שהיה קרוב כשר ולא

חיישינן שמא זייף עכשיו והקדים הזמן מה שאין כן בגזלן בכה"ג חיישינן אם כן ה"נ כיון דמה דמעיד הוא על הקדש רק דנוגע להנאות קרובו לא חיישינן דמשקר בשביל שיש לקרובו הנאה. אולם באמת אינו דומה לשם דשם לא חיישינן לזיוף ואמרינן דכבר נתקבל עדותו בטרם שהיה קרוב דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד מיד משחתמו ומה"ת נאמר דזייף והקדים כיון דאינו חשוד לשקר אבל במעיד עכשיו על דבר שיש הנאה לקרובו רואין אנו כאלו מעיד לזכות קרובו והתורה פסלה לקרוב לעדות כמו דאינו מעיד ע"ע ולחובת קרובו באמת יש לומר דנאמן דהא אינו בע"ד רק נגיעת ממון וכמו דעל עצמו נאמן הבע"ד כן נמי קרובו אם אומר מה שהוא לחובתו אם כן אינו מעיד על קרובו כלל כגון אם מעיד שלא הקדיש אף אם טובת הנאה ממון יש לומר דקרובו של הגזבר נאמן דלא גרע מאם מעיד הגזבר בעצמו אבל להעיד על דבר שיש לגזבר זכות בו אף דלא חשדינן למשקר דאין אדם חוטא ולא לו מ"מ כיון דיש לקרובו איזה תועלת והנאה מעדותו הוי כמעיד עכשיו לקרובו ופסול מצד גזיה"כ:

וכן מבואר בש"ע (סי' קכ"ג סי"א) במורשה שיש לו חלק במה שיוציא מן הנתבע קרוביו פסולים בין לעדים בין לדיינים ועיי"ש בש"ך (ס"ק כ"ב) דאפילו אין לו חלק ממש רק המרשה אמר להמורשה שכרך יהיה תלוי בי אם ארצה אתן לך ואם לא ארצה לא אתן לך כיון דאיכא ספיקא דלמא מרווח השתא יש לחוש שיעיד שיתן לו שהרי קרוב הדבר שיתן לו יותר כשיזכה בדין משאינו יזכה וכן מבואר בפשיטות בב"י (סוף סי' ל"ז) דנוגע דהדבר ודאי שישלם לו הרי אף דגוף העדות הוא לרחוק מ"מ כיון דיש צד זכות לקרובו פסול הקרוב להעיד אף דלא חשוד הוא לשקר מ"מ גזירת הכתוב דקרוב פסול ועיי"ש בש"ך (ס"ק כ"ו) דלחובת המורשה נאמן הקרוב ולא לזכות והטעם כמו שכ' כיון דגוף העדות הוא על המרשה והמורשה אין לו חלק בתביעתו בעצמו רק בא בשכרו ולחובתו היה נאמן המורשה כ"כ קרובו נאמן אף דקרוב פסול מצד גזירת הכתוב ואינו נאמן אף לחוב אף דהבע"ד בעצמו נאמן לחובתו מכל מקום קרובו פסול היינו במקום שכל העדות הוא עליו ממש אבל כשאין לו חלק רק נוגע לשכרו חשבינן בזה לקרוב כמעיד עליו גם כן מ"מ זה דוקא אם מעיד לזכותו נוגע העדות עליו גם כן אבל אם מעיד חובתו בשביל שהוא קרוב לא נוכל לבטל עיקר העדו' דהא אם נקבל עדותו שנפרע החוב לא יש לקרובו חלק בזה. וראיתי בדרישה (סי' קכ"ג) שכתב הא אילו ל"ה לו שכר ידוע היו פסולין קרוביו לעדות אפילו לנתבע וזה דלא כמו שכתב הש"ך:

ולכאורה יש להוכיח כן מדברי תוס' כתובות (דף צ"ב) ד"ה דינא בראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתי בעל חוב דראובן וטרף ליה והעדים המקיימין את השטר לבע"ח

קרובים לראובן ואינם קרובים לשמעון דאפילו משתעי דינא בהדי שמעון לא מקבלין עדותן כיון דאי טרף ליה מיניה בתר ראובן אזיל הוו להו כמעידים לחובת ראובן הרי דכיון דיש חוב לקרוביהם לא מקבלין עדותן וכן ראיתי בשער משפט (סי' קכ"ג) שכתב כן דמשמע מזה דלא כהש"ך. אולם באמת אינו ראיה כלל דשם עיקר עדותן לקיים השטר הוא על ראובן שחייב להבע"ח ומעידין על קרוביהם שחייב בזה ודאי קרובים אינם נאמנים מגזירת הכתוב אף לחוב מה שאין כן בנידון דש"ך עיקר עדותן הוא לחוב להמרשה שאינם קרובים אליו רק ממילא יש חוב והפסד להמורשה בזה מקבלין עדותן ובאמת יש להבין בדברי תוס' דאף בלא קבל אחריות אמאי מקבלין עדותן ואף אם שמעון משתעי דינא בהדי הא מ"מ מעידין שראובן חייב ממון ואף שלעת עתה ליכא נ"מ לראובן כיון דיטרוף משמעון ולא יחזור אליו כיון שלא באחריות מכר לו הא מעידין על ראובן שחייב וקרוב פסול בין לזכות בין לחוב וגם הא נ"מ גם לראובן אם יתקיים השטר דאם ברגע זו ישתדף השדה שקנה משמעון יהיה ראובן חייב לבע"ח ודומה להא דאילעא וטובי' קריבי דערבא הוו דסבר ר"פ למימר גבי לוה ומלוה רחיקי הוו ופריך עליו ר"ה בריה דר"י אי ליתיה ללוה לאו בתר ערבא אזיל ועיין תשובת הרשב"א הנ"ל (סי' פ"א) דרב פפא הוי סבר כיון דעיקר המצוה ממלוה ללוה הוה עיקר עדות עליהן ואפ"ה אתקיף עליה ר"ה בריה דר"י ואיפרך ושם איירי דאית נכסים ללוה ובכ"ז כיון דאי לית לי' לשלומי בתר ערבא אזיל הוי כמעידין על קרוביהם והוי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וא"נ אף לגבי לוה כוון דבעדותן מעידין על שיעבוד הערב ה"נ כיון דמקיימין השטר שהמוכר חייב ולהמוכר הם קרובים הוי כמעידין על חיוב של המוכר וצריך לומר כיון דאין מעידין על גוף החוב של המוכר קרוביהם רק על קיום השטר שאינו מזיק ושמכירי' חתימת העדים לא הוי כמעידין על גוף קרוביהם ורק ממילא נצמח מזה חובת קרוביהם לכך פסולין דוקא במכר באחריות אף אם משתעי עם הלוקח אבל שלא באחריות לא אבל מ"מ אם מכר באחריות אינו דומה לנידון הש"ך וכמו שכתבתי כיון דסוף סוף נוגע עדותן ממש על חיוב קרוביהם:

ובספר הפלאה שם ראיתי שחולק על הש"ך מדברי תוס' הנ"ל דכתבו ועוד הא מסיק א"ד אפילו שלא באחריות נמי הא אפילו איהו גופיה במוכר שלא באחריות נמי מעיד לו עליה אי אית ליה ארעא אחריתי דליכא למימר להעמידה בפני בע"ח ול"ה פסול משום תרעומות כ"ש קרובים שלא יהיו פסולים משום תרעומות והקשה המהרש"א דא"ל דאיירי בדלית ליה ארעא אחריתא וכשיקיימו השטר יעידו את חובתו שלא להעמידו בפני בע"ח וכתב הוא דאם כן אף בתביעת שמעון הוי נוגע לראובן והוכיח מזה דאע"ג

דמעמידו בפני בע"ח ל"ה רק חשש נגיעה ואפילו הכי קרוב של נוגע פסול להעיד. ולמ"ש אינו ראיה משם דשם עיקר העדות הוא על חיוב של ראובן להחזיק חיובו רק היכא דאינו נוגע לו כשרין אבל כשנוגע אליו כמו להעמידה בפני בע"ח בזה קרובים פסולין מה שאין כן בנידון דש"ך עיקר עדותן הוא על המרשה וכמו שכתבתי ואדרבה צריך לדחוק למה יהיו כשרין אף אם לא שייך תרעומות כגון במתנ' או כדומה הא מעידין על חיוב של קרוביהם שוב ראיתי בחידושי מהרי"ט שם דעמד כזה על דברי תוס' דעל שט"ח שעליו היאך יכולין קרובי ראובן להעיד הא שייך ראובן בגויה שאם ירצה יגבה ממנו או שמא למחר שיעשיר ויגבה ממנו ואפילו שמעון יכול לפוסלן כיון דהחוב על ראובן הוא וצריך לדחוק כמו שכתבתי כיון דאין מעידין רק על קיום החתימה היכא דליכא נ"מ לראובן רק בשביל תרעומות כשרין אבל היכא דיש נ"מ להעמידו בפני בע"ח שפיר פסולין דהוי כמעידין על חיובו דראובן. ובאמת לא אבין קושית המהרש"א אם איירי דלית ליה ארעא אחריתי ומעמידו בפני בע"ח למה נקט הש"ס הטעם דאפילו שלא באחריות נמי דא"ל לא ניחא לי דתהוי ליה לשמעון תרעומות עלי הא בלא"ה נוגע הדבר אליו דמעמידו בפני בע"ח ובש"מ שם הקשה זאת דבלא תרעומות למה לא מצי לאשתעי דינא בהדיה דרוצה להעמידנה בפני בע"ח וכתב דאיירי דאית ליה ארעא אחריתי והלוקח לא מצי למימר הנחתי לך מקום לגבות דאיירי באפותקי ולא הבנתי אפילו אם איירי דאית ליה ארעא אחריתי הא לגבי נגיעה אמרינן דמי יודע כמה בע"ח יש לו כמבואר בטור (סי' ל"ז) ועיין סמ"ע (ס"ק ל"ז) ובש"מ ב"ב סוגיא דפו"ט דהא דקאמר בש"ס אי דאית ליה ארעא אחריתי עלה דידיה הדר היינו לגבי נגיעה ממנ"פ אם יודע שיש לו כמה בע"ח מאי נפ"מ ליה וכשמשני לעולם דלית ליה דאמר לא ניחא לי דליהוי לוה רשע אינו מספיק אף אם יש לו ארעא אחריתי דמ"מ חיישינן לכמה בע"ח אם כן למה לא יכול לאישתעי דינא מטעם זה וא"ל דיהיה נקרא בע"ד צריך שיברר ז"א דהא חזינן דבשביל חשש תרעומו' אינו חשיב נוגע ובכל זאת לענין שישתעי דינא עם הבע"ח הוי כבע"ד אם כן מכ"ש החשש דמעמידה בפני בע"ח דהוי נוגע בשביל זה מכ"ש דהוי כבע"ד לגבי בע"ח שחייב לו ועיין ברמ"א (סי' רכ"ו ס"א) דאם נתן לו במתנה דליכא כאן תרעומות לא הוי ראובן כבע"ד ויקשה באמת למה לא מטעם דמעמידה בפני בע"ח וכבר עמדתי על זה בהגהותי בדברי חיים דיני מתנה (סי' ז') ודחקתי א"ע שם בזה עכ"פ מדברי תוס' אינו השגה ע"ד הש"ך ומדברי תשובת רשב"א הנ"ל מבואר דאף קרובים לראובן כשרי' להעיד במוכ' שלא באחריות מפורש דהא לאו על המוכר הדר ואע"ג דמוכר גופי' אינו מעיד מפני שמעמידה בפני בע"ח בכל כי הא אין הקרובין פסולין דרק מה שיש היזק

או ריוח ממון אבל כאן אין המוכר עצמו פסול רק משום שלא יקרא לוה רשע ולא ישלם בזה אין בו משום פסול קורבא. אם כן די לנו עכ"פ אם לא נודה לזה היינו רק לזכות ולא לחובה ובפרט אם הלוקח משתעי דינא עם הבע"ח כמו דנראה מדברי מהרש"א וכן כתב מהר"ם שיף דדוקא הוא פסול מטעם דמעמידה בפני בע"ח דאדם יודע בעצמו הבע"ח שלו לא הקרובים ועיין ש"מ ב"ב (דף מ"ו) וצ"ע בכ"ז:

סימן נח

במכר לו פו"ט שלא באחריות דמעיד לו עליה דעת רמב"ם דבעינן שיכיר בו הלוקח שהוא שלו ובש"ך (ס"ק כ"ה) האריך בטעם הדבר בדעת רמב"ם לחלק בין קרקע למטלטלין ועיין בזה בתשובת אבקת רוכל ממרן הב"י ז"ל שכן כתוב שם משם גאון א' והב"י לא הסכים עמו ועיין בש"מ ב"מ (דף י"ד) בהא דאמרינן עביד אינש דזבין ארעא ליומא משם תוס' שאנץ. וראיתי בתומים שכתב דלכך כתב הרמב"ם דבעי שיכיר בו הלוקת משום דקשיא ליה קושית הראשונים הא המערער יצטרך להחזיר להלוקח דמים שנתן מטעם תקנות השוק ואחר כך יחזיר המערער אל המוכר אם כן הוי המוכר נוגע בשביל זה לכך צריך שיהיה הלוקח מכיר דאז אחר כך כשיבא המערער לגבות הדמים שנתן מן המוכר יהיה לו להמוכר שני עדים שאינו שלו ושלא כדין הוציא החפץ מן הלוקח היינו שעד א' שמעיד עכשיו עם המוכר וגם הלוקח יצטרף עמו דכבר אינו נוגע ויהיה פטור מהדמי' שנתן עיי"ש ומלבד דזה דוחק גדול בדברי רמב"ם דאם כן העיקר תלוי במה שמכיר בו כדי שיהיה יכול להעיד אחר כך בתורת עדות אם כן חסר תנאי אחד שיהיה הלוקח כשר לעדות דאם הלוקח פסול אם מצד פסול הגוף אם מצד קורבא אל הנגזל אז שוב לא יהי' יכול להעיד אחר כך ובכה"ג אין המוכר מעיד דשוב הוי נוגע מטעם החזרת דמים לנגזל מה שנתן מצד תקה"ש והי' לו לרמב"ם להזכיר זאת ולא לסמוך על מה שמכיר בו לבד ומלבד זה מאי מהני שמכי' בו כיון דעכשיו אין להלוקח תורת עד נשאר נגיעתו של המוכר דא"י אם יגיד אחר כך בתורת עד בפני ב"ד ואף דעכשיו אומר שמכיר בו דלמא בשקר אומר נגד שני עדים כיון דהוא רק בע"ד אבל אחר כך אם לא נקבל עדותו של המוכר ויוציא ממנו ויבא אחר כך המערער להוציא הדמים שנתן ללוקח לא יעיד בשקר לכך מעיד עכשיו המוכר בשקר כמו דחיישינן לכל נוגע.

אולם בגוף הדין יש להתעורר הא אף דיהיה לו אחר כך להמוכ' שני עדים להכחיש את עדי הנגזל מ"מ יהיה תרי נגד תרי ואף דלא יהיה בכחו להוציא הדמים מן המוכר דאוקי ממונא על חזקתו מ"מ תפיסה בטענת ברי מהני לגבי תרי נגד תרי לכ"ע אם כן שוב נשאר נגיעת המוכר על מקומו דאם לא יעיד ויוציא החפץ מהלוקח יתבע ממנו אחר כך

דמים שנתן מצד תקה"ש וירא שלא יתפוס ממנו דבקל יכול אדם לתפוס ומצינו לגבי עדים זוממין היכא דרצו לחייב שיהני תפיסה ואתזמו דחייבין לשלם כמבואר רמב"ם (פ"כ) מעדות וכתב המ"ע והכ"מ שם כיון דבקל יכול אדם לתפוס הוי כזממו לחייבו ממון וחייבין בשביל זה לשלם מכ"ש דניחוש שישק' בשביל זה שירא שיתפוס ממנו הדמים שנתן הואיל דאף אם יעיד אחר כך לא יהיה יותר מתרי נגד תרי ומהני תפיסה. וקצת יש להוכיח ממה דמוקי בש"ס בגוזל ונגזל ובמת גזלן ולא הניח אחריות נכסים דלא יגבה מיתומים הדמי פו"ט וכן מבואר מכל הפוסקים דמדינא דגמרא דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי אם לא הניח קרקע אז מעיד על הפו"ט כיון דלוי קנה ביאוש וש"ר הא מ"מ מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהן אם ירשו מטלטלין ואם רצו הב"ד כופין כמבואר (סי' ק"ז) אם כן עכ"פ נוגע בשביל זה וצריך לומר דמ"מ כיון דאינו יכול לגבות לא יעיד בשביל זה שקר. אך מ"מ להסוברים דהיכא דחייב לצאת ידי שמים מהני תפיסה אם כן יהיה נוגע בשביל זה דאם יהיה נשאר ביד לוי אחר כך כשיביא עדים שלו יהני לו תפיסת מטלטלין מיורשיו ועל כרחך דבשביל תפיסה לא הוי נגיעה וכמו כן בשביל דלא יתפוס ממנו גם כן לא הוי נגיעה אך מ"מ זה דוחק גדול כמבואר דבקל יכול לתפוס ובודאי ירא שיתפוס ממנו ואי דיהיה גם כן נוגע במקום דיהני תפיסתו יש לומר אף אם נאמר דבמקום מצוה מהני תפיסה מ"מ זה לא יפסיד דאף אם יוציא יהודא מלוי כשיביא אחר כך שמעון עדיו שראובן גזל ממנו יהיה גם כן תרי נגד תרי ואם מהני במטלטלין תפיסה אז אף אם יוציא יהודא בעדים יהני שוב אחר כך גם כן תפיסה לשמעון. אך באמת הסכימו כל הפוסקים דמדינא דגמרא לא מהני תפיסה במטלטלין דיתמו ודלא כמל"מ הל' מלוה ולוה ובאמת היה קצת נראה דכיון דעכ"פ מצוה הוא על היתומים לפרוע חובת אביהן יהי' נוגע בשביל זה דעכ"פ הוי כטוה"נ על ידי עדותו. אולם באמת אף אחר עדותו מ"מ לא יהיה חל על היתומים החיוב לפרוע דיכולין לומר אנן אעדי שמעון סמכינן ועיין ש"מ ב"ב בשם עליות ר' יונה. אבל היכא דעל ידי עדותו יהיה לו ריוח שלא יכול אחר כך לתפוס ממנו יש לומר באמת דזה חשוב כהנאת ממון והוי נוגע ודברי התומים צריכים עיון:

סימן נט

לשון רמב"ם (פ' ח"י ה"ה) מעדות אין מזימין את העדים אלא בפניהם ומכחישין את העדים שלא בפניהם ועדים שהוזמו שלא בפניהם הרי הוכחשו לפיכך אם מתו העדים שהוזמו קודם שיזימו אותם בפניהם אין כאן עדות שהרי הכחישו זו את זו עכ"ל מלשון זה הוכיח הרלב"ח דשני העדיות שוין ושתיהן מוכחשות ודלא כריב"ש דסובר דהזמה

שלא בפניהם דהוי הכחשה ובטל עדות הראשונים ובמרי"ט דוחה ראיה הזאת וכ' ומ"ש הרמב"ם לפיכך אין כאן עדות לענין תשלומין קאמר דלא מחייבי יורשים ליתן שהרי הכחישו זו את זו וחדוש הוא שחדשה תורה דוקא בפניהם ותמה בקונטרס הגאון ר' חיים יונה תאומים ז"ל וז"ל ואני תמה היאך עלה כו' לומר כן שאם לפטור את היורשים מן התשלומין הוא בא לאיזה צורך כתב ואין כאן עדות שהרי הכחישו זו את זו והרי כתב למטה חיוב עדים זוממין לשלם קנס הוא ולפיכך אין משלמין על פי עצמן כו' וכיון שכן הדבר פשוט שאם מתו קודם לכן היורשים פטורים מלשלם שהרי מורישיהן עדיין לא נתחייבו ועוד מאי איריא מתו קודם שהוזמו בפניהן אפילו מתו אחר כך קודם שחייבום ב"ד נמי לא משלמי יורשים עיי"ש עוד:

ואני תמה דמה דפשיטא ליה דאם מתו קודם שחייבום ב"ד דלא משלמי יורשים יש להוכיח להיפך מירושלמי כתובות מובא בתוס' ריש פרק אלו נערות ובש"מ שם ביתר ביאור בהא דקתני במתניתין הבא על בתו פטור מקנס משום דקים לי' בדרבה מיניה תיפוק לי' דקנסה לאביה ומוקי בירושלמי כשבא עליה עד שלא מת ומת. וע"כ איירי דקבלו הב"ד עדותן של העדים בחיי האב בפניו דאם לא כן הא אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וע"כ דקבלו עדותו בחיו בפניו רק דמת קודם דחייבו הב"ד ואף דכבר גבו הב"ד וקבלו העדים מ"מ ליכא חיוב קנס עד שיחייבו הב"ד ואף דל"ש תו דלמא מודה ומפטר מ"מ ליכא חיוב עד שיחייבו ב"ד ועיין רש"י ותוס' ב"ק (דף ע"ד) ואם כן מ"מ יקשה הא כיון דכל זמן דלא חייבו הב"ד ליכא חיוב אם כן כשמת האב ונעשה חפשי ממצות למי יחייבו הב"ד. וע"כ דהירושלמי סובר דעכ"פ כשחייבו הב"ד נתחייב למפרע כמו"ש רמב"ן גיטין (דף מ"ב) ובש"מ ב"ק (דף ל"ג) ומ"מ כל זמן שלא נגמר הדין לא זכה האב בהקנס דבכל קנס דבת דהוא לאביה החיוב הוא לבתה וכשזכתה הבת זכה האב מבתה ואם כן כשמת האב מקודם אי לאו דפטור האב מטעם דקים ליה בדרבה מיניה היו הב"ד מחייבין והי' גומרין הדין ולחייב הנכסים לשלם להבת ובש"מ ב"ק שם הקשה לשיטת רמב"ן אמאי בלא הספיק האב לעמוד בדין עד שמת קנסה לעצמה הא אחר העמדה בדין נתחייב למפרע וכבר זכה האב בחיו וחייב כיון דאם לא יזכה בשעת העמדה לא יזכה רק אם יזכה למפרע אינו זוכה אבל באם אף אם לא יזכה למפרע יזכה מאז ממילא זוכה למפרע עיי"ש. וה"נ אי לאו דקם ליה בדרבה מיניה כיון דלא הספיקו הב"ד לחייבו בחיו רק עד אחר שמת ואז לית ליה זכיה אינו זוכה בקנסה והבת זכתה למפרע והיו חייבין היורשים לשלם. א"כ מבואר דאם נתקבלו העדים בחיו ולא נגמר הדין גומרין הב"ד הדין אחר מיתתן ונתחייבו היורשים לשלם:

אך קשה הא כמו דקבלות עדות בעינן בפניו כן הגמר דין בעינן בפניו דוקא כמש"כ בתשובת הרשב"א המובא בב"י (סי' שפ"ח) ובקנס ל"מ שום אונס ועיין רמ"א (סי' ת"ח) וברשב"א שם וצריך לומר כיון דעכ"פ ליכא נ"מ אם לחייבו כיון שכבר מת רק שאם יהיה גמר דין יהיה חייב למפרע ויתחייבו היורשים לשלם לא איכפ' לן אם הגמ"ד שלא בפניו. ובאמת מה שכ' הרשב"א שם הטעם דבעי הגמ"ד בפניו דאלו הוי הכא הוי טוען וקשה הא מבואר מס' סנהדרין ברוצח שנתערב דאין גומרין הדין אף דשם הוי בפניו רק הב"ד אין מכירין אותו וצריך לדחוק דמ"מ כיון דלא ניכר לפני הב"ד והוא אינו רוצה להכיר את עצמו חשיב יותר כשלא בפניו יהיה איך שיהיה עכ"פ מבואר בירושלמי הנז' דאם איתזמו העדים בחייה' בפניהם רק דלא נגמר הדין ומתו גומרין אחר כך ונתחייבו היורשי' לשלם דמה לי קנסא דאנוסה או קנסא דעדים זוממין וצ"ע על הגאון הנז':

דיני הלואה

סימן א

כתב בהג"א פ' ז"ב הא דמהני קנין בהודאה היינו שקנו מידו שיתן חובו עד ז"פ אבל אם אמר סתם הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול הקנין הואיל ולא מקנה לו עתה שום דבר. ובבדה"ב משיג ע"ז שכיון שנוטל קנין על שיעבוד שמקנה לו נכסיו לשעבוד למה לא מהני. ולכאורה יש לומר דסבירא ליה לריב"ם כמו שכ' תוס' ב"מ (דף י"א) דשאלה ושכירות אינה נקנית בחליפין ובקצוה"ח (סי' קצ"ה) הקשה מהא דמס' קידושין (דף ח') דצריך קרא בע"ע למעט חליפין ועיי"ש בדבריו ליישב דברי רמב"ם דמסברא אינו נקנה בחליפין כיון דהוא דבר החוזר וכיון דאינו נקנה בחליפין ממילא אינו יוצא בחליפין כמו שכ' הריטב"א קידושין (דף י"ד) דבמה דנקנה יוצא ודבריו מוקשים דהריטב"א כתב זאת רק לס"ד כמבואר להמעיין שם וגם בעיקר דבריו דעבד עברי הוי דבר החוזר לא אתי שפיר למ"ש הרמב"ן והריטב"א דכל מה דעבד עברי גופו קנוי הוא משום דרבו מוסר לו שפחה כנענית להוליד לו בני' ואף במוכר עצמו ברצונו מותר אם כן זה ל"ה דרב החוזר כיון דקונה מזרע שלו להוליד בנים ואף דמעמלה"ח סבירא ליה לתוס' גם כן דאינו נקנה בחליפין זה דוקא היכא דאין לו שום תועלת ותשמיש מן הקנין כמו שם בעובדא דר"ג וזקנים שהיו באים בספינה דר' יהושע היה עמו בספינה ואין לו שום תועלת מהמקום המושכר לו כי ב"ב אינם יודעים מן הקנין לכך אם הי' מקנה לו בחליפין שהוא קנין גרוע לא מהני אבל היכא דיש תועלת מפירות מהני גם כן קנין סודר ומיושב בזה קושית הקצוה"ח שם מזמן שהיובל נוהג. עכ"פ בדבר

דלא יש אף זכות ואכילת פירות סבירא להו לתוס' דלא מהני קנין סודר אם כן יש לומר באם משעבד נכסיו על חובו דלא יש לו עכשיו שום זכות והוי רק קנין לחצאין כמו שכ' הריטב"א ואף דמהני מה"ת הוא דוקא היכא דנגרר ביחד עם חיוב הגוף בשעת הלואה אבל אם כבר נתחייב בהחוב ואינו מוסיף אחר כך חיוב הגוף רק שעבוד נכסים יש לומר דסבירא ליה לריב"ם דלא מהני קנין סודר דאינו מקנה לו עתה שום דבר דאינו מתחייב בזה בקנין ואף דמשעבדו עכשיו הנכסים סבירא ליה דלא מהני. ועיין מה שכ' בהגהה בדברי חיים דיני מכירה (סוף סי' מ"ג) להקשות מש"ס עירובין (דף מ"ט) דאם עירב משום קנין יכול לקנות בסודר ושם גרע עוד משכירות כמובן והארכתי בזה במ"א ומ"מ יש מקום לומר בדעת הגה"א דסבירא ליה דשעבוד גרע יותר אולם מדברי כל הפוסקים נראה דשעבוד עדיף ומהני קנין סודר אף שלא בשעת חיוב הגוף. והב"ח כתב דגם לזה אין צריך קנין דאף במלוה על פה נכסים משועבדים דקיי"ל שעבודא דאורייתא ובתומים השיג עליו דמכל מקום כיון דעכשיו הפקיעו חז"ל שעבוד למלוה על פה ואינו גובה ממשעבדי פקע שעבודא ובקנין חוזר וניעור בשיעבוד של תורה לחול. ויש להבין בדברי ב"י דכתב (סי' ל"ט אות ח"י) דברי תשובת הרא"ש דאף אם קנו מידו על שטר מכר שלא יוכל למחות יכול לחזור דאין כאן שעבוד נכסים שכבר נשתעבדו נכסיו משעת מכירה וכתב הב"י ומשמע דהוא הדין לשטר הלואה שכבר נשתעבדו נכסיו משעת הלואה ואמאי הא אף בהלוה בפני עדים דאף אם ש"ד מ"מ אחרי שהפקיעו חז"ל להשיעבוד של תורה אינו חל רק ע"י קנין ובאמת בתשובת רא"ש (כלל ס"ו) לא כ' רק דקנין לכתוב שטר הוי קנין דברים ולא נתפס בקנין דאין זה שעבוד נכסים דאם מתנ' הוא אין משועבד לו נכסים בשטר ואם מכר הוא כבר נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אבל בשטר הלואה יש לומר דמהני הקנין שיחול על ידי זה השעבוד נכסים רק דיש לומר אף אם קנו מידו לכתוב שטר יכול למחות דעל השטר אינו חל הקנין ובאמת גובה ממשעבדי על ידי הקנין אבל הב"י דכ' דכבר נשתעבדו נכסיו משעת הלואה אינו מובן כל צורך:

ויש לומר בכוונת הב"ח דסובר אף דהפקיעו חז"ל השיעבוד נכסי לגבי לקוחות מ"מ כל זמן שלא מכר הנכסים לגבי לוה נשאר השיעבוד על הנכסים אם שיעבודא דאורייתא וכמו שכן דעת כמה פוסקים דלכך מלוה על פה מוקדם ומלוה בשטר מאוחר מלוה על פה קודם הואיל דשיעבודא דאורייתא והיינו כל זמן שלא מכר הלוה הנכסים לא נפקע השיעבוד של תורה ואם כן הקנין על השטר אינו מוסיף עליו שום שיעבוד רק דעל ידי השטר יש קול ויכול לטרוף אף מן הלקוחות ולא נפקע השיעבוד על ידי קנית

הלקוחות ושפיר כתב הב"ח בדעת הגה"א דלא הוי רק קנין דברים אולם להסוברי' דעכשיו שהפקיעו חז"ל דלא יגבה ממשעבדי אף המלוה בפני עדים כיון דלא כתב שטר לית ליה קלא שוב הוי גם לגבי לוה כלא חל השעבוד וכמו שכ' תוס' ב"מ (דף ד') דבמלוה על פה כיון שהפקיעו חכמים השיעבוד הוי כמחל השעבוד ושפיר חל השעבוד על ידי הקנין והיינו טעמא דהסוברים דבמלוה על פה ליכא דין קדימה ועיין ש"ך (סי' ק"ד ס"ק י"ז) ועיין מה שכ' בס' דברי משפט ובס' דברי חיים מאמ"ו ז"ל להוכיח כן מדברי תוס' כתובות (דף פ"ו):

ובנה"מ כ' דאף דקיי"ל אחריות ט"ס ואף בלא הותנה היינו משום דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל אם כבר הלוה בלא שטר וקנין ואחר כך בא הלוה והודה בקנין שחייב לו מכבר לא שייך בהודאה לומר אחריות טעות סופר. וי"ל למה שכ' הטו"זלהקשות דלמ"ד ש"ד לא נצרך לאחריות טעות סופר דהא אף מלוה על פה היה מן הדין לגבות מן משעבדי רק מתקנה ובשטר דליכא תקנה ממילא גובה מלקוחות וכתב דסד"א דבלא כתיב בפירוש אחריות ליכא קלא לכך אמרינן דלא כן הוא רק טעות סופר ואם כן אף בהלוה מכבר מלוה על פה מ"מ כשהודה בפני עדים ובקנין ואחר כך כתב שטר כיון דאיכא קלא טורף ממשעבדי ואף אם נאמר דעכשיו כיון דמלוה על פה אינו גובה ממשעבדי אף מניה דידיה לא גבה מטעם שיעבוד וכמו שכתבתי לעיל מ"מ כבר הוכחתי במקום אחר דהשטר לאו שטר קנין הוא רק שטר ראיה ואף בלא שטר גובה כיון דאית ליה קלא וראיה לזה מהא דכתבו תוס' גיטין (דף ך') ד"ה וכותב דשטר הלואה אינו אלא לראיה ואפילו מלוה על פה היה גובה ממשעבדי אי לאו משום קול וכן כתוב שם ברשב"א ור"ן דמדיהיב זוזי משתעבד ואף מלוה על פה היה גובה מנכסים משועבדים אלא משום דלית ליה קלא דמאן דיזיף בצנעה יזיף וכיון דאיכא שטרא הא איכא קלא אע"ג דליתא שטר מקנה עיי"ש ולכאור' הא אביי אמר שם ת"ש ואביי סובר שעבודא ל"ד אם כן עיקר השעבוד נעשה על ידי שטר ובעי ספר המקנה ודומה לגט אלא ודאי דסברו תוס' והראשונים דאף אם שעבל"ד מ"מ כשתקנו שיחול השעבוד אם כותב השטר חל השעבוד על ידי כסף הואיל דיש לו קול ובספר הפלאה ר"פ הנושא כתב דתוס' גיטין (דף כ') קאי אליבא דמ"ד שעבודא דאורייתי' אבל למאן דסובר של"ד עיקר השעבו' על ידי השטר ושוב כתב אף אם שעבוד דאורייתא מ"מ הא אף בקנין קרקע במקום שכותבין שטר לא סמכה דעתיה ואינו נקנה עד שיכתוב השטר כ"ש בהלואה לא סמכה דעתיה בשיעבוד הנכסים עד שיכתוב את השטר עיי"ש ולא נראה כן ואף בשטר מכר אינו צריך רק לשטר ראיה מטעם דלא סמכה דעתו וכשבא השטר לידו קנה למפרע כמבואר בר"ן פ"א דקידושין והכא

נמי לענין שיעבוד אינו צריך רק להשטר שיהיה לו קול והשעבוד נקנה למפרע ומה שהוכיח שם מהא דסברו בש"ע (סי' ס"ו ס"ד) דשטר ראיה אינו נקנה בכומ"ס מוכרח דאף אי שעבוד דאורייתא עיקר השיעבוד היא בשטר כבר כתב שם בקצוה"ח דעל ידי השטר נתוסף השיעבוד ואף דהנתיבות שם גמגם בזה מה זה שחל שעבוד על שעבוד יש לומר דלזה עצמו נתוסף השעבוד מכח השטר שיהיה בידו למכור שעל ידי התוס' שיעבוד נתפס במכירה וראיה לזה מן כתובה דאף במקום שכותבין כתובה מ"מ הא אף בלא כתובה נשתעבד כבר בתנאי ב"ד ובכ"ז נתוסף השעבוד על ידי כתיבת הכתובה ויכולה למכור כמו דמבוא' בש"ס ב"ק ויש בזה אריכות דברים ואכ"מ. וכן יש להוכיח מדברי רא"ש גיטין (דף י') דכתב דשטרי מו"מ והלואות בערכאות של עכו"מ כשרים ואפילו לגבות ממשעבדי דכיון דנעשה בערכאות אית ליה קלא ואפילו לר"א בלא עדי מסירה דלא מצריך ר"א עדי מסירה אלא בשטר קנין או בג"נ אבל שטרות שאינם אלא לראיה בעלמא לא בעינן עדי מסירה ושטר מתנה כו' חספא בעלמא הוא ובש"ך ושאר אחרונים פלפלו הרבה בדעת הרא"ש אם פוסק שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא ואם סובר שעבודא לאו דאורייתא אמאי כשר שטר הלואה בערכאו' הא השטר עושה הקנין והשיעבוד ודומה לשטר מתנ' אלא ודאי אף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ כיון שתקנו חז"ל כשמלוה בשטר שיחול השיעבוד לטרוף אף מלקוחות הואיל דיש לו קול עיקר הקנין נעשה על ידי כסף וכן אף אם לוה כבר ולא חל השעבוד מ"מ אם קנו מידו אח"כ ממילא אשתעבדו נכסיו כיון דיש לו קול ועיין או"ת (סי' קט"ז ס"ק ד') דכ' כן דאף אם של"ד מ"מ מדרבנן היכא דאית ליה קלא גובה ממילא מן משעבדי אך רק בהלואה בשטר ולא בעל פה עיי"ש אבל אם כתב אח"כ שטר ובקנין ממילא אשתעבדו נכסיו אף דאינו מפורש האחריות ועיין מה שכ' בהגהותי לדברי חיים דיני מכירה (סי' ל"ה) ועכ"פ נראה דאף אחר הלואה ג"כ אחריות ט"ס אם אח"כ משעבד בקנין וכנ"ל ועוד יש לומר דהקנין לאטפוי אתי על אחריות דלענין הודאה היה סגי באומר אתם עדים וכיון דקבל בק"ס ודאי אתי לשעבד הנכסים:

ובספר שער משפט חקר במחייב א"ע במתנה בשטר בדבר שאינו חייב אם בכה"ג אמרינן אחריות טעות סופר וכ' דאם שעבודא דאורייתא אף שידוע שלא הותנה כלל באחריות מ"מ כיון דאית ליה קלא על ידי עדים ושטר ממילא גבי ממשעבדי כדין תורה דאף מלוה על פה הי' גובה רק מטעם פסידא דלקוחות הואיל דלית ליה קלא אבל באית ליה קלא חל ממילא השיעבוד על כל נכסיו והביא דברי טו"ז הנ"ל וכ' הא דאמר רבא אחריות ט"ס בין בהלואה בין בשטרי מכר הוא משום דבשטרי מכר לא שייך שעבודא

דאורייתא וכמו"ש הש"ך (סי' קט"ז) מה שאין כן שטרי חיוב כיון דגוף החיוב מועיל לחייב את עצמו בשטר אף בדבר שא"ח ממילא דמי שיעבודא על כל נכסיו אף בלא תנאי כיון דאית ליה קלא אלו דבריו. והם תמוהין אם מסכים לדברי הש"ך דבשטרי מכר לא שייך שע"ד אם כן גם בשטרי חיוב נאמר דלא שייך לומר שעבודא דאורייתא דרק בהלואה כ' הש"ך שם מטעם דעבד לוה לאיש מלוה שייך לומר שיעבודא דאורייתא ולא בשטר מכר אם כן חיוב במתנה בעלמא לא עדיף מזה ואינו דומה לנזקין ופדיון הבן דהם מלוה הכתובה בתורה ומשתעבד מן התורה מה שאין כן במה שחייב את עצמו ודאי דלא שייך לומר עבד לוה לאיש מלוה אך באמת דברי הש"ך שם עיקר כוונתו שם על קושית הג"ת בדעת בעה"ת דמוכר שדהו בעדים לא אמרינן ביה אחריות טעות סופר עד דפירש האחריות ועל זה הקשה הג"ת הא בלא"ה שעבוד' דאוריית' ועל זה מתרץ דרק היכא דנתחייב הוי עבד לוה ונשתעבד הגוף לשלם ממילא אשתעבדו הנכסים אם מטעם מצוה אם מטעם דנכסי' דבר נש אינון ערבין ביה אבל במוכר אם אחריות לאו ט"ס היינו דלא אשתעבד כלל וכן מבואר שם בתומים. ובס' שעה"מ הל' מלוה הקשה אם נאמר דבמלוה הבא מחמת מכר לא אמרינן ביה שעבודא דאורייתא מקושית תוס' דהיכי משכחת שבועת מודה במקצת אי שעבודא דאורייתא הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות הא משכחת במלוה הבא מחמת מכר א"ו דבכל גוונא שעבוד' דאורייתא ויש לדחות דתוס' חדא מנייהו נקט במחל השעבוד וכמה גוונא משכחת וכנראה קטן שהלוה וכשהוא גדול תובע והלוה הודה במקצת דחייב שבועה בזה אין קנין לקטן ולא קנה השעבוד נכסי' בכסף שהלוה דאין קנין לקטן לזכות בהשעבוד נכסים ואף אם בדעת אחרת מקנה קונה הקטן מן התורה היינו בדבר הבא לידו ורשותו ולא בשעבוד נכסים כמבואר בר"ן גיטין פרק התקבל וש"ע (סי' רל"ה ורמ"ג) ואחר שהגדיל לא זכה גם כן בהשעבוד כמו בדאקנה דלא חל אחר כך השעבוד מן התורה כיון דלא חל בשעה שלקח המעות וכמו שביאר הקצוה"ח (סי' ק"ד ס"ק ט') עיי"ש וה"נ דכוותי' ועוד משכחת כמה גווני אכ"מ. אולם כבר כתבתי דנראה דבכל מקום שייך שעבודא דאורייתא אם זוכה בהחיוב מהיכא תיתי נאמר דלא אשתעבדו נכסיו ואם כן יש לומר דגם במחייב בדבר שאינו חייב אף דלא שייך לומר לא שדי אינש זוזי בכדי מ"מ ממילא אשתעבדו הנכסים וכיון דיש לו קול גובה מנכסים משועבדים:

אך יש לומר דהא כל החיובים המועילים כמו חייב אני לך מנה בשטר אם לא הוי קנין כלל לא מהני מד"ת וכמבואר בתוס' ר"פ הנושא משם ר"ת וכן נראה מדברי רש"י שם (דף ק"ב ע"ב) דכתב ערב שעבודא דאורייתא אבל פלוני חייב ליכא שעבוד' דאוריי' ומבואר

דלרל"ק אף דסובר שעבודא דאורייתא מ"מ בחיוב ליכא שיעבוד מן התורה וכן לר' יוחנן דחייב אני לך מנה בשטר מהני הוא רק מדרבנן אבל מן התורה ליכא שיעבוד וכמבואר שם בתוס' וכיון דכל החיוב דמהני הוא מדרבנן י"ל דלא חל שיעבוד נכסים עד דמפרש ואף דיש לומר מ"מ כיון דמדרבנן חל החיוב על הגוף שוב ממילא נשתעבדו נכסיו וכיון דאית ליה קלא יגבה מלקוחות י"ל דלא תקנו רבנן רק דיהני החיוב הואיל דגמר ומקנה אבל לא שישתעבדו נכסיו לזה עד דמפרש להדיא. ועיין תומים (סי' קי"ט ס"ק ב') דכתב כן היכא דעיקר החיוב הוא מדרבנן לא שייך לומר שיעבודא דאורייתא והיכא דלא שייך שעבודא דאורייתא לא אמרינן קלא אית ליה עיי"ש וה"נ כיון דלא שייך בהודאה לחיוב שעבודא דאורייתא כיון דעיקר החיוב הוא רק מדרבנן לא שייך לומר אחריו' ט"ס ולא משתעבדו הנכסים עד דמפרש בשטר ועיין ספר הפלאה כתובות (דף פ"ד) במתניתין דכתב כיון דשעבודא דאורייתא נפקא מקרא והאיש אשר אתה נושה כו' משמע דוקא כשהלוה לו אבל לא כשנתחייב מעצמו עיי"ש דמשמע מדבריו אף אם החיוב הוא מן התורה וזה כמו שכ' הש"ך (סי' קט"ז) הנ"ל. הן אמת דדברי התומי' שם צ"ע דמה נ"מ לענין שעבוד אם החיוב תשלומין הוא מן התור' או מדרבנן סוף סוף כיון דחייב לשלם מדרבנן ממילא אשתעבדו נכסיו ומה שכ' להוכיח כן מגמרא סוף ב"ב אם הכונה ממה דהק' הש"ס לרבה דגבה קרקע יש לו על כרחך דסובר שעבודא דאוריית' שם ענין אחר דאי שעבודא לאו דאורייתא אף דמשתעבד מדרבנן לא הוי כמוחזק אף דודאי אם קנה האב דבר בקנין דרבנן ודאי נוטל הבכור מזה שני חלקים מ"מ סברו הש"ס לענין שיעבוד לא חשיב כמוחזק אם אינו מן התורה אבל להיפך אם שעבודא דאורייתא למה יגרע חיוב דרבנן שלא יחול השעבוד במקום דאית ליה קלא:

ומ"ש להוכיח מתוס' ב"ק (די"ד ע"ב) ד"ה ש"מ גם כן אינו הוכחה דשם כ' תוס' משם ר"ת דאי שעבודא לאו דאורייתא בנזקין אף דיש לו קול נמי לא גבי דדוקא במלוה בשטר תקנו רבנן דלגבי ממשעבדי משום נעילת דלת. אבל אי שעבודא דאורייתא לעולם יש לומר דגם חוב שהוא מדרבנן גם כן גובה מלקוחו' במקום דאיכא קלא וכתובה יוכיח במקום דאין כותבין כתובה וגובה מתנאי ב"ד אף אי כתובה לא הוי מן התורה רק מדרבנן ואף אם קנו מיד הבעל מ"מ לא התחייב ביותר מאשר חייבוהו חכז"ל כמבואר בדרישה ובב"ח (סי' צ"ז) ויבואר לקמן אף אם כותב לה שטר כתובה לא מוסיף החיוב מדעתו שנאמר שיהי' חייב מן התורה אף אם נאמר דחיוב מהני מן התורה מ"מ כיון שמוכרח להתחייב מכח תקנת חז"ל הוי כתלוי ויהיב ולא נתוסף שום חיוב מן התורה ובכל זאת ודאי גובה ממשועבדים כמבואר מכמה מקומות בש"ס ובפוסקים הרי דאף חיוב מדרבנן

מהני שיגבה ממשעבדי הואיל דאית לי' קלא ולמה בניזקין שחייב מדרבנן לא יגבה ממשעבדי אם אית ליה קלא וצריך לדחוק בדבריו שם דכוונתו דוקא לענין נזקין דלא הוי קול גמור כמו שכ' מדברי רשב"א ב"ק שם לחלק בין קלא לקלא בזה אם החיוב מדאורייתא סגי בקול כל דהוא אבל אם החיוב של תשלומין הוא רק מדרבנן כמו בגרמי כמו שכתב שם בתומים בזה לא סגי בקלא כל דהוא רק צריך לקול גמור ודוחק הוא להמעיין בתומים שם.

ומה שהביא הש"מ מדברי הרא"ש פ' נערה שתמה על הגאונים והרמב"ם דסברו בכתב כתובה לארוסה דאינה גובה רק מב"ח ול"א אחריות טעות סופר דמאי שנא מכל שטרות הנה אנן אין לנו אלא דברי הש"ע שסתם באה"ע (סי' נ"ה ס"ו) דאינו גובה רק מבני חורין אף דכנראה המחבר סתם ופסק שעבודא דאורייתא אלא ודאי מטעם דהוי כמתנה וכמו כן שטר חיוב. ואדרבא יש מקום לומר בכותב כתובה לארוסה דהא משמע אם כנסה ואחר כך מת או גירשה אז טרפה אף ממשעבדי וכמו שמוכח מלשון הש"ע שם שכ' וא"ג תוספת כלל הואיל ולא כנסה משמע אם כנסה גובה אף ממשעבדי ואם כן יש לומר דבזה אף מן האירוסין יש לומר דכוונתו היה על אחריות דאם לא כן כיצד יחול אחר כך השעבוד לטרוף ממשעבדי ובכ"ז אם לא כנסה לא אמרינן אחריות ט"ס כן יש לומר גם כן במחייב את עצמו דלא אמרינן אחריות טעות סופר. וראיתי למי שכתב מדברי תוס' ב"ב (דף קע"ה ע"א) היכא דאין עדים על הלואה רק הלוה מודה לכ"ע שעבודא דרבנן. ול"נ רק באמת אם הלוה מודה דחייב בפני ב"ד אשתעבדו נכסיו דמה לי שהלוהו או שהודה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ומן אז והלאה גובה אף מן משועבדים כמו דמבואר מדברי חידושי ר"ן בש"מ ב"מ (דף י"ז) רק כוונת תוס' לענין אחר דכ' לתרץ על הא דק"ל מוב"מ דחייב שבועה היכא משכחת הא הוי כפירת שעבוד קרקעות ט"ז כתבו דהא דשעבודא דאורייתא היינו עפ"י עדים אבל על פי עצמו לא היינו כיון דא"י לטרוף מלקוחות דיאמרו שמא פרעו א"ח ש"ק וכסברת רמב"ן המובא ברא"ש מס' שבועות (דף ל"ז) דאף בתובע שחייב לו בשטר ואבד השטר והודה לו במקצת ל"ח ש"ק כיון דאינו יכול לטרוף על ידי הודאתו מלקוחות ה"נ מד"ת אף בהודה במקצת מ"מ כיון דאינו נאמן לגבי לקוחות לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות אבל לעולם משעת הודאה ואילך חשיב ש"ק אף דלא היה עדים על הלואה וז"פ שוב ראיתי בתומים (סי' מ' סק"א) דכתב גם כן מדברי תוס' ב"ב הנז' דבהלואה בלא עדים לא אלימ' מילתא ולא משוי שעבוד נכסים ולענ"ד כמ"ש:

סימן ב

אם שעבודא דאורייתא יש בזה כמה שיטות וסברות דנ"מ לדינא הרשב"ם ב"ב פירש מקרא דיוציא העבוט וה"ה למקרקע ומבואר דאף מטלטלין בכלל שעבודא ומאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא קרא במשכנו שלא בשעת הלואתו ועיין שם בתוס' מה דהקשו ע"ז. וכנראה דעת רשב"ם דמאן דסובר שעבוד' דאורייתא לא מצד הסברא הוא דמצד הסברא אף דגופו נשתעבד לפרוע חיובו מ"מ על נכסיו אין לו שום דבר ובאיזה קנין ישתעבדו לו הנכסים ואף אם הלוה ממון וכסף קונה היינו כשקנה הדבר לחלוטין ולצמיתות אבל שעבוד הוא קנין לחצאין ולא חייל אנכסי וכמ"ש הריטב"א קידושין (דף י"ג) ולכך הביא ראיה דהתור' שעבד' הנכסים אף לחצאין שישתעבדו לשלם החוב מדכ' יוציא אליך העבוט ויש לו בו קנין משכון דקונה מדרי"צ ואף דשם ליתא קנין משכון בקרקע רק במטלטלין היינו בזה לא קרינן כו' ולך תהיה צדקה ואינו קונה בקנין משכון אבל מ"מ בכלל שעבוד נכסים הה"ד קרקע כיון דחזינן דמהני הקנין אף לחצאין ומאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא סובר דבאמת לא חל הקנין לחצאין וקרא במשכנו שלא בשעת הלואה והיינו כמו שכ' הרמב"ן מלחמות פ' כל שעה ובחידושיו לקידושין (דף ח') דקנין משכון הוא שיהיה למפרע גובה אם גובה אחר כך מהמשכון כיון דחל הקנין על דבר פרטי חל לענין זה שאחר כך כשיגבה מן המשכון אם לא פרעו והחליטו הב"ד אמרינן ביה למפרע גובה ואי זבין מלוה משעה שהרהיני שפיר זבין ועיין ריטב"א קידושין שם ובריב"ש (סי' שצ"ו) ובזה חל השעבוד גם כן דרך כלל על הדבר הזה הואיל דקנינו ושעבודו ממשיך לזה שאם יגבה מזה יהיה למפרע שלו. אבל שישתעבדו כל נכסיו בכלל רק לגבות מהם אין הקנאה לחצאין הואיל דמכאן ולהבא גובה רק חכמים תקנו מפני נעילת דלת שיחול השעבוד ובמקום אחר כתבתי דזה טעמו של אביי דסובר פסחים (דף ל"א) דלמפרע גובה היינו משום דסובר שעבודא לאו דאורייתא רק מדרבנן ולכך סובר דלא מצינו בזה שעשאו חכמים שאינו זוכה כזוכה וכיון דמדאורייתא לא חל השעבוד משום דאין קנין לחצאין כיצד יועיל מדרבנן ולעשות שאינו זוכה כזוכה לכך סובר דתקנו שיהיה למפרע גובה והוי קנין המועיל מה"ת ורבא סובר אף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ תקנו חכמים שיחול קנין השעבוד והארכתי בזה שם אכ"מ:

ובפנ"י קידושין שם כתב כשיטת הפוסקים ורש"י שם דבשעבוד בפירוש אף לרו"ש מהני מן התורה דקרקע נקנה בשטר ואף שאין מקנה לו גוף הקרקע רק לשעבוד בעלמא הא קיי"ל בעל חוב קונה משכון ואפילו בשעת הלואתו לענין שעבוד שבו שאינו נעש' מטלטלין אצל בניו וה"נ שעבוד קרקע על ידי שטר ולמה שכ' שאני קנין משכון דהוא

לענין שיעבוד דבר פרטי ויהיה הדין למפרע גוב' אם יחליטו לו הב"ד הוי כקנין הגוף וגם אדרבה הא במשכון גלי התורה דוקא במטלטלין ולא בקרקע. אלא ודאי דקנין משכון הוא ענין אחר ומהאי טעמא אתי שפיר הא דאמר ר"מ ב"מ (דף קט"ו) מאחר שמחזירין למה חוזרין וממשכנין של"ת שביעית משמטתו ולא יעשה מטלטלין אצל בניו וקאי על דין תורה אף אם סובר שעבודא לאו דאורייתא או אף אם מן התורה מ"מ מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב מ"מ משכון הוא קנין אחר שיהיה בזה למפרע גובה. [ומה שכ' שם הפנ"י דאף אם שעבד בפירוש לא הוי מן התורה רק מדרבנן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ולא טרף מן הלקוחות דאפשר שלא הקנה לו השעבוד בשטר מעכשיו אלא מכאן ולהבא בשעת גוביינא מ"מ לענין לגבות מיתומים אין לחלק דאפילו אי מכאן ולהבא שיעבד לו כשלא יגבה חובו אפ"ה שפיר גבה מיתמי כששיעבד לו בפירוש. אינו מובן כלל דאם לא הקנה מעכשיו כשמת שוב אין חל השיעבוד כמובן דאף אם מקנה דבר לחלוטין ולצמיתות אין קנין לאחר מיתה ואם לא נאמר למפרע גובה במה יחול השיעבוד בפירש מכאן ולהבא כשלא יגבה חובו הא אין קנין לאחר מיתה]:

והנה לדברי רשב"ם כתב הרמ"ה ב"ב שם דעולא סובר דמד"ת גובה אף ממטלטלין שמכר ומיתמי כיון דקרא במטלטלי קאי ומלקוחות אינו גובה מדרבנן אבל מיתמי גבה וסבר כר"מ דמטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה וכ"ש לבע"ח [וזה דלא כמו שכתבו תוס' כתובות (דף פ"א ע"ב) דבמלוה מודה ר"מ דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וכן כתב הרמב"ן בתשובה (סי' ס"ט)] אבל לא קיי"ל כן וכתב שם דר"פ סובר שעבודא דאורייתא והא דאמר שלא תנעול דלת היינו אוקמוהו רבנן אדאורייתא ולא עבדו תקנתא ליורשים ור"פ אית ליה שעבודא דאורייתא מדין ערב אית ליה דנכסוהי דאינש אינון ערבין ביה ודוקא בקרקע דסמכא דעתי' עלייהו דלא יכול לאברוחינהו מיניה ומטלטלין דלא סמכא דעתו עלייהו ליכא לשיעבודא מדין ערב דהוי כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד שלא בקנין שלא על אמונתו הלוהו מבואר דסוב' דמדאורייתא לא משתעבדי מטלטלין ולא נכנסו בכלל השעבוד דכל ענין השעבוד הוא מטעם ערב. וכן מבואר דעת הטור (סי' ק"ז) דמדאורייתא אינו גובה ממטלטלי דיתמי וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פי"א) ממלוה וז"ל הבא ליפרע מן היורש לא יפרע מן המטלטלין כו' שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בעל חוב מן התורה ואף דלעיל (ה"ד) שם כ' שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה כבר כ' שם המבי"ט בס' קרית ספר דשעבוד לא חייל אלא אקרקע דאית ביה אחריות כפשטיה דירושלמי פ' הנזקין מיטב שדהו פרט למטלטלין עיין שם עוד. ובקצוה"ח כתוב לתרץ קושית הש"ך על הרא"ש דפוסק שעבודא דאורייתא

ואעפי"כ כתב דאינו גובה מעבדים מיתומי' וכ' הטעם על פי דברי רשב"א סוף קידושין דכתב דמדין תורה מטלטלין נמי משתעבדי והא דלא גבה ממטלטלי דיתמי אינו תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתייהו אמטלטלין ולכך הוי מילי דרבנן ועבדי כמטלטלין ודבריו תמוהין הא להדיא מבואר בדברי הטור דמדאורייתא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ובלי ספק לא יסתור דעת אביו הרא"ש ז"ל ולא מצינו מי שיסבור דמדין תורה מטלטלי דיתמי משתעבדי:

וגם בדברי הרשב"א אף דהקצוה"ח וכן בתומים פירשו דבריו דמדין תורה מטלטלי דיתמי משתעבדי. בעניי לא נראה כן והעד לזה דהא הרשב"א ב"ק (דף י"ב) הקשה כן על הרי"ף דסובר שעבודא דאורייתא אמאי אינו גובה מעבדים וכן מה שמתרץ הקצוה"ח בזה קושית העולם בהא דאמרינן שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים היכא משכחת לה אי בדאית ליה קרקע הוי ליה כפירת שעבוד קרקעות ואי במחל השעבוד או שאין להם קרקע מטלטלי דיתמי לא משתעבדי וכ' דלדברי רשב"א לא קשה דמה"ת מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי והרי לפנינו הרשב"א בחידושיו למס' שבועות הקשה קושיא זו וכתב וז"ל וכן בטוענו מנה זה פקדון או גזילה קיימת דאי לא אפילו היה לו ביד אביו מנה מלוה או מנה גזילה שאינה קיימת מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לדינא דגמרא אלא מקרקע הוא דגבי ואם כן הוי ליה כפירת שעבוד קרקעות ואין נשבעין עכ"ל הרי דלא ניחא ליה לומר דמדאורייתא מטלטלי דיתמי משתעבדי [והא דנקט הרשב"א תרי גווני פקדון או גזילה קיימת היינו פקדון הוא למ"ד דהילך חייב וגזילה קיימת הוא אף למ"ד דהילך פטור במוב"מ מ"מ גזילה דהוי אינו ברשותו ל"ה הילך וכמו שכתב הנתיבות המשפט (סי' פ"ז) ואאזמ"ו ז"ל שם בדברי משפט]:

והא דכתב הרשב"א בקידושין דהא דלא גבי בע"ח ממטלטלי דיתמי אינו תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה אמטלטלין אין הכוונה דמדין תורה גבי אלא כוונה אחרת לו בזה דודאי גם מטלטלין נכנסו בכלל השעבוד ומניה דידיה גבי ומה"ט דעת הרשב"א דגם השתא יש דין קדימה לבע"ח מוקדם נגד מאוח' במטלטלין כמבואר (סי' ק"ד) רק דסובר דזה מניה דידיה אבל מיתומים כשמת נפקע השעבוד דשוב ליכא סמיכת דעת ע"ז כיון דיכולין להבריחן וכן מבואר להדיא בתשובת רשב"א (ח"ד סי' קנ"ב) וז"ל ולפענ"ד לגבות מן היתומים אפילו שיעבד מטלטלין בפירוש אף עפ"י שלא כתב מטלטלי אגמ"ק גובה מן הדין אפילו מן המטלטלין וכשאמרו מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח לא אמרו אלא מפני שאין דעת המלוה סומכת עליהן לאחר מיתת הלוה לפי שהיורשים שלא קבלו טובה ממנו עשוים להבריחם מה שאין בהלוה עצמו מפני

שקבל טובה ממנו ועוד שלא יקראוהו לוה רשע ולא ישלם ואפילו היה המטלטלין ביד אחרים שאי אפשר להיתומים להבריחם כההיא דפ' הכותב וא"נ איתנייהו בחיים בידי' דמלוה גופיה והוא שלא תפס מחמת חובו מחיים כמלוגא דשטרא כו' וטעמא משום דמעיקר' בשעת מלוה או בשעת כתיבת אחריות סליק נפשיה משעבודא דמטלטלי דיתמי כל שלא גילה דעתו מעיקרא שדעתו סומכת עליהן כדאמרן וכגון שרצה שישעבד לו הלוה בפירוש גובה אפילו מן היתומים ע"ש עוד באורך ומבואר מדבריו דמה"ד אינו גובה מן היתומים דתיכף כשמת נפקע השעבוד מן המטלטלין הואיל דיכולין להבריחן ולא סמיך דעתיה עליהן הואיל דלא קבלו טובה מהן ואף דמדאורייתא נפקע השעבוד אבל מניה דידיה סומך דעתיה עליו שלא יבריחן הואיל דקבל טובה ממנו וכן שלא יהיה נקרא לוה רשע ובכלל שיעבוד נכסים הוא רק אצל יתומים נפקע השעבוד. אך לשון אחד ראיתי ברשב"א העומד לנגדי ושם משמע כמו שכתב התומים והקצוה"ח בדעתו דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי הוא רק תקנת' דרבנן והוא ב"ק (דף צ"ז) שכתב וז"ל אבל למילי דרבנן כגון פרוזבול וכן לגבות מן היתומים למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ואפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא תקנו שלא לגבות מהן מן היתומי' הואיל ונידי כדרך שתקנו במטלטלין עכ"ל משמע דזה היה מצד תקנה שלא לגבות ממטלטלי דיתמי ואולי אין כוונתו מדרבנן רק קרא תקנה הואיל דחז"ל ירדו לסוף דעתן של בני אדם דלא סמכו דעתן לגבי יתמי ודברי רשב"א מס' שבועות הם לעד נאמן וכן מבוארין דבריו בתשובה שבח"ד ומה"ת נעשה מחלוקת בזה כיון שד' הרמב"ם מבוארין דמדאורייתא מטלטלין דיתמי לא משתעבדי [ויש קצת לדקדק דמ"מ יקשה על הרשב"א מאי קא קשיא ליה בהא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים הא מטלטלין לא משתעבדי מיתמי הא משכחת אף במנה מלוה וכגון שתובע מן היתומים מנה וששעבד לו בפירוש מטלטלין שגילה דעתו מעיקר' שדעתו סומכת עליהן וצ"ל דהרשב"א חדא מינייהו נקט] וכן כתב הטור (סי' ק"ז) ועיין רש"י ב"מ (דף ס"ז ע"ב) דכ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי דבעודו קיים גבי אפילו מגלימא דעל כתפיה שהרי לו הלוה מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יבא שליח ב"ד ויכנס לביתו ויטול משכנו דכ' האיש אשר אתה נושה בו ואמרינן לקמן זה שליח ב"ד [ויש להתבונן למה כ' רש"י דיכנוס לביתו וזה דלא כשמואל דאמר שליח ב"ד מנתח נתוחי אבל לביתו לא יכנוס ואכ"מ] אבל היכא דמית בהדי יתמי מאי עבידתיה דתבע הרי לא לוו ממנו ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסים מחיים מדין ערב כו' דכי אוזפי' עלייהו סמוך אבל מטלטלי אף דין ערב ליכא דלאו עלייהו סמך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן עכ"ל משמע לכאורה דאף מניה

דידיה לא נכנסו מטלטלין בכלל ערב אף דנשתעבד היינו גופיה אבל נכסים לא נשתעבדו רק קרקעות ולא מטלטלין. אולם ברש"י ב"ק (דף י"ד ע"ב) כתוב וז"ל אבל מטלטלי לא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב דאיכא למימר לאחר מיתת אביהן קנאום עכ"ל ואינו מובן אם כן היכא דידענו דנשאר מאביהן יגבה. וצריך לפרש דבריו דלכך לא סמכה דעתיה דמלוה עליהן ונקט חדא מנייהו והה"ד דיש עוד טעם דיכולין להבריחן וזה הכל ביתמי דלא סמכה דעתיה עליהן מה שאין כן לגבי לוה י"ל דמודה לדעת רשב"א דסמיך דעתיה עליו הואיל דעשה לו טובה וגם שלא יקראוהו לוה רשע עכ"פ הברור דאף לדעת רשב"א אין מטלטלי דיתמי משתעבדי מדאורייתא דלא נכנסו בכלל ערב והוי כערב שלא בשעת מתן מעות וכמו שכתב הרמ"ה דלא סמך דעתיה עליהן לגבות מיתמי ונפקע שעבודן ומניה דידיה סובר דנכנסו בכלל השעבוד. ובקושית הרשב"א והש"ך על הרי"ף והרא"ש הא דא"ג מן עבדים צריך לומר כמו"ש התומים דהם סוברים דלענין שעבוד הוו כמטלטלין דלא סמכה דעתו כמבואר רשב"ם ב"ב (דף קכ"ח) ותוס' יבמות (דף צ"ט) הואיל דיכול לשחררו וכן כתב הש"ך (סי' שס"ג) והם סוברי' דאף מני' ליכא סמיכת דעת או דעבד גרע דלפעמים היכא דעביד לי' העבד ניח נפשיה משחררו ואינו עובר בעשה למ"ש הר"ן גיטין היכא דהוא לתועלת וכדומה וזה יעשה להכניסו תחת כנפי שכינ' וליכא סמיכת דעת ובש"מ ב"ק (דף צ"ז) משם המאירי הוסיף עוד דאינו סומך דעתו על עבדים הואיל דיכול לברוח או למות ולפי"ז יש לומר דאף מניה דידיה ליכא סמיכת דעת על עבדים ולא נשתעבדו אם לא בעשאו אפותקי אבל בשאר מטלטלין סומך דעתו לגבות מהלוה וכמו שכ' דעת רשב"א הנ"ל:

ומ"מ פשט דברי הרמ"ה נראה דאף מניה דידי' מטלטלין לאו בני שעבוד נינהו ול"א בהו דאינון ערבין רק מטעם חיוב התורה לשלם מקרא והאיש אשר אתה נושה בו אולם אם שעבדן בפירוש יש לומר דמודה הרמ"ה דנכנסו בכלל ערבאין גם כן וכמו שכ' הרשב"א בתשובה שם ובח"א (סי' תקי"ד) וראיתי בתומים (סי' ק"ד) שכ' בדעת תשובה המיוחסת לרמב"ן שהביא הסמ"ע שם דיש דין קדימה במטלטלין דכוונתו היכא דפירש המטלטלין דאם מכרן אין הבעל חוב גובה על זה כתב דאם ישלם ביד הלוה יש בהם דין קדימה ונתן הטעם דהא ש"ד וכיון דפירש סמכיה דעתיה אם לא במכרן דלית להו קלא דאל"כ מאי אמר דבמטלטלין אית קדימה כ"ש ביד הלוה ול"א אלא לגבי לקוחות או שגבאן בעל חוב מאוחר וטעמא משום דל"ל קלא כדאמרינן עשה שורו אפותקי כו' אי לא איירי בפירוש מטלטלין מה זה הטעם דל"ל קלא אם כן ליגבי מיתמי דלגבי יתמי אין צריך קלא והא דלא גבי מיתמי הוא משום דלא סמכה דעתו וליכא בהו שעבוד כלל כמו

שכ' הרשב"א בסוף קידושין וא"כ במטלטלין סתמא אין הטעם משום דלית ליה קלא איך הביא ראיה מן אפותקי דשם פירש המטלטלין עיי"ש באורך ואם היה בימיו לראות התשובת רשב"א שבח"ד הנז' לא הי' אומר כן דשם ביאר הרשב"א דעתו דמניה דלוה סמכה דעתיה ונכנסין בשעבודן מטעם דעשה לו טובה ושלא יקראהו לוה רשע רק אם מכרן אינו גובה מלקוחות דלית ליה קלא והוא רק מתקנתא ומיתומים נפקע השעבוד הואיל דשוב ליכא סמיכת דעת ואם פירש לא נפקע השעבוד וז"ל שם וטעמא משום דמעיקרא בשעת מלוה או בשעת כתיבת אחריות סליק נפשיה משעבודא דמטלטלי דיתמי כל שלא גלה בדעתו שדעתו סומכת עליהן כדאמרן וכל שגילה דעתו מעיקרא שדעתו סומכת עליהן וכגון שרצה שישעבד לו הלוה בפירוש מטלטלין גובה אף מן היתומים דלגבי יתומים לא שייך תקנה משום דלית ליה קלא דכששעבדן בפירוש גלה בדעתו שדעתו לגבות מהן אפילו מיתומים דמניה דידיה לא צריך דמניה אפילו מגלימא דעל כתפיה ואפילו לא שעבדן בפירוש עכ"ל מבואר להדיא בדבריו דמניה הוא מטעם שעבוד אף בסתם דאם לא כן דלמא פירש מטלטלין שיהיה לו דין קדימה אלא ודאי דלזה לא צריך שיפרש ואף מן הסתם מניה גובה מצד שעבוד רק דפירש מהני שגלה דעתו דסמכה דעתי' ושלא יפקע השעבוד אף כשימת ויפלו המטלטלין קמי יתמי וזה נמי כוונת רשב"א שבמיוחסת לרמב"ן דעיקר מה דלא סמכה דעתיה הוא רק לגבי מטלטלי דיתמי אבל לא דלא חל השעבוד כלל רק דנפקע כנ"ל ומניה חל ורק נגד לקוחות תקנו שלא יטרוף ונגד מאוחר לא איכפת לן במה דלית לי' קלא וז"פ:

וראיתי בנתיבות שם (סי' ק"ד) שכתב לפי מה דמוכח מדברי הסמ"ע (סי' ק"ז) דאף שכתב מקרקע ומטלטלי כשלא כתב בחיי ובמותי אינו גובה מיורשין נראה דגם לענין קדימה לא מהני בלא אגב והמעיין ברשב"א יראה מבואר דלא צריך שיכתוב בחיי ובמותי רק לגלות דעתו שסומך עליהן דלזה מועיל כשמשעבד בפירוש ובאמת בסמ"ע (סי' קי"ז ס"ק ט"ז) מבואר כן להדיא לענין דין קדימה אף בעשה אפותקי ושם באורים משיג עליו מטעם שכ' (סי' ק"ד) דנלמד מהך דאפותקי דרק מטעם קול אינו גובה מלקוחות ובש"ע שם דייק וכתב אם כבר גבה דבזה הוי לו דין לוקח אבל לא לכתחילה דיש דין קדימה ולא אדע מה שכ' הנתיבות. דבאמת מבואר כן להדיא ברשב"א דלא צריך לכתוב בחיי ובמותי רק דגם אף בלא פירש כלל מבואר בזה דלא כתומים ודעת רמב"ן המיוחסת וכן דעתו בתשובת רשב"א הנז' דמניה דידיה יש בו דין קדימה. אולם דעת הסמ"ע וכן הב"ח (סי' קי"ז) דאף במפרש אין בו דין קדימה רק אם כתב בחיי ובמותי ועיין מה שכ' בהגהותי בדברי חיים למר אאמ"ו ז"ל בדיני הפקר (סי' א') בדעת

רשב"א דכתב דבעל חוב גובה ממטלטלי הגר שמת אם לא הוי ביד אחרים דכבר חל שעבודא דגר בשעת מיתה וכתבתי דסובר דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו רק כיון דלא הוי זכות אחרים מעכבת חל אז השעבוד. ולא נראה כן מתשובת הרשב"א הנז' רק דבאמת חל השעבוד מניה דידיה מטעם דש"ד או יש לומר כמו שכ' בחידושיו סוף קידושין דכל שהוא קיים וישנו ת"י גבי מנייהו משום דשעבוד נכסיו ואף שעבוד מטלטלין נגרר אחר שעבוד הגוף וי"ל דחל השעבוד מטעם מצוה כמו שאבאר אי"ה לקמן מדברי רמ"ה דסובר דר"פ סובר שעבודא דאורייתא והיינו רק מטעם מצוה ולכך אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו אבל מני' ש"ד מטעם המצוה/ וכשמת נפקע השעבוד מטעם דלא סמכה דעתי' עלייהו והם יורשים ממילא אבל בנכסי הגר לא נפקע השעבוד. ושם הקשתי על הרשב"א דסובר דהיכא דמפרש מטלטלי בשעבודו גובה אף מיתומים אם כן אכתי יקשה בעובדא דאיסור גיורי ב"ב (דף קמ"ט) דהיה יכול לחייב את עצמו בתליסר אלפי זוז' לרב מרי בריה ולשעבד לו בפירוש ואז גובה אפילו מיתמי כמו שהוכיח מהא דעשה שורו אפותקי ומכרו והיה יכול לגבות מרבא אחר כך אף שהיה בידו והחזיק בו ומלשון תשובת רשב"א הנז' מוכח דאף בחיוב גם כן יכול לשעבד בפירוש ועיין מ"ש שם [ועיין נו"ב מהד"ק חח"מ (סי' כ"ה) כנראה העלים עינו הבדולח מדברי רשב"א בתשובה שהוכיח דין גדול ממה דלא התחייב לר"מ עצמו] ובהכרח צריך לומר דהיכא דזוכה מן ההפקר מיד במיתת הגר עדיף מיתומי' ואינו גובה מהם דהוי כמכר ממש כיון דאף מצוה ליכא על הזוכה לפרוע לא מהני אף משעבד בפירוש דאף דמראה דסומך דעת אף על מטלטלין מ"מ כיון דאף מצוה ליכא על הזוכים לפרוע אנן סהדי דליכא סמיכת דעת מה שאין כן לגבי יורשים דאף אם לא ישתעבדו מה"ד מ"מ חל עליהן מצוה לפרוע חובת המורישׁ לכן מהני סמיכת דעת אם משעבדן בפירוש ועוד דע"כ לא מהני כשמפרש מטלטלי בשטר ג"כ רק היכא דחזינן דחפץ ומקפיד דוקא ע"ז שישעבד לו וע"ז הוציא מעותיו גלי דעתו דסומך את עצמו על זה אבל כשמחייב את עצמו אז אף אם מפרש מטלטלין בשטר לא חזינן שום גילוי דעת מהזוכה בשעבוד שסומך את עצמו על זה בזה יש לומר דאינו גובה מן מטלטלי דיתמי ואם כן ל"ה לאיסור לחייב את עצמו ולפרש בשטר גם מטלטלין לשעבוד דלא יגבה רק כמו בע"ח אחר זה הנלע"ד כעת. ועיין ש"מ ב"ק (דף י"א) דהביא משם ר"ת כשמשעבד מטלטלי בפירוש גובה מיתמי דהא משמע שם דוקא מעבדים גובה כשעשאו אפותקי ולא משאר מטלטלין וכתב לתרץ דדוקא למאן דסובר ש"ד אז גובה מן היורשים היכא דמפרש ושם אזלא הסוגיא כמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ולדידיה כל היכא דלא

גבינא מלקוחות לא גבינא מיורשין דהא הא דגובה מלקוחות הוא משום נעילת דלת וכיון דלא חשש לתקן מלוה שלו כדי לטרוף מלקוחות אי לא גבי נמי מיתמי ליכא נעילת דלת עיי"ש והביא שם משם הרב המאירי דדוקא באפותקי מפורש ומת גובה מיורשים ויש לומר נמי דהוא כתב כן להסוברים של"ד אבל הסוברי' שעבודא דאורייתא גובה במפורש אף מן מטלטלין. ובירושלמי מס' שבועות (פ"ו) פליגי רבי אמי ור' מנא אילין דכתבין ע"מ שיש לי רשות לגבות ממטלטלין אם גבי ויש לומר נמי דפליגא בזה אם שעבודא דאורייתא או לא ובפ"מ שם מפרש דכתבין לגבות בין בחייו בין במותו וכבר כתבתי לעיל דמדברי רשב"א מבואר דלא צריך רק לשעבד בפירוש להראות דסומך דעתו עליו וכן משמע מדברי ר"ת וכמו שכ' התומים (סי' ק"ז ס"ק ג'):

עוד נ"מ אם במטלטלין מניה דידיה שעבודא דאורייתא אם מפקיע מידי שעבוד היינו אם אמרינן אלמוהו רבנן לשעבודא דבע"ח על מטלטלין דהא הרשב"א בתשובה (סי' תרח"י) כ' דמהו דאמרו רבנן אלמוהו לשעבודיה דבעל לא נאמר כן בבע"ח והביא דברי ירושלמי ר"פ המדיר וכי אדם נודר שלא לפרוע לבע"ח תיפתר כמאן דאמר מזונות דרבנן וממנה אתה למד לדידן דקיי"ל שעבוד' דאורייתא גובה אף מקדושת הגוף וקונם דהו"ל כקדושת הגוף אינו מפקיע מידי שעבוד עיי"ש ואם כן לכאורה גם במטלטלין אם משתעבדי מדאורייתא אינו מפקיע משעבוד אף ע"י קונם ואם לא משתעבדי מדאורייתא קונם מפקיע מידי שעבוד. וראיתי בתומים סוף (סי' קי"ז) דכתב במטלטלין ולא שעבדם בשטר יכול לאסרן דליכא שעבוד תורה ומצי למכרן ודיתמי לא משתעבדי אם כן ליכא שעבוד על הנכסים רק על קרקפת' דגברי אבל על החפצים ליכא שעבוד וחל הקונם דבמטלטלין לא שייך שעבודא דאוריית'. ולכאורה דבריו תמוהין הא לדעת רשב"א מטלטלין גם כן משתעבדי מדאוריית' ומניה דידיה שייך לגבות בתורת שעבוד ושייך לומר אלמוהו. ברם הדברים נכונים כיון דעכ"פ לגבות מיתמי ומלקוחות לא מהני מה דמן התורה משתעבדי הואיל דלא סמכה דעתו וכיון דאם מכרן אינו גובה שוב גם קדושת הגוף גם כן מפקיע מידי שעבוד ואף קדושת דמים מבואר שם דעת רשב"א דמלוה על פה אינו גובה מן ההקדש רק אם יש בשט"ח מטאגמ"ק וכמו עשה שורו אפותקי ומכרו אין בע"ח גובה וההי"ד מתנה שהוא כמכר וכן בהקדש עיי"ש ודלא כמו שכ' תוס' עירוכין (דף כ"ג) הרי אף דדעת רשב"א דגם מטלטלין משתעבדי מדאורייתא מ"מ כמו דאם מכרן דאינו גובה כ"כ אם הקדישן ה"ז דלא שעבדן מטאגמ"ק אינו גובה ומפקיע גם קדושת הגוף כקונם מידי שעבוד ומבואר עוד שם להמעיין כדברי רשב"א דאף אם שעבדן מפורש בשטר דאז גובה מיתמי כיון דמ"מ אינו גובה מלקוחות אינו גובה מן ההקדש גם כן וכן קדושת הגוף

מרקיע מידי שעבוד רק אם הקנה בפירוש בקנין מטאגמ"ק דאז גובה גם מלקוחות אז אינו מפקיע מידי שעבוד ואלמוה וזה שלא כדברי התומים דכתב דוקא אם לא שעבדם בשטר יכול לאסרן ולהנ"ל מוכרח דאף אם שעבדן בפירוש דגובה מיתמי מ"מ כיון דאינו גובה מלקוחות לא אלמוהו חכמים לשעבודן דלא יפקיע מידי שעבוד רק אם הקנהו במטאגמ"ק דאז משתעבדי ממש לגבות מלקוחות וז"ב ודלא כתומים בזה:

והנה הא דכתב הרמ"ה דר"פ סבירא ליה שעבודא דאורייתא ומדין ערב הוא דאית ליה ודוקא קרקע אבל מטלטלין הוי כערב שלא בשעת מתן מעות. נראה דלדידיה הה"ד דאקני לא שייך ביה לומר שעבודא דאורייתא וכבר נחלקו בזה התומים (סי' ק"ד) והקצוה"ח דדעת התומים דכיון שחייב לחבירו בעת הקנין חל השעבוד ודומה למה שכתבו תוס' מס' בכורות (דף מ"ט) באם חייב בפדיון דתיכף שקנה חל השעבוד כיון דחייב בפדיון והקצוה"ח כתב דאינו דומה לפדיון דכל שעתא ושעתא רכיב עלה חיובא והוי ליה כהלוה וחזר והלוה מה שאין כן בחוב לא נתחייב רק משעה שלקח המעות ועיין בקצוה"ח (סי' קי"ב) שכתב דדוקא נכסים שהיו בשעת הלואה אינון ערבין ונכסים שבאו לאחר הלואה לא נתערבו כלל וזה מבואר מדברי הרמ"ה דהוי ליה כערבאין שלא בשעת מתן מעות [ועיין מה שכתבתי בהגהה בד"ח דיני ג"ח (סי' ט"ז) מדברי ריטב"א קידושין (דף י"ג) בביאור הסמ"ע (סי' קי"ב ס"ק א')] אך יש לומר דהא אף דכתב הרמ"ה דלר"פ מטעם ערבאין חשיב ש"ד שם לעיל (דף קע"ד) בהא דסבירא ליה לר"פ דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו כתב אע"ג דשמעינן לר"פ דאמר אפילו במלוה על פה שעבודא דאורייתא קסבר ר"פ דהיא גופא משום מצוה הוא ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו עד דגדלי ור"ה בריה דר"י סבר לאו משום מצוה בלחוד הוא משתעבד אלא ממילא הוא דמשתעבד נכסי לוה למלוה עכ"ל הרי דסבירא לי' דלר"פ עיקר דנשתעבדו נכסי לוה למלוה הוא משום מצוה ואם כן יש לומר דאף דאקני היינו נכסים שקנה הלוה אחר הלואה גם כן נשתעבדו מטעם מצוה ומצות פריעת בע"ח בכל יומא רכיב ורק על מטלטלין דלא סמכה דעתיה עליהן הוי ליה כערב שלא בשעת מתן מעות. אולם יש להבין אם מטעם מצוה הוא דחל השעבוד כיון דמת פקע המצוה נאמר דלא אישתעבדו שוב הנכסים ואם נאמר כיון דכבר חל תו לא פקע אם כן מאי איכפת לן דהיתומי' הם קטנים או גדולים ועל כרחך צריך לומר דסובר ודאי כל זמן דאישתעבד הגוף לקיים המצוה אישתעבדו הנכסים וכשמת נעשה חפשי מן המצות נפקע השעבוד מנכסים גם כן רק כיון דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן נשאר השעבוד על הנכסים גם כן וס"ל להרמ"ה דאם נשאר נכסים מאביהן הוי מצוה מה"ת

לפרוע חובת אביהן וכן מבואר דעת הראב"ד בבעה"ת סוף שער (ס"א) דכמו דמצוה על היורש לפרוע חוב של עצמו כן המצוה לפרוע חובת אביהן ועל שניהם מצוה מן התורה עיי"ש ולכך נזקקין למיחת לנכסי גם כן דחל השעבוד מטעם מצוה וביתומים קטנים דליכא מצוה וכיון דנפקע המצוה מהמלוה נפקע השעבוד נכסי גם כן ועיין ר"ן כתובות פ' הכותב ובתומים (סי' ס"ו ס"ק מ"ג) ובשאר אחרונים דכתבו דיש שעבוד הגוף על היתומים גם כן לפרוע חובת אביהן דאם ליכא שעבוד הגוף ליכא שעבוד נכסי ור"ה בריה דר"י סובר דממילא הוא דמשתעבד נכסי דלוה למלוה והיינו דס"ל אף דנפקע השעבוד הגוף וליכא אף מצוה על יתומים קטנים מ"מ על זה נשתעבדו הנכסים בתורת ערב וכמו שכ' הקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק כ"ו). ועיין בבעה"ת שער (י"ד) דכתב גם כן דר"פ דאמר פריעת בעל חוב מצוה אזיל לטעמיה דשעבודא דאורייתא ועיי"ש בג"ת דס"ל כשיטת הרי"ף והרא"ש דר"פ סבירא ליה שעבודא דאורייתא ומה שהקשה שם מש"ס דעירוכין אינו מובן כלל דר"פ גופה מודה דמלוה על פה גובה מיורשים אבל רק בגדולים דאז שייך בהו גם כן פריעת בעל חוב מצוה מה שאין כן בקטנים. ועיין בעל העיטור אות ערב דכתב ובמלוה בשטר פליגי ואפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא ה"מ בגדולים אבל בקטנים לא רמיא שעבודא עיי"ש דמבואר גם כן דסברת ר"פ דאין נזקקין משום דליכא מצוה ליכא שעבודא:

וכן נראה דהוא שיטת הרי"ף ורא"ש דעיקר הא דשעבודא דאורייתא הוא מטעם מצוה ועוד יותר מזה סבירא ליה דאף לר"ה בריה דר"י דסובר דנזקקין ליתומים קטנים היכא דליכא חשש פרעון וצררי הוא דס"ל דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו שכן כתב הרי"ף ב"ב שם להדיא וכן כתב הרשב"ם שם דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו כדאמרינן בערכין יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו עי"ש ברשב"ם ורי"ף וכן הב"י (סי' ק"ח) כתב דר"ה סובר מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן אלא דחיישינן לצררי וכן בדרישה (סי' ק"ז) כולם כתבו דמצוה יש כאן לר"ה בריה דר"י וע"כ אף דקטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו היינו מצוה שהוא חובת הגוף אבל לפרוע חובת אביהן דחל שיעבוד אביהן בחיו על נכסיו מטעם המצוה הוי כגזילה דמצווין להפרישן מאיסורא. שוב ראיתי בחקרי לב או"ח (סי' ע"ד) שכתב כן באורך בדעת הרי"ף דר"פ סבירא ליה שעבודא דאורייתא מצד מצוה ור"ה בריה דר"י סבירא ליה דיתמי בני מיעבד מצוה הן ותמה שם על הריב"ש (סי' תפ"ד) שכתב אף דרי"ף פוסק ש"ד הביא שרק הכותב להא דר"פ דפבע"ח מצוה דעכ"פ מצוה איכא ולר"פ ליכא שיעבוד הא לשיטת הרי"ף גם ר"פ ס"ל שעבודא דאורייתא עיי"ש בדבריו באורך ובמה שיש לישב כל קושיותיו שם דודאי לכ"ע לא יעלה על הדעת

דיתומים קטנים בני מיעבד מצוה נינהו רק לגבי נכסים שירשו מן אביהן בזה אמרו יתמי דאכלי דלאו דידהו כו' אבל לגבי עצמן ודאי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וגם באמת הדברים רחוקים בסברא לומר דקטנים בני מיעבד מצוה נינהו ועיקר הסברא יש לומר כמו שכתבתי דר"פ סובר דהיכא דליכא מצוה ליכא שעבוד נכסי ור"ה בריה דר"י סובר דכיון דכבר חל השעבוד אף דליכא שעבוד הגוף מ"מ לא נפקע השעבוד נכסי וכמו שכ' הרמ"ה דממילא אשתעבדו נכסי ובתומים כיון בזה מדעתו לדעת הרמ"ה ובע"ה ובעה"ת דר"פ סובר שעבודא דאורייתא הוא מטעם מצוה כיון דאם לא רצה כופין ונכסיה אינון ערבאין וקטנים דלאו בני מיעבד מצוה ואי אפשר לגבות מבעל דבר גם מערב אין גובין והכריח כן לדעת הסוברים לחלק בין מלוה הכתובה בתורה למלוה אם כן לוקמי במס' ערכין הקדישום היורשים במלוה הכתובה בתורה אלא ודאי דר"פ סובר דעיקר השעבוד הוא מטעם מצוה ודבר אמת בפיו לכוון לדעת הראשונים הנ"ל:

אך קשה אם נאמר כן דהיכא דליכא מצוה אינו גובה אף אם שעבודא דאורייתא אם כן בגר שמת והנכסים הם הפקר ומבואר בתוספת' פ' מי שהיה נשוי דכתובה ובע"ח גובה מן האחרון ובתשובת רשב"א וכן פסקינן בש"ע (סי' רה"ע) דאף ממטלטלין גובה מדקתני ובזבזו מטלטלי משמע ועכ"פ מקרקע ודאי גובה לכ"ע הרי אף דמת וליכא שום מצוה ובכ"ז גובין בשלמא לר"ה בריה דר"י י"ל הואיל דממילא חל השעבוד משעה שהלוה לא נפקע השעבוד במיתתו ואף דליכא שעבוד הגוף לא פקע השעבוד נכסי דע"ד זה נעשו הנכסי' אחראין וערבאין וכמ"ש הקצוה"ח הנ"ל אבל לר"פ דסובר דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים הואיל דליכא מצוה אם כן למה יגבה מהזוכה מנכסי הגר שמת דודאי ליכא מצוה ודוחק לומר דזה מדרבנן דאיה מצינו תקנה זו. ואולי יש לומר דתוספתא אתיא אליבא דר"מ ולדידיה ילפינן דש"ד מקרא וכמו שכתב הרמ"ה ואף מטלטלין משתעבדי וסובר דלא לבד לכתובה רק הה"ד לבעל חוב ודלא כמו שכ' תוס' כתובות (דף פ"א) והרשב"א (סי' רנ"ב) ובמיוחסת (סי' ס"ט) דלא רצו לאוקמי הך תוספתא אליבא דר"מ מטעם דקתני בע"ח וס"ל דר"מ מודה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב. ולפי זה כיון דפסקינן כהך תוספתא וגובה מן הזוכה בנכסי הגר ע"כ דלאו מטעם מצוה הוא שעבודא דאורייתא וגם ע"כ לא מטעם דיתמי בני מיעבד מצוה נינהו פסקינן דנזקקין רק כיון דממילא נשתעבדו הנכסים גובין מהן אחר כך אף במקום דליכא מצוה. וכן ממה דגובה הבעל חוב מן הלקוחות אף אחר מיתת הלוה אף דליכא שום מצוה עליהן לפרוע חזינן דאף דהתחלת השיעבוד אם הוא בשביל מצוה מ"מ כשמת לא נפקע השעבוד וע"כ צריך לומר לשיטת הנך הסוברים דר"פ סובר שעבודא דאורייתא מטעם מצוה וליתומים

קטנים אין נזקקין הואיל דליכא מצוה ואף על פי כן גובה מן לקוחות שהוא רק מתקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוין וזה דוחק גדול דהא אם סובר דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים כלל ע"כ דלא חיישי למיתת הלוה ולמה נגד לקוחו' חיישי וצריך לדחוק דמיתמי יגבה עכ"פ אחר שיגדלו וליכא כ"כ נע"ד מה שאין כן אם נאמר שלא יגבה מלקוחות אחר מיתת הלוה לעולם לא יגבה:

ויש להבין דאם נאמר דנכסיו אשתעבדו מטעם מצוה אם כן בכל עניני מצוה שחיובא רמיא עליו לתת מן ממונו נאמר גם כן דאשתעבדו נכסיו לזה. ולא כן מצינו דהא הנשבע לתת לחבירו ומת לכ"ע פטור כמבואר תשובת רשב"א המובא ב"י (סי' רנ"ב) ובקצוה"ח (סי' ר"צ) האריך לקיים פסק הב"י המובא בתשוב' רמ"א בנודר ומת דחייבין היורשים לקיים נדרו כיון דמצות צדקה יש בו משום שעבוד נכסיו הה"ד בנודר דכתיב בפיך זו צדקה אית ביה נמי שעבוד ולא גרע משאר חוב דשעבודא דאורייתא ורמי אנכסים כמו פה"ב ועולת יולדת והוי עוד מלוה הכתובה בתורה הה"ד בנדר דכתיב בפיך ודרשינן מניה זו צדקה אשתעבדו הנכסים וחייבין היורשים לשלם מנכסי אביהן מה שאין כן שבועה דאינו אלא משום בל יחל דברו ואינו מדבר במצוה שבממון אלא להרע או להטיב ודאי אין בו אלא איסור בל יחל ונכסוהי לא אשתעבד לקיים השבועה ומשו"ה יורשין פטורין אבל בפיך זו צדקה דבמצוה שבממון הכתוב מדבר הוי ליה כמו שאר מצות דנכסוהי אשתעבד. ולכאורה אף דדרשו בפיך זו צדקה מ"מ כלל הפסוק דכ' מוצא שפתיך תשמור הוא עשה לקיים כל מה שקבלנו על נפשינו במלת שבועה ונדר וצדקה וקרבן וכמו שכתב הרמב"ם במנין המצות (סי' צ"ד) ואף לדעת הרמב"ן שם דזה לא קאי על מה שחייב בו אדם את עצמו רק החיוב או צדקה דרשינן בפיך אבל מה שחייב אדם את עצמו מדברי רשות שקראו חכמים בטוי אינו נכנס בכלל מצות הכתוב הזה רק מלאסר איקר על נפשו מ"מ כיון דכתיב בתורה ורמי עליו העשה לקיים למה לא אשתעבדו נכסיו ולמה לא הוי כמו מלוה הכתובה בתורה דנאמר דע"ז נשתעבדו נכסיו ובפרט למה שכתבו תוס' קידושין (דף י"ג) דמה דמצד הסברא החיצונה אינו מחויב רק מדכתיב בתורה הוי מלוה הכתובה בתורה וככתובה בשטר דמי נימא כשנשבע לעשות וליתן לחבירו דהוי מלוה הכתובה בתורה ואף דיש לומר הואיל דישנו בשאלה לא אשתעבד נכסי זה אינו דהא מצינו בחייבי ערכין ונדרי צדקה דהוי מלוה הכתובה בתורה אף דישנן בשאלה והתרת חכם ע"י פתח או חרטה:

וראיתי בריטב"א גיטין ר"פ הנזקין שהביא שם משם הירושלמי דהקדש סתם לאו כמלוה הכתובה בתורה הוא להיות כמלוה בשטר דהא אינה כתובה בתורה ביחוד כנזקין

דאע"ג דכתיב בתורה מוצ' שפתיך תשמור זה דרך כלל עיי"ש אם כן יש לומר דוקא צדקה הוי ככתובה בשטר דדרשינן בפיך זו צדקה מה שאין כן שבועה אף דכתיב מוצא שפתיך תשמור זה דרך כלל. אולם אם כן אף הקדש בדק הבית דדן שם הריטב"א דל"ה ככתובה בתורה כיון דכתיב רק דרך כלל מוצא שפתיך תשמור הא כמו דדרשינן בפיך זו צדקה כמו כן דרשינן שם מס' ר"ה (דף ו') אשר דברת אלו קדשי בדק הבית. אלא כיון דלא כתיב להדיא ביחוד כמו נזקין לא הוי ככתוב' בתורה אם כן נדר צדקה גם כן לא הוי כתובה בתורה. אולם אף דלא הוי ככתובה בתורה והוי רק כמלוה על פה מ"מ יש לומר דאשתעבדו נכסיו לקיום הנדר ונימא כמו כן דאשתעבדו הנכסים לקיום השבועה. ובפרט להנך פוסקים עיקר הא דשעבוד' דאורייתא הוא דאשתעבדו נכסיו לקיום המצוה מ"ש נדר מ"ש שבועה ואף דליכא מצוה שבממון ורק חיובו דסיבב לעצמו גרם לו שנשבע מ"מ אחר שנשבע כיון דמצוה לקיים שבועתו נימא דאשתעבדו נכסיו ויגבה אף מן היורשים. ובהכרח צריך לומר דשאני נדרים ושבועות כיון דבא רק על ידי דיבור פיו ובידו לאתשולי עלייהו אין כאן שעבוד נכסים כלל אף למאן דאמר שעבודא דאורייתא וא"ד לחייבי ערכין וחרמין דיכול גם כן לאשולי עליה דיש שאלה בהקדש ואפ"ה למ"ד שעבודא דאורייתא חייבין היורשין ליתן דשם אף אם מלוה הכתוב' בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא היינו למ"ד שעבודא לא דאוריית' אבל אי שעבודא דאורייתא עכ"פ אשתעבדו נכסי כמו שאר מלוה על פה כיון דמפורש להדיא בתורה לחייבו משא"כ נדר לעניים או שבועה דאינו מפורש להדיא בתורה אף דיש בו מצוה דרך כלל מ"מ כיון דאיתנייהו בשאלה לא אשתעבדו נכסיו ואתי שפיר דברי הרמ"ה לדמות נודר לצדקה לעניים לשבועה:

וכבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים יו"ד (סי' מ"ז) בהא דכ' הרמ"א ח"מ (סי' פ"ז סל"ד) בתובע לחבירו שנתן לו ת"כ לתת לו מתנה והוא כופר אינו חייב לישבע לפי ששבועה אינו עושה קנין ובקצוה"ח שם הקשה הא ריבית קצוצה גם כן אין הב"ד יורדין לנכסיו ואפ"ה אם תובעו לקחת ממנו ריבית חייב לישבע וכן על מציאת חשו"ק נמי נשבעין וכן למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא ליכא אלא מצוה ואפ"ה חייב לישבע וכ' כיון דכשמת לא חל על ידי שבועתו ות"ב החיוב לתת להיורשין דלא חל ע"ז ירושה אם כן אינו דומה דבריבית אף דאין יורדין לנכסיו וליכא שעבוד נכסים כיון דגלי קרא ולדידיה אזהיר ולא לבריה ע"כ דליכא עליו שעבוד נכסים מ"מ החיוב רמי עליו לפרוע מטעם דנטל ממון חבירו וחייב להחזיר לו או ליורשיו וכמבואר ברדב"ז בתשובה דחייב להחזיר אף ליורשי הלוה וכן מציאת חשו"ק או למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מ"מ, נשתעבד גופו לשלם

לו או ליורשיו משא"כ בנתן ת"כ או שנשבע דלא אשתעבד אף גופו רק לקיים המצוה מצד שבועתו וכשמת המקבל אינו חייב לשלם ליורשיו. וגם באם הנותן לא רצה לקיים שבועתו והמקבל תפס ממנו יש לומר גם כן דמוציאין מיד המקבל דאין לו חלק במעותיו רק מוטל מצד השבועה על הנותן לקיים המצוה וכ"ז שא"ר הממון שביד התופס הוא כגזל ואף מוציאין מיד התופס שלא יעבור על לא תגזול וכמו שכתב הנתיבות (סי' ק"ז) לגבי מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. משא"כ בריבית אף דלא נחתינן לנכסיו מ"מ תפיסתו מהני ואין מוציאין מידו וכן למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אף להסוברים דלא נחתינן לנכסיו מ"מ ודאי אם תופס כדי חובו אין מוציאין מידו ולכך הוי כפירת ממון וחייב לישבע על כפירתו מה שאין כן בנתן ת"כ או נשבע דלא מהני תפיסתו וגם אינו ממון להוריש לבניו ולכך ל"ח כפירת ממון עכ"ד שם ועיין מה שכתבתי עוד בזה בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ב') מזה. אך בכ"ז לדידן דקיי"ל שעבודא דאורייתא ואשתעבדו הנכסים מטעם מצוה כנ"ל למה לא אשתעבדו גם כן בנשבע ונדר וע"כ צריך לומר כיון דליכא מלוה הכתובה בתורה ורק חיובא עליו רמיא ואיתנייהו בשאלה ליכא שעבוד נכסים ואף בנשבע לטובת חבירו ליתא בשאלה מ"מ אם עבר ואיתשל חל ההתרה לדעת ר"ת לכך לא אשתעבדו הנכסים:

וראיתי בכנה"ג (סי' ריי"ב) בהגהות ב"י (אות כ"ט) שהביא משם גדול אחד בהא דכתב הרמב"ם בשכ"מ שאמר פירות דקל זה לעניים ומת דצריכין היורשים לקיים נדרו והקשה הב"י כיון דאינו אלא משום נדר אמאי חייבין היורשין וכתב דבנדר לצדקה חל עליו הנדר וב"ד יורדין לנכסיו כשיבא לעולם בע"כ וכיון שכן כשמת המקדיש נכסים היו משועבדים לזה ההקדש ונפרעים מהיורשים. ולמ"ש לא אשתעבדו הנכסים וגם בלא"ה יפה כ' בזה הקצוה"ח כיון דהוי ליה דבר שלא בא לעולם ואין הנדר אלא על קרקפתא דגברי כשיבואו הפירות לעולם חייב לקיים נדרו אבל מהשתא לית ביה שעבוד נכסי כיון דהוי ליה דבר שלא בא לעולם ולא חייל אלא כשיבא לעולם. וגם אז כשיבא לעולם גם כן ליכא אחריות נכסים ע"ז רק על קיום המצוה וכשמת פקע חיובו. וראיתי למי שכתב דזה דומה להא דבכורות (דף מ"ח) במת האב תוך למד יום דלא חל החיוב ולא אשתעבד נכסי ואם כן כיון דהרמב"ם הל' בכורים כתב דאף במת תוך למד יום אשתעבד נכסיה ה"נ כן. וזה אינו כלום דשם ע"כ צריך לומר כמו שכתב הר"י קורקוס דאחר למד יום איגלאי מילתא למפרע דהיה בר קיימא ונתחייבו נכסים. וגם שם ל"ה דבר שלא בא לעולם דלא הוי רק מחוסר זמן מה שאין כן באומר פירות דקל זה לעניים דליכא בעולם כלל וגם כל נכסיו לא אשתעבדו לזה רק חיוב אקרקפתא דגברא רמיא כשיבאו

לעולם שיתן הפירות ודאי כשמת פקע חיובו ושפיר כתב הב"י דלא חל על היורשים נדר מורישם:

סימן ג

הגם אם שעבודא לאו דאורייתא מבואר ברמב"ן סוף מס' ב"ב ובריטב"א קידושין (דף י"ג) דמ"מ נחתינן לנכסיו כיון דפריעת בעל חוב מצוה מה"ת וכופין על מ"ע אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין מ"ע שלו בע"כ ובריטב"א הוסיף דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו כיון דמצוה דממון הוא וכ"כ הר"ן מס' כתובות וכן מבואר בהרא"ה שם (דף פ"ו) דגם לרב כהנא פשיטא ליה דאפילו לר"פ נחתינן ליה לנכסים רק דקאמר מ"ט כיון דליכא אלא מצוה אמאי נחתינן וקאמר בדין הוא דאיכא למכפיה בגופו ומיהו עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו ועיי"ש בש"מ משם רש"י מהד"ק גם כן כן ושם כתב עוד דמסתמא לא יחלוק ר"פ על מה ששנינו המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים ב"ח ובכמה מקומות אמרינן דנחתינן לנכסי. אולם בבעה"ת שער (ס"א ח"ב) הביא שם דברי ראב"ד דכתב לחלוק על הרי"ף וסובר דר"פ ס"ל שעבודא לאו דאורייתא דהא אמר פרבע"ח מצוה ואי אמר ל"נ לי למעבד מצוה אלקויי דמלקינן ליה עד דעביד ליה למצוה אבל למיחת לנכסיה לא נחתינן וכן משמע מדברי רשב"א מובא בטור (סי' רע"ח) שכתב ע"ד הר"י הלוי דאין היורש יכול לסלק מירושתו ושלא לפרוע בע"ח דאביהן אלא כופין אותו לטפל ולמכור וכתב הרשב"א אפשר שלא אמר אלא לר"פ דאמר פריעת בעל חוב מצוה וכופין אותו בשוטים כי אמר לא בעינא למיעבד מצוה אבל לדידן אין כופין בשוטים אלא בהורדת נכסים משמע מדבריו דלר"פ לא נחתינן לנכסיו. הן אמת דקשה להבין אם נאמר דלר"פ לא נחתינן לנכסיו רק דכופין אותו בשוטים לקיים המצוה ובשביל זה אינו יכול לסלק עצמו מן הנכסים רק כופין לטפל בדבר ולמכור מי יחלוק ע"ז האי אף אם נאמר ש"ד היינו דנתוסף עוד שיעבוד על הנכסים ויכולין הב"ד לגבות מנכסיו אף שלא בפניו אבל מ"מ אם הוא לפנינו ודאי דחיובו דגופו שחייב לשלם לא נפקע:

וראיתי שם בדרישה דכתב כן להדיא דלר"ה דחיוב פריעת חוב מוטל על הנכסים אין מכין אותו אלא מורידין אותו לנכסיו ולדידן דקיי"ל דאינו משום מצוה אלא החיוב מוטל על נכסיו דש"ד נ"מ קולא דאין הטיפול מוטל על גופו כ"א על נכסיו ובהורדת נכסיו סגי והדברים אינם מובנים הכי מאן דס"ל שעבודא דאורייתא יאמר דליכא מצוה ונאמר בזה לקולא דאין הטיפול מוטל על גופו ובריב"ש (סי' תפ"ד) דפריעת בע"ח לאו מצוה לחוד הוא וב"ד יורדין לנכסיו מדינא אבל לכ"ע מצוה איכא ואי אמר ל"ב למיעבד מצוה ואי אפשר לב"ד לירד לנכסיו בודאי מכין אותו עד שתצא נפשו ולכן הביא הרי"ף פ'

הכותב להא דר"פ עיי"ש ואם כן אם הדין הוא לר"פ דמטעם מצוה הטיפול הוא עליו כמו כן הדין אף אם שעבודא דאורייתא היכא דאין המלוה רוצה במיחת לנכסיו רק שישלם לו במעות. וראיתי בכנה"ג (סי' ק"ז) שתמה בזה על הרשב"א דכל הפוסקים פסקו דפריעת בעל חוב מצוה וכופין בשוטים. אולם ביאור דברי רשב"א מפורשים דבריו בש"מ ב"ב (דף קכ"ד) וז"ל ואני תמה מניין לו וכי כופין בשוטים למי שאינו רוצה לטפל בנכסיו לפרוע אלא אם רצה אומר לב"ד איני מטפל שומו לו והורידוהו כ"ז שתרצו לדידן דש"ד ואפשר לר"ה בריה דר"י [והוא ט"ס כמו שכת' הדרישה וצ"ל ר"פ] דאמר פריעת בעל חוב מצוה שכופין אותו כשאומר לא בעינא למיעבד מצוה אבל לדידן אין כופין בשוטים אלא בהורדה לנכסים עכ"ל והיינו דדעת הרשב"א דאי שעבודא לאו דאורייתא לא נחתינן לנכסיו כלל רק כופין בשוטים אבל שלא ברצון הלוה לא נחתינן לנכסיו ולכן כתב הר"י הלוי דעל חלק הפשוט אינו יכול לסלק עצמו מן הטיפול דהיינו שיאמר שאינו יורש ואם כן לא נחתינן לנכסיו רק כופין אותו או למכור כשירצו או לשומן שהוא במקום המוריש אבל ודאי מודה דאינו מוטל על הלוה לטפל ולמכור רק כופין אותו שיורידהו לנכסיו וזה אם שעבודא לאו דאורייתא אבל אם שעבודא דאורייתא ליכא נ"מ דגם בלעדי רצונו וכן רצון היורש הב"ד מורידין להבעל חוב לנכסיו. אבל ודאי אם הוא מבריח הנכסים ומטמינם ודאי אם אין בכח ב"ד להורידם לנכסים כופין אותו בשוטים אף אם שעבודא דאורייתא למען יקיים המצוה רק אם בפנינו הנכסים ואינו רוצה להוריד להמלוה או למכור ולהגבותו בזה אם שעבודא דאורייתא הב"ד מורידין אותו לגבות מן הנכסים ואף אם אינו לפנינו. ואם שעבודא לאו דאורייתא לא נחתינן לנכסיו רק כופין בשוטים שיגבהו ויקיים המצוה עכ"פ מבואר מדברי רשב"א דאי שעבודא לאו דאורייתא לא נחתינן לנכסיו:

וכן מבואר בתשובת רשב"א (ח"ג סי' נ"ו) דאין הב"ד יורדין לנכסיו וכן כ' (ח"ד סי' קנ"ב) אך קשה הא קתני במתניתין המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים על ידי עדים גובין מנכסים בני חורין ומשמע דבחד גוונ' הוא הגבייה כמו שעל ידי שטר גובין ממשועבדים אף בע"כ ואף אם אין רוצה נחתינן לנכסיו וכמו שכ' בש"מ כתובות הנז' אם כן למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא אינם שוין אך יש לומר דהא אף אם נאמר דנחתינן לנכסיו היינו כשהוא לפנינו ומטעם כפיה דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו אבל אם אינו בפנינו לכ"ע לא נחתינן לנכסיו אם שעבוד' לאו דאורייתא אם כן אינו שוה למלוה בשטר דבזה נחתינן לנכסיו אף אם אינו בפנינו וכן נ"מ בקטנים או אם נשתטה המלוה דעל ידי שטר דאישתעבדו נכסיו נחתינן לנכסיו ומגבינן ליה להמלוה וע"י עדים

דליכא אלא מצוה ושעבוד אין כאן לא נחתינן לנכסיו וכמו כן יש לומר דלאו בחדא מחתא מחתינהו דבשטר נחתינן לנכסיו ועל ידי עדים גובין רק ע"י כפיה ולא נחתינן לנכסיו בע"כ רק מכין אותו עד שיאמר רוצה אני. ולהסוברים דנחתינן לנכסי הוא מצד התקנה או הפקר ב"ד וכן נראה מלשון הריב"ש הנ"ל דכתב פריעת בעל חוב לאו מצוה לחוד וב"ד יורדין לנכסיו מדינא מבואר דאי שעבודא לאו דאורייתא אף דגם כן הב"ד יורדין לנכסיו הוא רק מתקנה דעד שכופהו בגופו כופהו בממונו אבל לא מדינא:

ובש"מ ב"ב שם הנדפס בספר הרמ"ה כ' משם הרא"ש וז"ל אף אי שעבודא לאו דאורייתא מניה גובה אפי' מגלימא דעל כתפיה ואי שעבודא דאורייתא משעת הלואה חל השעבוד על נכסי הלוה ואעפ"י שלא הגיע הזמן והוי כאלו הן ממושכנין לו ורבא אמר שעבודא לאו דאורייתא דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיה אלא מנדין אותו או מכין אותו בשוטים עד שיפרע ודרש קרא כפשטי' בחוץ תעמוד והאיש כו' כיון דנכסי דאינש אינון ערבין בי' רבא לטעמי' דאמר לעיל לא יתבע מן הערב כלל דמצי אמר גברא אשלימת לך כו' וכיון דקאי איהו לא נחתינן לנכסי ואפילו את"ל דנחתינן לנכסי ה"מ מטלטלי או זוזי משום דזוזי דאינהו מטלטלי אוזפיה אבל מקרקעי לא משעבדי עי"ש ואולי זה גם כן דעת הרשב"א דלא נחתינן לנכסי היינו קרקע אבל מטלטלין נחתינן לנכסיו כדי לפרוע מנהון וא"ש דקתני גובין מנכסים ב"ח למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ממטלטלין גובין ואף נחתינן לנכסי ולמקרקע לא נחתינן רק כייפינן ליה עד שיאמר רוצה אני. וא"ש הא דמבואר ב"מ (דף קי"ד) לשמואל דשליח ב"ד מנתיח נתוחי ולא הלוה ומשמע שם שהוא מדאורייתא דהשליח ב"ד מנתיח נתוחי ואמאי הא לא נחתינן לנכסיו וצריך לדחוק דלענין זה מנתח ממנו כדי שיכוף אותו הב"ד אחר כך עד שיאמר רוצה אני דשמואל סבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא ולא נחתינן לפרוע בע"כ להנך פוסקים ולדברי הרא"ש א"ש דדוקא קרקע לא נחתינן למכור או להורידהו בע"כ של הלוה אבל ממטלטלין מגבינן אף בע"כ דזוזי דאינהו מטלטלין אוזפיהו. ובדברי הרא"ש שכ' רבא לטעמיה דאמר לא יתבע מן הערב כלל לא אבין דהא רבא מסיק שם וקיי"ל לא יתבע ערב תחילה וכן מס' בכורות (דף מ"ח) קאמר רבא נכסי דבר נש ערבין ולא יתבע מן הערב תחילה ואם אין הלוה פורע אף שהוא לפנינו גובין מן הערב ואם כן לענין נחתינן לנכסיו נימא גם כן כן. ועיין סמ"ע (סי' קכ"ט ס"ק ט"ז) דעל שבועתו אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא משמתינן ליה לקיים שבועתו ולכאורה לדעת רמב"ן הנז' דעל מצוה שבממון עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו למה לא נכוף אותו למיחת לנכסיו לקיים שבועתו וצ"ל כמו שכ' לעיל דשבועה הוא ענין אחר:

סימן ד

היכא דכתב לבעל חוב שבח היינו שיגבה מעידיות שבנכסיו ויש לו נזקין גם כן שגובין מן התורה מעידיות יש לחקור אם יגבה הבע"ח כמו הניזק. ולכאורה למ"ש הקצוה"ח ליישב דברי הרי"ף דפוסק כאביי ר"פ הנזקין דשטר שכ' בו שבח אינו גובה מיתומים רק זיבוריות וכתבו תוס' שם דאביי סובר שעבודא לאו דאורייתא דאי לא"ה מהיכי תיתי אפקוה רבנן ורבא דסובר דגובה סובר שעבודא דאורייתא דאם לא כן הא מדאורייתא לא גבי כלל ואנן פסקינן דשעבודא דאורייתא ואפ"ה אינו גובה מיתמי רק זיבורית וכ' הקצוה"ח דהא הריטב"א כתב הטעם למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא הוא משום דאין קנין לחצאין ומאן דסובר שעבוד דאורייתא הוא משום דממילא הנכסי' משועבדי' דהתורה שעבדן ולפי"ז י"ל דדוקא מה שהתורה שעבדה ומה"ת דינו דבע"ח בזיבורית אבל מה שמשעבד בפירוש ומוסיף מדנפשו בזה נחלקו אביי ורבא אביי סובר דאין לו כח לשעבד דאין קנין לחצאין ורבא סובר דיכול גם כן לשעבדן וכמו שיכול למכור יכול להוסיף בשיעבודו לגבות מעידיות והרי"ף פוסק כאביי עיי"ש בנועם דבריו ולכאורה למה מן הלוה עצמו גובה מן השבח כיון דאינו יכול לשעבד יותר ממה שהתורה שעבדה ממילא. וצריך לומר כיון דגובה מהלוה עצמו הוא מטעם דהכי אתנו וחיובו דגופו הוא דמהני וכמ"ש רש"י שם והיינו מטעם שכירות מחויב לשלם כמו שהתנה לשלם לו מן עדיות ולפ"ז כיון דאין כאן תורת שעבוד על השבח דוקא ממילא הניזק שלא בכח שעבדו ששעבודו התורה בשבח קודם הוא לבע"ח אף שהתנה עמו ונתחייב לשלם משבח:

ברם דברי הקצוה"ח הם מוקשים דהא מבואר דיכול לשעבד מטלטלין אגב מקרקע אף אם מטלטלין לאו בני שעבוד הן אף מן התורה וגם עבדים דהוי מטלטלי דניידי מבואר (סי' קי"ג) דל"ב עומד בתוכו וכתב הרא"ש בתשובה הטעם כיון דעיק' תלוי בקול מהני דהעדים מוציאין הקול אף דלענין שעבוד הוי כמטלטלין כמבואר ברשב"ם ב"ב ותוס' יבמות הבאתי לעיל (סי' ב') וכבר כתבתי לעיל דדעת הטור ורמב"ם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מדאורייתא ובעבדים עיקר הטעם כמו שכתב התומי' הואיל דיכול לשחררו ליכא סמיכת דעת ואעפ"כ כשמשעבד במטלטלין אגב מקרקע מהני אם כן מבואר דיכול לשעבד אף יותר ממה ששעבדו התורה ואף דכתבתי לעיל דדעת הרשב"א דרק מיתמי לא סמכא דעתיה אבל מניה דידיה גם מטלטלין בני שעבוד הן מ"מ דעת הרמ"ה כנראה דלא כן הוא כמו שכתבתי לעיל ואעפי"כ כשמשעבד במטלטלין אגב מקרקעי לכ"ע מהני וכן בעשה עבדו אפותקי דגובה אף מלקוחות הואיל דיש לו קול הרי דחל השעבוד מה שמשעבדו יותר מכפי ששעבדו התורה כיון דידענו דשעבודו דאורייתא ושעבוד לא

הוי כקנין לחצאין ממילא יכול להוסיף השעבוד גם כן כפי רצונו ותנאו ואם כן היה נראה דיכול לשעבדו לבעל חוב שיגבה מעידיות שבנכסיו וחל אף במקום הניזק דבא בכח שעבודו ששעבדו התורה דשניהם שוין:

אך י"ל להמבואר ברמב"ן וריטב"א גיטין שם דאף בכתב לו שבח מ"מ מן לקוחות כ"ע מודים דאינו גובה אם נשאר מקום לגבות. ולפי"ז יש לומר דזה טעמא דאביי ומ"ז משמיה דרב נחמן דסברו דאינו גובה מיתומים כיון דלא סמכא דעתיה דמלוה שיגבהו מן העידיות דיכול להבריחן ולמכרן ולענין זה הוי כמטלטלין דלא משתעבדי הואיל דיכול להבריחן דהא נמי יכול למכרן ולא יגבה ואף למ"ש לעיל מד' רשב"א בתשובה דלגבי הלוה אף מטלטלין משתעבדי דסמך דעתיה עליהן שלא יבריחו הואיל דעשה לו טובה וגם שלא יהי' לוה רשע מה שאין כן לגבי יתומים מ"מ זה דוקא לענין שלא ישלם לו כלל ע"ז סומך דעתו שלא יבריחן שלא יהיה לו תשלומין זה לא יעשה הלוה אבל לענין שבח נכסים שיגבה דוקא מעידיות ע"ז ליכא סמיכת דעת דאף אם לא ישלם לו מעידיות לא יהי' גם כן לוה רשע ולכך אינו גובה מיתמי הואיל דליכא סמיכת דעת על שעבוד דעידיות כנ"ל דיכול למכרן וזה שאמר שם בש"ס תדע דהא בע"ח דיניה בבינונית ומיתמי בזיבוריות אף דודאי כל כוונת הבע"ח היה על דינו שהוא בבינונית מ"מ כיון דיכול למכור הבינונית וישאר הזבוריות ואז לא יגבה כדינו רק מזבורית מפני תיקון העולם לכך לא סמכא דעתיה ואינו גובה מיתומים רק מזבוריות לכך אף בכתב שבח אינו גובה מיתומים דלענין זה הוי כמטלטלין ורבא סובר דלא תליא בזה דמ"מ כיון שהוא קרקע גובה כפי שמשעבד לו והא דאינו גובה מיתומים רק מזיבורית הוא משום דלגבי יתמי אוקמו אדאורייתא אבל בפירש לו שבח גובה אף מן יתומים דמהני השעבוד מן התורה ולאביי אף דמהני השעבוד מה"ת מ"מ לא הוי רק כמטלטלין לענין זה לבתר דתקנו דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין ולכך אינו גובה מיתמי גם כן רק מזיבורית וכנז'. ולפי זה יש לומר גם כן הא דמניה דידיה בכתב לו שבח גובה מעידיות הוא משום דהכי אתנו אבל לא מטעם שעעבוד וממילא יש לניזק דין קדימה לגבות מעידיות והא דמבואר (סי' ק"ח) בכתב בו שבח אף מיתומים היינו ממנו ומן יורשיו דאז גובה דבכהאי גונא אף מטלטלי דיתמי משתעבדי דגלי דעתו דסמך רק ע"ז ועיין או"ת (סי' ק"ז) וצ"ע בזה:

סימן ה

כתב הרמב"ם (פי"א) ממלוה המלוה את חבירו בפני עדים או שאמר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לזה מנה או אתם עדים כו' זו נקראת מלוה על פה ואין צריך לפורעו

בעדים לפיכך אם טען פרעתי נשבע היסת ונפטר אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפורעו בעדים כו' לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותן ונותנין למלוה שלא יחזירו למלוה ע"פ עדות בשטר עד שאומר להן הלוה כתבו שטר וחתמו ותנו לו אעפ"י שאמר להן כך צריכין להמלך בו אחר שחתמו בשטר ואחר כך נותנין השטר ביד המלוה ודעת הראב"ד שלא נאמר בש"ס פ' אעפ"י דצריך לאימלוכי ביה רק בתוספו' כתובה אבל בהודאות והלואות לא צריך לאמלוכי ביה ובמ"מ שם משום דשטרא איגלוי מילתא בעלמא כיון דאמר כתבו כותבין ונותנין ואע"ג דגבי ממשעבדי הא שעבד נפשיה והש"ך (סי' ל"ט) כ' דהרמב"ם יחיד הוא בדבר:

ובאמת מצינו דאינו יחיד דבש"מ כתובות שם הביא דעת ר"י מטראני שהביא דעת רש"י ור"י מיגאש דבאודיתא מכי אמר לעדים כתבו וקבל עליו שתהיה מלוה בשטר תו לא צריך לאמלוכי ביה וכ' וז"ל ואינו נראה לי לחלק בין שטר אודיתא לשטר מתנה דגם בשטר אודיתא אעפ"י שהמעות בידו כיון שבשעת הלוא' לא קבלה ע"ד מלוה בשטר אלא רוצה לעשות עכשיו מלוה בשטר כיון שלא הגיע השטר ליד המלוה יכול לחזור בו אעפ"י שאמר כתבו וצריך לאמלוכי ביה דבאודיתא נמי פליגא עכ"ל הרי דדעתו כדעת הרמב"ם וכן הסמ"ג עשין (צ"ד) כתב גם כן אף בשטר אודיתא צריך לימלך. אך דוקא בשטר אודיתא שהלוהו לו בסתם לא ע"ד שיכתוב לו שטר ואחר כך רוצה לעשות מלוה בשטר דבזה יכול לחזור ולא יהיה צריך להחזיר המעות לכן אף דאמר כתבו כ"ז שלא בא ליד המלוה יכול לחזור בו אבל אם בשעת הלואה בפני עדים אמר להם כתבו דע"ד זה הלוהו ואם לא יתן לו שטר יכול המלוה לתבוע מעותיו בהחזרה כמבואר בטוש"ע בזה מודה הר"י מטראני דאין צריך לאמלוכי וכן נראה מדקדוק לשון הרמב"ם שכ' היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה משמע דוקא בזה כתב אחר כך דצריכין להמלך בו וכ"כ המ"מ דרבינו ז"ל מפרשה אף בהודאות משמע דאם בשעת הלואה היינו המתן מעות אמר לעדים כתבו ועד"ז הלוהו בזה גם הרמב"ם מודה דלא צריך לאמלוכי ביה ואף בשטר מתנה כ' שם בר"ן ובש"מ בשם הראב"ד להקשות דלמה חוששין לשמא נמלך נימא דהיה לו לחזור אחריהם ולהודיעם דסתם שליח עושה שליחותו וכתב דהכא במאי עסקינן שאמר להם מן האירוסין כתבו בשעת הנשואין כיון שגילה דעתו שאינו רוצה לכתוב מעכשיו חוששין שמא חזר בו אבל כשאומר כן בשעת נשואין אין צריך לימלך בו שאלו חזר בו היה רץ אחריהם וכתב וכן נראין הדברים. אם כן בשטר הודאה דגם כן צריכין לימלך לדעת הר"י מטראני יש לומ' גם כן כיון דכבר היה ההלואה בלא שטר חוששין שמא חוזר בו ומשמע אף אם אמר כתבו וכתבו וחתמו מיד דצריכין לימלך

קודם הנתינה משום דעשה מילתא יתירה מה של"ה צריך חיישינן טפי אבל אם העדים ראו ההלואה ושהיה ע"ד שיכתוב לו השטר ואמר כתבו דבזה כבר נתחייב הלוה ליתן לו השטר כ"ע מודים דלא צריך לאמלוכי ביה. ולפי זה צריך לומר הא דכתב המחבר בש"ע (ס"ב) המלוה את חבירו בעדים אין כותבין עדותן כו' עד שיאמר להם הלוה כו' צריכין לימלך היינו שהלואה היה בעדים אבל לא נתחייב לו הלוה בשעת הלואה שיתן לו שטר ועיין בפרישה בביאור דברי הטור דכ' לפיכך אעפ"י שראו עדים דקאי על המלוה את חבירו בעדים דהוי מלוה על פה ואינו יכול לומר לעדים לא לויתי לו בפניכם כי אם ע"ד שיכתבו לי שטר וכמו שהדין הוא בקנין קמ"ל דלא כן הוא. ובכה"ג אף שאמר אח"כ הלוה כתבו צריך לימלך כיון דאם חוזר בו אינו חייב להחזיר המעות אבל אם בשעת ההלואה אמר כתבו דבזה ע"ד השטר הלוהו לכ"ע א"צ לימלך ביה ולדינא כ' הלבוש ע"ד היש חולקין דל"צ לאמלוכי ביה וכן נוהגין:

והתומים הקשה לשיטת רמב"ם דמה צורך יש באמירה דכתבו כיון דצריך לימלך קודם הנתינה וכתב דנ"מ דל"ה כזכרון דברים בעלמא ומפי כתבם הוא ואם אמר כתבו אף דחוזר קודם הנתינה ואינו גובה ממשעבדי מ"מ אם בא ליד ב"ד דנין ע"פ לענין טענות להד"מ אם אין העדים זוכרין כיון דכתב ע"פ צוואת הלוה. ונ"מ בזה גם לדעת החולקין דאין צריך לאמלוכי מ"מ אם מוחה ביד העדים שלא יתנו אינם רשאים ליתן דמ"מ תורת עדות ע"פ יש בשטר זה. אך לכאורה יש לומר דהא כל חילו של שטר דל"ה מפי כתבם כתב הבעה"מ מס' יבמות וסייעתו דל"ה מפי כתבם רק מפי כתבו דמה שהעדים חתמו על השטר הוא בשליחותו דהמתחייב ואם כן יש לומר אם מבטל אחר כך ואינו רוצה ואתי דיבור ומבטל דיבור הוי כאלו נכתב שלא בציווי הבע"ד ושלא בשליחותו והוי מפי כתבם דלא מהני. וכבר חשבתי דזה טעמו של הרמב"ם הל' גירושין דסובר בגט בטלו מבוטל כשמבטל להגט גופיה דאינו חוזר ומגרש דמבטל השליחות והוי כנכתב שלא בשליחות וכן העדים כאלו חתמו שלא מצוואת הבעל ומצאתי שכתב כן בס' תורת גיטין ר"פ השולח ומטעם הנ"ל דהוי חתימת העדים כאלו חתמו שלא בצוואת הבעל והוי מפי כתבם ועיין קצוה"ח (סי' ס"ה ס"ק ח') בזה וה"נ כיון דמוחה אחר כך ליתנו נתבטל הצווי של המתחייב והוי שוב מפי כתבם אף לענין מלוה על פה. גם למה שכתב הרי"ף יבמות דכ"ז דאיתא לשטר תחת יד העדים עדיין ל"ה כנחקרה עדותן בב"ד עד דנפיק מתותי ידי' דבע"ד דאז הוי כנחקרה ועיין (סי' מ"ו סל"ה) ובנתיבות שם (ס"ק י"ט) בביאור דברי הרי"ף ואם כן אם מוחה בידי העדים שלא ליתנו אף אם בא ליד ב"ד ל"ה רק מפי כתבם כל זמן שלא בא ליד הבעל דבר:

וראיתי בתשובת ר"י הלוי שציין הש"ך עליו (ס"ק ד') וכתב שאין דבריו נ"ל ושם (סי' ק"ח) עמד להקשות על הרמב"ם דמה מהני כשאמר כתבו כיון דסוף סוף צריך לאמלוכי ביה קודם הנתינה וכקושית התומים וכ' משם רבו הה"ג מ' אהרן חסון ז"ל דמה דצריך המלכה הוא רק לענין שיתנהו ביד המלוה ולענין כתיבה תיכף כשאמר כתבו כותבין והשטר עומד קיים ביד העדי' וגובה בו ממשעבדי ואם יתרצה יתנהו ביד המלוה שמצי למכו' לאחר בכומ"ס מה שאין כן כשנתחרט נשאר ביד העדים ואינו יכול למכור לאחר ולכך מדייק הרמב"ם ואחר כך נותנים השטר ביד המלוה דמשמע לענין לחזור ממלוה על פה למלוה בשטר כשיאמר כתבו וחתמו סגי בהכי רק המלכה צריך לענין נתינת השטר ביד המלוה וזה באמת דבר תימא דבמה זכה המלוה בשעבודו כיון דהרמב"ם איירי בשטר הודאה ול"ה נתינת ההלואה ע"ד לכתוב השטר רק אחר כך רוצה לעשות מלוה בשטר במה זכה בשעבודו כיון דלא קיי"ל עדיו בחתומין זכו לו. ועוד דהא כל הטעם דצריך לאמלוכי ביה כתב הרא"ש משום דאיכא רגלים לדבר שרצונו שימליכו בו מדלא הקנה מיד בקנין סודר וטעם הזה הוא גם כן על שטר הודאה והלואה כמו שכתב התומים וכן כתב להדיא טעם הזה בסמ"ג שם וקאי גם על הודאה כשיטת הרמב"ם אם כן עיקר מה דצריך לאמלוכי ביה הוא על עיקר השעבוד אם חל או לא וממילא אף אם כתבו וחתמו ואחר כך מיחה בהעדים שלא ליתנו לא חל השעבוד לגבות ממשעבדי ואף לענין מלוה על פה הדברים צ"ע למה ול"ה מפי כתבם:

והנה ממה דכתב הרמב"ם דלכך אין כותבין עדותן ונותנין שלא יעשה ממלוה על פה מלוה בשטר משמע לכאורה מדכתב לפיכך דהטעם הוא משום דעל מלוה על פה נאמן לומר פרעתי מה שאין כן על מלוה בשער וכן כתב הרשב"ם ב"ב (דף מ') דחוב הוא ללוה ולא ניחא ליה דהשתא נאמן לומר פרעתי מה שאין כן כשיהי' בידו שטר ולכאורה אם כן אם הלוה בפני עדים והתנה שלא יפרענו אלא בפני עדים דבכה"ג לעולם אינו נאמן לומר פרעתי כותבין. אולם הטור כתב דלכך לא יכתבו שטר משום דנ"מ לענין לגבות ממשעבדי ולדבריו נ"מ נמי אם כותב בפירוש שלא באחריות יכולין לכתוב וכתב הב"ח דאין לפרש כן דברי הטור דלמה כ' הטור שאולי אינו רוצה שיהיה לו שטר עליו תפ"ל משום דעל ידי השטר שנכתב סתמא יטרוף מלקוחות שלא כדין [וכוונתו אף דזה לא איכפת לן דהא מדאורייתא אשתעבדו נכסיו ואף מלוה על פה גובה מלקוחות רק הואיל דלית לי' קלא חששו חכמים לפסידא דלקוחות ואם כן סוף סוף כיון דעל ידי השטר אית ליה קלא יטרפו מן לקוחות כדין ואולי סובר הב"ח דכיון דחכמים הפקיעו השעבוד ולא חל משעת נתינת ההלואה השעבוד נכסים יטרפו שלא כדין מן הלקוחות שקנו ולא

שמעו מן הקול שחייב לזה רק היכא דנשתעבדו הנכסים מאז על ידי הלואה מדאורייתא ומדרבנן נפקע רק אם הלוה בשט' אז לא חששו חכמים לאלו לקוחות שלא ישמעו מן ההלואה אבל אם לא צוה המלוה לכתוב השטר מה"ת יעשו שעבוד שלא כדין מה שלא נשתעבד אחרי דהפקיעו החכמים השעבוד כשלא נכתב שטר ויטרוף המלוה מלקוחות שלא שמעו להקול שלא כדין וגם אף אלו ששמעו וקנו יטרוף מהם שלא כדין] אלא ודאי אפילו יכתבו לו בפירוש שלא באחריות נמי לא יכתבו לו שטר כלל משום דזיילי נכסיה ומפרש דברי הטור בדרך אחר עיי"ש וכן בפרישה מפרש דברי הטור ג"כ על אופן שלא יכתבו שטר כלל דל"ל ללוה דליפשו שטרות עליו וכמו שכתבו תוס' ורא"ש עיי"ש. ויש לומר דמתוס' ורא"ש אינו ראיה דהם כתבו על הא דאמר רב שני שטרות הן זכו בשדה פלוני לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה דאף דליכא נ"מ להמוכר או להנותן ואינו מזיק לו מ"מ משום דזיילי לנכסיו או דלא ניחא ליה דליפוש שטרי ושם הוא כשמוחה המוכר בפירוש בהעדים שלא יכתבו. אבל בסתמא כשהודה בפני שנים או שלוה בפני שנים יש לומר דלא קפדינן על טעם זה למחות בהעדים שיכתבו השטר אף דלא צוה הלוה רק משום דנ"מ או לענין טענות פרעתי או לענין לגבות ממשעבדי אבל אם התנה שלא יהיה נאמן לומר פרעתי וכן במפורש שלא באחריות יש לומר דרשאין לכתוב השטר אף שלא צוה וכמו דמשמע לכאורה מדברי הרמב"ם ופשטות לשון הטור והרשב"ם ב"ב:

ועיין תשובת הרי"ף (סי' קצ"ו) דנשאל אם ראו עדים ההלואה אם עדים כותבין א"ד כיון שלא אמר הלוה קנו ממני או כתבו א"ל לכתוב והשיב העדים שראו ההלואה ול"א להם אתם עדים לא יועיל להם הדבר כלום לכתוב וליתן שאפשר שאותה הלואה לא הוי הלואה אלא פשרה היתה אצלו וזה שנראה להם שנטל דרך הלואה שמא עשה כן שיענה נפשו או משום דבר אחר הלכך אינו רשאי לכתוב שטר עכ"ל ולעיל מניה (סי' קצ"ד) כתב דאתם עדים בלחוד אינם רשאים לכתוב שטר עד שיאמר כתבו עלי שטר וצריך לומר דשם איירי באופן דיש נ"מ או לענין טענות פרעתי או לגבות ממשעבדי וכאן איירי שיכתבו שטר בלא אחריות ובאופן דליכא טענות פרעתי כגון שראו הלואה לזמן וכדומה באופנים שלא יתוסף כחו על ידי שטר כ' טעמים אחרים שלא יכתבו שטר. ובאמת כבר כ' הרמב"ן ב"ב (דף ע"ז) והרשב"א בתשובה ובחידושיהם קידושין (דף כ"ו) שאפילו בלא שום טעם אם רצה חוזר דספר מקנה בעינן וכיון שלא רצה אין כותבין לו שאין שטר זה כלום. ואם כן בלא צווי הבעלים אין כותבין דל"ש שליחותיה דהמתחייב שלא בצוויו וכבר מצינו מחלוקת בטעמא דהודאה בפני שנים בקרקע ואין צריך לומר

כתבו בתשובת רשב"א (סי' אלף רי"א) וחידושי ר"ן סנהדרין (דף כ"ט) ויבואר אי"ה לקמן (סי' ו') בטעם הדבר דהיכא דלא יש שום הפסד ל"ב מדעת המתחייב. שוב ראיתי בגדולי תרומה (שער מ"ח) דכתב סברא הנ"ל דל"נ ליה דליפשיה שטרי הוא רק כשמוחה בפירוש אבל מן הסתם לא בעי לאמלוכי בשביל זה והגאון מהרי"ט אלגזי ז"ל בש"י (דף קל"ד) השיג עליו מדברי תשובת הרא"ש (כלל ס"ה) דמבואר דאף מן הסתם חיישינן על ל"נ לי' דליפשי שטרי ועל יסודו של הג"ת שם ל"ק עליו כ"כ דהוא קאי שם בהדיא להקשות על הר"י מיגאש ז"ל ושיטתו הוא דבקנו מידו אף אם מוחה לכתוב השטר לא צייתינן ליה כמבואר בש"מ כתובות שם וע"כ דקאי בשיט' הסוברים דלא חיישינן כלל על אפושי שטרי אולם מדברי רמב"ם ורשב"ם ורי"ף מבואר ע"כ דהיכא דלא יש שום נזק להמתחייב כותבין ול"צ לאמלוכי ביה ויבואר עוד אי"ה לקמן מזה:

על מה שכתב שם הרא"ש והסמ"ג הטעם דצריך לאמלוכי ביה קודם נתינת השטר דהא אם אמר לשלוחו תן חפץ זה לפלוני מסתברא דא"צ לאמלוכי ביה ש"ה דאיכא רגלים לדבר מדלא הקנו מיד בחליפין ש"מ דאין רוצה להקנות לו מיד ורוצה שימליכו בו. ומזה מבואר דלא כסברת הראב"ד שבש"מ שהבאתי לעיל דדוקא בתוספת כתובה שצוה מן האירוסין שיכתבו בנשואין רק אף בסתם שטר מתנה צריך לאמלוכי אף אם צוה לכתוב ולחתום וליתן מיד. ויש להבין נימא באומר הוליך אותן ג"כ דמדלא אמר לו לזכות בעד פלוני ולהוליך שהוא רוצה שימליך בו בטרם שיתן. וראיתי בנתיבות שהקשה הא באומר תן שטר מתנה זו גם כן אין צריך לימלך וכ' דשאני הכא דעושה שתי שליחות על הכתיבה ועל הנתינה ולהרא"ש היה קשה מכתבו ותנו בגט אשה דג"כ א"צ לימלך בין כתיבה לנתינ' ולא אדע מה נ"מ בין ב' שליחות לחד ומגט בלא"ה ל"ק דודאי לא מקדים אינש פורענותא לנפשיה כמבואר בש"ס ואם לא גמר בדעתו לגרש ל"ה מצוה ליתן וגם היה די לו לומר כתבו אם עדיין רוצה להמלך. גם יש לומר דהא כבר הקשו האחרונים ובס' מח"א אמאי מהני השליחות על הנתינה בטרם שנכתב הגט הא הוי שליחות על דבר שלא בא לעולם וכתבו דע"כ צ"ל דעשאם כשלוחים להיות במקום הבעל לגרש האשה כאלו היא אשתו והאשה היא בעולם ועיין נתה"מ (סי' רמ"ג) ושם כתב שגם באומר כתבו ותנו בשטר מתנה עשאן כבע"ד על שדהו לתת במתנה או למכור עיי"ש ובאמת בשטר מתנה ומכר לא צריך שליחות על הנתינה דהוי רק כמעשה קוף בעלמא כיון דבד"מ אף טלי שטר מתנה או מכר מעל גבי קרקע נמי מהני ולא בעי נתינה מיד המתחייב כמו גט רק על הכתו"ח ובזה לא צריך להמלך דמה"ת נאמר דחזר מוקמינן אותו על חזקתו הראשונה דלא הדר ביה וכשכותבין ונותנים על הנתינה הא לא צריך שליחות כלל רק גילוי דעת

שהתרצה להרשות להזוכה לזכות. ובשטר מתנה שפיר קאמר הרא"ש כיון דלא הקנה בק"ס איכא רגלים לדבר שלא גמר עוד בדעתו להקנות לו מיד ולכך צריך לאמלוכי ביה. אבל לגבי גט באומר כתבו ותנו דעשאן במקומו על הכל דהא צריך שגם הנתינה יהיה בשליחותו ועשאן כבעל על האשה בזה מוקמינן הדבר על החזקה דמסתמא לא הדר ביה ועיין ב"ח אה"ע (ס' ק"מ) ואם כן היה יכול לתרץ הרא"ש בפשיטות הואיל דעשאן על שני שליחות לכך צריך לאמלוכי א"ו דזה אינו סברא לחלק:

וי"ל דכוונת הרא"ש דהא יש נ"מ בין קנין לאומר כתבו וחתמו ותנו דאם יתאחר הדבר ולא יכתבו היום לא יוכלו לכתוב רק מזמן הכוה"ח משא"כ כשיש קנין נגמר הדבר מיד אם כן שפיר יש רגלים לדבר שאינו עושה הדבר בעין יפה ורוצה שימליכו בו משא"כ במוסר חפץ ואמר תן דליכא כל כך נ"מ אם יזכה בו מיד או אח"כ כשיבא לידו וגם אולי אינו רוצה להאמין להם על של הזוכה ולכך אמר תן. ובמוסר להם שטר מתנה אין צריך להמלך דשם ליכא ריעותא במה שלא הקנה מיד על ידי קנין סודר כיון דשטר מתנה כבר נכתב. עוד נראה קצת לחלק בין מוסר חפץ כיון שכבר הוציא הדבר מת"י ומצוה למסור מסתמא סילק רשותו וברצונו שימסרו כיון שהוציא מת"י מה שאין כן כשמצוה לכתוב דלא הוציא שום דבר מרשותו רק צווי בעלמא בזה כל מה שיש איזה ריעותא שלא הקנה על ידי קנין יש לחוש ולהסתפק בדבר ולכך צריך לאמלוכי וז"פ:

ונראה אף אם אמר לעדים כתבו וזכו בו בעד המלוה דמהני לדעת הי"א בש"ע (סי' רמ"ג סי"א) ול"א דהוי כעשאן שליח לדבר שלא בא לעולם אם ל"ה קנין רק שטר קנין ובשטר קנין הלזה כשיבא ליד המלוה יזכה בשעבודו מ"מ צריך לאמלוכי ביה דזכותן שעשאן שלוחיו לזכות לא עדיף מאומר כתבו ותנו דצריכין לאמלוכי קודם שיתנו הכי נמי צריכין להמלך ביה קודם שיזכו בשבילו וכן כתוב בנתיבות המשפט שם (ס"ק ו') וראיתי בש"י להגאון בעל מהרי"ט אלגזי ז"ל (דף קמ"ח) דעמד בדעת הרמב"ם דסובר דתן כזכי אף במתנה אמאי צריך לימלך אחר הכתיבה הא הוי כאומר להם זכי בשטר דשוב אינו יכול לחזור בו והאריך בזה ולבסוף הוכיח מזה דדעת רמב"ם כדעת הרמ"ה שם דאף אם אמר כתבו וזכו לו בשטר גם כן יכול לחזור בו דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולא ידעתי מאי חילוק יש בין תנו לזכו דבכל אנפי כיון דלא הקנהו בקנין סודר ורוצה להקנות רק בשטר ש"מ דא"ר להקנות לו מיד ורוצה שימלכו בו אם כן אף באומר כתבו וזכו כל דלא היה קנין סודר צריך לאמלוכי ביה אם עומד בדבריו שיזכו בו בעד המלוה כמו בכתבו ותנו ולקמן (סי' רמ"ג) ע"כ איירי דהיה ק"ס:

סימן ו

הודה בקרקע בפני ב' כותבים ונותנים אף על פי שלא אמר להם כתבו כמבואר סנהדרין (דף ל') כמר זוטרא וכתב בש"ע שאין כאן לחוש לתובעו פעם שניה ובחידושי ר"ן שם הקשה הא כל שלא נעשה מדעת המתחייב הוי מפי כתבם וכתב כיון שאין שום קפידא ונזק אמדינן ליה לדעתיה דמודה בזה דלכתבי שטרא וניחא ליה וכותבין מן הסתם כאלו היה מדעת המקנה וצוה לעשות שטר. וכתב הקצוה"ח דהיכא דמוחה בפירוש שלא ליכתבו הודאתו אין כותבין כיון דלא נ"ל ואם כתבו אף העדא עדים ל"ה וכתב שכדברי הר"ן כתב הרשב"א בתשובה. ולא מצאתי כן ברשב"א בתשובה ואדרבה מבואר מתשובת הרשב"א דלא אתי עלה מטעם דניחא ליה דבח"ר (סי' אלף רי"א) כתב שם להשיב להשואל על מה שדן שם (סי' אר"ט) במקדש לפני עדים והוציא שטר חתום בעדים שבפניהם קדש לפלונית וכתב דהוי מפי כתבם דאין עדות אלא בשטר שנעשה מדעת המתחייב כשטר מקנה שממנו אנו למדין שהמוכר צוה לכתוב וכל שנעשה שלא ברצון המתחייב אינו אלא כפנקס בעלמא וזה שאמרו הודאה בפני ב' וצריך לומר כתבו ועל זה כ' השואל להקשות ממודעה ומחאה והשיב דהתם הקרקע בחזקת בעלים עומד ועל שלו מוסר דבריו בפני אלו ואין כותבין אלא מה שאמר להם זה שהוא בעל הקרקע ולתועלתו הן כותבין ואין מעידין כלום על מה שאמר המחזיק שיעכב הוא בכתיבה מה שאין כן בכל מה שיתרבה שום חיוב ושעבוד כהלואה והודאות מטלטלין אבל הודאות קרקע שאין מתרבה עליו שום חיוב בשלו כותבין ובמודה שמכר או שנתן אין כותבין אלא מדעתו לפי שהוא מחויב עכשיו בשל עצמו ובשל עצמו אעפ"י שאין מתרבה עליו שום חיוב בין בע"פ לכתיבה אין כותבין אלא מדעתו ואין לו דין שטר דדומיא דשטר מקנה בעינן ואפילו נותן מתנה שדה לחבירו בפני ב' שא"ב שום אחריות אין כותבין אלא אם כן אמר כתבו ואפילו אמר קודם שהספיקו לכתוב אפילו החזיק בשדה חוזר בשטר ועיקר טעמו משום דכל שטר משטר מקנה ילפינן וכל שהמתחייב בשלו אינו עושה את העדים שלוחין לכתוב אין עדותן בשטר עדות וזה ההפרש שיש בין הודאה בקרקעות של חבירו למוכר ונותן בקרקעות שלו שבאלו צריך לומר כתבו ובאלו אין צריך לומר כתבו עכ"ל והמתבאר בדבריו כל שעושים שטר על של המתחייב של"מ לא מהני אף דאין שום נ"מ והמודה שמכר את שלו או שנתן אין כותבין אלא מדעתו לפי שמחייב בשל עצמו והא דהודה בקרקע של חבירו דכותבין היינו דהודה שהוא של חבירו א"כ אין כותבין על המתחייב כלל כיון שלא הודה שמכר או שנתן רק שקרקע שהוחזק בשלו הוא של חבירו בזה ל"ב כלל דעת המתחייב דאינו מתחייב בשלו רק שהודה ששל חבירו הוא

ל"ב שלוחין לכתוב וזה טעמא דמהני בשטר מודעה ומחאה ובשטר שכותבין לראיה ביד המקדש שבפניהם קדש לפלונית מעידין על האשה ואף דליכא שום נ"מ לה מ"מ אינו דומה לשטר מקנה אם לא נעשו שלוחין מדעתה כיון שמתחייבה בשלה. ומהתימא על ספר המקנה אה"ע (סי' מ"ב ס"ד) שכתב ולא זכיתי להבין דברי רשב"א שהביא ראיה מאודיתא שם ל"נ ליה לאלומי למהוי מלוה בשטר אבל בשטר קידושין דליכא ריעותא דמי ממש להמודה בקרקע עיי"ש שהאריך בזה והא הרשב"א בעצמו שם כתב הטעם דבהודה בקרקע דכותבין הוא דוקא אם הודה על של חבירו שהוא שלו דאינו מתחייב בשלו זה אין צריך שליחותן של העדים ומה"ט שטר מודעה ומחאה כותבין אף בלא צוה ואם הודה שמכר קרקע או שנתן קרקע שלו לחבירו בזה אף אם לא מתרבה שום חיוב בכתיבת השטר אין כותבין אלא מדעתו. ולפי זה גם שטר קידושין אף שלא נתרבה שום חוב על האשה והאיש מ"מ כיון דמעידין עליהן שזה קנה זו אין כותבין אלא מדעתן דבעינן דומיא דספר המקנה והא דהודה בקרקע דכותבין היינו בהודה שהוא של חבירו וכמבואר ברשב"א:

ואף אם מוחה אחר כך כותבין כיון דהכתיבה הוא על של זה ולא על של חבירו כמבואר מדברי רשב"א ואם מודה שמכר או שנתן בזה כיון דמחייב עכשיו בשל עצמו. ואם כן משמע דיש מחלוקת בהודה בקרקע דכותבין בין רשב"א ור"ן דלדעת רשב"א דוקא בהודה שהוא שלו ובזה כותבין אף אם מוחה מלכתוב אבל בהודה שמכר לו או שנתן בזה אין כותבין בלא דעתו ואם כתבו הוי מפי כתבם ולדעת הר"ן בכל אנפי יכתבו בהודה בקרקע מטעם דניחא ליה ואם מוחה אין כותבין. ומדברי הש"ע משמע כדעת רשב"א דלעולם כותבין בהודה בקרקע משום דליכא שום חשש דיתבע פעם שנית ולא מטעם דניחא ליה. אולם דוקא בהודה שהוא שלו אבל בהודה שמכרו לו אין כותבין רק מדעתו כמבואר ברשב"א:

וראיתי בכנה"ג בהגהות ב"י (אות ל"ג) שכתב שאם הודה שמכרו לו אין כותבין דשמא בעדים מכרו לו ואם יכתבו שטר עליה אם יבא בעל חוב של מוכר ויטרוף גובה האחר מן המשועבדין ואם אין שטר אינו גובה אלא מב"ח ואף על גב דמוכר שדהו בעדים גובה ממשועבדים דוקא בעדי מכירה שמוציאין הקול דמאן דזבין בפרהסיא זבין אבל עדי הודאה אין מוציאין הקול והדברים תמוהין הא להדיא כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל דבהודה שמכר אינו מתרבה עליו שום חיוב בין בע"פ לכתיבה והמוכר בפני שנים אין כותבין שלא מדעתו אע"ג דקיי"ל כרב הרי מבואר דאף בהודה שמכר גובה מנכסים משועבדין ולא נתרבה שום חיוב. שוב ראיתי בספר שמחת יו"ט להרב הגאון מהרי"ט

אלגאזי (דף קל"ד) שהשיג על הכנה"ג מדברי רמב"ן ב"ב המובא בטור (סי' רל"ח) דכותבין שטר למוכר אם מעיד ע"ע שקבל דמים ומכר לו בכסף אף בלא שטר הקנאה ומבואר דאין חילוק לענין קול בין עדי הודאה לעדי מכירה עיי"ש אולם אף דאין חילוק בין עדי מכירה להודאה לענין אם כותבין מדעת המוכר מ"מ בהודה שמכר מבואר מדברי הרשב"א דאין כותבין אף דלא מתרבה שום חיוב דאינו דומה לס' המקנה כיון שנכתב חיוב עליו צריך שיהיה מדעת המתחייב. ובאמת קצת יש לדקדק בדברי רשב"א שכתב בהודה שמכר אינו מתרבה עליו חיוב בין בע"פ לכתיבה הא מ"מ נ"מ לענין אחריות אם יבא בע"ח ויגבה ממנו דחוזר על המוכר ואם אין בידו שטר יכול לומר אחר כך פרעתי וכשיהיה בידו שטר לא יהיה נאמן וכן מבואר ברמב"ן ב"ב (דף ע"ז) דאעפ"י שמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אם טען פרעתי לאחר טירפא נאמן הלכך לא ניחא ליה לשויי דעל פה בשטר עיי"ש וצריך לדחוק בדברי רשב"א דכוונתו דליכא נ"מ כיון דיכול לומר אל תפרעני אלא בעדים ואעפ"כ אין כותבין מטעם דא"ד לספר המקנה כל שכותב חיוב עליו בלא דעתו:

וראיתי בשלטי הגבורים פ' חזקת הבתים דתמה על הרשב"א דכל שמתחייב בשלו אין עושה את העדים שלוחין לכתוב ואין עדותן שבשטר עדות מדבריו (סי' אלף ל"ד) דכתב במכר ובהלואה שלוחי קונה ושלוחי מלוה הוו ואינם יכולים לחזור מה שאין כן בנותן דמדעתו יהיב ונותן הוא דעבדינהו שלוחין דידיה. וכבר כתב באורים (ס"ק י"ט) דשם כתב הרשב"א דאינו יכול לחזור הוא בקנין ומסיק דאף במתנה א"י לחזור כשהיה בקנין וכ' דע"כ אף דבוטל את שליחותו ומוחה מלכתוב והוי מפי כתבם הא דמהני הוא כמו במחאה דהוא תקנות חכמים כן נמי בקנין הוא תקנות חכמים דאינו יכול לחזור וכן במת המתחייב קודם שכתבו כותבין הא במיתתו נתבטל השליחות אלא דהוא מתקנות חכמים. אולם מדברי רשב"א לא נראה כן ולא נזכר בשום מקום שהוא מתקנה. וגם הא הוא כתב להדיא במחאה דהוי מן הדין הואיל דאין מעידין על המחזיק רק על בעל הקרקע וכן מבואר מדבריו (ח"ב סי' ת') דכתב דבקנין א"ח בשטר משום דסתם קנין לכתיבה ואינו יכול לעכב מלכתוב ואינו דומה לזכו בשדה דחוזר בשטר משום ששוב נעשה שלמ"ד המקנה ואנן שטר הנעשה על דעת המתחייב בעינן דומיא דס' המקנה אבל כשקנו מידו משעת קנין יש להם לכתוב ושטר מקנה הוא זה עכ"ל מבואר דלאו מתקנות חכמים הוא רק שהוא שטר מקנה וכן מבואר מדבריו שבסי' (אלף ל"ד) דכ' ודוקא קנו מידו בכה"ג שלוחי מלוה וקונה הם הרי דלאו מטעם תקנת חכמים הוא וכן מדברי רמב"ן ורשב"א חידושי קידושין (דף פ"ו) שכתבו שהסכימו הגאונים דבקנין אינו

יכול לחזור וכותבין בע"כ מוכח טובא מדבריהם דלאו מטעם תקנות חכמים רק מן הדין. אולם מ"מ יש להבין בטעם הדבר:

ברם כנראה דעיקר הטעם על פי שכ' בש"מ ב"ב (דף מ') משם ה"ר יונה בהא דקיום שטרות בג' דבתרי ל"מ סהדותייהו דאמרינן מפיהן ולא מפי כתבן כתב וז"ל ואע"ג דבשטר שהוא זכותו של אדם ולהיות בידו לראיה אין אומרין בו מפיהן ולא מפי כתבם כגון שטר מכר ומחאה ומודעא ה"מ במעשה הנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר בפניהם בכגון זה רשאין להעיד בשטר דגמרינן לה מספר המקנה אבל עדות שאין יודעין מעצמן כגון שמכירים חתימת ידי העדים או שראו באחד שהלוה את חבירו שלא נעשה המעשה בפניהם כדי שיהא שום קיום דבר בפני עדים בכה"ג ודאי לא נתנה עדות ליכתב דלא דמי לספר המקנה עכ"ל ולכאורה נראה מזה דגם בשטר לראיה על קידושין שהיה בפניהם גם כן יש תורת שטר ע"ז ול"ה מפי כתבם כיון דנעשה בפניהם שיתקיים הדבר ואף דל"נ מדעת המתחייב ולא כתשובת רשב"א הנ"ל אך יש לומר דשאני עדי קידושין דלא יש שום קיום להדבר בלתי עדים דאין דבר שבערוה פחות משנים וצריך העדים לקיום הדבר אף אם שניהם מודים אם כן לא נעשה בפניהם לקיום הדבר לראיה מה שאין כן בממון דלא איברי סהדי אלא לשקרי לכן מעשה הנעשה בפני עדים שיתקיים הדבר בפניהם זה גמרינן מספר המקנ' ורשאין להגיד בשטר. וסובר הרשב"א דכמו כן בהודה בקרקע שמכר אף דנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר מ"מ אין כותבין אלא מדעתו כיון דמעידין שמחייב עכשיו בשל עצמו ולקיום עיקר הדבר שיתקיים הודאתו צריך לעדים לכן אין כותבין שלמ"ד אף דלא נתרבה שום חיוב אבל אם מודה על קרקע שהוא שלו כותבין דאין מעידין על של חבירו. ובאומר זכו בשדה לפלוני אף דנעשו עדים לקיום הדבר מ"מ כיון דצריך להם שיזכו בעדו לא הוי כמעש' הנעשה בפני עדים כדי שיתקיים הדבר וצריך שכתבו מדעת המתחייב אף דליכא שום נ"מ ולא מתרבה החיוב מ"מ הוי מפי כתבם אם כתבו שלא מדעתו אבל בקנו מידו דקנין מילתא אלימתא הוא ואינו יכול לחזור וכותבין אף אם מוחה מלכתוב דסתם קנין לכתיב' עומד וכמזמין עדים כדי שיתקיים הדבר בפניהם ודומה לספר המקנה ולא צריך כלל לשליחות של המקנה רק של קונה. ומה"ט כותבין אף כשמת המקנה ונתבטל השליחות כיון דלא צריך כלל לשליחות של המקנה כמבואר מדברי תשובת רשב"א הנ"ל:

אולם זה הכל לדעת הרשב"א וסייעתו דסתם קנין לכתיבה עומד ואף אם חוזר כותבין בע"כ אבל לדעת הרשב"ם והרא"ש וסייעתם דרק דלא צריך לאמלוכי ביה אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אבל אם חוזר בהדיא לא כתבינן דמבטל שליחותייהו בזה כנראה

ע"כ צריך לומר הא דאם מת דכותבין ולא אמרינן דנתבטל שליחותן של העדים דהוא מתקנות חכמים כמו שכ' התומים באורי' [ועיין בס' דברי אמת קונטרס (י"א דף ק"ט ע"ב) דהוכיח דדעת הגאונים דעדות בקנין א"נ לומר פרעתי ולכך כותבין אף בלא דעתו לכן אם מת אף דבטל שליחותייהו מ"מ כותבין וזהו דוחק גדול לשוי' מחלוקת בזה] וקצת יש לומר למה דהאריך בקצוה"ח (סי' קפ"ח) לבאר בדעת רמב"ם אם היה בריא בשעת מינוי שליחות ואחר כך נשתטה דלא נתבטל השליחות והא דאין גט וקנין לאחר מיתה הוא מטעם דאף דלא נתבטל השליחות מ"מ כיון שמת אין זאת אשתו ולא זה עבדו דנפקע האישות והנכסים נפלו קמי יתמי כמו שכתב רש"י גיטין (דף ט' ודף י"ג) א"כ אתי שפיר כאן אף דמת לא נתבטל השליחות ואף דכל זכותו נפל קמי יתמי מ"מ כיון דליכא נ"מ לענין שום דבר ל"ש בזה ירושה ולא צריך דעת יתומים. אולם באמת דעת הטור אה"ע הוא כמו שכתב הקצוה"ח דכשמת נתבטל השליחות וכן באמת מבואר מדברי רש"י גיטין (דף פ"ח) במתניתין דכשמת בטל השליחות לגמרי ומה שהוכיח שם הקצוה"ח מש"ס גיטין (דף כ"ט) משם מוכח להיפך כאשר כבר עמד ע"ז בספר בית מאיר (סי' קכ"א) ואכ"מ בזה וכיון דנתבטל השליחות ע"כ הא דכותבין גם לאחר שמת או שהוא מתקנות חכמים כמו שכתב האורים או דיש לומר דהיכא דליכא מקנה אף דנתבטל שליחות מ"מ כיון דלא חזר בו מחיים כותבין ול"ה מפי כתבם. וראיתי בס' מוצל מאש (סי' ה') שכתב להסתפק להסוברים דיכול לחזור משטר אף אחר קנין אם מת ולא חזר בה אם יכולין היתומים למחות בעדים שלא יכתבו כיון דאי הוה אביהן קיים היה יכול למחות א"ד ל"א הכי אלא בטענה שהוא לפוטרו ממון ולכאורה מאי מקום הספק כיון דמבואר בטור דכותבין אף אחר שמת המקנה אף דנתבטל השליחות כשמת וע"כ או מתקנת' דחכמים או מן הדין כיון דליכא מתחייב ל"ב דעת המתחייב מה להן ליורשים בזה דכיון דאין כאן שום חיוב לא ירשו היתומים כלל זכות זה ובודאי אף אם היתומים מוחין מלכתוב לא משגחינן בהו דהוי כנכרים בעסק זה. אולם ספיקו הוא היכא דצוה לכתוב שטר הקנאה ולשיטת רי"ף בעינן דמטי לידו ויבואר אי"ה לקמן: **ועוד** כנראה דעת הרא"ש בפסקיו ב"ב (דף ע"ז) ובתשובה (כלל נ"ז) דהיכא דליכא שום נ"מ בכתיבת השטר כותבין אף אם מוחה שלא לכתוב ואם כוונת המוכר והלוה להפקיע דינו אנו מחוייבי' לרדוף אחר הצדק שלא יפיק זממו לעוות הדין רק הטעם דחוזר בשטר משום דל"נ ליה דליפשו שטרי עליה משום דזילי נכסי ולכך כשמוחה אין כותבין דאית ליה טענה אבל אם לית ליה שום טענה כותבין אף דהוי שלא מדעת מתחייב וע"כ דסובר כשיטת ר"י לאחר חזרה בתוס' כתובות וב"ב דאם נכתב כתיקון השטר הו"ל כמי

שנחקרה עדותן בב"ד ולא שייך מפי כתבם. ולכך אף דאין כותבין שלא מדעת המתחייב משום כשיש איזה הפסד מ"מ אם צוה לכתוב כ"ז שאינו מוחה כותבין אף לאחר מיתה די"ל כיון דגלי דעתו דאינו מקפיד במה דמפיש ליה שטרי שוב לא צריך לשליחות של המתחיי' כיון דבגוף הקנין ליכא שום קפידא ותוספת חיוב רק שלמ"ד אין כותבין אבל כיון דצוה לחתום סגי אם כותבין בשליחותייהו דהקונה כמו שכ' הרשב"א בתשובה הנז' ואף דבשלטי גבורים הנ"ל תמה ע"ז דמלשון שטר הנהוג משמע דהעדים הוי שלוחי לוה ומוכר ברור דדעת הרשב"א במ"ש (סי' אלף ל"ד) הוא דודאי כל תוקף שטר הוא אם נעשו עדים לקיום הדבר למען יעמוד ימים רבי' וכמו שכ' רבינו יונה הנ"ל דבכגון זה ראוין להעיד בשטר דגמרינן מספר המקצה והיינו שתכלית הענין היה לתת ביד הקונה לראיה ומפיהם ולא מפי כתבם דכ' בתורה הוא כשאינו אלא בשטר משמוש שכתבוהו העדים לדוכרן פתגמי דהיו באנפייהו כמו שכתב הרמב"ן מלחמות יבמות (פ"ג) אבל אם כותבין בלשון שליחות פלוני העדנו על הדבר זה תורת עדות בשטר:

ועיין נ"י ב"ב פרק חזקת הבתים בהא דמחאה בפני שנים דצריך שיכתבו בלשון שליחות ואם כתבו שמענו פלוני שמיחה כה"ג לאו עדות הוא ומפיהם ולא מפי כתבם אמר רחמנא ואע"ג דבעלמא בעינן צואת המקנה דומיא דספר המקנה היינו בדבר שבינו לחבירו אבל במחאה ומודעא אין הדבר תלוי אלא בו די שיכתבו בלשון שליחות עכ"ל וזה כסברת רשב"א דכל דאינו מתחייב משלו יכולין לכתו' שלא בשליחותו רק אם כתבו שמענו זה אין תורת שטר עליו ובעינן עכ"פ שליחותו של הרוצה להעיד על דבר זה עדים דומיא דספר המקנה דכתיב וכתוב בספר וחתום והעיד עדים היינו שמעמידם שיעידו ויכתבו בשליחותו ודברי רבינו יונה ורשב"א ונ"י כוונה אחת להם. ולכן כ' הרשב"א בתשובה הנ"ל דהוי שלוחו של הקונה היכא דל"ב דעתו של המקנה עוד. וא"כ אף לדעת הרא"ש דהיכא דיש איזה ריעותא להמקנה אינם רשאין לכתוב שלא מדעתו כל שהוא מוחה מ"מ יש לומר במודה דאין צריך שליחות של המקנה רק כל דגלי דעתו ואינו מוחה עוד מלכתו' סגי בשליחו' של הקונה ולכך אף דמת ונתבטל שליחותו כותבין ויש תורת שטר על זה דדומה לספר המקנה ועיין ברמ"א (סי' קמ"ו ס"ה) דפוסק כדברי הנ"י דאם כתבו שמענו דמיחה דל"מ ובסמ"ע כ' שם דלדעת ר"ת דאם ראוי להגיד בב"ד יכול להגיד בכתב מהני אם כתבו שמענו דמיחה ואאזמ"ו ז"ל בדברי משפט שם כ' דאף לדעת רש"י דפסול מפי כתבו אף בראוי להגיד י"ל כיון דמחאה דכשר מפי כתב הוא מתקנת חכמים כמו שכתבו תוס' ב"ב (דף מ') יש לומר אף דלא כתבו רק שמענו סגי דבדבר מועט מבטל החזקה והנ"י סובר דכשר מד"ת לכך צריך שיעיד בשליחות דומיא דספר המקנה

ואינו מוכרח כיון דבאמת דעת רש"י דלעולם אין כותבין שלא מדעתו כמבואר בדבריו קידושין (דף כ"ז) וכמו שכ' שם רמב"ן ורשב"א דכל שטר בעי שליחותו של המתחייב וע"כ לשיטתו הא דמחאה כשר מפי כתבם הוא מתקנת חכמים מ"מ כל מה דנוכל לתקן שלא יהיה מפי כתבם ממש רק שיהיה לו תורת שטר דומיא דספר המקנה דכתיב והעד עדים דנמסר להם לקיום הדבר מתקנין ולכך לא מהני כשכתבו שמענו דמיחה דאין ע"ז שום דמיון לספר המקנה:

והנה לשיטת ר"י ורשב"א כשמוחל לחבירו דכתב רמ"א (ס"ג) דאין צריך לומר כתבו וחתמו וכן מבואר בטור וש"ע (סי' פ"א ס' כ"ט) כיון דאינו מתחייב כלל בהודאתו יש להבין הא לדעת רשב"א אף דאינו מתחיי' כלל ולא נתוסף שום דבר בשטר ג"כ אין כותבין ובהודה בקרקע שהוא של פלוני דכותבין הוא דוקא אם הודה שהוא שלו אבל במודה שמכר או נתן אין כותבין אלא מדעתו כיון שמחיי' עכשיו בשל עצמו אם כן אם כותבין דמוחל לו הוי כמחייב עכשיו בשל עצמו דהא כל נכסיו משועבדין לזה על חובו והוא מחל לו ומסלק שעבודו ממנו דומה להודה שמכר או שנתן דבעינן דעתו כיון דמחייב בשל עצמו דמפקיע זכותו וה"נ מפקיעין ממנו זכותו היינו השעבוד ואף דכבר נסתלק ונפקע זכותו במחילתו הא גם בהודה לפני עדים דמכר או נתן כבר יצא הקרקע מרשותו ובכ"ז כיון דמתחייב עכשיו משל עצמו אף דלא מתרבה שום חיוב אם כותבין שלמ"ד אינו דומה לספר המקנה והוי מפי כתבם ומהראוי שגם שטר מחילה שלא יהני דהוי כמעיד על עצמו דמחל לו השעבוד. וגם לסברת רבינו יונה יקשה דסברתו דבעינן מעשה הנעשה בפניהם כדי להתקיים ועדות דלא נעשה בפניהם כדי להתקיים הדבר לא גמרינן מספר המקנה ולא ניתן לכתוב אם כן במחילה היה מן הראוי אם לא נעשה בפניהם כדי להתקיים הדבר ורק שמעו שמחל לו לא יהי' מהני השטר מחילה ולא משמע כן בדברי הטוש"ע רק דאין צריך לומר אתם עדי ואין צריך לומר כתבו וכ' הטור שאין צריך לומר כתבו אלא כשהוא מחייב עצמו בהודאתו שלא תהא עליו כמלוה בשטר אם לא שיצוה לכתוב אבל בענין מחילה ופטור אין צריך וזה אתי שפיר לשיטת הרא"ש דהיכא דליכא שום נ"מ יש תורת שטר על זה אף בלא דעתו אבל לרבינו יונה דבעינן דומיא דספר המקנה דמעמיד עדים ע"ז להתקיים הדבר ומהאי טעמא כ' הנ"י הנ"ל דבמחאה צריך שיכתבו בשליחותו ואם כתבו שמענו לא מהני אם כן במחילה אם לא העיד העדים ולא באו לקיום הדבר רק שמעו שמחל יש לומר דאין תורת שטר ע"ז וכן לדברי רשב"א כיון דמ"מ מעידין על עצמו שהתחייב בדבורו צריך לכתוב מדעתו אמאי בשטר מחילה מהני. ועיין תומים (סי' פ"א) דהקש' הא הוי מפי כתבם ובקצוה"ח שם

כ' דדומה להודה בקרקע וכמו שכתב הר"ן דאמדינן לדעתו דנ"ל לכתוב ואם מוחה אין כותבין. וכבר מבואר דלא כן הוא דעת רשב"א ובהודה בקרקע הוא רק כשהודה שהוא שלו ואז כותבין אף אם מוחה. וגם לדעת הר"ן ק' קצת דבהודה בקרקע כיון דצריך לומר אתם עדי אמדינן ליה לדעתי' דמודה זה דלכתבו שטרא ניחא ליה אבל באומר שמוחל לו ושמעו עדים בדבר דמחילה סגי אף בלא העמיד להעדים ולא אמר אתם עדי מניין לנו לומר דהוי כאלו היה מדעת מקנה וצוה לעשות שטר וצריך לומר עכ"פ אף דאינו דומה להודה בקרקע דהתם על כרחך בדקא מכוין לאודויי קמיה סהדי קאי וכמו שכ' שם ברמ"ה מ"מ כיון שזה אינו תובע ממנו רק מעצמו מוחל בפני עדים גם כן אמדינן דעתו דנ"ל וכן לשיטת ר"י צריך לומר אף דלא אמר אתם עדי מ"מ כיון דהודה בפני עדים הוי כנעשה כדי להתקיים הדבר וגם כן צריכין העדים שיכתבו בלשון שליחות של הקונה וכמו שכ' הנ"י במחאה ואם כתבו שמענו דמחל אין תורת שטר על זה. וכן לדעת רשב"א אף דמעידין דנסתלק השעבוד מ"מ הוי כמעיד רק על שלו של הזוכה שאינו חייב עוד. ודומה לאם קנו מידו דלדעת רשב"א קנין מלתא אלימתא הוא ואינו יכול לחזור וכותבין אף אם מוחה ה"נ מחילה שמוחל לו הוי כסילוק לגמרי ועדיף מקנין כיון שאין צריך עוד לשום דבר לכך כותבין ואף אם מוחה אחר כך מלכתוב ועיין (סי' רמ"ג ס"ט) דאם המקבל בעצמו החזיק א"י לחזור מלכתוב את השטר ועיין רשב"א קידושין שם דכיון שהחזיק ע"ד כתיבת השטר נתחייב המוכר אף דמבטל שליחותו עיי"ש ובש"מ ב"ב (דף ע"ז) וע"כ דכיון דכבר זכה רשאין העדים לכתוב רק בשליחותו דקונ' לחוד ודומה לס' המקנה כן נמי במחילה:

וראיתי בפרישה (סי' רמ"ג) שכ' בטעם הדבר כשמחזיק הלוקח בעצמו דמתחייב בכתיבת השטר משום דודאי דעתו של הלוקח כשמחזיק בהשדה לקנות באותו חזקה גם השטר ושלא יקנה זה בלא זה כיון דשייכי אהדדי ול"ה קנין דברים דבהדי קנין השדה קונה גם כן השטר מה שאין כן כשמקנהו על ידי אחרי' דמאי אכפת להו לאותן אחרים לדקדק שלא לקנות כי אם בקנין השטר ומשום הכי הו"ל הקנאת השטר קנין דברים ולא חל. ולא אבין במה יחול הקנין על כתיבת השטר שעדיין לא נכתב וכיצד על ידי קנין חזקה שהחזיק הלוקח בהשדה יקנה השטר שלא נכתב ולא שייך ביה קנין אגב אף דשטרא אפסרא דארעא הוא מ"מ כל זמן שלא נכתב איזה קנין שייך בו ושלא יוכל לחזור בו ובטור לא כתב שם רק דמתחייב בכתיבת השטר ועל כרחך הטעם דבזה כותבין אף בע"כ מטעם חיובו הואיל שקנה עד"ז ונגמר הקנין ורק בלא אמר לעדים שיחזיקו ע"ד כתיבת השטר אלא תרי מילי קאמר להו שיחזיקו בקרקע ועוד שיכתבו לו את השטר לכך

כל שלא כתבו את השטר יכול לחזור בו דאז שלוחים שוינהו והרי הוא מבטל שליחותו אבל אם אמר לעדים שיחזיקו על דעת כתיבת השטר כותבין לו את השטר בע"כ וכמו שכ' רשב"א מס' קידושין שם ועל כרחך דבכי האי גונא סגי בשליחותו דהקונה ודומה לספר המקנה. ואין חילוק לדעת הרשב"א בין קנין סודר לקנין חזקה:

ויש להבין בדעת הש"ע שם (ס"ט) דהביא דעת ר"י דבאמר ללוקח או מקבל מתנה זכה ואכתוב דאינו יכול לחזור מלכתוב את השטר ושם (ס"י) סתם דאפילו קנו מידו לכתוב הוי קנין דברי' ולפי זה למה באמר זכי ואכתוב עדיף ומה מהני דההחזיק על דעת כתיבת השטר כיון דאף קנין בפירוש לא מהני והרשב"א קידושין שם דבההחזיק ע"ד לכתוב אינו יכול לחזור לשיטתו דמסיק שם דבקנין כותבין אף בעל כרחך וכמו שמסיק גם כן בתשובה אבל להסוברים דאף בקנין אין כותבין בע"כ למה יהיה עדיף בההחזיק ע"ד כתיב' שטר וצריך לדחוק בזה בדברי הש"ע:

סימן ז

לדעת רשב"ם ורא"ש וסייעתם דאף בקנו מידו יכול לחזור ולמחות בכתיבת השטר רק דגם הלוקח והלוה יכול לומר אדעתא דכתיבת השטר נחתו וחייב המוכר או הלוה להחזיר המעות כתב בתומים (ס"ק ט') דאם אינו מחזיר המעות כותבין העדים השטר בעל כרחו ולאו כל כמיניה שלא יחזיר מעותיו וימנע מלכתוב ולכאורה מדברי תשובת רשב"א (ח"ג סי' ח"י) לא משמע כן דכתב בשטר מתנה ומכר או מלוה שכבר קבל המעות ורוצה לקיים המתנה והמכר וההלואה אלא שחוזר ומונע את העדים שלא לכתוב את השטר אעפ"י שקנו מידו בזה מחלוקת ישנה בין גדולי חכמי ישראל יש מי שאומרים כו' כל שהוא מונעם מלכתוב שומעין לו דאין צריך לימלך אמרו הא מנעם הוא לא עכ"ל הרי דכת' אף כשרוצה לקיים המקח וההלואה יכול למנעם מלכתוב ואף דודאי גם הי"א האלה מודים דהלוקח יכול לתבוע לו שיחזיר מעותיו דאדעתא שיכתבו לו שטר' קנה וכן המלוה יכול לתבוע מעותיו וכמו דמבואר ברמב"ן ב"ב ורשב"א קידושין משם חכמי הצרפת מ"מ אם אינו מחזיר המעות ורוצה דוקא להחזיק במכר ובהלואה ובכ"ז מוחה מלכתוב השטר אינן רשאין לכתוב כיון דנתבטל השליחות דאם לא כן למה כתב שרוצה לקיים המכר וההלואה הא לאו בדידיה תליא מילתא לקיים הדבר כיון שקנו מידו אלא ודאי אף אם הלוקח או המלוה רוצים לבטל אם לא יכתבו להם שטר מ"מ אין כותבין בעל כרחו ויכולין לתבוע מעותיהם בב"ד או שהב"ד יכתבו מעשי ב"ד במקום העדים אבל העדים אם כתבו בע"כ לדעתם הוי מפי כתבם ולאו תורת שטר על זה כיון דמבטל שליחותן:

ומ"ש התומים להוכיח מד' הרא"ש בתשובה שכ' נמצא שאין נפקות' במה שאומר ר"ת שאין לכתוב השטר בלא רצון המקנה אלא בקנין מתנה ומכר ויתבטל המכר עכ"ל [ובתשובת הרא"ש שלפני לא כתב תיבות אלו ויתבטל המכר] ואם נאמר דאף בתובע המלוה המעות גם כן אין כותבין הא נ"מ טובא אם אינו מחזיר המעות לדעת החולקים כותבין ולדעת ר"ת אין לו שטר וצריך לרדוף אחריו אלא ודאי דאם אינו מחזיר כותבין בעל כרחו. ולדבריו הא גם במכר נימא דאם אינו מחזיר מעותיו יכתבו בעל כרחו דלאו כל כמיניה למחות והיה לו לרא"ש לפרש דנ"מ אם מחזיר המעות. ועוד הא גם לדבריו נ"מ בהלואה אם אין המלוה בפנינו והלך לו וביקש מן העדים שיכתבו לו השטר וימסרו ביד נאמן שלו או שיזכו בעדו ומוחה זה מלכתוב דלדעת ר"ת אין כותבין בלא רצון המקנה ולדעת החולקים כותבין בע"כ כיון דאינו יכול למחות אבל לדעת ר"ת כ"ז שאינו בפנינו לתבוע שיחזיר לו מעותיו אין כותבין ועוד יש למצוא נ"מ טובא רק כוונת הרא"ש בענין קיום הדבר נ"מ במתנה דאין כותבין ובמכר דנתבטל הקנין ובהלואה ליכא כל כך נ"מ בפשיטות רק אם מוחה בלי ספק רוצה לבטל ההלואה ולהחזיר דלאו בשופטני עסקינן דיכול לילך לב"ד ולתבוע ממנו ויעשו לו פס"ד שישלם מיד אבל ודאי אף אם אינו מחזיר העדים אין כותבין בע"כ גם יש לומר הא דכ' הרא"ש דבמכר ומתנה נ"מ היינו דבמכר נתבטל לגמרי ואף ב"ד אין כותבין לו בע"כ מה שאין כן בהלואה אף דאין עדים כותבין לו בכל אנפי בעל כרחו מ"מ יכול לתבוע בב"ד ולכוף שיחזיר לו מעותיו מיד והב"ד נותנים לו פס"ד ע"ז שהוא במקום שטר. וראיתי לאאזמ"ו ז"ל בד"מ שהוכיח גם כן דאם אינו מחזיר המעות דכותבין בע"כ מדברי המחבר בש"ע (ס"ה) דנאמן לומר פרעתי אפילו תוך זמנו דריע טענתו של מלוה ודין זה הוא מרשב"א ולשיטתו דאף אם מוחה כותבין א"ש דריע טענתו דאין לו שטר אבל לשיטת הרא"ש דיכול למחות לא ריע טענתו דדלמא מחה הלוה מלכתוב אלא ודאי דאם אינו מחזיר מעותו כותבין אף בע"כ ולענ"ד יש לומר דטענת מחאה מלכתוב השטר אף אם המלוה עצמו טוען כן כ"ז דאינו חוזר בפני עדים ומברר אינו טענה כמו שכ' הריטב"א קידושין ר"פ האומר דאף במקום דיכול לחזור תוך למד צריך לחזור בפני עדים וכן מבואר מדברי רמב"ן קידושין (דף כ"ז) דצריך לחזור בפני עדים ולבטל שליחותן וגם כ' דלא שכיח ול"ח בזה אף בנפל דאיתרע עיי"ש וא"כ כ"ז דלא אתברר בפני עדים דחזר לא חיישינן לזה ושפיר איתרע ונאמן לטעון פרעתי אף תוך זמן דלא חיישינן כלל לשמא חזר אבל לעולם יש לומר אם חזר ומח' אין כותבין בע"כ לדעת הרא"ש בלי רצון המקנה אף כשאין לו להחזיר המעות שקבל בהלואה רק הב"ד יכולין לתת לו פס"ד ועוד כמו דריע טענתו דמסתמא כשמיחה

מלכתוב היה תובע מעותיו בב"ד והיו נותנין לו פס"ד ע"ז דכיון דלוה אדעתא שיהיה לו שטר וכשמיחה נתבטל ההלואה ודאי היה תובע לו בב"ד שיהיה לו שטר ע"י מעשה ב"ד אבל לעולם יש לומר דאין עדים כותבין בע"כ אף אם אינו מחזיר לו המעות. ועיין כנה"ג (אות י"א) שהביא דברי הש"ג דהב"ד כותבין לו בעל כרחו של לוה והכי נקטינן ע"ש ואם כן ריע טענתו במה שאין בידו שטר:

והנה לדעת הרא"ש דאין כותבין בע"כ וסובר אף אם קנו מידו על זה לכתוב השטר ושלא יכול למחות יכול למחות דלא שייך קנין בדבר זה דהוי קנין דברים דאין דבר זה נתפס בקנין לכתוב לו שטר דאין זה שעבוד נכסים דאם מכר הוא כבר נשתעבדו לו נכסיו משעת מכירה דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים עיין בטוש"ע וברא"ש בתשובה (כלל ע"ו) מבואר מדבריו משום דאין על מה לחול הקנין ועיין סמ"ע (סי' רמ"ג) ויש להבין הא אף דכבר חל השעבוד מ"מ נ"מ טובא בכתיבת השטר דיכול למכור השטר בכתיבה ומסירה ובפרט בשטר הלואה דאינו יכול למכור החוב כלל רק במעמד שלשתן ועל ידי השטר יכול למכור בכתיבה ומסירה ולמה לא יחול ע"ז הקנין שיכתוב לו השטר והשעבוד יהיה עוד נתוסף על ידי השטר ואף דכבר נשתעבד על ידי קנין מ"מ הא מבואר (סי' ס"ו) דשטר ראיה אינו יכול למכור וכבר עמד שם על זה בקצוה"ח דה"ד למכור שטר הלואה כיון דשעבודא דאורייתא והוי לעולם רק שטר ראיה דאף בלעדי השטר כבר נשתעבד וכתב דמ"מ על ידי השטר נתוסף השעבוד ואף דהנתיבות שם חולק ע"ז וסובר כיון דחז"ל הפקיעו השעבוד במלוה על פה נעשה השעבוד רק ע"י שטר אבל אם כבר נשתעבד לא חל שעבוד על שעבוד מ"מ מוכח משטר כתובה דאיתא בש"ס דבר מכירה הוא כמכירת כל שט"ח על ידי כתיבה ומסירה אף דבכתוב' דהוא בתנאי ב"ד נשתעבדו הנכסים אף בלא כתיבת השטר כתובה נימא דל"ה רק שטר ראיה ולאו בר מכירה הוא וע"כ דנתוסף השעבוד על ידי השטר גם כן ויש לומר דלענין זה חל שעבוד על שעבוד דעל ידי תוספת זה שחל על ידי שטר יכול למכור בכתיבה ומסירה. ואם כן נ"מ טובא בכתיבת השטר ואמאי לא יחול על זה הקנין שיתחייב לכתוב לו השטר. ואף דיש לומר דמ"מ אף דנתחייב על זה לתת לו תוספת כח שעבוד בשטר מ"מ אם מבטל שליחותן אין תורת שטר על זה עד דמחייבי ליה בב"ד מ"מ מ"ש הרא"ש והסמ"ע דאין על מה לחול הקנין קשה להבין כיון דיש תוספת שעבוד על ידי שטר שיהיה בידו למכור לא הוי קנין דברים והרבה צריך לדחוק בזה. ועיין בטור (סי' קנ"ז ס"כ) משם הרמ"ה דקנו מידו דמחייב ליתן אבל אם קנו מידו לתת כו' כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה ואין בו ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין דברים ועיין

ברמ"ה ב"ב (פ"א סי' כ"ו) היטב ובסמ"ע (סי' ס') ואם כן אם קנו מידו בפירוש שמתחייב לשעבד נכסים בשטר לא הוי קנין דברים רק דאין על מה לחול כיון שכבר נתחייב ולמה שכ' דנ"מ טובא בזה בתוספות שעבוד שיהיה יכול למכור השטר יש על מה לחול. אולם למ"ש שם הרמ"ה דקנין להקנו' שאין הדבר מתקיים בקנין זה עד שיקנה לו בהקנאה אחרת הוי כמו קנין דברים ומדבריו מבואר דכל היכא שאינו נופל על גוף הממון רק על הנתינה בעצמה והנתינה אין בו ממש אלא מעשה בעלמא הוא לא חל הקנין אם כן הכא נמי אף דיש בזה שיכתבו שטר תוספת שעבוד תועלת מ"מ לא הוי רק לעשות מעשה וזה הוי קנין דברים. ועיין בספר בני יעקב (דף ס"ד) דהעלה כדעת מהרש"ך במתחייב למכור ביתו לפלוני דלא מהני לשון חיוב רק אם קנו מידו מגופה של קרקע והכא נמי כיון דהוי רק חיוב לכתוב שטר דאף דחייב את עצמו לתת להמלוה כח בשעבוד שטר מ"מ אף בקנו מידו הוי קנין דברים:

ואם היכא דמוחה מלכתוב גובה מנכסים משועבדים כ' הסמ"ע (סי' רמ"ג ס"ק ט"ז) במוכר שדהו באחריות וקנו מידו דחוזר בשטר אע"ג דבעלמא טורף ממשעבדי בעדי קנין דמפקי לקלא מ"מ במוחה מלכתוב שטר כדי דלא לפקי עליה קלא דמכר נכסיו גם הם יזהרו למלאות רצונו ולא יפקו קלא עיי"ש שכתב כן בדעת רמ"א בביאור דברי רבינו יונה שם בטור ומסתפק בזה כמו שכ' בדרישה שם ואם כן כמו כן בשטר הלואה גם כן אף שהיה בקנין אינו גובה ממשעבדי כשמוחה מלכתוב. אולם מדברי הרא"ש בתשובה הנ"ל מבואר להיפך דכתב דלכך הלוקח יכול לחזור ולומר תחזור מעותי דאדעתא דהכי שתכתוב לי שטר כאשר אמרת לכתבו קניתי כדי שתהיה ראייתי בידי לגבות ממשעבדי וכן בשטר הלואה כתב שם גם כן דאדעתא דהכי הלוה לו שיהיה לו שטר בידו שיגבה בו ממשעבדי משמע דוקא שמקפיד על ראייתו בידו שלא יצטרך לגבות ממשעבדי על ידי עדי הקנין שיצטרך להביא לב"ד ובשביל זה ג"כ יכול לבטל המכירה וההלואה ומדלא קאמר דיש לו טענה וקפידא שישתעבדו באמת נכסיו לגבות ממשעבדי ועל ידי זה שמיחה לא יגבה ממשעבדי מבואר דבאמת גובה ממשעבדי אף כשמוחה מלכתוב רק אף בשביל זה לבד שלא יהיה ראייתו בידו גם כן יכול לבטל המקח וההלואה אבל גם אם לא נתבטל ולא נכתב השטר גובה ממשעבדי בעדי קנין ועיין תשובת הרא"ש (כלל ס"ו ס"ב) דמשמע קצת דאדעתא שתהיה מלוה בשטר הלוה ומסתימת דבריו משמע דאינו גובה ממשעבדי אולם ילמוד סתום מן המפורש. וכן משמע מדברי רמב"ן ב"ב (דף ע"ז) ורמב"ן קידושין (דף כ"ז) דהביא דעת הגאונים דבקנו מידו דאינו יכול לחזור בו כ' וראיתי מכריעין כן מסוגיא דפ"א דב"מ דאמרינן אי בשטר הקנאה הא שעבד נפשיה ואי

ס"ד יכול לחזור בו ליחוש דלמא קנו מידו וחזר ואמר בפני עדים אחרים שבטל שליחותן ולא יכתבו והם לא ידעו וכתבו וטורפין לקוחות שלא כדין והתם כיון דנפל איתרע ליה וחיישינן לכל החששות וכתב ולאו מילתא הוא דהא מ"מ מלוה קנה נכסים אעפ"י שלא לוה ושעבודו במקומו הוא עומד שנשתעבדו לו בו נכסים בקנין אעפ"י שלא לוה הלכך לא חיישינן לפסול שטר זה ועוד דל"ש הא מילתא דלא מודע להו ומבטל דהא איכא למיחש לתנאין וענינין וסתמא תפסינן כעובדי דשכיחא מ"מ אנו צריכין להודות דקנין טורף מן המשועבדין אעפ"י שלא כתב מב"ב (דף קע"ב) ואם לא נכתב יכול לומר פרעתי כו' מעתה המוצא שטר הקנאה בשוק למה לא יחזיר אי משום שכ' ללות ולא לוה אעפ"י שבטל שליחותן הא הנכסים משועבדים בקנין ואי משום דזה שטר פסול אם לא נפרע יפרענו מ"מ ואי מפרע מקרע הוי קרע ליה דהא ידע ליה הלכך כיון דמעשה קיים לא אזלי בתר חששות דגופו של שטר עכ"ל:

וי"ל דהיכא דמיחה בפני עדים אחרים מודה גם הסמ"ע דגובה ממשעבדי כיון דלא מיחה בפניהם מפקי עדי קנין לקלא ונשאר השעבוד על ידי הקנין במקומו. והרמב"ן דלא הקשה באמת דניחוש ועיין נתיבות (סי' ס"ה) ובמ"ש (סי' רמ"ג) והעלה דכשמוח' לכולי עלמא נאמן לומר פרעתי וראייתו מרמב"ן ובאמת כנראה דעת רמב"ן למסקנא דלעולם נאמן לומר פרעתי היכא דליכא שטר ועיין ש"ך (סי' ע' ס"ק ד') אבל לדינא דבעדי קנין לבד א"נ לומר פרעתי משום דהיה לו ליקח תברא יש לומר אף במוחה בעדים שלא לכתוב גם כן א"נ לומר פרעתי וכן משמע מדברי רמ"ה ב"ב פ"ו (סי' קי"ד) דכתב היכא דקנו מניה גובה מנכסים משועבדים כו' ואי טעין פרעתי לא מהימן כיון דקנו מניה וסתם קנין לכתיבה עומד איכא למיחש דלמא נקט שטרא ולא הוי לי' למפרעיה עד דשקל מניה שטרא או דכתיב עליה תברא או עד דא"ל עדי קנין דא דאכתי לא כתבו ליה שטרא ופרע ליה באנפייהו. מבואר דאף אם אמר לעדים דפרע ליה וממילא מוחה עוד מלכתוב מ"מ אם לא פרע באנפייהו לא סגי. וכן המעיין בש"מ ב"ב (דף ע"ז) שם מביא דברי ר' יונה יראה אף אם מוחה מלכתוב מ"מ גובה ממשעבדי וכמו כן נראה דאינו נאמן לומר פרעתי. ועיין ש"ך (ס"ק ו') דהוכיח מדברי המחבר דפוסק דאינו נאמן לומר פרעתי היכא דיש עדי קנין ובתומים שם כתב דאף דכ' הרשב"א דאם פרע איהו אפסיד אנפשי' דלא לקח שובר ס"ל דאם טוען פרעתי נאמן כמו בשאר מע"פ כל כמה דלא נכתב שטר דלדברי הש"ך הא אדרבה אמרינן דלקח שובר או שהיה עדים בפרעון ולכך אין לכתוב עיי"ש ודבריו תמוהין דאם כן למה לא יכתבו אם פרע יברר בשובר או בעדי פרעון וכיון

דצריך ליזהר ואם לא יזהר אפסיד אנפשיה ודאי ברור דדעת הרשב"א דא"נ לומר פרעתי כמבואר למעיין בדבריו המובא בר"ן כתובות (פ"ב) ועיין תשובת פני משה (ח"א סי' נ'). **ועיין** ש"ך (ס"ק ח') דתמה על המחבר דכ' ויש חולקין דאי משיך מילתא טפי מלמד יום אין כותבין הא כ' הר"ן דלהנך דס"ל דסתם הלואה ל' יום הוי ליה כתוך זמנו דאינו נאמן לומר פרעתי אבל הסוברים דהואיל דלא קבע זמן נאמן לומר פרעתי תוך ל' כמו שסתם המחבר (סי' ע"ח) לא הו"ל לכתוב הך דינא. אולם כבר כ' הים של שלמה מס' כתובות (פ"ב סי' כ"א) דאף שפורע תוך ל' מאחר שלא ניתנה לתבוע קודם ל' וסתם קנין לכתיבה עומד ממילא כותבין ואם היה פורע היה מודיע לסהדי או לקח שובר ואיהו דאפסיד אנפשיה אבל אחר למד שהגיע ז"פ חיישינן שמא פרעו דאינו עומד שוב לכתיבה ואדרבא איכא למימר מדלא תבע בעדים לכתוב תוך זמן בודאי פרעו בזמנו והאמין לו ולא חש לעדים או לאו אדעתיה עיי"ש עוד ובתומים (ס"ק ז'):

סימן ח

בכנה"ג (סי' ל"ט אות ט') הביא דעת חכם אחד דאף דסתם קנין עומד לכתיבה הני מילי כשכבר נגמר הדבר ונתקיים בלא הקנין אבל היכא דהוצרך הקנין לקיום הדבר ובאותו קנין נקנה המקח או החיוב לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אולם הביא דברי הר"י מיגאש ז"ל שבבעה"ת (שער נ"א) ורמב"ן מובא בטור (סי' רל"ח) דכ' אף אם עיקר הקנאה היא בהאי קנין דקנו מניה ושטרא לראיה בעלמא דכתבו גם כן סתם קנין לכתיבה עומד ועיין בחידושי ר"י מיגאש ב"ב (דף ע"ו) דמדבריו משמע להדיא כן. ובתומים (סי' קט"ז ס"ק ה') הסכים לדברי אותו החכם ומתרץ בזה קושית תוס' ב"מ (דף ט"ו) בהא דאמר שמואל אמלוך וכתב שופרא שבחא ומוקי בש"ס בקנו מידו והקשה תוס' הא סתם קנין לכתיבה עומד וכן מערב היוצא לאחר חיתום שטרות ובקנין ואינו גובה רק מנכסים בנ"ח והנה עכ"פ מבואר מדברי תוס' דלא מתרצו כן דלא סברו לחלק בזה. ומה שהוכיח כן מדברי המ"מ משם הרשב"א המובא שם ברמ"א דבנותן מתנה בעדים אינו טורף מלקוחות בלא שטר דמתנה אין לה קול רק בשטר והקשה במה ישתעבד נכסיו בדברים בעלמא שקבל עליו אחריות לא משתעבד ועל כרחך איירי בקנין אם כן קנין יש לו קול וסתם קנין לכתיבה עומד אלא ודאי כיון דצריך קנין לגוף השעבוד לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד עכ"ד ודבריו תמוהין כאשר כ' אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני גב"ח (סי' כ"ג) דלהדיא מבואר בטור (סי' רמ"ג) משם רבינו יונה דאף במתנה אם ניתן באחריות ואמר לו לך חזק וקנה כמו שמתחייב באחריות על ידי שטר כך מתחייב נמי באחריות על ידי חזקה למגבי מב"ח הרי כיון דהמקבל עשה חזקה על פי הניתן על דעת זה שיהיה

עליו אחריותו מהני לזה קנין חזקה וכ' דדומה לזה מה שכ' הב"י (סי' ש"י) משם הרשב"א במשכיר לו חמור סתם דנשתעבד על יד משיכ' עיי"ש ובאמת שם הרא"ש חולק על זה ועיי"ש בטור ובסמ"ע דבלא קנין לא משתעבד וכנראה לענין אחריות במתנה הטור מביא דברי רבינו יונה מבלי חולק:

ברם יש לומר דהא כל אחריות שקבל כתבו רק לענין אם בא בעל חוב וטורף ובזה יש לומר דכולי עלמא מודים דאף בלא קנין יכול לשעבד את עצמו והטעם נראה דהא אף בלא קבל כלל עליו אחריות כשבא בעל חוב וטורף ממנו יקשה למה אינו חייב לשלם בחוב ברור ועיין סמ"ע (סי' קכ"ח ס"ק ו') בנתפס על חובו פטור והטעם כיון דבעל כרחו גובה ממנו והיינו כיון דאינו פורע מדעתו יש לומר דהכא נמי זה גובה ממנו בעל כרחו שעבודו ואינו פורע מדעתו ועוד יש לומר דהוי כאלו התנה בפירוש דנותן לו במתנה גוף הקרקע אבל שעבודו של חבירו קיים כיון דלית ליה פסידא ובמתנה בא לידו כל זמן שאינו אומר בפירוש דמקבל אחריו' אינו חייב וכן כ' בספר שער משפט (סי' רכ"ה) ואם כן יש לומר דאם מקבל עליו אחריות חייב לשלם מטעם דלא גרע מאם מצוה לפרוע לבע"ח ואף אם ל"ה רק גרמא במה שאין הנותן משלם לבע"ח ועי"ז מפסיד למקבל מתנה שטורף ממנו גם כן חייב לשלם בגרמא אם מחייב את עצמו כמבואר במרדכי ב"ק פ' הגוזל ובריטב"א בב"י (סוף סי' ס"ו) ובש"מ ב"מ (דף ע"ג) וא"כ אתי שפיר במתנה אם מקבל עליו אחריות מטריפת בעל חוב דשפיר חייב לשלם אף בלא קנין רק בדברים בעלמא. וא"כ בקנה מידו יש לומר דלכולי עלמא אף במקבל מתנה טורף ממשעבדי דלא צריך הקנין לעצם החיוב:

ועיין בספר שער המלך הל' מלוה דהקשה מדברי ריטב"א קידושין (דף כ"ו) דכ' להקשות דלמאי נפ"מ חוזר בשטר דבמתנה מסתמא ליכא אחריות ואי קבל עליו אחריות אפילו בע"פ נמי הרי דליכא נ"מ דאל"כ נ"מ טובא לענין לטרוף מלקוחות. וכן בדברי רשב"א שם שכ' מאי מהני ליה בשטר מתנה ובמכר המוכר בעדים גובה מנכסים משועבדים הרי דליכא נ"מ. ול"ק דהא הרשב"א כ' שם מתחילה כיון דסתמא קתני חוזר בשטר איירי בין בשטר מכר בין בשטר מתנה בין באחריות בין שלא באחריות ושפיר קשיא ליה דמאי נ"מ דבמתנה מסתמא ליכא אחריות ואף אם קבל אחריות דיש נ"מ מ"מ סתמא קאמר ואיירי בכל גווני. ובדברי ריטב"א בלאו הכי אתי שפיר דהוא סובר שם דאיירי אף בקנין ואפילו הכי חוזר בשטר שפיר כ' דמה נ"מ אי קבל עליו אחריות אף בעל פה חייב והיינו אם היה בקנין שפיר גובה אף מנכסים משועבדי' וז"פ. עכ"פ אינו ראיה משם לדעת הכנה"ג הנ"ל. ומן הפוסקי' הסוברי' בערב היוצא לאחר חיתום שטרות דאף בקנין

אינו גובה מנכסי' משועבדים יש לומר שם הטעם דל"א סתם קנין לכתיבה כמו שכתבו תוס' ב"מ שם דדוקא אם הקנה לו דבר שהוא בעין אז כיון דיפה כחו לעשות קנין רוצה שיכתבו לו ובש"מ שם משם תוס' שאנ"ן ביאור הדברים דבשבח כיון דאינו ידוע אם יבא לא מקנה בעין יפה וצריך לימלך והכא נמי כיון דאינו ידוע אם יבא לידי גובייגא לגבות מן הערב אינו מקנה בעין יפה. ועיין בנתיבות (סי' קכ"ט ס"ו):

סימן ט

הטור הביא משם תוס' הא דהודאה בב"ד חשוב מלוה בשטר לטרוף מהלקוחות הוא דוקא כ"ז שידוע שלא פרעו או שהוא מודה שלא פרעו ותמהו בטו"ז ובש"ך למה טורף מלקוחות על ידי הודאתו ניחוש לקנוניא וגם למה נאמן בהודאתו לחוב לאחרים לכן פירשו דאיירי דהודה בשעה שהיה לו בני חורין לשלם ואז אמר המלוה אל תפרעני אלא בעדים על כן לא שייך קנוניא ועיין בש"ך (סי' ע"ט ס"ק ל') ובאמת שכן דעת הר"ן והריטב"א ב"מ (דף ט"ו) דכי גובה בהעמדה בדין מלקוחות דוקא דאיכא סהדי דלא פרעו שלא זזה ידם מתוך ידו עיי"ש והטו"ז והש"ך הביאו ראיה מהא דמבואר (סי' ע"א) בשטר שהאמין המלוה ללוה שיהיה נאמן דאינו גובה מלקוחות אף אם מודה הלוה שלא פרעו. אולם דעת הסמ"ע בכמה מקומות דהיכא דליכא ריעותא לא חיישינן לקנוניא וי"ל בהאמין המלוה ללוה הוי כמו ריעותא דלא שכיח ואין דרך שיאמין המלוה להלוה ועיין מהרשד"ם (סי' רכ"א) ובש"ך (סי' ע"א ס"ק מ"ח) ובמחלוקת הפוסקים (סי' ס"ה) במוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו אם שניהם מודים אם חיישינן לקנוניא דדעת הרא"ש דהוי כלית בי' ריעותא ויחזירו. ועיין הפלאה (ר"פ) הנושא דתמה על הש"ך מבכורות (דף מ"ט ע"ב) דס"ל לר' יהודה דה"ס של פדיון הבן טרפי ממשעבדי דמלוה הכתוב' בתור' ככתובה בשטר דמיא הרי אף דיכול לומר פרעתי בפדיון הבן אפילו הכי טורף ועל כרחך איירי דהודה האב שלא נתן וכן בנזקין טורף ממשעבדי כמבואר בש"ך (סי' קי"ט וסי' תי"ט) אף דיכול לטעון פרעתי. ואין זה כ"כ ראיה לדעת הסמ"ע ורלב"ח די"ל כמו שכתבו ריטב"א ור"ן דכי גובה בהעמדה בדין מן לקוחות איירי דאיכא סהדי דלא פרע כנ"ל וכן בניזקין איירי גם כן כך או דאמר לו אל תפרעני אלא בעדים וכן בפדיון הבן הא על כרחך הא דבא לגבות מלקוחות אף דהוי ממון שאין לו תובעין ולמה לא יכולין הלקוחות לדחות ולומר לאו בע"ד דידי את אלא איירי במכירי כהונה וכשמכר אחר שנתחייב בפדיון עצמו אישתעבדו נכסיו למכירי כהונה וכמו שכתב הריטב"א מס' קידושין (דף כ"ע) ואם כן כמו כן יש לומר דאיירי דזה כהן שהוא מכירי כהונה אמר לו אל תפרעני אלא בפני עדים והודה שלא פדה עדיין את עצמו ואחר כך מכר נכסיו

וכיון שהודה מקמי שקנה הלוקח ואמר אל תפרעני אלא בעדים טורף שפיר וכמו שכ' הטו"ז ובהכרח צריך לומר כן אף לדעת הסמ"ע ורלב"ח דלא חיישינן לקנוניא באם הלוה מודה היינו משום דמשע' העמדה בדין איכא קלא ויש להם ללקוחות ליזהר שלא ליקח קרקע מהלוה ואם לקחו אינהו אפסידו אנפשייהו דיגבה המלוה עפ"י הודאת הלוה שלא פרע מה שאין כן שם בפדיון הבן אמאי יגבה על ידי הודאת האב הא יש לחוש דפדה אחר כך את הבן ושם לית לי' קלא ומאין יודע ללקוחות ואם כן אף אם מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא מ"מ אמאי יהיה נאמן האב לומר אחר כך שלא פדה את בנו אחר כך כיון דלית ליה קלא ולא הוי ללקוחות לדעת להיות נזהרים אלא ודאי דאיירי דאמר לו הכהן אז כשהודה שלא יפדה אלא בעדים ועיין בביאורי הגרא"ו ז"ל יו"ד (סי' ש"ה סק"ל) דיש מקום לומר דבמלוה הכתובה בתורה כיון דלא שכיחא לא חיישינן לפסידא דלקוחות אולם עכ"פ צריך לדעת דבאמת אכתי חייב לו ואם כן כיצד יטרוף הכהן מלקוחות כיון דלא הוי לי' קלא ולא שייך לומר דאפסידי אנפשייהו אלא ודאי דאיירי שידענו בבירור דעדיין לא פרע כגון דאמר אל תפרעני אלא בעדים וכנ"ל:

וראיתי ברדב"ז (ח"א סי' תק"ע) במוציא שטר על יתומים ואינו יכול לקיימו אבל יש לו עדים שהודה אביהם בחייו שכתבו וכ' דאינו גובה דאיכא למימר שמא קנוניא היה עושה עם המלוה כדי לטרוף מלקוחות ורב אסי דסובר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו הא דלא חיישינן לקנוניא כ' הרשב"א דגובה מלקוחות משעת הודאה ואילך ומלקוחות דמקמי הודאה לא טריף וכ' דאפילו בהא פליג ר' יוחנן וקיי"ל כוותיה וטעמא דעיניו נתן למכור מנכסיו וקדם והודה לזה ועושה עמו קנוניא לטרוף מה שימכור אחר כך הלכך צריך לקיימו. ולכאורה אם כן כאן אף מלקוחות דקנו אחר הודאתו דלא פרע לא יגבה גם כן דניחוש לקנוניא לטרוף ממה שימכור אחר כך וע"כ כיון דבידו לשעבד עכשיו מחדש כדין גובה אחר כך מן הלקוחות אם כן במודה שכתבו נמי הא בידו לעשות כדין ולשעבד מהשתא. וצריך לומר דדוקא במעשה ב"ד דיש לו קול וידעו הלקוחות להזהר שלא לקנות רק דאף שקנו נאמר דלמא כבר פרע בזה כיון דהודה מקודם דלא פרע ואמר אל תפרעני אלא בפני עדים שוב גובה מן הדין ואינהו דאפסידו אנפשייהו דלא נזהרו לקנות מה שאין כן במודה בשטר שכתבו חיישינן לקנוניא דרוצה למכור מנכסיו ויטרוף מהם הבע"ח ובאמת השטר הוא מזויף ולא יצא כלל הקול שידעו הלקוחות לכך אף אם מודה שכתבו בפני עדים חיישינן שמא זייף ורוצה לעשות קנוניא כיון דליכא סהדי דמפקי לקלא ועיין בש"מ ב"מ (דף ע"ב) אבל בהעמדה בדין כיון דאית ליה קלא כמלוה בשטר רק כיון דל"ש לומר שטרך בידי מאי בעי נאמן לומר פרעתי וטוענין עבור לקוחות

ולא מהני הודאתו של הלוה מ"מ כיון שהודה מקמי שקנו הלקוחות ואמר אל תפרעני אלא בעדים טורף מלקוחות כמו שכתב הטו"ז. אולם מדברי הר"ן בש"מ ב"מ (ט"ו) דכ' הא דגבי ממשעבדי במציאות רחוק כגון דאיכא סהדי דלא פרעיה שלא זזה ידם מתוך ידיו נראה קצת דאף באומר אל תפרעני אלא בעדים לא מהני אף דיש לו קול דמ"מ חיישינן לקנוניא:

ועיין כנה"ג שהביא משם רדב"ז [והוא ח"ר סי' תקי"א] דאף דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה בשטרא דלאו אקניית' מ"מ אם כתב בו בהדיא שלא באחריות כותבין ונותנין לו דליכא למיחש למידי וכתב וא"ת אכתי איכא למיחש שמא יעשה קנוניא עם המלוה ויחלוק עם שאר בע"ח בנכסיו ויש לומר דאי חיישינן להכי אף כשהמלוה עמו איכא להאי חששא אלא ודאי לא חיישינן להכי דאי בקרקע יש להן דין קדימה ואי במטלטלי בלאו הכי יכול להבריחם ותו דלהאי קנוניא לא חיישינן דלא ניחא ליה לאינש דליפשו עליו שטרי עכ"ל וקשה דהא חייש לקנוניא נגד לקוחות אף דמפיש עליו שטרא ומודה שכתב רק הואיל דלא נתקיים וכיון דאין לו קול יפסידו הלקוחות שלא כדין וה"נ כיון דעדים לא מפקי לקלא כשאין המלוה עמו באקנייתא כמו שכ' הרא"ש ב"מ דדבר תימא הוא אם כן אם כותבין ללוה לבדו שיהיה מוכן בידו לית ליה קלא ויפסיד לבעל חוב שלו ועיין ש"מ ב"מ (דף י"ג) משם רמ"ך וז"ל בלא אקנייתא לא כותבין ללוה דחיישינן לקנוניא שמא לחוב לאחרים הוא מחייב עצמו ושטר אמנה או פסים ואי איתיה למלוה ושקיל לשטרא מיד לית לן למיחש דכי מסר ליה שטרא לאלתר חייב עיי"ש משמע דלאו דוקא מחשש טריפת לקוחות לא כותבין רק אף מחשש בעל חוב. ועיין ש"מ ב"מ (דף י"ט) משם הר"ן לענין אם כותבין שטר מתנה לנותן כשאין המקבל עמו בלא שטרא אקנייתא שהוא מונע לבעל חוב מלטרוף על ידי שטר מוקדם. גם מה שכ' דאי בקרקע יש להן דין קדימה אינו מובן אדרבה כיון דיש להן דין קדימה ניחש דילוה מבעל חוב אחר ואחר כך ימסור לזה השטר שהוא קודם לגבות ואולי כוונתו כיון דלית ליה אחריות ושעבוד מפורש נגד לקוחות גובה בעל חוב האחר שיש לו שעבוד נגד לקוחות ומ"מ יש חשש דלמא ילוה מאחר בלי שעבוד מפורש. ועיין ש"ך (סי' מ"ח) שהביא דעת מהר"מ לובלין ביש לאחד מלוה על פה בעדים ולאחד כ"י מוקדם דלא חיישינן לקנוניא והש"ך חולק בזה ועיין תשובת רמב"ן (סי' כ"ב) דלא חציף הלוה לעשות מעשה בפועל להקדים הזמן ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני הלואה (סי' י') ויש לומר דעכ"פ אם הלוה כותב על דעת ללות ואין המלוה עמו דחיישין שמא לא הלוה לו אחר כך ומוסר

לו לעשות קנוניא נגד שאר בעלי חוב וצריך עיון בזה דיש לומר באמת בכי האי גוונא צריך להביא ראיה שבזמן שכתבו מסרו לו:

ובספר קצוה"ח חקר למה באם הלוה מודה שלא פרע גובה מן הערב כמבואר (סי' קכ"ט) ולא חיישינן לקנוניא ומלוקח אינו גובה והעלה דהערב כיון דהוא עצמו התחייב הוי ליה כאיני יודע אם פרעתיך ולוקח דלא אשתעבד רק הנכסים טענינן ללוקח והוי כטענת ברי ודוקא אם י"ל דפרע קודם שלקחו הלוקח אבל אם ידענו דלא פרע קודם שלקחו רק לומר דלמא פרע אחר כך כיון שנכנס ודאי בשעבודו של זה הוי ליה איני יודע אם פרעתיך ולכך אם הודה הלוה שלא פרע ואחר כך קנה הלוקח אחר הודאתו סגי בהודאת הלוה לחוד כל דנתברר שלא פרע קודם שקנה הלוקח. ולכאורה לדבריו אם השטר מכר שקנה הלוקח היה תוך זמנו של השטר חוב דלא חיישינן לומר דפרע תוך זמנו בזה נאמר גם כן דלא טענינן ללוקח שפרע אחר זמנו כיון דודאי נכנס בשעבודו ותוך זמנו לא פרע. אך מ"מ יש לומר כיון דאחר זמנו היה הלוה נאמן לומר פרעתיך תוך זמנו במגו דפרעתיך לאחר זמנו טענינן גם כן בזה עבור לוקח. אך יש להתבונן לדבריו נאמר אף באם אין הלוה מודה דלא פרע נימא גם כן דלא טענינן ללוקח דלמא פרע כיון דהוי כאיני יודע אם פרעתיך הואיל דודאי נכנס בשעבודו קודם שפרע לו ומבואר דגם בזה טענינן עבור לוקח מדברי תוס' כתובות (דף צ"ב) בהא דמוכר שדה שלא באחריות דהמוכר משתעי דינא בהדיה דבעל חוב וכ' רש"י דנ"מ דצריך לישבע אם טוען אשתבעי לי דלא פרעתיך וכתבו תוס' דאף ללוקח חייב לישבע דכל מה דהלוה יכול לטעון טענינן ללוקח. ואם נאמר דהיכא דידענו דלא פרע בטרם שקנה הלוקח שוב לא טענינן נ"מ טובא באם הלוה הודה בטרם שקנה הלוקח שעדיין לא פרע לו אם כן כשבא לגבות מלוקח לא טענינן דלמא פרע אח"כ ולכך משתעי דינא המוכר וטוען שפרע אחר כך אלא ודאי דגם אם בא לגבות מלוקח טענינן שמא פרע אחר כך. והיינו דכל מה דמצי המוכר לטעון טענינן עבור הלוקח אם כן אף אם הלוה מודה שלא פרע אחר כך אמאי לא טענינן ובפרט דעל עצמו דחייב אינו בגדר עדות כלל כמו שכתבנו בזה לעיל דיני עדות (סי' נ"ו) ויבואר עוד אי"ה לקמן וכיון דמבואר דאף אם הלוקח ודאי נכנס בשעבוד טענינן בעדו שמא פרע ממילא לא מהני הודאת הלוה לחוב לו. ועוד הא מ"מ דעת כמה פוסקים דבלא הוי ליה למידע כלל פטור אף באיני יודע אם פרעתיך. וע"כ הא דבערב כשהודה הלוה דלא פרע דחייב לשלם הוא משום דעל דעת זה נעשה ערב כשהלוה יהיה מחויב ולא ישלם נתחייב הוא לשלם מה שאין כן בלוקח לעולם לא נתחייב לשלם וכל זמן שלא

נתברר דלא פרעו אינו גובה ממנו ועיין מה שכ' בתשובת ראנ"ח (ח"ב סי' א') בספר מים עמוקי' בזה:

סימן י

כתב בש"ע (ס' ל"ט סי"ג) כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין המלוה עמו כו' במד"א בשטר *שיש* בו קנין שהרי משעה שקנו מידו נשתעבדו נכסיו לו וזה דעת רוב ראשונים דלא כר"ח ורי"ף דסברו כמו לאביי דאמר עבז"ל מ"מ בעינן מטא לידיה כן נמי בשטר הקנאה בעינן מטא לידיה כמבואר בנ"י ב"מ (דף י"ג) ובבעה"ת באריכות בדעת הרי"ף והש"ך העלה להלכה שלא כדעת הרי"ף. ובכנה"ג (סי' רמ"ג) הביא משם מהרש"ך ומהר"י הלוי ושני חכמים שם ומהר"ם די בוטון ז"ל דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הממע"ה. עוד הביא משם בעל פני משה דדוקא במי שכ' השטר ולא נתנו לו אבל במי שקנו מידו ולא צוה על השטר לכולי עלמא קנה אף דלא מטא שטרא לידיה וכן משמע דהא סתם קנין לכתיבה עומד ואף אם לא כתב כלל טורף ממשעבדי וחל הקנין אם כן כשיש עדי קנין סגי ואם כתבו שטר והוא ת"י ליכא שום ריעותא ויש לומר אף אם מטא השטר לידו אחר מיתת המתחייב שפיר דמי רק אם צוה לכתוב השטר בזה יש לומר המוסיף גורע והי' כוונתו שיזכה מעכשיו לכשיבא השטר לידו או דהוי שיור או דהוי כתנאי ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' ל"ט) ובספרו דברי חיים דיני הלואה (סי' ב') דגם לדעת הרי"ף אם אחר שכ' השטר קנין נתן במתנה או שמכר לאחר אם אחר כך מסר השטר הראשון להראשון זכה הראשון ולא השני לא מבעי לדעת הרמב"ן בדעת הרי"ף דלאביי דעבז"ל אם לא מטי לידו דלא מהני מ"מ אם מטי לידו אף אחר שמכר או נתן להראשון אמרינן דזכי למפרע ודאי בשטר הקנאה גם כן לא גרע אלא אף לדעת הרא"ש דאם מכר או נתן בטרם שמטי לידו דהראשון נתבטל הזכיה של הראשון אף אם מטי לידו אחר כך זה דוקא לאביי דעבז"ל לא הוי רק תקנתא דרבנן מה שאין כן בשטר הקנאה דודאי לא הוי רק כתנאי אם נתקיים התנאי ומטי לידו דראשון אף דחזר בנתיים מ"מ חל למפרע ומיישב בזה קושית הג"ת על דעת הרי"ף מהא דכתובות (דף צ"ד) בעובדא דאימא דרב"ח דכ' שם הרי"ף דאיירי בשטר בלא קנין דאי בקנין זוכה מאן דקדים והיינו אף דכתבה ומסרה להשני בטרם שנמסר לראשון מ"מ כשהגיע השטר ליד הראשון אחר כך זוכה למפרע וכן מבואר מדברי ש"מ ב"מ (דף י"ט) עיי"ש:

ובזה יש ליישב קושית תלמידי הרי"ף מהא דאמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעליו דהא שעבד נפשי' ולפרעון וקנוניא לא חיישינן ואמאי הא כ"ז דלא מטי לידו לא זכה ואין לומר דאיירי בחייב מודה והוי מטי לידו דאם כן איך אמרינן בסוגיא

ב"מ (דף י"ג) הניחא אי שמואל סבירא ליה כר"א כו' אלא אי סבירא ליה כאביי דעבז"ל מא"ל והשתא אי גם בהקנאה בעי מטא לידו ע"כ שמואל לא סבירא ליה כאביי דאם לא כן למה דוקא שטר הקנאה. ולהנ"ל יש לומר דעד כאן לא כ' הרי"ף דאף בשטר הקנאה בעינן מטי לידו רק אליבא דאמת דלא פסק כאביי ולא אמרינן עבז"ל ובלא קנין אף דמטי לידו אינו זוכה למפרע רק משעה שמטי לידו לכך אמרינן אף דהיה קנין וזוכה מהשתא מ"מ מה"ת לומר דמזכה לו לגמרי מהשתא בלא שום תנאי ואמרינן מסתמא כיון דמצוה לכתוב שטר ל"ה כוונתו רק לאלם הזכיה מהשתא באם יתן לו השטר אחר כך. אבל לאביי דעבז"ל אם כן לא הוי צריך לשום קנין אם נאמר דדעתו היה על תנאי כשיגיע ליד הזוכה דהא אף בלא קנין עבז"ל ואם ימסור לו אחר כך השטר יזכה למפרע ואם כן לאיזה צורך היה הקנין אלא ודאי כונתו דיזכה מעכשיו אף אם לא ימסור לו השטר ואם כן הקנין לטפוי אתי שיזכה מעכשיו ולכן שפיר אף אם שמואל סובר כאביי דעבז"ל נקט דוקא שטר הקנאה דבזה אף באין חייב מודה יחזור ובלא הקנאה כיון דאין חייב מודה כל זמן שלא בא לידו לא אמרינן עבז"ל אבל בשטר הקנאה לא בעינן מטי לידו דעל כרחך הקנין לטפויי אתי ואם שמואל אינו סובר כאביי ול"א עבז"ל בזה צריך להקנין לטפויי שיזכה מעכשיו כשיבא לידו ואיירי בחייב מודה:

אולם זה אתי שפיר לשיטת הרמב"ן והסכמת הש"ך בדעת הרי"ף דאם עבז"ל אף אם חזר בנתיים בטרם שמטי לידו מ"מ אם הגיע לידו אחר כך זוכה למפרע ואין הפרש בין שטרי הקנאה לר"א ובסתם שטר לאביי דכמו בזה זוכה למפרע אף אם חוזר בנתיים כן בזה אם כן שפיר אם שמואל סובר כאביי דעבז"ל הקנין לטפוי אתי ואף תנאי לא הוי וזוכה מיד לכך מחזירין אף בא"ח מודה. אבל לשיטת הרא"ש בדעת הרי"ף דיש חילוק בין שטר הקנאה לסתם שטר אף אם עבז"ל לענין חזרה דאף אם עבז"ל מ"מ יכול לחזור ואם חזר בנתיים ומכר לאחר בטרם דמטי לידו זוכה השני אף אם מטי אחר כך לידו דראשון מה שאין כן בשטר הקנאה ודאי לא הוי כי אם תנאי לכל היותר כמו שכתבנו לעיל אם כן אף אם שמואל סובר כאביי דעבז"ל מ"מ יש לומר דבשטר הקנאה שיש בו קנין בעינן גם כן מטי לידו מצד התנאי ואף די"ל דקנין לטפויי אתי שלא יכול לחזור מ"מ כיון דאמר כתבו יש לומר דכוונתו על תנאי כשיבא לידו אחר כך ואם כן הדרי קושית הראשונים על הרי"ף למקומו:

ואף כי הש"ך הפליג מאד דעת הרא"ש והרבה להקשו' עליו דלדבריו על כרחך הא דבמצא שטר חוב יחזיר בחייב מודה הוא משום דבמחילה אינו יכול לחזור אף אם נמלך וזה מבואר מש"ס דלא כן הוא ולכך העלה בדעת הרי"ף כדברי רמב"ן במלחמות

דחזרה מהני אף במחילה רק אם מטי לידו אחר כך זוכה למפרע מ"מ המעיין בפירושו של הרי"ף שהזכיר שם מס' כתובות הנ"ל שהאריך סוף המסכתא לפרש בלשון ערבי ומצאתי בדברי ראב"ד שהעתיק פירושו והוא בספר תומת ישרים (סי' רח"י) באורך שם מבואר כדברי הרא"ש וכוון האמת בדעת הרי"ף וז"ל שם ונאמר שזה המעשה אלו היה בקנין לא הוי קונה אלא רב"ח כפי שוה"ד ולא הוי דן ר"נ שודא כלל להיות שכבר קנה רב"ח המתנה ההוא משעת קנין אבל המעשה היה בכתיבה בלי שום קנין נראה באמר כתבינהו לנכסי ואין הקרקע נקנה אלא בכתיבה כו' והשטר אין הקרקע נקנה בו אלא מעת שיגיע ליד מקבל מתנה לא מעת שנכתב הנה תרא' מה שאמר' המשנה שאני אומר כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם ואף לדעת אביי שאמר עבז"ל לא קנה אלא אם הגיע השטר לידו קודם שחזר בו הנותן אבל אם חזר בו הנותן קודם שיגיע השטר ליד מקבל מתנה ל"ק כלום מהמתנה ההוא כמו שאמרו אלא הא דתנן מצא גטי נשים כו' הרי זה לא יחזיר שאני אומר כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם וכי נמלך מאי הוי כו' ה"מ היכא דמטי שטרא לידיה אבל היכא דלא מטי שטרא לידיה לא וכיון שכן לא תתקיים המתנה לרמי בכתיבת שטרו בצפרא מבלתי שתתקיים למר עוקבא אעפ"י שלא נכתב שטרו אלא באורתא כיון שאין לרמי עדים שהגיע שטרו לידו משעת כתיבה שאפשר לומר ששטרו של מר עוקבא בא לידו קודם שהגיע השטר של רמי בידו אעפ"י שהוא קודם לו בכתיבה עכ"ל הרי מבואר כדעת הרא"ש אליבא דהרי"ף דלאביי אף דעדיו בחתומיו זכין לו מ"מ אם חזר קודם דמטי לידו אף שמסר לו אחר כך לא קנה. גם מבואר מדבריו דבקנין אף דבעינן לדעתו דמטי לידו בכ"ז אם קודם דמטי לידו מכר או נתן לאחר אם אחר כך מסר לראשון קנה הראשון אף דחזר בנתיים ועל כרחך דהוי כתנאי בלבד וחל למפרע דאם לא כן למה כ' דאם היה בקנין לא הוי קונה אלא רב"ח דלמא אייריי בקנין רק דאמרה גם לכתוב ואף דהי' בקנין מ"מ כיון דלא ידענו למי הגיע השטר מקודם ועד שלא נתקיים התנאי דמטי השטר לידו היתה יכולה לחזור וכיון שמסרה השטר מקודם למר עוקבא קנה מר עוקבא אלא ודאי דאעפ"כ אם חזרה כשנתקיים אחר כך התנאי חל למפרע ואף דבשטר דלאו הקנאה אף אם עדיו בחתומיו זכין לו לדעת הרי"ף אם חזר ומכר בנתיים קודם דמטי השטר לידו שוב אף אם נתקיים אחר כך התנאי אינו חל למפרע והיינו דסובר אם חזר בנתיים לא קנה אחר כך למפרע אף דנתקיים התנאי ואף דממתניתין אינו ראיה לזה דאף דקתני שאני אומר כתובין היו ונמלך עליהם שלא ליתנן היינו דנמלך על הנתינה ולא רצה ליתן כלל ומיד המתחייב נפל ולא הגיע ליד הזוכה וגם עכשיו אינו רוצה למסור לו דאיירי באין חייב מודה והתנאי היה שיבא

לידו מרצון המתחייב אבל לעולם י"ל אם החייב מודה אף שחזר בנתיים ומכר לאחר מ"מ כשמסר להראשון אחר כך השטר נתקיים התנאי למפרע ונתבטל הקנין של השני י"ל דהרי"ף דייק ממה דקתני במתניתין ונמלך עליהן שלא ליתנן משמע אף אם לא חזר כלל מגוף הדבר ורוצה עוד להתיישב בדבר רק נמלך שלא ליתנן בלבד היינו שלא למסור השטר גם כן בשביל זה בלבד לא יחזור דאף אם מגיע ליד הזוכה השטר מ"מ שוב לא חל למפרע מזה מוכח נמי דיכול לחזור מגוף הקנין אבל כשהיה בקנין ניהו דבעינן דמטי לידו השטר מ"מ אם נתקיים והגיע לידו חל למפרע. ולפי זה יש לומר דאף לדעת הרי"ף אם בא לידו אחר מיתת הנותן מהני גם כן ולא שייך בזה אין קנין לאחר מיתה כיון דחל למפרע ולא הוי רק כתנאי שיבא לידו השטר:

וראיתי בתשובת מהר"י לבית לוי (כלל ח' סי' ס"ד) שם כ' דעת שני חכמים דאם הגיע השטר לידו אחר מיתת הנותן גם כן קנה למפרע וכ' דהוא שגגה גדולה דהא טעמייהו דר"ח ורי"ף דלמא נמלך אם כן מה יתן ומה יוסיף הגעת השטר לידו שלא על ידי נותן דמי מסרו לו ומיד מי זכה המקבל לצאת מידי ספק דדלמא כתב ונמלך כיון שלא מסר אותו הנותן בידו עיי"ש דהוא סובר כיון דכל עיקר ראייתו של הרי"ף הוא מההיא דב"ב מי שמת ונמצאת דייתקי קשורה על יריכו הרי זה אינו כלום וסובר דמיירי אף שהיה בו קנין וטעמא דמתניתין הוא דלמא כ' ונמלך אחר כך וכמו שכ' הרמב"ם הלכות זכיה ומהאי טעמא כ' דאם נשבע הנותן לקיים המתנה אין כאן חשש לדלמא נמלך בזה מודים דקנה אף כי לא מטי לידו והני תרי גדולים שהביא שם כתבו כיון דלדעת ר"ח ורי"ף מעולם לא חל הקנין גם השבועה לא חל דהשבועה הוא כשיתן השטר למקבל אז תחול השבועה אבל כשלא יתן השטר מעולם לא חל השבועה והר"י הלוי תמה עליהם דודאי משמסר השטר איגלאי מילתא למפרע דלא נמלך מעולם אם כן נתקיים הקנין מיד וכשנשבע לקיים ליכא למיחש לנמלך דאחזוקי אינשי לרשעי לא מחזקינן לומר שיעבור על שבועתו לכך לא צריך שיגיע השטר לידו עכ"ד. אולם למ"ש דע"כ מוכח מדעת הרי"ף דאף אם נמלך בנתיים אם שוב מסר לו השטר חל למפרע אף אם מכר בתוך כך או נתן לאחר ועל כרחך דלא הוי רק כתנאי אם כן הא דקתני במתניתין הרי זה אינו כלום היינו כיון דלא נתקיים התנאי ולאו מטעם נמלך הוא רק כל זמן שלא מסר לו בחייו לא נתקיים התנאי ממילא אף אם נשבע שבועה חמורה לקיים המקח היינו דלא למיהדר ביה אבל מ"מ קיום התנאי בעינן וכל זמן דלא נתקיים התנאי לא חל הקנין למפרע וכיון שמת אין היורשים חייבין להשלי' שבועתו. וגם יש לומר היכא דצוה לכתוב ולמסור השטר אם בא לידו אף אחר מיתתו כיון דלחזור לא הוי יכול רק שלא לקיים התנאי מ"מ אם

נתקיים התנאי אף אחר מיתתו של המקנה גם כן מהני וכבר הבאתי לעיל (סי' ו) ד' בעל מוצל מאש שחקר בהקנאה אף שאמר כתבו ותנו דיכול לחזור אם היורשים יכולין לחזור ולמחות בעדים וכתבתי ע"ד שם אולם לדעת הרי"ף בשטר הקנאה אם נאמר דהוי כתנאי יש לומר דהתנאי היה אם יבא ליד הזוכה מכחו וכיון דמת אף שבא ליד הזוכה השטר מ"מ לא נתקיים התנאי:

שוב ראיתי בס' שמחת יו"ט מהגאון מהרי"ט אלגזי ז"ל (סי' נ"ד) שכ' לדעת הרי"ף הא דאמרינן ר"פ אף על פי אמר לעדים כתבו וחתמו והבו ליה קנו מידו לא צריך לאמלוכי ביה דהיינו כיון דאמר כתבו דלא צריך דסתם קנין לכתיבה עומד ש"מ דלא גמר להקנותו אלא בשטר ובעינן דמטי שטרא לידו מ"מ לא חיישינן דלמא חזר וממילא אף שמת הנותן נותנין אף לאחר מיתה וחל למפרע והוכיח שכן דעת מבי"ט (ח"ב סי' קמ"ג) דדן רק מטעם חזרה שנתנה הנכסים לבתה לכך לא זכה הבן ולא כתב כיון דבא ליד הבן השטר לאחר מיתת אמו אלא ודאי כיון דעדיין ביד הסופר והעדים ליתן ויזכה למפרע דלא חיישינן על חזרה לכך כ' לזכות להבת מטעם חזרה. וקשה ע"ד כיון דסובר דיכול לחזור הואיל דלא גמר להקנות אלא בשטר ודאי ירשו היורשים זכות זה לחזור בו רק אם באמת אף אם חזר בנתיים אם בא לידו אחר כך השטר קנה הראשון וחזרה לא מהני על כרחך דמטעם תנאי אתי עלה הרי"ף וכמו שכתבתי וכ"כ שם אחר כך דלא הוי רק כתנאי בזה יש לומר דהיכא דאמר לעדים כתבו והבו ליה דמהני קיום התנאי אף אם בא לידו לאחר מיתה. אולם יש לדון דכיון דלא גמר להקנות רק בשטר כשיבא לידו יזכה למפרע יש לומר דכוונתו היה כשיבא לידו מכחו דוקא וכשמת קודם שמסרו העדים השטר נתבטל הקנין לגמרי:

גם יש לומר לדעת הרי"ף וכפי שלמדו בדבריו הר"ן ויתר הראשוני' ומהרי"ק בתשובה בהא דכתב (פ"א) דגיטין במזכה בגט שיחזיר אף שאמר זכו אם מת קודם שבא השטר לידו של העבד אינו משוחרר וע"כ דהוי כמו שיור בקנין וכמו שכתבו האחרונים ועיין ס' תורת גיטין (דף ע') ולכך אף דזכיה מהני שלא יהיה יכול לחזור בו מ"מ גיטא לא הוי עד דמטא לידו בחייו אם כן יש לומר כמו כן בשטר הקנאה אף דאמר כתבו והבו ליה אף דחזרה לא מהני וכשבא לידו זוכה למפרע מ"מ אם הגיע לידו אחר מיתה לא חל הקנין. אך יש לומר למה שכ' הקצוה"ח (סי' קכ"ה) דמטעם גזירה דרבנן הוא וזה לא שייך בממון עיין שם אם כן יש לומר דלא הוי שיור רק בגדר תנאי ויכול להתקיים אף לאחר מיתה אולם אם נאמר דלא רצה להקנותו עד שיבא השטר לידו מכחו וכיון שמת ונפלו הנכסים לפני יורשים ונתבטל כחן של העדים אף שמסרו לו העדים אחר כך

השטר הוי כלא נתקיים התנאי וכן משמע מדברי בעה"ת (שער נ"ב ח"ד) דכ' מתחילה לדמות שטר שנמצא ביד שליש שהפקידו לו ולא פירש לו לאיזה ענין מסרו לנמצא ביד המתחייב וכן עדים שקנו מהמתחייב שקנו ממנו סתם שחייב עצמו במנה ולא פירש להם למי ימסרו השטר או שפירש להם שיתנו השטר למי שחייב וחזר ואמר תנו אותו לי ועל זה הביא דעת רי"ף ורמב"ם דלא קנה עד דמטי לידו ומבואר כמו בנמצא מתנה קשורה על יריכו והשטר ת"י דודאי לא מהני לאחר מיתה כמו כן אף אם צוה לעדים שיכתבו וימסרו למי שחייב מ"מ אם מת בנתיים אף שבא לידו אחר כך אינו כלום:

והנה הטור (סי' ל"ט) כתב בדעת ר"נ בר"מ ז"ל דאם צוה לעדי' שיקנו ממנו ויכתבו השטר ויתנו בידו של המתחייב לא יזכה בו המלוה עד שיצא מת"י הלוה ועיין בב"י דהפירוש דצריך שיבא לידו מיד הלוה שלא גמר להשתעבד לו עד שילוהו וכן כ' הרמ"א (סעיף י"ג) ובתומים האריך לתמוה בזה דהא שטר הקנאה הוא בין ילוה בין לא ילוה ולכך מחזירין בנפל ומזה הוכיחו דלא בעינן מטי לידו כלל ואם נאמר דאם אמר שימסרו לידו ולא גמר להשתעבד עד שילוהו למה מחזירין. ולכאורה יש לומר דשאני היכא דמתנה שימסרו לידו דאינו טורף ממשעבדי עד שיבא השטר לידו דאף דע"י קנין לחוד טורף ממשעבדי משום דסתם קנין לכתיב' עומד אבל אם מתנה על השטר שלא יכתבו אינו טורף ממשעבדי ואם כן כשאינו עושה אותם לשלוחים על הנתינה רק שימסרו לידו אין דינו רק כמלוה על פה. אולם אם כן אף אם מוסר לו אחר כך השטר איך יגבה ממשעבדי למפרע מזמן השטר וע"כ כיון דמשתעב' על ידי קנין בין ילוה בין לא ילוה העדים מפקי לקלא וזוכה בשעבודו אם כן אף אם אומר שימסרו השטר לידו על כרחך אף אם נאמר בתנאי שיבא לידו מיד הלוה עדים מפקי לקלא מיד דאם לא כן למה כותבין ללוה הא אם יבא לידו יטרוף ממשעבדי מזמן השטר אלא ודאי דמיד מפקי לקלא וגובה על ידי קנין לחוד ממשעבדי ואולי אף דשעבודא דאורייתא וממילא משתעבדי נכסים מ"מ כיון דהפקיעו השעבוד רק על ידי קנין ושטר נעשה השעבוד הוי כמתנה שלא יחול השעבוד עד שימסור לו השטר ואז אף אם העדים מפקי לקלא מ"מ כל זמן שלא בא לידו השטר אינו גובה ממשעבדי ואף מני' דידיה ליכא עדיין השעבוד נכסים אף דחייב את עצמו בין ילוה בין לא ילוה:

והש"ך (סי' נ"ו ס"ק כ"ז) האריך בזה בדברי הטור שם ובדבריו (סי' ר"נ) ותשובת הרא"ש (כלל ס"ו) והעלה דגם במתנה אם אמר קנו מידי וכתבו ותנו לידי ומת לא זכה כלל דבזה לכולי עלמא בעינן מטי לידו רק אם העדי קנין בפנינו ומעידין שלא היה מתנה כלל וקנו ממנו סתם והפוסקים החולקים על הרי"ף ומוקמי הא דנמצא דייתקי קשורה על יריכו

רק במתנות שכ"מ ולא במתנת ברי הוא משום דאיירי אף אם העדים בפנינו והא דמצא שטר הקנאה יחזיר הוא משום דמסתמא לא חיישינן על תנאים אבל אם יוצא מיד הנותן חוששין לזה ואין מחזירין מספק. והנה כדעתו מצאתי בתשובת מבי"ט (ח"ב סי' ק') וז"ל כי גם במתנה שכתב הרא"ש ז"ל מה שאין צריך שיגיע השטר לידו הוא מפני שאחר שנטל קנין נגמרה המתנה ולא צוה הוא שיכתבו שטר ויתנהו לידו ולכן היו יכולין העדים לכתוב וליתן כי השטר אינו אלא לראיה בעלמא כיון שנטל קנין מקודם אבל אם היה נוטל קנין והיה אומר כתבו ותנו לידי גם במתנה היינו אומרים כי לא גמר להקנות ולא נטל הקנין לגמור המתנה עד שימסור השטר למקבל כל זה הוא לדעת הרא"ש ז"ל אבל הרי"ף ז"ל כתב שטר מתנה בקנין ל"ק עד דמטי שטרא לידו עיי"ש. אולם בדברי תשובת הרא"ש ודאי לא נראה כן רק בשטר חוב אבל בשטר מתנה מבואר מדבריו שם דלא הי' נודע כלל באיזה אופן נעשה הקנין רק שנמצא ביד אחר שטר מתנה בקנין ומ"מ כתב הרא"ש דיחזיר לו וכבר השיג כן על הש"ך בתומים (סי' ס"ה ס"ק ה') והעלה רק לחלק בין שטר חוב מלוה לשטר מתנה. וכן בתשובת ושב הכהן (סי' ח') האריך בזה להשיג על דברי הש"ך והביא מדברי בעה"ת הנ"ל משם הרמב"ן דמשם מבואר דגם במחייב את עצמו בקנין ואמר לעדים כתבו ותנו לי השטר וכן במתנה בכולם זוכה המלוה לדעת רש"י ור"י הלוי ושלא כדעת הרי"ף. וכן הוכיח מדברי תשובת ריטב"א המובא בב"י (סי' רמ"ג) אם כי בש"מ סוף (פ"א) דב"מ כתב משם הריטב"א להיפך עי"ש באורך ליישב דברי הטור ודלא כדברי הש"ך. ואם כן בנידון דמבי"ט שם שנמצא ת"י המת שטר על הקדשות היה נראה דזכו ההקדש לדעת החולקים על הרי"ף אולם כבר כ' מבי"ט במ"א דיכול לומר קים לי כדעת הרי"ף וכמו שכתבתי לעיל:

וראיתי שם בתשוב' ושב הכהן דפשיטא לו לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו דבעינן מטי לידו ואז זוכה למפרע וכל זמן דלא מטי לידו יכול לחזור הא דמחזירין אם הנותן אומר להחזיר הוא דוקא כשהמקבל חי אבל אם מת דלא שייך לומר עדיו בחתומיו זכין לו אין מחזירין ליורשיו ולא אדע מניין לו זה הא סתמא קתני בזמן שחייב מודה יחזיר ואף אם מת המלוה דהא דבעינן מטי לידו הוי רק כעין תנאי ואם נתקיים התנאי שבא ליד יורשיו סגי הכי נאמר דהיה רק בתנאי שיבא ליד המלוה בעצמו מהיכא תיתי נימא זה כיון דהא דעדיו בחתומין זכו ליה או לר"מ דעדי חתימ' כרתי הוי מדין תורה או לר"א רק מתקנתא דרבנן אמרינן דזוכה מיד בשיעבודו רק על תנאי שיבא ליד הזוכה וסגי אם מוסר לעכשיו ואף אם נאמר דיכול לחזור קודם דמטי לידו היינו אם חוזר אבל אם מוסר לו אחר כך חל הזכיה למפרע ומניין לנו לומר דהיה הקפידא שימטי דוקא לידו

ולא ליד יורשיו כיון דליכא שום נ"מ להמתחייב בזה רק אם בא ליד הזוכה השטר מכח המתחייב סגי ובודאי לא איכפת ליה בשעת הזכיה אם ימות המלוה בנתיים אם ימסור השטר מכחו אחר כך ליורשיו ועיין בש"ך (סי' ס"ה) משם הב"ח דסובר אם משליכו לאשפה וחזר בו לא מהני אף אם מטי לידו אחר כך ועיין קצוה"ח שם (ס"ק ח') וכבר כ' אאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שם שבסוף ספר דברי משפט דתליא במחלוקת הרמב"ן ורא"ש אליבא דרי"ף אם מכר בנתיים לאחר אם מהני אחר כך מטי לידו וזה הכל אם חזר בנתיים אבל אם אמר תנו אחר כך דנותנין והוי כמטי לידו יש לומר אף אם מת הזוכה בנתיים ונמסר ומטי לידו מכח המתחייב ליורשיו דסגי וזוכה למפרע:

ואם נאמר דאף אם עדיו בחתומיו זכין לו מ"מ מהני ביטול השטר וכמו שכתב הריטב"א ב"מ (דף י"ז) והא דקשה מה הקשה הסוגיא (דף י"ג) על אביי דנוקמי המתניתין בחייב מודה רק דחיישינן על ביטול השליחות כבר כתב הנתיבות ליישב דכיון דבעינן מטי לידו למה לו לבטל ולהפסיד פשיטי דספרא יש ליישב קושית הש"ך ודו"פ על הרא"ש בדעת הרי"ף דבשובר לא בעינן מטי לידו אם כן למה אם אין האשה מודה לא יחזיר וגם הא בש"ס הקשה על אביי ממתניתין דמצא ג"נ ושוברין ומשני דבעינן מטי לידו ולדעתו בשובר לא בעינן מטי לידו ויש לומר אף דלא בעינן בשובר מטי לידו והיינו דהעדים זכו לו מיד בכח השעבוד ובזה ודאי דל"מ בטול השטר מ"מ הא דעדיו בחתומיו זכין לו הוא דוקא מסוף היום כמו"ש תוס' סופ"א דב"מ ובאותו יום יש לומר דמהני ביטול שליחותייהו יהו דלא נגמר השעבוד רק מסוף היום ויש לחוש דהלך אצל העדים לבטל השליחות ממסירת השובר רק יש לומר דתוס' כתבו שם דלא שכיח דתמכור באותו יום כמו כן לא שכיח שיחזור באותו יום ויבטל השובר ול"ח אביי לזה ועיי"ש בקצוה"ח אלא ודאי כמו דלא חיישי אביי לאקרי וכתב אף דנפל ואיתרע לא חיישינן דהעדים יעשו שלא כהוגן כמו כן לא חיישי על ביטול דהעדים לא יתנו להמלוה כיון דזכו לו ולא בעינן רק שיעבור היום או דיחושו לקנוניא דימכור את השטר או הכתובה והשובר יבטל ואם כן החשש רק דהלך אצל העדים ואם כן לא ימסרו ומן העדים לא חיישינן דנפל מהם דהם זהירי. ויש לומר הא דלא חיישי אביי לאקרי וכת' היינו אם החייב מודה רק דהב"ד יחושו על אקרי וכתב ונאמר דהעדים עשו שלא כדין זה לא חיישינן אבל אם טוען כן להדיא דכך היה יש לומר דאף אביי מודה דחיישינן בנפל וכן כתוב בש"מ (דף י"ד) משם גליון תוס' דאף דשמואל לא חיישי לאקרי וכתב הוא רק בחייב מודה אבל באין חייב מודה חיישינן בנפל ולפי זה שפיר קתני בברייתא בזמן שאין אשה מודה לא יחזיר דחיישינן לנמלך שלא ליתנו וביטול השובר אבל במודה לא חיישי אביי כמו דלא חיישי לאקרי

וכתב לכך יחזור דעדיו בחתומיו זכו ליה ולא בעינן מטי לידו בשובר וה"ט דמתניתן דשוברין דלא יחזיר דחיישינן לביטול ושם איירי באין חייב מודה ואף דלא קתני באין חייב מודה וטוען מ"מ יש לומר כיון דעכ"פ אינו מודה חיישינן לכל החששות גם לביטול השטר רק בחייב מודה סובר אביי דלא חיישי' לאקרי וכתב וגם דנימא דהלוה שכח ולאו אדעתו אם לוה בניסן או בתשרי דלס"ד לא חיישי' לקנוניא ועל כן לא הוי רק חשש רחוק דשכח ועיין בש"מ שם משם הריטב"א אבל באין חייב מודה חיישינן לכך אף בשובר לא יחזור דחיישינן לביטול כיון דלא בעינן מטי לידו ההכרח אליו לבטלו ובאותו יום דל"א עבז"ל מהני הביטול ועיי"ש בקצוה"ח:

ויש מקום עיון בדברי הטור (סי' רנ"ח) דכ' בניתן מתנה לאחר מיתה אם יש זמן בהשטר קנה הגוף מיד ואינו יכול לחזור בו דזמנו של שטר מוכיח עליו אפילו אין קנין בשטר וכן אם יש בו קנין קונה הגוף מיד אפילו אין בו זמן כיון שהוא בקנין קונה הגוף מיד כשהגיע השטר לידו והרמ"ה ז"ל כתב דוקא דכתב בו זמן אבל באין בו זמן צריך מהיום ואע"ג דכתב ביה מהיום ל"ק אלא מעידנא דמטי שטרא לידיה ובב"י שם תמה כיון דאיכא קנין מה צריך שהגיע השטר לידו. ובפרישה שם כתב דכיון דהזכיר לאחר מיתה די שיועיל הקנין עם השטר ושתחול המתנה משעה שהגיע השטר לידו ואם כתב לו מהיום וגם יש קנין בשטר או זמן עם הקנין קנו מיד ממש שמהיום לחוד עושה מתנות ברי והרמ"ה פליג בתרתי דסבירא ליה דגם לר' יוסי לא סגי בלא מהיום אלא דוקא בכ' בו זמן ובלא זמן אפילו היה בקנין אין המתנה כלל כיון שהזכיר מית' ועוד אפילו כתב לו מהיום בקנין לא מהני למקני מיום המעשה או הכתיבה אלא מיום דמטי שטרא לידיה הוא דקני ליה. ובש"ע שם השמיט במכוון דברי הטור שכתב בקנין קונה הגוף מיד ולא הזכיר כשהגיע השטר לידו ועיין שם בסמ"ע (ס"ק ד') דתמה על הרמ"א וכ' דהפירוש מיד הוא משבא השטר לידו כמו בשטר שאין בו קנין ויש בו זמן שכ' שם המחבר דקונה דשם פשיטא דבעינן שימטי השטר לידו עיי"ש. והנה מ"ש בדעת הרמ"ה דאפילו בכ' מהיום בקנין בעינן דמטי שטרא לידו מבואר לפנינו שזכינו לדברי הרמ"ה מס' ב"ב להיפך וז"ל שם (פ"ח סי' קע"ח) וכבר איפסקא הלכתא כר' יוסי וכולהו נמי לא אמרן אלא דכתב ביה זמן בשטרא אבל שטר שאין ביה זמן אע"ג דכתיב ביה קנין נמי צריך מהיום ואע"ג דכתיב ביה מהיום נמי לא קני אלא מעידנא דאייתי ראיה דקנו בי' מניה אי נמי מעידנא דמטי שטרא לידיה וכן הלכתא עכ"ל הרי מבואר דאם כתב מהיום מעידנא דאייתי ראיה דקנו ביה קני אף דלא מטי שטרא לידו ומה שכ' אי נמי מעידנא דמטי שטרא לידיה הוא באם אין בו קנין ואם כן יש לומר דגם כוונת הטור מה שכ' קודם לכן וכן אם יש

בו קנין קונה אפילו אין בו זמן קונה מיד היינו מיד ממש אף בלא הגיע השטר לידו ומה שכ' כשהגיע השטר לידו הכוונה באם אין בו קנין אבל ביש בו קנין לא בעינן מטי לידיה כלל ובב"ח שם כתב כיון דאיכא ריעותא דהקנה לו לאחר מותו חיישינן שמא צוה לעדים שיחזיקו בשטר ולא יזכה בו עד שימסור לו הנותן מידו ליד המקבל ואינו מובן מה ריעותא יש בלאחר מיתה כיון דאמרינן גופא מהיום ופרי לאחר מותו וגם לא הוי צריך שיגיע השטר לידו דוקא והיה סגי אם העדי' בפנינו ואמרו שלא צוה על מסירת השטר כלל אלא ודאי דמה שכ' הטור כשהגיע השטר לידו הכוונה על אין בו קנין אבל ביש בו קנין מעידנא דקנו מניה קנה וכמבואר בדברי הרמ"ה ומה"ט בכוונה השמיט מרן הב"י דברים אלה בש"ע:

סימן יא

והנה בשטר שיש בו קנין דכותבין ללוה לכאורה יש לדון הא גם בשטרי מכר דעת הטור ומחבר (סי' רל"ח) דאין כותבין למוכר בלא לוקח רק אם הקנה לו השדה בקנין דאם לא כן איכא חשש לכתב ליתנו בניסן ולא נתנו לו עד תשרי ובנתיים זבניה לאחרינא ואזיל האי ומפיק שטרא שזמניה בניסן וטרף שלא כדין מאידך וקשה לכאורה באתרי דכתבי שטרא הא לא סמכה דעתו דלוקח עד שיכתוב ויחתום וימסור לו השטר רק בשטר מתנה אפילו במקום שכותבין את השטר קנה לאלתר דכיון דקנה מידו גמיר ויהיב אבל במכר לא עדיף כח קנין מכח כסף ועד שיכתוב השטר לא קנה כמבואר בריטב"א קידושין (דף כ"ו) ובמלוה דינה כשטר מתנה דמשעת קנין זכה בין ילוה בין לא ילוה רק בעייל ונפיק אזוזי ולכך במוצא שטר הקנאה יחזיר דאף על פי שלא הגיע השטר לידו זכה ולדלמא עייל ונפק אזוזי לא שכיחא ולא חיישינן כמו דלא חיישינן לשמא קנו מידו על מנת שלא יזכה עד שיגיע השטר לידו דלתנאין לא חיישינן וכמו שכ' שם הריטב"א אבל במכר אינו קונה עד שיגיע השטר לידו ואם כן שניהם יכולין לחזור ומה מהני דקנו מידו בשטר מכר כשאין הלוקח בפנינו ולא נמסר לו השטר. וצריך לומר דמ"מ השטר לא הוי רק תנאי בעלמא וכשבא לידו קונה למפרע וכמו שכ' שם הר"ן בקידושין דבשטר ראיה אינו קונה בשטר רק בכסף כשיגיע לידו השטר קונה למפרע אולם בשטר קנין הוכיח שם הר"ן מש"ס דב"ב (דף נ"ד) בהא דנכסי עכו"ם הם כמדבר דכל המחזיק בהם זכה דהעכו"ם כיון שבא לידו הכסף איסתלק וישראל לא קני עד דמטי שטרא לידו הרי דלא חל הקנין למפרע עיין שם בדברי הר"ן וכן הביא דבריו בב"י (סי' קצ"ד) ואם כן בשטר קנין דאז לא קנה הלוקח רק כשהגיע השטר לידו ולא חל למפרע קשה אמאי כותבין למוכר אעפ"י שאין לוקח עמו:

אולם באמת בריטב"א שם מסתפק בזה אף בשטר קנין יש לומר דקונה למפרע דז"ל שם וכי תימא במקום שכותבין את השטר למה ליה לקנות בכסף או בחזקה לקני בשטר ואיכא למימר דנ"מ משעה שנתן הכסף או שהחזיק לקנות דהוי לי' כאומר קני בכסף על מנת שתכתוב את השטר ולכשת"ל שלא קנה אפילו בכסף אלא מכתיבת השטר ואילך נ"מ במקום שכותבין שטר ראי' דלא קני בשטר וקני בכסף ואי שטר מקנה הוא קונה בכסף אי פירש ליה עכ"ל הרי דאף בשטר קנין מספקא ליה אם קונה למפרע ולהך צד אתי שפיר הא דכותבין שטר למוכר אעפ"י שאין הלוקח עמו אף בשטר קנין כיון דכשיגיע השטר לידו יחול הקנין למפרע:

אך יקשה מראיות הר"ן מהך דב"ב. אולם באמת כיון דהב"י מביא דברי הר"ן להלכה יקשה לכאורה הא הר"ן לשיטתו דסובר מצד דינא דמלכותא מהני השטר קנין של ערכאות גם כן כמבואר בדבריו (פ"א) דגיטין וכן פסק הרמ"א (סי' ס"ח) אתי שפיר הך דנכסי עכו"ם שהם כמדבר דאיירי בשטר קנין ואינו קונה למפרע רק מזמן שמטי שטר לידו לכך שפיר הוי הפקר דכיון דמטי זוזי לידו אסתלק והישראל לא זכה עד שבא השטר לידו אבל למה שכ' הרא"ש והטור (סי' ס"ח) דהאידנא הני שטרות חספא בעלמא הם אפילו נמסרו בפני ישראל ואינם רק שטר ראיה וכן הרמב"ם והמחבר שם פסקו דל"מ דינא דמלכותא לענין זה והמה רק שטר ראיה אם כן לא משכחת הדין דיהיו הפקר כיון דעל ידי השטר ראיה זוכה למפרע. ובאמת מצד הדין מבואר בתוס' ב"ב שם דשטר בעכו"ם לא קני דישראל גופיה לא קני בשטר אלא מספר המקוה דירמיה והתם ישראל הוו וכמו כן להיפך שיקנה הישראל בשטר מעכו"ם לא מצינו ובפרט להסוברים דשטר לא הוי מפי כתבם רק מפי כתבו של המתחייב ומצד שליחות אתינן עלה ואין שליחות לעכו"ם [ועיין קצוה"ח (סי' ס"ח) דהקי' לד' המרדכי בשם ס' החכמה דכ' דלכך ערכאות כשרין משום דלא מרעי נפשייהו דמי שמוחזק בכשרות כשרים להעיד אם כן מאי פריך בש"ס גיטין (דף י') אלא מתנה כו' האי שטרא חספא בעלמא הוא וכ' לתרץ משום דלאו בני שטרא נינהו וכל קנינו אינו אלא בכסף. ולשיטת הסוברים דלכך לא הוי שטר מפי כתבם דנעשה מדעת המתחייב והוו העדים כשלוחין מדעת המתחייב ואם כן עכו"ם דלאו בני שליחות נינהו שוב הוי מפי כתבם. אך אם כן אף שטרי מכר והלואה נמי נימא דהוי מפי כתבם ועל כרחך צריך לומר בשביל דלא מרעי נפשייהו מהני אולם בלא"ה אתי שפיר דבשטר קנין בעינן ספר המקנה וצריך להיות הנייר של המקנה כמבואר גיטין (דף ך') אם כן לכך פסול בערכאות דלא בקיאי בזה שיהיה ספר המקנה עכ"פ מבואר דלא מהני שטר מקנה בעכו"ם] וכיון דליכא רק שטר ראיה אם נאמר דקונה למפרע למה

זה הוו נכסי עכו"ם כשנתן הישראל הכסף דאסתלק כהפקר וכל הקודם זכה הא כשיגיע ליד הלוקח השטר יזכה למפרע :

לכן בהכרח צריך לומר לדעת הריטב"א דבזה גרע שטר מעכו"ם כיון דסתמא אנסים נינהו ולא סמכא דעתו דלוקח לקנות אלא בשטר תולה כל קנייתו דוקא בשטר כיון דמוכרח לו לראיה יותר מאם קונה מישראל לכך אף דבישראל דעתו לקנות בכסף משע' הראשונה והשטר אינו אלא תנאי בעלמא וזוכה למפרע לא כן בקונ' מן העכו"ם תולה עיקר הקנין רק בשטר ולכך הוי הפקר כי מטי זוזי לידו דנכרי דאסתלק. אבל בישראל יש לומר דאף בשטר מקנה לא הוי רק כתנאי בעלמא וזוכה למפרע וכהך צד שכ' ריטב"א ולכך אתי שפיר דכותבין למוכר בקנין אעפ"י שאין הלוקח עמו אולם להך צד דאינו קונה למפרע כשהוא שטר קנין וכמו שכתב הר"ן בפשיטות יקשה מה מהני קנין וצריך לומר דקנין חליפין עדיף מקנין כסף וחזקה דבקנין חליפין קונה מיד ובכל אנפי השטר אינו אלא לראיה וקונה למפרע ובאמת בריטב"א מדייק הכל דוקא על כסף וחזקה ולא הזכיר בזה קנין חליפין כלל כמו שהזכיר מקודם. שוב ראיתי בחידושי רמ"ה ב"ב פרק ג"פ (סי' ט') שהקשה מאי מהני שט' הקנאה הא לא קנה עד שיתן דמים וכ' דאף דלא יהיב דמי נמי קנה בקנין וכתב דאהני ליה קנין דמעיקרא דלא מצי מוכר למיהדר והלוקח אפילו אמר בהדיא אחר כך דניחא ליה לא מחייב למיתב דמים דהשתא לא עביד ולא מהני אמאי קא מחייבת ליה משעת קנין וזיכוי האי שעתא שלמ"ד הוה הלכך אי עביד ביה בתר הכי חד מאנפי הקנאה מחייב ואי לא לא מתחייב ואהני ליה דאי אחזיק בתר הכי א"נ מטי שטרא לידו א"נ יהיב ליה דמי איגלאי מילתא למפרע דמעידנא דקנו מניה קניה לוקח להאי ארעא לאיחיובי בדמי דילה למוכר ואהני החזקה דלא מצי הלוקח למיהדר ומגו דאהניא להכי אהניא נמי לאקנויא ליה שטרא אגב ארעא דהא עד השתא לא קני לארעא קנין גמור ולכך אמרינן פ' המוכר את הספינה כיון שהחזיק זה בקרקע נקנה השטר בכ"מ שהוא עיי"ש בדבריו וזה דרך חדש ליישב קושית רמב"ן ורשב"א ויתר ראשונים בקידושין (דף הנ"ל) דכיון דאיירי בשטר הקנאה כיצד יקנה אחר כך השטר באגב דכיון דכל זמן דלא החזיק בה לא נגמר המכר ויכול הלוקח לחזור בו אף דנגמר למפרע נקנה השטר באגב עכ"פ מבואר דאף בשטר הקנאה נגמר למפרע:

ויש לומר דאף הר"ן דסובר דשטר שיש בו קנין אינו חל למפרע מ"מ בהא דכותבין שטר למוכר אעפ"י שאין הלוקח עמו ע"כ דחל למפרע והמוכר אינו יכול לחזור בו דהא מבואר ברמ"א (סי' קצ"ה) דבמקח וממכר אם הקנה שלא בפני הקונה שניהם יכולין לחזור דאפשר דאינו חפץ הלוקח וכבר הקשו האחרונים מדברי הרא"ש ב"מ (דף ק"ח)

ובש"ע (סי' קע"ה ס"ו) שהלוקח הוא שליח המוכר והוי כקונה עבור חבירו שלא מדעתו דאם רוצה אחר כך אין המוכר יכול לחזור ועיין במח"א הלכות זכייה ומתנה (סי' ו') וכן בקצוה"ח שם הקשה מהא דכותבין שטר למוכר אף שאין הלוקח עמו. ויפה מחלק בזה אאמ"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ה') מדיני מכירה דהיכא דהמוכר אומר בפירוש שיהיה הברירה ביד הלוקח שאם ירצה לזכות שיהיה הקרקע נקנה לו למפרע בזכיה זו לכולי עלמא מהני עיי"ש בדבריו ואם כן על כרחך דאין המוכר יכול לחזור וללוקח הוי זכות גמור דאף הכסף אינו מתחייב למפרע רק תליא בדעתו ובזה ודאי דקונה למפרע אף לדעת הר"ן. שוב מצאתי בתשובת תורת חסד (סי' ר"ך) דכ' סברא זאת דרק היכא שחל המכר מיד ואפשר לכתוב שטר כל זמן שלא כתב שטר לא סמכה דעתם מה שאין כן אם עדיין המכירה תלויה אין השטר מעכב ובפרט כיון דעדיין לא נתן מעות ודאי לא איכפת לן בסמיכ' דעת דלוקח דאין לו פסידא והמוכר ע"כ סומך דעתו להקנות כיון דהקנה בפירוש שאם ירצה יקנה ודמי המקח יהיה לחוב על הלוקח בפ"ע כמו בשטר הלואה בהקנאה וכמו שכ' הריב"ש. גם ראיתי לו (סי' קע"ח) שהשיג על מהרשד"ם שכתב בשטר ראיה קונה למפרע לא מהני המחזיק בנכסי עכו"ם אחר שקבל כסף דזה דעת הר"ן אבל שאר הראשונים לית להו סברת הר"ן ועוד דתוס' כ' דישראל מנכרי אינו קונה בשטר עיין שם וכבר כתבתי דיש לומר דכל ראשונים מודים לסברת הר"ן רק דלגבי עכו"ם שאני דליכא סמיכת הדעת כלל וגם הר"ן מודה דשטר מצד הדין לא מהני לקנות מעכו"ם:

ודברי הרמ"ה הנז' צריך עיון דהא אף דהמוכר אינו יכול לחזור ומקנה לו מעכשיו רק שהקונה ישלם לו המעות בעת שירצה בקיום המקח וכמו בשטר הקנאה דהלואה דהוא בין ילוה בין לא ילוה מ"מ החיוב הוא על המלוה להלות לו אחר כך כמבואר בריב"ש (סי' קס"א) ה"נ בשטר מכר אף דמזכה לו בין כך ובין כך שלא יוכל לחזור בו מ"מ כשמתרצה הלוקח חייב בדמי המקח אם כן למה צריך שיחזיק בו הלוקח שיתחייב בדמים הא מיד כשמתרצה נגמר המקח ולמה לא יתחייב בהדמים דהוי כתנאי עכ"פ על הלוקח אם יתרצה שיתחייב בהדמים וכיון שהתרצה פ"א למה לא יתחייב בהדמי' וצריך לומר דסובר כיון דהברירה עוד ביד הלוקח לחזור מן המקח אף אחר שהתרצה וחל הקנין למפרע וסובר דזה ל"ה זכות גמור ולא נגמר למפרע עד שיעשה קנין חזקה וצ"ע בזה:

וקצת יש לעיין הא מבואר ברשב"א קידושין (דף כ"ג) בהא דלא מהני כשמקנה לעבד על מנת שאין לרבו רשות בו כ' משם הראב"ד דטעמא דמלתא משום דיד עבד כיד רבו לזכות לו לאדון אבל לא לחוב לו הלכך כיון דאמר לו קנה עבד קנה רבו דכשנתנו להעבד

כאלו נתנו לרבו ממש כשהתנה עם העבד הו"ל כשאר תנאים דעלמא דמתנה עם מקבל מתנה בעצמו עיי"ש ומבואר דאין אדם יכול להתנות תנאי על חבירו שלא בפניו ובספר אבני מילואים (ח"א סי' ל"ח ס"ק כ"ב) כתב להסתפק לפי שיטה זו היכא דנותן זיכה לאחר מתנה על ידי אדם אחד והתנה עמו תנאי אם מהני כיון דהזוכה אינו מקבל אלא לזכות והוי ליה כאלו התנה עם אחר וכבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גיטין (סי' כ"ג) דלכאור' הדבר מבואר ב"ב (דף ע"ז) זכו בשדה זו לפלוני על מנת שתכתבו לו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה הרי דיכול להתנות תנאי שלא בפניו כשמתנה עם אחר זה הזוכה בעד חבירו והיינו כיון דזכיה מהני או מטעם שליחות או דזכיה מצד עצמותו הוי קנין והוי כעושה הזוכה קנין בעצמו אם כן ממילא יכול להתנות תנאי גם כן כיון דהמזכה אינו רוצה לזכות רק על תנאי נעשה גם על זה שלוחו דהמקבל כיון דעכ"פ זכות הוא לו באם התנאי יתקיים מה שאין כן גבי עבד דהוי כמתנה שלא בפניו לגמרי דשם לא יש שום זכות לרבו אבל במזכה על ידי אחר ומתנה תנאי גם התנאי הוי עכ"פ לזכות שאם יתקיים התנאי יזכה למפרע הוי כאלו מתנה בפניו. ואם כן זה אתי שפיר במתנה דליכא צד חוב מה שאין כן במכר אם מקנה לאחר על ידי קנין וכותב שטר הקנאה כיון שהוא עכ"פ על תנאי אם ירצה להתחייב בהממון הוי כמתנה שלא בפניו וצ"ל דמ"מ כיון דהברירה אך ביד הלוקח הוי כזכות וגם התנאי הוי כאלו מתנה בפניו:

וכתב הרמב"ן ב"ב (דף קס"ו) וז"ל ומסתבר לי שאם העיד על עצמו שכבר קבל דמים מן הלוקח וקנה בכסף או בחזקה או בחליפין כותבין אפילו בלאו שטר הקנאה שאין שטר זה אלא לראיה שאף המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדין ולקנוניא ליכא למיחש שהרי הנכסים שלו מה שירצה עושה בהן מיום זה ואילך והיינו שטרי הודאות וכן כ' הטור ומחבר (סי' רל"ח) ויש להסתפק אם דוקא כשקבל הכסף דאז נגמר הקנין ומוציאין הקול אף על ידי הודאתו שקבל הכסף לכך כותבין אבל אם לא הודה שקבל הכסף רק שהקנהו על ידי חזקה או חליפין ועדיין נשאר חייב דמי המכיר' אז עדיין לא יוציאו הקול ויש לחוש כשיטרוף ממנו יבא לגבות מזמן השטר ובאמת לא ימסור לו רק אחר כן. ומדברי רמב"ן משמע דתלי' דוקא שקבל דמים מן הלוקח וקנה או בכסף או בחזקה וחליפין ואף אם הודה שהקנה בחזקה או בחליפין מ"מ בעינן גם כן שיודה שקבל הכסף גם כן וכן משמע שם בדברי הסמ"ע (ס"ק ג') דעיקר תלי' בקבלת הכסף. וראיתי באורים (סי' קט"ז ס"ק י"א) דכ' ולי יש ספק אם מכר שדה בעדים ונ"ח לו הדמים ואח"כ פרע לו שלא בעדים אם יש לו ללוקח שעבוד כלל דאימתי יחול השעבוד על הקנין בשעת מכירה בעדים הא אז היה דמי זבינא ביד הלוקח ומה אחריות נכסים של

המוכר שייך בזה הא הקרן בידו ולאחר כך שפרע דאז יחול השעבוד במה יחול הא ליכא עדים עכ"ל ובאמת לדבריו יש לומר אף פרע אחר כך בפני עדים אחרים מ"מ כיון שהם ל"ה עדי המכירה לא מפקי לקלא רק העדי מכירה שנעשה בפניהם ואם כן אף פרע בפני עדים אחרים גם כן אם נאמר דאז לא חל השעבוד הואיל דהקרן היה בידו במה יחול אחר כך רק דיש לומר דבאמת העדי מכירה שהיה בפניהם מוציאין עוד הקול כיון דהמקח כבר נגמר והדמים הם עליו רק כחוב בעלמא:

ומדברי רמב"ן וסמ"ע הנ"ל נראה קצת כהך צד דבלא קבלת הכסף לא חל השעבוד במוכר שדהו בעדים וצ"ע:

סימן יב

והנה המ"מ (פכ"ד) ממלוה למד בדעת הרמב"ם דבשטר מכר כותבין אף בלא שטר אקנייתא למוכר אף עפ"י שאין הלוקח עמו וכתב שאין טעם ברור לחלק בין מכר להלואה. וראיתי בספר אבני מילואים (ח"ב סיקכ"ז ס"ק י"ב) העלה בדעת רמב"ם על פי דברי הש"מ ב"מ (דף י"ט) משם הריטב"א דהא דכותבין גט לאיש אף על פי שאין אשתו עמו משום דסמכינן על דאמרינן לה בתר הכי אייתי ראיה אימת מטא גיטא לידך ובשטר חוב לא סמכינן ע"ז דאם כן לא הוי טורף כלל ממשעבדי כיון דאינו מוכח מתוך השטר ועל ידי עדים הוי רק כמלוה על פה אבל בשטר מכר דלא אתעביד אלא לגוף הקנין ולא צריך לקלא דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים סמכינן דאמרינן להלוקח אחר כך כשיבא לטרוף אייתי ראיה אימת מטי לידך וכיון דהלוקח שלקח בין ניסן לתשרי יברר זמנו אם זה שיבוא לטרוף ממנו לא יברר מוקמינן ביד זה שיש לו זמן מבורר והא דפריך הש"ס גבי שטר מתנה דנפל דניחוש לשמא כתב ואימלך היינו מטעם דל"ה לנו להחזיר בב"ד דיסברו מדאהדרי רבנן ניהליה ש"מ קמו רבנן במלתא ומקמי דידי מטא שטרא לידו. ולדעתי העניה דבריו תמוהין חדא אם כן לדבריו כיון דכותבין למוכר אף בלא לוקח ולא חיישינן שיהיה שטר מוקדם אם ימסור לו אחר כך משום דנאמר לו אחר כך אייתי ראיה אימת מטא לידך אם כן שטר מוקדם בפועל שהקדימו העדים במכוין למה פסול הא לא נפיק מינה חורבא דיאמרו אחר כך הלקוחות כשיבא לטרוף מהם אייתי ראיה אימת מטי שטר מכר שלך לידך ולהדיא מבואר ברמב"ם דשטר מכר מוקדם הוא פסול ולדבריו אמאי יהיה פסול כיון דיאמרו הלקוחות אייתי ראיה. ואף לדעת רש"י גיטין (דף י"ז) אשר הריטב"א הנ"ל כתב כן לשיטת רש"י וכן כ' בחידושיו לגיטין שם דלדעת רש"י בכל גיטין דעלמא לכך כותבין לאיש אף על פי שאין אשתו עמו דהלקוחות יאמרו אייתי ראיה מ"מ דעתו דבשטר מכר אין כותבין למוכר בלא לוקח רק

בשטר הקנאה או לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו כמבואר ברש"י קידושין (דף כ"ז ע"א) הרי דלא סמכינן בזה על מכר. גם אף דמוכר שדהו בעדים גובה אף מנכסים משועבדין היינו כיון דמפקי לקלא אבל בזה דליכא עדים כלל על המכירה רק על ידי השטר שהוא שטר ראיה ואימתי הוא ראיה כשיגיע ליד הלוקח אם כן צריך שיהיה מוכח מתוך השטר: **ועוד** לפי דבריו יקשה מאי פריך הש"ס במצא שובר וליחוש שמא כתב כו' הא הלוקח שלקח הכתובה יאמר אייתי ראיה אימת מטא לידך ואף דיש לומר כיון דהבעל יהיה מוחזק אף אם לא מייתי ראיה אימת מטא לידו השובר אין הלוקח גובה הא בנפל דאיתרע גובה בו המלוה כמבואר בפוסקים (סי' ס"ה) ובש"מ ב"מ בהא דמצא שטר שחרור וכתב דהש"ס הי' להו להקשות דניחוש דמכר בינתיים העבד ובתירוץ הש"ס אתי שפיר והיינו על כרחך אף דהעבד יהיה מוחזק בעצמו מ"מ בנפל השיחרור איתרע ויאמר אייתי ראיה ויש לומר דקושית הש"ס הי' גבי מצא שובר דיסברו הלקוחות דלמה החזירו הב"ד ובודאי קמו במלתא דמניסן נמסר ולא יאמרו אייתי ראיה כמבואר בש"ס טעם זה גבי שטר חוב והיה מיושב בדרך זה קושית תוס' שם דלמה לא הקשה הש"ס על הא דכותבין שובר למלוה בלא לוה. דשם יאמרו הלקוחו' אייתי ראיה מה שאין כן בנפל ואמרו מדאהדרי רבנן קמו במלתא. אולם בטו"ז (סי' ס"ה) מבואר דבשובר יאמרו הלקוחות דאהדרי כדי שיפטור מן המלוה ושוב ליכא חשש דלקוחות דיאמרו אייתי ראי' כמו בכל השוברין ויקשה מה הקשה הש"ס וצריך לדחוק בזה ליישב עכ"פ לדברי הטו"ז גם במתנה יאמרו הלקוחות דהב"ד החזיר השטר נגד הנותן ושוב יאמרו אייתי ראיה כמו בכל שטר דצריך להביא ראיה אימת בא לידו אלא ודאי דלא סמכינן על זה ואין צריך להביא ראיה ואמרינן חזקה שנמסר ביום שנכתב ואם כן קשה למה כותבין שטר מכר למוכר בלא הלוקח לד' הרמב"ם כפי שלמד המ"מ בדעתו:

ואם נאמר דליכא רק חשש שמא מכר לאחר בין זמן הכתיבה למסירה ולא לענין טריפת לקוחות בשביל האחריות דבזה אף מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי יש לומר בדעת רמב"ם לחלק בין מכר להלואה דסובר הא דלא קיי"ל כאביי ולא אמרינן עדיו בחתומיו זכו לו אף לר"מ דסובר עדי חתימה כרתי עדיו בחתומיו זכו לו הוא מה"ת כמו דנראה מדברי תוס' כתובות (דצ"ד) ועיין שם במהרש"א ובמהר"ם שיף וכמבואר בתומים (סי' ל"ט ס"ק כ"ג) דהטעם הוא דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכו לו דמ"מ העדים לא מפקי הקלא עדיין ולא מהני התקנה אף לר"א והיינו דנאמר אף דבעינן עדי מסירה מ"מ עדים החתומין זוכים להמלוה השעבוד וכמו כן בספר המקנה דבעינן שיזכה הקונה בהנייר והעדים נעשין שלוחין לזכות להמלוה מ"מ סובר ר' אסי דזה לא מהני דהעדים לא מפקי

לקלא. וזה בשטר הלואה אבל במכר בזה בלעדי אחריות נ"ב לקלא ורק שלא להפסיד ללקוחות חשו חז"ל במקום דליכא קלא אבל במכר ומתנה אם נתברר דזכה קודם שמכר לאחר לית לן בזה בפסידא לאחריני ואם כן יש לומר דבמכר עדיו בחתומיו זכו לו וזוכה למפרע במטי לידו אחר כך לכך כותבין להמוכר בלא הלוקח דעדיו בחתומיו זכו לו כשמגיע לידו למפרע דבזה לא בעינן לקלא אולם באמת כל התירוצים המה דחוקים ויותר יש לדחוק בלשון הרמב"ם דאין חילוק בין שטר מכר ומתנה להלואה ובלא שטר אקנייתא לא כתבינן עד שיהיה המוכר עמו:

והנה אף אם המלוה עמו כתב בש"ע דבעינן שיתן השטר ליד המלוה בפניהם וכ' הסמ"ע שזה דעת הרמב"ם אבל התוס' כתבו דלכולי עלמא אם המלוה עמו לפני העדים תו לא חיישינן דודאי ימסרנו לידו מיד ובש"ך כתב ולא ידעתי מהיכן כתבו תוס' כן ובאמת בתוס' גיטין (דף י"ז) כתבו הלכך כיון שהיה המלוה שם אמרינן שמיד מסר לו הרי דלא בעינן שהעדים ראו שמסר ליד המלוה וכן בש"מ ב"מ(דף י"ג) כתב בהא דאמרינן כיון דנפל איתרע ואמרינן איקרי וכתב מ"מ לית למתלי ריעותא בסהדי דעבדי שלא כדין רק דחיישינן שמא הלכו המלוה והלוה להעדים דאנן לא אמרינן אלא שאין כותבין שטר דלאו הקנאה ללוה כשאין המלוה עמו אבל אם באו הלוה והמלוה להעדים כותבין ונותנין בין להמלוה בין להלוה ולא חיישינן שמא לא ילוה עד תשרי דהא מלתא דלא שכיחא היא ואם לזה חוששין אין לדבר סוף כו' רק בנפל ואיתרע חיישינן שמא אירע הדבר שנתנו להלוה בפני המלוה והמלוה נתאחרה עד תשרי והוי ליה מוקדם עכ"ל הרי מבואר דלא בעינן דוקא שימסרנו ליד המלוה או שימסור הלוה להמלו' בפנינו אולם מכל דברי הפוסקי' (סי' מ"ג) דחתרו למצוא גווני שיהיו העדים נאמנים לומר על השטר שחתמו עליו שהוא מוקדם וכתבו דיכולין לומר דטעו בדרב אסי ולא כתבו בפשיטות שמסרו ביד הלוה שהיה המלוה עמו ואחר כך לא מסר לו עד יום מחר א"ו דסברו דהעדים צריכין לראות מיד שמסר ליד המלוה וכדעת הרמב"ם והטור וכ"כ ברמ"ה ב"ב פרק ג"פ:

סימן יג

ואם נתנו מיד להעדים שיזכו למלוה ושיעמוד השטר בידם בשביל המלוה הביא הסמ"ע והש"ך דברי הנ"י משם הר"ן דבכה"ג הוי כמלוה עמו דזכין לאדם שלא בפניו. ועיין לשון הר"ן (פ"א) דב"מ דכותבין ללוה ובלבד שיזכו העדים להמלוה. ולכאורה אף אם אמר קודם כתיבה שיכתבו ושיזכו מיד אחר הכתיבה בהשטר בשביל המלוה מ"מ לא מהני השליחות דהוי על דבר שלא בא לעולם לדעת הרמ"ה והטור ובש"ע (סי' רמ"ג) אף באומר כתבו וזכו יכול לחזור בו דבההיא שעתא ליתא לשטרא בעולם ואין אדם מקנה

דבר שלא בא לעולם אם כן לדעתם לעולם אין כותבין עד שיהיה המלוה עמו דמה דאמר שיזכו בהשטר בעד המלוה לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם. אך יש לומר דהא אף אם המלוה עמו ניחוש דלמא לא ימסור לידו אלא משום שהמה בפני העדים אמרינן דמסתמא צוה לכתוב אדעתא שימסור להמלוה ואי אזדמין דלא מסרו צריכין באמת העדים לקרוע השטר הכא נמי כיון דאמר שיזכו אחר כך בהשטר עבור המלוה ל"ח שיחזור מזה. ובאמת אם חוזר אחר הכתיבה היינו שאינו אומר אחר כך שיזכו צריכין לקרוע וצריך שיאמר להעדים אחר הכתיבה שיזכו בו בעד המלוה רק העדים רשאין לכתוב כשמצוה להם שיזכו ולא חיישינן שיחזור כמו באם המלוה עמו:

וראיתי במח"א דיני שלוחין (סי' כ"ו) במי שאמר לחבירו שיגבה מנה ממי שחייב לו ושיזכה בו לפלוני כ' דלדעת הרמ"ה הכי נמי כיון שמחוסר גוביינא לא מהני להקנות לאחר דהוי דבר שלא בא לעולם וכ' דלפי מה שפירש"י פ"א דב"מ גבי עדיו בחתומיו זכו לו לא נראה כן ומיהו איכא למימר דהתם שאני משום דהדבר בידם לעשות עכשיו על ידי קנין וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה אבל הכא אין הדבר בידו עכשיו שליח נמי לא מצי משוי ובהכי אתי שפיר האי דעדיו בחתומיו זכו לו להרמ"ה דהתם בידו של זה לגמור הדבר עכשיו על ידי ק"ס עכ"ד ולא אבין מאי קשיא ליה לרמ"ה מהא דעדיו בחתומיו זכו לו הא שם הוא תקנת חכמי' לאביי כמבואר תוס' סוף (פ"א) דב"מ ואף דלא אמר להם הלוה שיזכו בעד המלוה מ"מ כיון דכותבין ללוה אף על פי שאין המלוה עמו הוי ליה כאלו מצוה להעדים שיזכו ונוכל לומר דאחר הכתיבה והחתימה מיד בחתימתן זוכין להמלוה בתנאי לכשיגיע לידו יזכה בו למפרע ומהיכי תיתי נאמר דהוי כאלו עשאן לשלוחין שיזכו בו להמלוה בטרם שחתמו ולהקשות מזה על הרמ"ה דהוי דבר שלא בא לעולם אנן אמרינן דרשאין לכתוב דהוי כאלו עשאן לשלוחין אחר הכתיבה. ועוד הא כפי שהביא הטור דברי הרמ"ה הוא באומר כתבו וזכו לו בהשטר ואפ"ה יכול לחזור בו ומבואר דבאופן זה יכול לחזור אף מן השדה דכיון דלא זכה המקבל בהשטר דלא מהני זכייתן דהוי על דבר שלא בא לעולם במה יזכה בהשדה יקשה גם כן נימא הא עכ"פ בידו להקנות השדה על ידי קנין סודר אם כן מהני ממילא זכייתן שיזכה אף בהשטר דאי אפשר לומר זכיה לחצאין וכיון דלענין שיזכו בהשטר דעי"ז יזכה המקבל בהשדה על ידי שטר קנין זה שיזכו העדים בעדו מהני הואיל דבידו להקנות לו על ידי קנין סודר מהני גם כן על ידי זכיית השטר אף דהוי מחוסר מעשה לדעת המח"א אם כן שוב ממילא אינו יכול לחזור לדבריו וכיצד יפרנס דברי הטור משם הרמ"ה ועל כרחך צריך לומר לדעת הרמ"ה אף דבידו להקנות על ידי קנין סודר מ"מ שיהיה ביד הזוכה גם כן שטר

לראיה היינו שיזכו העדים בעדו זה אינו בידו עד שיכתבו והוי מחוסר מעשה והוי דבר שלא בא לעולם ולא חל שליחותו על זה. ועיין נתיבות המשפט (סי' רמ"ג ס"ק ו') דביאר דעת הרמ"ה על פי דברי תוס' נזיר (די"ב) דאינו יכול לעשות שליח להפריש חלה בעודו קמח מטעם אף דבידו ללוש הוי מחוסר מעשה והוי דבר שלא בא לעולם רק מטעם כיון שיכול להביא עיסה. ואם כן ממילא אף דבידו להקנות על ידי קנין סודר מ"מ כיון דרוצ' להקנות על ידי שטר שיזכו בו בעדו לא מהני אף לזכות על ידי זה בגוף השדה אם כן כמו כן לא מהני לענין עדיו בחתומיו זכו לו. א"ו דעדיו בחתומיו זכו לו לא אמרינן דעשאן לשלוחין בטרם שחתמו רק עם חתימתן ולרב אסי דלא מהני מצד תקנה רק כשאומר בפירוש שיזכו דמהני כמו שכתב הר"ן לדעת הרמ"ה הוא רק כשעוש' אותן לשלוחין אחר החתימה וכמו שכ' לעיל:

הן אמת המעיין ברמ"ה ב"ב פ' המוכר את הספינה יראה בדבריו בשינוי ממה שהביא הטור דבריו (סי' רמ"ג) וז"ל שם (אות כ"ט) ואם אמר על מנת שתכתבו לו את השטר חוזר בין בשטר בין בשדה דכיון דתלי ליה לזכיית השדה בכתיבת השטר יכול למיהדר בשדה ומסתברא דאי כתבו ליה שטרא מקמי דהדר ביה מקנה מניה ואכתי לא מסרו ליה שטרא חוזר בכתיבת השטר דהא לא זכי ליה שטרא חדא דלא אמר להו זכו אלא כתבו ואפילו אמר להן זכו ההיא שעתא אכתי ליתא לשטרא בעלמא ואין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם וא"ח בשדה דלא תלי לה לזכיית השדה אלא בכתיבת השטר והוי ליה כתיבת השטר תנאה בעלמא בזכיית השדה וכיון דכתבוה לשטרא אע"ג דלא מסרוה לקונה איקיים לי' תנאה וזכי ליה בשדה עכ"ל ועיין שם עוד (אות ל') מבואר מדבריו דאף אמר להם זכו דלא מהני מטעם דבר שלא בא לעולם קאי על אמר זכו בשדה על מנת שתכתבו לו את השטר דאין תלי קנין השדה שיקנה על ידי שטר רק דיעשו קנין בהשדה בפ"ע על ידי חזקה לזכות בו בעד המקבל רק דתלי בתנאי שיכתבו לו השטר ועל זה אמר דחוזר בהשטר אף אם אמר להם על מנת שיזכו בהשטר ומהשדה אינו חוזר דסובר דהתנאי לא הוי רק על הכתיבה ולא על הנתינה לכן כיון דכבר כתבו השטר מקמי דהדר ביה כבר זכה בהשדה וחוזר רק מהשטר אף אם היה אומר מקודם כתיב' השטר שיזכו גם בהשטר לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם אבל באם אמר כתבו וזכו דבידו להקנות השדה בקנין סודר יש לומר באמת דגם הרמ"ה מודה דמהני וכסברת המח"א. אולם מדברי הטור מבואר דאף בכתבו וזכו בהשטר גם כן לא מהני הרי אף דבידו להקנות בק"ס לא מהני כיון דעכ"פ שיזכה בהשטר הוי דבר שלא בא לעולם. גם מה שכ' שם הטור דאף לאחר כתיבת השטר באומר על מנת שתכתבו את השטר כל זמן

דלא מסרוהו ליד הזוכה יכול לחזור דעל מנת שתכתבו ותתנהו לו קאמר מבואר מדברי הרמ"ה להיפך דרק קודם הכתיבה יכול לחזור אבל כשכתבוהו אף קודם הנתינה שוב א"י לחזור מהשדה דכבר נתקיים התנאי:

וראיתי בספר בני אהרן לאפפי ז"ל (דף קל"ה ע"ד) דעמד על דברי הרמ"ה שבטור הנ"ל הא במקנה דבר שלא בא לעולם אי שמיט ואכל לא מפקינן מניה ואם כשאמר כתבו וזכו לאחר שזכו בו הוי ליה כאלו בא ליד המקבל דזכין לאדם שלא בפניו ותפיסתן הוא תפיסה וכתב דכ"ש על ידי אחר לא מהני ושוב כ' אפילו לדעת רמ"ה אם אמר על מנת שתכתבו ותזכו בשטר לאחר שזכו בשטר אינו יכול לחזור שהרי כתב הטור (סי' ר"ט) דיכול להתנות בדבר שלא בא לעולם עכ"ד ולפנינו בדברי הרמ"ה דכתב עיקר דינו באומר על מנת שתכתבו ושתזכו לא מהני ומהשדה אינו יכול לחזור אחר הכתיבה רק מהשטר אף באמר שיזכו מ"מ זה לא הוי תלי בתנאי ולפי דברי הטור דסובר גם בעל מנת שתכתבו היה התנאי על הנתינה גם כן אם כן אף באמר על מנת שתכתבו ותזכו בהשטר לא מהני ויכול לחזור מן הנתינה דזכייתן לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם ממילא לא נתקיים התנאי ואין זה ענין להא דיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם דשם כשבא לעולם נתקיים התנאי מה שאין כן בזה דאמר על מנת שיזכו וזכייתן לא מהני דהוי ליה דבר שלא בא לעולם אם כן לא נתקיים התנאי ואף דיש לומר כיון דלא מהני ואינו יכול לזכות בעדו הוי כמתנה תנאי דאי אפשר להתקיים והוי כמפליג בדברים זה אינו דיש לומר דהכוונה היה שיתנו לידו והיינו אף דאמר כתבו וזכו היינו באופן דמהני זכייתן כגון אם יצוה להם אחר כך שיזכו בעדו דזה ודאי מהני כיון דבידם למסור לו השטר קודם שחזר וכל זמן שלא נתקיים התנאי שזכה המקבל בהשטר יכול לחזור:

ובחתם סופר אה"ע (ח"ר סי' י"א) ראיתי שהאריך לבאר דברי תוס' נזיר שם דדוקא במינוי שליחות על סתם עיסות היכא דליכא זכות לא מהני כיון דצריכין לבא מטעם שליחות ואז הוי דבר שלא בא לעולם אי לאו דבידו להביא עיסה אבל בעיסה מיוחדת יש לומר אף דלא מהני מצד מינוי שליחות בשעת מעשה מ"מ כיון שגילתה דעתה דניחא לה בהפרשת חלה מזה העיסה ממילא גם אחר הלישה תוכל להפריש מטעם זכיה כמבואר יו"ד (סי' שכ"ח) וכתב שם דאף דכ' בס' מרכבת המשנה דלא שמענו זכין מאדם רק זכין לאדם מ"מ מוכח כיון דילפינן זכיה מנשיא אחד למטה ולחוב על מנת לזכות הוא הרי דזכין מאדם וכן הלכה רווחת למכור חמצו של חבירו שתחת ידו בשעה חמישית מטעם זכין לאדם אע"ג דהוי זכיה ממנו לאחר. ולפי דבריו צריך לומר בטעם דרמ"ה והטור דלא מהני כשאמר כתבו וזכו כיון דלא מהני מטעם מינוי שליחות דהוי על דבר שלא

בא לעולם ולמה לא מהני עכ"פ מטעם זכיה כיון דעכ"פ גילה דעתו דרוצה שיזכה לאחר וניחא ליה דזה אינו דהם איירי במתנה דלית ליה להמזכה שום זכות בדבר שיזכו ממנו דכ"ז שלא זכה יש בידו לחזור ולאחר שיזכו לא יהיה בידו עוד לחזור בדבר וכיון דלא מהני בתורת מינוי שליחות דהוי דבר שלא בא לעולם לא מהני מצד זכיה לזכות ממנו דאין לו שום תועלת בזכיה הזאת. ואם כן יש לומר בשטר הלואה דרוצה שיכתבו העדים השטר ושיזכו בו בעד המלוה כמו שכ' הר"ן הנ"ל ובודאי איירי באופן דלית ליה שום פסידא בזה דאם אינו רוצה לקבל ההלוא' מהמלוה יחזור לו השטר ובודאי סמך דעתו על המלוה שלא יקבל השטר מן העדים בלא נתינת המעות או גם העדים יודעים מזה שעדיין לא נתן המעות רק צוה להם כן שיכתבו כדי שיהיה מזומן אם ילוה אחר כך ושלא יהיה מוקדם צוה להם שיזכו בעד המלוה וזה הוי זכות לו שלא יפסיד שכר הסופר בזה יש לומר אף אם לא מהני מצד מינוי שליחות על דבר שלבל"ע מ"מ מהני מצד זכיה ובזה י"ל דגם הרמ"ה מודה וא"ש לכ"ע:

אך בגוף הדבר דפשיטא ליה לבעל ח"ס ז"ל להשיג על המרכב' המשנה דסובר דלא מהני זכין מאדם וראיתו מנשיא אחד למטה כבר נסתבכו בזה כמה אחרונים דיש לומר דלא מהני ועיין קצוה"ח (סי' רמ"ג) דמשיג באמת על התה"ד ורמ"א (סי' שכ"ח) דמשרתת יכולה להפריש חלה שלמ"ד בעה"ב דלא מהני זכין מאדם וראייתו מרשב"א נדרים (דף ל"ו) ומהא דנשיא אחד למטה אינו ראיה דשם זוכין לכל א' חלקו שמבררין הנשיאים ובמה שמסלק כל א' זכותו מחלק חבירו חבירו מסלק זכותו מחלקו. וגם מחמץ שיכול למכור בשעה חמישית א"ר כיון דהגיע הזמן שיהיה אסור בהנא' ולא יהיה להם לבעלים רק כעפרא בעלמא ודאי מתייאשי הבעלים מזה ולא הוי כמוכר דבר שאינו שלו ועיין מה שכ' בזה בספר מקור חיים הלכות פסח (סי' תמ"ג ס"ק ה') וגם יש לומר דזה הוי בכלל שמירה כשנתן לו לשמור הוי כמו שמצוה עליו למכור ולא בעינן עוד לזה תורת שליחות מה שאין כן בשאר זכיה יש לומר דאין אדם זוכ' מאדם לאדם וכסברת המרכבת המשנה והקצוה"ח. אך כבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים (סי' ג') מדיני אבידה דפסק הרמ"א מתה"ד ודאי נכון למה דפסקינן יו"ד (סי' של"א) כדעת הרמב"ם בהא דמצאו תרם ואמר לו כלך אצל יפות דמהני ניחותא דהשתא לגבי הפרשת תרומה וק"ו בחלה בזה הזמן דרבנן לדעת הריטב"א עירובין (דף ע"א) לגבי דרבנן מהני לכולי עלמא ניחותא דהשתא על למפרע אם כן כשמתרצית הבעה"ב אחר כך ודאי מהני הפרשת המשרתת ועיין שם מה שכ' עוד בזה גם בחלק ראשון דיני תו"מ (סי' ו') הוכחתי מכמה מקומות דבאמת בזכות גמור מהני זכיה אף כשאינו מזכה לו בשום דבר רק מאדם לאחר

אף לדעת הרשב"א עיי"ש בראיות ברורות. אולם מ"מ יש לומר הן בהך דחלה הן כאן דאף דגילוי דעת מהני מ"מ היכא דעשאן שלוחין גרע וכיון דלא מהני תורת שליחות דהוי על דבר שלא בא לעולם שוב לא מהני אף מטעם זכיה דכשעשאן לשלוחין בעינן דוקא תורת שליחות דומיא דכתבו תוס' גיטין (דף ס"ו ע"ב) ד"ה הא אף בדבר דלא בעינן שליחות היכא דצוה לעשות בתורת שליחות גרע וכן כתבו תוס' קידושין (דף כ"ג) וביתר ביאור בתוס' רי"ד שם דהא דמהני בשחרור לגבי עבד על ידי אחרים אף דמספק להש"ס שם אם עבד יכול לעשות שליח וכתבו דאם העבד עשה שליח לקבל גרע מאם לא עשה שליח עיין שם בסברתן והכא נמי יש לומר אף דמהני בתורה זכיה לאחר על ידי הגילוי דעת מ"מ אם צוה להם שיזכו או שיעשו בתורת שליחות רוצה שיעשו בתורת שליחות וכיון דבתורת שליחות לא מהני הואיל דהוי על דשלבל"ע ונתבטל בתורת שליחות ל"מ אף בתורת זכיה:

ועוד יש לומר דלא מצינו דמהני גלוי דעת רק היכא דיש בכחו לעשות שליח אז מטעם זכיה גם כן מהני כיון דגלי דעתו דניחא ליה אבל אם גילה דעתו דניחא ליה בזמן דהוי דבר שלא בא לעולם ולא מצי משוי שליח בזה לא מהני גילוי דעתו דניחא ליה ועד כאן לא כ' הרא"ש פרק הא"מ דאם גילה דעתו לשדכן דרוצה לקדש אשה זאת והלך וקדשה דמהני מטעם זכיה רק באם באפשרות לקדשה אז בשעת דגילה דעתו בעצמו או לעשות שליח אבל אם גילה דעתו על אשת איש דנ"ל לקדשה אם יגרשנה בעלה או ימות כיון דלא מצי לקדשה אז בעצמו וכן לעשות שליח אין בידו לכן אף כנתגרשה אם קדשה אחר בעדו לא מהני הגילוי דעת שלו אז דלא הוי בידו לגמור ואתי שפיר דברי תוס' נזיר דצריך לשליחו' ועיין מה שכ' אמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' קכ"ו) ובספרו דברי חיים דיני מכירה (סי' ל"ג) דכמו דמהני באומר לחבירו על דבר הבא לעולם לך ומשוך אחר למ"ד וקנה אז ועשה כן דקנה ואינו יכול שוב לחזור כמו כן באומר ע"ד שלא בא לעולם כשיבא לעולם עשה משיכה ולא חזר בנתיים וכשבא לעולם עשה משיכה מהני הקנין אף בלא טעם תפיסה עיין שם ואחר בקשות המחילה יש לדון טובא בזה דיש לומר דלך ומשוך וקנה לא הוי רק כגילה דעתו דרוצה להקנות וזה לא מהני רק אם בידו אז להקנות אבל אם בשעה דמגלה דעתו אין בידו להקנות לא הוי רק פטומי מילי בעלמא ולא מהני וכמו דמשמע כן דעת הנתיבות (סי' ר"ט) ואכ"מ בזה:

סימן יד

כתב הטור משם רמב"ן ראובן שהתנדב להלות לשמעון וא"ל לך לסופר לכתוב ולעדים שיחתמו שאתה חייב לי מנה ומסור לי השטר ואלוך והלך והביא לו השטר כותבין

שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו ואחר כך חזר בו ראובן הואיל ונשתעבדו לו נכסי שמעון מעכשיו חייב להלותו עד זמן שקבע לו ויקנה נכסיו לשעבודו והטור חולק דאינו נראה שבכתיבת השטר יתחייב להלות לו בעל כרחו והנה בבעה"ת (שער מ"ח) הביא דברי רמב"ן וטעמו שכן הוא במכר גם כן כיון דכותבין למוכר מדעתו של לוקח כיון שזכה בהקרקע בחליפין שזוכין לו ודאי נתחייב ליתן לו דמי המקח וכמו כן במלוה שכיון שנשתעבדו לו נכסי לוה בחליפין מעכשיו אף הוא חייב ליתן לו דמי ההלואה ומזה נראה על כרחך דאיירי דהמוכר או הלוה הקנו בקנין סודר דאם לא כן אין כותבין בלא מלוה וליקח ואם כן כיצד ימסרו העדי' השטר למוכר או להלוה אלא ודאי דאיירי דהקנו ואמר תנו לידי דאם לא כן רק דאיירי בסתם בשטר הקצאה אין להם למסור ליד הלוה או המוכר אלא ודאי דהתנה בתנאי כשיגיע לידו יחול הקנין למפרע וכן כתוב בנתיבות המשפט וכן בדברי בעה"ת שם שהוכיח כן מדברי ר"י מיגאש ז"ל מדמדמה המלוה למכר גלה דעתו דדין א' הוא וכתב שם להדיא דהביא לו שטר כשר בקנין שכ' על עצמו כאותו ששנינו כותבין שטר להלוה אעפ"י שאין מלוה עמו וכיון דמסרו העדים ביד הלוה על כרחך איירי דהתנה ואמר שמקבל קנין ותנו לידו והוא על מנת כשאמסר להמלוה יחול למפרע. ואם כן אינו מובן דברי בעה"ת שם שנתקשה בדברי הר"י מגאש ז"ל וכ' וז"ל דלא דמי לוה למוכר דלגבי מוכר כיון שכתב שטר מכר מדעתו של לוקח דין הוא שלא יוכל הלוקח לחזור דהא לא סגי בקריעת השטר כדתניא החזיר לו את השטר לא חזרה מתנתו וכיון שקנו ממנו בקנין מדעתו של לוקח וכדאוקמינא למשנתינו בשטרא דאקנייתא דין הוא שלא יוכל לחזור בו אבל בעסק הלואה שהלוה יכול לחזור בו ולקרוע שט"ח ולומר לו איני רוצה במעותך איך לא יוכל המלוה לחזור בו כמו כן עכ"ד ואם איירי דאמר שיתנו לידו דאם לא כן כיצד ימסרו העדים ליד הלוה או המוכר אם כן כמו כן במכר אם יקרע השטר ולא ימסרנו ליד הלוקח לא נתקיים התנאי ולא חל כלל המכר דכל הקנין היה על תנאי כשיגיע לידם יזכו למפרע אם כן כמו בהלואה דיכול לבטל ולחזור מן ההלואה כמו כן במכר יכול לקרוע השטר ונתבטל הקנין מכל וכל וכיון שביד המוכר לחזור למה לא יהיה ביד הלוקח לחזור:

והש"ך (ס"ק מ"ט) עמד על דברי המחבר דלקמן (סי' רל"ח) הביא דעת הר"י מיגאש ורמב"ן דאם נתברר שמדעתו נכתב לא יכול לחזור בו ולמה סתם כאן וכבר כתוב בתומים דבמכר אין הלוקח יכול לחזור דכיון שקנה זה נתחייב זה בחליפיו אבל בהלואה כיון דהלוה יכול לחזור ולשלמו כל שעה אף המלוה יכול לחזור ולא קרוי חליפין דהא הלוה

יכול לחזור אך יש לומר דכוונת הש"ך באופן זה אם מכר לו על תנאי כשיבא לו השטר מכר זה דומה להלואה וכמו שכתבתי:

וראיתי בתשובת קול אליהו (ח"ב סי' ג') דכ' כיון דקיי"ל דקנין סודר קונה בלא כסף כמבואר בבה"ב (סי' קצ"ה) ודלא כהרשב"א חייב הלוקח לתת הדמים והמלוה להלות וכדעת הר"י מגאש ורמב"ן וכן ראוי לדון ומתמה על הש"ע דפסק כהרשב"א ומשמע דהה"ד למכר והוא פלאי עכ"ד. ואני תמה על תמיהתו הא כבר מבואר בבעה"ת דעיקר הטעם דשיעבוד אינו דומה למכר דכיון דביד הלוה לחזור לא גרע כח המלוה או דזה לא מקרי חילופיו שיתחייב בדמיו ומ"ש דמשמע הה"ד למכר לא ראיתי שום משמעות בדברי המחבר. וראיתי לו שם שהביא ראיה מהא דמבוא' פ' אלו מגלחין אין כותבין שטרי חוב במועד ואם אינו מאמינו מותר ואם איתא דמצי מיהדר ביה המלוה איך התירו אם אינו מאמינו ניחוש דלמא יחזור בו ויאמר אין רצוני להלות ונמצא כתיבת השטר במועד ללא צורך אלא ודאי דלא מצי לחזור ואין זה ראיה דודאי מותר לכתוב כשמבטיח להלות דשארית ישראל לא ידברו כזב ובודאי מחויב לקיים הבטחתו רק על פי הדין אין הב"ד יכולין לכופו אבל לחוש שיחזור ולא יקיים מה שהבטיח ל"ח בפרט בחה"מ דאף ספק דבר האבד מותר כמבואר במ"א (סי' תקל"ז) ובלא"ה יש לדחות ראיה זו מכמה טעמים ומה שכ' עוד שם לדון לחייבו מטעם דיני דגרמי דעדי קנין מפקי לקלא וזיילי נכסי דלוה גם כן אין טעם בזה לחייבו דל"ה רק גרמא ורק מה שהוציא ע"י הבטחתו שכר סופר חייב.

והנה הרמ"א כתב אם אמר לו להלות על משכנות וההחזיק במשכנות לא יכול לחזור בו והוא מדברי הרשב"א ויש לכאורה להבין למה צריך דוקא והחזיק בו לדידן דקרקע נקנה בחליפין אף בלא נתינת המעות אם כן נתחייב זה בחליפיו והרשב"א לשיטתו דסובר דאינו קונה עד שיתן הדמים ולכך צריך והחזיק בו אבל לדידן כיון דכבר זכה זה בהמשכנתא על ידי קנין סודר נתחייב זה בחילופיו. ויש לומר דרמ"א איירי גם כן דהיה על תנאי שיבא לו השטר וכיון דביד הלוה לבטל הקנין סודר שלא יתן לו השטר לכך יכול גם המלוה לחזור. וראיתי באורים (ס"ק ס"ד) דכתב בתשובה נזכר משכנות קרקע והחזיק בו והרמ"א סתם משום דס"ל גם במטלטלין הא קיי"ל אף בשעת הלואה בעל חוב קונה משכון לכמה דברים עכ"ל ולכאורה במשכון מטלטלין כיון דלא זכה המלוה בשום דבר להשתמש בו כשהוא בלא נכייתא אם כן לעולם ביד הלוה לחזור מהלואה וממילא לא קרוי חליפיו ואף ביד המלוה לחזור מהלואה כיון דביד הלוה לבטל ההלואה:

ונראה דהנה הקצוה"ח כתב דהרשב"א לשיטתו דמפרש טעמא דמנה אין כאן משכון אין כאן משום דהא אגיד גביה ולא הוי כסף אבל להתחייב על ידי משכון מהני ומשום הכי סובר כאן אם זכה בהמשכון חייב להלות אבל לדעת התוס' והרא"ש דמפרשי מנה אין כאן משכון אין כאן דאינו מחויב כלל ע"י המשכון אלא אם כן נתחייב תחילה במנה ומבואר בש"ע (סי' ס') ובאה"ע (סי' נ') דלא מהני בטחונות לשידוכין אלא אם כן יאמר זכה בגוף המשכון ממילא כיון דלא נתחייב הלוה כלום על ידי המשכון אמאי יתחייב להלות עיין שם ובאמת הדבר מוכרח דאירי באומר לו זכה בגוף המשכון דאם לא כן לכולי עלמא לא זכה כלל ומה שכ' הקצוה"ח דלדעת הרשב"א דהטעם משום דאגיד גבי' מהני להתחייב על ידי משכון וכן ראיתי לו בספרו אבני מילואים (סי' כ"ט ס"ק י') וז"ל ולשיטת רמב"ן ורשב"א דמפרשי משום דאגיד גביה אבל במתנה מהני אם נתן לחבירו מנה ונתן לו משכון עליהם זוכה במשכון לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המנה והקשה על זה האיך מהני במתנה כיון דאמרינן בש"ס דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכל היכא דלוה פטור הערב נמי פטור והאריך שם ליישב זה. ותמהני ולא אדע היכן ראה בדברי הרשב"א ורמב"ן דמהני במתנה בלא נתחייב גופו על המנה אי משום דהם פירשו מנה אין כאן משכון אין כאן מטעם דאגיד גביה ואינו עושה קידושין ולא קנין אינו ראיה רק דהם סברו אף במקום דנתחייב מקודם במנה ונתן משכון גם כן לא מהני מטעם כיון דאינו בעין ולא יצא מרשותו לא הוי כסף לקנות על ידו הואיל דאגיד גביה גוף המנה אבל באם אינו מחייב את עצמו מקודם מודים הם גם כן דלא הוי קנין כלל בגוף המשכון כיון דאינו מקנה לו רק לשעבוד מנה ואינו חייב לו כלום יש לומר דאינו קונה המשכון היכא דליכא שעבוד הגוף וכן מבואר להדי' בחידושי רמב"ן קידושין (דף ח') דמסיים אבל אומר לחבירו הרני חייב לך מנה מכיון שמשך קנה הכל לשעבודו עכ"ל הרי מבואר דבלא חיוב הגוף אינו קונה המשכון כלל ומה שכ' עוד שם בזה האבני מילואים בדברי תשובת רשב"א המובא בח"מ (סי' קכ"ט) יבואר אי"ה במ"א. עכ"פ אף לדעת רשב"א אם מזכה לו משכון על מנה ואינו אומר קני במשכון לשעבוד מנה לא מהני ואם כן אם החזיק במשכון והבטיח להלות איירי שזכה מכבר במשכון שפיר חייב זה בחליפיו ודומה למכר להמבואר בריטב"א קידושין (דף י"ט) דאם בע"ח קונה משכון כשמחזיר לו המשכון צריך שיזכה בו הלוה ובלא קנין לא נכנס לרשותו אם כן הוי קנין מעליא במה שזכה בו המלוה ודומה למכירה דאינו חוזר אף אם קורע השטר וצריך קנין מחדש וה"נ כן הוא ולכך אף שביד הלוה שלא לקבל ההלואה היינו ליתן בתורת פרעון הממון שחייב לו להלות אבל לעולם צריך קנין מחדש בהמשכון ושפיר הוי כמו שזוכה זה בגוף

הדבר ונתחייב בחליפיו ואינו יכול לחזור מן ההלואה ועיין מה שכ' בדברי ריטב"א הנ"ל בח"ר מספרי דיני נדרים (סי' ט"ו) ודיני יו"ט (סי' כ"א אות י"ג) ועוד יבואר אי"ה לקמן. ועיין ש"מ ב"ב (דף קס"ז) הנדפס בסוף ס' רמ"ה ב"ב דהביא לשון הר"ן ליישב קושית רשב"א על הר"י מיגאש מהא דמלוה ברשות בעלים לאו לחזרה ומחלק בין מלוה בשט' למלוה על פה וכנראה שם הסכים לדברי הר"י מיגאש ורמב"ן דבשטרי אקנייתא נתחייב בדמים ומדברי בעה"ת שהביא דברי רמב"ן בסוף דבריו נראה דחזר בו ואינו מחלק בין הלואה למכר דכיון דזכה זה בשעבוד נכסיו נתחייב בדמיו. וכנראה דאם תפס הלוה המעות מן המלוה אין מוציאין מידו כיון דהר"י מיגאש ורמב"ן ור"ן ובעה"ת סברו דחייב להלות ורק רשב"א חולק ומדברי הטור אינו מבואר כל כך בשטר אקנייתא ועיימ"ש בדו"פ (סי' קל"א):

סימן טו

בש"ע (סי' מ') המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כו' זה דעת רמב"ם וכפי שהבינו בדבריו המ"מ (פי"א) ממכירה ועיין סמ"ע וש"ך דרמב"ן ורשב"א וסייעתם חולקין על זה וסברו דבדיבור אף כשאמר אתם עדים אינו מועיל לחייב את עצמו וכדעת ר"ת דאינו מועיל רק כשכתב בשטר ומסר אז מהני החיוב מחדש ובתוס' כתובות (דף ק"ב) כ' ואין לתמוה היכי משתעבד בשטר זה הא אין מטלטלין נקנין בשטר דיש לומר הואיל דטרח למכתב בשטרא גמר ומשעבד נפשיה שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדאמרינן בסמוך ועוד כמו במתנה מועטת קנה דגמר ומקנה הכא נמי מתוך שטרח ליתנם בשטר גמר ומקנה. ולפי זה נראה דלא הוי קנין המועיל רק מדרבנן כמו בהא דרב גידל דאגב חיתון גמר ומקני לא הוי רק מדרבנן וכמבואר ריטב"א קידושין (דף ט') ועיין נו"ב מהד"ק חח"מ (סי' כ"ח) ומהד"ת (סי' מ"ב) דכתב גם כן דלא הוי רק קנין דרבנן מטעם דגמר ומקני וכמו כן במתנה מועטת אבל קנין גמור מה"ת לא הוי אף בכתב שטר על חיוב דלא אשכחן במטלטלין דנקנין בשטר ואף דעיקר החיוב הוא חיוב הגוף ונכסים ממילא משתעבדין סברו דלא מהני שטר אף לחיוב הגוף דלא מצינו שטר רק בקנין דבר מסוים כמו קרקע ועיין ש"מ ב"ב ר"פ הספינה דכתב דשטר למטלטלין לא מהני ולא תקנו בשטרא דאין שטר אלא לדבר שיכול לסיימו בשטר כגון קרקע וא"נ עבדים כו' אבל המטלטלין אינם מסוימין שיכול לסיימן בשטר ולפי זה אתי שפיר במטלטלין שיקנם אינם נקנין בשטר אבל לחייב ולשעבד את עצמו הא יכול לסיים שזה אדם חייב את עצמו לפלוני. אולם כתב עוד וז"ל ועוד הוסיפו בטעמו של דבר לפי שחכמים לא למדו הקנין אלא מן הכתוב ולא מצינו שטר אלא בקרקע דכ' וכ' בספר וחתום אבל במטלטלי מצינו

אגב עיין שם משם הר"ן. ואם כן חיוב כיון דלא הוי קנין דבר מיוחד לקנות לא מהני שטר שיקנה בזה חיוב ושעבוד ולכך כתבו דרק הואיל דמטרח למכתב בשטר גמר ומקנה ואם כן לא מהני רק מדרבנן ולא מן התורה וכן משמע שם מש"ס ר"פ הנושא דקאמ' עד כאן לא קאמר ר' ישמעאל התם אלא דשייך ליה לשעבודא דאורייתא אבל הכא לא שייך שעבודא דאורייתא ועיין שם ברש"י מבואר דדוקא בערב דמשועבד מן התורה דכתיב אנכי אערבנו וכן כ' במשובב נתיבות (סי' ס"ו) להוכיח מש"ס הנ"ל דכל החיובין וקנינין על הודאת בעל דין לאו דאורייתא הוא דלא מצינו שטר אלא על דבר שנעשה בפני עדים והיכא דמחייב עצמו בדבר שלא הוי חייב ליכא שעבודא דאורייתא עיין שם. ולדברי הר"ן בש"מ ב"ב הנ"ל לא מצינו שטר רק במקנה דבר מסוים ואף בשעבוד יש לומר דלא מהני שטר רק אם הלוה מעות אבל בחייב את עצמו יש לומר דלא מהני אף לחיוב הגוף הואיל דלא הוי דבר מסוים לקנות ואם ליכא שעבוד הגוף ממילא ליכא שעבוד נכסי ולא מהני רק מדרבנן הואיל דגמר ומשעבד את עצמו כיון דטרח לכתוב שטר וברא"ש שם כתב גם כן מתוך שטרח ליתן לו בשטר גמר ומקני והוסיף דברים דמטלטלין המיוחדין אינן נקנין אלא במשיכה אבל שעבוד וחוב מהני בשטר יש לומר גם כן דהוא רק מדרבנן כיון שכתב גמר ומקני כמו שכתבו תוס' רק שהוסיף דברים לחלק בין מטלטלין דלא מהני אף דטרח לכתוב שטר:

אולם מדברי גדולי האחרונים מהרח"ש ומהרי"ט ותשובת בני אהרן והבאים אחריהם דהקשו בש"ס ב"ב יכיר למה לי דהא אף בנכסים שבאים לאחר מכן נמי יכול להתחייב ונדחקו בתירוצים שונים מבואר דסבירא ליה דמד"ת יכול אדם לחייב את עצמו למר כדאית ליה בדבור ואתם עדים ולר"ת וסייעתו בשטר ממש דשם קאי על הקרא הרי דסבירא להו דמדאורייתא יכול לחייב א"ע בשטר אף בדבר שאינו חייב לרוב הפוסקים דשטר מהני מה"ת ודלא כדעת הרמב"ם דעדות דשטר ל"מ מה"ת. שוב ראיתי בספר פתח הבית (דף צ"ג) דעמד בזה לדברי הרשב"א דמדמה דין חיוב לדין דאקני ואם כן להסוברי' דדאקני משתעבד רק מדרבנן משום נע"ד חיוב גם כן אינו רק מדרבנן ואפשר אף במקום דלא שייך נע"ד מ"מ לא פלוג ומיישב בזה קושית האחרונים הנ"ל ולא אדע למה כתב ואפשר אף במקום דלא שייך נע"ד לא פלוג הא מבואר מש"ס ופוסקים דעכ"פ חיוב מהני אף במקום דל"ש נע"ד ובפוסק לזון ובשאר מתנות:

והנה בדעת הרמב"ם והרי"ף דלדעת המ"מ והבאים אחריו דסברו דיכול לחייב את עצמו בדברים בעלמא באומר אתם עדים או שאמר חייב אני לך מנה בשטר דאלימא מלתא דשטרא כמאן דא"ל את עדי. יצא הקצוה"ח לדון בדבר חדש דודאי בדבור בעלמא אינו

יכול לחייב את עצמו רק שהוא משום אודיתא דאף חפץ יכול להקנות בקנין אודיתא אעפ"י שכולם יודעים שהוא שקר כמו כן יכול לחייב את עצמו אעפ"י שאינו חייב זכה בו חבירו משום הודאה והביא דברי הנ"י ב"ב (דף קמ"ט) ואם כן דוקא באומר שאני חייב אבל באומר שאני מתחייב דליכא לשון הודאה אינו מתחייב בלא קנין ומיישב בזה דברי הש"ע (סי' ס"ו) מקושי' הש"ך שם. וראיתי באחרונים שהשיגו עליו ויבואר לפנינו וכנראה כיון האמת בזה בד' הרמב"ם דראיתי בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' צ"ז) וז"ל אמר רבינו ז"ל כל מי שכותב בשטר נתחייב פלוני לפנוני כך וכך בתורת חיוב השטר בטל לפי שנראה שהוא הקנאה ומטבע אינו נקנה בחליפין ואמנם אנחנו כוונתינו הודאה להקנאה ולזה צריך שיאמר אמר לנו פלוני אני חייב לפלוני כך וכך וקנינו ממנו על כך ואם הוא דבר תלוי בתנאי אם הקדים התנאי על החוב ולא אמר מעכשיו הנה היה אסמכתא ואם אמר מעכשיו הנה הי' השעבוד בלתי חל על נכסיו אלא מזה הזמן ואין לו לטרוף ממה שקדם שום דבר והדרך הישרה בזה הוא שיקדים הסך ואחריו התנאי ויאמר כך יש לפלוני אצלי כך וכך כו' על תנאי שיעשה דבר כך וכך לפי שעל תנאי זה היה החוב מעיקרא עיי"ש עוד. ובסי' (ק"ו) כתב ומה שאמרו חייב אני לך מנה בשטר ר"י אמר חייב דלשון הזה מועיל להיות לשון הודאה עם היות הדבר מעיקרא שאין לו אצלו כלום אבל אם היה בלשון הקנאה אינו מועיל אלא אם מועיל כדרך שיועיל בה הקנאה המטבע ועיין עוד (סי' קצ"ג) דבלשון שמחדש על עצמו חיוב אינו מועיל רק בדרך הודאה ובלי ספק שכן גם כן דעת האלפסי בהלכות כיון דהר"י מגאש ז"ל תלמידו העיד משמו דבלשון הקנאה ל"מ אף בקנין והר"ן ז"ל הכריח ממה שכ' הרי"ף להכריח דבמסקנא לאו במודה עסקינן אלא במחייב עצמו לכתחילה אלא איהו חייב נפשיה במילתא דל"ה מחייב ביה ואינו מוכרח דיש לומר דגם הרי"ף סובר דרק בהודאה חייב ולא בלשון הקנאה והיינו בדרך הודאה אף דידעינן דלית ליה גביה מעיקרא ולא מידי כמו בפוסק לזון את בתה וב"כ לכהן דשם ודאי לאו בהודאה דמודה דמעיקרא חייב לו כן נמי פלוגתא דר"י ור"ל במאן דקבל על נפשיה מילתא דלא הוי מחייב בה ואפילו הכי חשיבא הודא' ואתי שפיר מה דקאמר כ"ש אי אמר אתם עדים וכ"ש אי קנו מני' והיינו דאז אף דקנין ל"מ להקנות מטבע מ"מ חזינן דהוי הודאה גמורה וטובה אם קנו מני' או שאמר אתם עדים רק אף אם לא אמר רק חייב אני לך מנה בשטר כיון דמזכיר שטר הוי הודאה טובה אף דידענו מעיקרא דאינו חייב לו מ"מ חייב לשלם כשאמר בלשון הודאה שוב ראיתי בספר בני אהרן (סי' ע"ז) דמפרש גם כן דעת הרי"ף ודברי רבינו הר"י מיגאש ז"ל תלמידו ורבו של הרמב"ם ז"ל מאיר לנו עינים:

והא דכתב הרמב"ם שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב ואם נאמר דרמב"ם מודה דאינו יכול לחייב עצמו כשאומר בלשון דמתחייב א"ע רק בלשון הודאה אם כן אינו דומה כלל לערב דשם מתחייב עכשיו אינו מביא ראיה רק שיכול אדם לשעבד נפשי' אף בלא קנין וע' בתשוב' עבוד' הגרשוני (סקי"ז). וראיתי למי שהשיג על דרך הקצוה"ח בדברי הרמב"ם דהא הרמב"ם כתב או שכ' בשטר הריני חייב לך מנה ולשון הריני מבואר בש"ס גיטין ר"פ השולח דאם אמר על גט הרי הוא חרס דלהבא משמע כמו באומר הרי הוא הקדש הרי הוא הפקר ויש לומר למה שכ' שם הריטב"א להקשות מה קאמר ומ"ש מהרי הוא הקדש כו' הא לא דמי דבשלמא גבי הקדש מהני משום הודאה דידיה ולגבי גט בעינן לישנא דלהבא ותירץ דה"ק מ"ש שאנו באין להקדיש או להפקיר לכתחילה בלשון זה ומהני ועיין שם בתורת גיטין וממילא יש לומר דלשון הריני משמע גם כן לשון הודאה ומשמע נמי להבא ולגבי גט מבואר שם בש"ס היכא דמשמע שתי לשונות לישנא דמהני ביה קאמר ועיין שם ברש"י ובריטב"א דמסתמא מילתא דמהני במילתיה קאמר ואם כן כשאמר הריני חייב לך מנה משמע נמי לישנא דהודאה אבל באומר דמתחייב יש לומר דכיון דלא הוי לשון הודאה כלל רק לשון הקנאה לא מהני וכמו שכ' הר"י מיגאש ז"ל. ומה שכ' הרי"מ ז"ל דבלשון הקנאה אינו מועיל רק כדרך שיועיל בה הקנאת המטבע על כרחך צריך לומר היינו אם מקנה דבר ומטבע ידוע בזה אינו מועיל אף בקנין אבל אם מחייב ומשעבד עצמו וגופו ע"ד לשלם מטבע או שויה ודאי מודה דבקנין מתחייב. ועיין בדברי תשובת הרי"ף שבטור (סי' ס') ובכנה"ג שם (אות מ"ו) ובטור (סי' רנ"ג) דבאומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה איירי בשכ"מ דבבריא אפילו אם קנה מידו אין מטבע נקנ' בחליפין והטור כ' דבמחייב עצמו ליתן מנה ומשעבד נכסי' דחייב ויש לומר דהם מודים דבחיוב מהני בקנין אם אינו אומר דוקא מטב' ועיין תשובת רמ"א (סי' צ"ב) ובלא קנין המתחייב בלשון חיוב סובר דלא מהני רק בלשון הודאה. ומ"מ מה דכ' הקצוה"ח דהקנין הוא מטעם אודיתא ובסי' קצ"ד מבאר באורך לאלם קנין אודיתא דמהני אף אם הוא שקר גמור ואף לענין איסור מהני יבואר לקמן אי"ה באורך דרוב הפוסקים חולקים ע"ז וכן כתב הר"י מיגאש ז"ל בעצמו ב"ב (דף קמ"ט) והרמב"ם הלכות זכיה והראב"ד ובעל התרומות. ועכ"פ לכ"ע יש לומר דחיוב לדבר שאינו חייב אף בשטר ואף בלשון הודאה ל"ה רק מדרבנן:

ולכאורה יש נ"מ בזה היכא דבאו שני שטרי חובות לגבות ואין לאחד קדימה על חבירו דאז הדין דיחלוקו באם שטר אחד הוא רק שטר חיוב שחייב את עצמו והשני הוא שטר הלואה יש דין קדימה לזה שהלוה ממון שחייב לו מדאוריית' נגד זה שיש לו רק שטר

חיוב דזה מהני מד"ת שרמיא עליו המצוה לפרוע וזה יש לו רק חיוב מדרבנן ולהמבואר בדברי ראב"ד שבבעה"ת (שער ס"א) שכתב ומעתה כיון שהם שוין בשעבוד ושניהם אינן מן התורה ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע הלכך המוקדם הוא קודם מבואר דחוב דרבנן וחוב דאורייתא חוב של תורה קודם דמצוה של תורה קודמת לשל דרבנן וכן מבואר מדברי הרי"ף שבבעה"ת (שער א') שכתב הטעם דבעל חוב קודם למזונות אשתו מפני ששעבודו של מלוה הוא מן התורה ומזונות אשה ובנים הוא מדרבנן. אולם יקשה למאן דסובר כתובה דרבנן למה צריך בש"ס כתובות (דף פ"ו) לומר הטעם באיכא עליה כתובת אשה ובעל חוב אי לא איכא אלא חד ארעא ולא חזיא אלא לחד לבעל חוב יהבינן מ"ט יותר ממה שאיש רוצה לישא אשה אשה רוצה להנשא וכן הרמב"ם (פ"ז) מאישות כתב טעם הזה וביתר ביאור שהרי בעל חוב הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שהרי יותר משאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא ולמה לזה הא בלאו הכי קודם מצות פריעת בעל חוב מדאורייתא מלפרוע כתובה שהוא מדרבנן ואף דיש לומר השתא כיון דתקנו חכמים לכתוב כתובה ונתחייב בה הוי כחיוב מ"מ הא גם חיוב שהוא בלא בצע כסף למ"ש מהני רק מדרבנן. וגם אף אם נאמר דחיוב מהני מן התורה אף שכתב הב"י (סי' צ"ז) לדון בזה לגבי מזונות אשה כיון שכתוב בכתובה ומזונייכי הרי נשתעבד לה בשטר כבר כ' הב"ח שם כיון דכתובה הזאת הוא רק מתקנת חכמים לא מוסיף כחה ובמ"א כתבתי כיון דאנוס הוא בתקנתא דרבנן הוי כמו תלוהו וחייב די"ל דלא מהני ועיין בזה בספר חמדת שלמה חח"מ (סי' י"ג) דמסתפק בזה בכפאהו לתת שטר חיוב באופן דהוי תלוהו וזבין אם מהני כיון דלא הוציא דבר מרשותו ועיין במה שכ' בהגהותי בדברי חיים בדיני מכירה להוכיח מדברי ב"י משם מהרי"ק וסמ"ע (סי' ר"ה ס"ק כ"ח) וש"ך שם (סק"ד) וטו"ז אה"ע (סי' מ"ב) דאגב אונס גמר ומשעבד נפשו ואם כן הכא נמי יש לומר אף דהוי אנוס בתקנתא דרבנן לשעבד נפשו מ"מ כיון דמצוה לשמוע דברי חכמים גמר ומשעבד נפשו אולם מ"מ דעת כל האחרונים דגם בזה הזמן חיוב איש לאשה אף דחייבו חכז"ל בתקנתם והוא קבל עליו וכתב שטר ובקנין מ"מ לא נתוסף חיוב ולא הוי רק חיוב דרבנן וכן מבואר מדברי הש"ך (סי' פ"ב ס"ק י"ט) וטו"ז באה"ע (סי' צ"ו וסי' ע') ומכל זה נראה דלא הוי רק חיוב מדרבנן ואם כן למה צריך הטעם דיותר ממה שאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא תיפוק ליה דבעל חוב בא בחיוב תורה והכתובה בחיוב דרבנן. שוב ראיתי בתומים (סי' צ"ז ס"ק כ"א) שכתב ודאי היכא דאמרו רבנן דלשתעבדו נכסים פשיטא דאלמוהו רבנן לתקנתם כמו בשל תורה ורק במזונות לא מצינו לחז"ל דאמרו שישתעבדו נכסים רק מצינו דתקנו דחייב הבעל

לזון אבל לא תקנו דישתעבדו נכסים עיי"ש [ולפי זה היכא דתקנו שישתעבדו הנכסים אע"ג דהוא דרבנן אלמוהו לחיובו כמו דאורייתא ואם כן ממילא אף אם כל חיוב בחנם הוא רק מדרבנן מ"מ כיון דאלמוהו דנשתעבד נכסיו כמו מה"ת שניהם שוין ואין דין קדימה להמלוה שהלוה מעות:

וראיתי בספר שער משפט (סי' מ') שכ' לדון במחייב עצמו בממון לאחר חנם אין כסף וחייב לאחר ג"כ שהלוהו ממון נותנין לזה שלוה ממנו שלא יפסיד וזה שלא הלוהו רק שחייב את עצמו לו לא הפסיד דומיא לבעל חוב וכתובת אשה דנותנין לבעל חוב. ולדעתי יש לומר אף דרמב"ם נקט הטעם משום שזה נתן ממון מ"מ אין לחלק בין מתנה להלואה דמצינו גם במתנה דהוי לכמה ענינים כמכר דאי לאו דהוי ליה ניח נפשיה לא הוי יהיב ליה וראיה לזה מהא דמבואר (סי' קט"ו) המקבל מתנה שקבל הנותן עליו אחריות דינו כמו לוקח והוא לשון הרמב"ם ומשמע דדינו כמו לוקח דהבעל חוב גובה רק חצי שבח כמו מלוקח דאינו גובה רק חצי שבח דהוי כלוה ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו דהלוקח בא לגבות בכח אחריות שלו ואם כן נגד מקבל מתנה יהיה לבעל חוב דין קדימה הואיל דהלוה ממון והמקבל מתנה אינו מפסיד ואם כן שבח היתר על ההוצאה ושבח דממילא מהראוי להיות הדין שיגבה הבעל חוב הכל כדי שלא יפסיד ממונו אלא ודאי דטעם זה לא שייך רק לגבי כתובה ולא בשאר מקבלי מתנה וכן נראה אף דהרמב"ם אמר הטעם דבע"ח הואיל דנתן ממון שלא יפסיד לכך לבעל חוב יהבינן ודאי אם יש שטר חיוב וכתובה הוא קודם רק בכתובה הוא מטעם מקולי כתובה ועיין ש"ס בכורות (דף נ"ב) דקתני במתניתן ולא האשה בכתובתה דאינה גובה משבח ופריך בש"ס והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח ומשני מקולי כתובה שנו כאן ולהמפרשי' דאיירי מלקוחות הקשה הפנ"י ב"מ סוגיא דשבח קרקעות אמאי הוצרך לומר מקולי כתובה תיפוק ליה כיון דבעל חוב אינו גובה רק חצי שבח דהוי כלוה ולוה ואחר כך קנה דיחלוקו ולגבי כתובת אשה כשאין אחד מהם מוקדם בע"ח גובה הכל כיון שנתן מעות עיי"ש ולמה שכ' הא יש נ"מ באם השביח אצל מקבל מתנה שגם הוא ל"נ מעות ולגבי זה שניהם שוין והי' לכתובה לגבות החצי שבח לכך משני מקולי כתובה דרק לגבי כתובה הקילו בזה ויש לומר או משום דכתובה דרבנן או מטעם דיותר מה שאיש רוצה וגם לא הפסידה יש לעולם דין קדימה לבעל חוב אף כשלא נתן מעות ואף אם כל החוב הוא ע"י חיוב דלא הוי גם כן רק מדרבנן מ"מ לגבי כתובה הקילו בכתובה שיהיה לבע"ח דין קדימה:

והנה מ"ש הר"ן שם דלאו במודה עסקינן שיהא צ"ל אתם עדי אלא במי שבא עכשיו להתחייב לחבירו וכתב לו שטר כו' וגלי בהדיא דלאו הודאה הוא דאי לאו הכי לכ"ע

מהני כ' שם בספר בני אהרן לפרש על פי דברי הריטב"א דחייב אני לך שתי לשונות משמע לשון הודאה ולשון חיוב דהשתא כל שאמר אתם עדי ודאי להודאה נתכוין ומהני מדין הודאה אף על גב דידוע דלא הוי מחייב לו מעיקרא הוא מחייב כדמוכח מעובדא דאיסור גיורא לכך כ' הר"ן לפרש דאחרי דגלי בהדיא דלאו הודאה הוא כשאמר חייב אני לך מנה שאם לא ביאר כיון דשתי לשונות משמע איכא למימר דלשון הודאה קאמר אע"ג דלא הוי חייב לו כלום מעיקרא וכשיטת גדולי חכמי פרובינצא וכן כוון לדברים האלה בנתיבות והוסיף דברים דמ"ש הש"ך דאם מודה המלוה שאינו חייב לו דפטור היינו שמודה גם כן דהודאתו היה בטעות אבל בסתם אמרינן שרוצה לחייב עצמו באודיתא דחייב לכ"ע וכמו שכתוב בתומים ועיין בתומים שכ' דאף אם אומר המלוה טעיתי לאו כל כמיני' לומר טעיתי רק במגו. ולכאורה יש לגמגם בזה למה ל"א בזה ברי ושמא ברי עדיף דאף דכתב הריטב"א דלשון חייב אני לך ב' לשונו' במשמ' וכל שאמר אתם עדי ודאי להודאה נתכוין מ"מ הא גם לשון דחייב מכבר משמע ואם טוען ברי דטעה וחישב דחייב לו באמת וזה מודה דלא הוי חייב לו מעולם וכיון דלא נתכוין בהודאתו להתחייב מעכשיו למה לא יהיה נאמן ואף דמבואר (סי' פ"א) דא"נ לומר טעיתי רק במגו היינו במקום שהתובע טוען שחייב לו באמת או דיוכל להיות דחייב לו אבל אם יודע שאינו חייב לו ומאמין לו שאינו חייב לו רק דרוצה לזכות מכח קנין אודייתא למה לא יהיה נאמן לומר שלא הוה דעתו להקנות בקנין אודייתא ולתת מתנה רק דטעה וחישב שחייב לו ועיין בעה"ת (שער מ"ו ח"ד) בהא דאמרינן בש"ס פא"נ אם הוא בכדי שאין הדעת טועה דאמרינן מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה דאם תובע אחר כך ואמר בברי דטעה חייב להחזיר לו דקיי"ל ברי ושמא ברי עדיף ועיין סמ"ע וש"ך (סי' רל"ב) הרי דאף להוצי' היכא דאינו יודע בבירור גמור שבא הממון לידו בדין אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אף דיש ריעותא גדולה שאין הדעת טועה בזה ואם כן כאן נמי אף דיש לומר דכיון דאמר אתם עדי הוי כעושה מעשה ומסתמא אם לאו דרצה לחייב את עצמו בקנין אודייתא לא הוי מודה ובודאי היה מתיישב בדעתו אם היה חושב לחייב לו בטרם שאמר אתם עדי מ"מ הא גם שם מנה לו מעות יותר בכדי שאין הדעת טועה ובכ"ז נאמן לומר שטעה אף להוציא ק"ו להחזיק מהראוי לומר שיהא נאמן ואף דכ' תוס' ב"ב (דף מ"ה) דהנותן סתם לפני עדים מסתמא לשם מכר או מתנה נתן כיון שלא פירש לשם פקדון ועיין (סי' נ"ח) גבי סטראי אם יש עדים שנתן לפניהם מעות בסתם נאמן לומר סטראי במגו דמתנה היינו כיון שכבר נתן בסתם מוקמינן השטר על חזקתו אבל להוציא ממון בשביל זה דנאמר מסתמא נתן בתורת מתנה ולא יהיה נאמן לומר דטעה מניין לנו ועיין בש"ך (סי' פ"א

ס"ק ס') דאף בהודה מעצמו בפני ב"ד נאמן לומר טעיתי אף בלא מגו מ"מ בהודה בפני עדים ולית ליה מגו אפילו בהודה מעצמו אינו יכול לטעון כיון שאמר המלוה אתם עדי ושתק היינו טענו. מ"מ יש לומר דוקא אם המלוה טענו ואומר שחייב לו אבל אם המלוה אינו טוענו ומודה דאינו חייב לו כלל אף דאמר הלוה אתם עדי שאני חייב יש לומר דנאמן לומר שטעה וקסבר דחייב לו ולא נתכוין לתת בהודאה דאודיתא. שוב ראיתי בספר פתח הבית (דף צ"ה) שהביא דברי התומים דכ' דאינו נאמן רק במגו וכתב ולדידי לא נראה אלא אם אידך מודה שאין מגיע לו נאמן הוא לומר טעיתי ובודאי לדינא אין מוציאין ממון בכה"ג:

סימן טז

ובענין קנין אודייתא אם כי ראיתי בקצוה"ח (סי' קצ"ד) דמאלם כח קנין אודייתא והאריך לבאר קנינו שהוא כמו שאר קנינים ממש ואחריו בנתיבות (סי' ס' ס"ק י"ז) העלה בדעת הבעה"ת והש"ע דאודיתא הוי קנין גמור וכדעת תוס' ב"מ (דף מ"ו) והוי קנין מן התורה ובעניי אחרי עיינתי בדברי הפוסקים ובעה"ת ראיתי שרוב הפוסקים ממש רובא דמינכר ס"ל דרק מטעם הודאת בעל דין הוא ומחזקינן הודאתו יותר ממאה עדים דמכבר היה שלו ויש לי להרהר טובא בדברי קצוה"ח שם דהעלה אף לענין איסור מכירת חמץ וכדומה מועיל קנין אודיתא אמרתי לבאר כפי ענ"ד הדלה שלא כן הוא:

והנה דעת הטו"ז יו"ד (סי' קס"ט) דל"מ קנין אודיתא לגבי איסור הואיל דכלפי שמיא גליא דהוא בשקר והקצוה"ח כתב דחוב מלוה על פה שהביא הטו"ז ראיה מן הגהות מיימוני דלא מהני הודאה שם הטעם דחוב הוי דבר שאינו ברשותו ולא נתפס בו קנין והאריך בזה. ולענ"ד אף אם נודה לדבריו דקנין המועיל הוא ביתר קנינים מ"מ יש אנפי דלא מהני קנין אודיתא וגם להקנו' לנכרי דבר בקנין אודיתא דעל דין זה בנה שם הקצוה"ח כל בנינו להקנות חמצו שאינו בעירו לנכרי קודם הפסח בקנין אודיתא יש להתבונן בזה אם מהני זה לגבי נכרי והנה הריטב"א ב"מ שם כ' משם רבינו משה כהן ז"ל דכי מהני קנין אודיתא ה"מ בדבר שאינו ברשותו דלא מצי הדר ביה כגון שהודה וישנו ביד אחר דמהני אודיתא וזכה בו תיכף מי שהקנין בידו עבור המקבל באותו אודית' של מקנה וההיא דאיסור נמי דאקנו באודיתא נפק מרשותיה של מקנה הוי ולפום הכי אקניה נהליה באודיתא עכ"ל מבואר דכל חוזק קנין אודיתא הוא רק כשאין החפץ הנקנה תחת ידו ורשותו מהני הודאתו וזכה בו מי שבידו בעד הקונה ואף שזה שמונח תחת ידו אינו רוצה לזכות בעד הפלוני שהודה לו דהא בעובדא דאיסור גיור' רבא לא היה רוצה לזכות בשביל ר"מ בר רחל מ"מ ממילא הוי של רב מרי כיון שזה הודה ורבא היה יכול

לזכות בעדו אבל בדבר המונח תחת יד המודה לא זכה עדיין זה שהודה לו כיון דמונח ברשותו ממש ואין אדם זוכה בשלו לאחרים:

ולפי"ז יש לומר דלא מהני קנין אודיתא רק אם מונח ביד מי שאם היה חפץ ורוצה לזכות בעד המקבל היה מהני הזכי' לכך ממילא זוכה המקבל על ידי הודאתו אבל אם מונח ביד מי שאין בכחו לזכות בעד המקבל כגון אצל נכרי וכן אם המקבל הוא נכרי דלא מהני לזכות בעדו לא מהני קנין אודיתא עד שיבא לרשו' הנכרי ואם כן בדברי הטו"ז יו"ד שם דכ' הב"ח דמודה הישראל הנותן המשכון לישראל חבירו בעד הנכרי יש לומר אף דהוציא מרשותו ונתן ביד הישראל המלוה מ"מ כיון דאין בידו לזכות בעד הנכרי דאין זכיה לנכרי לא מהני קנין אודיתא לגביה עד שיבא לרשות הנכרי. וכן לענין חמץ לא מהני אם מונח ברשות הבעלים כמו"ש הר"מ כהן ז"ל אלא אף במונח ביד אחרים בפקדון יש לומר דלא מהני כיון דאינו יכול לזכות בעד הנכרי:

עוד כתב שם הריטב"א דהודאה לא מהני רק שיכול להוציא מידו דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי מיהו כל כמה דלא הוציאה לא יכול לחלל עליהם דבמאי קנו להו עכ"ל ויש לומר אף דתוס' סברו שם דהוי קנין המועיל ויכול לחלל עליהם היינו כיון שהודאתו מהני ויכול להוציא ממנו המעות המונח בביתו יכול לחלל עליהן לכשיבא לידו שיהא חל החילול למפרע ול"ה דבר שלא בא לעולם כיון דבידו להוציא בעינא ודומה לאומר פירות ערוגה זו מחוברין יהא תרומה על פירות תלושין לכשיתלשו וכתב רש"י מס' קידושין (דף ס"ב) דאף למפרע חל התרומה ועיין מה שכ' בזה בהגהותי בדברי חיים דיני קידושין (סי' ל"ג) דלרש"י בידו מהני שיחול למפרע וכמו לר"מ דסבירא ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והכא נמי דכוותיה אחר כך כשמקבל הממון מהני למפרע החילול. וביותר אם נאמר דמתניתין דהיה עומד בגורן כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועיין שם בש"מ דע"כ איירי שם דיהיב בטבליה דלר"מ מעשר שני ממון גבוה הוא ואינו יכול ליתן במתנה ואם אתיא כר"מ ודאי יכול לחלל מעכשיו על מעות שהודה לו ובידו להוציא בדיינין. אבל שיהא הודאה קנין ממש יש לומר דהתוס' מודה לדברי הריטב"א דעכשיו אינו שלו רק שיכול להוציא בדיינין והריטב"א סובר דאינו יכול לחלל עד שיהא שלו ממש ואף דבידו לא מהני על למפרע וכדעת הרשב"א בתשובה המובא שם בדברי חיים לכך כיון דהודאה אינו עושה קנין רק חיוב ליתן ומוציאין מידו מצד הודאתו אינו יכול לחלל עדיין ולפי זה בחמץ גם כן אף אם נאמר דמצד הודאתו מוציאין מידו לתת להנכרי שהודה לו מ"מ עדיין אינו של הנכרי וברשותו דישראל הוא:

ואף לדעת חכמי פרובינצא והריטב"א שבנ"י ב"ב (דף קמ"ט) דסברו דאודיתא הוי קנין המועיל אף אם הוא בשקר מ"מ אינו מוכרח שיסברו דאף לגבי נכרי הוי קנין המועיל וגם שיועיל קנין אודיתא אף אם מונח ברשות המקנה דיש לומר כמו שכתב הריטב"א ב"מ דדוקא אם אינו מונח ברשותו מועיל קנין אודייתא ולא כשמונח ברשותו. ויש לומר הטעם דהא כל קנין הוא מטעם סמיכת דעת הקונה וכיון דבאודיתא אין הקונה עושה שום מעשה קנין ויודע בעצמו שההודאה הוא בשקר ושבאמת אינו שלו רק כיון שעל ידי הודאתו יכול להוציא בדיינין ויקנה בו ממילא ולכך מבואר שם בריטב"א ב"מ דצריך שיודה בפני עדים [ובנתיבות כ' על הקצוה"ח האיך מילא לבו לחלוק מסברא על התוס' והפוסקים ולפנינו מבואר כסברתו שם בריטב"א ועיין מהרש"א ומהר"מ לובלין גיטין (דף י"ג) דסברו גם כן דבעינן גם כן שיודה בהודאה גמורה בפני עדי' וגם אינו מוכרח דתוס' סוברים דל"ב בקנין אודיתא עדים די"ל דתוס' ב"מ אזלי בדעת הי"מ שבתוס' סנהדרין דמסתמא בגורן שכיחא אינשי ויכול להקנות המעות באודיתא ובעדים] ולכך סובר הר"מ כהן ז"ל דאם אינו ברשותו של המקנה סומך דעת הזוכה לקנות כיון דיכול להוציא בדיינין אבל אם נשאר ברשות הנותן אינו סומך דעתו עליו ואם כן לגבי חמץ המונח ברשותו יש לומר דאין הנכרי הקונה סומך דעתו עליו והמעיין בבעה"ת (שער מ"ב ח"ד) ששם הביא דעת הגאונים דההודאה מטעם קנין הוא והא דחייב אני לך מנה בשטר דאמר ר' יוחנן חייב הוא גם כן מצד אודיתא דאיסור גיורא וכמו שכ' הכ"מ (פי"א) ממכירה מבואר דאף אם מונח ברשות המקנה גם כן מהני מצד קנין ולא כחילוקו של ר"מ כהן ז"ל אולם מתשובת הראב"ד שם שהביא יראה דההודאה ל"ה קנין רק במקום שלא יכול ליתנם לו לפי שהמעות מופקדין ביד אחר ואין עמו להקנותם במעמד שלשתן ויש מקום לומר דסובר כסברת ר"מ כהן ז"ל. אך כיון דמודה באומר חייב אני לך מנה בשטר דמהני מטעם אודיתא הרי דלא כשיטת ר"מ כהן ז"ל ברם המעיין שם בדברי הראב"ד דכ' אע"ג דלא הלוה לו כלום חייב ליתנם לו כי הא דאמרינן אימר אחריני גזליה ואמר ליה להאיך זיל אבלע ליה בחשבון א"נ אינש אחריני יהבינהו לשמעון וזכינהו להליה על ידי ראובן דהא ראובן הודה דהלין זוזי דשמעין נינהו ואפשר דאיהו ידע מאי אודי ושמעון לא ידע כדאמרינן בגיטין חיישינן שמא זכה לו ע"י אחר ודכוותיה פ' הנושא עכ"ל הרי מבואר דדעתם דההודאה מטעם קושטא דמילתא דנין ואם כן אפשר דלענין איסור לא מהני. וגם עכ"פ אף הסוברים דההודאה מטעם קנין הוא לא מהני רק באופן שאינו ברשותו וכדעת ר"מ כהן ז"ל:

ומה שהעלה הקצוה"ח דמלוה ע"פ אינו נקנה בקנין אודיתא אף להסוברים דלאו מטעם קושטא הוא רק מטעם קנין חדש מ"מ מלוה על פה כיון דלא שייך ביה קנין לא מהני אודיתא גם כן יש לדון בדבריו הא תינח בש"ס ב"ב שם הוכרח לומר דלכך מהני בשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הואיל דאיתא בבריא במעמד שלשתן ולא קאמר באודיתא כיון דאי לאו דמשכחת קנין דמעמד שלשתן ולאו בת הקנאה היא כלל ליתא נמי בקנין אודייתא אבל לבתר דקאמר וידענו דאיתא במעמד שלשתן כיון דבת הקנאה היא אף דהוי הלכתא בלא טעמא מ"מ סוף סוף כיון דבת הקנאה היא יש לומר דממילא מהני קנין דאודיתא גם כן כמו דמהאי טעמא איתא בשכ"מ הואיל ואיתא בבריא במעמד ג'. ומה שכ' שם ליישב קושי' מהרש"א ומהר"מ לובלין על תוס' גיטין דהוכיחו דאף בעל כרחו מהני קנין מעמד שלשתן דאם לא כן לס"ד דרק בפקדון איתא קנין מעמד ג' למה צריך לתקן מעמד ג' יאמר זכי ואף אם אין הפקדון ביד הנפקד יקנה באודיתא והקשו דאכתי יקנו באודיתא וכ' דאם בעל כרחו איכא למימר דהוצרכו לתקן מעמד ג' בפקדון וכפרו וא"ר להחזיר והו"ל דבר שאינו ברשותו ואין קנין נתפס בו והה"ד אודיתא לא מהני עיין שם ודבריו תמוהין למאד דהא לס"ד דרק בפקדון מהני מעמד ג' על כרחך הטעם כיון דאיתא בעינא ובר הקנאה הוא תקנו חכמים גם כן קנין על ידי מעמד ג' ובמלוה לא כיון דלא שייך במע"פ שום קנין לא תקנו בה מעמד ג' אם כן בפקדון דכפרי' דהוי אינו ברשותו ואין קנין נתפס בו שוב לא מהני ביה מעמד ג' גם כן דהוי כמו במלוה לס"ד דלא תקנו מעמד ג' כיון דלא שייך ביה קנין מן התורה ורק בפקדון דלא כפריה הואיל דקנין נתפס ביה ועל זה תיהדר קושיתם דלמה למעמד ג' הא יכול להקנות באודיתא ולדידן דמעמד ג' הוא אף במלוה ותקנו בה קנין מעמד ג' יש לומר דמהני גם כן קנין אודיתא להסוברים דאודיתא הוא קנין המועיל:

ברם יש להתעורר בזה בקנין מלוה על פה הנקנה בקנין מעמד שלשתן מאימתי חל השעבוד של הזוכה אם הדין הוא דמינתק השעבוד של הראשון להשני בכח קנין של מעמד ג' אז שפיר יש לומר דמהני גם כן קנין אודיתא שיהיה יכול לתבוע ממנו של הלוה אבל אם נאמר דנעשה רק חיוב חדש ולא זכה בהחיוב והשעבוד של הראשון שוב הדרינן לסברא כיון דמלוה על פה לאו בת הקנאה היא ליתא נמי באודיתא ואף דאיתא במעמד ג' הא מ"מ גוף החיוב והשעבוד שהיה לראשון ליתא בהקנאה. ויש נ"מ לדינא בזה אם זוכה בשעבודו של המלוה הראשון או לא לענין דין קדימה נגד בע"ח אחרים והנה מש"ס גיטין (דף י"ג) דקאמר מעיקרא הטעם דמצי מקני למע"פ במעמד ג' דנעשה כאומר משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך נראה דהשני זוכה בכל זכות שהיה

להראשון כיון דבא מכחו וכבר נשתעבד לו מאז משעת הלואה והו' מלוה על פה מוקדם נגד אחרים כיון דזוכה בהשעבוד למפרע וכמו שכתב הרא"ש כתובו' דמהאי טעמא אינו יכול למחול אחר כך. אולם למה שכ' הריטב"א גיטין שם בפירוש דמשתעבדנ' לך ולכל דאתי מחמתך דחל השיעבוד רק מהשתא דממחא אותו ונשתעבד לו בשביל הכסף הראשון שקבל מן המלוה שלו מבואר דרק מהשתא משתעבד מחדש להשני ולא שזכה מן הראשון בכחו שהיה לו אך הריטב"א מסיק שם גם כן דלאמימר חל מעיקרא וכמו שכתב הרא"ש ויתר הפוסקים:

וראיתי בתשובת מהר"ם מלובלין (סי' כ"ב) שכ' הטעם דבמעמ' ג' אינו יכול למחול כיון דשלשתן עומדין במעמד א' נסתלק שעבודו של המלוה ונשתעבד גוף שעבוד הלוה ללוקח למפרע משעת מתן מעות ולכך אינו יכול למחול אחר כך כדאיתא טעם זה ברא"ש כתובות עכ"ל ולא אבין הא הרא"ש כ' סברא הזאת אליבא דאמימר דסובר הטעם דנעשה כאומר משתעבדנ' אבל לדידן דמסיק הש"ס דהוי הלכתא בלא טעמא והוי רק תקנות סוחרים וכתבו דאלם ביותר שיהא משועבד לגמרי להשלישי ושאינו יכול למחול אבל מניין לנו לומר דזוכה למפרע בהשעבוד וחיוב של המלוה דלמא רק מהשתא נשתעבד. ואף דיש לומר כמו שכתבו הראשונים שם הסוברים דאינו יכול למחול הואיל דלטעמא דאמימר אינו יכול למחול ואינהו ידעי טפי בתכסיסי דמעמד שלשתן ואין חילוק בין טעמא דאמימר למסקנא דהוי הלכתא בלא טעמא ואם כן כמו כן יש לומר נמי לענין זה כיון דלטעמא דאמימר זוכה השני בכל זכות וכח שהיה להראשון ולא אמרינן דנשתעבד מחדש כמו כן אף למסקנא דהוי הלכתא בלא טעמא גם כן הדין כן הוא דזוכה השני הבא מכח הראשון בכל זכותו והוי כקונה החוב זה אינו דהא לטעמ' דרב אשי שם דקאמר בההיא הנאה דמשתני ממלוה ישינה למלוה חדשה גמר ומשתעבד נפשיה משמע דמשתעבד מהשתא [ועיין שם ברש"י גמר השתא בשעת אמירה ומשעבד נפשיה בלב שלם ומינתק מקמא ולכאורה מה צריך לזה דמינתק מקמא דהא דפטור לשלם להראשון הוא משום דמצוה לתת ללוי וכיון דנשתעבד בדיבורו ללוי בההיא הנאה כבר נפטר מן הראשון ועיין בטור (סי' קכ"ו) משם הרמ"ה היכא דצוה לו ולא הוי במעמד ג' דלא קנה אם קנו מידו דהאי דאיתא לממונא גביה אינו יכול לחזור ובים של שלמה גיטין שם הקשה למה מהני האי קנין סוף סוף הנותן יכול לחזור בו שהרי לא קנה מידו וכתב כיון שזה קבל עליו בקנין ליתן לזה אינו יכול לחזור שהרי נתחייב מכח גרמא דנזקין כיון שצוה ליתן לזה ולקנות ממנו ואם אתה מחייבו לזה ליתן לו פעם שנית סוף סוף יחזור עליו מצד דינא דגרמי עיין שם ובאמת בלאו הכי יש לומר כיון דנתחייב ללוי הוי

כאלו עשה שליחותו ונפטר ממנו ואולי זה כן כוונת רש"י דמינתק מקמא היינו דנפטר ממנו אבל לעולם השני זוכה בחיוב חדש מהשתא אך יש לומר בשלמא אם קנה ממנו ונשתעבד להשני שפיר נפטר מן הראשון אבל אם הקנין הוא מטעם בההיא הנאה לא נפטר מן הראשון עד אחר דנשתעבד להשני ובמה נשתעבד על כרחך במה דנפטר מן הראשון דחשיב הנאה וצריך לומר דבא בבת א' וכיון דנשתעבד להשני נפטר מהמלוה שלו ולמה כתב רש"י דמינתק מקמא והיה משמע קצת דרש"י בא להורות לנו דגוף השעבו' מינתק מקמא ונקנה לו החוב להשני מזמן הראשון] ועיין ש"ך (סי' ס"ו ס"ק צ"ז) שכתב דעשאו חכמים כאלו פרע הלוה להמלוה ונתן המלוה המעות להלוה דהוי ליה הלוה בעל דין דזוכה [ובאמת לא הוי צריך לומר כאלו מסר להזוכה דגם כן מהני מטעם קנין כמו בהילך מנה ותתחייב לפלוני דמהני מדין עבד כנעני] משמע גם כן דרק מהשתא חל שעבודו דהלוה להזוכה. אולם להסוברים דהראשון יכול למחול כמו במוכר שטר חוב על כרחך הואיל דלא הוי רק קנין דרבנן ולראשון נשתעבד מדאורייתא ייתא מבואר דסברו דזוכה השני בשיעבודו דהראשון ומכח הראשון אתי ולכך נשאר כחו של הראשון ויכול למחול ממילא מבואר דזוכה השני בשעבודו של הראשון מכבר ואולי יש לומר למה שכ' הר"ן גיטין (דף ס"ד) בטעם הדבר דמוכר שטר חוב לחבירו דיכול למחול הואיל דהוי מדרבנן דהוא מטעם הם אמרו והם אמרו והכי תקנו יש לומר דלעולם לא חל רק מחדש ואפילו הכי הראשון יכול למחול דהם אמרו והם אמרו ולא העדיפו קנין דמעמד ג' ממוכר שטר חוב וצריך עיון בזה שוב ראיתי בתומים (סי' ס"ו ס"ק נ"ד) דחקר, ג"כ בזה ואכ"מ:

ואם נאמר דזוכה בהחוב וכל כח של הראשון בקנין מעמד ג' ואם כן כיון דגם מלוה על פה בת הקנאה היא יש לומר דגם בקנין אודייתא מהני אף דידענו דלא כן הוא אם קנין אודייתא הוא קנין המועיל:

ומה שהביא הקצוה"ח לראיה מדברי בעל העיטור אשר בהגה' בתשובת מיימוני לספר משפטים המעיין בבעהע"ט יראה דהוא סובר דהודאה לאו הקנאה הוא רק שנאמן שהקנה לו מעיק' בקנין המועיל או שהי' מעיקרא שלו וההודאה הוא מטעם קושטא דמילתא וע"ז האופן היה הודאה של איסור לכך סובר דמלוה על פה כיון דלא יש אופן לומר דהקנה לו במעמד ג' יודע הלוה שלא היה רק אם מודה שמעיקרא היה הממון שלו ושם מבואר דאמר הלואתי לפלוני היינו דבשעת הלואה היה באמת הממון שלו רק אחר כך רוצה להקנות לו בזה שפיר לא מהני ההודאה כיון דלא הוי הקנין במעמד שלשתן וכולן מודים בזה אם כן בלתי אפשר להקנות לו וכן מבואר במרדכי ב"ב שם ובבעה"ת

(שער נ"א ח"ח) אבל להסוברים דהודאה הוי הקנאה אף מעתה יש לומר גם כן היכא דמהני הקנאה בקנין של מעמד ג' מהני גם כן קנין אודית' ותמהני על הקצוה"ח שהשיג על התשב"ץ ורוצה להעמיס בדברי רמב"ם דסובר גם כן דאודיתא הוי קנין המועיל רק מלוה על פה אינו יכול להקנות בקנין אודיתא הא המעיין ברמב"ם (פ"ט) מזכי' ובמ"מ שם יראה דאזיל בשיטת רבו הר"י מיגאש ז"ל ב"ב שם דאודית' לאו מטעם קנין הוא רק מטעם דקושטא כן הוא גם הא מבואר שם ברמב"ם כשכתב הדין דשכ"מ שהודה הודאתו הודאה כתב שם אפילו הודה השכ"מ לעכו"ם וכתב שם גם כן על מלוה על פה ולדבריו דהרמב"ם הוא מן הסוברים דאודיתא הוי קנין מעליא כמו כל קנינים יהיה מבואר דאף מלוה על פה יכול להקנות באודיתא ואף אם נאמר דבאמת מהני כיון דיכול להקנות על ידי מעמד ג' ובת הקנאה הוא הא תינח לישראל אבל לעכו"ם להסוברים דאינו קונה מלוה על פה במעמד ג' איך יכול להקנות על ידי הודאה מלוה על פה ורמב"ם סיים שם על כל האמור למעלה אפילו הודה לעכו"ם נותנים לו א"ו דהרמב"ם בשיטת רבו הר"י מיגאש ז"ל אזיל דהודאה לאו מצד הקנאה הוא רק מצד הודאה דקושטא וכשיטת רוב הראשונים והקצוה"ח כ' במה דהוכיח התשב"ץ מדברי רמב"ם הלכות מכירה שחוב אינו נקנה אלא במעמד ג' הרי דאודיתא לא מהני וכ' הוא דמלוה על פה לא מהני ביה אודיתא ועל כן לדבריו הא דכ' הרמב"ם הלכות זכיה חוב שיש לי ביד פלוני אינו שלי של פלוני הוא איירי מטעם הודאת בעל דין וכן נראה באמת מדקאמר אינו שלי של פלוני הם היינו מעיקרא כשהלוהו וכמו כן כל הפרטים שם בדבר הכל בסיגנון אחד לאו אודיתא דהקנאה הוא רק שמקבלין דבריו לקושטא ואודיתא ל"מ מטעם הקנאה חדשה:

עוד הביא הקצוה"ח מדברי רמ"ה בטוי"ד (סי' רס"ז) דאם אמר בעל פה עשיתי לעבדי בן חורין אינו כלום ויכול לחזור בו ובשכ"מ כיון שמשמעתו לשון שחרור זכה מיד בגופו ואינו יכול לשעבד בו וצריך גט שחרור להתירו בב"ח ואפילו בבריא אם אמרו דרך הודאה גמורה מהני למיקני נפשיה וצריך גט שחרור להתירו בב"ח מבואר מדברי רמ"ה דאפילו בא לשחררו עכשיו בלשון הודא' מהני למיקני נפשיה משום דהודאה הוי קנין ולהתירו בבת חורין אינו תלוי בממון וקנין אודיתא לא מהני רק לקנין ממון שבו ואנחנו זכינו לאורו של רמ"ה ז"ל מס' ב"ב שם מבואר דמפרש בש"ס בהא דשכ"מ שהודה כמו דמפרש הר"י מיגא"ש ז"ל אם אמרינן לאקונייי קא מכוין והוי ליה מתנת שכ"מ ויכול למיהדר ביה או דלמא להודאה גמורה קא מכוין והוי ליה כבריא שהודה ולא יכול למיהדר ביה ופשיטא לה מהא דאיסור דזכה באודיתא אף דליתא בירושה ועל כרחך לאו מתנה הוא אלא הודאה גמורה הוא והוי ליה כהודאת בריא ולא מצי

למיהדר ביה וכתב והוא הדין לענין מילי דלא מקינו במתנה כגון דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו כגון מלוה וגזל וכיוצא בהן אע"ג דלא מיקנו במתנה מיקנו בהודאה ועיין שם פ' מי שמת (אות צ"ט) דליכא אורחא לאקנויי מלוה דהוא דבר שאינו ברשותו אלא במעמ' ג' ולעי' כ' דמיקנו בהודא' על כרחך דסובר דאודייתא לאו מצד הקנאה הוא שיועיל לפ"ד רק מצד הודאת בעל דין כמאה עדים אם מודה דהוא של חבירו חייב לתת לו אבל לא שיחול קנין שיהיה יכול לתבוע חבירו מי שהממון בידו דודאי יכול לומר לאו בע"ד דידי את רק אם גובה חייב לתת להקונה מצד הודאה אבל שיהיה קנין גמור ל"ה קנין אודיתא וכדעת רוב הראשונים. דהרי אף מלוה וגזל כתב דמיקנו בהודאה ודבר שלא בא לעולם הרי אף בדבר דלא חל כלל קנין מהני הודאה ועל כרחך לאו מטעם קנין הוא רק דאמרינן דקושטא כן הוא וחייב לתת לו אבל ודאי לתבוע את הגזלן והלוה אינו יכול לכוף אותו דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את רק לגבי המודה חייב לתת לו. וכמו כן לגבי עבד כיון דלענין ממון מהני הודאתו ואם אמר דרך הודאה גמורה מהני גם כן דלא יכול למיהדר ביה אבל לעולם לאו מטעם קנין הוא שיועיל כשאר הקנאות אף לענין איסור:

והא דהביא מדברי רשב"א קידושין (דף כ"ו) שכתב בשטר מכר אעפ"י שאינו כותב הריני מוכר אלא מכרתי לו לאו שטר הודאה הוא אלא שטר מכר דאי מדין הודאה אין צריך לשטר הרי דמהני למיקני. תמהני מניין לו לומר דמהני בתורת הקנאה בודאי כוונתו דמהני רק מטעם הודאתו לקושטא דמלתא שכן הוא שכבר מכר לו ואדרבה הא מבואר ברשב"א שם במעשה במרוני שכתב הוא הדין להודאה וכדאמרינן נפק אודיתא מביה איסור אלא שאלו נכסים ידועים לו ובא לשאל באיזה קניה יכול להקנותם והודאה לאו מדרך הקנאה עכ"ל מבואר בדבריו דהודאה לאו קנין הוא כלל רק דאמרינן דקושטא כן הוא או שזיכה לו על ידי אחר וכדומה וכמו שכתב הראב"ד אבל אם באמת אינו חייב לו כלל ולהד"מ אינו קונה ועיין תשובת הרשב"א שבב"י ח"מ (סי' רנ"ב) וכן מבואר בדבריו (ח"ד סי' נ') שכתב יש מי שמדקדק מההיא דאיסור שההודאה בכענין זה אחד מדרכי הקנאות אלא שאני תמה בדבר זה במה מקנה והלא נכסים שאין להם אחריות אין נקנים אלא או במשיכה או בהגבהה או בחליפין או באגב ולא מצינו בשום מקום שתהא קנייתן בהודאה וההיא דאיסור כשהודה שאותן נכסים שביד רבא של ר' מרי הן ואעפ"י שאנו מוחזקין בו שאין לו לר"מ בידו כלום כל שהודה הוא נאמן יותר ממאה עדים ואעפ"י שהוא שכ"מ אין אומרים אפילו במי שאנו מוחזקין בו שאין בידו לזה כלום שאין הודאתו אלא כמתנות שכ"מ ואם עמד חוזר אלא הודאה גמורה היא והביא ראיה מהא

דפשיטנא דאין צריך לומר אתם עדי לפי שאין אדם משטה בשעת מיתה אלמא הודאתו לאו משום הקנאה היא דבהקנאה אין צריך לומר אתם עדים אלא הודאתו הודאה הוא כהודאות דעלמא הוא וכתב וזה נ"ל עיקר וכתב בנידון דידן בראובן שהקנה מטלטלין לא' וכתבו לו העדים שטר מאותה הודאה דדעת השואל דקנה מהך דאיסור ולקנינהו באודיתא וכתב על זה הרשב"א ז"ל אם בריא ואמר של פלוני הם צריך לומר אתם עדים ואם שניהם מודים שלא הוי של שמעון אלא שראובן בא להקנותם לו בהודאה זו לא קנה שאין המטלטלין נקנים בהודאה גרידא עכ"ל הרי דסבירא לי' דרק מטעם קושטא דמלתא מחזיקינן בהודאתו ולא מטעם דעושה קנין אך מה שכ' דאם שניהם מודים שלא הוי שלו דלא קנה לא נראה כן דעת הראב"ד הנ"ל המובא בבעה"ת (שער מ"ב) דכ' אע"ג דלא הלוה לו כלום מ"מ חייב כי הא דאמרינן אימר אחריני גזליה וא"ל להאיך זיל אבלע ליה בחשבון אי נמי אינש אחריני יהבינהו לשמעון וזכינהו נהליה על ידי ראובן עיין שם הרי דאף בדרך רחוקה ונפלאה לא מבטלינן הודאתו ואולי יש לדחוק בדברי הרשב"א דאיירי באופן ששניהם מודים לגמרי שרק להקנות לו רצה בזה לא מהני. והא דר"מ דנפיק אודיתא מביה איסור אם באמת שניהם ר"מ ואיסור יודעים דרק להקנות עשוי הודאתו ולקושטא היה של איסור אם כן שלא בדין ח"ו עשו כבר כ' בש"מ ב"ב שם הנדפס בסוף ספר הרמ"ה משם תוספת הרא"ש וז"ל ולא עביד איסור איסורא במה שהודה שהיה של בנו וגם ר"מ במה שקבלם מאחר ששכ"מ היה כי תקנות חכמים הוא שתועיל ההודאה כמו קנין סודר או משיכה ומתחלת דבריו משמע דלאו מטעם הקנאה הוא דמהשתא מקנה לו רק מטעם קושטא דמלתא דכן הוא דאם לא כן איזה איסור יש בזה במה שהקנה לר"מ אלא ודאי דסובר דלאו הקנאה הוא רק מטעם קושט' דמלתא ועל זה הקשה אם כן כיון דשניהם ר"מ ואיסור ידעו דשקר הוא דמעולם לא הוי של ר"מ עשו איסור וע"ז כתב דתקנות חכמי' הוא כיון דכ"ע ידעו דלא כן הוא ובשקר הודה דבכ"ז מהני וליכא איסור בזה. ומה"ת לא היה מועיל רק מתקנות חכמים:

עוד כתב הקצוה"ח להשיג על תשובת מהר"ם אלשיך ז"ל שכתב על דברי הרמ"ה בטור יו"ד הנ"ל דמה יתן ומה יוסיף לו לשון הודאה וכתב בטעמא דרמ"ה למ"ש הרמב"ם שהמשחרר עבדו בכל לשון שנראה שלא נשאר עליו שום שעבוד כלל דמהני וכתב דדבריו תמוהין דהרמב"ם לא אמר אלא שכתבו בכל לשון ובשטר אבל בדברים לא יוסר עבד וטעמא דרמ"ה משום דקנה מדין הודאה וכבר כתבתי דזה אי אפשר לומר בדעת הרמ"ה כיון דסובר דהודא' לאו מטעם הקנאה הוא. ומה שכ' דרמב"ם לא אמר אלא שכתבו בשטר הדברים תמוהין הא להדיא מבואר ברמב"ם (פ"ח) מעבדים המשחרר

עבדו בכל לשון והוציא דברים מפיו שלא נשאר עליו שום שעבוד כלל ושגמר בלבו לדבר זה שאינו יכול לחזור וכופין אותו לכתוב ג"ש ומובא גם כן בטיו"ד שם אשר מבואר דאינו צריך שטר לזה רק בדברים בעלמא יוסר קנין הממון של העבד ולא צריך שטר שחרור רק להפקיע הקנין איסור ובס' מח"א דיני שכירות (סי' ט') כתב להקשות מההוא דאמרינן עבד עברי גופו קנוי ולא מהני להוציאו לחירות בדברים וכ' דלכך מהני משום דגילה דעתו שסילק רשותו ממנו ולשון סילוק מועיל גבי עבד וכמו"ש הריטב"א קידושין והר"ן ר"פ הכותב ובמ"א יבואר אי"ה באורך לבאר דברי הר"ן וריטב"א ורשב"א ר"פ הכותב ובמה שיש לדון בכל דברי המח"א שם. ועכ"פ ודאי דברי מהר"ם אלשיך ז"ל ברורים דדברי הרמ"ה נמשכים לדברי הרמב"ם הנ"ל וכאשר מבואר בדברי הטור יו"ד שם דכתב על דברי הרמ"ה וזה כדברי הרמב"ם שכתבתי למעלה ועיין שם בב"י ובב"ח ודו"פ שם [ויבואר במ"א במה שיש לעמוד ע"ד הטור בדברי הרמב"ם (פ"ה ה"ג) מעבדים דהרמב"ם השמיט בסיפא היכא דאמר ליה אין לי עסק בך במכוין דדוקא באמר ה"א ב"ח ה"א לעצמך לא מהני דידו כיד רבו ובמה יצא לחירות אבל באומר אין לי עסק בך הרי זה כמו שסילק עצמו ממנו ויכול לזכות בו ונשתחרר עכ"פ לקנין ממון וכמו דמבואר מדברי הרמב"ם (פ"ח) וכמו שכ' המח"א ובטור כתב וקונה עצמו בשטר שכותב לו הרי את בן חורין או הרי את לעצמך או אין לי עסק בך וסיים אמר לו אחד מלשונות אלו בע"פ אינו כלום וכתב הב"י דמוכח דאמירה ל"מ מהא דאמר רבא עבד עברי גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אינו מחול ומבואר מדברי הטור דאף לשון סילוק לא מהני לכלום באמירה בעלמא והטור בעצמו הביא דברי הרמב"ם שבפ"ח דמשם מוכיח דלשון סילוק מהני וכן בדברי רבינו הב"י בש"ע שם סעיף (מ"ב) כ' כלשון הטור א"ל אחד מאלו הלשונות בע"פ אינו כלום וקאי אף על לשון אין לי עסק בך דהוי סילוק ומ"מ לא מהני ושם (סעיף ע"ג) כתב לשון הרמב"ם הנ"ל שבפרק (ח') הנ"ל ומשם מוכח דלשון סילוק מהני ומ"ש הב"י ראיה מש"ס קידושין (דף י"ו) הא כבר כתבו תוס' שם דרק לשון הכתוב בשטר לא מהני אבל באומר לשון הפקר מהני וכן לשון סילוק מהראוי שיועיל עכ"פ שיפקע ממנו קנין איסור ולכופו לכתוב גט שיחרור ויבואר אי"ה במ"א בזה] עכ"פ אין מדברי הרמ"ה הנ"ל שום ראיה שיועיל אודיתא מצד קנין וכמ"ש:

ועיין בש"ע (סי' ס' ס"ח) בראובן שהוציא שטר שלוה שמעון מלוי וטען שלוי הי' שלוחו אף דשמעון טוען לאו בעל דברים דידי את אם הודה לוי ששלוחו היה ואינו חב לאחרי' בהודאתו כופין את שמעון שיפרע לראובן ואין לוי יכול למחול ודין זה הוא מבעה"ת (שער נ"א) ועיי"ש בש"ך דתמה ע"ז דאף אם נאמין ללוי שהיה שלוחו מ"מ הא שמעון

לא נעשה לוה לראובן ועיין שם בנתיבו' (ס"ק ט"ז) דכתב דדעת הש"ך אף דיש לומר שהודאתו אמת מ"מ אין השטר נקנה בהודאה זו וכהחולקים בבעה"ת ותמה ע"ז למה לא נאמר בזה הודאת בעל דין כמאה עדים ודעת החולקים בבעה"ת הוא רק במוחזקים בו שהמעות היו שלו ועכשיו בא להקנות בהודאה זו אבל במקום דיכול להיות שהודאתו אמת ודאי הודאת בעל דין כק' עדים ואין לומר דמ"מ יכול הלוה לומר לאו בעל דברים דידי את דלמה לא יהיה נאמן במגו דאי בעי יהיב ליה לשמעון בכומ"ס כמו באומר זה בני דהיה נאמן במגו וכמו דשם אינו יכול לחזור בו כיון דנאמן שבנו הוא במגו הוי כאלו יש עדים ע"ז ושוב אינו יכול לחזור בו הכא נמי כיון דנאמן ששלוחו הוא שוב אינו יכול למחול לכך העלה דמחלוקת הפוסקים בבעה"ת איירי דהיו מוחזקים שהמעות שלו ורוצה להקנות לו באודיתא וסבירא ליה לבעה"ת והמחבר דאודיתא הוי קנין גמור אף לענין שלא יהיה יכול למחול והחולקים סבירא להו דאודיתא לאו קנין הוא רק מטעם הודאת בעל דין והודאת בעל דין אינו מועיל לחייב הלוה כיון שמוחזקים להיפך:

ולי כל דבריו מוקשים דמ"ש דנאמן במגו דאי בעי יהיב ליה בכתיבה ומסירה הא מבואר בטוש"ע (סי' ק"ח ס"ח) דדעת הרא"ש דאין אחד מן היורשים נאמן לומר על השטר שהוא פרוע רק על חלקו אף דהשטר יוצא מת"י ורק לגבי שליש שהשלישו שניהן בידו ועיין שם סמ"ע (ס"ק כ"ט) וכאן כיון דנכתב על שמו מעולם לא נשתעבד הלוה לראובן והוי מגו להוציא כשאומר לוי שחייב לראובן ואף הסוברים שם דנאמן היינו כיון דבידו לעשות כמו שאומר דיכול להחזיר להלוה אבל כאן אף דבידו להקנות לו בכתי' ומסירה זה ענין אחר שיכול למכור לו שיזכה בהשעבוד נכסים מעכשיו אבל מ"מ שעבוד הגוף אין בידו להקנות. ומה שכ' דכיון דיהיה נאמן ששלוחו הוא שוב אינו יכול למחול אין זה אלא דבר תימא כיון דאינו נאמן רק במגו לא נוכל להאמינו יותר ממה שהיה יכול לעשות ולא מבעי להסוברים דבאומר יש לי בנים דנאמן מטעם דבידו לגרשה דאסורה לכהן ודאי הכא נמי דכוותי' אלא אף להסוברים דמותרת אף לכהן משום דלא איכפת ליה להבעל אם אינה נשאת לכהן והיה לו לגרשה וכיון דאנו מאמיני' לו דאינה זקוקה ליבום כיון דהותרה הותרה ונאמן לגמרי מ"מ לענין ממון ודאי דלא נוכל להאמין יותר ממה שיש בידו לעשות ועיין בנתיבות בכללי מגו (סי' י"א) והא דהוכיח מאומר זה בני דלר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם הי' נאמן ושוב אינו יכול לחזור דאם לא כן בעינן יכיר לענין זה ועל כרחך כיון דנאמן בשעת אמירתו שבנו הוא במגו הו"ל כאלו יש שם עדים ואינו יכול לחזור והכא נמי כיון דנאמן דשלוחו הוא שוב אינו יכול למחול אינו ראיה דגם שם המגו דאי בעי יהיב ליה במתנה ושוב אינו יכול לחזור ואף בדבר שלא

בא לעולם אם אמר מעכשיו שוב אינו יכול לחזור כמבואר מרמב"ן ורשב"א וריטב"א קידושין (דף ס"ג) ומה שיש לדקדק בסוגיא דיכיר בענין זה אכ"מ ויבואר במ"א ועיין רמב"ן ב"ב (דף ל"ג) עכ"פ ודאי אף דהודאת בעל דין כק' עדים לא מהני לענין זה שיהיה יכול לתבוע להלוה ואינו נאמן במגו וגם אם הודאת בעל דין מועיל על למפרע יש בזה מבוכה גדולה ועיין בתומים (סי' קי"ט ס"ק ו') וב"ש אה"ע (סי' ל"ח ס"ק ל"א) ובמקנה שם ויבואר אי"ה במ"א אם כן דברי הש"ך ודאי נכונים דלנגד הלוה אינו נאמן ויכול לומר לאו בע"ד דידי את:

ומה שהעלה בדעת הבעל התרומות והמחבר דסבירי להו דמטעם קנין אודיתא הוא מבואר לעין כל הרואה בדברי הבעה"ת שכ' הודאה אין ענינה הקנאה אלא ענין הבא על מה שכבר היה שמגלה האמת עיין שם בדבריו דהכל סובב שם דהודאה מצד קושטא הוא ודעתו רק דמהני מצד הודאת בעל דין וקושית הש"ך שם ע"ז חזקה הוא דבמה זכה ראובן בהשעבוד ובלי ספק דדעת הש"ע אינו נגד רוב הראשונים הסוברים דהודאה לאו הקנאה הוא דלא יסתום להוציא ממון נגדם ועיין בספר בני יעקב (דף ק') שהאריך לבאר דדעת רובא דרובא דרבוותא הודאה לאו הקנאה הוא כלל. ועוד יבואר בזה אי"ה במקומו:

סימן יז

כתב בש"ע (סי' מ"א ס"א) מי שבנה שט"ח כו' אבל שטר מתנה שנמחק כותבים לו אחר אעפ"י שלא נקרע הראשון וכתב הרמ"א וכותבים השטר מזמן הראשון וזה מדברי תוס' ב"ב (דף קס"ח) משם הר"י דדלמא חזר הלוקח ומכר להמוכר ויאמר שהמוכר חזר ומכרו לו פעם שנית ויש לדקדק בדברי רמ"א דכתב דין זה באמצע דברי המחבר וקאי על מתנה שהוא שלא באחריות ובאמת בתוס' שם מבואר אף אם היה מתנה באחריות וכן בשטרי מקח וממכר דאז צריך לכתוב בשטר השני ששטר זה לא נכתב לטרוף לא ממשעבדי ולא מבני חרי רק להעמיד שדה זו בידו גם כן כ' תוס' דצריך לכתוב מזמן הראשון דמזמן דהאידנ' איכא למיחש לשמא חזר ומכרה למוכר ויוציא אחר כך שטר זה ויאמר האידנא הוא דזבינתא מינך והדר טריף שלא כדין. וכן המחבר לקמן (סי' רל"ט) כתב זה בשם יש מי שאומר. ובאמת צריך להבין כיון דנכתב בהשטר שטרא דנן דלא למגביה ביה מובן דלא נכתב רק בשביל שאבד שטר הראשון ואם כן לא נאמין לו שקנאו ממנו שנית בזה השטר וכבר עמד על זה בסמ"ע שם (ס"ק ב') וכתב דחיישינן שיאמר מעולם לא קניתי רק מזמן הזה ואז בקש מן העדים שיכתבו לו שני שטרות והשטר גמור נאבד ונשאר בידו זה וזמנו מוכח שקנהו מהשתא. וקשה הא עיקר החשש הוא לחזר ומכרו למוכר אם כן יוציא המוכר שטרו שקנה ממנו וע"כ דהיה בידו מכבר שקנה פעם ראשון וכיצד

יאמר מעולם לא קניתיהו רק מזמן הזה דיכחיש זאת השטר שהוא ביד המוכר שחזר וקנה ממנו וע"כ עיקר החשש הוא שיאמר הדרית זבינת כמו שכ' שם בש"ע ובאמת לשון התוס' הוא האידנא הוא דזבינתא מינך משמע כדברי הסמ"ע דיאמר רק האידנא קנה ממנו ולא מעיקרא אבל קשה דהא ע"ז הוא מוכחש בשטר המכר שיש ביד המוכר. וכן בטור כ' החשש שיאמר אחר שמכר לו חזר וקנה ממנו וכמו שכ' המחבר אם כן יקשה הא מוכח מתוך השטר שבידו דלא נכתב רק בשביל שאמר שאבד השטר הראשון. והב"ח שם כ' דהלוקח יאמר שחזר ולקח ממנו שלא באחריות ולא מפני שאבד שטרו וזה אתי שפיר אף שיש ריעותא דלא יש לו אחריות מ"מ לא איתרע השטר בשביל זה. ובדברי הסמ"ע צריך לדחוק דשמא חזר המוכר וקנה ממנו שלא בשטר רק שחזר ומכרה לו בקנין ואחר כך יאמר שלא קנה ממנו מעולם אף שהודה בפני עדים ששלו הוא ומוכר לו יכול לומר ששיחק בו אבל מעולם לא קנה ממנו רק אחר כך בשטר השני. או באם אינו ידוע למי היה הקרקע מקודם יטעון הלוקח שמעולם היה הקרקע שלו והוא מכר לו בכח שטר מכירה שיש בידו וחזר וקנה ממנו בכח שטר זה שיש בידו מזמן השני:

ואם המוכר לפנינו ומצוה לכתוב כותבים אפילו מזמן שני כן כ' הש"ך (ס"ק ח') ולכאורה משמע מדבריו דוקא אם המוכר בפנינו ומצוה לכתוב אז כותבין מזמן שני אבל אם אינו מצוה אף שהוא בפנינו אין כותבין מזמן שני אולם בס' תורת חיים ב"ב שם כ' כשהוא לפנינו ואין בידו ראיה שחזר ולקחה כותבין מזמן שני דאז ליכא למיחש למידי ויש להבין למה ליה לתוס' לחשש זה דחזר המוכר וקנה מהלוקח בינתיים הא בלאו הכי ראוי שלא יכתוב מזמן השני דיש חשש דלמא מכר או נתן הלוקח השדה לאחר והשד' מוחזקת שהוא של המוכר מעולם ויאמר שמזמן השני קנה ממנו ונמצא מכר או נתן אז שדה שאינו שלו וא"כ אף אם המוכר בפנינו ואינו טוען שחזר וקנאה ממנו ניחוש לחשש הנ"ל ולא נכתוב לו שטר מזמן השני. אך זה אינו דהא מבואר (סי' שע"ה) במוכר שדה שאינו שלו אם חזר ולקחה מן הבעלים אז נקנה השדה להלוקח מטעם דניחא ליה כי היכא דליקום בהימנותיה. אך יקשה למה שכתב הב"ח (סי' מ"ג) מובא שם בש"ך (ס"ק כ"ט) עוד טעם דמאוחר במכר פסול מחשש פסידא דבעל חוב שלוה אחר זמן שקנה וגם קודם שקנה וכ' לתרוייהו דאקני יחלוקו השדה שלא כדין ומה שדחאו שם הש"ך דבריו תמוהין כמו שתמה אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט דהא אם אין עדים שקנה מעמידין הנכסי' ביד המוקדם ואם יש עדים שקנה רק שא"י חולקין כמבואר (סי' קי"ב) ואם כן אם מכביש השטר ולא יהי' עדים דקנה נוטל המלוה הראשון ואי לא מכביש וכ' להאחר הזמן ממילא יש עדים דקנה. וכתב אאמ"ו ז"ל שם לתרץ

ע"נ דבמאוחר באמת אינו חל המכירה רק מאותו זמן שכ' בשטר והוי לוה ולוה ואח"כ קנה דמן הדין יחלוקו וזה אתי שפיר בשטר קנין אבל בשטר ראיה יתחיל המכירה מיד בזה יש באמת לפסול מחשש דהב"ח הנ"ל ובש"ע דקאמר הטעם משום דלמא חזר וקנה מהלוקח היינו בשטר קנין דהוא באמת דאיקני ומפסיד מה"ד אבל בשטר ראיה שייך ג"כ טעמא דהב"ח עיין שם בנועם דבריו. ואם כן באבד השטר דבזה באמת כבר קנה הקרקע מזמן שטר הראשון ואם יכתבו העדים שטר השני מזמן השני נשאר טעם הב"ח דיש פסידא דבעל חוב מצד דהוי דאקנו אצל הלוקח ובאמת כבר קנה וגם יש עוד לחוש לפסידא דבעל חוב של הלוקח יטרוף דלמא לוה בינתיים ולא שיעבד לבעל חוב דאיקני וכשימכור לאחר לא יטרוף הבעל חוב וכמו שכ' שם אמ"ו ז"ל ובשטר קנין המאוחר ליכא כל חששות הנ"ל כיון דבאמת אינו חל עד זמנו מה שאין כן באבד השטר אם נכתב השטר מזמן השני דשל השתא אף שהוא בצוואת המוכר שייך כל החששות האלה:

וראיתי ברמ"ה ב"ב (פ"י אות ק"ה) וז"ל וה"מ בשטרי מאחרי דאכתבי בניסן וקבעו לזמנייהו בתשרי דאפשר דמסר לי' נהליה בניסן ונפיק מניה חורבא ולהכי צריך כל הנך תקנתא אבל שטר מו"מ דזבין ליה ארעא בניסן ולא כתב ליה שטרא כלל עד תשרי כו' כשרין דלא נפיק מנייהו חורבא כלל עכ"ל הרי מבואר דהיכא דליכא שום חשש מצד המוכר דלמא הדר וזבין מניה דלוקח כותבין ועיין ש"ך (סי' מ"ג ס"ק ל') באם הודיעו העדים למוכר כותבין שטר מקח מאוחר ובתומים שם כ' גם על זה דאפשר הדין אמת והוא מבואר ברמ"ה [ועיין שם ברמ"ה אות ק"ט) דבשטרי מקח אם נתאחר ואין העדים זוכרין יומא דקנו ממנו אם כתבו יומא דכתביה ביה פסול אלא היכא דכתבו ליה מדעת המוכר וזה דלא כדברי הב"י (סי' רל"ט) שכ' בביאור דברי הטור דבכה"ג ל"ח על חזר ולקחו וכמו שכ' שם בסמ"ע דיש לו קול ולפנינו דעת הרמ"ה דלא סמכינן ע"ז רק היכא דכתבו מדעת המוכר דכה"ג ליכא למיחש ולא מידי] עכ"פ מבואר דדעת הרמ"ה דאם מצד המוכר ליכא שום חשש ל"ח על חששות ופסידא של אחרים ודלא כשיטת הב"ח הנ"ל ועיין בס' בני יעקב (דף ל"ה ע"א):

עוד כתב שם התו"ח דאם אין יודעין זמן הראשון שאין כותבין בו שום זמן דשטר שאין בו זמן כשר ורק כותבין זמן כדי שנדע מאיזה זמן יטרוף מלקוחות וכיון דכותבין בו חוץ מאחריו' שוב אין צריך לכתוב בו זמן וכיון דא"ב זמן אם חזר ומכרה למוכר לא מצי למימר האידנא הוא דזבינתא מינך דאדרבה מוכר מצי למימר אנא דזבינא מנך בתר הכי דדומה להא דמבואר (סי' מ"ג סכ"ג) דנותנין למי שיש לו זמן בשטרו וה"נ כיון דבשטרו של מוכר כתוב בו זמן ובשטרו של לוקח לא כ' בו זמן איכא למימר שנכתב

קודם שטרו של מוכר. ולכאורה אינו דומה לשם דשם כיון שאין אחד מהתובעים מוחזק בהשדה לכן נותנים למי שזמנו מבורר אבל מניין לנו להוציא מן המוחזק הואיל דיש לו זמן מבורר ולמוחזק יש זמן סתמא מ"מ המוציא מחבירו עליו הראיה אולם בהרא"ה מס' כתובות (דף צ"ד) בהך עובדא דתרי שטרא בחד כ' בה' בניסן ובחד כתוב בניסן סתמא כ' וז"ל אי נמי איכא לפרושי אפילו אחד שטר הלואה ואחד שטר מכר והכתיבו בו ה' בניסן היה שטר הלואה ודכתוב בו בניסן היה שטר מכר אוקמה ר' יוסף להההוא דה' בניסן בנכסיה שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה ולכן האי דכ' ביה בה' בניסן עדיף מההיא דכתב ביה ניסן סתמא דאימר בר כ"ט בניסן את עיין שם הרי בשביל דהקרקע מוקמינן בחזקת מרא קמא ואמרינן בזמן המאוחר מכרו המוכר בשביל זה גובה הבע"ח וכ"כ בדרישה (סוף סי' קי"ט) דאם יש בשט"ח זמן מבורר ובשטר שביד הלוקח אין זמן קנייתו מבורר ל"מ הלוקח לדחות לבעל חוב ולומר אני קניתי קודם עיין שם ומשמע מדבריו אף אם הלוקח הוא מוחזק בהשדה ויושב בה ואם קנה מקודם לא חל כלל שעבודו דבעל חוב מ"מ מוקמינן השדה על חזקת מרא קמא ואמרינן דקנה אחר כך. ואם כן הכא בנידון דהתו"ח אף דהלוקח יושב בהשדה מ"מ כיון דבשטרו אין הזמן מבורר ובשטר שביד המוכר שקנה ממנו הזמן מבורר וכיון דידענו דפעם אחד הי' של המוכר שקנה בהחזרה מיד הלוקח מוקמינן על חזקת מרא קמא ואמרינן דמאותו זמן שקנה שוב לא יצא מחזקתו והשטר שביד הלוקח היה נכתב קודם לזה:

וראיתי בנתיבות המשפט (סי' קי"ט ס"ק ד') דחקר בזה באם אין ביד הלוקח שטר בזמן מבורר או דאין לו שטר כלל רק שבא על הקרקע בטענת חזקה דשעבוד הוי כמכר ונותנין למי שיש לו זמן מבורר וכתב דאם הלוקח הוא מוחזק אמרינן המוצי' מחבירו עליו הראיה והביא ראיה מדברי תוס' גיטין (דף י"ז) שאם לא יהיה זמן בשחרור של העבד אין הלוקח שלקח את העבד יכול להוציא משום דהעבד מוחזק בעצמו עיי"ש:

ואאמ"ו ז"ל בחידושיו הנדפסים סוף ספר דברי משפט העלה שם דיש לומר דוקא מלוה שבא בשטר מבורר טורף מלוקח שיש לו זמן שאינו מבורר משום דכמו אם היה הלוה בא לדון עם הלוקח כגון שהיו פירות מונחים ביד אחר והלוקח בא עם שטרו שהוא בסתם ניסן והמוכר טוען שבסוף ניסן מכר לו והפירות הם שלו המוכר הלוה היה נאמן מטעם חזקת מרא קמא לכך המלוה זוכה בשעבודו בכל זכות שהיה להמוכר מה שאין כן בשטר שיחרור דאין בו זמן אם משוחרר מקודם שקנה אותו הלוקח שטרו חספא בעלמא הוא אם כן לא שייך לומר מה מכר כל זכות שהיה לו לרבו מה שאין כן במלוה דשטרו מבורר יש לו כח וזכותו של הלוה המוכר עיין שם בדבריו. ואנכי דנתי אז בפני

אאמ"ו ז"ל דגם אם המוכר בא לדון עם הלוקח על הפירות יש לומר כיון דחזקת מרא קמא איתרע דהא בודאי מכר השדה לא שייך לומר כ"כ חזקת מרא קמא על הפירות ודומה למה שכ' רשב"א בתשובה בדברי רמב"ם דפוסק ת"כ אין מוציאין משום דלא הוי לו חזקת מרא קמא על הולד ואף דשם לדעת רוב הפוסקים הוי חזקת מרא קמא מעליתא היינו טעמא דהיינו מוחזקים כשיולד יהיה שלו דבמעי אמו היה ודאי שלו ובהא דמחליף פרה בחמור וילדה דמוקמינן על חזקת מרא קמא כתב מהרי"ט בחידושיו מס' כתובות (דף ע"ו) היינו דמוקמינן הפרה בשעת לידה בחזקת מרא קמא ואמרינן דאחר כך נמשך החמור ועיין מה שכ' בזה בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ט') אבל בפירות דלא היה מוחזק בהם כלל ואנו דנין שבזמן שנלקח הפירות היה בחזקת מרא קמא לא אלים כל כך ואף אם נאמר דאם בא המוכר לדון עם הלוקח היו נותנים לו הפירות היינו בשביל שאינו מוחזק בו וגם דטוען ברי אבל לגבי הקרקע שהלוקח מוחזק בו וטוען ברי שקנה קודם שהלוה הבעל חוב יש לומר דאין מוציאין ממנו כיון דמרא קמא איתרע דודאי היה מכירה יש לומר דאין מוציאין מיד המוחזק ויש לומר לגבי הלוקח כאן נמצא וכאן היה מקודם כמו בח"מ (סי' ר"נ) ועוד יש לגמגם להמבואר במרדכי כתובות פ' שני דייני גזירות בהא דחד הבא מכח ד' דאמרינן אי שתקית והקשה למה לא מטעם מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו וכתב כיון דהראשונים לא הי' להם ודאי זכות אלא מספק דכל חד מדחי לגבי חבירו הרי דל"א מה מכר רק היכא דהמוכר היה לו ודאי זכות לא כשהיה לו הזכות מחמ' ספק אם כן הכא נמי כיון דלאו מטעם ודאי היה נאמן המוכר רק מטעם מרא קמא ולא הוי רק כספק וכיון דלגבי המלוה ליכא מר"ק יש לומר דלא שייך לומר מה מכר אולם אינו דומה לשם דשם נודע לכל דדרכו גבי' רק דאם היה ביד המוכרים היו יכולים לדחות כל א' מספק בזה לא אמרינן מה מכר כיון דהמוכר לא הי' לדחות רק מספק ועכשיו בודאי דרכו גביה הוא מה שאין כן בכל מקום דנשאר הספק וליכא בירור אמרינן מה מכר אף במה שהמוכ' לא היה זוכה רק מספק וכן כ' במהרי"ט (סי' י"א) סברא זו ומ"מ קשה דנוציא ממון בשביל חזקת מרא קמא דאיתרע כך דנתי אז לפני אאמ"ו ז"ל:

אולם אחר כך נתיישבתי דודאי הדין ברור דהמלוה גובה בשטרו המבורר מן הלוקח שיש לו שטר בסתם דהא מבואר בתוס' יבמות (דף ל"א ע"ב) ד"ה והא דכתבו בכל שטרי מכירת קרקע וכל שטרי מו"מ לא תקנו רבנן זמן וכ"כ שם כל ראשונים וכיון דלא תקנו זמן במכירת קרקע על כרחך מוכח דלעולם בעל חוב גובה כשיש לו שטר דיש בו זמן דאם לא כן מאי מהני לבעל חוב השעבוד הא לעולם לא ירצה ללות דיש ביד המוכר

להפקיע שעבודו שיעשה קנוניא ויתן ללוקח שטר מכר שאין בו זמן וידחה לבעל חוב מלטרוף ואתה נועל דלת בפני הלוין אלא ודאי דאז גובה הבעל חוב בשטרו המבורר שיש בו זמן ובשביל הלוקח לא צריך לתקן זמן דיכול לתקן לו לעצמו שלא יקנה עד שיברר לו המוכר זמנו של הקניה וגם יכול לילך עם השטר מיד לב"ד או לעדים ויכתבו לו דמאותו היום קנה דומיא דכתבו תוס' גיטין (דף ג' ודי"ז) גבי גט אבל לגבי מלוה אם נאמר דאינו יכול לטרוף אם כן לא שבקית חי דיתן ביד הלוקח שטר שאין בו זמן אלא ודאי דטורף כשאין בו זמן. ועיין בש"מ כתובות שם בלשון תלמידי רבינו יונה דמה שיד בעל סתם ניסן על התחתונה דאימור בר כ"ט בניסן הוא וז"ל כיון דזכות שלי מפורש בהשטר וזכות שלך אינו מפורש בשטרך אינו נאמן כיון שלא נכתב בשטר שלך הזמן הוחזק בו ריעותא ומוכח' מלתא כי מפני שהזמן שלך היה בסוף החודש שלא רצית שיכתבו שם היו' ויש לנו לומר לאותו שנכתב שטרו בכ"ה בניסן מכר תחילה עכ"ל מבואר מדבריו דלא מטעם שיש להשני זמן מבורר נותנים לו רק כיון שיש לחבירו ריעותא דלית בו זמן והיינו אף דלא תקנו זמן מ"מ הלוקח היה לו לחוש לעצמו וי"ל אף בשטר מתנה נמי הדין כן אף דלא הוי ביד המקבל מתנה לכוף להנותן שיכתוב לו זמן מ"מ היה לו לילך עם השטר לב"ד או לעדים שיכתבו לו זמן וכיון דלא עשה כן הוי ריעותא מוכחת ולכך נותנים לבעל הזמן מבורר. אך אם כן בגט שיחרור נאמר גם כן כך למה צריך זמן ואי דיאמר לרבו שני דשטרו מאוחר לשטר שיחרור והעבד מוחזק בעצמו נאמר גם כן דהוי ריעותא אף דאין ביד העבד לכוף להאדון שיכתוב לו זמן מ"מ הא יכול לילך לב"ד או בפני עדים להראות השיחרור. ובכ"ז כתבו תוס' דהעבד מוחזק בעצמו. ולמה שכ' אאמ"ו ז"ל לחלק דשם לדברי העבד הוי שטר מכר שלו חספא בעלמא אם כן באמת בשטר מכר אין מוציאין ממי שיש לו שטר בסתם בלא זמן ואם כן בנידון דתו"ח אם נכתב ללוקח שטר בלא זמן יפסיד המוכר אם קנה בהחזרה. וצריך לומר דדעת התו"ח כיון דיש ריעותא לזה הלוקח שיש לו שטר בלא זמן זה מוכח דבפועל נעשה כך מה שאין כן בגט שיחרור דאין ביד העבד לתקן שיכתב בו זמן ואף דהי' יכול לילך לב"ד או לפני עדים מ"מ אין ריעותא כל כך במה שלא עשה כן מה שאין כן בלוקח דבידו היה שלא לקנות רק באופן שיהיה זמן בהשטר ולפי"ז באמת בשטר מתנה דליכא ריעותא יש לומר דאין מוציאין מיד בעל השטר שיש לו זמן בסתם. אך יש לומר במתנה איכא ריעותא במה דלא אזיל לב"ד או לעדים שיכתבו זמן שראו בידו מה שאין כן בשיחרור לפעמים משחרר על ידי אחר או בעבד קטן דנמי יכול לשחררו בזה ליכא ריעותא דקטן אין לו דעת וכן אם לא הגיעו השחרור לידו עד אחר זמן לכך כתבו תוס' דצריך זמן:

ועיין רמב"ן ב"ב (דף קע"א) בהא דקאמר שם בש"ס דשטרי מקח קרקע המאוחרין פסולין מטעם דאם זבין ליה מיניה בינו ובינו ויאמר הלוקח הדר זבינתה מינך ובשטר חוב מאוחר כשר וקאמר דכותבין השובר סתמא דכל אימת דנפיק לרעיה וכ' הרמב"ן ואם תאמר בשטר מו"מ נמי לימא הכי התם ליכא למימר דאי מתרמי ליה זוזי ביני וביני וזבין ליה מניה דלכתוב שטרא סתם דהא אית ליה אחריות כו' וא"נ שלא באחריות דלמא זבין לה או שעבדה לאינש אחרינא ואי כתב סתם ידו על התחתונה הלכך בעי זמן מפורש לפיכך פסלו המאוחרין מיהו אם מפורש ביה שהן מאוחרין ליכא למיחש למידי עכ"ל. וקשה אם נאמר דגם בשני שטרי מכר דזוכה זה שיש לו זמן מבורר כמו שכ' התו"ח אם כן למה צריך לומר דזבין או שעבדה לאחרינא דידו על התחתונה הא הלוקח בעצמו יוציא אחר כך שטרו שיש בו זמן מבורר ויוציא הקרקע שיאמר שקנה ממנו אחר כך וצריך לומר דאינו דומה לשם במי שאבד השטר דזה שיהיה לו שטר בלא זמן יהי' לו ריעותא וכשיבא לטעון על המוכר שקנה ממנו יוציא שטרו שהוא בזמן מבורר אשר קנה בזמן פלוני ואז אמרינן כיון דע"כ הוא היה בראשון לוקח ממנו מוקמינן על חזק' מרא קמא דמאז שקנה בהחזרה שוב לא יצא מרשותו ועל הלוקח שהו' המוכר השני לברר שחזר וקנה ממנו ושטר זה שיש לו בסתם בלא זמן הוא מקניה הראשונה שהיה קודם לזה השטר שביד הלוקח הראשון. מה שאין כן בשטר מכר המאוחר אם יהיה ביד המוכר שקנה בהחזרה שטר בלא זמן ליכא ריעותא במה שאין בו זמן דיאמר המוכר לכך לקחתי שטר בלא זמן הואיל דביד הלוקח שטר מכר ממני מאוחר ולכן אם יבא אחר כך בשטר זה ויאמר שחזר וקנה ממנו אחר כך בתשרי בא להוציא מחזקת מרא קמא דהמוכר דהא יש בידו שטר שחזר וקנה ממנו ושטר שיש בו זמן שביד הלוקח אינו מבורר כלל שנכתב אחר כשחזר ומכר לו דיאמר המוכר הא על כרחך אתה מודה שפעם אחת קניתי ממך קרקע זו ועליך לברר שחזרת וקנית ממני ושטר זה הוא הראשון ומה שאין בשטרי זמן מבורר הוא לפי שחששתי על שטר המאוחר שהיה בידך ואני קניתי בתוך זמן שבין ניסן לתשרי.

ועיין שם ברמב"ן דכבת ביש ללוה שובר בלא זמן דכל אימת דנפיק לרעיה דאף אם באו סהדי דחזיוה להאי תברא מקמי הכי אפילו הכי אי טעין ואמר להכי איכת' סתמא כי היכי דלירעיה להאי שטרא דמאוחר הוא טענתיה טענה הרי אף דזה יש לו שטר מבורר בזמן והשובר ראו עדים מקמי הכי ביד הלוה מ"מ מרעינן להשטר אם טוען הלוה ששטר זה היה מאוחר כן נמי בשטר מכר אם היה כשר מאוחר כשיש ביד המוכר שטר בלא זמן נאמן לאוקמי הקרקע בחזקתו כיון דעל כרחך פ"א קנה ממנו לומר דהשטר שביד

הלוקח בזמן מאוחר היה אבל לדידן דמאוחר פסול שפיר כ' התו"ח דאם כותבין להלוקח דאמר דאבד שטרו בלא זמן לא יכול לומר דשטר שביד המוכר מאוחר היה דהא לא כתבו סהדי ועל כרחך בזמנו כתבוהו ולמה אין בידך שטר בזמן והוי ריעותא ואינו יכול להוציא שוב הקרקע מחזקת המוכר דיאמר כיון דעל כרחך בזמנו חזרתי וקניתי ממך עליך להביא ראיה דחזרת וקנית ממני ושטרך שהוא בלא זמן אינו מברר להוציא מחזקת מרא קמא דידי ובשטר שקבל המוכר כשחזר וקנה שפיר מוקמינן ביד המוכר ושטר אשר ביד הלוקח אינו מברר דיכול להיות מהקניה הראשונה לכך הוכרח הרמב"ן לומר דאינו מועיל השטר שהוא בלא זמן ביד המוכר נגד לוקח אחר דדלמא מכר או שעבדה זה הלוקח בשטר המאוחר לאינש אחרינא בינתיים היינו בין ניסן לתשרי ולהם יהיה זמן מבורר כמו בתמוז והמוכר חזר וקנה ממנו בסיון וכיון דיש בידו שטר בלא זמן אף דאם בא להוציא השדה מן הלוקח נאמן בלא חזר ומכר לו מטעם מרא קמא וריעותא לית ליה במה דאין בו זמן כיון דהיה מוכרח לזה דחשש על השטר מאוחר שביד הלוקח המוכר לו עכשיו מ"מ נגד לוקח אחר שקנה בכח שטר זה שהיה ביד הלוקח מן המוכר או בע"א לא יהיה נאמן דקנה בתמוז קודם מכירה ושעבוד שלהם דהמה יאמרו אדרבה אנחנו קודם בזמנינו המבורר ואז היה ביד הלוקח למכור ולשעבד דהיה שלו וחל המכר והשעבוד שלנו קודם לקנייתך שקנית בהחזרה ואף דבכה"ג יש לאוקמי על חזקת מרא קמא דלוקח ולומר שמכר בזמן המאוחר מ"מ יש לפעמים שהלוקח ישעבד או ימכור באותו זמן ובכל עת שיוציא זה שטרו בלא זמן אין בידו לברר נגד הבעל חוב והלוקח האחר לכך לא מהני שטרו שהוא בסתם.

ושם בחידושי הרמ"ה (סי' ק"ה) דכתב גם כן דלית ליה תקנתא לשטר מכר מאוחר דליכא למימר דכתבין ליה לשטרא דמוכר דחזר זבין ליה מלוקח סתמא משום פסידא דלקוחות דזבניה השתא בהאי שטרא דליכא לברורי בין לוקח ראשון ללוקח שני וליכא לברורי נמי שטרא דמאן קדים אי דלוקח אי דבעל חוב עכ"ל ומשמע מדבריו דבאמת יהיה ספק דליכא לברורי ובדברי רמב"ן מבואר דיהי' יד בעל הסתם על התחתונה. וכנראה דסובר דלוקח שאין לו זמן מבורר אף בלא ריעותא גובה ממנו בעל חוב דמוכר שיש לו זמן מבורר וכן הוכיח שם אמ"ו ז"ל מדברי הרמב"ן. ובאמת ברמב"ן לפנינו כתב דלמא זבין לה או שעבדה ובמ"מ (פכ"ג ה"ז) הביא דברי רמב"ן שמא מכרה או נתנה לאחר ולא הזכיר שעבו' ויש לומר דסובר כמו שכ' שם אמ"ו ז"ל דלגבי בעל חוב דבא להוציא ממון כיון דגוף קרקע בבירור הוא של הלוקח ויכול לסלקו בדמים וליכא נ"מ רק להוציא ממון יש לומר דהמוציא מחבירו עליו להבי' ראיה. אולם באמת היותר נכון כמו שכ'

ברמב"ן שלפנינו דגם בעל חוב על כרחן דמוציא כשיש לו זמן מבורר מלוקח שאין לו זמן מבורר דאם לא כן לא שבקת חיי לכל מלוים ויכול בכל פעם הלוה למכור קרקעותיו המשועבדים לבעל חוב בשטר מכר שאין בו זמן כיון דלא תקנו חכמים ז"ל זמן בשטר מכר א"ו דלעולם גובה:

וראיתי בשער משפט (סי' מ"ג) שהביא דברי תו"ח הנ"ל והביא להיפך מזה מדברי ש"מ ב"מ (דף ע"ב) דכ' דשטרי מו"מ מאוחר פסול וז"ל לפיכך צריך לאזהורי בשטר מכר לכתוב יום המכירה בפירוש בכמה בחודש דאי כתוב בניסן סתמא דלמא הדר זבנה ניהלה ביוד בניסן ואיהו קא טעין אין זבינתיה ניהליה בחד בניסן ואנא זבינתיה ניהלך בעשרה בניסן והדרית וזבינתיה מינך בעשרים בניסן והאי שטרא דאיתא בידי בר עשרים בניסן הוא עכ"ל הרי דהלוקח המוחזק בהשדה אף דאין בשטרו זמן מבורר יכול להחזיק ולומר הדרית וזבינת מנך אף שבשטר המוכר מבורר הזמן ובשטרו אינו מבורר והאריך הרבה בדינים האלה והרבה יש לדבר בדבריו על פי מה שכ' לעיל והמעיין ימצא הדברים ואולי יבואר עוד אי"ה במ"א בזה:

סימן יח

אם אין השטר חוב בידו וטוען המלוה שנשרף אעפ"י שהוא תו"ז דעת רמב"ם דנשבע הלוה היסת ונפטר וכן מבואר בש"ע (סי' מ"א) והראב"ד משיג עליו מאחר שהוא תו"ז למה לא יגבה ויכתוב שובר ובפ' (י"ד) ממלוה כ' ובשבועה מיהא יטול ועיין ש"ך (ס"ק י"ט) שהביא דברי המ"מ דיש ראיות מוכיחות בגמרא דאף בת"ז אם נפל איתרע. וראיתי ברדב"ז בלשונות הרמב"ם (סי' קצ"ז) שהקשה על הראב"ד מה קאמר ובשבועה מיהא יטול ולא יהא אלא שהשטר בידו והלוה טוען פרעתי מי לא משביעין ליה וכ' ואפשר שדעתו ז"ל שאעפ"י שלא טען שישבע אנן טענינן ליה ולא יטול אלא בשבועה אי נמי אף שהיה ת"ח דבעלמא אין נזקקין שבועתו הכא שנאבד השטר לא יטול אלא בשבועה. ואינו מובן דבריו הא מבואר בש"ס שבועות וכי צורבי משלחי גלימא דאינשי אלא לא מזדקיקנא ליה והפירוש דאין הב"ד משביעין אותו שלא לזלזל בכבודו לחשדו אבל מ"מ לא מגבינן ליה בלא שבועה. ואולי כוונתו למ"ש הש"ך (סי' פ"ב סקי"ז) דנ"מ מת"ח לאינש דעלמא לענין אם תפס המלוה דאף דבכל אדם לא נחתינן לנכסיו מ"מ משמתינן ליה ובת"ח כיון דתפס תפס וגם למ"ש שם הטו"ז הנ"מ בין ת"ח לאחר דבאחר הב"ד פוסקין מיד שישבע המלוה ובת"ח אין פוסקין דין ביניהם אלא דוחין אותו עד כי יעשה דין לעצמו. וכאן שנאבד השטר לא יטול אלא בשבועה או למה שכ' הטו"ז אין דוחין אותן או דאף בת"ח אם תפס לא יטול אלא בשבועה:

ברם בגוף הקושיא של הרדב"ז כבר קדמוהו הבעה"ת מובא בש"ך דאם הזמן מועיל לו יטול בלא שבועה ואם אין הזמן מועיל אף בשבועה לא יטול והש"ך מתרץ דבתו"ז יש פוסקים דצריך שבועה ולכך כתב הראב"ד דאפילו תימא בקובע זמן צריך שבועה כאן בשבועה מיהא יטול ויש להתבונן בדברי הש"ך הא (סי' ע"ח ס"ק ט"ו) כ' שסברא זו שישבע קודם הפרעון לא נמצא בשום פוסק והעלה דרק אחר הפרעון צריך לישבע היסת וכאן כ' הראב"ד שיטול ואיירי קודם הפירעון אולם באמת מצינו למי דסובר כן בטוען שפרע תוך זמנו דחייב לישבע קודם הפרעון דכן כתב הבעל העיטור בחלק שני מלוה על פה וז"ל ומסתברא דינא בגו זימניה כמאן דנקט שטרא בידיה דמי ואי אמר ליה אישתבע לי משתבע ליה ואיכא מ"ד שבועת היסת ואיכא מ"ד חרם סתם ור"ח אמר דחיקא מלתא לדחויה משבועת דרבנן עכ"ל הרי מבואר דסבירא ליה מסברא דאי אמר אשתבע לי חייב לישבע והיינו קודם פרעון ועיין (סי' ע"ח) בתומים ונתיבות. ואם כן אתי שפיר דברי ראב"ד מה שכ' בשבועה מיהא יטול אף דכנראה ממה דשתק הראב"ד ע"ד הרמב"ם (פי"ד) ממלוה ופרק (ז') משכירות דסובר דאינו חייב שבועה דרבנן רק היסת ולאחר הפרעון ולא כתב עליו דבר מבואר דאינו סובר לדמות פרעון תו"ז לשטר מ"מ כאן כיון דאיתרע בנפילה לא מסתבר ליה למפסל השטר לגמרי רק לחייבו שבועה קודם פרעון. עוד כתב שם הרדב"ז לתרץ דעת הראב"ד דדוקא בנמצא השטר לא מהדרינן ליה אפילו בו ביום דאיכא למיחש שמא יבא לטרוף מלקוחות אבל היכא דנאבד השטר דליכא למיחש למידי יטול בשבועה כיון דהוא תוך זמנו ויש לומר דמשביעין ליה שנאבד וזה כונ' הראב"ד דדילמא יכבוש השטר ויאמר שנאבד ואחר זה יוציאנו ויטרוף בו מלקורו'. והדברים נפלאים חדא הי"ל להראב"ד לפרש בהשיגו על דין שני שכתב הרמב"ם משם רבותיו שאפילו הי' השטר יוצא מתחת יד אחר והלוה טוען ממני נפל אחר שפרעתיו אף על פי שהוא בתוך זמנו נשבע היסת ונפטר ועל זה כ' הראב"ד ואף זה לא נהיר דבכאן כיון דהשטר בעולם וכשישלם יקרע השטר וליכא חשש שיטרוף בו מלקוחות גובה אף בלא שבועה לדברי הרדב"ז ועוד איה מצינו לחלק בנפילה דאיתרע בין לגבות מן הלוה עצמו או מלקוחות אם הלוה עומד בפנינו וטוען שפרע אם נאמר דחייב לשלם משום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מה"ת לא יטרוף מלקוחות ולא שמענו לומר דניחוש ללקוחות שבאין בטענת שמא ולא ניחוש לטענות ברי של הלוה ובבא לגבות תוך זמנו ולטרוף מלקוחות דעת הרמב"ם דאין צריך לישבע כמבואר (סי' ע"ח) וכן נמי דעת הראב"ד ואם נאמר דלא איתרע בנפילה כשהוא תוך זמנו ודאי דאין לחלק בין הלוה ללקוחות. ועוד היה נ"מ דאם מפורש בשטר שלא באחריות היו מחזירין להמלוה אף בלא שבועה כיון

דליכא חשש שיטרוף מלקוחות ומסתימת דברי הראב"ד משמע דלעולם צריך לישבע שיטול אלא ודאי דאין לחלק בין שטר שלא יטרוף מן לקוחות או שטר שאין בו אחריות בשניהם חייב לישבע נגד הלוה לדעת הראב"ד:

והנה הרמב"ם כתב דנשבע הלוה היסת ונפטר ויש להסתפק אם יכול הלוה לומר דלא ישבע עד שיקרע השטר כמו דהדין הוא בטענות סיטראי אם הדין דלא קרעינן ליה ולא מגבינן ביה דכתב הר"ן בפרק שבועות הדיינין דאין הלוה צריך לישבע היסת עד שיקרע המלוה השטר והכא נמי דכוותי' ועיין ש"ך (סי' פ"ב ס"ק ד') דחולק על דעת הב"ח שם במודה בשטר שכתבו ואינו יכול לקיימו דנאמן הלוה לומר פרעתי דדעת הב"ח דאין הלוה צריך לישבע עד שיקרע השטר והביא ראיה מדברי הר"ן הנ"ל ודעת הש"ך דדוקא שם כיון דמהני תפיסה ורוצה להחזיק השטר כדי שיתפוס אינו בדין שנשביע לזה היסת ואכתי לינקט שטר' עלי' לתפו' ממנו ויכול הלוה לעשות כל טצדקי שלא יתפוס ממנו ויכול לומר כשם שאתה מוחזק בשטרך כן אני רוצה להחזיק בשבועתי עד שתוציא השטר מה שאין כן שם אם יקיים השטר יתחייב לשלם לו אף בלא תפיסה צריך הלוה לשבע היסת וזה מחזיק בשטרו ואם יקיימו אחר כך גובה. וכן מבואר כדעת הש"ך בש"מ ב"מ (דף ז') משם הרמ"ך דכ' למ"ש הרמב"ם דהלוה נשבע היסת ואם קיימו המלוה אח"כ בב"ד ה"ה כשאר שטרות וגובה בו למדנו שאעפ"י שהלוה נשבע היסת לבטל שטרו אין המלוה חייב להחזיר לו השטר עיי"ש ושם יש עוד סברא לומר כיון דאינו נאמן לומר פרוע רק במגו דמזויף ובטענות המגו היה חייב לישבע צריך עכשיו גם כן לישבע. וא"כ כאן כיון דלא מהני תפיסה בעדים יש לומר דאין צריך לקרוע השטר וחייב לישבע והשטר יהיה מונח וכן משמע מסתימת הרמב"ם והש"ע דכלל יחד בנאבד השטר ובמונח ביד אחר דחייב רק היסת משמע דהדין הוא כמו בנאבד כן נמי במונח ביד אחר חייב לישבע אף אם נשאר השטר ביד האחר. ולמ"ש הטו"ז (ס"ס ע"ה) דרק היכא דלית ליה תקנה להשטר אז יכול הלוה לעכב השבועה עד שיקרע השטר משא"כ באינו מקוים דיש למצוא עדים המקיימים השטר לא יכול לעכב השבועה וה"נ כיון דאין לו תקנה להשטר יכול לעכב השבועה עד שיוציא השטר קרוע:

אך יש לומר למה שנסתפק בתומים (סי' ס"ה) אם יכול לומר אחר כך זה שמונח בידו נזכרתי ובנתיבות שם העלה דיכול לומר אחר כך נזכרתי אם כן שפיר יכול המלוה לומר שיהיה מונח דאולי ישים האחר על לבו ויזכור שבא לידו מהמלוה ואינו יכול לעכב השבועה. ולמה שהעלה הש"ך דהמוחזק יכול לומר קים לי כדעת הראב"ד דסמכינן על החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ולדבריו מהני תפיסה בעדים אם כן דומה לדברי הר"ן

הנ"ל כמו שכ' (סי' פ"ב) דיכול הלוה לעכב השבועה שלא ישבע עד שיקרע השטר. ועיין תשובת הרא"ש (כלל ק"ה סי' ח') שכ' באינו יודע מה טיבו של שטר אם הפקיד אצלו הלוה או המלוה דהדין יהא מונח עד שיתברר האמת או שיתפשרו שניהם שיאמין אחד לחבירו בשבועה אבל אם יאמר המלוה ללוה אתה אומר שפרעת את השטר או כולו או מקצתו השבע שהוא כדבריך ואחזיר לך את השטר צריך הלוה לישבע שבועת היסת כדבריו אם הוא טוען שפרע כולו ואם הוא אומר שפרע מקצתו ישבע ש"ד ואם אינו רוצה לישבע יחזיר השטר למלוה עיין שם בדבריו הרי מבואר דבנשבע הלוה היסת צריך שיחזיר לו השטר ואי"ה יבואר עוד בדינים האלה לקמן במקומו:

ובמה דכתב בש"ע בהנך תרי דינים אם נשרף השטר ואפילו היה השטר יוצא מת"י אחר והלוה טוען ממני נפל אחר שפרעתי דנשבע היסת ונפטר יש לדון אם הדין הוא בזה כמו שכ' הש"ך (סי' ס"ה ס"ק י"ב) באינו יודע מה טיבו משם תשובת הרא"ש דאם המלוה אינו רוצה לישבע שיחזור השטר ללוה או לא למה שכ' שם בנתיבות (ס"ק ט') דכ' הטעם דאם אין הלוה רוצה לישבע היסת דמחזירין למלוה דל"ה כנחתינן לנכסיו כיון שהשטר מונח ביד הנמצא ועיקר הדין על השטר לא הוי כנחתינן לנכסי כיון שהשטר מונח ביד הנמצא וכן הלוה יש לו חיוב שבועה על המלוה דכיון דאינו מצוה להחזיר שטרו מוקים להמעות שפרע לו במלוה דהא לא פרע לו רק אדעתא שיחזיר לו שטרו ויש לו חיוב שבוע' עליו ומש"ה כשאינו רוצה לישבע מחזיר ללוה דזה ל"ה כנחתינן לנכסי עיי"ש בדבריו ואם כן זה דוקא היכא דקבל המלוה הממון מיד הלוה אדעתא שיחזיר לו שטרו מה שאין כן היכא דהלוה טוען שממנו נפל וזה האחר מצאו אם כן אין לו ללוה על המלוה כלום אם כן דומה לכל מקום דיהא מונח כמו במנה שלישית דאין להמפקירים שבועה זה על זה כלל ואינו יכול לטעון כן כמו שהעלה שם הנתיבות והכא נמי כיון דאין לו טענה על המלוה אם המלוה אינו רוצה לישבע לא מחזירין השטר ללוה אך מ"מ יש לומר דהלוה יכול לומ' למלוה אישתבע לי שלא פרעתיך צריך לישבע ואם יאמר המלוה אי אפשי בשטר רק כמו מלוה על פה דאתה חייב שבועה יכול הלוה להפוך השבועה על המלוה ואם אינו רוצה לישבע מחזירינן השטר להלוה ולא צריכינן לטעמא שכתב הנתיבות דמוקים להמעו' שפרע לו במלוה ואם כן אף היכא דמודה הלוה שהחזיר לו השטר וממנו נפל ובא ליד האחר ואין לו על המלוה כלום מ"מ יכול להפוך השבועה על המלוה ואם אינו רוצה לישבע מחזירין השטר ללוה ולקמן בדיני טו"נ יבואר אי"ה עוד בזה:

סימן יט

כתב הרמ"א (סי' מ"ב ס"ו) וכל לשון שהוא כולל יותר ליפוי כח בעהש"ט וסתמא משמע כך לפי דעת השומעים דנין אותו כך ליפוי כח בעל השטר והוא מתשובת רשב"א שבב"י שם ובכנה"ג הביא משם ספר בני שמואל דדוקא כשהשטר משתמע נתרי אנפי שוים במשמעות אז יד בעל השטר על התחתונה אבל כל זמן שנוטה דברי השטר לסיוע התובע אז יד בעל השטר על העליונה ולבסוף כתב ולדידי יש להסתפק. ולכאור' המעיין ברשב"א ח"ב (סי' רס"ט) שכ' בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים ולפיכך מי שכ' סתם ע"ז משמעות הוא כותב שאלולי כן היה לו לפרש כיון שהוא יודע שסתמן של דברים משמע בהיפך כוונתו משמע דאם רק כולל ונוטה לפי דעת השומעים ידו על העליונה מדלא פירש. אולם מהראיה שהביא שם מב"ב ארעי דבי סיסון ואסיקנא התם דכיון דכ"ע קרו ליה דבי סיסון עיין שם משמע דהוא דוקא דוגמתו דכיון דכולי עלמא קרו ליה דבי סיסון והוא דוקא היכא שכולל לפי דעת כ"ע השומעים. אבל אם אינו כולל לכל דעת השומעים אף אם על פי רוב משמעות השומעין הוא כך מ"מ כיון שיש מיעוט שאינו כולל כך יד בעל השטר על התחתונ' וראיה ברורה לזה מש"ס ב"ק ר"פ המניח ל"צ דרובא קרו לה לכדא כדא ולחביתא חביתא ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא ולכדא חביתא דאין הולכין בממון אחר הרוב ועיין שם בתוס' אם התנה לתת כד והקנה לו בקנין סודר ונתחייב הלוקח לתת דמים יכול הלוקח לומר לא אתן אם לא תתן לי חביות דקרו ליה לחביתא כדא לפי שהוא מוחזק ולא אזלינן בתר רובא ואם המוכר קבל דמים בעד חביות יכול לומר לא אתן אלא כד הרי אף דהמוכר התחייב לתת חביות ורובא קרו לחביתא חביתא מ"מ כיון דאיכא מיעוט דקרו לכדא חביתא אינו חייב רק כדא ומשמע פשטות דברי תוס' דאף הממון אינו חייב להחזיר וכמ"ש שם משם ר"ת דאפילו לרב דהולכין בממון אחר הרוב מ"מ הכא יכול המוחזק לומר להמוציא אעפ"י שהרוב מסייעך לא תוציא ממני דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוט וא"ד למוכר שור ונמצא נגחן דלא מצי אמר המוכר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט דהלוקח יאמר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב הרי אף דיש ללוקח חזקת מרא קמא ורוב מסייעו דדעתו היה על חביתא כמו שרוב קרו מ"מ כיון דאיכא מיעוט דקרו לכדא חביתא היה לו לברר החיוב של המוכר. וכן אם המוכר הקנה לו בקנין סודר והתחייב בכדא יכול הלוקח לומר דכוונתו היה על חביתא הואיל דהוא מוחזק אף דמשמעות השומעים הוא חביתא חביתא וכדא כדא מ"מ כל שאין חיובו מבורר המוציא מחבירו עליו הראיה וה"נ אף

שמשמעו' רוב שומעים נוטה לסיוע בעל השטר מ"מ ידו על התחתו' כשבא להוציא רק היכא דמשמעות כ"ע הוא לסיועו:

ובאמת הך צד שכתבו תוס' דאף בקבל המעות והתחייב לתת חביתא דאף לרב אינו חייב רק בכד צריך ביאור מ"ש ממוכר שור ונמצא נגחן ואף דאמר קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט מה לו ללוקח בכך הא איהו סמיך על הרוב. ונראה דכיון דהמוכר מוחזק בהמעות וזכה בהמעות בין כך ובין כך אף אם היה דעת הלוקח על חביתא מ"מ הקנה לו המעות והברירה ביד המוכר לתת לו חביתא ואז אין לו ללוקח שום טענה וכיון דבבירור זכה המוכר בהמעות רק אנו דנין על חיובו של המוכר במה נתחייב וכיון שיש מיעוט דקרו לכדא חביתא על הלוקח היה לברר חיובו של המוכר דלעולם מי שבא להוציא מחבירו עליו לברר שלא יהיה שום ספק וכיון דאין טענותיהם על גוף המעות דהמוכר ודאי זכה בהמעו' שקבל רק טענותיהם על התחייבות של המוכר על הלוקח לברר ולא הי' לו לסמוך על הרוב מה שאין כן במוכר שור כיון דרובא קונים לרדיא סמך הלוקח על הרוב דשארית ישראל לא יעשו עול' וממילא כיון דהוי מום במקח דאין המוכר יכול לומר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט דזבני לנכסתא דהלוקח יאמר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב דזבני לרדיא ואתה הטעתני דכיון שהיה המקח על שור ידוע אע"ג דלא פירש הלוקח דלרדיא קונה סמך על הרוב והמוכר מכיר במומו ועיין ברא"ש מס' חולין פ' א"ט במחלוקות הרמב"ן ור"א ז"ל אם בטריפות דסירכא מבטל המקח אם על הלוקח לאתנויי או לא אבל במום הידוע סמך הלוקח ולא התנה דשארית ישר' לא יעשו עולה ולא יונוהו במקחו וזה הכל היכא שיש תורת אונאה אבל בחיובו של חבירו צריך המוציא לברר שיהא החיוב ברור ומודה רב דאין הולכין בזה אחר הרוב להוציא הואיל דיכול לומר קים לי בנפשאי דעל כד היה חיובי:

ובזה מיושב מה שהקשה רבינו הגדול מרן עק"א ז"ל בתוס' במשניות שם על ר"ת מאי פרכינן בש"ס ב"ב (דף צ"ב) מהוא אומר אלמנה נשאתיך הא התם המוחזק טוען ברי ולמה שכ' לא ק' דהא לרב דסובר דמה דעפ"י רוב הוי אצל הקונה מום במקח אזלינן בתר רוב והוי כפירש הכי נמי נוציא ממון על ידי רוב נשים דבתולה נשאת ועיין ש"מ ב"ב שם משם הרא"מ ז"ל ושם כ' משם הרשב"א להקשות כיון דגברא זבין להאי ולהאי כי רובא דעלמא לרדיא זבין מאי הוי והא איהו לאו מרובא הוי וכתב לתרץ דגברא דזבין להאי ולהאי ולא ידיע דזביני' במאי הוא דרב אזיל בתר רוב' דעלמא דהאי נמי מההוא רובא הוי והיינו אף דזה האיש זבין להאי ולהאי מ"מ כשיש ספק למאי זבין אזלינן בתר רוב וכיון דרוב זביני הוא לרדיא הוי נגחן מום במקח ואין לו להתנות לכך פריך שפיר

דגם באלמנה נשאתיך ניזל בתר רובא דנשים. אבל היכא דנתן ממון על חיוב של חבירו עליו לברר החיוב וכל שהוא מקום לומר אף במיעוט דכוונתו היה כפי המיעוט מודה אף רב דהמוצי' מחבירו עליו הראיה. עכ"פ מבואר דאף כשמשמעות השומעין הוא לסיוע לבעל השטר כל שאינו כן לכולי עלמא יד בעל השטר על התחתונה. שוב ראיתי בתשובת עבודת הגרשוני שכתב כן בדעת רשב"א דדוקא היכא דלכולי עלמא משמעותו של השטר כן הוא והביא ראיה מש"ס פ' המניח הנ"ל:

ובספר שער משפט הביא ראיה מש"ס מנחות (דף ק"ח) באם אמר שור בשורי הקדש הגדול שבהן הקדיש תורא בתוראי קאמר ופריך מבית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפל ואמאי ליחזי הידן נפל ואי קטן נפל לית ליה פסידא דהא גדול שבבתי' קאמר ומשני לוקח קאמרת שאני לוקח דיד בעל השטר על התחתונה ופי' רש"י דהמוציא מחבירו עליו הראיה שהמוכר מוחזק אבל הקדש גדול משמע הרי אף דגדול משמע מ"מ יד בעהש"ט שהוא הלוקח על התחתונה ואינו יכול להוציא הגדול וצריך לומר דהא באמת מבואר שם דבהקדש הוי בירור דתורא בתוראי קאמר הגדול ואם מת הגדול לא יש שום ספק על השוורים הנשארים ואמאי לענין מוכר ולוקח יד בעל השטר על התחתונה היינו דרק עפ"י רוב משמע דתורא בתוראי משמע וכוונתו על הגדול ובממון אין הולכין אחר הרוב. ולפי זה היה נ"מ אם תפס הלוקח ממנו השור הגדול לא היו מוציאין מידו כיון דרוב מסייעו וכבר הוכחנו במ"א והבאתי מדברי בעה"ת דהיכא דהרוב מסייעו מהני תפיסה אף בטענות שמא וכמו שכתב הנתיבות (סי' רל"ב) אולם מלשון רש"י דכ' אבל הקדש גדול משמע נראה דליכא שום ספק דתורא בתוראי קאמר וכן בית בביתי המשמעות הוא על הגדול ואעפ"כ יד בעל השטר על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה משום דעל הלוקח היה מוטל לברר הדבר שלא יהיה בו שום ספק אף ע"צ הרחוק מאד ומשמע לכאורה דלא כדעת רשב"א:

אך יש לומר שם כוונה אחרת במה דקאמר בש"ס לוקח קאמרת כו' יד בעל השטר על התחתונה למה שכ' הראב"ד בהשגו' (פ"ג) מזכיה בדעת הרי"ף דס"ל דהיכא דלא סיים המקח ל"ק כלל והקשה מהך דבית ביבתי שור בשורי דמראהו נפל ומת ואמאי הא לא סיים כלל ולא קנה כלום וכתב וז"ל ואולי נאמר כיון שהדין ידוע דיד בעל השטר על התחתונה כאלו פירש הגרוע או הנפול או המת ודין זה כשאין שם אלא גרוע אחד או מת אחד שהוא כמסוים אבל אם היו שנים גרועים או מתים לדעת הרב ז"ל לא קנה כלום עכ"ל ויש להבין א"כ דאמרינן דיד בעל השטר על התחתונה והוא כמסוים אם כן אמאי מראהו נפל ומת ואף אם הגדול נפל או מת מראהו הגדול שהוא עכשיו הגרוע נימא כיון

דיד בעל השטר על התחתונ' הוי כמסוים הגרוע ושל המוכר מת או נפל. וצריך לומר דאמרינן דכוונתו היה על הגרוע שיברר אחר כך וכל מכירה שמכר לו הוא על כרחך דמוכר מעכשיו מה שיברר אחר כך כמבואר מדברי רשב"א בתשובה (סי' פ"ב) דאם לא כן לא חל כלל דאין ברירה ועל כרחך הכוונה דמוכר לו מעכשיו מה שיברר אחר כך וכמו שבארתי בארוכה בח"ר מספרי בשו"ת (סי' י"ב) ולכך אף אם מת הגדול מראהו גם כן זה. ולפי זה יש לומר דהא דשור בשורי הקדש אמרינן תורא בתוראי היינו השור הגדול דבהקדש ודאי הכוונה היה שיחול מיד ההקדש וסיים השור הגדול דא"ל הכוונה היה שור בשורי המצוין לגריעות' דודאי המקדיש בעין יפה מקדיש והכוונה היה על שור המצוין בשוריו והיינו הגדול והיפה כי כל חלב לד' כתיב וכמו שכתב הרמב"ם בכל מידי דמצוה יהיה מהמובחר והש"ס פריך דכיון דכוונתו היה על המצוין דלשון זה שור בשורי הוא תורא בתוראי שור החשוב בשורי נימא בבית בביתי אני מוכר לך גם כן הכוונה על החשוב היינו המצוין ומתרץ דיד בעל השטר על התחתונ' ויש לומר דמוכר ודאי מוכר הגרוע ואמר לציין שור בשורי להיפך הגרוע שבשורים איזה שיהיה גרוע בשעה שיברר לו ולא על החשוב דיבר ושפיר כתב רש"י דגבי הקדש גדול משמע דודאי לשון זה הוא על דבר המצוין ולא נוכל לומר דכוונתו היה להקדיש דוקא הגרוע והמצוין לגריעות' דהמקדיש בעין יפה מקדיש וכיון דיש בלשון זה משמעות ברור על מצוין אמרינן דכוונתו היה על המשובח מה שאין כן במוכר כיון דיש במשמעותו גם כן לגריעותא על הלוקח היה לברר דכוונתו היה על הגדול ומשובח והמוציא מחבירו עליו הראיה. אבל לעולם יש לומר דהיכא דנוטה הדברים לסיועת הבעל השטר בזה ל"א דידו על התחתונה. אולם מש"ס דב"ק הנז' מבואר הדבר דלעולם הממע"ה אף אם ליכא רק מיעוטא:

ברם למה שכ' יש לדון שהוא דוקא במכר בזה על הלוקח לברר מקחו אבל במתנה דכל הנותן בעין יפה נותן יש לומר היכא דמשמעות הלשון הוא להשומעים לסיועת בעל השטר ידו על העליונה אף אם הוא רק עפ"י רוב ולא לכולי עלמא ודומה להא דמבואר ב"ב (דף ע"א) במוכר את הבית דלא מכר לו את הבור כו' ובנותן מתנה נותן את כולה וקאמר בגמרא מ"ש מכר ומ"ש מתנה פירש יהודא בן נקוסא לפני רבי זה פירש וזה לא פירש וקאמר זה היה לו לפרש וזה לא הי' לו לפרש ופירש רשב"ם משם ר"ח ז"ל הקונה היה לו לפרש כיון שנותן דמים אינו מתבייש מן המוכר ומדלא הזקיק להמוכר לפרש לו הכל הפסיד אבל מקבל מתנה בושת יש לו מן הנותן ואין לו לפרש ולשאול לו בור כו' הלכך עלי' דנותן רמיא לגלויי ואם לא פירש קנה הכל ועיין ש"ע (סי' רט"ו) וה"נ

יש לומר כיון דנותן בעין יפה נותן עליו לפרש אם עפ"י רוב המשמעות הוא לסיועת בעל השטר ומדלא פירש נקטינן לטובת בעל השטר מה שאין כן במוכר. ויש לומר דזה דקאמר בגמרא מנחות לוקח קאמרת שאני לוקח דיד בעל השטר על התחתונה והיינו אף אם נחזיק בית בביתי הוא על פי הרוב הכוונה לשבח מ"מ על הלוקח לפרש אבל במקבל מתנה יש לומר דאם נפל הקטן אין מראה לו הנפול והמת. ואף דבמוכר חצי שדה דלוקח נוטל הכחוש משום דיד בעל השטר על התחתונה הדין הוא בנותן מתנה גם כן לוקח הכחוש כמבואר בר"י מיגאש ז"ל ב"ב (דף ק"ז) ואף דנותן בעין יפה נותן מ"מ אין לו רק הפחות שבמשמע כיון דהספק הוא בלשון השטר היינו כיון דלא יש משמעות בלשון לסיועת בעל השטר אבל היכא דיש משמעות יותר לטובת בעהש"ט כמו דאמר בית בביתי דהמשמעו' הוא המשובח י"ל כיון דאין על המקבל לפרש אינו יכול לומר שלך מת. אולם למה שכ' דיש לומר לגריעותא גם כן המיוחד שבבתים לגריעותא אם כן יש לומר דזה דומה לחצי שדה וצ"ע בזה. ועיין ריטב"א מס' נדרים (פ"ז) דמדבריו נראה דאף במתנה ואמר בית בביתי גם כן ידו על התחתונה. ומ"מ בשטר מתנה היכא דעל פי הרוב משמעות השטר הוא לטובת בעהש"ט י"ל דידו על העליונה:

סימן כ

לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה בדבר שהשטר בטל בו כגון במתחייב ק' לפרעו בפסח צריך לפרוע בפסח הראשון כן כתוב בטוש"ע (סי' מ"ב) משם תשובת הרא"ש ובש"ך שם (ס"ק י"ט) כתב ויש פוסקים כתבו דבלא"ה סתמא דמלתא המתחייב לעשות שום דבר לזמן ולא פירש אימתי חייב לעשות כן בזמן הבא ראשון כמובא בב"י משם תשובת רשב"א והוא (סי' ר"ד) בתולדת אדם בפשרנים שהטילו על ראובן לעשות אולם שיסמוך שמעון קורתו עליו ולא קבע לו זמן ודוחה בטענה שלא קצבו לו זמן וכתב דאין ממש בטענותיו דכל עצמו לא בא שמעון אלא שיהא לו סמוך לקורות גגו לכן אומדן הדעת הוא דמיד משמע ועוד כל שמתחייב בדבר לעשות מיד משמע מן הדין כמבואר בפ' הנושא בפוסק לזון את בת אשתו ה' שנים דחייב לזון מבואר בירושלמי שם זנה חמש שנים הראשונות אעפ"י שהתנו ה' שנים סתם. וכן מובא בב"י משם ריטב"א כתובות דשמעינן מהירושלמי הזה כי המתחייב לעשות דבר לשום זמן ולא פירש אימתי חייב לעשות כן בזמן הבא ראשון והטעם דמאן דמתני סתמא דעתיה על הזמן הראשון:

ולכאורה קשה ע"ד תשובת הרא"ש דהביא ראיות מרחוק לדין זה דחייב לפרוע בפסח הראשון ולמה לא הביא ראיה חותכת מהירושלמי הנז' ובס' בני יעקב בהגהותיו לטור אה"ע (סי' קי"ד) הרגיש בזה להביא ראיה מירושלמי הנז' ורמז לתשובת הרא"ש הנז':

והרב מהרי"ט אלגאזי ז"ל בספר שמחת יו"ט (סי' כ"ה) כתב לתרץ דבבת אשתו כיון דהדין הוא אם מתה אין יורשי' יורשים זכותה כמבואר שם בירושלמי וברא"ש לכך אינו יכול לדחות' ולברר איזה שנים שירצה דאם יאחר שמא תמות ובודאי ידחה אותה עד שתמות ויפקיע זכותה אבל בנידון הרא"ש בתשוב' יש לומר דאיירי דנתחייב לו מחמת חוב דבכה"ג יורשיו יורשין זכותו וכן אם מת המתחייב יתחייבו היורשים אם נאמר דיאחר הפרעון עד הפסח שירצה לא יפסיד אף אם ימות לכך הוצרך הרא"ש להכריח הדבר מראיות אחרות עכ"ד ומדברי תשובת הרשב"א הנ"ל מבוא' דאין לחלק בזה דבנידונו אף אם ימות המתחייב או הזוכה בחיובו החיוב חל על יורשיו ויורשי שמעון יורשין זכותו. אולם בדברי הריטב"א לכאורה יש מקום לומר דאיירי דמתחייב דבר לעשות ויורשיו לא יתחייבו בחיוב זה וכן יש לומר דאיירי בנתחייב לו ולא ליורשיו אך מדברי הריטב"א דכתב הטעם דמאן דמתני סתמא דעתיה על הזמן הראשון נראה דאינו סובר סברא הזאת דשמא תמות:

וראיתי בריטב"א מס' ר"ה (דף ז' ע"ב) בהא דמבואר בש"ס שם באם עומד בתוך אדר ושוכר בית ואומר לשנה זו בהגיע ניסן לא עלתה לו שנה דלא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין הקשה אם כן אמאי אמר שנה זו וכ' ויש לומר דלהכי אמר שנה זו שיתחיל לדור בו מעתה ולא יכול לדחותו וכאלו אמר שנה ראשונה מה שאין כן באומר שנה סתם ידו על התחתונה ויכול לדחותו דאפילו בנדרים דאורייתא אם אמר שנה אינו מחויב בשנה הראשונה אלא מדין בל תאחר הלכך בממון יכול לדחותו עכ"ד ומבואר דאף בסתם אין דעתו על זמן הראשון ודבריו סותרין לדבריו בפרק הנושא. ולמ"ש מהרי"ט אלגאזי ז"ל י"ל דשם כיון דאף אם ימות השוכר ירתי יורשיו זכותו לכך יכול לדחותו כמו בנדרי' דיכול לדחות ואף דשם אם ימות יתבטל הנדר מכל וכל מ"מ כיון דליכא נ"מ לגבי אדם לחבירו רק בינו לבין קונו כך הוא המדה דעובר על בל תאחר ולא על בל יחל ועיין רשב"א ריש נדרים דאף באמר לא אפטור מן העולם אף דיש חשש שמא ימות אינו אף בבל תאחר רק מדרבנן. אבל בכתובות למד מהך דירושלמי דסתמא דעתי' על זמן ראשון באופן חיוב דליתא בירושה. אולם מ"מ מסתימת דברי הריטב"א לא משמע כן דאיירי בחיוב שאין היורשים זוכים בו או שאין המתחייב חייב רק הוא ולא יורשיו:

ואולי יש לומר ולחלק בין חיוב במתנה לחיוב בעד שכר למה שכ' הרשב"ם ב"ב (דף ע"א) משם הר"ח ז"ל דמפרש בהא דפריך הש"ס שם מ"ש מכר ומ"ש מתנה דזה היה ליה לפרש וזה ל"ה לו לפרש דהקונה כיון שנותן דמים אינו מתבייש מן המוכר ומדלא

הזקיק למוכר לפרש לו הכל הפסיד אבל מקבל מתנה בושת יש לו מן הנותן ואין לו לפרש ולשאול ועליה דנותן רמיא לגלויי ואם לא פירש קנה הכל וה"נ בשוכר בית רמיא על השוכר בעד דמים לגלויי דדעתו על שנה ראשונה וכיון דלא פירש יש ביד המשכיר לדחותו ויד השוכר על התחתונה מה שאין כן בפוסק לזון בת אשתו דהוא מתחייב בדבר שאינו חייב ובחנם רק אגב חיתון גמר ומקנה ואין בידה לפרש על איזה שנים דבושה ממנו לכך על המתחייב לפרש ולגלות דעתו וכיון דלא פירש חייב בזמן הראשון הבא ויש לומר דגם כוונת הריטב"א דלמד מזה במתחייב לעשות דבר לשום זמן ולא פירש אימתי חייב לעשות כן בזמן הבא ראשון איירי דוקא במתחייב במתנה ובחנם דעליו רמיא לגלויי דעתו וכיון דלא גלי דעתו סתמא על זמן הראשון:

ובזה יש ליישב הא דהקשו המחברים בהא דפריך הש"ס פ' הנושא שם על ר"ל דפוטר באומר חייב אני לך מנה בשטר ממתניתין דחייב לזונה חמש שנים מאי לאו כי האי גוונא והוצרך לאוקמי בשטרא פסיקתא תפ"ל דשם אינו מתחייב בחנם ויתחייב מטעם שכירות כמו בכל פועל כשעושה פעולתו וכיון דלא התרצ' אמה להנשא לו רק בחיוב זה חייב מטעם שכירות ועיין בזה בס' בית מאיר (סי' נ"א) ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' ל"ה) ובמהרשד"ם חיו"ד (סי' ע"ט) ויבואר אי"ה לקמן בזה ולמה שכ' אתי שפיר דבירושלמי מביא הברייתא דחייב לזון ה' שנים הראשונים ובלי ספק דברי הירושלמי מרומזים במשנ' מדקתני הנושא כו' ופסק עמה שיזון את בתה ה' שנים חייב לזונה ה' שנים ולא קתני סתם חייב וכפל רבי הלשון חייב לזונה ה' שנים לרמז דחייב לזונה ה' שנים הראשונים והטעם כיון דהוא חיוב כמתנה בחנם בושה היא לפרט לו דיתחייב ה' שנים הראשונים ועליה דהמתחייב רמיא לפרש וכיון דלא פירש חייב ה' שנים הראשונים ועל כרחך דלא התחייב מטעם שכירות רק שהוא פסק עמה במתנה ולכך הקשה שפיר הש"ס במה מתחייב דא"ל דמטעם שכירות חייב דבזה אינו חייב לזון החמש שנים הראשונים דעליה לפרש דומיא דמכר ושכירות ולכך מביא הש"ס במכוין בהקושיא על ר"ל כל לשון המשנה בכפל לשון דחייב לזון ה' שנים היינו הראשונים ומאי לאו כהאי גוונא דלא שייך בראשונים אם היה החיוב מטעם שכירות ומתרץ כדר"ג דאגב חיתון גמר ומקנה. אולם בדברי רשב"א מבואר דבכל חיוב אף בשאינו בחנם רק כמו שכירות ומו"מ נמי כל סתמא דעתם על זמן הראשון:

וראיתי בהגהה בתשובת רשב"א (סי' ר"ד) הנ"ל שכתב לכאורה קשה ממה שכ' הרב ז"ל (ח"ב סי' רס"א) והכוונ' דשם כ' בנותן מתנה לחבירו על מנת להחזיר סתם ולא קבע לו זמן והנותן אמר לא נתכוונתי אלא שתחזירהו מיד והמקבל אמר סתם אמרת ואין לי

להחזיר לך כל ימי חיי וכל אימת שאחזרנו לך המתנה קיימת וכתב הרשב"א שהדין עם המקבל דתלוי בקיום התנאי וכל שמחזיר כבר קיים תנאו ובכל תנאים דעלמא כהר"ז גיטך על מנת שתתן לי אצטליתי והרי את מקודשת לי על מנת שתתן לי ר' זוז שמקיימת תנאה כ"ז שתרצה ואינו יכול לומר לה לא הי' דעתי אלא שתתנו לי מיד וכן כתב עוד הרשב"א (ח"א סי' אלף) ואמאי לא נימא גם כן דכל סתמא משמע מיד מן הדין. ועיין ב"ש אה"ע (סי' קמ"ג ס"ק י"ד) דדעתו אימת שתבעה מחוייבת לקיים התנאי כמו הקובע ז"פ אחר הפסח עיין שם ודבריו תמוהין הא פסקינן בש"ע ח"מ (סי' רמ"א) דבמתנה ע"מ להחזיר ולא פירש זמן דיכול להחזיר אימת שירצה ושם הוא אף כשתובע ואף שטוען ברי שכך היה כוונתו במתנה שנתן מ"מ כל אימת שירצה מקיים תנאו ובס' תו"ג הרגיש שם בזה עכ"פ צריך באמת לחקור בטעם הדבר מ"ש מחיוב לקיום התנאי ועיין שם בב"ש (סק"ו) שס"ל בהתנה שתתן לאחר ל' יום אין זמן קבוע וכתב ול"ד לאומר אחר הפסח דחייב לשלם אחר פסח ראשון דשם הטעם דאם לא כן בעל השטר והטור לא סבירא ליה כרשב"א דלעולם אף כשלא יתבטל אמרינן אחר פסח הראשון אף היכא דלא שייך שיתבטל הדבר עיי"ש בדבריו ולא אבין מלבד מה שתמהו עליו שם בספר ב"מ ות"ג דודאי לאחר ל' יום הוי כקבע זמן ואין זמן אלא יום אחד לאחר ל' יום הא בהכרח צריך לומר אף לדעת הרשב"א והסוברים דחיוב סתמא הוא בזמן הראשון זה דוקא במתחייב לעשות ולא קצב זמן אבל במתנה תנאי והטיל במעשיו לקיום הדבר על תנאי כמו במגרש לאשתו על מנת שתתן לו איזה דבר או ר' זוז דכיון דלא קבע לה זמן הברירה בידה לעולם לקיים התנאי כמבואר מש"ס ורמב"ם (פ"ח) מגירושין ובתשו' הרשב"א הנז' וכן אף במתנה תנאי בקידושין שמקדשה בפרוטה ואמ' ע"מ שאתן לך מנה בידו לקיים כ"ז שרוצה ואינה יכולה לכופו כל י"ב חודש כמו דמבואר בטוש"ע אה"ע (סי' ל"ח ס' ל"ו) אולם שם כוונתו ליתן בעת הנשואין כמו שכ' שם הב"ש ועיין שם ברמ"א (סעיף ח"י) באומר על מנת שאראך מנה כשלא היה לו בשעת קידושין והרויח אח"כ והראה לה י"א דמקודשת וזה דעת הרמ"ה והרא"ש חולק דצריך שיהיה לו בשעת קידושין דאם לא כן מה גבול יש לו לעולם יאמר עדיין יש לי זמן ועיין שם במקנה ביאור הדברי' ובשם מהרש"ל דדעת הרמ"ה דדעתיה היה כשתתבענו ולא יתן לה יתבטלו הקידושין ויש גבול לדבר ובע"כ צ"ל דתנאי הוא ענין אחר ודוקא בחייב לעשות איזה דבר חיוב מוחלט בזה כל זמן דאינו מפרש חל החיוב בזמן הראשון ואף בחיוב שאינו לזמן וכמבואר מדברי ריטב"א ורשב"א משא"כ ביטול תנאי שעל אחרים לעשות הן במגרש מנת שתתן לו הן במעמלה"ח כיון דכל תנאי אינו חיוב מוחלט דאם אינו רוצה אינו מקיים בזה כשאינו

מפרש הזמן נחית ע"ד זה שיהיה הברירה ביד המקבל לקיים התנאי כ"ז שירצה ועיין מל"מ (פ"ח) מגירושין (סוף הכ"ב) שכ' דוקא במתחייב לזון ה' שנים חייב ה' שנים הראשונים אבל בנותן מתנה או גט ומתנה שיזון ה' שנים כ"ז שיזון נתקיים התנאי ואין התנאי דוקא בה' שנים הראשוני' אלא באיזה זמן שירצה זן ומקיים התנאי עכ"ד והיינו דתנאי צריך שיהי' מבורר באר היטב כדי שיבטל המעשה וכיון שהתנה רק על עצם הפעולה ולא הזכיר הזמן לא נכנס הזמן בגדר התנאי. או דבתנאי בגט כיון דלאחר לא תנשא עד שתקיים התנאי יש לו זמן מוגבל וכן בקידושין יש זמן מוגבל כנ"ל ובמתנה על מנת להחזיר צריך שיקיים התנאי בחיו ואם מת קודם התנאי נתבטל המתנה ונעשה גזלן למפרע לכך הברירה ביד המקבל אימתי שירצה יקיי' התנאי ואינו דומה לחיוב ובדיני תנאים כשאזכה לבאר יבואר בזה בארוכה בעז"ה:

סימן כא

אם לא כתב זמן בשטר הלואה אינו יכול לטרוף מהלקוחות שיכולין לומר קנינו קודם להלואתך וי"א שאם קנו אחר שראו העדים השטר טורף מהם כמבואר ש"ע (סי' מ"ג ס"א) והש"ך שם הסכים לדעת הי"א ובתומים האריך להשיג על ראיותיו של הש"ך והביא ראיות דאינו טורף מדברי הרא"ה והריטב"א כתובות (דף צ"ד) דאם כתב בשטר זמן השנה אף שבאו עדים שנכתב בתחילת השנה אינו טורף אלא מסוף שנה דאינו מוצי' קול אלא מזמן שמוכח מתוכו וכן שטר מאוחר אמרינן דדעתו שלא יחול השעבוד עד הזמן ה"נ באין בו זמן וכבר עמד ע"ז בספר בני יעקב ובתשובת ריח השדה. וראיתי בספר מ"ש (סי' ק"ד אות כ"ו) כתב לחלק דהר"ן איירי שהעדים ראו ההלואה שהיה בתחיל' חודש או שנה ואמרינן דלמא ההלואה היתה באותו יום והשטר נתאחר בחתימתו עד סוף שנה או חודש והיה מלוה על פה עד חתימת העדי' בשטר אבל אם ראו העדים דכתיבת השטר היה בתחילת חודש או שנה גם הר"ן מודה דגובה מניה ולא ראה בדברי הרא"ה שכתב להדיא דאפי' מפורש שבאו עדים שזה השטר נכתב תחילת השנה אינו גובה דאינו מוציא קול אלא מזמן שמוכח מתוכו וכן נמי כוונת הר"ן לאו דוקא שבר"ח לוה ולא ראו מסירת השטר אלא אף אם באו עדים והעידו שכתב ומסר בתחילת חודש ג"כ אינו גובה כיון שאינו מוכח מתוך השטר דהא כתב כן על שני שטרות היוצאים ביום אחד דאפילו לוה מזה תחילה וכ' ומסר אפילו הכי אינו עדיף מחבירו דהשעבוד אינו חל אלא מסוף היום שמוכח מתוך השער ושם כוונתו אף דיש עדים שכתב ומסר לזה תחילה וה"נ מה שכ' אפילו באו עדים שמר"ח לוה היינו נמי שראו אז מסירת השטר אפו"ה אינו טורף אלא מסוף החודש ובס' בני יעקב (דף מ"ח) מחלק בין לית ביה זמן

כלל דבזה מוציאין הקול מיד לאם יש זמן חודש או שנה והדברים דחוקים. ובנתיבות כתב דבאין בו זמן כלל עדיף כיון דיתבטל השעבוד מכל וכל אמרינן דאחריות טעות סופר כמו בגוף אחריות כשלא נכתב בשטר מה שאין כן במאוחר או זמן השנה דלא יתבטל מכל וכל האחריות רק מזמן שמוכח מתוך השטר הוי כמו שכ' מקצת אחריות דלא אמרינן אחריות טעות סופר. אולם בדברי הרא"ה מבואר דאינו מוציא קול אלא מזמן שמוכח מתוכו ואם כן אף אם נאמר אחריות טעות סופר מ"מ כיון דאינו מוכח מתוך השטר דדלמא בכיון לא נכתב בו זמן מדעת הלוה שלא ציוה לכתוב בו זמן. ואף בגוף אחריות כשלא נכתב בהשטר אמרינן דטעות סופר הוא והעדים שידעו שלא נעשה ברצון המלוה מוציאין קול ואף דאם מתו העדים מיד באותו יום מ"מ טורף ממשעבדי היינו כיון דמוכח מתוך השטר דסתמא הוא באחריות אית ליה קלא גם אחר כך וידעו לקוחות להזהר מה שאין כן כשלא כתב כלל זמן דיש לומר כיון דסתם שטר הוא בזמן וזה אין לו זמן לא תלינן בטעות סופ' וסברו דבמכוון לא נכתב זמן כדי שלא יטרוף מלקוחות. ואף בנכתב אחריות בהשטר יש לומר דע"י הב"ד יכול לעשות המלוה קיום ומעשה ב"ד יש לו קול. ועוד אם נאמר דמטעם טעות סופר אתינן עלה למחשב לשטר מזמן שראו עדים השטר אם כן בשטר חיוב במתנה נאמר אף דקבל עליו אחריות ושיעבד הנכסים כיון דאין בו זמן אף דיתבטל האחריות מכל וכל נימא כיון דלא שייך לא שדי אינש זוזי בכדי לא יטרוף ממשעבדי ומסתימת דברי הי"א משמע דאין לחלק בין שטר הלואה אם בשביל שהלוה או שנתחייב במתנה בחנם וא"ל דאם כן מבטלין השעבוד מכל וכל מה בכך דכיון דלא שייך לא שדי זוזי בכדי יש לומר דכתב אחריות על אחר זמן פרעון דאחר כך כשלא ישלם ויתבע בב"ד יחייבו לשלם ושישתעבדו נכסיו מאז:

ובפרישה כתב מדכתב הטור הטעם דאינו יכול לגבות מלקוחות שיכולין לומר קנייתינו קדמה להלואה משמע כל דליכא ה"ט כגון שידוע בעדים שקנו אחר כך טורף וכמו שכתב הר"י משום דמשעת כתיבה עדים מפקי לקלא ובודאי שמעו הלקוחות ואינהו דאפסידו אנפשייהו וכן דייק הב"ח מדברי הטור ולדבריהם יקשה למה כ' בש"ע דין זה משם י"א כיון דכן מוכח מדיעה הראשונה ג"כ. ויש לומר דהא במלוה על פה אף אם שיעבד נכסיו בפני עדים דאינו גובה ממשעבדי דלית ליה קלא כשלא כתב וחתם עדים בשטר ואז אף אם הלקוחות ידעו וקנו אחר ההלואה אינו טורף מהם ולא אמרינן אינהו דאפסידו אנפשייהו דכיון דלא יש שטר מחל השיעבוד ולא סמך דעתו כיון דלעולם יכלו הלקוחות לומר דלא ידעו מן ההלואה. וכמו כן בשטר שאין בו זמן כיון דאינו מוכח מתוך השטר אינו מוציא קול רק מזמן שמוכח מתוך השטר שוב אף דיש עדים שראו

השטר ביד המלוה קודם קניית הלקוחות ואף אם ידעו הלקוחות מזה גם כן אינו טורף מהם דכיון דיכולין לומר קנייתינו קדמה להלואה ליכא סמיכת דעת דהמלוה כיון דאין הקול יוצא מהעדים שראו רק משעת כתיבת השטר והם לא יוציאו הקול רק כמו דמוכח מתוך השטר שוב אף אם הלקוחות בעצמם יודעים וראו את השטר ביד המלוה מ"מ אינו גובה מהם כיון דאז בשעת כתיבת השטר ליכא קול והלקוחות לעולם יכולין לומר שקדמה קנייתם משטרו אינו סומך דעתו והוי כמלוה על פה וזה כוונת הטור וש"ע מ"ש שיכולין לומר קנייתינו קדמה להלואתך אין הכוונה שיאמרו כן רק כיון שיכולין לומר כן שוב ליכא הוכחה מן השטר ולא חל השעבוד כלל:

עוד הביא התומים ראיה מבוררת מדברי ירושלמי (פ"ג) דיבמו' וגיטין פ' המגרש מובא ברשב"א גיטין שם דקתני ג' שטרות הללו גובה מבעל חוב ואינו גובה ממשעבדי וקתני שם דאף בהוחזק שטר ביד המלוה אינו גובה ופליגי אמוראי ר"ב אמר מפני קנוניא ר' אבין אמר מפני שהוא פסול לוה הזקן ושעבד הבן אית לך למימר מפני קנוניא לא מפני שהוא פסול ופי' הרשב"א שאין לו דין שטר לגבות ממשעבדי כיון שאין לו קול והנה שם בירושלמי איתא עוד הוכחה דמפני שהוא פסול מדקתני אף בגיטי נשים כן אית לך מימר מפני קנוניא לא מפני שהוא פסול והכי מפני שהוא פסול. וקשה הא בתוס' יבמות (דף ל') וגיטין (דף ג') מבואר דכ' בכ"י פסול הוא משום קנוניא ושלא תפסיד האשה שלא כדין:

[**אגב** נבאר דברי תוס' גיטין הנ"ל לפי שראיתי באבני מילואים. ח"ב (סי' ע"ח) דמפרש דבריהם לדרכו ונ"מ לדינא ולדעתי העניה אין פירושם כדבריו דכתבו דבכ"י א"נ האשה לטרוף מן לקוחות שקנו הפירות מהבעל מזמן הכתוב בגט שכתב בכתב ידו רק הפסול משום דהאשה תפסיד שלא כדין שיכתוב יום שעומד בו ולא יקדים ואז היה לה לטרוף מזמן הכתוב בו ואנו חוששין אותו שהקדים הזמן ולכך פסלוהו דהשתא כדין לא תטרוף מזמן הכתוב דדוקא בגט כשר גובה מיום הכתיבה. וצריך להבין על איזה זמן קאי דבריהם אם על הפירות של אחר הנתינה הא ע"ז ליכא חשש דיכולה להביא גיטה לב"ד או לעדים ויכתבו לה שמאותו היום נתגרשה כמו שכתבו תוס' (דף י"ז) ד"ה עד שעת נתינה דמשום הפסד דידה לא צריך זמן. ואם על פירות דמשעת חתימה קשה גם כן למה שכ' תוס' שם ד"ה רל"ק דלכך סברו רבנן נכתב ביום ונחתם בלילה פסול אף דראוי לגרש בו מיד מ"מ יש לבעל פירות עד שעת חתימה כיון דליכא נמי קול אין הבעל מפסיד פירות אם כן כיון דכל עיקר הטעם דלא מפסיד הבעל הפירות מן שעת כתיבה הוא משום דליכא קלא ממילא בכתב ידו דליכא קול אינו מפסיד רק משעת נתינה ואילך

אם כן אין הפסד להאשה ואמאי פסול. ובס' א"מ שם הכריח מזה דכונ' תוס' על פירות דאחר הנתינה והיא לא תביא גיטה לב"ד כיון דרואית שיש בו זמן לא תסיק אדעתה דסמכה דעתה וסבורה שיאמינו לה כפי הכתב יד שבידה ותפסיד אחר הנתינה והוכיח מזה דהיכא דלכתחילה לא תנשא יש לבעל פירות והוא הדין בספק מגורשת דאגידה בי' יותר דאפילו אם נשאת תצא כ"ש שיש לו פירות וחייב בפרקונה ודלא כמו שכ' בש"מ ב"מ (דף י"ב) משם הרמ"ך להסתפק במגורשת ואינה מגורשת אם אשתו הוא לכל דבר חוץ ממציאתה:

ולי הצעיר נראה כיון דמבואר ש"ע אה"ע (סי' צ' ס"ד) דאינו יורשה ה"נ לענין פרקונה הוי הבעל מוחזק וממילא אינו אוכל פירות וכ"ש היכא דהדין הוא דאם נשאת לא תצא ופירושו דכוונת תוס' גיטין על פירות דאחר הנתינה לא נהירא דבתוס' יבמו' כתבו להדיא וז"ל ופעמים תפסיד האשה שלא כדין בשלא הקדים הזמן ואנו חוששין אותו שביום הנתינה כתב והקדים הזמן ומפסד' האשה שלא כדין פירות שמשעת הזמן עד הנתינה אבל כשנפסלנו לא תפסיד שלא כדין דהא דאין לבעל הפירות משעת כתיבה וחתימ' הוא דוקא בגט כשר מבואר דעיקר חשש הפסד דאשה הוא רק משע' כתיבה ולא משעת נתינה דאין לנו לחוש על הפסד שלה משבא הגט לידה במה שבידיה לשמור ממונה וחששו רק על ההפסד במה שאין בידה ולעולם אף דלכתחילה לא תנשא מ"מ הפירות הם להאשה כיון דגט כשר הוא מד"ת. והא דקשה אמאי בכתב בכ"י מפסיד הבעל הפירו' משעת כתיב' הא מ"מ ליתי ליה קלא. נראה דהא בלאו הכי קשה לסברת תוס' דמשום הקול מפסיד הפירות למה תקנו כלל זמן לרל"ק משום פירות הא בלא כתב בו זמן אין העדים מוציאין הקול כמבואר כאן מטור וש"ע אם כן כדין תפסיד האשה ובא"מ (סי' קכ"ז) הוכיח מזה דדע' תוס' כדע' רבינו ירוחם שהיא ד' הי"א בשו"ע וזה דוחק. גם קשה דהקשו הש"ס (דף י"ז) כיון דאם נשאת לא תצא מה הועילו חכמים בתקנתן ומתרץ אהני דלכתחילה לא תנשא דוחק לומר כיון דלכתחילה לא תנשא שזה יהיה כוונת הש"ס דבשביל זה לא תפסיד. וגם מהא דפריך כתב בו שבוע חודש שנה אין הקול יוצא עד הסוף וכדין תפסיד וגם מה סברא הוא זאת באם הקול יוצא שרוצה לגרש או שגירש יפסיד הבעל בשביל הקול הפירות ואם אין קול יוצא תפסיד האשה:

לכך נראה דכוונת תוס' דהא לר"ש כיון שנתן עיניו לגרשה אף לאחר זמן מרובה שוב אין לו לבעל פירות מיד ורבנן סברו דאם באמת נתן עיניו לגרשה מיד שוב אין לו לבעל פירות אף דנתעכב זמן מה רק אם כתב הגט לגרשה לאחר זמן לא מפסיד עדיין הפירות וסברו אף שכתב הגט על דעת לגרשה מ"מ כל זמן שלא חתמו העדים לא נתברר אם

דעתו לגרשה מיד ואולי לא נתן עיניו רק לגרשה אחר זמן והא דמצוה עכשיו לכתוב הגט הוא משום דמזדמן לו סופר וכ"ז שלא חתמו עליו עדים אולי לא נתן עיניו לגרשה מיד ולא נפקע ממנו זכות הפירות רק כשמצוה להעדים לחתום אז חזינן דרוצה וגומר בדעתו לגרשה כיון דהקול יוצא דרוצה לגרשה וגומר בדעתו בגירושין מיד וזה לא ניחא ליה אי לאו דבבירור נגמר בדעתו לגרשה מיד ועיין בחידושי רמב"ן ז"ל דכתב הטעם דלא מקדים כו' הוא משום דהקול יוצא דרוצה לגרש ואם כן עיקר הא דמפסיד הבעל הפירות מטעם הקול היוצא לא שהקול גורם שיפסיד דזה אינו סברא כלל רק הקול שיוציא זה לראיה ועד נאמן כיון דלא איכפת ליה בפירסום הדבר מוכח שבאמת רוצה בגירושין וכיון דמוכן לגרשה לכך שוב אין לו לבעל זכות בהפירות ואף בשטר שאין בו זמן דלית ליה קלא היינו הזמן לית ליה קלא אבל מ"מ עצם הדבר ודאי הקול יוצא ויוצא עכ"פ הקול שחפץ בגירושין וגמר בדעתו לגרשה וכיון דידענו דלא קפיד ע"ז שיצא הקול ומצוה להעדים לחתום הוי בירור שרוצה לגרשה עכשיו כמו"ש וזה אתי שפיר בכותב גט וחותם עדים עליו אבל בכותב בכתב ידו דלעולם יש בידו לכתוב ואם אינו רוצה לגרשה עכשיו מה זה שמיהר לכתוב לכן מודים רבנן דזה הוי כמו חתימת העדים ושוב אין לבעל פירות מיד אף דאין הקול יוצא ולכך כתבו תוס' דכתב ידו פסול שלא תפסיד האשה שלא כדין ואתי שפיר כל הקושיות הנ"ל וכוונת תוס' כיון דפסול לכתחילה תפסיד כדין היינו עד שעת נתינה אבל לאחר הנתינה לא תפסיד דתוכל להביא מיד גיטה לב"ד ולא חששו אם תהיה טועה בדעתה ולעולם דאין לבעל פירות אף היכא דלכתחילה לא תנשא וז"ב ודלא כבעל הקצוה"ח באבני מילואים הנ"ל. וגם אינו מוכח כלל דד' תוס' דשטר שאין בו זמן יש לו ג"כ קול לענין לגבות ממשעבדי]:

הדרן לדברנו עכ"פ מבואר דבגיטין הפסול הוא משום קנוני'. וצריך לומר דעכ"פ עצם הפסול אינו משום קנוניא דהי' להם לומר דכשר אף לכתחילה דתנשא ושלא תטרוף הפירות מלקוחו' רק בשביל שלא תפסיד האשה חששו. אולם קשה למה שכ' תוס' גיטין שם ועוד יש לומר דחיישינן דאחר הכתיבה מיד תתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו ועיין שם במהר"ם לובלין בביאור דברי תוס' משם רוב התלמידים דאף דאין בידה לגבות דחיישינן שמא הקדים הזמן ועושה קנוניא מ"מ תפיסה מהני והוא פירש בענין אחר אבל עכ"פ עיקר הפסול משום קנוניא אם כן לגבי ד"מ ג"כ י"ל דעיקר הפסול הוא משום קנוני' ואפ"ל דראיות ר' אבין בירושלמי הוא ממה דתני אף בגיטי נשים כן אית לך למימ' מפני קנוניא אינו מן כתב בכתב ידו רק מגט דפסול באין בו זמן דשם ליכא טעמא דקנוניא רק או מטעם שלא יחפה על בת אחותו או משום פרי שלא

תפסיד האשה כן נמי אף בהוחזק הוא מפני שהוא פסול ולא מפני קנוניא. והא דבאמת לא פסלו גט שאין בו זמן מטעם זה לר' יוחנן דלא אמר כריש לקיש דקסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה ומלאחר נתינה לא תפסיד האשה דתוכל להביא גיטה לב"ד הא מ"מ יש פסידא דלקוחות שהיא לא תביא גיטה לב"ד ותאמר שנתגרשה מקודם ותתפוס הפירות מלקוחות יש לומר דמשום חשש זה בלבד לא היו מתקנים לפסול גט שאין בו זמן דהלקוחות יכולין להזהר שלא תתפוס לכך סבר ר"י דעיקר התקנה היה בשביל שלא יחפה ופסלו גם כן כתב בכתב ידו. ולרל"ק גם כן אף דסובר דזנות לא שכיח ולא הוי התיקון זמן רק בשביל שלא תפסיד האשה מ"מ כיון שתקנו בשביל זה זמן פסלו גם כן בשביל פסידא דלקוחות שלא יפסידו אם תתפוס אבל אם לא הוי לר"י החשש חיפוי רק שיתקנו זמן בשביל חשש הפסד כשתתפוס אין סברא לתקן בשביל זה זמן וכן לרל"ק עיקר החשש הוא פסידא דידה ובשביל שתקנו זמן פסלו גם כן כתב בכתב ידו מפני החשש פסידא דלקוחות כשתתפוס:

וראיתי בספר דברי חיים לאאמ"ו ז"ל דיני גיטין (סי' ה') דכ' דבגט שאין בו זמן כלל לא הוי מהני תפיסת האשה דדוקא בכתב בכתב ידו שיש בו זמן רק דאנן חיישינן שמא הקדים הזמן ועושה קנוניא מהני תפיסה אבל באין בו זמן כלל לא מהני תפיסה. ולי צריך עיון בזה אם מהני תפיסה ביש בהכ"י זמן על כרחך אף דיש ריעותא דיש לה להביא הגט לב"ד או להעדי' ושיכתבו לה הזמן שראו הגט בידה ובכל זאת כיון דטוענת ברי דמאז נתגרשה והרי גרושה לפנינו מהני תפיסה למה לא יהני תפיסה אף באין בו זמן ואפשר לומר דהא באמת הרשב"א בתשוב' המיוחסת לרמב"ן מסתפק אי חיישינן בכ"י לקנוניא וכתב שם הטעם דלא חיישינן לעשות מעשה ולחתום בשקר לא עבידי ובתומים (ס"ק ג') הביא דבריו וכתב מזה ראיה לדעת הש"ך להסוברים דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר דאם אינו ידוע בעדים רק בכתב ידו דלוה לא חיישינן לקנוניא והביא דברי תוס' הנ"ל דכתבו דחיישינן לקנוניא בכה"ג ואם כן יש לומר דוקא אם כתב בהכ"י הזמן מפורש והחשש הוא רחוק שיכתוב ויחתום בשקר ולדעת הרשב"א לא חיישינן לכך אף דכתבו תוס' דחיישינן מ"מ אם תפסה מהני תפיסתה אבל לקנוניא דיכתוב כתב ידו דחייב לו ולא יכתוב בו שום זמן כלל דאינו עושה מעשה בשקר כלל אז אף דאם יאמר אחר כך שהוא מוקדם הוי רק דיבור בעלמא מקרי ואמר כמו שכ' הרשב"א שם ואז אף תפיסה לא מהני ועיין שם במה שכתב אאמ"ו ז"ל לדחות ראיות התומים מדברי תוס' הנ"ל דיש לומר כמו שכ' הרשב"א דלא חיישינן לקנוניא בזה רק שם בגיטין דאחזוקי אינש בגזלנא לא מחזיקינן וכיון שהבעל מכר הפירות ללקוחות הוי

כאומר אז שהם שלו ושעדיין לא גירשה אם כן רגלים לדבר שבכוונ' הקדים הזמן בהגט ושעשה קנוניא ואף דעל כרחך עשה מעשה רשע מ"מ מחזקינן דאחר כך עשה שלא כהוגן ומחזיקינן דבעת שמכר הפירות עדיין לא גירשה ומוקמינן אותו על חזקת כשרות ואחר כך איתרע חזקתו לעשות קנוניא מה שאין כן בשני בע"ח מאחר דליכא ריעותא לא חיישינן לקנוניא ומיישב בזה גם כן דמהר"ם אלשיך ז"ל (סי' ס"ב) בנידונו שם דחשש לקנוניא אינו חולק על תשובת מהר"ם לובלין דסובר בכ"י מוקדם דקודם למע"פ בעדים המאוחר כמ"ש הש"ך (סימ"ח סק"ב) דשם בנידון דמהר"ם אלשיך הוי כהודה מקודם שלא מכר בהחזרה כיון דהשכין הבית ללוי לכך איתרע וחיישינן לקנוניא ודומה לדברי תוס' גיטין הנ"ל ודבריו נכונים למאד דהא התומים בעצמו כ' שם לסלק ראיות הש"ך מתשובת הרשב"א כיון דיש חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו וזה בא בכ"י להודות דהחצי מנכסיו אינו שלו איתרע הכ"י שהוא נגד חזקה מה שאין כן בסתם כת"י שחייב מאן יימר דחיישינן לקנוניא. ואם כן ממילא שוב ליכא ראיה מדברי תוס' דגם כן הוא נגד חזקה דלא מחזיקינן לאינש שימכור דבר שאינו שלו וביותר דהוא נגד חזקת א"א אף דהוא גרושה לפנינו מ"מ מחזיקינן דבעת שמכר הפירות היתה עדיין אשת איש:

עוד יש לומר דמדברי תוס' אינו ראיה לחוש לקנוניא למ"ש בח"ר באורך בדיני שבת (סי' ל"א) דבכל מקום שאנו דנין על הפרט המקרה אשר יקרה ראוי למיזל בתר רובא כחק התורה אף דנמצא מיעוט חק התורה למיזל בתר רובא אבל חכז"ל חששו על דבר ההוה וטבע לתקן אף המיעוט דבכל עולם ובזמנים טובא יקרה אף דבר ממיעוט עיי"ש וה"נ דכוותיה דעת הסוברים דהכ"י מוקדם קודם ואינן חוששין על קנוניא כל זמן דליכא ריעותא לפנינו לאחזוקי ברשיעא דעשו קנוניא אבל חכז"ל דתקנו זמן בגיטין חששו על פסידא דאשה שיוכל להזדמן המקרה בזמן מן הזמנים ואיש ואשה שיעשו קנוניא דיש המיעוט גם כן בעולם שיעשו שלא כהוגן בזמן מן הזמנים לכן פסלו כ' בכ"י שלא יעשו קנוניא והוצרכו לחוש שלא תוציא הפירות מלקוחות ואם כן תפסיד האשה בלא זמן ואם נכתב הזמן ואנו דנין על הפרט יש לומר דלא חיישינן לקנוניא.

ולכאורה יש להעיר בדברי תוס' גיטין הנ"ל למה לא אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת כמבואר ב"מ (דף ק"י) במלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דגם לענין פירות אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת והכא נמי כיון דיש ספק אם מכר הבעל הפירות קודם דנתגרשה או אח"כ נימא לאוקמי הקרקע בחזקת האשה אולם זה אינו דוקא שם דומה להא דר"נ דאמר אף הבא בסוף החודש קרקע בחזקת בעלים עומדת דאזלינן בתר שעת לידת הספק וכיון דהספק נולד בתחילת החודש ואם היה בא המשכיר בתחילת החודש

אמרינן קרקע בחזקת בעלי' עומדת לכן אף בבא בסוף החודש חייב השוכר לשלם. אבל כאן עכשיו לנו הספק אימתי בא הגט לידה ואם היתה מראה הגט מיד להעדים או לב"ד מיד אחר הנתינה לא הוי שום ספק בדבר כיון דידענו מאותו יום וזמן הכתוב בהגט בידה ורק עכשיו שלא ידענו מתי בא הגט לידה אין מוציאין הפירות דמוקמינן האשה על חזקת אשת איש ואמרינן דאחר כך נתגרשה:

שוב ראיתי בספר מקור מים חיים שהעיר בזה והעלה דבאמת מצד הדין היה לנו לאוקמי הקרקע בחזקת בעלים כמבואר ב"ב (דף קנ"ח) גבי נפל הבית עליו ועל האשה דנכסים בחזקת יורשי אשה רק דמ"מ אינו מוציא מהלקוחות דהוי כמו מלתא דעבידי' לגלויי כמו מס' ב"מ שם והכא נמי עבידא לגלויי מתי בא הגט לידה או ע"י עדי מסירה או באופנים אחרים והאריך בזה. ולענ"ד להוציא מיד הלקוחות וחות כשלא תפסה מצד קרקע בחזקת בעלים עומדת א"ד כלל לנידון דשטר שכ' בו שנין סתמא ונפל הבית עליו ועל האשה דכאן אין הספק נולד על הקרקע רק על הפירות אזלינן בתר המוחזק כיון דמקודם לא הי' שום ספק בדבר לדעת אימתי נתגרשה ובבא בסוף החודש אזלינן בתר שעת לידת הספק והספק נולד מתחלת החודש ובבא בתחלה היינו מוקמינן קרקע בחזקת בעלי' לכך גם עכשיו כולה למשכיר אבל כאן נולד הספק אחר שהחזיק הלוקח במקחו לכך אזלינן בתר המוחזק. אך בזה שפיר קאמר דהא דמהני תפיסת האשה ומזה למד הקצוה"ח (סי' ס"ט) דאף בכ"י מוקדם אף אם ניחוש לקנוניא ואינו גובה נגד מלוה על פה בעדי' מ"מ תפיסה מהני ובנתיבות שם כתב דאין בזה שום סברא ומדחיק את עצמו לפרש דברי תוס' גיטין בדרך רחוק. ולהנ"ל אינו ראי' דבגט הוי כמלתא דעבידא לגלויי דאין מוציאין מן המוחזק ולכך מהני תפיסת האשה מה שאין כן בכ"י אם ניחוש לקנוניא לא הוי מלתא דעבידא לגלויי יש לומר דאף תפיסה לא מהני והדברים ראוים למי שאמרם ובזה מיושב נמי דברי תוס' גיטין (דף י"ז) דכתבו דתקנו זמן בגט שחרור דאי לא הוי בו זמן פעמים שהיה מוכר עבדו ואחר כך כותב לו ג"ש בלא זמן ויאמר העבד להלוקח שיביא ראיה שהשטר מכר שלו קודם לשיחרור והעבד מוחזק בעצמו וכבר עמדו על זה האחרונים למה לא מוקמינן העבד על חזקתו דמעיקרא עיין ספר בני יעקב (דף פ"ח) ובשמחת יו"ט מגאון עולם מהרי"ט אלגאזי ז"ל (סי' כ"ה) ולהנ"ל אתי שפיר דליחוש לקנוניא שלא יכתוב כלל גט שיחרור לשחררו לא חיישינן ובודאי מסר לו כדינא בפני עדי מסירה וכן אם נותן גט שיחרור בחתימת העדים בלא זמן הוי מלתא דעבידא לגלויי ומהני תפיסת העבד כמו דמהני בקרקע וכן בכתב בכתב ידו גם כן יש לומר דלא חיישינן שלא יגרשה כלל רק ימסור לה הכ"י בלא עדי מסירה בשביל הקנוניא לתפוס מן הלקוחות הפירות

זה לא חיישינן דלא יקלקלה רק שיגרשה באמת אחר המכירה וימסור לה בפני עדי מסירה ואז מהני תפיסה כיון דהוי מלתא דעבידא לגלויי ע"י העדי מסירה. אך מה שכ' שם בספר הנ"ל דגם בכ"י הוי מלתא דעבידא לגלויי לא נהירא כלל ודברי תוס' מיושבים דבגט הוי מלתא דעבידא לגלויי שפיר על ידי עדי מסירה דלא חשוד לקלקלה שימסור בידה כ"י בלא עדים מה שאין כן בממון בכ"י יש לומר שפיר כיון דחיישינן לקנוניא מסר לו בינו לבינו ולא הוי עבידא לגלויי כלל ול"מ תפיסה:

אך מ"מ יש לגמגם בזה למה שכ' הש"ך (סי' שי"ז ס"ק ח') משם הריטב"א ב"מ דהא דמהני תפיסה במלתא דעבידא לגלויי הוא דוקא היכא דתפס קצת ברשות דלא עיכב עליו הלוה כשאכל יותר מב' שנים והוי ליה כמאן דתפס ברשות שאין מוציאין ממנו ואפ"ה אם חזר והוציא ממנו גם כן א"מ ממנו אבל בתפס לגמרי שלא ברשות אפילו במילתא דעבידי לגלויי מפקינן מניה אם כן בהחשש דתתפוס הפירות מלקוחות לא שייך לחוש שתתפוס ברשות דזה ודאי לא ניתן להאמר שיפסלו בשביל חשש תפיסה ברשות רק בתפיסה שלא ברשות ובזה לא מהני אף במלתא דעבידא לגלויי. ואולי יש לומר דוקא שם הואיל דהשטר מסייעו להלוה דכתיב בו שנין סתמא וסתם הוא שנים כמו שכתב שם הב"ח והדו"פ והנ"י ב"מ שם בפ' המקבל לכך צריך עוד לטעם דהוי קצת כתפס ברשות כיון שהניחו לוה למלוה לאכול הפירות של שנה שלישית איתרע ליה סהדותיה דשטרא והוי קצת כתפס ברשות אבל בלאו הכי לא מפקינן במלתא דעבידא לגלויי אף בתפס שלא ברשות וכן מבואר מד' רמב"ן בש"מ ב"מ (ד"ו) ונ"י שם ורשב"א ריש (פ"ב) דכתובות דבמלתא דעבידא לגלויי לעולם לא מפקינן מרשות התופס אף בתפס שלא ברשות ומדמו להאי דפרק המקבל ועל כרחך אף דהתם הוי כתפס ברשות היא משום דנגד ריעותא דשטרא מסייעו צריך לזה הריטב"א דהוי קצת כתפס ברשות. אולם בריטב"א ב"מ שם מבואר דבכל מקום אף דעבידא לגלויי לא מהני כשתפס שלא ברשות אבל דעת רמב"ן ורשב"א והנ"י דמהני אף שלא ברשות כלל והש"ך שהעתיק (סי' שי"ז) דברי הריטב"א בלי חולק הוא משום דיש לומר דכוונתו דוקא על נידון דשנין סתמא דבזה יש לומר דגם הרמב"ן מודה דהוא דוקא בתפס קצת ברשות אבל בכ"מ מהני אף בתפס שלא ברשות וא"ש דברי תוס' הנ"ל דתפיסה מהני הואיל דהוי מלתא דעבידא לגלויי וכן בעבד דמוחזק בעצמו כשיש בידו שיחרור שאין בו זמן:

ולכאורה יש לדון בכ"י מוקדם ושטר מאוחר או מלוה על פה מאוחר בעדים למה לא נאמר ברי ושמא ברי עדיף כיון דאין שניהם מוחזקין קיי"ל דברי ושמא ברי עדיף כמ"ש הרמב"ן ב"ב (דף ל"ד) וריטב"א ריש ב"מ וכיון דזה טוען ברי וזה טוען שמא נימא ברי

עדיף דהוי כמו שאין שניהם מוחזקין בשלמא בדברי תוס' ריש גיטין דשם הוא נגד לוקח שקנה הפירות מהבעל וטוענין ללוקח כמו טענות ברי כמו דטוענין עבור יורשים כל מה דאביהן מצי למיטען והוי כמו טענות ברי כמו שכ' הרא"ש (ריש פ"ב) דכתובות אבל נגד בעל חוב לא מצינו דטוענין עבורו כל מה שהלוה יכול למיטען ומבואר ברא"ש בתשובה (כלל צ"ט סי' ז') דדוקא ליורש טוענין דיורש כרעיה דאבוה והוא מוחזק בנכסים וטוענין ליה אבל בעל חוב קיי"ל מכאן ולהבא גובה והוא בא להוציא ואינו יכול להוציא אלא בטענה ברורה ודאית ולא טוענין ליה. וכ"כ דטוענין ללוקח כיון דכבר זכה בקנינו אף שא"ב ולא הוחזק עדיין מ"מ הוי כמו טענת ברי ולכך חששו לפסידא דאשה דלא תוכל ליקח הפירות ולהוציא מיד הלקוחות אף אם עדיין אינן מוחזקין אבל בבעל חוב שבא לגבות מהלוה ודאי דלא טוענין בעד המאוחר טענת ברי ואם כן נימא ברי ושמא ברי עדיף ובתשובה המיוחסת (סי' כ"ב) הנ"ל דכ' בבאו כולן בבת אחת לגבות מב"ח ולא הוי בהן אלא כדי שטר אחד אפשר היה לומר דמלוה בשטר המאוחר קודם שאין לבעל כתב יד עדים ממש שקדם אבל אם קדם זה וגבה איך נוציא ממון מספק ואם יש ספק בזמן על התובע לברר שהוא קדם ויקשה למה לא נימא בו"ש ברי עדיף. ויש לומר לדעת התוס' וכן דעת הרשב"א ב"ק (רפ"ה) דר"ה ור"י דסברו ברי ושמא ברי עדיף הוא דוקא בברי טוב והשמא גרועה דהיה לו למידע אבל בברי גרוע ושמא טוב היכא דלא הוי ליה למידע לא אמרינן ברי עדיף הכא נמי לדידן דאף היכא דאין שניהם מוחזקין אמרינן ברי ושמא ברי עדיף הוא דוקא בברי טוב ושמא גרוע היכא דהו"ל למידע אבל היכא דלא הוי ליה למידע לא אמרינן ברי עדיף והכא נמי לא הוי ליה לבעל השטר או המלוה על פה בעדים למידע אם יש לו לאיזה בעל חוב כ"י מוקדם. ולדעת הרמב"ן דסובר דלר"ה ור"י דברי ושמא ברי עדיף אף בלא הוי למידע כמבואר בבעה"ת יש לומר באמת דברי ושמא היכא דאין שניהם מוחזקין ברי עדיף נגד שמא אף בלא הו' ליה למידע וידוע דתשובה המיוחסת הוא לרשב"א ז"ל ולכך דן רק כשהחזיק בו וכבר זכה מחמת שטרו וירד לביתו ומספק אל תוציאנו מביתו. ולכאורה שם בנידון דרשב"א דמשמע שהלוה הגבהו ומכר הבית לנכרי והנכרי מכרו אחר כך לישראל הוי כמו לוקח דכבר זכה בהבית והבעל השטר בא לגבות חובו אף שהוא מאוחר מפני שמא הכ"י לא היה אמת אם כן הוי כמו לוקח עכ"פ דיכול לסלק בזוזי אם כן הספק הוא רק על הדמים ועל הדמים הוי הלוקח מוחזק. אולם דן שם בכ"מ אם כבר גבה ובבע"ח מאוחר אם נאמר מה שגבה לא גבה אינו יכול לסלק בזוזי כמבוא' בדברי תוס' כתובות (דף צ"ד) ד"ה שנמצאת [ובקצוה"ח

(סי' ק"ז ס"ק ה') מסתפק בזה אם בע"ח מאוחר יכול לסלק למוקדם במעות והדברים מבוארים בתוס' הנ"ל ולכן כ' דבספק אין מוציאין:

וראיתי לאא"ז מורי ורבי ז"ל בדברי משפט (סי' מ"ח) שדן דהיכא דיש עדים לבעל הכ"י המוקדם למלוה על פה מאוחר בעדים והעדים של בעל המוקדם לא ידעו הזמן דבזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כיון דידעינן ודאי דהלוה חייב רק היכא דלית ליה להמוקדם עדים כלל דלא ידענו כלל אם חייב לו אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כיון דזה יש לו ודאי שעבוד אף שהוא מאית' ולמוקדם לא ידענו אם יש לו כלל שעבוד אבל היכא דיש לו שעבוד בודאי רק הספק מי המוקדם בזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ולמה שכ' דהיכא דלא הוי ליה למידע והברי גרוע והשמא טוב לא אמרינן בזה ברי ושמא ברי עדיף אף היכא דאין שניהם מוחזקין מלבד לדעת רמב"ן דסובר דלר"ה ור"י דבו"ש ברי עדיף הוא אף בלא הוי לי' למידע יש מקום לומר דהיכא דאין שניהם מוחזקין גם כן דבו"ש ברי עדיף הוא אף בלא הוי ליה למידע. וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני ג"מ ונ"ח (סוף סי' ג') שם כ' על דברי מר אביו ז"ל בד"מ הנ"ל דדבר זה אינו דמאחר דיש להמאוחר זמן ידוע בעדים וזה שבא בכ"י אין לו זמן ידוע דהא חיישינן לקנוניא דומה להא דכתובות (דף צ"ד) דנותן לזה שיש בו זמן ובש"מ שם כתוב לפרש אפילו אחד שטר הלואה וכ' בו ה' ניסן וללוקח שטר מכר כ' בו ניסן סתם גובה המלוה דהקרקע בחזקת בעלים עומדת וה' בניסן עדיף טפי הכא נמי כאן כיון דחיישינן לקנוניא הוי הכ"י כאין בו זמן ולמלוה על פה יש לו זמן ינתן לו ומוקמינן על החזקה של"ה נשתעבד לזה עד אחר כך עיין שם בדבריו ואני הצעיר אומר שדבר זה תליא במחלוקת אם כי הרא"ה ז"ל הביא דבר זה בשם הרב מהר"ש ז"ל מ"מ יש לומר דמהאי טעמא לחוד ל"ה דן להוציא מיד הלוקח כיון דכבר איתרע החזקת מרא קמא שבא בשטר מכר ובודאי קנה וקשה לומר להחזיק בשעבודו דבעל חוב שהוא בה' ניסן ולומר דמכר הלוה אחר כך כיון דסוף סוף יצא הקרקע מרשו' הלוה ואנו דנין רק על השעבוד אם חל של המלוה בה' ניסן על הקרקע הזאת נימא לאוקמי על החזקה שקרקע הזאת לא נשתעבד להמלוה שכבר היתה אז מכורה וגם כיון דהלוקח הוא מוחזק בקרקע דבודאי זכה בגוף הקרקע ויכול לסלק בזוזי נימא המוציא מחבירו עליו הראיה. אולם בש"מ שם הביא דברי תלמידי ר"י ז"ל הטעם כיון דזכות שלו מפורש בהשטר שלו וזכות של האחר אינו מפורש ידו על התחתונה אי נמי כיון שלא נכתב בהשטר הזמן הוחזק בו ריעותא ומוכחא מלתא מפני שהזמן היה בסוף חודש שלא רצה שיכתוב שם היום עיין שם ויש לומר דלכך נמי שטר הלואה שכ' בו זמן מפורש עדיף טפי מהלוקח שיש בידו שטר מכר בסתם ניסן

דהוי כאין בו זמן וניכר הריעותא ומוכח דהיה סוף ניסן אבל אם יש בידו כתב יד בזמן מפורש דליכא שום ריעותא רק אנן חיישינן לקנוניא שפיר יש לומר דזה דוקא כשלא ידענו משום הלואה אז אין ספק מוציא מידי ודאי ומלוה על פה בעדים קודם לגבות אבל אם ידענו על ידי עדים דהיה הלואה רק דאינם זוכרים זמן ההלואה כיון דהוא גם כן ודאי שוב אמרינן בו"ש ברי עדיף ולא מחזקינן בשביל החזקה דלא נשתעבד מעיקרא כיון דיש עדים דנשתעבד וגם הלוה מודה יש לומר ברי ושמא ברי עדיף הואיל דאין שניהם מוחזקין וכמו שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט שם ועי' במ"ש לעיל באורך מזה (סי' י"ז):

סימן כב

הא דגובה מב"ח בשטר מוקדם מבואר בש"ע דוקא כשלא הקדימו העדים זמנו בכוונה אבל אם הקדימוהו בכוונה שהרי העדים פסולים שחתמו בשקר וא"ג אפילו מב"ח ודין זה הוכיחו בתוס' דהקשו למה ליה לרל"ק לאוקמי מתניתין דשטרות המוקדמים פסולים כר"מ דקניס תפ"ל דהעדים פסולים לכך כתבו דאמרו שטעו. וראיתי בספר ש"מ דכ' דיש לומר במוקדם שנחתם אחר זמן הלואה למאן דסבירא ליה שיעבודא דאורייתא ומה"ת אף מלוה על פה גובה מלקוחות רק חז"ל חששו לפסידא דלקוחות כיון דלית ליה קלא לא עברו עדים אלא על איסור דרבנן ובעבירה דרבנן לא מיפסלי רק אם עברו משום חימוד ממון ולא מיפסלי במוקדם כה"ג. והדברים מתמיהין והברור דאף בכי האי גוונא אינו גובה אף מב"ח דמפסלי העדים מן התורה דכיון דחכז"ל הפקיעו השיעבוד במלוה על פה ולא נשתעבדו הנכסים עד שיכתוב השטר ודאי דהוי עבירה דאורייתא דעברו על ל"ת ברעך עד שקר ואטו אם העידו עדים על הוצאת ממון מחבירו מה שחייב מן התורה רק מדרבנן פטור לטענתו של הנתבע והעדים העידו בשקר לחייבו אף מדרבנן נאמר דאינו עובר על לאו דלא תענה מה"ת זה ודאי לא נהירא דסוף כל סוף כיון דחז"ל פטרוהו והוא מעיד עד שקר עובר מן התורה על לא תענה והכא נמי כיון דחז"ל הפקיעו השעבוד כשלוה בעל פה ועיקר הקנין והשעבוד עושה השטר בין אם נאמר דעל ידי השטר חל השעבוד בין אם נאמר כשכותב שטר ויוצא הקול חל השעבוד על ידי הכסף בין כך ובין כך כיון דנפקע השעבוד ולא חל אז משעת הלואה כשכתבו אחר כך השטר עברו על לא תענה מן התורה ונפסלין וביותר למה שכתבו כמה אחרונים כיון דהפקיעו חז"ל השעבוד במלוה על פה שוב לא סמך דעתו של המלוה על זה כיון דיודע שיכול למכור ולא יגבה ודומה למטלטלין. ועיין במה שכתבתי לעיל (סי' א') ובדברי משפט ודברי חיים (סי' ל"ט) אם כן כיון דליכא סמיכת דעת לא חל כלל השעבוד אף מן התורה כיון דסוף סוף

בלא שטר לא יגבה מלקוחות וכשכתבו או חתמו אחר כך השטר ועושים שעבוד לטרוף מלקוחות שלא כדין ודאי עברו על ל"ת ונפסלין העדי' וז"פ ועיין מה שכ' לעיל בדיני עדות (סי' א') דאף דבד"מ ל"ב דו"ח מ"מ נפסלו העדים מה"ת אם העידו בשקר:

וכן נמי לדעת הרמב"ם הא דעדי שטר מהני וכמו שנחקרה עדותן בב"ד הוא אינו מן התורה רק מדרבנן מ"מ נראה דנפסלין מן התורה כיון דעדותן מהני לענין ממון שייך בהו לאו דלא תענה עד שקר ואף למה שכ' לעיל דיני עדות משם ס' יראים שהניח בצ"ע אם האזהרה שלא להעיד שקר הוא דוקא בב"ד ואם העידו בשקר חוץ לב"ד אף במקום דמועיל עדותן יש לומר דאינו עובר בלאו דלא תענה יש לומר דוקא במקום דיכול לחזור מעדותו שהעיד חוץ לב"ד אבל בעדים החתומים על השטר דעשאן חכז"ל כנחקרה עדותן בב"ד בשעת החתימה וכשמסרן אחר כך לבע"ד דשוב אינן יכולין לחזור יש לומר דעוברין על לאו דל"ת עד שקר ונפסלין מן התורה וראיתי בקצוה"ח (סי' נ"ב) דפשיטא ליה לדעת רמב"ם דשטר בעדים ל"מ מן התורה דבעינן בפיהם לא יתכן ללקות משום דמהני מדברי סופרים ומה דפשיטא ליה צ"ע טובא לדעתי העניה וכן משמע מדברי המ"מ (פרק כ"ג) ממלוה דע"ד הרמב"ם שם דסובר דשטר מוקדם גובה מב"ח ורק מטעם גזירה שמא יטרוף מלקוחות מזמן ראשון קנסו אותו שלא יטרוף אף מזמן שני הביא דברי רמב"ן ורשב"א דאירי במקום דלא נפסלו העדים דאם הקדימו בלא אונס נפשות פסולין הן ואין ע"ז תורת שטר כלל ואין כאן עדות ומשמע מדבריו דכ' זאת על דעת הרמב"ם ולדעת רמב"ם דכל שטרות המה מועילים רק מדרבנן לא הי' צריך לזה כיון דלא עברו על ל"ת מן התורה ואם עברו רק על איסור דרבנן לא נפסלו רק ביש בו חימוד ממון אלא ודאי דסובר כיון דתקנו חכז"ל דעדותן שבשטר מהני ונעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד באם חתמו בשקר עוברים על ל"ת מה"ת ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד) דהעיר עכשיו דלא יש סמוכין ועדים דנפסלו בעבירה דאורייתא שהעידו עליהן בב"ד מהראוי לומר דלא נפסלו אלא מדרבנן כיון דליכא קבלת עדות בפני ב"ד מומחין ואם כן כמו במקדש לפני עדים פסולי דרבנן מקודשת מה"ת וצריכה גט כמו כן ראוי לחוש להצריכה גט האידנא אף אם קדשה בפני פסולי עדות מה"ת וכ' כיון דאנן שליחותייהו דקמאי עבדינן אף לקבל גרים ואם קידש אשה הוי קדושי תורה ואין קידושין של אחר תופסין בה וצ"ל בדבר גדול כזה דיש כח לעקור ד"ת אף בקום ועשה. ולדבריו למה לא נאמר כמו כן כיון דתקנו חכז"ל דעדות שבשטר מהני עדותן והוי כנחקרה עדותן בב"ד ממילא נפסלין כמו אם עברו מה"ת על ל"ת:

אך דברי קצוה"ח הנ"ל שכתב לעקור ד"ת בדבר גדול יש כח ביד חכמים ולכך א"ח לקדושי אחר שקדשה הגר לא ידעתי מה צריך לזה הא י"ל מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקינהו רבנן לקידושין וכבר כ' הנ"י סנהדרין הא דמפני נע"ד מהני עדים אף בלא דרישה וחקירה ולא צריך זמן בגט מן התורה שהוא מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן קא מקדש וכן למקדש בשטר שלא בעינן זמן הוא מהאי טעמא ועיין מה שכ' בתומים (סי' ל"ד ס"ק ט') וה"נ בגר וכן במקדש בפני פסולי עדות מן התורה דא"ח לקידושין הוא מהאי טעמא דאף המקדש בפסולי עדות דרבנן דעת הרי"ף דל"מ מה"ט והחולקים דחוששין לקידושין הוא משום דלא מצינו דהאלימו חכז"ל לדבריהם והא ראיה דבעי הכרזה וקודם הכרזה לא פסלי להו. ובפסולי עדות מן התורה לא מצינו דיהיה צריך הכרזה ולכך אין חוששין לקידושין. וגם כבר אמרתי דיש לומר למה שכ' הפנ"י דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין הוא משום דאין קידושין לחצאין לענין כל עניני אישות לכך צריך עדים וכיון דחכז"ל נתנו דין פיסול על אותן העדים שהעידו עליהן שעברו על איסור תורה שנפסלין על ידם אם היו מומחין אף דהאידנא לית לן מומחין כיון דשליחותייהו דקמאי עבדינן נתנו עליהן בקבלת עדותן פסול תורה כיון דאם היו מומחין ידענו שגם כן היו מעידין עדות זאת לפסול אותן ולא נוכל לדון אחר כך על אשה המתקדשת לתת לה כל דיני אשת איש המסתעף לכך אין חוששין לקידושין מה שאין כן בעדים שעברו על איסור דרבנן כיון דמן התורה לעולם נשארו בכשרותם אף דיש לומר דלא תהיה נידוני' אחר כך לכל עניני אשת איש מ"מ כיון דמן התורה כשרים הם הכריחו חכז"ל לחוש לדברי תורה לדעת הפוסקים דחששו לקידושין. ועוד יש להאריך בזה ואכ"מ. ואם כן אינו ראיה כל כך לומר דעברו מן התורה על לא תענה כשהעידו בדבר המחייב רק מדרבנן ומ"מ מצד הסברא נראה דנפסלין גם בזה מן התורה כיון דכל נאמנות של העדים הוא שלא יעברו על לא תענה אם נאמר דמה"ת לא נפסלין חיישינן למשקר. וכן נמי ראיה מוכרחת מקושית התוס' וכל הראשונים דכ' דהעדים שחתמו על שטר מוקדם בכוונה דהם פסולין מה"ת אף דמה"ת בעינן דרישה וחקירה ואחת משבע חקירות הוא לידע באיזה שעה ולא מצינו בשום שטר חקירה דשעות ולהדיא מבואר במתניתין נכתב ביום ונחתם בלילה פסול הא ביום ונחתם ביום או בלילה ונחתם ביום שלאחריו הוא כשר ומד"ת לא מהני אם חסר אחת מחקירות רק מדרבנן מפני תיקון דנע"ד לא בעי בממון דרישה וחקירה ואם נאמר דהיכא דהעדות לא מהני מדין תורה רק מדרבנן אינן נפסלין מה"ת רק מדרבנן הא בפסולי דרבנן בעינן שיעבור בחימוד ממון אלא ודאי דנפסלין מה"ת כיון דעדותן מועיל עברו מן התורה על הלאו דלא תענה וכן

בודאי פשוט היכא דהעידו בשקר לחייבו במה שפטור מדרבנן ודאי נראה דעברו על ל"ת ונפסלין מה"ת:

ולכאורה יש להביא ראיה דאין נפסלין מה"ת מהא דמבואר בגדולי תרומה המובא בש"ך (סי' נ"ב) בשטר שיש בו ריבית דרבנן ונכלל עם הקרן דלכ"ע גבו בו ממשעבדי דלדע' תוס' לא גזרו קרן אטו ריבית אלא בדאורייתא ולדעת הרמב"ן לא יפסלו העדים כיון דלא עברי אדאורייתא וכנראה מסכים הש"דלדבריו ואמאי לא נימא כיון דעדים חתמו על שקר דהלוה חייב סך כזה להמלוה דבאמת אינו חייב כיון דאסרו חכז"ל ואם כן יהיה פסולין מדאורייתא אלא ודאי דדעתם כיון דמה"ת אין כאן שקר לא נפסלו ע"י זה ועיין במל"מ (פ"ד) ממלוה שכ' משם הר"י אשקאפה ז"ל דפסול העדים הוא משום דהוי עבירה בענין עדות עצמו והוי כמו עדים שהעידו שקר דהם פסולין לעדות ומשיג עליו דשם העיד שקר והוא רע לשמים ורע לבריות אבל ברבית אף דכללו הקרן עם הריבית הא נעשה ברצון הלוה עיין שם ולכאורה הא מ"מ כיון דאסרו חכז"ל הרבית הוי כמעידין על שקר. אולם באמת דברי המל"מ נכונים דכיון דכתבו בציוה הלוה לכלול הקרן עם הרבית מ"מ שקר לא הוי אף דאסרה התורה לקבל מ"מ כבר העלה המל"מ (פ"ח) ממלוה דכל רבית הוי חיוב על הלוה ומוטל עליו רק המלוה אינו רשאי לקבלו ואם כן אף דאינו רשאי מ"מ לא העידו שקר דהתורה לא אמרה שלא יחול החיוב רק באמת נתחייב הלוה רק דאסור לקבלו ומ"מ בשקר לא העידו בחתימתם על השטר. ואף למה שכתבתי בהגהותי בדברי חיים חיו"ד (סי' ל"ד) משם המרי"ט שכתב אף דבריבית נתחייב הלוה מ"מ כיון דאיסורא רבע עליה ואסור ליקח אף רבית דרבנן נפקע חיובו אף מדאורייתא מטעם הפקר כמו בנודר הנאה מפירותיו דכל הקודם זכה כ"כ ברבית הלוה זוכה בחיובו עיין שם בדבריו ובמ"ש שם ליישב בזה הא דמבואר יו"ד (סי' קס"א) באם לקח רבית אחר שהלוה צווח עליו מוציאין מדין גזל אף דבגזל דבריהם קיי"ל דאין מוציאין מידו מ"מ ברבית דרבנן כיון דחז"ל אסרו נפקע אף החיוב מדאורייתא מטעם יאוש והפקר כיון דאסור לו ליקח וזכה הלוה מצד הפקר ומה"ט בנידון דמל"מ באחד תובע לחבירו ד' זוז והודה שחייב לו וסלק חובו בחפץ שנתן לו תמורת החוב ואחר כך נתברר שטעה דדן המל"מ דחייב להחזיר לו גוף החפץ ואינו יכול לסלקו בדמים וכתב דאינו דומה לדברי הש"ס ב"מ (דף ס"ה) בנתן גלימא ברבית דמה"ד אינו חייב להחזיר רק הדמים משום דשם זכה במה דשקל דנתחייב לו רק החיוב עליו להחזיר הדמים מה שאין כן כשנתברר שלא הי' החיוב מעולם כל מה שנתן הי' בטעות חייב להחזיר גוף החפץ דז"א דהא משמע בש"ס אף כשנפקע החיוב מצד יאוש גם כן אינו חייב להחזיר

גוף החפץ ועוד יש לדון בזה אכ"מ ויבואר אי"ה במ"א עכ"פ כיון דהחיוב נפקע מצד איסור שאסרו חז"ל לקבל אם כן נימא דהוי כמעידין בשקר דחייב הלוה לפרוע כך וכך לשלם כיון דתיכף ומיד נפקע החיוב אבל באמת זה אינו דמ"מ כיון שכ' בצואת הלוה דמחייב באמת נתחייב ועדיין לא רצה לזכות בהחיוב ושפיר יכול לחייב את עצמו ואינם כמעידין בשקר ואף דמשעבד נכסיו גם כן מ"מ אף דיכול לטרוף מלקוחות שלא כדין כיון דאסו' לו ליקח בכל זאת אינם עושים שום שקר בעדותן כיון דבאמת חייב והעדים מוציאין הקול והי' להן להזהר ולכן שפיר יש לומר דאף לדעת רמב"ן לא מיפסלו כיון דלא עברו אדאורייתא כמו שכתב הג"ת והש"ך:

וקצת יש להעיר לדעת הרמב"ם דעדות שבשטר הוא מדברי סופרים למה מה"ד מוקדם כשר לגבות בו מזמן שני הא מצינו דלא תקנו חז"ל תקנתם במקום איסור כגון בפעוטות דמקחן מקח וממכרם ממכר מתקנת חז"ל מ"מ הוא רק במקום דהתירא ולא במקום איסור כמבואר בתשובת הר"ן וברמ"א (סי' רל"ה) והכא נמי לא יועיל עדות בשטר כיון דכתבו באיסור דהיו אנוסים מחמת נפשות. אולם לאו בכל מקום מצינו זאת לבטל קנין דרבנן הנעשה באיסור כאשר יבואר אי"ה בדיני מו"מ וגם דיש לומ' כיון דמן הדין דשעבודא דאורייתא אף מלוה על פה גובה מנכסי' משועבדים רק חכמים הפקיעו מטעם דלית לי' קלא ומשום פסידא דלקוחות וכאן יש לו קול אף דיש לומר כמו שכ' לעיל דשטר עושה השעבוד אחר שתקנו דמלוה על פה אינו גובה מנכסים משועבדי' וכמו שכתב הנתיבות (סי' ס"ו) מ"מ בכה"ג לא מבטלינן השטר כיון דמפקי לקלא.

ברם יש להבין מה מועיל השטר אף מן התורה כיון דלהסוברים דעדי שטר לא הוי מפי כתבם מן התורה הוא דנעשה כתיקון השטר ומדעת המתחייב והוי מפי כתבו והעדים הם שלוחי דהמתחייב אם כן כשהיו אנוסים בדבר לכתוב מדעת המתחייב בהקדמת הזמן מהלואה אף דלא שייך לומר בזה אין שלי' לדבר עבירה שיתבטל המעשה לגמרי דלא יתקן בזה האיסור מה שנעשה באונס מן הלוה ומלוה. ועיין נו"ב תנינא חלק או"ח (סי' קל"ד) וכן בשטר שיש בו רבית המלוה והלוה עברו משעת שימה ולא נתוסף איסור בשטר והעדים אנוסים בדבר מ"מ היכן מצינו דיהני שליחות באונס כשהשליח אינו רוצה לעשות הדבר ומוכרח באונס נפשות לעשות שלא ברצונו ומעשה הנעשה באונס אין לו קיום ודומה לתלוהו ויהיב דלא מהני כ"כ אם אנסוהו לעשו' דבר בשליחותו מניין לנו דמהני. וראיתי בספר קול אליהו (ח"ב אה"ע סי' ל"א) דנשאל ע"ד שליח באונס שאנסוהו להיות שליח להולכה בנט מהו דינו והביא דנסתפק בדבר זה והוא העלה לדבר פשוט דכיון דהדב' תלוי ברצונו של שליח כל שאנסוהו להיות שליח אינו אלא

מפני אונס ול"מ. אולם מצאתי בתשובת פנ"י הנדפס מחדש (ח"ב סי' פ"ה) שכ' דאפשר לו' באנסוהו להיות שליח הוי שליח ולכאורה יש ראיה מהא דקיי"ל חצר דגברא משום שליחות איתרבאי ואם אין שליחות בעל כרחו אם כן היכא הוי חצר שליח הא חצר הוי בעל כרחו כדאמרינן פ"א דב"מ דחצר דבעל כרחו מותיב יש שליח לדבר עבירה ש"מ שליחות בעל כרחו הוי שליח וראיה זו יש לדחות בקל דהא חצר אין לו דעת בזה גלי קרא דמהני אף בעל כרחו אבל אדם דיש לו דעת אם אנסוהו בדבר שאינו רוצה לעשות ומוכרח לעשות עדיין היכן מצינו מעשה הנעשה באונס והכרח שיהיה לו קיום. ועיין שם בספר קול אליהו דהרגיש להביא ראיה מחצר דפריך הש"ס ואי ס"ד דחצר משום שליחות אם כן מצינו שליח לדבר עבירה ואם איתא דשליח בעל כרחו אי אפשר להיות הוה לי' להקשות ואי חצר משום שליחות מצינו שליח בעל כרחו כי היכא דחצר הוה בעל כרחו ודחי דאין הכי נמי הוי מצי לאקשויי הכי רק כיון דלא אשכחן מתניתין או ברייתא מפורשת דליכא שליח בעל כרחו לא פריך ליה ובאמת בלאו הכי אינו ראיה דזה ודאי דגלי קרא דחצר יש לו תורת שליחות אף אם שליח בע"כ לא מהני היינו אדם דיש לו דעת ודבר שעושה בהכרח בלי דעתו אין לו קיום מה שאין כן חצר דאין לו דעת נעשה כשלוחו רק פריך הא עכ"פ אין שליח לדבר עבירה אף באדם המתרצה לזה סבר דחצר גם כן מהראוי שלא יועיל ומשני דכיון דבעל כרחו מותיב בו יש שליח לדבר עבירה והיינו כיון דחצרו הוא וקנין כספו ויכול לעשות בו כל מה שרוצה גלי רחמנא דמהני אבל אדם שהוא בר דעת ואין לו עליו כלום. מניין לנו שיכול להכריחו שיעשה מעשה בשליחותו ושיהני המעשה ובין אם נאמר דחוזק שליחות הוא שמוסר המשלח כחו להשליח או שהשליח מוסר כחו וידו להמשלח אין חוזק למעשה הזאת רק אם נעשה ברצון גמור אבל באונס יש לומר דאין קיום למעשיו ומ"מ באנסוהו מחמת נפשות להקדים הזמן כיון דעכ"פ ברצון העדים לכתוב שטר וברצונם נעשו שלוחין והאונס הי' רק על הקדמת הזמן לכך מהני עכ"פ להיות שטר מזמן שני אם לא משום גזירה לדעת הש"ע שהיא שיטת רש"י ורי"ף ורמב"ם אינו גובה ממשעבדי והוא שיטת המחבר ולדעת תוס' ורא"ש וסייעתם פסול לגמרי ואין לו דין שטר:

ולדעת המחבר כתב הש"ך (ס"ק י') דכשבא לב"ד לתבוע ללוה גובה בו מיד מב"ח וקורעין השטר או שכותבין לו פס"ד על הלוה וממילא טורף אף ממשעבדי מיום שנכתב הפס"ד אבל אין מוסרין לו השטר שיגבה מהלוה וכן מבואר בפרישה דאף אם הב"ד יכתבו על השטר דלא למגביה ביה ממשעבדי רק כותבין פס"ד ומצי לגבות מלוקח שקנה אחר הפס"ד ומסתימת דברי הש"ך משמע דאף אם השטר הוא תוך זמן כשבא

לב"ד קורעין להשטר וכותבין לו פס"ד. אולם לא נראה כן מתשובת רשב"א (ח"ג סי' ח') דכתב ומ"מ אף לגבות מב"ח לא משהינן ליה בידו דמלוה כו' אלא דכי מפיק ליה מגבינן ליה וקרעינן לשטרא ואי לא מטא זמניה אפשר דב"ד קורעין לו את השטר וכותבין לו שטר אחר מפור' לגבות בו מב"ח וכאותו שאמרו פרק ג"פ ואם נפסוק לומר שאין ב"ד כותבין לו מ"מ כיון שיש לחוש לטריפת הלקוחות שמענו שאין מניחין את השטר בידו ותקנתו לא נתפרש' לנו עכ"ל נרא' מדבריו דאין הב"ד מאלים כחו לתת לו פס"ד שירויח שמזמן הפרעון ישתעבדו נכסיו מאז רק או שכותבין לו שטר אחר מפורש לגבות בו מב"ח או תקנה אחרת אולם אם בא בזמנו לתבוע להלוה בזה כיון דחייב לשלם לו מיד ודאי כותבין לו אף פס"ד כמו"ש הפרישה והש"ך:

והנה ד' הרז"ה דעדים בעצמם נאמנים לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו היינו על הזמן לא חתמנו ולא הוי על הזמן כנחקרה עדותן בב"ד וכתוב בתומים (ס"ק ז') אם כן לא שייך בזה הזמה וכ' דהא דדעתו בפ"ג מיבמות דלכך לא הוי שטר מפי כתבם דבשליחותיה דלוה ומפי כתבו הוא והרמב"ן הקשה עליו בהא דאמרינן שם אי לא דכירי העדים זמן שטר קידושין זימנא דחזי בכתבא ומסהדי מה בכך ימסרו השטר לב"ד וכתב כיון דעל זמן השטר לא נחקרה עדותן כלל ועל זה יש לומר לא חתמנו וטעינו אף דבד"מ כ"ז דלא אמרו טעינו מוציאין ממון מתקנתא דרבנן מ"מ לקטול נפש ודאי דאין סומכין על זמן הנזכר בשטר קידושין ועל חזקה אם לא יעידו בעל פה על הזמן והביא כן מדברי בעל העיטו' עיי"ש בדבריו ולדבריהם דעל הזמן לא הוי כנחקרה עדותן הא דטורף מלקוחות הוא רק תקנתא דרבנן והדבר קשה מאד איה מצינו תקנה הזאת ועיינתי בדברי בעל העיטור וכתב וז"ל דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד מד"ת בלא קיום ומדרבנן בקיום וה"מ בעיקר השטר והא דיבמות דבעינן דדכירי דוקא אזמן הוא דקאמרינן כו' נהי דבסתמא כשר ולא מצי למיפסליה משום מוקדם דכיון דאיתחזק לא מחזקינן ריעותא כו' מיהו אצטרכינן לברורי זמנא אפומא דסהדי דשטרא כגון דאיכא סהדי אחריני דפסלי ליה בעינן דדכירי ואי לא דכירי מפי כתבם הוא דסהדי גופייהו אי מקדמי או מאחרי זמנא מהימנינן להו ולא אמרי' נחקרו עדותן בב"ד וה"נ אי דייקינן בהני סהדי ואמרו מוקדם הוא מהימני ולא קטלינן לה השתא נמי לא קטלינן והביא דברי ירושלמי דיכולין לומר על זה חתמנו ועל זה לא חתמנו והיכא דאיכא ערעור לא אמרינן אכולה מילתא קא מסהיד אלא אוקים ממונא בחזקת מריה והאריך שם עוד עכ"פ לא ראיתי בדבריו שיאמר דמתקנתא דרבנן מוציאין ממון כ"ז דלא אמרו שלא חתמי על הזמן ואדרבה כתב דכיון דאיתחזק לא מחזיקינן ריעותא רק בדאיכא סהדי אחריני דפסלי ליה

וגם כתב מי דייקינן בהני סהדי ואמרו מוקדם הוא מהימני ולא קטלינן לה השתא נמי לא קטלינן. מדבריו נראה דסמכינן לגבי ממון להוציא בחזקה הזאת כ"ז דליכא ערעור מן התורה ולא חיישינן על מוקדם אף דאם מעצמם יאמרו דלא חתמו על הזמן לא הוי כחוזרין ומגידין. ובאמת היא שיטה חדשה וקשה אם נאמר דלא קטלינן על סמך הזמן אם כן מה הועילו חכמים בתקנתם שתקנו זמן בגיטין לר' יוחנן דאמר משום בת אחותו הא אף אם נכתב בהגט הזמן יאמר הבעל שהוא מאוח' והעדים לא חתמו על הזמן ואם כן כיון דחתימת העדים לא הוי כנחקרה עדותן בב"ד על הזמן יוכל תמיד לחפות ויאמרו שכבר נתגרשה ויהיה צריך להביא העדים לפני ב"ד שיעידו שבזמנו כתבהו אם כן למה צריך כלל להזמן כיון שהוא ללא תועלת ואף לאחר הזמן אם יש ערעור צריך שיעידו העדים בפני ב"ד על הזמן אם כן אף בלא זמן נמי נוכל להביא העדים לפני ב"ד ואין לומר כיון דהצריכו חכמים לכתוב הזמן יקפידו העדים ודייקו גם על הזמן ואז גם הזמן הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד דאם כן גם גבי שטר קידושין נימא כך כיון דתקנו לכתוב זמן יקפידו וידייקו שפיר והזמן יהיה כנחקרו בב"ד אלא ודאי כיון דלאו אכולה מילתא מסהדי והעדים נאמנים לומר לעולם על הזמן לא חתמנו וצריך לחקור מהם שיעידו בב"ד אם בזמנו כתבהו ולא קטלינן עד שיעידו בב"ד ולכך אמרינן זימני דלא דכירי וחזו מכתבא ומסהדי והוי מפי כתבם אם כן בנט נמי לא קטלינן לה עד שיעידו בב"ד. ואולי יש לומר דהא בלא"ה כתבו תוס' גיטין (דף י"ז) כשאין בו זמן הא דלא קטלינן לה אף דיש לומר אוקמה אחזקת אשת איש והשתא הוא דאיגרשה הוא משום דהרי גרושה לפנינו וחזקת כשרות שלא נבעלה כשהיא אשת איש ועיין שם בפנ"י דצריך לתרתי וכמו שכ' הר"ן וזה אתי שפיר כשלא יכתוב שום זמן בגט אבל אם נכתב זמן ואתחזק דרק מזמנו הכתוב בהגט נתגרשה ולא מקודם בזה אף דהיא גרושה לפנינו נסמוך על חזקת אשת איש ומזמן הכתוב בהגט נתגרשה מה שאין כן בשטר קידושין דיש לה חזקת פנויה אם יאמרו ויערערו שעדיין היתה פנויה כשזינתה יש חזקת כשרות לצרף ובזה לא נסמוך על מה דנתחזק השטר וצריכין העדים להגיד בעל פה על הזמן. אך קשה דהא בש"ס יבמות אמרו לינחה גבי דידה מחקה ליה לינחה גבי דידיה זימנין דבת אחותו היא ומחפה עליה ולמה צריך לומר דמחקה ליה הא כיון דסוף סוף לא קטלינן לה עד שיבאו העדים ויעידו על הזמן בב"ד כיון דלא אמרינן על הזמן כנחקרה עדותן ולמה צריך למחוק הזמן ויש ליישב בדוחק:

ומה שכתב התומים דלדברי הבעה"מ והעיטור ע"כ דלא שייך כלל הזמה בשטר אף בכ' בו בזמנו כתבנוהו כיון דנאמנים לומר דלא חתמו על הזמן. ולכאורה יש מקום לומר אף

דלדעת בעה"מ והעיטור נאמנים העדים לומר ע"ז לא חתמנו ולענין קטלא צריכין העדים להעיד על הזמן מ"מ כיון דבאין העדים לפנינו מחזקינן להשטר בחזקתו שבזמנו נכתב ומוציאין ממון יהי' מאיז' טע' שיהי' או כיון דאתחזק השטר או מתקנתא דרבנן כמ"ש התומים וכיון דסמכינן להוצי' ממון אם אתזמו שוב אין העדים נאמנים לומר שלא חתמו על הזמן דכיון דבהזמ' האחרוני' נאמני' שוב אין הראשוני' נאמנים לומר שלא חתמו על הזמן דהוי נוגעים בדבר להציל עצמם מהזמה ושוב כיון דאתחזק על ידי השטר ונתקבל עדותן אף על הזמן עבדינן בהו דין הזמה. אולם מד' הבעה"ע נראה כמבוא' דלא כן הוא דכתב באותו קבלת עדות דעדי קיום ודייני קיום לא יהיו קרובים זה לזה דהא שייכא הזמה בעדי קיום אם אמרו בפנינו חתמו ביום פלוני והוזמו אלו משלמין על פי אלו ולא הזכיר כלל דצריך שלא יהיו הדיינים קרובים לעדי השטר מבואר דסובר דעל עדי השטר דלא שייך הזמה רק על עדי הקיום אם אמרו בפנינו חתמו ביום פלוני אבל על עדי השטר לא איכפת לן דלא שייך בהו הזמה מטעם דלא הוי כנחקרה עדותן על הזמן. אולם אחר כך כתב הבעה"ע וז"ל כתב גאון והה"ד אם קרוב לעדי שטר ומשמע דסובר דהדיינין או העדים של קיום לא יהיו קרובים לעדי השטר ויש לומר דכוונתו בדרך אחר ואין להאריך בזה:

ושטר מוקדם דפסול ואינו גובה ממשעבדי אף מזמן שני כ' הש"ך (סי' מ"ג ס"ק י"א) אם המלוה בעצמו כתב עליו קודם שנראה בב"ד שלא ניתן לטרוף אלא מזמן הזה כשר ועיין בנתיבות דאיכא ג"כ עדים שראו בידו מזמן שני עיין שם. ובזה יש ליישב קושית מהרש"א ב"מ (דף ז') לשיטת תוס' שם (דף י"ג) דעיקר החשש דכ' ללות ולא לוה היינו ועתה רוצה ללות אם כן שם במצא כתובה דהקשו ליחוש שמא כתב בניסן ולא נשא עד תשרי שם כיון דכבר נשאה למה חיישינן ויש לומר דגם התוס' מודו דאף דלוה כבר יש לומר כיון דנפל איתרע דלא נזהר לשמרו כיון דהוי מוקדם וכמו שכ' רש"י רק בשטר הלואה אם נאמר דכבר הלוה וקבל השטר סברו תוס' דמה"ת לנו לומר דאיתרע משום דלא נזהר לשמרו הא השטר הוא לו למלוה לתועלת דיכול לילך עם השטר לב"ד ויכתבו על השטר דהוא מוקדם ויוכשר השטר לטרוף מלקוחות ולמה לו להשליכו כיון שבידו להכשירו אלא ודאי דרק מקרה ונפיל' מאיזה סיבה נפל ממנו לכך כתבו לחוש דלא לוה כלל. אבל בכתוב' שפיר יש לחוש דהפקירה להשליכה בשביל דהוא מוקדם ואי דהיה לה לתועלת להכשירו ע"י עדים לזה א"צ לשמור דאף כשיאבד השטר ממנה תתבע הבעל לב"ד ויצטרך לכתוב לה כתובה אחרת שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה:

סימן כג

שטרי חוב המאוחרים כשרים ובמד"א שכתוב בו דאקנה ובל"כ דאקנה פסולים אם לא מפורש בשטר דמאוחר הוא כן כ' בש"ע (סי' מ"ג סי"ב) והרמב"ם (פכ"ג ממלוה) סתם ולא חילק בין כ' דאקנה או לא ותמה המ"מ הא בש"ס ב"ב (דף קנ"ז) פריך ואס"ד דאקני לא משתעביד מאוחרין אמאי כשרים דאקני הוא הרי בלא כ' בו דאקני פסולים ולכאורה יש לומר דהנה הרמב"ן והרשב"א מחולקין אם יכול לחזור משעבוד דאקני דלא עדיף לדידן שעבוד מקנין לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וקודם שבא לעולם יכול לחזור כמו כן לדידן בשעבוד וכמבואר מחלוקת הפוסקים (סי' קי"ב) ובש"ך שם הוכיח דאינו יכול לחזור ממה דהוכיח הש"ס ממאוחרין דכשרים על כרחך דדאקני משתעבד ויקשה דמ"מ נחוש דלמא הדר בי' ויטרוף מלקוחות שאל כדין ובתומים הקשה אם ניחוש לדלמא הדר ביה אם כן למ"ד בלוה ולוה וחזר וקנה לבתרא משתעבד ופירש רשב"ם דהדר ביה מקמא ויקשה משט"ח מאוחרין אמאי כשרין וי"ל למ"ש נ"י פ' א"נ דלר"מ שעבוד עדיף מקנין ואינו יכול לחזור אם כן יש לומר ה"מ ר"מ הוא דאינו יכול לחזור אבל מעיקרא שבא הש"ס להוכיח ממאוחרין דכשרין דדאקני משתעבד ולדעת הרשב"א דיכול לחזור יקשה אמאי כשר אף אם דאקני משתעבד וא"ש הוכחת הש"ך ועיין מ"ש בדברי חיים דיני גב"ח (סי' ט"ז) ובהגהותי שם באורך בזה:

ולדעת הש"ך דחיישינן על חזרה יש ליישב דעת המרדכי פי"נ המובא ברמ"א (סי' ר"ט ס"ד) אם אמר שיקנה דבר שלא בא לעולם כשיהיה בעולם קנה אעפ"י שעכשיו אינו בעולם וקשה אם כן מה הקשה הש"ס ממאוחרין דכשרין הא דאקני הוא הא במאוחר אינו חל השעבוד רק אחר כך כשבא הזמן אם כן משעבד לכשיבא לעולם וכבר עמד על זה שם בקצוה"ח ולמה שכ' י"ל דהמרדכי שם סובר כשיטת הרמב"ן דא"י לחזור מדאקני דאם יכול לחזור יקשה ממאוחרין אמאי כשרים כהוכחת הש"ך. והנה המקנה קידושין (דף ס"ג) כתב לפרש דעת הזאת שבמרדכי ורמ"א דהיינו שנתן לו שטר ואמר שיזכה בו לאחר שיבא לעולם והשטר קיים בידו אחר כך לכך זכה אף דאמירה היה קודם שבא לעולם אין בזה כלום כיון דלא חזר עד שבא לעולם אמרינן דמסתמא ניחא ליה וזכה בו הזוכה מיד כשבא לעולם אף דלא ידע המוכר בתפיסתו עיי"ש ולפי זה יש לומר דהש"ס הוכיח ממאוחרין דדאקני משתעבד וממילא אינו יכול לחזור או משום דהוי מפני נעילת דלת דלא תקנו שלא יכול לחזור או שעבוד עדיף ממכר וכדעת רמב"ן ולכך מאוחרין כשרין אף דבמאוחרין שמשעבד לכשיבאו לעולם מהני אף לרבנן כיון דלא חל רק אחר כך מ"מ אם לרבנן שעבוד לא עדיף מקנין אם כן היה יכול לחזור ויקשה מאוחרין אמאי

כשרין ניחוש דלמא הדר בי' הלוה ויטרוף מלקוחות שלא כדין ומשני ה"מ ר"מ ולר"מ שעבוד עדיף מקנין וא"י לחזור כמו שכ' הנ"י פ' איזהו נשך. ולפי"ז יש לומר דהרמב"ם סובר ממה דקאמר הש"ס בלוה ולוה דיחלוקו ע"כ שהוא מטעם חזרה כמו שכ' המרדכי סוף פרק מי שמת ועל כרחך הא דמאוחרין כשרין אף בכתוב בו דאקני צריך לומר דלא חיישינן על חזרה וכמו שכ' שם בתומים. אם כן שוב ממילא לא צריך כלל לדאקני כיון דלא מתחיל השעבוד רק אחר כך ומהני אף בכל קנין כדעת הי"א שברמ"א הנ"ל וכמו שביאר הדברים בס' המקנה הנ"ל והש"ס מתחילה היה סבר דאי דאקני משתעבד אינו יכול לחזור רצה שפיר למפשט ממאוחרין דכשרין דמשתעבד דאם לא כן ניחוש על חזרה ומדחי ה"מ ר"מ דלדידיה שעבוד עדיף ואינו יכול לחזור אבל אחרי ששמענו מר"ה דסובר יחלוקו בלוה ולוה ואחר כך קנה והוא מטעם דיכול לחזור ור"ה סובר כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמבואר פ' א"נ ועל כרחך לדידיה שעבוד לא עדיף מקנין אם כן יקשה לדידיה מאוחרין אמאי כשרין ניחוש דלמא הדר ביה ועל כרחך למסקנא דלא חיישינן על חזרה אם כן ממילא ל"ב במאוחר דמשעבד לדאקני כיון דהוי כאומר לכשיבא לעולם כיון דלא חל השעבוד רק אחר כך וכמו שכ' הקצוה"ח להקשות על המרדכי כן יש לומר ע"ד פלפול:

ובטו"ז מובא תירוץ נכון על דברי הרמב"ם דשטר מאוחר הוי כאלו הקנה בפירוש לשעבד הנכסים שיקנה אחר כך ולכך איחר זמנו מה שאין כן כשכתב הזמן של עכשיו לא שיעבד לו אלא נכסים שיש לו עתה וכל שטר מאוחר הוי דאקני בפירוש ונשתעבד לדידן דדאקני יכול לשעבד. וכנראה מדבריו יתכן זה דוקא כשאיחרו העדים מדעת הלוה דאז שפיר הוי כמשעבד בפירוש אבל כשאיחרו שלא מדעת הלוה מניין לנו לומר דהתרצה הלוה לזה שישתעבדו אף הנכסים שיקנה אחר כך כיון דדאקני לאו ט"ס הוא. אולם בספר בני יעקב (דף כ' ע"ד) ראיתי שהאריך גם כן לתרץ דברי רמב"ם על דרך זה והוסיף דאף אם כתבו העדים השטר מאוחר בלא דעת הלוה והמלוה גם כן כשר דמסתמא אמרינן דניחא ליה טפי בשעבוד דאקני דספיקא הוא אם יקנה וימכור ממה שישתעבד לו מעכשיו עיין שם ויש לגמגם בזה הא העדים המה כשלוחים של הלוה וצריך שיכתבו ויחתמו בציוויו של הלוה וכאלו הוי מפי כתבו ובזה נגמר השעבוד וכיצד יכתבו בדבר שלא נצטוו מן הלוה ואף אם ניחא ליה ללוה אם כתבו שלא מדעתו היעלה על הדעת שלא יהיה הלוה יכול לבטל אחר כך השטר אם כשיודע לו ימחה בדבר דהא אף בזכות גמור יכול למחות אם כן כשימחה אחר כך ויאמר דלא ניחא ליה לשעבד הדאקני יתבטל השטר לגמרי דהוי כשינוי בשליחותן וזה לא ניתן להאמר דסתמא קתני מאוחרין כשרין. וגם אף בזכות אם

אינו מזכה לו דבר רק מוציא ממנו יש סברא לומר דלא מהני כמו"ש בקצוה"ח (סי' רמ"ג) להוכיח מדברי רשב"א נדרים (דף ל"ו) ואף שכבר כתבתי בכמה מקומות בד"ח ובח"ר ולמעלה (סי' י"ג) להוכיח דזכיה מהני אף כשאינו זוכה בשום דבר מ"מ כאן מניין לנו לומר דהוי זכות גמור דניחא ליה ללוה לשעבד אף הדאקני למען ירויח שיעבוד הנכסים עד זמן האיחור לכן נראה דשלא מדעת הלוה לא מהני:

סימן כד

כתב הב"י מדברי בעה"ת משמע שהמוציא על חבירו שטר מאוחר עד דמטא זמניה לא טריף ובש"ך (ס"ק כ"ה) הקשה למה הוצרך לכתוב בשם בעה"ת הא ש"ס ערוך הוא בע"ז (דף ט') וכמובא בב"י. והנה הב"י הביא מקודם דברי הר"ן גיטין (פ"ב) דכתב דלדעת הסוברים דאינה מתגרשת בגט מאוחר אלא מזמנו של גט ואילך אפשר לומר דהוא הדין לכל שטר הקנאה שאינו לראיה אלא השטר בעצמו מקנה שאם הוא מאוחר שלא קנה הלוקח או מקבל מתנה עד זמן השטר דהוי ליה כאלו התנה הנותן בכך וכ' ודעת הראב"ד דמשעת כתיבה מתגרש' ועל זה הביא משמעות דברי בעה"ת ומבואר דדעתו דלדעת הראב"ד דמתגרשת מיד הוא הדין בקנין חל מיד ויקשה הא מוכח מש"ס דע"ז דמאוחר לא טריף עד דמטא זמניה. וצריך לומר דהתם יש לומר בשטר ראיה איירי והעדים מוציאים הקול עד זמן הכתוב בו מה שאין כן בשטר הקנאה המעשה קיים מעכשיו וכן כתב בעל קצוה"ח בספר אבני מלואים (ח"ב סי' קכ"ז) אולם דבר זה לומר דהעדים אין מוציאין הקול עד הזמן הכתוב בו לא מצאתי מבוא' וגם הדבר זר לומר כן דאם כן אם מתו העדים בטרם שבא זמן הכתוב בהשטר יהיה פסול השטר וזה לא ניתן להאמר וגם אם כן היה לחז"ל לפסול שטר מאוחר דדלמא ימותו העדים עד זמן השט' ולא יוציאו הקול ויטרוף מלקוחות שלא כדין אלא ודאי דהעדים מוציאין הקול מיד והטעם דלא טריף עד הזמן הכתוב בהשטר הוא כמו שכתב שם רש"י במס' ע"ז דמחל לו השעבוד קרקעות עד אותו זמן אבל הקול מוציאין מיד ועיין באו"ת (סי' קי"ב ס"ק א') רק על כרחך הא דאחרוהו הוא לתועלת דלא יטרוף מלקוחות עד אותו הזמן דמחול לו השעבוד דאם לא כן לאיזה תכלית אחרוהו. ובאמת אם אחרהו העדים שלא מדעת המלוה יש לומר דטורף אף מאותו לקוחות שקנו עד זמן הכתוב בהשטר כיון דלא מחל לו השעבוד וקול מוציאין העדים מיד ועיין ש"ך (ס"ק כ"ד) דבאחרוהו שלמ"ד המלוה ודאי השטר כשר דהאיך יעלה על הדעת לפסול שטר שנכתב למלוה מפני שאחרוהו וגרעו כחו ומשמע דעכ"פ אף אם נתברר בבירור דאחרוהו שלמ"ד המלוה גרעו כחו ואינו טורף רק מזמן הכתוב בהשטר. וצ"ל דהטעם כיון דחז"ל עקרו השעבוד במלוה על פה אף דשעבודא

דאורייתא שוב השטר עושה עיקר הקנין להשתעבד וכמו שכבר כתבו כן האחרונים ונתבאר לעיל וכיון דלא חל השעבוד רק ע"י השטר לא נשתעבדו הנכסים אף דקול מוציאין העדים מיד יותר ממה שנכתב בהשטר עכ"פ עיקר הטעם דאינו טורף עד דמטא זמניה הוא משום דנמחל השעבוד עד אותו זמן דאם לא כן לאיזה תועלת אחרוהו אבל בשטר קנין היה מקום לומר כיון דמכר או נתן השתא הקנה לו גופו מהיום ופרי מאותו זמן ולכך אחרוהו אבל הגוף קנה מהיום וא"י לחזור ולכך הוכיח הר"ן ז"ל מדברי ר"י בתוס' גיטין שם דכתב דבגט מאוחר אינה מתגרשת עד הזמן וע"כ הטעם משום דאינו מוכח מתוך הגט כן נמי בשטר קנין לא מהני לקנות רק מזמן הכתוב בשטר וגרע מאין בו זמן כלל דשם משבא לידה מוכח מתוכו מה שאין כן במאוחר ועיין ב"ש (סי' קמ"ז) ובבית מאיר שם בחוץ בכתב אחר התורף לא הוי פסול רק מדרבנן אם בשעת נתינה אמר הרי את מותרת לכל אדם כיון דביטל בדיבורו ועדי מסירה כרתי הוי דברים אלו הכתוב בתוכו כלא היה וכשר מדינא. ולכאורה מדכתבו תוס' דאינו ראוי לגרש בגט מאוחר ולא מפסיד פירות לא משמע כן דכתבו דל"א דבעל מפסיד פירות משעת כתיבה או משעת חתימה אלא בגט הראוי לגרש בו מעתה אבל בגט מאוחר כיון דאין ראוי לגרש בו מעתה לא מפסיד פירות ואם כשר ע"י ביטל בדיבורו על ידי עדי מסירה הא ראוי לגרש בו אולם יש לומר דנכתב ביום לר"ש ראוי לגרש בסתם על ידי עדי מסירה וחזינן דנתן עיניו לגרש אף דרוצה לחתום הא היה יכול לעשות ביומו רק מקרה היה שלא חתמו לכך שוב אין לו פירות אבל במאוחר הרי חזינן דאינו רוצה לגרש עד הזמן אף דבידו לגרש בו ולפרש על ידי העדי מסירה ולבטל זמן הכתוב מ"מ אינו מפסיד הפירות ומזה למד הר"ן כיון דחזינן דירדו חז"ל לסוף דעת בני אדם כשמאחרין הזמן דאין רצונם שיחול עד אותו הזמן בשטר קנין נמי אמרינן כן וכתב הר"ן ואפשר כיון דבקנין תליא גם בדעת הקונה גם כן נימא מדלא אמר בפירוש דעתו שיקנה מעכשיו מה שאין כן בשטר מאוחר בהלואה ליכא למתלי סיבת האחור בשום דבר רק דמחל השעבוד עד אותו זמן וז"ב ופשוט שוב ראיתי בריטב"א גיטין שם דכתב ככל דברי הר"ן וסיים מיהו אם כתב בו מעכשיו הו"ל כמעכשיו ולזמן פלוני דגופא מעכשיו ופירות לאותו זמן עיי"ש ומבואר דכל הספק בסתם מאוחר שלא כתב בו מעכשיו הוא משום דיש מקום לומר דכוונתו דהוי כאלו התנה וגופא מעכשיו וכמו שכתבתי או דכוונתו היה לאחר גוף המתנה ועיין שם בריטב"א דכתב כמו שכ' הר"ן ואפשר לומר דהוא הדין בכל שטרי הקנאה כו' והוי ליה כאלו אמר ליה לא תקנה עד זמן פלוני ואם הקנה לאחר ביני וביני אין ללוקח או

למקבל מתנה כלום עכ"ל ובודאי דהוא הדין דהיה יכול לומר נ"מ אם חוזר בו ביני וביני או דמת בנתיים דאינו יכול להוציא מן היורשין:

והנה אם נאמר דאינו חל השעבוד עד שיגיע הזמן יש לעיין אם המלוה יכול למכור השטר בטרם שיבא הזמן דיש לומר דהוי דבר שלא בא לעולם דעדיין לא נשתעבדו הנכסים ואף דיש שעבוד הגוף מ"מ שעבוד הגוף אינו יכול למכור רק השעבוד נכסי וזה לא נשתעבד עדיין ותליא בזה אם מחוסר זמן הוי דבר שלא בא לעולם או לא כמבואר באורך דבר זה במל"מ (פ"ז) מאישות ולדידן תליא במחלוקת הפוסקים יו"ד (סי' ש"ה) בפודה את בנו הבכור תוך ל' ונתאכלו המעות אם בנו פדוי לאחר ל' ודעת רבינו ב"י המחבר שם לפסוק כרב דבאמר לאחר ל' יהי' בנו פדוי בכסף זה מהני אף בנתאכלו המעות אף דאין בידו לפדות עכשיו ודעת הרמ"א שם דאין בנו פדוי כשמואל כיון דאין בידו לפדות תוך ל' והכא נמי דכוותיה כיון דעכשיו אין לו למלוה שום שעבוד נכסי רק מן אותו זמן שנתאחר השטר הוי כמוכר דבר שלא בא לעולם וגם אף אם מחוסר זמן לא הוי דבר שלא בא לעולם מ"מ אם מוכר השטר מהשתא לא מהני עד שיאמר שמוכר לו השעבוד לכשיבא הזמן כמו לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ צריך דוקא שיאמר לכשיבא לעולם כמבואר בר"ן נדרים (דף פ"ו) וברא"ש ב"מ (דף ט"ז) וברשב"א קידושין (דף נ"ו) והוא הדין לדידן דאין אדם מקנה דשלבל"ע רק במחוסר זמן יכול להקנות ולמכור מ"מ צריך שיאמר לכשיגיע הזמן ועיין מה שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' רי"א ס"ק ד') ובמה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכיר' (סי' ל"ה) ובמה שכתבתי בעניי שם בהגהה. והכא נמי עכ"פ צריך שיאמר קני לך היא וכל שעבודה דאית בה לכשיגיע הזמן אבל אם מקנה מעכשיו לא מהני. ועיין בדברי משפט (סי' ס"ו ס"ק ב')דכתב לדון דאף דקיי"ל דאקני משתעבד אם כתב בהשטר דאקני מ"מ כשמכר המלוה השטר חוב לאחר ואחר כך קנה הלוה נכסים ומכרן אין לוקח השטר חוב טורף הנכסים דאף דדאקני משתעבד להמלוה משום דשעבוד עדיף מ"מ אינו חל עד שיקנה ואינו יכול למכור דשלבל"ע. ולכאורה יקשה אם כן אמאי מאוחר כשר אף אם כתב בו דאקני מ"מ אף דיכול למכור שטר חוב אין הלוקח השט"ח זוכה בשעבוד דאקני ויטרוף מן הלקוחות שלא כדין דלגבי דאקני לא מהני המכירה וכיון דנתאחר הזמן של השטר לא ידונו לשדה שקנה קודם לכן לדאקני ויטרוף שלא כדין. אולם למ"ש דגם גוף השעבוד אינו יכול למכור רק אם אומר לכשיגיע זמנו של שט' אתי שפיר דצריך לכתוב כן בשטר של כתיבה ומסירה דאותיות נקנו בהם שמוכר לכשיגיע זמן ממילא נדע דהיה מאוחר:

אך יש לומר דאף אם כותב בסתם שמוכר לו שטר חוב שזמנו בתשרי והוא מוכר באייר מ"מ כשר אף אם אין בו זמן בשטר של כתיבה שיקנה בו השטר ואף אם לא כתב בו לכשיגיע הזמן שיקנה די אם אומר לו שיקנה בשטר זה שטרו שבידו על זמן תשרי ומ"מ לא חיישינן על זה שיטרוף הלוקח השטר חוב שלא כדין כיון דאם לא היה קונה הלוקח השטר חוב היה גובה בו המלוה דכיון דכתב בשטר חוב דאיקני היה גובה בו אם כן לא יפסידו הלקוחות בזה כלל דמה איכפת להו ללקוחות אם המלוה היה גובה מאתם הדאיקני או הלוקח השטר חוב דעל כרחך לא חיישינן רק היכא דיטרוף מלקוחות שלא כדין ויפסידו במה שמאחרים השטר אבל אם לא יפסידו בזה דאף אם היה ביד המלוה הי' גובה מהם רק דהלוקח השטר חוב יטרוף שלא כדין לא איכפת לן בזה:

סימן כה

כתב בש"ע (מ"ג סכ"ג) בשני בעלי חובות באחד יש זמן מבורר ובהשני זמן סתם כשבאין לגבות ואין ב"ח רק כדי חוב א' נותנין לזה שיש לו זמן מבורר והשני אינו יכול לטרוף מלקוחות דיאמרו הנחנו לך מקום לגבות כי זמנך קודם עד אם יכתבו הרשאה וכ' בתומים ע"ז דלהסוברים דבשטר שאין בו זמן כיון דאינו מוכח מתוכו אפילו ראו עדים שטרו בידו מ"מ אף מזמן שראו אינו טורף ממשעבדי כמבואר לעיל (ס"א) אם כן א"י הלקוחות לומר הנחנו לך מקום לגבות דעד שזמנו מבורר מחל לו שיעבודו והוי רק כמלוה על פה. ובנתיבות כתב דלהסוברים דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר יכולין הלקוחות לומר כיון דהנחנו לך מקום לגבות מב"ח וידענו דאת קודם למי שזמנו מבורר ושמענו הקול ואף דמחלת השעבוד מן משועבדים ודינך כמלוה על פה מ"מ הנחנו לך מקום לגבות מב"ח דאת קודם ואת דאפסדת נפשך שלא כתבת זמן בשטר. ובאמת לפי דבריו אינו ראיה מדברי הרא"ה כתובות שהביא בתומים דכתב דוקא בשטר אקנייתה אבל בשטר הלואה סתמא לא אתיא דאין השעבוד חל אלא מזמן המוכח מתוכו ואפילו היה עדים דהוא בר אחד בניסן ראוי לטירפא מן אייר ואילך כיון דאין השעבוד חל רק מאייר. דיש לומר דהרא"ה אזיל לשיטתו דסובר ר"פ מי שהי' נשוי דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה על פה מוקדם אם כן לא יוכלו הלקוחות לומר הנחנו לך מקום לגבות דאף מב"ח יש קדימה להמלו' בשטר שזמנו מבורר אף אם באמת דין מלוה על פה יש לי מקודם אבל אם מלוה על פה קודם יש לומר דיכולין הלקוחות לומר הנחנו לך מקום לגבות מן ב"ח כיון דאת קודם:

אך באמת יש לומר דהא מבואר בסמ"ע (סי' ק"ד ס"ק ג') דאף דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר היינו אם באו ביחד לגבות לכתחילה אז יש לו דין קדימה אבל אם

קדם המאוחר וגבה אז מה שגבה גבה ועיין שם סמ"ע (ס"ק ל"א) ובאמת כן נראה מסברא דבזה לא גרע מלוקח כיון שכבר גבה ועיין שם בתומים דעשה סמוכין לדברי הסמ"ע ואם כן יכול ממילא המלוה בשטר שיש לו זמן ניסן סתמא לומר לו יהיה דאני קודם מ"מ כיון שאין לשטר שלי דין שטר עד אייר ועד אייר איני רק מלוה על פה כיון שמי שיש לו זמן מבורר קדם וגבה ומה שגבה גבה שוב אני בא לגבות בכח המלוה בשטר שנעשה מאייר ואילך. ואין לומר דהא יש להקשות אמאי בלא"ה אינו יכול לגבות מן הלקוחות זה שיש לו בשטרון בשטרו ניסן סתמא הא אף אם הוא קודם הוי כאשתדוף בני חרי דגובה ממשעבדי כמבואר (סי' קי"א) וה"נ כיון דכ' בשטרו ניסן סתם וא"י לברר לכן אינו יכול לגבות מבני חרי והוי כאשתדוף. אך זה אינו דכיון דהוא גרם לנפשו ופשע במה שכתב בשטרו סתם לכן אינו גובה מלקוחות ואם כן אף בזה כשנאמר דלא מתחיל השעבוד רק מאייר ואילך ועד אייר הוי מלוה על פה מ"מ יאמרו הלקוחות את אפסידת אנפשך במה שלא כתבת זמן מבורר ובפשיעתך קדם המאוחר לגבות מהבני חרי. אולם באמת ז"א דוקא אם נאמר דהוי מלוה בשטר כשמברר מתי בא לידו אז חל השעבוד אף לגבות משדה הזאת של בני חרי אם ימכור אותם אז שפיר יכולין הלקוחות לומר הנחנו מקום לגבות כיון דעדיין השעבוד שלך קיים ומה לנו בזה שאת גרמת בפשיעתך דלא כתבת זמן מבורר בשטרך ובשביל זה מדחי אותך המאוחר וקדם וגבה מ"מ אנחנו אומרים עדיין שעבודך לפניך וכלפי שמיא גליא דשעבודך קיים על השדה הזאת ובאם תברר בעדים שראו אצלך השטר מקודם היית גובה וטורף גם עכשיו מן המאוחר דמה שקדם וגבה לא מהני דלא עדיף מלוקח אבל אם נאמר דעד אייר מחל השעבוד ולא הוי רק מלוה על פה ומן אייר ואילך נעשה מלוה בשטר אז אף דמלוה על פה קדם למלוה בשטר מאוחר מ"מ לא נוכל לחייבו בשביל דלא כתב זמן מבורר ואף דבפשיעותו אשתדף מ"מ לא בשביל זה נוכל להפסיד לו שעבודו מאייר ואילך כיון דאחר שגבה המאוחר הוי כלוקח ונפקע השעבוד מן השדה הזאת יכול לטרוף מלקוחות מאייר ואילך. שוב ראיתי בס' תפארת שמואל מהגאון מהרש"ק ז"ל שהקשה באמת למה לא הוי כאשתדוף וכ' מתחילה לתרץ הואיל דהוי על ידי פשיעותו ושוב כתב דדוקא היכא דבודאי אישתדוף בני חרי אז גבה ממשעבדי אבל הכא מקרי ספק אישתדף דשמא זמנו באחד בניסן ונתנו להמאוחר הבני חרי שלא כדין ואע"ג דאינו יכול להוציא ממנו מ"מ לא מקרי אשתדוף בני חרי כיון דלאו משום ודאי הוא אלא מספק ויכול לומר הרי בני חרי לפניך הם בעין עכ"ד וזה כמו שכ' דעדיין יש לגבות מן המאוחר וזה דוקא אם יש תורת שטר על זה שיש לו ניסן סתם אבל אם עד אייר לא הוי רק מלוה על פה אף דיש לו דין קדימה אם היה מברר מ"מ לא נוכל

להפסיד שעבודו מאייר ואילך כיון דהמאוחר קדם וגבה ואינו יכול להוציא ממנו אף אם יתברר דזמנו קודם וז"ב לענ"ד ועיימ"ש בספר ד"מ (סי' קי"ט):

סימן כו

אם חתמו עדים למטה על נייר חלק ואחר כך כתבו למעלה מחתימתן את השטר מבואר מדברי תוס' ורשב"א גיטין (דף ד') דשטר לאו כלום הוא כיון דבשעה שחתמו לא העידו על שום דבר ואין החתימה חוזר וניעור אחר שכתבו השטר:

והנה תוס' ורשב"א לא כתבו טעם הדבר. ולכאורה יש לומר לשיטת הרי"ף (פ"ג) דיבמות דלא הוי הגדות עדות בשטר עד דנפיק מת"י המלוה וכל זמן דהשטר הוא תחת יד סהדי דאי בעו כבשי' לשטרא לא נגמר הגדה ומה"ט פסק בש"ע (סי' מ"ו סל"ה) בחתם עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו דאחרים יכולין להעיד על כ"י דהוא דוקא כשהשטר יוצא מת"י אחר אבל אם יוצא מתחת יד העדים לא ועיין שם בתומים מה שתמה על זה דהא הראב"ד והרמב"ן כתבו דדוקא בשטר קידושין דאינו ראוי לתת לבעל דין הוי מפי כתבם מה שאין כן בשטר שראוי ליתן לבעל דין אף שהוא תחת יד העדים הוי כפקדון ומ"מ תיכף הוי כנחקרה עדותן בב"ד. ובנתיבות שם מחלק בזה לדעת הרי"ף בין שטר קנין לשטר ראיה דבשטר הקנאה נגמר עדותן מיד וכל הרואה השטר אף שהוא ביד העדים נתברר לו הקנין שהיה והוי כמעיד ראיתי עדים שנחק' בב"ד אבל בשטר שאין בו קנין דלא הוי שטר עד שנמסר ליד המלוה וכל זמן שהוא ביד העדים אינה מוכח מתוכו כ"ז שלא נמסר ליד הבע"ד ואז נגמר עדותן עיי"ש בדבריו אם כן יש לומר נמי אם חתמו מקודם מ"מ אם כתבו אחר כך השטר מלמעלה כיון דגמר עדותן שיהיה כמו שנחקרה עדותן בב"ד הוא כשבא ליד המלוה בשטרא דלאו הקנאה וכיון דקודם שהוציאו השטר מת"י נתברר חתימתן על מה שהעידו ועיקר גמר הגדה שיהיה חתימתן כמו שנחקרה עדותן בב"ד הוא רק בעת שמוציאין השטר מתחת ידם מה לי אם כתבו ואח"כ חתמו או שחתמו מקודם שכתבו [וקצת יש לדקדק על דברי הנתיבות דהא לדעת הרי"ף גם בשטר הקנאה בעינן דוקא דמטא לידו ועיין מה שכתבתי לעיל (סי' י') במחלוקת הרמב"ן והרא"ש בדעת הרי"ף עכ"פ גם כן אינו מוכח גם מתוך השטר הקנאה שכבר זכה הלוה עד דמטא לידו] ואם כן יש לומר דהתוס' לשיטתם דסברו דמשעת חתימה הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד לכך בעינן שיכתבו מקודם השטר וחתימתן הוי אחר כך כהגדה בפני ב"ד אבל לדעת הרי"ף דנגמר הגדה כשהוציאו העדים השטר מת"י יש לומר דאין לחלק אם כתבו מקודם או שחתמו שמותם קודם הכתיבה:

אך יש לומר דמ"מ אף דלא הוי נגמר עדותן עד שמוציאין השטר מידם מ"מ נגמר למפרע העדות משעת חתימה ואף דנמשך הדבר עד שיצא השטר מת"י מ"מ הכל הולך אחר התחלה היינו החתימה ואם חתמו קודם הכתיבה אז לא הוי כלל כהגדה כיון דלא חתמו רק על נייר חלק וכל זמן שלא נכתב שום דבר ל"ה הגדת העדו' לכך אינו חוזר וניעור החתימה ממילא כיון דאז לא עשו שום מעשה והוי רק ממילא כאלו נעשה חתימתם להגדה בזה לא עברו על לא תענה אם נעשה בשקר לכן ל"ה כנחקרה עדותן בב"ד וכן למה שכ' הנתיבות (סי' כ"ח) באורך לבאר לחלק בין שטר ראיה לשטר קנין דבשטר קנין דלא מסהדי העדי חתימה אגמר הדבר ועדותן אינו רק שנכתב בציווי המתחייב ועדות כזה אפילו אומר אמרי כשר וגם עד מפי עד כשר ולא בעי הגדה בב"ד ולא בעי מפיהם וכשר מפי כתבם ועיקר עדות על גמר הדבר הוא רק כשבא השטר מיד הלוה להמלוה ומהני כשהשטר ביד המלוה מטעם דאנן סהדי וכיון דע"ז לא בעי תורת עדות והגדה בב"ד ומהני אף עד מפי עד דנכתב בציווי המתחייב מאי איכפת לן אם נכתב קודם החתימה או אחר החתימה נכתב למעלה בידיעת העדים על הנייר החלק שחתמו למטה. אולם ז"א דהא מ"מ אף דכשר מן התורה אף מפי כתבם ואף בהגידו שלא בב"ד כיון דלא העידו על גמר הדבר על כרחך צריך לומר דמדרבנן הוי כנחקרה עדותן בב"ד וכאלו נתקבל עדותן דאם לא כן היה מהראוי לומר אם באו שני עדים והעידו עליהן דאנוסים היו וכדומה שיהיו האחרונים נאמנין לגמרי דהא לא נתקבל עדותן בב"ד שיהיה להם דין תרי נגד תרי כמו בכל הכחשו' העדים דשם האחרונים אינם נאמנין יותר מן הראשונים דאזלינן בתר תחילת העדות ואז לא הוו נוגעין בדבר והוי כאלו העידו שכל מי שיאמר היפוך מדבריהם מעיד בשקר ושייך לומר מה חזית דסמכי' אהני סמוך אהני וכמו שביאר הגאון מו"ה ח"י ז"ל ויבואר לקמן אי"ה מזה. וזה אתי שפיר אם הראשונים העידו בב"ד ונתקבל דבריהם אז הוי תו"ת אבל אם נאמר דמה דעדים החתומים על השטר עיקר עדותן על שנכתב בציווי המתחייב ובזה כשר אף מפי כתבם ואף חוץ לב"ד אם כן נאמר דהאחרונים שמכחישין בזה הוו כמעידין על גופן של העדים דעברו במעשיהם כיון דחתימתן לא הוי אז כנתקבל בב"ד ולהדיא מבואר ש"ס כתובות (דף י"ט) דבכ"י יוצא ממ"א אם באו שנים והעידו עליהן דאנוסים היו דהוי תרי ותרי ואמאי לא יהי' האחרונים נאמנים אלא ודאי דעכ"פ מדרבנן נעשה בכל שטרות חתימתן כנחקרה עדותן בב"ד וכאלו נתקבל עדותן בב"ד דנכתב בצווי המתחייב ומטעם חזקה דעדים לא יחתמו בשקר ולכך צריך שיחתמו אחר שכבר נכתב השטר דאז הוי כנתקבל עדותן בב"ד דנכתב

ונחתם בציווי המתחייב אבל אם חתמו על נייר חלק דחתימתן לא הוי אז כנתקבל על שום דבר אינו חוזר וניעור חתימתן להיות כנחקרה עדותן כשכתבו אח"כ השטר:

ולפי"ז יש לומר דזה דוקא בשטר דבעינן תורת שטר ע"ז שיעש' כתיקון חכמים ואז לא הוי מפי כתבם יהיה הטעם איך שיהי' או מפני שהוא בתיקון השטר או משום דכתב מדעת המתחייב והוי מפי כתבו או משום דשטר שחתמוהו ביומו דההיא אורחיה להכי כמו שכ' רש"י גיטין (דף ע"א ע"א) בזה צריך דוקא שיהיה כתיקונו אבל בכתב ידו דהמתחייב אם חתם את עצמו המתחייב בנייר חלק ואחר כך נכתב עליו הפרטי החיוב כיון דהוא רק מצד הודאת בעל דין כמאה עדים מהראוי לומר דמהני. וראיתי בקצהו"ח (סי' מ"ה) שהביא דברי תוס' גיטין הנ"ל והביא גם כן דברי הב"ח בתשובה בחתמו על נייר חלק דאין החתימה חו"נ וכ' ויראה דהוא הדין בכ"י כהאי גוונא שחתם ואחר כן כתב עליו שדי קנויה לך לא מהני ולא כלום דאין חתימה גומרת הן חתימת עדים הן חת"י אלא אחר כתיבה והא דמהני בשטר שכ' אני פב"פ לויתי ממך מנה אף דשמו נחתם תחילה התם כל השטר הי' כ"י ול"ב חתימת שמו כמבואר (סי' ס"ט) וכתב שמזה ראיה ברורה דלא בעי חתימת שמו דיש פוסקים דבעינן חתימת שמו אם כן היכא מהני האי שטרא הא החתימה קדמה לכתיבה. ולא אדע מניין לו זה הא עכ"פ מודה דלהסוברים דבעינן חתימת שמו מהני אף קודם לכתיבה והנך פוסקים לאו קטלי קני באגמא הן דהביא אותם הבעה"ת ובעל העיטור מייחס דעה זאת לרש"י ז"ל ר"פ הנושא. אם כן אף דקיי"ל דכ"י שלו מהני אף בלא חתימה מניין לו לומר דלא מהני החתימה שחתם קודם הכתיבה כיון דלענין הודאת בעל דין לא בעי תורת שטר וכשר מפי כתבו ועיין מה שכתבתי לעיל דיני עדות (סי' מ"ח) דאף דהודאת בעל דין כמאה עדים כתב רש"י ז"ל קידושין (דף ס"ה) דילפינן מדכתב כי הוא זה ולחד תירוץ תוס' גיטין (דף ע"א) אמירה הוא דוקא בפה ואם כן הכא נמי כתיב אשר יאמר כי הוא זה מ"מ סוגין דעלמא דמהני כל הודאות וחיובין מצד הודאתו בשטר בכתיבה בעלמא עיין שם שהבאתי מדברי מכילתא פ' יתרו. ואם כן כיון דכשר מפי כתבו ולא בעי תיקון השטר כלל מניין לנו לומר דאם חתם שמו קודם שנכתב ההודאה דלא מהני אם מוסר לו אחר כך הכ"י ויוצא מת"י. וראיתי בתשובת הב"ח (סי' מ"ה) דנשאל על ע"א שהיה נחוץ לדרכו וחתם שמו על חלק למטה ואחר כך כ' הסופר שטר למעלה מחתימת העד ואחר כך חתם עד השני וכתב מדברי תוס' הנ"ל וכתב הטעם דשטר דגלי קרא דכשר דכתיב ואקח את ספר המקנה בעינן דלכתוב הסופר תחילה ואחר כך יחתמו עדים וכדכתיב שדות בכסף יקנו וכתב בספר וחתום והעד עדים ועד החתום על נייר חלק לית בי' מששא עיין שם הרי דעיקר הטעם דכך הוא תיקון

השטר וכתוב וחתום. ואם כן מניין לומר דכותב כתב ידו היינו אם חותם תחילה קודם הכתיבה דלא מהני דזה הוא ענין אחר מצד הודאת בעל דין ואף לדעת הב"ח המובא בש"ך (סי' מ"ב) דפוסל בכ"י אחר בעדי חתימה בשטר קנין בדבר שיכול להזדייף כיון דאינו יכול לעמוד לימים רבים אלא לפי שעה כיון דיכול להזדייף אינו מוכח מתוכו והודאת נותן לא מהני וכמו בנתן נייר וכתב עליו בכ"י אחר וא"ב עדי חתימה דלא מהני וכיון דיכול להזדייף הוי כא"ב עדי חתימה וכאשר האריך בזה בקצוה"ח (סי' מ"ב) היינו דהו' כמוסר לו חרס וכמצחק ואין תורת שטר עליו אבל כשהוא אינו יכול להזדייף רק שחתם קודם שנכתב הכ"י מאחר עליו למה לא יהיה חוזר וניעור החתימה של המתחייב על מה שכ' למעלה וכשמוסר בינו לבינו מהראוי דמהני מצד הודאת בעל דין בזה אף שאין עדי' חתומים עליו כיון דמוכח מתוך השטר דנתחייב ולא בעינן בזה תורת שטר וכתוב בספר וחתום. וגם אנן הוו עדי מסירה כיון שהשטר יוצא מת"י ובא מיד המתחייב ומהראוי דמהני הן לקנין הן לראיה וצ"ע בזה:

ועיין לעיל (סי' ל"ט סי"ג) דאין כותבין שטר למלוה עד שיהא לוה עמו אפילו אם אמר כתבו וחתמו ויהיה בידכם לכשיבא הלוה אין שומעין לו ובש"ך שם משם המ"מ דאולי מערים הוא ובתומים שם הקשה הא כיון דלא צווה הלוה הוי מפי כתבם והוכיח מזה דכל שנכתב בנוסח השטר כשר ובנתיבות שם כ' כיון דלא נגמר עדותן רק כשמצוה הלוה למסור והרגיש מדין זה כשחתמו על נייר חלק ואח"כ כתבו דפסלו נדחק שם לחלק דכשכתבו בלא צווי הלוה אף דהוא שקר עכשיו נגמר עדותן למפרע כשאומר הלוה אחר כך תנו מה שאין כן כשחתמו על נייר חלק אין כאן הגדה כלל ויש לגמגם טובא בזה למה שכ' לעיל אולם לדברי הב"ח דעיקר הטעם דפסול בכתבו אחר החתימה הוא משום דכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדים א"ש בפשיטות דכך הוא גזירת הכתוב מה שאין כן כשכתבו וחתמו ע"ד אם יצוה הלוה ימסרו השטר כשר מן הדין דחו"נ לעשות שטר מעליא אם לא מטעם חשש ערמה ועיין רמ"ה ב"ב פרק ג"פ (אות ז') דכתב דאף ע"א לית ליה רשות לחתום ושישאר בידו דעדי' החתומין על השטר כמו שנחקרה וחיישינן דלמא נפל מניה עיין שם דכ' דלא מיבעיא תרי דלא דהא לא אפשר דנקטי ליה תרוייהו וכי נקט ליה חד מנייהו נפק שטרא לבר מרשותיה וכמאן דמסרה למלוה דמי אלא אפילו היכא דחתם עליה חד סהדא ונקט ליה בידו סד"א שפיר דמי קמ"ל דלית ליה רשותא למעבד הכין דעדים החתומין על השטר נעשו כמו שנחקרה עדותן בב"ד וחיישינן דלמא נפל מני' עיין שם עוד ואם כן יש לומר הא דאשמועינן דאין כותבין למלוה הוא אף היכא דצווה הלוה לעד אחד שיחתום ושיאמר לחבירו גם כן שיחתום דאז אם חותם השני

ומאמין לדברי העד הראשון כשבא אחר כך הלוה ומצוה למסור למלוה לא הוי מפי כתבו כיון דאתברר לו אחר כך ששפיר חתם בצווי הלוה אולם אסור למיעבד הכי מטעם דחיישינן לדלמא נפל ממנו ויבא ליד המלוה וכל זמן דלא אתברר ליה דצוה הלוה כן עושה שלא כדין. ומיושב קושית התומי' דכן יש לומר גם כן כוונת המ"מ דאסור משום ערמה לעשות כן אף היכא דאם יתברר לו שצוה הלוה שיחתום ואז לא הוי מפי כתבו. ולמה שכ' אינו ראיה מדברי רמ"ה שס"ל דאף בחתימת עד אחד הוי כמו שנחקרה ודלא כדברי ריב"ש המובא ברמ"א (סי' מ"ו) בסופו ויבואר לקמן אי"ה:

עוד כתב שם הב"ח לדון אם העד נפסל בזה כיון שנתן מכשול לזייף לחובת אחרים ואף דהעד הראשון נסמך על עד השני שלא יחתום מ"מ נתן מכשול כשיזייף חובת אחרים ויתבע בעד אחד לחייבו שבועה ושמא לא ישבע וישלם ויש לפוסלו מטעם כל הגורם לממון כממון דמי דלענין פסול גברא לא מיפסל אלא אם כן הוי ליה חובת אחרים עכ"פ וכיון דהכא לא הוי חובת אחרים עכ"פ כיון שיכול לפטור בשבועה אין לפוסלו ואף דיכול לזייף ולעשו' שטר על מי שהוא' חשוד לשבועה מ"מ צריך שישבע שכנגדו. ולא אבין כל דבריו שם הא אף אם משכחת אופן שיכול לבא לידי חובת אחרים להוציא ממון מ"מ כיון דהוא לא עשה בידים ולא צוה להזיק לאחרים רק שחתם על נייר חלק אף שעשה שלא כהוגן מ"מ לא מיפסל על ידי זה ואף אם שניים חתמו על נייר חלק ומסרו ביד הסופר לא מיפסל בשביל זה דלא עברו על לאו דלא תענה כיון דלא העידו בחתימתן אז על שום דבר ואף אם זייף הסופר וכ' חובות אחרים והוציא ממון בשטר זה אינו חייב לשלם דזה לא הוי רק גרמא והסופר הוא המזיק והם פטורין מלשלם ומכ"ש כשלא נעשה שום דבר בחתימתו הדברים פשוטים דאם יחזור עד הראשון ויעיד עדותו בשטר מצטרף לעד השני ונעשה מלוה בשטר וכמו שכ' שם הב"ח ואינו דומה לעדים דהקדימו הזמן בכוונה דנפסלים דעשאו השטר בחתימתם ועברו על לאו דל"ת מה שאין כן כשחתמו על נייר חלק ומסרו ביד אחד בפקדון ודאי דלא נפסלו בשביל זה:

אם העדים צוו לאחרים שיחתמו בעדים מבואר בש"ע (סי' מ"ה ס"ה) דלאו כלום הוא ועיין שם בב"י משם התשב"ץ ובש"ך (ס"ק ה') דהוי כעד מפי עד דאינו כלום ובלוה המתחייב עצמו בכ"י וצוה לאחר שיחתום שמו וחתם פב"פ צוה לחתום מהני. ולכאורה בכל שטר קנין דאף אומר אמרי כשר ואף עד מפי עד כשר ואף לא צריך הגדה בפני ב"ד כיון דעדי חתימה לא מעידין על גמר הדבר ועיקר העדות הוא שנכתב בצווי הבע"ד וכמו שהאריך בזה הנתיבות (סי' כ"ה) ועיקר גמר העדות הוא כשרואין השטר יוצא מת"י ואנן סהדי על המסירה אם כן למה לא יהיה כשר בציוו העדים לחתום את השטר

כיון דגם עדים הראשונים אין מעידין על גמר דבר רק ששמעו מן הבע"ד שיחתמו ואף אם שמעו מן אחרים סגי ואף למאן דפוסל באומר אמרי הוא מטעם דמיני לא מימסרן לשליח ולא מטעם עד מפי עד אם כן למה אין העדים יכולין לצוות לאחרי' שיחתמו אותם ויחתמו עצמם שכן צוו העדים לחתום והא דבגט מבואר בהגהות אשרי גיטין (דף י"ט) דדעת רבינו שמחה דאם הסופר חותם שמות העדים כשר אפילו לר"מ דאמר וכתב קאי על עדי חתימה מ"מ אם יאמרו לסופר חתום שמינו וחתמו כשר כיון דחותמין לפנינו והבעל נותנו לאשה בפנינו כשר כיון דלאו לראיה קאי והא"ז חולק יש לומר דשם עכ"פ צריך שיחתמו לשמה לכך צריך שהם עצמם יחתמו ואף דלר"א וכתב קאי אכתיבה ויכול הבעל לצות לאחר שיכתוב וכותב לשמה הוא כיון ששמע מפי הבעל או דאמרו לו שהבעל ציוה שיכתוב לשמה והוא בעל המעשה וזה עושה כמצותו אבל אם מצוה להעדים לחתום לשמה ולשם גירושין אם הם אינם עושין מעשה החתימה כלל רק שמצוין לאחר נחתום את שמות' וזה החותם אינו חותם בצווי הבעל ולא הוי לשמה אבל בשאר שטרות דלא בעי לשמה והעדות ששמעו מהמחייב שהתרצו שיעשו שטר קנין ושיחתמו וכיון דהוא כשר אף מפי כתבם והגדה חוץ לב"ד מאי איכפת לן אם מצוו לאחר שיחתום את שמותיהם בשליחותם:

אך כבר כתבתי לעיל דהא עכ"פ צריכין אנו לבא לתיקון חכז"ל דעדים החתומין על השטר הוא כמו שנחקרה עדותן בב"ד וחתימת העדים יהיה לתועלת כאלו נתקבל דבריהם בפני ב"ד לכך אם אחרים חותמים שמותיהם ואינם מעידין על גוף הדבר רק על העדים הוי כעד מפי עד. אולם אם המתחייב מצוה לכתוב ולחתו' שמו שפיר מהני וכמו שכ' הש"ך. ובקצוה"ח כ' דאין שייך בזה דין שליחות ואינו מוכרח וכמו שכ' הנתיבות דמועיל שליחות לעשות קנין. ומה שתמה הנתיבות על הש"ך דמניין ידוע שהדבר אמת כל שאין מן השטר ראיה לאו שם שטר עליו ואין קנין בשטר כזה ולא אדע מה שתמה הא להדיא מבואר בתשב"ץ (סי' קכ"ח) דמכשיר אם העד חותם על הכתיבה במצות החתן היינו שחותם אני פלוני בן פלוני חתמתי במצות החתן פלוני וכיון שחתם במצותו הרי הוא עד בדבר ועיין בתשובת רשב"ש (סי' תקס"ה) שאם העד לא הזכיר שמו אין לו תורת עד ואם הזכיר שמו יש לו תורת עד שכל עד גם כן אינו חותם אלא במצות המתחייב ואם נתקיים עדות החותם בשביל החתן הוה ליה כעד א' וקם לשבועה ואם נתקיימה עדותו של אחד מן העדים מצטרף עם החותם בשביל החתן ומוציא ממון עיי"ש וזה ג"כ כונת הש"ך דאחד חותם בשביל המתחייב וחותם שמו ג"כ עד עם עוד א' על זה דזה מהני מן הדין.

ומ"ש הקצוה"ח דרק על הכתיבה שהיא שטר ראיה בלבד דאפי' לא כתב לה יש לה מתנאי ב"ד ולכך מהני מה שאין כן היכא שבא להתחייב את עצמו המעיין בתשב"ץ יראה שלא קאי על כתובה דאורייתא בלבד רק על חיוביו וגם אף במה דיש לה מתנאי ב"ד כיון דיכולה למכור הכתובה ע"כ דהוי כמו שטר קנין וכמו שכ' הקצוה"ח בעצמו (סי' ס"ו) דכל השטרות מוסיף חיוב כשטר קנין דאם לא כן כיצד יכול למכור ועיין מה שכתבתי לעיל (סי' א'). ועיין בתשובת בעי חיי ח"מ (ח"ב סי' מ"ז) שהסכים גם כן לדעת הש"ך דיכול אחר לחתום בעד המתחייב וכ' דלכאורה החותם בעד הלוה אינו יכול לחזור ולחתום בעד כמו שכ' התשב"ץ בשם תשוב' רש"י ז"ל על כתובה שחתם עד א' וחזר וחתם בשביל עד השני שפסולה כיון שכבר חתם בעד הלוה אינו יכול לחזור ולחתום בעד אבל הא ליתא דשם כבר תתם בתורת עד ואם יחתום ג"כ בעד הב' כולה ממונא נפיק על פי עד א' ואפילו לא חתם אינו יכול לחתום בעד עד אחר דהוה עד מפי עד אבל כשחתם בעד המתחייב דליכא למימר הכי אין חשש אם יחתום אח"כ עצמו לעד ובספר ע"ה כ' ואין נ"ל שהרי לא הכשיר התשב"ץ אלא משום כיון דחתם עצמו במצותו הרי עד בדבר ואם כן אינו יכול לחתום בעד אחר דהוי כל הממון על פיו. ולא אדע ודאי גם הכנה"ג מודה דא"י לחזור ולחתום רק בעד א' לצרף עם עוד עד אחר רק במקום דנהגו שיחתום גם הלוה בח"י מלבד הב' עדים בזה שפיר קאמר דיכול החותם בעדו להיות גם כן עד בדבר לצרף עם עוד עד אחר כיון דלא נפיק כולה ממונא עפ"י רק עפ"י שני עדים וזה פשוט:

ועיין רדב"ז (ח"ב סי' תק"ץ) דנשאל בשטר שחתם בו עד א' והעד השני צוה לחתום וב' עדים מעידים על זה וכתב דלא מהני דהוי עד מפי עד וכתב ומ"מ אם יבואו שני העדים אשר העידו על אותו שצוה לחתום בפני ב"ד ויאמרו אנו מעידים שפלוני צוה לחתום חתימה זו נתקיים זה העד דהוי שפיר מפיהם ולא מפי כתבם ולא הוי עד מפי עד שהרי על החתימה הם מעידים עי"ש ולא אבין הדברים הא לדברי הרשב"א והתשב"ץ הוא אף אם העדי' מעידים בפיהם דפלוני צוה לחתום לא מהני כיון דהם לא חתמו בעצמם ששמעו מפי המתחייב ורק חתמו בשליחותו דהעד וזה לא מהני ונראה דדעתו דמהני שליחות לזה וצ"ע כיון דאינו מוכח מתוך השטר עד שיעידו העדים ואין להאריך:

סימן כז

כתב בש"ע (סי' מ"ה סי"ב) שטר שהיו עדיו מרובי' ונמצא א' קרוב או פסול והרי אין עדים קיימי' כדי לשאול אותם אם יש עדות ברורה שכולם ישבו לחתום הרי זה בטל כו' וזה לשון רמב"ם ודייק הב"י דאם העדים קיימים צריך לשאול אותם ונאמנים אף

שכת"י יוצא ממקום אחר ולא חשיב חוזר ומגיד כיון שחתומים ביחד איתרע וכן כתב הסמ"ע. אולם בתשובת רי"ף (סי' קפ"ב) כתוב אם העדים החתומים אמרו שנתכוונו שלשתן להעיד רואין אלו העדים יודעין יפה בעניני העדות ויודעין שהקרובים פסולים להדדי אין שומעין להם אלא אומרים בהם עדים החתומים על השטר נעשו כמו שנחקרה עדותן בב"ד וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואם אינן בקיאים בעדות שומעין להם הרי מבואר אף דחתומים ביחד ואיתרע אם הם בקיאי' בעדות אינן נאמנים שישבו יחד ונתכוונו להעיד ואמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד:

וראיתי בשער משפט שתמה הא בקבל עליו קרוב. או פסול בין לעדות בין לדין אחר גמר דין אינו יכול לחזור וכשהעידו בב"ד הוי כגמר דין כמבואר (סי' כ"ב) ואם כן כיון דהלוה קבל עליו הקאו"פ ומיד כשחתם הוי כנחקרה עדותן וכהעיד בפני ב"ד למה פסול השטר וליהני להכשרים שהלוה קבל עליו עדות הפסולים כמו דנאמנין דלמחזי אתו או שלא הכירו בקרובים לדעת הרי"ף ועוד אם עדים אחרים מעידים שישבו כולם לחתום הא לפי עדותם היו כולם כשרים. ונראה ליישב כיון דעכ"פ עכשיו שנודע ע"י ב' עדים שישבו יחד שוב אינו מוכח מתוך השטר ואין כח בזה השטר כיון שצריך בירור מבחוץ על ידי העדים שקבל עליו הקרוב או פסול או על הכשרים החתומים בהשטר ועוד הא כל חילו ותוקף של השטר דכשר ולא הוי מפי כתבם הוא דגלי הקרא דמהני אם נעשה כתיקון השטר וכמו שכתב רש"י גיטין (דף ע"א) דאורחי' בהכי וזה הכל בנעשה על פי כשרין להעיד לו על פי פסולין הפוסלין כל העדות ומבטל אף הכשרים על פי חק התורה לא ע"י קבלות פסולין דבזה לאו תורת שטר עליו:

ואם נפסל על ידי חתימת הפסולים אם הכשרים זוכרים עדותן יכולין להעיד כמבואר שם בש"ע (סי"ג) והוא מדברי תשובת הרא"ש ודעת הלבוש והסמ"ע דהחתימה לא מקרי הגדה בב"ד וליכא רק ראיה לבד ולא מפסל כ"א השטר אבל בע"פ יכולין לחזור ולהגיד ודעת הש"ך דאם היו עמהם בשעת ראיה בטל לכ"ע דעדים החתומים על השטר כנחקרה עדותן בב"ד דמי והוי תרתי ראיה והגדה ובנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' ע"ו) וקצוה"ח כתבו כיון דהעדים פסולין לאו תורת שטר עליו ולא הוי כהגדה. אולם באמת לא נראה כן מדברי הפוסקים וביותר מבואר בדברי רמ"ה ב"ב (דף קס"ב) וז"ל ובדין הוא דאי מתברר דהאי קרוב או פסול חתם ברישא ובתר הכי חתמין כשרין בין מעילאי בין מתתאי אע"ג דחתימי זה שלא בפני זה כיון דחזיוה לחתימת ידיה בשטרא ואצטרפו בהדיה כמאן דאסהידו בהדיה כחדא דמי וענש הכ' לנטפל לעובר עבירה כו' ולנטפל לפסול כפסול עיי"ש עוד הרי אף לדעת רמ"ה דל"ב ראו ביחד והגדה בלבד פוסלת כמבואר בדבריו שם

ובטור (סי' ל"ו) ומ"מ בעינן עכ"פ הגדה תוך כדי דיבור כמבואר שם בדו"פ מ"מ שטר עדיף לעשות צירוף אף דלא ראו ביחד ולא חתמו ביחד וחתימתן על שטר אחד עושה הצירוף. והוי כאלו הגידו תוכד"ד אף דחתם הפסול מתחילה חשיב חתימתו כאלו הגיד בפני ב"ד וכדעת הש"ך. ובאמת מסתימת דברי רמ"ה משמע אף אחר שהי' השטר ביד המלוה גם כן מצטרף וזה צ"ע. גם משמע מדברי רמ"ה ואף דלא חתם מתחילה רק הפסול לבד והוי רק כעד א' מ"מ פוסל לד' רמ"א (סוף סי' מ"ו) דעד א' החתום בשטר לא אמרינן כנחקרה עדותו בב"ד אם כן לא הוי כלל כהגדה בב"ד יש לומר דמה דחתום הכשר אחר כך בזה נתעורר הגדות הפסול וחשיב כאלו הגידו ביחד אולם בש"ך שם העלה דאף בעד א' בשטר אמרינן בי' כנחקרה עדותו ויבואר אי"ה לקמן. עכ"פ מבואר דגם לענין קרוב או פסול הוי החתימה כהגדה לבטל העדות וכשיטת הש"ך. ועיין מה שכ' מו"ז בדברי משפט לתרץ דברי תשובת הרא"ש על פי דעת רמב"ם דעדות שבשטר ל"ה רק מדרבנן ויכול המלוה לומר אי אפשי בתקנת חכמים ונתבטל השטר מעיקרא ומועיל שפיר הגדות הכשרים לחוד וקצת יש לומר אף לדעת החולקים על דעת רמב"ם וסוברי' דעדות בשטר מועיל מה"ת וכנחקרה עדותן בב"ד דמי מן התורה מ"מ למה שהעלה בנתיבות (סי' מ"ו ס"ק ט') דעכ"פ בעינן שיבא השטר לפני ב"ד וכל זמן שלא בא השטר בפני ב"ד מן התורה יכולין לחזור דלא הוי כהגדה וכנחקרו בפני ב"ד עד שבא השטר לפני ב"ד ורק מתקנת חכמים מהני אף אם מתו או נפסלו העדים קודם שבא השטר לפני ב"ד. אם כן יש לומר דקודם שבא השטר לב"ד בנמצא אחד מן החתומים קרוב או פסול יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים שיהיה כנחקרה עדותן משעת חתימה בטרם שיבא השטר לב"ד ולכך מהני הגדת הכשרים שיגידו בעל פה. אולם לקמן יתבא' בהוכחה דלא כמו שכתב הנתיבות בזה רק מדין תורה הוי כנחקרו בשעת החתימה וגם דיש לומר כיון דנעשה כבר השטר ונתרצה לתקנות חכמים שוב אינו יכול לומר אי אפשי בתקנות חכמים וע"כ נראה כן דאם לא כן אף להסוברים דשטר הוא מן התורה כנחקרה עדותן בב"ד הא מ"מ לא עדיף מהגדה בעל פה ומן התורה צריך דרישה וחקירה ואחת מן השבע חקירות היא באיזה שעה ואנן לא כתבינן שעות וגזירת הכתוב הוא דצריך ז' חקירות גם בדיני ממונות רק מתקנתא דרבנן שלא תנעל דלת בפני לווין לא צריך דרישה וחקירה בדיני ממונות ואם כן לכ"ע היה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים או כיון דכבר התרצה המלוה וצוה לחתום בשטר מהני ואינו יכול שוב לומר אי אפשי בתקנת חכמים וגם כיון דהוי חב לאחרים אינו יכול לומר אי אפשי בתק"ח:

סימן כח

בש"ע (סי' מ"ו ס"א) או אמנה הוא או כתבתי ללות ועדיין לא לויתי כו' ה"ז נאמן ופירש בב"י דטוען ממנו נפל ומצאו והקשו האחרונים מדברי רמב"ם (פי"ב) מגירושין וש"ע אה"ע (סי' קנ"ב) בא הבעל וערער אם אמר ממני נפל ומצאה אינו נאמן שהרי הודה לה והרי הוא יוצא מת"י הרי דלא חיישינן לנפילה אף שיש לו מגו דמזויף ובנתיבות תירץ דבגט שייך חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו מה שאין כן בשטר דשל לוה הוא רק טענותיהם הוא על השעבוד לא שייך חזקה זו וכמו שכתב הש"ך (סי' מ"ז) ויש לגמגם בזה דאם כן כשאומר על תנאי נתתי ועדיין לא נתקיים התנאי או פקדון היה דמבואר שם דיתקיים בחותמיו ואמאי נאמן לומר פקדון נימא גם כן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. ובלח"מ שם ביאר דברי הרמב"ם דאירי דאשה אינה יכולה להכחיש כגון שאומר על תנאי כתבתי או פקדון היינו שאחר כתב והפקידו. אולם ממה דסיים שם הרמב"ם ואם לא נתקיים אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים אבל פסלה עצמה מכהונה שהרי פסלה עצמה בהודאת פיה ועשתה עצמה כחתיכה של איסור משמע דאירי דהאשה מכחישו בבירור ויקשה נימא חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ולא יהיה נאמן לומר פקדון או תנאי אף במגו אלא ודאי כיון דמסייע חזקת אשת איש וכל זמן שלא נתקיים השטר הוי כחרס נאמן במגו ואם כן בטענת נפילה יהי' גם כן נאמן. ולכאורה יש לומר דהא הרמב"ם וש"ע כתבו ואם לא נתקיים אינה מגורשת להיות מותרת לאחרים ולמה לא כתבו תצא והולד ממזר כמו שכתב הרמב"ם (פ"ז) וש"ע (סי' קמ"א סנ"ג) בשליח שהביא גט במקום שצריך לומר בפני נכתב אלא ודאי דיש לומר דשם בשליח הטעם דהוי הולד ממזר כיון דהבעל צווח מזייף והאשה א"י וכמו שכתב המ"מ מובא שם בב"ש (ס"ק ס"ט) ובזה סובר הרמב"ם דמדאורייתא בעינן קיום דל"ש לא חציף לזייף והיינו בכל שטר יש לומר חזקה דלא חציף להעיז ולזייף אבל כשהשליח מביא והבעל מכחיש חיישינן אבל היכא דהאשה מכחשת בברי ובזה מדאורייתא לא בעי קיום דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד לכך ל"ה הולד ממזר רק כשטוען נאמן במגו דמזויף ובעינן קיום מדרבנן:

ולפי"ז יש לומר דלכך אינו נאמן כיון דעד עתה כל זמן שלא ערער הבעל היינו מחזיקינן לה למגורשת דלא בעי קיום כשהיא עצמה מראה גיטה דלא תקלקלה עצמה וגם מתוך חומר שהחמרת ומשום תקנת עגונות וכמו שכתב הב"ש שם ואם כן הוי מוחזקת למגורשת לכך דוקא אם טוען הבעל טענה דשכיח נאמן במגו אבל נפילה דיחיד דלא שכיח אינו נאמן הואיל דכבר הוחזקה למגורשת ואינו נאמן להוציאה מחזקתה מה שאין

כן כאן כל זמן שלא נתקיים השטר הוי כחספא בעלמא לא מחזיקינן להשטר כל זמן שלא נתקיים כיון דהצריכוהו חכמים קיום לכך נאמן במגו כיון דרק על ידי דבריו נתקיים השטר והוי הפה שאסר דעדיף מכל מגו דנאמן אף במקום חזקה וכמו שכתב הפנ"י כתובות (דף ח"י) מה שאין כן בגט בלעדי ערעורו לא הוי צריך כלל קיום ויהיה עתה נאמן במגו לא אמרינן כשטוען נפילה דיחיד. ואף אם נאמר דגם בגט כל זמן שלא נתקיים הוי הולד ממזר וצריך קיום מדאוריית' וכמו שכ' הב"ש שם (ס"ק ס"ט) דאין חילוק בין טענת ברי לשמא ומה שכ' שם להוכיח מרמב"ם וש"ע (סי' קנ"ב) הנ"ל דאינה מגורשת משמע מדאורייתא יש להתבונן הא מדכתב הרמב"ם שהרי פסלה עצמה בהודאת פיה ועשתה עצמה חתיכה דאיסורא משמע דבלעדי דבריה ומטעם שוי' נפשה חתיכא דאיסורא אף מדאורייתא לא היתה מגורשת. ובש"ע השמיט סוף דברי רמב"ם וצריך לתת טעם בדבר עכ"פ יש לומר דמדאורייתא מגורשת על ידי ברי שלה וחזקה מ"מ יהיה איך שיהיה יש מקום לחלק כמו שכתבתי דעכ"פ עד עתה היינו מחזיקינן אותה למגורשת ועתה בא לבטל חזקתה אינו נאמן במגו דנפל מה שאין כן כאן. ועוד יש לומר דבאמת לנפילה דיחיד לא חיישינן רק בממון חיישינן לקנוניא דאחר מצא ונתן למלוה שיתבע ויתחלקו ביניהם מה שאין כן בגט לענין איסור לא חיישינן דאחר שמצא נתן לה לקלקלה ולהתיר אשת איש לעלמא דליתא בחזרה. ויש לומר דזה כוונת המ"מ דכתב דיש חילוק בין ממון לאיסור וכמובן:

ועיין ב"ש (סי' קמ"ב ס"ק ב') שכתב להסוברים כשטוען מזויף צריך קיום מדאורייתא אם כן אם בא הבעל ומערער שהגט מזויף מה מהני קיום של עד א' האומר בפ"נ ומחלק אם אתא הבעל מיד ומערער לא מהני אבל כשאינו מערער מיד בעת שאומר בפני נכתב אז הוי כאלו נתקיים על פי ב' עדים וכיון דכבר נתקיים לא משגיחינן ביה ובנתיבות כתב ליישב על פי זה דעת רבינו אביגדור שהביא הש"ך דסובר דוקא אם הוחזק השטר בב"ד ונעשה השטר בחזקת כשר מדאורייתא שוב אינו יכול להוציאו מחזקתו אבל כשטוען מזוייף מיד כשבא השטר לב"ד אז דעתו דבעינן הקיום מדין תורה. אולם המעיין בדברי אור זרוע אשר זכינו לאורו בדפוס ושם מבואר באורך תשובת רבינו בעל א"ז לר' אביגדור והוא תשובת אותו גדול שהביא במהרי"ק וכמו שכתב הש"ך שאותו תשוב' חיבר איזה גדול והשיב לר' אביגדור כהן בעצמו וחכם עדיף מנביא שכן הוא לפנינו בא"ז שהוא רבו של מהר"מ ר"ב שהשיב ככל החזיון הזה לר"א בעצמו. ומשם מבואר דהנידון היה שבא השטר בפני ב"ד ולא ידעו אם זה כתב ידם והמתקדשת לא הכחישם מיד ואחר כך חזרו העדים ואמרו שהשטר הוא פלסתר גמור עיין שם ועל זה דן ר"א דבטוען מזויף

צריך קיום מדין תורה הרי אף דהוחזק מקודם השטר בב"ד גם כן כשיש הכחשה וטענת מזוייף אחר כך צריך קיום מדין תורה ובעל הא"ז האריך שם הרבה דכשבא השט' לפני ב"ד אז אף אם באו אחר כך העדים ואמרו לא חתמנו א"נ מדאורייתא דהוי ככבר נחקרה עדותן בב"ד והוכיח מהך דגיטין דמשום עיגונא אקילו דסגי בחד אף אם אתא הבעל אחר כך ומערער וחזינן לדעתו דרבינו אביגדור דאף דבא השטר לפני ב"ד מקודם שהיה מערער בדבר ואם כן החזקנו השטר מדין תורה דנעשה בהכשר ובכל זה אם יש מערער אחר כך צריך קיום מה"ת. ומה שכ' ר"א בהגהות מרדכי דהשתא מיהא לא אתי וליכא הכחש' קמן אבל היכא דאיכא הכחשה קמן אפילו מדאורייתא בעי קיום גמור ואי לא מקיימי' חספא בעלמא הוא כוונתו הוא דהא כל זמן דליכא מערער לא בעי מדאורייתא שום קיום וסמכינן על חזקה דלא חציף לזייף ומדרבנן בעינן קיום ומשום עיגונא אקילו דסגי בחד וכיון דהחזקנוה למגורשת שוב אף כי מערער הבעל אח"כ א"נ מה שאין כן בשטר קידושין דלא אקילו לקיים אף על ידי עד א' אם כן אף מדין תורה כשבא השטר בפני ב"ד וליכא מערער לא בעי קיום מ"מ עכשיו דבעינן קיום לא החזקנו אותה לא"א בבירור וגם כיון שהאשה לא היתה בפני ב"ד ואולי תכחיש ותערער לכן עכ"פ לא קבלנו עדותן בבירור גמור לכך כשמכחישה ואומרת שמזויף הוא השטר בעי קיום אף מה"ת:

ודעת הא"ז שם דאף אם העדים בעצמם אומרים לא חתמנו מ"מ אם בא השטר לפני ב"ד ואחר כך באו העדי' ואמרו לא חתמנו אפילו אין כתב ידם יוצא ממ"א א"נ מן התורה כיון שבא השטר לב"ד קודם והש"ך הניח דין זה בצ"ע ובתומים תמה על זה וכי גרע משני עדים שאמרו על אחד שעשה עבירה דנתנה התורה נאמנות להם ובזה נמי כשהעידו שאין זה חתימתם והמלוה זייף למה לא יהיו נאמנים. ויש לומר בטעמו דכיון דכשנראה השטר בב"ד ודנו הב"ד לשטר מעליא מטעם דלא חציף לזייף הוי כאנן סהדי דשטרא מעליא הוא והרי בשנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים אחרים ואמרו דאנוסים היו אם כ"י יוצא ממ"א הו' תרי נגד תרי והטעם כיון דעד שלא באו העדים הללו היינו מחזיקין לשטר מעליא דמסתמא לא היו אנוסים והוי כאלו העידו בפירוש דלא היו אנוסים והוי תו"ת כן נמי מן התורה כיון דנראה השטר בב"ד והיינו דנין לשטר מעליא מטעם דאנן סהדי דלא זייף הוי כחוזרין ומגידין ואף דלדבריהם לא הגידו כלל מ"מ א"ד למעידין על חבירו שעבר עבירה דאין מעידין על עצמן שום דבר רק על חבירו מה שאין כן בזה דעיקר עדותן על עצמן שזה אינו חתימתן רק ממילא נשמע מדבריהם שהוא זייף אבל עיקר עדותן על עצמן וכיון דבלא דבריהם מחזיקינן לשטר מעליא לכך מה"ת א"נ:

ברם יש להבין דבריו כיון דמודה דאם באו העדים והעידו קודם שבא השטר לב"ד שאין זה כתב ידם דנאמנים ולא חיישינן לשטר כלל רק כיון שבא השטר מקודם לכן לב"ד והחזקנו לשטר מעליא וכמו שכ' שם וז"ל הלכך אתברר לן דכל תרי דחתימ' אגיטא או אשטרא דממונא או דקדושין והובא השטר לב"ד אפילו האי מערער צווח ואמר להד"מ לא משגיחינן ביה מדין תורה ואפי' אמרי סהדי לא חתמנו לא מהימני הלכך הא דאתינן עלה הואיל והובא שטר קידושין לפניכם וחתימו תרי וקראתם אותם הרי הוחזק שטר קידושין לפניכם שאתם ב"ד והאי דקאמרו שאין זה חתימתם לא משגיחינן בהו ובעי גיטא דאורייתא עכ"ל ואמאי הא אף שהוחזק השטר קידושין מ"מ לא החזקנו אותו לשטר ברור בלא קיום דמדרבנן בעינן עכ"פ קיום ובודאי אם קדשה אחר חיישינן לקידושין של השני אם כן כיון דלא אתחזק לדבר ברור למה לא יהיו נאמנים לומר לא חתמנו וגם הא מבואר מדבריו דכל זמן שלא בא לפני הב"ד אף שראו אחרים תחת ידו השטר מ"מ כ"ז שלא הוחזק בפני ב"ד נאמנים לומר לא חתמנו אם כן כיון דכ"ז שלא הגיע השטר לפני ב"ד ע"כ דלא נגמר ההגדה ואף מה"ת נאמנים לומר לא חתמנו וכיון דצריך שיבא לפני ב"ד הא אנן לאו ב"ד אנן רק הדיוטות רק מטעם שליחותייהו דקמאי עבדינן ולרוב הראשונים לא הוי רק מדרבנן וכיון דמדרבנן בעי קיום למה לא יהיו נאמנים לומר לא חתמנו כיון דהוי מן התורה כאלו היה חוץ לב"ד ולא הוחזק השטר עדיין וגם כשבא לפני ב"ד מדרבנן בעינן עכ"פ קיום אם כן למה לא יהיו נאמנים לומר לא חתמנו. וכנראה מדברי הא"ז הא דאמרינן עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקר' עדותן בב"ד מדאורייתא זאת החזקה תלויה בקריאת השטר בב"ד וכן מבואר במהרשד"ם אה"ע (סי' א') בתשובת רבו הגאון מוהר"י טאיטצק ז"ל שכן דעת הא"ז. ואם כן כיון דמן התורה לא הוי כנחקרה עד שבא לב"ד ואנן לאו ב"ד אנן רק שליחותייהו דקמאי ומן התורה הוי כלא בא לפני ב"ד ומדרבנן צריך קיום למה לא יהיו נאמנים לומר לא חתמנו אף דכל סברתו שם דאם אמרו לא חתמנו טרם שבא לב"ד הוי ההגדה בכתב אחר כך כחוזר ומגיד דכל זמן שלא בא לפני הב"ד לא הוי הגדה ואם כן כיון דעכ"פ מדרבנן שליחותייהו יהו דקמאי עבדינן והוי כאלו נחקרה עדותן בב"ד כשבא השטר לפני ב"ד שוב באמרם לא חתמנו אחר כך הוי כחוזר ומגיד מ"מ צריך להבין כיון דהם אמרו דצריך קיום למה יחשב הגדה בטרם שיתקיים השטר שיהיו כחוזרין ומגידין כשאומרים לא חתמנו. ויש לומר למה שכ' לעיל דיני דייני' כמה פעמים להוכיח דמה דאנן עבדינן שליחותייהו דקמאי מהני לכל ענינים כמו אם היו בפני סמוכין והכא נמי לענין זה:

והגאון מהר"י טאיטצק ז"ל שם וכן מובא בדברי ריבות (סי' קפ"ו) האריך להשיג על זה מטעמים אחרים והביא ראיה מירושלמי (פ"ב דכתובות) שם מובא תוספתא עדים שהעידו בין לטמא בין לטהר כו' משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו אינם נאמנים רשב"ל אמר עשו העדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד הן אומרים אינו כתב ידינו ואחרים אומרים כתב ידינו הוא זה תני ר"ח לא מעלין ולא מורידין וזה קאי שם על כל הדינים בתוספתא וקאי נמי על טומאה וטהרה איסור והיתר ואעפי"כ דוקא אם יש אחרים שאומרים כתב ידינו אבל בלעדי עדותן של אחרים היו נאמנים ואמאי הא לענין איסור נוקמי על דין תורה וכיון שיצא השטר בפני ב"ד לא יהיו נאמנים לומר אחר כך אין זה כתב ידינו אלא ודאי אף מדין תורה נאמנים לומר לא חתמנו וזה לא קשה כל כך דיש לומר דהירושלמי איירי בדיני ממונות דוקא בזה וכיון דצריך לקיים עכ"פ מדרבנן ודאי נאמנים לומר לא חתמנו:

ויש להבין בדברי הש"ך (דבס"ק ט') הניח דין זה בצ"ע אם נאמנים לומר לא חתמנו ובדין דירושלמי הנ"ל הביא (ס"ק י"ב) וכתב דדוקא כשאין אחד מעיד על חבירו שאין זה כתב ידינו אבל אם עדי השטר כל א' מעיד על חבירו שאינו כתב ידו הוי לי' תרי ותרי וקשה דלהך צד דמדין תורה אינן נאמנין לומר לא חתמנו אם כן אף דחכמים הצריכו קיום מ"מ כשנתקיים בדין ע"י עדים אחרי' בזה יש לדון כמו מן התורה דאינו נאמן. ויש לומר למה שכתב הש"ך (ס"ק ל"ב) בטעמא דרמב"ם דצריך שיזכרו העדים גוף הענין דלא להוי מפי כתבם וכתב דאף להסוברים דעדות בשטר מהני מדין תורה מ"מ בעינן שיזכרו ממה שכ' בשטר ופי' בנתיבות דאף דיקשה מדין תורה מה חילוק בין אם מתו העדים או אם הם לפנינו ואינם זוכרין וכתב דכמו לר"ת דמתיר בראוי להגיד בפיו דיכול לשלוח עדותו בכתב לב"ד דמ"מ בעינן שיבא הכתב לפני ב"ד וקודם שבא לפני ב"ד יכולין לחזור ולהגיד וכמו שכתב הרמ"א בתשוב' אם כן בשטר מניין לנו דהוי כהגדה בב"ד וכנחקרה עדותן בשעת חתימה דלמא בעינן דוקא שיבא השטר ואז יהיה הגדה בפני ב"ד וקרא דלמען יעמדו ימים רבים דמוכח דאף במתו העדים גם כן מהני יש לומר דאיירי בנתקיים באמת [ובאמת כך פירש"י בירמיה ואת הגלוי דהוא הקיום וכמו כן בתרגום] ולזה סובר הש"ך דבאמת מדין תורה כך הוא דצריך שיבוא השטר לפני ב"ד והא דכל שטר הוי כנחקרה מעת חתימה הוא רק תקנות חכמים שמא ימותו עדי' קודם שיבוא השטר לפני ב"ד לכן לא מכשירין רק במתו אבל באם הם לפנינו בעינן שיוכלו להגיד ושיזכרו. ולפי"ז יש לומר דעתה שצריך קיום ב"ד לא הוי הגדה כל זמן שלא נדע אם הוא כתב ידם דקודם קיום לא ידענו כלל אם יש כאן הגדה אם כן היכא שבא השטר

לפני ב"ד ואמרו אין זה כתב ידינו נאמנים אף דמכחישין אחר כך תרי ואמרו כתב ידם הוא זה מ"מ הוי תרי נגד תרי אם היה הגדה כיון דלא הכירו ולא ידעו הב"ד כשבא השטר לפניהם אז לא חשיב כהגדה לכך הוי תרי נגד תרי. והא בשורף שטרו או מי שנמחק שטרו כותבין לו אחר אף דעדיין לא הוי הגדה בפני ב"ד דלא נראה השטר בפני ב"ד ועיין רשב"א ב"ק דיש סוברים דבאמת בעינן שהשטר כבר נתקיים בפני ב"ד אבל דעת כל הפוסקים אינו כן הרי דלא בעינן הגדה בפני ב"ד ויש לומר דזה הוא גם כן מתקנת חכמים כמו במתו העדים דחשבינן כאלו הגידו כבר בב"ד בשעת חתימה כן נמי בזה אבל מדין תורה כל זמן שלא בא השטר בפני ב"ד לא הוי כנחקרה וכן נראה דעת הא"ז וכיון דבעינן הגדה בפני ב"ד ומה שבא השטר לפני ב"ד חשיב כהגדה שפיר ל"ה הגדה כל זמן שלא נתקיים ויכולין לחזור ובאמת היה נראה דקודם שבא השטר לפני ב"ד היו יכולין העדים לחזור קודם שנראה השטר לפני ב"ד כמו לדעת ר"ת בשולחין כתבם לב"ד דנגמר ההגדה רק כשבא הכתב לפני ב"ד ויכולין לחזור קודם לכן ויש לומר אף בכתב ידם יוצא ממ"א מ"מ קודם שבא השטר לפני ב"ד יהיו נאמנים לבטל השטר ואולי זה נמי הוי תקנת חכמים שנגמר ההגדה כיון דמהני אם מתו אבל לומר אין זה כתב ידינו נאמנים שפיר כל זמן דלא נתקיים ואתי שפיר דברי הש"ך דהוי תרי ותרי כיון דקודם שנתקיים אמרו אין זה כ"י והוי תו"ת:

ובזה מיושב הא דקשה למה שכ' הר"ן כתובות להוכיח הא דקתני בברייתא דב' חתומים על השטר ומתו וכו' מדקתני הרי אלו נאמנים באין כ"י יוצא ממ"א הוא אף לקרוע השטר ועיין (סעיף ל"ז) וסמ"ע שם (ס"ק צ') אם כן במתניתין נמי דקתני הרי אלו נאמנים ומשמע דקרעינן להשטר ואמאי הא אלו יקיימנו שוב לא יהיו נאמנים דיהיו חוזרין ומגידין מה שאין כן בברייתא דאף אם יקיימנו גם כן לא יגבה דלא הוי רק כתרי ותרי הואיל דשנים אחרים אומרים קטנים היו ובמתניתין לא נקרע דאם יתקיים השטר יגבה בו ולמה שכ' אתי שפיר כיון דכל זמן שלא נתקיים השטר לא חשיב עדיין הגדה אם כן נאמנים אז לומר אנוסים לפסול השטר דכל זמן שלא נתקיים לא הוי הגדה בב"ד אף שנראה השטר בב"ד ויכולין לחזור ולהגיד ושוב כשנתקיים הוי כחוזרין ומגידין להיפך שהשטר יהיה כשר ועיין בש"מ כתובות במתניתין (דף ח"י) שכתב כשבאו לקיים השטר נפל זה ההפרש ואמרו כתב ידינו כו' כיון שכבר נפסל השטר ואיתרעאי לפני ב"ד שוב אין לו תקנה אף על גב דשוב נמצא כתב ידם יוצא ממ"א ובנתיבות (ס"ק כ"א) כ' משם הש"מ דכתב בברייתא הטעם דלא קרעינן משום דכיון דלא נחקר' עדותן נאמנין מטעם עדות ואם כן אפשר בעדים עצמן קרעינן ליה ולא אדע כוונתו מה שכ' בלשון אפשר הא מבואר כן

לדינא בש"מ במתניתין כיון דנפסל השטר לפני ב"ד שוב אין לו תקנה ואולי ט"ס הוא בדבריו דבש"מ בברייתא דמתו העדים החתומין ובאו ב' מהשוק דקתני הרי אלו נאמנין כ' בפירוש וקרעינן ליה וכ' הטעם דאף דאינן נאמנין רק משום מגו דאי בעו לא מקיימו מ"מ כל שני עדים נאמנים הם לכל עדות אלא היכא דכ"י יממ"א אינן נאמנין ומגבי ביה היכא דתפס משום דהוי ליה תרי ותרי אבל כל שעה דלא נתקיימו עדים שבשטר ולא נגמרה עדותן נאמנים ב' עדים להכחישן עיין שם ומזה דן בעדים עצמן קרעינן ליה. וקצת משמע דיש נ"מ בין הטעם דש"מ לטעם הרשב"א המובא שם ובר"ן ובש"ך (ס"ק צ"ט) דלכך קרעינן ולא חיישינן דלמא משכח אחר כך עדים ומקיים ליה כיון דאף אם מקיים ליה לא נפק' מידי ספק דאכתי הוי ליה תרי ותרי לרבויי בספיקי לא מוקמינן ליה לשטרא אם כן במתניתן לא קרעינן כיון דאם משכח אחר כך עדים ומקיים ליה יהיו החתומים כחוזרין ומגידין ויגבה בשטרו אך מ"מ יש לומר כיון דכל זמן שלא נתקיים נתקבל עדותן אז אף אם יתקיים יהיו רק כתרי ותרי לכך קתני אינן נאמנין אבל לעולם יש לומר כל זמן דלא נקרע השטר אם תפס ונתקיים אחר כך מהני תפיסה. גם יש להסתפק לדברי הרשב"א לרבויי בספיקי לא מוקמינן ליה לשטר אפשר דזה דוקא אם עדיין לא תפס ועומד רק שבא לגבות בהשטר ובאו שנים מן השוק ואמרו כתב ידם אבל כו' בזה נאמנין לגמרי אף לקרוע השטר כיון דאף אם יקיים השטר אחר כך לא יגבה בו ורק לענין לרבות בספיקי שיועיל תפיס' לא מוקמינן לשטרא אבל אם המלוה כבר תפס ועומד אפשר דאין מוציאין מידו דדלמא יקיימנו ולדברי הש"מ דנאמנים לגמרי אלו השנים משום דלא נגמרה עדותן כשלא נתקיים יש לומר דמוציאין ולמה שכ' דאח' שנראה השטר בב"ד לא הוי הגדה כלל אתי שפיר בעדים עצמן שאמרו כתב ידינו ואנוסים היינו דאינן נאמנין לגמרי ואף אם תפס ועומד מ"מ אף אם יתקיים אחר כך הוי כחוזרין ומגידין להיפך אך יש להתבונן למה שכ' דכל זמן דלא בא לפני הב"ד ל"ה כנחקרה עדותן אם כן אם שלא בשעת הקיום רק אינהו מנפשייהו באו לב"ד למימר עלה דהא שטרא כתב ידינו אבל אנוסין היינו באו להחזיקו בפסול נאמר דשוב לא יועיל בו קיום כלל כיון דהעידו קודם שבא השטר לב"ד ולא כן מבואר שם בש"מ רק אם שוב נכיר אנו מעצמנו החתימות לא יועילו דבריהם כלל ומקיימין השטר. ברם יש לומר דזה הוא מתקנת חכמים כמו שכתבתי לעיל:

ולפי"ז יש ליישב קצת הא דהקשה הקצוה"ח ע"ד הרמב"ם דסובר דבעינן שיזכרו העדים מדברי תוספתא מס' גיטין העדי' שאמרו כתב ידינו הוא אבל אין אנחנו מכירין לא את האיש ולא את האשה הוי קיום ואמאי הא אין זוכרין הענין ולמה שכ' דכל טעמו של

הרמב"ם הוא משום דכל זמן שלא בא השטר לפני ב"ד לא הוי כהגדה בפני ב"ד רק כשבא לב"ד אז נגמרה ההגדה לכך בעינן שיזכרו ורק אם מתו העדים מהני מתקנות חכמים אם כן יש לומר דזה דוקא היכא דבעינן הגדה בפני ב"ד אבל במה דלא בעינן הגדה כלל בפני ב"ד כגון באיסור הוי הנדה בשעת חתימה כיון דמהני הגדה גם חוץ לב"ד לא בעינן שיזכרו עוד בשעת הבאת שטר לפני ב"ד כיון דכבר הגידו. וכבר האריך בנתיבות (סי' כ"ח) להוכיח דעדי חתימה גבי גט מעידין רק שנכתב בצווי הבעל וזה לא הוי על גמר הדבר ולא בעי הגדה בפני ב"ד ועד מפי עד מהני אם כן בזה הוי גמר הגדה בשעת חתימה לכך אף באינם זוכרים אחר כך מהני גם כן דהגדה כבר היה ונגמרה בשעת חתימה שנכתב על ידי צווי הבעל ולא בעינן בזה ב"ד. אך יש להתעורר אם כן בשטר קנין נאמר דלא בעינן שיזכרו הענין בשעת ביאת השטר לב"ד כיון דכבר הגידו בשעת חתימתן שנכתב בצווי הבעל דין וזה היה מהני אף חוץ לב"ד וכמו שכתב שם (סי' כ"ח) בנתיבות ומדברי רמב"ם משמע דקאי אף על שטר קנין. ובאמת מלשון הרמב"ם שכ' ולא ימצא בלבו זכרון כלל שזה לוה מזה מעולם וכן ואין אנו זוכרין שזה לוה מזה או מכר לו משמע דקאי על שטר ראיה דאי בשטר קנין למה צריך שיזכרו מהלואה או מכירה הא סגי שיזכרו בצווי המתחייב דהמה רק ע"ז עדים ועל המכירה אנן סהדי ועיין קצוה"ח ונתיבות (ס"ק יוד) אלא ודאי דאיירי בשט' ראיה ובזה בעינן הגדתם על עיקר הענין ולכך הוי מפי כתבם ולא הוי הגדה עד שיבא לב"ד אבל בשטר קנין הואיל דלא הוי עדים רק על מה שנכתב בצווי המתחייב וזה מהני גם כן מפי כתבם ולא בעי נמי הגדה בפני ב"ד וכמו שכ' הנתיבות (סי' כ"ח) אם כן לא בעינן שיזכרו בשעה שבא השטר לפני ב"ד [ומדברי הנתיבות (ס"ק י') כאן לא משמע כן ודבריו סותרים קצת לדבריו (שבסי' כ"ח)]:

ובזה נמי מיושב מה שהוכיח בקצוה"ח מתוספת' גיטין הנז' מדין תורה אינן נאמנין לומר אין זה כ"י מדקתני באמרו אין זה כתב ידינו ואחרים אמרו כתב ידם הוא דמשמע אף שהראשונים מעידין כל א' על חבירו ולמה שכ' אתי שפיר דדוקא בגט הואיל דעיקר הגדה לא הוי רק שנכתב בצווי הבעל ובזה מהני מפי כתבם והגדה חוץ לב"ד אם כן הוי הגדה מכבר והוי חוזרין ומגידין אבל בשטר ראיה דבעינן הגדה על גוף הענין ובזה לא מהני הגדה חוץ לב"ד וגם מפי כתבם לא מהני ובעינן לגמור ההגדה שיבא השטר לב"ד לכך כל זמן שלא נתקיים לא הוי הגדה בהבאת השטר לפני ב"ד ויכולין לומר אין זה כתב ידינו ואף שבאו אחר כך עדים ואמרו כתב ידם הוא הוי תרי ותרי הואיל דקודם הגמר הגדה אומרים אין זה כתב ידינו ובעת שהאחרים מעידין שזה כתב ידם אם נאמר דיהיו נאמנים היינו שמעידין דאז שבא השטר לפני ב"ד העידו החתומים על השטר

במה שהב"ד ראו השטר דזה נחשב הגדה והמה אמרו קודם לכן דאין זה כתב ידם ואין לומר אם כן נאמר דאף תרי ותרי לא הוי רק הראשונים יהיו נאמנים כיון שקודם שנגמר ההגד' בפני ב"ד העידו שאין זה כתב ידם ואחר כך במה שנחזיק להגדה על ידי השטר על ידי האחרונים שאמרו כתב ידם הוא שוב יהיה כחוזר ומגיד הראשונים זה אינו כיון שהאחרים אמרו שכבר נגמר ההגדה בב"ד על ידי הבאת השטר לפני ב"ד רק שהב"ד לא ידעו מזה בשביל שלא הוי קיום על חתימתם אבל עכשיו שבאו אחרים והעידו שכתב ידם הוא נחשב ההגדה למפרע לכך הוי תרי ותרי דהוי כמו אלו באו שני עדים להעיד על שני עדים שהעידו בפני ב"ד והמה מכחישין דהוי כתרי ותרי. אבל מ"מ גם הראשוני' יכלו לומר אין זה כתב ידינו הואיל דלפי דבריהם לא הוי הגדה כלל כיון דעכ"פ בלעדי האחרונים לא הוי ידענו מההגדה מה שאין כן מן התורה נגמר ההגדה בהבאת השטר שפיר שוב א"י לומר א"ז כתב ידינו כדמשמע נמי מתוספתא וכמו שכ' הקצוה"ח:

אך באמת יש לומר מתוספתא אינו ראיה דז"ל התוספתא כיצד אמרו יתקיים בחותמיו עדים שאמרו כתב ידינו זה כשר אבל אין אנו מכירין לא את האיש ולא את האשה כשר אין כתב ידינו זה אבל אחרים מעידין בהן שהוא כ"י או שהי' ימ"א כשר ומפרש הקצוה"ח כיון שאמרו אין אנו מכירין ואין זוכרין כלל מה שיש בגט אפ"ה כשר. ויש לומר כיון דאין כותבין אלא אם כן מכירין אינם נאמנים לשוי' נפשייהו לרשעים ושעשו שלא כהוגן או יש לומר כיון דבשעת הסכנה כותבין אף עפ"י שאין מכירין וכשר בדיעבד אם חתמו בלא הכרה כמבואר בח"מ אה"ע (סי' ק"כ) אם כן יש לומר דאין מעידין כ"א ע"ח כ"י הוא זה דלעולם מעידין על גוף הדבר כמו על מנה שבשטר כן נמי בגט כשאמרו כתב ידינו הוא זה מעידין שכתבו בצווי הבעל וכשר בדיעבד. וממילא יש לומר דגם בסיפא אין כתב ידינו זה איירי כשאין אחד מעיד על חבירו כמו שמפרש הריטב"א דברי ירושלמי ולכך מהני אם אחרים מעידין על כתב ידם ולא הוי תרי נגד תרי רק תרי לגבי חד. ובלא"ה יש לומר מדלא קתני בתוספתא אין זה כתב ידינו כמו שהוא בירושלמי כתובות הנ"ל רק קתני אין כתב ידינו זה הפירוש הוא שאין העדי' לפנינו לשאול אותם והיינו דקתני אין כתב ידינו זה שאין כאן העדי' שיאמרו כתב ידינו הוא אבל אחרים מעידין על כתב ידם או שהי' כתב ידם יוצא ממ"א מקרי נתקיים בחותמיו שוב ראיתי בס' חסדי דוד שמפרש כן דברי התוספתא אולם לא הרגיש כלל דיש לומר אף אם באמת מעידין דאין זה כתב ידם רק שכל אחד אינו מעיד על חבירו הוי כתרי נגד חד. [ולדעת ר' אביגדור דכשטוען מזויף בעינן קיום מן התורה ושם קאי על המתניתין אם יש עוררין יתקיי' בחותמיו הא דמהני קיום כשכתב ידם יוצא ממ"א שהוא קיום גרוע על ידי דימוי

סובר דמהני קיום על ידי דימוי אף אם צריך קיום מן התורה]. עכ"פ מדברי תוספתא אינו ראיה לדברי הרמב"ם דבעינן שיזכרו עדותן. ומלבד זה כבר כתב הא"ז בתשובה הנז' דלא אשכחן דאית להו לבה"ג ולרמב"ם האי סברא אלא בממונא אבל באיסורא לא ואף דלא אתברר טעם הדבר וכן בתשובת מהר"ם אלשיך (סי' מ') תמה על זה וכתב דאיפכא מסתברא דבממונא לכ"ע לא בעינן דרישה וחקירה ובעדי קידושין דצריך חקירה להוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד והאריך בזה עיי"ש וכן בים של שלמה מס' כתובות (פ"ב סי' כ"ד) כ' דלא נראה לחלק שהרי הרמב"ם כתב קל הוא שהקילו בדיני ממונות ואפי"ה כתב שאם אין זוכרין כלל שאסור להעיד כ"ש באיסורין מ"מ בגט שכבר נישאת ונעשה מעשה ולא חיישינן לזיוף ודאי יש לומר כיון דאתחזק למגורשת לא מהני אחר כך מה שאינם זוכרין ואינו ראיה מתוספתא. אולם דעת הא"ז שם בנידון הנשאל דהוציא השטר בפני ב"ד ולא נעשה מעשה עדיין ואעפ"כ כתב הא"ז כיון דבא לפני ב"ד והמערער צווח דדעתו באיסור' לא בעינן שיזכרו אינו מובן הטעם ואולי דרק להוציא ממון נאמני' שאינם זוכרין ולא לענין איסור. ובלא"ה לשון הא"ז שם קשים שכ' וז"ל אם כן הא דאתינן עלה אפילו היו אומרים חתמנו אבל לא ראינו שקידשה היו נאמנים לומר שלא ראו הקידושין כ"ש השתא דאמרו שאין זה חתימתן דמהימני אם לא נאמר דהוא גרע טפי דהא חזינן להו דחתומי ואמרו לא חתמנו אבל התם לא ידעינן אם ראו המלוה או המכר עכ"ל ואינו מובן הא אם אמרו חתמנו אבל לא ראינו שקדשה ודאי דלא הוי נאמנים דהא משווי' נפשייהו לרשעים והוי כמו אנוסים מחמת ממון דאינם נאמנים אף באין כתב יד יוצא ממ"א וצ"ע.

עכ"פ אף דאינו ראיה מדברי תוספתא מ"מ מבואר דדעת הא"ז דמן התורה לא הוי עדותן שבשטר עד שיבא השטר לפני ב"ד. אך מה שכ' הנתיבות בכוונת הש"ך דלכל הפוסקים לא הוי שטר מדין תורה עד שיבא לפני ב"ד אם כי גם מדברי הא"ז מבוא' כן וכמו שכתבתי מ"מ מדברי תוס' ורא"ש יבמות (דף ל"א) מבואר להיפך דלדבריהם צריך שיזכרו אז בשעה שבא השטר לפני ב"ד מן התורה ותוס' שם ד"ה דחזו הקשה הר"י ז"ל מב"ק גבי טורף שטרותיו ואי דאיכא סהדי דידעין לכתבו שטרא אחרינא ואמאי הא הוי מפ"כ ותירץ הר"י דגם שם ביבמות בשטר קידושין אם היו מעידים שכך ראו בשטר עבדי שפיר דהוי כאלו מעידים ראינו עדות שנתקבל בב"ד דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה אבל חיישינן שמא לא יעידו שכך ראו בהשטר אלא שמא יעידו על המעשה עצמו כאלו הם זוכרים והם אין זוכרין אלא ע"פ הכתב ואם נאמר דמן התורה לא הוי כנחקרה עד שיבא השטר לפני ב"ד ושיהיו זוכרין אז גוף העדות אם כן אף דבדיני

ממונות מתקנת חכמים מהני מ"מ לענין דיני נפשות לדונה על ידי השטר לאשת איש ולהרוג אותה כשזינתה הוי מפי כתבם ולא נגמר ההגדה עד שיבא השטר לפני ב"ד. ואף לדעת ר"ת דיכול לשלוח כתב לב"ד מ"מ בדיני נפשות דעת רמ"א בתשובה דלא מהני כמו שהבאתי לעיל דיני עדות (סי' ט') וכמו כן שטר לא יהיה מועיל עד שיבא לב"ד וגם שיזכרו אז עדותן ולמה כתב הר"י דאם מעידין שכך ראו בשטר דמהני. אלא ודאי דשטר ענין אחר ואף שלא בא לב"ד הוי הגדה ואין צריך שיזכרו אחר כך אף מן התורה ודנין על פיו דיני נפשות ועיין שם בראש שכתב דדברי ר"י בתוס' נראה עיקר ומבואר דלא כמו שכ' בנתיבות אולם למה שכ' דהיכא דכבר נעשה מעשה על פי עדותן ואתחזק הדבר נתקיים הדבר אף שלא בא השטר לב"ד אינו ראיה כ"כ מדברי תוס' ורא"ש:

והרמ"א כתב באה"ע (סי' מ"ב) מצאו כתב בשטר פלוני קידש פלונית ועדים חתומים בו כל זמן שאין השטר מקוים אין לחוש לקידושין ותמה הש"ך הא עדים החתומים על השטר מדאורייתא לא צריך קיום ויש לומר דהרמ"א איירי דלא בא עדיין לב"ד וסבירא ליה דכל זמן שלא בא לפני ב"ד לא מהני אף מדאוריית' ובקצוה"ח כתב דכוונת הרמ"א במצאו בשוק והאשה צוחת מזויף וכיון דלא ידענו מי כתב ל"ש לא חציף לזייף וכמו שכ' הש"ך בכיונ' הירושלמי במצאו כתב בשטר פלוני מת דרק משום עיגונא מתירין להנשא. אולם באמת הפוסקים כתבו גם בהך דירושלמי דהוא משום דמן התורה לא בעינן קיום ועיין רמב"ן סוף יבמות וב"ש (סי' י"ז ס"ק כ"ח) הרי אף דלא ידענו מי כתב וחתם לא בעינן מן התורה קיום ויש לומר הטעם דלא חציף אינש לזייף ומירתת דיתברר הזיוף ולא יתקיים דבריו וכבר כתבו יש ממחברים בהא דעבידא לגלויי דלא משקרי אינשי הוא אף דלא יתיירא שלא יתפוס לשקרן רק הטעם דדבריו לא יועיל ואינו עושה דברים בטילין ויש לומר דהכא נמי לא חציף לזייף דבר שלא יתקיים [ובמ"א הבאתי ראיה להיפך דבמלתא דעבידא לאיגלויי הטעם הוא שלא יתפוס לשקרן מדברי רמב"ן ב"ב (דף קל"ד) דכת' אבל בעל מחיים לא איכפת ליה לאחר מיתה דידיה מאי תימא לי' זו הוא שאומרין יכול החי להכחיש את החי ואין מכחיש את המת הרי דרק מטעם שלא יתפוס לשקרן הוא דמהימן ואכ"מ בזה] ועוד לדבריו דכוונת הרמ"א בכה"ג דצריך קיום מדאורייתא יש אופנים דלא מהני אף הקיום כמו על ידי דימוי ולמה סתם כל זמן שלא נתקיים משמע דמהני כל גווני דקיום. ובב"ש שם כתב דבודאי אם הם מודים דנתקדשה הוי קידושין אלא איירי דאחד מהם אמר מזויף ולכאורה יש לומר למה שכ' הטעם דמן התורה לא חציף לזייף היינו דלא יעיז לתבוע בשקר אם כן בתרוייהו מודים אדרבה גרע אך מדברי הראשונים דכתבו דלא טענינן עבור לקוחות מזויף דל"ש מבואר דגם אף

במודה לא חציף לזייף וכן מהא דמצאו כתב מת פלוני דלא שייך הסברא הנ"ל דלא יעיז לתבוע בשקר ואעפי"כ ל"ח מדאוריית' לזייף וכתב על כרחך מטעם דמן התורה לא חשדינן לשום אדם דיזייף אם כן ודאי קשה על הרמ"א הנ"ל. ויש לומר דטעמו דסובר אף במקוים הואיל דלא נעשה מדעת המתחייב לא הוי רק חשש קידושין מדרבנן דמפיהם ולא מפי כתבם כתיב רק מדרבנן חשש הרמ"א בנתקיים לדעת הרשב"א בתשובה אבל בלא נתקיים הם אמרו והם אמרו דלא יועיל כלל בלא קיום:

והיכא דהוציאה שטר חתום בעדים שנתקדשה לפלוני והבעל מכחיש היה נראה לכאורה כיון דמן התורה אין צריך קיום א"כ אף דאינן נאמנין מדרבנן כל זמן שלא נתקיים השטר מ"מ כופין את הבעל לגרשה בגט כיון דמן התודה הוי בירור דכן הוא שנתקדשה לי רק מדרבנן צריך קיום ומ"מ אסורה לעלמא אף בלא טעם דשוי' נפשה חתיכה דאיסורא אולם מדברי רשב"א מס' קידושין (דף ס"ה ע"א) מבואר דאעפ"כ אין כופין רק מבקשין דהא כתב שם בהא דאמר רב ואם נתן גט מעצמו כופין אותו ליתן כתובה דאיירי בדכתב לה כתובה ואף באתרא דמקדשי והדר כתבי כתובה אלא שלא מצאה לקיימו וכיון שנתן גט מעצמו הוחזק כפרן על הכתוב' וכמו שנתקיימה הוא דהא מדינא קיום לא ליבעי. ויקשה כיון דמדינ' לא ליבעי קיום אף בצווח מזויף אמאי קתני מבקשין מהראוי לכוף אותו ליתן גט כיון דמדין תורה הוי שטר מעליא ועל כרחך נתקדשה מדיש תחת ידה כתובה אלא ודאי כיון דעכ"פ מדרבנן השטר חספא בעלמא הוא כל זמן שלא נתקיים אין כופין אותו ליתן גט ואף דמ"מ נראה דאסור בקרובותיה כיון דמדין תורה שטר כתובה שתח' ידה אין צריך קיום הרי מוכח דנתקדשה מ"מ אין כופין כיון דהוא מכחישה ואומר לא היה דברים מעולם והשטר מזויף ואת גרמת לעצמך וצ"ע בזה:

והנה הש"ך העלה להלכה דאף בצווח שהוא מזויף לא בעי קיום מן התורה דדעת ר' אביגדור ז"ל הוא דעת יחיד אולם מצאתי חבר לדעתו בתשובת רמ"ה (סי' רצ"ג) דכתב דכשבא להוציא מלקוחות ויתומים או שלא בפניו דלא קרא עליו ערער צריך אף מה"ת קיום וכן המבי"ט (ח"ג סי' ק"ל) האריך לבאר דאם טוען שהוא מזויף הוי כחרס מה"ת כל זמן שלא נתקיים. והב"ש אה"ע (סי' קמ"א) הביא ראי' מגט דכתב הרמב"ם וטור וש"ע במביא גט בא"י במקום דאין צריך לומר בפני נכתב אם בא הבעל וערער וטוען שהוא מזוייף אם לא נתקיים ולא נודעו עדיו כלל תצא והולד ממזר ובנתיבות כ' דאם לא נודעו העדים כלל ניכר זיופו לב"ד כיון דעיק' הטעם דאין צריך קיום מן התורה הוא משום דהוי מילתא דעבידי' לגלויי ומירתת לזייף ובכה"ג לא מירתת כיון שאינו ידוע מקומן של עדים

ומן הסתם לא חיישינן לזיוף כה"ג דירא פן ישאלו על מקומן של עדים ואם יאמר שאינו יודע ניכר זיופו לב"ד דהרוצה לשקר ירחיק עדותו לכך שכשמערער ולא נודעו העדים כלל היינו מקומם בזה צריך קיום מה"ת. ולא משמע כן מן הפוסקים וגם אף במצאו כתוב כ' הראשונים דמה"ת אין צריך קיום. וגם א"כ לא מירתת לזייף חתימת ידי עדים שכבר מתו אף אם נודעים בשמותם ובמקומ' מ"מ כיון שיודע שכבר מתו לא מירתת הכי נימא דגם בזה בעי קיום מן התורה. גם הא בדברי הרמב"ם (פ"ז ה"ז) מגירושין כ' ואם אין השליח עומד בשעת כתיב' לא ינתן לה אא"כ נתקיים בחותמיו ואם לא נתקיים ונתן לה ה"ז פסול עד שיתקיים ואם בא הבעל וערע' ולא נתקיים אינה מגורשת מבואר דצריך קיום מן התורה ושם לא כתב ולא נודעו עדיו כלל מבואר אף אם ניכרים מי המה עדיו במקומם ובשמותיהם רק חתימתם לא נתקיים גם כן אינו גט מן התורה. וכן (פ"ו ה"ז) כתב דאם הביא הפסול מן התורה אם לא נתקיים אינו גט משמע אף דלא חסר רק הקיום בלבד גם כן אינו גט מן התורה הרי דצריך קיום מה"ת כשיש ערעור אף אם ידענו מן העדים החתומים רק שלא נתקיים כתב ידם. וביותר יקשה על בעל האור זרוע שהוא בעל התשובה שבמהרי"ק הנ"ל שהאריך דמד"ת אף בצווח ומערער א"צ קיום ובריש גיטין העתיק דברי הרמב"ם הנ"ל דאם בא וערער ולא נתקיים אינה מגורשת:

ולכאורה אפשר לומר למה שכ' המ"מ דכיון דהוא טוען ברי והיא שמא מוקמינן על חזקת אשת איש ויש לומר כוונתו דאף בדיני ממונות דאף בטוען מזויף לא משגחינן בי' מה"ת כיון דהוא נגד חזקה דלא חציף לזייף והבע"ד אינו בגדר עד ובגט כיון שהוא איסורין ע"א נאמן כל שאינו מעיד נגד החזקה ואם כן אם עד א' אומר שהוא מזויף יש לומר דנאמן מן התורה ואף דאתחזק להתירא על ידי הגט מ"מ כבר כ' הגהות מרדכי קידושין היכא דלדברי העד ל"ה החזקה מעולם ובטעות היה נאמן אם כן אם מערער הבעל חוששין לערעורו מטעם עדות רק אם היא מכחישתו עד א' בהכחשה לאו כלום הוא אבל כשהיא אינה מכחישתו נאמן מטעם ע"א בצירוף חזקת אשת איש. אולם ממה דכתב הרמב"ם (פי"ב) דאף באשה עצמה המביאה גטה ולא נתקיים דאם בא הבעל וטוען מזויף תצא אע"ג דהיא מכחישתו הרי דלאו בתורת עד אתינן על ערעורו וגם הא מבואר בש"ס גיטין (דף ט') בערער חד דאינו חייב מטעם דאין ערעור פחות מב' רק בערעור דבעל הרי דערער של עד א' לא מהני לעולם ועל כרחך מטעם דמעיד נגד החזקה דמדין תורה לא חציף לזייף ואינו נאמן בתורת עדות וחכמים לא חששו על קיום דמשום עיגונא הניחו על דין תורה אם כן למה בערער הבעל הוי פסול דאורייתא כנ"ל:

וי"ל דהא דאין דבר שבערוה פחות משנים ועדים הצריכים לזה בקדושין אף בשניהם מודים כבר כ' הפנ"י קידושין דעיקר הטעם הוא משום דאין קדושין לחצאין וכיון שהית' מוחזקת לפנוי' ועכשיו תתחזק לא"א אין בכח לאסרה אכ"ע רק אם ידענו בבירור שהיא א"א והבא עליה חייב מיתה וכתבתי די"ל דכן הוא גם כן הטעם בגט דצריך ב' עדים שיצאה מחזקת אשת איש ואם נשאת לכהן אחר מיתת בעל' דחייב מלקות וכן אף בחיי בעלה המגרש אם נשאת לכהן חייב מלקו' ולא מיתה וצריך שתתחזק למגורשת לכל דבר וכמו דאין קידושין לחצאין כן נמי אין גירושין לחצאין ולא הוי מגורשת רק אם הוא נודע לכל ולכל דבר שהיא בחזקת מגורשת ועיין נתיבות המשפט (סי' ל"ו) דלא נחית לזה הטעם רק לגבי קידושין ולא לגבי גירושין ולא ידעתי למה וכבר כתבתי לעיל דיני עדות (סי' ל') דזה כוונת הרמב"ם (פ"א הי"ג) מגירושין שכתב ומניין שיתננה לה בפני עדים הרי אומר על פי שנים כו' ואי אפשר שתהיה זו ערוה היום והבא עליה במיתת ב"ד ולמחר תהיה מותרת בלא עדים ועיין שם בלח"מ והכוונה כנ"ל אף דשניהם מודים בדבר מ"מ דבר החב לאחרים ונ"מ לכל העולם אינו מתקיים בשעתא אם לא הוי בפני עדים ועיין חידושי רמב"ן קידושין (דף ס"ה) דמבואר גם כן כסברת הפנ"י והארכתי שם בזה והא דמהני עדים החתומים על השטר ועל הגט הוא משום דאנן סהדי דנכתב בצווי הבעל ובא לידה מיד הבעל ואנן עדי מסירה אנן. ולפי"ד זה אתי שפיר מד"ת דאלם החזקה דלא חציף לזייף ואין צריך שום קיום שפיר הוי כמתגרשת בפני עדים כיון דהגט יוצא מתחת ידה חתום בשני עדים אבל השתא אחרי דנתקלקלו הדורות וחשו חז"ל על זיוף וכל זמן שאינו מתקיים אין השטר מועיל כלום שפיר אף בגט אם לא נתקיים כיון דהוי לנו ספק אם יתברר חתימת העדים לקיימם הוי ספק מגורש' אף מן התורה כיון דאינו ראיה ברורה ממה שיוצא הגט מת"י דעדיין לא ידענו אם בא לידה מיד בעלה ואם נתקדשה לאחר ואחר כך מת בעלה הראשון אין ממיתין הבא עליה דלא ידענו אם אין הגט מזויף וכן אם נשאת לכהן אינה לוקה וכיון דלא הוי בירור הדבר לכל העולם שפיר לא הוי אף מן התורה מגורשת. ויש לומר שזה טעמא דתשובת רבינו חננאל ז"ל המובא בתשובת רשב"א (סי' אלף קס"ו) דהמגרש בפני פסולי עדות מדרבנן לאחר הכרזה שאין חוששין לעדות פסולי דרבנן בגירושין כלל היינו כיון דעכ"פ אינה גרושה לכל דבר ואין גירושין לחצאין ואף דדעת הרשב"א שם לא כן הוא רק חוששין לגירושין כמו במקדש בפני פסולי עדות דרבנן היינו משום כיון דמן התורה הם כשרין לכל עדות והי' נגמר הגירושין לכל דבר אף ללקות על ידו לא מתנין רבנן לעקור דבר מן התורה ואף דהשתא דחשו חז"ל דמשקרי מ"מ הניחו על דין תורה וכיון דמן התורה מחזקינן ללא משקרי אזלינן לחומרא

בתר דאורייתא דהי' מהני הקידושין והגירושין לכל ענינים ועיין בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' ק"ג) במה שנו"נ בזה עם הגאון בעל בית מאיר אם מה"ת מטעם חזקת כשרות מוקמינן אותם על החזקה עיי"ש עכ"פ כיון דמן התורה יש להם חזקת כשרות אזלינן בתר דאורייתא לחומרא ומן התורה נתברר עדותן מה שהעידו בפנינו. משא"כ בהוציאה גט ולא נתקיים חתימת ידי עדים והבעל טוען מזויף אף דמן התורה לא היה לנו שום ספק ולא הוי צריך קיום מטעם חזקה דלא חציף אינש לזייף ובגט אף מדרבנן משום עגונא הניחו על דין תורה ואף אם בא עד א' ומערער ואומר שהוא מזויף לא משגיחינן ביה דאין ערעור פחות משנים ומשיאין אותה לכתחיל' מטעם דאשה דייקא ומינסבא כמבואר ברשב"א גיטין (דף ט') לכן החמירו עליה בסופה דאם בא הבעל ומערער תצא והולד ספק ממזר כל זמן שלא נתקיים דיש לבעל גם חזקה דלא חשיד לקלקלה ויש ספק בגוף הגט אם מוחזקת לגרושה לכל ענינים וכיון דחזו חז"ל דיש מיעוט דחשידי לזייף החמירו לחוש אף מן התורה כשיש ערעו' דבעל לכן אף הסוברים דלגבי ממון אף אם צווח מזויף לא בעי קיום מה"ת מ"מ לגבי גט השתא הוי ס' מה"ת:

סימן כט

ואם בנפרע שלא בפניו טענינן מזייף האריכו בתוס' ריש גיטין ובכתובות בשיטת הר"י ובכל ראשוני' שם דיש לומר גם כן דטענינן בעדו דלמא מזויף הוא רק בגט דמותרת להנשא משום עגונא וכתב שם הרא"ש דאף דלהוציא ממון מלקוחות ויתומים חיישינן לזיופא מ"מ לענין פרעון כתובה נחתינן לנכסיו דכיון דשריא להנשא גביא נמי כתובה מב"ח דמספר כתובה נלמוד לכשתנשא לאחר תטלי מה שכתוב לכי וכן כ' הטור אה"ע (סי' קמ"א) והש"ע כתב כן מבלי חולק. ותמהני שהרי מבואר שם דדעת רשב"א וריטב"א אינו כן רק אף מב"ח אינה גובה דכתבו (דף ט') על מה שדקדק הר"י מדקתני המביא גט בא"י דאין צריך לומר בפ"נ וכיון דתנשא בגט אף שלא נתקיים מוכח דלא חיישינן לזיוף רק כשטוען הלוה דאינו ראיה דשאני הכא דלא מגבי מניה דבעל מידי אלא אפקועי ממונא ושמא בהפקעת ממון לא מצריכינן ליה לקיומי שטריה אלא אם בא בטענת ברי והמוציא שובר על שטרי' דיתמי אע"ג דלא נתקיים בחותמיו לא מגבינן ביה בשטרא אבל הנפרע שלא בפניו או מלקוחות ויורשים צריך קיום הרי מבואר דלא מגבינן לה הכתובה דאם לא כן הוי הוצאות ממון ולתירוץ זה הא דמתירין לה להנשא לאו משום עגונא הוא רק דאנן לא חיישינן הואיל דאשה לאו ממונא דבעל וגם אנן לא עבדינן כלל מעשה רק היא נשאת ואנן לא נערער עליה אבל להוציא ממון בב"ד בשטר שאינו מקוים לא וכן מבואר שם בריטב"א וכתב דאף בנשאת בגט שאמר השליח בפני נכתב מגבינן

לה כתובתה משום דמספר כתוב' נלמוד לכשתנשא לאחר מ"מ כשנשאת בגט שאינו מקויים אעפ"י שאין ב"ד מכריחין לצאת לא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר דהא אינה נשאת בדין בגט זה כיון שאינה מקוים עיי"ש:

ולכאורה צריך להבין הא הב"ד אומרים שרשאי להנשא יהי' מאיזה טעם שיהיה משמע דאף לכתחילה מורין לה שתנשא אם כן אמאי לא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר ומצאתי בתשובת רשב"א (ח"א סי' אלף קע"א) דנשאל על זה למה כתב בחידושיו דאינה גובת כתובתה ולמה לא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר והשיב דדעתו שאין למדין מספר כתובה לכל שהיא נשאת אלא דוקא לנשאת לחלוטין רוצה לומר מי שאין מעכבין ערעור בנשואיה של ספק כגון במת בעלי דבזה התנאי קיים לחלוטין שהרי נשאת כאלו ידענו בבירור שמת הבעל כי לולי שדקדקה וידעה כן בבירור לא הוה נשאת דאם בא הבעל אינה יכולה להכחישו ולכך מגבינן לה ונלמד מספר כתובה אבל זו דמביא גט בא"י ולא אמר בפני נכתב ובפ"נ אין היתר נשואיה חלוט שהרי אם בא בעל וערע' אוסרין אותה מספק עד שיתקיים גיטה וכל כי"ב אינו קורא בה לכשתנשאי לאחר עיין שם עוד באורך ועל כרחך הכוונה דשם מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה דאם בא הבעל תצא מזה ומזה דייק' וכיון דדייקא וידעה דמת נתברר הדבר אבל במביא גיטה דהבעל חי אף דאנן מתירין לה להנשא מטעם דלא הוי הוצאות ממון ומדין תורה לא חיישינן לזיוף מ"מ כיון דמדרבנן חשו לזיופא ואי אתי בעל ומערער משגיחינן ביה לא הוי כבירור גמור ולא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר דזה הוי כתנאי עד שנשאת בבירור גמור עכ"פ מבואר דדעתם דלא כדעת הרא"ש והטור וצריך עיון על סתימת הש"ע והאחרונים דלכאורה נראה דמספק אין מוציאין ממון ולא מגבינן לה כתובה:

עוד כתב שם (סי' קמ"א ס"ק ס"ז) בב"ש דאם השליח מביא גט מותרת לינשא אפילו אין מכירין החתימות אפי' מאן דמחמיר (סי' קמ"ב) כשהיא בעצמה מביאה גט שאין מקוים מ"מ כשהשליח מביא מודה דמותרת להנשא ועיין נו"ב תניינא אה"ע (סי' קל"ו) דנסבך הרבה בטעם הדבר ותמהני הא המעיין בריב"ש (סי' שפ"ה) יראה דדין אשה ושליח שווין רק אם אין עדים מצויין לקיימו דאז השליח צריך שיאמר בפני נכתב כן גם האשה צריך לקיימו לדעת הראב"ד המובא (סי' קמ"ב) ובמקום דעדים מצויין לקיימו דאז אין השליח צריך לומר בפני נכתב אז גם לגבי אשה שאומרת נתגרשתי וגט בידה אין צריך קיום כל זמן שאין הבעל מערער עיין שם ודלא כב"ש וכדבריו משמע ברשב"א גיטין (דף ט') ושם כ' דהיכא דעדים מצויין לקיימו שייך אשה דיקא ומנסבא:

והיכא דהביא הגט ומסר לה ואחר כך שמענו דמת הבעל נראה אף דלא צריכינן להקיל משום עגונא כיון דידענו דכבר מת הבעל מ"מ כיון שכבר התירוה להנשא ונתחזק הדבר דמגורשת היא יש לומר דלא טענינן עבור היתומים שמא מזויף הוא הגט ולא נתגרשה כלל ויש לה רק דין אלמנה וכל הנ"מ לבין גרושה לאלמנה לא דנינן אותה רק לגרושה כיון דכבר החזקנו אותה למגורשת וראיתי בתשובת ר"י באסן (סי' קכ"ט) הביא משם הרב מהר"ח אבולאפי' ז"ל שכ' על הא דהקשה המהריב"ל בתוס' ריש גיטין דמאי נ"מ אם טענינן ליתמא מזויף או לא כיון דסוף סוף לא גבינן בהך שטרא וכתב דנ"מ היכא דליכא משום עגונא כגון שמת ובאין יורשי הבעל לירש מכח הבעל את אשתו לא טענינן להו מזוייף עכ"ד ועל כרחך דמתה היא קודם שמת הבעל דאם מת הוא קודם לכן אין היורשין שלו יורשין והיינו על כרחך דאחר כך נודע שמת הוא וליכא נ"מ והיינו שמינתה לשליח לקבלה או שהיא בעצמה הביאה גיטה שנתגרשה קודם לכן ואחר כך נתברר שמת הבעל אחר כך וליכא נ"מ להתירה לשוק כיון דבין כך ובין כך מותרת בזה טענינן ליתמי שמא מזויף הוא ואם מתה היא אחר כך ובאין יורשי הבעל לירש אותה מכח הבעל היינו שמתה קודם שמת הבעל ורק דנין אם מגורשת היתה ממנו או לא וכיון דכבר היה בידה הגט והיתה מותרת להנשא כבר נתחזקה לגרושה למה ירשו יורשי הבעל. וגם יש לדון דלא טענינן עבור יתמי רק להחזיק ולא להוציא ואולי כיון דהיו הנכסים בחזקת יורשי הבעל הוי כמו להחזיק כמו שהיינו מוחזקין וטענינן עבור יתומים וצ"ע בזה:

והנה בדברי תוס' ריש גיטין דכתבו להוכיח דטענינן להו מזויף דאם לא כן כ"א יכתוב שטר מכר או מתנה ויחתום עדים ויגבה שלא בפניו מיתומים ומלקוחות דהשתא אין שייך לומר פרעתי קשה לכאורה הא אף בשטר מכר ומתנה נאמר דנטעון דחזר וקנה ממנו והיה נאמן במגו דמזויף וכמו דטענינן פרעתי במגו דמזויף אף אם לא טענינן להו מזוייף מ"מ כיון דמאביהן ומן המוכר לא היה יכול לגבות בלא קיום דהיה נאמן לומר פרעתי במגו דמזויף אף אם עבור יתומים ולקוחות לא טענינן מזויף מ"מ אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו וכן יורשין כרעיה דאבוהון וטענינן כל מה דהמוכר ומורישיהן היה יכול לטעון כן נמי נטעון דחזר ולקח ממנו והיה נאמן אביהן במגו דמזויף כמבואר בתוס' כתובות (דף ק"ט) בעשאה סימן לאחר דאם השטר אינו מקוים דנאמן חזרתי ולקחתי במגו דמזויף ואף דלא טענינן ליתמי מזויף הוא מ"מ חזרתי ולקחתי טענינן כמו דאביהן היה נאמן במגו דמזויף ואם כן ליכא הוכחה משטר מכר דמ"מ טענינן להו שחזר אביהן ולקחה דאביהן היה נאמן במגו דמזוייף שוב מצאתי בחידושי מהרי"ט כתובות (דף צ"ב) דעמד על זה דאכתי ליכא הוכחה דאף בשטר מכר

טענינן חזר ולקח שהיה נאמן במגו דמזוייף וכתב לתרץ דאכתי איכא למיחש שאין לך אדם מוריד לתוך שדהו באריסות ושכירים שאם ימות יזייפו שטר ואז לא טענינן להו חזר ולקח להוציא מידו דהואיל והמכר אמת לא אמרינן מגו להוציא וכי טענינן ליתמי דוקא להחזיק מה שבידם עכ"ד ואינו מובן לכאורה דהא אביהן היה נאמן לומר שחזר ולקחה ממנו במגו דמזוייף ול"ה להוציא או מטעם דבקרקע אמרינן במגו להוציא כמו שהוכיח בקצוה"ח (סי' פ"ב) מהך דעשאו סימן לאחר דאם טען ואמר חזרתי ולקחתי דנאמן במגו דמזויף אע"ג דאינו מוחזק כלל בקרקע וחזקת מרא קמא לא שייך דהא כבר יצאה מחזקת מרא קמא בהודאתו שעשאו סימן לאחר ובכ"ז נאמן במגו משום דבקרקע מהני מגו אף להוציא וכן טענינן שם עבור יתומים ג"כ כך דחזר ולקחה אף אם לא טענינן מזויף ע"כ דמחזקינן להשטר לאמת והודאתו אמת רק שחזר ולקחה ממנו שהיה אביהן נאמן במגו דמזוייף ואף שהלה יושב בקרקע כמבואר שם מ"מ מוציאין ממנו ולמה אם יושב באריסות או בשכירות ויש לו שטר שאינו מקוים לא נטעון עבורם שחזר ולקחה כמו דאביהן היה נאמן:

אולם באמת הדבר צריך טעם אמאי טענינן עבור היתומים שם בעשאו סימן לאחר להוציא כיון דלא טענינן מזויף ומחזיקינן להשטר שאינו מזוייף והוי הודאה שהוא שלו ועכ"פ יש חזקת מרא קמא לזה שיושב בהקרקע דנתברר מכח הודאתו של בעלים שמכרו לו והיכן מצינו דטענינן עבור יתומים להוציא ועיין כנה"ג (סי' קמ"ו ס"ק מ"ג) שהביא משם מהר"ם אלשיך (סי' צ"ג) דהא דטוענין ללוקח הוא דוקא כשהלוקח מחזיק בקרקע והמערע' בחוץ אבל היכא שהמערער דר בבית ואחר בא מבחוץ ואמר שרוצה להחזיק בביתו שיושב בו מכח שקנה מפלוני שראהו משתמש בו ג' שנים שמא הוא קנאו ממך ובעה"ב אומר לא מכרתי ולא נתתי לו ודאי דאלם ודאי של בעה"ב מהשמא של הבא מחוץ ועיי"ש בכנה"ג וה"נ דכוותי' כיון דמה שהיה שלו מקודם כבר איתרע ע"י הודאתו במה דעשאו סימן לאחר דחזינן דל"מ שום טענה ואמתל' על זה ואף דהביא עדים שהוא שלו ואין ביד זה שיושב בהקרקע ראיה שקנה מ"מ מוציאין אף מידו ועל כרחך דזה הודאה גמורה שרירא וקיימא דלקח ממנו ואם לא טענינן להו מזויף מחזיקינן להשטר שעשאו סימן לאמת למה טענינן עבור היתומים דחזר ולקחה להוציא מיד המחזיק. שוב ראיתי במהרי"ט שם (דף ק"ט) דהקשה דר' יוחנן מאי קמ"ל פשיטא כל שלא נתקיים השטר חוצפה בעלמא הוא ומצי למטען כל מאי דבעי וכתב דאשמועינן דלא תימא כיון שהודה בקרקע שהיא שלו ובא להוציא מידו הוי מגו להוציא אשמועינן ר"י כיון שאין זה שטר גמור אלא הוכחה בעלמא אדרבה מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא דהוי כמו

שטענו בעל פה שדה זו מכרת לי והוא אומר חזרתי ולקחתיה ממך דמהימן ולא מקרי מגו להוציא הוא משום דאדרבה מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא הואיל דאין ביד המחזיק שום שטר רק הוכחה בעלמא ועל כרחך דסובר אף דלפי הודאתו איתרע החזקת מרא קמא והוכחה זו הוכחה גמורה היא מ"מ כיון דליכא רק הוכחה מוקמינן על חזק' מרא קמא אבל היכא דלא מסייעו חזקת מרא קמא לא אמרינן מגו להוציא אף בקרקע ודלא כמו שכתב הקצוה"ח הנ"ל ובשביל זה טענינן ג"כ עבור יתומים אף דלא טענינן מזויף מ"מ נגד הוכחה טענינן שמא חזר ולקחה אבל אם יש ביד המחזיק שטר אף שאינו מקוים אם לא טענינן מזויף לא הוי טענינן חזר ולקחה מיד המחזיק להוציא ועדיין צריך עיון בזה. ועיין בחידושי חמדת שלמה (ח"ב) כתובות שם דכ' דשם בעובדא דאפוטרופס דלא הוי מהני מה דעשאו סימן רק על תלם אחד ואין ראיה על חזקתו רק על תלם אחד והוא מחזיק בכל השדה חזינן שחזקתו הוא שלא כדין אמרינן מגו להוציא. ולפי זה אם היה טוען על תלם אחד שחזר ולקחה וזה לא הוי מחזיק רק תלם אחד או שטוען על כל השדה שחזר ולקח לא הוי נאמן במגו וגם לא היינו טוענין עבור היתומים דמזויף לא טענינן שם כמו שכתב הרא"ש שם כיון דהמוכר והלוק' לא מערערין וחזר ולקחה לא טענינן להוציא וכן משמע קצת מדברי הטור ורמ"א (סי' קמ"ז) ולדברי מהרי"ט לעולם טענינן כיון דל"ה רק הוכחה מוקמינן על מר"ק וצ"ע בזה:

וראיתי בכנה"ג (סי' ק"מ אות י"ב) שם הביא דברי תשובת רשב"א במכירת הכרם ויש תרי נגד תרי דהיה המכר על תנאי דכיון שלדברי כולם הלוקח כדין ירד קרקע בחזקת הלוקח שהוא עתה בידו עומד והביא דעת מהר"א ששון שהוא דוקא אם הלוקח מוחזק עכשיו וגמגם על זה ושוב הביא דבריו דלאו דוקא אם הספק נפל בעת הקניה צריך שיהיה הלוקח מוחזק אלא שאפילו בשעת הקניה אין שום ספק אלא שאחר כך טען המוכר חזרתי ולקחתי אם הקונה אינו מוחזק בבית מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא וכ' וגם זה אינו נוח לי דכיון דנמכר לחלוטין בלי שום תנאי אלא שרוצה לזכות עכשיו מטעם חזרתי ולקחתי הרי לא נפל הספק אלא בהיותו ביד הקונה וכיון שכן למה נאמר דהמוכר ראשון שכבר יצא מרשותיה נקרא מרא קמא ולא הקונה כיון דלדברי כולם מכרה לו המוכר לחלוטין. ובתשובת בעי חיי (חח"מ ח"א סי' פ"ח) כתב ואעפ"י שפקפקתי עליו בכנה"ג לא לענין מעשה פקפקתי עליו אלא לענין הלכה עכ"ד ונדונו שם הוא אם טענינן עבור יתומים היושבים בהבית מכח אביהן אף שיש ביד המערער שטר קנין דלמא חזר ולקח' והדברים מבוארים בדברי מהרי"ט הנ"ל דדעתו דאם הלוקח יושב בקרקע דאז לא טענינן עבורם ואם המוכר יושב בהבית אף דליכ' שום ספק על קנין הראשון ובודאי יצא

מן המוכר ממרא קמא מ"מ אם הוא בידו טענינן חזרתי ולקחתי ואם הלוקח יושב בו לא טענינן להוציא והא דבעשה סימן לאחר טענינן ע"כ כיון דשם טענינן אף להוציא מרשות המחזיק הוא משום דלא הוי רק הוכחה במה שיצא מחזקת מרא קמא וכמו שכתב המהרי"ט דמהאי טעמא לא הוי מגו להוציא. ולסברת הח"ש דרק במחזיק בכל השדה ולא יש לו בירור רק על תלם אחד וחזקתו חזינן דהוא שלא כדין אמרינן מגו להוציא עדיין יקשה אם עכ"פ לו יהיה דחזקתו שיושב לא הוי להוצי' מ"מ על תלם זה כיון דמזויף לא טענינן רק חזרתי ולקחתי דאביהן היה נאמן מטעם דלא הוי להוציא טענינן גם כן עבור יתומים אף דלא הוי להחזיק כיון דודאי יצא ממרא קמא מ"מ טענינן ומזה ראיה לדברי הכנה"ג. ועיין מהרשד"ם ח"מ (סי' רצ"ג) דלא טענינן עבור יתמי המשכיר להוציא הבית מיד השוכר הבאתיו לעיל דיני דיינים (סי' מ"א) ושם הארכתי בדברי רשב"א הנז':

סימן ל

אם אמרו העדים אנוסים היינו מחמת ממון דאינן נאמנין אף באין כתב ידם יוצא ממקום אחר דאין אדם משים עצמו רשע ואינן נאמנין לבטל השטר מ"מ לגבי דידהו נאמנים וחייבים לשלם ללוה ההפסד שבא לו מכח חתימתם כמבואר (סי' מ"ו סל"ז) ויש להתבונן למה שכ' הש"ך (סי' שפ"ח ס"ק כ"ב) באונס ממון כשאנסוהו להראות ממון חבירו דדעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה דפטור ויכול לומר קים לי כוותייהו אם כן הכא נמי לא הוי רק גרמי ואף דעשו מעשה וחתמוהו בשקר מ"מ כיון דהוי באונס מהראוי לפטור אותן. וראיתי שהרגיש בזה בספר שער משפט (ס"ק י"ט) ובספר הפלאה כתובות (דף ח"י) הקשה נוקי המתניתין אף באונס ממון בכה"ג וכ' דודאי אף דפטורין מ"מ מיפסלו אם באונס ממון עברו על ל"ת וחתמו בשקר. ועוד כתב כיון דעשו מעשה בחתימתן הוי ליה כנושא ונותן ביד דמודים הפוסקים הנ"ל דחייבין לשלם. ולדבריו אף באונס מחמת נפשות מ"מ בנו"נ ביד חייב אף באונס ה"נ חייבין העדים לשלם:

אך ביש"ש ב"ק פ' הגוזל פשיטא ליה דעדים שחתמו בשקר מחמת אונס נפשות אע"ג דהמרדכי והג"א נסתפקו אי חייב לשלם דהוי מציל עצמו בממון חבירו לא מסתבר אלא כל דינא דגרמי פטור כל שהוא אנוס דאונס רחמנא פטריה ולא מתחייב אלא בנושא ונותן ביד משום דזכה בו בהגבהתו והוי שלו לענין אחריות. ואם כן לדבריו דנושא ונותן ביד אינו חייב רק משום דזכה ביה בהגבהתו אבל במה דחתמו בשקר לא הוי כנו"נ ביד רק כגרמי ממילא להסוברים דאף באונס ממון פטור בגרמי הכא נמי אף באנוסים מחמת ממון יהיה הדין דפטורין מלשלם:

ובספר מח"א דיני נ"מ(סי' ו') הקשה על המרש"ל מנרדף ששבר את הכלים דלא זכה בהגבהתו ואפי"ה חייב לשלם ולא מיפטר משום דאנוס רחמנא פטריה וכתב לחלק דבגורם באונס פטור והא דאיתרבי אונס כרצון הוא בעשה המזיק ההיזק בידים. אולם מדברי הים של שלמה שם מבואר דאין לחלק כלל בין מזיק בידים לגרמי דכ' דלא כמו שכ' אחרים שדינא דגרמי פטורין באונס מאחר דאינו חייב אלא מדרבנן דליתא לדבריהם והיינו דסובר דאין לחלק בין מזיק בידים לגרמי באונס. ומ"מ מה שכ' המח"א להקשות על המרש"ל מנרדף ששבר את הכלים כבר הרגיש שם הים של שלמה בעצמו (סי' נ"ב) וכתב אף דבאונס נפשות פטור ולא חייב אלא בנושא ונותן ביד שזכה בו מ"מ בנרדף אף דלא שייך האי טעמא דזכה ביה אלא משום דאסור להציל עצמו בממון חבירו כתב וכי דייקית שפיר לא ק' דגבי אונס דהוי האונס אהאי ממונא הזיקא משום הכי אי לא נושא ונותן ביד פטור ולא קרי מציל עצמו בממון חבירו אלא כשנושא ונותן ביד אבל הכא שאונס הנפש ההוא אינו מחמת הכלים אלא שבירת הכלים הן סיבה להצלה והוי כמציל עצמו בממון חבירו עיין שם בדבריו אם כן ממילא יש לומר להנך הסוברי' דאף באונס ממון פטור אם הוי האונס אהאי ממונא כמו דאנסוהו לחתום על השטר מהראוי שיהיה פטור:

ברם יש לומר למה שכ' שם המח"א משם רמב"ן לחלק בין גרמי שהוא על ידי מעשה כגון שורף שטרותיו של חבירו בזה אין חילוק בין אונס לרצון ובגורם שאין בו מעשה יש חילוק בין אונס לרצון ולכך במעיד שקר מחמת אונס פטור [ומה שכ' המח"א לדעת תוס' ורא"ש דהיכא דקם דינא דיבור חשיב כמעשה וחייב אף לרבנן דלית להו דינא דגרמי כמו שכ' תוס' ב"ק (דף ק) וממיל' בהעידו באונס לזכות את החייב חייבים לשלם זה אינו מוכח דהא על ידי עדותן אכתי לא מתחייב ולא נפטר רק הב"ד פוסקין על ידי עדותן ולא הוי רק גרמי. ומה שהקשה שם דאם בגורם פטור כשהוא באונס מסנהדרין (דף ע"ו) דקאמר מצמצם בנזקיך חייב מק"ו ומה רוצח שלא עשה בו שוגג ואונס כרצון חייב בו את המצמצ' נזקין שעשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון אין דין שחייב בהן את המצמצם וקשה הא מצמצם גרמא חשוב כמו שכ' המפרשים ואם איתא דכל גרמא על ידי אונס פטור מאי ק"ו איכא דהא דאתרבי אונס כרצון היינו דוקא באדם המזיק אבל בדינא דגרמי לא הוי אונס כרצון. לא הבנתי דבריו הא שם הסוגיא רצה למילף לחייבו מק"ו דרוצח ולאו מטעם גרמא רק מטעם גזירת הכתוב ואז הוי כמעשה בידים ולמסקנא דגזה"כ דברוצח הוא דחייב מצמצם בנזקין לא חייב עכ"פ חייב מדינא דגרמי ועיין שם חידושי הר"ן דמאן דפטר מצמצם לית בדיני ממונות דינא דגרמי ולדידן דדנין דינא

דגרמי פשיטא דחייב מצמצם ומשום הכי חייב ברוצח ומאן דפטר מייתי מקרא דרוצח הוא למעוטי מצמצם ולדידיה הוא הדין בכל דיני ממונות דינא דגרמי פטור ולא קיי"ל כוותיה. ואי לא מיעוט' היינו דנין דינא דגרמי לחייבו מק"ו דבכל נזקין חייב אונס כרצון ואחר דגלי קרא שלא לחייב בנזקין מצמצם רק מטעם דינא דגרמי מחלקי הפוסקים מצד הסברא בין מזיק בידים דחייב אף באונס לגרמי דפטור באונס. ובראש"ש שם כתב דהלכתא כרבינא דמחייב משום דדמי לדינא דגרמי כי עצמו עושה ההיזק לממון חבירו שמצמצם בהמתו וברי הזיקא כי ודאי תמות וההיזק מתחיל מיד והולך וחזק וקשה אם כן לדברי רבינא דמחייב ומאן דפטר שניהם מודים דאין דנין דינא דגרמי כי מאן דמחייב הוא מק"ו דדן במצמצם ומאן דפוטר הוא ממאי דאיתמעט מקרא אם כן לכ"ע אינו חייב מצד גרמי אולם באמת עיקר מאי דפליגי במצמצם אם חייב בנזקין הוא רבינא דמחייב מק"ו הוא מטעם דהוי כמזיק בידים ונ"מ דאפי' באונס מתחייב כמו בכל מזיק בידים ומאן דפוטר ממעוטא דקרא לית ליה לחייבו מטעם גרמי ולדידן דדנין דינא דגרמי שפיר כתב הראש"ש דהלכתא כרבינא דמחייב משום דדמי לדינא דגרמי והיינו לא כמו שדן הוא מק"ו דאם היה חייב מטעם דהוי מזיק ממש ואז הי' באמת חייב אף באונס כמו בכל נזקין רק מטעם דינא דגרמי ובאמת באונס פטור ובלאו הכי יש לומר דמאן דמחייב דן הק"ו מה רוצח דלא עשה אונס כרצון אף כשעושה בידים חייב מצמצם נזקין שעשה בהן אונס כרצון היינו היכא דעבד בידים כמו"ש רש"י שם אין דין שמחייב בהן את המצמצם אבל לעולם בשאר גרמי כשעשה באונס יש לומר דפטור] אבל בחותם באונס בשקר שטר דבזה כיון דנעשה שטר והוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד להכניס כל נכסיו של הלוה בשיעבודן ביד המלוה יש לו' לכ"ע חייב דהוי כמזיק בידים דעל ידו נברא ההיזק ולכן חייבין לשלם לכ"ע.

ובאמת צריך להבין דעתם של הראשונים המובא בש"ך (סי' שפ"ח) הנ"ל דבאונס ממון פטור מתשלומין היכן מצינו כזאת שיהיה אסור מן התורה ומלשלם יהיה פטור הגם דמצינו בגרמא דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים אף דגרמא הוא גם כן אסור מן התורה וכמו שבארתי לעיל דיני עדות (סי' ל"ג) אם משום ואהבת לרעך כמו שכ' שם משם הרמ"ה ב"ב וישש ב"ק או כמו שהוכחתי שם מדכתיב בתוה"ק וצוה הכהן ופנו את הבית ואסור מהתורה לגרום הזיקא ולמה יהיה פטור מלשלם ע"כ צריך לומר דכך קבלו חכז"ל בגרמא דדינו בתשלומין מסור אך לשמים ולא לב"ד של מטה אבל בגרמי להפוסקי' דחייב מה"ת למה כשיש לו אונס ממון יהיה פטור והא שלא לעבור על ל"ת חייב לבזבז כל ממונו ודוחק לומר דלא הוי אלא עשה לכן אינו חייב לאבד ע"ז ממונו מה

שאין כן שלא לעבור על לא תעשה והי' א"ש באנוסים היינו מחמת ממון דחייבין לשלם כיון דאסור לעשות כן כדי שלא יעבור על לא תענה וכיון דהתורה חייבו שלא לעבוד אף באונס ממון לכן חייב ממילא לשלם דלא נוכל לומר אונס רחמנא פטריה מולנערה לא תעשה דבר כיון דהתורה לא פטריה באונס ממון ממילא לא הוי כאונס וחייב לשלם מה שאין כן שם במוסר אם היה אונס ממון כיון דאינו מחויב לאבד ממונו אונס רחמנא פטריה. דכבר יש דעת כמה גדולים דבעובר בקום ועשה מחויב לבזבז ממונו ועיין מה שכתבתי בזה לעיל דיני דיינים (סי' י"ט). ויש לומר דהסוברים דליכא חיוב תשלומין באונס ממון סוברים דאף איסור לא יש דאף דחייב לשמור גופו שלא להזיק לחבירו מ"מ אם אנסוהו לאבד ממונו אם לא יראהו ממון חבירו כיון דבא על ממון חבירו בזה אינו חייב לאבד ממונו כמו דאינו חייב להציל ממונו של חבירו היכא דיש לו פסידא דכבר הזהירה התורה אפס כי לא יהיה בך אביון הוי זהיר אתה שלא תהי' אביון ואינו חייב לבזבז ממונו כדי שלא יפסיד ממון חבירו כיון דהאונס בא עליו על ממונו של חבירו וזה אתי שפיר שם מה שאין כן שיכתו' ויחתום על שטר אף שבא האונס על ממון חבירו מ"מ אסור לו לעבור על לאו דלא תענה ברעך עד שקר:

עוד כתב שם בס' הפלאה להקשות להפוסקים דחייב לשלם אף במזיק באונס מחמת נפשות כמו בנרדף ששבר כלים אם כן הוו נוגעים בעדותן במה שאמרו אנוסים היינו דיצטרכו לישבע היסת כשיתחייב הלוה לשלם וכתב דבשביל זה לא הוו נוגעים דהא שבועת אמת הוא והקשה על הטוש"ע (סי' קכ"א ס"ו) דלמה יצטרך חרם יהי' השליח נאמן שנתן במגו דלא נתן עיין שם וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני העו"ש (סי' ה') לדון כיון דאם לא יאמרו אנוסים מחמת נפשות כשיתקבל עדותן אינו יכול הבעל דין שוב להשביעם ואינו יכול להשביע לעדים שהעידו בשקר ועיין שם ובמה שכתבתי לעיל דיני עדות (סי' ז') בטעם הדבר ובמה שהבאתי שם דברי הנתיבות (סי' כ"ח):

וקצת יש להבין בדברי תוס' כתובות שם דהקשו הא קסבר רבא דפלגינן דיבורא אם כן נהימנו דאנוסים היו אבל לא מחמת ממון אלא מחמת נפשות ותירצו כיון דקיום שטרות דרבנן לא פ"ד כדי לפסול השטר ועיין מה שכתבתי לעיל דיני עדות (סי' מ"א) בביאור דברי תוס' ומה קשיא להו תפ"ל כיון דלגבי נפשייהו הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ונאמנים דהיו אנוסים מחמת ממון וחייבין לשלם להלוה אם יגבה המלוה ואם כן אינו דומה לפלוני רבעני לרצוני דשם ליכא שום נ"מ בזה ומקבלין עדותו דפלוני רבע או לאחר או לו ושלא לרצונו אבל כאן כיון דמקבלין לגבי עצמן עדותן שהיו אנוסין מחמת ממון מניין להו לומר דגם בכה"ג פלגינן דבור'. וע"כ צריך לומר כיון דתוס' וכל הראשונים

עמדו על קושיא הזאת ותירצו בתירוצים שונים ואין אחד מהם פותר לומר דבכה"ג לא פ"ד ס"ל בפשיטות כיון דהא דהודאת בעל דין הוא כמאה עדים אינו מטעם בירור הדברים דהא אם חב לאחרים אינו נאמן אינו גורע הודאתו שלא לומר לדבר הנוגע לעדות על אחר למפלג דבורא. והנה לכאורה נראה מדברי תוס' דאם העדים באו לקיים השטר באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו בסתם ולא סיימו דבריהם אין מוציאין ממון בהשטר אם מתו או שהלכו ולא נוכל לשאול אותם אם מחמת ממון או מחמת נפשות דכך הי' קושיתם דלא נקבל דבריהם שהיו אנוסי' מחמת ממון רק כאלו העידו סתם אנוסים היינו וג"כ ל"ה מגבינן ביה דאמרינן דלמא היו אנוסים מחמת נפשות וכן מבואר בדברי הרא"ה שם שכ' בקושיא הנ"ל דנימא פ"ד דהא אלו אתו ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו ולא מפרשי אי מחמת ממון אי מחמת נפשות הא ודאי מסתמא מספיקא לא גבי' בהו השתא נמי לא נהמינהו במאי דקאמרי מחמת ממון ותהוי כמאן דקאמרי אנוסין היינו סתמא. ועיי"ש בהרא"ה דמתרץ דבחד עדות לא אמרי' פ"ד עיין שם בנועם דבריו ולפי"ז נשאר הדין היכא דאמרו סתם כתב ידינו הוא ואנוסים היינו אין מוציאין ממון מספיקא. אולם לתירוץ התוס' כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דבור' כדי לפסול השטר יש להסתפק בדבריהם דיש לומר דוקא כשאמרו מחמת ממון לא פלגינן דיבורן לומר שהיה מחמת נפשות כיון דמן התורה השט' לא צריך שום קיום וא"נ להיות חוזרין מהגדתן רק הואיל דמדרבנן צריך קיום אין זה קיום כשאומרין מחמת נפשות אבל כשאמרו מחמת ממון אינם נאמנים ונשאר השטר מקוים בדבורם כתב ידינו הוא זה אבל כשלא סיימו דבריהם ואמרו סתם אנוסין היינו יש לומר מספיקא אין מוציאין ממון ונשאר בספק אם מחמת ממון כוונתם או מחמת נפשות. ויש צד לומר כיון דמן התורה אין צריך קיום ואינו נאמן אף לומר מחמת נפשות כשלא סיימו דבריהם ואומרים סתם אנוסין היינו מוקמינן השטר על חזקתו ומוציאין הממון כל זמן דלא פירשו דהיו אנוסין מחמת נפשות. וכן לתירוץ שמתרצו התוס' דאונס מחמת נפשות לא שכיח יש לומר גם כן כל זמן דלא פירשו דבריהם דהיו אנוסין מחמת נפשות תלינן בדבריהם דכוונתם היה מחמת ממון ולא הוו נאמנים דהוי חוזרין ומגידין ונשאר השטר כשר:

אך בריטב"א שם כתב תירוץ התוס' דאונס מחמת נפשות לא שכיחא ואית ליה קלא על הרוב ואית לן למימר דודאי לא הוי בהא מודה כלל וכתב ומיהו כל שאמרו כתב ידינו אבל אנוסים היינו והלכו להם ולא פירשו מסתבר' דאית לן לפרושי מחמת נפשות בעו למימר דכל ישראל בחזקת כשרים הם ולא תלינן רשעת בעדים שחתמו מחמת ממון

וכן דעת מורי הרב הלוי ז"ל עכ"ל. ולא אדע לכוין הדברים הא בדברי מורו הלוי ז"ל הוא הרא"ה ז"ל מבואר להדיא דסתמא רק מספיקא לא גבי' ביה ואם כן לדבריו מהני תפיסת הבעל השטר ולא מבטלינן השטר לגמרי כל זמן דלא פירשו דבריהם דכוונתם הוא אנוסין מחמת נפשות. ולדע' הריטב"א אית לן לפרושי דמסתמא מחמת נפשות ולא תלינן רשעת בעדים שחתמו מחמת ממון ונתבטל השטר לגמרי ואף תפיסה לא מהני. וקצת יש לומר דעכ"פ הוי כדין מרומה דבעינן דו"ח וכבר הבאתי בדברי חיים מה שכ' מהרי"ק משם תשובת הרא"ש ז"ל דאף דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד מ"מ היכא דהוא דין מרומה וצריך דרישה וחקירה לא הוי כנחקרה והמהרי"ק הקשה ממתניתין דעדים שאמרו דהוי גם כן דין מרומה הואיל דהעדים מכחישין את השטר ומ"מ אין חוזרין ומגידין וכבר ישב זאת המח"א דיני עדות (סי' ך') דדוקא היכא דהדין מרומה בלא חזרתן אבל היכא דליכא שום אמתלא רק עפ"י עדים דחוזרין ומגידין אינם יכולין לחזור כיון דכתב ידם יוצא ממ"א ואני הקשתי שם מברייתא דכתובות שם היכא דכתב ידם יוצא ממקום אחר ומתו ושנים אחרים מעידין דאנוסים היו דהוי תרי ותרי ובתרי ותרי הוי לעולם דין מרומה כמבואר בב"ש אה"ע ואו"ת (סי' ל') אם כן למה מהני תפיסה הא לא הוי השטר כמו שנחקרה. וצריך לומר כיון דכתב ידם יוצא ממקום אחר וכבר נתקבל עדותן בשעה שחתמו ואז לא הוי הדין מרומה שוב מחזקינן לסהדי דשטרא שיועיל תפיסה עיין שם בדברי דיני הלואה (סי' ו') ולפי זה יש לומר דזה דוקא היכא דכתב ידם יוצא ממקום אחר אבל באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ועדים אמרו כ"י הוא זה אבל אנוסין היינו ולא פירשו הדברים לדעת אם מחמת ממון או מחמת נפשות עכ"פ הוי הדין מרומה וצריך דרישה וחקירה ולא מהני אף תפיסת המלוה. וכדעת הריטב"א ולדינא כיון דלדעת הרא"ה לא מגבינן ביה רק מספיקא ומהני תפיסה וכבר העלו האחרונים דאף היכא דהספק הוא לדינא אם מהני תפיסה יכול התופס לומר קים לי ומהני תפיסתו יש לומ' דאין מוציאין מידי' דמלוה אם תפס וצריך עיון כי גם אולי כוונת הרא"ה ז"ל דלא מגבינן מספיקא היינו דלא הוי קיום כלל וכמו שכ' הריטב"א:

והנה התוס' וכל הראשונים במס' כתובות שהקשו דנימא באומרין אנוסים היינו מחמת נפשות פלגינן דיבורן לא הזכירו הקושי' רק ע"ז וצריך לדעת למה לא הקשו גם כן כזאת על עדים שאמרו אמנה היה דברינו דאינן נאמנין אף באכ"י ימ"א כיון דעולה הוא אעולה לא חתמו דאינם נאמנים להרשיע את עצמם ואם נימא פלגינן דיבורן דאמת הוא דהיה אמנה רק שהעדים לא ידעו מזה בשעה שחתמו אלא שאחר כך הודו בפניהם שאמנה היו דבריהם דנאמנים כמבואר בחידושי הרא"ה דאף בכ"י ימ"א נאמנים הן

באמנה הן במודעה הן בתנאי בכה"ג וכמו"ש הריטב"א כיון שחתמו כדין ואחר כך נודע להם דהא לא עקרו סהדותייהו כלל והוי כאלו אמרו שחזר ומחלו וכן העלה הש"ך (ס"ק י"ד) ודלא כהב"ח. אם כן יקשה דנימא פלגינן דבורן כשאמרו אמנה היה דברינו וידעו מזה יהיו נאמנים שהיה אמנה רק הם לא ידעו. וראיתי בבעל המאור ב"ב פרק חזקת הבתים שהקשה באמת הקושיא דנימ' פלגינן דיבורן על אנוסין היינו ועל אמנה היה דברינו דא"נ משום דעולה הוא ואעולה לא חתמו ועיין שם תירוצו משום דעיקר סהדותייהו הוא על כתב ידם וכיון דנתקיים השטר אמרינן ביה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עיין שם אולם לדעת תוס' דכתבו הואיל דקיום שטרות דרבנן לא אמרינן פלגינן דבורן וקשה למה באמנה לא נימא פלגינן דיבורן ויהיו נאמנין דהיו אמנה והן לא ידעו דבזה נאמנין אף בכתב ידם יוצא ממ"א דהוי כאומר שמחל. ומצאתי שכבר עמד ע"ז מר דו"ח הגאון מ' מנחם זצ"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט. וכן לתירוץ התוס' דאונס מחמת נפשו' לא שכיח וכמו שכתב הריטב"א דהוי ליה קלא יקשה עכ"פ מאמנה ואינך:

ונראה דדעת כל הראשונים דבאמנה ומודעא ותנאי לא שייך לומר פלגינן דיבורן דעד כאן לא אמרינן פלגינן דבורך רק היכא דגוף העדות נוכל לקיים בכל פרטיו רק תוספת הדברי' הגורעים כח עדותן כמו בפלוני רבעני והרגתיו דאין שום נפ"מ למי רבע ומי הרגו לכך מסלקין דברים האלה וגורעים דבריהם האלה לקבל עיקר עדותן וכן באומרים כתב ידינו ואנוסים היינו דבזה כשאומרים אנוסים שפיר הקשו כיון דעדותם שהשטר נכתב באונס נקבל זאת מהם בתורת עדות והוי כאלו לא פירשו דבריהם באיזה אונס וכמו"ש הרא"ה ז"ל וע"ז מתרצו כ"א מהראשונים ז"ל כפי דרכו מה שאין כן כשמט כשמעידין שהיה אמנה בידיעתם ולא התחיל השטר וכן במודעא דלפי דבריהם הם יודעין שלא הוי התחל' להשט' וכיון דהוא עולה אינו נאמן דאין אדם משום עצמו רשע ולא נוכל לומר פלגינן דבורא ונחזיק דהיה אמנה רק הם לא ידעו דזה הוא עדות אחרת שנודע להם אחר כך והוי כמו שהשטר הוא פרוע או שמחל שנודע להם אחר כך מפיהם והם נאמנים רק מצד הודא' בעל דין וזה עדות אחרת דהא היכא דחב לאחרים אינו נאמן המלוה לבטל השטר וגם אף היכא דאינו חב לאחרים עיקר נאמנותו הוא רק מהשתא ולא למפרע ובזה לא מצינו דפל"ד דעדים שנקבל עדותן על ענין אחר מה שלא העידו כלל כשיש נ"מ בעיקר העדות. וכן נמי אם יאמרו שכתבו שטר ומסרהו להלוה ואחר כך ראו שהלוה מסרהו להמלוה באמנה נאמנים כיון דלא עשו עולה מ"מ כשאמרו שהם מסרוהו להמלוה באמנה א"נ ולא פלגינן דבורן שהלוה מסרוהו להמלוה דזה עדות אחרת

הוא ונ"מ לכמה דברים אם יתנו אחר כך אמתלא לדבריהם בשביל מה שאמרו לפני עדים שנמסר השטר באמנה יהיה קיום להשטר מה שאין כן אם הם העידו שהם בעצמם מסרוהו להמלוה באמנה ועוד יש למצוא נ"מ טובא בין עדות הזאת שהם מסרוהו לבין עדות שהלוה מסרהו והם שני עדות ענינים נפרדים ובכה"ג לא פלגינן דבורא ועיין מ"ש לעיל דיני עדות (סי' מ"ב) כדמות סברא הזאת כנלע"ד:

סימן לא

היכא דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואמרו כתב ידינו ותוך כדי דיבור אמרו אנוסין היינו מחמת נפשות דלכ"ע נאמנים וכבר כתבתי לעיל משם הש"מ דנאמני' לגמרי ואף אם יתקיים אח"כ השטר לא מהני ראיתי בכנה"ג מהד"ב הגהות הטור (אות ז') שכתב וז"ל ודוקא שאינם מכחישין את המלוה אלא שאמרו מלוה על פה היתה ואנס אותנו וכתבנו בשטר נאמנים לבטל כח השטר לגבי לקוחות לפי שאין דברי השטר מכחיש את דבריהם אלו אבל אם מכחישים את המלוה מעיקר שאומרים שלא הוי שם מלוה מעיקרא אלא באונס כתבו שהיה שם מלוה אינם נאמנים ולא בטל שטרא לגבי המלוה עצמה אבל אם עדים אחרים אמרו כתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו בטל שטרא לגמרי ואפילו תפס מפקינן מניה הראב"ד ז"ל בתשובה הובא בתשובת רשב"א מכ"י (סי' קי"ח) עכ"ל והדברים אינם מובנים כלל הא כל זמן דלא נתקיים השטר אינו יכול לגבות אף מן הלוה ולמה לא יהיו נאמנים לומר דהיו אנוסים אף על גוף הלואה וכן משמע מכל דברי הפוסקים דבאין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לגמרי בכל דבר לפסול השטר ושלא יגבה אף מן הלוה ועיין בלשון הר"י הלוי ז"ל בש"מ דכ' דאנוסים מחמת ממון אינן נאמנין אף דהעדים האלו מעידין כי שטר זה מזוייף הוא וכי ראובן זה אינו חייב לשמעון כלום ולפי שנראה מאותה שעה כי רשעים הם ואינם נאמנים לפסול את עצמן גם א"נ להפסיד לשמעון אותו ממון עכ"ל ומבואר מדבריו אף אם אמרו שלא הוי הלואה כלל מ"מ נאמנים באין כתב ידם יוצא ממקום אחר אם אינם רשעים דאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות. גם מה שכ' דעדים אחרים נאמנים דבטל שטרא לגמרי ואם תפס מפקינן מיניה לא הבנתי למה באם כתב ידם יוצא ממ"א ודאי הוי כתרי ותרי כיון דבלא עדים הללו לא הוי מחזקינן לאונס כן נמי אף דהעידו דהיו אנוסים הוי תרי ותרי ואם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר והעידו דכתב ידם היה אבל אנוסים היו גם על הלואה ודאי דנאמנים ואף עדי השטר נאמנים לבטל הלואה לגמרי וצ"ע להבין הדברים:

ועיין מה שכתבתי בדברי חיים דיני הלואה (סי' ו') דבש"ע (סי' ז') השמיט היכא דמתו החתומים על השטר ובאו אחרים ואמרו כתב ידם הוא זה אבל קטנים היו או פסולין

לא הזכיר כשאמרו אנוסים היו והבאתי משם ספר עטרת פז שעל הרא"ש דכתב דוקא באומרים קטנים היו או קרובים בזה היכא דכ"י יוצא ממקום אחר הוי תרי ותרי אבל באומרים אנוסים היו דאומרי' שלא הוי הלואה לא הוי כתרי ותרי אבל מדברי תוס' וכל הראשוני' מבואר רק בכל ענין דליכא פסול הגוף הוי כתרי ותרי דהא אף הם עצמם אינם נאמנים לבטל השטר כשכתב ידם יוצא ממקו' אחר כיון דאנו מחזיקין להשטר בחזקת כשר ושלא היו אנוסים הוי כחוז' ומגיד דאנן סהדי דלא היו אנוסים לכן אף אם אחרים אומרי' דהיו אנוסים הוי כתרי ותרי ובש"מ כתובות (דף ך') כ' בלשון הר"י הלוי ז"ל דקושית הש"ס ומגבינן ביה תרי ותרי נינהו קאי רק על אנוסים היו שמעידין שהעדות לא הוי אמת ומבואר דאף בזה הוי כתרי ותרי וכן מבואר בתשובת רשב"א (ח"ב סי' כ"ה) דאם העידו עדים שמתוך אונס המתחייב כתבה אפ"ה כיון דבלא העדת עדי' לא היו אומרין כן אם כתב ידם יוצא ממקום אחר אין אלו שבאין לפסול את השטר נאמנים והוי כתרי ותרי עיין שם. ושם הבאתי דברי ריטב"א דאם העידו אנוסים היו מחמת ממון הוי כמעידין בפסול הגוף ואין עדותן של עדי שטר כלום להכשיר את עצמן כי ב' עדים פוסלין לרבוא אולם מדברי תוס' והרא"ה כתובות שם משמ' להיפך דדוקא אם מעידין על פסול הגוף שלא מחמת שטר זה אז עדים נאמנין לפסול אף לרבוא אבל היכא דמעידין רק בפסול הגוף מחמת עדות הקדום הוי כתרי ותרי ובארתי הטעם עפ"י דברי הגאון מהרח"י ז"ל בטעם הדבר דהזמה הוי חידוש אף דמעידין על גופן של העדים אי לאו דחדית לן רחמנא דבתראי מהימני לא הי' לנו כח להאמין לאחרונים יותר מלראשונים אף דאין הראשוני' יכולין לומר להאחרונים שקר העדתם עלינו דנוגעין בעדותן יש לומר אטו אנן בתר השתא אזלינן בנגיעה שנולדה אחר הגדת עדותן הא ודאי לא אבל הדבר ברור שאם העידו שנים על דבר מהדברים ואחר שהעידו נעשו נוגעים בעדות עצמם שאין נגיעה זו פוסלת למפרע והכא נמי כיון דבשעה שהעידו לא היו נוגעין בעדותן כלל ובאותה שעה שהעידו הכחישו כל מי שיעיד עליהם שלא ראו ולכך שייך לומר מאי חזית דסמכית אבתראי סמוך אקמאי דהעידו מעיק' דראו ואז כשהעידו עדיין לא היו נוגעין כלל והכא נמי כיון דבשע' שחתמו הוו כנחקרו בב"ד והוי כהעידו בפני ב"ד שכתבו השטר ברצון הלוה ולא באונס לכן אחר כך כשהעידו אחרים שהיו אנוסין שפיר הוי כתרי נגד תרי כיון דמעיקרא לא היו נוגעין והזמה שאני דחדוש הוא עכ"ד שם:

ואח"כ ראיתי בספר ש"מ (סי' ל"ח) שמתמה על דעת הריטב"א דמ"ש מכל הכחשה דאמרינן מאי חזית והוי תרי ותרי והכא נמי למה נאמין לאחרונים יותר מלראשונים ונראה קצת לומר דדבר זה תליא בטעמא דמלתא דכל עדי שטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד

ולא הוי מפי כתבם דלדעת בעל המאור עיקר הטעם הוא כל דנעשה מדע' המתחייב הוי מפי כתבו דבעל דבר. והא דמחזיקינן דנעשה השטר מדעת המתחייב הא גם זאת העידו העדים רק מפי כתבם וכבר ביאר בזה אאזמ"ו ז"ל בספר דברי משפט (סי' כ"ח) דהא דפסל רחמנא עדות מפי כתבם הוא לא משום דחשדינן למשקר אלא גזירת המלך הוא ולא פסל רחמנא אלא אם חתמו בלא צווי הלוה ואז אף דעדותן אמת מ"מ פסול מגזירת הכתוב אבל אם לוה צוה לעדים לכתוב אף דלא ידענו רק מפי כתבם מ"מ לא חשדינן למשקר עיין שם בדבריו ובמה שכ' אאמ"ו ז"ל דיני עדות (סי' א') אולם לדעתי העניה עדיין אינו מובן למה שכתב הרמב"ם הלכות וסה"ת דהא דהאמינה התורה לשני עדים הוא גם כן רק מחק התורה לא דאמרינן דאינן משקרין רק מגזירת הכתוב וכיון דגזירת הכתוב הוא לדון רק מפיהם ולא מפי כתבם למה נאמין מפי כתבם דהלוה צוה להם לכתוב אך יש להסביר ביותר דע"ז שלא כתבו רק בצווי המתחייב יש חזקה על העדים שלא יכתבו מדעת עצמם וכיון דנכתב במצות המתחייב שוב הוי עדותן כמו שנחקרה בב"ד. ואף אם באו שנים אחרים והעידו שהיו אנוסים מחמת נפשות מ"מ אינן נאמנין לגמרי כיון דבלא עדותן לא היינו אומרין כן אם כתב ידם יוצא ממקום אחר אין אלו שבאין לפסול את השטר נאמנין והוי כתרי נגד תרי דחזקה הזאת דעדים לא יחתמו בלא צווי הבעל דין אלם כעדים וכיון דהוחזק השטר מקודם לכשר א"נ לגמרי לפסלו והוי כתרי ותרי אולם זה אתי שפיר אם אין אומרין על פסול הגוף של עדים ונשארים בכשרו' אז הוי כתרי ותרי אבל אם אומרים דכתבו בפסול דהיו אנוסין מחמת ממון והעידו על העדים דפסולין הן בזה שפיר האחרונים נאמנין לגמרי ואינו דומה לכ"מ אם מכחישין העדים האחרונים לראשונים שהעידו בשקר דשם אזלינן בתר מעיקרא ואז כיון דלא היו נוגעין בדבר העידו שכל מי שיכחיש אותן מעיד בשקר ואמרינן שפיר מאי חזית להאמין להאחרונים יותר מלראשונים אבל כאן הא לא העידו הראשונים בפיהם עדותן שכתבו בצווי הבעל דין והמתחיי' רק ממילא בכח חזקה מחזיקינן להשטר עד השתא דנכתב במצות המתחייב לכן האחרונים נאמנים יותר לומר דבשקר חתמו ונפסלו במעשיהם דעדים נאמנין נגד חזקה ומה שהם העידו דכתבו במצו' המתחייב אף דמהני לענין הוצאות ממון אף דהוי מפי כתבם מ"מ לענין לפסול האחרונים אינם נאמנים דהא לא העידו בפיהם וכיון דאחרונים נשארו כשר לגבי כל העולם בבירור ממילא נאמני' לפסול את הראשונים ונתבטל השטר לגמרי:

אולם לשאר שיטות הראשונים דהנעשה כתיקון השטר בזה מהני עדותן אף מפי כתבם או כמו שכתב רש"י גיטין (דף ע"א) דרק לשלוח כתבם לב"ד פסול אבל שטר דנעשה

ואורחי' בהכי כשר ומהני העדות שפלוני חייב לפלוני אף שהוא מפי כתב ממילא הוי כאלו העידו עדותן בעל פה שכל מי שיעיד אחר כך ויכחיש אותם מעיד בשקר דומה שפיר לכל מקום שהאחרונים מכחישין לראשונים לאמר שהעידו בשקר ושנפסלין דמ"מ אזלינן בתר מעיקרא ואז לא היו נוגעין בעדותן והוי כתרי נגד תרי וה"נ אף דאמרו דהיו פסולין מחמת ממון וחתמו שלא כדין מ"מ אזלינן בתר מעיקרא וכשחתמו הוי כמעידין על אחרונים בזמן של"ה נוגעין בדבר והוי כתרי נגד תרי. ולדינא אם תפס המלוה צריך עיון אם יכול לומר קים לי שלא כדעת הריטב"א ויש לומר כיון דהוי תר' נגד תרי ואף דמהני תפיסה הוא רק מספק ואם כן במעידין על פסול העדים דלדעת הריטב"א האחרונים נאמנין והוי כמו ספק ספיקא לסיועת הלוה ויש לומר דמוציאין מידו. והנה הא דהיכ' דמתו העדים ושנים אומרים בפסול השטר וכתב ידם יוצא ממ"א דמבואר בש"ס דהוי תרי ותרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ולא קרעינן להשטר כמבואר בפוסקים וש"ע כתב הסמ"ע (סי' ס"ג) דאף דשם היכא דיש עדים על המלוה דמהדר לזייף דאינו גובה בו ולא משהינן ליה בידיה אלא מוקמינן ליה ביד שליש וכתב שם הטור דחיישינן דלמא מיית לוה וגבה בי' מיתמי בב"ד אחר וכתב הסמ"ע הא דבסי' (מ"ו) מניחין אותו השטר בידו הטעם כיון דמהני ביה תפיסה לא חששו אף אם יגבה בו בב"ד אחר דמה לי תפיסה ומה לי גבייה בב"ד אחר. ולכאורה הא אכתי יש חשש דלמא יטרוף מלקוחות בב"ד אחר אם לא יהיה ביד הלוה לשלם ובקרקע לא מהני תפיסה ואם כן יפסידו הלקוחות שלא כדין וצריך לומר כיון דעכ"פ הוי תרי נגד תרי והוי ספק וכיון דמהני תפיסה ולא חיישינן לזה להוציא ממנו השטר ולהניחו ביד שליש כמו כן לא חיישינן אם יגבה קרקע מלקוחות. אך יש לעיין הא מבואר (סי' מ"ג) בטור משם הר"י בשטר מוקדם דקנסינן אותו שלא יגבה ממשעבדי אף מזמן שני דשמא יבא לטרוף מלקוחות שלא כדין מזמן הראשון וכתב ובמה יודע שהיה מוקדם אם כתב ידם יוצא ממ"א דאינם נאמנים העדים אלא אם כן מעידין עדים עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות ועל כרחך דהוי כתרי נגד תרי כיון דכתב ודם יוצא ממ"א הוי כאלו עדי השטר העידו מכבר דלא היו אנוסין וכן מבואר שם בתומים (סוף ס"ק ז') בביאור דברי הטו' שם דהוי כתרי ותרי ויקשה למה קנסו אותו שלא יגבה כלל מלקוחות הא אף אם יטרוף מזמן הראשון גם כן לא הוי שלא כדין בבירור כיון דהוי כתרי ותרי ובש"ך שם (ס"ק י') כתב דאין מוסרין לו השטר שיגבה בו מן הלוה מב"ח דיש לחוש שיגבה בו ממשעבדי מזמן ראשון ואמאי הא בכה"ג דהוי תרי ותרי לא חיישינן לזה ובתוס' ב"מ (דף ע"ב) כתבו גם כן דאיירי שיש עדים שמעידין עליהם שהיו אנוסים מחמת נפשות ובש"ס שם אמר ר"י אפילו תימא רבנן גזירה שמא

יגבה מזמן ראשון עכ"פ חזינן דמטעם גזירה נפסל השטר לגמרי לגבי משעבדי אף דהוי תרי ותרי ולמה כאן משהינן השטר בידו ולא חיישינן שיגבה מלקוחות:

ואולי יש לומר דכאן כיון דכבר מתו העדים והעדים אינם לפנינו ובתוס' כתובות (דף כ') הקשו אמאי לא מגבינן בשטרא הא קיי"ל כר"ה דזו באה בפני עצמה ומעידה וכ' משם הרשב"א דהכא לא מוקמינן להו אחזקה משום דאלו הוו קמן דלמא הוו מודו עיין שם. ולכאורה יש להבין הא אפילו אם הוו קמן והיו מודים גם כן ל"ה נאמנין כיון דכתב ידם יוצא ממקום אחר אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והא דקאמר בש"ס דלמא אלו הוו קמן הוו מודה להו כבר כ' שם המר"ם שיף ז"ל ובש"מ דהוא לרווחא דמלתא. אולם אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' ט"ו) כתב בביאור דברי תוס' למה שכ' המחברים דבתרי ותרי כשיש הכחשה הוי כדין מרומה וצריך דרישה וחקירה אם המה בפנינו וממילא שפיר יכולין לחזור ועיין מה שכ' בהגהותי בד"ח דיני הלואה (סי' ו') ולכך שפיר הוי כתרי ותרי ולא חיישינן פן יטרוף מלקוחות אם ישאר השטר בידו כיון דכבר הוחזק השטר לפנינו רק אמרינן אלו הוי העדים קמן הוי מודים והיו נאמנים כיון דעכ"פ הוי דין מרומה וצריך דרישה וחקירה. מה שאין כן שם בשטר מוקדם איירי דאף העדים מודים והם בפנינו דהיו אנוסין מחמת נפשות בכה"ג לכ"ע נאמנים אף דכתב ידם יוצא ממקום אחר ושפיר גזרינן דלמא יטרוף מלקוחות מזמן הראשון. אולם זה דוחק דאם כן גם שם במוקדם אם אין העדים לפנינו או שמתו היה הדין דלא הוי קנסינן ליה שלא לגבות מזמן שני ולא משמע כן שם. וביותר קשה הא דעת הרא"ש כתובות שם המובא ברמ"א (סי' מ"ו סל"ז) דאף אם העדים חיים וב' עדים אחרים באים לפוסלם ואמרו שפסולין הם מכשירין השטר ולא קרעינן ליה ולא מגבינן ביה גכ' הרא"ש הטעם דהעדים החתומים על השטר אף על פי שאלו מעידים עליהן שהם פסולים הוי כאלו ב' אחרים מעידים עליהם שהם כשרים דהחזקה שהמלוה לא מחתים עדים פסולים על שטרו והך חזקה חשובה כעדים ואם כן הכא נמי נאמר לגבי אנוסים מחמת נפשות דהוי כתרי ותרי ואמאי מבטלינן השטר לגמרי גבי מוקדם משום גזירה שמא יגבה מזמן הראשון. אך בזה יש לומר למה שכ' שם בספר עטרת פז לפרש דברי הרא"ש דחזקה הזאת הוא רק היכא דהלוה מודה בהלואה רק שטוען פרעתי אבל כשהלוה אינו מודה בהלואה לא שייך לומר חזק' דהמלו' לא הניח לחתום עדים פסולים דלפי דברי עדים' שאמרו שהיו אנוסים מעולם לא הוי הלואה אם כן במוקדם יש לומר אף דאיירי דאינו כופר בהלואה מ"מ כיון דמעיד דהיו אנוסים על חתימת השטר ל"ש חזקה דהמלוה לא מחתים:

היכא דעדי השטר אומרים כתב ידינו הוא ואחרים אומרים אין זה כתב ידם כתב הש"ך משם ר"י ויש מחולקים אם צריך קיום אחר וכתב הש"ך דהוי תרי ותרי ובתומים תמה על זה חדא דברי"ר לא כתב דהוי תרי ותרי רק כ' אי צריך קיום או לא ועוד אי הוי תרי ותרי מה יועיל קיום אחר הא תרי כמאה ועוד הא אם הם יודעין בבירור דהוא כתב ידם יכולין לכתוב שטר אחר כיון דשטר זה נפל בו ריעותא הרי לא עשו שליחותן ולכן העלה דהמחלוקה בירושלמי הוא אם צריך לחזור ולחקור עדי השטר אולי אמרו תחילה בדדמי אבל אם עמדו בדבריהם נאמנים יותר עדי השטר מאחרים. ובנתיבות כתב דבהכרת החתימה בט"ע אזלינן בתר רוב דיעות וכמו שכתבו תוס' יבמות דדבר הנראה וידוע לכל עולם לא אמרינן תרי כמאה. ולא אבין שם ביבמות הוא דבר הידוע וניכר לכל העולם כמו שם דקאמר אתי גברא וקאי אבל לענין קיום השטר מה יועיל אם הרבה עדים יאמרו שזה כתב ידם ולדברי הש"ך דכתב אם צריך קיום אחר משמע איזה קיום שיהיה ועל זה תמה הא תרי כמאה. וכן ברבינו ירוחם כתב אם נעשה כשטר שקרא עליו ערעור ויתקיים ב"ד משמע דצריך רק קיום כמו שטר שקרא עליו ערעור ולא יותר וגם דבר זה אם אזלינן בתר רוב דיעות בקיום צ"ע מנ"ל ועיין נ"ב מהד"ק אה"ע (סי' ס"ה) דדוקא שם ביבמות כיון דמירע לחזקה דדייקא ומנסבא ומוקמינן על חזק' אשת איש וגם כיון שהב"ד וכ"ע מכירין עכ"פ הם חייבין להפריש מן האיסור שתצא ועיין מ"ש לעיל דיני דיינים (סי' י"א) ושם הבאתי דברי בה"ג דאפילו נגד כל ישראל אמרינן תרי כמאה ומוקמינן על החזקה והכא נמי כיון דתרי אמרו שאין זה כתב ידם מוקמינן הממון על החזקה. ודוחק לחלק בדבר הצריך עדות מן התורה לשטר דכל הקיום הוא מדרבנן. ומה שכ' הנתיבות לתמוה על התומים דאין יכולין לכתוב שטר אחר כיון שהם עצמן אומרין שעשו שליחותן וכבר כתבו שטר ואימר פרע שטר והאי שטר זייפא הוא אין כאן תימא דאם הלוה אומר לא היו דברים מעולם שלא צוה לכתוב באותו זמן שטר אם כן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וכיון שהם מכירין בבירור שזה כתב ידם והלוה רוצה לפוסלו יכולין לכתו' שטר אחר שכולן יכירו שהוא כתב ידם כי לדבריהם שינו אז כתבם ומצד זה אמרו אחרים שאין זה כתב ידם ולא עשו שליחותן לכתוב שטר שיועיל שיכירו אחרים חתימתן:

ובספר ערך לחם ממהריק"ש ז"ל כתב וז"ל נראה לי שהעדים נאמנים שהרי יכולים לכתוב שטר אחר ולחתום בו ועוד שמא הטו את ידם ולא חתמו כמנהגם אבל אם העידו הב' שאחרי' חתמו בפניהם אותם החתימות הרי זה כמו הזמה והשניים נאמנים. ולא אבין למה יהיו השניים נאמנים כשאומרין שאחרים חתמו בפניהם כיון שאלו אומרים

כתב ידם הוא זה הא אף אם מתו אם כתב ידם יוצא ממקום אחר הוי תרי ותרי ק"ו כשהן חיין ומעידין על חתימתן שכתב ידם הוא זה להוי כתרי נגד תרי והזמה חידוש הוא ולא מכחישין גוף המעשה ואף הזמה והכחשה לא הוי דין הזמה לדעת רמב"ם וכאן אין כאן הזמה רק הכחשה על עדותן שהם מעידין שכתב ידם הוא והשנים אומרים שראו שאחרים חתמו אם כן לא הוי יותר מן הכחשה והוי כתרי ותרי ולא מיבעי אם אמרו כתב ידינו הוא שהם חתמו וזכרו שהם חתמו השטר הזה ודאי דהוי כתרי ותרי דהוי הכחשה בגוף המעשה אלא אפילו אם אינם אומרין שזוכרין רק שמכירין שזה הוא חתימתן גם כן הוי כתרי ותרי ודברי מהריק"ש ז"ל צ"ע ואפשר דכוונתו אם אינם מעידים רק שהם מכירין שזה כתב ידם דהשנים נאמנים כיון שמעידין שראו שאחרים חתמו אותם החתימות הוי כבירור שזייפו כל כך שדומה ממש לכתיבת ידם של העדים ומיישבין דברי העדים שלא יהיה הכחשה ואמרינן שכוונו לזייף כ"כ בטוב ודומה להעדים שזה ח"י וכמו שמצינו (סי' ס"ג) ביש עדים שמהדר לזייף שטרות דאינו גובה בשטר לדעת רמ"ה ור"ן ברמ"א שם לא מהני הכרת העדים לחתימתן ואף לדעת הרמב"ם וש"ע שם דמהני הכרת העדים שחתמו על השטר וכמו שכ' שם הש"ך דאין חיישינן לשמא זייף כל כך עד שהעדים בעצמן טועים דהעדים עצמן ודאי אינם טועים היינו שם דלא יש עדים על שטר זה שהוא מזויף אבל היכ' דיש עדים על הזיוף שאחרים חתמו יש לומר שעדי השטר שאמרו כתב ידינו הוא טועים הם דאף במשמעות רחוק יש להשוות עדים שלא יהיו כמכחישין זה את זה כמבואר (סי' כ"ט):

והנה לדברי התומים כשעדי השטר מקיימין לכ"ע אם נחקרו שנית ואמרו בבירור להעמיד דבריהם שזה כתב ידם נאמנים יותר מאחרים ומוציאין ממון עיין בדבריו (ס"ק ו') מה שכ' בביאור דברי ריר"ו והירושלמי דעיקר מחלוקת רב אסי דאמר כשטר שקרא עליו ערעור ונתקיים בב"ד היינו שצריך עוד קיום בב"ד שיקויים שנית ואם יאמרו שלא טעו ולא אמרו בדדמי השטר כשר ור"א אמר כלא נתקיים בב"ד היינו דאין צריך עוד קיום אחר דבלאו הכי השטר כשר ואמר ר' אילא טעמא דר' אלעזר כיון שהוחזקו העדים להיות חתומין בשטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד בכל אופן ושוב אינן יכולין לחזור ואין צריך לחקור עוד וכמה מהדוחק בלשון הירושלמי שעיקר מחלקותן יהיה אם צריך לחוש על בדדמי או לא וגם ר' אלעזר דאמר לא נתקיים בב"ד ועל זה יאמר ר' אילא כיון שהוחזקו עדים להיות חתומין בשטר כמו שנחקרה עדותן הא ר"א אמר לא נתקיים. ואפשר לפרש להיפך דר' מנא דאמר נעשה כשט' שנקרא עליו ערעור ואמר ר' אסי ונתקיים בב"ד היינו דאין צריך עוד שום קיום ור"א אמר שלא נתקיים ור' אילא אמר טעמא דר' אסי כיון

שהוחזקו העדים כמו שנחקרה לכך אין צריך. וגם יש לומר דמחלקותם הוא לדעת התוס' והרא"ש דאם שכחו ואינם זוכרין כלל שחתמו בשטר זה שצריך כל אחד להעיד על כתב יד חבירו שיהיה על כל חתימה שני עדים וכיון דשנים אחרים אומרים שאין זה כתב ידם יש לומר דצריך לחקור על עדותן אם מעיד כל א' על חבירו ודלמא אינם זוכרין כלל מהלואה. ולדעת הרא"ה וריטב"א והש"ך לעולם אף אחר קיום שנית הוי תרי נגד תרי. ובודאי להלכה דלהם שומעין ולעולם אין מוציאין ממון. וגם מה שהסכים הנתיבות דאזלינן בתר רוב דיעות ולדבריו אם חתמו הרבה עדים וכולם אמרו כתב ידינו הוא זה ואחרים אומרים אין זה כתב ידינו השטר כשר ולא נראה כן מדברי הריטב"א והרא"ה:

וקצת קשה למה שכ' תוס' כתובות (דף ך') להקשות למה בעדו' החתומים על השטר ומתו ואחרים אמרו כתב ידם הוא אבל קטנים היו פסולי עדות אנוסים כשכתב ידם יוצא ממ"א לא מגבינן ביה בשטר הא קיי"ל כר"ה בב' כיתות עדים המכחישין זו את זו דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה וה"נ כיון דאין מכחישין שלא לוה אמאי לא מגבינן ביה בשטר ותירצו דשם מוקמינן כל אחת בחזקת כשרות אבל כאן לא פסלו להו כלל ואם כן בנידון זה דמכחישין את עדותן עדי השטר אמרו שכתב ידינו הוא והאחרים מכחישין עדותן נימא גם כן כיון דאין מכחישין לומר שלא לוה אמאי לא מגבינן ביה בשטר כקושית תוס' שם. אולם באמת לא קשה דדוקא שם דעכ"פ מודים העדים שהשטר הוא כתב ידם וכיון דעדי השטר מעידין על הלואה ושלא היו אנוסים והשטר בחזקתו אף דעדי השטר אומרים שנפסל מ"מ אינם מכחישים גוף ההלואה והלוה אומר שלא לוה הוי כאומר שלא פרע לכך הקשו שנקבל עדותן על הלואה מה שאין כן כאן דמכחישין מכל וכל שאין זה כתב ידם כלל והעדים אינם מעידין בפירוש שראו ההלואה לא נוכל לקבל מעדותן על כתב ידם שהיה הלואה. ובאמת גם שם בקושית התוס' דקאי גם כן על אנוסים היו אף דהשטר מעיד שלוה ושאמר להם לחתום ולא אתכחשו על הלואה מ"מ אם לא נכתב בצוואת הלוה ממילא הוי מפי כתבם וכבר עמד על זה שם בספר בית יעקב וכ' דתוס' הקשו זאת להנך דס"ל כל שנכתב בלשון שטר אפילו לא נכתב בציווי הלוה לא הוי מפי כתבם וזה אתי שפיר אם עכ"פ מודים שזה כתב ידם אבל כאן שמכחישין שאין זה כתב ידם כלל ודאי אין כאן לדבריהם עדות אף על הלואה. ועוד יש לומר למה שכ' הר"ן כתובות שם בשם איכא מאן דאמר כיון שמתו העדים לא הוי כמעידין על גופן של העדים ותוס' סבירא להו דאף במתו אם אמרו עליהן שפסולין האחרונים נאמנים רק דאיירי דאמרו פסולי עדות היו אבל מ"מ כיון שמתו העדים סברו התוס' בקושיתם כיון דאינם מכחישין בגוף הלואה נקבל עדותן שעל השטר על גוף הלואה אבל כאן שהמה

אומרים שאין זה כתב ידם ושמעידין בשקר נתבטל השטר וכל מה שנאמר בעדותן שזה כתב ידם ועיין בהפלאה כתובות (דף כ"א) מה שכ' בישוב קושית תוס' ולכך הוי כתו"ת:

סימן לב

אם כתב ידם יוצא ממקום אחר כתוב בש"ע (סי' מ"ו) א"נ בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ מלומר בפנינו מסר מודעה ודעת הסמ"ע דלאו דוקא דבתנאי נאמנים כמו שכתב הש"ע (סי' פ"ב) דעדי השטר נאמנים לומר שנעשה על תנאי אפי' אם כתב ידם יוצא ממ"א והש"ך העלה דאינן נאמנין לומר שהי' על תנאי והניח דברי הש"ע בצ"ע. ולענ"ד יש לומר בדעת המחבר שכ' בדקדוק גדול דכאן כתב אינן נאמנין בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ ממודעה וכל דברי הש"ע כאן הוא שבשעה שהעידו עדותן השניה יצאו לבטל השטר מעיקרא דעכשיו כבר נתבטל השט' מכל וכל כמו אנוסים היינו ומודעה כן נמי תנאי ולא ראינו שנתקיי' ואף דבשעה שחתמו היה מקום שיתקיים השטר בקיום התנאי מ"מ עכשיו שלא נתקיים כבר נתבטל מעיקרא ואיירי בתנאי שכבר עבר הזמן וכבר נתבטל המעשה. מה שאין כן לקמן (סי' פ"ב) כתב סתם שנעשה על תנאי ואיירי בתנאי שעדיין אפשר שיקיים המלוה התנאי ובאין לדון עכשיו שזה תובע ממונו בשטר שבידו והלוה טוען שיש לו עליו חיוב שיקיים התנאי ואינו חייב לפרוע עד שיקיים התנאי ואיירי שיש עדיין ביד המלוה לקיים התנאי בזה נאמנים ונפטר הלוה היינו כל זמן שלא יקיים התנאי. וסברא הזאת לחלק בין תנאי שכבר עבר הזמן לתנאי שעדיין ביד המלוה לקיים ראיתי בתשובת הר"י מיגא"ש ז"ל (סי' קכ"ג) וז"ל שיש לנו בזה סברא חדשנו אותה במה שאמר התלמוד עדים שאמרו תנאי היו דברינו נאמנים והוא שדקדקנו בחוזק העיון שזה המאמר הוא דוקא באין כתב ידם ממ"א אבל אם יוצא ממ"א אינם נאמני' ואנחנו סומכין על סברא זו שנראית לנו אם היות שלא ראינו מי שקדם מהמפרשי' ז"ל שיסבור סברא זו ואינו מחלק בקאמר זה החילוק עכ"ז בזה התנאי ביחוד אפילו אם הי' כתב ידם ממ"א הוא תנאי קיים ועדותן בו עדות לפי שלא אמרנו אנחנו דהיכא דכ"י ממ"א אין שומעין להעדי' במה שאומרי' תנאי היו דברינו אלא אם היתה עדות' בתנאי עוקרת עדות הראשונה מעיקרא באותו התנאי שהם מעידי' בו עתה דומיא דאמנה ומודעה וקטנים ופסולי עדות וכל המאמרי' שקדמו בענין זה אבל אם היה שבעת שהם מעידים עדותם השני' אין עדותם הראשונה נעקרת מעיקרא בתנאי זה שבעת שהעידו לא קדם אז בבית למכור או להשכין לגוי באופן שתהיה העדות של התנאי מבטלת המתנה מיד אבל היה באפשר שיתקיים התנאי ותהי' המתנה קיימת עדותן עדות אף בכ"י ממ"א וכשיתברר שראובן זה עבר על התנאי ומשכנו אצל גוי

בטלה המתנה כפי מה שהעידו העדים עכ"ל הטרחתי להעתיק כל לשונו כי הוא שיטה חדשה להכריע בין מחלוקת הגאונים ז"ל:

ועיין בלשון ר"י מיגאש ז"ל בש"מ כתובות (דף י"ט) דשם כתב דתנאי ומודעה בכ"י יוצא ממ"א א"נ וכשיטת הפוסקים שקבצם כעמיר גורנה הש"ך ז"ל (ס"ק קי"ז) דגם במודעה אינו נאמן כשכתב ידם יוצא ממ"א משום דלמעקר סהדותייהו קא אתו ומכי חתמו על השטר נעש' כמו שנחקרה עדותן בב"ד. ובל"ס שם קאי הר"י מיגאש ז"ל בתנאי שכבר אין סיפק ביד המלוה לקיים דעקרו לסהדותייהו מעיקרא וזה דומה למודעה דברינו אבל היכא דעיקר הדו"ד הוא אם מוטל עליו לקיים התנאי וכשמעידין עדות השניה עדיין סיפק בידו לקיים התנאי בזה נאמנים אף בכ"י ימ"א. וגירסתו היה בש"ס דא"ל כי אתו לקמן לדינא אמרינן להו זילו קיימו תנאייכו וחותו לדינא ובש"מ שם משם ר' יונה ז"ל גרסו קיימו שטרייכו דסובר דא"נ כשכ"י יוצא ממ"א ולגירסתינו קיימו תנאייכו היינו דאף בכ"י ימ"א גם כן נאמנים רק אם כי אתו לדינא יש עדיין ביד המלוה לקיים התנאי דאז לא עקרו בהגדה השניה הגדה הראשונה אבל כשכבר עבר הזמן ולדברי הגדה השני' נתבטל השטר לגמרי בזה אינן נאמנין וכן כתב עוד הר"י מיגאש ז"ל (סי' קס"ז) דכל היכא דבעת שהעידו בתנאי אינם עוקרים עדותן מעיקרא ואינה בטלה לשעתא אעפ"י שתבטל לאחר זמן הם נאמנים בזה אף בכ"י ימ"א עיין שם בדבריו ואם כן יש להעמיס שכן הוא הכרעת המחבר מרן הב"י ז"ל (ובסי' מ"ו) קאי על תנאי שכבר נתבטל וכמו מודעה ופסולי עדות דעוקרים לשטר מעיקרא ובזה אף בתנאי כיון דאיגלאי למפרע שלא נתקיים התנאי עקרו בעדותן השניה לשטר לגמרי ואינן נאמנין ובסי' (פ"ב) אף דבתחילה לענין טענת הלוה בליכא עדים כ' על תנאי שאומר הלוה אם אקיימנו אפטור וקיימתיו מ"מ בסוף דבריו שכתב ואם יש ללוה עדים דעדים עצמם נאמנין אף בכ"י ימ"א יש לומר הכוונה על תנאי שעדיין יש ביד המלוה לקיים או אם הלוה יקיימנו ואף שהוא דוחק לחלק בין השוים דבאין כ"י יוצא ממ"א נאמנים אף אם בדברי' דנתבטל השטר מיד ובכתב ידם ימ"א אינו נאמן רק דוקא בתנאי שאינם עוקרים עדותן מעיקרא ואינה בטילה לשעתא מ"מ יש לומר דמרן הב"י סמך את עצמו בזה על מה שכ' (סי' מ"ו):

וראיתי בתומים (ס"ק מ"ו) שהביא דברי רדב"ז [והוא ח"ג סי' תקח"י] שכתב דאם העידו דכבר עבר זמן המוגבל לקיום התנאי דתו אינן נאמנין כיון דמבטלין השטר לגמרי ואינן נאמנין בכ"י ימ"א וכ' עליו אבל אני לא מצאתי בשום מחבר לחלוק בכך והרי לפנינו דעת חד מקמאי תלמידו של הרי"ף ז"ל דסובר כן לחלק:

עוד כתב התומים שם למה שכ' הר"ן כתובות הא דאמנה אינן נאמנין דהוי עולה ובתנאי נאמנים וכתב דתנאי הוא תלוי בדעת המלוה ואם ירצה לקיים מוכרח לשלם ולכך ניתן לכתוב ומות' אבל באמנה אם לא ירצה הלוה ליקח ההלואה אין בשטר ממש וכת' לדון דאם התנאי תלוי בהלוה שאם יעשה כך יתחייב ואם לא יעשה לא יתחייב הוי כמו אמנה דביד הלוה שלא יתחייב אבל אם התנאי היה על הלוה שאם יעשה כך שיפטור מחובו גם כן מותר דהא עכ"פ מתחיל' חל שעבודו של שטר קוד' שקיים תנאו וכן מוכח מדברי בעה"ת שכ' תנאי כזו דנאמנים וכן מבואר (סי' פ"ב) בטוש"ע שכ' טענות הלוה שהיה על תנאי שאם אקיימנו אפטור וקיימתיו ואח"כ כתב ואם יש ללוה עדים כו' ואפילו עדי השטר נאמנים. אולם למ"ש לעיל דיש לומר בכתב ידם יוצא ממקום אחר הוא דוקא תנאי דאינו מבטל מהשתא השטר יש לומר דאיירי בתנאי שמוטל על המלוה ועיין שם בש"ך (ס"ק ל"ג) דכתב דאיירי בתנאי שעל הלוה לקיים בקו"ע. ובאמת אם דברי הר"ן יהיה בדקדוק דדוקא בתנאי שתלוי ביד המלוה לא הוי עולה הואיל דחל שעבודא דהשתא בע"כ של הלוה מה שאין כן בתנאי שתלוי ביד הלוה דהוי עולה לא אבין לחלק בין תנאי שהוא בקום ועשה לשב ואל תעשה ועיין בס' הפלא' כתובות שם כנראה מדבריו דס"ל דלדעת הר"ן בכל תנאי שתלוי בלוה הוי עולה ואינו נאמן והקשה מש"ע (סי' פ"ב) כנ"ל והדברים קשים לומר ולפרש דבתנאי שתלוי ביד הלוה דומה לאמנה:

לכן מתוך הדוחק נ"ל לפרש דברי הר"ן באופן אחר דלאו דוקא נקט הר"ן בע"כ דלוה שהרי בידו של מלוה לקיים תנאו ועיקר הסברא לחלק בין אמנה לתנאי הוא דבאמנה אף דכ' הר"ן לעיל דאיירי שמשעבד הלוה נכסיו לכשילוה מעכשיו מ"מ כיון דביד הלוה שלא ילוה אם כן נתבטל מעיקרא השטר ולא הוי מתחיל שום שעבוד מה שאין כן בתנאי כיון שביד המלוה לקיים התנאי בע"כ דלוה ודאי לא הוי עולה דעכ"פ יש שעבוד אולם אף בתנאי התלוי ביד הלוה מ"מ יש על ידי שטר זה חוב על הלוה דנתחייב לו רק שיכול לפטור את עצמו מחובו אם יקיים תנאו הן בתנאי שב ואל תעשה שלא יעבור הלוה ויהיה מוכרח להיות בשב ואל תעשה והן בתנאי קום ועשה יהיה הלוה מוכרח לקיים התנאי והוי התנאי כפרעון חוב שבזה יפקע שעבודו לכן כיון שאין התנאי בגוף ההלוא' והתנאי הוא כדבר אחר אבל החיוב הוא בבירור רק שיש ביד הלו' להפקיע חיובו בקיום התנאי אבל עכ"פ נשתעבד הלוה בחיוב ברור בשטר זה או לשלם או לקיים התנאי לכן לא הוי עולה ורשאין העדי' לכתוב מה שאין כן באמנה לא יש למלוה על הלוה עדיין שום חיוב עליו רק אם ילוה ממנו לכך הוי עולה דאינו עושה שום חיוב מהשתא בבירור על הלוה:

והנה דברי הר"ן אמורים לשיטתו דסובר דעדים נאמנים לומר תנאי אף בכ"י יממ"א והיינו דלא חשבינן לה לסהדותייהו שחותמין בשטר בסתם כאלו כתבו בפירוש שנעשה אותה מעשה בלי שום תנאי בזה אף דאם אינם לפנינו להעיד על התנאי מוציאין מיד הלוה מ"מ רשאין לכתוב ולא הוי עולה כיון דעכ"פ עושה השטר השעבוד וחיוב על הלוה רק שיכול להפקיע חיובו בקיום התנאי ואינו דומה לאמנה ולקמן בהשגתו על דברי הרמב"ן דכ' להכריע דאינן נאמנין בכ"י יממ"א שפיר הקשה דאי לא מהימני משום דהוו להו חוזרין ומגידין על כרחך דס"ל דחשבינן לה לסהדותייהו קמא כאלו כתבו בפירוש שנעשה בלי תנאי ואי הכי אפילו אין כ"י יממ"א ל"ל להימנינהו דהא משוו נפשייהו רשעים ולא דמי לאנוסים מחמ' נפשות דבכתב ידן יממ"א אינם נאמנים ובא"י ממ"א נאמני' דהתם נהי דהוו חוזרין ומגידין מ"מ לא משוו נפשייהו רשעים אבל הכא אי קרית להו חוזרין ומגידין הא משוו נפשייהו רשעים אלא ודאי דאף בכ"י יממ"א לא חשבינן לחוזרין ומגידין דלא הוי עדו' הראשון כאלו נתפרש בו שלא היה בו תנאי לכך השתא מילתא אחריתי מסהדי ומהימני אף בכ"י יוצא ממ"א ועולה לא הוי כמו אמנה משום דעכ"פ השטר הועיל מהשתא לחיוב או ממון או קיום התנאי. ועפי"ז אינו מובן דברי הש"ך (ס"ק ק"י) דמשיג על דברי הרמ"א דאם כ' בהשטר אנן סהדי מסהדינן דלא הוי שיור בהשטר דאינן יכולין לומר תנאי דהוי חוזרין ומגידין והש"ך כ' אף דדעת רי"ר כן מ"מ הבעה"ת חולק וכתב דלכאורה באין כתב ידם יוצא ממקום אחר למה לא יהיו נאמנים במגו ואין לומר כיון דמפורש שלא הי' תנאי דמי לאמנה דמשוו נפשייהו רשעים דהא בתנאי שעבודא חל במקצת ולא דמי לאמנה כמו שכ' הר"ן הא אדרבה מדברי הר"ן דמשיג על הרמב"ן מבואר דעיקר הטעם דתנאי הוי מלתא אחריתי ול"ה חוזרין ומגידין הואיל דמסתמא לא הוו כמעידין בפירוש דנעשה בלי שום תנאי ועל זה כוונתו אף דלא הוי ככתוב בפירוש מ"מ למה לא יהיה עולה כמו אמנה הואיל דשעבודו חייל במקצת אינו דומה לאמנה אבל אם כתבו בפירוש שנעשה בלא תנאי לפי דבריהם שהיה בו תנאי דמי לאמנה וכמו שכ' הש"ך בסוף דבריו ולא ידעתי למה כ' ומ"מ לדינא צריך עיון הא הדברים מוכרחים לומר כן בדברי הר"ן:

אך יש לומר דכוונת הש"ך למה שהעלה הוא כדעת הרמב"ן וסייעתו דבכתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמני' העדים לומר תנאי היה דברינו דהוו חוזרין ומגידין ועל כרחך דס"ל אף דמסתמא הוי בלא תנאי מ"מ תנאי מילתא אחריתי וכשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים במגו אם אמרו תוכד"ד יהיה מאיזה טעם שיהיה צריך לחלק מאמנה לכך יש לומר דס"ל דאף בכתב בפירוש בלי תנאי מ"מ לא משוו נפשייהו רשעים.

ובתומים כתב דבעה"ת אינו חולק על רבינו ירוחם רק היכא דכ' ביה דלא הוי שיור וזה הוי כמו סתם והוי כמו מוקדם דנאמנים לומר ע"ז חתמנו ועל זה לא חתמנו ואמרינן דלא דייקו לחתום על כל מה שנכתב ונאמנים באין כ"י יממ"א ובכ"י יממ"א אמרינן חזקה דאכולה מלתא חתמו אבל אם כתוב בשטר ואנן סהדי מסהדינן דלא הוי שיור בשטרא כמו שכתב הרמ"א הרי אמרו בפירוש דחתמו אכולי מלתא הוי כמו אם כתב ידם יוצא ממ"א דא"נ. אולם בתשובת הרשב"א (ח"ד סי' רל"ו) מבואר להדיא אף בלא כתבו ואנן סהדי מסהדינן בלא שום תנאי ושיור רק כתבו סתם בלא שום תנאי ושיור בעולם ואין כ"י יממ"א דא"נ וכתב ויותר הוא זה משטר אמנה כי יותר אלו מכחישים לגמרי ומשימים עצמם רשעים ומעידין עדות שקר שכבר העידו שהי' דבריהם בלי שום תנאי ואם כן עכשיו שאמרו תנאי עדות שקר מעידים בעצמם עכ"ל וידוע דדעת הרשב"א הוא כדעת הסוברים דבכ"י יוצא ממ"א א"נ לומר תנאי רק באין כתב ידם יממ"א ומ"מ דעתו כשכתבו בשטר בלי שום תנאי ושיור אינם נאמנים. אף אם לא כתבו אנן מסהדינן על זה מ"מ הוי כחוזרין ומגידין כשאמרו תנאי היה בדבר. והנה לדעת הרמב"ן וסייעתו דבכ"י יממ"א א"נ נשאר קושית הר"ן ז"ל דלמה לא הוו חוזרין ומגידין ומ"ש תנאי ומ"ש אמנה ובספר הפלאה כ' דאם נאמר דתנאי מלתא אחריתי הוא ונאמנין אף בכתב ידם יממ"א לא הוי עולה דיכולין לכתוב וליתן ביד הלוה שהיה על תנאי ולא יבא מזה ריעותא אף אם כתב ידם יממ"א ולא גרע ממודעה דכ' הר"ן דניתן לכתוב ולמסור ביד המוכר. ולא נראה כן דהא הר"ן כ' דבמודעה הוי כלא הגידו כיון שבידם לפסול הגדת המכר משעה ראשונה ולא דמי לאנוסין היינו מחמת נפשות והחילוק מבואר בש"מ שם משום דשטר מודעה ניתן לכתוב עכשיו וכדאמרינן מודעה בפני שנים ואין צריך לומר כתבו וכיון דיכולין לכתוב אפילו מזמן הראשון כמאן דכתיבא דמיא ואתי שטרא ומרע לשטרא מה שאין כן בתנאי לא ניתן לכתוב ואם יכתבו ללוה לאו תורת שטר עליו לבטל השטר שכתבו ולא הזכירו התנאי והוי מפי כתבם. ויש לומר לדעת רמב"ן וסייעתו דאמנה נודע לכל שהוא עולה ותנאי אם אין הלוה מקפיד בדבר ואינו מצוה לכתוב התנאי ומאמין למלוה בזה ליכא איסור דתנאי מילתא אחריתי הוא ועיין ש"מ ב"ב שבסוף ספר הרמ"ה (דף קנ"ד) שכ' דוקא באמנה אינם נאמנים אף במגו שהכל יודעים מן הדעת שזו להעיד על דברים שאינם אמת אבל לא מי שאינו יודע להזהר בכל הדקדוקים נעשה רשע דקיי"ל תנאי היה דברינו נאמנים במקום מגו ואע"ג דודאי שלא כהוגן עשו כשהעידו על הלואה או על המכר סתם ולא פירשו בשטר את התנאי שהיה בפניהם שהרי המלוה יגבה בו אעפ"י שלא נתקיים אם יצא כתב ידם ממ"א אינם נאמנים או מייתי סהדי או אזלי למדה"י עיין

שם ומבואר מדבריו דבאמת איסור יש על העדים שיחתמו סתם בשטר הנעשה על תנאי רק דלא נעשה רשע בזה שאין דבר זה ידוע לכל מן הדעת כמו אמנה:

ובנתיבות כתוב לדינא דאם צוה הלוה לכתוב בשטר התנאי נאמנים לומר תנאי אף בכתב ידם יממ"א דדוקא באנוסים היינו דלא נתקן על זה שטר א"נ מה שאין כאן תנאי הוי כמו שובר וכשנכתב בצווי המלוה יש תורת שטר עליו וכיון דבידם לכתוב שטר קודם לזמן המכר ולכתוב בו שנעשה על תנאי וכיון שהתנאי ניתן לכתוב בהשטר ובידם לעשות הגדתן שבשטר שלא נזכר בו התנאי לחוזר ומגיד לכך אף שלא כתבו לא הוי כחוזרין ומגידין ומיישב בזה דברי מהרש"ך ז"ל שרמז עליו הש"ך (ס"ק קי"ב) ושם כתב בעדים שהעידו שלא מכר כי אם ע"ד לעלות לא"י עדותן זה הוא בשטר לא מקרי חוזר ומגיד והמל"מ (פ"ג) מעדות תמה על זה דמה לנו אם עדותן בשטר או בעל פה כיון שקדם השטר הראשון שחתמו הם בעצמם ונעשה כמו שנחקרה כל שחתמו עצמם אחר כך ההיפך הוי חוזר ומגיד. וכ' הוא כיון דהתנאי ניתן לכתוב בשטר לא הוי חוזר ומגיד עיין שם בדבריו ואפילו אם המלוה לא אמר שיכתבו שטר בפני עצמם ולמסרו ללוה רק שאמר שיכתבו התנאי ולא הוי רק כאומר כתבו מ"מ כיון שהכתיבה היה בצווי המלוה לא הוי מפי כתבם. ולפי זה היה מהראוי שיהיו נאמנים לגמרי ולא יהיה רק כתרי ותרי כמו במודעה וכן כתב להדיא הנתיבו' ליישב דעת הש"ע כיון דניתן לכתוב. ולא כן מבואר בדברי מהרש"ך שהעתיק דבריו ראיתי בספר בתי כהונה (ח"א סי' כ"א) ושם היה הנידון שכ' בשטר שביד הלוקח בלי שום שיור ותנאי הן בעל פה והן בשטר והעדים נתנו כתוב וחתום ביד המוכר שטר מכר ושלא מכר כי אם ע"ד לעלות וכתב אע"ג דבכתב בשטר בלי שום שיור ותנאי הושוו הפוסקים שאינם נאמנים לומר תנאי מ"מ כיון שמה שמעידין שאמר בשעת מכר שלא מכר כי אם ע"ד לעלות זה הוא בשטר לא מקרי חוזר ומגיד אלא חשיב כתרי ותרי דעלמא וכל היכא דאיכא ב' כיתות המכחישו' אמרינן אוקי אחזקה הכי נמי הנך תרתי סהדי שטר דמכחישו אהדדי אוקי שטרא בהדי שטרא וארע' בחזקת מרא קמא עכ"ד הרי מבואר דלא אתי עלה מטעם זה ואף לדבריו לא הוי רק כתרי נגד תרי:

ומ"ש הנתיבות לדמות לדברי הר"ן גבי מודעא אין הנידון דומ' דשם בלתי באפשרות לעשות באופן אחר דלא יוכלו להזכי' שום דבר בהשטר וניתן לכתוב שמסר קודם לכן המודעא לכך נאמנים ולא הוי חוזר ומגיד וכמאן דכתוב דמי ואתי שטר ומרע לשטר מה שאין כן בתנאי דיכולין לכתוב בשטר אחד וכשכתבו ולא הזכירו התנאי הוי כחוזרין ומגידין. ובספר בתי כהונה שם כתוב בארוכה בדעת המרש"ך דדוקא כשמזכירין העדים

בעדותן האחרונה עדות הראשון הוי חוזר ומגיד אבל כשאין מזכירין עדות הראשון בעדות האחרון אע"ג שהשטר השני הוא מזמן מאוחר לזמן הראשון מ"מ העדות הוא על קרקע אחד ולית כאן חוזר ומגיד אלא ב' שטרות מכחישין זה לזה ושטר הראשון הוא סתמ' אמרינן ממנ"פ חד מנייהו מזוייף הוא או שקר ענו ולא ידענא הי מנייהו קושטא דמי לב' כתות עדים המכחישות ואוקי שטרא בהדי שטרא וארעא בחזקת מריה עכ"ד בארוכה ואינו מובן כיון דחד מנייהו הוא מאוח' אמרינן השתא הוא דאיתרעא ובודאי אזלינן בתר שטר הקודם רק צריך לומר ליישב דברי העדים דשכחו וטעו ואם כן לא הוי כתרי ותרי ואף אם נאמר כיון דבשטר הראשון הוי כאלו מעידין דלא הוי תנאי אף דלא שייך לומר בכה"ג לדבריו דהוי כחוזר ומגיד והוי כתרי ותרי אולם כיון דכתב בשטר הראשון בלי שום שיור ותנאי בכה"ג א"נ לכולי עלמא להיות חוזר ומגיד ונשאר דברי מהרש"ך בקושיא. ואאזמ"ו זצ"ל בדברי משפט (סי' כ"ט) הביא סמוכין לדברי מהרש"ך ז"ל מדברי ש"מ ב"ב (דף מ"ט) דמפרש ה"מ על פה דלא אתי על פה ומרעא לשטרא אבל בשטרא אתי שטרא ומרע' לשטרא דאינו חוזר ומגיד לא גמרינן בשטר מבעל פה דשטר אלימא דלא צריך ב"ד ועל כרחך לא אמרינן דאינו חוזר ומגיד אלא שאין ב"ד נזקקין לקבל עדותן לסתירת מה שהעידו ואין חוקרים לבטל עדות הראשונה אבל הם שהעידו מאליהם שלא בב"ד וחתמו ומסרו ונעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד כשיבא השטר לפני ב"ד אתי עדות שנעשה כמו שנחקרה ומרע עדות כיוצא בה והוי כשנים אחרים שהעידו אחר עדותן של אלו עכ"ל. אולם מ"מ לדינא כל הראשוני' חלקו על זה וברשב"ם שם מפרש דאתי שטרא שנכתב מקודם להאשקלתא דבתריה. ועיין בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קנ"ט) שכתב להדיא בב' שטרות שיצאו בח"י ואחד מהם מכחיש לחבירו דעושין עפ"י השטר הראשון דכיון שחתמו הוי כמו שנחקרה וא"י לחזור ואם היו זמנים שווין שניהם בטילין מפני שאין אנו יודעין איזה מהם קדם וכן מבואר בתשובת הרי"ף ז"ל ועיין ח"ס אה"ע (סי' ע"ה):

ועיין תשובת רשב"א (ח"ג סי' י"ג) בשטר משכנתא שכתוב בו שלא יהיה רשות ביד המלוה לכוף את הלוה לפדות המשכונה ומסרו השטר למלוה ולא הרגיש בטעות ולאחר זה מצא המלוה שלא הי' בו זמן ואמר לעדים איך כתבתם כן והלא זמן היה לי עם הלוה בפניהם שאוכל לכופו ועדים מודים שכן היה אלא טעות הוא וכן מצאו כן במזכרת עדותן שעד אותו זמן אינו יכול לכופו אבל משם ואילך יהיה רשות בידו לכופו אם יכולין לכתוב לו שטר אחר לפי שכבר עשו שליחותן ועוד שאינן נאמנין לפי שכתב ידם יממ"א ואם הלוה כאן ומכחישן א"נ דא"י לחזור ולהעיד א"ד כיון שאמרו שטעו בכך לא עשו

שליחותן והשיב כל שטעו אף שמסרו ביד המלוה לא עשו שליחותן וכ' ואפילו הלוה בכאן ויצא שער זה בב"ד ומכחיש לעדים קרוב אני לומר שהעדים נאמנים אעפ"י שכ"י יממ"א מפני שאינו מפורש כאן שלא יהיה רשאי לכופו לעולם אלא סתם אמרו והעדים מבררין הן ולא עוקרין את השטר ולא חוזרין בעדותן כו' וכ' ומ"מ אף כשתמצא לומר שאינם חוזרין ומגידין ואם היה הלוה בכאן ומכחישן א"נ ה"מ כשיצא השטר והוחזק בב"ד והלוה כופר במה שהעדים מעידים עכשיו לפי שהב"ד מסופקין בדבר ואין רשאין לדון מן הספק כנגד מה שכתוב בהשטר אבל עד שלא יצא השטר והוחזק בב"ד העדים שיודעים האמת ומכירי' בטעותן ושלא עשו שליחותן חוזרין וכותבין ומתקנין טעותן ועושין עכשיו שליחותן והגע עצמך דל שטרא מהכא מי לא מסהדי הני סהדי בעל פה שתנאי היה ביניהם לפורעו בזמן פלוני ומהימנין להו כל שלא הוחזק השטר בב"ד וה"נ לא שנא עכ"ל העתקתי דבריו שמבואר דלא כשיטת מהרש"ך ז"ל ובעל בתי כהונה והנתיבות הנ"ל דלעולם כשהוחזק השטר בב"ד שוב אינם חוזרים ומגידין אף אם צוה המתחייב לכתוב התנאי בשטר:

והיכא דמכר בנכסי אביו דצריך שיהיה בן עשרים שנה אם העדים אמרו אחר כך דלא דקדקו אחר זה מבואר מש"ס ב"ב דאינם נאמנים אם כתב ידם יוצא ממ"א ואם אין כ"י יממ"א מבואר ברמ"ה ב"ב שם ובש"מ דנאמנים כמו באומרים קטני' היינו וא"ד לאמנה דלא ניתן לכתוב והכל יודעין דעולה הוא ואעולה לא חתימי אבל הכא לאו מלתא דידעו כולי עלמא דאתי מניה פסידא היא דאי מעיקר הדין לאו עולה דב"ד בתר עדים דייקי וכי מפיק ליה שטרא מצריכינן ליה סהדי דגדול הוי וכי קיי"ל הך חזקה דאין חותמין אלא אם כן נעשה בגדול משום דעדים גופייהו חיישי לב"ד טועין ומ"מ אטו כ"ע דיני גמירי ונאמנים דלא הוו ידעי דאין מעשיו כלום אי נמי דלא הוו ידעי אי קטן הוי או לא וסברי דלא סמכי ב"ד עלייהו עיין שם ברמ"ה ב"ב פ' מי שמת(סי' קל"ו) ובש"מ שם משם רבינו יונה וזה דומה ממש לתנאי הי' דברינו דבכ"י יממ"א א"נ ובאין כ"י יממ"א נאמנים דלא הוי עולה כמו אמנה וכמבואר שם בש"מ וזה כדעת הרמב"ן:

ועיין בר"ן כתובות דהקשה בהך עובדא דבר שטיא זבין נכסי דבלית ליה חזקה דאבהתיה אמרינן כשהוא שוטה זבן וכשהוא שוטה זבין הא חזקה דאין עדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בהכשר וכתב דאם לקח בר שטיא בשטר ה"נ רק אם לקח בכסף או בחזקה בפני עדים ואותן עדים לא דקדקו אם הי' אז בריא או שוטה שלא היה עליהן לדקדק. ובריטב"א שם מתרץ דחזקה על העדים לא שייך רק על המוכר ולא על הלוקח דבלוקח לא צריך לעדים לידע אם בר קנין הוא דזכין לאדם שלא בפניו וכותבין לו שטר

לזכותו שלא בפניו ואינם מכירים אם הוא קטן או גדול עיין שם וברמ"א (סי' רל"ה סי"ג) כתוב גם כן אלא אם כן המכר נעשה בגדול משמע גם כן דעל הלוקח אין צריך לדייק. אולם ברשב"ם ב"ב (דף קנ"ה) כתוב להדיא חזקה אין העדים כו' בגדול נותן ומקבל ועדים כולם גדולים וכשרים משמע דגם על המקבל צריכין לידע אם נעשה בגדול. ולכאורה קשה על דברי הר"ן מב"ב שם בעובדא דבני ברק במכר בנכסי אביו וערערו בני משפחה לומר קטן הי' דקאמר שם בש"ס אי ראיה בקיום השטר ל"ל לבודקו ומפרשי רשב"ם ותוס' לקיומי שטרייהו וחזקה שאין עדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול. ומאי פריך דלמא שם לא הוי הקנין בשטר רק בכסף או בחזקה ובזה אין על העדי' לדקדק ולכך הוצרך לבודקו כיון דלא שייך חזקה בזה. ואפשר לומר דאף דסברת הר"ן הוא דוקא בשטר דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד צריכין לדייק מה שאין כן בקנין אחר הנעשה בפניהם כיון דעדיין לא הגידו בסתם עדותן אינם צריכין לדקדק מ"מ זה דוקא אם לא יחדו אותם לעדים אבל אם יחדו אותם לעדים שידעו להעיד כי זה מכר לזה החיוב עליהם לדעת מהות העדות אם נעשה בכשרות ובפרט בדיני ממונות דאין צריך דרישה וחקירה ויעידו אחר כך אף אם יהיה נשכח מהם הזמן ויעידו שזה מכר לזה צריכים לדעת אם יש קיום לעדותן בשעתן היינו אם נעשה בהכשר ובגדלות וכן משמע קצת בלשון הר"ן שכ' ואותן עדים אעפ"י שראו המקח לא דקדקו אם היה בריא או שוטה שלא היה עליהם לדקדק היינו כיון שלא נתייחדו לעדים להעיד בדבר אחר כך אבל אם נתיחדו שיהיו עדים אחר כך להעיד בדבר יש לומר דחייבין לדקדק בדבר ושייך חזקה. ואם כן יש לומר שם בודאי היה בחזקת קטן כיון שערערו אחר כך ובודאי הי' הלוקח מייחד להעדים להעיד בדבר ושייך גם כן חזקה זו ועדיין צריך עיון בזה כי אולי יש לומר דהיה ידוע להש"ס שם דהמכר היה בשטר אבל בלא שטר כיון דעדיין לא הגידו עדותן ולא הוי כנחקר' אין על העדים לדקדק:

ובהא דכתב המחבר דבמודעא נאמנים אף בכתב ידם יוצא ממ"א ובש"ך הביא חבל גדולי הראשונים דס"ל דא"נ וכן גם כן דעת הר"י הלוי ז"ל כמו שכ' לעיל וכן דעת רמ"ה ב"ב. ובסמ"ע (ס"ק ק"ו) כ' על שטר הלואה או שטר מכר וברש"י כתובות כ' אם שטר מכר הוא ובס' הפלאה שם כ' דבהלואה לא משכחת מסירת מודעא דאם איירי שבאמת נתן מעות וכופהו על השטר וטוען הלוה שפרע קשה דמ"מ אינו יכול לטעון פרעתי דשייך לומר שטרך בידי מאי בעי ואי איירי שלא נתן מעות הוי תלי' ויהיב ולא בעי מסירת מודעא ואי במתנה דחייב את עצמו ובלא אונס לא שייך ניתן לכתוב בין לרש"י בין לר"ן לגבות בו מעות שנתן עיין שם עוד. אולם בש"מ שם כ' משם לקוטי הגאונים מודע'

דברינו שהודיע לנו המוכ' את אונסו אי נמי שהודע הלוה שאנוס היה בעת שהעדנו עליו ומבואר דשייך מודעא אף בהלואה ולמאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא אם כן לא חל השעבוד לטרוף מלקוחות רק על ידי השטר ובמסר מודעא דהלוה לו באמת הלואה בעל פה ועכשיו כופהו לכתוב לו שטר לא קנה השעבוד נכסים לטרוף מלקוחות בשטר זה ואף אם שעבודא דאורייתא ושטר בעינן רק שיהיה קול להלואה מ"מ כבר כתבו כמה אחרונים דעכשיו כיון שהפקיעו חכז"ל דמלוה על פה אינו גובה מלקוחות וחייל השעבוד רק על יד השטר וממילא בעינן כל דין שטר ולא מהני לטרוף מלקוחות על ידי שיש קול אם כן שפיר כשהוא באונס אינו יכול לטרוף מלקוחות וניתן לכתוב בין לפירוש רש"י להצילו בין לפירוש הר"ן כמובן ועוד יש נ"מ טובא במודעא גם בהלואה:

ועד אחד בשטר כתב הרמ"א (סוף סי' מ"ו) דיש אומרים דיכול לחזור בו והוא מדברי הריב"ש (סי' קכ"ז) ובש"ך תמה ע"ז כיון דקיי"ל דע"א בכתב זוקק לשבועה והו"ל כמעיד בעל פה והאיך יכול לחזור ואף הריב"ש לא כתב רק בדרך אפשר והעלה דאם כ' עדותו בלשון שטר בצואות בע"ד בענין דלא הוי מפי כתבם אינו יכול לחזור בו. ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ט"ז) דבאמתל' דאינו חוזר ומגיד יש מגמגמים מניין לנו כיון דקרא אם לא יגיד אייריי בשני עדים ולא בעד א' וכיון דבעד א' ליכא קרא מניין לנו וכתבתי דלדברי הריטב"א דלמדנו דאינו חוזר ומגיד מדכתיב יקום דבר ממילא בעד א' נמי כיון דכתיב לא יקום עד א' באיש לכל עון אבל קם הוא לשבועה קם בקיומו דאינו חוזר ומגיד ואם כן יש לומר דזה רק בע"פ אבל בשטר דמלמדנו רל"ק דעדים החתומי' על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד יש לומר דוקא בב' עדים ולא בעד א' אע"ג דחייב שבועה לדעת הרמב"ם מ"מ יש לומר דחוזר ומגיד ובפרט לדעתי' דרמב"ם עדות בשטר לא הוי רק מדרבנן יש לומר אף דגם על ידי עד א' בשטר חייב שבועה ואף הוי מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם אף דעדותו לא הוי רק מדרבנן מ"מ כיון דנחתינן לנכסי אם אינו רוצה לישבע הוי מתשאי"ל ומשלם מ"מ יש לומר דיכול לחזור אם אינו מעיד בעל פה ודוקא אם כבר דנו הב"ד על פי השטר ופסקו לחייבו שוב אינו יכול לחזור אבל קודם שפסקו יכול לחזור מ"מ קשה לחלק בין עד א' לב' עדים כיון דהוי שנחקרה עדותו בב"ד וכשר הוא מה"ת אינו יכול לחזור ועיין בריב"ש (סי' קצ"ג) שכתב להדיא דעד א' בשטר גם כן מהני והוי כנחקרה עדותו בב"ד וכתב אם כתב ונתן לבקשות הבע"ד כ"ש דמהני דהו"ל כמו שנחקרה עדותו בב"ד כדאמרינן בשנים ומצטרף עם אחר בע"פ בגמרא דילן עיי"ש ואם כן מהיכי תיתי נימא דיכול לחזור ועל כרחך צריך לומר ולחלק דבעד א' בעינן שיבא השטר לב"ד וכל זמן שלא בא יכול לחזור וכמו שכתב הנתיבות בדעת

הרמ"א דגם שטר בעד א' לא הוי מפי כתבו רק דלא הוי כמו שנחקרה בשעת חתימה ויכול לחזור קודם שבא השטר לפני ב"ד אבל אחר שנראה בב"ד אינו יכול לחזור ולפי זה נראה באם חתם עד שלא נעשה חתנו ואחר כך נעשה חתנו דאף דבשנים הדין הוא דאחרים מעידים על חתימתם אפילו לא ראוהו עד שנעשה חתנו כמבואר (סעיף ל"ה) זה דוקא בב' עדים דהוי כנחקרה מיד מה שאין כן בשטר בעד א' אף דמחייב שבועה מ"מ כיון דלא הוי כנחקר' עדותו עד שיבא לב"ד ועכשיו שהוא חתנו פסול להעיד לו אינו מחייב שבועה:

סימן לג

כבר כתבתי לעיל (סי' כ"ב) להעיר דאף לרוב הפוסקים דעדות בשטר בתיקון השטר הוא מה"ת ודלא כשיטת הרמב"ם מ"מ אם לא נכתב בו באיזה שעה חסר אחת מן השבע חקירות שהוא באיזה שעה ועל כרחך אינו מועיל עדותן מן התורה ולא עדיף מאם העידו בעל פה רק מדרבנן מפני נע"ד לא הצריכו דרישה וחקירה כן נמי עדות בשטר היה צריך שיכתבו באיזה יום ובאיזה שעה רק כמו דעקרו הדרישה וחקירה בד"מ מפני נע"ד כן נמי בשטר לא הצריכו לכך כשר אף באין בו זמן ואף לא באיזה שעה ואף לדעת בעל המאור דס"ל דעדות בשטר לית בהו הזמה אף בכתב בו בזמנו כתבנוהו משום דהזמה חידוש הוא מ"מ כבר כ' הב"ח והש"ך (סי' ל"ח) דדבריו לא אמורים רק לעשות דין הזמה אבל לענין פסלות העדים מודה שהעדים פסולים [ומה שהקשה בתומים (סי' ל"ד סק"ט) דאם כן אמאי ס"ל להרז"ה ז"ל דעדי קיום ודיינים יכולין להיות קרובים לעדי השטר כיון דכל הטעם דקרובים פסולין הוא שאם יתזמו יענשו על ידי קרובים כמבואר בירושלמי ובשטר לא שייך הזמה ואם נאמר דעכ"פ יפסלו לעדות עדיין שייך הזמה על ידי קרובים כבר ביאר ע"נ אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ל"ח) דודאי יכול להזימו בב"ד אחר וכבר כתב הריטב"א מכות (דף י"ב) בהא דאין עד נעשה דיין אף דיכול להזימן בב"ד אחר מ"מ כיון דאין עדים נעשו זוממין עד דנגמר הדין ויהיה הזמה מחמת קרוביהן דגמרו הדין וזה דוקא לענין עונש אבל לענין פסלות העדים נפסלו אף קודם גמר דין כמו שכ' הריב"ש. אם כן לא נפסלו דוקא על ידי קרוביהן עיין שם ולא היה צריך להביא מדברי הריב"ש שכן מבואר להדיא ברמב"ם (רפ"ך) מעדות בהוזמו קודם גמר דין נפסלו לכל עדות שבתורה. ואף דיש לומר הא מ"מ צריך שיעידו בתורת עדות לפני ב"ד מ"מ זה לא הוי כנענשו על ידי קרובים כיון דהם מעצמם גורמין להם כיון דאין צריך לזה גמר דין] וכיון דנפסלין אם מתזמו ודאי צריך שיהיה בשטר נכתב מן התורה באיזה שעה וכבר ביארתי לעיל דיני עדות (סי' א') דאף במקום דלא מקיים בהו דין הזמה מ"מ בעינן מן התורה דרישה

וחקירה דזה תנאי התורה להאמין להעדים שאינם משקרין באם מגבילים הזמן והמקו' דאז לא ישקרו ומפחידים שלא יתפסו לשקרנים כמו שהבאתי שם מדברי רש"י ב"ק (דף ע"ה) ופירוש המשניות לרמב"ם סנהדרין. ועל כרחך הא דשטרות כשרין אף דלא כתבינן שעות הוא מטעם דעקרו חכז"ל הדו"ח ועיין רמב"ם (פי"ז) ממלוה דשטר שאין בו זמן הוא כשר אעפ"י שעדות זו אי אתה יכול להזימה שאין מדקדקין בד"מ בדרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין הרי מבואר דלכ"ע עדות בשטר הוא רק מדרבנן עכשיו כיון דליכא דו"ח:

ולכאורה צריך לעיין כיון דמדאורייתא עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד הוא דוקא אם נתברר כל הזיין חקירות בשטר ואף דמפיהם ולא מפי כתבם כתיב מ"מ שטר מהני דגלי לן קרא דעדות בשטר מהני יהי' מאיזה טעמים המבוארים בראשונים ועכשיו דאין כותבין בשטר שעות וכן בלא זמן ובלא מקום כשר אמאי מקילין כל כך בקיום שטרות דלא הוי רק מדרבנן וכמבואר בש"ס ופוסקים ומה"ט מקילין בקיום לכמה דברים וכן כשר מפי כתבם והכל הוא כיון דקיום שטרות דרבנן ואמאי הא מה"ת לא מהני כלל אף אם נתקיים חתימתם הואיל דלא הוי בו דרישה וחקירה הצריך לעדים רק כיון דרבנן עקרו מפני נעילת דלת דלא צריך דרישה וחקירה ומקבלין עדותן וכיון דחכז"ל חששו לזיוף וצריך עכ"פ קיום נימא הם אמרו והם אמרו. וצריך לומר דמ"מ כיון דחכז"ל עקרו הדרישה וחקיר' בדיני ממונות יש כח לעדות בשטר אף מה"ת דהוי כהגידו בעל פה אף דחסר דרישה וחקירה הראוי' מ"מ כיון דמן התורה לא חציף אינש לזייף וחזקה דאין אדם מישראל טורח לזייף ומשום חזקה זו אין צריך קיום מדאורייתא רק חכז"ל חששו לקיים השטר לכך מקילין בו אבל מ"מ לא הוי רק מדרבנן דמה"ת בעינן דו"ח:

ובזה יש לומר בפשיטות בדברי רמ"א (סי' מ"ב) באה"ע דכתב מצאו כתוב בשטר פלוני קידש פלונית ועדים חתומים בו כל זמן שאין השטר מקוים אין לחוש לקידושין ועיין שם בב"ש דאיירי דאחד מהם אומר מזויף ובש"ך תמה הרבה בזה דמ"מ מדאורייתא לא מהני אף בטוען מזייף ואם כן למה לא ניחוש לקידושין ועיין מה שכ' לעיל (סי' כ"ח) בזה ולמה שכ' יש לומר עוד כיון דלא נעש' דרישה וחקירה אף דכתב הרמ"א שם דעידי קידושין אין צריך דרישה וחקירה אם לא בדבר שיש בו רמאות מ"מ מן התורה צריך דרישה וחקירה דכתיב משפט אחד יהיה לכם רק מדרבנן השוו לדיני ממונות וכיון דרבנן אמרו דצריך קיום להשטר אף דהקילו בקיום שטרות מ"מ כל זמן דלא נתקיים כלל אין לחוש לקידושין ובפרט למ"ש הב"ש שם דהיכא דהיא מכחשת בעינן דו"ח דהוי כדין

מרומה אם כן ודאי אתי שפיר דברי הרמ"א כיון דמן התורה אין כאן עדות בלא דרישה וחקירה אף אם מדרבנן חוששין אף בלא דרישה וחקירה מ"מ כל זמן שלא נתקיים אין חוששין כלל ובפרט בשטר הנמצא ועיין בקצוה"ח ובנתיבות ובמשובב העלה דלכל הראשונים אף בשטר הנמצא לא צריך קיום אולם באו"ז (סי' תרצ"ו) מבואר דעתו דמן התורה צריך קיום בשטר הנמצא רק במצאו שמת פלוני הקילו ומשום עיגונא הקילו:

ועיין רדב"ז (ח"ג סי' תרכ"ה) בנידון ב' שטרות היוצאין על אשה אחת שנתקדשה לראובן ולשמעון ביום אחד ולא כתוב בו שעות שיתברר למי נתקדשה תחילה והיא אומרת לראובן וכתב אם העדים הם שחתמו על הראשון והשני ודאי רשעים נינהו וסהדי שקרא הן כיון דידעו דנתקדשה לראובן תחילה האיך העידו דנתקדש' לשמעון ולא מבעי אם כתב ידם יוצא ממ"א אין להם שום נאמנות ולא שום מגו אלא אפילו אין כ"י יוצא ממ"א א"נ לומר לראובן נתקדשה תחילה במגו שהיו יכולין לומר אין זה כתב ידינו כיון שחתמו שקר אינם נאמנים לומר לראובן נתקדשה תחילה וא"ת כיון דאין כתב ידם יממ"א מאן משוו ליה שטרא אינהו דאמרו כ"י ואם כן מודים הם שחתמו בשקר ואין אדם משים עצמו רשע ויהיו נאמנים עתה להעיד בו לראובן נתקדשה תחילה וי"ל דלא אמרינן הכי אלא היכא שהם בעצמם באים ואומרים העדנו או חתמנו שקר אבל בנדון דידן אינם מודים אלא מפני חקירותינו שראינו שתי העדיות מתחלפות שאם היה הולך אחד מהם היתה נשאת לאחר שלא כדין והם שותקין וליכא למימר שעדיין לא נפסלו כיון שאין העולם יודעין שזה עדות שקר דאין לך אדם מישראל שאינו יודע שאין קידושין תופסין באשת איש ואם הם ב' כתי עדים שתיהן כשרות אלא דלא ידעינן מי קדם ולא שאני לן בהא בין אם כתב ידם יממ"א או לא אלא הרי היא ספק מקודשת לשניהם ואם העדי' לפנינו שואלים ולאמנים אלו לומר שנתקדשה בפניהם בבוקר אעפ"י שלא נתברר מתוך השטר עיין שם. ומבואר דסובר דבאין כתב ידם יוצא ממקום אחר מ"מ חיישינן לחומרא הואיל דמן התורה לא צריך קיום. ולכאור' מ"מ למה לא תהי' האשה נאמנת לומר למי נתקדשה תחילה כיון דאינו אלא לברר הדברים ודומה לאב האומר קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא אחר ואמר אני קדשתיה דנאמן וכתב הר"ן קידושין (דף ס"ג) הטעם אף דהוי דבר שבערוה מ"מ כיון דידענו דהיא אשת איש מ"מ כיון דמעמידה בחזקתה נאמן והכא נמי תהיה נאמנת לברר. וצריך לומר אף דאין כאן נגד חזקה מ"מ אין דבר שבערוה פחות משנים וגם שם אם האשה אומרת קדשתי את עצמי ואיני יודע למי אינו נאמן אחר לכונסה דחיישינן לקנוניא דהיא תחפה עליו כמבואר באה"ע (סי' ל"ז). אולם מה שכ' דאם אותן עדים חתומין על שני שטרות דאינם נאמנים אף באין

כתב ידם יוצא ממקום אחר לומר למי נתקדשה תחילה לא אבין למה כיון דלא ידענו מחתימתם על שטר שמעון רק מפיהם ואין אדם משים עצמו רשע ואינם נפסלין לכל העולם וכיון דנשארו כשרים למה אינם נאמנים לומר למי נתקדשה תחילה בפרט אם המתקדשת אמרה גם כן כך ודומה לכתב ידינו הוא זה ואנוסים מחמת ממון דנאמנים על עדותן שהוא כתב ידם וא"נ לומר אנוסי' וכאן נמי כיון דהעידו על שטר דראובן דכ"י הוא ולו נתקדשה בבוקר רק הוסיפו לומר דגם חתימתם על שטר של שמעון הוא כ"י והי' אחר כך וכל עדותן הזאת הוא על עצמן לומר שנפסלו לעדות אחר כך וכיון דאין כ"י יממ"א הוי עדות הזאת כמעידין על עצמן ואינם נאמנים וכיון דנשארו כשרים לכל עדות שבעולם למה לא יהיו נאמנים על עדותן של ראובן ואף דאמרו על שטר דראובן דכתב ידם הוא מ"מ בידם לומר דכתב יד של שמעון הוא מזויף ואין זה כתב ידם וזייף לדמות לכ"י של השטר הראשון דהא אין זה קיום המועיל משטר אחד ואם כן יהיו נאמנים דשמעון הי' האחרון. ומה שכ' הרדב"ז כיון שאינם מודים אלא עפ"י חקירותינו לא אדע לכיוון הדברים הא גם באומרים אנוסין היינו ובכ"מ דאמרינן אין אדם משים עצמו רשע הוא לאו דוקא אם באו מעצמן ובאנוסין היינו הוא גם כן אף אם לא באו מעצמן רק ע"י חקירותינו גם כן אין נפסלין מפי עצמן כמו שמבואר שם מכל דברי הראשונים:

ומ"ש הרדב"ז שעדות שקר מה שחתמו על שטר השני דאם הי' הולך אחד מהם היתה נישאת לאחר שלא כדין לא הוי צריך לזה לא מבעי לדעת התשב"ץ (ח"א סוף סי' א') דהיכא דהעד כ' בשטר אחד והעיד עדותו פעם ראשון ואחר כן כתב עדותו להיפוך בשטר אחר דנפסל אם כן הכא נמי אף דזה ודאי אם עד העיד בב"ד עדותו ואחר כך העיד חילוף הדברים באותו ב"ד ודאי דאינו נפסל דעדות השניה לאו תורת עדות עליו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מ"מ כשמעיד עדות הראשון בשטר דהוי כנחקרה עדותו בב"ד והוציא מתחת ידו ואחר כך מעיד חילוף הדברים דהוי גם כן כמו שנחקרה עדותו בב"ד והב"ד השני אינו יודע איזה מהן קדם ודאי דנפסל ואף להמבואר בתשובת רשב"א (ת"א סי' רמ"ה) בעד א' שהעיד וחתם על הצוואה שמה שצוה בעלה שתקה אשתו ונעשה כמו שנחקרה עדותו בב"ד וכיון שהגיד שוב אינו יכול להגיד ואף דחתם אחר כך בשטר האחרון וכתב בו שאמרה כן נעשה אינו נפסל על ידי זה היינו שם דליכא נ"מ בזה. אבל בנידון דרדב"ז דחתם את עצמו על קידושין של השני אחר שנתקדשה לראשון בפניהם באותו יום זה ודאי עדות שקר הוא דעל ידי עדותן בשקר שנתקדשה ונאסרה על כל העולם מחמת קידושיו הוא בשקר ועל ידי זה נאסרה גם על הראשון כיון דלא יתברר קידושין של מי הי' קודם ול"ה צריך לזה דאם היה הולך אחד היתה נשאת

לאחר שלא כדין דבלא"ה עיקר חתימה השניה הוא עדות שקר לאסרה על ידי זה לבעל הראשון שנתקדשה לו אולם בכל זה כיון דא"נ לומר על שטר השני כ"י הוא זה דאין אדם משים עצמו רשע מהראוי שיהיו נאמנים לברר למי נתקדשה תחילה. ואולי יש לומר דס"ל כיון דגם האשה מודה דנתקדשה בפניהם גם פעם שנית באותו יום לשמעון ומן התורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן ולא צריך לקיום לכן אין אנו יכולין לקבל עדותן אף דלא נעשו רשעים על ידי עצמן וצ"ע:

כיון דקיום שטרות הוא מדרבנן מקיימין השטר אף שלא בפני בעל דין ואף אם עומד וצווח מזויף הוא כמבואר בפוסקים וש"ע והרשב"א כ' הטעם כיון דלא על מנה שבשטר הם מעידין רק על חתימת העדים. וכתב בדרישה להקשות הא אם עדי השטר עצמן מקיימים קיי"ל כרבנן דאמנה קמסהדי ותירץ כיון דסוף סוף אין מעידין עכשיו על דבר חדש אלא שאומרים זה כתב ידינו שפלוני לוה לפלוני ובשעת הלואה היה החתימה. אולם בש"מ ב"ק (דף קי"ב) כתב משם הרמ"ה דהיכא דמקיימין על ידי עדי החתימה כיון דעל מנה שבשטר הן מעידין אין מקיימין אלא בפניהם וכן כתב התומים משם ספר בני שמואל דלטעמא דרשב"א הדין כן הוא וכתב דלא מצינו חילוק זה בשום מחבר ולפנינו דעת גדול מראשונים הרמ"ה ז"ל דס"ל כן ואפשר דהרמ"ה לשיטתו דסובר כשטוען מזויף צריך קיום מדאורייתא כמו שהבאתי לעיל (סי' כ"ח) משמו בתשובה (סי' רצ"ג) [ונשמט שם תיבות אלו דהיכא דאיכא ערעור מדאורייתא נמי צריך לקיים] ובכה"ג דעתו דאם מקיימין ע"י עדים החתומים כמאן דמסהדי השתא על פה דמי דקיי"ל על מנה שבשער הם מעידין. אבל אם ליכא ערעור דמקולי קיום הוא כיון דא"צ מה"ת מודה דמקיימין שלא בפניו אף ע"י עדיו של השטר:

וכ"י הלוה העלה הש"ך דחתימת יד הלוה לא שייכי הני טעמי דדוקא שטר דעדים החתומים כמו שנחקר' ולא בכתיבת יד הלוה וצריך לקיים דוקא בפניו והוכיח כן מדברי הסמ"ע (סי' ל"ה) שכתב אף דבקיום שטרות נאמן להעיד בגודלו מה שראה בקטנותו דוקא על עדותו של אביו דמן התורה הוי ליה כנחקרה אבל כשאחיו או אביו הן בע"ד שהתחייבו את עצמן בכתב ידם ודאי אין בנו נאמן להעיד על חתימת אביו דהוי ליה בכלל לא יומתו אבות על בנים כיון שאין חתימתו ניכר הוי ליה כמעיד עליו על פה והכ"י כמאן דליתי' דמי. ומוכח דכתב יד צריך קיום מה"ת. ובקצוה"ח תמה על זה כיון דמן התורה אין צריך קיום מטעם דחזקה גדולה דלא חציף לזייף הה"ד בכתב יד הלוה נמי ומדברי סמ"ע (סי' ל"ה) אינו ראיה דשם כיון דקרוב הוא אינו מקיימין על פיו אפילו בדבר שהוא מדרבנן כמבואר (סעיף י"ט) ויש לומ' דשפיר הוכיח הש"ך מדברי הסמ"ע

הנ"ל דהא (בסעיף י"ט) כתב המחבר שני דיעות וכתב דבעדי קיום הקרובים למלוה ולוה ויש מי שמכשי' והסמ"ע כתב בפשיטות דפסול לקיים חתם יד אביו אפילו גדול אלא ודאי דס"ל להסמ"ע לחלק בין חתם ידו לקיום עדי השטר ויש לומר הטעם דבשלמא לקיום חתימת ידי עדים אינם מעידים כלום על בירור הדבר רק על כתיבת ידם והעדים ממילא אם ידענו שהוא כתב ידם נאמנים אבל לא מטעם בירור הדבר דיכול להיות שהם משקרים רק גזירת הכתוב וחק התורה לקיים הדבר על פי ב' עדים כמו שכ' הרמב"ם ז"ל ולכך אף קרובים נאמנים לקיים חתימת העדים דאינם מעידין על חיובו דקרוביו רק על חתימת יד עדים שזה חתימתם ואם בשקר או באמת על זה אינם מעידין ולכך אף דממילא נפסק הדין על פי הקיום לא איכפת לן כיון דקיום שטרות הוא רק מדרבנן מה שאין כן כשבאנו לקיים חתימת יד המתחייב דהודאת בע"ד הוא כמאה עדים ועדיף דמה לפה שכן אינו בהכחשה ומחזקינן הדברים לקושטא דמלתא בזה אף אם מן התורה לא צריך קיום מטעם דחזקה אלימתי הוא דלא חציף אינש לזייף מ"מ כיון דמדרבנן צריך קיום הוי כמאן דליתי והעדים המעידין על קיום חתימתו הוי כמעיד דנתחייב בבירור לכן כ"ע מודים דקרוב פסול לקיים החתימה. וממילא מוכח דאין לקיים שלא בפניו אף דאין צריך קיום רק מדרבנן מ"מ כיון דכמאן דליתי' דמי אם לא נתקיים והקיום על חתימתו הוי כמעיד עליו דנתחייב בבירור ואין חבין לאדם אלא בפניו ואף אם נאמר דמן התורה אין לחלק בין קיום העדים לקיום חתימת יד הלוה דחזקה אלימתי הוא דלא חציף לזייף וכמו שכ' הקצוה"ח. ובאמת בתשובת רשב"א המיוחסת (סי' כ"ב) מסתפק קצת בזה וז"ל דאפשר לומר וקרוב בעיני דאפילו בחתם ידו אין אנו חוששין נזדייף בין בסך בין בזמן ואפילו לטרוף ממשעבדי במלוה בשטר דאחזוקי אינש בשקרא לחתו' בשטר לא מחזקינן דהא קיי"ל דקיום שטרות מדרבנן ומדאוריית' לא צריך כו' ולא חיישינן לומר שמא מזוייף הוא וכדאמרינן אחזוקי אינשי ברשיעי ומזייפי ל"ח ומ"ש חת"י וכל מה שכתב ומ"ש שמות שני אנשים אם אנו חוששים לזה ואינו דומה לשטר אמנה דהתם דרובא דעלמא מקרו ואמרו אבל לחתום לא עבידי ודומה לזה קצת דר"פ חה"ב ואפילו יחלוק בע"ד בין חתימת ידם לשטר בעדים אבל מ"מ כבר ירד זה לבתים כו' עכ"ל הרי אף דברור לו דאין לחלק בין שמות העדים לשמו דמתחייב ומ"מ כתב דיש לחלק. ומ"מ זה דוקא לענין מן התורה דלא חיישינן לזייף אבל מדרבנן כיון דצריך קיום הוי כמאן דליתא ואין מקיימין שלא בפניו כיון דמעידין על עצם החיוב של המתחייב:

אך הקצוה"ח העלה דאין לחלק כלל בין קיום דשטר לקיום דחתם יד המתחייב ומקיימין אף שלא בפניו ושמח שמצא כן למהרח"ש בתשובה. וכדבריו נראה שכן דעת מהרשד"ם

(סי' קמ"ו) וכ' אע"ג דאפשר לחלק קצת דדוקא בקיום שטרות דכמו שנחקרה עדותן בב"ד מקיימין שלא בפני הבע"ד אבל בכ"י נראה דליכא האי טעמא מ"מ נראה בודאי דאי אפשר לומר כן דכי לא משתמיט שום פוסק דלימ' חלוק זה כו' ועוד לטעם משום דלא על מנה שבשטר הן מעידין רק אלא על חתימת העדים הה"ד והוא הטעם בכ"י עיין שם וכבר כתבתי מה שיש לחלק בזה. וראיתי בס' ע"ה דמסתפק בשטר כיס דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכן בכ"י דנאמן לומר מזוייף במגו דפרעתי דאפשר בזה הקיום מה"ת כיון דאיכא מגו אע"ג דיש חזקה דאין אדם טורח ומזייף לא עדיפא חזקה זו מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דקיי"ל דאמרינן מגו במקום חזקה הכא נמי נאמן לומר מזוייף במגו וצריך קיום מדאורייתא. ולכאורה אם נאמר כן אם כן אין לקיים את השטר שלא בפניו דחבין לו דאם לא יהי' מקוים יהיה נאמן בטענת מזוייף במיגו דפרוע ואם יתקיים יהיה הוחזק כפרן כשיטעון מזוייף. אולם זה אינו דלמה ניחוש שיטעון בשקר שהוא מזוף כיון דיש לפלוני עדים לקיים חתימתו ואם יטעון אחר כך מזוף אף דאז צריך לקיים מן התורה ואין מקיימין שלא בפניו הוא חייב את עצמו ומי בקש ממנו שיטעון בשקר ואף דקבלת עדות שלא בפניו לא מהני מ"מ אנן לא צריכין לחוש לזה כיון דאף אם נאמר דגם בד"מ אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין הוא מן התורה מ"מ הוא רק מטעם גזירת הכתוב כמבואר ברשב"א בתשובה ואף למה שכ' דיני עדות (סי' ע') מדברי הרי"ף בתשובה והרמ"ה דהטעם הוא דמיכסף מניה לאסהודי שקרא מ"מ כאן לא חיישינן דלמה לו לטעון שקר שהוא מזוייף יטעון שפרע ואין לחוש דלמא באמת הוא מזוייף כ"ז שאינו טוען:

ולכאורה יש לומר דאף במגו דפרעתיך בתוך זמנו דהוי ספק אם נאמן או לא הוא דוקא שם דהוי עכ"פ חזקת חיוב גם כן לצרף לחזקה זו וכמו שכ' התומים כללי מגו לכך יש לומר דאינו נאמן מה שאין כן במקום דליכא חזקת חיוב אין כאן ספק ובודאי נאמן במגו אף דטענה דהשתא הוא נגד חזקה כמו כאן דכיון דטוען מזוייף אין כאן חזקת חיוב אף דמה"ת אמרינן דלא חציף לזייף ומוציאין ממון על ידי זה מ"מ גם מגו הוא מה"ת וצריך קיום מן התורה ועיין תשובת רשב"א מובא ב"י אה"ע (סי' מ"ב) בשטר חתום בעדים ונתקיים השטר על פי עדים דעלמא והאשה מכחשת דלא נתקדשה כיון דפלוני אייתי עדים והעידו דהמקדש הי' מהדר אזיופי דאינו יכול לאסרה דמוקמינן אחזקת היתר לעלמא וכ' ועוד דכל דלא באו עדי השטר ממש נאמנת היא לומר שטר מזוף הוא במגו דאי בעי אמרה גרשתני ואע"ג דמגו במקום עדים לא אמרינן הכא דחזר אחריו לזייף אמרינן אין להוכיח מדבריו דאמרינן אף מן התורה דלא חיישינן כלל לזיוף מ"מ היכא

דיש לו מגו דנאמן דיש לומר שם שאני כיון דיש עדים דמהדר אזייופי חיישינן וגם כיון דהשתא עכ"פ חז"ל חששו לקילקול הדורות נאמן במגו אבל מן התורה דלא הוי חוששין כלל לזייוף וחזקה אלימתי הוא בדרך כלל דלא טרח אינש לזייף ואף גזלן ופסול בעבירה כשמוצא שטר לא חיישינן כלל לזיוף מן התורה ומוציאין ממון כמבואר מדברי תוס' כתובות (דף צ"ב) ד"ה דינא יש לומר דנגד חזקה אלימתי כי האי אינו נאמן אף במגו ועיין תשוב' רשב"א (ח"ד סי' י"ט) באחד שנתחייב בב"ד לפרוע וקבעו לו זמן ואחר כך תבעו בב"ד וטען שיש לו עליו כנגד אותו מנה לפי שגבה ממנו רבית קצוצה אינו נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי דחזקה אם לא היה חייב מחמת שיש לו בידו כנגדו לא הוי מקבל עליו לפרוע בכח ב"ד דמגו במקום חזקה אלימתי כזו לא אמרינן דחזקה זו עדיפא ואלימא מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו והביא ראי' מכתובות (דף ק"י) דאמרינן אלו היתי חייב לך היה לך לפרוע את שלך הרי במקום חזקה זו מרעינן שטרא והלכך אפילו מגו במקום חזקה זו לא אמרינן והכא נמי יש לומר מדאורייתא דחזקה אלימתא דלא טרח לזייף אינו נאמן אף במגו ועיין ש"ע (סי' פ"ה) ובש"ך שם ובתומים דנאמן מזוייף במגו מדאורייתא וצריך קיום מן התורה. ועיין (סי' ס"ט) בסמ"ע משם רשב"א דבהוציא כתב ידם א"נ לטעון טענת נפילה ודעת הש"ך לדידן דנאמן לומר פרעתי נאמן במגו ובתומים וביתר ביאור בנתיבות שם כתב דאינו נאמן אף דיש לו מגו ואף נפילה במגו דמזויף אינו נאמן ואף לדעת הסמ"ע (סי' מ"ו) דנאמן ממני נפל במגו דמזוייף היינו כיון דאנן טענינן מזויף והוי כהפה שאסר דעדיף ממגו לכך מהני אף במקום חזקה אלימתא אבל במגו דפרעתי דלא הוי כהפה שאסר אינו נאמן במקום חזקה אלימתא והכא נמי דכוותיה כיון דמה"ת סמכינן על חזקה דלא חציף לזייף אינו נאמן בטענת מזויף אף אם יש לו מגו דפרעתי ונ"מ דדי במקילי קיום בכתב ידו גם כן אף דיש לו מגו דפרעתי:

ולענין אם מהני קיום מה שעדים שניים חתמו לקיים השטר דדעת הסמ"ע (ס"ק ג') דכשהם עצמן מכירין הוי ליה כמעידין על מנה שבשטר והטו"ז חולק דאם הב"ד אין מכירין רק העדים אחרים שהעידו על הקיום לא מהני דהוי כעד מפי עד ובקצוה"ח האריך בביאור דבריו כיון דאין על חתימתן תורת שטר דנעשה שלא מדעת המתחייב והוי עד מפי עד כבר הארכתי בזה בעזה"י בספר דברי חיים דיני הלואה (סי' ה') כיון דקיום כשר מפי כתב הוי חתימתן של עדי קיום הבא לפני ב"ד כאלו הגידו בפני ב"ד אם כן אינו דומה כלל לעד מפי עד כיון דהב"ד דנין על ידי עדי השטר ועד מפי עד הוא היכא דאלה המגידים לפני ב"ד אינם אומרי' רק ששמעו מאחרי' ואינם יודעי' אם אמת אם שקר כיון דהראשוני' לא העידו בפני ב"ד מה שאין כן להכיר חתימת יד עדי' שמעידי' מה

שראו באמת שזה הוא חתימתם ואם הב"ד היו מכירי' חתימתן היו דנין על פי חתימתן לקיים שפיר מהני הכרת העדים המעידי' בראייתם וידיעתם ועיין שם שהארכתי בזה בדברי' נכוחי' וברורי' בענין זה אולם ודאי אם כבר מתו העדי' שחתמו לקיים כיון דאין תורת שטר על חתימתן והב"ד צריכי' לדון עכשיו לקיים יש לומר אם אינם מכירים בעצמם הוי עד מפי עד כיון דעכשיו כבר מתו ואף אם הב"ד מכירים מעצמן חתימתם יש לדון כיון דלא הוי הגדה עד שיבא לפני ב"ד וכמו שכ' הרמ"א בתשובה דאף לר"ת דיכולין עדים לשלוח כתב ידם לב"ד מ"מ כ"ז שלא בא כתבם לפני ב"ד יכולין לחזור והוא הדין אם מתו קודם לכן רק שטר מהני כיון דבשעת חתימתן הואיל דנעשה מדעת המתחייב הוי כנחקרה עדותן בב"ד ולכך מהני אם מה"ת אם מתקנתא דרבנן אבל לא בשנים החתומים לקיים דאין תורת שטר ע"ז אולם לדעת הריב"ש (סי' שפ"ב) דהוי דין שטר בקיום בב' והוי כנחקרה עדותן בב"ד אף דלא נכתב מדעת המתחייב כיון דקיום שטרות מדרבנן מהני אף אם מתו ועיין שם מה שכתבתי בדברי הריב"ש הנ"ל ובדברי ב"ש אה"ע (סי' קמ"ב) וספר בית מאיר שם ובדברי משפט (סי' מ"ו סק"ג):

סימן לד

מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה או פרוע כו' אם הוא חייב לאחרים ואין לו ממה לפרוע אלא מזה השטר וכתב בו נאמנות והוחזק השטר בב"ד כו' אינו נאמן ש"ע (סי' מ"ז ס"א) ובש"ך האריך להשיג דמה מועיל נאמנות הא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אלא כיון דמשתעבד האי שטרא מדר"נ למלוה שלו אין בדבריו כלום וא"כ אף אם אומר הלוה שהוא פרוע ורוצה להשביעו למלוה שלו ואינו רוצה כיון שאומר שהוא פרוע אינו כלום והשטר בתקפו ועוד דשעבודא דר"נ מדאורייתא ושבועה דשטרות דרבנן ועוד האריך בזה דמה שאינו רוצה לישבע אין השטר בטל והביא ראיה מרמב"ן ור"ן ורא"ש פ' הנשבעין במוכר שטר חוב לחבירו והלוה טוען שפרע למוכר ישבע לו המוכר ואם אינו רוצה לישבע מפסיד הלוקח משום דנאמן לומר פרוע במגו דמחל ליה הרי דוקא משום דנאמן אבל אם לא הוי נאמן לא הוו מבטלין השטר וא"כ הכא דאינו נאמן אין השטר בטל בשביל דאינו רוצה לישבע וממילא אף באין בו נאמנות אינו נאמן. ובטו"ז הוסיף עוד להקשות דמאי מהני הנאמנות הא לא האמינו רק כ"ז שיאמר לא נפרעתי ולא כשאומר בפירוש שנפרע ועל כרחך משום דלא לקח השטר חייב א"כ גם באין בו נאמנות ג"כ יהיה חייב ועוד דעיקר המעלה של נאמנות שאין צריך שבועה אבל לאחר הפרעון יכול לתבוע וחייב היסת אם כן יאמר הלוה לכך פרעתי לו שהיתי סומך את עצמי עליו שלא ישבע אח"כ לשקר.

ולע"ד יש לומר אף דשדר"נ הוא מן התורה דהחוב של הלוה שלו שיש לו על אחרי' משתעבד להמלוה שלו מ"מ לא עדיף כח השני מכח הראשון לכך אם יש בהשטר נאמנות אם כן יש לו זכות לגבות בלא שבועה זכות זה נשתעבד להמלוה שלו ומיד ניתק לבעל חוב שלו זכות זה וממילא גם הוא גובה בלא שבועה אף דלא נתן נאמנות מ"מ ממילא זוכה בזכות זה וכיון דאינו יכול לישבע גובה אף שהמלו' טוען שהוא פרוע מ"מ כיון שכבר ניתק להמלוה שלו אינו נאמן לחוב לו אבל אם לא יש לו נאמנות כיון דהראשון לא יכול לגבות בלא שבועה לא יפה כח המלוה שלו מכחו וכמו שהמלוה הראשון לא יכול לגבות בלא שבועה כן גם השני אף דמד"ת אין צריך שבועה אף בלא כ' נאמנות רק מדרבנן ולהשני משתעבד מה"ת מ"מ אחר שאמרו חז"ל דיכול לומר אשתבע לי דלא פרעתיך ממילא לא יש זכות ויפוי כח להשני יותר מן הראשון אבל בכ' לו נאמנות ממילא נשתעבד להשני אף דא"י אם פרע או לא מ"מ כיון דחב לאחרים אינו נאמן ומוקמינן השטר על חזקתו וכמו שהי' הראשון יכול לגבות בלא שבועה אם אומר שאינו פרוע כן גם השני גובה ולא קשה קושית הטו"ז דהא אף דהאמין לו מ"מ יכול אחר כך לחייבו היסת אחר הפרעון ז"א כיון דעכ"פ אם אומר דלא פרע החיוב על הלוה לשלם בלא שבועה ממילא שוב נשתעבד להשני גם כן שיש ל' לו ושבועה לא שייך אחר כך להשני כיון דאינו יודע ולא הוי ליה למידע מה שאין כן אם היה הראשון חייב לישבע קודם שיגבה לא זכה השני יותר מן הראשון:

והא דכתבו הפוסקים במוכר שט"ח דנאמן מצד מגו תפ"ל כיון דאינו רוצה לישבע פטור הלוה יש לומר דהא יש לדקדק בדברי המ"מ (פט"ז) ממלוה דכתב גם כן מטעם מגו דמחילה. והוא כ' (פ"ב) שם דאינו נאמן פרוע במגו כשחב לאחרים משום דהוי מגו נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו ועיין ש"ך (ס"ק ו') וכן הוא דעת רמב"ן אם כן למה צריך במוכר שטר חוב למגו תפ"ל כשמכר לו ודאי לא פרע מטעם חזקה דמה שביד אדם הוא שלו ועל כרחך צריך לומר הא דצריך למגו אם נאמר דלא הוי טענת פרוע כמחילה היינו אם אומר שפרע אחר המכירה דאז לא שייך חזקה הנ"ל דבשע' מכירה באמת לא הוי פרוע והיה שלו רק אחר כך פרע לו לכך צריך למגו. ואם כן גם הנך פוסקים איירו גם כן באומר שפרע אחר המכירה לכך אתי עלה מטעם מגו ולא אמרינן כיון דהמלוה לא הוי גובה בלי שבועה מה מכר ראשון לשני רק כל זכותו ולא יותר כיון דמודה הלוה דלא פרע קודם המכירה רק אחר כך וכיון דאז היה המלוה גובה בלא שבועה דהלוה לא היה רשאי להשביעו על חנם ואז ניתק זכות השטר ללוקח לכן אף אם טוען שפרע אחר כך כשכבר מכר א"נ רק מטעם מגו דבלעדי המגו אינו מוטל חיוב שבועה על

הלוקח והמלוה המוכר היה גובה אז בלא שבועה ואינו נאמן על פרעון אחר כך לחוב להלוקח רק מטעם מגו. אך לפי זה אם טוען הלוה שפרע להמלוה אחר שכבר נשתעבד להשני מדרבי נתן גם כן לא הוי צריך נאמנות בהשטר כיון דמיד זכה הבעל חוב שלו בשעבודו ועיין ש"ך (סי' פ"ו) דמטעם שדר"נ משתעבד מיד לא משעת פרעון וכיון דזכה מיד בשעבודו ואז לא הוי יכול להשביעו למלוה הראשון כיון שיודע שלא פרע אסור לו שישביעו בחנם ואם כן כבר זכה השני בזכות זה ולא משמע כן מסתימת דברי הבעה"ת והטור. ואפשר לומר דדוקא במכר שט"ח דקלא אית ליה כמבוא' (סי' ס"ו) ואפסיד ליה לנפשיה דפרע להמוכר בלא שטר דמה"ט י"א שם (ס"ו) שאם פרע הלוה להמלוה לא נפטר בזה מהלוקח וע' שם בסמ"ע שכל קנין קלא אית ליה והחולקים סוברים דמ"מ כבר נמחל השטר עיי"ש בש"ך (ס"ק ס"ב) אבל מ"מ אם לא ידענו מן הפרעון רק ע"י הלוה אין הלוקח מפסיד בשביל שהמלוה לא הוי גובה רק בשבועה כיון שכבר זכה בהשטר והלוה אפסיד ליה לנפשי' מה שאין כן כאן דלא הוי ליה להלוה לידע שהמלוה חייב לאחרי' בזה אף שכבר זכה בהשעבוד מ"מ לא עדיף מכח המלוה הראשון דלא הוי גובה בלא שבועה אם אין בהשטר נאמנות. שוב ראיתי בישו"ש כתובות הנדפס מחדש שכתב אבל אין נאמנות בשטר יכול לומר פרוע הוא דהא בעל חוב לא יכול לגבות שטר זה אלא מכחו ואין לו כח יותר ממנו שאם הוא היה תובע היה לו להשביע שלא נפרע והלוה אומר פרוע הוא וכן פסק הרא"ש והטור וכל כה"ג שאין לעולם לבעל חוב השני יותר שיפסיד עליו ממה שיש למלוה הראשון והוא דברי ר"ת כאשר כ' הא"ז עכ"ל הרי כמו"ש: **והנה** אף לדעת הש"ך דאף בלא כתוב בו נאמנות אפי"ה גובה יש לומר דמודה עכ"פ היכא דגם גוף הזכיה של השני גם כן לא הוי רק מדרבנן לא מפסיד הלוה בשביל שטוען להשני אשתב' לי דלא פרעתיך דהא כתב הש"ך דשעבודא דר"נ דאורייתא ושבוע' דשטרות דרבנן ואם כן באשה המכנסת שטרות לבעלה דאין צריך כתיבה ומסירה כמבואר (סי' ס"ו סי"ב) ואינה יכולה למחול וא"נ לומר פרוע כמבואר אה"ע (סי' צ"א) הוא גם כן בכ' בו נאמנות אבל באין בו נאמנות אם הלוה טוען פרעתי אינו גובה אף לדעת הש"ך כיון דלא אשתעבד להבעל רק מדרבנן וכן משמע מח"מ וב"ש שם. אולם בנתיבות (סי' ס"ו ס"ק כ"ב) כתב דלדעת הש"ך גובה והיינו דלא על טעם זה בלבד סמך הש"ך א"ע רק מדא"י למחול א"נ לומר פרוע ואין מקום לשבועה זו. ובאמת י"ל דאינו דומה למוכר שטר חוב דשם כיון דמכר לו הוי כאלו הגיד אז דאינו פרוע לכך לא מהני אמירתו אחר כך רק מטעם מגו דמחילה אבל במכנס' היא לא אמרה כלל דלא נפרע רק הכניסה לבעלה יש לומר דנאמנ' פרוע כשטוען הלוה בלא מגו. וראיתי בספר ראב"ן

(סי' מ"ז) שכ' דאפי' טענו דפרוע הוא אינה נאמנת כיון דכאן הניחו חכז"ל על דין תורה דגובה בשטר ואין צריך שבועה כלל. אולם מדבריו אינו ראי' דהוא יש לו שיטה אחרת בענין מוכר שטר לחבירו דיכול למחול אף אם מכירת שטרות דאורייתא משום דעודנו אגיד לגבי המלוה המוכ' כי הלוקח אינו יכול לגבות בלא שבועת המוכר דלא נפרע השטר אם טוען הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ולכך כיון דאכתי אגיד בי' מהני מחילתו וכ' דאם מודה הלוה בשע' מכירת השטר דאכתי לא פרע שוב ל"מ מחילת המלוה דיצא מרשותו מכל וכל והוי כנכרי לגביה עיי"ש בארוכה דמסלק כל סתירות נגד סברא הזאת ולכך כתב דבמכנסת לבעלה אלמוהו רבנן והניחו על ד"ת דאינו חייב שבועה. אולם פירושו הוא נגד כל גדולי הראשונים והגאונים והוא כ' כן על פי דעת הי"א המובא ברי"ף פ' הכותב דיכול לומר עיינתי בחשבוני מש"ה יכול למחול וכבר חלקו ע"ז כל חכמי ישראל. וגם לדברי הראב"ן לכאורה א"כ אם כתב בהשטר נאמנות דאין צריך לישבע בזה נסתלק המלוה לגמרי ולא אגיד ביה כלל ולא משמע כן מש"ס ואף דיש לומר דאף בכ' נאמנות מ"מ כיון דיכול להשביעו אחר הפרעון אם כן היה כל נאמנות רק כל זמן שהשטר בידו מ"מ כיון דנסתלק הכי נאמר דאינו יכול למחול ועוד אם כן כתובה דודאי ביושבת תחת בעלה דלא פרע לה ואינה צריכה שבועה ואעפ"כ מהני מחילתה כמבואר בש"ס ופוסקים וכל דברי הראב"ן שם צריכין נגר להולמם ואם כן כיון דבמכנסת עיקר שבא בעלה מצד קנין יש לומר לשיטת המחבר שהוא הטור ובעה"ת והוא שיטת ר"ת כמו שכ' הישי"ש אף דאינו יכול למחול מ"מ אם אין בהשטר נאמנות אינו גובה אם טוען הלוה דפרע וכמו שכתב הח"מ וב"ש:

והיכא דהשטר הוא תוך זמנו וזה טוען פרוע הוא דאם לא הוחזק השטר בב"ד דנאמן במגו לומר שהוא פרוע אולם אם הוא תוך זמנו נראה מדברי הר"י אבן מיגאש ז"ל מובא בש"מ כתובות (דף י"ט) דאינו נאמן וז"ל שם אחר דקשיא ליה דאמאי לא נאמן במגו דאי בעי מחיל וכת' כמה תירוצים ואחר כך כתב דאמנה כיון דהוא עולה אינו נאמן אע"ג דבידו למחלו ואשתכח להאי פירוק' דאלו אמר פרוע הוא דמהימנינן לי' מגו דאי בעי מחיל ליה מיהו הני מילי היכא דאיתא לאחר זמנו אבל אם זמן השטר עדיין לא נשלם כיון דקיי"ל חזקה לא עביד אינש דפרע גו זמניה לא לה מהימנינן ליה עכ"ל אם כן כמו כן לדידן דאינו נאמן לומר פרוע במגו דמחיל דלא מהני מחילה כיון דמשתעבד מדר"נ מ"מ נ"מ בלא הוחזק השטר בב"ד דנאמן לומר שהוא פרוע במגו דאי בעי מצנע ליה או קלייה ואם הוא תוך זמנו אינו נאמן וכן נ"מ במוכר שטר חוב לחבירו דנאמן המוכר לומר פרוע במגו דמחילה מ"מ אם הוא תוך זמנו אינו נאמן. אך קשה הא זה הוא איבעיא

דלא איפשטא אי אמרינן מגו במקום חזקה כמבואר ריש ב"ב וא"כ איך מוציאין מספק ולמה לא יהיה נאמן לומר שפרע תוך זמנו במגו שלא להוציא מיד הלוה. ואולי יש לומר דהא באמת כבר הקשו בש"מ ב"ב שם וכן כתוב בס' גדולי תרומה הא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף ממגו דעם חזקה זו מוציאין ממון ומגו להוציא לא אמרינן ואם כן למה נאמר לסלק החזקה על ידי המגו וכתבו דודאי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף מהמגו רק בצירוף חזקת ממון יש לומ' דמבטל החזקה ועדיף או שקולין או דהחזקה עדיף. ואם כן יש לומ' דהר"י הלוי לשיטתו דמבואר מדבריו בתשובה (סי' קע"ב) דהיכא דהוי תרי נגד תרי על שטר אם הוא פרוע או לא דאמרינן אוקי תרי להדי תרי והשטר ישאר בחזקתו וכ' כן משם הרי"ף ז"ל. ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' מ"ו) ואם כן הכא נמי כיון דיש חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ומגו מסלקינן לסהדי ונשאר השטר בחזקתו ועד כאן לא איבעי לן אם אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו הוא רק במלוה על פה דבזה אם מסלקינן להחזק' בשביל המגו מוקמינן ממון על חזקת מריה כמו בתרי ותרי במלוה על פה דכ' שם הר"י מיגאש דאוקי ממונא בחזקת מריה ובזה הוא הספק אם חזקה עדיפא או המגו בשביל דמסייעו חזקת ממון אבל במקום שטר החזקה עדיפא דמוקמינן השטר על חזקתו. אולם לדעת הסוברים דאף בתרי אמרו על שטר שהוא פרוע וב' אומרי' שאינו פרוע דאין מוציאין ממון כמבואר בש"ך (סי' מ"ו ס"ק ק"א וסי' ע"א) ה"נ יש לומר אף אם הוא תוך זמנו מ"מ היכא דיש לו מגו דהוי ספק אין מוציאין ממון:

ויש עוד מקום לומר דדוקא היכא דהמגו הוא לבעל דין עצמו כמו בלוה שאמר שפרע תוך זמנו ויש לו מגו אמרינן דאפשר המגו עדיף ומברר נגד החזקה דאם היה רוצה לשקר הי' טוען שקר שיותר יתקבל והבע"ד מחכים את עצמו בטענותיו מה שאין כן כאן שהוא אינו בעל דין רק להאמין לו על חובו להפקיע מן הלוה שלו שעבודו של המלוה שלו וגם אין הח"מ אצלו לכן סובר הר"י מיגאש דאינו נאמן במגו נגד חזקה ועיין בש"מ כתובות (דף י"ט) דכתב דלכך בשני כתי עדים המכחישין זה את זה אין בתראי נאמנים במגו דפסלו לקמאי דלא האמינה התורה עדים על ידי מגו. ויש לומר גם כן כאן אף דכאן נאמן אם יש לו מגו היינו מצד הודאת בעל דין והמגו מועיל לסלק מה שהוא חב לאחרים ומ"מ בעינן שלא יהיה נגד חזקה אך מדברי רמב"ן ורשב"א לא משמע כן דהא הרמב"ן מתרץ דאינו נאמן במגו משום דהוי במקום חזקה דכל מה שבידו הוא שלו ואין אומרים מגו במקום חזקה כזו כמבואר במ"מ פ"א ממלוה ובש"ך (ס"ק ו') ופירש בטו"ז (סי' צ"ט) אע"ג דהוי ספק אם אמרינן במקום חזקה מגו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן עיין שם

וכן ראיתי מבואר בתשובת רשב"א בת"א (סי' קל"ד) שכ' דא"נ במגו במקום חזקה גדולה שמה שביד אדם הוא שלו והוכיח מהך דהאומר שטר אמנה אף דיש לו מגו דאי בעי מחיל וכ' ואע"ג דאיבעי לן ריש ב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה ולא איפשיטא אפי"ה לא כל החזקות שוות אלא איכא חזקה אלימתא דאמרינן לה אף במקום מגו וזו אחת מהן עכ"ל הרי מבואר דאם לאו חזקה אלימתא דאז היה נאמן במגו אף שאין לו לבעל המגו הצירוף של ח"מ ואם כן ממילא נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו להסוברי' דנאמן במגו אי בעי מצנע או קלייה ודלא כרמב"ן ורשב"א נאמן גם כן אף אם הוא תוך זמנו. אך מ"מ יש לומר אף לדעת הרא"ש וסייעתו דנאמן במגו אף שהוא נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ אם הוא תוך זמנו דהוי נגד תרי חזקות יש לומר דמודים לדעת רמב"ן ורשב"א דאינו נאמן:

ועפ"י דברי הש"מ וג"ת הנ"ל יש ליישב קושית הש"ך על הש"ע דכאן פוסק דבלא הוחזק בב"ד נאמן במגו ודלא כדעת רמב"ן ובסי' צ"ט) פוסק דאינו נאמן נגד בעל חוב לומר על מטלטלין שהם של אחרים בפקדון בידו מטעם דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו וכ' לחלק בין מטלטלין דבר שגופו ממון לשטר שהוא תחת ידו שאין המעות תח"י. ולדבריהם אתי שפיר בפשיטות דכאן עכ"פ יש לצרף חזקת ממון של הלוה להמגו ואם כן הוי כמו במגו דאין אדם פורע תוך זמן דלא מוציאין ממון מספק אם אמרינן מגו במקום חזקה מה שאין כן (בסי' צ"ט) דאנו דנין על המטלטלין שת"י אם שלו הן או של חבירו ואין אחד מהן מוחזק הכריע המחבר דלא אמרינן בכה"ג מגו במקום חזקה כיון דאין מוציאין הממון משום חזקה מבטלינן להמגו במקום חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו. הן אמת דקצת משמע ברמב"ן ורשב"א ור"ן קידושין (דף ס"ד) בהא דמי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים דהאבעיא בש"ס ב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה הוא בלא סייעת ח"מ גם כן הספק דהא הם כתבו שם לרבי דאמר מה לו לשקר ולכך נאמן אף באתחזק הא במס' ב"ב איבעיא לן אי אמרינן מגו במקום חזקה ואי ס"ד דבש"ס שם עיקר האיבעיא הוא אף דחזקה עדיף מ"מ כיון דמסייע חזקת ממון להמגו לכך יש לומר דמגו עדיף אבל בלא סייעת ח"מ החזקה עדיף אם כן היה להם להקשות בחוזק יותר דהא שם חזינן דמגו דמה לו לשקר עדיף מחזקה אף בלא צירוף איזה דבר ואי דשאני חזקה דאין אדם פורע תוך זמן דהוא מצד חזקה המבררת וכאנן סהדי לכך צריך לצרף לח"מ להדי מגו אבל שם אין כאן חזקה המבררת אם כן לא קשה כלל דשפיר יש לומר דנגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמן לאו מגו עדיף משום דהוי חזקה המבררת מה שאין כן שם ליכא חזקה המבררת ולכך עדיף סברת המגו לסלק החזקה. וצריך לומר דלא נחתו לזה לדייק

כל כך והקשו בפשיטות דהא עכ"פ הוי ספק וכן ברשב"א שם מסיק באמת כיון דהוי ספק אם אמרינן מגו במקום חזקה ולכך בעל שאמר גרשתי את אשתי אמרינן חוש לה כמו כן אינו נאמן לומר אין לי אחים אם מוחזק באחין ויש לומר גם כן דחזקה עדיף ממגו במקום דליכא לסייע למגו כמו במגו דפרעתיך אחר זמנו דמסייעו חזקת ממון וע' מה שכ' אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני יבום (סי' ה') וכן בתשובת רשב"א (סי' קל"ד) הנ"ל דכ' דאינו נאמן במגו דמחיל משום שהוא נגד חזקה והקשה הא עכ"פ הוי ספק היה לו לומר ביותר דליכא למגו שום סייוע ובזה ודאי חזקה עדיף משמע דלא נחתי לסברת הש"מ והג"ת. ועכ"פ המחבר יש לומר דהכריע דלכך בשטר נאמן במגו נגד חזקה הואיל דמסייע ח"מ של אידך:

והנה הש"ך מסיק דכאן הוי ספיקא דדינא אם אמרינן מגו במקום חזקה ולכאורה אם כן ליכא נ"מ במה דהוי ספיקא דדינא דכנראה אף אם בספיקא דדינא מהני תפיסה היינו או אם שניהם טוענים ברי או שמא אבל אם המוחזק טוען ברי לא מהני תפיסה כשטוען התופס שמא וכאן אין המלוה יודע אם הוא שטר אמנה או פרוע אך יש לומר דנ"מ אם הלוה מהשטר שאמר עליו שהוא פרוע טוען אינו יודע או אם המלוה זה חייב להלוה גם כן בזה יש לומר דהוי כתופס ברשות ומהני תפיסתו כיון דלדעת רמב"ן ורשב"א אינו נאמן ועוד יש למצוא נ"מ טובא בין אם פסקינן כרא"ש והטור בבירור או מטעם ספק ולגבי חפץ באומר שהוא של אחרים מסיק לדינא דא"א מגו במקום חזקה כרמב"ן ורשב"א וכבר כתוב שם בתומים דבאמת המ"מ כ' משם הרמב"ן דמסתפק שאחר שתבעוהו בחובו אמר שזה של אחרים אינו נאמן במגו במקום חזקה כזו לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה עכ"ל וכן ברמב"ם (פ"ב) כתוב אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו מבואר מדבריהם דהוא רק מספק. ויש להבין כיון דהוי רק ספק אמאי מוציאין ממון מן הלוה שצועק בב"ד דהשטר הוא פרוע בשלמא כשאומר על מטלטלין שאינם שלו והוא ת"י שפיר שייך חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ואין מוציאין מזה הפלוני כלום אבל להוציא מן הלוה כשיש לזה מגו ואנן מסופקין שמא קנוניא עושים אמאי מוציאין מספק. ובבעה"ת (שער נ"א ח"ב) כתב משם הראב"ד וז"ל נתחזק לבי ונתיישבה דעתי מאד במה שכתבתי שאלו אמר בפני הלוה והלוה אומר כן איך יעלה ע"ד משכיל שלא יהיה נאמן והלוה צווח ואומר לב"ד כתבו לי שטר הודאה שהודה בפניהם שטר אמנה וכן אם מחל לו בפנינו בשביל שחב לאחרים אין מחילתו מחילה אלא השמטה והרי הלוה צווח ואמר כתבו לי שטר מחילה כו' האיך כופין לזה מפני זה ומאי חזית דדמי דהאיך סומק טפי ע"כ אומר אני לי זאת

השמועה באומר שלא בפני הלוה היא אמורה והודאתו לאו הודאה אחר שחב לאחרים דיכול לומר ללוה לאשתמוטי מבעל חוב הוא דאמרי א"נ שלא להשביע את עצמו עכ"ל ועיין שם בג"ת הרי דעת ראב"ד דאם הלוה היה בפנינו ותובע ששטרו הוא פרוע דאינו גובה. דלא כרמב"ם ורמב"ן. וע"כ צריך לומר טעמם אף דהוא ספק שמא קנוניא הם עושין הוא כמו שכ' המ"מ וכן מבואר ברמב"ן בש"מ כתובות שם דריע טענתיה דכל מאי דאיתיה בידיה בחזקת שלו הוא וא"נ לומר אינו שלו בחב לאחרים ואפילו במקום מגו דאם איתא אמאי לא החזיר לו שטרו עד עכשיו שתבעוהו לבעל חוב מדר"נ כו' דעביד אינש דעביד קנוניא הרי דהוסיף בזה מטעם דניכר הדבר שלא החזיר השטר מקודם וריע טענתיה והוי ספק של קנוניא קרוב לודאי אבל אם היה אומר קודם שתבעו בעל חוב באמת נאמן וכן משמעות דברי רמב"ם (פ"ב) דאיירי שאומר אמנה או פרוע אחר שבא הבעל חוב לגבות ממנו ועיין שם בכ"מ. אולם לפי"ז אינו מובן דברי המ"מ (פ"א) דשם מה ריעותא איכא כשאומר על מטלטלין שהם פקדון או שאולין בשלמא בשטר שפיר כתב רמב"ן דריע טענתיה דלמה לו להחזיק שטר פרוע עד שתבעוהו בעל חוב מה שאין כן במטלטלין ודברי הרמב"ן שהביא המ"מ אינם אמורים רק על הא דאומר שטר אמנה כשבא בעל חוב לגבות ממנו.

וקצת נראה מדברי רמב"ם דשם איירי כשאין הפלוני שאומר שהן פקדון בפנינו אבל באמת הוא אם הוא בפנינו וצווח שהן שלו אינו גובה מהן וכשיטת ראב"ד הנ"ל ועיין תומים (סי' צ"ט ס"ק ד') מה שכ' מתשובת הרי"ף. אולם מדברי המ"מ ושאר פוסקים לא משמע כן. ובאמת הא דכ' המ"מ משם רמב"ן דאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו כבר עמד ע"ד בנתיבות דמה צריך לזה הא סגי בזה דמגו במקום חזקה לא אמרינן הוא משום דאם לא החשש קנוניא הי' נאמן מטעם דבידו וכבעלי' וכמו בבעל שאומר גרשתי את אשתי דנאמן מטעם דבידו לגרשה והה"ד בדבר שבממון [והיינו אף כי אנן מסקינן ב"ב (דף קל"ד) דאמר זיל חוש לה וכמבואר אה"ע (סי' קנ"ב) הוא מטעם דאם איתא דגירשה קלא הוי' ליה] וביתר ביאור להמבואר ברמב"ן ור"ן קידושין הנ"ל דמגו שבידו לעשות עדיף ומהני אף במקום חזקה והרמב"ן מסיק שם כן להלכה דנאמן אף במוחזק לאחין מטעם הנ"ל דבידו לעשות וא"כ ה"נ מה דבידו לעשות למה לא יהיה נאמן לכך כתבו דמטעם קנוניא אינו נאמן להפקיע הממון מחבירו דכיון דחיישינן לקנוניא במקום דריע טענתיה ונגד חזקה לכך א"נ ועיין בזה בקצוה"ח (סי' צ"ט) עכ"פ היכא דלא ריעא טענתיה רק מצד חזקה בלבד יש לומר דגם רמב"ן מודה דל"ח לקנוניא:

אך מדברי תשובת רשב"א בכמה מקומות מבואר דלא צריך כלל לחשש קנוניא ואף אם לא המתין לומר מה שחב לאחר עד שתבעוהו גם כן אינו נאמן במקום שחב לאחרים ואף במקום שהי' יכול לעשות החב באופן המועיל מ"מ א"נ נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו. עיין (סי' אלף מ"ז) מובא בש"ך משם מבואר אף בלא תבעו ואף בכתובה דלא הגיע הזמן עדיין לפרוע מ"מ אינו נאמן לומר על חפץ שהוא של פלוני ובח"ב (סי' רנ"ה) שם כתב באומר ומצוה מחמת מיתה בפני אשתו לתת לפלוני ל"ג ליטרין שיש לו אצלו בפקדון אף שיש לבעל מגו דאי בעי יהיב ליה השתא אינו נאמן במקום שחב לאחרים והביא ראיה מאומר שטר אמנה עיין שם ומשם משמע דאעפי"כ אינו נאמן מטעם דחיישינן לקנוניא ובב"י (סי' ר"נ) מביא תשובת רשב"א אפילו הודה בשעת פטירתו שקבל כך וכך מעות פקדון מראובן ואפילו עשה לו שטר הודאה אינו מזיק להאשה דהודאת בע"ד במקום שחב לאחרים אינו כלום וראי' מהא דהאומר שטר אמנה הוא והוא (ח"ב סי' שכ"ט) ושם לא כתב כלל חשש קנוניא וגם לא תבעהו אותו פלוני ועוד מכמה מקומות שציין המל"מ מתשובת רשב"א מבואר דאף אם לא תבעו בע"ח כל שקדם החוב להודאה כתבעו דמי ועיין כנה"ג (סי' ר"נ) שהוכיח גם כן מדעת רשב"א וכן בס' דברי אמת בקונטרס התשובות (סי' יוד) האריך להוכיח כן מדברי רשב"א מכמה דוכתי דאף בלא תבעהו בעל חוב ומאליו אמר גם כן אינו נאמן בהודאתו במקום דחב לאחרים ובכמה מקומות לא הזכיר קנוניא. מלבד הך (ח"ב סי' קנ"א) בהוד' בכתב ידו לנמואל בן אחיו שבכל נכסיו היה אביו שותף עמו דכתב דנאמן על המטלטלין במגו דיכול ליתנם לו עכשיו ולמכרם וזה נגד כל תשובותיו וכמעט כל התירוצים האמורים בזה לא יתכנו להמבואר בכמה מקומות מתשובותיו להיפוך ומה שכתב אאמ"ו ז"ל בדיני גב"ח (סי' ג') מבואר מדבריו בת"א (סי' קל"ד) להיפוך ומה דיש לומר כיון דלא שייך קנוניא הואיל דכוונתו על לאחר מיתה ובידו לעשות בהיתר דבזה אמרינן מגו במקום חזקה מ"מ מיתר תשובות הנ"ל מבואר דאף אם בידו לעשות בהיתר וליכא חשש קנוניא גם כן אינו נאמן לחוב לאחרים וכנראה הרשב"א לשיטתו דבקידושין (דף ס"ד) הנ"ל אינו פוסק כרבי דאמרינן מה לו לשקר וגם בבעל שאומר גרשתי את אשתי דאמרינן זיל חוש לה הוא גם כן מן הדין דלעולם לא מהני אף מגו דבידו במקום חזקה ולכך אינו נאמן ועל כרחך צריך לומר דהך דהודה בכתב ידו לנמואל בן אחיו איירי דהי' ידוע שאחיו אביו של נמואל היה שותף בחיו ול"ש כ"כ חזקה דמה שביד אדם הוא שלו ולכך נאמן במגו. אבל בלא"ה א"נ אף בבידו ואף במקום דלא שייך קנוניא דהוי מגו במקו' חזקה אלימתא וכמגו במקום עדים דלא אמרינן וכמו שכ' הרשב"א (סי' רמ"ה) וצריך לומר

אף דמצינו בתוקף מחבירו ויש לו מגו נאמן דדידיה חטף ואף בנסכא דר"א אם יש לו מגו החזרתי להסוברים הגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים הרי אף דהוא נגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו והחוטף הוא כגזלן ומ"מ נאמן במגו היינו כיון דעכ"פ עכשיו הוא תחת ידו ואינו תחת יד הבעלים רק אנו דנין על שעה שחטף מ"מ אף דאז כשהי' בידו הוי חזקה אלימתא וכעדים דכל מה שביד אדם הוא שלו מ"מ עכשיו אינו תחת ידו לכך מהני המגו אבל במקום דבא ליגרע החזקה שהוא בפנינו ובידו הוא והוא בחזקת שלו היכא דחב לאחרים אינו נאמן:

ובאמת הא דכתב הרמב"ם והרמב"ן דאינו נאמן מטעם דחיישינן לקנוניא ולמה צריך לזה הא בלא"ה למה יהי' נאמן ואף עד א' המעיד שהוא פרוע אינו נאמן מכ"ש כשמעיד על עצמו ועיין נתיבות דהוכיח מדברי הש"ך דאף תורת עד א' אין עליו הואיל דמעיד על עצמו אינו נאמן בתורת עדות אף לחוב דאל"כ כשיש עד א' המעיד כדבריו יהיה כשני עדים. וכן יש להוכיח מדברי ר"י מיגאש ב"ב (דף קכ"ח) ומובא בטור (סי' פ"ח) בתובע לחבירו שחייב לו מאה בקנין על ידי עד א' דחייב שבועה ולא הוי כפירת שעבוד קרקעות כיון דלא יגבה מלקוחות על ידי עד אחד ואם הגדת הלוה יחשב כעד א' עכ"פ אמאי חייב שבועה הא אם יודה שחייב לו והיה ע"י קנין כדברי העד א' יהיה שני עדים ויגבה מלקוחות ועל כרחך צריך לומר דמה דמעיד על עצמו אינו בגדר עדות כלל אף במה שנוגע לאחרים ועיין מה שכ' לעיל בדיני עדות (סי' נ"ג) בארוכה בזה ובדברי הר"י מיגאש דוחק לומר דאיירי היכא דאינו כשר לעדות. עכ"פ למה צריך כלל לקנוניא וכתבתי לעיל דיש לומר למה שכ' בעה"ת (שער נ"א) בשם יש מן המורים דאם מפסיד בהודאתו גם לו כגון שחב לאחרים במנה והשטר שאומר עליו אמנה או פרוע הוא בר' דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד לעצמו נאמן להפסיד לאחרים כמו בגיטין (דף נ"ה) וכתב דליתא כיון דחיישינן לקנוניא אינו דומה לשם ויש לומר דהרמב"ם ורמב"ן כתבו חשש קנוניא דאל"כ היה אמרינן דמתוך שנאמן לגבי עצמו אף שאין השטר עולה יותר ממה שחב לאחרים מ"מ אם לאו חשש קנוניא הוה אמרינן מתוך שנאמן להפסיד לעצמו דעכ"פ נפקע חוב זה ולמלוה שלו נשאר חייב נאמן לגמרי לכך כתבו מטעם קנוני'. והרשב"א יש לומר דסובר אף היכא דליכא כל כך חשש קנוניא מ"מ לא אמרינן סברא זו מתוך שנאמן להפסיד לעצמו נאמן לגבי אחרי' רק באיסורין דע"א נאמן רק במקום חזקה א"נ מסלק סברת מתוך להחזקה ושוב עד א' נאמן מה שאין כן לגבי ממון דעד א' אינו נאמן בכל אנפי ועיין בחידושי ר"ן וריטב"א מס' גיטין שם ובמרדכי ובמה שכ' בהגהותי בד"ח חיו"ד (סי' כ"ט) וחלק אה"ע דיני כתוב' (סי' כ"ה) ולעיל בדיני עדות. ועיין ב"ח (סי'

צ"ט) באומר שחייב לאחרים בשעה שאין לו נכסים דליכא חשש קנוניא דנאמן ועיין שם בש"ך ותומים ובקצוה"ח שם כתב דבחב לאחרים בלא"ה אינו נאמן בהודאתו ולמה שכ' כנראה דבר זה תליא במחלוקת רמב"ם ורמב"ן ורשב"א וכפי שכ' בש"ע כדברי רמב"ם משמע דהיכא דליכא קנוניא נאמן. אולם גם שם שייך לומר קנוניא ואכ"מ ועיין מה שכ' לעיל בדברי טו"ז וכנה"ג (סי' ק"ח):

סימן לה

ואם אחר שאמר אמנה פרע לבעל חוב כ' בש"ע והוא מראב"ד ור"י ורא"ש דאם אמר כן כשבעל חוב בא לגבות יכול לגבות אחר כך ואם מעצמו הודה א"ח וגובה. ויש לראות למה כתבו דין זה אם הוא פרע לבעל חוב ובא אחר כך לגבות בהשטר מן הלוה שלו הא נ"מ גם אם פרע הלוה השני לבעל חוב דהדין הוא דאינו נאמן אם יכול לתבוע את הלוה הראשון שישלם לו מה שפרע חובו והוא בעצמו הודה דהשטר היה אמנה ולא הי' חייב לו ומטעם פורע חובו של חבירו לא מפטר כיון דהי' חייב מן הדין לשלם שהב"ד כפו אותו לשלם מדינא וכיון דהודה על השטר שהוא אמנה אם קם בהודאתו חייב לשלם ואם נותן אמתלא דאמר כדי להפקיע זכותו של הבעל חוב שלו שלא יגבה יש לומר דנאמן והיינו אם אמר כן כשבא בעל חוב לגבות ואם מעצמו הודה אינו נאמן וחייב לשלם. ויש לומר דנקטו רבותא דאף להוציא מחבירו יכול לסתור הודאתו כשנותן אמתלא לדבריו ועיין טו"ז (סי' ל"ז) דכתב הטעם הואיל דיש שטר מבורר ובלא"ה אינו נאמן להוציא. ובודאי אם לא נתקבל הודאתו ושילם הלוה להמלוה יכול אחר כך לתת אמתלא על הודאתו שלא להוציא ממנו. ויש לומר דעד כאן לא חילקו לבין אם כשבעל חוב בא לגבות בזה השטר דמהני אמתלא ואם מעצמו בלא תביעת בעל חוב הודה דאינו חוזר וגוב' הוא רק כשבא להוציא אבל אם פרע הלוה ובא לתבוע מן הלוה על ידי הודאתו שהודה שהוא אמנה יש לומר דנאמן באמתלא שאמר כדי להבריח מבעל חוב אף אם הודה מעצמו דמ"מ אין מוציאין ממנו. ואף אם מת המלוה ובא הלוה לתבוע מן היתומים טענינן עבור היתומים דלמא אם היה אביהן קיים היה אומר שמה שאמר על השטר שהוא אמנה היה רק לדחות בעל חוב שלו ואף שהוא עושה עצמו רשע בזה שעשה כדי להפקיע זכותו של הבעה"ח ולהשתמט מניה מ"מ טענינן כן עבור יתומים מה דאביהן היה יכול ליטעון שלא להוציא מהם:

וכן יש להוכיח מדברי רדב"ז (ח"א סי' תק"ע) שכ' בא' שהוצי' שטר על יתומים ולא הי' יכול לקיימו אבל יש לו עדים שהודה אביהם בחייו שכתבו וכ' כיון דלא צוה מחמת מיתה כי היכ' דאינו גובה מלקוחות אע"ג דמודה שכתבו ה"נ טענינן ליתמי ואי לא

מקיים ליה לא גבי ואף דיש לומר דבלקוחות שייך קנוניא אבל לגבי יתמי וכי אדם עושה קנוניא על בניו כתב כיון דמקמי הכי הודה איכא למימר שמא קנוניא היה עושה עם המלוה כדי לטרוף מלקוחות עיין שם ושם ודאי היה הודאה גמורה לפני עדים על ידי תביעתו של בעל השטר דאל"כ אף בהודה קודם מותו אין היורשי' חייבין כמבואר בב"ח ובש"ך (ריש סי' ק"ח) ועיין שם בתומים שכן גם דעת הסמ"ע וע"כ דהיה הודאה גמורה על ידי תביעת בעל השטר ואם כן אמאי טענינן ליתמי דהיה הודאה בשקר כדי לעשות קנוניא הא אף אם הלוה היה חי ל"ה יכול לחזור מהודאתו כיון שלא נראה שכוונתו היה לעשות קנוניא אלא ודאי סובר דלהחזיק לעולם יכול לחזור מהודאתו באמתלא כ"ד הרי להחזיק טענינן עבור יתומים כל מה דאביהן מצי למיטען אף דהי' עושה שלא כהוגן להפקיע מן לקוחות ועשה קנוניא עם בעל השטר וה"נ טענינן דעשה כדי להפקיע זכותו של הבעל חוב. שוב ראיתי בס' שער משפט (סי' ק"י) שהביא דברי רדב"ז הנז' והשיג עליו מדברי הרא"ש וטור וש"ע כאן. ולא ירד לחלק בזה בין להחזיק דמהני אף אמתלא כ"ד להיכא דבא להוציא דבזה יש לומר דהטעם משום דחזקת שטר מסייע וכמו שכ' הטו"ז שם וכן מבואר מתשובת רשב"א (ח"ב סי' ש"ז) שהביא שם באשה שאמרה על ירושת אביה שצוה עליה אביה לתת לאחר והנכסים ידועים לבעל דאינה נאמנת לחוב לבעלה וכתב לחקור דאם מת הבעל בחיי האשה אם גובה זה מחמת הודאתה שאפשר לה לטעון שלא הי' אלא כדי להפסיד לבעלה וכיון שלא היתה נאמנת באותה שעה נתבטלה הודאתה ואינה חוזרת וניערת כמו בהך דשטר אמנה דכיון דלא הי' נאמן אז אין בהודאתו כלום וכ' ומ"מ מסתברא דכאן נאמנת כיון שקרן נכסי מלוג שלה היא נאמנ' עליו שאין לבעל בקרן כלום כל שלא מתה האשה בחייו הרי דמדמה הרשב"א זה לאומר שטר אמנה ולא ס"ל לחלק דשם הוא דסתם שטר לאו בחזקת אמנה הוא או מטעם דהוא להחזיק סגי באמתל' כ"ד לכך בא הרשב"א לדון מסברא דכיון דהקרן שלה כבר נתקבל הודאתה וזכה זה בקרן אם ימות הבעל בחייה. ובשער משפט שם הקשה דהא גם בשטר אמנה נ"מ שיתחייב לפרוע לו אם יגבה ממנו המלוה שלו ולמה יכול לחזור ולא קשה מידי דכוונת הרשב"א דשם לגבי נכסי מלוג נתקבל ההודאה שמעתה זוכה זה בירושה הסך שאומרת שצוה אביה כיון דאין להבעל עכשיו בהקרן כלום רק אם תמות האשה בחייו מוציא מיד הלקוחות דנעשה כלוקח למפרע ועיין אה"ע (סי' צ') במחלוקת הרמב"ם ורא"ש אם מצד תקנות אושא יש לו קנין הגוף למפרע בחייה ועיין בש"ך ח"מ (סי' ק"ג ס"ק י"ט) ובקצוה"ח שם ובמה שכ' בהגהותי בד"ח דיני כתוב' (סי' כ"א) ומ"מ אם מת הבעל בחייה זכה הלוקח מאז בהקרן אם כן נתקבל מיד הודאתו לחוב לה שיזכה

זה בהקרן מה שאין כן באומר אמנה דאינו נאמן להפקיע השעבוד כלל והשתא קודם ששילם הלוה להמלוה שלו ליכא שום הודאה לחוב לעצמו ולא חל מהשתא לשום דבר. וכן מה שהקשה מדברי הראב"ד (פח"י) מא"ב באשת כהן האומרת לבעלה נאנסתי דאינה נאמנת וסובר הרמב"ם דלאחר מיתת הבעל אסורה לכהן מטעם דשויה נפשה חתיכ' דאיסור' והראב"ד סובר דמהני אמתלא דאומרת כדי שיגרשנה בעלה והתם היא מוחזקת בגופה ומהני הודאתה כשימות בעלה בחייה ואפי"ה מהני אמתלא. שם גם כן עכ"פ השתא ליכא נ"מ ולא נתקבל דבריה לכך יכולה לחזור מדבריה באמתלא. ברם שם קשה קצת הא נתקבל דבריה לגבי עצמה דאסורה לאכול בתרומה ועיין מה שכתוב בנו"ב מהד"ק חאה"ע (סי' ח') בזה בהבנת דברי הראב"ד ובמה שכ' בס' בית מאיר אה"ע (סי' ו') ומה שכ' בענייי בזה בח"ר יו"ד (סי' ג') דיני שחיטה ובמה שכ' לעיל דיני עדות (סי' נ') עכ"פ דברי רשב"א ברורים דכיון דנתקבל הודאתה לגבי קרן א"י לחזור ואפשר דגם רשב"א מודה דאם פסקו הב"ד דאינה נאמנת להפקיע הפירות מבעלה וחזרה אחר כך באמתלא הזאת דכוונתה היה להפקיע מבעלה דנאמנת והרשב"א לא דן רק אם לא חזרה בחיי בעלה רק אחר מיתת הבעל וצריך עיון בזה. עכ"פ כנראה דלהחזיק נאמן אף באמתלא כל דהוא וממילא אם פרע הלוה להמלוה ובא להוציא מזה שאמר שהוא שטר אמנה יש לומר דבכל אנפי אף אם אמר מעצמו יכול לחזור מדבריו כדי שלא להוציא ממנו ומה שאמר הי' לעשות קנוניא להבריח מבע"ח:

ויש לחקור גם כן דממה דכתב המחבר בש"ע דאפילו אם מפסיד גם לעצמו כגון שהשטר הוא מן מאתים ולאחרים אינו חייב רק מנה דגם כן אינו נאמן ואחר כך כ' דאם פרע אחר כך לבעל חוב אמרינן דלא הי' כוונתו רק לדחות לבעל חוב משמע דאף בכה"ג דהשטר הי' ממאתים ולאחרים לא הי' חייב רק מנה גם כן מהני אמתלא זו ובזה יש לומר דהא אז כבר נתקבל הודאתו לחוב לעצמו שלא יגבה ממנו המנה כיון דבזה לא הוי חב לאחרים ועל כרחך כיון דלא הי' נאמן בעיקר הדבר דהוא אמנה שלא להפסיד לבעל חוב שוב אינו נאמן כלל ואמאי הא זה דומה לדברי תשובת הרשב"א הנ"ל דנימא גם כן כיון דנתקבל הודאתו לגבי עצמו שלא יגבה המנה שוב אינו יכול לחזור. ואולי באמת מדנקטי רק הדין אם פרע לבעל חוב ובא לגבות בהשטר ולא כתבו הדין אם גובה המנה משמע דבאמת המנה אינו גובה כיון דלזה נתקבל הודאתו רק אם פרע הוא לבעל חוב כתב הראב"ד והרשב"א מובא במ"מ (פ"ב) הטעם כיון דאם לא פרע לשמעון משלו היו מוציאין מן לוי ונותנים לו לכך גם עתה כשפרע משלו גובה מהלוה דלא גרע משמעון מבואר דעיקר מה דיכול לחזור משום דלא היה נאמן מתחילה והי' שמעון יכול להוציא ממנו ובאמת

במקום דלא הי' חייב לפרוע לא מהני אמתלא לכ"ע [וזה שלא כמו שכ' אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני גב"ח (סי' ג') בביאור דברי רשב"א (סי' אלף מ"ז) ובלא"ה במחילה מכת"ה הבאתי (סי' הקדום) שמבואר מדברי תשובת רשב"א (ח"ג סי' קל"ד) שלא כביאורו] ואם כן בהך מנה דנתקבל הודאתו דומה ממש לדברי רשב"א הנ"ל דנתקבל הודאתו לגבי הקרן ואינו יכול לגבות ממנו אלא דאף המנה שלא הי' נאמן לחוב לאחרים יש לומר דאינו יכול לגבות כיון דנתקבל הודאתו שהיה אמנה. ואף באומר פרוע הוא כל השטר דמשמע גם כן דיכול לחזור באמתלא זו שהתכוון להבריח מבעל חוב יש לומר גם כן דאם היה מאתים והחב לאחרים הוא רק מנה דאינו יכול לחזור. ועיין בתומים דמסתפק דדלמא רק באמנה דאין שטר עומד לאמנה מצי לחזור באמתלא אבל באומר פרוע דהשטר עומד לפרעון יש לומר דלא מצי גבי עיין שם ואף דמדברי תשובת רשב"א (סי' ש"ז) לא משמע דמחלק בזה כבר כתבתי לחלק בין להחזיק דמהני אמתלא כל דהו מה שאין כן כשבא להוציא. ומדברי יש"ש כתובות (פ"ב סי' י"ב) משמע דלא נחית לחלק בדברי ראב"ד ור"י ורא"ש שאומרים דוקא באומר אמנה ולא באומר פרוע אולם כ' שם וז"ל ואף שג' עמודי עולם השוו אפ"ה לא הוכשר בעיני וחלילה לי לחלוק עליהם אלא שאם בא לפני מעשה ל"ה מוציא ממון בשטר זה אם הלוה טוען אמת שהוא אמנה או פרוע דהודא' בעל דין כק' עדים דמי ולאו כל כמיניה לחזור ולעשות עצמו רשע שהיה בא להפקיע את ממונו אף דשייך אשתמוטי מ"מ לא כל כמיני' לחזור ולטעון טענה גרוע לסתור דבריו הראשונים שלא כשורה וזה נשבע בנקיטת חפץ שפרע או אמנה הוא ואם טוען אמת שחייב לו אבל מחל לו באמירתו שהוא אמנה או פרוע יכול להשביעו היסת שלא מחל אלא להפקיע מבעל חוב עיין שם מבואר מדבריו דאינו מחלק בדעתם בין אמנה לפרוע. ומה שכ' לחייב הלוה שבועה בנקיטת חפץ שפרע או אמנה לא אבין אמאי כיון דא"נ לסתור הודאתו אמאי ישבע בנקיטת חפץ לכל היותר די בהיסת ומאי טיבו של שבועה בנקיטת חפץ לפטור. גם מה שכ' לחייבו היסת אם טוען אמת שחייב לו רק בטענותיו מחל לו גם כן לא אדע כיון שזה טוען ברי שלהבריח מבעל חוב היה כוונתו אמאי משביעין אותו בטענת ספק דליכא רגלים לדבר דלהיפך יש רגלי' לדבר דלהבריח מבע"ח היה כוונתו דאין אדם חוטא ולא לו כיון דהלוה מודה דחייב לו למה ימחול לו על חנם כדי לאשתמוטי מן בעל חובו ובודאי רגלים לדבר טובא דלא הי' כוונתו למחול לו ולמה ישבע על ספק כזה מבלי רגלים לדבר לחייבו ודבריו צריך עיון עכ"פ בודאי אם השטר חוב מן מאתיים והחוב היה על מנה כנראה דגם הראב"ד וסייעתו מודים הואיל דנתקבל הודאתו דא"ח וגוב':

סימן לו

שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת אין אחר יכול להוציא שטר חוב עליהם שכל אחד יאמר לא עלי נכתב שטר זה אלא על חבירי כמבואר בש"ס ב"ב ובש"ע (סי' מ"ט) ונראה אף אם המלוה תובע לאחד מהם בברי שהוא הלוה והוא טוען שמא דאינו זוכר אם הוא הלוהו או לא גם כן לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אף דיש בידו שטר מ"מ כיון שאינו מבורר על ידי השטר נמי משניהם הלוה אף דהוי דררא דממונא מ"מ כיון דלגבי כל א' בפני עצמו מוקמינן אחזקה לא מהני הברי להוצי' ממון ואם השני בפנינו יש לומר דהוי כעד א' ומחייבו ש"ד וכשטוען איני יודע הוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם ודומה להא דמבואר (סי' קכ"א) בשליח אם מתחילה כשמסרו בידו פטרהו משבועה דמהני ולא הוי השליח נוגע והכא נמי כיון דתובע ליוסף ב"ש זה בהשטר לומר שממנו הוא השטר כבר הודה בב"ד שיוסף בן ש' השני אינו חייב לו בשטר זה ושוב יכול להעיד דהוא לא לקח ממנו בהלואה וממילא נשאר השטר על יוב"ש זה שתבע ממנו. אולם באמת זה אינו כיון דאינו יכול להעיד על חבירו שלו הלוהו רק על עצמו שהוא לא לוה ממנו ועל עצמו הוי כבעל דין ואינו בגדר עד:

גם נראה אם תובע לאחד מהם ואומר שלו הלוהו ויש עד א' יכול זה להכחישו וישבע להכחיש את העד ואין יוב"ש אחר יכול להעיד עליו כיון דאין עדותו מבורר שזה הלוהו רק שלא נכת' השטר עליו אין זה בגדר עד לצרף עמו להעיד כיון דעיקר עדותו על עצמו שהוא לא צוה לכתוב השטר. ואף דיש לומר דמ"מ אחר שישבע להכחיש העד יכולין שני עדים להעיד שנשבע לשקר מ"מ לא איכפת לן בזה ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ו') וגם דיש לומר אף אחר כך אינם יכולין לפסול אותו דיוב"ש זה א"י בבירור רק להעיד שלא עליו נכתב השטר ולא נפסל עי"ז:

ונראה דאף תפיסה לא מהני אם תפס המלוה מיוסף בן ש' א' בעדים ואומר שהשטר שבידו נכתב עליו דגם כן מוציאין מידו אף דבכ"מ כשטוען ברי ויש דררא דממונא מהני לדעת הפוסקים תפיסה מ"מ כאן לגבי כל א' דהוא ספק בחיובו כשטוען ברי דאינו חייב מוקמינן לכל חד אחזקתו דהא אפילו היכא דאחד מהם בודאי יצא מחזקתו מ"מ מוקמינן לכל א' על חזקתו כמבואר בתוס' חולין (דף י') באומר ראיתי טומאה שנזרק על א' מהם וה"נ דכוותיה אף דידענו דאחד מהם חייב בבירור מ"מ לגבי כל א' מוקמינן ממונא על חזקתו והמוציא מחבירו עליו הראיה ולא מהני תפיסה ואף אם אחד טוען שמא מ"מ הוי כאיני יודע אם נתחייבתי דלא מהני תפיסה לכ"ע ודלא כמו שכ' בספר בית מאיר (סי' קע"ז) לדון דלהסוברים דמהני תפיסה בטענת ברי מהני תפיסה בברי נגד שמא

ויבואר בזה אי"ה לקמן בראיות דל"מ תפיסה וה"נ אף דידענו דא' מהם חייב כיון דל"מ תפיסה בברי נגד ברי כמו כן ל"מ תפיסה אף בטוען שמא. וראיתי בספר שער משפט דפשיטא ליה דמהני תפיסת בעל השטר מא' מהן וראייתו (מסי' מ"ב) דבכל הני דיד בעל השטר על התחתונה אם תפס לא מפקינן מניה הרי כיון שהספק לפנינו בשטר מהני תפיסה והכא נמי כיון שיש ביד המלוה שטר שיב"ש חייב לו ואין אנו יודעין איזה הוא מהני תפיסה מחד מנייהו. ואין הנידון דומה לראיה דשם כיון דיש שטר לפנינו בבירור שזה חייב לו ויש ספק במשמעו' השטר על סכום החיוב שפיר הוי כדררא דממונא כיון דבודאי חייב לו על כל פנים מה שאין כן כאן כיון דאינו מבורר בהשטר מי הו' החייב מוקמינן כל א' על חזקתו ואין זה בגדר דררא דממונא כיון דלגבי כל א' ליכא שום חיוב בבירור. וקצת ראיה דלא מהני תפיסה דהא קיי"ל כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו בשטרי אקנייתא וכ' בכנה"ג (אות י"ג) משם המבי"ט ביש שנים בעיר ששמותיהן שווין יכולין העדים לכתוב שטר חוב על א' מהם כשניכ' להעדים ועיין במבי"ט (ח"ג סי' ל"ד) כיון דאינו יכול המלוה לגבות מא' מהם שכל א' יאמר לא עלי נכתב שטר זה כי אם על חבירי ואינו יכול לגבות מא' מהם כי אם על פי עדים החתומי' שמכירים מי מהם נכתב עליו השטר חוב ועליו חתמו וליכא חשש קנוניא ע' שם וכן מוכח מדברי המ"מ (פכ"ד ה"ג) ממלוה ואם נאמר דמהני תפיסה אכתי איכא חשש קנוניא דימסור לאחר ויאמר שמיוסף בן ש' אחר בא לו השטר ויתפוס ממנו ולמה לא ניחוש לכתחילה על זה וכבר מצינו בדברי תוס' גיטין דמחשש תפיסה פסלו בגט בכתב בכ"י ואין עליו עדים דתתפס האשה הפירות ולמה לא ניחוש בזה לכתחילה שלא יכתבו העדים ליב"ש שטר עד שיעשו סימנין אלא ודאי דלא מהני תפיסה. הן אמת דמצינו לפעמים דלא חששו חז"ל לתקן בשביל תפיסה דהא להסוברים דלא טענינן בעד יתומי' מזייף ובשביל דלא שבקת חיי דכל א' יזייף שט"ח ויגבה מיתומים מ"מ אמרינן דכמו דאביהן היה נאמן לומר פרוע במגו דמזייף טענינן עבור יתומים פרוע ואף אם יזייף השטר ויהיה תוך זמנו של שטר בחיי אביהן מ"מ כמו דלא הוי יכול לגבות מאביהן דהיה נאמן לומר פרעתי במגו דמזויף כמבואר (סי' ס"ט) ובמפרשים בתוס' ריש מס' גיטין דלא כמהר"ם לובלין שם ואכתי הא הוי ספק אם אמרינן מגו במקום חזקה והיה מהני תפיסה מאביהן אם כן לא שבקת חיי דיתפוס מיתומים. אולם יש לומר לא מבעי למה שכתבו המחברי' דלגבי פרוע במגו דמזוייף עדיף דהוי כהפה שאסר ואמרינן אף בתוך זמנו ולא מהני תפיסה אתי שפיר אלא אף לדעת הש"ך (סי' ק"ח) דלא ס"ל לחלק בין מגו להפה שאסר במקום חזקה מ"מ שם לא אפשר לתקן בזה לכך לא חיישינן על תפיסה מה שאין כן כאן

לכתחילה ודאי היה לנו לומר ולחוש שלא יכתבו עדים שטר ליוסף בן שמעון במקום שהוחזקו עד שיכתבו סימן או שם זקינו וליחוש לקנוניא שיעשה רמאות ויזיק לחבירו בתפיסת המלוה א"ו דלא מהני תפיסה. [ובקושית המפרשים שם אם טענינן מזוייף או לא כיון דסוף סוף טענינן פרוע במגו דמזוייף דמה נ"מ יש למצוא נ"מ טובא ובפשטות מ"ל אם יש ליתומים שטר על אחר והלוה הוציא שובר על השטר אם לא טענינן מזוייף אינם גובים בהשטר ולא שייך כל כך לומר לא שבקת חיי דידקדק המלוה ע"ע ויכתוב בשטר נאמנות אף נגד עדים ואכ"מ בזה]:

וכמו דאין אחר יכול להוציא שטר חוב על אחד מב' יוסף בן שמעון שדרין בטור אחת כמו כן אף אם א' קנה מחבירו שדה א"י לגבות מצד ממה נפשך כיון דא"י לגבות מהלוה כמבו' מש"ס בכורות (דף מ"ח) וש"ע וכן יוסף בן שמעון שערב בעד יוסף בן שמעון כשם שאינו יכול לתבוע את הלוה כך אינו יכול לתבוע את הערב כן דעת הש"ך (ס"ק כ') וכבר תמהו על דבריו הבאים אחריו כיון דהיוסף בן שמעון אומר שהוא לא לוה רק חבירו יוסף בן שמעון והוי כמו אם הלוה כופר והערב מודה דמבואר (סי' קכ"ט) דהערב חייב לשלם והכא נמי כיון דזה אומר שלא הוא לוה רק ערב וחבירו אומר שלא לוה הוי כאלו הלוה כופר. ולכאורה יש לו' בשלמא שם כיון דהערב מודה ויודע שהלוה חייב לשלם רק שכופר שפיר גובה מן הערב כיון דהערב יודע שהלוה חייב רק שאינו רוצה לשלם ואין יכולין להוציא ממנו בדיינים לכך חייב הערב מה שאין כן כאן יכול היוסף בן שמעון לומר אתה יודע שאני לא לויתי ממך רק חבירי והוא כופר אבל מ"מ מודה עכ"פ שהיה ערב א"כ תוכל לגבות מחבירי היוסף בן שמעון גם כן מכח ממה נפשך ואם כן כל א' יכול לדחותו שילך אצל חבירו מכח ממה נפשך וחבירו גם כן יכול לדחותו שילך אצל חבירו מכח ממה נפשך ולא מצינו דהיכא דהלוה כופר והערב מודה דחייב הערב לשלם רק היכא דאינו יכול לגבות מן הלוה בשום אופן אבל כאן יכול לומר כל אחד כמו שאתה תבא אלי לגבות מכח ממה נפשך הא באמת אני איני הלוה רק חבירי ותוכל לבא אל הלוה האמיתי לגבות מכח ממ"נ. ועיין ר"ן כתובות פ' מי שהיה נשוי היכא דיש הרבה לקוחות ואין זמן בשטרותיהן דאין כל א' יכול לדחות להמלוה כיון דאינו יכול לגבות הוי כאשתדיף וחולק על הרמב"ן ונימא גם כן הכי דאם כן לא יגבה מכל א' דכל א' ידחה אותו שילך אל חבירו הלוקח לגבות מכח ממה נפשך אם אתה האחרון ודאי שעבודי אצלך ואם חבירך האחרון מ"מ כיון דאין אני יכול לגבות ממנו הוי כמו אשתדף וא"כ לא יגבה מכל א' וזה אינו דשם כיון דאינו יכול לגבות הניחו על דין תורה דנפרעין אף במקום שיש בני חורין עי"ש בר"ן היטב משא"כ כאן כל א' יאמר

כמו שבאת עלי מכח ממה נפשך לגבות הא אתה יודע שאין אני הלוה האמתי רק ערב תלך אצל חבירי ותוכל לגבות ממנו מכח ממנ"פ:

אולם לפי זה עכ"פ היה שורת הדין לומר שיחלוקו ויגבה מכ"א החצי. ודעת האחרונים דמ"מ יכול המלוה לגבות הכל מזה שטוען ברי דיכול לומר אני יודע בבירור שאתה חייב לי מכח ממנ"פ ולא תוכל לדחות אותי אצל חבירך כיון דגם הוא ידח' אותי בדבריו והוי כמו הלוה כופר והערב מודה ואני אברר לי מי שהוא הלוה האמיתי:

ולפי"ז היה מקום לומר דאם מת המלוה והיורשים באים לגבות כיון דהם אינם יודעים בבירור מי הוא הלוה הי' שורת הדין לומר כיון דיכולין לבא על כל אחד מכח ממנ"פ שיחלוקו ביניהם וישלם כל א' החצי. ובזה יש מקום ליישב דברי רש"י ב"מ (דף פ') בהא דאיתא שם בשוכר פרה לחרוש היכא דלא שאנו בה מאן משלם בשוכר פרה וכל כלי המחרישה ונעריו הולכין עם בהמתו אחד אוחז הדרבן ואחד המחרישה ואולי יחד היו שכירי' איזה מהן פושע בשבירת הקנקן ופליגי שם אמוראים והלכתא דנקיט מנא משלם ואי דוכתא דמחזקי בגונדרי תרוייהו משלמין ופירש"י ז"ל שהיה להם להזהר מאד ובדבר מועט שעוות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק ובתוס' שם כ' דאי הוי ס' תרוייהו פטורין דהוי ס' והממע"ה ומפרשי דשניהם פשעו. ולמה שכ' יש לומר דדעת רש"י כיון דשניהם קבלו עליהן השמירה מכלי המחרישה' הוי כשנים שקבלו פקדון והיו ערבאין זה לזה ויכול לבוא על כל אחד מהם מכח ממ"נ או שפשע או שחייב מדין ערב וכיון דאין בעל הפרה יודע מי הוא החייב האמיתי מי הוא שפשע שורת הדין שתרוייהו ישלמו ביחד ואינו יכול כל אחד לדחותו ואף לדעת הנך האחרונים החולקים על הש"ך יש לומר דמודים היכא דגם המלוה אינו יודע מי הוא החייב ומי הוא הערב דיחלוקו. וחייב כל אחד לשלם החצי. ודעת התוס' כיון דכל א' טוען ברי דלא פשע יכול כל א' לדחות להבעלים ולומר לך אל חבירי לגבות מכח ממנ"פ וכיון דהוא אינו יודע מי הוא החייב האמיתי אינו יודע לבחור לו לגבות מאחד מכח ממנ"פ ושפיר יכול כל אחד לדחות אותו. ועיין בתה"ד (סי' של"ג) דעל כרחך איירי שם שכל א' המנהיג והאוחז בהיתד לדידהו לא מספקי כלל דכל א' טוען אני לא פשעתי במלאכתו כלום ושמרתי ועשיתי כדרך פועלים במלאכה הזאת ורוצים לישבע רק הא דכתב רש"י דהוי מוטל בספק היינו דלהב"ד מספקי ומה"ד שניהם נשבעין ונפטרין. אבל להנערים הוא טענות ברי לכל א' דאל"כ חייב כל א' מטעם מתוך שאינו יכול לישבע משלם עיין שם ואם כן יש לומר כיון דכל א' טוען ברי דאינו חייב והמשכיר א"י אף דיכול לגבות מכל א' מכח ממנ"פ אם כדבריך שחבירך פשע והוא כופר חייב אתה לשלם מכח ערבות ואף דיכול

לומר תלך אצל חבירי מ"מ כיון שהוא אינו יודע מי הוא הפושע האמיתי לכך גובה מכל א' החצי:

אח"כ יצא לאור ס' דו"ח (ח"ב) למאוה"ג מרן עקיבא איגר ז"ל וראיתי במס' ב"מ שם דהעיר בזה והוכיח מדברי תוס' דיכולין לדחות כיון דאינו יכול לגבות מחבירו שמא לא פשע ממילא אינו יכול לגבות מהערב וכתב אף לדעת התומים דבאחד ערב בעד חבירו יוסף בן ש' יכול לגבות מכח ממנ"פ הוא דוקא כיון דהערב מודה שחבירו חייב ואם טען האמת הי' מחויב בב"ד לשלם והחיוב מוטל על הלוה רק שכופר מש"ה צריך הערב לשלם אבל הכא דהספק באמת אם הפשיעה בפרשא או במאן דתפס במנא ומדינא כל א' פטור דספק ממונא ואם כן גם הערב פטור דאינו מודה דחבירו חייב דהערב בעצמו טוען שחבירו פטור מצד ספיקא משום הכי א"נ לגבות ממנ"פ דשפיר יכול לומר שמא לא פשעתי ואיני חייב מדין ערב גם כן דהא חבירי גם כן מדינא פטור מספיקא וכיון שהוא פטור גם הערב פטור. ותמהני הא אם כל א' טוען שמא שפיר הוי כמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמו שכ' התה"ד ואף דבאמת יש לומר כיון דסוף כל סוף החיוב רמיא רק על אחד לשלם ולו יהיה דהוי כמתוך שאינו יכול לישבע משלם מ"מ אף דא' חייב בבירור יכול כל אחד לדחות ולומר דחבירו פשע והוא חייב לשלם. מ"מ כיון דכל א' עכ"פ הוי כשומר על החצי וכיון דאינו יכול לישבע אם לא פשע שפיר תרוייהו משלמי היינו כל א' החצי מטעם דהוי מתשאיל"מ אלא ודאי דכל א' טוען ברי אם כן אם הוו ערבאין זה לזה לא מצי כל אחד לדחות אותו דחייב ממנ"פ לשלם. ואף אם נאמר דלגבי שומר אינו חייב מטעם מתשאי"ל ואיירי דשניהם אינם יודעין מי הפושע מ"מ לא אבין מה שכ' דהערב בעצמו טוען שחבירו פטור מצד ספיקא הא מ"מ ודאי א' מהם פשע ולמה לא יהיה יכול לתבוע לכל א' בממנ"פ ולדבריו היה הדין באם כל א' משני יוסף בן ש' טוען שאינו יודע אם נכתב השטר על שמו או על חבירו נאמר דפטור בזה כיון דגם לדבריו אינו יודע אם חבירו חייב בבירור וזה ודאי אינו ודברי הס' הנ"ל אם שנדפס משמו דמרן רע"א ז"ל לא אדע לכלכלם וצ"ע:

סימן לז

שטר שכתוב בו אני פלוני לויתי ממך מנה כל המוציאו גובה בו כמבואר בש"ע (סי' נ') וכ' הטור שיאמר המוציאו ממני לוית ולא הוצרכתי לפרט את שמי שכשמסרת לידי כתבת לויתי ממך ודוקא בשטר בעדים אבל בכ"י מתוך שיכול לומר פרעתי נאמן לומר לא לויתי ממך אלא מאחר נפל ומצאתו. וכתב הב"ח דגם בטוען מפלוני קניתיו שלוית ממנו גוב' בו דדינו כמו שטר שכתוב בו כל המוציאו אפילו בלא הרשאה יגבה

ודעת מהרי"ט בתשובה מובא בתומים דאינו דומה לכתוב בו כל המוציאו דממך משמע דמשעבד רק לאחד שמסר לו השטר בשעת הלואה ודייק כן מדברי הטור דכ' שיאמר ממני לוה הא מודה דלא לוה ממנו רק מאחר אינו יכול לגבות בו. ויש לומר לדעת הב"ח לדקדק בדברי הטור להיפך דמה זה שכ' שיאמר ממני לוית היה לו להטור לומר מה שזה טוען ומדכ' שיאמר משמע אף אם אינו אומר כן רק כיון שיכול לומר ממני לוית ממילא שוב גובה בו כיון דלנפילה ל"ח וממילא אף אם טוען שלקחו מאחר דהיה מקום לומר דוקא אם טוען שממנו לוה אז אמרינן כ"נ וכ"ה ודומה לשאר מטלטלין בדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ומבואר בש"מ ר"פ חה"ב דאם לא רצה הנתבע להשיבו דבר אין יורדים לנכסיו אלא הם בחזקתו אף אם הביא עדים שהיה מקודם שלו מ"מ מוקמינן על חזקתו רק משמתינן ליה שיעמוד עמו בדין כדין התובע את חבירו מנה והכא נמי כיון דבודאי נתחייב הלוה לאחד זה שהשטר בידו מוקמינן על חזקתו וכ"נ וכ"ה אף דהלוה הוא מוחזק מ"מ כיון דבודאי נתחייב אמרינן כ"נ וכ"ה אבל בטוען שלא ממנו לוה רק מאחר והוא קנה ממנו השטר הי' ס"ד דלא יהיה נאמן כיון דליכא חזקה דכ"נ וכ"ה שהרי בעצמו מודה דלא בא לידו מיד הלוה וניחוש לנפילה קמ"ל כיון דיכול לומר ממני לוית לא איכפת לן בטענתו ואף אם אומר שמאח' קנה אותו נאמן דל"ח כלל לנפילה ונאמן דבא לידו מיד המלוה במגו דהיה אומר ממני לוית ולא הוי מגו להוציא כיון דיש שטר בידו וגם בודאי נתחייב לאחד ומהני חזקתו להוציא וממילא יש לומר דנאמן שקנה מאחר ואין צריך כתיבה ומסירה דהוי כשטר שכ' לכל המוציאו. גם יש לומר דהי' ס"ד דהוי ריעותא במה שלא נזכר שמו כמו שכ' תוס' יבמות בכהאי גונא לגבי יוסף בן ש' קמ"ל דאין זה ריעותא אף אם אומר שהוא הלוהו ובמכוון לא רצה לכתוב שמו כדי שיוכל למכור לכל א' ולא יהי' צריך כתיבה ומסירה:

וכן יש להוכיח קצת מסדר דברי הרמב"ם (פכ"ד) ממלוה שכתב בהלכה (ט') הוציא שטר שכתוב בו לויתי ממך כו' כל מי שיצא שטר זה מידו גובה בו ואינו יכול לדחותו ולומר של אחר הוא ונפל ממנו השטר וכן שני יוסף בן ש' הדרין בעיר אחת שהוציא א' מהן שטר חוב על אחר אינו יכול לדחותו ולומר לפלוני שהוא כשמך אני חייב וממני נפל השטר אלא ה"ז שיצא מת"י גובה ואין חוששין לנפילה. ויש לדקדק הא זה כ"ש מדין הראשון דבשטר שכתוב בו ממך הוא נפילה דרבים משא"כ בב' יוסף בן ש' הוא נפיל' דחד כמבואר ש"ס ב"ב (דף קע"ב) לאביי דסובר לנפילה דרבים חיישינן לנפילה דחד לא חיישינן ומה זה שכ' הרמב"ם וכן ב' יוסף בן ש' הא זה כ"ש דבכ' בו ממך

דהוי נפילה דרבים ולא חיישינן ק"ו דלא חיישינן לנפילה דיחיד. ואף דקיי"ל כרבא דאף לנפילה דרבים לא חיישינן וכתב הרמ"ה ב"ב שם (סי' קי"ד) דשנויא דאביי דחיק' דמה לי לנפילה דחד ומ"ל לנפילה דרבים אי איכא למיחש לנפילה אפילו לדחד נמי ליחוש ואי לא אפילו לנפילה דרבים נמי לא ליחוש אלא ודאי דלא חיישינן כלל לנפילה כו' ומחזקינן ליה לשטרא בחזקת ההוא דנפיק מתותי ידיה ומאן דטעין דהאי שטרא דאינש אחרינא הוה עליו להביא ראיה עכ"ל ומדבריו מבואר דאין סברא אליבא דידן לחלק בין נפילה דחד לנפילה דרבים. אבל מ"מ כיון דאביי ס"ל לחלק היה לו לרמב"ם לכתוב מתחילה הדין דלא חיישינן לנפילה דחד בב' יוסף בן ש' ואחר כך הדין דכתב בו ממך דגם לנפילה דרבים לא חיישינן. אולם אם נאמר דבכ' בו ממך אין צריך שום טענה הן אם אומר ממני לית הן אם אומר מאחר בא לידי דגם כן נאמן וגובה בו ואף דלא שייך סברת כאן נמצא וכאן היה מ"מ לא חיישינן לנפילה וגובה בו ובשטר שכ' בו יוסף בן ש' אם טוען שמחבירו יוסף בן ש' בא לידו אינו נאמן נגד הלוה דאין אותיות נקנות במסירה רק אם טוען שהוא היה המלוה מתחילה אז גובה בו אתי שפיר קצת דהיה מקום לומר בזה אף דיש חזקה דכ"נ וכ"ה וגם דלא חיישינן לנפילה מ"מ לא יגבה בו דניחוש שמא אחר מסר לו ועיין תוס' יבמות (דף קי"ו) ד"ה אותיות דכ' כיון דאינו מוכח מתוך השטר שהוא שלו ולא עשה בו סימן יש לחוש שמא של חבירו היה ואעפי"כ לדידן קיי"ל דלא חיישינן לזה ומטעם כאן נמצא וכאן היה מוציאין הממון כיון דלנפילה לא חיישינן כלל:

וקצת יש לדקדק בדברי רמב"ם דבדין דכ' בו ממך כ' ואינו יכול לדחותו ולומר של אחר הוא ונפל ולא כתב לאחר אני חייב ובדין דכתב בו יוסף בן ש' כ' אינו יכול לדחותו ולומר לו לפלוני שהוא כשמך אני חייב וממנו נפל השטר. ולמה שכ' יש לומר דבכ' בו ממך אף דאמר של אחר הוא ונפל והיינו דאומר שכבר אינו חייב שפרע ונפל השטר ואיתרעא בנפילה ובמציאה בא לידך ומ"מ כיון דלנפילה לא חיישינן כל זמן שלא ידענו מהריעותא מוציאין ממון מהלוה בין אם נאמר דהוא היה המלוה ודאי יש חזקה דכאן נמצא וכאן היה בין אם נאמר דאחר היה המלוה מ"מ כשיוצא מתחת ידו גובה בו דאין צריך כתיבה ומסירה ומוקמינן השטר על חזקתו. מה שאין כן בכ' בו יוסף בן ש' דאין כאן רק סברת כאן נמצא וכאן היה ואם בא לידו מיוסף בן ש' חבירו אינו יכול לגבות בו דצריך כתיבה ומסירה ואם כן אף אם לא ניחוש לנפילה מ"מ דלמא מסר לו ניחוש ולא נשאר רק סברת כאן נמצא וכאן היה ויש לומר דאין מוציאין רק אם טוען הלוה לפנולי שהוא כשמך אני חייב דעכ"פ מודה דעדיין חייב לו רק שטוען ממנו נפל בזה גובה ואין חוששין לנפילה כיון דודאי חייב גם לטענות הלוה זה שיוצא השטר מתחת ידו גובה בו

ואף דיש לומר דלמא האחר מסר לו וצריך כתיבה ומסירה מ"מ כיון דודאי חייב מהני סברת כאן נמצא וכאן היה להגבותו אבל אם אינו אומר שעדיין חייב רק שפרע ומחבירו נפל יש לומר דאין מוציאין ממנו. ועיין רשב"א ונ"י יבמות שם דכתבו דאין מוציאין ממון עם סברת כאן נמצא וכאן היה וביצחק ר"ג דמתירין האשה הוא משום עיגונא. ואם כן יש לומר דדוקא היכא דמודה הלוה דעדיין חייב דאיתרעא החי"מ כמבואר בש"ך(סי' צ"א) ואף לדעת התומים שם (ס"ק ג') מ"מ לא אלם כ"כ חזקת ממון ומוציאין ע"י חזקה דכאן נמצא מה שאין כן כשאומר שכבר פרע ליוסף בן ש' אחר יש לומר דדעת הרמב"ם דא"מ ועיין בדברי אא"ז מ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' מ"ט) שכ' לתרץ קושית התומים על רשב"ם ב"ב דכ' הטעם דב' יוסף בן ש' אינן יכולים להוציא שטר זה על זה דיכול לומר אתה היית חייב לי והחזרתי לך השטר כשפרעת לי הא קיי"ל דיכולין להוציא על אחרים מטעם כאן נמצא וכאן היה וכתב לתרץ דדוקא היכא דחייב לאחד בודאי מוציאין ממון אבל היכא דדנין על הוצאות ממון דאפשר דא"ח א"מ ממון על ידי חזקה דכאן נמצא וכ"ה. ומדברי הרמב"ם הנז' ראיה גדולה לכאורה לזה:

אך מסתימת הפוסקים משמע דלעולם מוציא יוסף בן ש' שטר על אחר אף היכא דטוען דכבר פרע לחבירו יוב"ש ודעת אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני הלואה (סי' י"ב) דאף אם יוסף בן ש' האחר עומד לפנינו ואמר דהוא מסר ביד יוסף בן ש' זה שהשטר יוצא מתחת ידו ומוחל להלוה החוב גם כן גובה זה שהשטר יוצא מתחת ידו ואף דבחזקת כאן נמצא וכאן היה אין מוציאין ממון מ"מ כ' הנ"י יבמות שם דשטרי דכ' בהו ננאי בר חבי דגובה בו כיון שיש רגלים לדבר לומר כאן נמצא אמרינן וכ' ואין כל ענינים שוין בזה והיינו אף דחיישינן לדלמא מסר מ"מ ל"ש הוא שימכור וימסור לזה ששמו גם כן כשמו וסובר רבא דמוציאין בזה בצירוף חזקה דכאן נמצא. ובקושית התומים על הרשב"ם כתבתי שם בד"ח דיש לומר אף דמסייעו החזקה דכאן נמצא וכאן היה מ"מ מתנגד לזה החזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו דהא בכל שטר הנייר של לוה הוא והוא ביד המלוה רק כמשכון וכשפרע הלוה להמלו' הוא של לוה כמבואר באחרונים (סי' ס"ו) אם כן זה המוציא שטר חוב שפיר אינו יכול לגבות מיוסף בן ש' חבירו דיכול לומר אתה לוית ממני והחזרתי לך השטר והוא שלך ממש ולכך אינו יכול להוציא. אבל היכא דיש סברת כאן נמצא מוציאין אף אם חבירו יוסף בן ש' עומד לפנינו ואומר שממנו נמסר לו ומוחל החוב וכמו שכ' אאמ"ו ז"ל אך מדברי רמב"ם הנ"ל יש להוכיח דוקא אם אומר שחייב עוד לחבירו דליכא כ"כ ח"מ אבל אם אומר שכבר נפרע השטר יש לומר דאינו גובה י וגם יש לומר בדינו של אאמ"ו ז"ל אם היוסף בן ש' האחר עומד אח"כ לפנינו ומוחל

החוב מ"מ כיון שכבר אמר הלוה דעדיין חייב והדין הוא דגובה בו בזה שוב לא מהני מחילתו של חבירו אחר כך כיון דכבר נתחזק הדבר על ידי חזקה דכאן נמצא וכאן היה דהלוה חייב לו מעיקרא שוב לא מהני מחילת היוסף בן ש' האחר אחר כך אבל אם קודם שבא זה שהשטר תחת ידו לפני ב"ד לגבות בא הלוה עם חבירו ומחל לו בזה יש לומר דאין מוציאין מן הלוה כיון דלדבריו כבר נפטר מן החוב:

עוד כתב שם מהרי"ט מדברי ר' ירוחם ז"ל שכ' שנראה מדברי הרשב"א ז"ל שאם התנה לכל המוציא בין בטענתו בין שלא בטענתו שאין צריך לבא מכח המלו' והקש' עליו שאם יש כן במשמעו' דבריו צ"ל דס"ל לרשב"א יש ברירה שזה הוברר למפרע שנשתעבד לו בשעת חיובו ויקשה הא ס"ל דאין ברירה אלא שאינו רואה היאך משמע כן מדבריו אולם זה משמע מדבריו דהבא מכחו מיהת מצי תבע אעפ"י שלא הלוהו מעולם. אמנם מד' הטור לא משמע הכי ואם מודה שלא הלוהו אלא אחר הלוהו ומכחו הוא בא לא יגבה ועוד כתב הטור ודוקא שטר אבל כתב יד מתוך שיכול לומר פרעתי יכול לומר לא לויתי ממך וזה מדברי רמב"ן אולם הרמב"ן לטעמי' דסבירא ליה דלא מצי משתעבד למי שאינו מבורר עיי"ש עוד בזה וכל דבריו מוקשים. מה שכ' דלא ראה היאך משמע כן מדברי הרשב"א הא מבואר מדבריו בתשובה (ח"ב סי' קל"ה) דכתב בשט' שכ' על שם המלוה או למוציא שטר זה דמסתברא שלא כתבוהו אלא לבא מכחו של מלוה כאלו אמר לך ולכל מאן דאתי מחמתך שאם אין אתה אומר כן אלו הפקידו מלוה אצל א' אי נמי חטפו א' מידו או שנפל מידו ומצא א' מן השוק הרי לוה חייב ליתן לו ואלו אנו אומרים שנתחייב ובשופטני עסקינן שירצה המלוה בתנאי זה שהוא לחובתו שיהיה כל דאלם שליט בשטרו אע"כ אינו מתנה אלא על מי שיוציאנו בתורת מכר כו' ומבואר דרק לא בשופטני עסקינן אבל אם המלוה אינו מקפיד על זה מהני החיוב לכל מי שיוציאנו אף אם לא בא מחמתו ואי משום דא"ב הא מבואר בנ"י פ' ג"פ שטר שכ' בו שנתחייב לכל מוציא אותו בב"ד כשר וגובה בו המוציא דהא לנפיל' לא חיישינן ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקיי"ל א"ב בדאורייתא ש"ה כיון שהוא ראוי להתחייבו בו לכל אדם אין כאן דין ברירה. והיינו דבנפל ממנו באמת אינו גובה דאנן סהדי דלא אשתעבד על דעת כן רק לבא מכחו אבל באמת אם נשתעבד לכל המוציא בין בטענתו בין בלא טענתו מהני. ולכאורה אינו מבואר מדברי נ"י סברתו די"ל דמהני רק משום דחל מאז שבא השטר לידו וכמו שכ' הריטב"א גיטין (דף י"ג) הא דמהני באומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דלא חל שעבוד עליו אלא מאותו שעה שהמחהו עליו אף דנתאכלו המעות. ובזה לא תליא בברירה כיון דאינו חל למפרע. אולם בריטב"א שם כ'

דאם כן היה יכול לחזור בו לכך כ' הנכון דמשעת המחאה חל שעבוד עלייהו דאיגלאי מילתא בשעת המחאה דלזה נשתעבד ולא שייך דין ברירה אלא בדבר שאי אפשר לחול אלא במקום א' או באיש א' אבל אינו ידוע איזהו דהתם אמרינן דהוברר הדבר למפרע שזה הוא כמו בכתב גט לאיזה שתצא מפתח תחילה אבל הכא אינו ששעבודו של זה אינו לאדם אחד אלא לכל מי שירצה זה ואפשר שיהא משועבד בזה אחר זה ובכי זה לא שייך ברירה והמרי"ט שם ס"ל שסברא שכ' גם כן הר"ן מס' גיטין דכיון דאפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה לא תליא בברירה וזה דוקא אם משתעבד למבורר בלך ולכל מאן דאתי מחמתך אבל באומר סתם לכל המוציא תליא בבריר' אבל דברי הנ"י ב"ב שהמה גם כן משם הריטב"א מעידין דלא כן הוא ואף בלא משתעבד מתחילה לאדם ידוע כיון דראוי להתחייב לכל אדם לא תליא בברירה ועיין קצוה"ח (סי' ס"א) ובתשובת שמחת יו"ט (סי' כ"א) דנוטה ג"כ אחר דעת מהרי"ט בזה והברור בדברי הנ"י וריטב"א דאף באינו אומר להשתעבד מעיקרא לאדם ידוע והבא מחמתו רק סתם לכל מי שיוציא שטר או שירצה פלוני גם כן לא תליא בברירה ועיין ריטב"א קידושין (דף ס"ג) באומר אני מתחייב למי שירצה פלוני דמהני ג"כ כשמברר אחר כך:

ומ"ש מהרי"ט דהרמב"ן לטעמיה דסבירא ליה דאינו משתעבד למי שאינו מבורר וסבירא ליה דלא מהני אף מדרבנן ובדברי רמב"ן מבואר דעכ"פ מדרבנן מהני במשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דלא מהני מדאורייתא כיון דאין ברירה אבל מדרבנן מהני וכבר עמד ע"ד בקצוה"ח שם. הן אמת דאינו מבואר מדברי רמב"ן דהואיל ובדרבנן י"ב יהני עכ"פ מדרבנן דיש לומר כיון דקיי"ל בדאורייתא א"ב דיני ממונות הוא כדאורייתא ובפרט למה שכ' הפוסקים דלדידן הוא ספיקא אם י"ב או א"ב ולכך בדאורייתא אין ברירה דספיקא דאורייתא לחומרא ובדרבנן יש ברירה דספיקא דרבנן לקולא א"כ דיני ממונות הוא לעולם קולא לנתבע וממילא אמרינן דאין ברירה [ועיין נ"י ב"ק פרק המניח (דף למד) דכ' דל"א במאי דלא זכו מיהא הוברר הדבר דאפקרינהו דבדאורייתא לא אמרינן ברירה והא דאורייתא הוא עיין שם ודבריו צריכין ביאור דשם לא הותנה כלל ולא תליא בברירה ואכ"מ] והא דכ' הרמב"ן דמהני במשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך עכ"פ מדרבנן הי' אפ"ל דזה לס"ד דאמימר דטעמא דרב דמהני במעמד שלשתן הוא מטעם דנעשה מוכח דמהני מדרבנן ולדידן י"ל דלא מהני אף מדרבנן. גם בגוף קושית הרמב"ן המובא בר"ן גיטין (דף י"ג) יש להעיר דלמא אמימר אמר לטעמיה דרב ורב סובר דיש ברירה ולכך מהני אבל לדידן דאין ברירה יש לומר דבאמת לא מהני אולם בחידושי רמב"ן גיטין שם וב"ב (דף קע"ב) מבואר דמהני עכ"פ מדרבנן וממך הוי ככתוב

בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ומבואר דבכ' בו ממך לא בעי כתיבה ומסירה וכדעת הב"ח וכן מבואר בש"מ שבסוף ספר הרמ"ה שם משם רבינו יונה דממך ההוא גברא דנפק מתחת ידו משמע ולהכי לא כתב בשטר שם המלוה לומר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך כי האי דגיטין והיינו דקאמר לויתי ממך כלומר ממי שיצא שטר מת"י והא דקאמר ניחוש לנפילה היינו דהאי מיהא לא שעבד נפשיה אלא למי שבא מכח המלוה שמסרו לו עיין שם ומבואר דממך הוא לאו דוקא אותו שלוה ממנו אלא אף הבא מחמתו וכן מבואר מדברי רמ"ה ז"ל בתשובה (סי' רס"ז) דממך משמע דעיקר הלוואה מההוא גברא דנפק מתותי ידיה משמע:

והא דהוכיח מהרי"ט מדברי הטור בכתב יד אם טוען דממני לוית נאמן לומר לא לויתי ממך אלא מאחר נפל ומצאת וכוונתו כמו שביאר התומים (ס"ק ב') דכמו אם אותיות נקנות במסירה אין צריך להביא ראיה אם כן זה שהשטר בידו יטעון אמת לא הלויתיך רק אחר נתן לי במסירה ואין צריך להביא ראיה ומה מהני מגו באמת לא לוה וכ' התומים ודוחק לומר כי קאמר רבא אין צריך להביא ראיה בטוען כן אני לקחתי אבל כאן התובע אומר אני הלויתיך ועל זה יש ללוה מגו ושלקחו מיד אחר הא הוא מודה שלא לקחו ודוחק ובתומים כתב דלהב"ח צריך לומר שיודע בבירור שנפל מהלוה וזה דוחק ואף בשמא אינו גובה א"ו דבעי כתיבה ומסירה עיין שם. ולא אבין כלל ראיה הזאת ודאי לרבא דאי אותיו' נקנות במסירה אין צריך ראיה ונאמן הבא עם השטר לגבות לומר דנמסר לו מן המלוה הכתוב בתוך השטר דשם אינו יכול לבא בטענה אחרת וכיון דנקנות במסירה לבד הוי השעבוד מאן דנקט ליה לשטרא כמאן דנקט לגופיה דממונא ודומה לשאר מטלטלין דמוקמינן לה היכא דקיימא השתא כמבואר ברמ"ה ב"ב וברי"ן כתובות פ' הכותב משם הרמב"ן ואין צריך להביא ראיה ונאמן דלקוח הוא בידו כשאר מטלטלין מה שאין כן בשטר שכתוב בו ממך אף דממך הוא מאן דנפיק מידו וליכא נ"מ כיצד בא לידו או מיד אחר וקנה ממנו במסירה לקנות השעבוד שהלוה שעבד עצמו למאן דנפק מידו מ"מ אם טוען שהוא הלוה והלוה מכחישו שלא לוה ממנו ואינו נאמן בזה דחזקה מה שהוא בידו הוא שלו מ"מ זה דוקא בשטר בעדים דאינו נאמן לומר פרוע הוא אבל בכ"י כיון דיש לו מגו דפרוע הוי כמו עדים המכחישים אותו שלא היה ההלוואה ממנו וכיון שהוא עצמו הודה דלא לקח מאחר רק הוא הי' הלוה ועל זה מוכחש מעדים דמגו הוי כמו עדים ונאמן הלוה בטענתו דלא היה הוא המלוה לכך אינו גובה דאנן לא נוכל לטעון בעדו דלקח מאחר ולכן חוששין לנפילה מאחר ואינו גובה בו אבל אם

טוען דלקחו מאחר ודאי דגובה בו ואין צריך להביא ראיה דממך מאן דנפיק מידו הוא ונשתעבד הלוה לזה ואין צריך כתיבה ומסירה וזה פשוט:

ובספר ש"מ כתב בדין זה בכתב יד דכתוב בו ממך דנאמן במגו להקשות מדברי המ"מ(פ"ב) ממלוה משם הרמב"ן גבי שטר אמנה דאינו נאמן לחוב לאחרים אף במגו דאי בעי קלתי' וכן לומר פרוע משום חזקה דכל מה שתחת יד אדם הוא שלו וה"נ נימא כן והאריך בזה להקשות מדברי אבייי דסובר דחיישינן לנפילה וגם מש"ס יבמות (קט"ז) ולא ידעתי מאי ק' ליה הא כבר כתבו תוס' יבמות שם לאבייי דאמר למאי ניחוש לה כו' דלמא מסר ליה אותיות נקנות במסירה וכ' דלמה לא נימא שהוא שלו ול"נ לו חבירו כלום וכ' כיון דאינו מוכח מתוך השטר שהוא שלו ושמיה כשמיה ולא עשה בו סימן יש לחוש שמא של חבירו וא"כ כן נמי בכ' בו ממך וכיון דאינו מוכח מתוך השטר ל"ש בי' חזקה מה שביד אדם הוא שלו כיון דלא נזכר שום סימן ואינו דומה לשטר הנמצא ביד מי ששמו מוכח עליו שהוא שלו ושאינו פרוע דשם שפיר כתב הרמב"ן והמ"מ דיש חזקה אלימתא ולא מהני מגו כיון דשמו ומה שהוא תחת ידו מוכח שהוא שלו. ושם בתוס' כתבו ושוב פירש הר"י דהקלף יכול לעכב שלא יפסיד חזקתו אע"פ שדרכו להפקיד גבי' אבל החוב לא יוכל להוציא כל זמן שנוכל להסתפק דלמא הפקיד גביה ואם כן לא ק' כלל מכל שטר הנמצא ביד לוה שהלוה לאחר דשם החזק' שת"י ושמו מוכח עליו דשלו הוא גוף החוב וחזקה שמה שביד אדם הוא שלו ואינו אמנה או פרוע ולכך אינו נאמן אף במגו לבטל חזקתו אבל בכ' בו ממך אינו מוכח כלל שהוא המלוה ועל זה פליג אביי דחיישינן לנפילה ולרבא ולדידן מוציאין מטעם כאן נמצא וכאן הי' וגם כיון שהודה שחייב לאחר אבל כשיש לו מגו אין מוציאין מידו דלא שייך בזה מה שביד אדם הוא שלו כיון שאינו מוכח מתוכו דנשתעבד לו ועוד יש לומר דוקא היכא דאומר על מה שבידו נגד חזקה דמה שביד אדם הוא שלו אינו נאמן ומוציאין ממון מן האחר בהשטר מה שאין כן להוציא על ידי זה ממון מן הלוה מהימן טפי במגו שלו ועיין מה שכ' בנתיבות (סי' מ"ז) ובמה שכ' לעיל (ס' ל"ד):

וראיתי בס' חמדת שלמה אה"ע (סי' ל"ב) עמד על דברי תוס' יבמות למה שכ' תוס' חולין (דף צ"ו) הא דמחזירין שטר בסימנים אף דאין מוציאין ממון בסימנים משום דאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא על ידי סימנים אם כן מנ"ל לרבא הואיל ומוציאין ממון על ידי שטר זה לא חיישינן לתרי יצחק הא זה לא מקרי הוצאה כיון דיש לומר השטר שבידו והניח הדברים בצ"ע. ונראה למה שכתב באזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' מ"ו) לפרש דברי תוס' דהא חזינן דשטר שנפל איתרע ואינו גובה

בו אפילו הוא תוך זמן וחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף מסימנים דהא בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מוציאין ממון ובסימנים אין מוציאין ממון ועל כרחך צריך לו' דרק אם מצא השטר בשוק דומה כמו שזרק לאשפה לפי שהוא פסול או פרוע אז כיון דנפל איתרע אבל בנמצא בכלי דומה דדרך נפיל' נפל ממלוה או מלוה כמו שכ' הבע"ת וכיון דהמלוה נותן סימן והלוה אין לו בו סימן ראי' שנפל מהמלוה דעל ידי הסימן נתברר ממי נפל כמו שכ' הרא"ש ספ"א דב"מ וכיון דידענו דממלוה נפל לא הוי כמוציאין ממון על ידי סימן כיון דידענא דממלוה נפל והוי כמו שהשטר הוא ביד המלוה דמוקמינן על חזקתו דאין כאן שום ריעות' דכתוב בו שמו עליו מה שאין כן ביבמות אף דמוקמינן השטר על חזקתו שהקלף הוא שלו מ"מ כיון דנוכל להסתפק דלמא הפקיד אצלו אין מוציאין הממון אם לאו דאותיות נקנות במסירה ולדידן לרבא מטעם חזקה דכאן נמצא וכאן היה. גם יש לומר דכוונת תוס' דסימנים הוי כמו רוב רק להוציא ממון אין הולכין בממון אחר הרוב אולם היכא דהיה חזקת חיוב מבואר בש"מ ב"ק ר"פ שור שנגח דמוציאין ממון ואאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ע"ח) כוון לזה וכ' דמה"ט מוציאין ממון על ידי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו משום דהוי כרוב ובצירוף חזקת חיוב מוציאין ממון ויבואר אי"ה בזה בדיני טו"נ. ואם כן לכך כתבו תוס' חולין דאף דאין מוציאין ממון על ידי סימנים חפץ מיד בעלים מ"מ בשטר שאין אדם מוחזק בו מהדרינן וממילא גובה דיש חזקת חיוב כיון דאין נ"מ רק בין לוה למלוה וזה אתי שפיר שם אבל בהך דיבמות דהלוה אינו כופר בחיובו רק דאומר לחבי בר ננאי אחר חייב וכיון דאין כאן חזקת חיוב בבירור לזה שהשטר תחת ידו אף דיש קצת חזקת חיוב לאחד מ"מ לזה שהשטר תחת ידו ליכא בודאי חזקת חיוב לכך אם אין אותיות נקנות במסירה לא הוי מוציאין ממון אף שהקלף הוא שלו ולדידן מטעם כאן נמצא וכאן היה. ולמה שכ' יש להשיב על ד' קצוה"ח (סי' מ"ו) דמדמה לדברי תוס' חולין הנ"ל זה הטעם דמהני קיום שטר על ידי דימוי אף דלא הוי רק כסימן משום דאין דנין על הממון דיש לחלק דרק היכא דהיה חזקת חיוב אמרינן כן כמובן:

והיכא דהוחזקו ב' יוסף בן ש' בעיר והוציא א' כתב יד על אחר שכ' בו שחייב ליוסף בן ש' כ' התומים דאם הלוה אמר שאינו חייב לו רק לאחר וממנו נפל אינו נאמן בזה במגו דפרעתי דלנפילה דיחיד לכ"ע לא חיישינן והוי כמו חזקה אלימתא ולכ"ע ל"א. ולמה שכ' לעיל מדברי הרמ"ה ב"ב לא נראה כן דכתב דשינוי' דאביי דחיקא דמה לי נפילה דחד ומה לי נפילה דרבים א"ו דלא חיישינן כלל לנפילה מבואר דס"ל דאין לחלק בזה וכיון דבמגו נאמן לומר להכחישו שלא לוה ממנו רק מאחר שוב אף בנפילה דיחיד

נאמן דלא לוה ממנו ועוד יש לומר דבאמת נפל מיוסף בן ש' האחר ואחד מצאו ומסר לזה ששמו כ"כ יוסף בן שמעון וכמו בשכתב בו ממך דצריך לומר שזה שבא לגבות לפי דברי הלוה שהוא לא הלוהו רק נפל ממנו והוא מצאו כן יש לומר בכתוב בו שם יוסף בן ש' דאחר מצאו והחזיר לו וכיון דיש ללוה מגו דפרעתי דהוי כאנן סהדי שזה לא הלוהו לא הוי כל כך חזקה אלימתא דלא יהיה נאמן במגו ובפרט למה שכ' בתומים בכללי מגו דלצד דאינו נאמן פרעתיך תוך זמנו במגו משום דיש לסייעו להמלוה חזקת חיוב והכא לא שייך זה כיון דלפי דברי הלוה מעולם לא נתחייב לזה ויש לו מגו דפרעתי מהימן אף לחוש לנפילה דיחיד. ועיין כנה"ג (סי' ס"ו אות ך') בהגהת ב"י משם ספר בני שמואל בהוחזקו ב' יוסף בן ש' בעיר ויוסף בן ש' אחד מוציא שטר שכ' בו יוסף בן ש' וטוען שקנה אותו מהיוסף בן ש' אחר בכתיבה ומסירה ובא לגבות מהלוה דאין צריך ראיה ונאמן לגבי הלוה במגו דהיה יכול לומר שלי היה השטר מעיקרא ואני המלוה ואין הלוה יכול לדחותו ולומר מיוסף בן ש' האחר נפל ולמ"ד לא אמרינן מגו להוציא אינו נאמן לגבי הלוה אבל לגבי מוכר מיהו נאמן והכנה"ג משיג עליו דלא אמרינן מגו להוציא לא אמרינן אלא בדליכא שטרא או אפילו בדאיכא שטרא ריעא אבל בדאיכא שטרא מעליא לכ"ע אמרינן מגו להוציא ודבריו תמוהין דודאי יש סוברים דאפילו בשטר מעליא כל דמחוסר גובייניא לא אמרינן מגו להוציא וכן הוא דעת הר"י מיגאש ורמב"ן פ' חה"ב. וגם מה שכ' בדאיכא שטר מעליא אמרינן מגו להוציא יש לומר כיון דכאן יש ריעותא דטוען שהיה לו שטר מכתיבה ממכירת השטר ונאבד ממנו זה הוי ריעותא ומלבד זה כיון דהלוה אומר שלא לוה ממנו רק מיוסף בן ש' האחר וגם הבא עם השטר לגבות אומר כן ושטר מכר אין בידו וכיון דהס' הוא אם זכה בשיעבודי' של השטר בקנין המועיל והוי הספק בחיוב השטר לו לא אמרינן מגו להוציא וכה"ג מבואר בש"מ כתובות (דף ט') דלכך אינה נאמנת להכחיש טענת פ"פ במגו דמוכת עץ כיון דקיי"ל כונסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום הוי להוציא ואין השטר מסייע לה עיין שם והכא נמי אין השטר מסייע לו שקנה ממנו. ברם יש לומר למה שכ' הפוסקים דבברי ושמא אמרינן מגו להוציא והכא נמי כיון שזה טוען ברי שלקחו מחבירו יוסף בן ש' בכתיב' ומסיר' והלוה בא בטענת שמא מיוסף בן ש' האחר נפל נאמן אף להוצי' ובפרט כיון דודאי חייב לאחד וכמו שכ' לעיל לדון בדברי הטור ואף אם חבירו יוסף בן ש' עומד לפנינו וצווח יש לדון דמ"מ נגד הלוה הוי ברי ושמא ונאמן במגו, אולם למה שכ' התומים הנ"ל משם הבני שמואל דאף אם יש ללוה מגו דפרעתי כגון בכתב יד דנאמן לומר פרעתי מ"מ אינו נאמן לחוש לנפילה דיחיד אם כן לא הוי הסב"ש צריך לכל זה ולמה לא יהי' יוסף בן ש'

זה שהוציא השטר נאמן לומר שקנה מחבירו יוסף בן ש' בכתיבה ומסירה כיון דלדעתו לנפילה דיחיד לא חיישינן אף דיש מגו להלוה ולפקדון לא חיישינן כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה ואין כאן שום חשש רק דלמא מכר לו ולא הקנהו בכתיבה ומסירה בזה ודאי מהראוי שיהי' נאמן במגו.

ואף בלא מגו לדעת רמב"ם (פ"ו) ממכירה והמחבר (סי' ס"ו) דנאמן מי שהשטר בידו לענין קנייתו ואינו נאמן לענין תביעתו ובמ"מ שם מתמה דאם נאמן להדי מוכר אעפ"י שמכחישו למה לא יהיה נאמן לגבי הלוה וכ' כיון דהלוה יכול לומר שמא בתורת פקדון בא לידך ואתה הודית כן למלוה ובמל"מ שם מתמה מה טיבה של הודאה זו למלוה ועיי"ש בלח"מ. ובספר נתיבות המשפט הספרדי ז"ל (דף ס"ח) כ' דאין סברת המ"מ להקשות במה גדול כחו של הלוה משל מלוה די"ל דלגבי מלוה הוא להחזיק השטר שבידו אבל לגבי לוה שהוא להוציא אינו נאמן בלא ראיה רק דקשיא ליה כיון דאף אם המלוה לפנינו וצווח שלא מכר לו לית דמשגח ביה ונאמן הלוה להכחישו למה יוכל הלוה להכחישו ולומר שלא מכר לו המלוה וכי בשביל זה ישתכר הלוה ולא יפרע לא למלוה ולא ללוקח נכוף אותו שיפרע ללוקח כיון שאין שם שום פחד שיפרע שנית ולזה תירץ דמצי לומר ללוקח שמא בתורת פקדון בא לידך ואתה הודית כן למלו' בפני עדים והיום או למחר יתפרע המלוה ממני ע"י העדת עדים פעם שנית עכ"ד וכנראה פשיטא ליה דאם מביא המלוה אחר כך עדים שהוא בפקדון אצל זה שהוציא השטר חייב לשלם להמלוה שנית ולא ידעתי מניין לו כיון דאף אם המלוה עומד בפנינו וצווח וטוען שלא מכרו לו אין חוששין לדבריו לדעת הרמב"ם וסייעתו ואם ירצה הלוה לפרוע לו יכול לפרוע לו כמבואר בב"י (סי' ס"ו) ובב"ח שם ואין הלוה חייב לחזור ולפרוע למוכר דנאמן הלוקח בטענתו שמכרו לו ושטר כתוב היה לו ואבד כיון שהשטר בידו. אם כן למה ניחוש שיביא אחר כך המלוה עדי הודאה. וגם נקבע לו זמן לזה. ואמאי יתחייב הלוה לשלם פעם שנית. ואולי ס"ל כיון דהברירה ביד הלוה אם מברר אח"כ בעדים שהודה הלוק' הבא עם השטר בפניהם דבתורת פקדון בא השטר לידו אם מעכב המוכר חייב לשלם פעם שנית ודוחק וגם י"ל אף דיש עדי פקדון מ"מ אף דאינו נאמן לומר שלקחו ממנו אחר כך כיון דהודה שבא לידו בתורת פקדון מ"מ להוציא מיד הלוה בטענה הזאת י"ל דאין מוציאין ועיין באורים (סי' ע"ב ס"ק פ"ז) דלהוציא אפשר דלא מהני עדי פקדון וראיה ויבואר הדין זה במקומו וק"ו כאן כיון דהדין הוא דלגבי המלוה נאמן בקנייתו אף דיש הברירה ביד הלוה אם לשלם או לא מ"מ פטור הוא מן המלוה:

אך בספר קרית מ"ר מפרש גם כן דברי המ"מ כך רק שהוסיף דברים שיכול הלוה לומר שאם אחר כך ימצא המלוה עדיו אני מזיק להמלוה ויהיה לו תרעומת עלי שפרעתיך והיינו דמן הדין כיון דנאמן אז לגבי המלוה אם הלוה משלם לו ולוקח שטרו מיד הלוקח שוב אינו יכול המלוה לתבוע ממנו דיכול לומר את דאפסידת אנפשך דמסרת השטר ליד איש כזה שבא בשקר וכיון דמן הדין נאמן לגבך האמנתיו גם אני ושלמתי לו שלא רציתי להניח שטרותי ביד אחר ומ"מ לכוף אותו להלוה שישלם א"י כיון דהוא מוחזק יכול לומר שמא בפקדון בא לידך ויתברר אחר כך ויהי' לו תרעומות עלי ויכול לומר לאו בע"ד דידי את. ועיין בפרישה (סי' ס"ו) דכ' משם מהרש"ל ז"ל גם כן הטעם דיכול לומר שמא בפקדון בא לידך וכתב ולפי"ז אם הלוה יודע שאין בידו בתורת פקדון הוי נאמן גם לגבי הנתבע לומר שטר היה לי ואבדתיהו וכתב ואינו מוכרע גם הלשון שמסרו לך לא משמע כן אלא נ"ל דר"ל מאן יימר שמסרו לך בדין מכירה או נתינת שטרות דהיינו בכתיבה ומסירה ואע"ג דאין צריך ראיה לגבי מוכר שבא להוציא השטר מידו גבי הנתבע שבא זה להוציא מידו צריך ראי' עיין שם ויהיה איך שיהי' מ"מ זה דוקא אם אחר בא לגבות ממנו שאינו שמו כשמו אבל היכא שזה שבא לגבות הוא שמו כשם המלוה דאמרינן בש"ס דלא אפקיד גביה יש לומר דיכול הלוה לומר את אפסידת אנפשך שהפקדת אצלו וגם אין לו להמלוה אף תרעומות עליו. וגם לומר דלמא מסר בידו ולא כתב לו גם כן ל"ש דודאי המלוה יתפחד שלא יגבה מן הלוה בטענתו שהוא הלוהו וכ"נ וכאן היה. לכך כיון דנאמן לגבי המוכר בטענת שמכרו לו נאמן גם כן לגבי הלוה כיון דיש לו מגו מעליא ובו"ש ברי עדיף:

והנה הא דכ' הרמ"א בשטר שכתב בו פלוני חייב לפלוני או לכל מי שמוציאו דחייב לשלם לכל מי שמוציאו ודוקא בבא מחמת אותו פלוני אלא אם כן כתב בפירוש בין בא מחמתו או שלא מחמתו והוא מדברי רבינו ירוחם מתשובת הרשב"א (ח"ב סי' קל"ה) דאטו בשופטני עסקינן דכל מי שחטף ממנו ילך ויגבה כמו שכ' לעיל ודעת הסמ"ע דצריך הרשאה או כתיבה ומסירה ואם יש לו ראיה קונה במסירה לחוד וכבר תמה עליו בטו"ז ובתומים (ס"ק ה') דלמה צריך ראיה על הקנין הא מבואר בש"ס דלמ"ד אותיות נקנות במסירה אין צריך ראיה וכבר כתבו בזה הרבה אחרונים ובפרט אאזמ"ו ואאמ"ו ז"ל בספריהם. ובאמת בפשיטות יש לחלק דדוקא אם אותיות נקנות במסירה לחוד וע"כ דהוי כמו שאר מטלטלין וקונה השעבוד מה דנשתעבד הלוה להמלוה והוי כחזקה מה שביד אדם הוא שלו כיון דהוי כמו שאר מטלטלין מה שאין כן לדידן כיון דאינו נקנה במסירה לחוד השעבוד של המלוה שיש לו על הלוה רק דבא לזכות בהשטר ואז

נשתעבד הלוה לו למפרע י"ל דהלוה לא נשתעבד רק למי שבא מחמתו דהמלוה הראשון ואף דבמסירה לבד זוכה בהשעבוד של הלוה מ"מ צריך לברר אם בא מחמתו דהמלוה הראשון ויכול לומר שמא נפל מהמלוה או הפקיד אצלך ויכול הלוה לדחותו. ומ"מ כל האחרונים העלו דלא כהסמ"ע כיון דאף במסירה לבד זוכה בהשעבוד אין צריך להביא ראיה. וראיתי למי שכ' דאם בא בטענה שהוא קנה אין צריך לברר גם לד' הסמ"ע רק אם בא בטענה שהמלוה מסרו לו לגבותו א"נ אלא בעדים והביא ראיה מדברי הטור (סי' ק"ל) דאף אם השטר ביד הערב אינו גובה מהלוה עד שיביא עדים שפרע להמלוה שיכול לומר פרעתי למלוה והחזיר לי ונפל ממני או עדיין לא נפרע ונפל מן המלוה והכא נמי כיון דלא התנה אלא למוציא השטר מכחו של המלוה צריך המוציא להביא ראיה שבא מכחו וכל שאין לו ראיה אמרינן שהפקידו אצלו או שנפל ממנו. וזה ודאי לא נהירא כיון דנאמן לומר שקנה ממנו מה"ת לא יהיה נאמן שבא לגבות בעד המלוה ואין צריך לזה הרשאה ואינו דומה כלל לשם דשם נזכר רק שם המלוה והרי עכשיו אינו ביד בעליו ולא ידענו אם פרע להמלוה חיישינן לכל החששות ומוקמינן השטר על חזקתו דעדיין לא נפרע וכדומה מה שאין כן בכתוב בו לכל המוציא מחמתו דהמלוה ודאי דהלוה נתחייב עכ"פ לשלם לזה שבא לתבוע בעד המלוה וגם דנאמן בזה במגו דקניתי כיון דא"צ כתיבה וקונה אף במסירה לבד:

ועיין ש"ך (ס"ק ו') שהביא מדברי תשובת המבי"ט (ח"ג סי' רס"ו) דאם פרע קצתו לזה שמוציאו ואחר כך הוציאו המלוה פטור הלוה מסך שפרע אף שלא הום לו הרשאה וראיתי במבי"ט שהאריך בזה הרבה אף אם המנהג שיבא בהרשאה כמו שכ' הרא"ש בתשובה מ"מ כיון שמה"ד שילם לו פטור דלזה ודאי הכוונה לכל מי שמוציאו אף אם בא משם המלוה לגבות בעדו דא"צ הרשאה ועוד כתב המבי"ט לדון דאף אם אין כתוב בו לכל מי שמוציאו רק שם המלוה יכול הלוה לשמוע לו למי שבא לגבות בעד המלוה דכל שהשט' בידו ויכול לשרפו נאמן גם כן לומר שהמלוה נתנו לו כדי שיפרע לו וכמו שכ' הרמב"ם שגובה בשטר כשטוען קניתי מן המלו' והבריר' ביד הלוה ולא דוקא כשטוען שהקנה לו בכתיבה ומסירה רק אף אם טוען שמסרו לו שיגבה בשליחותו ויביא לו המעות יכול לפרוע לו וכ"ש הוא ואף להחולקים על הרמב"ם היינו לגבי מוכר דצריך ראיה אם מכחישו אבל בסתם אין המלוה יכול לערער אחר כך עליו כיון שהי' בידו מקודם הוא נאמן וכמו דשליש נאמן אף אם אין השלישית בידו עתה עיין שם ובח"א (סי' קנ"ג) יש עוד מה שחזר על זה לחזק דבריו. והדברים מתמיהים. ולהיפך מצינו דאף לדעת הרמב"ם שהוא שיטת הר"י מיגאש ז"ל דנאמן לגבי מוכר לענין קנייתו

היינו אם בא בטענה שמכרו לו המלוה בזה אף דליכא תחת ידו הכתיבה נאמן לגבי מוכר כשאומר שנאבד ממנו והברירה ביד הלוה אם לשלם או לא ואם משלם לזה שבא בטענה הזאת נפטר מן המלוה אבל אם בא עם השטר לגבות בעד המלוה ששלחו צריך הרשאה וכן מבואר להדיא בתשובת ממוהר"י אבן מיגאש ז"ל (סי' ריי"ג) וז"ל אם ראובן מודה שלא פרע הממון ללאה אלא פרעו ללוי אחיה כשראה את השטר בידו ואמר לו שלאה נתנתו לו וגבה אותו לעצמו מבלי שיאמר שהיא הקנתה אותו לו בכומ"ס ראובן חייב לפרוע ללאה כל הממון הואיל ופרע למי שלא הוי לו לפרוע ואם טוען לוי שלאה אחותו מסרה לו השטר וצותה לו שיגבה אותו ממנו ושמה שקבל ממנו היה בשליחותה של לאה ישבע על זה שבועת היסת ויפטר מבלי שיתן לראובן מה שקבל ממנו ויפסיד אותם ראובן עיין שם הרי אף דאם בא בטענה שבעל השטר מכרו לו בכתיבה ומסירה ואין בידו הכתיבה דאם פרע לו הלוה נפטר ואינו יכול המלוה לתבוע עוד ממנו משום דלגבי המוכר נאמן בקנייתו מ"מ אם בא בתורת שליחות שהמלוה מסרו לו לגבות ממנו בשליחותו אם פרע לו הלוה חייב לפרוע להמלוה שנית ואף די"ל למה לא יהיה נאמן במגו דקנה את השטר בכומ"ס וכשטוען כן נאמן לגבי המלוה לדעת הר"י מיגאש ז"ל והרמב"ם ולמה לא יהיה נאמן ששלחו המלוה לגבות בעדו וצ"ל כמו"ש בספר נתיבות משפט הספרדי ז"ל (דף ס"ז) לתרץ קושית הרמב"ן על הר"י מיגאש ז"ל דא"נ במגו דלקוח דהוי להוציא וגם דאין להאמינו כי טען טענה אחריתי בהאי מגו דאין כאן חזקת דמה ליה לשקר לפי שאין הטעני' שוות דשמא טפי ניחא ליה למטען האי טענה דטען השתא מלמיטען שטר היה לי ואבד משום דיאמרו הרוצה לשקר יתלה באבידה שהוא דבר שאינו יכול להכחישו וכעין שכתב הרא"ש ז"ל גבי האומר אל תפרעני אלא בפני עדים. ועוד דאיכא חזקה כנגדו דמזדהר אינש בשטריה ועיין שם עוד דגם שהקנה אגב קרקע לא הוי מגו טוב והגם שיש לפקפק בזה מ"מ כיון דראינו דעת הר"י מיגאש ז"ל שכ' כן להדיא דדוקא בטוען שבא השטר לידו במכירה נאמן לגבי המוכ' והברירה ביד הלוה אם לפרוע או לא אבל בטענה אחרת אינו נאמן ואם פרע לו הלוה חייב לפרוע שנית. וגם דיש להוסיף כיון דהוי חוץ לב"ד ומגו חוץ לב"ד לא אמרינן כמו שכ' הראשונו' ז"ל לכן ק"ו להפוסקים החולקים עליהן וסוברין דגם לגבי המוכר אינו נאמן בקנייתו ודאי אם הלוה פורע לזה שבא בהשטר בשם המלוה חייב לפרוע שנית להמלוה:

וכן מבואר בתשובת רמ"ה (סי' רמ"ג) כיון דלא נודע באיזה דרך בא השטר לידו ואין השליח נאמן רק בג"נ ושחרורי עבדים בלבד והלוה ששילם לזה שהשטר בידו הוי כא"י

אם פרעתיך וחייב לשלם ואין על המלוה רק לקבל חרם סתם אם שלח שליח לגבות בו ויכפור עיי"ש:

ובאמת יש להבין בדברי הרמ"ה למה לא יהיה המלוה חייב לישבע שלא עשאו לשליח כיון דזה טוען ברי ששלחו לגבות חובו אם כן נצרף טענות השליח לחייבו שבועה כיון דהלוה מפסיד ודומה להדינים המבוארים (סי' קכ"א) ועיין שם בש"ך (ס"ק מ"ו) ולמה כ' הרמ"ה דאין על המלוה רק חרם סתם ויש ליישב ויבואר אי"ה בדינים הנ"ל. עכ"פ מבואר דלעולם הלוה חייב לשלם שנית באם שילם להשליח בלא הרשאה אעפ"י שהי' השטר בידו. ועיין בש"ך (סי' נ"ו ס"ק ה') ובאחרונים שם אם אומר על פקדון דשל אחר הוא ועד"ז השלישו בידו והמפקיד מכחישו שלא עשאו לשליש אם נאמן ודעת בעה"ת והטור שם דהשליש נאמן ובנתיבות שם הכריע לחלק בין מטלטלין דנאמן לומר לקוח לשטר עיין שם ועיין תשובת הרשב"א (ח"ד סי' ס') שכ' ואפילו הוי השלישית בשטרות כשמסרן ליד שליש כאלו מסרו ליד חבירו שכל המשליש מאמין בשליש בכל שמוסר בידו ועושה אותו כבעל דין ממש לעשו' בו כל חפצו ולא שליש בלבד אלא כל נפקד קרוי שליש ונאמן בכל מה שיאמר ושיעשה עיי"ש אם כן מהראוי לומר שגם אם השליח בא עם השטר לגבות שיהיה נאמן שלזה בא לידו וכמו שכ' המבי"ט וצריך לחלק כמו שכ' בדו"פ (סי' נ"ו) לחלק בדברי תשובת הרא"ש שם כיון דהלוה אינו טוען כלום בברי ואינו יודע כלום ממה שאמר השליש ממחילה להכי לא מהימן השליש ואמרינן דלא הימנוהו רק מה שבידו לבדו לעשות אבל לא אם אף כשיתן ליד הלוה אם הלוה לא ירצה לכחש ויגיד האמת דאינו יודע ישלם לו והכא נמי דכוותי' כיון דהלוה אינו יודע אינו נאמן בתורת שליש. עכ"פ דעת הר"י מיגאש ז"ל והרמ"ה מבואר דאם שילם לזה שבא עם שטרו דחייב לשלם שנית ועיין ברמ"ה ב"ב פרק ג"פ (סי' קי"ז) מזה באורך דהלוה חייב לשלם פעם שנית דהוי כאיני יודע אם החזרתי וחייב לשלם והמלוה אין לו רק לקבל בחרם סתם דלא שדריה למשקליה ולא אקני ליה ופרע ליה לוה למלוה [ושם משמע ששניהם לפנינו דכ' משתבע איהו למלוה וללוה היסת ומפטר ומקבל ליה מלוה ולוה חרם סתם כו' ובודאי קשה למה לא ישתבע כמו (סי' קכ"א) ואז יטול]:

אולם אם כ' בו שחייב לכל שמוציאו בזה לכ"ע גובה בו בלא הרשאה ואינו צריך לברר היכן בא השטר לידו. וכתב בים ש"ש ב"ק. (פ"ז דין דמ"מ נראה שאם אין לו עדים שנתן לו המלוה השטר יכול זה להשביעו שלא בא לידו בתורת גזילה או שנאבד מן המלוה ומצאו ואף אם לא השביעו ושלם לו שיעבודו ובא אח"כ המלוה וטען שמעולם לא נתן לו שטר זה פטור הלוה שיכול לומר לו כך אני לשתעבדתי לשלם למי שיביא שטר זה

והאמנתי לו עכ"ל ושבועה זו לא אדע מה טיבה שישבע ויטול כיון דאינו טוען טענת ברי להכחישו וממנ"פ אם במה שכ' בשטר לכל מי שמוציאו הוא בהרשאה אף שבועה לא יצטרך ואם הברירה ביד הלוה אם להאמין או לא מה יועיל לו השבועה וכיון דסובר אם פרע לו בלא שבועה ס"ל דמפטר הלוה אם כן שבועה זו מה טיבה אולם מי יחלוק מסברא על המרש"ל ז"ל. ויש להעיר בדברי הרמ"ה ב"ב הנ"ל והר"י מיגאש דכתבו דהלוה מפסיד כשגבה זה שבא עם השטר הא אם הלוה מפסיד יחזור על זה שבא בשטרו ויגבה ממנו ודומה להדינים המבוארים (סי' נ"ח) דהיכא דזה שנטל ממנו מפסיד וחייב לשלם חייב להחזיר לו ובדינו דרמ"ה י"ל כיון דבא אל הלוה עם השטר וטוען שבעל השטר מכרו לו בכתיב' ומסיר' ונאבד הכתיבה ממנו הוי כתופס את שלו ודומה למ"ש שם הקצוה"ח באם תופס מן הנפקד שלא בעדים דנאמן במגו בטענתו שהוא שלו ולא איכפת ליה במה שהנפקד יתחייב לשלם וה"נ דכוותי' כיון דבא בטענה שקנה החוב זה בכתיבה ומסירה והלוה פרע לו לא איכפת ליה במה שהמלוה כופר וצריך הלוה לפרוע לו אבל בנידון דהר"י מיגאש ז"ל שם בא לוי אל ראובן לגבות בעד לאה אחותו ואינו בא בטענה שקנה השטר מלאה וכ' דאם ישבע לוי יפסיד ראובן ואמאי לא יחזור על לוי כיון שתפס ממנו ממון אחר של"ה לו בו קנין אף לפי דבריו ויש לומר כיון שאינו תופס ולפי דבריו לאה שלחתו לגבות לו הממון על חובו לא איכפת ליה בהפסידו של ראובן ולקמן אי"ה יבואר בדינים הללו:

ואם זה המלוה חייב לאחר ומשתעבד זה החוב לאחר מטעם שעבוד דר"נ דגופו נשתעבד להאחר ואחר כך מסר המלוה השטר ביד אחר לגבות בו כיון שכ' לכל מי שמוציאו נראה כיון שצריך לבא עליו מכח של המלוה אם לא כתב בפירוש בין בא מחמתו או לא מחמתו נראה דאינו יכול לגבות בו כיון דמשתעבד להמלוה שלו מדר"נ וזכה בהשעבוד הגוף של הלוה שוב אין הבא מחמתו יכול לגבות בו דהא על כרחך צריך לומר דהלוה נשתעבד לכל הבא מחמתו היינו דאז נתבטל השעבוד הגוף של המלוה והלוה נשתעבד לזה שבא מחמתו וכיון דכבר נשתעבד כל חיובו דלוה להבעל חוב של המלוה מטעם שדר"נ והוי הוא כאלו מלוהו כמבואר (סי' פ"ו) וניתק כל החוב לזה מה"ת בשדר"נ שוב אין לו כח למסור להבא מחמתו ולא מבעי לדעת הראב"ד וסייעתו (סי' ס"ו) בשטר שכ' בו משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך דשוב אם מכר השטר לאחר דאינו יכול למחול הראשון כיון דניתק מכל וכל להלוקח השטר אם כן הכא נמי דכוותיה אלא אף לדעת הרא"ש דסובר שם דיכול למחול דלא משתעבד הלוה גופו לשניהם ונשאר שעבוד הגוף אצל המלוה כמבוא' ברא"ש כתובות (דף פ"ו) היינו כשמוכר לאחר ולא נשתעבד לאחר

מדר"נ מקודם אבל אם נשתעבד לאחר מכח שדר"נ דגוף השעבוד של הלוה שיש למלוה ניתק לבעל חוב של המלוה וא"י למחול אף לדעת הרא"ש אם כן שוב אין הבא מחמתו יכול לגבות דאין לו כח לאחר שיבא מחמתו. וראיתי בתשובת הרמ"ה (סי' רס"ז) דנשאל במי דנשתעבד לארוסתו וכתוב בו או לכל מי שיוציא אותו שטר שיגבנו כל זמן שירצה ואחר שנישאת תובעו בדין או היא או אחר וכ' אי מפקא לה איהי מוציאין הממון מבעל וילקח קרקע והוא אוכל פירות כיון דנשאת לו אחר כך זכה בהו כשאר נכסי דנפלו לה קודם שנשאת ואי מוציא השטר אינש אחרינא שהיה בעולם בשעת קנין אם כ' בו בעיקר חיובא דמתחייב בין לה בין למאן דמפיק ליה לשטר' כיון דאינש אחרינא מפיק לית ליה לבעל זכותא בגויה לאכול הפירות מחמת אשתו ואי לא כ' ביה עיקר חיובא אלא לאשה אע"ג דכ' בי' בתר הכי דחייב נפשיה לפרוע להאי ממון בין לה בין לכל מאן דמפיק לשטרא אינו חייב אלא לה ודומה למי שהודה שלוה מראובן ושחייב לפרוע הלואתו לשמעון דלא אמרינן כלום דהתנה על מה שכ' בתורה לאשר הוא לו יתננו ואינו דומה לכ' בו לויתי ממך דשם עיק' ההלואה מזה דנפיק מתותי ידו משמע ולא דמי לאומר בשעת מתן מעות משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך מב' טעמים חדא כיון דבשעת מתן מעות קאמר ליה משעבד ליה מדין עבד כנעני ועוד דכי משתעבד לאו לאינש מעלמא משתעבד אלא למאן דאתי מחמתי' דמלוה דכמלוה גופיה דמי ואלו הכא כיון דבעיקר חיובו לא אתחייב אלא לאשתו אע"ג דחייב נפשיה בתר הכי למפרעיה להההוא ממונ' לאינש מעלמא דלא אתי מחמת אשתו לא מיחייב ויכול למימר לי' לאו בעל דברים דידי את ע"כ תורף דבריו. וקשה הא אף אם כתוב בהשטר בעיקר חיובא דמחייב עצמו בין לה בין למאן דמפיק ליה לשטרא הא מ"מ כיון דזה שמוציא השטר על כרחך צריך לבא מכח אשתו וכיון דנשאת כבר זכה בו הבעל והמכנסת שטרות לבעל בין בשום בין בנכסי מלוג זכה הבעל בשעבוד הגוף דידו כידה כמבוא' אה"ע (סי' צ"א) וח"מ (סי' ס"ו) ואינה יכולה למחול ואם כן כיון שנשאת כבר זכה הבעל בחובו שיאכל הפירות וכיון דהחיוב בין לדילה בין למאן דמפיק ליה לשטרא צריכין גם כן לבא מחמתה כמו שכ' הרמ"א מדברי תשובת רשב"א ואם כן גם כן כבר זכה הבעל בטרם שמסרה השטר להאחר אם נשאת מקודם שמסרה השטר לאחר לא מהני מאן דאתי מחמתה כיון דכבר זכה הבעל בהשעבוד הגוף קודם לכן ואין בכחה למסור לאחר וסתמא דמלתא לא נתחייב לכל מי שיבא עם השטר רק מי שיוציאנו בתורת מכר או מתנה וכמו שכ' רשב"א בתשובה הנ"ל או בשליחותו דבעל השטר כמו שכ' הרא"ש בתשובה אם כן בנידון זה אף אם נקנה

רק במסירה לבד מ"מ כיון דכבר זכה בו הבעל בתורת נכסי מלוג למה יועיל המכיר' או המתנה של האשה לאחר הנשואין וצ"ע:

גם מה שכ' הרמ"ה דאם עיקר החיוב היה להאשה אע"ג דכתב ביה בתר הכי דחייב נפשיה למיפרעיה בין לה בין לכל מאן דמפיק לה לשטרא דלא נתחייב לפרוע רק לה וכ' דמשתעבדנא כו' בגיטין איירי בשעת מתן מעות ומדין ע"כ יש להבין הא ודאי דאף דעיקר החיוב היה בלא מעות רק במחייב בדבר שאינו חייב או על ידי קנין גם כן מהני להקנות החוב במעמד ג' ואם אומר בפירוש דמחייב את עצמו לשלם לך ולכל מאן דאתי מחמתך מהני דאמרינן כמו דנשתעבד לזה כן נמי להבא מחמתו ואם כן למה יגרע כח אם עיקר החיוב להאשה כיון דכ' ביה אחר כך דמחייב את עצמו לפרוע בין לה בין לכל מאן דמפיק שטרא ומה זה ענין למתנה על מה שכ' בתורה כיון דהאשה התרצה לזה שיחייב א"ע לפרוע החוב לכל המוציא שטר ושניהם באים כא' והקנין חל הן על החיוב לה והן שיפרע לכל המוציא השטר. והחילוק השני שמחלק גם כן קשה להבין דמ"ש דיכול להשתעבד למאן דאתי מחמת המלוה דכמלוה גופיה דמי למחייב להאשה בעיקר החיוב ומחייב נפשיה למפרעיה להאי ממונא של האשה לאינש דעלמא ועל כרחך כוונתו דאם לא בא מחמתה דהאשה יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את ואם אתי מחמת האשה הוי כנכסי מלוג והבעל אוכל פירות א"כ גם אם עיק' חיובו היה לאשה ולכל דאתי מחמתה גם כן הדין כן כיון דכבר זכה הבעל לאכול הפירות גם כיון דכבר זכה הבעל בגוף הנייר והוי כלוקח הראשון בכח תקנות אשה ואינה יכולה האשה למסור הנייר לאחר הוו כמו אם אחר חטף ממנו הנייר דאינו גובה בו כמו' שכ' הרשב"א בתשובה ודוחק לומר דכוונתו אם מסרה השטר קודם נשואין דלא משמע כן מדבריו. עכ"פ כנראה לדעת הרשב"א והרא"ש דצריכן לבא המוציאין מכח המלוה היכא דכבר נשתעבד למלוה בכח שדר"נ שוב אינו מועיל שיגבו כל המוציאין כיון דעל כרחך אתי מכח המלוה וכבר זכה בע"ח שלו בשעבוד הגוף של הלוה מכח שדר"נ:

סימן לח

שטר שיש בו רבית מפורש גובה הקרן אף ממשעבדי אבל אם כלול הקרן ורבית פסול מפני שיבא לגבות בו הרבית זהו דעת המחבר ודעת תוס' ורא"ש דאפי' מפורש רבית קצוצה אין העדים נפסלין אף דעברו על לאו דלא תשימון דלא משמע להו ודעת רמב"ן וסייעתו דאם ידעו העדים מרבית נפסלין ועיין מה שכ' לעיל (סי' כ"ב) בדינים האלה. ובספר בני יעקב (דף קל"ח) הקשה מזה על דברי מהרש"ך דכתב בקהל שגזרו בחרם שלא יקדש אדם בפחות מעשרה ועבר א' וקידש דאין לבטל הקידושין משום דהעדים

פסולים דעברו על החרם כיון שקודם לכן הם כשרים ולא נפסלו אלא מחמת קידושין וקידושין כשרים הם והקשה על זה הרב בני יעקב ז"ל אם כן מה הקשו בשטר שיש בו ריבית דהעדים נפסלו הא לא נפסלו אלא מכאן ולהבא. וכ' וצ"ל דש"ה דהוי בשטר וכשיבא לגבות הרי העדים הם פסולים מיד ואינו מובן הא מ"מ כיון דבשעה שחתמו הם כשרים עד גמר החתימה אם כן הוי תורת שטר על זה ולא מבעי אם נאמר דמן התורה נגמר הגדת העדים כשחתמו בהשטר והוי כמו שנחקרה עדותן אף כשלא בא עדיין לב"ד אם כן נגמר הכל בעת שעדיין לא נפסלו אלא אף אם נאמר דמן התורה צריך שיביא השטר לב"ד ובטרם שבא השטר לב"ד יכולין לחזור וגם אם מתו העדים קודם לכן או נפסלו דלא מהני מן התורה רק מטעם תקנה וכמו שכתב הש"ך (סי' מ"ו ס"ק י') וכאשר ביאר דבריו בנתיבות כמו שכ' לעיל (סי' כ"ח) מ"מ לא נפסלו אז כיון דעדיין לא נגמר הדבר אך י"ל דבאיסור לא תקנו חז"ל וכ"ז שלא הוציאו מת"י לא נפסלו וכשהוציאו מתחת ידו נגמר ההגדה למפרע כמו שנחקרה ואם כן כשחתמו היו בכשרות. ומה שכ' הב"י דכשיבא לגבות הרי העדים הם פסולים ונמצא שאינם מועילים לשום עדות אינו מובן הא חתם עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן אחרים מעידין על ח"י וכשר. ועל קושית התוס' בשטר מוקדם אמאי גובה מבני חורין הא העדים פסולים כ' גם כן הבנ"י הא לא נפסלו אלא במה שחתמו על שטר זה בשקר ומכאן ולהבא נפסלו ולדעת הרש"ך ז"ל כיון דבשעה שחתמו כשרים היו מהראוי שיועיל עדותן והעלה לתרץ דהיכא דהפסול הוא משום עדות שקר שבשעה שחתמו העידו שקר הוו להו סהדי שקרי וקודם שחתמו על השטר נמי פסולים היו מטעם שהעידו שקר ופסולים מיד ומתרץ בזה השגות המרי"ט על הרש"ך מב"ק (דף ע"ג) דכי אתזמו אטביחה נתבטל גם עדותן על הגניב' אף דבאותו שעה כשרין היו דשם נפסלין משום דהעידו שקר מה שאין כן בנידון דהרש"ך לא נפסלו רק מכאן ולהבא והנה ככל הדברים האלה כוון הקצוה"ח ובביאור רחב לחלק בין רשע דחמס דמיפסל אפילו אין בו מלקות משום דחשוד לשקר בשביל הנאת ממון ורשע שאינו של חמס פסול משום גזירת הכתוב ולא משום חשש דמשקר דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר וכיון דאין פסולו רק מצד גזירת הכ' אינו נפסל אלא מה שהעיד אחר שנעשה רשע ומה שהעיד קודם או בשעת רשעתו כשר כיון דאינו משקר אבל עד זומם דחשדינן על מה שיעיד אחר כך למשקר כ"ש מה שמעיד בשעה דמשקר וכ' זה דפריך בש"ס נרבע יציל דכ' תוס' משום דהוי רשע ויקשה הא אותו עדות לא נפסל וכ' כיון דאינו מציל אלא כשבא להעיד ובשעת הגדה כבר נפסל (וזה אינו דהא לס"ד דש"ס בטרם שמתרץ יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר כ' תוס' מס' סנהדרין דלא בעי'

הגדה בב"ד ואעפ"י שאינו הולך בב"ד להעיד מבטל רק לבסוף דמסיק במקיימי דבר ס"ל לתוס' דבעינן הגדה בב"ד כמבואר שם אם כן יקשה מה פריך נרבע יציל כיון דאז לא נפסל] ועוד כ' אף אם הראי' נמי מציל למ"ש תוס' דנרבע מקרי רשע דחמס ובזה חשדינן למשקר באותו דבר שנעשה רשע ומסמיך אקרא דנאמר אל תשת רשע עד הקדים רשע לעד וגבי עד חמס כתיב כי יקום עד חמס באיש ולא בעינן חמסותו קודם לעדותו והדברים מתקבלים ומתקלס הקצוה"ח בהם. ולכן כתב דעדים שחתמו על ריבית לא מפסל השטר אלא מה שיעידו אחר כך מיפסל וזה גם כן כוונת הרב בני יעקב ז"ל אולם אחר כל השבח הזה מבואר דדעת תוס' אינו כן:

וקצת יש לומר דהא בלא"ה כבר עמדו כל המפרשים בקושית התוס' דמה קשיא להו הא הוי לאו שאין בו מלקות וע' מל"מ (פ"ד) ממלוה לכך י"ל דקושיתם הוא לר"מ דסובר רק מטעם קנס קנסינן להו הא בלא"ה העדים פסולים הם ור"מ לשיטתו דסובר חשוד לדבר א' הוא חשוד לכה"ת כולה כמבואר בכורות (דף ל"ה) ולר"מ מיפסל ממילא לעדות אף בלאו שא"ב מלקות וע"כ הא דר"מ ס"ל חשוד לדבר א' חשוד לכל התורה ומניין לו זה. וגם למה לי קרא אל תשת ידך עם רשע אל תשת רשע עד הא כבר ידענו דחשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה כולה אף לענין איסורין וצ"ל דר"מ למד זאת מפסוק זה עצמו כיון דאף רשע דאינו של חמס פסלה התורה לעד וסובר דהוא משום דחשוד לשקר גלי לן קרא דחשוד לדבר אחד שהוחזק לעבור הוא חשוד לכל התורה דנחלש לגבי' חזקת כשרות ונחשד לשקר אף מקל לחמור ואף אם עבר בדבר שאין בו מלקות ורבנן סברי דלא ילפינן איסורין מן עדות כמו שכ' תוס' בכורות שם וממילא לר"מ כיון דהוא חשוד לכל התורה אף בעובר בלאו שאין בו מלקות על כרחך חשדינן ליה דמשקר וממילא גם אותו עדות מיפסל כמו לדידן ברשע דחמס לדעת הבנ"י והקצוה"ח דהואיל דחשדינן להו למשקר אף באותו עדות דנפסלין ע"י לא נוכל לקבל דחשדינן להו למשקרין כן נמי לר"מ כיון דחשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה דנחשד למשקר ממילא גם אותו עדות דנפסלו על ידו נחשדו למשקרין אבל לרבנן דסברו דלא ילפינן איסור מעדות וכמו שכ' תוס' בכורות שם וגם אל תשת רשע עד הוא רק בלאו שיש בו מלקות ממילא יש לומר כיון דלעדות לא מפסלו רק מגזה"כ לא נפסלו רק מכאן ואילך וכשיטת הרש"ך ז"ל וכאשר ביארו הבנ"י והקצוה"ח. ועפ"י שיטתם יש ליישב מה שהקשה בתומים (סי' ל"ו) לדעת הראב"ד דהא דמתרץ בש"ס מכות יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר וסובר דבעל דבר אינו בגדר עדות וסובר דלא בעינן הגדה וראיה לבד פוסל רק בעד אינו בגדר עדות והיינו על ההורג ולא הרוג ואם כן קאי לקושטא תירוץ הגמרא בהרגו ורבעו מאחוריו

יקשה מקרא ערות אביך לא תגלה דהוא בבא על אביו איך אביו נהרג הא הוי לגבי אביו קרוב ומבטל העדות וכן בהא דכתבה התורה בבא על כלתו וחמותו דשניה' הם במיתה ועיין שם מה שכ' לדחות וכ' דל קורבא מהכא הא הו"ל רשע למות עפ"י ב' עדים. ולהנ"ל י"ל מעריות לא קשיא דיבטל הבעל מעשה העדות מחמת פסולו דהא לא הוי רשע דחמס ולא נפסל עד אחר עשית העבירה והבא על עריות לא הוי רשע דחמס הואיל דיצרו תקפו כמבואר בר"ן סנהדרין [דף כ"ו] ובתוס' ואם כן לא קשה משם. גם ראיתי בכ"י חכם גדול א' להביא ראיה לשיטת הרש"ך ז"ל דלא נפסל עד אחר עשיית העבירה ממה דמוקי הש"ס ב"ק (דף ע"א) בטובח על ידי אחר בגנב וטבח בשבת דחייב וקשה הא השליח דחילל שבת בטביחה נפסל לעדות אם כן יציל דבקנס בעינן עדים ויתבטל על ידי העדות דנמצא א' מהם פסול אלא ודאי דלא נפסל עדיין עד אחר השחיטה כשיטתם. ואין זה ראי' כלל מלבד דיש לדחות די"ל טובח על ידי אחר היינו על ידי אשה דשחיטת' כשירה והיא בת שליחות ועדות הכשרים לא נתבטל על ידה כמו שכתבתי בפרט הזה לעיל דיני עדות (סי' נ"ב) וגם משכחת ששחט על ידי קטן וא' עומד ע"ג ובצירוף עדות קטן גם כן לא נתבטל עדות הכשרים כמו שכתבתי שם ואף דאין שליחות לקטן מ"מ בהני דאיתרבי דיש שליח לדבר עבירה כמו מעילה וטביחה חייב המשלח גם על ידי קטן הואיל דנעשה מחשבתו כמבואר במהרי"ט וקצוה"ח (סי' רצ"ב) בלא"ה לא קשה דעל הטביחה הוי השליח גם כן הבע"ד דהא אי ליכא לאשתלומי מהמשלח חייב השליח לשלם כמבואר בתוס' רי"ד קידושין ועל השליחות יש שני עדים שמצוה הגנב אותו לשחוט ובזה היה אז בשעת מינוי השליחות כשר ואין להאריך בזה:

וביסוד ד' הבנ"י והקצוה"ח דכ' לחלק בין רשע דחמס לרשע דאינו דחמס דבזה נפסל מטעם גזה"כ ובדחמס פסול מטעם משקר כבר ביארנו לעיל דיני עדות (סי' ל"א) מדברי הרמב"ם והרמ"ה דהתורה פסלה לרשע החייב מלקות מחשש דמשקר עיין שם ואם כן מוכח על כרחך דנפסל אף לאותו עדות שנעשה בה רשע וגם מה שכ' לעיל דקושית התוס' בשטר שיש בו ריבית דנפסל השטר הוא לר"מ הוא דוחק גדול ובפרט בדברי הראשונים דמבואר דהקושי' הוא אף לחכמים ולדידן ועל כרחך דסברו דאף לאותו עדות נפסלו ומה שכ' הקצוה"ח ליישב השגות מהרי"ט על המרש"ך ז"ל אעיקר' דדינא דלמא פלגינן דיבורא דנאמין להם שנתקדשה ולא נאמין להם שהוזמנו. ובאמת כבר קדמוהו להמרי"ט ז"ל בתשובת הראנ"ח (ח"א סי' ס"ח) וכתב מאן לימא לן דלא נפליג דבורייהו ונאמר שהן עדים על הקידושין ונעשה בדרך שלא עברו דאין אדם משים עצמו רשע וכמו פלוני רבעני וכ' מכל מקום מכל זה גם כן מידי ספיקא לא נפיק ולא כ' טעם הדבר דלמה

לא נימא פ"ד והקצוה"ח כתב דלענין קידושין דלא מהני עדים אחורי הגדר וצריך שיעידו שהוזמנו אצל הקידושין אם כן עיקר עדותן דלא נתקדשה כיון דמעידין דנתקדשה בפני פסולין עיין שם בדבריו ובנתיבות משיג עליו דאין זה תוספת דברים וכיון דאין אדם משע"ר ואין שם עדות על עצמן כלל הוי כאלו לא אמרו רק שנתקדשה לפניהם ואמרינן דמסתמא כשרים הן וכמו באמרו כ"י ופסולי עדות היינו דגם כן צריך עדים כשרים שיהיה שטר כשר לגבות ממשעבדי אמרי' דנאמני' כ"י הוא אף דאמרו דהשטר נעשה בפיסול הואיל דאינן נאמנין על עצמו ופ"ד עיין שם היטב בדבריהם:

אולם יען שהראנ"ח ז"ל כתב דמידי ספיקא לא נפיק הרי דלא ברירא ליה לומר בזה פ"ד י"ל דאינו דומה לכ"י ופסולי עדות היינו כיון דאינם בגדר עדות על עצמן וכשרים הם לכל העולם למה לא נקבל מהם עדותן שהוא כתב ידם ונעשה השטר ברצון המתחייב ואף אם באמת היו פסולי' מ"מ השטר כשר כיון דלכל העולם כשרים הם ובפרט אם שעבודא דאורייתא כ' האחרונים דאפשר השטר אין צריך רק להוציא הקול ויהיה איך שיהיה מ"מ כיון דכשרים הם גם עכשיו גם אז היו כשרי' לכל העולם שפיר מקבלין דבריהם שכתב ידם הוא זה מה שאין כן לענין קידושין דצריך עדים לקיים הדבר דאם לא כן יכולין לומר דלהשטאה נתכוונו אם כן צריכין העדים להעיד גם כן שהוזמנו לעדים והוי כהעידו להשטאה נתכוונו כיון דידעו דהעדים הוזמנו ונפסלו ואף אם אמרו סתם דנתקדשה בפניהם צריכין הב"ד לחקור אותם אם הוזמנו והתכוונו לעשות המעשה בפניהם דבלא זה ל"מ הקידושין. ועיין ב"ש אה"ע (סי' מ"ב) דהביא ספיקא של מהרי"ט אם נתקדשה בפני עדים ולא ידעו שניהם אם הם כשרים או פסולי' ואחר כך נתברר פסוליהן של העדים שאז היו פסולים והי' גם כן עדים אחורי הגדר שהם כשרים אם מהני הקידושין דאפשר כיון דלא ידעו בהכשרים לא מהני ובאבני מילואים שם כ' מדברי ריטב"א קידושין דכיון דבעינן בקידושין עדים לגוף המעשה ובעינן כוונתן לקידושין גם לעדים צריך שיכוונו שניהם ול"מ עדי הכמנה כלל בדבר שצריך לגוף הדבר עדים עיין שם וכיון דצריך שיכוונו לעדי' תליא גוף העדות אם אמרו דנתקדשה בפניהם היינו שהמקדש והמתקדשת היו כוונתם לעדים הללו וממילא הוי גם בזה כאלו העידו שהוזמנו והוי כמעידין דלא נתקדשה כיון דהיו פסולין אז. אולם באמת כבר כתב שם באה"ע (סי' מ"ב) בכנה"ג דכיון דהיה פסול נסתר והתכוונו לקידושין מהני העדי הכמנה ופשיטא לי' לפשו' ספיקא של מהרי"ט וגם דברי הריטב"א קידושין (דף מ"ב) שכתב דלא חשיבי עדות בהכמנה בדבר שגוף הדבר צריך לעדות אלא בדבר שצריך עדות משום שיקרי הם סתומים ומניין לנו זאת ועוד כיון דילפינן דבר דבר מן ממון להוסיף דבד"מ מהני עדי

הכמנה ואף בדיני נפשות ובקידושין לא מהני אם לא משום דלצחוק נתכוונו ובפרט למה שכ' הפנ"י הטעם דאין קידושין לחצאין וכמו שכ' בזה בכמה מקומות שכן דעת רמב"ם ורמב"ן דצריך שיהיה קידושין שנוכל לדון אחר כך כל דיני אישות אם כן בכה"ג כיון דיש עדים כשרים אעפ"י שלא ראו אותם כיון דידעו דהתכוונו לקידושין גמורין למה לא מהני ועיין במהריב"ל (ח"א סי' ק"א) אם כן גם בנד"ד י"ל דמהני עדותן דנתקדשה בפניהם והם עברו לפניהם ושניהם ראו אותן ולא לצחוק התכוונו והם כשרים ומ"מ דעת הראנ"ח ז"ל דמידי ספיקא לא נפיק והיינו דיש לומר דעדים לא ידעו אם לא נתכוונו לצחוק כיון דידעו אם הוזמנו הם פסולים ואם אזכה ברצות ד' יבואר בזה בדיני קידושין:

סימן לט

כתב הרמ"א (סי' נ"ה) בשליש שהחזיר השטר למלוה שלא כדין דפטור דהוי גרמא בנזקין ובש"ך שם כ' משם תשובת משאת בנימין דוקא כשהחזירו למלוה הוי גרמא אבל שטר שאינו פרוע שהחזיר ללוה הוי גרמי וחייב השליש ודמי לשורף שטר של חבירו והוכיח כן מדברי תשובת הרא"ש (כלל ל"ט) בסופר שמסר השטר מכר ביד אביו של הלוקח ומת האב ונאבד השטר דהסופר הוי כמזיק בידים ועל כרחך דרק בהחזיר ללוה הוי ההיזק מיד. ועיין קצוה"ח דאף בעדים שחתמו בשקר חייבים לשלם מטעם מזיק מ"מ בשליש שהחזיר השטר להמלו' לא הוי מזיק אלא העדים החתומים בו והוי ליה כמו שוכר עדי שקר. ולכאורה יש להבין למ"ש רמב"ן בדיני דגרמי וז"ל כלל גדול יהיה בידיך כל הגורם ומחמת גרמתו בא ההיזק ואינו תלוי בדעת אחרים כו' והשוכר עדי שקר לאו איהו מזיק כו' אלא אינהו גרמי ולאו בידו הוא דאי בעו לא מסהדי כלל עכ"ל אם כן אם השט' כבר כתוב וחתום ומונח תחת יד השליש כשהחזירו למלוה גורם ההיזק דבידו הוא ולא תלי בסהדי דכשהשטר יוצא מתחת יד המלוה הוי כהגידו בפני ב"ד דעדים החתומים על השטר כנחקרה עדותן בב"ד דמי אם יוצא מתחת יד המלוה וכבר העירותי בזה בהגהותי בד"ח דיני נזקי ממון (סי' ח') ואאמ"ו ז"ל מדמה שם דין זה לליבה וליבתה הרוח דאם אין בלבוי כדי ללבות פטור כמבוא' ש"ס ב"ק (דף ס') וכתב הרמב"ן הטעם דאין המזיק נברא אלא על ידי רוח וה"נ לא נברא ההיזק על ידו שכבר נחתם השטר ונברא המזיק על ידי העדים שחתמו לכך אינו חייב במסירתו ליד המלוה ושם הבאתי דברי תשובת רשב"א (ח"ג סי' ע"ו) דמדמה באמת דין דשליש שהחזיר השטר למלוה לשוכר עדי שקר ומה"ט נראה דאם אחד זייף חתי' יד הלוה שטר בחו"כ עם נאמנות דאין הלוה נאמן לומר פרעתי ומסרו ביד המלוה חייב גם כן לשלם כיון דנברא המזיק על ידו אף דלא בא ההיזק מיד רק עד שיגבה מ"מ דומה לעדים שחתמו בשקר אף דלא

בא ההיזק מיד עד שיגבה מ"מ כיון שהם עשו עיקר המזיק ונברא על ידם שטר להזיקו ומסרו ביד המלוה והמלוה גבה בו הוי כרוח המביא את האש כמו כן אם זייף חת"י הלוה ומסרו ביד המלוה וגבה בו חייב דעל ידו נברא ההיזק:

ובנתיבות (ס"ק ב') דכ' לפרש החילוק בין אם חתמו שקר או מסרו שטר פרוע שהוא שקר דכשחותמין מיד יוצא הקול שנשתעבדו נכסיו וא"י למכור נכסיו ומזיקין אותו תיכף והוי גרמי דההזיק נעשה מיד משא"כ בחזרת שטר פרוע אין יוצא קול ול"נ ההיזק מיד רק בשעה שגובה ולא ברי הזיקא והוי גרמא ופטור ולדבריו א"כ אם זייף כת"י דאין קול יוצא ולא ניכר ההיזק מיד היה הדין דפטור. ולמ"ש עיקר תליא במי שברא ההיזק אם כן בכתב יד גם כן חייב לשלם דהוי כרוח המביא את אש וגם סברתו דאינו יכול למכור שוב נכסיו הוא דבר תימא דבשביל זה ודאי אינו חייב לשלם דזה ודאי לא הוי רק גרמא רק עיקר החיוב הוא אם גבה בהשטר. וראיתי למחבר אחד שכ' אם אינו מחוסר גובייני כגון שהמלוה תפס בממון של לוה חייב השליש ול"נ דהא קיי"ל זה גובה וזה גובה וכל זמן דלא נפרע למלוה נשאר בחיובו ואם כן לא נעשה ההיזק מיד בחזרת השטר להמלוה:

וראיתי בתשובת חתם סופר חלק ח"מ (סי' ק"מ) שדן דעד כאן לא פוטר הרשב"א לשליש שהחזיר השטר למלוה רק כמו בנידון דש"ע שהלוה והמלוה שניהם ציוו להשליש שאם לא יפרע לזמן פלוני יחזירנו להמלוה ומשום דאסמכתא לא קניא אינו רשאי להחזיר ועל זה קאי אם עבר והחזיר פטור דלא הוי רק גרמ' ומטעם שומר או שליח שעבר ע"ד משלחו פטור שהרי צווהו בכך. ובנידון דתשובת הרא"ש חייב כיון שבא החפץ לידו בתורת שמירה חייב לשמור שמירה מעלייתא ואף דשטרות לאו בני שמירה נינהו אין לנו אלא מה שפטרתו תורה מפשיעה אבל בהאביד בידים אעפ"י שאינו אלא גרמא לא פטרתו תורה. ודן שם מטעם זה בשליח שנמסר לו שטר מאחד מן שני שותפים שיגבה חוב מלוה ואם לא יגבה התרה בו שלא ימסור השטר ליד שותפו ועבר השליח על דברי משלחו ומסרו ליד המשותף והשותף גבה החוב ותופס על תביעותיו מיד השותף דחייב השליח לשלם מצד מזיק עיין שם. ולדעתי אף כי בגוף הדין ברור לחייבו מצד מזיק ומק"ו מנידון דתשובת הרא"ש הנ"ל מ"מ הא דס"ל דאם לא ציווהו להשליש להחזיר להמלוה דחייב לשלם וכ' אף דבתשובת רשב"א (סי' אלף נ"ב) לא נזכר בלשון השאלה שציווהו הלוה להחזירו להמלוה מ"מ סתמו כפירושו מבואר לפנינו בתשובת רשב"א (סי' ע"ו) הנ"ל מפורש שלא כדבריו דשם ביקש הלוה מהשליש שיחזיר לו השטר שהשליש העכו"ם בידו על תנאי וקיים תנאו ואמר לו השליש אני אתן לך השטר כ"ז שתרצה ובשבילך הוא בידי וכתב הרשב"א לפטור השליש בדיני אדם אם עבר והחזיר השטר להעכו"ם דאין

כאן דיני דגרמי אלא גרמא בניזקין דלא עדיף זה משוכר עדי שקר דפטור בדיני אדם עיין שם ושם קבל השליש השטר מיד העכו"ם ואחר כך נשאר בידו בשביל הלוה הישראל ואעפי"כ פטור כשהחזירו. ועוד כ' שם ואפילו היה ביד שמעון שטר פרוע ממש של ראובן ונתנו שמעון למלוה שהוא פטו' בדיני אדם מבואר דאף בבא לידו בתורת שמירה מ"מ כל דמזיק בידים פטור אף אם עבר ופשע והוזקו גם כן פטור. ומה שהוכיח שם הח"ס מעובדא דאבימי כתובות (דף פ"ה) דחייב השליח משום דלתקוני שדרתי דהו"ל למשקל שטר מתחילה דהא אף אם הוה שקיל שטרא תחילה ואחר כך היה מחזירו למלוה היה פטור והשתא דלא שקיל כלל יתחייב. לא קשה דשם חייב מטעם מזיק דעבר על דעת משלחו על הממון שמסר בטרם ששקל השטר והוי כפשע והיזק בהממון וכן כתוב בס' נתיבות המשפט (סי' נ"ח ס"ק ב') אבל לעולם בהחזיר השטר להמלוה פטור אף אם בא לידו בתורת שמירה ואף בלא ציווי של הלוה ודברי רמ"א הוא בכל אופן שהחזיר למלוה דפטור כמבואר מתשובת רשב"א הנ"ל וזה פשוט:

ועיין בב"ח (סוף סי' קע"ו) שכתב על מה שכתב שם הטור משם תשובת הרא"ש בשותף שהחזיר השטר לגוי שהיה חייב להם שהיה רובו פרוע ומתוך כך באו לידי הפסד דפשיעה גמורה היתה ושותפין שומרי שכר הן כ"ש בפשיעה וכ' הב"ח דבתשובת הרא"ש שהחזיר שט"ח שהיה לגוי עליו לצורך השותפות ופרע רובו להגוי והאמין לשמעון ומסר לו השטר וחזר שמעון והחזיר להעכו"ם שלם בלי שום כתב קבלת פרעון ומתוך כך באו לידי הפסד ולענין דינא ליכא נפקותא דבין כך ובין כך פשע שמעון וקשה הא אם החזיר להמלוה לא הוי רק גרמא והרשב"א מדמה זה לשוכר עדי שקר דפטור והואיל דמחוסר גובייגא לא הוי רק גרמא. ולמה שכ' בתומים דאף ברשב"א כתב אפילו מסרו לגוי מ"מ פטור הרמ"א לא העתיקו בכוונה רק במסרו לישראל דעכ"פ צריך לשבועה וחזקה על ישראל שלא ישבע לשקר ולא הוי היזק ברור אבל בעכו"ם באמת חייב אתי שפיר די"ל דהרא"ש גם כן חולק בזה על הרשב"א ושם איירי דהחזירו לעכו"ם ולכך חייב לשלם אבל התומים בעצמו כתב זה לדוחק. שוב ראיתי שכבר עמדו ע"ז גדולי מחברים בדברי הרא"ש הנ"ל עיין ס' בני יעקב (דף רי"ח) ובכנה"ג (סי' קע"ו ס"ק רי"ד) ובמח"א דיני שומרים (סי' מ') ובתשובת כהונת עולם (סי' י') ממר חותנו הרב ז"ל דמפרש דהרא"ש סבירא ליה כרשב"א ודיני דגרמי לאו בשותפין אתמר אלא בין אדם לחבירו אבל שותפים וש"ש חייבים אף בגרמא שצריך ליזהר שלא יגרום בשותפות אפילו בגרמא בעלמא ודומה לזה אדם מכר מנכסי חבירו בזמן הזול ואם היה מוכר אותו בזמנו היה מוכר ביוקר אינו משלם אלא כשעת הזול כמו שכ' הב"י (סי' שפ"ו) משם

המישרים ואלו בשותף חייב להמתין עד זמן שימכור כדרך המוכרים ואם שינה חייב כמבואר (סי' קע"ו) וכן המבטל כיסו של חבירו דהוי גרמא לא במשותף ומתעסק עיי"ש. ועיין קצוה"ח (סי' קע"ו ס"ק ז') דעמד כן על דברי הרמ"א שם (סי"ד) דכ' אם שותף מכרה קודם זמנה הוי פשיעה וחייב לשלם לחבירו חלקו הא כל הגזלנים משלמין רק כשעת הגזילה וכן בשומרים כשעת פשיעה ולא יהיה כמזיק בידים דמשל' כשעת הזיקו:

ובנתיבות שם כ' דבקבלן ושותף חייב לשלם אף מה שישבח אחר כך דהוי כאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטב' דצריך לשלם אף שלא התנה כדמוכח ב"מ (דף ע"ג) ובש"מ שם דבקבלן חייב ועיין בדבריו (סי' קפ"ג) בהא דהנותן מעות לחבירו לקנות פירות למחצית שכר ואמר לא לקחתי דאין לו עליו אלא תרעומות והקשה מש"ס ב"מ הנ"ל דפריך מ"ש מהא דתנן אם אוביר כו' ופירש בש"מ כמו דשם תיקנו כך הי' להם גם כאן לתקן ומשני התם בידו הכא לאו בידו וכתבו תוס' דאין בידו כשער הזול דשער הזול דזול שפוט לא משיך כולי האי ואם כן אם שולח לקנות אתרעא דמשיך ולא קנה חייב לשלם והעלה דבאמת בשליח בשכר ולא נתן לו לזמן חייב לשלם המניעות הריוח כדרך שהרויחו שאר סוחרים מטעם אם אוביר. ויש לגמגם הרבה בזה הא מה במקבל שדה אף אם לא כתב כן דחייב הוא משום דרגילין לכתוב כן הוי ליה כאלו כתוב מה שאין כן במו"מ דלא מצינו דרגילין להתנות כן מניין לנו לחייבו ועיין בהגהות אשרי פרק המקבל דכ' המבטל כיסו של חבירו או ספינתו או חנותו אין לו עליו אלא תרעומות לבד מן השדה דחייב משום דכתב אם אוביר ומשמע אף בקבל עליו מ"מ דוקא בשדה דורשין לשון הדיוט כפי המנהג ולא מצינו בשאר דברי' רק אם מתנה בהדיא דבכל גרמא יכול לחייב א"ע כמבואר במרדכי פרק הגוזל. ובראי"ש ב"מ שם (דף ע"ד) פירש דאיירי שהתנה עמו אם אינו קונה לך אפרע משלי דאי לא אתנו פטור ובנ"י מפרש דפריך מאם אוביר אלמא כיון דאפסדי' בהכי ועליו סמיך תקנו רבנן דלשלם נגד הפסידו הכא נמי הוי להו לתקוני דלשלם ומתרץ התם בידו לזרעה ולא להובירה וכיון דלא עביד קנסו רבנן הכא לאו בידו הלכך לא חזו רבנן למקנסיה ועיין מה שכ' בספרי ח"ר בקונטרס התשובות (סי' א') מדברי הירושלמי ב"מ אשר מכולם נראה דרק בשדה עשו תקנה בהתנה ובלא התנה פטור אף בדבר שבידו וכן בנ"י שם כ' גם כן דוקא בשהתנה עמו שאם לא יקנה ישלם דאי לאו הכי הוי כמבטל כיסו ומפרש הא דפריך מ"ש מאם אוביר אף דהוי אסמכתא תקנו רבנן דלשלם כנגד הפסידו כיון דאפסידו בהכי ועליה סמך ומבואר מדבריו דאף באם אוביר הוא רק קנס מדרבנן שכתב התם כיון דלא עבד קנסו רבנן. אבל בדברי' אחרים אף במה דבידו לא תקנו רק במחייב א"ע בפירוש אבל בסתמא לא שמענו.

ועיין נ"י פרק זה בורר משם רבינו האי גאון וכן דעת כמה פוסקים ורמב"ן דאף בידו ממש כל דאי הוי אסמכת' והך דאם אוביר ולא אעביד דאמרינן כיון דבידו מהני לאו דבהכי מסתלקת אסמכתא דודאי אסמכתא הוא רק תקנה הוא שתקנו דמהני הך תנאה כדי שלא יקבל אדם שדה מחבירו ויניחנה בידו ויפסידנ' וכיון דבידו ממש למיעבד ולא עבד חזו רבנן לתקוני ביה ולחיוביה אבל כשאינו בידו דמי יימר דמזבני נהליה ואפילו ביין סתם אפשר שלא ימצא וכיון שכן לא חזו רבנן לתקוני ביה עיין שם הרי דאף בדבר שבידו לא תקנו אף בהתנה דהוי אסמכתא רק כשבידו ממש למעבד ולא עבד תקנו ועיין קצוה"ח (סי' ר"ז ס"ק ו') דמשיג שם על הש"ך דכ' דבשידוכין החוזר חייב לשלם אף בלא קנין שהוא כדי להתחייב לדמי הבושת והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם וכתב דשם כיון שהפסיד ע"י מהני לסלק אסמכתא דגער ומקני אבל קנין בעי דכשכותב כן בשטר הוי כמו קנין ואף אם לא נכתב במקו' שנהגו לכתוב וכתב משם הנ"י פ' המקבל דל"מ תנאה אלא דוקא בקרקע ומשום תנאי ב"ד ולגבי שידוכין דליכא תנאי ב"ד בעינן קנין או שטר הרי דסובר גם כן דרק בהך דאם אוביר תקנו ולא בדבר אחר. אולם דבריו תמוהין מה שכ' משם הנ"י דלא מהני תנאה אלא דוקא בקרקע לא ראיתי מבואר רק דהוא סובר דכל דאי הוי אסמכתא ודבר שבידו ממש תקנו חכמים דמהני הך תנאה ואף בלא התנה חייב משום תנאי ב"ד והיכא דהוא בידו ממש אין חילוק בין קרקע לבין מטלטלין ואם כן בשידוכין מהני גם כן אף בלא קנין דכדאי לסלק האסמכתא בדבר שבידו ממש יע"ש ברא"ש ובש"מ דכ' להדיא דהך עובדא דב"מ איירי בהתנה שאם לא יקח לו שישלם לו פסידא שלו ואין אחד מזכיר שהיה קנין דודאי אף בלא קנין היה ס"ד לחייבו במה שהתנה רק למסקנא כיון דהוא אסמכתא ולאו דבר שבידו לא מהני ואם כן בשידוכין דהוי דבר שבידו חייב לשלם מטעם בושת דכדאי לסלק האסמכתא אולם הכל הוא באם הותנה אבל אף בלא הותנה לחייבו אף בדבר שבידו ממש לא מצינו רק באם אוביר ולא אעביד:

אולם בריטב"א בש"מ כ' אעפ"י שלא התנה כיון שנתן לו מעותיו לקנות סחורתו ואלמלא הוא לוקח על ידי עצמו או על ידי אחרים אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו ע"ד כן הרי הוא חייב לשלם מה שהפסיד לו על ידי הבטחתו בההיא הנאה דסמיך עליו ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב וזה ענין שכירות פועלים שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו או בעה"ב לפועלים מה שמפסידין דכיון דסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שמפסיד על פיו וכ' וזה דין גדול. ובאמת יש להבין אם כן באם אוביר ולא אעביד למה צריך לחייבו מטעם שכך כותב לו ודורשין לשון הדיוט תפ"ל

יתחייב מצד ערב כיון דסמך עליו ועיין שם בחידושי ריטב"א וכמעט מכל הראשונים מבואר דרק בהתנה חייב לשלם במבטל כיסו. ובח"ס חח"מ (סי' קע"ח) כתב דלדינא לא יחלוק אדם אריטב"א דראייתו נכונה מפועל. ותמהני הא כמעט מכל הראשונים מבואר דרק בהתנה לחייב את עצמו אם לא יעשה חייב וכמו שכתבתי וכן בריטב"א שם מבואר כן וראייתו מפועל כבר כתבו גדולי אחרונים טעמים בזה עיין בספר מחנה אפרים ובקצוה"ח ונתיבות (סי' שס"ג) או מטעם שבת או מטעם תקנתא אבל מדינא כל זמן שלא התנה אין לחייבו אף בריוח ברור שהפסידו. וגם בדברי רא"ש המובא בש"מ שם ובחידושי הריטב"א דאם נתן לו יין להוליך ולא הוליך דחייבו לשלם מה שהפסידו באותו יום השוק שאותו יום אין לו תשלומין ביום השוק אחר גם כן יש חולקין על זה ובודאי מספיקא אין מוציאין ממון. ובתשובת מהר"ם בר ברוך הקצרות (סי' ט"ז) מבואר בשותף שלא הניח למכור והפסידו כתב דאף גרמא אין כאן כי סבר שירויחו טפי ולטובה נתכוון וכ' דאפילו בג' פרקים דשותף מוכר היין שלא מדעת חבירו אם אחד עכב מלמכור ושוב נזדלזל אין לו עליו אלא תרעומות מידי דהוי אמבטל כיסו של חבירו ולא יהיה חמור מגזלן דאומר הרי שלך לפניך ומבואר דגם שותף אינו חייב יותר במבטל כיסו מאדם אחר ואם נאמר דשותף חייב לשלם אף השבח כמ"ש הנתיבות אף בלא התנה למה יכול לומר הרי שלך לפניך הא אף בגזלן ודאי הוי גרמא ומזיק וגזלן לא נתחייבו בגרמא ואף דנתכוין השותף לטובה מ"מ נאמר דחייב בכל השבח שהפסידו:

ומ"ש הרב מהר"ש פרימו ז"ל ז"ל בס' כהונת עולם דדינא דגרמי לא איתמר אלא בין אדם לחבירו דלא רמיא עליה שמירה אבל בשותפי' ושו"ש חייבים אף בגרמא שצריך ליזהר שלא יגרום היזק בשותפות אפילו בגרמא בעלמא הוא ג"כ נגד ד' מהר"ם ז"ל ומסתמא לא יחלוק הרא"ש ז"ל עליו וגם לא מצינו ברא"ש שיהיה חייב על גרמא בידים ובפרט בשטרות דאף בפשיעה מודה הרא"ש דפטור למה יתחייב בגרמא דמסר השטר להמלוה ושותף יתחייב ביותר מבאינש דעלמא אם החזיר למלוה דפטור כדעת הרשב"א והא דחייב במכרו קודם זמנו על כרחך הטעם כיון דאדעתא דהכי נשתעבדו שימתינו עד שיבא הזמן למכור הוי לגבי שותף כאלו החפץ עומד במקח השוה בזמנו שיבא למכור וזה דוחק גדול אבל מ"מ לחייבו יותר בגרם ההיזק דאין מזיק חייב מה"ת יתחייב השותף יותר מאדם המזיק. ובמח"א שם כ' גם כן דלכך איצטרך הרא"ש לטעם דשותפים שו"ש הן ולא מטעם מזיק בידים דסובר כדעת הרשב"א כיון דאין ההיזק בא בשעת מעשה ואין מתחייב מיד ומשום הכי לא חייבו הרא"ש אלא מטעם דשותפין שו"ש הן ואינו מובן לי מניין לנו לחייבו יותר ממזיק ממש. ובהכרח צריך לומר בדעת הרא"ש כמו שכ' בכנה"ג

(סוף סי' קע"ו) וז"ל אף עפ"י דהרא"ש סובר דפשיעה בשטרות פטור לא דמי הא להא דהתם מיירי דפשע בשטרות עצמן שלא שמרן כראוי ומש"ה נאבדו אבל הכא מיירי שהחזיר השטר חוב להעכו"ם שהרי הוא כאלו פשע במעות בהחזרת השטר:

שוב ראיתי בספר שער משפט (סי' ס"ו ס"ק ל"ב) שהוסיף לדון בדין זה דשותפין חייבין יותר משומרין דאף אם שלח שליח בהרשאה לגבות בשטר מחבירו ונאבד ממנו בפשיעה דחייב דקבל עליו להיות שומר על המעות והביא מדברי תשובת הרי"ף (סי' קס"ח) דנשאל על זה בנאבד מן השליח השטר בין באונס בין בפשיעה מהו והשיב אם בפשיעה אבד שטר זה דחייב והרי הרא"ש והטור כתבו משם הרי"ף ז"ל דאף מפשיעה פטור בשטרות ובב"י (סי' קכ"ג) הביא דברי המרדכי שכ' כן משם הרי"ף ז"ל ועיין שם עוד באורך בדברי שער המשפט והדברים קשים להבין אף אם בשותפין חייבין יותר משומרין היינו כיון שנשתתפו יחד בממון אבל שליח זה שנעשה מורשה לתבוע החוב מלוה במה יתחייב יותר משאר שומרין ואף אם אין צריך משיכה בחיוב שומרין ורק בסילוק בעלים סגי אבל מ"מ כיון דבעלים לא סלקי שמירתן רק משטר בעלמ' דאינו גופו ממון ואיתמעטו מדין שומרין במה יתחייב השליח בפשיעתו יותר משאר שומרין.

ודברי התשובת הרי"ף י"ל למה שכ' בפרישה (סי' צ"ה) בדעת הטור דסובר דאין הרי"ף חולק על הרמב"ם לפוטרו מפשיעה כ"א בפשע בהן בתחילה ואחר כך נאבדו ממילא שלא בפשיעה דבעלמא חייב ובהני ס"ל דפטור אבל כשנאבד גם כן בפשיעה לא פליג על הרמב"ם ולכך כ' הטור משם הרי"ף דפשע בהן ונאבדו פטור והביא שם דברי הב"י (סוף סי' ס"ו) דהביא משם המישרים דגם דעת רמב"ם דאינו חייב אלא כשנתקלקל בפשיעה בסוף ולפי"ז י"ל דהרי"ף אינו חולק על הרמב"ם ועיין מה שכ' עוד בפרישה (סוף סי' ס"ו) [ותמיהני על הנתיבות (סי' ש"א) דנסתפק בזה אם לדעת הרמב"ם דחייב בפשיעה בהנך דאיתמעטו משמירה אם בתחילתו בפשיעה וסופו באונס כשאפשר לתלות בשום צד אם לא הוי פשע ל"ה האונס אם חייב גם כן באלה דאיתמעטו עיי"ש בדבריו ולא הזכיר מדברי הב"י (סי' צ"ה) משם המישרים והפרישה הנ"ל דס"ל לחלק בזה] ואם כן י"ל כיון דהא דפוטר הרי"ף בפשיעה הוא דוקא בנאבד אחר כך אבל אם נתקלקל בפשיעתו מודה דחייב ועיין בתשובת הרי"ף (סי' צ"ז) דכ' ג"כ ופשע בו ואבד וע"כ כוונתו דהי' תחילתו בפשיעה וסופו באבידה ולכך פטור והך (סי' קס"ח) שכ' אם בפשיעה אבד שטר זה הכוונה דנאבד ממש בפשיעותו בזה חייב לשלם ומה שכ' שם ואם באונס אבד כגון שבאו עליו לסטים משתבע דבאונס אבד ופטור ע"כ צריך לדחוק בדבריו דהיינו

מדרבנן ואף שהוא קצת דוחק בדבריו מ"מ הדבר קשה לחייבו להשליח יותר משאר שומרין וצ"ע:

ועיין תשובת מהרי"ט צאהלן (סי' קנ"ו) דנשאל בראובן שכתב לשמעון לקנות סחורה אחת בשותפות עמו וזירז אותו שימהר לקנות כי כבר מכר מהסחורה לא"י אחד לערך הכיכר בסך כך וכך וקבל ממנו מעות לחשבון ואם לא תקנה ימשך הפסד ושמעון קנה הסחורה ואחר כך כ' לו ראובן שעדיין לא עשה מכר ולא כ' לו אלא לזרז שיקנה כי חשב שיהיה ריוח גדול ועכשיו הוזלה ושמעון טוען שסמך על מכתבו ולמה רמיתני וחייב לראובן לשלם כל ההפסד מטעם גרמי כיון שעפ"י כתבו שכ' דברי שקר וכזב ומדמה אותו למוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו הרי דחייב עפ"י דבורו ולעדים שהודו שהעידו שקר אע"פ שלא הזיקוהו בידים כיון שעפ"י שקריהם הגיע לו היזק חייבים ה"נ חייב ואף שלא כיון להזיק מ"מ מדמה למראה דינר לשולחני ואומר לו שהוא טוב דחייב מטעם דיני דגרמי כ' אף דבעדי שקר ברי הזיקא דעפ"י ב' עדים יקום דבר ומחייבי' אותו לפרוע שלא כדין אבל הכא לא ברי הזיקא דשמא לא ישמע לדבריו דה"נ ברי הזיקא כיון שכ' לו עדות שקר שקבל מעות מהא"י ברי הזיקא ודמי לעדות שקר עכ"ד ואנכי שמעתי ולא אבין הא אינו דומה כלל דשם יצא חייב במה שאינו חייב ונעשה ההיזק מיד וכן במראה דינר לשולחני נעשה ההיזק מיד דפוטר בעל חוב בשביל זה אבל בנידון הנז' דיעצהו רק לקנות הסחורה ומסתמא אז היה שוה הסחורה והא ראיה דראובן הכניס גם כן את עצמו בתגר הלזה לקנות הסחורה ולא נעשה ההיזק מיד ואדרבא הי' חושב שירויחו עוד בהסחורה רק אחר כך הוזלה אם כן לא הוי רק גרמא בעלמ' דאחר כך בא ההיזק ממילא ומניין לנו לחייבו בשביל שיעצהו לרע ועיין תשובת רשב"א (ח"ג סי' נ"ג) בהשכיר לחבירו בור לשום חטים ואמר לו שהוא שלם ונמצא בו חור ונפסד מחמת אותו חור וכ' דבעל הבור פטור שאין זה אלא גרמא כיון שבא ההיזק לאחר גמר מעשיו ולדבריו אין זה גרמי אלא גרמא ועיין מה שכ' לעיל (סי' כ"א) ומה שכ' אף דלא נתכוין להזיק אלא לתועלתו דנשתתף עמו דמ"מ חייב כמו במראה דינר לשולחני ודיין שטעה אף דלא נתכוונו להזיק מ"מ חייבין לשלם ה"נ כיון שגרם לו מה שכ' לו שקר חייב מצינו בתשובת מהר"ם ב"ב ז"ל הנז' בשותף שלא הניח למכור והפסידו דאף גרמא אין כאן שהיה סבר שירויחו יותר והוא לריוח נתכוין ואף בסחורה שהוא זמן למכור ושותף מוכר שלא מדעת חבירו אם עיכב חבירו השותף מלמכור ושוב נזדלזל אין לו עליו אלא תרעומו' ועיין שם עוד שכ' דלא יהא חמור מגזלן דיכול לומר הרי שלך לפניך הרי כיון דנתכוין לטובה ולהרויח אין כאן אפילו גרמא ובמראה דינר לשולחני וכן בדיין

שטעה אף דלא נתכוונו להזיק מ"מ אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד וכיון דנתברר שאז מיד נעשה ההפסד חייבין לשלם מה שאין כן כאן בשותפין דאין אדם יודע במה משתכר ולבו היה אומר לו שיהיה בסחורה הזאת ריוח גדול אף דכ' לו שכבר מכר מ"מ לא הוי גרמי שיתחייב בשביל זה לשלם דמלבד דלא נעשה ההיזק מיד הא לטובה נתכוין כדי לזרזו ודברי מהרי"ט צאהלן צ"ע לדינא:

סימן מ

כתב בש"ע (סוף סי' נ"ו) דאשה הנו"נ בתוך הבית ואפטרופוס הממונה על נכסי. בעה"ב ומת הבעה"ב ויודעים שהיה לבעה"ב נכסים של אחרים והממון נשאר בידם ויודעים של מי הם חייבים להחזיר לכ"א את שלו ואם לא החזירו ובאו לב"ד מהימנו במיגו ודין זה הוא מתשובת הרא"ש ז"ל ועיין סמ"ע וש"ך מה שכ' ליישב דברי הרמ"א (סי' ס"ב) שלא יסתור לדין זה ויבואר אי"ה לקמן:

והנה מדברי תשובת רא"ש וש"ע לא נתבאר רק היכא דגוף הממון שהעידו ששל אחרים הוא נאמנים אבל היכא דאומרים שהבעה"ב חייב לאחרים אם נאמנים לחייב היורשים שישלמו לא נתבאר. וראיתי בתשובת מהר"ם אלשיך ז"ל (סי' ק"ל) דנשאל שם בדין א' שמת ונשאר בע"ח והיה לו בגדים אצל אורג ואמר שקודם מותו אמר לו שיתנם ביד בע"ח ומסרו אחר מותו בידם ודן שם מדברי הרמב"ם הלכות שותפין דאם א' מן השותפין אמר שיש לאחר חוב בזה השותפות אם היה בידו כדי החוב ויכול ליתנו להאחר דנאמן והכא נמי כיון דליכא עדים וראיה נאמן לומר שנתן בשליחותו דהמת. ושוב הביא מד' תשובת הרא"ש (כלל ס"ח) דהנו"נ ואפוטרופ' נאמנים שהוא של אחרים ודן ק"ו אם אפילו במה שנשאר אחר מיתה ברשותם נאמנים כ"ש מה שיש ביד האורג דנאמן וכ' ואין לחלק בין אומר נכסים אלו של לוי הם לאומר שחוב יש ללוי עליו שהרי הרמב"ם כ' דין זה על חוב עכ"ל בקצרה מבואר דסבירא ליה דנאמנים הנו"נ והאפוטרופס הממונה על נכסי בעל הבית אף לחייב לשלם כמו בשותפין שם ברמב"ם. אולם במל"מ (פ"י) מזכיה כתב דעד כאן לא כתב הרא"ש אלא כשיודעים האשה או האפוטרופ' שהוא עיסקא או פקדון אבל אם אמרו שיש חוב על הבעה"ב מאן שם לה לפרוע חוב הבעל וכ' ובזה חס ליה להרא"ש לומר כן והבי' ראיה מדברי הרא"ש (כלל נ' סי' ז') דמשם נראה לחלק בין מלוה לפקדון.

והנה עיינתי בתשובת רא"ש שם ולכאורה הא שם היה הענין דהאלמנה נתנה שטרות מעזבון בעלה ללוים קרועי' באמר' שבעלה ציוה שתעשה כן לאחר מיתת בעלה וכ' כיון שלא האמינ' בעלה על הנכסים אינה נאמנת במגו דאי בעיא קלתינהו כיון שלא הופקדו בידה אלא ברשות היורשים הי' אחר מות אביהם והיא נכנסה לרשותם ולקחה שטרות

וקרעתן וחייבת לשלם ואפילו אין כאן עדים שראו השטרות אחר מות אביהן שהיא מודה שקרעתן אחר מות אביהן חייבת לפרוע דאין כאן מגו לפטרה כיון שהיא מודה שהזיקה להם חייבת לשלם. ויקשה למה לא תהי' נאמנ' במגו כמו שכ' בכלל (ס"ח) דנאמנים להחזיר לכל א' ואחד ממונו ולמה לא תהיה נאמנת שבעלה צוה שהשטרות הם פרועין ושתחזיר אותם להלוים קרועים במגו ובזה יצא המל"מ לחלק דדוקא כשיודעים שהוא עסקא או פקדון אבל במלוה אינן נאמנין. ואינו מובן מה בין זה לזה הא (בכלל נ') גם כן אומרת שהוא רק כפקדון אצל הבעל דהשטרות הן פרועין ולמה לא תהיה נאמנת שבעלה ציוה עליה לעשות כן לקרוע השטרות כיון דהם בידה. וע"כ צריך לחלק דוק' בנידון (דסי' ס"ח) שהיתה שולטת בכל נכסי בעלה וגם אחר מותו ואין ביד היורשים לכך נאמנת ודומה להא דסנהדרין באומר ראיתי אביכם שהטמין מעות במקום פלוני ואמר של פלוני הם דנאמן כיון שהבעלים הוציאו מרשותם למקום שיכול ליטלם ואמרו לו שעושין כן בחזקת שהם של פלוני יש לו דין שליש ממש וכמו כן בנו"נ משא"כ בכלל נ') בשטר שהוא מוחזק בחזקתו ובא להוציא מחזקתו א"נ אף דיש לה מגו דבידה. ועיין בזה בדברי חיים דיני גביית חוב (סי' ד') בביאור רחב ובנתיבות (סי' נ"ו ס"ק ח"י) וא"כ אין לחלק דוקא בין מלוה לפקדון כמו שכ' המל"מ רק היכא דהוא בידו בתורת פקדון א"נ שהמת אמר לו שיעשה כך דאינו נאמן אף במגו מה שאין כן היכא דאינו ברשותו של כל אדם והוא אבוד מן העולם שאינו יודע רק אותו פלוני דאז אינו אומר נגד חזקה והוי כשליש ונאמן אבל מטעם מגו אינו נאמן. ובנתיבות הוסיף שם עוד בטעם הדבר דאם מודה שהוא נפקד מראובן ואומר ידענא ביה שהוא של שמעון וראובן גזלו אינו נאמן אפילו יש לו מגו והטעם כיון דלפי דבריו דהוא נפקד מראובן הוי כמונח ברשות ראובן משום הכי אפילו אית ליה מגו אינו נאמן דהוי כמגו להוציא דרשות הנפקד הוי כרשות המפקי' ויש לגמגם טובא בזה הא מגו הוי כאן סהדי וכיון דהוא יודע שהחפץ אינו של המפקיד ושהוא של שמעון לא הוי רשות הנפקד כרשות המפקיד דאף אם פקדון כל היכא דאיתי' ברשותא דמרי' איתא היינו דחצרו נקנה להמפקיד בשימושו וזה הוא אם החפץ הוא באמת של המפקיד קונה לו השימוש הרשות וכמו שכתבתי בספרי ח"ר דיני פסח (סי' ד') אבל אם יודע הנפקד שהחפץ הוא בגזילה בידו לא נקנה לו הרשות ולא הוי כמגו להוציא וכבר כ' בתומים (סי' ק"ח ס"ק ט') בטעמא דרא"ש דהוא רק בשטר דחזקתו אינו פרוע והוי חזקה אלימתי דשטרך בידי מה בעי והא דנאמן במגו הוא משום דסמך את עצמו על טענות המגו מה שאין כן בנידון דרא"ש וכי ידע שיבא השטר ליד

היתום או האלמנה ויהיה לו מגו לכך אינו נאמן רק בשליש וטעם זה ודאי אינו שייך בפקדון בחפץ דלמה לא יהיה זה שתחת ידו נאמן במגו כיון שבידו לעשות כמו שאמר: **ואף** מה שכ' דהוי מגו להוציא בלא"ה לא אתי שפיר להמבואר ב"ב (דף ל"ב) הלכתא כרבה בארעא וכר"י בזוזי וכ' תוס' דבזוזי לא מהני מגו דהוי להוציא אבל בקרקע אמרינן להוצי' מחזק' בעלים הראשונים ובמהר"י בן לב הקשה הא בקרקע נמי הוי חזקת מרא קמא ועל כרחך דעת התוס' כמו שכ' בש"ש (ש"ד פכ"ד) דרק נגד המוחזק עכשיו ל"א מגו להוציא אבל נגד חזמר"ק מהני ואם כן ה"נ כיון דאינו מוחזק ממש מהני מגו להוציא מחזמר"ק. ובפרט בנידון דתשובת הרא"ש דכבר החזירה השטרות קרועין ואנו דנין עכשיו לחייבה כשורף שטרותיו של חבירו ודאי קשה לומר טעם זה כיון דעכשיו הוא להחזיק א"ו העיקר כמו שכ' התומי' הטעם משום דאלם חזקה דשטרך בידי מה בעי משא"כ במטלטלין כשאומר של פלוני הם:

ושם כתב הנתיבות (ס"ק כ') משם הרדב"ז דאף בנו"נ דוקא באומרת של פלוני הם נאמנת אבל כשאמרה שחייב להם א"נ אם לא שאמרה שנתנו הבעלים רשות לפרוע וליתן להם משכנות וכתב הוא בטעם הדברים דבשלמא כשאמרה של פלוני הוא הרשות בידה להחזיר ובדבר שבידה נאמנת אף להוציא אבל אם אמרה שבעלה חייב אף אם האמת כדבריה אין רשות לתפוס משכון ולמסור למלוה בלא רשות ב"ד ולא הוי רק כמגו ומגו להוציא לא מהני כיון שהוא ברשות הנפקד הוי כמו ברשות המפקיד והוי כמגו להוציא ובזה גם כן קשה הא כיון דהיתומים לא ידעו כלום למה לא תהיה נאמנת במגו הא בבו"ש אמרינן מגו להוציא ועיין תומים (סי' קמ"ט ס"ק ט') דהוכיח במשור אף דמה דטענינן בעד יתומים ולוקח הוי כטענת ברי מ"מ לענין מגו להוציא אמרינן בכה"ג. וכן כ' בים של שלמה ב"ק (פ"י סי' ל') דאף בלוקח כיון שאינו טוען ברי אמרינן מגו להוציא ואף שהרב בנתיבות כללי מגו כתב דלגבי לוקח ויורש הוי כברי וברי ולא אמרינן מגו להוציא מ"מ דברי התומים (סי' קמ"ט) כמעט הן מוכרחים כמבואר שם אם כן למה לא תהיה האשה נאמנת שבעלה חייב לאחרים במגו דהיתה מוסרת להבע"ח החפצים למשכון. ומה שכ' דאין לה רשות למסור בלא ב"ד לכאורה י"ל כיון דבפקדון גם כן יש שעבודא דר"ג וכי היכא דהנפקד משתעבד להמפקיד להחזיר לו פקדונו משתעבד נמי לבע"ח דהמפקיד וכאשר ביאר הדברים בנתיבות עצמו (סי' פ"ו) דלא כקצוה"ח שם. וכן מבואר מדברי הרי"ף פ' הכותב שכ' הטעם לר"ט בהניח מלוה ופקדון ביד אחרים דהוא מטעם שדר"נ ומבואר דאף בפקדון שייך שדר"נ. וכן מדברי חידושי רשב"א ב"ק (דף מ') ויבואר אי"ה לקמן דיני טו"נ ואם כן ממילא היכא דהמפקיד חייב לאחר יכול הנפקד למסור

ביד המלוה שלו. ועיין טור (סי' ק"ה) דאם הנפקד מסרו ביד המלוה אין זה פשיעה לפי שאומר אם החזרתי לך היה גובה ממך ובב"י שם הביא משם רמב"ן בבעה"ת דמשועבד מדר"נ ולא מצי למיטען מפייס הוינא ליה ומחיל לי שהוא שלא לחייבו לכשנגדו רק לפטור אבל לא לחייב הנפקד [ומה שכ' הנתיבות (סי' פ"ו סק"א) אינו מובן מדברי ב"י הנ"ל דמבואר דגם גבי פקדון פטור אם החוב ברור] ואם כן בנידון דידן נמי כיון דהנפקד יודע דאביהן חייב לשלם בבירור וכלפי שמיא גליא דהיתומים חייבין לפרוע חובת אביהן וכשאינו יכול לגבות מהן יהיה מאיזה טעם שיהיה אף דאית להו נכסי מ"מ כיון דאינו יכול לגבות בב"ד מהם והוא יודע שחייבין לשלם שפיר משתעבד להבע"ח מדר"נ והנפקד מצוה עושה במה שמוס' לבע"ח של המת וממילא מהראוי שיהיה נאמן במגו אף אם לא החזיר להבעל חוב:

ואולי יש לומר כיון דלגבי יתומים ליכא שעבוד הגוף וליכא עליהם רק מצוה לשלם וגם מה"ד מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב רק מתקנת חכמים וזה דוקא היכא דידעו היתומים שאביהן חייב אבל היכא דאינן יודעין אם חייב אביהן או לא אף דהנפקד יודע דחייב מ"מ כיון דליכא סמיכת דעת בזה כלל נפקע השעבוד ואין כאן רק מצוה וכיון דהם אינם יודעין אם חייב אביהן אף דהנפקד יודע מ"מ ל"ש בזה שעבודא דר"נ וממילא אין רשות בידו למסור משכון להבע"ח שהוא יודע שחייב לו. ועיינתי בתשו' רדב"ז והוא (ח"א סי' קמ"ח) ושם היה הדין בראובן שהיה לוי חתנו אצלו בחנותו והיה לו כבן ועשה חשבון עם שמעון כמה ראובן חייב לו ואחר כך מת ראובן ולוי חתנו ועוד א' מקרוביו קמו לפקח בהעזבון כדין אפוטרופס ונכנסו בחנות ושלמו לשמעון ואחר כך התעוררו להוציא ממנו בטענותיהם וכ' הרדב"ז דודאי לוי הי' נאמן לחייב ליתום לשלם כיון דהכל היה תחת ידו במגו וזה אם היה לשמעון בפקדון נאמן לומר של פלוני הם ואין זה מתורת עדות אלא מתורת שלישית ואע"ג דלא אמרינן מגו להוציא הכא שהממון ביד שליש עדיף וגם אם נמכר מן הפקדון נאמן להחזיר מעות דפקדון לאו להוצאה נתנה אבל במלוה יש לדקדק די"ל דאינו מועיל טענה זו דמלוה להוצאה נתנה א"ד כיון שהכל היה מסור בידו היה יכול ליתן כדי הלואתו ואיכא אכתי מגו וכ' דאם לוי אומר שחמיו צוה לו לפרוע זה החוב נאמן במגו אבל כיון שלוי לא טען כן לאו כל כמיניה דלוי לפרוע חובו של ראובן שלא מדעתו עיין שם עוד. ומבואר דלא אתי עלה רק מטעם מגו והוי שליש ואינו מובן לכאורה הא מצד היורש לא הוי שליש רק שנכנס לאפוטרופס ומי נתן לו נאמנות לפרוע חובות ומגו דיכול ליתן לו כיון שאין זולתו יודע לא הוי רק כמגו דעלמא ובכ"ז כ' דלא הוי מגו לאפוקי ממונא כיון דהוי ביד שליש וגם מה שכ' דבהלואה

לא כל כמיניה. לפרוע חובו של ראובן שלא מדעתו סובר דאף בממון בעין אינו רשאי לפרוע שלמ"ד ולדברי הנתיבות משמע דאין רשות למסור בתורת משכון ומאן שם לו אבל לפרוע בזוזי יש לו רשות אולם למה שכ' דהוי מגו להוציא משמע דאף ממון ממש אינו רשאי לפרוע כיון דאינו נאמן במגו ולמה שכ' רדב"ז דהוי כשליש אינו מובן מה בין אומר שהוא פקדון בין אומר שהמת חייב לבע"ח.

ועוד יש לדון כמו שכ' הר"ן קידושין דמגו דבידו לעשות עדיף ואמרינן אף במקום חזקה כן נמי י"ל דאף מגו להוציא אמרינן במה דבידו לעשות ועיין ש"ך (סי' ס"ט ס"ק י"ז) שכ' בדין דהע"ש בהמוציא על חבירו נייר חלק מבלי שום משמעות רק חתימתו למטה דנאמן לומר ממני נפל או פרעתי או שאר טענות במגו דלא לויתי דמשום מגו דאי בעי הוי כ' עליה מאי דבעי אין לחייב החתום דהוי מגו להוציא הרי אף דבידו לעשות כמו שתובע ממנו לכתוב על הנייר למעלה מחתימתו. אינו ראיה דלא מהני מגו להוציא היכא דבידו למה שכ' במהר"א ששון (סי' כ"ה) דמגו דבידו אלם טפי לפי שבידו להוציא מחשבתו לפועל בלי ספק מה שאין כן ביכול לטעון טענה אחרת דאף אם יטען כן עדיין צריך שיצא זכאי בדין בב"ד עיין שם וזה אתי שפיר היכא דבידו לעשות בפועל גמור בלי שיצטרך דינא ודיינא מה שאין כן שם בנידון דהש"ך אף אם היה כותב עליו כפי תביעתו עדיין צריך שיצא זכאי בדינו. מה שאין כן בנידון דידן כיון דבידו למסור בינו לבינו להבעל חוב אמרינן דנאמן אף דבא להוציא ועיין מ"ש לעיל (סי' ל"ד). ומה שכתב רדב"ז דאם לוי אמר שחמיו אמר לו שיפרע נאמן בלא מגו גם כן צריך טעם וסברא לחלק בין אמר ללא אמר כיון דאף אם אמר כבר נתבטל שליחותו כיון דמת זכו היורשים בהנכסים וכיון דאם לא אמר לאו כל כמיניה לפרוע החוב שלמ"ד אף דיודע שהוא חייב ומגו דבידו לעשות הוא אם כן אף אם אמר מהמהני נימא גם כן דלאו כל כמיניה לפרוע החוב שלא מדעתו וי"ל דמטעם תן כזכי בחוב אתי עלה. ובנידון דמהר"ם אלשיך ז"ל דלמד מדברי תשובת הרא"ש דמטעם בידו נאמן אף לפרוע חוב אביהן ודלא כמו שכ' המל"מ וכ' דאין לחלק בין אומר דנכסים אלו הן של פלוני לאומר שחוב יש לפלוני עליו שהרי הרמב"ם כ' דין זה על חוב. קשה דהא אינו דומה לאומר שחייבין משותפות לבעל חוב דשם הוי השותף עצמו הבע"ד ודאי נאמן כיון שבידו ליתן וכן כ' הנתיבות בנו"ן אם היא בעצמה לותה והקיפה משל אחרים שהיא בעצמה חייבת ודאי רשות בידה לפרוע ונאמנת לומר שחייבת לפלוני במגו אם כן אינו ראיה כלל מדברי הרמב"ם דאין לחלק בין אומר דהוא פקדון או שאומר שחייב וי"ל כמו שכ' הרדב"ז והמל"מ. ובאמת מה שכתב המל"מ להביא ראיה מתשובת הרא"ש (כלל נ') כבר כתבתי לעיל בזה דשם הוא

גם כן כמו פקדון ואף דיש לה מגו דאינה נאמנת ואף חייבת לשלם כשורף שטרותיו של חבירו וע"כ דהוא מטעם שכ' התומים שהוא בשביל חזקה דשטרך בידי מאי בעי. ועיין ש"ך יו"ד (סי' קכ"ז) שהקשה שם למה באיסורין נאמן בבידו מטעם מגו מח"מ (סי' ק"ח) הנ"ל וכתב שיש לחלק. ובאמת למ"ש התומים משום חזקת שטר אינו ראיה דא"נ במגו: **ועוד** י"ל למה שכ' המ"מ (פ"א) ממלוה הטעם דאינו נאמן במטלטלין שהוא בידו ששל אחרים הוא כמבואר (סי' צ"ט) דהוא משום חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו ומגו במקום חזקה לא אמרינן וכתב עוד לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו לפיכך חוששין לה. וכבר עמד בנתיבות (סי' ס"ב) על סיום דבריו הא בלא"ה מגו במקום חזקה לא אמרינן. וי"ל דודאי דבר שבידו לעשות כמו שאמר נאמן דאנן סהדי דאומר אמת וזה הטעם באומר ראיתי אביכם שהטמין מעו' בשד' ואמר של פלוני הוא. אולם יש לומר דוקא באיש זר ואינו יכול עוד שוב לחזור בו וכמו בכל עדות דאמרינן בהו כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואף אמתלא לא מהני דכך גזרה התורה יקום דבר ששוב אינו יכול לחזור וכמו שכ' בדיני עדות (סי' ט"ו) משם הריטב"א והכא נמי כיון דאתינן עלה מתורת אנן סהדי בדבר שבידו לעשות יקום דבר ששוב אינו יכול לחזור. אבל היכא דיכול לחזור אחר כך על ידי אמתלא כמו באומר על מטלטלין כשבא בעל חוב לגבות ממנו שהוא של אחרים אף דבידו לעשות ונאמן אף במקום חזקה מ"מ כיון דלא נוכל לקבל דבריו לבירור גמור דהא יכול לתת אחר כך אמתלא ולחזור מדבריו ויאמר שאמר כן כדי לדחות לבעל חוב כמבואר (סי' מ"ז) ול"ש להאמינו בתורת עדות וכמו אנן סהדי כיון דאנחנו מסופקים בדבריו והא ראיה דיכול אח"כ לחזור מדבריו ולומר שבשקר אמר כדי לדחות בעל חובו חיישינן לקנוניא ולא נוכל לדון רק מטעם מגו ומגו במקום חזקה לא אמרינן וביותר למה שכ' האחרוני' דכל שמעיד על ממון עצמו אף לחובתו אינו נאמן בתורת עדות דאדם קרוב אצל עצמו וממונו ואפילו ליכא חשש משקר פסלה התורה אף משה ואהרן רק להפסיד לעצמו נאמן מטעם הודאת בעל דין ועיין נתיבות (סי' ל"ד) ובמה שכ' לעיל דיני עדות (סי' נ"ג) אם כן בנידון דהמ"מ אינו נאמן בתורת עדות מגזירת הכ' ובזה אף דיש לו מגו שייך קנוניא מה שאין כן בנידון דאומר ראיתי אביכם שהטמין מעות ואמר של פלוני דהוא איש זר נאמן מטעם עדות ובירור הדבר. וזה יש לומר בטעמא דתשובת הרא"ש שהוא היש מי שאומר (סי' ק"ח) שאף שהשטר יוצא מתחת ידו אינו נאמן לומר שהוא פרוע אלא על חלקו משום דהוא בעל דינו ולית ליה תורת עדות וגם דחיישינן לקנוניא מה שאין כן באיסורין דאף בע"א נאמן לכך אף באתחזק נאמן בבידו ולא ק' קושית הש"ך יו"ד הנ"ל:

ונחזור לדברי מהר"ם אלשיך דס"ל דאין לחלק בין פקדון למלוה דלדינא ודאי יש לומר דנאמן במגו ואף בהך דינא דרא"ש (כלל נ') לא קיי"ל כן כמבואר (בסי' ק"ח) דהמחבר סתם כדיעה הראשונה דאף א' מן האחין נאמן במגו שהי' שורפו וגם שם בנידון דמהר"ם אלשיך לא שייך לחוש לקנוניא כיון דהיה יכול להחזיק לעצמו מה שאין כן בשטר מה תועלת היה לו אם היה שורף השטר ולגבו' בו אין בידו מה שאין כן בנידונו של מהרמ"א ז"ל וזה יש לומר גם כן בנידון דהרדב"ז ז"ל ולכן דין זה צ"ע דיש לצדד דנאמן לומר שחייב המפקיד לפלוני במגו דא"ב מסר לידו אף למשכון וכמו שצדדנו לעיל ודלא כמל"מ והרדב"ז ובודאי נראה אם מסרו ליד פלוני דאחר כך אין מוציאין מידו. ובכללי מגו (אות ג') העלה הנתיבו' דדוקא בפקדון שהנפקד אומר שיודע שהוא של לוי נאמן אבל לומר שחייב ממון אינו נאמן במגו וכהך צד שצידד הרדב"ז ז"ל וכ' אף שכ' לשון אפשר מ"מ מיסתבר כך ולענ"ד אין להכריע כן מסברא כיון שדעת המהר"ם אלשיך סבירא ליה בפשיטות דאין לחלק בין פקדון להלואה ואין ספיקו של הרדב"ז ז"ל מוציא מידי ודאי של מהר"ם אלשיך ז"ל. וביותר למה שצדדנו י"ל דאף הרדב"ז לא מסתפק ליה רק לגבי אפוטרפוס ונגד יתומים דיש לומר דלא שייך בהו שעבוד הגוף ושדר"נ וכמו שכתבתי לעיל אבל היכא דהמפקיד חי וזה הנפקד יודע דחייב לפלוני והוא כופר ואין לו מקום לגבות ממנו והוי כלית ליה נכסי ומשתעבד הנפקד לפלוני מדר"נ בזה יש לומר דכ"ע מודים דיכול לפרוע לפלוני ולמסור לו למשכון ומצוה קא עבד וכמו שכ' לעיל כן נראה לענ"ד ברור וגם ביתומי' צריך עיון להכריע בזה:

ומ"ש עוד המר"ם אלשיך ז"ל שם בנידונו דקצת חכמים הורו דקיי"ל אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וקטני' כמאן דליתנהו דמי והאי אורג כיון דלא מצי לאסהודי אין בדבריו כלום וכתב דלאו מילתא הוא כיון דלא מסרו לו אביהן בעדים מגו דיכול לומר לקוח הוא בידי או אם ליכא עדי ראיה יש לו מגו דנאנסו או החזרתי נאמן דבמצות אביהן נתנם לבע"ח ואין במקום זה לענין עדות דנימא אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד עכ"ד אם כי הרחיק הוא הדבר לדון במגו לגבי קטנים דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין סברא הזאת מבוארת ברמב"ן ב"ב (דף ל"ג) ועיין בקצוה"ח (סי' ק"י) שהאריך הרבה בזה ובדברי משפט שם הביא דברי הרמב"ן אולם לדינא כ' גם כן דאמרינן מגו בכה"ג עיין שם ובמ"ש לעיל דיני עדות (סי' י"ד) ובפרט בנידון דמהר"ם אלשיך ז"ל כיון דכבר מסר ביד הבעל חוב ואם נדון לחייב האורג מטעם חזקת מרא קמא ודאי יש לומר דמקבלין המגו ועיין ש"ך (סי' ק"נ) שהביא דברי רמב"ן ומדח' מהלכה וכן יש להוכיח מש"ע (סי' קמ"ט סכ"א) דמהני מגו אף ביתומים קטנים ואי"ה יבואר במקומו:

ובימי חורפי אמרתי דאפ"ל במה שכ' הש"ך יו"ד הנ"ל דיש לחלק בין בעל דבר דמהדר ומחפש אחר זכותו לטעון טענה היותר טובה ומדקדק הרבה בזה והוי כאן סהדי כיון דבחר בטענה הזאת שהוא האמת ולא בחר בטענה היותר טובה משום דלא רצה לשקר מה שאין כן כשאין הדבר נוגע לו רק לאחר יש לומר דאינו מדקדק כל כך ועושה וטוען כמו שעלה ע"ד עתה ואינו מחכים את עצמו בזה לטעון טענה או שיעשה דבר היותר מתקבל ועיין כתובות (דף כ"ג ע"ב) כל הני ל"ל צריכא דאי תנא מודה ר"י משום דאיכא דרא דממונא אבל עדים דליכא דרא דממונא אימא לא ופירש"י ז"ל דלגבי בעל דין לא הוי גורם לעצמו הפסד ממון לומר של אביך היתה אי לאו על שם סופו לגמור ולקחתיה הימנו אבל עדי' דאמרו כתב ידינו הוא אדעתא דסהדותא אמרו ולאו למיגמר בה אנוסים היינו והדר אימלכו למגמר בה הכי קמ"ל והיינו נמי מה"ט דעדים אינם מחכימים כ"כ בדבריהם כמו בע"ד רק שם גם כן נאמנים מטעם דהוא הפה שאסר ועדיף הואיל דאין השטר מתקיים אלא על פיהם כמו שכ' תוס' ב"ק (דף ע"ב) כיון דגם עכשיו מתקבל דבריהם בתורת עדות. מה שאין כן היכא דליכא תורת עדות על אחר ושאינו בעל דין יש לומר דמגו לא הוי כאנן סהדי באמת והשתא כפי מה שעלה בדעתו בשעה שהוציא השטר מתחת ידו לומר כן ואין המגו מבררת רק לבע"ד או להשליש לדידן דהא הימנהו מעיקרא:

ויש בזה ליישב קצת שיטת הראב"ן ותו"ח בש"ס דסנהדרין (דף ל"א) ללישנא דא"ד לא הימנה ר"נ כו' כיון דאתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה ל"א ופירשו כיון דבאותו זמן שהראה השטר לפני ב"ד ואמרה פרוע שוב אין בידה לשרפה לא הוי מגו. ובש"ך (סי' מ"ז ס"ק ה') הרבה לתמוה בזה דאם כן לא אשכחן שום מגו כשמראה אותו דבר לפני ב"ד ובאומן אף אם ראוהו הב"ד כיון דלא ראוהו קודם שנפלה החילוקים ביניהם אית ליה מגו עיין שם ולמה שכ' יש לומר דוקא בעל דין דמתחכם בטענתו אנן סהדי דטוען אמת דאם הי' רוצה לשקר היה טוען טענה המעולה ביותר ובאומן לא הוי מראהו לפני ב"ד כלל אי לאו דכן הוא האמת וזה הכל בדב' הנוגע לו ולממונו מה שאין כן באיש זר אמרינן דלמא לאו למגמר דבריו עשה כן מה שעשה והדר אימלך למגמר בה הכי וכמו שכ' רש"י כתובות וכיון דחיישינן שמא עלה על דעתו עכשיו לומר כך ולאו תורת עדות עליו בטענתו של עכשיו אינו נאמן במגו כיון דלא הוי בעל דבר ואם כן שם בההיא איתתא דאין הענין נוגע לה רק לאחר אמרינן כיון דאתחזק בב"ד אי בעי קלתיה לא אמרינן דדלמא מעיקרא לא עלה על דעתה לעשות כך רק עכשיו שכבר הוציאה השטר מידה בב"ד אימלכה לומר כן והיא לאו תורת עדות עליה. רק למסקנא דשליש נאמן אף

אם אינה תורת עדות עליו נאמן ואף פסול ועכו"ם נאמן כשהשלישו בידו דהא הימנהו. ולפי"ז י"ל דזה דוקא לגבי ממון דבעינן תורת עדות אינו נאמן במגו אי לאו מטעם דהא הימנו אבל באיסורין דנוגע לו כמו לאחרינא ואם הבעל דבר מכחישו א"נ בזה לכ"ע היכא דיש לו מגו נאמן אף לדעת הנך הי"א שבח"מ (סי' ק"ח) ויש להעמיס גם כן בדברי הש"ך יו"ד הנ"ל שכ' שיש לחלק קצת:

ובזה יש ליישב דברי רש"י מס' גיטין סוגיא דשליש דכ' דנאמנו' השליש הוא מטעם מגו ובתוס' שם הקשו הרבה על זה ובפרט דהא היכא דיש לה מגו גם רב הונא מודה כמבואר שם ולהנ"ל יש לומר דרש"י סובר דבעינן למגו ולטעמא דהא הימניה דאנו דנין על הגט עצמו למי הוא או של הבעל או של האשה וממיל' אם הוא של בעל עדיין לא נתגרשה ואם הוא של האשה נתגרשה ולענין ממון שייך לומר סברת הימניה כמו בכל ד"מ דשליש נאמן מצד נאמנות שנתנו לו הבעלים ולענין איסור ל"ש כ"כ הימניה אולם נאמן מצד מגו ולענין ממון לא מהני מגו של השליש לבע"ד דדוקא בבע"ד דמדקדק בדבריו מברר המגו ולא לאחרים רק זה שייך לענין ממון דאינו נאמן בממון שאינו שלו רק שהוא של אחרים במגו כיון דאינו נוגע לו אבל לענין איסור כל ישראל הוי כבע"ד בזה הוי המגו כאנן סהדי ומבררת ונאמן לומר לגירושין הי' במגו דהיה מוסרה לה קודם בואו לב"ד כמו שכ' הר"ן שם לכן שפיר בעינן בש"ס לטעמא דהימניה שהוא ע"ד הנוגע לממון דבזה לא מהני המגו והיינו לענין גוף הגט ולענין להתירה לשוק שייך המגו ור"ח סובר באיסורין לא שייך הימניה ומגו לית ליה כמו שכ' שם הראשונים ולר"ה דמודה דהיא נאמנת במגו היינו כיון דהיא הבע"ד בזה מהני כשיש לה מגו. וידעתי מה שיש לפקפק בזה וגם להלכ' קיי"ל דגם אחר נאמן במגו מ"מ העליתי מה שכתבתי בימי טל ילדותי. ועיין מה שכ' בספר ד"ח דיני גיטין (סי' כ"ב) ובמה שכ' שם בהגהותי (סי' כ"ג) דברים נכונים בעזה"י בענין שליש בנאמונתו:

סימן מא

בש"ע (סי' נ"ח) פסק המחבר כשיטת הר"י הלוי והרמב"ם דהיכא דמוציא שטר על חבירו וטוען המלוה פרעתיך והמלוה טוען סטראי נינהו דבטל השטר הו' דוקא אם הביא עדים שנתן לו מעות בתורת פרעון חוב אבל אם העדים ראו רק נתינת מעות ולא ידעו אם בתורת פרעון או פקדון או מתנה נאמן במגו דבמתנה ואם ראו העדים שבתורת פרעון נתן לו בטל השטר לגמרי. והרמ"א פוסק כדעת הרמב"ן ור"ת ורא"ש דלא בטל לגמרי ואם תפס לא מפקינן מיניה ואף אם לא העידו שבא לידו בתורת פרעון ג"כ איתרע שטרא לענין הנ"ל דלא מגבינן ביה. ואם לא היה עדים כלל והודה על הפרעון נאמן במגו

דלא היה דברים מעולם לכ"ע. רק אם חייב המלוה שבועה אף אם אינו טוען אישתבע לי דלא פרעתיך מחולקים הסמ"ע והש"ך דעת הסמ"ע דאיתרע עכ"פ לענין חיוב שבועה כמו פוגם שטרא ודעת הש"ך דלא איתרע כלל:

והנה לכאורה יש להבין בשיטת הר"י הלוי דהוכחתו ממה דקאמר בש"ס והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אדכר כו' חזינן דדוקא אם מסהדי דנתן לו בתורת פרעון אם כן היה להש"ס לומר רבותא טפי דאי לא פרעיה באפי סהדי אף דראו נתינת המעות נאמן במגו דמתנה ולמה נקטו אבל פרעיה בין דידיה מגו דיכול לומר להד"מ דבזה אין כל כך רבותא דהוי כמו הפה שאסר כיון דאין כאן עדים כלל על הפרעון לכך נאמן אף להוציא ולאוקמי השטר על חזקתו מה שאין כן היכא דראו עדים נתינת המעות דצריך עכ"פ איזה טענה ולהכחיש שנתן לו בתורת מתנה ויהי' נאמן סיטראי במגו דמתנה ולהוציא ממון יש יותר רבותא. וראיתי בג"ת (שי"ט) דהרגיש בזה וכ' דטענת להד"מ איכא טפי העזה במה שכופר לגמרי לא כן טענת מתנה וזה דוחק גדול דהא כנראה טענ' מתנה הוא דוקא אם טוען ברי דבתורת מתנה יהבינהו ניהליה בפירוש אבל אם נותן סתם ולא אמר לו בפירוש לשם מתנה גם הר"י הלוי מודה דאינו נאמן אם כן יש יותר העזה לומר דקבל לשם מתנה ממה דמכחיש כל ענין הקבלה וגם הא דיכול לומר במתנה נתנו ע"כ דהבטיח לו כבר לתת דאל"כ הא הוי רבית מאוחר' דאסור ליתן לו במתנה ואחזוקי אינשי ברשעי לא מחזיקינן. וכן נראה מדברי הרמב"ם (פי"ד) ממלוה דהזכיר רק דין זה דאם העידו על נתינת המעות בלבד דנאמן סיטראי במגו דמתנה ולא הזכיר כלל כשלא הוי עדים כלל דנאמן במגו דלהד"מ אלא ודאי דזה ידעינן מק"ו ממה דנאמן אף כשראו עדים נתינת המעות דנאמן לומר סיטראי במגו דמתנה מכ"ש כשליכא עדים כלל דנאמן במגו דלהד"ם וא"כ יקשה למה לא נקט הש"ס רבותא יותר כנ"ל:

הן אמת דיש לדקדק בדברי רמב"ם בלא"ה למה לא הזכיר כלל הדין דפרעיה בין דידיה לדידי' דלכאורה יש נ"מ גם לענין הדין דהא אם העידו על נתינת המעות כתב הרמב"ם דנאמן על טענת סיטראי ונשבע ונוטל מה שבשטר שהרי לא פרעו בעדים ומשמע דעכ"פ שבועה חייב ככל נוטל ואף אם לא טוען אישתבע לי דלא פרעתיך כיון דעכ"פ איתרע השטר במה שראו עדים נתינת המעות וכן ראיתי בתשובת דברי ריבות (סי' פ"ו) דהעלה במחלוקת הר"י הלוי והרמב"ם. ור"ת והרא"ש אם איתרע השטר בהעידו על נתינ' המעות בלבד כל אחד הולך לשיטתו דלדעת ר"י הלוי ורמב"ם דפירש איתרע השטר דבטל לגמרי צריך ריעותא גדולה שיעידו על פרעון ולפירש ר"ת ורא"ש דלא בטל לגמרי רק או לענין חיוב שבוע' אף ביש בהשטר נאמנות או לענין דלא מיקרע קרעינן ולא מיגבי'

מגבינן סגי בריעותא דידענו מנתינת המעות ואפשר דרמב"ם מודה לדברי ר"ת דלענין ריעותא דיתחייב שבועה סגי בהעידו על נתינת המעות לבד ולכך כ' ה"ז נאמן ונשבע ונוטל ור"ת אפשר דמודה לרמב"ם דאם מעידין על תורת פרעון בטל השטר לגמרי רק פליגי בפירוש הלשון של איתרע שטרא דלדעת ר"ת לא בטיל לגמרי ומפרש דבעדות דסגי להא איירי. ולדעת המפרשים דבטל לגמרי הוא הלשון איתרע לכך מפרשים דצריך שעדים יעידו על הפרעון עיין שם ולשיטתו אם כן בהודה על הפרעון וטוען סיטראי דנאמן במגו דלהד"ם בזה לכ"ע לא נתבטל השטר אף לענין שיצטרך לישבע אם כתוב בו נאמנות דע"כ לא כתב הסמ"ע דצריך לישבע דהוי כפוגם שטרא הוא דוקא אם לא כתוב בו נאמנות ואיתרע רק לענין חיוב שבועה אף היכא דלא טען הלוה אבל אם כתוב בו נאמנות לכ"ע אינו חייב שבועה כמבואר בטוש"ע אם כן ודאי היה לו לרמב"ם להביא הדין דאם ליכא עדים כלל דנאמן במגו דלהד"ם ואף שבועה אין צריך דנשאר השטר בחזקתו מה שאין כן ביש עדים על נתינת המעות דעכ"פ איתרע חזקת השטר לענין שיתחייב המלוה שבועה אף אם אינו טוען או שגם אם יש בשטר נאמנות דאעפ"כ חייב לישבע. אלא ודאי נראה דאף ביש עדים על נתינ' המעות דנאמן במגו דמתנה לא איתרע השטר כלל ומ"ש רמב"ם ונשבע ונוטל היינו כמו כל המוציא שטר וטוען פרעתיך. ודין המודה בפרעון וטוען סיטראי דנאמן במגו דלהד"מ ידענו מק"ו דראו עדים נתינת המעות ותרוייהו שוין ולכך לא הוצרך הרמב"ם להביא:

גם מה שכ' הדברי ריבות דר"ת וסייעתו מודו בהעידו שבתורת פרעון נתן בטל השטר לגמרי וכן ראיתי בהכנה"ג (אות כ"ט) ולא כן נראה מדברי רמ"א דהביא דברי י"א דאין השטר בטל לגמרי ע"ד המחבר דאיירי אם העידו דוקא על פרעון בפירוש ואעפי"כ דעת רא"ש דאינו בטל לגמרי ובלא"ה לא נהירא דהא בש"ס קתני וה"מ דפרעיה באפי סהדי ומזה עיקר הוכחת הר"י הלוי וסייעתו מדלא קאמר דיהבינהו באפי סהדי ע"כ דצריך שיעידו דיהבינהו בפרעון והרא"ש וסייעתו דסברו דאף בהעידו על הנתינת מעות איתרע על כרחך דסברו דלשון פרעיה באפי סהדי לאו דוקא שהעדי' יודעים בפרעון רק הפירוש הוא לפי טענתו שטוען שנתן בתורת פרעון היה הנתינה באפי סהדי גם כן איתרע שטרא אבל לומר דיש הבדל בין העידו על פרעון לבין העידו על הנתינה ובהעידו על פרעון בטל השטר לגמרי ואם העידו על הנתינה הוא רק לענין שבועה או דלא מגבינן ביה זה ודאי אי אפשר לומר וכיון דלפירוש הר"ח ור"ת הלשון איתרע שטרא הוא דאינו בטל לגמרי ועל זה קאמר הש"ס ה"מ דפרעיה באפי סהדי ע"כ אין לחלק בזה ולומר אם העידו על הנתינה אז איתרע בלבד ובאם העידו על פרעון בטל לגמרי דאם כן היה להש"ס לומר

להדיא דיהבינהו באפי סהדי ולא לומר לשון דפרעינהו באפי סהדי אלא ודאי דבין כך ובין כך לשיטתם הוא רק דאיתרע שטרא ולא דבטל לגמרי. ולדעת הר"י הלוי ורמב"ם מוכח גם כן דאין לחלק כלל בין מגו דלהד"ם בליכא עדים כלל למגו דמתנה ביש עדים על נתינת המעות דלדידהו הא דקאמר הש"ס ה"מ דפרעיה באפי סהדי נכלל בזה דאם לא העידו על הפרעון ליכא ריעותא מדלא קאמר יהבינהו באפי סהדי והא דקאמר אבל פרעיה בין דידיה לדידיה מגו דיכול לומר להד"ם כו' וכדאבימי היינו דהש"ס רצה להביא מעשה רבה עובדא דאבימי דנאמן סיטראו בטענותו במגו דלהד"מ כן נמי נאמן בליכא עדים דיהבינהו בתור' פרעון במגו ואין לחלק בין זה לזה ולכך הרמב"ם כשהביא הדין דראו עדים נתינת המעות דנאמן על סיטראי במגו שוב אין צריך להביא הדין דפרעיה ביני ובינו דנאמן במגו דלהד"ם:

והש"ך הביא ראיה דהיכא דנאמן במגו דלהד"ם אין צריך שבועה עד דטוען אשתבע לי מדברי רמב"ן ובעה"ת מדכ' דאם פרע לו בפני עד א' דאינו חייב שבועה להפיס דעתו כיון דאינו מעיד בפירוש על השטר שהוא פרוע ושם מבואר דאיירי בלא כ' נאמנות ואפ"ה אינו חייב שבועה בלא סייעת העד הרי דבטענת סיטראי אינו חייב שבועה. ולכאורה יש לומר דשם בנידון דבעה"ת ורמב"ן דהם איירו בהעיד העד דראה פרעון חוב ולא אידכר דמההוא שטרא פרעיה ואם כן יכול לטעון דהן סיטראי היינו דפרעיה לו על חוב זה של סיטראי בזה לפי דבריו לא איתרע השטר כלל אבל אם מודה המלוה שנתן לו על שטר זה רק שהוא מחזיק בהמעות עבור חוב אחר דהברירה בידו בזה י"ל דאיתרע עכ"פ לענין שחייב לישבע. וכן נראה מדברי ריטב"א כתובו' (דף פ"ה) בהך דאבימי דכ' דלא הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום דלא הוי רק שבועה דרבנן שיש עד א' מעיד שהוא פרוע ולא אמרינן מדאיל"ס אלא כשם שהיה יכול לישבע שאינו פרוע ונוטל כך נשבע דסיטראי נינהו ונוטל. הרי דסובר דאם פרעו בעד א' חייב עכ"פ לישבע בטענת סיטראי אבל זולת עד אחד דנאמן במגו דלהד"ם אין צריך שבועה והיינו דשם הוי כאלו פרעיה בסתם בתורת פרעון כמו שכ' שם הריטב"א דחמא אזיל פרעינהו סתם בשביל החוב שהיה חייב אבימי אם כן ליכא ריעותא כלל אבל לעולם אם פרע לו על שטר זה רק שתופס בשביל חוב אחר י"ל דחייב לישבע. אולם ממה דקאמר בש"ס שבועות אבל פרעי' בין דידיה לדידיה מגו כו' וכדאבימי משמע דאף אם טוען שפרעו בפירוש על השטר והוא תופס ע"ח אחר כמו שכ' רש"י שם מצד אחר היית חייב לי והיינו דהלוה אינו יודע מזה רק המלוה תופס ומודה דנתן לו הפרעון על שטר זה והש"ס מדמה זאת לעובדא דאבימי ומבואר דבכל אנפי אינו חייב שבועה דהא ר' אבהו אמר מגו

דיכולין לומר להד"מ יכולין לומר סיטראי נינהו ולא פסק דחייב שבועה וע"כ אם נאמר דשליח נעשה עד הא דלא אמר דחייבין בני חוזאי לישבע כדין עד א' מעיד שהוא פרוע דלדעת הריטב"א חייב לישבע אף בטענת סיטראי כמו דאם היה אומר להד"ם היינו דזה ידוע לכל דמתניתין הוא עד א' מעיד שהוא פרוע דחייב לישבע ואם ליכא אף ע"א פטור אף משבועה ואפשר דחמא לא העיד בתורת עדות ואף דהריטב"א הקשה דיהיו מתוך שאיל"מ היינו אם היה הדין כן לא היה לו לפסוק בבירור דנאמן במגו דלהד"ם על טענת סיטראי כיון דאם יגיד בתורת עדות יהיה מתשאיל"ם. ולזה כתב דלא הוי בשבועה דרבנן מתשאיל"מ ולפסוק שישבעו הבני מחוזאי לא הי' פוסק כיון דלא העיד עדיין בתורת עדות וכיון דהש"ס מדמה פרעיה בו"ב דנאמן במגו דלהד"ם מוכח דאינו חייב לישבע על טענת סיטראי דאם על עצם טענת סיטראי נאמר דדמי לפוגם שטרא דאיתרע וחייב שבועה ודאי היה לר' אבהו להזכיר שהוא דין חדש דלא נזכר ואם נאמר הואיל דהיה הפרעון בסתם לא איתרע לענין זה מה שאין כן אם פרעיה בפירוש בינו ובינו על שטר זה והוא תופס על חוב אחר דחייב שבועה לא הוי להש"ס לדמות זה לכדאבימי אלא ודאי משמע דאם לא איתרע השטר ונשאר בחזקתו אינו חייב שבועה עד אם טוען אישתבע לי דלא פרעתיך:

ובאמת ראיות הש"ך מדברי רמב"ן ובעה"ת אינו מובן למ"ש התומים (ס"ק ט') בביאור דברי רמב"ן דודאי מודה בפרעו בפני עד א' דחייב שבועה דאל"כ נתבטל המגו מעיקרא דלכך טוען סיטראי ולא להד"ם כדי שלא יצטרך לישבע להכחיש העד ועל כרחך הא דכתב רמב"ן דלא מחייב שבועה עפ"י העד היינו לענין שיהיה חייב שבועת המשנה ויהיה בו דין מתשאיל"מ אבל שבוע' צריך וכמו שכ' להדיא הריטב"א אם כן לעולם י"ל דגם על ידי ריעות' דפרעון וטוען סיטראי גם כן חייב שבועה כמו בפוגם שטרא. ובתומים (ס"ק א') מסכים לראיות הש"ך מדברי רמב"ן ולא אבין דלמ"ש (ס"ק ט') בביאור דבריו מודה ע"כ הרמב"ן דשבועת המגו חייב וכן מבואר בריטב"א והרמב"ן לא דן רק שבועת עד א' דאינו חייב ולא הוי מתשאיל"ם אף להסוברים דבשבועת המשנה הוי מתשאיל"ם ומ"מ התומים מסכים לדעת הש"ך דאין צריך שבועה בכל אנפי אם ליכא סהדי:

וראיתי בשער משפט (סי' פ"ג) דכ' דלפי שהסכימו הגאונים בטוען על המשכון בעי שבועה בנקיטת חפץ כיון דלאו אגופא דמשכון קטעין כנוטל חשבינן ליה ובעי שבועה ליטול כ"ש בנוטל ע"י שטר מתורת מגו דצריך שבועה והש"ך (סי' קמ"ט) העלה כדעת רמב"ן דשבועת הגאונים הוא אף במשכון קרקע אם כן אף בשטר היכא דבא לגבות בתורת מגו צריך שבועה בנק"ח. והנה מדברי רמב"ן עצמו שהביא שם שהקשה אם

אמרינן מגו להוציא במקום שטר מסוגיא דכתובות (דף פ"ז) בפוחתת כתובתה דפריך במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא הא נאמנת במגו ומדחיק עצמו על כרחך דסובר דאף היכא דצריך מגו לגבות בהשטר אינו חייב שבועה ועל כרחך אינו דומה לטוען על משכון. ומכ"ש בטענת סיטראי דכ' שם רמב"ן ב"ב (דף ל"ב) דאין נאמנתו על מנה שבשטר אלא על מה שפרע לו שהוא סיטראי ונאמן במגו ממילא לגבות מנה שבשטר דאינו חייב שבועה אם אינו טוען. והא דחייב לישבע בנק"ח כשטוען על המשכון כיון דבא לגבות הוי כנוטל דחזקה דשטר עדיף דבמשכון אף אם יש עדים שבא לידו בתורת משכון ולא ידעו על כמה דאז גם כן נאמן על גוף המשכון לדעת הרשב"א בתשובה כמבואר (סי' ע"ב) ומ"מ כיון שבא לגבות חייב לישבע בנק"ח הוא מטעם דאף דידענו דיש לו קנין בגוף המשכון מ"מ שייך לאוקמי' על חזקת מר"ק ולא יכולין להגבותו רק בשביל שהוא מוחזק או כשלא ידענו כלל אם בא לידו בתורת משכון דבאנו להוציא מטעם מגו לכך כיון דלא הוי בירור גמור נגד חמר"ק על כל הסך שתובע צריך לישבע מה שאין כן בשטר דחזקת השטר עדיף ומברר לאוקמי השטר על חזקתו וגם הוא חזקה המבררת דלא ישלם אם לא יקח השטר וכ"ז שהשטר בידו מוקמינן אותו על חזקתו כיון דהחיוב היה בודאי מה שאין כן במשכון דהספק הוא על עיקר החיוב אם בא לידו בתורת משכון ואף אם ידענו דבא לידו בתורת משכון והספק הוא רק על סכום החיוב מ"מ ליכא חזקה ברורה אם חייב לו כל כך לכך אף דנאמן דנין אותו לנשבע ונוטל מה שאין כן בשטר. וראיה דהא חזינן דטענת משכון גרע מחזקת השטר דלא מצינו במשנה לחייבו שבועה על שטר ואף ר"פ דתיקן שישבע אם טוען פרעתי צריך דוקא שיתבע ממנו השבועה ואם לא טוען אשתבע לי דלא פרעתיך לא משביעין אותו ומגבינן מני' ועל משכון מחייבינן ליה שישבע אף אם לא טוען הלוה שישבע הרי דחזקה דשטרא בידך מה בעי עדיף משום דהוי כחזקה המבררת וחזקת חיוב דמעיקרא ומוציאין ממון בזה. רק אי טוען אשתבע לי משביעין אותו משום דזימנין זייר אפשיטי דספרא וזה תקנתא דאמוראי מה שאין כן בטוען על המשכון הוא רק בשביל חזקתו דמוחזק בו לכן כשבא לגבות מחייבינן ליה שבועה כדין נשבע ונוטל:

ומ"ש הסמ"ע דהואיל דיש ריעותא הוי כפוגם שטרא לא אבין הא בפוגם שטרא מבואר בש"ס הטעם משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק וכ' תוס' שם דוקא בפוגם הואיל דפרע במקצת יכול להיות שפרע הכל אבל בלא פוגם ל"א דלא דייק. ואם כן כאן דאינו פוגם כלל רק זה פרע לו עהש"ט והוא אומר שתופס על סיטראי ואין כאן פרעון על השטר כלל וכיון דנאמן במגו דלהד"מ מה"ת לומר שישבע אם אינו טוען אשתבע לי ואף די"ל

דאיתרע חזקה דשטרי בידך מה בעי כיון דמודה דנתן לו ע"ז השטר ורוצה שיחזיר לו השטר ומיד באו לב"ד בטענותיהם הללו מ"מ כל זמן שהשטר בידו אלם חזקה זו טובא לאוקמי השטר על חזקתו. ובס' העיטור כתב על טענת סיטראי מגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר סיטראי והוה ליה כמאן דמפיק שטרא אחבריה וא"ל אידך פריעא הוא דלא כל כמיניה עכ"ל מבואר דדומה לכל הבא לגבות בשטר וטוען הלוה פרעתיך דאינו חייב לישבע עד דאמר אישתבע לי והוא מסכים שם לשיטת ר"ה ור"ש גאון דאיתרע שטרא הוא דבטל שטרא לגמרי ואעפ"כ אם נאמן מטעם מגו דלהד"ם מדמה כמוציא שטר על חבירו. ברם י"ל דבעה"ע שם כ' בשם ר' צמח גאון משכון ביד מלוה דינו כשטר והוא כ' שם (אות ע' בח"ג) וז"ל במשכון דיכול לטעון עד כדי דמיו ואמרו דשבוע' דרבנן כעין דאורייתא ומנו לה בהדי דנשבעין ונוטלין ומצי אפוכהאשבועת היסת וכ"כ הרב המחבר ודינו כנשבע אשטרא ואנן כתבינן בפקדון דשבועת היסת הוא עכ"ל אם כן י"ל דלדידן דמלוה על המשכון דנאמן עד כדי דמיו דחייב לישבע דהוי כנוטל כ"כ בשטר בטענת סיטראי. אולם כבר כתבתי דשטר עדיף מטוען על המשכון דאנן טענינן ליה להשביעו בטוען כדי דמיו. ובאמת מלשון בעה"ע דכ' ודינו כנשבע אשטרא משמע דאף שבוע' הגאוני' בטוען כדי דמיו צריך גם כן שיאמר אשתבע לי. אולם מכל הפוסקים מבואר דאין צריך לומר אשתבע לי גם לא מצינו שיהי' הבדל בשבועות הגאונים בין ת"ח לאחר כמו בשבועות אשתבע לי הרי דהבא לגבות בשטר עדיף מטוען על המשכון וכנ"ל לכן היכא דנאמן בטענת סיטראי במגו דלהד"מ כל זמן דאינו טוען אשתבע לי אינו חייב שבועה וכהכרעת הש"ך והאחרונים ומוציאין ממנו ואינו יכול לומר הלוה קים לי כיון דהוי כמו ספק בתקנה ועד דטוען אשתבע לי אין משביעין אותו ומוציאין ע"י השטר:

סימן מב

היכא דפרעו בפני עדים ואינם זוכרים זמן הפרעון ואפ"ל שקדם לחוב השטר והיה ממלוה אחר כ' המל"מ (פי"ד) ממלוה דעכ"ז איתרע שטרא דלא גרע עדים אלו משובר שנכתב בלא זמן דאיתרע כל שטר היוצא מיד המלוה. ולא אדע אמאי הא אינו דומה לשובר דשם כיון שכתב שובר סתם מסתמא לא היה מלוהו אחר כך. ושם אף אם מביא המלוה אחר כך עדים אימתי נכתב השובר ומוציא שט"ח בזמן המאוחר מזמן השובר כ' הר"ן בתשובה (סי' כ"ג) דאינו גובה הואיל דכ' שובר סתם מסתמא לא היה מלוהו על סמך שיביא עדים ומסתמא השט' מאוחר הוא ונכלל בכלל השובר וכן כ' הרשב"א בתשובה מובא במל"מ (פכ"ג) ממכירה וברמב"ן ב"ב (דף קס"ט) מביא שני דעות בזה וזה הכל הואיל דיש ביד הלוה שובר בלי זמן איתרע כל שטרותיו אבל היכא דליכא

בידו שובר רק עדים מעידין על פרעון אחד למה יהיה שטרו איתרע נימא לאוקמי השטר על חזקתו והפרעון של העדים היה קודם זמן השטר ואדרבה הא ראי' כיון שהלוה לא לקח שובר מן העדים בודאי היה הפרעון הזה ממע"פ אחרת בשלמא כשיש בידו שוכר הוי כמו דידענו שיש בידו של המלו' על הלוה שטר פרוע דאינו גובה בשום שטר כמבואר (סי' נ"ד) כיון דיש ביד הלוה שובר סתם אבל בעדים במה איתרע וכי משום שיש עדים שפרע לו פ"א הלואה לא היה לו להמלוה ללות על שטר בזמן מבורר וכיון דיש חזקת השטר למה יתבטל בעדים שראו הפרעון פ"א כיון דאינם זוכרין זמן הפרעון נאמר דמסתמא היה קודם לזמן של השטר וצ"ע:

ואם השטר שמוציא הוא תוך זמנו כתב המל"מ שם דהמלוה נאמן לומר סיטראי נינהו וכ' דמי שידקדק בתשובת הרא"ש יראה כן ובנתיבות כ' דחיפש ולא מצא וכבר כתב אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט דכוונתו על תשובת הרא"ש (כלל ע"ו סי' ג') באם זמן השט' ושובר הוא ביום אחד והלוה טוען דפרע ביומו נאמן דבסתם הלואה לא שייך חזקה ומבואר דבקבע זמן אינו נאמן ובודאי כמו דשוב' אינו מבטל השטר של תוך זמן פרעון כמו כן סתם פרעון אינו מבטל חזקת השטר ולא שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דאדרבה אין ספק פרעון תוך הזמן מבטל שטר שהוא תוך זמנו וכיון דאין העדים מעידין שראו פרעון על שטר זה י"ל דנשאר זה השט' בחזקתו. אולם כבר הרב ג"ת (שער י"ו ח"ב סי' יוד) תמה שם על תשובת הרא"ש בזה והעלה דאין מוציאין ממון כשזמן השטר והשובר ביום אחד אף אם הוא תוך זמן פרעון וכן החזיק אחריו התומים (סי' נ"ד) אם כן כ"כ י"ל דאינו נאמן בטענת סיטראי ואף לשיטת הסוברים דבסיטראי אין השטר בטל לגמרי רק דלא מגבינן בי' ואם תפס לא מפקינן מיני' הרי דריעות' דסתם פרעון אינו מבטל השטר לגמרי וא"ד לשובר דשם נכלל השטר ונתבטל לגמרי מ"מ י"ל דאף דהוא חזקה דאא"פ תו"ז ומוציאין ממון עי"ז כבר כ' במ"א דל"ה רק רוב בשביל דירא אם יתפוס אח"כ אין מוציאין מידו הוי כאן סהדי דאינו פורע עד שיחזיר לו השטר וא"כ כאן אם זה צועק מיד בפני עדי' שבעד השטר נתן הפרעון ויחזיר לו איתרע השטר אבל אם פרע בסתם בפני עדים ולא תבע ממנו השטר ואחר כך כשהוציא המלוה השטר מביא עדים שראו אז הפרעון בסתם י"ל כיון דהיה תוך זמנו לא איתרע השטר:

וראיתי בספר נתיבות משפט הספרדי שעל רבינו ירוחם (דף כ"א) דפשיטא ליה דאם השטר הי' אז תוך זמנו דלא שייך הסברא דאין אדם מניח מלוה בשטר ופורע מלוה על פה דנאמן לומר סיטראי היה והוסיף עוד אף אם המלוה מודה שגם הסיטראי המע"פ היה תוך זמנו מ"מ נאמן במגו שהיה אומר דלא הי' בתוך זמנו ולא אמרינן כיון שגם

לפי דבריו איתרע החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דמ"מ אמרינן הפה שאסר כו'. ובס' בשמים הראש (סי' מ"ב) כ' להיפך דאף אם השטר הוא בתוך זמנו מ"מ פרעון בפני העדים הוא כמאן דנקט תברא בידיה דמי ואינו נאמן להוציא אחר שהלואה האחרת לא נודעה כלל. ולכאורה י"ל דתליא במה שכ' רמ"א (סי' ע' ס"ד) משם המרדכי בהתנה המלוה אל תפרעני אלא בפני פו"פ ובאו עדים אחרים והעידו על הפרעון יכול המלוה לומר שע"ח אחר קבלם הואיל דלא פרע בפני פו"פ שאמר. והש"ך שם חולק על זה ובתומים שם כ' דרמ"א איירי שהעידו על סתם פרעון בזה טענת סיטראי טענה מעלייתא הוא דלא היה פורע חוב זה אלא בפני פו"פ דהיה לו לחוש שמא ימותו עדים עיי"ש. וכן החזיק אחריו שם בנתיבות לפסק הלכה. ואם כן הכא נמי כיון דיש חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לא הוי לו לפרוע בסתם בפני העדים ובזה טענת סיטראי טענה מעלייתא הוא. ואף דיש לגמגם במה שכ' שם התומים עפ"י דברי הרא"ש דכ' דלכך טענת סיטראי לאו טענה מעלייתא הוא דלא שבק מלוה בשטר דנגד זה שם טענת הלוה גרוע הוא. וז"א כמו שכתבו האחרונים. ובספר כנה"ג דודאי גם הרא"ש מודה דעיקר טענת סיטראי לאו טענה מעלייתא הוא מטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי כמו שכתב הבעה"ת רק דהי' קשיא ליה להרא"ש בליכא עדים על הפרעון למה צריך כלל למגו וע"ז כתב דטענה גרוע הוא דלא שבק מלוה בשטר. אם כן שם שיש עדים על הפרעון נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי מ"מ דעת התומים והנתיבות שם דחזקה אלימתא הוא דלא הוה פורע אלא בפני פו"פ אם כן הכא נמי בתוך זמנו. ואולי הם הכריעו רק שם כמו שכ' עוד שם התומים כיון דיש שם כמה פוסקים דסברו דפסלינהו לעדים אחרים לגמרי מה שאין כן כאן. ומ"מ נראה דאם תפס המלוה אין מוציאין מידו דהוי ספיקא דדינא אם איתרע השטר על ידי זה. ולדעת הרמ"א דפוסק כהסוברים דאיתרע השטר רק דלא מגבינן בי' אבל תפיסה מהני ליכא נ"מ בזה:

והנה ממה דכתב הרמ"א דאם תפס לא מפקינן מניה וכן נראה לי עיקר נראה דהכריע כהנך פוסקים לגמרי ונ"מ דתפיס' הלוה בהחזרה מן המלוה לא מהני דבכל ספיקא דדינא אף דמהני תפיסה מ"מ מהני תפיסה בהחזרה אבל כאן להנך פוסקים הסוברים דהפירוש של איתרע שטרא הוא רק לענין זה דלא מגבינן ביה אבל תפיסה מהני מה"ד מטעם חזקה דשטרך בידי לא מהני תפיסה בהחזרה ובד"מ כ' בזה דאינו פוסק כרי"ף ורמב"ם משום דרוב אחרונים פסקו דלא כוותייהו ועיין סמ"ע (ס"ק י"ג) ובס' נתיבות משפט הנ"ל (דף כ') תמה על הרמ"א דהוצרך לתת טעם לדבר הא בלא"ה כיון דספיקא דרבוותא הוא לא כייפינן ליה לחייבו שיקרע השטר וגם אם תפס לא מפקינן מיניה

ונדחק שם בזה. והדברים פשוטים לענ"ד דנ"מ דל"מ תפיסת הלוה בהחזרה דכיון דכך הוא הדין דפרעון סתם בפני עדים אינו מבטל השטר לגמרי ותפיסה מהני מה"ד מטעם חזקת השטר לא מהני תפיסתו דלוה בהחזרה לכך הוצרך הרמ"א להכריע כשיטות אלו. וראיתי בנו"ב מהד"ק (סי' י"ב) שכ' תוך דבריו דהך דסיטראי הוא ספיקא דדינא ומהני תפיסה אף בעדים ולכך יכול הלוה לעכב שבועתו ע"ש. ואינו מדוקדק דהרמ"א לאו מטעם ספיקא דדינא פסק כן רק מה"ד איתרע השטר ותפיס' מהני באמת אף בעדים אבל לא מספק ואם תפס הלוה בהחזרה י"ל דמוציאין מידו דהא יש חזקת שטר רק איתרע שהב"ד לא מגבין ביה אבל מ"מ י"ל דהדין הוא כמו היכא דהדין הוא כל דאלם גבר דלא מהני תפיסה בהחזרה כמבואר (סי' קל"ט). ואף למה דבארתי לעיל סוף דיני דיינים דהוא דוקא היכא דהב"ד פסקו להם דכל דאלם גבר אז התפיסה הראשונה מבררת וקם דינא דלא מהני אחר כך תפיסה בהחזרה אבל בטרם שבאו לב"ד מהני תפיסה בהחזרה מ"מ כאן כיון דבאו לב"ד והב"ד פסקו דלא מגבינן ביה מטעם הריעותא הוי כאלו פסקו דתפיסה מהני ושוב לא מהני תפיסה בהחזרה. וכה"ג י"ל גם כן בדין אשתבע לי דלא פרעתיך דמבואר (סי' פ"ב) בת"ח לא פסקינן ליה שישבע ואם תפס מהני ושבקינן ליה בלא שבועה ואין אומרים לו חייב אתה שבועה מה שאין כן באינש דעלמא משמתינן ליה כמבואר שם בש"ך (ס"ק י"ז) דל"מ גם כן שוב תפיסה בהחזרה כיון דיש חזקת השטר ולמה שכ' הטו"ז שם דגם באינש דעלמא לא משמתינן ליה די"ל בין שבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים דחייב מעצמו לישבע להבא לגבות מן הלוה דהיא קילה דלא משביעין רק אחר בקשת הלוה שישבע המלוה לכך אם תפס לא משמתינן ליה י"ל גם כן דלא מהני תפיסה בהחזרה דכך הי' התקנה מחויב שבועה אם בא לגבות הב"ד לא מגבין עד שישבע אבל אם תפס שוב סמכינן על חזקת השטר ולא מהני תפיסה בהחזרה. וכן נמי אם ריעותא דפרעון סתם אינו מבטל השטר לגמרי רק שהב"ד לא יגבוהו ומ"מ אם תפס אין מוציאין מידו שוב לא מהני תפיסה בהחזרה דהא כל מה דמועיל תפיסה הוא מטעם חזקת השטר:

ועיין (סי' מ"ב סי"ב) בכתוב בשטר סלעים ומלוה אומר חמש ולוה אומר שתים דאינו גובה רק שתים ואם תפס מפקינן מיניה ובש"ך שם הקשה דמ"ש משטר דכתב בו שנין סתמא ועיין שם בתומים דמחלק בין תפס ברשות לתפס שלא ברשות. ובנתיבות שם ביאר הדברים דכל מקום דמהני תפיסה אף שלא ברשות בטענת ברי הוא היכא דהוי דררא דממונא וכבר העלה התומי' בקונטרס הספיקות דבספיקא דדררא דממונא בטענת ברי לא מהני תפיסה רק בטוען על גוף החפץ מה שאין כן כשאין לו רק שיעבוד על

החפץ עיין שם. ואם כן בטענת סיטראי אף אם נאמר דהוי כדררא דממונא מ"מ אמאי מהני תפיסה כשאינו טוען על גוף החפץ דאין לו רק שיעבוד אלא ע"כ בשביל דהוי חזקת השטר לכן יש לומר דלא מהני שוב תפיסה בהחזרה. ומה"ט תמהני על האו"ת (סי' ס"ג) דכ' שם להשיג על הסמ"ע שכ' הא דמוציא שטר חוב ובאו שנים והעידו עליו ששאל לזייף לו דאין גובה בו לעולם דלא מהני תפיסה וכתב בתומים דהא הרא"ש מדמה ריעי דסיטראי להך ריעי דפ' א"נ וכיון דבסיטראי מהני תפיסה כן גם שם מהני תפיסה. וז"א דבסיטראי על כרחך הא דמהני תפיסה הוא משום חזקת שטר מה שאין כן במהדר לזייף דיש ספק על גוף השטר דלא מהני תפיסה אף אם נאמר דהוי כדררא דממונא מ"מ תפס שלא ברשות לא מהני כמו בנידון (סי' מ"ב) הנ"ל:

סימן מג

ברמ"א (סי' נ"ח ס"א) וי"א דאחר דחייב השליח לשלם ל"י המלוה לעכבן אם יאמר שחייב לו ממקום אחר אלא אם טוען שהשליח נתנם לו גם כן על חוב אחר. ויש לחקור אם נאמן השליח לומר דהמשלח אמר לו שיקח השטר או דלמא כיון דבאמת ביד המלוה להחזיק על מלוה אחרת רק דהשליח יאמר לו אתה כתופס משלי כיון שתגרום לי היזק בתפיסתך יאמר המלוה דלמא שקר אתה אומר דהזכיר לך השטר ואת דאפסידת לך בטענתך. ומדברי המרדכי שהוא הי"א שהביא הרמ"א משמע אף אם ליכא עדים על זה שהמשלח צוה שיקח השטר גם כן אינו יכול להחזיק המעות על חוב בעל פה רק דוקא אם אומר שנתן לו בעד הסיטראי דהא הקשה על דקאמר בש"ס דשליח משלם דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אמאי לא יאמר השליח אני נתתי לך המעות בשביל השטר מה אני חושש אם חייב לך ממקום אחר או החזיר לי או תתפסם בחוב שטר ותירץ דיכול לומר דתופס מבע"ח ולא תוציא ממנו ומשם רשב"ם הביא מקודם לכן גם כן להקשות האיך יכול לעכב מן השליח ולטעון סיטראי אינון והא גלוי הדבר שלא היה נותן לו מעות אם לא בשביל השטר דבשלמא אם הלוה נותן לו מצי למיטעי אבל השליח למה יפסיד ופיר"י דמגו דיכול לומר לא היה דברים מעולם יכול לומר סיטראי שהשליח נתנה לו לשם סיטראי. ומאי קשיא לי' דלמא הש"ס איירי דלא ידענו אם המשלח הזכיר לו השטר רק השליח הודה על זה ולכן חייב השליח לשלם אבל המלוה יכול לומר אייתי ראי' דעל דעת כן נתן לך המשלח והזכיר השטר ומה זה שכתב והא גלוי הדבר שלא הי' נותן לו מעו' אם לא בשביל השטר מהיכן גלוי הדבר אם לא הזכיר לו הלוה השטר אלא ודאי משמע דסובר כיון דזה חזקה דאין אדם פורע מלוה על פה כשיש לו מלוה בשטר וגם כיון דיודע המלוה שהזכיר לפניו שיתן לו השטר אמרינן דבלא ספק שלח לו

הלוה על המלוה בשטר ועל זה הקשה דאמאי יכול להפסיד להשליח ומתרץ דיכול לומר שהשליח נתנם לו לשם סיטראי ומשמע מדבריו אף אם השליח לא הזכיר לו השטר בעת נתינת המעות רק נתן לו סתם בשליחותו דהלוה ג"כ אינו יכול לתפוס על סיטראי כיון דטוען השליח שנתן לו הלוה על מלוה בשטר ויפסיד בתפיסתו נאמן השליח בזה מטעם חזקה הנ"ל:

וקצת י"ל כיון דהשליח טוען ברי שהמשלח נתן לו על השטר והמלוה טוען שמא אמרינן בזה ברי ושמא ברי עדיף דומיא דכתבו הראשונים דרק להוציא ממר"ק חזקת ממון עדיף אבל היכא דליכא מר"ק אף דעכשיו הוא מוחזק כמו בב' אוחזין בטלית אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כמבואר רמב"ן ב"ב (דף ל"ד) ובבעה"ת (שמ"ז) בהא דאמרינן פ' א"נ דבאין בכדי שהדעת טועה מתנה בעלמא דיהיב ליה וכת' בעה"ת אם אתי בתר הכי ואמר טעיתי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף. והובא כן בסמ"ע וש"ך (סי' רל"ב) והיינו ע"כ כיון דהמוחזק אינו יודע באיזה אופן בא לידו אם במתנה או לא אמרינן דברי עדיף והחולקים שם ס"ל כיון שהוא בכדי שאין הדעת טועה הוי בודאי מתנה הא לא"ה בכה"ג אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וה"נ דכוותיה כיון דאינו יודע על איזה הלואה בא לידו אמרינן ברי עדיף. אולם אינו דומה לשם דשם הספק הוא אם זכה בהמעות או לא שייך לומר עוד לאוקמי על חזקת מרא קמא מה שאין כן כאן דהא עכ"פ זכה בהמעות רק הספק הוא אם השליח חייב לשלם אינו יכול לתפוס על סיטראי י"ל דכל זמן שאין השליח מברר בעדים דגורם לו הפסד בתפיסתו על סיטראי אין מוציאין ממנו. ואדרבה זה הוי מוחזק ממש כיון דאין תביעתו על הממון רק על השטר שיחזיר לו ודומה להא דכ' הרשב"א בתשוב' בדין הכרם כשיש תו"ת אם המכר היה על תנאי דאמרינן אף בקרקע כיון שהמכירה היה ודאי והספק רק על התנאי הוי מוחזק והכא נמי כיון דבין כך ובין כך זכה המלוה בהמעות של המשלח רק התביעה הוא על השטר לא נוכל להוציא על ידי ברי של השליח. וצריך לומר דמ"מ כיון דמצטרף להברי החזקה דאין אדם פורע מלו' על פה כשיש לו מלוה בשטר לכך נאמן השליח:

שוב ראיתי בדרישה שהביא דברי מהרש"ל שפירש דברי הטור דכשהוא מודה לו שאמר שיקח השטר אז מפסיד השליח ואינו יכול להוציא מיד המלוה כי יאמר מאן יימר דמעל בשליחותך ויכול המלוה לומר קנוניא אתם עושים עלי ולא אמר לך מעולם שתקח השטר מידי אבל אם יש עדים בדבר שאמר לו כן אינו יכול לגרום היזק לשליח עיין שם ומדברי המרדכי וסתימת הרמ"א לא משמע כן. וגם אם יש עדים שאמר לו כן יש לדון אף אם אומר המלוה שהשליח נתן לו בפירוש על הסיטראי דאינו נאמן אף במגו דלהד"ם

להמבואר בתשובת ר' בצלאל אשכנזי ז"ל מובא במג"א (סי' ת"ט) דאף אם לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו מ"מ אמרינן חזקה דלא עשה להיפך לשנות משליחותו והכא נמי דכוותיה דאם יש עדים שאמר לו שיקח השטר ושולח המעות על החוב שבשטר אמרינן חזקה דלא עשוי שליחותו לשנות לתת על סיטראי נגד צווי המשלח ומדכ' המרדכי דאיירי דאמר שהשליח נתנה לו לשם סיטראי משמע דליכא עדים שאמר לו שיקח השטר. וראיתי בב"ח שכתב בפשיטות דאם יש עדים שאמר בפירוש ליקח מידו השטר דאינו נאמן במגו אפילו אם טען המלוה דהשליח נתנם לו לשם סיטראי דכיון דשינה בשליחות ועבר על דעת משלחו השליחות בטל לגמרי וחוזר השליח על המלוה מה שנתן לו דבגזילה בא לידו ואין השליח מפסיד עיין שם וטעמו אינו מובן הא כיון דנתן לו בפירוש על הסיטראי איהו דאפסיד אנפשיה ומה איכפת ליה למלוה ולמה שכ' יש לומר דהמלוה אינו נאמן במגו דלהד"ם כיון דהוא נגד חזקה אלימתא דחזקה אם עשה שליחותו לא שינה בשליחותו. ומ"מ גם מדבריו למדנו דהא דכ' המרדכי דאיירי דטוען שנתן לו בפירוש על הסיטראי הוא בליכא עדים אם אמר לו שיקח השטר ואפי"ה אם אינו אומר בפירוש דנתנם לו על הסיטראי אינו יכול לתפוס ולהפסיד להשליח אף דהחיוב הוא רק על ידי הודאתו ודלא כמהרש"ל וצריך עיון בזה:

ומ"מ נראה באם מסר לו שט"ח או שאר חפץ והחזיר לשותפו ואחר כך תופס השותף עבור חובו וזה מכחיש והשליח מודה שהמשלח הזהיר בו שלא ימסור לשותפו אם אין השליח מברר בעדים שכן מסר לו עד"ז שלא יחזור לשותפו דכאן ליכא שום חזק' ודאי אף דהשליח חייב לשלם להמשלח דהפסידו מ"מ אינו נאמן להוציא מן השותף דיכול לומר מי יימר דמעל בשליחותו דלמא לא הזהיר אותך ואת דאפסידך לנפשך בהודאתך. ומדברי תשובת חתם סופר חח"מ (סי' ק"מ) לא משמע כן דלא הזכיר שם בנידונו דיש עדים שהתרה בהשליח שאם לא יגבה החוב שלא ימסור הש"ח ליד שותפו ואפילו הכי דן דלא מצי לתפוס להפסיד להשליח ולענ"ד כמו שכתבתי ועוד יש לדון שם ע"ד ויבואר מתוך דברינו ובתשובת מהר"ם רויטבורג (סי' תתי"א) שהביא הש"ך שם כ' דלא כדעת ר"ב שהביא ראי' מעובד' דאבימי דלא איכפת להתופס במה שהנפקד יפסיד ודחי מהר"ם דשם מידו של חמא נתן לבני חוזאי ויכולי' לומר אתה שלוחו של אבימי והואיל דלא תבעת את השטר תחיל' מסתמא לא נתת לנו בעבור החוב שבשטר אלא בעבור מלוה על פה ואם חוזרים הם ממה שבדעתם היה מה לנו לצרה אבל לתפוס ולהפסיד לשמעון דהוי ליה גורם להפסיד אינו יכול עיין שם ובתומים מפרש דבריו דאף בסתם יכול לתפוס מטעם דכיון דלא הזכיר השטר מסתמא על חוב אחר נתן והמעיין בדברי מ

מהר"ם יראה כיון דלא הזכיר השטר אמרינן דמסתמא לא שינה השליח מדעת המשלח וגם המשלח שלח ע"ד סיטראי אבל אם מברר על ידי עדים דנתן לו המשלח על חוב שבשטר והזכיר בפירוש השטר גם מהר"ם מוד' דאינו יכול לתפוס אף אם השליח עיות ולא הזכיר השטר. וכבר כתבו כל אחרונים דמדברי הראשונים לא נראה שם הך עובדא כך רק בהזכיר השטר גם כן יכול לתפוס וכמבואר מדברי ר"ן שם ורשב"א בתשובה (ח"ג סי' מ"ג) דהך עובדא דאבימי איירי אף אם הזכיר השטר מ"מ יכול לתפוס על הסטראי וכן מבואר שם מלשון רש"י דכתב מצד אחר היינו נושים בו מלוה על פה ומחמת אותה מלוה נחזיק בהם מלשון זה מבואר בהדיא דרק עכשיו רוצה להחזיק בהם הרי דבכל ענין יכול לתפוס ואינו חושש על הפסד של השליח ותמהו על הש"ך שכ' דדברים הנאמרים במרדכי אחר כך בשם תימא הם מאיזה תלמיד טועה דהא כן הוא דעת ר' ברוך שבתשוב' מהר"ם ודעת ריטב"א ומה שכ' מהר"ם דאיירי דנתן בסתם ולא הזכיר השטר הא מדברי רש"י לא משמע כן וכן מדברי ר"ן ורשב"א הנ"ל מבואר דאיירי אף בהזכיר את השטר דיכול לתפוס על הסטראי ועל כרחך דלא איכפת ליה בהפסד של השליח כיון דלעצמו מציל וכבר כתב הכנה"ג דהוי ספיקא דדינא ובודאי אף אחר הכרעת הש"ך קשה להוציא נגד הנך פוסקים. גם הוכיח התומים מקושי' תוס' דקודם שנתקנה שבועת היסת אין השליח נוגע והוי עד ואם יסברו דאיירי שהשליח נותן בפירוש על מלוה על פה הרי גם עתה מכחישין להעד וזה י"ל דהא על כרחך דברי תוס' הם למה דלא ידעו מהתחייבות של השליח דאם לא כן הוי השליח נוגע ובעל דין כיון דיהיה חייב לשלם לאבימי ועיין פנ"י שם אולם באמת מכל הראשונים מבואר דאף אם הזכיר השטר יכול לתפוס על הסיטראי ועל כרחך דלא איכפת ליה בהפסידו של השליח:

והנה הריטב"א מובא בב"י (סי' פ"ג) מחלק בין אם בא לידו בתורת שאלה ופקדון מיד הראשון דבזה כיון דנתחייב להשיב' השבה גמורה אינו דומה לעובדא דאבימי דהתם ברשות בעל דין הגיעו לידו אבל אם לא הפקידו שמעון ללוי רק שתפס מרשות שמעון או מידו שלא מדעתו תפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו ודעת הרא"ש בתשובה דל"מ תפיסה להפסיד לזה וחולק עם הריטב"א וכמו"ש הש"ך ועיין תשובת בני אהרן (סי' ל"ב) שכתב נ"מ בין שיעת הרא"ש וריב"ש לדעת ריטב"א באם הפקיד אצל האחר בענין שלא פשע כגון שמסרו למי שרגיל להפקיד אצלו לדעת רא"ש כיון שהוא פטור ואינו יכול לתבוע ממנו ממילא תפיסתו הוי תפיסה ולדעת ריטב"א לא מהני כיון שנתנו בידו נתחייב לו להשיב השבה גמורה עיין שם ולענ"ד צריך להבין סברת הריטב"א הא כל פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרי' קאי ואף אם פשע בו

השומר וקאי באחריותו בכל זאת לא נעשה ממונו וברשות בעלים קאי ואם כן מה שכ' אם הפקידו הבעלים בידו אף דחייב גם כן בהשבה מ"מ אם יש לו מגו יכול לטעון עד כדי דמיהן הרי אף דבא לידו בתורת פקדון וחייב בהשבה מ"מ יכול לתפוס ולמה יגרע במה שאחר הפקידו בידו דיגרע כח התפיסה בשביל דנתחייב בהשבה הא מ"מ ברשות בעלים קאי ואם תפיסתו מידיו ורשותו של הנפקד מהני ואינו מגרע כח תפיסתו במה שיתחייב לשלם לבעליו כיון שתופס בעדו להציל את שלו מן המפקיד במה יגרע כחו אם הפקידו בידו ונתחייב בהשבה וכבר האריך בזה לתמוה על דברי ריטב"א בספר אורח משפט (סי' פ"ג):

לכן לענ"ד י"ל כוונה אחרת בדברי ריטב"א ומטעם אחר אתי עלה דהא כבר כתב הריטב"א מובא בית יוסף (סוף סי' ס"ו) דכל פשיעה היא גרמא בנזקין דפטור מדיני אדם רק שהתור' חייב' שומרים בפשיעה מפני שסמך עליהם בעל הפקדון והבטיחו שומר לשמרו עיין שם בדבריו דבשטרות דליתא בדין שומרין פטור אף מפשיעה אם לא שקבל עליו אחריות בפירוש ומבואר מדבריו דכל גרמא בנזקין דפטור מ"מ אם קבל עליו בפירוש להתחייב אין צריך שום קנין דכל גרמא בנזקין דפטור אם קבל עליו לשלם חייב כמבוא' במרדכי פ' הגוזל ובש"מ ב"מ (דף ע"ג ע"ב) משם הר"י בעל התוספות ועיין בזה באורך בס' מחנה אפרים דיני שומרים (סי' ח'). ולפי זה י"ל דודאי כיון דכל כוונת התופס להציל את שלו אין לחייבו מטעם דיני דגרמי אף דיש הפסד להמפקיד אצלו שיתחייב על ידי תפיסתו לשלם להמפקיד הראשון אך מ"מ גרמא הוי דעל ידי תפיסתו גורם לו שיהיה כפושע ויתחייב לשלם בשביל דיאמר מסרת חפצי בידא דלא מצינא לאשתעי דינא בהדיה כמו שכתב הריב"ש משו"ס ב"ק (דף מ') ומ"מ אינו חייב בדיני אדם רק מ"מ גרמא הוי ולזה סובר דאם תופס מרשות ויד השומר מהני תפיסתו ואין מוציאין מידו. ובאמת הריטב"א מדייק לומר רק דתפיסתו תפיסה היינו שאין בכח ב"ד להוציא ממנו בדיני אדם ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו אבל באמת י"ל דבדיני שמים חייב לשלם דבגרמתו בא השומר לידי הפסד. אבל אם בא לידו מיד השומר בתורת שמירה ונתחייב להשיב לו השבה גמורה היינו דכל שומר נתחייב בשמירה מעולה ושיתחייב לשלם ההפסד שיבוא בגרמתו אם כן זה נתחייב להמפקיד אצלו בכל הגרמות ההפסד ולכן לא מהני תפיסתו כיון דנתחייב בשמירה ולא כלתה השמירה ובשביל זה חייב להחזיר וזה כוונתו דנתחייב להשיב לו השבה גמורה היינו שלא יגרום לו ההיזק. ועיין ב"ק (דק"ח) באם נגנב משומר חנם ונשב' ואחר כך הוכר הגנב דעושה דין עם הגנב וכתב שם בש"מ הטעם דסופו כתחילתו מה תחילתו אלו ידע והכיר בה בשעת גניבה היה

לו לטרוח ולעמוד כנגדו להציל ואם לא עשה כן חשבינן לי' כפושע סופו נמי כשהוכר הגנב חייב להטריח ולהציל מידו והיינו דזה גם כן בכלל שמירה עיי"ש. וה"נ דכוותיה כיון דעל ידי זה שתופס מתחייב הוא לשלם לבעלים דמגו שלו לא מהני לפטרו מבעלי' הוי כהוכר הגנב וחייב להוציא מידו ושלא יפסיד להמפקיד שלו שלזה נתחייב בשמירה ובהשבה ואף דבכל שומר שמסר לשמור לאחר נעש' שומר של הראשון הבעלים כמבואר ב"מ (דף ל"ה) ובתוס' שם מ"מ גם שומר של השומר גם כן הוא:

ולפי"ז יש לומר אם הפקיד אצל מי שרגיל להפקיד דזה הוי כאלו החזיר ליד הבעלים אם נפטר הנפקד הראשון מלשלם להבעלים כיון דלא פשע במה שמסרו ליד זה גם לדעת הריטב"א מהני תפיסתו של זה אף דנתחייב בהשבה מ"מ חיוב השבה דנתחייב בפקדון אינו גורם ההתחייבת שלא יהי' יכול אחר כך לתפוס בעד חובו רק חיוב ההשבה גורם שלא יפסיד לזה שהפקיד אצלו דנתחייב לו על כל הגרמות אבל אם א"ח לשלם ולא גרם לו שום היזק מהני תפיסתו כיון דאין דינו אלא עם הבעלים ולדעת הרמב"ם ורי"ף ורמב"ן הוי כאלו החזיר לבעלים אם מסרו ביד מי שרגיל להפקיד ואף אם פשע השני או שלא נודע אם שמר כראוי או לא מיפטר השומר הראשון לגמרי והא נמי אם תופס בעד חובו ונאמן במגו דלהד"ם תפיסתו תפיסה כיון דאין להם לבעלים דין על השומר הראשון. ולדעת ר"ת והרא"ש דבהפקיד אצל מי שרגיל להפקיד לא הוי כאלו החזיר לבעלים רק דלא חשיב פושע אבל בידוע דהשני פשע יכולים הבעלים לתבוע מהשומר הראשון י"ל דבכה"ג דתופס עבור חובו אף דיש לו מגו ומועיל לגבי בעלים מ"מ אפשר השומר הראשון חייב לשלם וממילא לא מהני תפיסתו וצ"ע בזה אם נידון זאת כידוע שפשע השני או לא. ועיין ש"ך (ס"ק ט') משם הע"ש בדעת ריטב"א דאפילו הוא בענין שהי' המפקיד פטור מלשלם חייב לעשות לו השבה וזה כדעת הבני אהרן שהבאתי לעיל אולם באמת אין טעם וסברא בזה לדון חיוב השבה ועיקר סברת הריטב"א הוא דאם נתחייב המפקיד נכלל זה בכלל קבלת השמירה:

אך יש לדון דלפי"ז אף אם טוען שגוף הפקדון הוא שלו ויש לו מגו דכתב הקצוה"ח דלכ"ע נאמן ולא איכפת ליה בזה שזה השומר קבל אחריות דלמה שכ' כיון דמגו לא מהני לגבי אחרים ויצטרך זה השומר לשלם והוא קבל עליו אחריות ודין שמירה על החפץ שהפקיד אצלו ונעשה שומר של הנפקד י"ל דחייב בהשבה. אולם אם תוך כדי דיבור אומר שתופס בשביל שהוא שלו או כי תופס על חובו שחייבים לו הבעלים וחוזר משמירתו יש לומר דכיון דתוכד"ד כדיבור דמי ויכול לחזור מחיוב ההשבה הוי כתופס מידו דמהני לדעת הריטב"א בכל אנפי ולא איכפת ליה בפסידא של המפקיד

אצלו בכה"ג. וכן נמי בטוען על גוף החפץ שהוא שלו ממילא לפי דבריו שהוא שלו היה כל קבלת השמירה לגבי המפקיד בטעות ונתבטל מעיקרא כיון דלדבריו הוא שלו וקבלו ע"ד זה להחזיק בשלו וע"ז נאמן לבטל החיוב שלו מעיקרא נגד המפקיד אצלו במגו דלהד"ם כיון דזה נוגע לגבי דידהו על קבלת חיוב השמירה וכל מה שהוא לגבייהו נאמן במגו ואף דגורם לו עי"ז היזק לא איכפת לי' בפסיד' שלו כיון דמציל את שלו ואף דקבל עליו חיוב שמירה והוי כמחייב א"ע שלא לגרום היזק זה אתי שפיר אם טוען שתופס למשכון דנשאר מ"מ חיוב שמירה גם כן אבל אם טוען שהוא שלו ואומר דכל קבלת אחריות השמירה היה בטעות נאמן במגו דלהד"ם כיון שהוא דבר הנוגע בינו לבין המפקיד וכיון דנתבטל לדבריו מעיקר' החיוב מקבלת השמירה לא נשאר רק לחייבו מצד גרמא מה שגורם לו בתפיסתו היזק וכיון דלעצמו מציל פטור ולא איכפת ליה בפסידא דאחרינא. מה שאין כן היכא דתופס על חובו דמ"מ לא נתבטל החיוב שמירה בזה מכח חיובו חייב בהשבה דלא לגרום היזק לו. וגם אם התנה בפירוש דאינו מקבל אחריות או בהפקיד דברים שא"ח בשמירה כגון שטרות להסוברים דאף מפשיעה פטור בזה הוי כא"ח בהשבה ומודה ריטב"א דמהני תפיסה:

ובדעת הרא"ש וריב"ש תפסו כל הגדולים מהרי"ט ותשובת פ"ו ובני אהרן וכמה גדולי מחברים מחכמי ספרד ז"ל דחולקין על הריטב"א וסוברים דלעולם לא מהני תפיסה להפסיד לחבירו אף אם לא בא לידו בחיוב שמירה וכן נראה דלא מסתבר שהרא"ש ז"ל יחלוק על רבו מהר"ם ז"ל מרויטנבורג ולא יביא דעתו שחולק עליו. אולם באו"ת כתב דדעת הרא"ש גם כן לומר הואיל דבא בידו בתורת פקדון לא מהני תפיסתו אבל תפיסה מרשות המפקיד מהני ובזה לא יסתור הרא"ש לד"ע ממה שכ' בהך דבקרי כתובות פ' הכותב דהשתא דמטלטלין דיתמי משתעבדי אם לית להתופס ראיה דהבקרי חייב לשלם ומשמע דהתופס זוכה ואינו חייב להחזיר בשביל פסידא דבקרי ועכ"פ כנראה התופס יכול לומר קים לי ואין מוציאין מידו ודלא כהכרעת הש"ך וכמו שכתב הכנה"ג. וכן משמע מתשובת מהר"ם לובלין (סי' קי"ד) דדן שם לחייב את השליח לשלם ולא הזכיר דעכ"פ כיון שיש הפסד לשליח יתחייב המלו' להחזיר ואולי שם כיון דנתן בסתמא להמלוה ולא בקש לכתוב הקבל' על השטר איהו דאפסיד אנפשיה ויכול לומר שאינו מאמין שהזהירו הלוה שלא יתן עד שיכתוב על השטר וכמו שכ' לעיל מדברי הדרישׁ' ועיין ש"ך (ס"ק כ"ז) ומהתימא על פסק הגאון מאור הגולה מהרמ"ס ז"ל שהבאתי לעיל בשליח שמסר השטר לשותפו דדן לחייב השותף להחזיר מה שגבה בשביל פסידא

דשליח דבשטרות אף לדעת הריטב"א אינו חייב להחזיר ובפרט למה שכ' התומים להשוות דברי הרא"ש לדברי הריטב"א אם כן מניין לנו להוציא ממון מיד התופס:

ואי לאו דמסתפינא היתי אומר דיש לחלק בזה בין אם תופס מעות או חפץ דודאי בתופס מעות כיון דהוא נאמן במגו דלהד"ם דהבעלים חייבין לו וליקח זה לפרעון החוב כיון דאנן סהדי דחייב לו ונאמן במגו לא איכפת ליה במה דיתעבד עי"ז הפסד לשליח או למפקיד כיון דמתכוין לגבות שלו לא איכפת ליה בגרמא דחבירו ודומה ממש לאם תפס וטוען על החפץ המופקד שהוא שלו דבזה לכ"ע מהני תפיסתו כשיש לו מגו ולא איכפת ליה בפסידא דנפקד כיון דמציל את שלו וכמו שכתב הקצוה"ח בפשיטות כן נמי בתופס ממון מה שאין כן בנידון דהריב"ש המובא ברמ"א וכן בנידון דתשובת הרא"ש (כלל ק"ו) המובא בש"ך שם איירי בתופס חפצים למשכון ולהיות נאמן עד כדי דמיהן במגו ואף אם יהי' נאמן מ"מ אינו יכול להחזיק במשכון שיגבה מהן עד שישבע שבוע' הגאונים כנשבע ונוטל וכ"ז שלא נשבע התופס לא מחזקינן עדיין שהוא שלו לגוביינא או שיחול שעבודו על החפצים אם כן כשבאין לב"ד לדון וטוען שתופס עבור החוב אין הב"ד מניחין אותו לישבע שלא יפסיד להנפקד דהא אף על גרמא בנזקין משמתינן ליה לסלק מכ"ש דאין דנין שישבע על חוב ושיחול השעבוד להפסיד על ידי זה להנפקד או לשליח וכל זמן שלא נשבע לא מחזקינן לדבריו שכן הוא ולכך שפיר כתב הרא"ש שם בנידונו דאינו יכול לעכב החפצים בעד שום טענה שיש לו על ראובן ויורשיו כיון דעכ"פ צריך הב"ד לחייבו שבוע' ואין הב"ד פוסקין לו שבועה כדי שלא יפסיד להמפקיד מה שאין כן בהך דאבימי שהממון בא ליד המלוה בדין אף שנתן לו על השטר מ"מ כבר זכה בהם שפיר יכול לתפוס על הסיטראי דמציל ממונו ולא איכפת ליה בפסידא של השליח כיון דבא להוציא ממנו את השט' ואינו עושה שום דבר רק שהוא בשוא"ת ועיין רמ"א (סי' ע"ב סי' ז') בתופס מעות דאינו חייב רק היסת ונפטר. ובתומים שם כ' דוקא היכא דמותר להשתמש בהן אבל בצרורין הוי כתופס חפץ וכבר השיג עליו בקצוה"ח ובנתיבות דבתופס בעל כרחו ודאי הוי כצרורין ואפ"ה מהני תפיסה ואם כן מכ"ש היכא דתפס ברשות הוי ממש כתופס וטוען על גוף החפץ שהוא שלו ולא איכפת ליה בהפסידו של השליח מה שאין כן בנידון דהרא"ש ואף למ"ש שם הש"ך דגם בתופ' חפץ אם אינו רוצה לגבות והלוה בא להוציא ממנו ואינו רוצה להחזיר עד שיפרע לו דאינו חייב לישבע ואין מוציאין ממנו והש"ך הניח שם דין זה בצ"ע מ"מ זה דוקא היכא דלית ליה פסידא לאחרינא אבל בנידון דהרא"ש וריב"ש דמעכב בעד טענה שיש לו על ראובן ויורשיו כיון דלא נשבע עדיין אינו קם ברשותו בזה מוציאין ממנו שלא יפסיד

להמפקיד ורק נגד הלוה בזה אין מוציאין ממנו כיון שטוען עד כדי דמיהן ויש לו מגו אינו חייב לישבע כל זמן שאינו מחזיק לגוביינא אבל נגד פסידא של אחרים מחזיקינן ברשות המפקיד כל זמן שלא נשבע בנק"ח והב"ד אין מניחין לו לישבע שלא יגרום הפסידא לאחרים:

ודעת הי"א שברמ"א שהוא המרדכי דמאחר דחייב השליח לשלם לא יכול המלוה לעכבן אף דהוא מעות ובא לידו ברשו' מ"מ הם סוברים דאף בגוף הזכיה שזכה בהמעות לאו כל כמיניה להפסיד לאחרים ועל כרחך הם סוברים דהמעות הם ברשות של השליח והוי כתופס ממונו בשביל אחרים ואינו יכול לזכות בו רק ע"ד שנתן לו השליח להחזיר השטר אבל מ"מ י"ל בתופס מעות עדיף. ועיין רמ"א ח"מ (סי' קע"ו סל"ו) בשותפים שיש להם חוב מן ממון השותפות על ישראל וטוען שאחד מהם חייב לו ההפסד על שניהם רק ששותף חבירו חייב לישבע והש"ך שם תמה על זה דהיאך יכול זה לתפוס ולגרום לחבירו הפסד והביא דברי ריב"ש וד' הרמ"א כאן וכ' דאף לדעת הי"א הוא כיון שידוע שהוא מעות של המשלח והשליח פשע במה שלא לקח השטר מה שאין כן בזה. ולמה שכ' אינו דומה לדברי הריב"ש ולא לדברי הריטב"א כתובות שם ובתשובה שהביא הב"י (סי' פ"ג) ותשובת הרא"ש דשם הוא הכל בקום ועשה שגורם הפסד ורוצה להחזיק ולגבות אין מניחין אותו מה שאין כן בשותפים דהוא רק בשב ואל תעשה מה שאינו פורע חובו ובודאי אם החזיר הממון של החוב מן השותפות לאחד מהם אף שהוא כופר לא איכפת ליה ונשבע היסת ונפטר כן נמי בזה שאומר שבזה שחייב לו האחד מן השותפין הוא כפרעון מכבר וכאלו החזיר לשותפו לכן אף להי"א דאינו יכול המלוה לעכבן בעד הסיטראי ולגרום הפסד להשליח היינו דעכ"פ עושה מעשה לגרום היזק להשליח מה שאין כן בשב ואל תעשה שאינו רוצה לפרוע חובו באמרו שכבר פרע לאחד מן השותפין בשביל חובו שחייב לו מכבר לא איכפ' ליה בהפסידו של השותף השני דלעצמו מציל. וראיתי בתשובת מהרשד"ם (סי' קס"ז) שציין שם הש"ך לעיין בו שדן כן להלכה וכ' דהגע עצמך דהיה אומר פרעתי לשותפך ושותפו כופר היתכן שיהי' נאמן ואין מאמר לוי מחייב לשמעון אלא שבועה לא לחייבו ממון ואם כן לוי נשבע בנקיטת חפץ שפרע לשמעון ושמעון נשבע שלא קבל ונוטל חלקו מראובן שותפו עיין שם דהנידון היה דראובן ושמעון היו שותפין ולוי לקח סחורה בהקפה מן השותפות וכשבא ראובן לגבות מלוי השיב ששמעון שותפך חייב לי ממ"א אותו סכום נכה מה שאני חייב מחלקו ושמעון כופר ואומר דלהד"מ דאינו חייב לו ממקום אחר ואם לא

נוכל לגבות ממנו הרי החוב זה כשאר חובות הנפסדים שאנו שוים בהם דלאו כ"כ דלוי לומר שאני חייב לו וע"ז דן דהוי כפרעון ממש וכמו שכ' הרמ"א הנ"ל:

אך מה שדן המרשד"ם לחייב ללוי שבועה בנק"ח לא אדע הא כיון שאינו בא להוציא וליטול רק לפטור את עצמו ונאמן במגו דפרעתי מניין לו בזה לחייבו בנקיטת חפץ עד כאן לא כתבו הפוסקים (סי' קכ"א) לצרף טענות השליח לחייבו להמלוה שבוע' בנקיטת חפץ רק כשבא לגבות מן הלוה ואף בזה יש פוסקי' החולקי' כמובא בש"ך שם (ס"ק מ"ט) ואף דהעלה להלכה כדעת הרי"ף דהמלוה חייב לישבע בנק"ח היינו כשבא ליטול אבל בנידון דמהרשד"ם דלוי נאמן ששמעון חייב לו וכבר נפרע החוב בזה ונאמן ע"ז במגו דלהד"ם או פרעתי סגי בהיסת וכן דעת רמ"א הנ"ל ודברי מהרשד"ם צריך עיון דהא אף בתפס מעות היכא דנאמן במגו אינו חייב לישבע בנקיטת חפץ אף דמכחישו בברי כדעת הר"ן הנ"ל מכ"ש כשכבר נתחייב ורוצה לנכות חובו דאינו חייב רק היסת. גם הא דפסקו הרשד"ם והרמ"א דשותף חבירו חייב לישבע היסת יש להבין מאיזה טעם הא אין נשבעין על טענת ספק והא דסי' (קכ"א ס"ט) דחייב השליח בהיסת כבר כ' שם הש"ך (ס"ק מ"ו) דמצטרפין טענת המלוה שאומר ברי שלא קבל וכיון דודאי היה ממונו בידו של השליח צריך לישבע בכה"ג עיין שם משם תה"ד אם כן בנידון דרמ"א (סי' קע"ו) דלא בא ממון לידו ושותף זה אומר שבעלילה בא עליו והוא נוגע בעדות ולמה מצטרפינן לטענתו לחייבו שבועה. ואולי כיון דאם לוי היה תובע לשמעון האחד מן השותפין שחייב לו היה חייב שבועת היסת יאמר ראובן השותף השני הא לדבריך לוי חייב לי ואני איני יכול לגבות ממני וכיון לדבריך יש לו אצלך החוב מכבר אתה משתעבד מדר"נ ועיין תשובת מהר"ם (סי' ט"ז) מובא במח"א דיני שומרים (סי' ל"ג) באם שלח הלוה על ידי שליח ממון לשלם להמלוה וטוען השליח דנאבד דגם המלוה יכול להשביעו ואינו יכול לומר לאו בע"ד דידי את דמשתעבד לו מדר"נ ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק ל"ז) מדברי המרדכי ובקצוה"ח שם דהקשה באמת אמאי לא יכול להשביעו מטעם שדר"נ ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני העושה שליח (סי' ג') דדעת הפוסקים דבאית ליה נכסי לא שייך שדר"נ ואין המלוה יכול להשביעו. וזה דוקא היכא דיכול לגבות אבל בנידון דשותפין הנ"ל כיון דבשום פנים אינו יכול להוציא מלוי דנאמן לנכות מחוב שותפו במגו הוי כבא ממון לידו וחייב לישבע מטעם שדר"נ. ולפי זה נראה גם בדין דסיטראי היכא דשליח מפסיד וחייב לשלם להמשלח ולתקן העוות דיכול להשביעו את המשלח דאינו חייב לו המלוה האחרת בע"פ כיון דלדבריו תופס המלוה שלא כדין וחייב לו ממילא משתעבד לו מדר"נ:

אולם יש לומר כל זמן שאין השליח משלם לו לית לי' על המלו' כלום וכיון דברור ההיזק שגרם להמשלח וחייב לשלם מטעם מזיק אינו יכול להשביע את המשלח מספק. וכל זמן שלא שילם לו לא שייך לבא עליו מטעם שדר"נ. ומהאי טעמא יש לדון דהדין הוא עם הב"ח דכ' להסוברים דכל היכא דחייב השליח לשלם חייב המלוה שלא לעכב ולהפסיד את השליח דמ"מ כל זמן שלא שילם השליח והוא עני ולית ליה לשלם דאין המשלח יכול לבא בטענה הזאת על המלוה דנגדו נאמן לומר סיטראי במגו דלהד"ם. ולכאורה יבא על המלוה מטעם שדר"נ כיון דחייב לו לשלם. אולם כוונתו כיון דהמלוה טוען דלא הפסידו לו כלום דבאמת חייב לו הלוה הסטראי ובעלילה בא על השליח אם כן כל זמן דאינו משלם לו לא הפסידו כלום ולא שייך שדר"נ ואף דיש לגמגם דמ"מ הלוה ודאי יכול לכוף להשליח שיתבע ממנו שיחזיר השטר ולא יעכב לגרום לו הפסד שיתחייב לשלם ואף דאין לו לשלם מ"מ מקרי לוה רשע ואף דלדבריו כלפי שמיא גליא דלא גרם לו להמשלח שום היזק דבאמ' חייב לו הסיטראי מ"מ לגבי דיני אדם הדין הוא דחייב לו לשלם ויכול השליח לומר דלאו כל כמינך להניח אותי בסבך החיוב ולהיות כלוה רשע מ"מ י"ל דהלוה אינו יכול לתבוע ממנו דכל זמן דלא שילם לו ליכא שום חיוב לגבייהו דהשליח ולנגד המלוה נאמן סיטראי במגו כן אמרתי בילדותי להצדיק דברי הב"ח. וכמו כן י"ל דלהשביעו להלוה להכחיש טענות הסיטראי אינו יכול בטענות ספק כ"ז שלא שילם לו וא"ד לדין דשותפים הנ"ל. וראיתי בס' הלכות קטנות דכ' מבעיא אם ישבע המשלח שאינו חייב לבעל חובו כדי ליטול מן השליח. תשובה אפשר שע"ז נאמר אין אדם נשבע ונוטל עכ"ל וכנר' כוונתו דאינו חייב לישבע מספק ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק מ"ב) משם תה"ד בראובן ששלח ביד שמעון ממון לתת ללוי לקנות בעדו ושמעון אומר שנתן ולוי כופר וכ' שם הש"ך דאם אין שמעון לפנינו לתבוע ללוי אף שהיה מכחיש ללוי קודם לכן בב"ד כיון שעתה אינו תובעו ואין לראובן עליו רק טענת שמא מקבל חרם סתם ונפטר עיין שם. ואם כן הכא נמי אף אחר ששילם לו השליח אינו יכול להשביעו היסת על ידי טענות המלוה דחייב לו הסיטראי כיון דאין טוען ברי. אך בנידון דתשובת תה"ד הנ"ל כנראה חולק ע"ז בתשוב' מהר"ם רוטנבורג (סי' תי"ח) דכ' ואם יחזור ראובן ויתבע גם את לוי כספי בא לידך ולוי כופר בו ישבע גם לוי שלא בא לידו ונפטר הרי משמע דאף בטענות ותביעות ראובן ללוי לבד כיון שאמר השליח שנתן חייב לוי לישבע היסת ואם כן הכא נמי י"ל דמצרפינן טענת המלוה דסיטראי יש לו אצלו לחייב להמשלח שבועה: [**שוב** ראיתי בשער משפט (סי' נ"ח) שהעלה דאינו יכול להשביע את המשלח בספק ע"י טענות בעל השטר ולא העיר כלל מד' רמ"א (סי' קע"ו). גם סותר ד' עצמו שכ' (סי' ר"צ)

לדון בעדים שחייבו לנתבע מנה והוזמו וכן בדיין שחייב את הזכאי וטעה והיה מגיע שבועה להנתבע בכל הני א"צ לשלם להנתבע עד שישבע הנתבע שהאמת אתו והזיקו ונוטל דאף דאין נשבעין על טענת ספק מ"מ אין אנו יכולין לחייבו לשלם על הזיקו יותר ממה שהזיקו שהי' צריך לישבע ליטול או לפטור וגם אפשר דבכה"ג מצטרפין טענת התובע או הנתבע לטענת ברי כמו (סי' קכ"א ס"ט) וכ"כ בשורף שטרו ש"ח והלוה טוען שפרע דאינו חייב לשלם עד שישבע. ובזה ל"צ לדון דהא לא מחייבינן לשלם בשורף שטר רק כפי מה ששוה עפ"י שומא העומד למכור לא לפי הנאמר בשטר כמבואר ש"ך (סי' שפ"ו ס"ק י"ד) אם כן נכלל זה אם טוען הלוה פרעתי בכלל השומא. ובעדים שהוזמו וכן בדיין אף דהיה חייב שבועת היסת ודאי אנו דנין זה למזיק כיון דלא היה יכול להוציא ממנו ממון רק לחייבו היסת דגם לא נחתינן לנכסיו אין אנו רואין במה שהיה עד לחייבו שבועה דמשבועה לא יפטר אדם מעולם וכיון דלא הי' יכול להוציא ממנו בדיינים אנו דנין הדבר כהזיקו ברור לחייבן. וגדולה מזה מוכח מש"ס ב"ק פ' הגוזל דאף במקום דהיה חייב בד"ש לשלם אם גרם לו לחייבו בדיינין לשלם הוי כמזיק כמו שבארתי לעיל דיני דיינים (סי' ל"ב) ומה שכ' מסי' (קכ"א) אינו מוכח כמו שכ' הש"ך הנ"ל דלא מצרפינן לטענות שניהם לחייבו רק היכא דבא ממון ש"ח לידון]:

וראיתי בכנה"ג מהדורא בתרא שבח"ב (סי' נ"ח) שהבי' דברי תשובת מהר"ם לובלין במלוה ששלח שליח ללוה שלו שיפרע לו ושלח לו מקצת פרעון ע"י והזהירו שיכתוב על השטר סך זה שקבל ונתן המעות ולא כתב עהש"ט ואחר כך תובע המלוה כל השטר משלם וטוען סיטראי על דבר המעות שקבל ופסק שחייב השליח לשלם מפני שפשע בשליחותו וכתב על זה הכנה"ג ופשוט הוא דצריך לישבע שמעון איך מה שטוען סיטראי נינהו הוא שקר וכזב עכ"ל הרי דפשיטא ליה דעכ"פ צריך המשלח לישבע ולא אדע למה כתב זה לפשוט על דברי מהר"ם לובלין ולא ע"ד הטור ובית יוסף. וראיתי לו (סי' ע"ה אות ח') בהגהות הטור שכתב כל טענת ספק דהוי ליה למידע ולא ידע אין משביעין עליה אבל כל דלא הוי ליה לידע כגון מוכר דלא הוי ליה למידע שהרגיש הלוקח בהמום בהחפץ שמכר לו משביעו אף בטענת ספק. וזה דלא כמו שהבאתי לעיל מדברי התה"ד והש"ך ואפשר לומר הא דמהר"ם לובלין לא הזכיר לחייבו לשמעון שישבע משום דלשיטתו אזיל שהבי' הש"ך משמו (סי' קכ"ח ס"ק ח') דמגמגם על המרי"ו המובא ברמ"א שם דאם היה בידו משל חבירו ופרע חובו מה שעשה עשה דלפי טעם של הירושלמי דמפייסינ' ומחל לי משמע דאפילו יש בידו משל חבירו הפסיד מעותיו ואם כן לפי זה אינו צריך לישבע ששקר הוא טענת הסיטראי דהא אף אם אמת הוא חשבינן להשליח כמזיק כיון

דמטעם פורע חובו פטור. ולפי זה יש לומר מה שכ' הש"ך שם דלחנם נבוכו מהרי"ו והרמ"א בזה שם דבלא"ה אם רוצה לשלם מוציאין ממנו מדר"נ ואם כן בלא"ה פטור דמשתעבד ליה מדאורייתא מדר"נ ולהנ"ל נ"מ טובא דאם נאמר דמטעם פורע חובו פטור אף בהיה בידו משל חבירו אם כן בכה"ג דהמשלח מכחיש טענת סיטראי והמלוה נאמן במגו והשליח חייב לשלם ואינו יכול להשביע את המשלח להכחיש טענת סיטראי כיון דאף אם הוא אמת פטור מטעם פורע חובו של חבירו ואינו יכול לומר דמשתעבד מדר"נ כיון דאין לו ראיה שחייב לו ואם נאמר דחייב מטעם פורע חובו וזה נפטר כיון דפרע משלו יש לומר דחייב לישבע. ובאמת עיינתי במהר"ם לובלין (סי' כ"ב) ולא ראיתי שגמגם על גוף הדין של המרי"ו דודאי הסברא נכונה דמטעם מפייסינא ליה אינו יכול להוציא ממון ואם כן ה"נ אינו יכול המשלח להוציא מן השליח בטענה הזאת ואם משביעין בכה"ג על הספק יש לומר דאינו חייב השליח לשלם עד שישבע הלוה המשלח להכחיש טענת סיטראי:

והנה מדברי הש"ס דקאמר ולענין שלומי שליח מאי וקאי על לעיל מניה בעובדא דאבימי דהמלוה בפנינו ואמר סיטראי ומשמע דוקא היכא דהמלוה בפנינו וטוען כן בזה חייב לשלם דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי כיון דהלוה חייב לפרוע שנית אבל אם המלוה אינו בפנינו והלוה תובע להשליח שיחזיר לו מעותיו או השטר והמלוה אינו בפנינו לתבוע אותו משמע דאינו חייב לשלם ויש להבין למה לא כיון דעוות השליח ולא לקח לו השטר מיד המלוה אם כן פשע ושינה בשליחותו דלא נתן לו עד"ז ולימא הלוה הא המלוה תופס השטר בידו לא היה לך לפרוע ממוני לו. וברמב"ם (פ"א) משלוחין כתב בסתם בחייב לחבירו ממון ושלח לו על ידי שליח ואמר לו אל תפרע חוב זה אלא בעדים ופרעו שלא בעדים חייב לשלם וכן אם היה החוב בשטר בין שאמר לו תן המעות וקח השטר כו' ונתן בלא עדים ולא לקח השטר חייב לשלם שהרי לתקן שלחו ולא לעוות ומדלא הזכיר הרמב"ם כלל טענת המלוה יש להוכיח קצת דאף אם המלוה אינו לפנינו והלך עם השטר ויכול להיות שלא יתבע עוד הפעם להלוה מ"מ כיון דעבר ע"ד משלחו ושילם לו ולא לקח השטר מידו וכל זמן שלא הוציא השטר מן המלוה לא הוי על הלוה שום חיוב לשלם הוי כאלו לקח ממונו של הלוה שלא מדעתו ושילם להמלוה דחייב לשלם לו ואף בדין הראשון ששלח על ידו ממון ואמר לו שלא יפרע רק בעדים ופרעו שלא בעדים דחייב לשלם ומשמע מדברי הרמב"ם אף אם היה מלוה על פה מדלא הזכיר כלל שטר. ובזה יש לומר כל זמן שאין המלוה תובע לו פעם שנית דלא יהיה חייב לשלם כיון דלא נשאר השטר ביד המלוה מ"מ י"ל דגם בזה כיון דשינה מדעת המשלח ופרע

לו שלא בעדים הוי כאלו פרע לו שלמ"ד הלוה וחייב להחזיר הממון להמשלח ומ"מ מסתימ' הפוסקים לא משמע כן. רק אף בהניח השטר ביד המלוה מ"מ כל זמן דלא תבעו לפרוע לו פעם שנית אין השליח חייב בפשיעותו:

סימן מד

אם נתנו לו בפני עד א' לא אמרינן דאיתרע שטרא כמבואר ברמ"א שם ועיין בש"ך דאם לאחר פרעון תבעו בעד א' זוקקו לשבועה דאורייתא ואז כיון דאינו כופר בהעד ומודה וטוען על פרעון אחר הוי מתושאי"ל משלם. ובתומים הביא שכן כ' הרשב"א קידושין (דף מ"ג) דכתב בעובדא דאבימי אע"ג דהוי ליה עד א' מ"מ בשבועת המשנה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואי פיקח הוא יהיב לי' באפי סהדי ומוקי קמאי בהלואה והוי לי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכתב דהרמב"ן ובעה"ת חולקין על זה דבעה"ת הביא מתחילה ראיה מהא דפ' הכותב ע"א מעידה שפרוע' דאי פקח מייתי לשבועה דאורייתא דפרע לה באפי סהדי והדר תובע לה בעד א'. ופריך אכתי יכולה לומר שתי כתובות היה הרי דיכול ליטעון על כתובה אחרת והיינו סיטראי ואין כאן שבועה ודחי לה הבע"ת דהתם היא מוחזקת ולפטור עצמה בטענתה אבל בבא להוציא לא נאמן סיטראי והיינו אף דסובר דעל ידי טענת סיטראי בטל השטר לגמרי מ"מ כי פרע ברשות רגלים לדבר ומהני תפיסתו עכ"פ מבואר דלא כרשב"א:

ונראה דיש לחלק דעד כאן לא דן הבעה"ת לחלק בין להוציא או להחזיק רק בדינו שם שחקר דאיירי דעד א' מעיד דפרעיה בתורת פרעון ולא אדכר ליה דמהאי שטרא פרעיה בזה כיון דאחר כך שייך חזקת השטר שבידו כשבא עד א' ומעיד דפרעיה ליה בסתמא יש ריעותא ללוה דלא אדכר ליה כלל משטרא אף דסובר דעכ"פ איתרע שטרא מטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי כיון שהי' ודאי פרעון איתרע השטר ובטל לגמרי מ"מ אם פרעיה אחר כך והוי כתפס ברשות אין העד ואף שני עדים יכולין להורע לו להוצי' מידו כיון דיש חזקה דשטרך בידי מאי בעי וגם איתרע טענת הלוה דלא אידכר ליה השטר וכן בכתובות שם כיון דעד א' מעיד שפרע לה הכתובה ולא תבע מאתה הכתובה מיד ואחר כך כשפרע לה פעם שנית יכולה לטעון שתי כתובות היה לי כיון דשייך חזקה דשטרך בידי מה שאין כן הרשב"א דכתב דינו על עובדא דאבימי דשם פרע השליח על חוב השטר שבידו דע"ז נעשה שליח רק הוא המלוה טוען דתופס בעד הסיטראי וכמו שכ' שם הר"ן להוכיח מזה דאף הפורע על שטרו יכול המלוה להחזיק על חוב של סיטראי שבע"פ וכן מבואר ברשב"א בתשובה (ח"ב סיק"ג) דהך דאבימי איירי שאמר לו אבימי שקול שטרא וכשהזכיר להם את השטר בשעת פרעון היא מדאמר להו לבסוף

הבו לי שטרא והמה אומרים סיטראי אנחנו קבלנו לפרעון חוב אחר עיין שם. ובזה אם היו ב' עדים ודאי לא היו נאמנים ועל זה דן הרשב"א דכיון דנסתלק הגורם ומודה שקבל המעות שליח נעשה עד ויהיה מתוך שאינו יכול לישבע משלם ועל זה כתב כיון דהעד מעיד שכדין שקל דבתורת פרעון אתא לידיה ולא ניתן לחזרה וטענתייהו לאו אמנה היא דלכ"ע דידיה שקל ואין טענתייהו אלא אשטרא דטוען דלא פריעא הוא והעד מסהיד דפרוע ומשתבע שבועת המשנה ומפטר דלא כמו שכ' בתומים דהרשב"א אתי עלה מטעם דבשבועת המשנה לא אמרינן מתוך רק הואיל דעיקר טענתייהו על פרעון השטר כיון דבין כך ובין כך המעות בא לידו כדין אינו דומה לנסכא דר"א וכן מבואר תשובת רשב"א בת"א (סי' מ"ח) ביש עד א' שבא לידו בתורת משכון דנאמן עד כדי דמיו ואינו דומה לנסכא דר"א דבא לידו דרך חטיפה ובזה מעיד דכדין בא לידו וכתב סוף דבריו וכדמוכח לי שמעתתא דאבימי פ' הכותב וכוונתו כנ"ל דהא דעת רשב"א דגבי שבועת המשנה אמרינן מתוך שאינו יכול לשבע מפסיד כמבואר בתשובתו המיוחסת לרמב"ן (סי' פ"ה) בפוגם שטרו דאם אמר על חלק א"י אינו נוטל וחייב להחזיר השטר עיין שם אלא ודאי דכאן אתי עלה מטעם כיון דעיקר טענתייהו הוא על שטרא דטוען דלא פריעא הוא והעד מסהיד דפרוע משתבע שבועת המשנה היינו דשטר אינו פרוע וקצת יש לומר למ"ש בתשובת מהר"י אבן מיגאש (סי' קפ"ב) ומובא בש"מ ב"מ (דף ג') דשבועה להכחיש העד תהיה שאין אצלו כלום ממה שהעיד עליו העד לא בלשון שאין לו כלום דזה הוא לשון שבועת היסת לא דרך שבועת עד א' לכך אמרו מה לעד א' שכן על מה שהוא מעיד הוא נשבע וא"כ כמו כן שבועת עד א' שמעיד שהוא פרוע צריך גם כן לישבע שלא נפרע ממה שהעיד עליו העד וכיון דאינו מכחיש להעד שמעיד שנתן לו על פרעון השטר רק שאומר שזה הממון לא קבל על חוב השטר רק על חוב אחר אם כן אינו נשבע על מה שמעיד רק דהשטר אינו פרוע מ"מ יש לומר דהא כבר הוכיחו הראשונים מן הא דיכול לישבע ולא אמרינן מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דשמא מלוה ישינה יש לו עליו דאם יש לו על חבירו כנגדו יכול לישבע בסתם דאינו חייב לו כמבואר בריטב"א וש"מ ב"מ (דף ו') ורמ"א (סי' ע"ב) ומוכח דאינו חייב לישבע דהעד אומר שקר רק דעל מה שמעיד העד דחייב לו נשבע שאינו חייב והיינו שאין לו אצלי כלום ממה שהעיד עליו העד וזה נשבע באמת כיון דנפקע החוב על ידי מה שיש לו בידו כנגדו וכוונ' הריב"ן מיגאש אינו רק דצריך להזכיר בשבועתו ממה שהעיד עליו העד אבל לא שישבע שהעד אומר שקר ואם כן כאן גם כן אף דהו' מודה להעד שנתן לו על פרעון השטר מ"מ יכול לישבע דמה שמעיד העד דהשטר נפרע על זה נשבע דהשטר אינו פרוע

כיון דלדבריו קבל זה הפרעון על חוב אחר מה שאין כן בנסכא דר"א דהעד מעיד דחטף מחבירו אם נשבע שהוא שלו על זה אין העד מכחישו ואינו נשבע על מה שהעד מעיד דחטף וכיון דנשאר דברי העד דחטף שוב אמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו לכך חייב להחזיר אבל היכא דבין כך ובין כך הממון הוא שלו וטענתייהו רק על השטר אם פרוע הוא או לא וזה יכול לישבע דאינו פרוע] וע"ז כתב הרשב"א דאי פקח אידך יהיב ליה מנה אחרינא באפי האי סהדא ומוקי קמאי בהלואה והוי ליה מתשאיל"מ והיינו ודאי בדוקא דמוקי קמאי בהלואה כיון דנתן לו על פרעון השטר וכשהו' פורע לו שוב שנית נתבטל הפרעון הראשון והוי כבא לידו בגזל ובחטיפה ודומה ממש לנסכא דר"א. **ועיין** בספר נתיבות משפט הגדול (דף כ"ז) דכתב דדוקא נקט הש"ס פ' הכותב לישנא דקמאי דדוקא לקמאי הוא דמצי מוקי בתורת הלואה אעפ"י כשנתנו לו היה בתורת פרעון דכיון דהמלוה תבע ממנו פעם ב' אח"ז שיפרענו גלי דעתיה דלא קבל הראשון בתורת פרעון ונשארו בהלואה גביה ממילא ובעובדא דהני גינאי סוף פ"א דגיטין אעפ"י שהיה יודע שעד א' מעיד שאינו חייב לו כלום נתנם לו בתורת פרעון מי הוציאם אחר כך להלואה מפרעון כדי לחייב עליהם ש"ד עיין שם והיינו כמן שנתן לו על פרעון ושיחזיר לו השטר כיון שלא החזיר לו ולא נתקיים התנאי והוצרך לפרוע פעם שנית נתבטל הפרעון הראשון והוי כבא לידו בתורת גזל ודומה ממש לנסכא ובאמת אם היו ב' עדים על פרעון הראשון על השטר הי' מוציאין ממנו אף כי תפוס כיון דלא שייך חזקה דשטרך בידי ולכך על ידי עד א' הוי מתושאיל"מ דכל זמן שלא נשבע להכחיש העד הוא כשנים: **וראיתי** למי שתמה על הרשב"א כיון דטענה דהשתא אינו סותר להעדים אלא דאינו נאמן טענת סיטראי רק במגו מי עדיף עד א' מב' עדים והרי במקום דאינו נאמן לומר לקוח אלא במגו וכשיש עדי ראיה דליכא מגו אינו נאמן ובהראה לפני ב"ד נאמן הרי אף דהשתא אנן סהדי מ"מ אם לא הראה לא הוו עדים נאמנין והכא נמי כיון דבטענה דהשתא לא מכחיש סהדי ואם לא הי' מודה שקבל לא הוי עד ואינו דומה לנסכא דר"א דהתם כל זמן שלא נשבע איכא חד סהדי דהוי כב' לענין שבועה אבל כאן בלא הודאתו שקבל ליכא עד ומאן קמשוי ליה עד בע"ד הא הוא אמר שעל חוב אחר קבל וכתב דאפשר הרשב"א קאי בשיט' הראב"ן מובא בש"ך (סי' מ"ז) ולא קיי"ל כן. וזה אינו דודאי דעת רשב"א כהסכמת כל הפוסקים דאם הוציא בב"ד אחר שטענו לא חשבינן לעדי ראיה וכדהוכיח הש"ך שם מכל הפוסקים. וכן מבואר להדיא בתשובות המיוחסות (סי' פ"ד) וז"ל אבל אם קודם שהוציא שמעון המשכון בב"ד נפלה מחלוקת ביניהם שמעון נאמן מפני שבשעת שטען עליו בב"ד נפלה מחלוקת מיד נאמן במגו דאי בעי אמר החזרתיו

וכיון שכן אף שהוציא ולבסוף ראינהו תח"י לא הפסיד נאמנתו הראשון כו' עיי"ש מבואר דמהני לו המגו גם אח"כ ולא הפסיד נאמנתו הראשון והטעם כיון שכבר היינו דנין על המשכון או על חיובו וניתן לו הנאמנות מטעם המגו אף דאחר כך אנן עדי הראיה קם דינא מה שהיה נאמן בכח המגו. וזה שייך במקום שהיינו דנין על החפץ. מה שאין כן בהך דאבימי כבר כ' הרשב"א דאז כל זמן שלא נפרע השטר אין טענותיהם על הממון ולא ניתן לחזרה ואין טענותייהו רק על שטרא והוי כעד א' מעיד שהוא פרוע ונשבע וגובה בהשטר. רק אם פקח הוא ופורע לו השטר ואז כיון דעיקר דיניהם הוא על מנה הראשונה שקבל בתורת פרעון על השטר וכיון דלא החזיר השטר בעד הפרעון שקבל ופרע לו השטר בפ"ע נעשה הפרעון הראשון חוב או גזל בידו כיון דלא ניתן לו על דרך זה ואף דאז הי' נאמן במגו דלהד"ם מ"מ לא הוי טענתייהו על ממון זה כלל רק על השטר ואז לא הוי השליח עד ועכשיו שכבר הודה שקבל ונסתלק הגורם נעשה השליח עד אם כן דומה ממש לנסכא דר"א דכ"ז שאינו נשבע להכחישו הוי העד לענין חיוב שבועה כשני' ואם אינו נשבע כיון דהודה דחטף ועל מה שאומר דדידיה חטף אינו נאמן הכא נמי אף כי על ידי הודאתו שקבל הפרעון קמשוי לי' להעד מ"מ כיון שהעד מעיד אחר כך שנית בתורת עדות שקבל ממנו הממון שנתן לו על שטר שפרע לו הלוה אחר כך גזירת הכתוב הוא דכל זמן שאינו נשבע להכחישו הוי כשנים ועל טענת סיטראי אינו נאמן דלאו טענה מעליתא הוא ואף דכבר היינו דנין להאמינו על סיטראי מטעם מגו דלהד"ם הא גם אם לא היינו מאמינים לו רק על השטר דלאו פרוע הוא כדין עד א' מעיד שהו' פרוע והיה חייב לישבע והשבועה אינה מבררת שהדין עמו דהא גם בעד א' מעיד שהוא פרוע אף אם כבר נשבע להכחיש להעד אם פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא כמבואר בתשובה המיוחסת (סי' ק"ט) משם הראב"ד [ועיין ס' בית מאיר (סי' צ"ו סי"ג) דכתב דיעשה כן קודם שבא לב"ד דאחר כך בלתי אפשר לקיים עדותו מד"ת ולהביאה לידי ש"ד והראב"ד פשיטא ליה להיפך] והיינו אף דכבר נשבע נגד העד להכחישו ומ"מ גזירת הכתוב הוא דלא משביעין שבועת התורה רק לפטור ולא ליטול וכיון דאז היינו דנין שיש בידו השטר ול"ה מחייבין ליה רק מתקנת חכמים יכול אחר כך לעורר עליו הישנות ולהביא העד לפני ב"ד שיעיד שוב שנית שיהיה נשבע שבועת התורה ויפטור הרי אף דאז היינו דנין להאמין להמלוה ומטעם חזקה דשטרא בידא דמלוה מאי בע' ומד"ת מוציאין ממון בזה ואף לישבע להכחיש העד אינו צריך רק תקנות חכמים להפיס דעתו ונשבע ובכ"ז יכול אחר כך להשביעו אחר הפרעון והיינו דכל זמן שהיה נשבע ונוטל אינו שבועת התורה והיינו דנין רק על השטר אם פרוע הוא או לא לכן לא אמרינן

קם דינא רק על מה שהיינו דנין להגבותו ואחר כך אף שידענו שמה שתובע ממנו דחייב לו הוא בשביל דאמר דפרע לו ותובע הפרעון הראשון והיה לו חזקה אלימתא דשטרא בידא דמלוה מאי בעי בכל זה אין החזק' זו פוטרת אותו משבועה דרמיא התורה עליו שישבע להכחיש העד וחייב לישבע כמו כן בהך דאבימי אף דשם מעיד העד בבירור דחייב לו הפרעון הא' וכאן אינו מעיד דאין לו סיטראי עליו מ"מ כיון דטענ' סיטראי א"נ בעצמותו בפרט כשפרע לו בפירוש על השטר דומה ממש לנסכא דר"א דגם כן העד אינו מעיד רק על החטיפה וכל זמן דלא נשבע להכחישו הוא כשנים ומוציאין ממנו והכא נמי דכוותיה אף אם היה אומר להד"ם לא הוי העד בעולם מ"מ כיון שהודה ופרע לו השטר שפיר חייב להחזיר הפרעון הראשון דטענת סיטראי של עכשיו אינו נאמן דכבר נסתלק הגורם ואז לא הוי דנין רק על השטר וז"ב ופשוט:

שוב ראיתי בבשמים ראש (סי' נ') דהתעורר בהך דאי פקח הוא וז"ל ומה סברא יש בזה והאומדנא להיכן אזל ואם המלוה אומר להעד שראה הפרעון השני הנה ראית שעדיין היה השטר בידי ועל כרחך שעדיין לא שלם שהרי אתה אומר דמה שאין הלה נאמן דאלם כ"כ חזקת שטרך בידי מאי בעי אלא שאין זה הטעם דאין אומדנא הזאת מכחשת עד א' אבל הטעם הוא שהשטר הוא ביד המלוה תמורת ממונו על תנאי שבבוא הזמן ישלם לו וכשהניחו הוי כהניח ממונו שאינו יכול להוציאו אלא בב' עדים כו' והתורה לא חייבה שבועה אלא לפטור עצמו דעמדה על סוף דעתו של אדם שכשתובעים אותו לשלם משתמיט אבל לא הבא ליטול או דנאמן בלא שבועה או דאפילו שבועה אינו מועיל ע"ש באורך הרי דהרגיש בזה דלמה משביעין אותו אחר כך כיון דחזקתו דשטר נודע ולמה שכ' לא קשיא דאז היה השבועה רק להפיס דעתו ואחר כך כיון דבא לתבוע ממנו אינו פוטר אותו משבועת התורה ובאמת צריך שיעיד מחדש כיון דפנים חדשות בא לכאן דעתה תובע ממנו מעות פרעון הראשון שנתן ולא קיים תנאו להחזיר השער ואחר שפרע לו שנית נעשה מלוה למפרע. וכן כתב בהפלאה באה"ע (סי' צ"ו ס"ק י"ז) כיון דאז לא הועיל עדותו על חיוב שבועה דאורייתא אינו מועיל עדותו של אז על אחר כך ובחידושיו לכתובו' (דף פ"ח) כ' דאם העד כבר עשה פעולה על פיו לא מחייב ש"ד וז"א דאף דכבר העיד ונתקבל עדותו שישבע שבועה דרבנן מ"מ אחר פרעון השני כשמעיד מחדש בכחו לחייבו שבועה דאורייתא כמבואר בתשובת המיוחסת הנ"ל משם הראב"ד [וקצת יש להעיר דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה כיון דאי יתזים יהיה נפסל למפרע מן הגדה הראשונה וכה"ג כתבתי לעיל בדיני עדות כמה פעמים] עכ"פ דברי רשב"א נכונים כמו דשם מקבלין עדותו אחר כך כן נמי בהך דאבימי מקבלין עדות אחר כך אף שהיה לו אז

המגו לסלק ממנו תורת עדות מ"מ כיון שלא היו דנין על זה ופנים חדשות בא לדון על תביעת ממון מפרעון הראשון הוי מתשאי"ל ומשלם:

אך מ"מ נראה דהרשב"א לשיטתו אזיל דהוא סובר היכא דכשכנגדו חשוד על השבועה דהוי מדאורייתא מתוך שאיל"ם ואף בבא עד א' לחייבו שבועה כיון דאינו יכול לישבע חייב לשלם כמבואר מדבריו בחידושי שבועות (דף ל"א) אולם מדברי הגהות מיימוני ס' משפטים (סי' ס"א) מבואר דכל עיקר דמהני עד א' בטענת שמא להיות משאיל"ם משום דעיקרו לשבועה קאתי דכ' אף דמשאיל"ם צריך התובע לישבע לר"ת מ"מ בנסכא דר"א נוטל בלא שבועה מפני שהעד מסייעו לתובע והא דפריך בש"ס שבועות (דף ל"ב) אלימא דחשיד לוה מי יאמר דמשתבע היינו בחשוד אי נימא דכשכנגדו נוטל בלא שבועה א"כ הי' מפיק ממוני' מניה כל שעתא אפומא דחד סהדי בשלמא בנסכא דר"א אי הוי בעי הוי טען לא חטפתי והוי נשבע ולא משלם להכי בטוען דידי חטפתי ואיכא חד סהדי משלם עפ"י עד א' כיון דעיקרו לא אתו סהדי לחייבו ממון קרינן ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל בחשוד אי שכנגדו שקל בלי שבוע' על ידי עד א' נמצא שהיה קם עיקרו לממון דאי אפשר לו להשמט כלל ומשלם היכא דאיכא חד סהדי ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטא' אינו קם מעיקרו ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ל"ב) דאף להסוברים דמדאורייתא אמרינן בחשוד מתשאיל"ם היינו במוב"מ אבל בשבועת עד א' לתשובת מיימוני הנ"ל מדאוריית' פטור משום דאין עד א' קם לממון ונשבע ונוטל לא מצינו מדאוריית' ודעת הרשב"א שבועות שם אינו כן רק דגם ע"י שבועות עד א' הוי בחשוד משאיל"ם לכן הקשה כאן שפיר דכשנסתלק הגורם יהיה לו דין משאיל"ם ודן דלאחר הפרעון הוי באמת משאיל"ם אם פקח הוא אבל לשיטת הגהת מיימוני דדוקא בנסכא דר"א דהעד א' בא רק להעיד על החטיפה ובדיבורו דהודה לדברי העד נתחייב דהי' יכול לומר לא חטפתי ולשבע להכחישו אבל כאן אם מכחיש להעד אין כאן שבועה כלל נמצא עיקר עדותו לממון קאתי ועיין שם מה שכ' אאמ"ו ז"ל בחשוד אף דהעד אינו מעיד רק דהלוה לו באופן דהי' יכול לומר פרעתי מ"מ מקרי קם לממון דדוקא בנסכא דר"א עיקר העדת העד על החטיפה לשבועה קאתי דאם מכחישו נשבע שכנגדו להכחישו אבל בחשוד עיקר לממון קאתי שיהיה משאיל"ם כשאומר לא לויתי דכשאומר פרעתי אז לא מהני עדותו כלל וכן כ' בתשובת רע"א ז"ל (סי' קע"ח) אם כן כאן נמי אם מכחישו ואומר להד"ם לאו שם עד עליו דהוא נוגע וכשמודה ומסלק הנגיעה אז אין עדותו רק על ממון ואין עד א' קם לממון וז"ב. ולזה כוון גם כן כבוד דודי הה"ג הצדיק המנוח מו"ה אליעזר זצ"ל. וגם לא מהני הפיקחות דאם יתבע לו אחר הפרעון

גם כן לא יהי' מחויב לשלם דאין עד א' קם לממון ואף עד א' דעלמא מ"מ אם בא אחר הפרעון אינו בא רק לחייבו ממון כיון דכבר שילם ואינו יכול לחזור עוד ולומר להד"ם שכבר הודה והי' נאמן במגו דלהד"ם אם כן עכשיו אין העד בא רק לחייבו ממון ועיין מה שכתבתי שם בהגהותי בד"ח שם:

ובזה יש לומר במה שכ' בש"מ ריש ב"מ משם רשב"ץ דבנסכא דר"א כשיש עד המסייע דדידיה חטף פטור ובקצוה"ח (סי' פ"ז סק"ט) חוכך בזה אף דעד המסייע נאמר דפוטר גם כן במתוך שאי"ל מ"מ בנסכא דר"א הוי משאיל"ם על החטיפ' כיון דאינו יכול לישבע להכחיש העד דלא חטף והוי כשנים על החטיפה ותו אינו נאמן לומר דדידיה חטף. ועיין מה שכתב אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני הלואה (סי' ז') לדון דהחוטף והעד נאמנים במגו דלא חטפתי ולמה שכ' יש לומר כיון דעיקר מה דחייב על ידי העד הוא משום דלא קאתי אלא לשבועה אם היה אומר לא חטפתי וכאן אינו יכול לומר לא חטפתי דעל זה הוו שני עדים ואם כן קאתי רק לחייבו ממון ובזה אינו יכול לחייבו דעד א' אינו קם רק לשבועה. וכבוד דודי הה"ג זצ"ל הוסיף בזה ליישב קושית התומים (סי' פ"ז ס"ק ו') למה דהוכיחו דעד המסייע פוטר משבועה מדלא פריך ריש ב"מ מה לעד א' שכן אין כיוצא בו פוטרו אם כן אכתי יקשה אמאי לא פריך מה לעד א' שכן אין כיוצא בו פוטרו בטענת שמא דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולמה שכ' הא דאין עד המסייע פוטר מן משאיל"ם היינו בשבועות שומרין ומוב"מ אבל בשבועת עד א' כשיש לו עד המסייע נהי דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם מ"מ סוף סוף כיון דליכא שבועה בטענת ברי נמצא עיקרו לממון קאתי אף דבשעת עדותו הועיל לשבועה וממילא הוי משאיל"ם מ"מ כשבא אחר כך העד המסייע איגלאי מלתא דלא הועיל העד קמא רק לממון ואף אם נאמר דגם בשבועת עד א' אמרינן בחשוד מדאוריית' משאיל"ם כשיטת רשב"א שבועות הנ"ל היינו משום דסוף סוף עיקרו לשבועה קאתי אי הי' שייך שבועה אבל כשהיה עד המסייע א"ל דעד המחייב עיקרו לשבועה קאתי כיון דעד המסיע פוטר משבועה אם כן עיקר עדות עד המחייב לממון קאתי להיות משאיל"ם ואין עד א' קם לממון. וכן בנסכא דר"א כשיש עד המסייע דדידיה חטף כיון דאם לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליכא בטענת דידי חטפתי משום דהעד מסייע לו. ועיין ש"ך (סי' פ"ז ס"ק כ"א) וממיל' גם בטענת לא חטפתי ליכא שבועה דנאמן במגו דאי בעי אמר דידי חטפתי ואם כן אין לומר דעיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי כיון דאם לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליכא וע"כ עיקר עדותו לממון קאתי להיות משאיל"ם וכללא הוא דאין עד א' קם לממון עכ"ד והם נכונים מאד:

סימן מה

מלוה המוציא שטר מקוים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו (ש"ע סי' נ"ט) והוא מבעה"ת (שנ"א) והטעם כתב אף דיש חזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ דמי לחשוד דאפיק שטרא ומשום דאינו יכול לישבע מפסיד. ולפי זה אם כתב בהשטר נאמנות דאז אם היה טוען ברי דלאו פרוע הוא היה חייב לשלם. אולם באמת הטור הביא הדין בלי מחלוקת ובחשיד לדידן גובה בלא שבועה ואעפי"כ היכא דאמר אינו יודע אינו גובה בו ועיין בדרישה שכתב דהטור למד כן מסברא כיון שאינו יכול לטעון טענת ברי ולכאורה יש לומר דאינו דומה לחשוד כיון דזה רוצה לישבע רק אנן אין מניחין לו לכך לא מרעינן ליה השטר ול"א בשבועה דרבנן מתוך שאיל"ם ואף לדעת רמב"ם (סי' צ"ב) י"ל דהוא מטעם קנס דקנסו לחשוד כמו שכ' תוס' שבועות (דף מ"ז) ועיין קצוה"ח (סי' פ"ב) ושאר פוסקים סוברים דלא קנסינן ליה ולא מפסיד וכמו שהאריך הש"ך (סי' צ"ב) וזה הכל כיון שטוען עכ"פ טענת ברי ורוצה לישבע ואנן לא מניחין אותו לישבע מה שאין כן אם המלוה טוען איני יודע יש לומר לכ"ע הטעם דאינו יכול לגבות משום דאינו יכול לישבע מפסיד ובזה האלימו חז"ל התקנה דאם לא כן מאי אהני בתקנתן דאם יאמר הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך דחייב המלוה שבועה יערים ויאמר דאינו יודע ועיין ש"ך (סי' ע"ב) בטעמא של הסוברים דהיכא דלא הוי ליה למידע לא אמרינן משאיל"ם משום דהיכא דהוי ליה למידע אמרינן אערומי קא מערים אם כן בזה י"ל הטעם לכ"ע דאערומי קא מערים ויאמר א"י כי היכא דלא יצטרך לישבע בנקיטת חפץ ואם כן היכא דיש לו בשטר נאמנות דאינו חייב שבוע' יש לומר דגובה אך מסתימת דברי הטור משמע דלעולם אינו גובה בא"י ועל כרחך הטעם משום דברי ושמא ברי עדיף היכא דמסייע חזקת ממון לבעל הברי וכמו שכ' בקצוה"ח ואם כן אף אם יש בהשטר נאמנות גם כן א"ג בו:

וראיתי בקצוה"ח שהביא ראיה דאין המלוה גובה בטוען שמא מהא דאמרינן פ' הכותב בטעמא דפוגמת צריכה שבוע' משום דפרע דייק דאיפרע לא דייק והתם לא חישינן למשקר במזיד כמו שכ' תוס' שם אם כן מוכח דהיכא דהמלוה מסופק בפרעון אינו גובה דאם לא כן נהי דלא דייק ויאמר בפני ב"ד דאינו יודע נמי גובה ושבועה זו מה טיבה. ולע"ד אין ראיה דהא יש להבין למה לא נימא כמו כן גבי שכיר דהדין הוא דנשבע ונוטל ועקרוה רבנן לשבועה מבעה"ב ושדויה אשכיר משום דבעה"ב טריד בפועליו וקסבר שנתן לזה ולא אמרינן שישבע בעל הבית כי היכא דלידו' ובתוס' מס' שבועות (דף מ"ה ע"ב) ד"ה כי כתבו כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה ואין נותן לב להיות נזכר

פן יהא מוחזק שקר' ויקשה נימא בפוגמת גם כן כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה ועל כרחך צריך לומר דבפוגם לאו לגמרי אינו זוכר כמו בשכיר דבעל הבית טריד הרבה מה שאין כן בפרעון חוב דמיפרע לא דייק היינו דדמיונו כוזב לו אבל אם ישים על לבו אפשר לו לזכור רק דאינו נותן לב על זה כל כך ובשכיר אינו במציאות על פי הרוב שיזכור היטב מפני שעסקיו מרובין כמו שכ' תוס' שם משם ירושלמי לכן חשו חז"ל שאף עפ"י שיתקנו שיהיה חייב שבועה מ"מ יהיה ללא תועלת כיון שאינו במציאות שיזכור ודמיונו מתחזק אצלו וכיון שיתחיל לכפור שוב לא יתן לב כל כך כיון דאינו במציאות ושוב לא יודה מה שאין כן בפוגמת כיון שיודע שאם יאמר הלוה פרעתי כולה יתחייב לישבע נותן מיד על לבו בחוזק שלא ישכח מסכום הפרעון לכן רמו רבנן עליו שבועה כי היכי דלידוק וכן מבואר שם בש"מ משם הר"ח דכיון דרמו עלה שבועה ויודעת דמשתבע תידו' עכ"ד והיינו דבשביל שיודעת דמשתבע תידוק מיד בשעת פרעון לשום על לב שיהיה בזכרון בבירור גמור. וזה נמי הטעם בהא דאמר אביי ב"מ (דף ו') דלא אמרינן מגו דחשוד אממון חשוד אשבועה משום ספק מלוה ישינה וממון איתא בחזרה שבועה ליתא בחזרה ולא אמרינן כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה דכיון דיודע שצריך לישבע ישים על לבו שטענתו יהיה בבירור גמור שיכול לישבע עליו ואם לא יצטרך לישבע לא ישים על לבו כל כך להזכיר את עצמו בבירור מה שאין כן בשכיר דבלתי באפשרות שמיד בשעת מעשה אף שיודע שיצטרך לישבע אם יתבענו השכיר שיזכור בבירור ונתאמ' אחר כך אצלו הטענה בברי שפרע לו עד שישבע ע"ז ג"כ. ולפי זה י"ל לעולם כהנך דיעות הסוברים בבעה"ת שם דחזקת שטר עדיף ואף באינו יודע מוציאין רק בפוגמת חשו חכמים די"ל הואיל ופרע קצת פרע הכל ודמיפרע לא דייק כל כך ודמיונו כוזב לו לומר ברי שלא פרע הכל ויגבה שלא כדת כיון דלא דייק ורמו שבועה עליו שידע שיתחייב לישבע וישים על לבו מיד לדייק היטב מה שאין כן אם באמת טוען אינו יודע ולא נפגם השטר יש לומר דגובה מטעם חזקת השטר רק בפוגם רמו שבועה שידע כיון שיצטרך לישבע ידייק וישים על לבו אם האמת הוא שפרע הכל או לא:

ובזה מיושב דעת הש"ך (סי' פ"ט ס"ק י') דכתב וההה"ד בכל הנשבעין וניטלין שנוטלין בשבועתן ומוציאין מבעה"ב אם הם מוחזקין ויש להם מגו נוטלים בלא שבועה בנקיטת חפץ ואין נשבעין רק היסת ועמד על זה ש"ב הה"ג מ' צבי הירש אויערבאך נ"י אבד"ק קאנין למה כלל הש"ך כל נשבעין ונוטלין ויש בכלל זה גם כן פוגם שטרא הא כבר כתבו תוס' הא דלא מהימן בפוגם במגו משום דהוי בדדמי ואינו רוצה לשקר ואם כן מה תוסיף

תת כח לו המגו לפוטרו משבועה. וכבר עמד על זה בספר שער משפט שם ולמה שכ' יש מקום לדברי הש"ך ויש לומר דמודה היכא דהיה בידו משכון קודם שפרע המקצת דלא מהני המגו כיון דעיקר מאי דרמו רבנן שבועה בפוגם הוא כי היכא דלידוק כיון שיודע שיצטרך לישבע רק הש"ך דקדק בלשונו אם הם מוחזקין נוטלים בלא שבועה ובפוגם כוונתו אם תפס שלא בעדים אחר שפרע המקצת בזה שפיר מהני התפיסה לפוטרו משבועה דכיון דיש לו מגו הבא לו אחר כך מצד אחר נאמן על טענתו דטוען ברי כיון דבשעת הפרעון ע"כ העלה על לבו לדייק שפיר דלא יסמוך עצמו על זה שיתפוס ממנו ויהיה נאמן במגו רק דיבוא לגבות ממנו ולהוציא בדיינין ואז יתחייב שבועה דרמו רבנן עליו כי היכא דלידוק אם כן נותן על לבו שיהיה בירור גמור לו שיהיה בידו לישבע על זה ואחר כך כשיש לו מגו מצ"א מקבלין טענתו הברור לו כיון דלא חיישינן למשקר הואיל דיש בידו השטר. ומלבד זה יש לומר אף אם היה בידו משכון מעיקרא דלא תקנו שבועה בפוגם רק כשבא להוציא אבל ביש בידו משכון אף דברי ושמא לאו עדיף הברי להוציא מ"מ כבר חקרו האחרונים באם יש לבעל השמא חזקת ממון לחוד ולבעל הברי חזקת מרא קמא אם מוציאין ועיין קונטרס הספיקות בקצוה"ח (כלל א') וצד הספק שלו הוא היכא דאין לבעל הברי חזקת מרא קמא וכבר הבאתי בהגהותי בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ט') דברי הרמ"ך בש"מ ב"מ (דף ק') דמסתפק באם יש לבעל הברי חזמר"ק ושם הבאתי דברי אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' קפ"ג) להוכיח מדברי רמ"א (סי' קפ"ה) בסרסור אומר בנ' אמר בעה"ב למכרו ובעל הבית אומר בק' אין מוציאין מלוקח הרי אף דמסייע לבעל הברי חמר"ק אין מוציאין. ולמה שכ' הסמ"ע שם (ס"ק י"ב) אינו ראיה ועיין מה שכ' שם בד"ח בזה וגם למה שכ' המג"א (סי' ת"ט) משם רבינו בצלאל אשכנזי ז"ל דהיכא דידענו דעשה השליח שליחותו חזקה דלא שינה וזה לכ"ע אף אם לא סמכינן על חזקה דשליח עושה שליחותו מ"מ אם עשה מעשה ודאי לא שונה אם כן שם בסרסור יש לומר גם כן כך כיון דעשה שליחותו למכור יש חזק' דלא שינה מן דעת המשלח המוכר וא"ר משם. ומ"מ במשכון דבע"ח קונה משכון וידענו עפ"י הלוה גם כן שהיה לו בו קנין ובפרט אם גם עכשיו יש לו קנין ומחולקין על סכום הפרעון לא מהני הברי נגד שמא להוציא. וע' מה שכ' (סי' ע"ב) דעת הרשב"א דהמלוה חשיב מוחזק ועיין שם בדברי משפט (ס"ק י"ב) וכאן עדיף כיון דנשתעבד מעיקרא על הסך שתובע רק הספק על הפרעון אם כן הוי כבא להוציא ממנו ולא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וזה צ"ע. ומ"מ כשבא המגו מצ"א אחר שפגם או אחר פרעון המקצת בזה אתי שפיר דברי הש"ך כיון

דבלעדי התפיסה היה נאמן בשבועה ורמי על נפשו ומדכר דמדייק שפיר ונאמן המלוה שדייק מעיקרא במגו וכמו שכ':

והיכא דנשתטה המלוה והלוה טוען דפרע דהוי ברי גרוע יש לומר דגובה האפוטרופס שמעמידין הב"ד ואף דאינו יכול לישבע שלא נפרע מ"מ לא מבעי למה דהכריע הש"ך (סיצ"ב) בחשוד דאף דאינו יכול לישבע לא מפסיד ה"נ לא מפסיד ומוקמינן השטר על חזקתו אלא אף לדעת הרמב"ם וסייעתו דבחשוד מפסיד י"ל דקנסינן ליה אבל היכא דא"י לישבע מצד אונס לא. ועי' קצוה"ח (ס' פ"ב) ונתיבות (סי' ע"ב ס"ק כ"ה) וכאן עדיף דאנן טענינן עבורו ואף דלא מצינו טענה להוציא מ"מ כשיש שטר בעינן שמא גרוע ובלא הוי ליה למידע לא מפסדינן ליה לשטרא ומכ"ש בנשתטה:

ואם בא לגבות מן היורשים בשטר וטוען שמא כ' הנתיבות אף דהוי שמא טוב וברי גרוע מה שהב"ד טוענין עבור ותומים מ"מ דינו כמו בחשוד שהוציא שטר על יורשים המבואר (סי' צ"ב סי"ב) דאינו גובה וכתב ואפילו כ' בו נאמנות דבטענת איני יודע לא שייך בו נאמנות. וזה דבר תימא הא בטור שם כ' דהוי כמו מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דאינו גובה. ועיין שם בפרישה דכמו דהתם מפסידין בני המלוה הואיל דאינם יכולים לישבע כ"ש במלוה עצמו כשאינו יכול לישבע דאינו גובה דהקילו גבי יתומים והוא התקנה עצמו דרו"ש וא"ז בכלל אמרם הבו דלא לוסיף עלה ושם אם יש נאמנות בהשטר דאביהן לא היה צריך לישב' גובין כמבואר (סי' ק"ח) אם כן למה יגרע כח נאמנות בשביל שאומר איני יודע הא כל מה דצריך לאלים כח יתומים הוא כשיש חיוב שבועה וכשאינו יכול לישבע נגדם שבועת המשנה אינו גובה אבל במקום שיש נאמנות ואינו צריך לישבע אף דטוען שמא מ"מ י"ל כיון דליכא ברי טוב נגדו מוקמינן השטר על חזקתו אף דשמא גרוע הוא דהוי ליה למידע מ"מ חזקת שטר עדיף דהא הנתיבות בעצמו כתב דאם דבמקום דלא הוי ליה למידע כגון שצוה לפרוע לשליח והמלוה מסופק דאם הלוה חי וטען שפרע לשליח דפטור כמו שכ' בש"ך (סי' קכ"א ס"ק מ"א) מ"מ לא טענינן עבור היורשים אף שהוא להחזיק והוי כברי מ"מ כיון דהשמא הוא עוב דלא הוי ליה למידע לא אמרינן ברי עדיף דאפילו באיני יודע אם פרעתיך דעת כמה פוסקים דבלא הוי ליה למידע פטור כ"ש הכא עכ"ד. וכיון דמדמה לאיני יודע אם פרעתיך ושם עיקר הטעם דבלא הוי ליה למידע דנשאר חזקת חיוב ובהוי לי' למידע טענה גרוע הוא ומחזיקין אותו למשקר וטען שמא אבל אם היה ברור לב"ד שאינו יודע היה פטור כמבואר בנתיבות (סי' ע"ה סק"ז) ואם כן כאן גם כן כיון דבלא הוי ליה למידע מוקמינן השטר על חזקתו וגובה מן היתומים ממילא כשיש נאמנות בהשטר ואם היה טוען ברי לא הי' צריך שום

שבועה אף דהשמא גרוע וכי משום דהיה לו לידע ולא ידע קנסינן ליה ולמה לא יגבה מן היורשין:

אולם באמת במה דכ' הנתיבות כיון דהש"ך (סי' קכ"א) מדמה ליה לחנוני על פנקסו לגמרי דמי וכמו בחנוני אם מת אין היורשי' גובין כמו כן נמי לא טענינן בעדם דפרע לשליח. יש לגמגם בזה דשם הוא להוציא אבל להחזיק בפרט להפוסקים דאף מלתא דל"ש טענינן עבור יתומים למה לא טענינן עבורם דלמא אם הי' אביהן חי היה טוען דפרע לשליח והש"ך שם לא כתב רק מכח כ"ש כמו בחנוני על פנקסו דנשבע ונוטל מבעה"ב אע"ג דפועלים מכחישין כיון דצוה בעה"ב ליתן כ"ש דהלוה פטור כיון דהרשהו ליתן אבל מ"מ יש לומר דעדיף כיון דהוי להחזיק וטענינן גם עבור יורשים דלמא פרע אביהן והוי להחזיק ובחזקת שטר לחוד כיון דטוען שמא אף דלא הוי ליה למידע אין מוציאין רק היכא דגם הלוה טוען שמא דהוי ריעותא טובא דמיפרע לא דייק ודפרע דייק ובזה יש לומר אף במקום דהוי ליה למלוה למידע דגובה אבל בעד יתומים דליכא ריעותא אנן טענינן אף בלא הוי ליה למידע ואף ביש נאמנות בשטר מ"מ לא מהני נאמנות כיון שטוען איני יודע וכמו שכ' באורים דנאמנות לא מהני אם אינו יודע היכא דהמלוה טוען שמא אבל אם נאמר דחזקת שטר עדיף ובלא הוי ליה למידע גובה מיתומים יש לומר דגם בהוי ליה למידע גובה היכא דיש נאמנות ועיין מה שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' נ"ט) בזה ועיין נתיבות (סי' ע"ח ס"ק א') הא דגובה בשטר אם שניהם טוענים שמא הוא משום דלא ריעא כל כך טענתיה דמלוה דסמך אשטרא ולכך אינו זוכר וכיון דלא ריעא יש לומר דרק אם הלוה מעיז ומכחיש כנגדו וטוען ברי דפרע לו אז אינו גובה אבל בעד יתומים דלא הוי טענת ברי טובה מוקמינן השטר על חזקתו רק שבועה צריך ומפסיד מתקנה דרב ושמואל כשאינו יכול לישבע אבל אם יש לו נאמנות י"ל דגובה:

והנה ראיתי בתשובת דברי ריבות (סי' פ"ו) דדן במלוה שחמר ללוה אני הולך למקום אחר וציוה עליו שיפרע לסוחר נכרי פלוני והנני מניח בידו שטרך וקבלתו כקבלתי וטוען הלוה שפרע והיה נחפז ללכת ולא לקח ממנו השטר והנכרי החזיר להמלוה השט' ודן כיון דהמלוה אינו יכול לישבע פטור הלוה. ובמל"מ (פ"ד) מטוען כתב על דבריו שכתב ואע"ג דלא אמרינן מתשאיל"ם אלא בשבועה דאורייתא וכמו שכ' רשב"א בתשובה וכתב המל"מ דהדברים פשוטי' דעד כאן לא חילק הרשב"א בין שבועה דאורייתא לדרבנן אלא בנשבע ונפער אבל בנוטל אם אינו יכול לישבע א"נ כמו שכתב רשב"א גבי פוגם שטרא בתשובה המיוחסת (סי' פ"ה) מובא ב"י (סי' ע"ב) וי"ל דעד כאן לא כתב הרשב"א רק בפוגם דאינו נוטל רק בשבועת המשנה ואף אם לא טען אנן טענינן ליה בזה אלימי

הריעותא וכשאינו יכול לישבע אף בלא הוי ליה למידע מפסיד אבל בשבועה דפרע השטר דאי לא טען אנן לא טענינן ליה בזה דן המר"י אדרבי ז"ל די"ל אם אינו יכול לישבע ובלא הוי לי' למידע דאינו מפסיד. ועיין תשובת ר"י בן מיגאש ז"ל (סי' ס"ד) במלוה שהוציא שטר חוב והלוה טוען שכבר פרע וגם טענת אין לי דאינו דומה לפוגם שטרא דאנן טענינן שישבע שלא נפרע כולה לכן אין הלוה חייב לישבע שאין לו לפרוע עד שישבע מקודם המלוה אבל בטוען אישתבע לי דלא פרעתיך כיון דאנן לא טענינן לי' חייב הלוה לישבע מקודם שאין לו דלא מרעינן ליה לשטרא משום טענה ואף השבועה אין הב"ד מחייבין אותו אלא עד שיאמר אשתבע לי הרי שהשטר אצלם קיים על חזקתו לכן מן הראוי שישבע הלוה שאין לו קודם שישביע את המלוה על השטר עיין שם. הרי דשבועה מה שהב"ד מחייבין אותו בלא טענת הלוה מביא אותנו לבית הספק ולא שבועה דמשביעין אותו על ידי טענת הלוה דתובע שבועה. כמו כן יש לחלק אף אם בפוגם שטרא וכן בבא ליפרע מיתומים דמפסיד אם אינו יכול לישבע מ"מ אינו ראיה היכא דטוען אשתבע לי דלא פרעתיך באם אינו יכול לישבע די"ל דאינו מפסיד לכן האריך המר"י אדרבי להביא ראיות דאין לחלק דגם שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך הוא כעין שבועת התורה ודן דאף בלא הוי ליה למידע דפטור הלוה ואינו חייב רק חרם סתם. אולם הדברים קשים להורע כח השטר במקום דלא הוי ליה למידע ואף דהרשהו לפרוע להנכרי מ"מ הא אידכר ליה השטר ואמר ליה אני מניח שטרך בידו ואם כן אף אם נאמר מתשאיל"ם מ"מ היינו משום דהרשהו ללוה שיפרע להנכרי הסוחר אולם כיון דהזכיר לו השטר והוא פשע ולא לקח ממנו השטר כבר שינה בשליחותו דאם היה לוקח השטר מיד הנכרי הסוחר לא היה יכול להעיז נגד המלוה ולומר דלא פרע לי כיון דאין בידו השטר להחזיר לו והיה יכול לתבוע מן הסוחר בדיניהם או שיחזיר לו השטר או שיתן לו המעות שקבל בעבורו ועכשיו שהנכרי החזיר לו השטר אין לו לתבוע ממנו כלום והוי כאלו פרע הלוה שלא מדעתו להסוחר ובזה ודאי גובה המלוה בשטרו. ואף בשליח אם לא לקח השטר מן המלוה אינו חייב רק אם אמר לו שיקח השטר אבל אם לא אמר לו שיקח השטר אעפ"י שהודיעהו שחוב בשטר עליו פטור דמצי אמר סבר הייתי שאת סומך על אמונתו כמבואר בב"י (סי' נ"ח) משם בעה"ת ועיין שם בש"ך (ס"ק ה') מ"מ בנכרי יש לומר למה שכ' מבי"ט מובא בש"ך שם (ס"ק י') דגם שם חייב ואף דדעת הש"ך אינו כן היינו בשליח דאין צריך לעשות שליחותו יותר ממה שאומר לו אבל בהרשהו להלוה לפרוע להנכרי אם לא לקח ממנו השטר אזיק ליה בבירור דהנכרי יכחיש ויחזיר

לו להמלו' השטר וכיון דגם זה לא ידענו אם שילם וריעותא לפנינו דהשטר ביד המלוה יש לומר דהשטר בחזקתו ול"א בכה"ג מתשאיל"ם:

שוב ראיתי בנתיבות (סי' נ"ח ס"ק ח') דכתב דדוקא כשאומר ללוה שיפרע לשלוחו בלא השטר אז יכול המלוה לומר את הימנתי' דומיא דחנוני על פנקסו אבל כשמרשה לשליח ומוסר השטר בידו לא האמין להשליח שיתן המעות בידו עד שיקח השטר מידו דאז לא יכול השליח לכפור בקבלת המעות אבל בלא לקיחת השטר שיהיה יכול לכפור הקבלת המעות ודאי דלא נתרצה שיתן לו המעות באופן זה ולא האמינו בזה עיין שם ואם כן מכ"ש כשמרשה אותו שישלם לנכרי ומזכיר לו השטר לא הרשהו שישלם לו עד שיקח השטר ושינה בשליחותו ויש לומר דלא נפקע בטענתו השטר:

ומ"ש הדברי ריבות דאף אם טוען המלוה ללוה שישבע לו אינו חייב רק חרם סתם גם כן יש לומר אף אם נאמר דהואיל דלא צוה עליו שיקח מהנכרי השטר אינו חייב בשביל זה מ"מ אף אם לא נצרף הברי של הנכרי לחייבו בפרט דהוי נוגע ועיין ש"ך (סי' צ"א ס"ק ג') ובתומים שם מ"מ חייב היסת לישבע הואיל דחובו היה ברור וגם השטר הוא בידו. ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק מ"ו) ובפרט שהוא רגלים לדבר דהניח השטר ביד הנכרי ואף דבטוען אינו יודע אם פרעתני אין הלוה חייב אף היסת על כרחך משום דריעא טובא כחו של שטר דהוי ליה להמלוה לידע אם פרע או לא וברי של הלוה טובה דחזקה אין אדם מעיז לומר דפרע אם לא פרע לו ולא מחזיקינן לרגלים לדבר במה שהניח השטר ביד המלוה לחייבו בשביל זה היסת. אבל בלא הוי למידע דשמא דהמלו' טובה וברי דהלוה גרוע דאינו מעיז ורק סומך את עצמו לומר דפרע דנחזיק לדברי הנכרי לשקרן כאשר פיהם כו' ואם כן במה שהניח השטר ביד הנכרי רגלים לדבר טובא דלא פרע ומידי שבוע' עכ"פ לא יפטור וגם יש לומר דחייב לשלם כמו דנראה מדברי בעה"ת דבלא הוי ליה למידע גובה ועיין מה שכ' אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' קכ"א ס"ק ד') וכאן עדיף כיון דהזכיר לו השטר ואיהו דאפסיד אנפשיה דפרע להנכרי ולא קבל ממנו השטר וצ"ע לדינא:

ועיין תשובת ראנ"ח (סי' פ"א ח"א) במורשה שעושה שטר עבור המרשה ואחר כך טוען שפרע להמורשה וכתב ואין שום סברא שמי שהיה אפוטרופס באיזה זמן על נכסי אדם שיהי' נאמן על שטר היוצא מתחת יד הבעלים שהוא פרוע עיין שם מה שהביא מדברי תשובת רשב"א מובא ב"י (סי' ע"ב) על לוקח שטר חוב מחבירו ואמר הלוה פרעתיו למלוה כיון ששטרו בידו חזקה שלא פרעו והביא דבריו בש"ך (סי' ס"ו ס"ק ק"י) והוא נגד כל הפוסקי' והש"ך כתב דתשובת רשב"א זו היה המוכר חייב ללוקח בלא"ה והי' משתעבד לו שטר זה מדר"נ ובכה"ג אינו יכול למחול ולומר פרוע. וזה אינו להמעיין

בתשובת רשב"א (ח"ד סי' קס"ה) רק דגוי מכר את השטר לראובן שהיה לו על שמעון וכתב שאם אין המלוה רוצה לישבע אין חוששין לו ואין לוקח זה כאומר איני יודע אם הלויתיך ואם נתחייבת לי אם לאו דכיון ששטרו בידו חזקה לא פרעו דאם כן שטרו ביד מלוה מאי בעי ואם אין אתה אומר כן אף היורשים לא יגבו שטר חוב שהניח להם אביהם שיטעון הלוה פרעתי את אביכם והיורשים אין להם טענת ברי שלא פרעו וחזרו להיותן כאומר איני יודע אם הלויתיך ולבסוף דבריו כתב דאפילו הודה הלוה שפרע אינו נאמן עיין שם. ומדבריו מבואר דלא כש"ך הנ"ל ובאמת יפה כתב הראנ"ח דתשובה זו היא נגד כל הפוסקים דאם אינו רוצה לישבע סוברים דאינו גובה ועיין מה שכ' בשער משפט (סי' ס"ו ס"ק י"א) דרשב"א איירי שנפרע קודם המכירה ועל זה אינו נאמן אף במגו עיין שם דכדבריו נראה מדברי הרשב"א בחלק ד' הנ"ל. עכ"פ הרשב"א מדמה לוקח ליורש דגובה מטעם חזקה דשטרא ביד המלוה מאי בעי מהני אף בטענת איני יודע במקום דלא הוי ליה למידע וכמו שכ' הבעה"ת ונראה מדבריו גם כן דבל"ה לי' למידע דהוי שמא גרועה גובה המלוה.

ואם שניהם מסופקים בפרעון המלוה והלוה מבואר מדברי הש"ע (סי' פ"ב) דגובה בהשטר ובזה יש לחקור אם לא גבה עדיין המלוה בו וידענו דהלוה טען גם כן שמא ומת אם גובה מיורשיו דהא י"ל אם חי דלמא היה טוען נזכרתי בבירור שכבר נפרע השטר ובודאי אם היה חי והיה טוען נזכרתי דהיה נאמן כמו המלוה אם טוען נזכרתי אחר כך דכתב בש"ע דגובה כמו כן אם אומר הלוה אחר כך נזכרתי בבירור דהוא פרוע דאינו גובה אם נשאר המלוה בספק וטוען שמא א"כ טענינן כל מה דאביהן היה יכול לטעון או דלמא דזה לא שכיח הוא ואין טוענין עבור יתומים וכה"ג יש לחקור במוב"מ ואמר חמשין ידעתי וחמשין לא ידעתי דהוי מתשאיל"ם ואם שוב אמר נזכרתי ומכחיש בבירור דמהני ואינו חייב אלא שבועה ועיין נתיבות (סי' ע"ה ס"ק ח') דגם באינו יודע אם פרעתיך ונ' ידענא ונ' לא ידענא יכול לומר אחר כך נזכרתי רק בנעשה מתוך על ידי עד א' כיון דאז נאמן כב' במה שאמר שלא פרע שוב אינו נאמן לומר אחר כך שנזכר להכחיש העד דנעשה כשנים. ואאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' ע"ה) הביא ראי' דגם בנ' ידענא ונ' לא ידענא אינו נאמן לומר נזכרתי מתוספת כתובות (דף י"ב) דהקשו לר"ה ור"י דברי ושמא ברי עדיף למה לי קרא בנ' ידענא ונ' לא ידענא דחייב מטעם מתוך הא בלא"ה חייב מטעם ברי ושמא ברי עדיף והא אף אי ברי ושמא ברי עדיף מ"מ יכול אחר כך לומר נזכרתי אלא ודאי דדוקא היכא דאיכא עד א' והוא טוען איני יודע אינו נאמן לומר אחר כך נזכרתי. ואכתי יש להבין בדברי תוס' שם דלמה צריך לתרץ דאיכא

למידרש שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דשניהם לא ידעי אלא שעד א' מעיד שחייב לחבירו וזה תליא במחלוקת הפוסקים אם טענו בספק על פי עד חייב הא נ"מ אף אם התובע טוען ברי לענין אם טוען אח"כ נזכרתי דמטעם בו"ש הי' פטור ומטעם מתוך אינו יכול לטעון אח"כ נזכרתי כיון דכבר נתחייב על ידי עד א' דהוי כשנים ומשמע מזה דאף בנעשה מתוך על ידי עד א' יכול גם כן לומר אחר כך נזכרתי ודלא כמו שכ' הנתיבות. עכ"פ היכא דנתחייב מטעם מתוך דיכול לומר נזכרתי יש לחקור גם כן אם מת אם טענינן עבור יורשין דלמא אי הוי אביהן קיים הי' טוען נזכרתי. ועיין קצוה"ח ונתיבות (סי' ס"ט) דחקרו היכא דחייב שבועת מודה במקצת ולא נשבע עדיין ומת אם חייבין היורשים לשלם כיון דכבר נתחייב אביהן ושבועה במקום תשלומין קאי וה"נ יש לומר כיון דכבר נתחייב ממון לא טענינן עבורן אם היה חי דהיה אומר נזכרתי:

ועיין ש"מ ב"מ (דף צ"ז) בטעמא דמלתא דאמרינן מתשאיל"ם דהוא כמו אם אינו רוצה לישבע דנחתינן לנכסיו כן כשאומר שאינו יכול לישבע כן נמי אם מת ולא נשבע הוי כאינו רוצה לישבע דכבר נשתעבדו נכסיו. אולם ברדב"ז (ח"ה סי' ש"א שי"ט) כתב בפשיטות כיון דנאמן בשבועתו לא נתחייב ממון ואינו גובה מיתומים. וכן משמע מדברי רמ"ה ב"ב פרק ג"פ (סי' קל"ג) שכ' בהא דגובה מיתומים בשמתיה ומית בשמתיה דמשכח גווני כגון דא"ח מודה אינו נאמן דנתחייב לשלם על ידי מתוך עיין שם ומדלא כתב בפשיטות דמת קודם שנשבע אלא ודאי דמ"מ כיון דל"נ אביהן רק שבועה אינו גובה מיורשין רק היכא דכבר נתחייב ממון על ידי מתוך בזה יש לומר אף אם היה חי היה יכול לומר נזכרתי מ"מ לא טענינן עבור יתומים וכן נמי היכא דטען בחיו דאינו זוכר אם נפרע השטר חוב שביד המלוה אף דגם המלוה טוען שמא יש לומר דגובה מיורשין ולא טענינן דלמא אם היה אביהן חי היה טוען נזכרתי וצ"ע. ועיין בבית מאיר (סי' קע"ח סט"ו) דדן בטוען איני יודע אם פרעתי ונתחייב וסירב ושמתוהו ומת אם היורשים חייבים וכ' דבכה"ג אין טוענין עבורם כיון דגם האב שוב לא הוי יכול לטעון ברי ואף דכתב רמ"א (סי' ע"ה) דאם חזר ואמר אחר כך נזכרתי דנאמן מסתבר דהיינו דוקא כל זמן שלא הגיע לשמתא משמע מדבריו דבלא שמתוהו טענינן עבור יתומים אולי אם הי' אביהן חי היה טוען נזכרתי ומה שכ' לדון דלגבי יתומים הוי כאיני יודע אם נתחייבתי כבר השיג עליו אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ד'):

והיכא דהשטר הוא תוך זמנו של הפרעון והמלוה מסופק והלוה טוען ברי דפרע למה דכ' הש"ך (סי' ע"ח) דאינו גובה על ידי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו כיון דאיתרע החזקה על ידי השמא של המלוה וכן העלו שם התומים והנתיבות דאינו גובה ויש לומר

דהוא דוקא אם ליכא רק חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לחוד אבל אם עוד יש חזקה דשטרי בידך מאי בעי יש לומר דגובה דהוי חדא במקום תרתי ויש לומר דתליא בשני תירוצים בתוספת כתובות (דף ע"ו) ד"ה וחדא דלתירוץ הראשון דכתבו דטעמי האשה עדיפי וכ"נ וכ"ה גרידא דעדיפא מחזה"ג הוא משום דמסייע ליה חזקת ממון וכן חזקה דאין אדם מתפייס במומין מסייע ליה חז"מ ולחד מנייהו יש כח לחזקת ממון לסייע אבל לתרוויהו בהדי הדדי לא מסייע אם כן יש לומר ה"נ כיון דחזקת שטר עדיף ומוציאין ממון רק הואיל דטוען שמא ומסייע ליה חזקת ממון וכן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף ומוציאין ממון רק כיון דטוען שמא איתרע ומצטרף לחז"מ הברי ולחד מנייהו יש כח לחזקת ממון לסייע להברי אבל לתרוויהו בהדדי לא. אולם לתירוץ השני שם בתוס' דלכך עדיפי טעמי האשה משום דאפילו לא יהיה אלא אחד מהן אמת או חזקת הגוף או אין אדם שותה בכוס יש לה כתובה ובעל לא מפטר עד שיהא כל הטעמים שלו אמת אם כן כאן לא שייך זה דבא רק בכח השטר אם פרעו והניח השטר אף שהוא תוך זמנו או לא וכיון דאיתרע במה דאומר שמא אמרינן ברי עדיף בצירוף חזקת ממון וכן נראה מסתימת הפוסקים:

ואם מודה הלוה דלא פרע השטר רק דטוען יש לי בידך חוב אחר כנגד השטר ובזה נפקע השטר והמלוה אומר על חוב אחר שאינו יודע כתבו הקצוה"ח והנתיבות כיון דהדין הוא בשנים שיש להם חוב זה על זה דזה גובה וזה גובה אם כן אף אם אמת הדבר דחייב לו לא נתבטל השטר ואין כאן ספק בשטר כלל נשבע המלוה שאינו יודע אם חייב לו וגובה בהשטר. ואאזמ"ו ז"ל בדברי משפט מגמגם בזה להמבואר (סי' ע"ב) ברמ"א דהיכא דיכול לטעון על מה שתחת ידו יכול לישבע בסתם דאינו חייב לו כלום היכא דליכא נפקותא ואם כן יכול הלוה לעכב לעצמו מה שחייב לו על השטר עבור חובו והוי כטוען לוה ברי פרעתי ומלוה אינו יודע דפטור הלוה. ואאמ"ו ז"ל בד"ת חיו"ד (סי' ל"ד) תמה על זה כיון דלעולם זה גובה וזה גובה והיכא דאיכא נ"מ בעיקר הפרעון וכשאינו יכול לגבות מיתמי מפסיד והכא נמי כיון דעכשיו איכא נ"מ דעל טענת הלוה שיש לו בידו כנגדו מפסיד הלוה דהוי המלוה כאינו יודע אם נתחייבתי והשטר חוב של המלוה הוא ברי שלא נפרע צריך הלוה לשלם מה שאין כן היכא דנאמן להחזיק במה שבידו יכול לישבע סתם שאינו חייב. וכנראה דעת אאזמ"ו ז"ל הוא שגמגם במה שכתבו הם כיון דבטענה הזאת לא נפטר מחובו רק זה גובה וזה גובה ול"ש חז"מ דלוה דאכתי חייב הוא רק שבא לתבוע מהמלו' חוב אחר ואף אם אמת הוא דיש לו בידו כנגדו לא נתבטל השטר ואין כאן ספק בשטר ועל זה כתב בד"מ דכיון דאם אמת הדבר דיש לו בידו כנגדו

יכול לעשות חשבון על פרעון חוב ובמקום פסיד' עביד אינש דינא לנפשיה וכיון דבחוב ברור זוזי וזוזי הוי כאומר עשיתי חשבון דאין לך בידי ובשמא דמלוה אינו יכול להוציא ממון רק יש לומר דמ"מ כיון דאין ספק על פרעון השטר במה דעומד לפרעון רק מצד אחר מוציאין עם חזקת השטר בלבד ועיין בספר ושב הכהן (סי' ס"ז) דהעלה גם כן לדינא דנשבע המלוה שאינו יודע וגובה בהשטר:

והנה כל דבריהם המה למאי דפשיטא להו להלכה דברי ושמא דלאו ברי עדיף ואף היכא דחייב לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה כמבואר בש"ך (סי' ע"ה) משם הרמב"ן עיי"ש אבל להסוברי' דהיכא דחייב לציד"ש מהני תפיסה אם כן לדידהו אין המלוה גובה בהשטר כיון דמצד טענת הלוה דיש לו בידו כנגדו חייב המלוה לצאת ידי שמים ומהני תפיסת הלוה החוב שעל השטר בעד חובו. וראיתי בספר בית מאיר (ס"ס קע"ד) דיצא לדון בדבר חדש ותמה על הש"ך דיש לומר דהרמב"ן לשיטתו דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה ואף בטענת ברי היכא דתחילת דין הממע"ה אם לא שלא בעדים לכן גבי איני יודע אם נתחייבתי אינו דן רק מטעם חיוב לצאת ידי שמים וכ' דלא מהני תפיסה אבל להחולקים וסוברים דבספיקא דדינא אף דלהתופס יש נמי ספק אם חייב לו מ"מ מהני תפיסה כיון דהוא מוחזק מכ"ש שיועיל תפיסה בברי נגד שמא דהא בספיקא דדינא אינו חייב אף לצאת ידי שמים ואם כן למה שכתב הש"ך בת"כ דבטענת ברי אף בספק בשטר מהני תפיסה כיון דיש ספק לנו ומהני טענת ברי מכ"ש באיני יודע אם נתחייבתי דודאי ספק לנו כיון דגם לנתבע יש ספק מסתבר דמהני תפיסה דידיה ואין מוציאין מידו מספק. ועל פי זה הוסיף עוד להוכיח דע"כ דעת הרי"ף כדעת רמב"ן דלא מהני תפיסה דאל"כ קשה מה הוצרך לבאר בסוגיא דשקה"ד דעובדא דר"י בר"י ור"ח ל"ה טעות בשקה"ד ולהכי קם דינא בהחלק שפרעו הא אפי' הוי טעות בשקה"ד או בד"מ אכתי אטו משום דאדם עשוי שלא להשביע את בניו הוי ודאי שכן הוא והודאותו היה אך שלא להשביע זה א"א ומ"מ מידי ספק לא פלטינן רק משום דאפשר דשלא להשביע הודה דממילא פטורין היורשים דהוי כאא"י אם נתחייבנו וא"כ איך אפשר ליהדר דינא מה שכבר פרעו לא יהי' רק כתופס וטוען ברי אלא ודאי דרי"ף סובר היכא דתחילת הדין הוא הממע"ה לא מהני תפיסה ועכ"ז הקשה הא הוי כתופס ברשות עיין שם דמדחיק את עצמו בזה. ולדבריו דבברי ושמא מהני תפיסה אם כן אף דהשטר מבורר דלאו פרוע הוא מ"מ בטוען יש לי בידך כנגדו והמלוה מסופק יכול לתפוס חוב של השטר על החוב שיש לו בידו כנגדו. ואף דהש"ך בת"כ (סי' ק"ל) העלה דל"מ תפיס' נגד שטר דמקרי גבוי לענין זה היכא דהספק אינו על שטר זה רק ממ"א כבר השיג עליו האו"ת שם.

ובנתיבות בכללי תפיסה (סי' ט"ו) ישב דבריו ומבואר מדבריו שם דהיכא דליכ' ספק על השטר רק מצד אחר לא מקרי זה שהמעות בידו מוחזק ולתפוס אף בטוען ברי ובתרי ותרי רק אם נפל ספק על זה ממש כגון שנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע מ"מ לא נמצא מבואר כן בש"ך שם דאף בברי לא מהני תפיסה כשהספק הוא ממקום אחר ואדרבה מדברי תשובת רשב"א (ח"ב סי' כ"ה) מבואר להדיא דהיכא דיש תרי נגד תרי על חוב אחר דאינו גובה בהשטר הברור ומהני תפיסה דשם היה הנידון דלהאשה הי' כתובה מבוררת והבעל הוציא עליה שטר חוב אחר שנתגרשה והאשה טוענ' שהיתה אנוסה על השטר חוב שנתנה וכתב הרשב"א אף אם יש עדים שהעידו כן שהיתה אנוסה הוי הדין כתרי נגד תרי ומהני תפיסה והבעל כיון דחייב לה כתובה ונדוניא ויכול לומר יש לי בידך כנגדן כך וכך מעות וסיים שם דדין זה שוה בנתגרשה כבר ובמי שיושבת תחת בעלה עדיין ואין הפרש ביניהם לענין זה כלל עיין שם הרי מבואר דאף דהשטר כתובה ונדוניא ברור הוא ואין בו ספק רק דבא מצד אחר דיש לו בידה כנגדו ועל זה יש תרי נגד תרי מ"מ מהני תפיסה ועיין שם מה שכ' בנתיבות (ס"ג י"ג) לתרץ מהא דכ' רשב"א בתשובה (סי' תקע"א) באשה שמסרה לבעלה ותופס כתובתה דלא הוי כתפיסה משום דצריך שומא וגביית ב"ד עיין שם ובהך דתרי נגד תרי לא שייך לומר כן דהא כבר נתגרשה האשה והחוב ברור ומהני תפיסה ועיין מה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' מ"ו) עכ"פ מבואר להדיא דבטענת ברי מהני תפיסה נגד שטר ברור היכא דהדין הוא דתפיסה מהני ואם כן אם נאמר כמו שכ' הב"מ דבברי נגד שמא מהני תפיסה ממילא אינו גובה בשטר היכא דהלוה טוען יש לי בידך כנגדו והמלוה אומר א"י:

אולם לי צ"ע דברי הב"מ בזה ונבא תחילה על סוף דבריו דאף אם נאמר דספק ע"י טענותיהם הוי כדררי דממונ' הואי' דזה טוען ברי וזה שמא ומהני לבעל הברי תפיסה דהוי כמו סד"ד וספיקא דתרי ותרי מ"מ ודאי בברי גרוע ושמא טוב היכא דלא הוי ליה למידע לכ"ע לא מהני תפיסה כמו דלא מהני תפיסה בברי וברי ונסכא דר"א יוכיח וכמבואר בש"מ רפ"ב דכתובות דאם אי אתה אומר כן לא שבקת חיי לכל בריה כי כל א' יתפוס משל חבירו ויאמר יש לי בידך כנגדן וכמו שכ' בזה בספר ת"כ (סי' קי"ד) ורק היכא דהוי דררא דממונא או בספיקא דדינא דהספק הוא אינו דוקא על פי טענותיהם רק הספק הוא מצד הדין בזה מהני תפיסה אבל בספק שהוא על פי טענותיהם אם כן לא שבקת חיי לכל בריה דכל אחד יגזול מחבירו ויאמר דשלו תופס רק דיש לומר כיון שזה טוען ברי וזה שמא הוי כמו דררא דממונא כיון דגם להנתבע הוא ספק בזה מהני תפיסה בטענת ברי נגד שמא אבל היכא דלא הוי ליה למידע כמו ביורשין אף אם הוי

טענות שאנן טענינן בעד היורשין כשמא מ"מ גם דררא דממונא ליכא והמוציא מחבירו עליו הראיה והתופס הוא בחזקת גזלן והכי נמי מוכח מב"ב (דף ל"ו) בהני עיזי דאכלי חושלא תפסינהו והוה קא טעין טובא דאינו נאמן רק במגו דלקוח עד כדי דמיהן ומבואר שם בראשונים דבעלים אינם יודעים כמה אכלו ויש עדים דאכלו ואינם יודעים אם מעט אם הרבה כמ"ש שם ברשב"ם ואינו נאמן רק במגו ובשבועה. ואמאי הא לא יהיה רק ספק והתופס טוען ברי נימא דתפיסה מועיל וכב' העלה בת"כ דהיכא דמהני תפיסה אין חילוק בין תופס גוף הדבר שדנין עליו או תופס מטלטלין על חובו ואם כן כיון דתפיס גוף המזיק עדיף ואמאי אם אין לו מגו דלקוח מוציאין מידו ועיין שם ברמ"ה (סי' ע"ז) דהוכיח משם דאמרינן מגו מאינו מעיז למעיז דכי טעין דהכי והכי אכלו מחושלאי לא ידע מארי עיזי אי משקר או לא ואפ"ה מהני מגו ובלא מגו א"נ הרי דל"מ תפיסה ואף דיש לומר דרמ"ה לשיטתו דסובר דאף בתרי ותרי לא מהני תפיסה מ"מ הא הוא סובר דבספיקא דדינא איבעיא דלא איפשטא מהני תפיס' ועדיף מתרי ותרי דשם יש עדים כנגדו כמבואר בת"כ (סי' י"ד) ואף דהתומים שם גמגם בדבריו בדעת הרמ"ה מ"מ כנראה מדברי רמ"ה בתשובה (סי' רמ"ד) וב"ב פ' חה"ב (סי' קי"ב) דהש"ך כוון האמת לדעתו דסובר בספיק' דדינא מהני תפיסה וא"כ לדברי הב"מ דמדמה ספק דמציאות בטענותיהם לספיקא דדינא למה לא מהני תפיסה אלא ודאי דהיכא דלא הוי ליה להנתבע למידע לכ"ע לא מהני תפיסה בספק דמציאות על ידי טענותיהם. וכמו כן בעובד' דר"י בר"י כיון דהדין הוא דאדם עשוי שלא להשביע את בניו וליתומים לא הוי להו למידע ואף אנן טענינן בעדם טענת ברי ודאי דלא מהני תפיסה. וכן מוכח כתובות עובדא דבקרי דיתמי דתפסי תורא מנייהו ב"ח אמר מחיים תפיסנא דאינו נאמן רק במגו הרי דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אף אם תפס ועיין הגהות מיימוני לספר משפטים (סי' ל"ב) דר"י הביא ראיה משם דדברי' העשוין להשאיל ולהשכיר מוציאין היורשים מן המחזיק מובא בש"ך (סי' ע"ב ס"ק פ"ח) הרי דתפיסה אף בטוענין על גוף הדבר לא מהני בטענת ברי נגד יורשים דלא הוי להו למידע וכמו כן בעובדא דר"י בר"י ואף דיש לומר דשם לא הוי דררא דממונא ואין כאן ספק דמוקמינן החפץ על מרא קמא מה שאין כן שם כיון דהודה בשעת מיתה הוי כדררא דממונא ז"א כיון דאנן מחזקינן להודאתו ללא כלום דאדם עשוי שלא להשביע את בניו ולבניו לא הוי להו למידע הוי ברי גרוע ודאי לא מהני תפיסה דלדידן דאמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בניו הודאתו כמאן דליתא ועיין ש"ך (סי' פ"א ס"ק ל"ג) דמשיג על דברי המרדכי ואגודה ומדבריהם גם כן מבואר דתפיסה לא מהני.

ואף בהוי ליה למידע וטוען שמא היכא דליכא דררא דממונא מצד עצמותו בלא טענותיהם רק הואיל דזה טוען ברי וזה שמא זה לא מקרי דררא דממונא רק היכא דבלא טענותיהם הוי ספק ממילא כמו במחליף פרה בחמור וילדה דבזה מהני תפיס' לדעת כמה פוסקים כיון דהוי דררא דממונא והספק נולד ממילא כיון שידענו מהחליפין ולא נודע זמן הלידה ואף דבש"מ כ' שם משם הרא"ש דהא דאם הוא ברשות הלוקח דזכה בו ולא דמי לתוקפו כהן דמוציאין מידו דהתם טוען שמא והכא טוען ברי משמע דמטעם ברי אתי עלה מ"מ שם הוי דררא דממונא בלא טענותיהם ועיין תומים בקת"כ (סי' נ"ד) כמה לחץ בזה וכתב דשם מסייע חזקת מעוברת עכ"פ בליכא כלל דררא דממונא רק עפ"י טענות שמא באנו לידי ספק בזה יש לומר דלכ"ע לא מהני תפיסה. וכן נראה מדברי תוס' ב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא דכ' א"נ ר"נ אתי שפיר כסומכס דמודה סומכס היכא דליכא דררא דממונא דהממע"ה. ומבואר דסברו דמצד טענותיהם שהוא ברי נגד שמא לא חשיב דררא דממונא וכיון דלא הוי דררא דממונא לכ"ע לא מהני תפיסה ואינו דומה לספק דתרי ותרי דשם אף לדעת רמב"ן מהני תפיסה כמבואר בנ"י וש"מ ב"מ (דף ו') או מטעם דהוי ספיקא דאורייתא או כמו שכ' ראש הואיל דטוען ברי ועכ"פ דררא דממונא הוי וכן בספיק' דדינא בתיקו ופלוגתא דרבוותא כבר כ' הש"ך בטעם הדברי' כיון דיכול לומר קים לי כדעת המחייב ודעת המחייב יש בנמצא או מטע' שכתבו האחרונים דחזקה אינו מכריע הדין מה שאין כן בספק במציאות על ידי טענותיהם יש לומר דכיון דמוקמינן על חזקת ממון בבירור ואין לנו שום ספק המ"מ עליו הראי' והתופס הוא בחזקת גזלן ואף דכ' הרמב"ן בלשונו בש"מ שם לשיטתו וז"ל מ"מ למדנו לענין שאר תפיסות כגון המחליף פרה בחמור וכי"ב דאי תפס בסהדי מפקינן מיניה הא למה זה דומה למי שטוען את חבירו מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי דאי תפס בעדים מפקינן מניה ל"ש ברי וברי ול"ש ברי ושמא כגון הלה אומר איני יודע דפטור ואי נמי תפס מפקינן מניה והיינו תקפה אחד בפנינו כו' ברי וברי ותקפ' כהן שמא ושמא דמוציאין מידו עכ"ל ומשמע מדבריו דאם היה מהני תפיסה במחליף פרה בחמור היה מהני בברי ושמא גם כן זה אינו רק לשיטתו דאינו סובר דבדררא דממונא מהני תפיסה ולדידי' שוין כל אפין לכן פרט דאף בברי ושמא כיון דהדין הוא הממע"ה לא מהני תפיסה אבל לדעת דבברי מהני תפיסה במחליף פרה בחמור הוא רק משום דהוי דררא דממונא הא בליכא דררא דממונא כמו בתופס מחבירו דלא מהני תפיסה לא מהני אף אם הלה טוען שמא דבזה גם כן שייך לא שבקית חיי דיתפוס מחבירו שיש לו עמו עסקים וחבירו שכחן ויאמר האמת שאינו זוכר וזה אומר שחייב לו ולא אישתמיט אחד מפוסקים להשמיענו חידוש

זה דלהסוברים דבטענת ברי בדררא דממונא דמהני תפיסה מהני גם כן אף בדליכא דררא דממונא רק ברי נגד שמא. וכן מצינו היכא דטוען איני יודע אם נתחייבתי דחייב לישבע שאינו יודע ואם נאמ' דמהני תפיסה אחר כך יאמר הלוה אינו בדין שאשבע ואחר כך תתפוס ממני ויצטרך לבטל תביעתו דומיא דכ' הש"ך (סי' פ"ב ס"ק ד') דלכך בטענת סיטראי אינו חייב לישבע עד שיקרע השטר דאינו בדין שישבע ואחר כך יתפוס בעדו ובודאי הלוה יכול למיעב' כל טצדקי דאפשר שלא יכול זה לתפוס עיין שם והכא נמי דכוותי' אלא ודאי דלא מהני תפיסה:

וכן משמע מדברי תוס' ושאר הראשוני' דהקשו ב"מ (דף צ"ז) דהיכי מגלגלין שבועה לעולם דיהיה נאמן במגו דאומר איני יודע וכ' דאין זה מגו דאין אדם עושה עצמו מסופק כי אז נראה שהתובע אומר אמת שטוענו בריא והוא אומר איני יודע ועיין בר"ן שבועות פ' כה"נ ולמה לזה הא בלא"ה אין זה מגו דאם יאמר איני יודע יהיה בידו זה שטוענו בכל פעם לתפוס ממנו ואף דמצינו דאין זה מגרע כח המגו דהא בש"ס שבועות פריך שבועת השומרים דחייב רחמנא היכא משכחת הא נאמן נאנסה במגו דלהד"ם ולא אמרינן דלכך טוען נאנסה שזה אינו יודע ואינו יכול לתפוס ממנו אבל כשטוען להד"ם דחבירו מכיר בשקרו ויתפוס ממנו אחר כך היינו בלהד"ם דלא מהני תפיסה בעדים רק שלא בעדים ומזה אינו מתירא ממנו דישמור א"ע שלא יתפוס ממנו שלא בעדי' כמו דמשמר א"ע מכל גזלן אבל אם נאמר דבברי ושמא מהני אף תפיסה בעדים דטענת שמא נגד ברי משוי ליה דררא דממונא מזה קשה לשמור את עצמו לכן אומר להד"ם ואין זה מגו דנאמין לו שהיה יכול לומר איני יודע דמפחד לומר איני יודע שיתפוס ממנו לעולם ואף דיכול לומר אחר כך נזכרתי זה אינו דלאחר שתפס ודאי אינו נאמן לומר נזכרתי ואף לאחר העמדה בדין כ' הנתיבות דאינו נאמן לומר שוב נזכרתי מכ"ש לאחר שתפס אלא ודאי דאף באומר איני יודע לא מהני תפיסה. שוב ראיתי בש"מ ב"מ שם משם הרא"ש דכ' על קושית תוס' הנז' ועוד שהוא סובר אם היה טוען איני יודע אם יתפוס התובע משלו לא יהא יכול להוציא מידו בטענ' ספק עכ"ל הרי דדקדק לומר שגרע כח המגו משום שהוא סובר דאם יתפוס לא יהא יכול להוציא מידו בטענת ספק וטועה עצמו בזה לכן אומר להדים אבל באמת אף אם תפס מוציאין מידו כיון דהדין הוא דברי ושמא לאו ברי עדיף והממע"ה הוי התופס כגזלן ומוציאין מידו בשטר שמודה הלוה רק שטוען יש לו בידך כנגדו ועל זה אומר המלוה דאינו יודע דגובה המלוה בשטר ועל טענת הלוה הוי כאיני יודע אם נתחייבתי וכמו שפסק הקצוה"ח והנתיבו' אולם מדברי תשובת רשב"א (סי' כ"ה) הנ"ל יש לדון דאף נגד שטר ברור מהני תפיסה:

סימן מו

הש"ך (ס' ס' ס"ק ח') הביא מחלוקת הב"י וסייעתו עם המבי"ט וסייעתו אם לגבי בע"ח מאוחר שקדם וגבה שייך גם כן תקנות השוק שהמוקדם לא יגבה ממנו כשיש בשטרו מטאגמ"ק והכריע נגד הב"י וסובר דלא גרע משאר לוקח ומקבל מתנה. ובתומים כ' דהב"י סובר רק אם הגבהו הב"ד זה לא שכיח אבל אם הוא בעצמו פרע לבע"ח זה שכיח מאד. והמעיין בב"י בתשובת אבקת רוכל (סי' קנ"ו) יראה דלא כן הוא רק הב"י סובר דרק במכר ומתנה שכיח ויש בו תקה"ש ולא בפרע בחובו מדהביא ראיה מדברי הטור (סי' ק"ד) שכ' שטר מוקדם שכ' בו מטאגמ"ק טורף מטלטלין שגבה מי ששטרו מאוחר ושם סתם הטור והדין הוא אף בהגבהו הלוה ולא הזכיר תקה"ש וכן בראנ"ח (סי' נ"ד) כתב להדיא בדעת הב"י דאין לחלק בין גבה מעצמו להגבהו ב"ד ואם כן למאי דהעלה בתומים כהב"י ואפילו הדבר ספק בתקנ' אוקמינן על דין תורה ממילא אף בהגבהו הלוה מעצמו ג"כ מוקמינן על דין תורה וגובה המוקדם:

והנה הש"ך הביא ראיה כיון דחזינא במתנה איכא גם כן תקה"ש מטעמא דלענין טריפה כמאן דלא כתב ששעבד מטלטלי אגב מקרקעי כ"ש לענין בעל חוב מאוחר שקדם וגבה. ובתומים משיג עליו דאם כן אף נגד שטרות נימא כן אלא הטעם דבמלתא דשכיח תקנו ובמלתא דלא שכיח לא תקנו. ויש לדקדק בדעת הש"ך דהא קצת משמע מדברי הרא"ש פ' שבועת הדיינין דעצם טענת מתנה הוי לא שכיח אף דרמב"ן כ' שם דטענת מתנה במקום שחיי' לו ל"ש מ"מ מלשון הרא"ש משמע דעצם טענת מתנה לא שכיח וע' סמ"ע (סי' נ"ח ס"ק ט"ו) וכן מבואר בתוס' ב"מ (דף ע') דאין טוענין ליורשים טענת מתנה משום דלא שכיח. ועל כרחך הטעם משום דאם מכר איכא תקנת השוק שוב ליכא סמיכת דעת של המלוה על המטלטלין כיון שבידו למכרן מה שאין כן בשטרות כל שזה המין לא שכיח ליכא בהו תקה"ש לכן גם לגבי בע"ח מאוחר יש לומר דליכא סמיכת דעת ואינו טורף ממנו המוקדם ועיין תוס' כתובות (דף פ"ו) ד"ה לאשה דכתבו כיון דתקנת חכמים דאינו גובה מלקוחות הי' תקנת חכמים דליכא למלוה שיעבוד אף אם לא מכר הוי כאלו זמנם שוה. ועיין בדברי משפט (סי' ל"ט) דכ' עד"ז ליישב דברי הרי"ף סוף ב"ב דכ' דר"פ סובר שעבודא דאורייתא והא דגובה מיורשים הוא משום נעילת דלת היינו דמשום נע"ד אוקמי' אדאורייתא והקשו עליו דאי סובר שעבודא דאורייתא למה צריך לנע"ד וכ' דכיון דחכמים הפקיעו השעבוד באם מכר ממילא ליכא שעבוד רק מטעם מצוה אם כן אמאי מלוה על פה גובה מן יורשי' הא ליכא שעבוד לכך אמר משום נעילת דלת אוקמי אדאורייתא וכן כתבו כמה מחברים. והכא נמי דכוותיה כיון דהפקיעו השעבוד

מן המטלטלין באם מכרן או נתנן במתנה מפני תקה"ש הוי כמאן דלא כתב מטאג"ק ואם קדם וגבה אין מוציאין ממנו. אולם י"ל דתליא בזה במחלוקת הפוסקים במלוה על פה מוקדם ומלוה בשטר מאוחר אם קודם מלוה על פה להסוברים שעבודא דאורייתא ואעפ"י דהפקיעו חכמים השעבוד אם מכרן מ"מ לגבי מניה דידיה יש לו דין קדימה הרי דלא הפקיעו שעבודו רק לגבי לקוחות כן נמי בזה אף דמתקה"ש הפקיעו שעבודא דמטאג"ק מ"מ לגבי דידיה גובה מן הדין בתורת שעבוד וי"ל דלגבי בעל חוב מאוחר גם כן יש לו דין קדימה אך למה שכ' הסמ"ע (סי' ק"ד) דאם קדם מאוחר וגבה לכ"ע לא מגבינן מיד המאוחר דלא גרע מן שאר לוקח הכא נמי דכוותי' ועיין שם בתומי' דלא נהירא ליה כדעת סמ"ע בזה וגם בענין שעבוד אם נאמר דרק מטעם נעילת דלת אוקמי אדין תורה ולכך גובה מן היורשים אף דהפקיעו השעבוד אם כן בהקדש דלא שייך נעילת דלת היה לנו לומר דאינו גובה מן היורשין אף מקרקע ולא כן מבואר במס' עירכין ובראב"ד (פ"א) מעירכין א"ו דאף אם מכרן אינו גובה מ"מ השיעבוד נשאר וה"נ יש לומר אף דאם מכרן נפקע השעבוד מן המטלטלין אף בכתב לו מטאגמ"ק מ"מ לגבי בעל חוב מאוחר לא נפקע וכדעת הב"י והסכמות האחרוני':

שוב ראיתי במח"א הלכות גביית חוב (סי' ב') שהאריך בזה להוכיח דדעת החולקים על הב"י מודים דהיכא דלא שכיח' תקה"ש חוזר הדין ונשתעבדו בשעבוד גמור מטאג"מק. והשיג על הש"ך ומהרי"ט דכתבו דלענין טריפה הוי כמאן דלא כתב דאם כן למה צריך קנין מטלטלי אגב קרקע דאי להיכא דלא הוציאם מידו שיהיה לו דין קדימה סגי אם שעבדם בפירוש כמו שהוכיח שם. וי"ל דדעת מהרי"ט והש"ך דמ"מ נ"מ שיהיה לו דין קדימה נגד אחר ששעבדם בפירוש ועשאם אפותקי ובקנין מטלטלי אגב קרקע. וגם לגבי יתומים נ"מ שישתעבדו מדינא אם לא כ' בחיי ובמותי דדעת הסמ"ע והב"ח (סי' קי"ז) דאין בו דין קדימה רק אם כתב בחיי ובמותו ועיין מ"ש לעיל (סי' ב') ועוד למה שכ' בש"מ ב"ק (דף ל"ג) משם הרא"ה בשעבד בפירוש לא סגי עד דעושה משיכה או הגבהה דכסף אינו קונה הה"ד שעבוד. ועיין מה שכ' אאזמ"ו בדברי משפט (סי' ק"ד) אם כן צריך קנין מטאג"ק אבל לעולם לגבי בעל חוב מאוחר יש לומר דשייך גם כן תקנת השוק ונפקע השעבוד אם קדם וגבה אולם כבר הסכימו כל האחרונים כדעת הב"י. אך בתשובת נו"ב מהד"ק ח"מ (סי' י"ז) כ' דיכול לומר קים לי כש"ך וסייעתו וכ' מי הוא אשר יערב לבו לגשת להוציא מיד המוחזק:

וראיתי שם במח"א דכ' אף דגם במתנה עשו תקנת השוק הוא מטעם דאי לאו דעבד ליה נייחא אבל מתנה לבניו אין בו תקנת השוק דלא שייך האי טעמא וכן כ' בכה"ג הגהות

ב"י (ס"ק ט"ו) משם הרש"ך ז"ל. אולם מדברי תשובת מבי"ט ח"ג סי' ג') שם דן בנתן לבתו נדוניא וכ' דלדעת הרא"ש דגם במתנ' יש תקנת השוק אין בעל חוב גובה ממנה הרי דאינו מחלק בין נותן לבתו או לאחר ועיין דו"פ (סי' צ"ז) דהוכיח מדברי ב"י דשייך תקנת השוק בכסות אשתו ובניו ואין בעל חוב גובה ואולי יש לחלק דנדוניא הוא כמו חוב ושייך יותר תקנת השוק ממתנה דהוא תיקון עולם דלא יתרצה להתחתן דלמא יבוא בעל חוב ויגבה וכן מכסות אשתו ובניו שייך יותר תקנת השוק. לדמות לבעל חוב כיון דחיוב' עליו כמובן:

ועיין ש"ך (סוף סי' קכ"ו) שהביא משם תשובת מהר"ם אלשיך באם המטלטלין מונח ביד המלוה והלוה המחהו לאחר בקנין מעמד שלשתן גובה חובו אם יש לו בשטרו שעבוד מטאג"ק כמו בשטרות דלא אמרינן בהו תקנת השוק כיון דלא יצא מרשותו לגמרי ובש"ך חולק עליו דכיון דקנה מה לי אם במשיכה או בקנין אחר וכיון דקנה בקנין מעמד ג' מה בכך שהוא עתה ברשות הבעל חוב ובאורים כתב על דברי הש"ך דאין דבריו מוכרחין ובפרט קנין מעמד ג' תקנתא דרבנן הוא ותקה"ש גם כן תקנת' ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ועיין ב"ש אה"ע (סי' ק' ס"ק ט') דכ' היכא דמכרו היורשים מטלטלין אם יש בכתובה מטאג"ק ועדיין בידה המטלטלין והוא מכר או נתן לאחר אין צריך ליתן להם דבכה"ג לא שייך תקנת השוק ומבואר דסובר אף אם הקנה בקנין המועיל מן הדין כמו מטאג"ק או חליפין בקנין סודר מ"מ כל שעדיין בידה המטלטלין לא שייך בו תקנת השוק לא בלבד במע"ש שהוא מצד התקנה ועיין ש"ך (סי' שנ"ו) ובנתיבות שם. ולכאורה יש לומר דגם בהא דאין מוציאין למזון אשה ובנות מנכסים משועבדין מפני תיקון העולם דהוא גם כן רק היכא דלוקח כבר הוא מוחזק בקרקע בקנייתו אבל היכא דהבנות הן מוחזקין בזה לא מוציאין מיד הבנות ויש לומר דזה הוא כוונת הרשב"ם מס' ב"ב ר"פ מי שמת מועטין ונתרבו מאי ברשות יורשים קיימי א"ד סלוקי מסלקי יורשין ופשוט מהא דאמר ר"א אמר ר"י יתומין שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו. וכ' שם רשב"ם קודם שעמדו בדין לגבות לבנות ועיין שם בתוס' ורא"ש מה דהקשו על זה ויש לומר דהא הרשב"ם כ' שם הטעם דאין מוציאין למזון אשה ובנות מנכסים משועבדים אם כן לאחר העמדה בדין והב"ד החזיקו הנכסים ביד הבנות גם כן עדיין אינו שלהם רק הב"ד מרשה להם שיכולין למכרן כמו שכ' שם הרא"ש ובש"מ רק כוונתו דמ"מ הבנות באין על הנכסים מצד שעבוד דבלא עמדו בדין אין מוציאין למזון הבנות מנכסי' משועבדי' מפני תיקון העולם אבל כשעמדו בדין והב"ד החזיקו הנכסים ביד הבנות כמו שכ' רש"י מס' סוטה (דף כ"א ע"ב) שוב הוי כאלו הבנו' מוחזקין ולא מצינו שתקנו חז"ל

שהלקוחות יטרפו מבעל חוב אף שלא זכו בהם רק בתורת שעבוד דמ"מ הוי כלהוציא ובאמת גוף הנכסים עדיין שייך ליורשים ולענין זה אין חילוק בין העמדה בדין ללא עמדו בדין רק החילוק אם יבא לגבות מצד שעבוד כיון דלא הוי כמוציא מיד הלקוחות ואתי שפיר בזה כל קושיות תוס' ורא"ש שם. אולם תוס' ורא"ש סברי כיון דאינן באין רק מטעם שעבוד לגבות לא מהני העמדה בדין דמ"מ הוי כבא להוציא מיד הלקוחו' ושייך בזה תיקון העולם. ומ"מ יש לומר דמודו היכא דהוא מוחזק בגוף הדבר במטלטלין דלא עשו תקה"ש בזה להוציא. וכדעת המר"ם אלשיך:

ובתשובת גינת ורדים (ח"ב כלל ה' סי' ה') הוכיח כדעתהש"ך דחולק על מהר"ם אלשיך והביא ראי' שכן מבואר בתשובת ב"י דיני כתובה באחד שמכר שפחה ולא כתב שטר והניחה בביתו של מוכר ואחר כך מת המוכר ותפסה האלמנ' שנשתעבדה לה ממטלטלי אגב מקרקעי ופסק דמהני תקנת השוק שלא לטרוף הרי אף דלא בא ליד הלוקח גם כן שייך תקנת השוק ואחריו החזיק שם (סי' ט') הגאון בעל גט פשוט ובית דינו לפסוק כדעת הש"ך. ומה שכ' התומים לדון מטעם תקנתא לתקנתא לא עבדינן. מצינו בכמה מקומות בכה"ג דתקנה שתיקנו חכמים בפני עצמן מועילים בכל גוני וכמו דקנין מעמד שלשתן תקנה בפני עצמה היה דהוי קנין המועיל ותקנת השוק היא תקנה בפני עצמה ממילא כל שקנה בקנין המועיל אף שהוא רק מטעם תקנה שוב הוי כמו שקנה בקנין דאורייתא ושייך בו תקנת השוק ועיין מה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' ז') להוכיח מן כמה דוכתי דבכה"ג לא שייך לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינן ועיין שם בגו"ר דהביא משם הר"י הלוי ז"ל דעד כאן לא חלק בעל הש"ך על המר"ם אלשיך רק בנידונו דהקנה במעמד ג' דהוא קנין אלם וחזק הלכה ללמ"ס ובעל ג"פ כתב עליו דהדבר פשוט דאינו אלא תקנת חכמים כמבואר בגיטין דשווינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא ומניין לו דהוי הללמ"ס עיין שם. אולם מצאתי בחידושי ריא"ז כ"י שם שכ' באמת דהוי הלכה למשה מסיני ועיין רמ"ה ב"ב (פ"ט סי' פ"ג) שכ" בקנין מעמד ג' קונה מדאורייתא ואינו יכול למחול וכן בס' קרית ספר מבעל המבי"ט (פ"ו) ממכירה כ' וז"ל מעמד שלשתן הוי הלכתא בלא טעמא ונראה דהוי מדאורייתא עיין שם ועל כרחך הכוונה כיון דאמרו חז"ל דשוינהו כהלכתא בלא טעמא הוי כמו הלכה למשה מסיני בלא טעם והוי קנין חזק ביותר [ובזה מיושב בפשיטות דברי רמב"ן ב"ב דהוכיח דמכירת שטרות הוא מן התורה מש"ס קידושין (דף מ"ח) במקדש בשטר חוב דאחרים דקתני מקודשת ומשמע דמקודשת גמורה וכבר עמדו כל בעלי תריסין הא שם קתני גם כן בקדשה במלוה על פה במעמד שלשתם דמקודשת וזה לכ"ע הוא רק דרבנן ולהנ"ל כיון דשווינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא הוא קנין חזק

ביותר כהללממ"ס ויש בזה להאריך הרבה אכ"מ] וכוונת אותו חכם ז"ל שכתב שהש"ך אינו חולק רק היכא דהיה קנין מעמד שלשתן שהוא קנין חזק ודינו כמו הללמ"ס. אם כן אף דלא הוי רק מדרבנן ומתקנה מ"מ לא נוכל לגרוע הקנין משאר קנינים ולבוא עלה מטעם תקנתא לתקנתא לא עבדינן ובודאי הלכה כהני בתראי:

ולכאורה נאמר בזה דהוי ספק בתקנה וכל ספק בתקנה מוקמינן על דין תורה כמו שכ' הרא"ש בתשובה מובא בטור אה"ע (סי' קי"ח) והכא נמי כיון דמד"ת טורף הבע"ח ורק מספק תקנת השוק אתינן עלה נימא דאוקמי' על ד"ת וכן כתב בתשובת מהרח"ש חאה"ע (סי' נ"ד). אולם ממה שכ' הב"י דבמתנה אמרינן גם כן דאינו טורף מתקנת השוק דמוקמינן הממון בחזקתיה וכן מבואר בתשובת מהר"ם הקצרות (סי' ק"ל) לענין תקנת השוק בלוקח מגנב אם הוא במתנה כ' דבגיטין הוא איבעי' דלא איפשיט' אי מתנה כמכר ולא מפקינן ממונא הרי דאף בספק בתקנה בזה אין מוציאין ממנו והטעם כיון דבעיקר התקנה ליכא ספק רק אם הוא בכלל התקנה אין מוציאין מיד המוחזק וע' במח"א שם ובהלכות גזילה (סי' י"ב) ועיין רמב"ן ב"ב ריש פ' מי שמת שכתב לפרש דברי אדמון שאמר בשביל שאני זכר הפסדתי לא דחולק על רבנן רק דספוקי מספקי ליה וכתב דמכאן הוציא ר"י משם ר' יוחנן דיתומים שמכרו דאין מוציאין משום דמספק אין מוציאין מיד הלוקח וקשה אם כן למה בנכסים מועטין יקחו הבנות כיון דהוא ספק אם כך היה תקנות חכז"ל דהבנות יזונו רק דוקא בנכסים מרובין או אף במועטין אם כן למה לא הוו היתומים כמוחזקין והבנות הוו ספק בתקנה דמוקמינן על ד"ת וע"כ דסובר כיון דהתקנה הוי ודאי עדיף:

סימן מז

דעת רמב"ם דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד והש"ע (סי' ס') כ' דחלקו עליו כל הבאים אחריו ונקטינן דמשתעבד ועיין בש"ך דהמוחזק אינו יכול לומר קים לי ובכנה"ג הביא הרבה פוסקים דיכול לומר קים לי. והקשו על הרמב"ם ממתניתין דא"מ לאכיל' פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים אבל מב"ח גובה הרי דיכול לחייב את עצמו בדבר שאין לו קצבה והמל"מ (פי"א) ממכירה הביא משם מהרש"ח ומהר"ש הלוי דאם נתן לו שום דבר כדי שיתחייב חל החיוב דאגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה. ויש לגמגם בזה למ"ש בש"מ כתובות ריש פ' אף על פי על שאלת רבני צרפת על מה שנהגו לכתוב תוספות אפילו מי שאין לו שום דבר וכ' כיון שמקנה לה בסודר הוי ליה לוקח שאף על פי שהסודר אינו שוה אלא פשוט הוא קונה אותו הסודר באלף זוז וגבי לוקח לא דיינינן ליה מקנה דבר שלא בא לעולם אלא שמשעבד מה שעתיד

להרויח בעבור מה שלקח הרי דנקטינן מה שמקנה בסודר דקונה אותו הסודר בעד אלף או באלפים אם כן מהני כמו בעד זוזי ומניין לנו לומר דאגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה ולא בעד הסודר:

ובמל"מ שהביא מדברי ריטב"א כתובות דהוכיח דלדעת הרמב"ם אין לחלק בין בחנם לקבלת שכר דאם לא כן הא בנושא אשה ופסק לזון בתה חמש שנים דדעת הרמב"ם לפי שפסק בשעת נשואין ושיעבד נפשיה מדרב גידל הא בלא"ה איכא שכר שנשאת לו האשה וכן בערב שהלוהו על אמונתו ולא מתחייב בדבר שאינו קצוב אלא ודאי דאין לחלק בהא עיין שם ולכאורה יש להבין אם כן דנאמר באשה איכא שכר שנשאת לו מה פריך הש"ס ר"פ הנושא על ר"ל והוכרח לתרץ בשטרא פסיקתא וכדר"ג תפ"ל דחייב לזונה מטעם שכירות ואין צריך קנין וכבר עמד על זה בס' בית מאיר (סי' נ"א) וכתב לתרץ דאינו דומה לחליצה ושכירות פועלים דשם עיקר הדבר נעשה בעבור הפסיקה מה שא"כ בקדושין אינם מועילים הקדושין בכך ואינה עושה בעד הפסיקה ע"ש וזה דוחק גדול דאף דמצינו בתנאי דיש לומר דצריך להתנות בשעת מעשה ואם לא אחולי אחיל עיין תוס' כתובות (דף ע"ד) ד"ה אלמא היינו תנאי דאין כאן חיוב לקיים התנאי אבל בפסיקת הפועלים כיון דמבואר מש"ס ב"ק ופוסקים וש"ע דחייב ליתן כל מה שנדר אם כן אף שקדש אחר כך מ"מ יתחייב מצד שכירות.

ועיין מהרשד"ם חיו"ד (סי' ע"ט) שכתב שם לדון באחד שחייב את עצמו למשודך עם אחותו כשיבוא להכנס לחופה כך וכך ואחר כך כנסה דחייב מצד שכירות אף בלא קנין עיין שם. וצריך לומר אף דבשטרי פסיקתא צריך לדר"ג ודוקא אב לבתו או לבנו ובנשואין הראשוני' ואח לאחותו לא כמבואר בפוסקים ובש"ע אה"ע וכן יש אומרים דאם הפסיקו בדברים אחרים לא היינו דוקא בחייב לבתו לנדוניא או לבנו דאינו מחייב מצד שכירתו כיון דאינו מחייב את עצמו רק לבנו או לבתו אבל כשמחייב את עצמו לכשנגדו חייב אף בלא קנין מצד שכירות אם כן מה הקשה הש"ס על ר"ל. אחר כך מצאתי בתשובת כהונת עולם (סי' ס"ט) דכתב דלא כ' מהרשד"ם הכי כ"א בנידון דידיה שכ' להמשודך שהי' במקום אחר כשיבוא משם להכנס לחופה עם אחותו שיתן לו כך וכך וכיון דהשלים שליחותו לא גרע משאר שליחות אבל בשידוכין שמתנין זה עם זה וליכא אלא אמירה בלבד דליכא טעמא דשליחו' כלל לכך צריך מדר"ג ודוקא באב על בנו ובתו דגמר ומקנה אבל לא באח לאחותו ומ"מ קשה מה פריך הש"ס ממתניתין הא יש לומ' דמטעם שכירות חייב.

שוב ראיתי בס' המקנה אה"ע שם שכ' בנישאת על פי הפסיקה חייב מן הדין והא דלא מוקי מתניתין בשעת נשואין דשיתחייב לבתה אינו נלמד אלא מדין עבד כנעני ולדעת הרמב"ם לא מהני לענין ממונא ולפי זה יש לומר דהרמב"ם מודה דבשכר יכול לחייב את עצמו אף באינו קצוב ומיושב קושית הריטב"א ועוד כ' שם המקנה לדעת הסוברים דגם בממון מהני הילך מנה ויקנה פ' השדה דלא מהני כשאומר בלשון אתן ולא בלשון חיוב דלא מהני במתנה אף בקנין לא מהני נמי מדין עבד כנעני [ועי' מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' ל"ה) בזה ועיין מה שכ' לעיל (סי' ך') לתרץ קושיא הזאת בדרך אחר] ועיין רמ"ה ב"ב (פ"א אות כ"ו) דהקשה אם קנין אתן לא מהני אמאי חייב לזונה ה' שנים וכ' אי לר"י כיון דאמר חייב משתעבד ואי בשטרי פסיקתא כיון דדברים הנקנים באמירה גמרו לאקנויה נמי בהאי לישנא וזה כדברי המקנ'. ומה שהקשה הריטב"א מערב דלא מהני בדבר שאינו קצוב אף שהלוהו על אמונתו יש לומר דשם בעינן בההיא הנאה להוציא מידי אסמכתא דכל ערבות הוי אסמכתא ולא גמר ומשתעבד דסבר שיפרענו הלוה ובההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ושעבד נפשיה אם כן מה דהוי ערב על דבר שאינו קצוב לא גמר ומשתעבד ועיין פרישה (סי' קל"א) דאף הסוברים דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב מ"מ בערב מודים הואיל דאיכא תרתי אסמכתא ודבר שאינו קצוב:

וראיתי בספר מים חיים מבעל פ"ח (סי' י"ג) שהביא דברי הטור (סי' רל"ב) דלדעת רמב"ם דלא מהני מחילה בדבר דלא קיץ ולא ידע אם רב או מעט וכ' משאר וכסות דלא קייצי ומהני מחילה ל"ק על הרמב"ם דהא פוסק בשעת קידושין וכמו דמהני החיוב כמו כן מהני מחילה. ועוד הקשה ממפתה דאחולי אחלה גביה אף על גב דלא ידעה בפרטות כמה סך היא מוחלת אפ"ה הוי מחילה מעליא. ולמה שכ' דבעד מחיר הדבר מתחייב שם נמי מחמת הנאת בעילה מחלה לגמרי כמבואר כתובות (דף ל"ט ע"ב) משל דמפותה לאדם האומר לחבירו קרע שיראין שלי והפטר ועיין שם בתוס'. ובלא"ה לא קשה משם כמו שכ' הוא בעצמו שם ליישב מריש פ' הכותב כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן הרי זה אינו אוכל פירות בחייה אע"ג דלא ידע כמה סך הוא מוחל וכ' דשאני התם דמדין סילוק מהניא ההיא מחילה דמוקמינן בכותב לה ועודה ארוסה וכן הביא הכנה"ג משם מהרשד"ם דסילק מהני אף בדבר שאינו קצוב לכ"ע ומחילה דמפותה גם כן מטעם סילוק הוא כמבואר שם בר"ן דמדמה לכותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסיך ומהני מחילה אף לגבי קנס אע"ג דעדיין לא נתחייב והיינו דאינה מוחלת החיוב ממון או קנס רק גופה מחלה לו. ומה שכ' עוד שם להקשות על דברי רמב"ם דהא לאו

מכח האי קושיא דהוי דבר שאינו קצוב מוקמינן לה הכי בכותב לה ועודה ארוסה ל"ק גם כן דאם היה מהני הלשון היה מהני עכ"פ מחילת השעבוד שיש לו לבעל בהקרקע שיש לה דזה הוי דבר שיש לו קצבה דמוחל שעבודו מקרקעות שיש לה. ועוד למה שכ' הבעה"ת דלר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מהני נמי קנין ומחילה בדבר שאינו קצוב ועיין קצוה"ח ביאור דבריו אם כן היה יכול לומר דסתם מתני' ר"מ הוא לכך פריך דלשון זה לא מהני ואין להקשות מתוספתא המוב' ברא"ש ריש פ' הנושא כ' לזון בת אשתו ושברה האשה לבעלה לא הועיל לו כלום שזכין לקטן ואין חבין לו ומשמע דוקא מחילת אמה לא מהני הא אם הבת היא גדולה ומחלה מהני הרי דמהני מחיל' אף בדבר שאינו קצוב דיש לומר דנ"מ אם כבר עברו ימי מזונות שלא נתן לה דחייב לתת לה דמי מזונות וכבר ידועים דמי מזונות דבזה היה מהני מחילתה רק כיון שהיא קטנה היה ס"ד דכיון משום הרוחה דאמה פסק לה דמהני מחילת האם קמ"ל דזכין לקטן ואין חבין לי'. [ועיין שם ברא"ש דהביא רישא דתוספתא כ' לזון בת אשתו או בן אשתו הרי הן כבע"ח כו' ואחר כך נקט התוספתא כ' לזון בת אשתו ושברה האשה לבעלה ולא נקט בן אשתו יש לומר דהתוספתא אשמועינן דזכין לקטן ובאמת החיוב שמתחייב בעלה לזון בתה אם היא קטנה בבן קטן לא מהני להתחייב לקטן כמבוא' ברשב"א ור"ן גיטין (דף ס"ה) ובח"מ (סי' רמ"ג סי"ט) רק כשמזכה על ידי קנין סודר אבל בקטנה מהני כמבואר במהרי"ט (סי' כ"א) ועיי"ש בקצוה"ח ובנתיבות משפט (דף קי"ז)]:

ושכ"מ שצוה לתת לאחר מותו דבר שאינו קצוב כ' בתשובת לחם רב (סי' קצ"ט) דיש לומר כיון דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמו מודה הרמב"ם דמהני אף בדבר שאינו קצוב כמו שכ' המרדכי דמהאי טעמא מהני מתנת שכ"מ אף באסמכתא וכ' כיון דדברי רמב"ם הם דעת יחיד דחינן להו בקל והיכא דאתמ' איתמר. וראיתי בס' חק"ל (סי' ל"א) שהביא ראיה מירושלמי פ' אלמנה ניזונית ר' חגיי בעא ש"מ שאמר יזונו בנותי בלא כך אין בנותיו ניזונות לא צרי' דלא אלא מהו שיזונו ממשועבדים מהו שיזונו ממטלטלין ובעי אי צוואתו היתה שיזונו אותן מתנאי ב"ד או יבוא מנתינתו ונזונין מן מטלטלין ולדעת הרמב"ם הא מזונות הוי דבר שאינו קצוב אלא ודאי דמודה הרמב"ם דבשכ"מ קני ולכאורה י"ל הא עכ"פ לא נפשט האיבעי דר' חגי. אולם יש לומר דהא מיד שם אחר כך איתא בירושלמי אתא עובדא קמי ר' יוסי שכ"מ שאמר ינתנו אותיותיו לפלוני א"ל אין שכ"מ מזכה אלא בדברים שהן נקנין או בשטר או במשיכה ואלו נקנין במשיכה ובשטר כהדא דתני כו' ר"נ אומר ספינה ואותיות נקנית במשיכה ובשטר כ' ולא משך משך ולא כתב לא עשה כלום עד שיכתוב וימשוך וי"ל דמייתי למפשט האיבעיא דר' חגי כמו

דחזינן דלא אלומי דברי שכ"מ אף דשייך לומר שלא תטרוף דעתו מ"מ מלתא דליתא בברי בקנין לבד רק משיכ' ושטר לא מהני בדבור בשכ"מ כן נמי באמר יזונו בנותי מנכסי דלא מהני בקנין הואיל דהוי דבר שאינו קצוב לא מהני נמי לגבי שכ"מ ולפי זה לש"ס דילן ב"ב (דף קנ"א) דקאמר בשכ"מ שאמר שטרי לפלוני אף על פי שלא משך קנה ודעת רמב"ם (פ"י) מזכיה וש"ע (סי' רנ"ג) דאף אין צריך לומר קני לך הוא וכל שעבודו ודעת רשב"א מובא שם במ"מ דעכ"פ צריך לומר בפירוש שיקנה הוא וכל שעבודו ובקרבן עדה שם תמה דהרי מפורש בירושלמי דל"ק וכדעת הרשב"א. ולא אדע תמיהתו הא בירושלמי קאמר רק כיון דנקנין במשיכה ושטר אין שכ"מ מזכה אלא בדברים שהן נקנין או בשטר או במשיכה ולדבריו אף אם אמר בפירוש שיקנה הוא וכל שעבודו לא קנה עד שיכתוב וימסור אבל לש"ס דילן ב"ב שם דאמרינן אעפ"י שלא משך דברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמו יש לומר דאף אם אמר סתם תנו שטר פלוני לפלוני ולא אמר הוא וכל שעבודו זכה אעפ"י שלא משך ולא כתב וכדעת הרמב"ם כיון דדברי שכ"מ מהני מטעם שלא תטרוף דעתו ככתובין ומסורין דמו. ולפי זה ממילא יש לומר דנפשט' האיבעי דר' חגי בשכ"מ שאמר יזונו בנותי מנכסי דמהני אף במלתא דליתא בבריא מטעם דמתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן ומהני אף בדבר שאינו קצוב:

אך מדברי הירושלמי אינו ראיה כלל דהא כבר כתב הכ"מ לתרץ קושית הראשונים שהקשו על הרמב"ם מהא דפריך הש"ס ב"ב יכיר ל"ל הא יכול ליתן במתנה הא בדבר שאינו קצוב לא מהני לדעת הרמב"ם וכ' הכ"מ דאם יש לו קצבה למעלה אף דאין קצבה למטה מהני ויכול לקיץ סכום רב ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים לפרש דבריו ואם כן יש לומר לעולם אף בשכ"מ לא מהני דבריו להקנות דבר שאינו קצוב ומזונות אף דהוי דבר שאינו קצוב היינו במתחייב ומשעבד כל נכסיו שיש לו ושיהיה לו אבל באומר יזונו בנותי מנכסי לא יש שום חיוב הגוף לא עליו שמת ולא על היורשים אם כן יש קצבה למעלה דלא משעבד לזה רק נכסיו שישארו אחריו ולא יותר גמר ומשעבד אף כל נכסיו לזה אף דאין לו קצבה למטה מ"מ כיון דיש קצבה למעלה מהני ועיקר איבעית ר' חגי היה אם כוונתו היה כמו שחייב בתנאי ב"ד או להוסיף זכותם שיזונו אף ממשעבדי היינו מה שימכרו הבנים כמו שמפרש שם הק"ע וגם ממטלטלין. ומ"מ העלה הכנה"ג מהד"ב והביא משם הפ"מ דבשכ"מ אפילו בדבר שאינו קצוב מקני:

ולכאורה קשה על דברי רמב"ם מחיוב שומרים דמחייבים א"ע כל שומר לשלם כפי חיובו שחייבו התורה כמו"ש תוס' כתובות (דף נ"ו) ומשעבד נכסיו לשלם כפי דמי החפץ ששוה בשעת פשיעה או אונסין בשואל וללשון אחד בש"ס כתובות חל החיוב אף

למפרע משעת משיכה והרמב"ם (פ"א) משאלה כנראה שפוסק כן הרי אף דאינו דבר קצוב למעלה יכול לשעבד עצמו ואף ש"ח יכול להתנות שיתחייב כשואל ובש"ס ב"מ פריך במאי בדברי' ומוקי. שמואל בקנו מידו הרי דבקנין מהני ור' יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו בההיא הנאה דקא נפק ליה קלא דאינש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה עכ"פ חזינן דיכול לשעבד נפשיה אף בדבר שאינו קצוב. ועיין רמב"ם (פ"ב) משכירות שכ' כל תנאי בממון קיים ואין צריך קנין ויש לדקדק הא בזה לא שייך תנאי לבטל המעשה ועיין בש"מ וריטב"א ב"מ (דף צ"ד שם) משם הראב"ד דהקשה ל"ל קנין הא כל תנאי שבממון קיים ותירצו דאם יתבטל השמירה כ"ש שיהיה פטור לכך צריך לשמואל קנין ולר"י משום דהוי כמקבל הנאה להתחייב על ידי שיוצא עליו שם אדם נאמן ואפשר מה שכ' הרמב"ם כל תנאי שבממון קיים קאי על הרישא שכ' שם מתנה שו"ח להיות פטור ועל צד החיוב דמתנה להיות חייב כשואל לא כ' שום טעם וסובר דאף דאמר ר' יוחנן בההיא הנאה דקא נפק קלא דאינש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשי' מ"מ ודאי הדין לא פלוג ואף באיש המוחזק לנאמן ואדם חשוב וגדול ואמיד שאחד הפקיד אצלו דבר מועט דאנן סהדי דלא יש שום הנאה להשומר מ"מ יכול לשעבד א"ע כיון דעל פי הרוב אמדוה חכז"ל דעת בני אדם דגמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה לא פלוג ואמרינן בכל מקום דתנאי קיים וכשחייב את עצמו בזה גמר ומשעבד נפשיה. עכ"פ הא הוי דבר שאינו קצוב ובכל זה מהני בקנו מידו או מטעם דגמר ומשעבד בהאי הנאה וצריך לומר דבאמת לשמואל דמוקי בקנו מידו אפשר אף דמתנה להיות כשואל אינו מתחייב באונסין רק כפי מה ששוה עכשיו ואם נתייקר אינו חייב לשלם כדמי שוויה משעת אונסין ושאר שומרים ושואל שאני דרחמנא חייבם. ולר"י דקיי"ל כוותי' דבההיא הנאה מתחייב הוי כמו דמקבל כסף בעד החיוב ומהני כמו בפוסק לבתו או לבנו דמהני אף בדבר שאינו קצוב ועוד יש לומר דבההיא הנאה דקא נפיק קלא דאינש מהימנא עדיף דהיא הנאה הנמשכת וגם אז בשעת אונסין ואז נתברר ויש קצבה לחיובו גם אז יש לו הנאה הזאת וחל החיוב. אך אם נאמר דחל החיוב רק משעת אונסין אם כן היה יכול לחזור מקודם ועל כרחך דחל החיוב מהשתא על שעת אונסין ויש להתבונן עוד בזה:

סימן מח

המקבל עליו לזון חבירו סתם דעת הרשב"א דמשמע כל ימי חיו ודעת הרא"ש דנפט' בשנה אחת מובא ברמ"א (ס' ס"ג) שני הדיעות ובתומים (ס"ק ח') כתוב דאין כאן מחלוקת כי הרשב"א מיירי בנדר שקבל עליו לזון את עני וסתם נדרים להחמיר ולכך הביא הרשב"א ראיה מאומר יאסרו פירות עלי דסתם לעולם משמע והרא"ש לא מיירי

מתורת נדר והממע"ה. והמעיין בב"י ח"מ (סי' ר"ז) יראה דדעת הרשב"א אף בממון דסתם לעולם משמע דכ' משמו כל שמקבל עליו לזון או שמזכה לאיש בנכסיו מזונות סתם כל זמן שצריך מזונות משמע וכ' ואין כן דעת הרא"ש ועיין במישרים ושם מבואר דאיירי בנותן שדה לחבירו על מנת שיזון בו יש מי שכ' שיזון אותו כל ימי חייו עיי"ש בדבריו וכן כתבו כל גדולי אחרונים דלדעת הרשב"א סתם אף בד"מ לעולם משמע:

ועיין תשובת הראנ"ח (ח"א סי' ק"ב) שכתב ליישב לדעת הרא"ש הא דאוסר פירות עליו דמשמע לעולם ולא מטעם חומר' הוא דהא אתיא לידי קולא הוא דבשבועת שוא איירי דאוכל לאלתר וכתב דשם הטעם משום דאיזה זמן תתן לו כמו שכ' הרא"ש אבל למזונות יש זמן קבוע משנה לשנה דכשאדם מכין צורך מזונות מכין אותם משנה לשנה לכך יש לומר במקבל עליו לזון חבירו שנה אחת קאמר עיין שם. וע"ז השיג עליו מהרי"ט (ח"ג סי' מ') דא"כ אם היה באמצע השנה שאין דרך אז להכין צרכי השנה הוי לי' למימר ל' יום כמו שמצינו בערכין מניחין לו מזון ל' יום וכ' הוא דטעמא של הרא"ש באותו הנדון עילה מצא בקבל לזון את פ' או יתן לו ק' זהובים לשנה ולשון זה מסופק אם ר"ל בעד שנה והיינו שנה אחת או לכל שנה ויד בעל השטר על התחתונה ועיין ש"ך (ס"ק ט"ז) דכ' גם כן דמשום דגילה דעתו שנה אחת הוא דחייב בשנה ובלא"ה משמע מדבריו דדנין בכל הפחות שנוכל לדונו. ומהרי"ט ס"ל בתירוץ הלזה דגם הרא"ש מודה דלזון לעולם משמע רק בנידון הרא"ש כיון דאיכא למימר לשנה אכולה מילתא קאי לזון או יתן ק' זהובים הכל לשנה אחת ומבואר מדבריו דבסתם לזון מודה הרא"ש דמשמ' לעולם וכן בתירוץ השני שם כ' דסתם חיוב מזונות לאו לעולם משמע מדלא פירש כל ימיו שאם היה פנוי וישא אשה או הי' עני והעשיר ליכא חיובא דסתם מזונות בזמן שהוא צריך להיות ניזון אצלו משמע כמו שכ' הריטב"א וכיון דסתם לשון לזון הותר מכללו אף כשמצינו שם עילה לומר דהיינו שנה שנזכר בשטר ועליו סמך שלא פירש אבל כל המתחייב סתם בכל מיני חיובים לעולם משמע עיין שם בדבריו מבואר גם כן דעתו דהרא"ש אינו חולק על הרשב"א רק בנידונו הואיל דנזכר שנה ודלא כמו שכ' הש"ך הנ"ל. ועיין שם שהעלה כ"כ באומר תנו בית זה לדירה משמע גם כן לעולם ודלא כמו שהוכיח הראנ"ח מדברי הרמב"ם (פ"י) מזכיה שכ' האומר תנו בית זה לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני דמשמע דוקא בקבע לו זמן אבל בסתם משמע לשעה עד שיפרש די"ל דלרבותא נקט אע"ג דלא הקנה לו גוף הבית לגמרי דבריו קיימים אבל אף בסתם משמע לעולם ועיין רמ"א (סי' רי"ב) ובסמ"ע וטו"ז וש"ך שם:

אך קשה על המרי"ט הא הרא"ש בתשובה (כלל ו') כתב הדין באורך על קהל שפטרוהו לאחד ממס דיש לדון לשון הפטור לכל הפחות שאנו יכולין לדונו דכל הבא להוציא ידו על התחתונה וכתב שם דאף דבש"ס גיטין גבי על מנת שתניקי את בני דסובר רבא בסתם בעי ב' שנים הוא משום דלצעורה קא מכוין הלכך אנו דנין לשונו להחמיר אבל לא כן בממון ואם הקהל אומרים לא פטרנוך אלא מן המס הראשון היינו שומעין להם ואחר כך כתב המקבל עליו לזון חבירו בסתם או יתן ק' לשנה דין זה כדין הראשון ובשנה אחת יפטרו ולדברי מהרי"ט היה מהראוי לומר דבסתם פטור משמע לעולם כמו כל מיני חיובים במחייב סתם לעולם משמע. ואולי יש לחלק דלפטור ממס עדיין לא חל שום חיוב ובכל פעם חל חיוב מחדש בעת הצורך לכן נקטינן הפטור בפחות האפשרי מה שאין כן בחיוב כיון דלא פירש ומחייב את עצמו בסתם אמרינן דלעולם משמע. אולם ממה דמחלק הרא"ש מהך דגיטין דאנו דנין לשונו להחמיר משום דלצעורה קא מכוין משמע דאין לחלק כמו שכ' דאם לא כן היה לו לחלק בפשיטות דשם כיון דידענו דצריך שיינק הבן ב' שנים ולאביו השימוש כל ימיו אמרינן דכוונתו היה לכל זמן שיצטרך מה שאין כן לגבי פטור ממס דעדיין לא חל החיוב לכך אנו דנין לשון הפטור לכל הפחות שאנו יכולין לדונו ומזה נראה דהרא"ש ס"ל דלעולם הולכין אחר הפחות וכמו שכ' הראנ"ח. ואם כן צריך ליישב ראיות הרשב"א מנדר סתם דלעולם משמע והמרי"ט שם הביא דברי המרדכי מס' שבועות לחלק בין סתם נדרים לסתם נזיר דלא הוי רק ל' יום דשאני איסור גברא מאיסור חפצא והקשה על זה דאם כן בשבועות דהוא איסור גברא מן חפצא נימא דלא הוי לעולם והביא ראיה דהדין גם באיסור ושבועה בסתם דלעולם משמע וכן מבואר מדברי הרא"ש מס' שבועות וכן פוסק הרמ"א יו"ד (סי' רל"ו ס"ד) אף לקולא בנשבע סתם שלא יישן דהוי שבועת שוא ויישן לאלתר וכן בלא אוכל בסתם והיינו כמו שכ' הרא"ש דאיז' זמן תתן לו ובאמת יש לומר דכוונתו היה שלא יעשה סיבה לישן וגם שיהיה ניעור עד שבעל כרחו יתקפנו השינה ובכל זה כיון דסתם היה שלא יישן ואמרינן דכוונתו היה על השינה וכיון דלא נתן זמן הוי כלעולם והוי שבועת שוא ואמאי בחיוב או בפטור בסתם לא אמרינן דכוונתו היה לעולם:

וראיתי במח"א הלכות שבועות (סי' ו') בנשבע לחבירו להיות שותף עמו סתם דיכול לומר דעתי היה על כל זמן שארצה וכיון דנשתתף עמו זמן מה יצא ידי שבועתו ואף דבנודר סתם לעולם משמע דוקא במידי דשב ואל תעשה סתמא לעולם משמע והכי מפלגינן בתנאין בין היכא דכל דבר שהוא בקום ועשה כגון על מנת שתניקי את בני כיון שהניקתו יום אחד סגי ואילו אמר על מנת שלא תשתי יין לעולם משמע והביא דברי

המ"מ (רפ"ז) מאישות (ופ"ח) מגירושין עיין שם ובזה מיושב דברי הרא"ש וכן כתוב בס' כהונת עולם לתרץ דברי הרא"ש כן לחלק בין דבר שהוא בשב ואל תעשה דמשמע לעולם לדבר שהוא בקום ועשה דסגי במיעוט האפשר. אולם דברי המח"א דסתם כבר תמה עליו בס' קהלת יעקב דהא על כרחך דעת הרשב"א דאין לחלק ואף אם בגיטין יש לחלק מ"מ בממון דלהרוחה מכווין סתמא לעולם ואף בתנאים כמבואר חידושי רשב"א גיטין וברבינו ירוחם הנ"ל ומ"מ דברי הרא"ש אתי שפיר בזה לחלק בין שב ואל תעשה לקום ועשה ומלשון הרא"ש (פ"ג) משבועות שכתב דאיזה זמן תתן לו לא מסתבר שלא יאסר אלא רגע אחד משמע קצת דהיכא דיש סברא למעט האיסור ממעטינן. אולם מדכ' בשלא אישן דוקא באמר יום אחד או יומים דבסתמא היה נאסר לעולם אמאי הא יש לומר דכוונתו היה שלא ישתדל שיישן אבל אם יחטפנו שינה זה לא אסר עליו על כרחך דסובר סתמא הוא לעולם ואם כן למה נחלק בין קום ועשה לשב ואל תעשה ומ"מ צריך לומר דלעשות מעשה אין סברא שיחייב לעשות בכל עת ומה שכתב הרא"ש דממס אמרינן דכוונתם הי' על המס הראשון אף דהוי שב ואל תעשה כבר כ' הגאונים מהרי"ט אלגאזי והחק"ל דגם שם הוי קום ועשה שהקהל ישלמו בעדו:

ויש לחקור בדעת הרא"ש דכ' אלו היו הקהל אומרים לא פטרנוך אלא מן המס הראשון היינו שומעין להם מה כוונתו אם דוקא כשטוענין הקהל טענות ברי דכוונתם היה כך אבל אם אינם זוכרים מה היה אז בדעתם יש לומר דמודה הרא"ש דסתמא לעולם משמע וכן מה שכ' אחר כך במקבל לזון חבירו בסתם או יתן ק' לשנה דין זה כדין הראשון ובשנה אחת נפטר הוא גם כן רק כשטוען ברי דכך היה כוונתו אבל כשאינו זוכר יש לומר דגם בזה סתמא לעולם משמע. או דלמא דלאו דוקא בטענת ברי ומסתמא גם כן לא אמרינן דלעולם משמע ובפרט למה שכ' הגאונים הנ"ל לחלק בין קום ועשה לשב ואל תעשה דבקום ועשה לא אמרינן סתמא לעולם אם כן לא צריך לטענות ברי רק סתמא ג"כ יד בעל השטר על התחתונה. ובנתיבות כתב בטעם דברי הרא"ש אף דהלשון של סתם משמע טפי לעולם לגבי נדרים הוא משום דרוב בני אדם אומרים לישנא דסתם וכוונתו לעולם ובנדרים אזלינן בתר הרוב ולא מהימן לפרש דבריו נגד הרוב כמבואר יו"ד (סי' רי"ו) אבל בממון לא אזלינן בתר הרוב וכיון דיש מיעוט דאזמן מועט אמרו גם כן לישנא דסתמא אינן יכולין לחייבו ולדבריו היה נראה גם כן דאף בטענת שמא אין מוציאין ואף באומר שאינו יודע מה היה כוונתו מ"מ כיון דאין מוציאין ממון ברוב הממע"ה ומה שכ' הרא"ש אלו היה הקהל אומרים הוא לאו דוקא. אולם נ"מ עכ"פ אם הלו' טוען ברי שכך היה המדובר על לעולם וזה אינו זוכר דאף דברי ושמא לאו ברי עדיף ואף

כשמסייע לו הרוב מ"מ אם תפס אין מוציאין מידו. ועיין נתיבות (סוף סי' רל"ב) ובספרי ח"ר בשו"ת (סי' ד') שם הבאתי דברי בעה"ת דמשמע מדבריו דבכ"מ שהרוב מסייעו מהני תפיסה. גם יש נ"מ באם מת המתחייב אם טוענין עבור היורשים דסתמא לא הי' כוונתו על עולם דאם נאמר דרוב הוא גם בחיוב סתם על לעולם יש לומר דעכ"פ על ידי הרוב הוי כלא שכיח ולא טוענין בעד יתומים ואם נאמר לחלק בין שב ואל תעשה לקום ועשה ודאי בקום ועשה הוי כספק השקול והממע"ה. וקצת יש להתבונן בדברי ש"ך יו"ד (סי' ר"ח ס"ק ה') שכתב דאף ת"ח אינו נאמן רק היכא שיש במשמעותו ב' לשונות אבל היכא דאין משמעותו אלא לשון א' שהוא נדר גם ת"ח אינו נאמן לפרש ולמה שכ' האחרונים דעד א' נאמן נגד הרוב אף כשמעיד נגד רוב ואינו מברר שזה מהמועט אם כן למה אינו נאמן לפרש דבריו ולומר שהוא מן המועט וצריך לומר דהוא מטעם דהוי דברים שבלב דאינו דברי' וכיון דעפ"י הרוב הוי לשון נדר אף דנאמן דבלבו לא הי' כן ומהראוי להאמינו ובפרט לגבי נפשי' דאדם נאמן על עצמו מ"מ אזלינן בתר הרוב ולא בתר דבריו שבלב ולכן בסתם ג"כ אף דנאמר דיש מועט שאמרו סתם על זמן מועט מ"מ אינו נאמן לפרש דבריו לגבי איסור נדר דהוי דברים שבלב ונקטינן הלשון שעל פי הרוב סתמא לעולם מה שאין כן לגבי ממון דאין הולכין אחר הרוב בזה הדברים שבלב הוי דברים ועיין תוס' כתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל ובפנ"י שם ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני אונאה (סי' ד') ואכ"מ בזה:

ועיין בשעה"מ (פי"א הי"ו) ממכירה דתמה על מוהרש"ך ז"ל בקהל שפטרו מכח הפטור שעשו להם הקדמונים כיון שקבלו בסתם החיוב חל לעולם דאיך אישתמיט מיני' דברי תשובת הרא"ש הנ"ל וכ' דדוקא היכא דליכא אלא דררא דממונא בלא איסור שבועה בהא כיון דיד בטל השטר על התחתונה דנין הפטור על הפחות אבל היכא דיש איסור חשש שבועה בדבר בהא אמרינן כיון דלא קבע זמן ואסר עליו בשבועה דעתו על לעולם דאי כוונתו לזמן ידוע לא הוי מעייל אינש נפשיה בספק איסור כיון דלשון סתם משמע נמי לעולם הוי ליה לפרש דבריו שלא ליכנס בספק איסור ומהאי טעמא דן המורש"ך ז"ל שם כיון דהיה חשש איסור שבועה בדבר אמדינן דעתייהו שהיה דעתן לפטור לעולם עיין שם. והנה מה דפשיטא ליה דמצד איסור שבועה אמדינן דעתייהו דהי' לפטור לעולם דעת מהר"ם מינץ לא כן הוא מובא בכנה"ג (סי' מ"ב ס"ק י"ו) דהיכא דהלשון תלוי ומסופק יד בעל השטר על התחתונ' אפי' יש חרם או שבועה או תק"כ והוא תמה עליו הא ס' שבוע' להחמי' והביא דברי תשובת רשב"א דספק חרם להחמיר בכה"ג וכתב דודאי הנשבע או המקבל בחרם יחוש לעצמו אבל הב"ד אין כופין על כך כיון שהלשון מסופק

ידו על התחתונה הרי מבואר דרק מספק שבועה יחוש לעצמו אבל לא אמרינן בשביל כך לדון מטעם דהוי ליה לפרש מפני חומר שבועה שבו ומדלא פירש אמרינן אומדן דעתו לטובת הזוכה ועיין שם בתומים (ס"ק ה') דמהר"ם מינץ איירי דרצה להתיר שבועתו רק דאין להתירו שלא בפני שכנגדו וכיון דבדיעבד מותר אף שלא בפניו וכיון דיש כאן ספק הו' ליה ספיקא דרבנן עיין שם ואם כן בנידון דמוהרש"ך ז"ל היו יכולין הקהל להתיר החרם אם נאמר דלא חייבים רק מצד שקבלו עליהם בגזירת נח"ש וגם כיון שהקהל של עכשיו לא פטרוהו רק המוקדמים אם כן לא היו צריכי' קהל של עכשיו לחוש על ספק איסור שבועה של הקדמונים כיון דמן הדין יד בעל השטר על התחתונה והם אינם עוברים בספק איסור אלא ודאי דהמורש"ך ז"ל דן שם דלשון סתם הוא בודאי לעולם:

סימן מט

המתחייב לזון את חבירו ורוצה במעות הדין עם מקבל המתנה ואם התנה בפירוש לזונו על שולחנו אינו חייב רק לפי ברכת הבית (סי' ס' ס"ג) ועיין בסמ"ע דסתם לזונו משמע שיהיה ניזון כרצונו כדרך העולם. וראיתי בס' בית מאיר (סי' קי"ד) שכ' דמלשון תשובת הרא"ש שבטח"מ (סי' ר"ז) משמע קצת דוקא שם שהתנה כראוי לפי כבודו הוא דיכול לטעון דמים אני רוצה. ובתשובת רשב"ש (סי' ת"ס) כתב שיש לסמוך דברי הרא"ש במה שכ' שרואין אם היה מתפרנס כל ימיו בתוך ביתו שדומה לפוסק לזון בת אשתו ה' שנים דלא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אלא מוליך מזונותיה למקום שהיא הרי דכל הפוסק לזון לאו דוקא על שולחנו ומשמע מדברי הרב ז"ל שאם אין דרכו של הנזון להתפרנס בביתו שאין הזן חייב לתת לו מעות שיש לסמכו מאלמנה אם אמרה אי אפשי לזוז מבית אבא יכולין היורשים לומר אם את אצלינו יש לך מזונות הרי כיון דדרכה להתפרנס עם בעלה אין נותנין לה מעות עכ"ד מבואר דדעתו בדעת הרא"ש שלא לדייק דוקא בהתנה כראוי לפי כבודו רק אף בלא התנה יכול לבקש דמים ורק אם אין דרכו של הנזון להתפרנס בביתו אז אינו יכול לבקש דמי' אולם מדברי הריטב"א בתשובה המובא בב"י מבואר כמו"ש הסמ"ע ודוקא אם התנה בפירוש לזון על שולחנו אז אין צריך ליתן מעות רק לפי ברכת הבית אבל מ"מ תמיד יכול לתבוע דמי מזונות ומ"מ צריך עיון באם רגיל לצפות על שולחן אחרים מקודם אם יכול לתבוע ממון:

עוד כתב שם בתשובת הרשב"ש ז"ל להשיב להשואל ששאלו אם חלה אם חייב לרפאותו וז"ל מצאתי בס' החושן (סי' קע"ז) כ' תשובה להרא"ש ז"ל שרפואה שאין לה קצבה היא כמזונות וכ' זה אפילו על הנזון שלא בתנאי ב"ד וצ"ע עכ"ל. ותמהני הא להדיא מבואר ברא"ש פ' הנושא בחלתה אינו חייב לרפאותה. ורק האוכלת בתנאי ב"ד אז חייב

להספיק כל צרכיה אבל המקבל לפרנס אין רפואה בכלל וכן כתב הטור אה"ע (סי' קי"ד) ושלא יהיו דברי הרא"ש סותרין לדבריו ע"כ צריך לחלק כמו שרמז הסמ"ע (ס"ק י"ד) ומבואר בדרישה (סי' קע"ו) דשותפים כיון שהם פועלים זה לזה ונשתתפו מתחילה יחד מכל מה שירוויחו ומזונתם מאמצע דעתם שגם רפואה בכלל כיון דשקולים הם בהנאה שכל א' יזון ויתרפא מהאמצע מה שאין כן במקבל לזון לבת אשתו או לחבירו מסתבר לומר דמה שקבל עליו בפירוש קיבל ומאי דלא קבל לא קבל אם לא בתנאי ב"ד. ועיין מהרשד"ם (סי' קס"א) ובס' תומת ישרים (סי' קצ"ט) שכ' בפשיטות להוכיח מדתקנו חכמים לאשה שחייב במזונותיה דרפואה בכלל מזונות הוא הדין במי שיש לו שכיר עובד בביתו שחייב ברפואתו. ותימא עליו שלא הרגיש דהרא"ש מחלק בין החייב בתנאי ב"ד למחייב את עצמו וכמעט לא נמצא חולק על זה מלבד מה שהביא הש"ך להוכיח מדברי תוס' כתובות (דף נ' ע"ב) דחייב לרפאותו וכבר כ' בס' הפלאה אה"ע שם ליישב על נכון דאינו ראיה מדברי תוס' דממה דאינו חייב ברפואה הכריחו התוס' דחולי הוי אונסי דלא שכיחא ולא אסיק אדעתיה לא הבעל ולא הלקוחות גבי מזונות הבנות. ועיין שם שהעלה בביאור דברי הרא"ש שאין רפואה בכלל מזונות כלל בלשון בני אדם אע"ג דשכיחא. ובתומים כ' לדון בזה דהוי ספיקא דדינא וכבר השיב על דבריו בעל קצוה"ח באבני מלואים אה"ע שם והסכמות כולם דאין רפואה בכלל מזונות במחיי' את עצמו. ואף אם מקבל עליו בחיוב לזונו כל ימי חייו ובודאי שכיח חולי במשך זמן חיי אדם על פי רוב מ"מ לזון אין בכללו רפואה רק לזונו וכן הוכיח בתשובת רע"א ז"ל (סי' ק"נ) ומ"מ אף דאינו חייב ברפואה אם מחמת חולי אין צריך רק למזונות מועטים פחות ממה שהיה צריך לו אם היה בריא צריך ליתן לו הדמים כפי שומת מזונות אם היה בריא. וכן כ' בנתיבות (ס"ק ז') והדברים מבוארים בש"מ כתובות משם הריטב"א להוכיח מן הירושלמי דקאמר חלתה כמו שנשאת מתה כבר מתה דאף דלא נתחייב רק כשראוי לזון אז אעפ"י שאין צריך נותן לה דמי מזונות אם כן לא תימא דחלתה הוי כאינו ראוי לזון לכך אמר דלא כן הוא רק חלתה הוי כמו שנשאת כיון דעכ"פ ראוי למזונות חייב לתת דמי מזונות שהי' צריך כשהיה בריא:

והנה הב"ש אה"ע שם כתב דרק בנשאת דיש לה מזונות ממקום אחר אז צריך ליתן דמי מזונות משום דחדא כרסא אית לה אבל כשאין לה מזונות ממקום אחר אין צריך ליתן רק מזונות ולא דמים והנתיבות הכריע דבמחייב לזונו לחבירו משמע שיתן לו מעות רק אם התנה בפירוש לזון על שולחנו אינו חייב בדמים ועיין בבית מאיר אה"ע שם. ולא אדע אם ליכא שום נ"מ בין דמים לפירות אם כן אף בהתנה על שולחנו כיון דאין

צריך ליתן דמים רק לפי ברכת הבית למה לא יתחיי' ליתן דמים דכגון זו כופין על מדת סדו' כמו בהך עובדא דרחיא סוף כתובות דאם אית ליה לשוכר טחינא לרחיא כופין אותו על מדת סדום והכא נמי כיון דצריך לקנות עכ"פ בעדו מזונות לתת לו לפי ברכת הבית אף דהתנה על שולחנו מה נ"מ להמתחייב אם יתן הממון או המזונות ואם יש לו נ"מ כגון שיש לו מזונות בביתו מוכן וטורח לו למכור כפי חלקו שצריך להמקבל כפי ברכת הבית או שהמתחייב ימצא מקום לקנות המזונות בהקפה ולא מעות ודאי כשאומר והתנה לזונו על שולחנו יכול לפטור את עצמו מכל וכל אם אינו רוצה בפירות. וכן אף באומר סתם לזונו מניין לנו לומר דיפסיד ויתן דמי מזונות משלם ואף דלשון לזונו משמע מעות שיקנה מזונות כרצונו מ"מ יש לומר היכא דלית ליה פסידא אבל ביש לו פסידא בין פירות לממון מניין לנו ובאמת בתוס' כתובות שם דכתבו דבמתניתין ליכא פסידא והמתחיי' כי יהיב דמי מזונות ממה שהיה נותן מזונות עצמן היינו דמסתמא איירי בזה ומה שמבואר בירושלמי הוא אומר פירות והיא אומרת מעות הדין עמה ומזה הוכיחו הראשונים במקבל לזון אין הכוונה דוקא מזונות עצמן רק שיהיה לה לזונה כפי רצונה לקנות והכל כשליכא נ"מ רק אם כפי ברכת הבית או יותר אמרינן לזונה כפי רצונה אבל מ"מ דלא יהיה לו להמתחייב הפסד שיש בין גוף המזונות או הדמים:

וראיתי בספר נתיבות משפט הגדול הספרדי ז"ל (דף קח"י) שהוכיח מדברי הריטב"א ורשב"א כתובות שם שכתבו והוא הדין אם יש לה מזונות ממקום אחר ששניהם נותנין לה דמי מזונות שלמין כדאמרינן גבי נישאת משמע בפירוש דדוקא כשיש לה הוא דנותנין לה דמים אבל כשאין לה כיון דאית ליה פסידא בנתינ' דמים מנתינת פירות לאו כל כמינה אלא נותן לה מזונות ולפום ריהטא אינו מוכרח ראייתו לדייק מזה דדוקא כשיש לה מזונות ממ"א ובלא"ה נותן לה מזונות דיש לומר דהם לא איירי ביש פסידא בין מזונות עצמן למשלם דמי מזונות אבל הם קאי דלא תימא דמתניתין אתי לאשמועינן דלא תימא דלא חייב את עצמו רק כיון שאין לה ממקום אחר להתפרנס אז חייב את עצמו לזונה ודוקא כשנשאת דעל זה נכנס בחיובו אבל בלא נשאת רק הקרה לפניה מזונו' ממ"א נימא דשוב לא יתחייב כתבו דבכל אנפי קאי בחיובו לתת דמי מזונו' אבל מ"מ יש לומר דחייב לתת דמים ממש דע"ז נכנס בחיובו בלשון לזונה. וכמו שכ' הסמ"ע:

אך אם נאמר דהחיוב הוא לזונו היינו כרצונו בביתו ויקנה לנפשו מה שירצה כדרך העולם אם כן לאיזה צורך כ' הרא"ש ריש פ' הנושא על דברי הירושלמי תנא זנה ה' שנים הראשונים בין ביוק' בין בזול היה ביוקר והוזלו אם הוא גרם נותן ביוקר ואם היא גרמה נותן בזול היה בזול והוקרו בין שהיא גרמה בין שהוא גרם נותן בזול פירש אם היה

המזונות ביוקר בה' שנים הראשונות ול"נ לה ואח"כ הוזלו אם הוא גרם שעיכב מליתן לה צריך ליתן לה כשע' היוק' אבל אם הראשוני' היו בזול אינו חייב לשלם ביוקר אלא דמי אותן שני' כעין שגזל ומה צריך לזה הא לא נתחייב מעולם במזונות דוקא רק בדמי מזונות של ה' שנים הראשונים ואולי סובר הרא"ש אף דהניזון יכול לומר דמים אני רוצה מ"מ אם רוצה דוקא במזונות צריך ליתן לו לכך כ' הרא"ש דלא עדיף מגזילה במה שלא נתן לה ה' שנים הראשונים ואינו משלם רק כעין שגזל היינו דמים של החמשה שני' הראשונות. אך מ"מ קשה אם כן כשהיו הה' שנים הראשונות ביוקר אף אם העכוב היה ממנה מ"מ כיון שלא זן אותה בה' שנים הראשונות כיון דהיתה יכולה לומר דמים אני רוצה למה לא ישלם לה הדמים כמו שהיה בשנות היוקר. וראיתי בבית מאיר שם דעמד על זה וכ' דדוקא אם טוענת אז דמים אני רוצה אז חייב לשלם כפי היוקר רק דאיירי שלא תבעה אז ממנו כלום והעיכוב היה שהרגיל' קטטה והלכה מביתו וכל כמה שלא תבעה לא נתחייב ולהכי משלם בדמי הזול וזה דוחק גדול לומר בלשון הירושלמי אם היא גרמה דאיירי דוקא באופן זה גם אף אם הלכה בעצמה ולא תבעה ממנו כלום מ"מ כיון דאם היתה תובעת ממנו אז היה חייב בדמים וכי בשביל דלא תבעה תפסיד כיון דאין כאן מחילה ומזה נראה דבאמת אינה יכולה לתבוע דמי מזונות כשאין לה ממקום אחר לכך כיון שהיא גרמה שלא זנה הה' שנים הראשונות נותן כשעת הזול:

ועיין במח"א דיני ריבית (סי' מ') שחקר בהלוה סאה בסאה בדרך היתר ואחר כך נתייקרה הסאה ותבעה מהלוה ול"נ לו ואחר כך הוזלה אם סגי כשנותן לו עכשיו הסאה או דחייב ליתן כפי מה שהיה שוה בשעה שתבעה שהיה ביוקר וכ' דראה לאחד מגדולי האחרונים דכיון דלא פרעו אז חייב מדין מזיק וכ' דזה לא הוי אלא גרמא אך מירושלמי הנ"ל יש ראיה דחייב כשעת היוקר וכ' דיש לדחות דהתם לא נתחייב בפירות רק בדמים ששוין המזונות והוי כמו דנתחייב בדמי מזונות ה' שנים אבל זה לא נתחייב בדמים רק בפירות כל שיתן כמו שלקח סגי. ושוב הביא מדברי הרא"ש דכ' הטעם כעין שגזל נראה דס"ל דל"נ בדמים כי אם במזונות ולזה אם המזונות נתייקרו יתן כל כך מזונות ולמדנו מזה כל שנתחייב לתת לחבירו מה בזמן פלוני ולא נתן הרי זה דין גזלן יש לו ומשלם כמו שהיה שוה באותה שעה עכ"ד. ויש לדקדק בדבריו למה דסובר דנתחייב בדמים לזונה אם כן כיון דחייב בחמשה שנים הראשונים נתחייב דמי מזונות של שעת היוקר אמאי באם היא גרמה נותן בזול. גם מה שהוכיח מדברי הרא"ש דבמזונות נתחיי' והוכיח מזה דאם נתחייב ולא נתן דין גזלן יש לו ומשלם כמו שהי' שוה באותו שעה יש להבין דמ"מ אם העיכוב ממנה לו יהיה דלית ליה דין גזלן מ"מ כיון שלא קבלה

מזונות והרויח המתחייב למה לא ישלם ככל מה שהרויח ובדברי הרא"ש יש לומר דכך מסתמא היה חיובו לזון אותה ואם לא תרצה ותעכב נשאר חייב לזונה ה' שנים ויכול לזונה כשעת הזול אבל בהלוה סאה בסאה דחייב לו בסאה אף כשלא תבעה מהלוה הא מ"מ הרויח במה שאכל אז הסאה הזה או שמכרו ולמה לא ישלם לו כפי דמיו אף אם לא הוי כגזלן וצריך לומר דסובר דאמרינן דכך היה חיובו בסאה פירות לתת לו בזמנו ואם לא תבעה יכול לומר הרי שלך לפניך כיון דל"נ גזלן רק כשתבעה ולא רצה ליתן אז הוי כגזלן ומשלם כשעת הגזילה. אך קשה על המח"א הא בהלכות נזקי ממון (סי' א') הביא מחלוקת הראשונים אם במזיק אמרינן גם כן כמו בגזלן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ואם הזיק דבר שהיה שוה אז ה' ובשעת הפרעון הוזל ואינו שוה רק ד' אם משלם כשעת הגזילה דיש לומר בנזקין נותן לו כלי כמותו או דמיו ולסגי ובהלכות ריבית הוכיח מדברי הירושלמי והרא"ש הנ"ל דאף במזיק חייב לשלם כשעת ההיזק דהא במחייב לזון ליכא מידי שיחול עליו שם גזילה במה שלא זן ובכל זה חייב לשלם כדמעיקרא מכ"ש במזיק בידים ולמה שכ' שם המח"א דדעת הרא"ש דגם בנזקין צריך לשלם כשעת ההיזק יש לומר דהרא"ש כתובות אזיל לשיטתו ולכך כשנתייקר יקר חייב לשלם אף אם לא נתחייב בדמים רק במזונות אבל למ"ש שם דדעת רש"י ותוס' דבמזיק משלם כדהשתא אם כן אמאי חייב כדמעיקר' בהי' ביוקר והוזל לא יהיה אלא כהזיק בידים דאינו משלם רק כדהשת' ולדידהו צריך לומר דכך היה החיוב דמי מזונות ה' שנים הראשוני' וכמו שכ' המח"א:

וראיתי בספר אבני מלואים (ח"ב סי' קי"ד) שהביא ראי' מדברי הרא"ש כתובות הנ"ל להכריע כדברי מהרש"ל המובא בש"ך (סי' ע"ד) במלוה לחבירו לזמן ותובעו בזמנו ודחהו הלוה בלך ושוב ובין כך נפסל המטבע דחייב לשלם מטבע היוצא אחר כך והש"ך חולק על זה ובתומים שם כ' דהוי רק גרמא בעלמא וכ' דאין להוציא מיד המוחזק וכ' הקצוה"ח להכריע דכל שהעיכוב מן הלוה הוי ליה כגזילה ממש וכל דליתא בעינא משלם כשעת הגזילה וכמו בפרנסה דצריך לשלם כשעת היוקר וזה ממש כדברי המח"א. אולם למה שכ' דיש לדון דהיכא דליתא בעינא לא שייך בו דין גזלן רק כמו מזיק ותליא במחלוקת הפוסקי' אם במזיק משלם ג"כ כדמעיקר' או כדהשתא ויש לומר דהרא"ש שכתב בפרנסה דחייב מטעם דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה דסבירא ליה דגזלן ומזיק דין אחד להם אבל להסוברים דרק בגזלן הוא גזה"כ לשלם כדמעיקרא ולא במזיק על כרחך הא דהיה ביוקר והוזל דחייב לשלם כדמעיקרא כמבואר בירושלמי הוא מטעם דכך נתחייב דמי מזונות ה' שנים הראשונים כל שהעיכוב היה ממנו אינו ראיה מזה

לנידון דמהרש"ל ואם כן מי יכול להוציא ממון נגד דעת הש"ך והתומים והנך פוסקי' המובא במח"א דיני נזקי ממון דס"ל דבמזיק לא דנין בי' הדין דכל המזיקין משלמין כשעת ההיזק וסגי בתשלומי דמים כדהשתא. ומ"מ יש לדון בנידון דמהרש"ל הנ"ל והמח"א בהלוהו סאה בסאה ולא נתנו לו בזמנו ואחר כך הוזלה כיון דעכ"פ גרמא הוי כשלא נתן לו כשתבעו ובא עי"ז לידי הפסד וכיון דהלוה הרויח בזה דהוא הוציא המטבע וכן הסאה שהיה צריך ליתן לו ונהנה ומשתרשי ליה ובכה"ג היכא דהרויח דעת המרדכי וכמה פוסקים דחייב לשלם כמבואר ברמ"א (סי' רצ"ב) אולם דעת המרש"ל בעצמו מובא שם בש"ך דחולק ע"ז וסובר אף היכא דהרויח במה דמבטל כיסו של חבירו גם כן פטור אם כן צריך עיון בזה להוציא ממון:

והא דחייב לפרוע בזמן היוקר כ' הטו"ז באה"ע שם דהוא דוקא ביוקר דשכיח אבל יוקר דלא שכיח הוי כאונס דלא שכיח ולא קיבל עליו והביא דבריו בב"ש שם ובס' בית מאיר שם הניח דין זה בצ"ע דאינו דומה בקבל עליו אחריות אונסים שהוא כולל כמה מיני אונס אמרינן דל"ש לא אסיק אדעתיה אבל במקבל עליו פרט ענין מזונות מדחייב אף ביוקר אסיק אדעתיה להתחייב בשינוי ממה שהוא עכשיו חייב לאסיק אדעתיה אף יותר דל"ש ומדלא התנ' חייב וקשה לחלוק בסברא קלושה בזה על הטו"ז וב"ש דמצינו בכל מקום מה דלא שכיח כלל לא צריך להתנות ולאסוקי אדעתיה והוי כמו אונס ומניין לנו לחייבו במאי דלא צריך להעלות על דעתו ובספר אבני מלואים שם הביא ראיה מדברי תוס' כתובות (דף נ') דס"ל דבמזונות ה' שנים חייב נמי ברפואה שאין לה קצבה דבכלל מזונות הוא וחלה הוי ליה אונס כמבואר ריש כתובות ואע"ג דתוס' כתבו שם דחלה הוי ליה אונס דשכיח ול"ש היינו לענין גיטין אבל כ"ע מודו דהוי אונס גמור וכיון דחייב ברפואה אם הוי בכלל מזונות הוא הדין ביוקר בין שכיח או לא שכיח ואיני מבין דבריו דבשכיח ולא שכיח דהוי ליה לאסוקי אדעתיה ומדלא התנה ירד לחייב את עצמו אף בזה כיון דס"ל לתוס' דרפואה בכלל מזונות אבל במידי דלא שכיח דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שפיר י"ל דלא נחית לחייב את עצמו בזה. ובס' שער משפט כתב גם כן לחלוק מסברא דדוקא במקבל על עצמו אחריות אמרינן מאי דלא הוי ליה לאסוקי אדעתי' לא נתחייב כלל באונס כזה מה שאין כן במחייב את עצמו לזון ה' שנים כיון דכבר נתחייב אף דלא אסיק אדעתיה יוקר בזה אמרינן מזלו של הנותן גרם אף דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה מ"מ הא כבר נתחייב והביא ראיה מהא דמבואר יו"ד (סי' רל"ב) במי ששידך בתו ונדר לתת סך ידוע ונשבע על זה ואחר כך נתקלקלו החובות שלו ואין לו ממה לפרוע חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו פטור מטעם דהוי לו אונס והדין הוא רק דפטור משבועה

אבל אם נתחיי' בשטר וקנין באופן המועיל וירד מנכסיו חייב אף למכור בית דירתו וכלי תשמישו וכ"כ בפשיטות בספר בית הלל אה"ע (סי' נ') ואין חילוק בין מי שנתחייב או לוה מעות בכל ענין אין משיירין לו אלא כפי דין הסידור ולא אמרינן אדעתא דהכי לא נתחייב אלא ודאי לענין חיוב ממון כיון דנתחייב ונשתעבדו נכסיו לא אמרינן אדעתי' דהכי לא נתחייב דשעבודא ממילא חייל ומזלו גרם. ואינו ראיה כלל דודאי בנתחייב בממון וחיוב' רמיא עליו לשלם אף אם ירד מנכסיו מ"מ נשאר חיובו ונשתעבד כל נכסיו שיש לו ובכל עת שיש לו חייב לצאי' יד"ח לשלם ואמרינן מזלו גרם ואף אם הוא מכת מדינה מבואר (סי' שכ"א) בקבלנות דאינו מנכה לו אף דלא שייך מזלו גרם אבל אם פרט חיובו על פרט היינו לזונו על זה אנו דנין אם אסיק אדעתו יוקר דל"ש או לא ואם נאמר דלא אסיק אדעתיה לא ירד לחיוב' באופן זה ונתבטל החיוב מעיקרא ולא שייך לומר מזלו גרם כיון שהוא מכת מדינה ואם נאמר דכיון דלא אסיק אדעתו לא נתחייב בזמן היוקר ואף אם הוזל אחר כך אינו מחויב למלאות הזמן שהיה ביוקר דל"ש מה שאין כן היכא דחייב את עצמו בממון לעולם חיוב' רמיא אקרקפת' דגבר' לשלם לכן אף דלא אסיק אדעתו שירד כ"כ מנכסיו מ"מ כיון דנשאר שעבוד הגוף נשתעבדו נכסיו וחייב אף למכור כפי סידור בע"ח אבל כאן הספק על עיקר החיוב אם נתחייב כלל לזון בזמן יוקר דלא שכיח ואם נחזיק בזה הואיל דלא אסיק אדעתיה אינו מחויב כלל לזון ואף אחר כך לא נתחייב למלאות החיוב אף אם הוזל כיון דהתנה רק על זמן הזה וכיון דלא נחית על יוקר דלא שכיח כלל נתבטל החיוב מכל וכל ואינו דומה לחיוב כללי דחל על גופו ונשתעבדו נכסיו עוד הביא ראי' מדברי רשב"א פ' הנזקין שהקשה על רש"י דס"ל דבחייב לזון חמש שנים הוי דבר שיש לו קצבה ממה דמזונות אשתו הוי דבר שאין לו קיץ ואם נאמר דיוקר דלא שכיח אינו בכלל החיוב נימא דשאני מזון אש' דחייב אף ביוקר דלא שכיח לכך הוי אין לו קצבה אלא ודאי דאף במתחייב חייב אף ביוקר דלא שכיח וראיה הזאת הביא גם כן בס' ב"מ שם. אולם אינו מוכרח כ"כ דיש לומר מידי הוא טעמא דא"ח ביוקר דלא שכיח כלל הוא משום דלא אסיק אדעתיה ובשביל זה גם כן הלקוחות לא יחושו על זה דלא אסקו אדעתיהו ועיין בספר הפלאה אה"ע (סי' קי"ד ס"ק ג') מ"ש בזה וכנראה מסכים גם לדברי הטו"ז לכן אין להוציא ממון בזה:

סימן נ

כתב הרמ"א בקבל לזון לאחד ואשתו והתחיל לזון ומת' אשתו פטור ואפילו קצב סך לצורך מזונותיה אפילו הכי פטור מחלקה ועיין בש"ך (ס"ק י"ז) דבמזונות סתם פטור לגמרי אפילו מיורשיה ובקצב לה סך חייב לשלם ליורשיה רק מבעלה פטור. ובנתיבות

כ' דהרמ"א אירי שקצב וקצב גם כן זמן המזונות כגון שהתחייב סך קצוב לצורך מזונות של ה' שנים דאז פטור אפילו מיורשיה כשמתה תוך זמן וכמו שכ' הח"מ אה"ע (סי' קי"ד ס"ק י"ג) וראיתי שם בס' בית מאיר דכ' דהטו"ז לומד בדברי הרשב"א בתשובה מדכ' וגם הוא שלא קצב זמן באותו חוב שחייב עצמו מעכשיו שהעיקר תלוי אם חיובו נתלה בהשנים כגון לזון ה' שנים אז אין החיוב נגמר מעכשיו עד בא זמן שנה בשנה חל עליו חיוב ליתן וכבר קיי"ל לי ולא ליורשי הוא הדין לך ולא ליורשיך ולכן דייק הרשב"א וגם הוא שלא קצב זמן באותו חוב אלא שחייב עצמו מעכשיו נמצא מיד חייב כל הסך ושפיר מוריש החוב ולכן למד הטו"ז מזה היכא דהבטיח בת"כ ושבועה שאין החיוב רק בהגיע הזמן חל עליו החיוב לקיים שבועתו וכיון שמת אין בידו להוריש ולכן אף אם התחייב בסך ר' לצורך מזונות ה' שנים אין זה אלא כנותן מתנה לעני ליקח לו טלית וקנה בו חלוק שמ"מ קנה כיון שהחיוב נתברר בפעם אחד מעכשיו ולא נתלה החיוב בזמן השנים והניח דין זה בצ"ע. ואני ראיתי בתשובת רשב"א (ח"ד סי' רמ"ח) הנדפס בשאלוניקי והוא בביאור יותר ממה שנדפס מכבר (סי' תתק"ע) שהוא מקור דברי רמ"א הנ"ל ומבואר כדברי הח"מ דרק כשלא קבל לזון זמן ידוע רק סך מעות לצורך מזונות סתם וחייב עצמו חוב גמור מעכשיו באותו סך ממון רק שקבע זמני' מחולקים לפרעון אותו חוב ולפיכך אין באותו טענה שקבל עליו לזונה כיון שמתה אין בו ממש שאילו קבל עליו זה לזון ה' שנים או שחייב עצמו בממון ידוע למזונות ה' שנים ומתה לסוף ב' שנים בכענין זה לא הוי מתחייב לפרוע ליורשי אשה אלא כנגד שנים שעברו עד שלא מתה הא משנים הנותרות אינו חייב כלום לפי שמזון ידוע קבל עליו ואיננה לקבל מזונותיה ומבואר להדיא בדבריו דאף במחייב עצמו בממון ידוע אם קצב זמן בעד מזונות אף דמתחייב בסך מסוים מעכשיו כיון שהזכיר וקצב בעד זמן למזונות פטור כשמתה ואינו חייב אף ליורשיה ומה שסיים הרשב"א גם שם אבל עכשיו לא שקבע זמן למזונות אלא לצורך מזונות סתם אלו רצו הם להוציא באותו סך ביום אחד הרשות בידם וגם הוא שלא קצב זמן באותו ממון הוא שחייב עצמו מעכשיו והם יזונו את עצמ' כמה שירצו היינו כיון שלא קצב זמן למזונות ואף בהשטר שכ' בו שם וקבעתי להם זמנים לפורעם להם לא נזכר שהוא בעד דמי מזונות רק מתחילה כ' בו שהתחייב את עצמו כך וכך מעות לצורך מזונותיהם לכך חל החיוב אף שמתה הא אם הוזכר בזמנים של הפרעון שהוא בעד מזונות גם כן כשמתה אינו חייב לפרוע. ומכ"ש אם מיד קצב זמן שחייב את עצמו לשלם בעד מזונות ה' שנים כך וכך אם מתה בתוך הזמן אינו חייב אף ליורשיה לשלם רק מזמן העבר וכדברי הח"מ:

ועיין שם בהפלאה (ס"ק ה') שדן בדברי טו"ז וב"ש שם דאף בהתחייב א"ע ליתן איזה סך במתנה ליום המוגבל לא חל חיוב המתנה עד אותו יום ואם מת קודם אין יורשים זוכים בו כמו במתחייב לזון ה' שנים ובמתה אין היורשים יורשים דאין החיוב חל אלא יום יום וזה שאמר בירושלמי מתה כבר מתה ולא אמר סתם פטור אלא הטעם כיון שמתה קודם החיוב ומדמה להא דמבואר בש"ע (סי' רנ"ג סעיף י"ו) באם אמר ר' זוז לפלוני בנדונייתה אין לתת עד שתנשא ואם מתה בנתיים אין ליורשיה כלום אבל אם אמר לנדונייתה צריך ליתן לה מעכשיו ואם מתה זכו היורשים הרי דירושה תלוי בזמן הנתינה אע"ג דשעבוד מתחיל מיד ולמה שכ' שם הרמ"א דיש חולקים וס"ל אם אמר ליתן להשיא' מתה לא זכו היורשים ה"נ במזונות טעמא משום דפרט למזונו' אבל בשאר חיוב מתנה חייב ליתן ליורשים כיון שהשעבוד חל מיד וכתב דמלשון הירושלמי שכ' כבר מתה משמע כיון שמתה קודם החיוב. אולם מתשובת רשב"א הנ"ל מבואר באמר לצורך מזונות סתם דיורשיה יורשין אותה ודוקא בקבל עליו מזון ידוע ואיננה לקבל וכן אם אמר בעד זמן ידוע אבל היכא דנתחייב מעכשיו אף שאמר בעד מזונות יורשיה יורשים אף בלא הגיע זמן פרעון בחייה. ומה שכ' מהא (דסי' רנ"ג) כבר כ' שם בקצוה"ח דעיקר החילוק באמר חפצים לנדונייא אז אין נותנין לה רק כשתנשא אבל אם אמר לתת ר' זוז הוא רק כמראה מקום ונותנין לה מיד והביא שם מדברי הרשב"א והריטב"א דאם אמר ר' זוז לנדונייתה דחייבין לתת מעכשיו ואם מתה קודם שתנשא זכו בהם יורשיה דכה"ג לא הוי קפידא אלא כמראה מקום כמו בנותן דינר לעני ליקח בהם חלוק שרשאי ליקח בו טלית. ומתשובת הרשב"א הנ"ל מבואר ג"כ כן דאף באמר והתחייב לצורך מזונות אם לא אמר לצורך מזונות ה' שנים יורשיה יורשים אותה ועיין שם בהפלאה (ס"ק י"א) בנידון דרמ"א הנ"ל מתשובת רשב"א שכ' ולענין אם חייב ליתן ליורשיה לא כ' כלום ונרא' דתליא בפלוגתת הפוסקים (סי' רנ"ג) דהכא כיון שפירש למזונות הוי לי' כמו להשיאה. וברשב"א בתשובה הנ"ל מבואר דיורשיה זוכין בכל מה שחייב עצמו לה ואפילו במה שלא הגיע זמן פרעון עדיין. ויש לומר אף לדעת הרמ"א שם הוא דוקא בנדר להשיא יתומה דאיכא אומדנא שלא התחייב רק על מנת לכונסה ועיין במרדכי פרק אף עפ"י בש"ג משם הר"י מווינא ז"ל שכ' דאומדן דעת הוא שזה לא הפריש מעותיו אלא לצורך מצוה ולא לדבר הרשות שיאכלום היורשים ויעשו בהם צורכיהם וזה נמי אפשר דעת הרמ"א מה שאין כי כשהתחייב כך וכך במתנה כיון דהחיוב חל מעכשיו אף שאמר בעד מזונות כ"ע מודים דזכו בהו היורשים כמבואר מדברי תשובת רשב"א הנז' ועיין בחתם סופר חח"מ (סי' קמ"ז) כנראה סובר בדעת רשב"א דדוקא אם כבר קבל

הממון אבל להוציא גם רשב"א מודה וי"ל דהוא דוקא היכא דאיכא אומדנא דלא נתן רק לעשות המצוה אבל במחייב סך מסוים בעד מזונות מבואר מדברי הרשב"א הנ"ל דיורשיה יורשים אף החיוב וחייב לשלם להיורשים ועיין בד"מ אה"ע (סי' נ"ג אות א') שכתב אף דהרשב"א כ' באמר לנשואין שצריך ליתן לה מיד מ"מ מודה לרבינו חיים דאם מתה המעות חוזרים רק שצריך ליתן לה מיד ואין ממתינים עד זמן הנשואים ע"ש. ועל כרחך אף דמבואר מדברי הרשב"א הנ"ל דאף אם לא נתן עדיין יורשיה יורשים צריך לחלק דדוקא בנדר ליתומה שרוצה שיעשו בממונו המצוה לבין חייב את עצמו לאחר בעד דמי מזונות ודברי הפלאה צ"ע:

ומה שדקדק ההפלאה דלא קאמר בירושלמי מתה פטור רק כבר מתה שהטעם הוא דעדיין לא חל החיוב כבר מבואר בריטב"א דהפירוש הוא דלא נתחייב אלא כשראויה ליזון אעפ"י כשאינה צריכה כשנשאת אעפ"כ נותן לה דמי מזונות הוא משום דראויה היא למזונות אבל מתה אינה ראויה למזונות והא דלא קאמר בירושלמי פטור דשם הוא איבעיא מתה כמי שנשאת לשון שאלה אם צריך לשלם ליורשיה והתשובה הי' מתה כבר מתה משום דלא נתחייב רק בראויה ליזון אבל בודאי החיוב חל מיד רק לזמנים שצריך ולכן דוקא במתחייב לזון ה' שנים אמרינן דבאינה ראויה ליזון לא נתחייב אבל אם אמר והתחייב סך מסוים לצורך מזונות לפרוע בזמנים מחולקים כיון שלא פרט הזמנים ויכולה להוציאם בפ"א בזה יורשי' יורשים. ומה שכ' הב"מ לדון בדברי הרשב"א בתשובה המובא בסמ"ע (סי' רמ"א ס"ק ח"י) באומר שדה נתונה לך על מנת שתתן לי כל שנה כך וכך דאם מת אינו נותן ליורשיו דהטעם הוא משום דאין לו חיוב מהשתא שיוריש לבניו וכיון דאינו בעולם אמרינן לי ולא ליורשי אבל אם אמר על מנת שתתן לי חמשים זוז ה' בכל שנה שאם מת תוך הזמן מחויב ליתן עד תשלום הסך לבניו ולא דייקינן בזה לי ולא ליורשי רק העיקר תלוי אם נתברר החיוב מעכשיו בפעם אחד ולא נתלה החיוב בזמן השנים. אינו מוכרח כלל דודאי יש לומר דעיקר החיוב חל מיד אף אם אמר בסתם שיתן כל שנה כך וכך ובמחייב ליתן בעד מזונות הטעם הוא כיון דאינה ראויה לזון. והך דתשובת רשב"א במחייב ליתן כל שנה דאינו חייב ליורשים הוא משום דתנאי מילתא אחריתא הוא כמו שכ' מהרי"ט (סי' מ') דעד כאן לא אמרינן לי ולא ליורשי רק בתנאי אבל במתחייב לתת כך וכך אם מת חייב ליורשיו דמכחו ירתי ולא אמרינן לך ולא ליורשיך עיין שם בדבריו דבתנאי דתלוי ברצונו ואינו לא חיוב ולא זכיה אין לנו לדקדק אלא בלשון התנאי דיורשיו לאו מכחו ירתי דהא איהו גופיה לא זכה ביה ובלשון התנאי אין יורשים במשמע מה שאין כן בחיוב עיין שם בדבריו ואף דיש להבין מה

שכ' דתנאי תלוי ברצונו ואינו חיוב ולא זכיה ויורשיו לאו מכחו ירתי ולמה נדקדק יותר בלשון התנאי ממה דנדקדק בלשון החיוב וצריך לומר דס"ל דתנאי כל זמן שאינו מבורר אינו מבטל המעשה מה שאין כן בחיוב כיון דנתחייב בבירור גמור מעכשיו יורשיו גם כן בכלל ועיין בתשובה שבסוף ס' מנחת יעקב (סי' ז') דאזיל בתר איפכא ובספר פה"ב (דף י"א) דמשיג עליו:

ובספר מח"א דיני זכיה ומתנה הקשה על המרי"ט מד' הירושלמי הנז' דאע"פ שהיא כבעל חוב מתה אינו משלם ליורשיה והביא מד' ריטב"א גיטין דמי דנתחייב לחבירו לתת לו כל שנה ושנה לו ולא ליורשיו קאמר והעלה לחלק בין דבר הקצוב כגון שנתחייב לתת לי ק' בכל שנה עד ה' שנים לו וליורשיו משמע אע"ג דבתנאי לו ולא ליורשיו אבל בנתחייב סתם לתת לו כל שנה אין כאן דרך לומר שירשו בניו אחריו שהוא עדיין לא זכה בחוב אלא חיובא הוא דאיכא ולא ליורשיו וכ' שלמד זה מדברי הריטב"א ר"פ הנושא הנ"ל שלא פטרו אלא מפני שאינה ראויה למזונות ולא קאמר בפשיטות הטעם דלה ולא ליורשיה קאמר כמו שכ' בגיטין עכ"ד ולא אבין מה זה שכתב על המרי"ט איך אישתמיטתיה מ"ש הרא"ש מירושלמי דאעפ"י שהיא בע"ח אינו משלם ליורשיה הא שם עיקר הטעם משום דאינה ראויה ליזון כמ"ש הריטב"א ואם כן שפיר יש לומר דבחיוב לא אמרינן לך ולא ליורשיך כמו שכ' מהרי"ט רק חילוקו הוא מדעת עצמו לחלק דאף דאמרינן דבזה נעשה חוב עליו דהרי זה כמו שנתחייב לתת ה' מנים דהיורשים ירתי זכות החיוב הוא דוקא בזמן קצוב מה שאין כן כשאומ' לתת כל שנה ושנה סתם לא ירתי ומיישב בזה דברי הריטב"א דמוכח מדבריו פ' הנושא דאינו פוטר רק משום דאינה ראויה למזונות הא לאו הכי ירתי היורשים ובגיטין כתב דלו ולא ליורשיו וקאמר. אולם המעיין בריטב"א גיטין (דף ע"ד) יראה דבלאו הכי לא קשה דהא כתב שם אחר שכתב דבמחייב לחבירו כך וכך בכל שנה לו ולא ליורשיו כתב אבל מי שמתחייב לחבירו מחמת שלוה ממנו אעפ"י שאין כתוב בשטר אלא לו אמרינן לו ולבאי כחו משמע ובהא ודאי לא פליגו רבנן דלא פליגו אלא בתנאי ובמה שמתחייב לחבירו מרצונו אבל אם לוה ממנו בכי הא ודאי ל"פ עכ"ל אם כן יש לומ' דאף בחיוב דמתחייב ליתן כל שנה לו ולא ליורשיו הוא רק כשמתחייב מרצונו אבל בפוסק עם אשתו לזון בתה חמש שנים דאינו מרצונו הפשוט רק בשביל דלא התרצה אשתו אליו להנשא עד שיפסוק לה לזון בתה הוי כמו הלואה. ועיין מה שכ' לעיל בקושית האחרונים דלמה צריך לתרץ בש"ס כדר"ג הא בלאו הכי חייב מטעם שכירות ובמ"ש אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' ל"ה) וכיון דלא נתחייב מרצונו לכך אי לאו משום דאינה ראויה לזון היו ירתי יורשיה:

היכא דפוסק האב מזונות ודירה לבנו וכלתו כך וכך שנים או לבתו וחתנו ומתה בתו או בנו דעת הטו"ז דמחויב ליתן לזון כלתו וחתנו וח"צ והב"ש הסכימו ע"י אולם בתשובת שבות יעקב חולק עליהם דאין לחייבו ואומדנא חזקה הוא ובתומים כ' דחוכך למעשה. והריק"ש ז"ל כ' כיון שכלל בתו עם חתנו כוונתו בהיותם יחד לבד ואומדים דעת הנותן ואינו דומה למקבל עליו לזון בת אשתו דהתם לא תלאה באמה כלל ומשום חובת נשואין אפשר שרצה להתחייב לעולם וליכא אומדנא מה שאין כן בכלל שניהם. ואפילו למ"ד משמע כ"א בפ"ע ה"מ בשווין אבל באחד עיקר ואחד טפל לו לא מצי למימר כ"א בפ"ע שיהיה הטפל עיקר לבדו וכ' ועוד דאיכא אומדן דעת וכן עמא דבר וכן העלה להלכה בספר בית מאיר אה"ע (סי' קי"ד ס"ו) עיין שם. ויש להסתפק אם הוא דוק' היכא דמתה בתו או שמת בנו דנפסק החיוב ויש אומדנא אבל אם היא בחיה או הבן אם העיקר מוחל להמתחייב אם נפקע החיוב מן השני דעל זה לא שייך כל כך האומדנא. אולם למה שכתב הריק"ש ז"ל דלא נוכל לומר כל א' בפני עצמו שיהיה הטפל עיקר לבדו הכא נמי כיון דהעיקר מוחל חיובו יש לומר דנפקע גם כן חיוב הטפל או דיש לומר דמ"מ כיון דהעיקר הוא בחיים רק שרוצה לוותר חיובו ולמחול דמ"מ לא נפקע חיובו על השני ויש סברא לכאן ולכאן וצ"ע ועיין תשובת לחם רב (סי' קצ"א):

סימן נא

כתב הטור (סי' ס') והמחייב את עצמו בדב' שלא בא לעולם או אינו מצוי אצלו חייב אע"ג דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"מ כשהקנהו לו בלשון מכר או מתנה אבל בלשון חיוב חייב לפיכך לא מבעי כ' לו מודה אני לך שאני חייב לך כך וכך מדות פירות שהוא חייב לו שהרי הודה לו בהן אלא אפילו אמר הוו עלי עדים שאני מתחייב עתה לפלוני כך וכך מדות פירות שהוא חייב ודוקא בלשון חיוב חל האחריות והשעבוד על החיוב אבל הנותן מתנה דבר שאינו מצוי אצלו או שלא בא לעולם אפילו כתב לו שעבוד על שדה או קבל עליו אחריות על כל נכסיו אינו כלום דאפילו נתן לו משכון על מתנה זו לא קנה דמנה אין כאן משכון אין כאן כ"ש שעבוד דגרע ממשכון. ובש"ע העתיק דברי הטור בתוספת דברים בלשון חיוב שאני מתחייב לפלוני כך וכך חייב והוא שקנה מידו וכ' הסמ"ע והש"ך דאפילו לדעת הסוברים בקנו מידו ליתן או אתן הו"ל קנין דברים מ"מ כאן שחייב נפשו ליתן הכל מודים דקנה. ובכנה"ג הביא משם הר"ש הלוי ז"ל דלא מקרי לשון חיוב אלא מודה אני שאני חייב אבל אומר אני מתחייב שאתן לא הוי לשון חיוב ועיין בנו"ב מהד"ק (סי' כ"ה) בתשובת חתנו הגאון זצ"ל הביא דברי הר"ש הלוי הנ"ל וכ' ומדברי הסמ"ע לא משמע כן:

ולא אדע הא מבואר כן להדיא מדברי הרמ"ה המובא בטור (סי' קנ"ז) דכ' אם קנו מידו דמחייב ליתן כך וכך דרך הודאה הוא אי נמי דרך שעבודא דשעבד נפשיה להכי לאו קנין דברים הוא והדברים מבוארים באורך ברמ"ה ב"ב (פ"א סי' כ"ו) דרק בקנה לתת או לזון או לבנות שאין הקנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה והנתינה אין בו ממש אלא מעשה בעלמא ומצי למיהדר ביה דלא משמע דמחייב מהשתא למיתב אלא לשון הבטחה דלא משתעבד אבל בקנה מניה דמחייב ליתן דרך הודאה או דרך שיעבודא דשיעבד נכסי להכי לאו קנין דברים הוא וכבר תמה על דברי מהר"ש הלוי ז"ל בספר בני יעקב (דף צ"א ע"א) דבאומר הריני מתחייב שאתן לכ"ע מהני דהקנין חל על גופו והביא ראיה מתשובת רשב"א שבב"י (סי' קצ"ה) דהקנין מתקן הלשון והוי כמתחייב אף דאמר אתן וע"כ דהיכא דהוי בלשון חיוב לכ"ע חייב אף באומר אתן עיין שם. והגאון הנ"ל הקשה לדעת הסמ"ע מב"ב (דף קמ"ט) דנפק אודיתא מביה איסר הא היה יכול לחייב את נפשו ליתן מעות המופקדים ליד רב מרי אלא ודאי דלא מקרי חיוב רק אם אמר מודה אני שאני חייב והיינו אודיתא ועיין שם בתשובת הגאון בעל נו"ב מה שפלפלו שניהם הרבה בזה. דאיסר היה יכול לחייב את עצמו לרב מרי ושיגבה ממון זה מרבא. ותמהני שלא הביאו דברי תשובת רשב"א (סי' רנ"ב) ובמיוחסת דעמד על זה דהיה לרב מרי לכתוב חוב על נכסיו ויגבה מרבא והוכיח מזה דמטלטלין המונחים ביד אחרים אין בעל חוב גובה מנכסי הגר כמו דאינו גובה ממטלטלי דיתמי ובאמת קשה הא לדעת הרשב"א היכא דשעבד בפירוש מטלטלין גובה אף מיתמי וכבר עמדתי על זה בהגהותי בדברי חיים דיני הפקר (סי' א') ואכ"מ עכ"פ הדין ברור דלא כמהר"ש הלוי ז"ל: **ומ"ש** שם בנו"ב אם היה איסר מחייב את עצמו ליתן אותו ממון שביד רבא דאינו יכול לתת מעות אחר רק אותו ממון וגם אם נאבדו המעות אין איסר חייב באחריותו כן דעת הגאון מו"ה יוסף ז"ל ובעל נ"ב מסכים לזה אבל לא שיהיה יכולת ביד איסר לסלק במעות אחר דז"א כיון שאין גוף המטבע נקנה לר"מ הברירה בידו לסלקו בממון אחר עיין שם (סי' כ"ח) והנה הדברי' מבוארים בתשובת מהרי"ט (סי' פ"ד) דכדי שיחול חיוב על גופו צריך לומר דמשבא לעולם משתעבד בהם מעתה שיתחייב באחריותן עד שיתנם ואם אבדו פורע להם ממקום אחר שאם אי אתה אומר כן אלא שמחייב לתתו בידו כשיבואו לעולם ולא יהא באחריותו אם כן לא חל החיוב על גופו כלל והוי ליה כקנין דברים ואם באת לומר שיהיה חיוב על תנאי שלא יתחייב באחריותו הוי ליה תרתי דסתרי אהדדי והוי ליה תנאי ומעשה בדבר אחד עיין שם ובספר בני אהרן (סי' נ"ו) ונאמר שם גם כן תשובת מהרי"ט ז"ל וכ' כן לתרץ דלמה צריך יכיר יכירנו לאחרים הא אף בנכסים

שיבוא לו אחר כך יכול להשתעבד בדבר שלא בא לעולם וכ' נמי דאף דיכול לשעבד גופו להחוב לכשיבוא לו נכסיו חל שעבודו מעתה ואם היה מתחייב לבן הזה כשיעור פי שנים בנכסים אם נאבדו מקצתם אחר מותו גוב' חובו ואביו אינו רוצה בכך לחוב שאר בניו וגם אינו רוצה להתחייב לשום אדם בחיו וחיוב אם לא אחזור לא מהני עיין שם. ובנתיבו' (סי' ר"ג) כ' דבדבר ידוע יכול גם כן לחייב דיכול לחייב את עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם והמרי"ט כ' על קושיא דיכיר בזה כיון דהאב אינו רוצה לחייב עצמו שיתן להבן תיכף כשיבואו הנכסים לעולם דאולי יצטרך להם רק שבניו יתנו ואותן אינו יכול לחייב ועל עצמו לא קבל שום חיוב אבל אם מחייב את עצמו ליתן לו דבר ידוע החיוב חל על גופו. אולם המעיין בדברי מהרי"ט יראה דסובר דחיוב הגוף בלא אחריות לא מהני ואף דיכול לחייב חיוב הגוף בפירות דקל לכשיבא לעולם היינו שמשעבד נכסיו מעכשיו לכשיבואו לעולם ומאז אחר שבאו לעולם הן באחריותו ולפי דבריו של הנו"ב דפטור אם נאבדו הנכסים מהני החיוב היינו אם יכול לסלקו בדברים אחרים דל"ה החיוב דוקא בגוף הדבר הידוע רק או תמורתו:

והנה בכנה"ג כתב אם מחייב א"ע בדשלב"ל אם מת הנותן קודם שבא לעולם לכ"ע היורשין פטורין ובקצוה"ח כ' כיון דחיוב הוא על גופו וליתא בהחזרה. ובנתיבות כ' דאם חייב בדמים או בדבר ידוע אם לא יתן מחייב את עצמו בכך וכך הוי כתולה תנאי בדשלבל"ע אבל אם מחייב את עצמו שדה זו כשאקחנה אתן לך וכל זמן שלא קנה ליכא חיוב על גופו דבידו שלא יקנהו וכן פירו' שיוציא הדקל דליכא שום חיוב על גופו קודם שיבא לעולם לא עדיף שעבוד וחיוב לרבנן מלר"מ וכשמת פטור דזכו היורשים קודם שבאו לעולם דהא אף אם נאבדו הפירות מידו כשבאו לעולם היה פטור הנותן מחיובו וכשזכו היורשים קודם שבא לעולם ודאי דנפטר הנותן מחיובו. והמעיין היטב יראה שאין נ"מ כל כך לדינ' בין דעת הקצוה"ח ודעת הנתיבות רק קוטב המחלוקה הוא אם מהני חיוב על דבר ידוע ושלא יהיה באחריותו דגם הקצוה"ח מודה לסברתו דאם מת קודם שבא לעולם דכבר זכו היורשים וככל דברי הנתיבו' מבואר בכנה"ג אה"ע (סי' נ"א) ושם הביא דברי תשובת הרשב"א דחיוב הוי על גופו ולא על ממונו וכ' הכנה"ג דאין ספק במנחי במחייב שיתן פירות שיוציא הדקל אם מת קודם שיצאו דאין בניו חייבין ליתן ומחלק שם בין מחייב את עצמו אעפ"י שאין לו נכסים דנשתעבדו כל נכסיו הבא לידו אחר כך קודם שמת ובחיוב פירות דקל אם בא לעול' קודם שמת קנה המקבל אבל אם מת קודם לא קנה המקבל לפי כשבא החיוב על הפירות פקע זכותיה ונפל קמי יורשיו וכ' דיש לפקפק למה לא ביאר זה הרשב"א ז"ל ובזה גם הקצוה"ח מודה רק

דסובר כדעת המהרי"ט דאם ליכא אחריות רק חיוב הגוף כשיבא הפירות לעולם שיזכה המקבל זה לא הוי רק כמכר ועל כרחך צריך לומר דגופו משתעבד ומשעבד נכסיו על זה ליתן הפירות ואם נאבדו חייב באחריותן וצריך ליתן התמורה וסובר כיון דנשתעבדו נכסיו מעכשיו לזה לכשיבא לעולם שחל למפרע אם כן אף אם זכו היורשים מקודם כבר נשתעבדו כל נכסיו על חיוב זה. וכן משמע נמי מדברי הרמ"ה ב"ב הנז' דכ' כי קנו מניה דמחייב ליתן דרך הודאה אי נמי דרך שיעבודא דשעבד נכסי להכי משמע דצריך לשעבד נכסיו ואל"כ הוי רק קנין דברים:

והא דמבואר בר"ן ר"פ הכותב בביאור דברי הירושלמי אילין דכתבין אי מיתה בלא בני כל מה דילה תהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים דאינו מתנה עמה שלא יירשנה אלא יורשה ומתנה דמחזיר להם ירושתה ובכה"ג מהני אף לאחר שנשאת דרק מחייב עצמו להחזיר ליורשים ושם בודאי הוא רק חיוב הגוף ושלא באחריות ויש לומר דגם כן משעבד נכסיו מהשתא על חיוב שמקבל עליו כשיבא הירושה בעולם שיירשנה יזכו היורשים מכחו שיחזיר להם ומאז הנכסים המה באחריותו. וראיתי בהרב מהריק"ש ז"ל אה"ע (סי' ס"ט) דכ' וצ"ע במה יקנו שלא יוכל לחזור בו כיון שאינו מתחייב בדבר או חפץ ידוע וכ' ומ"מ כבר הורה הזקן. ולא אדע כיון דמשעבד גופו ומחייב את עצמו מעכשיו שכל מה שיזכה בירוש' אשתו יחזיר ליורשיו ומשעבד נכסיו על זה מעכשיו למה יהי' יכול לחזור [ועיין במהרי"ט (ח"א סי' ל"ח) באם נתנה אחר כך לבעלה כל נכסיה במתנות גמורות אין ליורשים אלא מה ששיירה וכיון דהי' יכולה למכור וליתן במתנות אין להם ליורשים אלא מה שתשייר ובאבני מילואים אה"ע (סי' צ"ב) כתב כיון דמדין תקנות אושא הבעל הוי כלוקח ראשון וכיון דהתחייב להחזיר ליורשיה ממילא אין המתנה חל דכבר הוא שלו ומחויב להחזיר ליורשיה כמו שחייב את עצמו ולא נראה כן. ועיין תשובת מהר"ב אשכנזי ז"ל (סי' י"ז) דרצה לומר נ"מ בין סילוק הבעל ללשון חיוב דבסלוק נשארה היא כפנויה דעלמא לגבי ירושה דמצית לעשות בנכסיה מאי דבעיה אבל בלשון חיוב שמחייב להחזיר ליורשיה ומכחו זוכים יורשיה אפשר לומ' שלא תוכל לתת לאחרים והעלה דאין לחלק בין מחילתה לבעלה לנתינתה לאחרים בין לשון סילוק ללשון חיוב דחיוב אגידה במה שתרצה היא לתת וכל מי שיזכה בירושתה מחויב הבעל להחזיר לו וכי מדלית כח הבעל מירושה מדינא ומסברא תשאר היא שליטה על נכסיה בחייה כשאר היורשין עיין שם ויש לדבר בזה טובא אכ"מ. וראיתי שם בסוף דברי הא"מ דציין לעיין במה שכ' (סי' ר"ג) בקצוה"ח בשם מהרי"ט וצ"ע עכ"ד וכוונתו כיון דאין כאן

אחריות לא מהני החיוב וכבר כתבתי דיש לומר דכשבא לעולם חל האחריות למפרע על נכסיו ושפיר מהני החיוב אף לדעת מהרי"ט]:

ברם דעת המר"א ששון ז"ל מובא במל"מ (פ"ח) ממכירה באומר ומתחייב למכור לו שדה שלו דמהני הרי אף דליכא חיוב אחריות מהני גם כן מדין חיוב. שוב ראיתי בקצוה"ח (סי' ר"ו) דעמד על זה והעלה שם דלא מהני בלשון חיוב גם כן שם רק באומר מכורה לך מעכשיו וכן הוא באמת דעת הרש"ך (ח"ג סי' פ"ד) והוכיח כן מדברי תשובת הרשב"א שבב"י שם דלא מהני דמחייב את עצמו למכור וכ' דאינו דומה לדברי הרמ"ה שבטור (סי' קנ"ז) בקנה מידו שמחוייב ליתן כך וכך לא הוי קנין דברים דיש לחלק חילוק ברור אין צריך לטרוח לכתבו וקל להבין ומהר"א ששון (סי' קל"ג) הביא דבריו ובספר בני יעקב (דף ס"ד ע"ג) מבאר החילוק דלתת החיוב חל על גופו ששעבד נפשו לאותו דבר והוי דבר שיש בו ממש אע"ג דנתינה אין בו ממש מ"מ ל"ק מידו על הנתינה אלא על החיוב אבל בקנו מידו למכור סוף סוף המכירה אין בו ממש עיין שם בדבריו ואכתי אין בו כדי שביעה החילוק אולם אם נאמר כדברי מהרי"ט דהיכא דליכא חיוב אחריות לא מהני אתי שפיר דהוי קנין דברים אולם בכל זה גם שם כתב הכנה"ג (סי' ר"ו אות י"א) דדעת המבי"ט דקנין מהני ומילתא אלימתי הוא והוי כאומר שמחייב את עצמו למכור וכן מבואר במבי"ט (ח"ב סי' כ"ו) ומזה מוכיח גם כן דדעתו נגד סברת בנו מהרי"ט ז"ל וחיוב מהני אף היכא דליכא חיוב אחריות ואף הסוברים דלא מהני חיוב למכור כפשטות דברי תשובת הרשב"א שבב"י (סי' ר"ו) לא נחתו לומר דהטעם הוא בשביל דליכא חיוב אחריות ובמהריק"ש ז"ל שם כ' הטעם בדברי רשב"א הנ"ל משום שאמר שאם ימכרנו לא ימכרנו אלא לו במנה כיון שהקנין על השלילה לא יחול דהוי קנין דברים ולסברתו אם מחייב את עצמו למכור מהני. וכן יש לומר בדעת רמ"א שם (סוף סי' ר"ו) שכתב בדלא אמר מעכשיו אעפ"י שקנו מידו שכשימכור יהא מכור לו לא ק' דהוי קנין דברים כמו שנתבאר (סי' ר"ג) ועוד דהוי אסמכתא משמע מדכ' כמו (סי' ר"ג) דלאו מטעם דהוי כקנין אתן דזה נתבאר (סי' רמ"ה) ושם אף דרמ"א הכריע דאתן לא מהני אף בקנין מ"מ הא דעת הרא"ש ורשב"א דמהני רק כאן אף לדעתם לא מהני דהוי קנין דברים וכיון דבסי' (ר"ג) אינו מבואר רק קנין לא מהני על דבר שאין בו ממש ודאי דעת הרמ"א דכאן גם כן כיון דהקנין הוא על השלילה הוי כקנין על דבר שאין בו ממש מה שאין כן היכא דהקנין היה שימכרנו תליא במחלוקת אם מהני קנין אתן ועיין בספר המקנה הלכות קידושין (סי' נ"א ס"א) דהוכיח מדברי הרמ"א (בסי' ר"ו) הנז' דפוסק דקנין אתן לא מהני. עכ"פ מבואר מכל הני רבוותא דחיוב מהני אף בליכא אחריות ודלא כדעת

הקצוה"ח בדברי מהרי"ט. ובאופן זה כיון דליכא שעבוד נכסים ודאי היורשים פטורין וכדברי הכנה"ג אה"ע הנז':

ועיין ב"ש אה"ע (סי' נ"א ס"ק י') דרצה לפרש בדברי מהרי"ו דסובר דאפילו אם קנין אתן מהני לית ליה זכות רק כופין אותו שיתן ואם מת פטורין היורשין ובקצוה"ח (סי' רמ"ה) נגרר אחריו וכ' לתרץ בזה מה שהקשה המ"מ (פ"ח) מזכיה בדעת הרשב"א דהאיך קנה הא מבואר ממס' גיטין (דף מ') דהכותב בשטר אתנן' ל"ק וכ' המ"מ ואפשר לדעתם דטפי עדיף קנין משטר ומזה כתבו אחרונים לחלק בפשיטות בין קנין לשטר וכתב הקצוה"ח דאינו מוכרח דיש לומר אף בשטר מהני רק שם עיקר פלוגתא דרבי ורבנן אם קנה מיד ונ"מ לגבי יורשים עיין שם. אולם המעיין במהרי"ו יראה דברור ליה דע"י קנין אם מהני קנין אתן הוא מטעם דנשתעבד גופו ונכסיו וכן העלה שם הב"מ וגם אף דהמ"מ כ' בלשון אפשר בדברי רמ"ה ב"ב שם מבואר הדבר בברור כשהביא סברת רבוות' בתראי דס"ל דקנין אתן מהני כ' דכמאן דקנו מניה דמחייב ליתן דמי וכ' הא דס"ל לחכמים במס' גיטין אתננה לו לא קני אע"ג דמסר ליה לשטרא הוא משום דשטר לאו לשעבודיה לנותן למיתב קאתי אלא לאקנוויי גופא דשדה בהאי שטרא ואתננה לשון הבטחה משמע דמקני לי' למחר בשטר אחר או בקנין ולכך לא קני אבל קנין לשעבודיה נפשיה נמי קאתי ולכך אף בלשון להבא נמי משתעבד ועיין שם דסיים ומלתא צ"ע. הרי דלא ניחא ליה לתרץ הך דגיטין בכך וע"כ דס"ל דאם מתחיי' ליתן היורשים ג"כ חייבין כיון דאשתעבד גופא. אך יש לומר דהא דלא מתרץ כן ברמ"ה דס"ל אף אם נאמר דהיורשין אינם חייבין במחייב עצמו בדבר ידוע בלא אחריות מ"מ לא ניחא ליה לומר דר"מ יהי' סובר דקנה היינו לגמרי דמה"ת כיון דלא התחייב את עצמו רק לתת ולא הקנה השדה מיד ועל כרחך הא דקתני בברייתא ר"מ אומר קנה היינו זכות זה שצריך ליתן לו ובזה אם מת או מכר לאחר אינו יכול להוציא מן היורשין והלוקח וחכמי' ס"ל דלא קנה היינו אף חיוב ליכא ולכך מחלק רמ"ה בין קנין לשט'. ומדברי הנ"י ריש ב"ב יש להוכיח דס"ל להסוברים דקנין אתן מהני חייבין היורשין גם כן לתת וכן אם מוכר לאחר כשאמר אתננה לך בקנין סודר מוציא המקבל מיד הלקוחות דהקשה להגאונים הסוברים דקנין אתן לא מהני מהא דמס' ע"ז באמר כי מזבנינא להאי ארעא לדידך מזבנינא לך במאה ומכרו בק"כ לאחר דזוזי אנסוהו וקנה השני הא אם מכרה במאה קנה הראשון ואמאי קנין דברים בעלמא הוא ותירצו דשם באמר מעכשיו וקנו מידו דלאו קנין דברים אלא מוכר בתנאי הוא משמע הא להסוברים דקנין אתן מהני ניחא ליה הך דע"ז ואמאי הא אף דקנה מ"מ לא הוי רק

חיוב כשימכור ימכור לו וכל זמן שלא זכה בגוף השדה אמאי לא מהני מכירתו ובאיזה זכות יוציא מיד הלוקח השני אלא ודאי דסובר דחיוב הוי כמכר ממש ומוציא מיד השני. **והיכא** דמחייב את עצמו למכור לו בית פלוני כ' הנתיבות דלא חל החיוב כיון דאין בידו והחיוב ע"ד פרטי לא מהני רק אם יקנה שחייב להעמיד לו והביא כן מדברי תשובת הראנ"ח ז"ל (ח"א סי' ס"ו) אולם הראנ"ח עצמו (ח"ב סי' ל"ו) חזר בו והעלה דבחיוב לכ"ע מהני הן ע"ד פרטי הן שלא ע"ד פרטי וכבר האריך והרחיב הדבור בזה הרב בעל דברי אמת בקונטרס השביעי והביא דברי הראנ"ח הנ"ל והנה הראנ"ח שם כתב ממש על הנידון שנשאל בח"ר וכנראה שהדברים בחלק שני הוא סיום הפסק שבח"ר וגם שם לא נדפס סיום הדברים והוסיף עוד דלא בעינן שיחייב עצמו בפירוש ולא שישעבד נכסיו רק כשאמר דבר פלוני אני נותן לך או אני מוכר משמע דמחייב עצמו דלא הוי דבר שלא בא לעולם אלא כשאומ' דבר פלוני מכור לך או נתון לך וש"מ דבדבר שהוא בעולם מיהא מתחייב אדם אפילו שאינו ברשותו ואפילו לדעת הרי"ף והרמב"ם וסייעתם שיראה קצת דס"ל דאין מתחייב בדשלבל"ע בדבר שאינו ברשותו מתחייב משום דנשתעבד מוכר ואף להחולקים על קצת גאונים ומהם הרי"ף ורמב"ם וסייעתם גבי ארעא ודיקלי דלא מחיי' לקנות דיקלי ז"א אלא כשלא קבל עליו לקנות אלא שאמר מכורים לך או נתחייב ולא קנו מידו אבל מחייב עצמו בקנין חייב לכ"ע ומשיג על התה"ד (סי' ש"ך) דכ' במי שנתחייב לקנות מרגליות ולמכור לחבירו והיה בקנין דאינו חייב לקיים המקח דמצי למימר קים לי כדעת הרי"ף וסייעתו וכ' הוא דלא דק דכשנתחייב בקנין אף בחיו' סתם שהוא חייב כ"ש שהוא חיוב מפורש וכ"ש שבפירוש שעבד עצמו ונכסיו לזה עכ"ד והרב בעל בנ"י כ' דלא נתבאר בתה"ד בלשון חיוב אלא שהקנה לו בקנין ובעל ד"א כ' דתליא בזה אם קנין אתן מהני ולדעת הרשב"א קנין מילתא אלימתי הוא ומתקן הענין כאלו מחייב עצמו באותו דבר עיי"ש:

ויש לומר דזה טעמא דרבינו נסים המובא בבעל העיטור מאמ' מכירת קרקעות דאם מוכר מתני ליה לאקנויי לי' דשלבל"ע ואדעתא דהכי יהיב ליה זוזי דחייב לקיומי ליה תנאו וראי' מתוספת' דתרומה מוכר חפץ לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו חייב להעמיד לו מקחו וכן מובא במרדכי ב"ב פ' המוכר ועיין ב"י (סי' ר"ט) ובש"מ ב"מ (דף מ"ז) הביא משם הר"י מיגאש ז"ל שהביא דברי רבינו נסים ותמה עליו דהאיך עלה בדעתו דבר זה והוא דשלבל"ע ואם דעתו לפי שנמצא בשוק דבר שבא לעולם הוא תיפוק ליה שהרי לא משך השתא דבר שהוא ברשותו לא קנה עד שימשוך דבר שאינו ברשותו קנה יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא וסברא זו היא בלתי נכונה והתוספתא אין לסמוך

עליה עכ"ד. וי"ל דסברת רבינו נסים הוא משום חיוב אתי עלה דהמוכר מחייב את עצמו ואיירי דאמר אמכור לך דהוא לשון חיוב לדעת הראנ"ח ובעד כסף יכול לחייב את עצמו. ועיין במח"א דיני קנין מעות (סוף סי' י"ד) אם נתן הדמים על דבר שלא בא לעולם ונתחייב המוכר בלשון חיוב לתת לו אותו דבר הרי זה נתחייב בנטילת הדמים כנז' ממה שכ' הרמב"ן בתשובה (סי' רכ"ה) עכ"ל. ולכאורה יש להבין הא מבואר ריש פ' הזהב דזהב מחייב את הכסף אבל הכסף אינו מחייב את הזהב ואולי ס"ל דוקא בדבר הבא לעולם לא עדיף מאם הי' הדבר בעין בידו דלא מהני מצד קנין כן נמי מצד חיוב לא מהני אף דבחיוב לא שייך לומר נשרפו חיטך מ"מ משום לא פלוג אינו קונה כ"כ אינו מתחייב מה שאין כן בדבר שלא בא לעולם לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ויכול למכור פירות דקל ואף בלא אמר מעכשיו ע"כ דקונה בכסף כן נמי לדידן אף במוכר מה שיש לו מטלטלין אינו קונה בכסף מ"מ שלא בא לעולם ואינו ברשותו מהני החיוב על ידי קבלת הכסף וסובר רבינו נסים ז"ל כיון דאדעתא דהכי יהיב ליה זוזי חייב המוכר לקיומי תנאו. ועיין במח"א דיני מוכר דשלבל"ע (סי' ג') דחזר בו וכ' דברי הרמב"ן הנז' והעלה דבתר דאמרו חכמים שלא יקנו המעות רק לענין מי שפרע כמו כן לא מהני נמי החיוב אלא לענין מש"פ ומ"מ בדעת הגאון והראבי"ה שבמרדכי הנז' יש לומר דמטעם חיוב אתו עלה ואין לומר הא בתוספתא שהביאו ראיה לדינם איתא במוכר בחזק' שיש לו ונמצא שאין לו אז חייב ואי מטעם חיוב אתי עלה אדרב' עדיף כשידע שאין לו דאז ודאי אדעתא דחיוב נחתו תרווייהו והכסף מחייב אותו להעמיד לו המקח שמכר מה שאין כן כשמוכר בחזקת שיש לו ועיין בש"ך (סי' ר"ט ס"ק ט') משם רשד"ם אולם מדברי המרדכי וראיותיו שם מבואר דסברו בדעת הר"נ והראבי"ה אפילו בידוע שאין לו ולמה שכ' זה עדיף ממה דמכר בחזקת שיש לו. ויש לומר לדבריהם הך דתוספתא הוא לרבותא דלא מבעי במוכר בחזקת שאין לו דלא חל המכר כלל דודאי אדעתא דחיוב נחית אלא אפילו בחזקת שיש לו כיון דלא ייחד לו הדבר אין כאן שם קנין רק שם חיוב וחייב לדעתם אף לקנות בעבורו ולקיים חיובו. ובש"מ ב"מ (דף ט"ז) כ' משם הרמ"ך וז"ל ואיכא מ"ד הה"ד אע"ג דלא היה ברשותיה בההיא שעתא אי אמר ליה שדה אחת בית סאה אני מוכר לך אי קנו מניה מעכשיו אע"ג דהשתא לית ליה ארעא כלל מחייבינן למיזבן כיון דמשכיח לזבוני ורבינו הגדול ז"ל חלק ע"ד כמו שנבאר פרק המוכר הבית ומדבריו מבואר דע"כ אתי עליה מטעם חיוב דכיון דקנו מיניה מעכשיו מתקנינן ליה ללישנא דרצה לחייב את עצמו ובאמר אני מוכר לך הוי כלשון חיוב. ואם כן אינו ראי' מדעת הרי"ף והרא"ש ב"ב דס"ל גבי ארעא ודיקלי דאינו חייב להעמיד

דחלקו על העיטור וגם במרדכי פ' המוכר הביא דברי רבינו נסים גאון ז"ל במכר חטים בדינר וקנו מידו וקבל הדמים דחייב להעמיד לו אם כן מבואר כיון דקנו מידו אלם כח הקנין להתחייב וכן מצאתי אחר כך בספר בני אהרן (סי' צ"ז) דגם כן כ' בטעמו דמשום חיוב אתי עלה ובלא קנין אפשר גם ר"נ מודה דאינו מתחייב.

ובר"ש (פ"ו) דתרומות הקשה גם כן מתוספתא הנז' מב"מ (ט"ז) בגזלן שמכר השדה בין הכיר הלוקח בין לא הכיר אי חזר ולקח מבעלים הראשונים קונה רק מטעם דכי היכי דליקום בנאמונתו אבל בלא"ה לא קנה וכ' דשמא יש לחלק בין מטלטלין לקרקע ובתשובת רע"א ז"ל (סי' קל"ד כ') דאין קיום לדעת העיטו' המובא בטור (סי' ר"ט) דס"ל בדבר שא"ב חייב לקיים תנאו רק לחלק בין קרקע למטלטלין כמו"ש הר"ש. וזה זמן רב אמרתי כיון דהר"ש כ' בלשון ושמא יש לומר דמהא דב"מ אינו ראיה דהא בלא"ה לדעת רבינו נסים וראבי"ה דהם ס"ל במוכר ארעא ודיקלי דגם כן חייב להעמיד ולא ס"ל לחלק בין קרקע למטלטלין יש לומר דס"ל דיש לחלק בין אמר שמוכר שדה זו למוכר שדה סתם כמבואר בב"מ שם לחלק בכך כן יש לומר בזה אף דחייב להעמיד היינו במוכר סתם שיתן לו כך וכך או שדה סתם בזה יש לומר דסמכה דעתו והואיל דשכיח למיזבן חייב להעמיד לו אבל כשמוכר לו שדה זו ונמצא שאינו שלו שגזולה היא בזה לא הותנה להעמיד לו וכיון דמכר דבר שאינו שלו ולא נחית כלל אדעתא דחיוב ובפרט בלא הכיר בו הלוקח ואף בהכיר בו לדעת הר"ש מ"מ כיון דשם איירי שהחזיק בהשדה ונכנס בה דלרוב פוסקים בזה אמרינן דניחא לי' דליקום בהימנותו כמבואר שם בראשונים ובש"ע ופוסקים (סי' שע"ד) ודאי לא נחית אדעתא דחיוב ואף אם יהי' טעמא דהנך פוסקים דחייב להעמיד אף בלא חיוב מ"מ יש לחלק בין שדה זו לסתם כמובן. ועתה ראיתי בספר ד"א שב"ה כוונתי בזה לדעת רבינו ירוחם שהקשה גם כן על התוספתא הנ"ל מגמ' דב"מ וכ' דהתם מכר לו דבר מסוים דאז לא קנה אבל כשלא מכר לו דבר מסוים רק דבר פלוני ולא אמר זה צריך לקנות אם אין לו. שוב ראיתי בש"מ (ד' ס"ט) משם הר"ן ז"ל דהקשה גם כן קושית הר"ש ומתרץ גם כן לחלק בין דבר שאינו מסוים לדבר המסוים יע"ש בדבריו. ויש לומר דבדבר המסוים כמו שדה זו אף בחיוב מפורש אינו מתחייב לקנות וכמו שכ' הראנ"ח בח"ר וכמו שהעלה הנתיבות ומ"מ אינו מוכרח כל כך כיון דלא אתי עלה בתורת חיוב ויש לומר דבחיוב מפורש ממש לכ"ע אף בשדה זו מועיל החיוב ומהתימא על מרן רע"א ז"ל שהעלים עין מדברי ה"ר ירוחם והר"ן ז"ל:

אולם רוב הפוסקים ס"ל כל זמן שלא נתחייב בפירוש הן אם אומר אמכור לך הן אם אומר מכור לך הן דבר שהוא ברשותו הן בדבר שלא בא לעולם ל"ק ואינו חייב לקנות

וכמו שכ' התה"ד בהך דינא דמרגליות. ומ"מ כ' שם התה"ד בטרח לקנות וקנה אמרינן כי היכא דליקום בהימנותו צריך להשלימו והוי מחוסר אמנה אם לא יתקיים לראובן ופסק כן הרמ"א (סי' ר"ט ס"ה) ובפוסק על השער שבשוק מבואר שם דאם חוזר חייב לקבל מי שפרע ודעת הסמ"ע לחלק בין דבר המצוי לקנות קאי במש"פ מה שאין כן באינו ברשותו אף שהוא בעולם כיון דאינו מצוי לקנות לא קאי במי שפרע דבכל מקום קאי במי שפרע אם הוא דבר הבא לעולם אף דא"ב והדבר תלוי בשני תירוצים שבכ"מ (פ' כ"ב) ממכיר ובב"י בבדה"ב אם ביצא השער ומצוי לקנות הוי קנין דאורייתא או לא רק לענין מי שפרע ומדברי הרמ"א שם שכ' אם טרח וקנה צריך לקיים מקחו כי טרח אדעתא דהכי דליקום בהימנותי' וכדברי התה"ד ואיירי בלא יצא השער ול"ש לקנות ומבואר להדיא דרק בטרח וקנה אז מחויב לקיים ואם אינו מקיים הוי רק מחוסר אמנה ובמי שפרע לא קאי והרמ"א קאי ע"ד המחבר ומבואר דלא כייפינן ליה דכסף אינו קונה ואף בגזלן בחזר ולקחה דקנה הלוקח מבואר ברמ"א (סי' שע"ד) דהוא רק בלא הכיר בה וגם שם אמרינן בגמ' ב"מ דקנה בההיא הנאה וכתבו שם כמה ראשונים ובש"מ דאיירי דהנגזל ידע ומקנה ללוקח ואף להסוברים שם דהנאה הוא כסף או חליפין מ"מ במטלטלין שלא היו ברשותו דהנאה שהאמין כבר חלף ועבר וכיון דהרמ"א העתיק דברי התה"ד מבואר דרק כשטרח חייב לקיים דבריו שלא יהא מחוסר אמנה ולא שקאי במי שפרע ומבואר דסובר כמו שכ' המחבר דיכול לחזור ולא קאי במי שפרע ואף מחוסר אמנה לא הוי אם אינו קונה ודלא כמו שכ' שם הש"ך (ס"ק י"ב) ומה שכ' שם שכן הוא לקמן (סי' רט"ז) אינו מובן מה ראיה משם דשם כ' רק דלוקח מחויב לקבל ואינו יכול לחזור. ועיין בכ"מ (פ' כ"ד) ממכירה ובמהריב"ל שציין שם הש"ך אבל שהמוכר יהיה מחויב לתת זה אינו מבואר שם ובראש"ש ב"ב פ' המוכר כ' שראוי לקנות לקיים דבריו אבל לא דהוי מחוסר אמנה אם אינו קונה והתה"ד הוליד דכשקנה צריך לקיים דבריו ומ"מ לא לענין מי שפרע רק שלא יהיה מחוסר אמנה:

ובלבוש בע"ש שם (ס"ה) כ' אם טרח המוכר וקנה צריך לקיים מקחו דודאי אדעתא דהכי טרח כו' לפיכך קנאו זה בקנייתו של זה עכ"ל ולא אבין מניין לו זה דאף אם קנאו ע"ד דליקום בהימנותו ולתת ללוקח מ"מ במה קנאו וכמה כירכרו הראשונים ז"ל בב"מ שם בהא דחזר ולקחו מבעלים הראשונים דבמה קנה הלוקח או מטעם שליחות והנגזל מקנה ללוקח ויש כתבו מטעם כסף וגם שהלוקח יושב בהקרקע ועשה קנין חזקה ובדבר שאינו ברשותו רק שקונה אחר כך לא שייכי הנך טעמים וגם שם הוא דוקא לדעת הרמ"א שם בלא הכיר בו ובש"מ ב"מ (דף מ"ז) בדברי הר"י מיגאש ז"ל דאינו חייב במי שפרע רק אם

קנה אחר כך דאז יכול להשלים דבריו חייב במי שפרע ובלא קנה מן הנמנע לחייב אותו במי שפרע ומבואר דאף בקנה מוטל עליו רק חוב להשלים דבריו אבל לא שקנה הלוקח והר"י מיגאש ז"ל לשיטתו דסובר אף היכא דלא שייך קנין מן התורה דברים ואיכא בהדי מעות קאי באבל והתה"ד נראה דקאי בשיטת הרי"ף ורמב"ם דסוברים דהיכא דליכא קנין מה"ת לא קאי באבל וביצא השער על כרחך דחל הקנין מעות מן התורה וכתירוץ הראשון שבכ"מ שם ולכך קאי במי שפרע ובאינו מצוי אף כשטרח וקנה לא הוי רק מחוסר אמנה אבל שיקנה לגמרי זה לא שמענו ובודאי גם כוונת הרמ"א כן הוא ושם בלבוש (ס"ו) בפוסק על השער שבשוק ולא הקנהו לו בא' מדרכי הקנאה אם חזר בו מקבל מי שפרע מבואר דסובר דמהני קנין סודר דעל כרחך כיון דקאי במי שפרע בכסף לבד משום דלא הוי כדבר שאין ברשותו וזה ביצא השער ומצוי לקנות בשוק ובאינו כן לא מהני קנין בעולם ולא קאי במי שפרע אם כן מה מועיל בטרח וקנה שהלוקח יהיה קונה בקנייתו ודברי הלבוש צ"ע. ובאמת יש להבין בדברי תה"ד דהוא הביא דברי רשב"ם ב"ב (דף ס"ט) גבי ארעא ודיקלי דאינו מחוייב לקנות אלא כדי שלא יהא מחוסר אמנה מבואר דאף בלא קנה הוי מחוסר אמנה מה צריך לפלפל באם כבר קנה דאדעתא דהכי קנה הא מ"מ לא קנה עדיין הלוקח ויכול לחזור ואף לא קאי במי שפרע ומחוסר אמנה הוא אף בלא קנה כמו שכ' הרמב"ם. וכנראה הרא"ש חולק על זה דכ' שם דראוי לקנות לקיים דבריו ומשמע כשאינו קונה אף מחוסר אמנה לא הוי. ועיין תשובת הרא"ש (כלל ק"ב) בנודר לחבירו בנו למולו אף אם הקנהו בקנין סודר אחר שנולד לו בן דלא מהני דקנין דברים בעלמא הוא וכתב דאף מחוסר אמנה אין כאן דאפילו למ"ד יש בו מחוסר אמנה בדברים ה"מ בדברים שישנם בעולם ויש בם ממש אבל בדבר שלא שייך בו קנין לית ביה משום מחוסר אמנה ומטעם זה לא דמי נמי למתנה מועטת דכיון דלא שייך בו קנין לא שייך בו מחוסר אמנה עכ"ל ומבואר דבדבר שלא בא לעולם דלא שייך בו קנין לא שייך בו מחוסר אמנה:

וראיתי בתשובת רע"א ז"ל שם דכ' מדלא כ' הרא"ש ב"ב הנז' שלא לעבור על מי שפרע והא בקרקע נמי היכא דל"ק במעות שייך מי שפרע משמע דסובר כהר"י מיגאש דאם אינו רוצה לקנות אינו במי שפרע והוא כ' כן לדעת הש"ך דסובר דאף באינו מצוי לקנות ולא יצא השער גם כן קאי במי שפרע. אבל לפנינו מבואר בדברי הרא"ש בתשובה דבדבר דלא שייך בו קנין אף מחוס' אמנה ל"ה ומבואר דאף אחר שיקנה אינו במי שפרע ועל כרחך דהרא"ש סובר דרק ביצא השער קאי במי שפרע הואיל דשייך בו קנין על ידי קנין סודר ואולי יש לומר הואיל דשייך בו חיוב דאף דבר שלא בא לעול' ואינו ברשותו

מהני ויכול לחייב את עצמו ולשעבד נכסיו לזה קאי בדברים במי שפרע. אולם זה דוחק להמעיין בתשוב' הרא"ש שם [ועיין סמ"ע (סי' ס"ו) דמחולק עם הע"ש במוכר שטר חוב בלא כתיבה ומסירה אם יש בו משום מחוסר אמנה אם חוזר בו. ולכאורה תליא זה במחלוקת הרשב"ם והרא"ש ב"ב הנ"ל אולם יש לומר למה שכ' הרא"ש בתשובה הוא דוקא בדבר שלא בא לעול' וא"ב דלא שייך בו כלל קנין אבל בשטר דעכ"פ יש בו קנין בכתיב' ומסירה יש לומר דהוי עכ"פ מחוסר אמנה ועיין בד"מ יו"ד (סי' רס"ד) ורמ"א שם ובש"ך דכ' דאף הרא"ש (כלל י"ב) מודה דאסור לחזו' ויש להעיר מתשובת הרא"ש (כלל ק"ב) הנז' ומדבריו במס' ב"ב שם:

עוד יש להעיר בגוף הדבר דדעת הסמ"ע והע"ש דבדבר שא"ב ומצוי לקנות ויצא השער דקונה מדין תורה בכסף וכן מבואר בתשב"ץ (ח"ד סי' י"ג) שכן הוא דעת הרשב"ץ מדברי הרמב"ם דאם נגמר המקח בקנין סודר חייב המוכר לקנות וכן הובא שם מדברי ריבות (סי' ע"ד) ולכאורה י"ל דלא עדיף מלר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומ"מ קודם שבא לעולם יכול לחזור נימא גם כן בהקנהו על ידי קנין סודר דבר המצוי בשוק ויצא השער דעכ"פ יהיה יכול לחזור ולדעת הסוברים באומר מעכשיו לר"מ אינו יכול לחזור כן בקנין סודר יש לומר בדבר שיצא השער מהני מעכשיו אבל באומר שמוכר פירות שיקנה יש לומר דיכול לחזור. ולפי זה מה שכ' הפוסקים בפוסק על השער שבשוק כשאינו רוצה לקנות דקאי במי שפרע על כרחך איירי באומר שמוכר לו מעכשיו וחל בזה הק"ס כיון דמצוי לקנות ויצא השער ולכך בנתינ' מעות קאי במי שפרע אבל באומר שמוכר לו מה שיקנה בזה כבר הדרי סודרי למרא ולא מהני בזה קנין סודר ממילא ליתא במי שפרע בקנין כסף. אם כן בנידון דהתה"ד שם דהי' אומר תן לי המעות ואמכור לך המרגליות כחפצך וקבל קנין על זה להגיע לידו וכ' דיכול לומר קים לי כדעת הרשב"ם ורי"ף דאינו חייב להעמיד ואף רמב"ם דסובר דחייב במי שפרע היינו במצוי לקנות ולא אדע הא לדבריו דלא קנה דהוי קנין אתן ומה מהני הקנין כיון דלא מכר לו מעכשיו ואף אם היה מצוי לקנות לא הוי מהני הקנין סודר במי שפרע לא שייך רק באומר שמוכר לו אבל באומר אמכור לך לא הוי על קנין מעכשיו וממילא אין כאן במי שפרע ואף אם נאמר במצוי לקנות בשוק עדיף מדבר שלא בא לעולם לר"מ ולכ"ע מהני מעכשיו ועיין נתיבות (סי' רי"א) במחוסר זמן מהני במוכר לו מעכשיו דהוי כבא לעולם מ"מ דוקא כשמוכר לו מעכשיו יש לומר דמהני קנין סודר ובכסף קאי במי שפרע אבל כשאומר אמכור לך ומקבל קנין שיגיע לידו בזה לא הוי רק קנין אתן מהראוי לומר דלא מהני ויכול לחזור אף אחר שקנה וצריך עיון בדברי התה"ד:

סימן נב

והנה מה שכ' הטור בנותן מתנה דבר שלא בא לעולם אפילו כ' לו שעבוד על השדה או קבל עליו אחריות על כל הנכסים אינו כלום דמנה אין כאן משכון אין כאן והוא מתשובת הרי"ף והבעה"ת כמו שכ' הב"י. והבעה"ת (שער מ"ג) כ' הנותן מתנה לחבירו מה שקנה ומה שיקנה לא זכה במה שיקנה ואם קבל אחריות להעמיד מתנה לא מהני כיון דלא יחול המתנה לא יחול השעבוד וכ' אבל אם נתן לו קרקע באחריות ובאותו אחריות כ' לו נכסים לשעבד שקנה ושיקנה כ' לכל שעבוד מהני דאקני וכ' תשובת רמב"ן בנותן מתנה מה שיקנה ושעבד נכסיו וקבל אחריות להעמידו בידו חייב להעמידו בידו ואם לאו זוכה בהם מדין אחריות והוא שכ' דאקני באחריות ול"ל מתנה אין כאן שעבוד אין כאן שיכול אדם לחייב עצמו באחריות בחיוב שאינו חייב וא"כ נראה שזה חולק על דינא דתשובת הרי"ף וכבר נסתבכו בזה הרבה כל גדולי האחרונים הגד"ת שם ובס' בני יעקב (דף צ"א ע"ד) דאי אפשר לומר כן בדברי הבעה"ת והב"י דהרמב"ן חולק על הרי"ף. והבני יעקב שם כ' לפרש דבדינא דרי"ף גם הרמב"ן מודה ודינא דרי"ף הוא דמשום שעבוד המתנה שעבד לו נכסיו וכיון דאי לאו המתנה לא הוי משעבד נכסיו אלא מפני שהוא סובר שהמתנ' קיימת שעבד לו נכסיו לקיום המתנה בכה"ג מתנה אין כאן שעבוד אין כאן אבל דינא דרמב"ן הוא שיודע שאינו יכול ליתן מתנה מה שיקנה ורוצה להקנות לו מה שיקנה אשמועינן דין חדש דמצי לשעבד נכסיו מה שיקנה בלא שום שעבוד חוב קודם ואשמועינן דיכול לשעבד מה שיקנה וגובה מדין האחריות. וגם בזה אינו ברורין של דברים דמניין לנו לחלק בזה דבדינו של הרי"ף הוא סובר דמתנ' קיימת אטו אם שניהם יודעים דמתנה אין כאן הואיל דהוא דבר שלא בא לעולם נימא דהרי"ף מודה דכוונתם הי' על האחריות והחיוב וגם בדינו של הרמב"ן אטו אם המה אינם יודעים דהמתנה לא מהני לכלום נימא דגם שעבוד וחיוב אחריות אין כאן. והש"ך כ' דהרמב"ן איירי שחייב עצמו בכך וקבל אחריות להעמידה לכך החיוב חל על גופו להעמידה בידו והיינו בקבלות אחריות לחוד ל"מ רק כשאמר בפירוש שחייב בחיוב גמור להעמיד המקח דאז מחויב מכח חיובו. ובנו"ב (ח"א) שם תמה חתנו הגאון זצ"ל דאם כן מה ענין אחריות לכאן דאינו מעלה ומוריד רק מחמת חיוב על גופו ומה שפירש הגאון הנז' דברי הרמב"ן כבר דחה שם הגאון בעל נו"ב וגם פירוש של בעל הנו"ב הוא דוחק גדול כמו שמבואר שם. ובספר תורת חסד (סי' רל"ו) הביאו בעל דברי אמת (דף ס"ו) כ' גם כן דדברי הטור אינו אלא בשעבוד נכסים אבל בחיוב שפיר דמי דטפי עדיף חיובו משעבוד ואינו מובן הא בדברי בעה"ת מבואר דאיירי במקבל אחריות להעמיד

מתנת מה שאקנה בידו וכ' דל"מ כיון דמתנה אין כאן לא יחול השעבוד והאחריו' ועל זה הביא אחר כך דברי רמב"ן והם כסותרין דבריו וגם בטור כ' גם כן בנותן מתנה שאינו מצוי אצלו אפילו קבל עליו אחריות על כל נכסיו אינו כלום הרי דחיוב אחריות גם כן לא מהני וליכא נמי בין שעבוד לאחריות רק אם קבל אחריות שמתחייב בחיוב גמור וכמו שכ' הש"ך. ובד"א שם הביא דברי תשו' הרשב"א המובא ב"י (סי' ס"ו) בהקנה שטרות במסירה בלבד וחייב עצמו ונכסיו בקנין שאם לא יפרע לו הלוה שיהא רשות בידו לכופו לשלם לו מנכסיו כל אותו הסך דחייב שאין האחריות תלוי במה שהדין נותן שקנה או שלא קנה והביא שם שבתשובת רבינו בצלאל ז"ל הקשה דנימא הקנאה אין כאן אחריות אין כאן והוא ז"ל הביא שמצא דברי הרשב"א הנ"ל (ח"ב סי' קצ"ד) דהביא ראיה ממכר שדה והכיר בה שאינה שלו שאם קבל האחריות יש לו שבח לדעת הבעה"מ וכתב עוד דמ"ש משם הרב אלפסי באומר נתתי לך כך וכך זהובים בקנין וכתבתי לך שעבוד על נכסי שתגבה מהם אלו הזהובים דלא מהני ומסתברא שאינה דומה לזה ועוד שאף אותו תשובה אינן ברורין כל הצורך וכ' בד"א ולמדנו ממנה שיש חילוק בין דברי הרי"ף ז"ל לתשובת הרשב"א וכדברי הש"ך עיי"ש. והנה כי כן מתחלת דברי רשב"א שכ' להביא ראיה לדינו ממוכר שאינו שלו דאין המכר מכר ואף המוכר בעצמו יכול להוציאו מידו אם חזר ולקח מהבעלים הראשונים על תנאי' הידועים בגמרא במקומו ואפ"ה בנמצאת שדה שאינו שלו יש לו מעות ויש לו שבח מפני אחריות ולא עוד אלא אפילו בהכיר כו' מבואר דלא ס"ל לחלק בין סתם אחריות בין אחריות מפורש כדברי הש"ך רק אחר כך הביא תשובת הרי"ף וכ' מסתברא שאינו דומה לזה ולא ביאר שום טעם. ועל כרחך דלא אתו עלה לחלק בין סתם אחריות דלא מהני לחיוב אחריות מפורש דבזה עדיין אינו מובן אמאי בנמצאת שאינו שלו יש לו שבח מפני סתם אחריות ועל כרחך היה לו להרשב"א סברא אחרת להפריד בין הדבקים ולא ביאר לנו ככל הצורך לקצרי שכל כמוני. ובתומים (ס"ק י"ב) נסתבך הרבה בזה דהא בקבלת סתם אחריות בלשון המבואר בגמ' מבואר אף דקנין אין כאן אחריות יש כאן:

ובנתיבות העלה בזה דדוקא בדבר שלא בא לעולם דשניהם יכולין לבטל המקח ואין כאן שום מקח אף אחר הקנין והוא מטעם דלא סמכא דעתיה האמור בגמ' ב"מ וכיון דאין כאן מכירה אין כאן אחריות מה שאין כן במוכר שדה גזולה דסמכא דעתיה דלוקח ובחזר ולקחה מבעלים הראשונים קנאה הלוקח והלוקח קנאה בקנין הראשון שעשה בהשדה ומטעם זה אין הגזלן יכול לבטל הקנין עד דאתי הנגזל וטרף ליה ומחויב ליתן השדה להלוקח כל זמן שלא טרף ממנו הנגזל כמבואר בבעה"ת ובמל"מ (פ"ט) מגזילה

והלוקח אף דמברר בעדים שהשדה גזולה אמרינן ליה אחוי טרפך כמבואר סמ"ע (סי' רכ"ו) והטעם כיון דהמכירה קיים בין הלוקח והגזלן כל זמן שלא בא הנגזל וכיון דיש כאן מכירה יש כאן אחריות עיי"ש. בדבריו והדברים מוקשים לי למאד מלבד דבתשובת הרשב"א הנ"ל מבואר להיפך שכ' במוכר שדה שאינו שלו אין המכר מכר ואפילו המוכר בעצמו יכול להוציא מידו אם חזר ולקח הרי דפשיטא ליה דאף דאין המוכר יכול להוציא מיד הלוקח בטרם שלקחו מבעלים מ"מ אין כאן מכר ומה דהביא מבעה"ת דהמוכר אינו יכול לבטל המקח לא ראיתי כן בבעה"ת רק בהכיר בה שהיא גזולה בזה כ' דלאו כל כמיניה אלא קיימא בידיה עד דאתי נגזל והיינו כיון דידע הלוקח ונחית על דעת זה שירד לקרקע ויאכל הפירות וכשיבא הנגזל ויטרוף ממנו יגבה מן הגזלן והלוקח אינו יכול לתבוע מעותיו מן הגזלן קודם שיבא הנגזל כמו שכ' הרא"ש ב"מ משום דאדעתא דהכי נתן המעות בזה גם המוכר אינו יכול לבטל אבל כשלא הכיר בה הלוקח אם מברר הגזלן בעדים שאינו שלו והמקח הוא מקח טעות יש לומר כיון דהלוקח יכול לחזור ולבטל המכר ולתבוע מעותיו גם המוכר יכול לבטל ועיין שם במל"מ דס"ל כן בפשיטות דבלא הכיר בה מתחילה יכול הלוקח לתבוע מעותיו קודם שיטרוף ממנו הנגזל והיינו אף דיכול לומר אחוי טרפך כמבואר (סי' רכ"ו) זה דוקא כל זמן שלא נתברר בבירור גמור אבל כשנתברר הדבר לגמרי יכול לתבוע מעותיו מיד ואינו יכול המוכר לומר שיחזור ויקנה מן הנגזל ואין שומעין לו בזה. ואף דבסמ"ע שם (ס"ק י"א) כ' דאפילו נתברר הערעור אין הלוקח יכול לחזור כשכבר נתן המעות היינו כמו שכ' שם דהראה השטרות ואינן מקיומין אינו יכול להוציא המעות מיד המוכר עד שיהיה שטרות מקויימים לגמרי והיינו אם המוכר אינו מודה אבל אם המוכר מודה או דנתברר בבירור גמור שאינו שלו ודאי הלוקח יכול לחזור ולתבוע מעותיו וכמו שכ' המל"מ בפשיטות. ומה שכ' המל"מ דאף בלא הכיר בו המוכר אינו יכול לבעל עד דאתי נגזל כמו בהכיר בו יש לגמגם באמת למה לא הא כיון דהוי מקח טעות ואף באונאה דיש מחלוקת הפוסקים אם המאנה יכול לחזור כמבואר (סי' רכ"ז) וכן במום במקח כמבואר סמ"ע (סי' רל"ב ס"ק י"ב) מ"מ בדבר שאינו שלו יש לומר דלא יחול המקח כלל ושניהם יכולין לחזור והא דכ' הרשב"א בתשובה דהמוכר יכול להוציא אם חזר ולקח נקט בפשיטות דלאו שם מכר הוא ובודאי אינו יכול לבטל המקח כל זמן שלא נתברר אבל אם נתברר שאינו שלו מכר יש לומר בלא הכיר בה שניהם יכולין לבטל כיון דאין כאן שם מכר. ומה שכ' הנתיבות דבחזר ולקחה הלוקח קנאה בקנין הראשון אינו כן דעת רוב הראשונים שם במס' ב"מ ובריטב"א שם כ' והשתא קא מקני ליה וכן בש"מ שם משם הר"ן והרשב"א

או מטעם דהאי הנאה חשיב ככסף או דקונה בעד הלוקח וכמבואר שם טובא בזה וכן מבואר שם ברש"י ותוס' דגמר ומקנה כשלקחו מבעלים הראשונים אבל קודם לכן אין כאן שם מכר דהוו דבר שאינו שלו ואף אם נאמר דהמוכר אינו יכול לחזור כל זמן שלא בא הנגזל על כרחך מטעם אחר. ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכירה (סי' מ"ב) ודיני מתנה (סי' ז') אבל שם מכר לא הוי ואם כן אמאי חייב באחריות סתם נימא קנין אין כאן אחריות ושעבוד אין כאן כמו במוכר דשלבל"ע:

וקצת יש לומר הטעם דהיכא דלא אפשר לעשות קנין המועיל ביותר ממה שעשה כמו במוכר דבר שאינו שלו דנעשה קנין המועיל באם היה שלו ואין שום חסרון בעצם הקנין בזה מהני קבלת אחריות דאנא איקום ואשפי דהוא להצילו מביאת הטורף ואף דלא חל המכר מ"מ כיון דנעשה קנין המועיל אם היה שלו ממילא חל חיוב האחריות סתמא כיון דנחתו בקנינים זה למכור וזה לקנות ולא מבעי בלא הכיר בה הלוקח דודאי היה כוונת המוכ' לחייב את עצמו בחיוב אחריות ויכול לחייב את עצמו אף שאינו חייב ואף בהכיר בה לדעת בעה"מ גם כן כיון דשניהם יודעים ונחתו על דעת המכר ואין חסרון בעצם הקנין רק במה שאינו שלו לכך אמרינן דקבלת אחריות הוא כחיוב בפני עצמו מה שאין כן בנידון דהרי"ף באמר נתתי לך כך וכך זהובים בקנין דהחסרון הוא בעצם הקנין דלא נעשה כהוגן בזה אף דמשעבד נכסיו כיון דבלתי באפשרות לתקן הקנין רק בחיוב אמרינן דהחיוב קאי על הקנין וכיון דקנין אין כאן חיוב אין כאן וכן במוכר דבר שלא בא לעולם כיון דבלתי באפשרות לעשות קנין המועיל רק בגדר חיוב וכיון דכתב בלשון מכר לא מהני קבלת אחריות כיון דאינו באפשרות על שם מכר ולא יש אופן קנין בזה רק חיוב וכיון דלא התחייב את עצמו רק בשם אחריות על המכר ומכר אין כאן גם חיוב אין כאן מה שאין כן במוכר דבר בעין ששייך בו קנין ושם מכר רק שהוא אינו שלו בזה נתפס האחריו' בפני עצמו ואמרינן הא דכתב בלשון מכר הי' מטעמי' אחרים או שאם חזר ולקחה מהבעלים כל זמן שלא חזר המוכר ממכירתו בפני עדים שיחול המכירה מאז כמו שכ' הריטב"א ב"מ שם והלוקח סמך דעתו על זה וחיוב לא מהני לא מיבעיא אם נאמ' דחיוב על דבר פרטי לא מהני כמו שכ' לעיל ודאי אם היה יודע הלוקח ל"ה נחית על זה בלבד אלא אף אם מהני החיוב יש נ"מ בין חיוב למכר כמובן ולכך כיון דנעשה קנין המועיל מהני האחריות גם כן. ובשטרות אם מסר ואמר קני לך הן וכל שעבודן ואם לא יפרע לך מכאן ועד יום פלוני גבה בסך השטרות מנכסי וקנו מידו דכ' הרשב"א דגובה שם ודאי היה התחייב בפני עצמו באחריות חיוב מפורש והרמ"א (סי' ס"ו ס"א) דכתב אם קבל אחריות אם לא יגבה הלוקח השטרות צריך לקיים מה שקבל

עליו ולדעת הסמ"ע שם חייב כפי כל שווי של החוב היינו אף דברשב"א כ' באחריות מפורש שם היה הנידון במתנה ובמכר יש לומר דסגי בסתם אחריו' והוי כחיוב בפ"ע והא דמסר לו ואמר לו קני לך כו' היינו למשכון שיהיה עכ"פ בידו השטרות ולדעת הש"ך שם דהאחריות אינו רק על דמים שנתן אם לא פירש ודאי אתי שפיר כיון דסובר דאם הלוקח חוזר קאי במי שפרע הוי שם מכר על זה ובודאי חל האחריו' ועיין שם בתומים (ס"ק ג') ובנתיבות אם במכר הוי איסור ריבית ובמה שכ' אאמוז"ל בד"ח שם להסכים עם התומים:

ועיין שם בש"ע (סי' ס"ו סל"ד) דגם במוכר שט"ח אמרינן אחריות ט"ס ואם אחר מברר ששטר זה שלו או שלקח מהמלוה תחילה גובה הלוקח מהמוכר מדין אחריות ואם הוציא הלוה שובר ששטר זה פרוע קודם לכן הרי זה מקח טעות והמעות חוזרים ובתומים שם (ס"ק ס"ב) כ' הא כשנתברר שאינו שלו גובה כל דמי השטר ובנמצא פרוע אינו גובה רק דמי המקח משום דהוי כמוכר דבר שאינו שלו דהיה אופן שיועיל המכירה וניתן לכתוב מה שאין כן בפרוע אי אפשר לקיים המקח בשום אופן ובקצוה"ח שם (ס"ק ל"ח) משיג עליו דהטעם דניתן לכתוב לא מצינו רק שיגבה ממשעבדי וכתב הוא משום דבנמצא שאינו שלו ליכא מום בגוף המקח אלא שאינו שלו ובנמצא פרוע או מחול קודם ליכא שטר חוב רק נייר בעלמא ומש"ה הוי מקח טעות ומ"מ מבואר משם דאף בסתם אחריות כל שאינו החסרון בגוף המקח רק מצד שאינו שלו חייב באחריות. ושם קשה אף דכ' הב"י שם בפירוש דברי הטור דמדין אחריות גובה כל השטר ומדין מקח טעות המעות חוזרין הא בד"מ שם מביא דברי הרא"ש בתשובה (כלל פ"ט) שהמוכר שטר חוב באחריות ויצאו עדים שפרוע הוא צריך להשלים לו השטר כדי שיהא ראוי לגבות בו החוב דהיינו אחריותו שקבל עליו וחייב ליתן דמי החוב כפי מה ששוה שטר כשר כזה הרי דפשיטא ליה דחייב מטעם אחריות אף במום בגוף המקח להשלים כל שווי השטר. אולם במכר יקשה הא בזה כיון דאי אפשר להעמיד לו השטר והוי מום בגוף המקח דלא קנה נייר בעלמא אם מתחייב לשלם יותר מדמים שנתן הוי רבית. וראיתי בתשובת הרא"ש שם ואינו מבואר שם כלל דין זה במכר ודן במי שנתחזק לו שט"ח על חבירו ומסר השטר לבנו של הלוה וקבל עליו אחריות החוב ויצאו עדים ששטר זה הוא פרוע וכ' דחייב כמין כל השטר לפי הנכסים שיש ללוה ולפי אלמותו. ולמה כ' הד"מ הדין במוכר דבזה יש לומר לכ"ע הוי ריבית. ואף לדברי הנתיבות הנז' בשטר פרוע כיון דלא חל המכר לשום דבר הוי ריבית גמור וצ"ע. עכ"פ מבואר מדברי הרא"ש דאף במקח טעות בגוף הדבר שקנה שעבוד ולא נתן לו רק נייר בעלמא ואין כאן שום מכר כלל גם

כן גובה מדין אחריות ומזה מבואר נמי דלא כמו שכ' הנתיבות (סי' ס') הנז' דכ' דוקא ביושב בקרקע ומכרו הוי שם מכר וחל האחריות אבל במוכר דבר שלא הוחזק בו כלל הוי כדבר שלא בא לעולם ולא חל האחריות כיון דשניהם יכולין לחזור בו דהא בנידון דתשובת הרא"ש הנז' הוי מקח טעות ולא מסר לו כלל מה שמכר דנייר בעלמא מסר לו דהשעבוד כבר נפקע כיון דכבר נפרע השטר ואפ"ה חייב באחריות כפי מה ששוה השטר למכור לדעת הרא"ש וצ"ע בכל זה. ובפרט בהך דינא של תשובת הרי"ף דאמרינן חיוב אין כאן אחריות אין כאן דפוסק בש"ע בזה בלי חולק והרשב"א כתב שאינן ברורין ושהרב העיטור חולק בזה וכן הובא דברי בעל העיטור בתשובת הגהות מיימוני (סי' ס"ו) וכמ"ש הרב דברי אמת שם ויש לומר דאם תפס זה דנותן לו וקבל אחריות דאין מוציאין מידו:

ובהא דכתב בש"ע דבלשון חיוב חייב והוא שקנו מידו תמה הש"ך דהא באתם עדי סגי לדעת הרמב"ם והש"ע (סי' מ') דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב ובתומים העלה למה שכ' הש"ך (סי' מ') דחיוב שאינו בהחלט כי אם דרך תנאי שיתחייב אינו חייב רק בקנין ואם כן כאן כגון שהוא בדרך אפשר אם יבוא לידו צריך קנין וכן הסכים על ידו בנתיבות דהוא כ"ש בחיוב בדבר שלא בא לעולם אין לך תנאי גדול מזה. ולי קשה דאף דהש"ך (סי' מ') כ' כן ליישב הקושיא שהקשו על הרמב"ן ממתנה שומר חנם להיות כשואל דפריך במאי בדברים דבשומר כיון דהחיוב הוא על תנאי אם יאבד דמי לערב שכ' הר"ן דדמי לאסמכתא ולא מהני רק בקנין הא מ"מ דעת הר"ן אינו כן בדעת הרמב"ם וכמו שכתב הש"ך בעצמו שם וגם אף אם נאמר כן יש לומר דהוא דוקא בתנאי שאינו רוצה בו שיתקיים כמו בערב דאינו רוצה שהלוה לא יפרע בעצמו רק אם לא יפרע מחייב עצמו וכן במתנה שומר חנם להיות כשואל דאינו רוצה שיקרה האונס בזה כל זמן דליכא קנין אינו גומר ומחייב עצמו אבל במחייב עצמו בדבר שיבא לידו ורוצה וחפץ בזה שיבא לידו וגם במתחייב מעכשיו שמסלק כל האסמכת' למה לא נאמר דגומר ומחייב את עצמו באומר אתם עדי כמו במחייב שלא על תנאי כן נמי גומר ומחייב את עצמו ליתן אם יבא לידו ועיין תשובת רש"ך (ח"ב סי' קס"ג) שציין עליו הש"ך (ס"ק י"ט) דמבואר להדיא דבחיוב ליכא אסמכתא. והא דכ' הרמב"ם המחייב כו' בלא תנאי עיין ב"י סוף (סי' ר"ז) דכ' הרמב"ם דאין זה אסמכתא היינו דס"ד כיון שאינו חייב לו כלום לא גמר ומקני כי היכי דאמרינן באסמכתא קמ"ל כיון דבלא תנאי מתחייב ודאי גמר ומקני דאסמכתא לא הוי אלא כשתולה הדבר בשום תנאי וכדאמר דבא כל דאי לא

קני. ומבואר דרק בכל דאי לא מהני חיוב אבל בדבר שאינו בגדר תנאי וקנס רק בחיוב לכשיבא לידו מעכשיו כל אפין שוין דמהני חיוב לדעת הרמב"ם אף בדבר שאינו חייב: **וראיתי** בספר חק"ל מהדו"ב שכ' להוכיח דדעת מרן הב"י ז"ל דאף חיוב על תנאי מהני ממה דכ' בתשובת אבקת רוכל (סי' קל"ד) שדן באחד שנתחייב לחבירו בסך ידוע בכ"י בתנאי שיעשה השתדלותו מערעור פלוני וזה אומר שלא עשה השתדלותו ולא קיים תנאו וכתב כיון דהיה חיוב על תנאי עליו לברר שקיים התנאי וכל שלא בירר פטור מחיובו הרי שגם חיוב על תנאי הוי חיוב גמור עיין שם. ומש"ה לא אירי' כלל דשם היה החיוב בעד השתדלותו והוי כפועל ובזה ודאי כ"ע מודים דהמחייב את עצמו לפועל שאם יעשה הפעולה ישלם לו כך וכך דחייב לשלם מצד שכירות אבל בחייב בדבר שאינו חייב יש לומר דאף לדעת הרמב"ם לא מהני רק בחיוב בהחלט גמור אבל על תנאי יש לומר דלא מהני וכמו שכ' הש"ך (סי' מ') והוא הדין בדבר שלא בא לעולם וא"ב וכמו שכ' התומים. אך דעת הש"ך דסובר כאן דאין לחלק בזה יש לומר כמו שכ' דדוקא תנאי שאינו רוצה שיתקיים דהוי כעין אסמכתא וכמו שכ' הר"ן ז"ל אבל בתנאי שרוצה שיתקיים וגומר ומחייב בהחלט כשיבוא הדבר לרשותו יש לומר דמהני החיוב אף בלא קנין הואיל דהוא חייב במעכשיו וכמו שציין הש"ך משם תשובת הרש"ך הנז'.

אך קצת קשה דהש"ך לכאורה סותר ד"ע בזה דהא כ' (סי' פ"א ס"ק ו') על דברי רמ"א שם באומר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך ואני אשלם לך דפטור כיון דבלא"ה חייב ללמד את בנו יכול לומר משטה היתי בך וכ' הש"ך דאפילו אמר אתם עדי פטור דאפי' להרמב"ם דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב היינו דוקא כשמתחייב בלא תנאי כלל מה שאין כן במתחייב על תנאי שילמוד עם בנו או שיעבירנו או שיחלוץ ועיין שם בנתיבות דקנין או שטר מהני לחייבו ולא דמי לחליצה דלא מהני קנין דשם הוי כידוע האונס אבל בנידון הנז' דאין אונס בדבר מהני קנין ואתם עדי לא מהני ומשום שכירות אינו חייב כיון שמחויב בדבר עיין שם ואמאי לא מהני אתם עדי כיון דבזה מסולק טענת השטאה וזה רוצה בכך שימצא דבריו למה לא יתחייב כיון דאינו דומה לחיוב על תנאי דשם אינו רוצה בקיום התנאי ואמרינן דלא גמר להקנות מה שאין כן היכא דרוצה בקיום התנאי דומה ממש למחייב את עצמו לכשיבא לידו דדעת הש"ך דאין צריך קנין וחיוב גמור מעכשיו מסלק האסמכתא וצריך לומר דהש"ך בדבור זה אף דסובר דאתם עדי מסלק טענת השטאה דבתירוץ השני שכ' שם ועוד יש לומר דבכה"ג אנן סהדי אף שאמר אתם עדי להשטאה נתכוין כיון שלא הוי יכול לעשות בענין אחר אין לחיוב על מה לחול כיון שלא נשתעבד בקנין. ולתירוץ הראשון סובר דלא שייך השטאה באתם עדי

רק כיון דנתחייב על תנאי היינו אף דרוצה בקיום התנאי שילמוד מ"מ כיון דהחיוב לא הוי בהחלט רק אם יקיים התנאי בכה"ג לא גמר ומחייב דהוא סובר כשיקיים המצוה המוטלת עליו בודאי לא יעיז לתבוע ממנו החיוב וימכור מצוה המוטלת עליו בעד בצע כסף דאם יתן איש כל הון ביתו באהבה בוז יבוז לו וכבר פירש הנזה"ק דברי דהע"ה שאמר ולך ד' חסד כי אתה תשלם לאיש כמעשהו דהחסד הוא מהקב"ה שמשלם לאדם שכר המצוה כפי ערך היקר בעיני אדם אחר שכבר עשאה דקודם לכן לפעמים אדם מבטל מלקיים המצוה בשביל הפסד ריוח כל דהו בעוה"ר אבל לאחר המעשה לא ימכור אותה בעד כל הון ואם כן הכי נמי נאמר אף דבאומר אתם עדי לא כיון להשטות מ"מ אינו גומר ומחייב את עצמו כי חושב בלבו באם יעשה המצוה וילמוד עם בנו יתבייש אחר כך מלתבוע ממנו שכרו וחיובו חלף פעולת המצוה. אבל בדבר רשות אף דמחייב את עצמו שלא בהחלט רק בקיום התנאי אם רוצה בקיום התנאי ואין כאן אסמכתא מהני החיוב:

ודברי הר"ן כתובות ר"פ הנושא צריך ביאור כיון דמתרץ בד' הרמב"ם דה"ט בערב דלא מהני ביה אתם עדים לפי שהוא דומה לאסמכתא למה מדחיק את עצמו לתרץ הא דבמתנה שומר חנם להיות כשואל לאו דוקא בקנו מידו דהה"ד באתם עדי ונקט קנו מידו שהיא ההקנאה היותר רגילה הא שם לא הוי בהחלט רק אם יאנוס ודומה לאסמכתא וי"ל למה שכ' המרדכי סוף פ' השוכר את הפועלים במתנה שומר חנם להיות כשואל וז"ל ולא אמרי' אסמכתא הוא דכל דאי לא קני דש"ה דמעיקרא בתחילת מסירתו עליה סומך והימוני הימניה ובההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה דכל תנאי בממון כזה תנאו קיים היכא דלא גזים ובידו וראיה מפ' המקבל אם אוביר ולא אעביד דל"ח אסמכתא והתם בלא קנין עכ"ל וצריך להבין הא במתנה שומר חנם להיות כשואל לא הוי בידו שלא יארע אונס וצריך לומר דעיקר הכוונה כיון שהמפקיד מוסר בידו חפץ והוא אינו מחזיר לו שום דבר יותר ממה שנתן לו רק החפץ או התמורה ממה שהיה שוה בשעת אונס לא מקרי אסמכתא ומ"ש דלא גזים ובידו היינו כיון דאינו מחייב עצמו להחזי' יותר ממה שנטל וחבירו מסר בידו מקרי לא גזים ובאם אוביר ולא אעביד אף דנותן לו יותר מ"מ היה בידו וכן פירש דבריו בס' פה"ב (דף נ"ט) אם כן לכך נמי לא מתרץ הר"ן לדעת רמב"ם דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב דבמתנה שומר חנם להיות כשואל דל"מ בדיבור באתם עדי משום דדומה לאסמכתא דבאמת אין שם שייכות לאסמכתא כיון דהתנה וחייב את עצמו רק להחזיר מה שקבל ואף בשם אסמכתא לא הוי מה שאין כן בערב דהוא לא קבל מאומה דומה לאסמכתא ואף דבערב מהני מ"מ שלא בשעת מתן

מעות כיון דלא הוי חיוב בהחלט דומה לאסמכתא ולא מהני בדיבור והש"ך שם (סי' מ') לא ס"ל לחלק בזה רק בכ"מ דלא הוי חיוב בהחלט דומה לאסמכתא ולא סגי לחייב את עצמו בדברים אבל כל זה הוא רק היכא דאינו רוצה שיבא לידי חיוב מה שאין כן במקנה בהחלט דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו יש לומרלכ"ע דמהני חיוב על אנאי כיון דרוצה בקיום התנאי:

ועיין מהרימ"ט (ח"א סי' קל"א) שכ' בדברי הרמב"ם סו"פ (י"א) ממכירה כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כו' דסברו כל דאי אסמכתא משום דמהשתא לא גמר לקנות אלא כשלא יתקיים תנאו ובההיא שעתא לאו לביה עליה שלא הוי סבר לבא לידי כך ואפילו בקנין יש בו דין אסמכתא וכמו שכ' שם המ"מ והכ"מ שם הקשה הא לעיל כתב הרמב"ם דקנין מעכשיו אין בו דין אסמכתא ולמה הוצרכו לחייב ולמחול וסתם ק"ס הוא במעכשיו וכ' לתרץ דודאי כל קנין שאדם מתנה אפילו לאחר זמן כמו שפי' מעכשיו רק לענין אסמכתא שתלוי בקיומו של תנאי אע"ג דהשתא מקנה או משעבד לו אם יהיה כך מ"מ הקנין מתלה תלי ולא גמר ומקנה והא דאתמר אם אמר מעכשיו לא הוי אסמכתא היינו כשהקנ' ואמר לו קני מעכשיו דמההיא שעתא אית ליה ללוקח הנאה מיני' דלכי מקיים תנאה הוא שלו למפרע ולוקח אוכל פירות ואם הקנה על ידי מטלטלים קנוים ובזה גמר להקנות הואיל ונתן לו בעין יפה דלא הקנה בגופא מהיום ופרי לאחר זמן אבל היכא דלא יהיב ליה מידי אלא דמשתעבד ליה בחוב אפילו אמר מעכשיו כיון שאינו זוכה בו אלא משעת קיומו של תנאי או ביטולו אין כאן יופי כח במה שהקנהו מעכשיו שאי אפשר לקנין שיקנה אם לא מעכשיו ומה הוכח' יש שגמר להקנותו וע' שם עוד בדבריו. ובס' חק"ל שם הקשה עליו מדברי הטור (סי' רנ"ג) בבריא שאמר אם ילדה זכר דכ' כיון דחייב עצמו ליתן מנה ומשעבד לזה נכסיו ואסמכתא נמי ליכא אלא ככל מתנה שהיא על תנאי שמתנה אם תעשה כך שתהיה מתנה ואם יתקיים התנאי יתקיים המתנה. ואין זה השגה דכל ענינו של המרי"ט שם בנידונו וכן בדברי הרמב"ם הכל הוא בתנאי שאינו רוצה בקיומו בזה סובר דהוי אסמכתא כיון שאין כאן הוכח' שגמר להקנות אבל בתנאי שרוצה בקיומו דדעת כמה פוסקי' ובפרט ה"ר יונה והרשב"א המובא ב"י (סי' ר"ז) דבכל אנפי ל"ש לאסמכתא ואף להחולקים היינו בלא קנין וחיוב מהשתא אבל בקנין וחיוב מהשתא לכ"ע לא הוי אסמכתא. וכמו כן בחיוב אם אינו בהחלט דלא מהני לדעת הרמב"ם במחייב בדבר שאינו חייב וכמו"ש הש"ך (סי' מ') היינו בתנאי שא"ר בקיומו בזה אינו גומר ומחייב את עצמו אבל בחיוב שרוצה שיבא לעולם כמו במחייב א"ע בדשלבל"ע י"ל לדעת הרמב"ם דמהני אף בלא קנין:

ראיתי בס' שמחת יו"ט מהגאון אור עולם מהרי"ט אלגזי ז"ל (דף פ"ו) שיצא לדון בדבר חדש דאף דמתחייב אדם בדבר שלא בא לעולם הוא דוקא רק היכא דליכא אלא חד ספק אם יבא לעולם או לא אבל במקום דאיכא תרי ספיקא כגון המתחייב ליתן קנס עבדו אם יגחנו שור דאיכא תרי ס' מי יימר דמתנגח ודלמא מודה ומפטר כיון דהוי רחוק שיבא לא גמר להשתעבד אף בלשון חיוב. ולדבריו היה מקום לומר דחיוב לרבנן לא עדיף מלר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דאמרינן רק בפירות דקל דעבידי דאתו כן נמי בחיוב אולם מבואר תוס' ב"ב (דף ע"ט) דהיכא דאיכא חד מי יימר הוי כעבידי דאתו רק היכא דאיכא תרי מי יימר אך נראה כמו שכ' תוס' שם דהיכא דהגוף הוא בעולם הוי כמו עבידי דאתו וכיון דעיקר הטעם דיכול לחייב את עצמו בדבר שלא בא לעולם הואיל דהחיוב על גופו מניין לנו לחלק בין חד מי יימר לתרי מי יימר וכמו דיכול להתנות בדבר שלא בא לעולם בכל אופנים כן נמי בחיוב. הן אמת דכפי דעת התה"ד והגהות מרדכי (פ"א) דב"מ בהא דמה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום מבואר דמה שאדם מתחייב עצמו בדבר שאינו בידו קרינן אסמכת' ואינו גומר בדעתו להקנות ועיין במח"א דיני אסמכתא (סי' ד') ובדברי אמת (דף ס"ז) [ועיין נו"ב תנינא חאה"ע (סי' נ"ד אות י"ב) ודבריו צ"ע מדברי הראשונים ב"מ שם אכ"מ] ואם כן יש מקום לומר דע"כ לא מהני חיוב רק בחד מי יימר ולא בתרי ספיקי אולם באמת כיון דדעת כל הפוסקים דחיוב לא תליא באסמכתא וכמו"ש הטור (סי' רנ"ג) דחיוב אינו דומה לאסמכתא אם כן אין לנו לחלק בין חד מי יימר לתרי. ועיין ש"ך (סי' רנ"ג ס"ק ל"ה) דכ' דאינו מוכרח מה שכ' הטור בדעת הרי"ף ורמב"ם דבבריא יש לומר גם כן דמודים עיין שם ושם בהא אם תלד אשתי זכר יטול מנה דכ' הטור דליכא למימר אין מטבע נקנית בחליפין שאינו מקנה רק מחייב עצמו ומשעבד לזה נכסיו ושם לא הוי עבידי דאתי דהא יש מחצה זכרים ומחצה נקבו' ומיעוט מפילות ועיין חידושי רשב"א קדושין (דף ס"ב) דלר"מ ל"מ אם ילדה אשתך נקבה תהיה מקודשת דלא הוי עבידי דאתו מהאי טעמא דמעוט מפילות הוי כתרי מי יימר ואם כן נימא כמו כן במתחייב אם נקבה תטול מאתים דלא גמר ומתחייב כיון דיש תרי ספיקי אלא ודאי דלגבי חיוב אין לחלק בזה [ומה שיש לדקדק בזה במס' ב"ב (דף קמ"א ע"ב) דפריך ולימא ליה ר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועל כרחך דהיה ס"ד לדבר שלא בא לעולם דומה לדבר שלא בא לעולם ולדברי הרשב"א הנז' יקשה הא לא הוי עבידי דאתו אכ"מ] ועיין בס' בית מאיר אה"ע (סי' ס"ו) דהקשה במס' גיטין (דף מ"ג) ואי ס"ד עבד שמכרו רבו לקנס מכור מי איכא עבד דלא מזדבין לקנסא הא אף את"ל דלא מזדבין לקנסא הא אפשר למכרו לקנס שיתחייב עצמו ליתן

הקנס להקונה אם יוגח ועיין שם בדבריו דעל ידי מכירה זו לא חשיב העבד שוה מידי הואיל ואי אפשר להקנות הקנס על ידי קניות גוף העבד עיין שם והדברים פשוטים דזה לא חשיב קנין כסף דגרע מאותיות כיון דאין גופו ממון רק שיתחייב מה שיתרחש אם ינגח ויתחייב קנס שחייב ליתן להלוקח עכ"פ מבואר גם כן דעתו בפשיטות דאין לחלק בחיוב דבר שלא בא לעולם בין חד ספק לתרי ספיקי:

סימן נג

שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל אסמכת' הוא ואינו גובה ש"ע (סי' ס"א ס"ה) וכ' שם הסמ"ע דוקא בכה"ג דקיבל עליו כולי האי מחשב אסמכתא כמו אם לא אעבד אשלם אלפי זוזי אבל בחיוב סתם הוצאה אין זה אסמכתא דכל תנאי שבממון קיים והביא דברי הד"מ שכ' על דברי תשובת הרשב"א באם כתב בו שישלם כל ההוצאה והפסד שיבא לו מחמת חוב זה ותובע הפסד ריוח שהיה לו סחורה מזומנת לקנות והשיב שאינו חייב וכ' הד"מ שטעמו משום דהוי אסמכתא כל זמן שלא הקנה לו בבד"ח כדמשמע מדברי הרא"ש והקשה על זה דאין אסמכתא אלא בדברי קנס כשמשלם יותר ומה שאינו חייב לו אבל כאן שמפסידו דמי להא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דחייב לשלם ועיין בהגהת דו"פ ובב"ח וש"ך (ס"ק י') דמסכים לזה וכן פסקו כל הבאים אחריהם רק מניעת ריוח אף שהיה סחורה מזומנת לקנות והיה ריוח ברור מ"מ מניעת ריוח לא קרי הפסד ובאמת כן מבואר בתשובת הרשב"א (סי' רכ"ד בת"א) שזה עיקר הטעם שאין בכלל הוצאה הפסד מניעת ריוח:

אך הא דפשיטא להו לכולם בהבנת דברי הרא"ש בתשובה שכ' ואם היה מעשה בא לידי לגבות ההוצאה לא הייתי פוסק לגבותה אם לא שנעשה הקנין בבד"ח ודלא כאסמכתא דכוונתו על הכפל אבל ההוצאה הצריכה ל"ש בי' אסמכתא. וכן בדברי תשובת הרשב"א הנ"ל אף שכתב בשאלה שקבל על עצמו לשלם כל ההפסד ובקנין גמור ובלא אסמכתא יש לומר דהשואל הרוצה לחייב כל הריוח שזה ג"כ נקרא הפסד לזה כיון דאינו ברור צריך היה להזכיר לסלק דין אסמכתא אבל בחיוב סתם הוצאה אין זה אסמכתא. אולם לא אבין מאי דמדמה זאת הד"מ והסמ"ע לאם אוביר ולא אעביד דאם לא גזם חייב לשלם הוא משום דהתם בידו כמבואר במס' ב"מ (דף ע"ד) אבל לחייב את עצמו אם לא יפרע לזמנו שישלם לו ההוצאות לאו בידו וכמבואר בנ"י סנהדרין פרק ז"ב שכ' דאם לא אתן לך עד יום פלוני אסמכתא הוא דזה הוי בידו ולאו בידו דדעתו דיהיה לו זוזי באותו זמן ומ"מ לאו בידו ממש הוא ועיין בתוס' ב"מ (דף ס"ו) ד"ה ואי אמר דדעתם דזה הוי בידו שיהיה לו מעות באותו זמן ובפנ"י שם תמה דזה לאו בידו הוא דהיה סובר שיהיה לו

מעות באותו זמן ועתה לא השיגה ידו וזה באמת שיטת הנ"י משם רבינו [ודברי הב"י (סי' ר"ז אות ח"י) שהקשה על דברי נ"י ב"מ המה תמוהין כאשר כבר עמדו עליו המחברים] ואם גם בנידון זה דחייב את עצמו אם לא ישלם לו בזמנו לשלם לו הוצאותיו אף דלא גזם לעשות מילתא יתירתא כיון דלאו בידו לגמרי לא גמר להתחייב דאומדן דעתי' הוא שלא אמר כן אלא משום דסבר שודאי יהיה לו זוזי ואם כן אף אם היה לו מעות בעינא ולא שילם לו בזמנו ועשה המלוה הוצאות טרם שנעש' סרבן בב"ד מ"מ כיון שלא גמר להתחייב את עצמו אין מוציאין ממנו ודומה להא דחייב את עצמו לקנות יין אנהר דזול שפט דכיון דסבר שהיין מצוי לקנות שם ילך ויקנה אבל כיון דלאו בידו לגמרי לא גמר להקנות לו ואז אף שפשע ולא קנה לו אין מוציאין מידו כדי הפסידו של חבירו וכמבואר בדרישה (סי' ר"ז) [ועיין בנתיבות שם (ס"ק ט) שחידש זאת מדעתו דאפילו אם רוצים למכור לו והוא לא רצה לקנות בפשיעה גם כן פטור דכיון דתחילת החיוב באסמכתא הוא לאו חיוב הוא וכבר קדמהו הדרישה בזה. ובס' פה"ב דיני אסמכתא (דף נ"ח) כ' על דברי הדרישה שצע"ג ולא אדע הא הסברא נכונה כיון דבתחילת הקנין היה סומך דעתו שיקנה ומ"מ החיוב אינו חל הואיל דלאו בידו ממש לא חל החיוב] וה"נ דכוותי' ואף דחבירו סומך עליו ומלוה לו עד"ז מ"מ כיון דאין בידו לגמרי הוא אומר לחייב את עצמו להסמיך את המלוה שיבטיח עליו אבל לא גמר לחייב את עצמו וכל זמן שלא הוי על דעתו לסלק האסמכת' לא גמר לחייב את עצמו. וכן מצאתי בתשובת הרמ"ה ז"ל (סי' רס"ב) שכ' בשטר שכתב בו לחייב את עצמו כל מה שיוציא המלוה לגבות ממון זה לסכום חמשה למאה בכל חודש וכ' שאין לו זכות בהוצאה אף אם לא הוי בדבר צד ריבית כלל כיון שכתב תנאי ההוצאה בלשון אם שהוא אסמכתא ולא נכתב עמה לשון המועיל בה לפי נוסח השטר הוי ליה אסמכתא ולא קניא ואפילו הביא זה עדים שהוציא כשיעור מה שטען לא הוי גובה מחמת תנאי זה כלום עיין שם הרי דלא מחשב חיוב זה להיכא דהוא בידו ממש גם לשיטת הסוברים דכל דאי הוי אסמכתא אף בדבר שבידו והוא שיטת תלמידי הרשב"א והנ"י הנז' דגבי אם אוביר גם כן אינו משלם מדינא אלא תקנה הוא שתקנו לשלם וכאשר מובא שיטות האלה בב"י (סי' ר"ז) וגם עיקר התקנה אף דכל דאי הוי אסמכת' אף בדבר שבידו ובהך דאם אוביר עיקר הטעם משום דעלי' סמך והפסידו קנסו רבנן ועיין במח"א דיני אסמכתא (סי' ה') דהיכא דליכא פסידא לא תקנו והכא נמי אף דסמך עליו והלוהו מ"מ מי צוה לו שיעשה הוצאות בטרם שתבע אותו לב"ד ונעשה סרבן בדינו. ועיין רמ"א (סי' ר"ז סמ"ג) דהביא דעת אלו הסוברים דמה שיש בידו לעשות אם לא גזם כגון שאמר אם לא אוביר ולא אעביד אשלם במיטב ולא

הוי אסמכתא וקניא משמע גם כן רק בזה דהוי פסידא ולא קבל עליו מלתא יתירתא אבל בשאר דברים דלא אפסיד לי' רק דאיהו אפסיד אנפשי' לא קניא וכ"ש בזה דלא הוי בידו לגמרי שיהיה לו ממון לשלם בזמנו צע"ג להוציא ממון ההוצאה אם לא נעשה סרבן:

סימן נד

אשה הנו"נ בתוך הבית ושטרות כתובים על שמה עליה להביא ראיה כמבואר ש"ע (סי' ס"ב) והעלה הש"ך שם דהוא הדין במטלטלין תחת ידה ואית לה מגו דלא היה דברים מעולם וכדומה אינה נאמנת דהואיל דנו"נ בתוך הבית עומד הכל בחזקת הבעל והוי ליה מגו במקום חזקה והשיג על הסמ"ע ומהר"ם אלשיך ומהר"א ששון דס"ל באית לה מגו דנאמנ' וכבר השיגו עליו האחרונים בראיות הרבה דנאמנת במגו וכן מבואר להדיא בחידושי רמ"ה ב"ב פ' חזקת הבתים (סי' ר"ט) דכ' דהוא הדין אם אשתכח גביה לאחר שפסק משאו ומתנו מתוך הבית ואיכא סהדי דהאי ממונא גופיה הוי שכיח גבי' בעוד שהיה נו"נ בתוך הבית בחזקת אחין קאי וכ' וכי תימא ולהימני' אהני מטלטלי משום מגו דאי בעי אמר לקוחין הן בידי אי נמי נתונים לי במתנה כי אמר דמעיקרא דידי הוו מהימן ש"ה דליתיה למגו כלל כיון דהוה שכיח האי ממונא גביה בעוד שהיה נו"נ בחזקתא דאחין קאי ולית ליה חזקה בגויה למטען לקוח הוא בידי כ"ש דלא יכול לומר דמעיקרא דידי הוי הרי מבואר דמדמה לאומן ולית ליה מגו דלקוח דאינו נאמן אבל במגו דלהד"ם נאמן דומיא דאומן וכן כ' שם דאם לא אתברר דאיכא גביה ממונא כלל אלא איהו מודי ואומ' שלי הוא שנפל מבית אבי אימא או שנתן לי מתנה מהימן מגו דאי בעי אמר ליכא גבאי וכן נראה דהא כ' הרא"ש הטעם באם מת הנו"נ על האחין להביא ראיה משום דמסתבר לאוקמי בחזקתייהו אלא דבחיו מחמיר רב להזקיקו להביא ראיה לפי שבידו להביא אבל לאחר מותו מוקמינן אחזקתייהו וכן כ' הרמ"ה דחומרא בעלמא דאחמירו רבנן דיכול להביא ראיה ולאו מעיקר דינא ועליה דידיה אחמירו איתמי לא אחמירו וכן כתב הרשב"א בתשובה ח"ב (סי' מ') דרק מצד חומרא מחמיר רב שיהיה על הנו"נ להביא ראיה אם כן ודאי מהני מגו ואף דהם כתבו על אונות ושטרות שיוציאו על שמו מ"מ כיון דהדין הוא לרוב הפוסקים דגם במטלטלין שהוא ת"י דומה לשטרות לא גרע משטרות והוי רק מצד חומר בעלמא שיביא ראיה ומן הדין היה ראוי לאוקמי על חזקתייהו לכן ודאי מהני מגו. ומה שכ' הש"ך מדברי תוס' ב"ב כבר כ' בזה בתומים להוכיח מדברי תוס' דנאמן במגו:

אולם מה שכ' בתומים ראיה מהא דכ' הרא"ש סוף פ' הכותב וטור אה"ע (סי' צ"ז) משם ר"ת באחד שעשה לאשתו אפוטרופס ואמרה על ממון הרבה שיש בידה שהוא של

אחרים ורצ' הבעל להשביעה ופטרה ר"ת והסכים הרא"ש עמו וקשה הא בנו"נ אינה נאמנת לומר של אחי הוא אלא ודאי דשם היה לה מגו ולכך נאמנת ודנו רק אם ביד הבעל להשביעה תמהני הא מבואר שם ברא"ש דהקשו לר"ת מזה דהנו"נ בתוך הבית עליה להביא ראיה אלמא א"נ ותירץ דההיא ברייתא איירי לאחר מיתת בעל דמוריה התירא דטרח' קמי יתמי עיין שם אם כן מבואר דדעת ר"ת דבאשת איש לא אמרינן עליה להביא ראיה. והרא"ש והטור דהביאו דבריו אף דמשמע מכל הפוסקים דאין לחלק בין אשת איש לאלמנ' מ"מ נ"מ היכא דנאמנת כגון אם ידענו דיש לה מעות או אם כבר נתנה להאחר דיש לומר דאינו חייב לשלם כאשר יבואר לקמן אי"ה וכדומה אם הבעל יכול להשביעה אבל לא איירי במקום דיש לה מגו. אולם לדינא ודאי דעת רוב הפוסקים דבמגו נאמנת וכמבואר ברמ"א אה"ע (סי' פ"ה סי"ב):

אולם ברמ"א שם לא כתב רק אם טוענת שלי הן בזה יש לומר דנאמנת במגו דלהד"ם או החזרתי היכא דלא ראו אבל אם אומרת של פלוני הם יש לומר דאינה נאמנת במגו דדוקא באם אומרת שלי הן לא הוי כלהוציא כיון דהוא ת"י ורשותה אף דכל נו"נ חזקה הוא דכל נכסיה הוא של בעל מ"מ אינו כמוציא ממש מרשות הבעל אבל באומרת של פלוני הם דיש חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו ורשותה וחזקתיה הוא של בעל יש לומר דהוי כלהוציא ממש מן הבעל ואינה נאמנת ובזה יש ליישב קצת דברי הרמ"א דכ' כאן בכתבה לאחרים כל שיש לה שייך לפלוני אם אין ידוע לה נכסים אינה נאמנת. ובסוף (סי' נ"ו) מבואר דאם הנכסים ת"י מהימנית במגו דנתנם לו והאריכו בזה כל האחרונים:

ולמ"ש יש לומר דהא הרמב"ן כ' ב"ב (דף נ"א) דאף באינה נו"נ אינה יכולה להפקיעה הפירות מהבעל דידו עדיף מידה והחולקין מ"מ בנו"נ יש לומר דסברו דרשותה הוי כרשות הבעל והוי כמגו להוציא מרשותו וגם נגד חזקה וכמו שכ' הש"ך ורק אם יש לה מגו וטענת דשלה הוא כיון דהוא תח"י ויש לה רשות לעצמה גם כן אינו חשוב להוציא אבל באומרת של פלוני הוי להוצי' ולכן כאן (סי' ס"ב) כיון דהבעל חי ורשותה היא רשות הבעל לא מהני מגו דהוי כלהוציא אבל בסי' (נ"ו) כיון דאיירי דמת הבעל ונפסק רשותה לעצמה ושוב אינה נו"נ שפיר נאמנת במגו אף דהוא במקום חזקה כיון דלא הוי להוציא דהא היא אומרת דמונח ברשות פלוני דידה הוא רשות של פלוני ולכך נאמנת במגו כיון דלא הוי להוציא מרשות יתומים דכבר נפסק רשות שהיה לבעלה כיון דמת ולא הוי נו"נ להיורשים ואף דהוי כלהוציא ממרא קמא מ"מ דעת כמה מחברים דרק להוציא ממש מרשות לא אמרינן מגו להוציא אבל להוציא ממר"ק אמרינן מגו אבל אם הבעל חי חשוב ידה כידו ולא מהני מגו באומרת של פלוני הוא. אולם כל האחרונים

העלו דאף לומר של פלוני גם כן נאמנת במגו כמו דנאמנת לומר שלי הוא וגם די"ל דבבו"ש אמרינן אף מגו להוציא:

והנה הש"ך הביא דעת בעה"ת דדוקא באונות ושטרות יוצאות על שמה צריכה להביא ראיה אבל במטלטלין מהני תפיסת' ובתומים כ' דהש"ך לשיטתו דלא מהני מגו לכן יפה כ' דבה"ת חולק דדבריו שם הוא בשותף שיש בידו מטלטלין ואומר דלא שייך לעסק השותפות אם יש לו מגו דלהד"ם דנאמן וכ' דלא קשה מהא דאונות ושטרות יוצא על שם בן הנו"נ דאינו נאמן דדוקא אונות ושטרות דאין תפיסתו מחוורת אבל למה שכ' דביש לו מגו נאמן אם כן הא דכ' הרמ"ה דהוא הדין מטלטלין היינו בלית לה מגו אבל ביש לה מגו נאמנת במטלטלין דשייך מגו ואין כאן מחלוקת כלל בין רמ"ה ובעה"ת. ודבריו נפלאים מאד הא להדיא מבואר בבעה"ת (שער נ"א ח"ח) משם ר' נתן בר' מאיר ז"ל וז"ל וקיי"ל כרב הלכך א' מאחין שהיה נו"נ בתוך הבית וכן האשה וכן הבן בנכסי אב אם יש מטלטלין בידם וטוענין שלנו הן שנתנו לנו או אתה נתת לי אפילו לא הוחזקו מעולם בנכסים נאמנים דדוקא אונות ושטרות שהממון הוא ביד אחרים ואין תפיסת השטר מהני להיות הממון אלא יהיה הממון של בעליהם והשטרות גרירי אחריהם שהרי ודאי כדאמר רב עליו להביא ראיה ואי לא ודאי יחזיר השטרות בחזקת תפיסת הבית עכ"ד. הרי מבואר לפנינו דאף בלא מגו נאמן במטלטלין ואין צריך להביא ראיה. ובאמת גם דעת רבינו יונה מפורש דרק באונות ושטרות הואיל דלא יש הממון ת"י לכך עליה להביא ראיה אבל במטלטלין שהם ת"י ממש אין צריך להביא ראיה מובא דבריו ברדב"ז (סי' פ"ח) ובתשובת בני אהרן (סי' נ"ד) וז"ל על הא דאמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה ואתקיף לה ר"פ וסלקא לה בקושיא ואפ"ה הלכתא דעל האחין להביא ראיה וכ' דטעמו של דבר דכי אמרינן עליו הראיה משום סתמא דמלתא כשהוא מלוה משלו להודיע הדבר לעדים מתוך שהוחזק כל מה שיש לו הוא משל שותפות ואלו היה טוען בשעת הלואה בפני שנים שהמעות הם משלו ודאי היה נאמן כיון שהוא מוחזק בממון ואפילו לרב דוקא באונות ושטרות פליגי דבשעת טענתו הממון ביד אחרים וכבר הוא חוץ לרשותו בחזקת תפיסת הבית אבל כשמת אין היתומים יודעים במילי דאביהן להבי' עדים שהזמין הלכך הרי הממון בחזקתו וטוענין אם היה אביהן קיים היה מביא עדים שהממון שלו מפני שהשטרות בחזקתן עיי"ש ומבואר דחולק על הרמ"ה הנז' וכן כ' שם בס' בני אהרן דר"י חולק. ובכנה"ג כ' דיכול לומר קים לי כבעה"ת. וראיתי בבית מאיר (סי' פ"ה סי"ב) דכ' דכדעת בעה"ת הוא דעת ר"ת שבתוס' כתובות (דף פ"ח) וכ' דצ"ע קצת אם לא תוכל לומר קים לי ובאמת ר"ת סובר דדוקא באלמנה לית לה חזקה

דמורית היתירא ולא בא"א ובזה כל הפוסקים חולקין עליו וגם לדבריו באלמנה אינו מבואר דבמטלטלין סובר דנאמנת וכן באחד מן האחין אולם כיון דדעת רבינו יונה ג"כ כדעת בעה"ת דבמטלטלין מהני חזקתן ורק באונות ושטרות עליהן להביא ראיה יש לומר דיכולין לומר קים לי.

וראיתי בכנה"ג מהדו"ב (סי' ס"ב) דמתמה על מהר"ם אלשיך דפוסק בפשיטות כבעה"ת אחר שהרמ"ה והש"ע חולקין וכ' להמליץ בעדו דדברי הרמ"ה הם דוקא באשה דבאשה הנו"נ אף במטלטלין עליה להביא ראיה אבל באחד מן האחין יודה לבעה"ת ובעה"ת יודה לדברי רמ"ה באשה דלכ"ע באחין מטלטלין עדיף ובאשה הנו"נ אף במטלטלין עליה להביא ראיה והרוא' בבעה"ת ירא' דכייל שלשתן יחד אחד מן האחין וכן הבן בנכסי אב אם יש מטלטלין בידם וטוען שלנו הן נאמנים. וכן הרמ"ה אינו מחלק כלל בין אשה לאחד מן האחין דהא כל חילו דהרמ"ה דבמטלטלין גם כן עליו להביא ראיה הוא כמו שכ' בחידושיו וז"ל דהשתא היכא דנפיק שטרא על שמיה קאמרינן דעליו להביא ראיה היכא דליכא שטרא על שמיה לכ"ש ועוד אי אמרת דכי קאי ממונא ברשותיה הממע"ה אלמא כל מאי דקאי ברשותיה בחזקתיה קאי אם כן כי יוצאות השטרות על שמו נמי אמאי עליו להביא ראיה כיון דהאי ממונא דאונות ושטרות כי הוי קאי ברשותיה בחזקתיה הוי קאי השתא דזבין ביה קרקע על שמיה ונפיק שטרא על שמיה מגרע גרע אלא ודאי ש"מ דמעיקרא נמי קאי ממונא בחזקת אחין דאי הוי טעין מעיקרא שלו הן עליו להביא ראיה עכ"ל אם כן מה"ט אין לחלק כלל בין אשה הנו"נ לאחד מן האחין ועיין שם ברמ"ה דלא חיישינן כלל דגזל להדיא מתפיסת הבית ומכוון למיזבן לנפשיה אלא דחיישי' דהני חובות והני קרקעות דזבן אדעתא דתפיסת הבית הוא דזבינהו כשאר ממונא דהוי לתפיסת הבית והשתא הוא דקא מימלך למתפסינהו לנפשיה הלכך בזמנן יוצא לאחר שפסקו המו"מ הרי הוא כשאר אדם עיין שם ולדבריו עיקר הטעם דהכל הוא בחזקת תפיסת הבית ואף גוף הקרקע שקנה מחזקינן לתפיסת הבית אף דנכתב השטר על שמו אמרינן דלא אתכוין אז לגזול הממון ושיזכה לנפשיה בהקרקע אף אם קנה ממעות של תפיסת הבית דעל זה אין לנו ספק דאחזוקי אינשי בגזלן לא מחזקינן ואמרינן השתא הוא דאיתרעא וקנה אז לזכות בעד תפיסת הבית ועכשיו מימלך ורוצה לגזול לעצמו דאם היה לנו ספק רק על הממון אם נתחייב בהממון שלקח מתפיסת הבית לא היינו יכולין לדון דעליו להביא ראיה כיון דכבר זכה בהקרקע ונ"מ רק לחייבו בממון מספק אין בידינו לחייבו דאף בדברים שעשוים להשאיל דאינו נאמן לומר לקוח מ"מ דוקא אם אנו דנין על החפץ אבל לחייבו ממון אין אנו יכולין לחייבו יבו כמבואר מדברי

תשובת רשב"א מובא ב"י וסמ"ע (סי' ע"ב ס"ק) ובאורים שם (ס"ק פ"ז) חקר דאף בעדי פקדון וראיה דאינו נאמן לומר לקוח היינו כשדנין על גוף החפץ ולא להוציא מעות וה"נ דכוותיה אף בנו"ן דקאי הנכסים בחזקת הבעל ותפיס' הבית היינו דהוי כאומן דאין לו חזקה וכמו שכ' הרמ"ה אם כן אם היינו אומרים דקנה הקרקע לעצמו וגזל הממון מן תפיסת הבית לא הי' לנו להוציא מחזקתו דהא באנו לחייבו ממון ולמה עליו להביא ראיה אלא ודאי דאנו דנין על גוף הקרקע דקנה בעד תפיס' הבית ועתה נמלך ורוצה להחזיק לעצמו וממילא על כרחך צריך לומ' דאף אם היינו באין לדון על הממון אז גם כן לא הי' נאמן לומר דשלו הוא:

ומה"ט יש לומר דהרבינו יונה אינו חולק על שיטת רמ"ה ומוד' גם כן כשבאין לדון על המטלטלין מחזיקינן גם כן בחזקת תפיסת הבית ודלא כמו שכ' הבני אהרן רק דסובר דאם היה אומר בעת שקנה הקרקע ועשה השטר לפני עדים שהמעות הוא שלו וקונה בעד עצמו שוב אין האחין יכולין להוציא מידו לומ' שנתחייב ממון כיון דאנו דנין עכשיו לחייבו ממון אבל אם דנין על הממון שבידו או מטלטלין יש לומר דא"נ אולם מלשון רבינו יונה שכ' דאם היה טוען בשעת הלואה בפני שנים שהמעות הם משלו ודאי היה נאמן כיון שהוא מוחזק בממון ובשטרות פליגי דבשעת טענתו הממון ביד אחרים וכבר הוא חוץ לרשותו בחזקת תפיסת הבית משמע דסובר דגם אם היו דנין על המעות אז היה נאמן כיון שהוא מוחזק ממש בממון וכמו שכ' הבעה"ת. עכ"פ ודאי לדעתם אין שום חילוק בין אשה הנו"ן לאחין שאחד נו"ן דלדעתם בכולן מטלטלין מוקמינן אחזקתיה שהוא ת"י ובאונות ושטרות שאין חזקתן מחוור שאין הגוף ת"י על הנו"ן להביא ראיה. ולדעת ר' יונה סגי אם מביא ראיה שאמר בפני עדים שהמעות הוא משלו ולדעת הרמ"ה לעולם מוקמינן הכל אחזקתיה דבעל ותפיסת הבית הן במטלטלין הן באונות ושטרות כיון דלא מחזקינן דגזל אז בשע' שקנה או שהלוה וקנה ולוה לצורך עצמו רק לצורך תפיסת הבית ועכשיו איתרעא ורוצה לגזול ודברי הכנה"ג צ"ע. וראיתי בתשובותיו של הכנה"ג ח"מ (ח"א סי' ל') שכ' ורבים וגדולים מהפוסקים סוברים דלא אסיקנא דעליו להביא ראיה אלא באונות ושטרות אבל בשאר מטלטלין על האחים להביא ראיה ועוד דל"א דעליו להביא ראיה אלא דוקא כשבשעת טענתו היו הנכסים ביד אחרים וכבר הם חוץ לרשותו אבל אם בשעת ההלואה היה טוען הנו"ן בפני שנים שהמעות משלו היה נאמן בודאי כיון שהוא מוחזק בממון כמו שנמצ' כתוב בתשובה לאחד מגדולים האחרונים בשם עליות דרבינו יונה עכ"ד ולא אדע לכלכל דברים האלה הא דא ודא אחת היא וטעמא דר"י הוא דנאמן במטלטלין וכשיטת הבעה"ת ורק באונות ושטרות דאין

חזקתן מחוור הואיל דאין הממון ת"י לכך עליו להביא ראיה וכשהביא ראיה שאמר אז בזמן שהממון היה ת"י דשלו הן סגי אבל הכל מטעם זה דבמטלטלין אין צריך להביא ראיה ודלא כשיטת רמ"ה:

והש"ך (ס"ק י"ז) העלה דבמת הנו"נ דמודה רב דעל האחין להביא ראיה הוא דוקא באונות ושטרות היוצאין על שמו אבל במטלטלין על יורשיו להביא ראיה. ובאמת גם הרמ"ה ב"ב שם כ' משום דאיכא שטרות יוצאין על שמו ויש לומר דבמטלטלין אין חזקתן מהני להוציא מתפיסת הבית אולם ממ"ש דחומרא בעלמ' הוא דאחמירו רבנן דיכול לאיתויי ראיה איתמי דידיה לא אחמירו רבנן משמע דעתו דאף במטלטלין כשמת על האחין להביא ראיה ובפרט כיון דדעת בה"ת ור' יונה דבמטלטלין לעולם בחזק' המוחזק א"כ ודאי אין להוציא מיתומים:

והיכא דקנה הנו"נ קרקע או מטלטלין לאחר שפסק משאו ומתנו ונסתלק מלהיות נו"נ ואיכא סהדי דהאי ממונא גופיה הוה שכיח גביה בעוד שהיה נו"נ תוך הבית אף דאם המעות היה בעין היינו מוציאין מידו ועליו להביא ראיה כמו שכ' הרמ"ה מ"מ נראה דבזה מודה הרמ"ה דאם קנה בעד המעות או הלוה לאחרים דאין מוציאין מידו דיש לומר דוקא אם המעות או המטלטלין בעין ואנו דנין עליהן בזה דנין אחר חזקתיה ורוב ומצוי דכיון שראו הממון בעודו היה נושא ונותן אע"ג דעכשיו נסתלק מ"מ נשארו בחזקתיה אבל אם הוציאן וקנה על שמו כיון דנסתלק מלהיות נושא ונותן חשוב כשולח יד וגזלן ואנו דנין רק על הממון להוציא מידו אבל עיקר הקנין וההלואה שייך לו לבדו בזה יש לומר דדומה לדברי תשובת הרשב"א הנז' דחזקה דמעיקרא לא מהני להוציא ממון כיון דלא דנו אז על המעות אף דראו עדים הני זוזי גופיה אצלו אז מ"מ כל זמן שלא דנו וטענו האחין על זה לא החזקנו בבירור שהוא מתפיסת הבית דלא הוי צריך דאפשר ידעו. האחין דשלו הוא ועכשיו כשבאו לדון אנו דנין רק לחייבו ממון ולא אלם החזקה הזאת שהמעות היה מתפיסת הבית להוציא ממון ועל האחין להביא ראיה ואף להחולקים על הרשב"א בדברים העשוין להשאיל דמוציאין ממון שם היה עכ"פ חזקת מרא קמא לכן נגרר אחריו לחייבו בממון מה שאין כן כאן לא הוי חזקת מרא קמא רק כל זמן שחי עליו לברר מצד חומרא כמו שכ' הראשונים הנז' ובמת אין מוציאין מיורשיו ודאי לא אלם החזקה הזאת דהממון שראו סהדי בעודו היה נושא ונותן דנאמר אף אחר שנסתלק מלהיות נושא ונותן דעליו להביא ראיה רק כל זמן שאנו דנין על הני זוזי אבל לחייבו ממון כ"ע מודים דהממע"ה:

ומהאי טעמא נראה דבנושא ונותן אם החזיר הנפקד להאשה דאינו חייב לשלם לבעל אף דלכתחילה צריך להחזיר להבעל דלא כמו דנראה מתשובת הריב"ש מובא ברמ"א אה"ע (סי' פ"ו) וכבר תמהו שם על זה בח"מ ובב"ש. ובאמת גם בתשב"ץ (ח"א סי' נ"ט) דנשאל שם גם כן באותו נידון דנשאל עליו הריב"ש ז"ל תמה על זה וכ' דהאיך אפשר לומר דאם אונות ושטרות יוצאין על שמה מחזיקין אותה בחזקת של בעל ואם הפקידה ביד אחרים יהיו בחזקתה אין אלו אלא דברי תימא והראיה שהביא הריב"ש מדברי רמב"ם אינו ראיה דהוא איירי באינה נו"נ אבל בנו"נ דאחר כך יקחם הבעל ואפוכי מטרתא למה לי. וכבר נחלקו בזה אחר כך המבי"ט והב"י ז"ל כמבואר במבי"ט (סי' רמ"ב) דדעתו גם כן דבנו"נ אין להחזיר בשום אופן ליד האשה והב"י בתשובת אבקת רוכל (סי' קס"ד) פוסק כדברי הריב"ש וסובר גם כן בדעת הרמב"ם דאין לחלק בין נו"נ ואינה נו"נ וכמו באינה נו"נ דמחזקינן הנכסים שבידה בחזקת נכסי מלוג שהבעל יאכל רק הפירות כן בנו"נ גם כן אם מת הבעל יחזיר לאשה. והדברי' מתמיהי' הא דעת כל הראשוני' בפירוש דבנו"נ בחזקת הבעל הם לגמרי ואיך נלמוד מסתימות דברי הרמב"ם להיפך ובש"ע לא פסק הב"י בזה רק הרמ"א הביא דברי הריב"ש בשם י"א ובל"ס לדינא קיי"ל כדברי התשב"ץ והמבי"ט. אולם מ"מ אם החזיר הנפקד ליד האשה והבעל אינו יכול להוציא מידו או אף אחר מות הבעל אם החזיר ליד האשה ויורשי בעל אינם יכולים להוציא מידו פטור הנפקד דאף דבחזקת הבעל קאי הנכסים מ"מ על זמן שלא דנו על זה ואחר כך באין לדון להוציא מיד הנפקד שפשע במה שהחזיר ליד האשה הממע"ה ודומה במכ"ש מדברי תשובת רשב"א הנז' בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כשלא דנו על עיקר הדבר רק להוציא ממון אמרינן הממע"ה וה"נ דכוותי' ועיין מה שכ' לקמן בדינים השייכים (לסי' ע"ב) בדברי התשובות רשב"א הנז':

ועיין רמ"א אה"ע (סי' פ"ו) בקבל פקדון מאשה שאינה נו"נ בתוך הבית דהדין הוא דיחזיר לאשה מיהו אם החזיר לבעל פטור הנפקד ובב"ש שם כ' דלדעת רמב"ם המעות הם בתורת נ"מ ולשאר פוסקים במעות טמונים יכול הבעל להחזיק בהם ולומר שלי הם לגמרי מיהו יש לדמות להא דמבואר (סי' נ"ח) בשליח שפרע ולא לקח השטר חוב דהשליח יתבע את המלוה ה"נ יכולה לתבוע להנפקד והנפקד יתבע את בעלה מיהו יש לומר אע"ג כשהוא בידה יכולה לומר במתנה ניתן לה והם בתורת נ"מ מ"מ אם החזיר לו פטור ולא כ' טעם בדבר. ובס' נתיבות המשפט הספרדי ז"ל כ' בצריך להחזיר לאשה ולא לבעל חייב הנפקד לשלם מדין פושע ומזיק ואאמ"ו ז"ל בד"ח דיני כתובה (סי' ט"ז) כ' כיון דהוי כדררא דממונ' דהא מהני תפיסת הבעל לכך אינו חייב הנפקד לשלם כיון

דיש ס' בדבר אם שלה הוא או של בעל ומהני תפיסתו כמו דמהני תפיסת הבעל. ויש לדון בזה למה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' ל"ב) להוכיח דאף היכא דמהני תפיסת הבע"ד מ"מ אם אחר התפיסהו הוי כמזיק כיון דהדין הוא הממע"ה ואין הב"ד יכולין לחייבו דנין אותו כמזיק ומה"ט דעת התומים שם בטעה הדיין במקום שהוא תיקו בש"ס אם כבר גבה דמהני תפיסתו חייב הדיין לשלם עיין שם שסלקתי ממנו השגות הנתיבות שם וה"נ דכוותיה אף דאם תקף הבעל אין מוציאין מידו מ"מ כשהחזיר לו הנפקד הוי כפושע ומזיק. ומה שכ' הב"ש והנ"מ לדמות לדין (דסי' נ"ח) י"ל כיון דהבעל טוען דשלו הוא תופס ויש לו טענה בגוף הדבר שהוא שלו בזה גם שם (בסי' נ"ח) אינו חייב לשלם וכמו שכתבו שם האחרונים ועיין מה שכ' לעיל (סי' מ"ג) בדין זה בארוכה לצדד דפטור הנפקד בכה"ג וה"נ דכוותיה יכול הבעל לומר מה איכפת לי בפסידך שאתה חייב לשלם כיון שאני מציל את שלי והנפקד למה לא יהיה חייב לשלם. אולם עפ"י דברי תשובת רשב"א הנז' י"ל דחזקתה של האשה על מה שהוא בידה אף דיד הבעל כידה ולדעת הרמב"ם וסייעתו יכול להחזיר אף לבעל דממון הנמצא ביד אשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירות ואף לשאר פוסקים מ"מ כיון דאין חזקת האשה ברורה אין מוציאין ממון מיד הנפקד אם החזיר להבעל:

ויש להתבונן למה שכ' תוס' ורא"ש דאם תקף הבעל אין מוציאין מידו אם מהני תפיסת האשה בהחזרה דאם הטעם הוא משום דהוי דררא דממונא ומהני תפיסת הבעל אם כן כיון דהוי הספק לפנינו מהני התפיסה של האשה בהחזרה והא דהביאו התוס' ראיה מלוה מן האשה וגירשה אין לה עליו כלום אף די"ל שם הוי כתפיס' ברשות כיון דהלוה לו ולקח הממון ברשות וכיון דליכא עליו טענה רק שעבוד בזה י"ל דלכך מוקמינן על החזקה של הבעל דאינו חייב כיון דהספק בחיובו מה שאין כן כשהממון הוא ביד האשה והבעל תופס מאתה י"ל דלא מהני על כרחך דתוס' סבירא להו דאין לחלק בזה כיון דהתפיסה הוא לאחר שנולד הספק וכמו דשם לא מהני המכירה וההלואה שישתעבד ועל כרחך דמהני תפיסת הבעל כמו כן מהני תפיסה בעל כרחו גם כן ושם קתני בברייתא לוה מן האשה וגרשה אין להן עליו כלום משמע קצת דלא יש שום טו"מ נגדו והבעל נאמן ואף תפיסת האשה בהחזרה לא מהני אולם ברא"ש שם כתוב במעות שאינן טמונים אפי' תקף הבעל האשה מוציאה מידו בב"ד אבל במעות טמונין אם תקף אין מוציאין משמע דרק בב"ד אין מוציאין אבל אם תפסה מעצמה בהחזרה אין מוציאין שוב מידה וכן כ' בספר הפלאה (סי' פ' סק"ט) דמהני תפיסה בהחזרה דליכא חזקה לא לבעל ולא

לאשה והיכא דקיימו זוזי ליקום עיין שם ואם כן ודאי בזה י"ל דאם החזיר הנפקד לאשה דאינו חייב לשלם:

סימן נה

כתב הרמב"ם (פכ"ב) מאישות הרי שנמצא מעות או מטלטלין ביד האשה היא אומרת במתנה נתנו לי והוא אומר ממע"י הם שהם שלי ה"ז נאמנת כו' וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ואם אמרה על מנת כן נתנו לי על מנת שלא יהיה לבעלי רשות בהן אלא אעשה בהן כל מה שארצה עליה להביא ראיה שכל ממון שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד שתביא ראיה ואם אמרה אתה נתת לי במתנה נשבעת היסת כו' ואינו אוכל פירותיהן. ובטעם הדבר דא"נ לומר אחר נתן לה על מנת שאין לבעלה רשות במגו דאתה נתת כ' כל המחברים דבאמת כל ממון שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא רק אתה נתת נאמנת לפי שאינה מעיזה בפני בעלה כמו שכ' המ"מ לכך ל"א מגו כזו כיון דחזקה אין אשה מעיזה אלם כל כך להוציא מידה והבעה"ת (שער ו') הביא משם הר"ם בר נתן ז"ל דמפרש דלכך אינה נאמנת במגו דאתה נתת דגרועיה גרעיה דבזה הבעל יורש ובזה אין הבעל יורש ולפי זה אינה יכולה להפקיעה מבעל רק היכא דטענתה לגרוע כח הבעל ולהפקיע הירושה וכמבואר בבעה"ת שם אבל להפקיע הפירות יכולה ואם אמרה אחר נתן לי על מנת שלא יהיה לבעלי רשות באכילת פירות אבל לא מירושה דהבעל יורשה נאמנת במגו דהבעל נתן לה וכן מבואר בתומים (ס"ק ב'). אולם ברמב"ן ב"ב (דף נ"א) מבואר דאינה יכולה להפקיע מבעל אף מפירות וכיון דידו עדיפא מידה וגם משום קטטה לכך א"נ:

ולענ"ד יש להוכיח דכן גם כן דעת הרמב"ם דגם מפירות אינה יכולה להפקיע מיד הבעל רק כשאמרה אתה נתת לי דמעיזה בפניה בדבר שיודע הבעל דהא כ' הרמב"ם (פ"ח) מנחלות במד"א באחין ובאלמנה שאין חלוקין בעיסתן אבל בחלוקין בעיסתן שמא מעיסתן קימצו ומבואר דאין צריך ראיה דקימץ מעיסתו ורק בשמא סגי ואינו יכול להוציא ועיין מהרש"א ב"ב שם וצריך להבין למה נקט הרמב"ם רק אלמנה והוציא מכלל זה אשת איש שהיתה נו"נ דכ' שם לעיל מיניה דא"נ נימא גם כן בחלוקין בעיסתן תהיה נאמנת וכן בש"ע (סי' ס"ב ס"א) כש"כ הדין דאשה הנו"נ תוך הבית וכן אחד מן האחין כ' ואם היו חלוקין בעיסתן על האחים להביא ראיה ולא כ' בא"א הנו"נ תוך הבית דין זה. ואף דכ' הרמב"ם (פי"ב) מאשות דמותר מזונותיה הוא לבעל אין לומר דלכך לא יכולה לומר דמעיסתה קימצה כיון דשייך לבעל ז"א דהא מבואר (פח"י) שם דמותר מזונות אלמנה ליורשים וע"כ צריך לומר דהא דאמרינן אימור מעיסתה קימצה היינו כמו שכ'

תוס' נזיר (דף כ"ד) המובא במל"מ שם דהיכא דקימצה ופחתה מכדי שבעה שייך לה רק המותר מכפי שיעור שקצבו לה חכז"ל שייך לבעלה אבל באם עינה א"ע ולא אכלה כפי הנצרך לה זה שייך לה וזכתה בו ולכך נוכל לומר אימא מעיסתה קימצה באלמנה היינו שצמצמה א"ע לענות נפשה ולקמץ מכפי הצריך לה אם כן בא"א נמי נימא כן ועיין רמ"א אה"ע (סי' ע') שכ' משם הטור צמצמה והותרה מאלו המזונו' הוא של בעל וכ' שם בעל נו"ב בדגול מרבבה דאם קימצה מעיסתה ואכלה פחות משבעה הוא שלה וכמו"ש המל"מ משם תוס' נזיר. וכן הוכיח שם הב"מ מלשון הרמב"ם שמשמעתו כדעת התוס' עיין שם ואין לחלק בין אלמנה לא"א. אם כן יקשה למה השמיט הרמב"ם הדין דקימצה מעיסתה לגבי א"א והזכיר במכוון רק באלמנה ואחד מן האחין. אלא ודאי נראה דסובר דאינה יכולה להפקיע מן הבעל הפירות אף בחייה אף אם אינה מפקיע ממנו הירושה דחזקה הנמצא ביד האשה משל בעל והוא בכלל נכסי מלוג וכמו שכתב הרמב"ן דידו עדיפא ולכן אינה נאמנת לומר דהוא ממה שקימצה מעיסתה כיון דממותר מזונות השייך לה אין לבעל בו כלום ואף הפירות אינו אוכל בחייה כמו דמוכח מדברי תוס' נזיר הנז' דיכולה לקנות בעדם בהמה להקדישה וכן מוכח מדברי הר"ן נדרים (דף פ"ח) ועיין ב"ש (סי' פ' סק"י) ובבית יעקב (סי' ע') לכך אם אמר' שהוא ממה שקימצה מעיסתה והוא שלה לגמרי כיון דמפקיעה מן הבעל הממון לגמרי אף מאכילת פירות א"נ ורק בזה חולק הרמב"ן עם הרמב"ם אם נאמנת לומר לבעל דהוא נתן לה במתנה דסובר רמב"ם דנאמנת והוא מטעם שכתב המ"מ דחזקה דאינה מעיזה ולפי זה אף באמרה שאחר נתנה לה ע"מ שאין לבעל רשות בחייה ולא להפקיעו מירושתה גם כן אינה נאמנת וכמו שכ' הרמב"ן. ולדברי הר"מ בר"נ שבבעה"ת צריך לדחוק בדברי רמב"ם ולחלק בצמצמ' מעיסת' בין אלמנה לא"א וזה דוחק רב וכמו שכ' הב"מ הנז':

והנה בתומים כ' דאף הרא"ש ותוס' מודים לזה כשאינה מפקיע' מירושה רק מפירות בחייה דנאמנת ואף דכתבו ובאח' נתן לי במתנה היינו בעל מנת שלא יהא רשות לבעלה בו בחייה אבל לא להפקיע מירושה. אולם ברשב"א בש"מ שם מבואר להדיא דנאמנת אף להפקיע מבעלה הירושתו עיין שם ובמ"מ. ולמה שכ' התומים בדעת הרא"ש יש ליישב מה שהקשה הרב בעל מח"א דיני נדרים ודיני זכיה ומתנה על הרא"ש דפוסק כרב דאין קנין לאשה בלא בעלה רק באומר לה מה שאת נותנת לפיך ואז אם מתה אין הבעל יורשה ואיך כ' בפ' חזקת דאם מתה ירשנה בעלה דהא על מנת שאין לבעלה רשות לא מהני התנאי רק באומר מה שאת נותנת לפיך ובזה הא היא גופה לא זכי רק מה שנותנת לפיה ולהנז' כיון דעל כרחך הרא"ש איירי בלא הפקיעה ממנו רק הפירות בחייה ולא

לענין ירושה דבזה אינה נאמנת ועל כרחך כוונתו דנתן לה על מנת שאין רשות לבעלה בחייה באופן המועיל דיאמר עכשיו לא תזכה רק מה שנותנת לתוך פיה וקודם מותה יהיה לה קנין עולמית דבזה אינה מפקיעה מבעלה רק הפירות בחייה ולא הירושה ולכך כשמתה ניתן לבעל דלענין ירושה א"נ:

ובעיקר טעמא דבעה"ת דא"י להפקיעו מירושה יש לומר דהנה התוס' והרא"ש כתבו דבקבל מן האשה נאמנ' לומר של פלוני הוא מגו דאי בעיה שקלה ויהבה לי' אבל בשעת מיתה דשוכבת ולית לה מגו אינה נאמנת ויש להבין למה להו למגו ואי משום דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו אם כן אף במגו לא תהי' נאמנת כמבואר (סי' צ"ט) דהלוה אינו נאמן על מה שת"י דשל פלוני הוא אף במגו וכבר עמד על דבר זה בתומים (סי' צ"ט) גם קשה אם נאמנת במגו כשהיא בריאה למה לא תהיה נאמנת בשוכבת במגו דאי בעיה אומרת שלי ונותנ' לפלוני במתנת שכ"מ או בקנין אודיתא וראיתי בהפלאה בק"א (סי' פ"ו) דעמד ע"ז וי"ל בדעת התוס' דהא הרמב"ן הקש' במתה למה חוזר לבעל יהיה עכ"פ הדין דיחלוקו הבעל עם יורשי האשה כי דלמא נתן לה אחד על מנת שאין לבעל רשות בו ובש"מ ב"ב שם מתרץ דדוקא כל זמן שהיא בחייה ויד הנפקד כידה והוי כאלו תחת ידה ואין מוציאין מידה ואמרינן דסתמא הוא שלה דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו אבל כשמתה אין הם בחזקתה אלא בחזקת היורש דהיינו הבעלים וכיון דרוב הנכסים המצוין בידן הן משל בעלים אעפ"י שאמרו קודם מותן של פלוני הוא ולא הספיק הנפקד להחזיר לבעליהן בחייהן כבר יצאו מרשותו ומטילין אותן אחר הרוב ומצוי דהיינו הבעלים עיי"ש עוד בדבריו אם כן כיון דבאמת רוב הוא דהמצוי בידן הוא משל בעלים רק כשהוא בידן או ביד הנפקד מתנגד לזה החזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו אבל כשאמרה בחייה דשל פלוני הוא אז נגד הרוב ומצוי ליכא חזקה דמה שביד אדם הוא שלו. אבל כשיש לה מגו דאי בעי' היתה נוטלת ונותנ' לו נאמנת ואי דהוי נגד חזקה ז"א דהא גם לפי דברי הבעל דהוא שלו מוציא מידי חזקה ולכך נאמנת אבל בלא מגו אינה נאמנת כיון דהוא ספק השקול אזלינן בתר רוב ומצוי דהם של הבעלים ושוב לא קשה דיש לה מגו ליתן במתנת שכ"מ או בקנין אודיתא דמ"מ כיון דלא נתן לו הנפקד ואחר מיתה שוב אין בידה ורשותה ונפלו הנכסים לפני הבעל והוי כאלו הם ברשותו ואזלינן בתר רוב ומצוי שהוא של הבעלים כמו שכ' בש"מ. ולפי זה יש לומר דזה ג"כ טעמו דהבעה"ת משם הר"מ בר"נ דמבואר שם בדבריו משם הר"י מיגאש ז"ל דכיון דמתה אינה יכולה להפקיע ירושת הבעל ולכך אינה נאמנת לומר דניתן לה על מנת שאין לבעל רשות וכיון דלדבריה אם מתה אחר כך לא ירשנה בעלה ויפקע כח הירושה

על ידי זה אינה נאמנת גם לענין פירות כיון דלענין ירושה אינה נאמנת להפקיע מהבעל אחר מיתתה כיון דאז ליתא ברשותה וממילא מחזקינן דלא נתן לה האחר בע"מ שלא יהיה לבעל רשות שוב אינה נאמנת גם לענין פירות. אבל בטענה דאתה נתת לי במתנה דאינה מפקיעה ירושת הבעל רק לענין פירות שלא יאכל בחייה בזה שייך החזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו. ובאמרה בבריאותה דשל פלוני הוא דמפקיעה כח הבעל מכל וכל דאמרה עכשיו שאינו שלה נאמנת דרק במה שרוצית להפקיע כח ירושתו אחר מותה א"נ כיון דאחר כך הוא ברשות הבעל זאת אין בכחה כיון דאמרה מקודם דהוא שלה אבל כשאמרה בבריאותה דמוציאה מרשותה לרשות אחר בחייה נאמנת ומיושב בזה גם כן קושית הב"ש אה"ע (סי' פ"ו ס"ק ג') ולפי זה יש לומר דאם לא הספיק הנפקד למסור לפלוני בחייה דאז אין נותנין לו אף כשאמרה בבריאותה וצ"ע בזה ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בזה בד"ח דיני כתובה (סי' ט"ו):

ומה שכתבו תוס' שם דאם תקף הבעל אין מוציאין מידו ואינה נאמנת לומר של פלוני הוא דאם לא כן אמאי בלוה מן האשה ונתגרשה אין לה עליו כלום תהיה נאמנת שלי במגו דשל פלוני והדברים סתומים כאשר עמדו האחרונים ע"ד דמקודם לכן כתבו דשלה עדיף ואח"כ כ' דשל פלוני עדיף ולמה שכ' יש לומר דכשהוא ביד אחר בפקדון דאז כשאמרה של פלוני ומתה ונפל לרשות הבעל ומפקיע מרשות הבעל אזלינן בתר רוב ומצוי אבל כשתפס מיד האשה דאז אם האשה אומרת של פלוני עדיף ממה שאמרה שלי דשלי אינו טענה טובה דרוב נכסים שביד האשה אם אינם של אחרים רוב ומצוי הוא דהוא של הבעל וכשטוענת של פלוני אינה מפקיע מרשות הבעל דהא אומרת דהוא רשות של פלוני דיד ורשות הנפקד הוא רשות של המפקיד והיה ס"ד כשתפס הבעל וטוענת של פלוני נוציא מיד הבעל קמ"ל התוס' דאעפ"כ א"נ כיון דהבעל מוחזק אזלינן בתר המצוי אף נגד אחרים דכל שביד האשה בחזקת הבעל דאם לא כן תהיה נאמנת אף דשלי הוא במגו דשל פלוני ובזה של פלוני טענה טובה כיון דאומרת דהרשות הוא של פלוני ולא שייך חזקה כיון דאף לדברי הבעל ליכא למימר בה חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו:

ועל הא דכתב הרמב"ם דנאמנת לומר במתנה נתת לי כ' בבעה"ת בתשובת הר"מ בר"נ ז"ל ראיה מהא דמבואר ב"ב שם דאש' הנו"נ בתוך הבית דאינה נאמנת משמע הא אינה נו"נ נאמנת וכ' ואין לומר דב"ב איירי ביתמי ולכך נאמנת הביא שוב מתוספתא דמבואר בנו"נ הן של בעל ומשמע דבעלה חי ואעפ"כ דוקא בנו"נ אבל באינה נו"נ נאמנת וקשה דמ"מ מאי ראיה יש על אומרת במתנה נתת לי דבעל מכחישה בברי דנאמנת דלמא אינה

נאמנת להפקיע ממנו הפירות רק באם טוען הבעל שמא אז אמרינן בו"ש בזה ברי עדיף אף דידו עדיפא מידה ומנ"ל דבברי וברי נאמנת אף באינה נו"נ ויש ליישב בדוחק:

ומתוספתא הנז' המובא בבעה"ת קשה לכאורה שיטת ר"ת המובא ברא"ש פרק הכותב דמעשה בא לפניו באשה הנו"נ ואומרת על חפצים דשל פלוני הם דנאמנת והקשו לו מסוגיא דב"ב באשה הנו"נ וכתב לחלק דביתומים מורי' התירא לכך א"נ אבל בחיי בעלה נאמנת וכבר הבאתי לעיל סי' הקדום ד' הב"מ אם לא תוכל לומר קים לי עיין שם וקשה מתוספתא זו דמבואר דאף בחיי הבעל אינה נאמנת ועיינתי בתוספתא ב"ב (פ"ט) וז"ל בן הנושא ונותן בנכסי אביו אעפ"י כו' יוצאת על שמו הרי הן של אביו ואם אמר מה שירשתי מבית אבי אבי הן יעשה כמפורש בפירושו האשה שנושאת ונותנת בשל בעלה כו' הרי הן של בעלה ואם אמר' מה שירשתי כו' יעשה כמפורש בפירושה עכ"ל ובדין דבן בנכסי אביו בפשיטות איירי במת אביו דאם אביו חי אינו יכול לומר מה שירשתי מבית אבי אבי וכנראה איירי דמת אביו וירושת אבי אביו נתחלק ובזה אינו נאמן והא דנקט הרי הן של אביו היינו ברשות תפיסת הבית מאביו וכן יש לומר בנכסי בעלה היינו במת והא דנקט של בעלה היינו תפיסת בית בעלה כן צריך לדחוק ולדברי ר"ת משמע לכאורה אף אם הבעל טוען ברי דהוא משלו היא נאמנת דאם לא כן למה כ' הר"ת הטעם דבשל יתומים אינה נאמנת דמורי' התירא למה לא נאמר הטעם דבשל יתמי טוענין טענת ברי דאם הי' קיים היה טוען ברי וכמבואר בראש (רפ"ב) דכתובות ואף דלהוצי' לא טענינן מ"מ כאן הוי כלהחזיק קצת כמובן אלא ודאי דסובר אף בטוען ברי אינו נאמן וכן מדנקט שם דאינו יכול להשביעה בטענות שמא משמע דבטענות ברי תשבע אבל אינו נאמן. וידע המעיין שכל מה שכתבתי בדינים אלה הוא ממה שנרשם אצלי מימי עלומי וידעתי שיש לגמגם בכמה דברים ולהאריך בביאור דברי הפוסקים בעניני' האלה וכאשר העמיק והרחיב הרבה בדינים השייכים לסי' ס"ב אאמ"ו ז"ל בספרו חלק אה"ע דיני כתובה אולם מחולשתי בעוה"ר וגודל תוגיון רוח משמועות המבהילות מאחינו שבגולה בעו"ה ד' הי' עוזר להם קצרה רוחי לעיין היטב בדברי ואולי יזכנו ד' לבאר עוד בחלק אה"ע בדינים המסתעפים בזה:

סימן נו

כתב בש"ע (סי' ס"ג) המוציא שטר חוב על חבירו ובאו שני עדים ואמרו ממנו שאל לזייף לו שטר זה אעפ"י שנתקיים השטר בחותמיו אינו גובה בו לעולם וכ' הסמ"ע דאף תפיסה לא מהני. ובתומים כ' כיון דהרא"ש מדמי ריעא דסטראי להך ריעא וכיון דבסטראי מהני תפיסה כן ג"כ כאן מהני תפיסה וכבר כתבתי לעיל (סי' מ"ב) דהנכון כמו שכ' הסמ"ע

וראיתי בכה"ג וז"ל ומיהו שטר מכר אף של קרקע אין מוציאין מידו משפט צדק (ח"ב) והודה לו מהר"ש הלוי ז"ל בחתימתו שם עכ"ל והדברים מתמיהין עין כל הרואה כיון דאף תפיסה במטלטלין לא מהני ק"ו בקרקע דלא מהני. ועיינתי בס' משפט צדק וראיתי שבמחילה מכבוד תורתו של הגאון בעל כנה"ג קיצר מאד בדבריו ונתן מקום לטעות דשם דן על ענין אחר דאחד הוציא שטר חוב על יורש אחד שמורישו חייב לו ורוצה לגבות חובו מקרקע שירש מאביו והיורש הוציא שטר מקנה שקודם להלואתו מכר לו אביו הקרקע הזאת והביא הבעל חוב עדים שהיורש היה מהדר אזיופי ועל זה דן דאף דלא מגבינן בשטרי ריעא הוא רק' להוציא אבל לפטור מהני אף בשטרא ריעא והסכים לזה מהר"ש הלוי ז"ל הואיל שהוא כדי להחזיק ממון מעמידין השטר מכר על חזקתו והיינו כיון דבין כך ובין כך הוי היורש המוחזק בהקרקע רק שלא נודע לנו אם מכח ירושה ואז היה חל בחיי אביו שיעבודו של הבעל חוב על הקרקע או שבא לידו בכח מכר בחיי אביו קודם שהלוה הבעל חוב ולא התחיל השעבוד כלל בזה אמרינן הממע"ה ולא מוציאין ממנו להחזיק השטר לזיוף כיון דעכ"פ ספק הוא אבל ודאי תפיסה בשטר ריעא לא מהני. ואף דיש לומר לאוקמי הקרקע בחזקת בעלים ואמרינן דלא מכר וכל זמן שהיה אביו בחיים הי' הקרקע שלו והשטר מכר זייף כיון דהוחזק לזיוף ואם באנו לומר דהשטר היה בחזקתו מוציאין הקרקע מזמן הכתוב בשטר מחזקת המוכר מ"מ כיון דעכשיו אין שום נ"מ לענין זכיית היורש בגוף הקרקע דבין כך ובין כך הקרקע שלו וזכה בו רק הנ"מ אם חל השעבוד של הבעל חוב אף דגם תפיסה לא מהני בשטרי ריעא מ"מ זה הוי כמוחזק מעיקרא וזה בא להוציא אמרינן הממע"ה:

ואם מודה הלוה שהשטר אמת ואינו מזויף רק שטוען פרעתי אם נאמן במגו דמזויף מסתפק בס' שער משפט דיש לומר כיון דנתקיים השטר בחותמיו והכל מכירין חת"י של העדים בוש לטעון מזויף והוי כמו מגו במקום קול והניח בצ"ע. ולכאורה יש ללמוד דאינו נאמן מדברי תוס' ב"מ (דף י"ג) ד"ה הא דבנפל ואיתרע אף אם נאמן לטעון מזויף אבל פרעתי א"נ במגו דמזויף דטוב לומר פרעתי שלא יכחישנו שום אדם מלומר מזויף כי ירא שמא יקיימנו ואעפ"י שהקיום אינו מועיל לגבות בו מ"מ אינו טוען ברצון דבר שיכול להכחישו ועיין שם בש"מ דאין להאמינו במגו לגרוע כח השטר. ואם כן הכא נמי אף אם טוען מזויף נאמן מ"מ כשמודה בהשט' דאינו מזויף אין להאמינו במגו לגרוע כח השטר. אך יש לחלק דוקא שם דטענת פרעתי הוא טענה גרוע דנגד זה יש חזקה דשטרך בידי מה בעי לכך אינו נאמן לגרוע במגו בטענה גרוע דמזויף דמסתמא לא פרע והניח ביד המלוה השטר דמי ידע שאחר כך יתרע בנפילה מה שאין כן כאן יש לומר

דכיון דהיה יודע שזה איש דמהדר אזיופי הניח אצלו השטר ופרע לו דסמך את עצמו על טענה דמזויף דומיא שכתבו הפוסקים בשטר פקדון דנאמן החזרתי במגו דנאנסו דיש לומר דסמך את עצמו על טענת נאנסו והכא נמי דכוותי' אולם זה דוקא אם כבר נתברר שהעידו עדים דמהדר אזיופי יש לומר דפרעו וסמך את עצמו על טענת זיוף אבל אם לא העידו עדים עד עכשיו שהוציא השטר בפני ב"ד לא שייך לומר דפרעו וסמך את עצמו על טענת מזויף דכל זמן דלא העידו עדים בפני ב"ד לא מחזקינן למזייף. ואף דבש"ע כ' ובאו ב' ואמרו ממנו שאל לזייף לו מ"מ ודאי צריך שיעיד בתורת עדו' בפני ב"ד וכמו שכתב בטור עדים שהעידו על ראובן. ואף אם העידו כל אחד בפני עצמו דממנו תבע לזייף לו לא מרעינן להשטר עד שיעידו שתבע לשניהם ביחד וכן אם העידו ששמעו שתבע לאחד לזייף לו לא מחזקינן ליה לזייפן רק בדברים הקרובים אל השכל דאימר זייופי זייפי' כמבואר בש"מ כתובות (דף ל"ו) עיין שם אך אם כבר הוחזק זה האיש ע"י קבלות תרי סהדי דמאתם תבע לזייף בזה יש לומר דאף פרוע נאמן במגו:

סימן נז

כתב בטוש"ע (סי' ס"ד) מי שהפקידו בידו שטרות ומת המפקיד והנפקד טוען מחיים תפסתי אותם למשכון בשביל חוב שיש לי עליו דלגבותם לא הי' מועיל תפיסה בלא כתיבה אם יש עדים שתבעם ממנו בחיים ולא רצה להחזירם לו אז הוי תפיסה ואי לא לא. ובמקום שיש עדי פקדון וראה דלית ליה מגו וברבינו ירוחם במישרים (נתיב כ"ו ח"ג) כתב דין זה בלשון אחר ותוספת דברים וז"ל מי שיש בידו מופקד שום דבר מאבי יתומים ואמר לאחר מיתת אביהם בדעתי היה לתופסם בתורת משכון על מה שהיה חייב לי אביהן נאמן מטעם מגו דיכול לומר לקוח הוא בידי ואם היה מופקד בעדים או שראו עכשיו בידו אינו נאמן ואם היו שטרות שצריך להביא ראיה על המסירה אפי' לא היו מופקדין אצלו בעדים אינו נאמן אלא אם כן הביא עדים שתבע לו חובו בחייו ולא נתנם לו ואמר שבתורת משכון היה רוצה ליטלם והאידנא דגבי בע"ח ממטלטלי גובה מהם אפילו לא תפס מחיים. התחיל בטענות הנפקד שיש בידו בפקדון שום דבר והיינו מטלטלין וכשיש לו מגו משמע דנאמן במה שטען שדעתו היה לתופסם בתורת משכון וכשיש עדי פקדון וראו כ' דאינו נאמן ואם היה שטרות כ' דאינו נאמן אא"כ כו' הביא עדים שתבעם לו ולא נתנם ואמר שבתורת משכון היה רוצה ליטלם מבואר דצריך שישמעו העדים דאינו רוצה להחזיר ושתופס לשם משכון וברא"ש כתובות כ' גם כן דצריך עדים שתבע ממנה מחיים ואמרה שבתורת משכון היא רוצה לתופסם. ובטור וש"ע השמיטו זאת רק דסגי ביש עדים שתבעם ולא רצה להחזירם ובנתיבות משפט שם

ס"ל בדעת ר"י דסובר כדעת הרי"ף לחלק בין שטרות לשאר דברי' דבשטרות אפילו ליכא עדים וראו ג"כ ליכא מגו. וסובר בדבריו דלאו דוקא שצריך עדים שתבעו ממנו מחיים ולא רצה ליתנו וסגי אם הביא עדים שאמר להם מחיים שבדעתו בחיים לתופסם בתור' משכון סגי דכל שחשב בדעתו לתפוס הוי כתופסם מרשות בעלים עיין שם בדבריו:

וקצת יש לומר דהר"י אזל בשיטת הריטב"א כתובות (ד' פ"ה) דמבואר מדבריו דתפיסה צריך להיות דוקא בתופסת ברשות המלוה וכי תבענא מחיים ולא בעי למיתן להו ומעכבנא בחובא הא חשיבה תפיסה ברשותו ובפנ"י שם תמה על זה הא בכל תפיסה למשכון ל"צ להיות מדעת הלוה וכדמוכח ב"ב בעיזי דאכלי חושלי. וכתבתי בכוונת הריטב"א בהגהותי לדברי חיים דיני גניבה (סי' י') להמתבאר מדברי רש"י ב"מ דחצר אינו קונה בנכנס הדבר לחצרו אף אם חושב לקנות כל זמן שלא עשה מעשה והכופ' בפקדון דנעשה גזלן וחייב באונסין הוא דכפירה משוי לי' לקנין ובדברי הרמב"ם וש"מ ב"ק מבואר דכפירה בעינן שיהיה בב"ד ודעת שאר הפוסקים אינו כן כמו שכתבתי שם ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ל"ב) ונודע דתפיסה בלא קנין לא הוי תפיסה ובודאי אם הנפקד הביא עדים שתפס מחיים במעשה קנין היה מהני רק ר"נ אמר לה אית לך סהדי דקא תבעה לה מינך מחיים ולא יהבית ניהלה משמע דבתפיסה אף בלא קנין הוי גם כן תפיס' והיינו דבתביעה ולא רצתה ליתן הוי נמי תפיסה ולא צריך קנין ובלא תביעה רק שיש עדים שאמרה בפניהם שמעכבת בחובה למשכון לא הוי מהני תפיסה בלא קנין דחצרה לא זכתה לה כל זמן דלא עשתה מעשה ובפרט לדעת רשב"ם דחצר דנפקד דמפקיד הוא ולא הוי תפיסה בקנין וגם אף החולקים על הרשב"ם מ"מ כמו דלא מהני בחושב לשלוח יד בפקדון שיקנה לו חצרו כל זמן שלא עשה מעשה קנין וכמו שהבאתי שמה מדברי מהרי"ט כמו כן לא חשיב תפיסה בקנין חצרו בלא מעשה רק בתבע לה מחיים ולא יהבית נהליה וגלי דעתה שתופסה למשכון הא חשיב תפיסה מרשותו דכיון דאמרה להבע"ד שתופסת בחובה למשכון דומה לכפיר' והוי קנין ועיין קצוה"ח (סי' רצ"ד) דלומד מדברי התשב"ץ במעכב פקדונו של חבירו שלא ברצון הנפקד הוי כגזלן לחייבו באונסין ואף דהעל' שם דלא משמע כן וגם מדברי התשב"ץ כתבתי שם דאינו ראיה מ"מ היינו דוקא במעכב ומדחה אותו בלך ושוב ואינו כופר ממש אבל באומר שמעכבו למשכון עד שישלם לו המגיע לו אם נתברר שלא הי' חייב לו הוי כגזלן וממילא באם באמת חייב לו חשיב כתופס מרשות הלוה ויוצא מרשות הלוה וחשיב תפיסה בקנין דפקדון כל היכא דאיתא ברשות הבעלים הוא מה שאין כן משכון לעולם אינו ברשותו וכיון דמעכבו מליתן וגלי דעתו שמחזיקו בתורת משכון בפני המפקיד הוי

ככופר בפקדון וקאי ברשותו אבל אם עושה קנין בתופס משכון ודאי מהני בכל מקום התפיסה. ואם כן יש לומר גם כן בודאי אם מגלי דעתו בפני עדים שתופס הפקדון לשם משכון ועושה מעשה קנין זה ודאי מהני אבל אם אינו עושה מעשה קנין רק מגלה דעתו בפני עדים שלא בפני הנתפס אין כאן עדיין כפירה והוי כחושב לשלוח יד בפקדון דלא קאי ברשותו והוי כתפיס' בלא קנין וזה נמי כוונת הרבינו ירוחם דצריך עדים שתבע לו בחיו ולא נתנם לו ואמר שבתורת משכון רוצה ליטלם דאם אינו רוצה ליתן ורק דמדח' אותו לא נעשה ככופר בפקדון רק כשאומר שתופס בתורת משכון. וגם אם אומר בפני עדים שרוצה לתפוס בתורת משכון גם כן לא סגי כל זמן דלא עשה מעשה קנין. והא דכתב הרבינו ירוחם מתחילה שבדעתו היה לתופסם מחיים בתורת משכון היינו שם כיון דיש לו מגו נאמן שעשה תפיסה בקנין או מיד שבא לידו במשיכתו חושב לתופסם בתורת משכון או אחר כך בקנין ובשטרות דסובר דאינו נאמן במגו לעולם וצריך שיביא עדים הותנה שיבררו שהיה תובעם ולא רצה ליתנם דבזה סגי דהוי כתפיסה בקנין אבל לעולם יש לומר אם לא עשה קנין רק דאמר בפני עדי' אחר כך דרוצה להחזיק בהם למשכון ל"מ וכדעת הריטב"א.

עוד כתב הר"י דהאידנא דגבו ממטלטלי דיתמי נ"מ אם הם שני בעלי חובות ותפס א' מהם שטרות דלא זכה בקדימתו מחמת אותה תפיסה ויחלוקו השטר חוב. ובנה"מ שם תמה על זה למה יגרע תפיסה דלאח"מ מאם תפס בחיים. והב"י העתיק דברי הר"י וכ' הד"מ הטעם דאין תפיסה בשטרות מהני לגבי ממון וכמו שהביא שם דברי המרדכי באלמנה שתפסה למזונות דאין מוציאין מידה דלא מהני אם תפסה שטרות. ובב"י אה"ע (סי' צ"ג) הביא מחלוקת הפוסקים בזה ודעת הרשב"א בתשובה המיוחסת לרמב"ן דאף בתפסה שטרות אין מוציאין מן האלמנה ובד"מ שם הביא דברי הגהת מיימוני דלא מהני כיון דאין גופו ממון ועיין שם בב"ש (ס"ק מ"ב) ובב"י בתשובה כ' לפסוק דלא מהני תפיסת שטרות ובתשובת מהר"ם אלשיך (סי' ד') כתב כיון דרמב"ן וריב"ש פסקו דמהני תפיסת שטרות למזונות הוי היא המוחזק ובתשובת הרמב"ן לא כ' שום טעם. ולכאורה יראה דלענין לגבות מהלוה ודאי אין מוציאין ממנה דלא זכתה בגוף החוב רק בהראיה בעלמא ולענין שלא יצטרך להחזיר השטר ואם יעכב הלוה בשביל זה לפרוע להיתומים יש לומר דלכ"ע אין מוציאין מידה השטר ועיין בהג"מ (פ"א) ממתנה דנראה מדבריו דרק לענין גביה מהלווים לא מהני תפיסה ובתשובת מהר"ם אלשיך שם כ' בדעת הרמב"ן דדוק' בשטר מהני תפיסתה אבל לא בכתב יד ולא אדע לחלק בזה דהא בשעבוד הכ' בשטר לא זכתה בתפיסתה רק בהנייר ומאי שנא שטר ומאי שנא כתיבת יד:

והנה הרמ"א (סי' ק"ד) העתיק דברי רבינו ירוחם הנז' בשני בעלי חובות ולא יש ללוה לפרוע לשניהם דמהני תפיסת האחד לגבות הכל ובתפס שטרות אף המוקדם לא מהני תפיסתו בשטרות ויחלוקו ועיין שם בסמ"ע ובש"ך הואיל דלא הוי כתפס בגוף הממון ובתומים כ' שם דאם אין הלוה רוצה לפרוע עד שיחזיר לו גוף השטר לענין תפיסת הנייר הוי תפיסה גמורה כמו דמהני לגבי יתומים הה"ד לגבי בע"ח שני. אולם מפשטות ד' הר"י לא משמע כן דכ' דלא זכה בקדימתו מחמת אותו תפיסה ויחלוקו השטר חוב משמע דלית ליה להתופס שום זכות יותר מן האחר. והטעם יש לומר דאינו דומה לתופס שטרות מיתומים כיון דהיתומי' אינם יודעין אם תפס מחיים או לאחר מיתה אין צריך הלוה לשלם כיון שהשטר הוא בעולם ובא התופס בטענה יכול הלוה לומר שיפשר את עצמו עם התופס והוי כאלו הטמין המלוה השטר אבל אם גזל ממנו השטר חייב הלוה לשלם ועיין נתיבות (סי' ס"ד ס"ק ו') בסופו ובזה נמי כיון דכולן שוין לגבות ממטלטלי ולתרוויהו נשתעבד הלו' לשלם לבע"ח של המלוה שלו מטעם שדר"נ אף דמהני תפיסת בעל חוב האחד מ"מ כיון דלא תפס השעבוד רק הראיה שבו והשעבוד אינו נגרר אחר הנייר וא"י זה לעכב על הלוה שלא יפרע להשני ממילא מחויב להוציא השטר מתחת ידו כיון דיש זכות לחבירו חייב להראותו בב"ד כדין האומר לחבירו שטר שיש לי בידך יש לי זכות בו דחייב להראותו מדין עדות וכמו שכ' בריטב"א כתובות שם דמה"ט א"נ בשטר במגו דלקוח דניירא דלוה הוא כל היכא דפרע מפיק מניה ולעכב אינו יכול כן נמי בזה אף דמהני תפיסתו לגופו דנייר מ"מ לגבי בעל חוב האחר ליכא נ"מ דצריך להראות שיגבה השני חלקו:

ובאמת דברי ר"י סתומים וקצרים דמקודם כ' דבשטרות לדינא דגמרא אפילו לא הוי מופקדין אצלו בעדים אינו נאמן אלא אם כן הביא עדים ועל זה כ' דהאידנא דגבה בע"ח ממטלטלי דיתמי אפילו לא תפס מחיים ונ"מ אפילו אחר התקנה אם היה ב' בעלי חובות דלא זכה בקדימתו ויחלוקו סתם דלעולם לא זכה בקדימתו לתפוס מחיים. ובאמת אם תפס מחיים עדיף דבזה לא שייך מטלטלי דיתמי לא משתעבד והדין הוא אף לאחר התקנ' אם יש לאחד מבעלי חובות כ' בשטרו שעבוד מטלטלין קודם לגבות נגד בע"ח האחר דזה גובה מדינא דגמרא וזה גובה מתקנה וכמבוא' מדברי הראשונים המובא בתומים (סי' ק"ז ס"ק ד') ואם כן ה"נ זה שתפס מחיים בתורת משכון משתעבד ליה מדינא ולבע"ח האחר הוא רק מתקנה ממילא יש לזה שתפס מחיים דין קדימה. וגם יש לומר דאף בלא מגו נאמן לומר דמחיים תפס למשכון כיון דלנגד יתומים ליכא נ"מ רק נגד בע"ח האחר וליכא טענת ברי דרק בעד יתומים ולוקח טוענין טענות ברי ולא בעד בעל

חוב אחר כמבוא' מדברי תשובת הרא"ש ורמ"א (סי' קמ"ו ס"ט) ובתומים שם(ס"ק ה') ולעולם יהי' נאמן ועיין בריטב"א כתובות שם וז"ל ודאי אם אמר ממושכנו' הן בידי אינו צריך כתיבה ומסיר' לענין שיכול לעכבם אצלו עד שתפרע מחוב דהא משכון לאו זכיה גמורה הוא בגופו של משכון דלבעי כומ"ס וכ"ש דהוי תפיסה מדעת בעלים דעדיפא טפי ואעפ"י שאינו זוכה בשטרו זוכה לעכבם ברשותו עד שתפרע וכיון שכן דין הוא שיהא נאמן לומר ממושכנות הן בידי ומיהו כל שנמצא ברשות אדם לאחר מיתת הבעלים כיון שאינו בתפיסתו ראיה שנתפסו מחיים אינו נאמן לומר כן עד שיביא ראיה או דאית ליה מגו והיינו דלא מהימנא מגו דאי בעי אמרה ממושכנות הן בידי וזה נ"ל ברור וכן הצעתי לפני מורי הרא"ה ובפני הרשב"א ז"ל [וכנראה לא הודה לו הרשב"א דהא ממה דמבואר בתשובת רשב"א מובא ב"י וכנה"ג ס"ל דאינו נאמן בלא מגו לומר דבתורת משכון אף אם אומר שמדעת בעלים בא לידו בתורת משכון] וזה שייך לגבי יורשים לחלק בין אם טוען בחיים לטוען לאחר מיתה אף דקשה להבין מה סברא לחלק בין אם טוען דבמשכון בא לידו נגד המלוה דנאמן וס"ל דזה הוי כטוען על גופו של דבר לענין שלא יצטרך להראותו ויכול לעכב בידו וכמו שהאריכו בזה המחברים בדברי רמ"א (סוף סי' ס"ד) עיין שם בתומים ובנתיבות וע"כ דשייך בזה חזקה שהוא שלו ולמה כשמת לא יהא נאמן. ומ"מ נגד בעל חוב אחר ודאי מהראוי שיהיה נאמן ואם המלוה היא מבוררת רק שיהיה לו קדימה לגבות נגד בע"ח אחר שבא לגבות בכח תקנתא דגאונים ודאי מהראוי שיהיה נאמן ואולי כן גם דעת הר"י ונקט רק בתופס מיתומים דאז לא מהני תפיסתו נגד בעל חוב אחר ויחלוקו וצריך להראות זכותו ואינו יכול לעכב את הנייר. ותפיסת שטרות לאחר מיתה כיון דכבר נשתעבד הלוה לשניהם מטעם שעבדר"נ לא מהני לכלום נגד בע"ח האחר ויחלוקו ומחיים מועיל התפיסה לעכב השטר מטעם דעל ידי גרמתו של המלוה בא לידו יכול לעכב הפרעון עד דמפשר עמו להוציא שטרו מה שאין כן נגד בעל חוב אחר דלא פשע כלל חייב להוציא זכותו של חבירו מת"י וא"י לעכב בידו השטר ולא קשה קושית הנה"מ הנז':

וראיתי בתשוב' מבי"ט (ח"ב סי' קפ"ה) שכ' בתופס שטר מהלוה אין צריך אחר כך לא כומ"ס שאפילו בלא שטר מוציאין מזה מטעם שדר"נ ומועיל לו שטר שתפס שהוא קודם לגבות מן הלוה נגד בעלי חוב אחרים כיון שהשטר בידו וגם הלוה ירצה לפרוע לזה ששטרו בידו ולא לבעלי חובות אחרים כדי לקרוע שטרו ונ"ל שאם פרע לבעל חוב אחר מוקדם ולא חש לשטר שביד האחר כשיש עדים שפרע לזה כיון דנשתעבד מדר"נ פטור מן החוב והביא כל דברי הרבינו ירוחם ז"ל הנז' וכ' ואפשר שזה הוא אם שניה' שוים

אבל כשהוא מוקדם למי שתפס השטר אם פרע לו פטור והיינו משום דתפיסת שטרות קיל מתפיסת מטלטלים דגופן ממון דאף מכירתן הוא מדרבנן ויכול למחול. ויש להבין דבריו דמבואר דאם זה שתופס הוא מוקדם או שניהם שווין אם פרע הלוה להמאוחר לא מפטר הלוה ממנו ולמה לא הא כיון דאין במטלטלין דין קדימ' ושניהם שוין ומשועבד לשניהם בכח שדר"נ למה לא מפטר. ומראשית דבריו נראה דבתופס שטר אינו צריך לכתיבה ומסירה כיון דאף בלא שטר משועבד לו מדר"נ ובאמת שכך נראה מסברא ועיין בפנ"י כתובות שם דדעתו דהיכא דיש לו חוב ידוע עליו אין צריך לכומ"ס בשטרות דאינו דומה למוכר שטר חוב כיון דבלא"ה נשתעבד לו מדר"נ וממילא קנו לשיעבודו דאית ביה ואין צריך אלא תפיסת השטר ובתומים משיג עליו דאם פרעו במטלטלין לא הוי גביה מדר"נ דקיי"ל יתומים שגבו מטלטלי בחוב אביהן אין בעל חוב גובה דלא שייך שדר"נ רק אם גבו קרקע ולגבות בחייו שייך בכל גווני שדר"נ ולכך יש לומר דאין צריך כתיבה ומסירה. אולם כיון דמשתעבד לשניהם בכח שדר"נ לכך אם פרע למוקדם מיפטר ולמה לא יהיה פטור אף אם פרע להמאוחר וכ"ש אם שניהם שווין אף דזה תפס השטר מ"מ כיון דס"ל דמטעם דאין מכירתן אך מדרבנן קיל מתפיסת מטלטלין ועל כרחך דס"ל דאף בתופס בעד חובו ומשתעבד לו מדר"נ מ"מ כיון דגם להבעל חוב השני משועבד מדר"נ לא מהני תפיסתו בשטר אם כן לכל מי שפרע מהראוי שיהיה הלוה פטור כמו שהדין הוא אם המוקדם תפס ממנו או המאוחר דאין מוציאין מידו ובפרט קודם שתבע ממנו בב"ד ועיין ש"ך (סי' פ"ו ס"ק י"ד) דאם הלוה יודע דנשתעבד לזה מדר"נ אם פרע להמלוה שלו דחייב לשלם שנית ואם נאמר כיון דהלוה יודע שזה תפס השטר ונשתעבד לו על חלקו מדר"נ לא הוי לו לפרוע להאחר אם כן אף אם פרע להמוקדם למה יהיה פטור מחלקו של זה שהשטר תפוס בידו ואם הטעם כיון דנשתעבד להמוקדם גם כן אם כן כמו כן יהי' בשוין הדין כן למי ששילם נפטר וכנראה מזה לא איירי הר"י כלל רק לדון דלא מהני תפיסה כלל לגבות רק הדין הוא יחלוקו ולא איירי אם פרע הלוה לאחד דיש לומר בכל אנפי מיפטר כיון דנשתעבד מדר"נ לזה כמו לזה ומהאי טעמא מבואר ברמ"א דאף כשתפס המוקדם השטר מ"מ הדין הוא יחלוקו דלא נשתעבד לזה יותר מלזה:

ודע ממה דכתב הרבינו ירוחם בתפס שטרות מיתומים ומשמע מדבריו דאם תפס מטלטלין אחד מהבעלי חובות מיתומי' אף דהדין הוא דיחלוקו מ"מ אם תפס אחד ככל חובו אין מוציאין מידו ודין זה צריך ביאור למה שכ' הקצוה"ח (סי' ק"ד ס"ק ח') לדון דהיכא דמשועבד לשניהם מטלטלי אגב מקרקעי ושניהם שוין בזמנ' דלא הוי תפיסה אלא אם כן הגבה עפ"י ב"ד דתפיסה למשכון לא תוסיף כח לזה ממה דנשתעבד לשני

שיש לו נמי שעבוד מטאג"ק אע"ג דאכתי משכון עדיף עיין שם בדבריו ולדבריו בבאו שניהם לגבות מיתומים דפקע משעבוד הגוף בזה אם תפס בלא שומת ב"ד ל"ש שקונה למשכון כיון דאין כאן שעבוד הגוף ולא אלם יותר מחבירו שגם לו נשתעבדו הנכסים בחיי הלוה וכן כ' בספרו אבני מלואים (ח"ב סי' צ"ו ס"ק ד') דרק מחיים דלוה דיש שעבוד הגוף וכיון דנתחייב גופו נשתעבדו נכסיו וזוכה לקנין משכון אבל כשמת הלוה דפקע שעה"ג ואעפי"כ יורדין לנכסיו דאינון ערבין על דבר זה אבל לתפוס למשכון כשמת הלוה לתופס משכון אי אפשר שיתוסף קנין בנכסים למשכון כיון דליכא שעבוד הגוף ומדברי רבינו ירוחם נראה להיפך דדוקא בתופס שטרות לאח"מ מיתומים לא הוי כתופס כיון דאין גופו ממון אבל אם תפס מטלטלים קונה שיהיה לו דין קדימה אף דהוא רק למשכון ואולי יש לומר דהרבינו ירוחם ס"ל דגם לגבי יתומים יש שעבוד הגוף שישלמו מנכסי אביהן וכאשר יבואר אי"ה בדיני גביית חוב שכן דעת כמה ראשונים. ולמה שכ' הנתיבות המשפט בכמה מקומות (סי' ס"ו וע"ב ורמ"א) דקנין לעכב הדבר תחת ידו עד שישלם לו יש לו בכ"מ במשכון בלא"ה לא יתכן לומר כן דבליכא שעבוד הגוף לא יהיה יכול לעכב ולכך מהני תפיסתו אף לאח"מ נגד חבירו הבע"ח ויבואר עוד אי"ה בזה במקומו.

ובשטר שכתוב בו לכל מי שמוציאו ולא נזכר כלל שם המלוה כ' הש"ך (ס"ק ג') כיון דלא צריך כתיבה ומסירה נאמן לומר למשכון תפסתי במגו דלקוח ומשמע מדבריו דאף לגבות בו מהלוה ובקצוה"ח טען ע"ז דהא ניהו דל"ב מסירה מ"מ מסירה מיד ליד בעי וכשתפס לא הוי מסירה מיד ליד. וזה י"ל דכיון דהי' בידו בפקדון וחצר דנפקד הוא של המפקיד וכשנוטל למשכון מוציא מרשות בעל הפקדון והוי כאלו חצרו דהוא ידו ורשותו דמפקיד שהוא הלוה מוסר לו לנפקד ודומה קצת להא דמבואר ר"פ הזורק ד"ה ותזיל כשהגט בא מרשותו דבעל לרשותה הוי כאלו נתנו לה ופירשו המפרשים דכיון דהרשות נשתנה הוי כחצר שהוא ידו דבעל נותן לחצר דאשה והכא נמי דכוותיה. אך מ"מ קשה להמבואר בש"ך (סי' ס"ו) דאף בכ' לכל מי שמוציאו בעינן דעת אחרת מקנה אם כן מה מהני תפיסה לגבות בו. ובנתיבות כ' כיון דהמלוה חייב גובה ממנו בכח שדר"נ על ידי תפיסה ונגד הלוה לא בעי שום קנין. אולם זה אתי שפיר אם ידענו בבירור שחייב לו רק הנ"מ אם זכה בו התופס מחיים או לא אבל אם לא נתברר שחייב לו יש לומר דלא מהני אף נגד הלוה. ובהגהות דרע"א ז"ל כ' על דברי הש"ך דלדעת המחבר דצריך שיהיה עדי פקדון וראה ובלא"ה נאמן א"כ גם בממרנות ליכא מגו אבל הנ"מ ביסוד התפיסה אף במברר בעדים דתבעו מניה ולא רצה להחזיר דהוי תפיסה מעליא דלא מהני רק להחזיק

אבל בממרני מהני אפילו לגבות ומדלא כ' דבפשיטות אף דאינו מבורר שחייב לו או שתפס מחיים לדינא דגמרא נאמן במגו אף לגבות נראה קצת דבזה אינו נאמן לגבות והטעם יש לומ' כיון דהלוה לא נשתעבד לכל מי שמוציאו רק אם בא לידו מהמלוה אז נשתעבד לזה המוציא ואם כן אנו דנין על ידי מגו להוציא מיד הלוה והוי כמגו להוציא ואף דיש לומר כיון דללוה ליכא נ"מ דבין כך ובין כך חייב חובו ורק אם חייב באמת המלוה שלו לזה שהשטר בידו יכול לגבות כל זכותו והוי כבא מחמתו דכל זכותו דלוה שלו נשתעבד להמלוה מ"מ כיון דצריך לבא על הלוה משטר ממרני זה בכחו דנשתעבד לו הוי כלהוציא ואף דהש"ך (סי' צ"א) כ' דבכה"ג ליכא ח"מ כיון דודאי חייב לאחד מ"מ כבר העלה שם התומים דבכה"ג הוי ח"מ לומר דלא נתחייב לזה ואם כן הוי כמגו להוציא ויש לו' כל זמן דלא נודע בבירור חיובו של זה התופס אינו נאמן להוציא ולגבות מהלוה במגו דלקוח ואף לדינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי יש לומר דהוי נגד יתומים כלהוציא מחזקתם חזקת מרא קמא לומר דנפקע מאתם השעבוד של הלוה כשנאמין לזה שתפסו מחיים. אולם למ"ש התומים (סי' קמ"ט) להוכיח דאמרינן מגו להוציא בברי ושמא ביתומים אף דטענינן בעדם טענות ברי וכמו שכתבתי לעיל (סי' מ') אתי שפיר וכן נגד הלוה כיון דליכא נ"מ לו דבין כך ובין כך חייב בבירור וזה בא לגבות בכח תפיסתו ולומר דנפקע השעבוד מהמלוה ונתחייב להתופס ובא בטענות שמא אמרינן מגו להוציא בכה"ג. ולכן יש לומר דנאמן במגו דלקוח אף להוציא מן הלוה וכמ"ש הנתיבות לדינא:

והנה לענין אם נאמן בשטרות דבמשכון בא לידו אף בלא מגו כדי שלא יצטרך להחזיר לו דדעת הסמ"ע והש"ך דנאמן אף בלא מגו וכן כ' הנתיבות דהיה ראוי לפסוק דנאמן לומר שבא לידו בתורת משכון מתחילה אפילו כשאין החוב ידוע ובקצוה"ח כ' דמוכח מכמה מקומות דאינו נאמן רק במגו כמו בהני עיזי דאכלי חושלי ובאמת משם אינו ראי' כלל דרק בתפס מחבירו וטוען כדי דמיו אינו נאמן רק במגו אבל אם טוען דמתחילה בא לידו בתורת משכון ובפרט מדעת הלוה אינו מוכח כלל דלא יהיה נאמן וכמו שכ' הריטב"א כתובות דלעכב ת"י הוי כחזקה דמה שביד אדם הוא שלו. וכדעת הרא"ש בתשובה (סי' ק"ה) ובש"ע (סי' ס"ה ס"ד) דאם טענו היורשים על שטר שנמצא ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות להמלוה ולקחו למשכון טענתן טענה אבל אנן לא טענינן להו ועיין שם בש"ך משם תשובת הרא"ש משום דלא שכיחא להלות מעות על שטרות שאינו יכול לגבותם וכ' דאם היו כתובים בענין שיכול לגבותם אפילו ידענו שאינם של אביהן טענינן להו שלקחם למשכון. ועוד כ' שם הש"ך להקשות כיון דהרא"ש אתי עלה מטעם

דמלתא דל"ש לא טענינן ליתמי אם כן להפוסקים החולקים טענינן להו והניח בצ"ע וכתב התומים שם לתרץ דדוקא כשהיתומים באים להחזיק והאחר בא להוציא אבל אם היתומים באים להוציא לכ"ע לא טענינן להו וכיון דגוף השטר של המלוה והיורשים רוצים להוציא לכ"ע לא טענינן מלתא דלא שכיחא והסכים הנתיבות ע"י. ולכאורה יש לדקדק הא על כרחך כוונת הרא"ש הוא דכ' דלא טענינן עבורם בשביל דהוי מלתא דלא שכיחא אין רצונו דאי לא"ה היינו טוענין להוציא דכבר העלה הש"ך (סי' ע"ב ס"ק קמ"ב ומ"ח) דלא מצינו דטענינן בשביל יתומים רק להחזיק מה שבידם ולא להוציא ועל כרחך צריך לומר מה דמבואר (סי' ס"ה) דאי לאו דלא שכיחא טענינן היינו כיון דאין מוציאין מיד הלוה ורק רוצים לעכב תחת ידם דבכה"ג הוי כלהחזיק וכן כ' הנתיבות (סי' ע"ב ס"ק נ') דהש"ך שם איירי כשרוצים לגבות מהמשכון דאז צריכין לתבוע גופו של לוה תחילה זה הוי כלהוציא אבל להחזיק בהמשכון לענין זה הוי כלהחזיק ובסי' ס"ה איירי שרוצים לעכב השטר ולא לגבות בו לכך אנן טענינן בעדם אם הוא בענין שיכול לגבותן ואם כן שפיר קושית הש"ך גם כן להסוברים דאף מלתא דלא שכיחא טענינן גם כן עבור יתמי למה לא טענינן להו שבאו השטרות מתחילה ליד אביהם מדעת הבעלים למשכון. ובתומים שם (סי' ע"ב) העלה להלכה כדעת הסמ"ע שם דאף אנן טענינן בעד היתומים וכן העלה להלכה בתשובת גו"ר (כלל ג' סי' ז') [ובאמת שם בדינו שהתובע והנתבע טוענים שמא יש לומר דגם הש"ך מודה] ואם כן מ"ש שטרות למה לא נטעון שקבלם אביהם למשכון להסוברים דמלתא דלא שכיחא טענינן גם כן בעד יתומים:

אך יש לומר למה שכ' הנתיבות (סי' ס"ט ס"ק י"א) בישוב קושית הש"ך שם על הש"ע דסתם שם דבכ"י שהוא תוך זמנו ומודים היורשים שהוא כ"י אביהם אף דאביהם הי' נאמן פרעתי במגו דמזויף מ"מ לא טענינן עבור יורשים הא להסוברים דטענינן בעדם גם כן מילתא דלא שכיחא כמו נאנסו נטעון גם כן בעדם שהוא פרוע והעלה דמלתא דלא שכיחא אף אם טענינן להו מ"מ לא הוי טענת ברי כמו כל מה דטענינן להו שהוא כטענת ברי ובמלתא דלא שכיחא לא הוי כטענת ברי אם כן אתי שפיר גם כאן כיון דלא שכיח שילוה על שטרות לא הוי רק כטענת שמא ואם המלוה שהוא אביהם טוען טענת שמא על המשכון לכ"ע אינו נאמן ומוציאין מידו וה"נ דכוותי. ובפרט למה שכ' הנתיבות שאם גזל ממנו השטר אף שהוא בעולם כ"ע מודים דכופין ללוה שישלם וכותבין שובר אם כן מה יועיל מה שהיורשים תופסין בהשטרות והן מוחזקין אם לא נוכל לטעון בעדם טענת ברי ודאי כופין ללוה שישלם להמלוה ואם כתוב בשטרות באופן שיכול לגבות בו דכ' הש"ך (סי' ס"ה) דטענינן להו שלקחם למשכון וכ' שם הנתי' (ס"ק י') דהוא הדין

דבכה"ג טענינן לקוח ומשמע מדבריו דגובין בזה מן הלוה ויש לעיין בזה דאף דכ' לכל מי שמוציאו מ"מ בעינן שיבוא מחמתו דהמלוה הראשון וכמו שכתבו הראשונים ובתשובת רשב"א וכיון דלא טענינן להוציא בעד יתומים כמבואר בפוסקים ובפרט בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' קכ"ח) אם כן באיזה כח יוציאו היתומים הממון מן הלוה וצ"ע בכ"ז ואולי יבואר עוד אי"ה:

סימן נח

המוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו כו' יהא מונח עד שיבא אליהו כמבואר מתניתין סופ"א דב"מ וש"ע (סי' ס"ה) וכ' בתומים אם אמר איני יודע בב"ד הוא מסופק אם יכול לומר אחר כך נזכרתי דהוי ליה לדייק מתחי' כמו בעדים (סי' כ"ט) וכן מורה לשון יהיה מונח עד שיבא אליהו ולא אמרינן עד דיהיה נזכר ובנתיבות כ' בפשיטות דיכול לומר נזכרתי דלהרשב"א ספיקו של שליש הוי כספיקו של הבע"ד ובבע"ד מבואר (סי' נ"ט) דיכול לומר נזכרתי. ובאמת יש לחלק דכשהשטר הוא ביד המלוה הוי חזקה אלימתא דאינו פרוע רק כשטוען איני יודע הוי חזקה שאין עמו טענה ועדיף ברי דלוה עם חז"מ לכך כששוב טוען נזכרתי והוי טענת ברי הוי על ידי ברי שלו חזקה שיש עמה טענה אבל כאן לא שייך כל כך חזקה כיון דאינו ביד המלוה. רק אם השליש אומר שמונח בידו מן המלוה נאמן מצד שליש אבל כשאינו יודע מה טיבו איתרע השטר יש לומר דשוב אינו נאמן לומ' נזכרתי דאף אם נאמר דיכול לחזור מדבריו הראשונים דלאו תורת עדות הוא רק כבע"ד מ"מ לא אלם דיבורו לעשות חזקה לשטר זה כיון דכבר איתרע מה שאין כן כשהיה ביד המלוה מעיקרא דחזקה היא חזקה גדולה רק דלא הוי עמה טענה לכן מהני כשחוזר וטוען נזכרתי ועיין ש"ך (ס"ק ס"א) בנמצא שטר בין הקרועים דיש לומר בשעה שהשליכו בין הקרועים היה סבר שהוא פרוע וטע' ונזכר עתה שאינו פרוע. משמע אף דהיה ברור לו פעם אחד שהוא פרוע ולכך השליך בין הקרועים מ"מ יכול לומר דנזכר עתה שאינו פרוע מ"מ זה דוקא בבע"ד דיכול לחזור מטענתו ומה שעשה בינו לבינו מה שאין כן בשליש דלא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי. ובאמת אף בבעל דין יש לומר היכא דעשה מעשה שוב אינו יכול לחזור. וראיה מהא דמבואר (סי' פ"ה) דיכול הלוה לומר אלו הייתי חייב לך היה לך לפרוע ממני לא למכור לי ולא ללות ממני ומשמע אף אם המלוה טוען אחר כך שכחתי אז ואחר כך נזכרתי גם כן אינו נאמן דאם לא כן יהיה נאמן במגו ועל כרחך היינו טעמא כיון דעשה מעשה שטר מכר או הלואה מן הלוה הוי כהודה בפני עדים דאינו חייב לו ואינו יכול לומר אחר כך נזכרתי ובשליש דהודה בפני ב"ד ואמר שאינו יודע מה טיבו יש לומר גם כן דאינו נאמן לומר נזכרתי:

וקצת יש לומר דתליא במחלוקת הרשב"א והרא"ש אם שניהם מודים אם מחזירין אותו ליד המלוה דלדעת הרשב"א דאין מחזירין דחיישינן לקנוניא הרי דריעותא גדולה היא מה שהשליש אינו יודע לכך יש לומר דגם כן אינו נאמן לומר אחר כך נזכרתי. אבל לדעת הרא"ש דסובר דלא איתילד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד זכור מכח מי בא לידו אם שניהם מודים יעשו כמאמרם אם כן סובר דלא הוי ריעותא בגוף השטר יש לומר כיון דנסתלק מה שהנפקד אינו זוכר דאומר שוב נזכרתי נאמן ומוקמינן השטר על חזקתו ובתשובת רדב"ז (ח"ב סי' תש"ץ) כ' דמתניתין דיקא כדברי הרשב"א מדקתני יהיה מונח ולא קתני לא יחזיר אלא ודאי אשמועינן דיהיה מונח עד שיבא אליהו משום חשש רמאות וקנוני'. ויש לומר לדעת הרא"ש דלכך קתני עד שיבא אליהו ולא קתני לא יחזיר דהיה משמע לעולם לא יחזיר אף אם יזכור אחר כך ממי נמסר לידו וזה אינו רק כל זמן דאינו יודע מה טיבו אבל כשנזכר יכול לחזור לכך קתני עד שיבא אליהו היינו דאז יתברר הדבר וכמו כן אם יתברר מקודם כגון שיהיה נזכר דיכול להחזיר. ויש לומר דזה ודאי כל זמן דלא הגיד בפני ב"ד דאינו יודע מה טיבו ודאי אם יזכור אחר כך יעשה כפי שברור לו ובזה ליכא שום ספק רק היכא דכבר הגיד בפני ב"ד ונתחזק השטר לחספא בעלמא יש לומר דשוב אינו יכול להחזיק השטר לכשר ואם כן לכך קתני במתניתין יהיה מונח דמתניתין דינא קמ"ל כיצד יעשה ואם כן ודאי אינו יכול לקרוע דדלמא יהיה זכור אחר כך אבל מ"מ אם כבר אמר בפני ב"ד דאינו יודע מה טיבו יש לומר באמת דאינו יכול לומר נזכרתי והסכמות האחרונים דלעולם יכול לומר נזכרתי:

ואם יש עד א' המעיד כדברי התובע ויודע טיבו אף דאין השליש יודע טיבו כ' בתומים להסתפק דאפשר דיעשה כמאמר העד א' ומדברי הש"ך נראה דאף להחזיר ללוה גם כן אין עד א' נאמן דהא כ' לתרץ קושית הרשב"א בתשוב' דהקש' בהך עובדא דסנהדרין (דף ל"א) ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה אמרה לי' ידענא בהאי שטרא דפרוע הוי הימנה ר"נ ומה צריך לנאמנות לא יהיה רק כאלו אמרה איני יודע מה טיבו לא היה גובה וכ' הש"ך דודאי לא הוי גובה רק כל השקלא וטריא שם בש"ס אם להחזיר השטר קרוע ליד הלוה או יהא מונח ולענין זה לא הימנה ר"נ שיתקרע השטר ואמאי הא כיון דבלא"ה הדין דהשטר יהיה מונח למה לא תהיה נאמנת כעד א' דעלמא ובכל מקום דעד א' נאמן אף אשה נאמנת ולענין לקרוע השטר לא עדיף מאבידה דעלמא דדעת הר"ן חולין פגה"נ דמחזירין אבידה בעד א' הואיל דלא הוי הוצאות ממון וה"נ כיון דאין השטר תחת יד המלוה ומונח ביד השליש ואינו יודע של מי הוא אם של הלוה או של המלוה וליכא נמי לענין לגבות בו למה לא תהיה נאמנת להחזיר הנייר. א"ו דעת הש"ך כיון דיש ריעותא

דאם איתא דפרע מקרע הוי קרע והדין דיהיה מונח בחזקת הלוה והמלוה אין עד א' נאמן וכ"כ ביד מי דמונח אינו נאמן רק מטעם שליש. שוב ראיתי בנתיבות דפשיטא ליה דאף כשיש עד א' ללוה דהוא פרוע דכמאן דליתא ויניח. והנתיבות משיג על הש"ך דאם נאמר דרק לענין שיהיה השטר מונח היה עיקר המו"מ של ר"נ אף דאתחזק בב"ד השטר מ"מ יש לה מגו דכל מונח הדין דיהיה מונח ביד שליש ישרפנו למחר וליומא אוחרא ולא קשה חדא דהא לעולם יכול המלוה לתבוע להראות השטר בפני ב"ד ואם כן שוב לית לה מגו ועוד למה שכ' הש"ך (ס"ק י"ב) דאם אין הלוה רוצה לישבע יחזור השטר להמלוה אם כן אם יהיה מונח ביד האיתתא יראה לישרוף השטר דדלמא יהיה החיוב אחר כך להחזיר השטר ליד המלוה וכיון דאתחזק שוב לית לה מגו דאינה יודעת מה טיבו וז"פ:

וקצת יש לומר בקושית הרשב"א לדעת הרא"ש דאם שניהם מודים לא חיישינן לקנוניא ויחזור השטר להמלוה אם כן יש לומר דהך עובדא דבא לפני ר"נ איירי דשניהם מודים הלוה והמלוה דאינו שטר פרוע ואם היתה שותקת או דאמרה איני יודע' מה טיבו היה הדין שתחזיר השטר ליד המלוה אך האשה אמרה ידענא בהאי שטרא דפרוע הוה כדי שלא יכול המלוה לטרוף מן הלקוחות ועל זה דן ר"נ וללשון הראשון הימנה דאי בעי קלתיה ולהא"ד לא הימנה כיון דאתחזק מקודם בב"ד אי בעי קלתיה ל"א. וראיתי בתשובת רשב"א בת"א (סי' רנ"ג) דהביא ראיה דחיישינן לפרעון ולקנוניא אף בלא ריעותא דנפילה מסוף ב"ב בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עוש' קנוניא על הקדש אבל לגבי הדיוט חיישינן ואף בשטר חוב יוצא מתחת יד המלוה הרי דכל מקום דאיכא למיחש לקנוניא חיישינן אף שלא במקום נפילה וכ' וזו ראיה שאין עליה תשובה. ולדעת הרא"ש יש לומר דרק לענין שבועה חיישינן לקנוניא אבל להפסיד לגמרי לא שמענו וגם שם בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו יש ריעותא דאם ידע דחייב למה לא אמר בפירוש בשעה דהקדיש דיש לפלוני עליו חוב וכיון דלא פירש בשעה שהקדיש לכך אם לאו בשכ"מ ולגבי הקדש היינו חוששין לקנוניא מה שאין כן באיני יודע מה טיבו דליכא ריעותא סובר הרא"ש דלא חיישינן לקנוניא ועמ"ש מו"ז ז"ל בדברי משפט (סי' מ"ח ס"ק ב'):

והנה הא דכתב הרשב"א דספיקו של השליש כס' של הבע"ד כ' הנתיבות להוכיח כן דאם לא כן אמאי הדין באינו יודע מה טיבו דיהיה מונח נימא יחלוקו כיון דתופס בחזקת שניהם והחלוקה יכולה להיות אמת אלא ודאי דספקו של השליש כס' של הבע"ד והוא מרע ליה לשטרא ולפי זה כשמת השליש ויודעין שהוא מושלש משניהם דהוי כמוחזקין

באמת הדין דיחלוקו. ואזמ"ו ז"ל בדברי משפט כ' דתופס בחזקת שניהם לא הוי במנה שלישית רק לסלק הדין דכל דאלם גבר. ובשטר אף דשליש תופס בחזק' שניהם מ"מ לא הוי המלוה כמוחזק ממש בהשטר וכיון דיש להלוה חזקת ממון לא אמרינן יחלוקו להוציא ממנו חצי החוב עיין שם בדבריו. ויש להביא ראיה לדבריו מדברי שיטה מקובצת סוף"א דב"מ וז"ל וכ' הרמ"ך מצא בחפיסא כו' וכן אם מצא תכריך של שטרות והכריז סתם שטרות ובא זה ונתן סימנין בין לוה בין מלוה הרי זה יחזיר ולא חיישינן דלמא הכי אהדרי' מלוה ללוה בתר דפרעיה הלכך אף למלוה מהדרינן בסימנים ואי יהבי תרוייהו סימנא והוי של לוה ומלוה אחד נראה לומר כיון דכל חד מינייהו קא טעין מינאי דידי נפל פלגינן להו נינהו ובשבועת המשנה כעין שנים אוחזין בטלית וצ"ע ואפשר לומר דיד בעהש"ט על התחתונה ולא ליהדר לחד מינייהו דאפשר דמיניה דלוה נפל ואי תפס מלוה מניה מידי לא מפקי מיניה וכ"נ ע"כ עכ"ל. ולכאורה יש להבין אמאי סובר מעיקרא דפלגינן להו הא בכל אבידה הדין הוא זה אומר סימנין וז"א סימנין דיניח כמבואר בב"מ (דף כ"ח) ובש"ע (סי' רס"ז) אך יש לומר למה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' כ"א) דבאבידה הטעם דלא אמרינן יחלוקו משום דהמוצא תופס בחזקת כל אדם וגם עכשיו אינו תופס בחזקת שניים האלה הנותני' סימנים כי אולי יבא עוד אחר ויתן סימן כמו שנתנו אלו אם כן אינו תופס בחזקת שניהם לכך לא אמרינן יחלוקו והדין דיהיה מונח וזה אתי שפיר באבידה דעלמא אבל במצא שטרות דאין ספק רק בין הלוה והמלוה ממי נפל והוי כתרוייהו מוחזקין לכך הדין דיחלוקו. אולם באמת אחרי מחילת כבוד אאמ"ו ז"ל נראה דגם באבידה לא חיישינן לשמא יבא עוד אחר ויתן סי' דהא מבואר ברמב"ם וש"ע שם שכ' יהיה מונח עד שיודה אחד לחבירו או שיתפשרו מבואר דמונח בחזקת שניהם ולא חיישינן לאחרינא ויקש' אמאי לא אמרינן גם שם יחלוקו. ויבואר אי"ה במ"א ישוב לזה אמאי ל"א שם יחלוקו. ובהך דש"מ י"ל כמו"ש בש"מ ריש ב"מ ובפנ"י שם ובתומים (סי' קל"ח) ליישב הוכחת התוס' משנים אדוקין בשטר דפריך הגמ' ולית ליה לרבי שנים אוחזין בטלית אף דשם חד מנייהו רמאי משום דשם לא נוכל לומר דיניח דאם כן לקתה מדה"ד להמלוה דירויח הלוה הכל וה"נ דכוותי' אם שניהם נותנים סימנים בהשטרות אם ל"ל יחלוקו רק דיהיה מונח ירויח הלוה הכל. אולם אחר כך כתב הרמ"ך דאפ"ל דיד בעהש"ט על התחתונה היינו כיון דאין אוחזין ממש ולא הוי מוחזקין מה דתופס בחזקת שניהם רק לסלק הדין דפרסאי שיהי' כל דאלם גבר וכמו שכ' בדברי משפט ולדברי הנתיבות מהראוי היה לומר בזה יחלוקו כיון דהמוצא לא קבל מאחד ובמציאה בא לידו ותופס בחזקת שניהם והחלוקה

יכולה להיות אמת דפרע לו המחצית החוב אלא ודאי דחזקת ממון עדיף ואין מוציאין מיד הלוה הואיל דהמלוה לא הוי מוחזק ממש ואם כן בשליש שמת וידענו דבא משניהם ליד השליש אף דלא מרעי ליה לשטרא בזה שאין היורשים יודעין ולא הוי כספיקו של הבע"ד מ"מ אין מוציאין והדין דיהיה מונח. ועיין מה שכ' לקמן דיני טו"נ:

סימן נט

מדברי הש"ך והב"ח והסמ"ע לעיל (סי' מ"א ס"ק י"ט) מבואר דגם באינו יודע מה טיבו כיצד בא לידו השטר דאף אם הוא תוך זמן הפרעון גם כן אינו גובה ובנתיבות (ס"ק ח') כתב דרק בנפל דאיתרע וכן בנמצא ביד אחר דאינו גובה אפילו תוך זמנו הוא משום דכשאחר מסופק הוי ספיקו של השליש כספיקו של הבע"ד אבל כשנמצא ביד יורשי השליש הואיל דליכא ריעותא דנפילה גובה בו כשהוא תוך זמנו ומדברי הב"ח והסמ"ע והש"ך מבואר להיפך וכן בדברי כ"מ (סו"פ י"ד) ממלוה דכ' בשאינו ידוע שנפל אלא ביוצא מתחת יד אחר ואין אותו אחר זוכר איך בא לידו מבואר דאינו יודע כלל אם בא לידו מן הלוה או המלוה ואינו שליש בניהם ואינו יודע כלל איך בא לידו ובכל זה אינו גובה. ומ"ש דליכא ריעותא כלל בא"י מה טיבו מדכ'הסמ"ע (ס"ק י"א) משם הרא"ש דלא אתילד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד זוכר הא דעת הרשב"א דחיישינן לקנוניא וכבר הביא הכנה"ג דברי מהרשד"ם ותשובת רמ"א דאין לחוש לקנוניא אלא היכא דאיכא ריעותא כמו בנפל או במוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו דלדעת הרשב"א כה"ג הוי ריעותא ואף אם מת הוי ריעותא כיון שלא צוה להם אביהן אם כן ממילא אינו גובה אף בתוך זמנו. אולם המעיין בתשובת רשב"א יראה דסובר אף דלא איתרע כלל במה דאינו יודע מה טיבו מ"מ חיישינן לקנוניא וממיל' יש לומר דאם הוא תוך זמנו לא חיישינן לפרעון וכן משמע דעת התומים (ס"ק ה') דביד שליש לא הוי איתרע לחוש לפרעון תוך זמנו ועיין בתומים (ס"ק ג') מה שכ' ליישב קושית רשב"א מהך עובדא דסבתא בסנהדרין דאמרה ידענא דשטרא פרוע דאירי דהלוה אומר איני יודע אם פרעתיך דבלא נאמנות השליש או מצד מגו היה הלוה חייב לשלם מבואר מדבריו דבאומר איני יודע מה טיבו לא הוי כל כך ריעותא וחייב מצד איני יודע אם פרעתיך וכנראה חזקה דאא"פ תו"ז עדיף מא"י אם פרעתיך ואם נאמר דבמה דאיני יודע מה טיבו הוי ריעותא דחיישינן לפרעון אף תו"ז כמו כן לא נחייבו בא"י אם פרעתיך:

וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ג') דכ' להסתפק בזה אם בריעותא דנפילה חיישינן לפרעון אף באומר איני יודע אם פרעתיך כמו בתו"ז והוכיח מדברי רשב"א הנ"ל דסובר דבאיני יודע אם פרעתיך פטור אף באינו יודע מה טיבו. ולכאורה קשה להוכיח

כן מכח קושית הרשב"א דודאי ידע הרשב"א דיש אנפי לאוקמי הך עובדא באופן דלא יקשה כן דדל נאמנות מכאן רק הוכיח מפשטות הדברים והרשב"א לא סמך את עצמו על הראיה הזאת לבד וגם דינו כ' כן רק להלכה ולא למעשה כמבואר מדבריו להדיא (ח"ד סי' ס"א) דכן עשו רבותיו מעשה אפילו בשטרות שנמצאו חתומים ביד סופר מתא אבל להלכה דוקא במי שנמסר השטר לידו דמסתפק לו עיין שם. וגם אף אם נאמר דגם באם הלוה אומר איני יודע אם פרעתיך דגם כן פטור מ"מ בודאי לציד"ש חייב לשלם דלא גרע מאיני יודע אם נתחייבתי דחייב לציד"ש ואם כן שפיר דן ר"נ להימנה להסבתא מטעם מגו דאי בעי' קלתי' או מטעם שליש לפטור הלוה לגמרי אף מלציד"ש. אלא ודאי דהרשב"א הוכיח דבריו דבפשטות הש"ס משמע דלא הוי טענו' שמא רק הכחשה בין הלוה והמלוה. אבל לעולם יש לומר דגם הרשב"א אף דסובר דחיישינן לקנוניא ובשניהם מודים לא יחזיר היינו דספקו של שליש הוי כספיקו של הבע"ד. אבל לעולם דלא הוי ריעותא לדון בזה לפוטרו אף בתו"ז וכן באומר איני יודע אם פרעתיך. וראיתי בתשובת רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' קצ"ז) דהניח דין זה בצ"ע אם בריעותא דנפילה פטור אף באיני יודע אם פרעתיך או לא ובאמת בגוונו שכ' אאמ"ו ז"ל לדון כשהמלוה תובע שהיה שטר ונאבד ממנו והלוה מודה דהיה חייב לו בשטר ואומר איני יודע אם פרעתיך והחזרת לי השטר ונאבד ממני. יש לדון דהמלוה נאמן במגו דלא הי' תובע לו בהשטר רק סתם דחייב לי והלוה היה אומר איני יודע אם פרעתיך דהיה חייב. ואף למה שכ' הקצוה"ח משם ס' בני שמואל דבמקום ריעותא דנפילה לא מהני מגו מ"מ זה דוקא כשיש ריעותא לפנינו דנמצא דרך נפילה או כשאיני יודע מה טיבו אם הוי ריעותא אבל באומר דנאבד ממנו במקרה וליכא ריעותא לפנינו יש לומר דנאמן דלא איתרע כלל במגו דלא הזכיר כלל השטר וגם דהוי מגו בעיקר הריעותא בזה יש לומר דנאמן במגו. ובבו"ש אמרינן מגו להוציא וצ"ע בזה:

והיכא דהחזירו השליש להמלוה ומכחיש אותו דיכול לגבות בו כתב הסמ"ע דחייב לישבע נגד עד המכחישו ובתומים תמה על זה כיון דאין אדם משים עצמו רשע אינו נאמן לומר שמסרו לו שלא כדין ומה גדר עדות יש כאן. ובנתיבות כ' דלהסוברי' דאמרינן פלגינן דבורא אף בחד גופא גבי פלוני רבעני לרצוני ואמרינן שהיה לאונסו ה"נ אף דאמר דנתן לו השטר ברצונו פלגינן דיבורא ואמרינן דחטף ממנו השטר לאונסו. ולכאורה יש לומר למה שכ' תוס' כתובות (דף ח"י) דבקיום שטרות דרבנן לא אמרינן פלגינן דיבורא ה"נ שבועה זו אינה רק מדרבנן ולא אמרינן פלגינן דיבורא. אולם כבר ביארתי לעיל דיני עדות (סי' מ"א) דברי תוס' הנ"ל באופן דאף בדרבנן אמרינן גם כן פלגינן דיבורא רק

בקיום שטרו' דאין צריך כלל מה"ת בזה לא פלגינן דיבורא לאורעאי השטר אבל לעולם בכל מה דמועיל העדות מדרבנן אמרינן גם כן פ"ד לקיים עדותו. אולם יש לומר דא"ד לפלוני רבעני דשם עיקר העדות הוא שרבע אותו כדי לחייבו ולא איכפת לן אם באונס או ברצון לענין עיקר עדותו אבל כאן דמעיד דממנו בא השטר לידו והוא מסר לו אף דאינו יודע מה טיבו ואנחנו נוסיף על עדותו מה שאינו מעיד דחטף ממנו השטר שזה דבר אחר לגמרי לא מוסיפין על עדותו מה שאינו מעיד ועיין מה שכתבתי בדברי חיים דיני קידושין (סי' א') ולעיל דיני עדות (סי' מ"ב) כעין סברא זו דלא מוסיפין על עדותו כדי לקיים עדותו באם נ"מ בעדותו כפי מה שמעיד הוא למה דנאמר פ"ד להוסיף על עדותו וה"נ דכוותיה אולם ראיתי בספר הראב"ן (דף צ"ב) וז"ל וכן נמי ראובן הוציא שטר על שמעון שהוא חייב לו מנה ושמעון משיבו פרעתיו ונפל ממני והעיד יהודה שהוא מצא השטר זה ונתנו לראובן ולוי כמו כן מעיד שראה את יהודה שמצא זה השטר כיון שיש עדים שנפל היה זה השטר איתרע ליה ואעפ"י שהוא ביד המלוה אמרינן כדברי שמעון הלוה כן הוא שפרעו וממנו נפל ואע"ג דאמר שמואל לא חיישינן לפרעון קיי"ל כר' יוחנן דאמר חיישינן לפרעון דהא תניא כוותיה עכ"ל הרי מבואר אע"ג שיהודה העיד שהוא מצא זה השטר ונתנו לראובן ואם כן עשה שלא כדין דהמוצא שטר חוב לא יחזיר ולא אמרינן אאמע"ר וע"כ צ"ל דעיקר עדותו על מציאות השטר דאיתרע פ"א וכיצד בא לידו לא איכפת לן ופ"ד:

סימן ס

הנה הא דשטר שנפל דאיתרע מבואר מדברי רש"י ב"מ (דף ז') לא יוציא מידו לא לוה ולא מלוה עד שיבא אליהו או עדים שראו מיד מי נפל מבואר דאם ידוע שנפל מיד המלוה מחזירין למלוה וברש"י שם (דף י"ב) כ' הני ריעי הואיל ונפל איתרע די"ל אם היה כשר היה נזהר בו וכן שם בהא דחיישינן לאיקרי וכתב כ' רש"י ז"ל לכן הופקר להשליכו משמע דעיקר הריעותא מדלא נזהר לשמרו חספא הוא וממילא אפילו ידוע שנפל מהמלוה יש לחוש לפרעון וכבר עמד על זה בקצוה"ח (ס"ק ט') ולכאורה י"ל אם ידוע דנפל ממלוה היכא דיש חשש פרעון בזה כיון דתפיסתו מוכח דלא פרעו כשנראה השטר בידו לכן מחזקינן להשטר שאינו פרוע כמו שהיינו מחזיקין אותו כשנראה בידו אבל בחשש דכ' ללות בניסן ולא לוה דאף כשהיה בידו אין תפיסתו מוכח דנמסר לידו ביום שכתוב רק החזקה הוא על העדים וחזק' הזאת אנו דנין אם יוצא מתחת ידו אבל כשנפל איתרע וחיישינן. אולם באמת מבואר מדברי הפוסקים דאף בלא חזקה של

העדים חזקה הזאת דביום שנכתב נמסר הוא חזקה מעליא ועיין בזה באורך בנתיבות (סי' נ"א):

וי"ל בשלמא לענין חשש פרעון כשראו עדים שנפל ממנו כיון דיש חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ממילא כשאנו דנין על השטר בהנייר צריכין להחזיר לו הנייר וכשבא לידו בהיתר ממילא גובה בו ולדעת הרמב"ם אם החזירו מוחזר ואף לדעת החולקים דאם כבר נודע הריעותא לא מגבינן ליה אף שהחזירו מ"מ כאן כיון דאנו דנין למי הוא הנייר גובה ממילא בו אחר כן ואף דבנפיל' איתרע לחוש לפרעון וממילא הנייר הוא של לוה מ"מ אף אם פרעו יכול להיות דהנייר נשאר להמלוה בשביל פשיטי דספרא זייר ליה. אבל לגבי חשש דכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי דהוא מוקדם ופסול כיון דלעולם הנייר של לוה הוא רק דמקנה להמלוה כדי לגבות בו במוקדם כיון דמן הדין אינו גובה בו ממילא לא זכה בהנייר ומתורץ מה דעמד בקצוה"ח מלעיל (סי' מ"א) דאם נאבד השטר בעדים דקיי"ל כותבין שובר וכ' הש"ך כיון דידענו דנשרף באונס ליכא חשש פרעון ומבואר דאם לא ידענו מאונס אף דידענו מאבידת המלוה לא מהני וכן בנמחק שט"ח ולמה שכ' התם כיון דליכא שטר בפנינו לדון עליו להחזירו רק אנו דנין אם לכתוב לו שטר אחר בזה שפיר איתרע דמהיכי תיתי נכתוב לו שטר אחר מה שאין כן כשאנו דנין על השטר שבפנינו שצריך להחזיר לו הנייר דשלו הוא מטעם חזקה גובה בו אחר כך ממילא ודומה קצת לדברי תוס' חולין (דף צ"ז) דאף דאין מחזירין ממון בסימנים מ"מ מחזירין השטר בסימנים כיון דאנו דנין רק על השטר וממילא גובה בו אחר כך וה"נ כיון דידענו דנפל מיד המלוה אנו דנין על הנייר ואחר כך ממילא גובה בו מה שאין כן באם אין כאן שטר לדון עליו רק לכתוב לו אחר כמו (סי' מ"א) ואתי שפיר נמי הא דכ' הרא"ש דלכך מחזירין להמלוה בסימן דע"י הסימן מתברר מיד מי נפל כיון דעכ"פ צריך להחזיר לו הנייר:

והא דמבואר בש"ס ב"מ (דף י"ז) דחיישינן לפרעון אף דאיבעי ליה למקרעיה לשטר' אימר אישתמוטי קא משתמיט ליה אי נמי אפשיטי דספרא זייר ליה הרי דהחשש פרעון הוא אף כשנפל מיד המלוה על כרחך צריך לומר דהיינו לספק ספיקא חדא דלמא נפל מהלוה ושכח לקרוע ואף אם יכול להיות דנפל מהמלוה מכל מקום יכול להיות דפרעו וזייר אפשיטי דספרא. אבל בידעינן דנפל מהמלוה לא מרעינן להשטר בשביל חשש זה בלבד. וי"ל דזה נמי טעמא דהראב"ד ברמב"ם (פי"ד) ממלוה דחולק על הרמב"ם בשטר שנמצא תוך זמנו דגובה בו והש"ך (סי' מ"א) הרבה בראיות דאיתרע אף בתוך זמנו ועיין שם בקצוה"ח דעיקר הראיה הוא מכתובה דאף למאן דלא חייש הוא משום דלא ניתן

כתובה לגבות מחיים הא לאו הכי איתרע. וי"ל דהראב"ד סובר דודאי לא שכיח טובא שישלם תוך זמנו ויניח השט' ביד המלוה בשביל פשיטי דספרא ואף לאח"ז למה יניח השטר ביד המלוה רק י"ל אעפ"כ כיון דנפילה לא שכיחא מדנפל ולא נזהר בו המלוה ודאי פרוע הוא וחיישינן כיון דהוא לאח"ז פרע וסמך א"ע על המלוה דכשיתבע ממנו עוד הפעם יאמר אשתבע לי דלא פרעתיך ומאמין בו דלא ישבע בשקר. וזה דוקא לאחר זמן פרעון אבל תו"ז דאינו חייב לישבע ודאי חשש רחוק הוא שיפרע לו ויניח אצלו השטר ואם איתא דפרעו מיקרע הוי קרע ליה ואצל המלוה ודאי לא הניח אותו דכשיתבע אותו פעם שנית תו"ז לא יהיה לו שום טענה. מה שאין כן בכתובה דחייבת לישבע אף בתו"ז דחיישינן לצררי לכך שפיר בנפל היה נאמן לומר פרעתי אם לאו משום דלא ניתן כתובה לגבות מחיים. ובדין הא' ברמב"ם שם בטוען שאבד השטר ואין השטר בפנינו והלוה טוען שפרע ליכא ריעותא בטענ' הלוה די"ל שפרע וקרעו י"ל שם כיון דליכא שטר בפנינו נוכל לומר שנאבד מן העולם באונס וליכא ריעותא למלוה ובנפל ונמצא בפנינו ואינו קרוע יש ריעותא לטענת הלוה דלא קרע לכך דעת הראב"ד דגובה:

והנה אם המלוה בעצמו מוצא השטר ודאי לא איתרע השטר דלא איתרע שטרא אלא כשהגיע ליד אחר כמבואר בב"ח והביא ראיה דהא בשנים אדוקים בשטר ומלוה אומר שלי הוא וממני נפל ומצאתיו דיחלוקו אלמא דאם היה נודע בעדים שממלוה נפל ומצאו גובה בו ולא אמרינן איתרע שטרא בנפילה והיינו דוק' כשאין זכותו בידו ובא ליד אחר כיון דנפל איתרע ואין מחזירין אבל אם מצאו בעצמו כיון דזכותו בידו ובא לידו בהיתר לא פסלינן משום ריעותא דנפילה ומוקמינן השטר בחזקתו אך נראה דזה דוקא היכא דנאבד מיד המלוה ובא לידו בהיתר ואף דראו עדים דנאבד ממנו או שהודה מעצמו והודאת בעל דין כמאה עדים דמי מ"מ כל דלא בא ליד אחר והמלוה טוען טענת ברי דאיננו פרוע בזה מוקמינן השטר על חזקתו אבל אם נאבד ומצאו יורשיו של המלוה כיון דאינם יודעים בטענת ברי דכשר הוא ולא נמצא ברשות אביהם כיון דאיתר' בנפילתו בזה י"ל דאין גובין בו וכן מבואר מדברי ראב"ן (דף צ"ג) וז"ל ראובן הוציא שטר על שמעון וכתוב בו שאביו של ראובן הלוה לאביו של שמעון מנה השיבו שמעון והלא גזירה היתה ונשללו הבתים ואיך בא שטר זה לידך השיבו ראובן מה אתה חש מן השמי' נפל לי דין זה פסק מהא דאמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים וכיון דמודה דנפל איתרע ליה ואמרינן פרוע היה ומן הלוה נפל כדתנן מצא שט"ח כו' מתניתין כיון דנפל איתרע ליה מזלי' וחיישינן דלמא אקרי וכתב אלמא משום דאיתרע דנפל אמרינן שמא עכ"ל הרי מבואר דלגבי יורש כיון דאינו יודע אם פרוע הוא או לא איתרע בנפילה ואף דגזירה

היתה ונשללו הבתים ולא נמצא דרך נפילה מ"מ סובר כיון דמודה דהיה זמן מה ביד אחרים שלא ברשות המלוה אביהם אף דבא ליד היורש בהיתר לא מגבינן ביה הואיל דאינו טוען טענת ברי דלאו פרוע הוא. ועיין ברבינו ירוחם נתיב ב' (ח"ב) וז"ל ודברי הכל אם מצאו מלוה עצמו אפילו נודע בעדים שהיה מושלך בשוק אין מוציאין אותו ממנו וגובה בו כדאמרי' בב' אדוקים כלומר מלוה ולוה עכ"ל משמע דוקא כשהמלוה בעצמו מצאו ולא אם היורש מצאו:

סימן סא

במצא שובר דהדין הוא דלא יחזיר לא לזה ולא לזה נחלקו האחרונים אם הדין הוא דהמלו' גובה בשטרו ואוקי השטר בחזקתו או לא דאף דשובר הנמצא איתר' בנפילתו מ"מ מידי ספק לא יצא ואוקי ממונא בחזקת מרא ודעת הח"מ וב"ש אה"ע (סי' ק"י) דגובה בו וכן העלה הפנ"י בתשובה והסמ"ע והטו"ז מחולקים אם הוא דוקא בשביל דטוען המלוה ברי ולא במקום שחב לאחרים ועיין באחרונים ובקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק ל"ז) ואאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' ס"ה) האריך הרבה בזה והביא ראיות נכונות לדעת הח"מ והב"ש דגובה המלוה מדברי הרא"ש וראשונים סוף פ"א דב"מ. ומדברי בעל העיטור המובא בש"ג פ"ב דגיטין דכ' להוכיח ממה דפריך הש"ס ב"מ וליחוש שמא כתב הבעל הגט ליתן בניסן כו' ואזל הבעל וזבן פרי כו' ולא פריך וליחוש משום בת אחותו ש"מ דזנות לא שכיח' וכ' ואע"ג דאפ"ל התם ליכא למיחוש משום ב"א דאפילו לא מחזירין לא קטלינן דס' נפשות להקל אכתי כו' ואם נאמר בשובר הנמצא גובה המלוה ולית בהשובר ממשא אם כן למה לא מוקמינן אחזקת א"א ומוכח דעת בעל העיטור דהוי ספק. אולם הקשה על בעל העיטור על הוכחתו מהא דב"מ דסברו דזנות לא שכיחא הא שם הסוגיא על כרחך אזלא דמשום בת אחותו תקנו זמן בגט דהא קאמר הניחא אי אמרינן כיון שנתן עיניו לגרשה כו' אלא אי אמרינן עד שעת נתינה ועל כרחך כר"י דתקנו זמן משום בת אחותו וזנות שכיחא דאם לא כן למה תקנו זמן הא לר"י יש לבעל פירות עד שעת נתינה ותקנו זמן משום שמא יחפה עי"ש בדבריו:

וי"ל דברי בעה"ע עפ"י מה שכ' ליישב דברי רש"י גיטין (דף י"ז) דכ' דכל גיטין הבאין לפנינו צריכה להביא ראיה אימתי מטא לידה והקשו בתוס' דאם כן מאי פריך בב"מ על הברייתא דמצא גט אשה בשוק אמאי בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דניחוש שמא תטרוף מלקוחות שלא כדין הא בכל גיטין כן הוא דצריכה להביא ראיה וי"ל דהא בש"ס גיטין שם פריך כתביה ואותביה בכיסתיה דאי מפייסה תפייס מאי א"ל לא מקדים אינש כו' וכ' תוס' משם רש"י דהקושיא הוא בין לר"י בין לר"ל והקשו הא לר"ל משעת

חתימה אין לבעל פירות וכדין טורפה וכתבו כיון דכתב ע"ד דאי מפייסה תפייס מודה ר"ל דיש לבעל פירות עד שעת נתינה ועיין שם ברשב"א כיון דלא גמר בדעתו לגרשה דאלו תתפייס ותשקוט הקטטה שביניהם יקרענו בכי הא מודה ר"ל דאין לה פירות עד שעת נתינה. והנה הרשב"א והר"ן כ' על קושית תוס' דלמה כותבין גט לאיש אעפ"י שאין האשה עמו ניחוש דלא יתן עד תשרי שהוא משום דלא מקדים כו' [ועיין נ"י ב"מ דכ' גם כן דמשום דלא מקדים כותבין ויש להתבונן בדברי נ"י ב"ב במתניתן דכותבין גט לאיש דכתב וליכא למיחש שלא יתננו עד לאחר זמן ויבא לחפות עליה או תטרוף שלא כדין הפירות שהרי כל אשה צריכה להביא ראיה אימת מטא הגט לידה וקשה הא זה אתי שפיר לענין טורפ' מלקוחות דהן מוחזקין אבל לענין חיפוי מספק לא קטלינן דהרי מטעם זה נכתב ביום ונחתם בלילה פסול לרבנן משום שמא יחפה וגם הא בב"מ מבואר דסובר כדעת התוס' דרק בנפל אמרינן לה אייתי ראיה אם כן נשאר החשש דפירות רק משום דלא מקדים כותבין וצ"ל בביאור דברי הנ"י דסובר דודאי לא מקדים שיכתוב עתה ולא ימסור ואי דבאמת כ' לגרשה וראה קמה לקצור וממתין עם הנתינה בזה סובר כמו שכ' תוס' דודאי ימסור בעדי מסירה ויהיה קול ויאמרו לקוחות אייתי ראיה והיה קושיתו דניחוש לכתחילה לדלמא עביד כדי שירויח פירות ואם כן נשאר החשש דיחפה גם כן ומתרץ דהלקוחות יאמרו אייתי ראיה והיינו כיון דיהי' קול יאמרו אייתי ראיה כיון דהקול יוצא שלא נמסר ביום שנכתב וממילא שוב לא מקדים כיון דלא יוכלו להרויח ושוב לא חיישינן לשמא יחפה כיון דלא יהיה לתועלת הפירות לו לא מקדים בשביל זה לחפות וז"פ] ואם כן הא דהקשו בב"מ ניחוש לשמא כ' בניסן אף בלא מקדים מ"מ כיון דנפל איתרע וחיישינן טפי ותקשה היה לו להקשות אף לר"ל דסובר משעת כתיבה ניחוש דכתבה ע"ד דאי תפייסה תפייס ואז יש לבעל פירות עד שעת נתינה ואף דלא מקדים מ"מ בנפל דאיתרע ניחוש וכן יקשה ליחוש לנכתב ביום ונחתם אחר כך ואף דפסול לרבנן מ"מ ניחוש דעדים עשו שלא כדין כמו דמצינו במצא שטר חוב דחיישינן לאקרי וכתב. אך זה יש לומר דעל עדים דעשו שלא כדין לא חיישינן ובשט"ח דחיישינן היינו דהיה המלוה והלוה ביחד והמלוה נתאחר' כמו שכ' שם הש"מ. אך הראשון קשה וביות' למה שכ' הרשב"א גיטין שם בהא דאמר ר"ל לא הכשיר ר"ש אלא לאלתר אבל מכאן ועד עשרה ימים חיישינן שמא פייס דבנתפייס ובטל להגט אף דחוזר ומגרש מ"מ לא הפסיד הבעל הפירות אם כן ניחוש לזה בנפל ויקשה אף לר"ל:

לכך י"ל דעיקר קושית הש"ס ב"מ הוא דוקא לר"ל דלר"י באמת בכל גיטין אמרינן לה אייתי ראיה רק לר"ל קאמר הניח' למ"ד כיון שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות

שפיר היינו לר"ש אבל למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה היינו עד שעה שראוי ליתן ועיין תוס' גיטין דעיקר הטעם הואיל וראוי לתת ועיין שם בפנ"י ובת"ג די"ל דטעמא דרבנן גם כן מזמן הראוי לתת רק דסברו כר"מ דעדי חתימי כרתי לכך בעינן שיחתמו העדים] ועל זה פריך מאי איכא למימר היינו דניחוש שמא כ' ליתן בניסן דזמן חתימה היה מקודם וכ' על דעת ליתן בניסן אם לא תפייס ולא נתן עד עתה דאז אחר כך נתפייס ושייך לבעל הפירות ואתיא למטרף לקוחות שלא כדין ולכך קאמר הניחא למ"ד משנתן עיניו ולא קאמר למ"ד משעת חתימה והיינו דקושית הש"ס הי' לר"ל אבל לר"י אתי שפיר דבכל גיטין אמרינן לה אייתי ראיה וכשיטת רש"י ולר"ל הקושיא דסובר יש לבעל פירות עד שעת נתינה היינו מזמן הראוי לתת ואם כתבו על דעת אם תפייסה לא הפסיד כיון דעדיין בספק ואינו רוצה ליתן וכיון דנפל ניחוש לזה. ומיושב דברי הבעה"ע דהוכיח מכאן דזנות לא שכיחא ול"ח על שמא יחפה וקושי' הש"ס הי' לר"ל כן אמרתי בילדותי על דרך פלפול:

ועוד נראה קצת ליישב דברי הבעל העיטור מקושית אאמ"ו ז"ל דיש לומר באמת גם לר' יוחנן דזנות לא שכיחא רק חז" חששו לתקן גם על המקרה וההזדמן ואף המיעוט ואם לא יצטרך זמן בגט יוכל למצוא בכל העולם ברוב הזמן שיחפה על בת אחותו שזינתה ויגרשה בגט שאין בו זמן לכך תקנו לכתחילה זמן. ועיין מה שכתבתי באורך בענין תקנת חז"ל בדבר דל"ש בספרי ח"ר דיני שבת (סי' ל"א) אולם בגט הנמצא בשוק שהוא דבר דלא שכיח כלל והוא רק על נידון זה על צד המקרה וההזדמן זנות לא שכיחא וגם נפילה לא שכיחא לא חשו חכז"ל שלא יחזיר הגט אם שניהם מודים מחשש דשמא יחפה כיון דאז אנו דנין על דבר פרטי. אך יקשה אם כן מאי ראיות הבעל העיטור לפסוק כר"ל וי"ל וביותר י"ל למה שכ' בש"מ ב"מ שם משם הריטב"א בביאור קושית הש"ס אף מטעם דלא מקדים הכשירו בכתבו ואותביה בכיסתיה היינו לענין חשש זנות דבאמת לא שכיח מהני סברות דלא מקדים אבל לענין חשש טירפה מלקוחות לא סמכינן על סברא זו דלא מקדים. וזה י"ל דכוונת תוס' גיטין דהקשו למה כותבין גט לאיש ליחוש שלא ימסור מיד ותירצו דיהי' קול ויאמרו הלקוחות אייתי ראיה ובסוף דבריהם הקשו דניחוש לשמא יחפה וכתבו דלא מקדים וצריך ביאור למה לא כתבו כן מיד כאשר באמת הרמב"ן והר"נ מתרצו כן וצריך לומר דעיקר קושית תוס' הי' על חשש קנוניא ובזה לא שייך סברת לא מקדים אם כן יקשה מאי מהנו בתירוצם דיהי' קול ניחוש דיתן בצינעה ובסתר בלא עדי מסירה ואי דלא יקלקלה ניחוש דאחר כך יגרשה בגט אחר בתשרי ובסתר ימסור לה הגט הראשון ולא יהי' קול לגט השני כיון דהיה בזמן הכתיבה ומהלקוחות תטרוף

בגט הראשון אלא ודאי קושית תוס' לא הוי על קנוניא דיש לומר דכל החשש פירות הוא רק באם יתיקר מכפי מה שמכר הבעל תבא האש' לטרוף בדמים שנתנה להבעל כי זה תהיה חייבת להחזיר מטעם תקנת השוק רק מה שנתיקר ת"י הלקוחות יפסידו [וי"ל דמשום זה לבד לא תקנו זמן רק אחר שתקנו זמן משום הפסד דאשה מכל וכל פסלו נכתב ביום ונחתם בלילה נמי בשביל הפסד דלקוחות באם יתיקר ומיושב בזה מה שהקשו המפרשים לפירוש תוס' אליב' דר"י יקשה הא בעינן זמן דתביא עדי חתימה ונאמר חזקה ביום שנכתב נמסר ותוציא מיד הלקוחות. ולמה שכ' אתי שפיר דתצטרך להחזיר ללקוחות הדמים שנתנו מטעם תקנת השוק] וממילא לא שכיח קנוני' ע"ז לחוש שיצוה לכתוב גט ולא ימסור מיד בשביל ריוח זה שימכור הפירות ובאם יתיקרו אחר כך ירויח. רק קושית התוס' הי' דניחוש שיזדמן כך שיכתוב בניסן ולא ימסור עד תשרי ועל זה תירצו שיהי' קול ואם כן שוב יקשה למה לא תירצו תוס' דלא מקדים. ולמה שכ' הריטב"א אתי שפיר דלענין חשש לקוחות לא סמכינן על סבר' לא מקדים. ולפי זה שפיר קאמר הבעל העיטור דזנות לא שכיח היינו במצא גט דניחוש לשמא כ' בניסן ולא נתן וזינתה אחר כך ויחפה דבאמת יש חזקה דביום שנכתב נמסר רק לגבי לקוחות לא סמכינן רק מטעם קול ובנפל חיישינן אבל לענין מיתה אף בנפל ואיתרע מ"מ לא קטלינן דיש חזקה דלא מקדים נגד ריעותא דנפילה וסברא זו מהני לגבי זנות דלא שכיח. עכ"פ כנראה דעת רוב הפוסקים דאוקי השטר על חזקתו ושובר שנמצא דרך נפילה דאיתרע לית ביה ממשא:

סימן סב

האומר שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע איזהו כל שטרותיו פרועים ועיין ש"ך (ס"ק ע"ה) ויש לחקור באם הלוה אומר שאינו יודע אם שטרו פרוע אם חייב לשלם כמו בכל שטר היוצא מתחת יד המלוה ואינו יודע אם כבר פרע הלוה או לא דאע"ג דהדין הוא (סי' נ"ט) דאינו גובה בו היינו אם הלוה טוען בריי שכבר פרע דבזה אמרינן בריי ושמא בריי עדיף אבל אם גם הלוה אינו יודע אם פרע או לא חייב לשלם כמבואר שם בש"ך (ס"ק א') ובש"ע (סי' פ"ב) דבטענת שמא לא מבטלינן שטרא מספק וה"נ נגד כל לוה כשדנין לא מבטלינן השט' מספק באם גם הלוה מסופק או דלמא י"ל דשאני הכי כיון דודאי הודה המלוה דיש ת"י שטר א' שהוא פרוע ואיתרע חזקת שטר אצלו לכך אינו יכול לגבות עד שיודה הלוה. או י"ל אף דידענו דאיתרע אצל המלוה זה חזקת שטר מ"מ נגד כל לוה ולוה שאנו דנין על שטרותיו מוקמינן לכל שטר על חזקתו אם גם הלוה א"י ואף דממנ"פ שטר אחד פרוע הוא לא איכפת לן דומיא דשני בני אדם ההולכים

בשני שבילין ושביל אחד טמא ושביל א' טהור דשניה' טהורין ומוקמינן על החזקה לכ"א וכן בב' כיתות עדים המכחישין זו את זו דזו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה ה"נ כל זמן שגם הלוה אינו טוען טענת ברי גובין ממנו וראיתי ברשב"ם ב"ב (דף קע"ג) וז"ל שטרותיו כולן פרועין חוץ מאותן שיאמרו עדיין לא פרענו עכ"ל. משמע מדבריו דעד שלא יאמרו עדיין לא פרענו אינו גובה אף אם הלוה גם כן אינו יודע דאיתרע לגבי מלוה הזה חזקת שטר אחד וכן נראה מדברי תוספתא סוף ב"ב דקתני על דין זה דמתניתין האומר לבנו שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע איזה הוא השטרות כולן פרועין וכשהוא גובה אינו גובה אלא מדעת (המלוה) וכנראה הוא ט"ס וצריך לומר מדעת הלוה וכן כ' בס' חסדי דוד שכצ"ל הרי דאינו גובה רק עד שיודה הלוה ואף אם הלוה אומר אינו יודע גם כן אינו גובה. אולם לשון הנ"י שם הוא שכ"א יכול לומר אני הוא שפרעתי משמע קצת דכך יכול לומר אבל אם אינו אומר אני הוא שפרעתי חייב לשלם דמוקמינן לגבי כ"א השטר על חזקתו ובתוספתא יש לומר דהגירסא הוא באמת אלא מדעת המלוה היינו להורות אם המלוה אומר אחר כך נזכרתי דשטר זה אינו פרוע דנאמן כמו שכ' הש"ך (ס"ק ע"ו) אך זה דוחק כיון דבתוספתא לא קתני רק האומר לבנו משמע דקאי על המתניתין שהיורשים באין אחר כך לגבות וגם בדברי הנ"י י"ל אף דכ' שכל א' יכול לומר אני הוא שפרעתי היינו אף בטענת שמא וכ"ז שלא יאמר עדיין לא פרעתי אינו גובה וכמו שכ' הרשב"ם וצ"ע לדינא:

(**בסי'** זה יבואר בדינים השייכים לש"ע (סי' ס"ו) ממכירת שטרות ולאשר הדברים ארוכים שלא יתבלבל המעיין וליתן ריוח בין הדבקים חלקתי באותיות מענין לענין באותו ענין):

סימן סג

א) קיי"ל בש"ע (סי' ס"ו) דאין אותיות נקנין אלא בכומ"ם ואם מכר לחבירו שט"ח וחסר הכתיב' כדין לא קנה. ובאמת דעת כמה פוסקים ראשונים דהלכת' אותיו' נקנות במסירה ותליא בגירסת הש"ס ב"ב (דף ע"ו) ובכנה"ג כ' דכיון דדעת הרשב"ם ורב יהודא גאון וכן ריא"ז משם זקינו ובס' בני שמואל כ' שמצא כ' משם ר"י גאון ז"ל היפוך זה אבל בס' העיטו' מצא שדעתו ודעת בעל נתיבות כרשב"ם ז"ל ונראה מדברי בעל משפט צדק דיכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו עכ"ד. ובאמת בהגהות אשרי פז"ב כ' דרה"ג ור"ח והאלפסי והר"ת וה"ג פוסקין דאין אותיות נקנות במסירה אולם בהלכות גדולות שלפנינו מבוא' דפוסק דנקנות במסירה אלא שחידש דבר בזה וז"ל (בדף ק"ג) דפוס ישן דהיכא דיהיב ליה לחבריה שטר במתנה ומסריה נהליה בפני עדים קניה ואע"ג דלא קנו מיניה

דקיי"ל הלכתא כר"א בגיטין דעדי מסירה כרתי עכ"ל. והדברים נפלאים כמו שתמה על זה הרבינו ישעיה הזקן ז"ל בספר המכריע (סי' כ"א) שהביא דבריו וכ' הפסק שלי נ"ל נכון אבל מה שמסתייע מר' אלעזר אינו נ"ל דלא שייכא פלוגתייהו הכא דגם ר"מ מודה בזה מידי דהוי אכל מטלטלי דעלמא דכיון דמסרינהו בידיה קונה ומה אנו צריכין לעדי חתימ'. ובס' ש"ח הקשה ביותר דהא אף ר"מ ס"ד דגמ' קידושין (ד' מ"ח) דס"ל אותיות נקנות במסירה:

ולפי קוצר דעתי יש ליישב דברי בה"ג דראיתי בס' המכריע שהביא דברים משם בה"ג ולא מצאתי אותם בס' הבה"ג שלפני הוא הביא דבריו שכ' אמר אמימר הלכתא אין אותיו' נקנות בחליפין למימרא דסבר דבמסירה נקנות ומש"ה כתב בחליפין וזה לא מצאתי בבה"ג ומדבריו שבבה"ג שלפנינו נראה קצת דנקנות בחליפין מדכ' אע"ג דלא קנו מיניה דקיי"ל הלכתא כר"א בגיטין נראה מדבריו דאם קנו מיניה אז מהני אף לר"מ. וסובר הבה"ג דבכל קנינים צריך שיהיה שייכות להקנין אל מה שקונה והקונ' קרק' בשטר יש לו ראיה שהקנה לו אף אם לא נתן התמורה מ"מ יכול להקנות ע"י השטר לבד אף שהשטר הוא רק נייר בעלמא וממה שכתב בו שהקנה לו הקרקע אינו מוכח מתוך השטר כיון דלא חתמו עליו סהדי מ"מ יכול להקנות על ידו אם יש עדי מסירה שמסר לו בפניהם שבזה יקנה ואף אם מתו העדים אח"כ כבר קנה ע"י שבשעת הקנין היה יכול לברר על ידי העדים ולר"מ לא מהני עדי מסירה כיון שצריך שיתברר מתוך השטר שקנה ממנו הקרקע וצריך שיחתמו עדים ויהיה מוכח מתוך השטר ואז אף אם מסר לו בינו לבינו מ"מ תפיסתו מוכח שבא לידו מדעת בעלים וחזקה שביום שנכתב נמסר וזה אתי שפיר אם בתוך השטר נזכר שם הקונה אבל אם נכתב על שם ראובן ומכרו ללוי דאינו מוכח מתוך השטר שהוא שלו אף דרבא סובר אם נקנו במסירה אין צריך להביא ראיה היינו דתפיסתו מוכח שבא לידו מן הבעלים ומ"מ לעצם הקנין צריך שיתברר גם אחר כך לכל שהוא קנה דאם לא כן לא חל הקנין דאינו דומה לשאר מטלטלין דתפיסתו מוכח דהוא שלו וכל מה שביד אדם הוא שלו דזה הוי גופו ממון אבל בשטר דאין גופו ממון ורק ראיה שבו שמשועבד קרקעותיו להמלוה אבל אינו מוכח שמכר לזה שהוא ת"י ואמר לו שיקנה הוא וכל שעדודו ועיין קצוה"ח (סי' ע"ב) בדברי רמב"ן בספר הזכות דאינו נאמן לומר שממושכן הוא בידו וא"ד ללקוח דתפיסתו מוכחת מה שאין כן במשכון דאינו מוכח מתפיסתו דנתחייב לו מקודם וה"נ דכוותי' בשטר אף דחזקה דבא לידו מן המלוה מ"מ אינו מוכח מתוך השטר דהלוה נשתעבד לו דהיינו שהמלוה אמר לו שיזכה על ידי מסירת השטר בהשיעבוד וכיון דהלוה יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את לא חל

הקנין רק לר"א דעדי מסירה כרתי חזינן דאף דאינו מוכח' מתוך השטר חל הקנין על ידי העדי מסירה כן נמי כשמוכ' המלוה השטר לאחר חל גם כן הקנין אבל לר"מ אינו יכול לחול הקנין על ידי העדי מסירה וצריך שיהיה מוכח מתוך השטר כן נמי זה שקונה השטר שנכתב בו שם אחר אינו מוכח מן מה שהשטר בידו שהוא שלו ויכול הלוה לומר לאו בעל דברים דידי את אבל אם הקנה השעבוד של השטר על ידי קנין סודר זה הוי כמו שאר דברים שיקנו על ידי קנין סודר אף דאינו מוכח ממה שבידו דזה הוי קנין בפ"ע רק מה שרוצה לקנות על ידי שטר שבא לידו צריך שיהיה מוכח מתוכו. ולפי זה אתי שפיר די"ל דאף ר"מ סובר כרבי דאותיות נקנות במסירה והיינו בצירוף קנין סודר ול"ק מהא דקידושין הנז' כן יש ליישב דברי הבה"ג. אבל שאר הראשונים והגאונים דס"ל דאותיות נקנות במסירה ל"צ שום ראיה דתפיסתו מוכחת ומהני לקנין בפ"ע דהמסירה הוי כאלו גם השעבוד בא לידו וכמבואר בדברי הרמ"ה ב"ב (דף קע"ב). עכ"פ דעת בה"ג גם כן כשמסר לו בפני עדים נקנות במסירה בלא כתיבה וכן דעת ספר המכריע שם דנקנות במסירה לכן יכול לומר קים לי שלא להוציא ממון מיד המוכר. וכן כתב בתשובת שער אפרים (סי' קכ"ה) דא"י להוציא הממון מיד המוכר:

וראיתי בס' שער המשפט דגימגם בזה דהא להסוברים דאינו נקנה במסירה המעות חוזרים משום דהוי מקח טעות ואם כן ממילא כיון דאינו יכול לגבות ולהוציא מיד המלוה כיון דלדידן הוי סד"ד ואינו יכול להוציא בלא כתיבה אין לך מקח טעות גדול מזה ודומה להא דמבואר (סי' רל"ב) במוכר דבר שנמצא אפילו ספק טריפה אינו יכול המוכר לומר אייתי ראיה דטריפה כיון דמ"מ מטרפינן מחמת ספק אין לך מום גדול מזה והוי מקח טעות וה"נ כיון דקנה על דעת לגבות החוב ומחמת הס' אינו יכול לגבות הוי מקח טעות והאריך בזה. ולא קשה כלל לא מבעי להסוברים דבספיקא דדינא מהני תפיסה ואם כן אם הלוקח תופס מן הלוה אין מוציאין מידו ודאי דאינו דומה לנמצא ספק טריפה דשם אנן סהדי כיון דאינו ראוי לאכול בשום אופן הוי מום מבורר מה שאין כן בזה יכול לומר קים לי דנקנה השטר לך במסיר' ועכ"פ אם יתפוס מן הלוה אין מוציאין מידו אלא אף להסוברים דלא מהני תפיסה מ"מ לא נוכל לבטל המקח מחמת המום דשם הוא מום שלא הי' יודע הלוקח מזה אבל ודאי אם היה מום הגלוי לכל ויודע שהוא ספק טריפה וקנה לא נתבטל המקח וה"נ כיון דהדין נודע דאינו יכול להוציא מן הלוקח בלא כתיבה ומסירה אף אם טוען הלוקח שלא הי' נודע לו מ"מ כיון שלא הוי מום שלא נודע אינו יכול לחזור על המוכר לו מטעם מום במקח רק מטעם דלא נעשה קנין המועיל יכול לחזור מן המקח וכיון דהוי סד"ד דדלמא להלכה אותיות נקנו במסירה לחוד יכול

לומר אייתי ראי' דלא מהני בלא כומ"ס ואף דאתה א"י לגבות מן הלוה לא איכפת לי בזה הא קבלת המקח בשלימות בלי מום:

ב) וגדולה מזה כ' הרמ"ה ב"ב פ' הספינה (סי' ז"ך) בהא דאמר ר"פ דצריך למכתב ליה קני לה כו' ופריך וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך ואמר אין לצור וכ' הרמ"ה והוי לי' ביטול מקח דהא קיי"ל המוכר שטרותיו לבושם יש להם אונאה ולפירוקא בתרא דלפרקין לקמן גבי צמד ובקר דאי הוי בכדי שאין הדעת טועה מחילה הוי ה"נ הוי מחילה עכ"ד ובש"מ שם כ' משם רבינו יונה ע"ז ודברי תימא הן שכיון שאין דרכן של בני אדם לקנות ש"ח לצור ע"פ הצלוחית ל"ה לנו לתלות יתרון הדמים במחילה אלא הי' לנו לומר שהיה סבר לקנות החוב דלאו כלהו אינשי דינא גמירי והוא חושב שיקנה החוב אעפ"י שלא כתב לו קני לך איהו וכל שעבוד' דאית ביה תדע דלא דינא גמיר דהא אם תאמר שהוא קונה השטר לצור למה הוצרך לו לקנות הנייר בכתיבה וכי תימא לראיה בעלמ' הא סגי אם כתב ליה קני לך ועוד לא עביד אינש שטר ראי' על זה אלא ודאי דהמקח בטל דמקח טעות הוא שהיה סבר לקנות השט' בכתיבה זו עיין שם עוד בדבריו ומשמע דוקא אם כתב לו שטר וכתב בו קני לך שטר זה בזה אמרינן כיון דטרח לכתוב לי' שטר כוונתו היה על הראיה שבו ולא על הנייר לבד וכיון דלאו דינא גמירי הוי מקח טעות אבל אם מכר לו במסירה בלבד כמו שאר מטלטלין גם ה"ר יונה מודה דהוי בכדי שאין הדעת טועה והוי מחילה ואם כן אף לדידן דבעינן כומ"ס מ"מ אם אינו מוכח דכוונתו היה על הראיה הוי בכדי שאין הדעת טועה ומחילה ומתנה הוי כמו דפסקינן (סי' ר"כ) אלא אף אם נאמר דדעת ר"י דכיון דלא כל אינשי דינא גמירי ויש לתלות בטעות דסבר שבזה קונה השעבוד גם כן ולא הוי מתנה מ"מ זה דוקא להסוברים דבבירור אין הלכה כרבי וצריך כומ"ס אבל לדידן דהוי סד"ד דיש לומר דנקנו במסירה בלבד לא הוי מקח טעות דהא יכול לומר קים לי דנקנה השטר במסירה לבד ואף דלא תוכל להוציא מן הלוה לא איכפת לי בזה אני אומר דחייב הוא לך בדין ומה איכפת לי דלא תשיג ב"ד לזה להוציא ממנו ואינו דומה למוכר ס' טריפה דאין ביד מי להכשיר ויאמר הלוקח להמוכר אף אם היה בידך לא היה ראוי לך והיה אסור לך לאכול אם כן הוי מום בגוף המקח מה שאין כן בנד"ד אם היה ביד המוכר הי' יכול לגבות וליכא שום מום בגוף המקח רק מצ"א אתה טעית דהיית סובר דבזה בלבד יכול לגבות מהלוה אני אומר באמת כן הוא הדין שבמסירה בלבד נקנה השעבוד מהשטר והממע"ה ואינו דומה למוכר ספק טריפה ואין לומר דמ"מ הוי אומדנא דמוכח דאם היה יודע שלא יוכל לגבות מהלוה לא הוה קונה ז"א דלזה יכול המוכר לתקן שיתן לו שטר מכר ושיקנה גם על ידי כתיבה רק הש"מ אתי

עלה מטעם כיון שמקודם שיתן לו שטר כתיבה לא יוכל לגבות הוי כמום בגוף המקח ואף דנותן לו עכשיו מחדש הוי פנים חדשות ומכירה בטילה וזה אינו רק אם אתינן עלה בתורת מום במקח אבל למה שכ' דלא הוי מום כיון דאינו דומה לס' טריפה רק באנו לבטל המקח מטעם אומדנא אם היה יודע אז שלא יוכל לגבות ע"י מסירה בלבד בלא כתיבה לא הי' קונה עד שיתן לו כתיבה גם כן וכיון דעל ידי קים לי לא נתבטל המקח דלא הוי שום מום רק מטעם אומדנא לזה ודאי מהני אם נותן לו עכשיו כתיבה:

ג) אך אם נאמר דהוי סד"ד והמוחזק יכול לומר קים לי דנקנה בכומ"ס יש לדון לענין קידושין אם קדשה במלוה בשטר שעל אחרים במסירה בלבד י"ל אף דלא תוכל לגבות מהלוה מ"מ תהיה מקודשת מספק דלמא קנתה השטר חוב ואף דאינו יכולה לגבות מן הלוה מ"מ דלמא באמת חייב לה ויש כאן כסף ובאה"ע (סי' כ"ח סי"ג) משמע דאם היה בלא כתיבה ומסירה אין כאן ס' ואפשר דכיון דבלא"ה הוי ספק אם סמכה דעתו משום דיכול למחול הוה לענין זה כס"ס אבל אם בודאי סמכה דעתה יש לחוש לקידושין אם מקדשה בשטר שעל אחרים במסירה בלבד דדלמא הדין הוא דנקנה במסירה בלבד ובשער משפט כ' בפשיטות כיון דאין האשה יכולה לגבות מן הלוה ואין לקדושין אלא מקומו ושעתו. ויש לדון בזה טובא כיון דעכ"פ מהני תפיסה אם הוי סד"ד ועיין קונטרס הספיקות בקצוה"ח (כלל א') דחקר בזה בקדשה בדבר שיש בו סד"ד וכתב דאם לא מהני התפיסה אף דקדשה בו והוי סד"ד להסוברים דלא מהני תפיסה אינה מתקדשת כיון דהבעלים יוציאו מידה אין אשה מתקדשת בלא כלום והביא דברי תוס' רי"ד קידושין (דף מ"ח) דמשמע מדבריו דאם תפס השני בספיקא דדינא וקדש בו אשה דהוי קידושי ספק וכתב די"ל דמהני תפיסה ס"ל להמפרש בספיקא דדינא ושמעינן מיהת מיניה דבגוונא דמהני תפיסה קידושי ספק הם ולדבריו יש ללמוד דאף שלא תפס רק קדשה קודם שתפס במה דהוי ספיקא דדינא כיון דמהני תפיסה הוי גם כן קידושי ספק דהא כל חילו מדברי המפרש שם בתוס' רי"ד שפי' בהא דקאמר שם בש"ס לפרש הברייתא דקתני התקדשי לי בשטר ר"מ אומר אינה מקודשת ור"א אומר מקודשת וחכמים אומרים שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת דאירי בקדשה בשטר שאין עליו עדים ר"מ לטעמי' דסובר עדי חתימי כרתי ור"א לטעמיה דאמר עדי מסירה כרתי ורבנן מספק' להו אי כר"מ אי כר"א וכ' התוס' רי"ד שרא' למפרש א' שפי' בשטר חוב שיש לו על אחרים ואין עליו עדים אלא שהלוה מסרו למלוה בפני עדי מסירה ור"מ לטעמי' דעח"כ לכן לאו שטר הוא ור"א לטעמיה דהוי שטר וקנתה ורבנן מספקא להו ומזה למד הקה"ס דאף שהוא ספק אם קנתה השטר מ"מ מתקדשת מספק וממילא נלמוד

אף קודם שתפס גם כן הוי ספק קידושין. אולם לא אדע דהא ודאי כוונת המפרש אף דהתוס' רי"ד כ' שם עליו דלא יתכן זה הפירוש כלל דאם יש עדי מסירה שהודה לו שהוא חייב לו ל"צ ר"מ לעדי חתימה ולא אמר ר"מ עדי חתימה כרתי אלא בגט ובשט' קידושין דלא מהני הודאת פיו ולא בשטר חוב. אולם כוונ' המפרש הוא דבשטר חוב גם כן בעינן שיהיה מוכח מתוך השטר ואין שם שטר אף כשמודו הבעלים רק באם הוא בכ"י או בע"ח לר"מ ולר"א בעדי מסירה ועיין תוס' גיטין (דף י"א) ד"ה חספא דמבואר משם דאף בממון אם כ' שדה מכורה לך ואין שם לא עדי חתימה ולא עדי מסירה ולא כ"י אף שהנותן מודה שמסרו לו לאו כלום הוא ולא קנה אף דיש הודאת בע"ד דכל דאינו מוכח מתוך השטר ולא יש ראיה ממנו לאו שם שטר הוא ואם כן בהלואה לר"מ אף עפ"י שמודה בפני עדי מסירה שהלוה לו ומסר לו שטר בלא חתימת עדים לא הוי רק כהודאת פיו וכמלוה על פה ולאו שם שטר הוא וליתא במכירה רק במעמד שלשתן כמו שאר מלוה על פה ולדברי המפרש יש לומר דשפיר גרסינן שם בגמרא ורבנן ספוקי מספקי לי' ואינה מקודשת כלל אם לא יש בנייר שוה פרוטה דמספק לא קנתה המלוה דלמא כר"מ דעדי חתימה כרתי ולאו שם שטר על זה וליתא במכיר' ומספק לא קנתה ואינה מקודשת בבירור כיון דאינה יכולה להוציא בדיינין מן הלוה ולא מוכח כלום מדברי מפרש לנידון דהקה"ס שם:

ד) ברם למה דמבואר באה"ע (סי' כ"ח) שם ד' הפוסקים דמקד' באיסור הנאה דרבנן שאין לו עיקר מה"ת דחוששין לקידושין אף דאינו שוה כלום וביאר שם בס' אבני מלואים דיש לומר דלענין קידושין לא בעי דוקא הנאה רק כיון שהוא כסף ודבר השוה כסף ויש לה זכיה בו מתקדשת עיין שם בדבריו ולדבריו אם מקדש בס' איסור הנאה אף דאסור מספק חוששין לקידושין מספק דדלמא מותר והוי כסף וכן ראיתי מכבר בתשובת יד אליהו (סי' ס"ז) שפלפל בעור ושיער דמת ישראל אם אסור בהנאה והעלה דתליא במחלוקת הפוסקים וכ' דלענין קידושין הוי ספק והיתי מתמה עליו דכיון דאסור מספק אין כאן הנאת כסף. ולפי דברי הא"מ הנ"ל דמתקדשת במעמלה"ח אף בלא הנאה רק בתורת כסף כן בכל מקום שיש כסף אף דאסור לו בהנאה מספק מתקדשת דדלמ' מותר ועכ"פ אם מותר הוי כסף אף דאסור לה בהנאה מספק ויש מקום לדברי יד אליהו הנז' ואם כן גם בנדון דידן דאף דמספק אינו יכול להוציא מן הלוה מ"מ כיון דלהלכה הוי פלוגתא דרבוותא אם אותיות נקנות במסירה בלבד וממילא אם קנתה החוב הוי כסף ויש לחוש לקידושין. אולם בחידושי לדיני קידושין הרבתי בראיות לבאר דעל כרחך בלא הנאה כלל אף דהוי כסף אינה מתקדשת. ובלאו הכי אינו ראיה מדברי הב"ש אה"ע דלא

חש לספיקא אם אותיות נקנות במסירה דהוא כתב להלכה כפסק הש"ע דאינן נקנות במסירה בודאי אבל להאוחזים דגל הקים לי דפסקו בכנה"ג ובשער אפרים דאינו יכול להוציא דמי המקח מן המוכר דיכול לומר קים לי כהנך פוסקים דנקנות במסירה יש לומר באמת דאף לגבי קידושין חוששין כיון דלהנך פוסקים דנקנות במסירה יש לה כסף וגם הנא' ממון שוה גם כן מצד הספק דגם הלוה לא ישלם בלא החזרת השטר וצ"ע בזה:

ומה שהביא השער משפט ראיה מסעיף י"א דאף לענין קניתו א"נ לומר הלוקח שטר היה לי ואבד וכ' הרמ"א דכן עיקר ותפ"ל כיון דהלוקח מוחזק יאמר קים לי דנקנות במסירה וכרבא דאין צריך להביא ראיה הנה מלבד דיש לומר נ"מ לענין אם צריך לטעון קים לי וגם אף דבש"ע הכריע כן יש סוברים דיכול לומר קים לי ואף דכ' התומים בקה"ס דלאחר הכרעת הש"ע אינו יכול לומר קים לי מ"מ אינו מבואר ההכרעה כ"כ ועוד יש כמה נ"מ מלבד זה יש לומר דכיון דאנו דנין על השעבוד אם נקנה על ידי מסירה כשאר מטלטלין דזוכה מי שהוא בידו או לא כיון דאין גופו ממון אם כן לא שייך לומר שהלוקח מוחזק דלא הוי מוחזק רק על הניי' ודוקא לרבא כיון דתפיסתו הוי קנין הוי מוחזק אבל אם קיי"ל כאביי דלא הוי תפיסתו קנין אם אין בידו שטר כתיבה אף מוחזק לא הוי ודומה למה שכ' המר"י מינץ בדברי הרא"ש במשיכה בגמל והנהגה בחמור דהוי עכ"פ מוחזק אף אם לא קנה משא"כ בהחזיק בשדה לקנות אחרת דכיון דאם לא קנה אף מוחזק לא הוי לכך כל הקודם זכה וה"נ דכוותיה כמובן:

ה) ואם מכירת שטרות הוא מן התורה או לא נודע מחלוקת הפוסקים והש"ך הכריע דמכירת שטרות הוא מה"ת והטעם דיכול למחול הוא כמו שכ' תוס' משם ר"ת דשעבוד הגוף ליתא במכיר' רק השעבוד נכסי וכשמוחל השעבוד הגוף נפק' השעבוד נכסי ועיקר יסודו על הרי"ף דהרא"ש והר"ן וסייעתו חשבו דהרי"ף ס"ל כן ולא כן הוא ובתומים כתב דמדכתב הרי"ף הטעם דלכך במתנת שכיב מרע אין היורש מוחל דעשו אותו כמתנה דאורייתא כאלו מטי ליד המקבל ואם ס"ל דמכ"ש דאורייתא הא כל מוכר ונותן הוי דאורייתא ומטי לידו כיון דנגמר המכירה מדין תורה הרי מטי לידו ושלו הוא כשאר מטלטלין ומ"מ יכול למחול ואם כן אין זה טעם כלל דמשום כך אין מתנת שכ"מ נמחל והו"ל להרי"ף לומר דהוי ליה כמו יורש דאורייתא ולא לומר כמתנה דאורייתא וכמטי לידו דמי מה שהוא בכל מכירות אלא ודאי דאם הוי מכירה דאורייתא אינו יכול למחול:

ולענ"ד לפי שמצאתי בתשובת ר"י מיגאש ז"ל תלמידו של הרי"ף (סי' ר) וז"ל שם אחר שכ' משם רבינו עוד אמר ומה שאמרנו שהמלוה אי אפשר לתת אותה לשום אדם במתנה דוקא אם היתה מלוה על פה אבל מלוה בשטר אפשר לתת אותה במתנ' ויקנה אותה

מפני ששעבוד השטר על הקרקעות והוה ליה כאלו הקנה לו דבר נמצא בעין והוי דינה כדין דפקדון ע"כ מזה נראה דשמע מרבו דמלוה בשטר כשיש ללוה קרקעות מועיל מן התורה דאלו מדרבנן הא כל שטר נקנה בכתיבה ומסירה אף אם אין ללוה קרקעות ובלא כתיבה ומסירה הא דעת הרי"ף דאין אותיו' נקנות במסירה בלבד. אלא דכוונתו כשיש לו קרקע הוי המכיר' מה"ת ודינה כדין פקדון רק הואיל דהשעבוד הוא קרקע צריך כומ"ס וזה כשיטת רבינו חיים מובא בתוס' ב"מ (דף נ"ו) על הא דממעטינן שטרות מדין אונאה כ' דאם יש ללוה קרקעות קנה מן התורה שמוכר לו שעבוד שיש לו בקרקעות. ולפי"ז הוצרך הרי"ף לומר דהוי ליה כמתנה דאורייתא היינו דהא במתנות שכ"מ הוא הדין דאין היורש יכול למחול אף כשאין ללוה קרקעות ובזה לא הוי מכירה מן התורה ובכל זאת אינו יכול למחול וגם לא סגי דהוי ליה כאלו הוא מן התורה דהא אף אם מכירת שטרות הוא מן התורה וכן לדעת ר' חיים הנז' דהיכא דיש ללוה קרקעות הוי כמוכר לו השעבוד ומהני מן התורה המכירה מ"מ יכול למחול מטעם דמוחל לו השעבוד הגוף וממילא נפקע השעבוד נכסי ובכל זה בנותן שטרות במתנות שכ"מ אינו יכול למחול לכן הוסיף הרי"ף משום דהוא כמתנה דאורייתא דמטא ליה לידיה דמקבל. ונותן לגמרי כאלו כבר גבה המקבל וזקפן במלוה. וי"ו) וראיתי בס' נתיבות משפט על ר"י (דף ס"ט) דכ' דלרבינו חיים כיון דאם יש ללוה קרקעות קנה מן התור' ואדי דלא מהני מחילה. ומפרש כן גם כן דברי תוס' כתובות (ד' פ"ה) דכ' תימא לר"י דבשלמא כשיש ללוה קרקעות מוכר לו אותו שעבוד אבל כשאין ללוה כלום מה מוכר לו וכ' דלא הוי מכר מן התורה דאי הוי מכר אמאי מחול ומשמע דאם יש לו קרקעות אינו יכול למחול. ולדעתי העניה אי אפשר לומר כן דמימרא דשמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול סתמא קתני אף באם יש ללוה קרקעות ושיטת ר"ח הוא כעין שיטת ר"ת דמוכר לו שעבוד הנכסי' ולא השעבוד הגוף. ועיין ריטב"א ב"מ סוף פ' הזהב ולפי שדבריו נצרכים לנו כ"פ אעתיקם וז"ל מתחילה הביא דמש"ס ב"ב מוכח דמכירת שטרות אף בכומ"ס הוי רק דרבנן וקשיא ליה היכי ממעטינן דאין להם אונאה מקרא וכ' מש"ה פירוש הרב דודאי מכיר' שטרות דאורייתא מיהו אינו יכול למכור גוף ההלואה דאינו בעין ולהוצאה ניתנה אבל שעבוד קרקעות שהוא בעין הוא מוכר ועל השעבוד חלה המכירה אף מה"ת אבל על גוף ההלואה לא חל קניה מן התורה והוא ברשות מוכר ויכול למחול ואי מחל פקע שיעבוד' דאידך ממילא משום שהשעבוד תלוי במלוה והוא עיקר וכשהמלוה בטילה השיעבוד בטל ומפרש בזה הש"ס דב"ב אי אמרת בשלמא דאורייתא היינו שמתנת שכ"מ נקנית כירושה ויש זכיה להמקבל בגוף ההלואה כמו ליורש היינו דאינו יכול

למחול אבל אם הוא מדרבנן לא עדיפא ממתנת בריא ולמה שפרשנו אם מכר שטר חוב לחבירו וזה שקנה אותו מחל אותו אין מחילתו מחילה שיכול לומר לא מחלתי אלא מה שקניתי והוא השעבוד אבל גוף ההלואה לא קניתי ואין בידיו למחול והו"ל מלוה על פה כך שמעתי והאי דינא לכאורה הוא כפי דברי הרב כפי הדין אבל כי מעיינת שפיר אין הדעת סובלתו דכי אמרינן דאינו קונה גוף ההלואה מפני שאינו יכול להקנות לו דבר שא"ב אך דעת המלוה שיקנה כל אחד חובו והרי הוא כמו שנתן לו רשות שיעשה מן החוב מה שירצה וגם שיקבל ממנו מעות אם ירצה לפרוע מעות ואעפ"י שלא מכר לו מעות אלא שעבוד והטעם מפני שכבר גלה לו כל דעתו במכירתו שיעשה מן החוב מה שירצה תדע דבתר גילוי דעתו אזלינן דמי לא מודה הרב שאם פרע הלוה להקונה מעות כבר נפטר הלוה ואינו יכול המלוה לבקש מעותיו ע"פ ולומר שלא מכרתי אלא שיעבוד שאם תפרענו קרקע נמצא דבתר גילוי דעתו אזלינן וכיון שיש רשות להקונה לקבל מעות ולהשיבם אליו אם ירצה גם כן יש לו רשות למחול ולומר לו הריני כאלו התקבלתי עכ"ל הצריך לענינינו הרי דאף אם יש לו קרק' ומוכר לו החוב מ"מ גוף החוב אינו מכור מה"ת ומחילתו של המוכ' מהני שמוכר גוף ההלואה וממילא נפקע השעבוד וכן הוא גם כן דעת ר"ח והוא ממש כשיטת ר"ת דסובר מכירת שטרות דאורייתא ומוכר השעבוד נכסי ושעבוד הגוף נשאר בכח המוכר ולכך יכול למחול שעבוד הגוף ונפקע השעבוד נכסי כן לשיטת ר"ח דהוא סובר דצריך על מה לחול המכירה ואם יש ללוה קרקעות חל המכירה על השעבוד קרקעות דסובר דשעבוד קרקע בר מכירה הוא ולא גוף הלואה וכשמוחל גוף ההלואה נפקע שעבוד הקרקע ממילא ודינא דשמואל הוא בכל אנפי אף אם יש לו קרקעות:

זי"ן) ושיטת הסוברים דמכירת שטרות לאו דאורייתא הוא אף דיש ללוה קרקעות ונשתעבדו להמלוה מ"מ ליתא במכירה דאינו ברשותו כמו שכ' תוס' ב"ב ובנ"י שם משם רבינו יונה כיון דעכשיו אינו שלו ואינו יכול להקדישו כרבא דבע"חמכאן ולהבא גובה. אולם צריך להבין דבריהם מה ראי' מהא דבע"ח מכאן ולהבא גובה הא שם איירי באקדיש מלוה גוף הקרקע שיגבה ולא איירי דמקדיש גוף החוב וכמו שכ' שם רש"י מס' פסחים דלא הקדיש החוב אלא הקרקע וכשבא לגבותו מן הלוה חוזר מן ההקדש לכך לא מהני אבל אם מקדיש גוף החוב או השעבוד י"ל דמהני ועיין קצוה"ח (ס"ק ב') דהניח דברי תוס' בצ"ע דכתבו דמקדיש גוף החוב לא מהני אף מדרבנן מנין להו מש"ס הנ"ל דלא איירי דמקדיש גוף החוב דהא שם קאמר אי אקדיש מלוה גם אי זבין מלוה ובמכר מהני כשמוכר בכתיבה ומסירה וכזאת קשה על רמב"ן מלחמות ב"ק (דף

ל"ו) דדעת בעה"מ שם דיכול להקדיש מלוה וכ' הרמב"ן דהוי א"ב והביא ראיה מרבא דהואיל דמכאן ולהבא גובה לא מהני ההקדש ומאי ראיה מייתי מרבא דלא מהני אם אקדיש הקרקע דמ"מ נוכל לומר דאם אקדיש גוף החוב דמהני:

וקצת יש לומר דהם סברו דעל כרחך אף לאביי דסובר למפרע גובה איירי דאקדיש גוף החוב וכל שעבודו של המלוה שיש לו על נכסי הלוה דאי לא אקדיש רק גוף הנכסים מה שיגבה יקשה חדא מה מהני ההקדש הא מ"מ הוה הקרקע כעת אינו ברשותו של המלוה דהא אין בידו להוציא בדין קרקע זו דיכול לסלקו בזוזי. ובהגהותי בדברי חיים דיני מכירה (סי' ל') כתבתי דמזה מוכח כשיטת הרמ"ה בש"מ ב"ק (דף ל"ג) דאף דבר שאינו ברשותו ממש כמו גזל מהני ההקדש אם בא אחר כך לרשותו. אולם כבר כתבתי שם בהשמטות דדעת המרדכי (פ"א) דב"מ הוא להיפך וכן מוכח מכמה ראשונים דלא ס"ל דיהני ההקדש ומכירה אף אם בא אחר כך לרשותו. ועוד איך מהני ההקדש על גוף הקרקע דאינו שלו ואם נאמר דחל הואיל דנשתעבד לו כיצד יהיה היניקה חולין דהא הפירות מזמן ההלואה עד שגובה הם של הלוה גם הא דעת כמה ראשונים דאף הלוה אינו יכול להקדיש גוף הקרקע שהוא ממושכן ביד המלוה כיון דחל שעבודו כמבואר יו"ד (סי' רכ"א) ובש"מ כתובות (דף נ"ט) ועיין ש"ך ח"מ (סי' ריא) ובנתיבות שם ובד"ח דיני מכירה ומכ"ש המלוה אינו יכול להקדיש אף אם נאמר דהגוף שלו אם איגלאי מילתא למפרע דבא הקרקע לידי גובייא מ"מ אז הא הוי אינו ברשותו וא"י להוציא בדיינים. לכך יש לומר דאביי כיון דסובר שעבודא ל"ד והטעם כ' הריטב"א (דף י"ג) בקידושין משום דאין קנין לחצאין. אם כן אף דרבנן תקנו שישתעבדו נכסי הלוה יקשה מ"מ באיזה כח יש לחכמים להפקיע כח הלוה שלא יהיה בכחו להקדיש הא מה"ת הוא שלו וברשותו וכיצד יפקיעו כח ההקדש לכך סובר אביי דרבנן אלמוהו לשעבודו דהמלו' יהיה כעין שותף בכל נכסי הלוה לפי ערך חובו ויחול שעבודו של המלוה שכל מה שיגבה יהיה שלו למפרע ואם מסלקו במעות לא נאמר דמשלם לו חובו ונפקע השעבוד ממילא רק הוי כאלו המלוה מוכר השעבוד שלו להלוה והפרעון הוא תמור' השעבוד ואם מגביהו הלוה קרקע בחובו חל ממילא למפרע הקנין והוי כמו לר' יוחנן במקדש אשה מעכשיו לאחר ל' יום דסובר שיורי שייר כמבואר קידושין (דף ס') ומבואר שם בראשונים דמתחיל מעכשיו ונמשך הקנין ונגמר לאחר ל' יום על תנאי גם כן דאם יתקיים התנאי יתחיל הקידושין מעכשיו ויגמרו לאחר ל' ואם לא יתקיים יתבטלו ובאופן זה גם כן כשמלוה מעותיו מקנה לו הלוה נכסיו לשעבודו שיתחיל הקנין מעכשיו ויהיה נגמר כשיגבה ואם לא יבא לידי גובייא רק שישלם לו יהיה חל על זה ההקדש ויהיה למפרע

שלו היינו תמור זכותו ויסתלק שעבודו מן הנכסים ובאופן זה ממילא אם מקדיש המלוה או מוכר היינו מה שיבא לידי גובייגא חלף שעבודו מהני ואיירי דמקדיש כל קנינו לכך שפיר מהני ההקדש ולא הוי כא"ב. ואם כן שפיר כיון דאיירי לאביי ע"כ דמקדיש כל זכותו ואעפ"כ סובר רבא הואיל דמכאן ולהבא גובה דלא מהני ההקדש על כרחך דאינו יכול להקדיש החוב ואם מכר המלוה אף דמכר כל זכותו ובכלל הקרקע שיגבה גם כן לא מהני לרבא רק אם מוכר השטר חוב זה ענין אחר שמוכר גוף ההלואה והוכיחו תוס' שפיר דאינו יכול למכור החוב לרבא הואיל דמכאן ולהבא גובה דהא אף לאביי איירי במקדיש גוף החוב גם כן או שמוכר גוף החוב רק לא במסיר' השטר באופן שיגבה הלוקח וההקדש מהמלוה דבזה באמת מהני מדרבנן או במסירה לבד או על ידי כתיבה ומסירה רק הוכחת התוס' דאם תאמר כשיטת דיכול למכור מן התורה גוף השעבוד מהראוי לומר דמהני מכירת הקרקע וההקדש מה שיגבה כיון דכבר נשתעבד לו:

ח) ועיין ריטב"א ב"מ שם שכ' עוד הוצרכתי להוסיף על דברי הרב שאמר שמה"ת חלה המכירה והמתנ' בשעבוד שהוא בעין משום דקשה ליה הא אינו יכול להקדישו משום דקיי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא גובה ואי אקדיש מלוה לא קדש וכיון דאינו יכול להקדיש אינו יכול לתת דכל מתנה שאם הקדיש' אינה מקודשת אינה מתנה ושלא נשבור דברי הרב נפרש דאינו יכול להקדיש גוף הקרקע עד שיהא שלו מיהו אם היה מקדיש שטר חוב יחול עליו שם הקדש כענין שאנו אומרים במכר שיהיה רשות להקדיש לתבוע החוב ולכשיתברר שיעבודו יחול עליו ההקדש מכאן ולהבא ואין לומר הכא נמי מי איכא מידי דהשתא לא קדיש ולקמיה קדיש דכיון דיש לו עליו קנין כ"ד לגבי השעבוד מחמת אותו השעבוד מתפשט ההקדש בקרקע כשיגבנו בחובו וכן נמי אמרינן באומר הרי עלי מנה להקדש שנשתעבדו כל נכסיו להקדש דאין ההקדש חל עליהן עד שיגבנו הקדש בחובו ואפילו לרבא דמכאן ולהבא גובה מודה הוא שיש לו קניה באותן קרקעו' למפרע שהוא תובע וטורף אותן מן הלקוחות למפרע מיום ההלוא' דאם לא כן איך יטרוף אותן מיהו אותו קניה אינו מועיל לגבי הקדש שיחול עליהן מעכשיו דגבי הקדש רשותו ממש בעינן וכיון שיכול לדחותו מאותו שעבוד לא אקרי רשותו תדע דהא מטלטלי אף דיכול להוציא בדייניין אינו יכול להקדישם מיהו אם היה מקדיש שטר חוב חל ההקדש באותו כח שיש לו בשעבוד מכח השטר שהוא ברשותו ויתבע ההקדש החוב כמו קונה שטר חוב מחבירו כמו שביארנו עכ"ד הרי דהריטב"א מדחיק עצמו לחלק בין אם מקדיש גוף החוב לאם מקדיש שעבוד מקרקע שיגבה והתוס' וסייעתם סוברים כיון דמכאן ולהבא גובה אף דנשתעבד לו הוי כא"ב וליתא במכירה דהא שם

ע"כ איירי דמקדיש כל חובו כנז' וליכא מסירה לכך לא מהני אבל אם מכירת השטר מן התורה מטעם דשעבוד הקרקע הוא כקרקע לא יצטרך אף כומ"ס לגבי הקדש אלא ודאי דלא מהני רק מדרבנן וגוף ההלואה אינו יכול למכור דמלוה להוצאה ניתנה והוי א"ב ודשלבל"ע והשעבוד נגרר אחר ההלואה ואתי שפיר דברי רמב"ן מ"ד בהשגתו על בעל המאור הנז':

והנה דברי ריטב"א ב"מ סותרין קצת לדבריו במס' קידושין (דף מ"ח) דשם הקשה כיון דלא מכר השה"ג האיך הוא יכול לתבוע להלוה וכ"ת שבכלל הקנאת השיעבוד יש הרשאה לתבוע מהלוה אם כן כשמת המוכר תבטל ההרשאה ותבטל המכירה שהרי אינו יכול לתבוע הנכסים שלא יתבע את הערב תחילה כדאמרינן ב"ב (דף קע"ד) וכ' דהלוה נעשה בשעת מתן מעות כאומר משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול ולכך אף בגר שמכר שט"ח ומת דפקע שעבוד הגוף אעפ"כ גובה הלוקח ועיין ש"ך ובאמת אם נאמר דהוי כמו הרשאה יותר היה לו להקשות אף אם לא מת המוכר יהיה בידו בעודנו חי לבעל ההרשאה כיון דעל שעבוד הגוף לא חל מכירה רק על שיעבוד הנכסים ואינו יכול לתבוע הערב עד שיתבענו להלוה גם מה שכ' דנעשה כאומר הלוה משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך יקשה אלא מעתה הקנה לנולדים מאי איכא למימר וכבר עמד על זה בקצוה"ח (ס"ק מ') והעלה דהוי כאלו הלוה אינו בפנינו דיכול לגבות מן הערב ועיין בדברי משפט (סי' ס"ו ס"ק א') מה דגמגם על דברי קצוה"ח וכ' הוא דבאמת עיקר סמיכת דעת הוא על הערב שהוא קרקעות רק הא דלא יתבע את הערב תחילה הוא כמו שכ' רשב"ם ב"ב שם דלמה נזלזל בנכסיו להוריד בהן את המלוה חנם שמא יסלקנו לוה במעות ולא יצטרך לירד לנכסיו וכיון דהלוקח השטר מודיע להלוה שהברירה בידו לסלק שעבודו שקנה מן המלוה שפיר אם אינו משלם גובה הקרקע שזכה בשעבודו שקנה. ויש לומר דזה כוונת הריטב"א דכ' דנעשה כאומר בשעת מתן מעות משתעבדנא לא דמשעבד נכסיו ממש לכל מאן דאתי מחמת המלוה דאם כן יקשה הקנה לנולדים מא"ל גם אם כן למה צריך להטעם דשעבוד הגוף אינו יכול למכור יאמר דהוי כהתנה לשעבד לכל מאן דאתי מחמתו אם לא ימחול. אלא ודאי דבאמת הלוה אין צריך לשעבד נכסים לכל מאן דאתי מחמתו רק משעבד לו לבדו ומי שיזכ' מכחו של המלוה אף לנולדים זוכין בשעבוד הנכסים רק שמשעבד גופו שלא יצטרכו דוקא לתבוע אותו תחילה דאף שאין בכחם לגבו' שלמ"ד הלוה שלא לזלזל בנכסיו הא מ"מ אף אם רוצה לגבות שעבודו מדעת הלוה הא אינו יכול לתבוע להלוה ע"ז קאמר דהלוה משעבד לזה נכסיו להמלוה שיהיה בכחו למכור ולתת השעבוד במתנה כל זמן שלא

יפקע השעבוד הגוף מכחו דהמלוה. ולכך סובר דאף בגר שמת דפקע שעבוד הגוף מ"מ גובה הלוקח שכבר הוא משועבד לו כל זמן שלא פרעו המלוה לא דנכסיו משועבדים לו מכחו דהלו' דזה ודאי לא רק שזכה בהשעבוד נכסיו והלוה התרצה שכל מי שיזכה מכח השעבוד נכסיו בקנין המועיל יקח שעבודו. ובזה אפשר לכוין יחד עם דבריו שבב"מ דלכאורה כיון דאתי עלה מטעם גילוי דעתו דהמלוה שיעשה הלוקח עם החוב מה שירצה יהיה יכול לחזור בו אלא ודאי דגם הלוה שעבד לו הקרקעות ע"ד שיהיה בכחו למכור השעבוד לכל מי שירצה ויבא מכחו אף דלא נשתעבד גופו להלוקח וגם לא זכה בחובו היינו גוף ההלואה רק בהשעבוד מ"מ זה שבא מכחו יזכה בהשעבוד כל זמן שלא נמחל מכחו של המלוה השעבוד הגוף וממילא כשפרע להלוקח או שמוחל לו השעבוד נכסיו אינו יכול המלוה לתבוע החוב מן הלוה בעד שעבוד הגוף והיינו גוף ההלואה דיכול לומר לו הלוקח הרי אני כאלו התקבלתי:

ט) ויש להסתפק עפ"י דברי ריטב"א ב"מ אם לקח גר השטר חוב מהמלוה ומת דנפקע שעבוד הנכסים דזוכה בהן הלוה כזוכה מן ההפקר אם מ"מ יכול המלוה לתבוע מן הלוה גוף ההלואה בתורת מלוה ע"פ דהא היה ס"ד דהריטב"א וכן כתב ששמע באם מחל הלוקח לא נמחל רק השעבוד הנכסים וגוף ההלואה דלא קנה אין בידו למחול והוי מלוה על פה רק דכתב כיון דגילה דעתו שיכול הלוקח לעשות עם החוב כפי שירצה והוי כאלו קבל מעות והחזיר לו דיכול לומר הרי אני כאלו התקבלתי ולכך נפקע גוף ההלואה וזה אתי שפיר אם מחל בפירוש אבל כשמת דלא שייך כאלו קבל המעות רק ממילא הואיל דאין לו יורשים נפקע שעבוד הנכסים והמלוה כבר נסתלק במכירתו ללוקח מן שעבוד הקרקעו' אבל מ"מ כיון דגוף ההלואה לא מכר י"ל דיכול לתבוע מן הלוה כמו מע"פ כיון דנתחייב גופו לו וצ"ע בזה:

וי"ל אף דהמחבר פוסק כבעה"ת בגר שמת והיה בידו שטר חוב ומכר בחייו דנפקע החיוב מלבד די"ל דפוסק דמכירת שטרות הוא מדרבנן ולעולם מהני מחילה ופקע החיוב וכמו שכ' בתומים (ס"ק ס"ד) י"ל אף לדעת הסוברים דמכירת שטרות מה"ת מ"מ כיון דלא קנה גוף ההלואה רק השעבוד אף דנשתעבד הלוה לכל מאן דאתי מחמתו לא גוף השעבוד נכסים רק שיהיה ביד המלוה למכור ושלא יערער מצד דאין נפרעין מן הערב תחילה ומצד שעבוד הגוף שנשאר ביד המלוה כ"ז שלא ימחול לו השעבוד הגוף סובר דלא התרצה לזה רק כל זמן שלא יפקע השעה"ג הן מחמתו הן ממילא ואם יפקע שעבוד הגוף בכל אופן שיהיה יפקע ממילא השעבוד נכסי. ובזה אתי שפיר הא דכ' הריטב"א מס' מכות (דף ד') משם מורו הרא"ה ז"ל במוכר שט"ח אם מחל לו להלוה משום ערבות

או שעבוד שום קרקע דשמין כמה יפחתו דמי החוב מפני כך אם בא למוכרו ומשלם לו ומבואר דיכול למחול אף שעבוד מקרקע אחת ולכאורה אם נאמר דשעבוד נכסים זוכה מה"ת א"כ למה יכול למחול כ"ז שאינו מוחל גוף ההלואה וראיתי בס' בית מאיר אה"ע (סו"ס ק"ה) דכ' דלשיטת ר"ת כל זמן שלא מחל גוף החוב הוי כנותן דבר שאינו שלו ואינו דומה להא דמבואר בש"ע דהמוכר יכול להאריך זמן פרעון דשם עכ"פ כ"ז זה מוחל נמי שעבוד הגוף. וכ"כ הקצוה"ח (ס"ק ל"ז) וכתב דהריטב"א מס' מכות אזיל בשיטת דמהני מחילה משום דמכירת שטרות הוא מדרבנן וזה ודאי ל"נ דשיטת ריטב"א בכמה מקומות משם רבו כשיטת דהוא מה"ת. אולם באמת למה שכ' דהא דיכול לגבות מקרקעותיו בשביל שזכה בשעבודו אף דלא יתבע את הערב תחילה הוא משום כיון דנשאר שעבוד הגוף אצל המלוה והלוה התרצה בזה כ"ז שלא נפקע חיוב הגוף י"ל דאף מקצת חיוב הגוף יכול לסלק ממנו וכיון דנשאר ביד המלוה שעבוד הגוף שיסלק שעבודו מקרקע הזאת היינו או בממון או מקרקעותיו שיגבנו וכיון דנסתלק שעבוד הגוף שלא יתבענו לסלק לו חובו מקרקע הזאת גם הלוקח אינו יכול לגבות שעבודו של הקרקע הזאת אף דכבר זכה בו והוי כמוחל דבר שאינו שלו מ"מ הא לא יכול לתבוע את הערב תחילה כ"ז שלא יתבע הלוה ושפיר יכול המלוה למחול השעבוד הגוף שלא יתבענו לפרוע לו מן הקרקע הזאת וממילא אין הלוה יכול לגבות וכמ"ש הריטב"א קידושין: יו"ד) ולכאורה להנך דסוברים דמכירת שטרות הוא מה"ת מטעם דמוכר שעבוד נכסים על כרחך דס"ל שעבודא דאורייתא דאם לא כן לא משכחת מה"ת שיחול מכר על שטרות ומכח זה תמה בתומים על הש"ך דבסי' (ל"ט) הכריע דשל"ד ואיככה הכריע דמכ"ש דאורייתא וכן יקשה על שמואל דס"ל של"ד ע"כ מכירת שטרות ל"ד. וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני הלואה (סי' ל"ג) דכ' ליישב דכפי המבואר ברמב"ן סוף ב"ב אף אם של"ד מ"מ נחתינן לנכסי הלוה לקיים המצוה ועד שאתה כופהו בגוף כופהו בממונו רק כשמת לא יש שעבוד וכן אם מכר אינו גובה מלוקח אבל כשיש נכסים ביד הלוה יש להמלוה זכות לכוף אותו על ידי ב"ד לקיים המצוה וזכות זה יכול המלוה למכור לאחר מה"ת. ואני שמעתי ולא אבין אם כן אם מטעם מצוה הוא דמהני למכור הא לא יש שום שעבוד רק מצד מצוה נחתינן לנכסיו למה כ' ר' חיים דמוכר לו שעבוד קרקעות ומוכר לו השעבוד שיש לו על קרקעות דוקא וגם אם אף דלא חל שעבוד על הקרקעות אם של"ד ומטעם דאין שעבוד לחצאין כמו שכ' הריטב"א קידושין רק זכות מבחוץ יש לו דנחתינן לנכסים שיש ביד הלוה מצד כפיה לקיים המצוה זה הוא גם כן כמלוה על פה ומה צריך למכור דוקא השטר ובמלוה על פה כ"ע מודים דאינו יכול למכור מה"ת וגם מדרבנן רק

על ידי מעמד ג' והא במלוה על פה כשנתברר דלא פרע נמי נחתינן לנכסיו לכופו לפרוע מטעם מצוה ובכ"ז א"י למכו' כיון דזה לכ"ע הוי כדבר שאין בו ממש ולא חל על זה מכירה מה"ת ואם אף בשטר מן התורה לא חל על הנכסים שעבוד רק מטעם מצוה כיצד יחול ע"ז שם מכירה ועוד הא לדעת הרא"ש שטר ראי' אינו יכול למכור כלל רק שטר קנין והא דיכול למכור שטר חוב אף אם של"ד על כרחך או כמו שכ' הקצוה"ח דמוסיף שעבוד על ידי שטר והוי שטר קנין או כיון דלדידן הפקיעו חז"ל השעבוד ממלוה על פה עושה השטר השעבוד וכמו שכ' הנתיבות אבל אם מה"ת ליכא שום שעבוד מה תוסיף תת כח השטר שאינו אלא לראיה בעלמא וליכא שום שעבוד. ואף לדעת הסוברים דאף שטר ראיה יכול למכור על כרחך הוא רק מדרבנן:

ובתשובת אבקת רוכל ממרן הב"י ז"ל כ' (סי' קכ"ג) באחד שהתחייב לחבירו כשיעקור דירתו מחזקתו שימכו' לו ויפצה לסלק המצרנים ומכר זה השטר לאחר ודן הב"י דהחיוב לא מהני אולם דן כיון דהמוכר נשבע לפייס המצרנים ולקיים כל הכתוב בשטר הרי יש לו לבעל השטר שעבוד מכח השבועה שנשבע ותראה דיכול למכור שטר שעבוד זה שיש לו קיום מכירתן דקיום מכירת שטרות דאמר רבנן ומיהו לר"ת שכ' דמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחל הוי משום דתרי שעבודי אית למלוה על הלוה שעבוד גופו שהוא חייב לפרוע ושעבוד כל נכסיו אם לא יפרע מדין. ערב ושעבוד שיש לו למלוה על הלוה לאו בר מכירה הוא וא"כ היכא דליכא אלא שעבוד הגוף אינו יכול למוכרו ואם מכרו אינו מכור וגם הרא"ש סבר דשטר ראיה לאו בר מכר היא כו' ושוב כ' להסוברים דמכ"ש מדרבנן אפשר דאפילו שטר שאין בו אלא שעבוד הגוף תקנו בו מכירה וכן כ' הטור משם ר"י דשטר ראי' בר מכיר' הוא אעפ"י שהרא"ש חולק מידי ספק שבועה לא נפיק עיין שם עוד בדבריו הרי כמו שכתבנו דהיכא דליכא רק שעבוד הגוף תליא בזה דאם מכירת שטרות דאורייתא אם כן לא מצינו שתקנו בזה שיהי' יכול למכור אף שטר דאין בו רק שעה"ג ואם הוא מדרבנן תקנו בכל שטרות. ואם כן קושית התומים עומדת כחומה דאם של"ד אף דכופין אותו ונחתינן לנכסיו מ"מ ליתא במכירה אם מכירת שטרות הוא מה"ת:

ובאמת למה שכ' בש"ע (ס"ו) דשטרו' של כתב ידו הם נקנים בכתיבה ומסירה יש להוכיח דדעתו דמכירת שטרות הוא מדרבנן ותקנו בכל ענין אף שלא יש בו שעבוד נקנים על ידי כתיבה ומסירה דלדעת ר"ת וסייעתו דהוא מה"ת ושעה"ג אינו במכירה אם כן לא מצינו שתקנו בזה וכמו שכ' הב"י בתשובה ומן התורה כ"י לית ליה שום זכות יותר ממלוה על פה. ובפרישה כ' על מה שכ' הטור בכ"י אף דלא חשיב כשטר

לגבות ממשעבדי גובין בו מב"ח אעפ"י דגם מלוה על פה גובה מב"ח מ"מ עדיף כ"י דאם כ' בו נאמנות גובה בו בכל ענין מב"ח ואינו נאמן לומר פרעתי וקשה אם כן הכי ס"ד במע"פ בפני עדים ואמר אל תפרעני אלא בפני עדים או שנותן לו נאמנות יהיה במכירה זה ודאי אינו. אלא ודאי דעיקר הטעם כיון דהוא תיקון מדרבנן שיכול למכור שטר מכר וכמו שכ' הרא"ש פרק ג"פ משום נעילת דלת לכך תקנו שיהיה השעבוד נגרר בתר השטר שיהיה נקנה על ידי כתיבה ומסיר' ולא פליג חז"ל ותקנו גם על כ"י דמ"מ כיון שיש על מה לחול שם מכר על ידי מסירת הכ"י וכתיבה מהני ואף אם ליכא שום תועלת יותר בהכ"י ממלוה על פה ואף להסוברים דנאמן לומר פרעתי על כתב יד כמבואר (סי' ס"ט) מ"מ בר מכירה הוא כיון דיש דבר מה למסור נגרר השעבוד וכל זכותו של המלוה בתר השטר וכמבוא' בלשון רמב"ם (פכ"ב ה"ט) ממכירה. ואם כן להסוברים דמכירת שטרות הוא מה"ת יש לומר דכ"י ליתא במכירה דלא מצינו שתקנו בזה במקום דליכא שעבוד שיועיל המכירה וקשה על שיטת הש"ך דכ' לעיקר דמכירת שטרות הוא מה"ת למה הסכים לדעת המחבר דכתבי יד הם בר מכירה בכתיבה ומסירה איה מצינו בזה תיקון חז"ל מפני נע"ד דתקנו אף על שטר שאין בו שום שעבוד דהחיוב פרעון יהיה נגרר לזכות במסירת השטר ומקור הדין דיכול למכור בכתיבה ומסירה כת"י הוא מתשובת רשב"א ומבואר (סי' תתקפ"ד) דדין שטר יש לו אף דיכול לומר פרעתי אפ"ה יכול למכרו דלמכירת שטרות לא מעלה ולא מוריד והוא סובר דמכירת שטרות מדרבנן לכך לא פלוג עשאו תקנה שיהיה במכירה וכן מבוא' בדבריו (סי' אלף ל"ח) דכשם שתקנו מכירה לשטרות שיש בהם שעבוד נכסים ה"נ תקנו מכירה בכתב יד כיון דגובה מב"ח מוכרו בכתיבה ומסירה ואף למ"ד דנאמן לומר פרעתי דאטו פקדון מי לא מזדבן וכן בהמיוחסת לרמב"ן (סי' ע"ו) כ' דשעבוד נכסיו למכיר' שטרות לא מעלה ולא מוריד וכתב יד דין שטר יש לו אלא שאין לו קול וכן שטר פקדון כולהו מזדבני וטעמא דמלתא דאלו מדאורייתא כל השטרות אין להם מכירה לפי שאין גופן ממון אלא מדרבנן הוא שתקנו להם מכירה כדי לפתוח דלת בפני לוין וכדעת הרי"ף וכן עיקר ואם כן מ"ש כתב יד דמאי איכפת להו בין אין בו עדים ליש בו עדים עכ"ל הרי מבואר דכיון דהוא מדרבנן ליכא נ"מ בין יש בו שעבוד לאין בו שעבוד נכסים אבל אם מן התורה איכא במכירת השעבוד מניין לנו שתקנו דאף גוף הלואה נמכר בכתיבה ומסירה דלמא דוקא על ידי מעמד ג' כמו כל מלוה על פה ורק שטר בעדים דיש לו זכות לטרוף ממשעבדי יכול למכור השעבוד נכסים.

ועיין ברדב"ז (ח"ב סי' תשס"ח) דנשאל על מה שכתב הרשב"א דכ"י דין שטר יש לו אלא שאין לו קול זה א"ש אם כ' בו ששעבד לו הנכסים אבל אם לא כ' לו ששעבד לו כל נכסיו האיך יכול למכרו והשיב דאע"ג דלא כתב ושעבדנא לך כל נכסי כמאן דכתב ליה דמי דקיי"ל שעבודא דאורייתא והך שעבודא הוא דמכר ליה ושפיר מצי למימר קני איהו וכל שעבודא דאית ביה ונראה מדבריו דאף אם מכירת שטרות דאורייתא יכול למכור כתב יד גם כן הואיל דש"ד ונגרר קנין השעבוד אחר מסירת הנייר ואע"ג דליכא שום זכות נוסף בהכתב יד ממלוה על פה הואיל דעכ"פ נכתב בכ"י ג"כ ואף דלא כ' בי' שעבוד נכסים. אולם יקשה בזה שפיר להסוברי' דרק שטר קנין יכול למכור ולא שטר ראיה אם כן כתב יד ודאי לא הוי רק שטר ראיה ובקצוה"ח (ס"ק כ') כ' דשטר חוב נתוסף שעבוד על ידי כתיבת השטר ובנתיבות כ' דלא שייך תוספות שעבוד על שעבוד רק כיון דחכמים הפקיעו השעבוד הוי שט"ח כשטר קנין וכבר כ' לעיל (סי' א') להוכיח ממה דמהני מכירה אף לשטר כתובה דבלא כתיבת כתובה חייב מתנאי ב"ד וע"כ דנתוסף שעבוד בשטר שבזה יהיה אף בר מכירה שיהיה נגרר השעבוד בתר מסירת השטר וזה הכל בשט"ח אבל בכתב יד אם לא יש שום תועלת יותר ממלוה על פה במה נתוסף השעבוד אף לגבות מניה דידיה ובעל כרחך צריך לומר דמ"מ על ידי השטר נגרר גם כן השעבוד כיון שהוא דבר למסור. וא"ל גם כן דרשב"א סובר דאף שטר ראיה יכול למכור וכדעת רבינו ישעיה שבטור וכן דעת רמ"ה פג"פ. דז"א דהרי הש"ע סובר דאינו יכול למכור שטר ראיה ומ"מ כתב יד יכול למכור ועיין ברבינו ירוחם (ני"ד) שם הביא דעת הרא"ש דשטר ראיה אינו נקנה בכתיבה ומסירה ואחר כך הביא משם הגאונים דכתב יד דגובה מב"ח אף דנאמן לומר פרעתי מהני מכירה הרי דאף אם שטרי ראיה לא נקנו בכתיבה ומסירה מ"מ כתב יד עדיף. ומ"מ צ"ע דמכולם נראה דרק כיון דש"ד איתא במכירה אבל אם של"ד ליתא במכירה:

יב) עוד כתב שם הרדב"ז וז"ל ומסתברא לי שאין הדברים אמורים אלא בשכתב ידו יוצא ממ"א אז יש לו דין שטר אבל אם אין כתב ידו יוצא ממ"א מצי למימר מזוייף הוא וחספא בעלמא ואין לו דין שטר ואפילו יודה אחר המכירה שזה כתב ידו אין המכירה כלום דהשתא הוא דמשוי ליה שטרא דמעיקרא מלוה על פה היתה ואינה נמכרת וברור הוא עכ"ל. ולא אבין טעמו של דבר למה לא ומ"ש שטר מכתב יד לענין זה הא ודאי במלוה בשטר אף דאינו יכול לקיים חתימת יד עדים אם הלוה מודה מהני המכירה דהא כיון דהשטר אמת הוא לא הוי כמוכר חספא בעלמ' ומ"ש כתב יד. ואפ"ל לדעת הש"ך (סי' מ"ו) דדוקא בשטר בעדים הוי כנחקרה עדותן בב"ד ואין צריך קיום רק מדרבנן מה שאין

כן בכתב יד. אולם גם שם העלו האחרונים והוכיחו דמקיימין כתב ידו מה"ת ומשום דלא חציף לזייף וכן מבואר בתשובת רשב"א המיוחסת (סי' ע"ב) דלא חציף לזייף ואין חילוק בין כתב ידו לשטר אם כן למה יגרע כתב ידו לענין מכירה. ואם הלוקח יודע בבירור שאינו מזוייף ודאי מהני המכירה דהא יודע שהכתב יד הוא אמת ונ"מ אם יתפוס בלא עדים יהיה נאמן בתפיסתו במגו דלא תפסתי וגם אם יש לו שטר ויש בו טענת דיש בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש בידו ממון של הלוה ומהני תפיסתו העלה בתומים (סו' סי' ע"ה) דיכול למכור ודלא כחות יאיר ע"ש ואף דהוי לגבי המלוה כאינו ברשותו דאינו יכול להוציא בדיינים מ"מ מהני המכירה כדי שיועיל תפיסה מהלוה ועיין טור ורמ"א (סי' ת"ז) בשור תם שהזיק בזמן הזה דלא דנין דיני קנסות מ"מ אם מכרו ניזק מכור וכשיתפסנו יקחנו הלוקח הרי אף דאין לו זכות בו ולא יש דיינים בזה"ז שידונו רק אם יתפוס אין מוציאין מידו לא הוי מטעם זה בא"ב ומהני מ"מ מכירה ועיין מה שכ' בהגהותי בדברי חיים דיני מכירה (סי' ל"ב) להוכיח מזה כדעת הרמ"ה בש"מ ב"ק (דף ל"ג) דאף בדבר שא"ב דאינו יכול להקדיש מ"מ אם מוציא מיד הגזלן חל ההקדש למפרע. אולם לדברי ראשונים דסברי דלא חל ההקדש והמכר על דבר שא"ב ובפרט כשאינו יכול להוציא בדיינים יקשה אמאי מהני בזה"ז המכירה משיתפסלו וצריך לומר כיון דבאמת חייב לו בבירור רק החסרון הוא שלא יש דיינים ולא נמסר לב"ד והבעלים אינם תופסין בידם על שם גזילה דמה"ד אף לצידש"ש אינם חייבין כ"ז דלא חייבו ב"ד סמוכין כמבואר לעיל דיני דיינים ואם היו דיינים היו מחייבין אותו לתת לו השור ומטעם עביד אינש דינא לנפשיה יכול לתפוס ולזכות בו מהני מכירת זכות זה לתפוס ועדיף מדבר שא"ב ואינו יכול להוציא בדיינים דשם עכ"פ זה כופר בו מה שאין כן בזה דהוא רק מחסרון דיינים. וכמו כן היכא דהוא סד"ד אם חייב לשלם וזה אומר קים לי אם הוא מוחזק יכול למכור זכות זה שיש לו בשטר כן נמי בכ"י אף דאינו יכול לקיימו מ"מ כיון דהלוה מודה ק"ו דיכול למכור. ועיין תשובת רשב"א (סי' תתקפ"ד) שכ' דכ"י אף דנאמן לומר פרעתי אפ"ה יכול למוכרו וכ' תדע שאף בפקדון שיכול לומר נאנסו או החזרתי או שיש בו נאמנות ללוה ודאי יכול למכרו עכ"ל הרי דמדמה כתב יד לשטר ופשיטא ליה דשטר שיש בו נאמנות ללוה דמ"מ אם אינו אומר שפרעו מהני המכירה ומ"ש אם אינו יכול לקיימו דמ"מ כיון דהלוה מודה שכתבו לאו חספא בעלמא הוא ולא הוי כמע"פ:

ועיין בנו"ב מהד"ק חח"מ (סי' ל"א) תוך דבריו שכ' ועוד שאפי' אם היה נשבע בפירוש ע"ז מ"מ כיון שכבר כתבתי שגוף המעות נשאר שלו אלא שא"י לתובעו מצד השבועה מ"מ כיון שגוף המעות שלו הרי יכול למכרו ואפשר שאיננו עובר על השבוע' כלל שע"ז

לא נשבע כלל שנשבע רק שהוא לא יתבענו ועוד שלא איכפת לן בזה לדינא שעכ"פ הלוקח שכבר קנאו א"צ לקיים שבועתו של זה ויכול לתובעו ולהוציא את שלו עכ"ל ומבואר מדבריו דאף היכא דנשבע שלא לתובעו מ"מ יכול למכור השט"ח כיון דעכ"פ יש כאן חוב ואף דהוי כאינו ברשותו מ"מ מהני המכירה ויש לחלק מדברי רדב"ז הנז' דשם עכ"פ החוב ברור רק ארי' דרביע עליו שלא לתבוע וצ"ע בכ"ז:

יג) ועיין תוס' כתובות (דף פ"ה) דכתבו לתרץ הקושי' דל"ל קרא למעט שטרות מאונאה אם מכיר' שטרו' לאו דאורייתא דנהי דחוב אינו מכור מ"מ שייך בו אונאה שהוא שוה הרבה לקונה שימכרנו בדמים יקרים ללוה וצריך להבין דבריהם אטו בשופטני עסקינן אם הלוה חייב לשלם להמלוה והמכירה אינה מועלת מה"ת דהוי מילי בעלמא ולמה יקנה הלוה הנייר כיון דאף אם הנייר אינו ביד המלוה ואף בנאבד או נשרף החוב נשאר הלוה בחיובו ואף אם נאמר כשהשטר הוא בעולם אינו חייב לשלם כ"ז שהראיה הוא בעולם מ"מ אם יהיה ביד הלוה דומה כאלו נשרף וליתא בעולם דחייב הלוה לשלם ואף אם מכר השטר ומסר ולא כ' דעת הרמב"ם דהלוה חייב לשלם כמבואר בקצוה"ח (סי' נ"ד) ואף די"ל דזה דוקא היכא דהמכירה בטלה הואיל דמכר לו החוב עם השעבוד אבל אם מכר בפירוש רק השטר לבד ושיהיה שלו בזה אין הלוה חייב לשלם הואיל דהוי כאלו הטמין בידים השטר מ"מ זה הוא אם נשאר בעולם ביד אחר אבל אם הלוקח מכרו להלוה כיון שהגיע לידו למה לא יהיה הלוה חייב לשלם להמלוה. ונראה די"ל דהתו' חתרו למצוא אופן דמשכחת אונאה מדאורייתא היינו במכירת השטר כגון אם הלוה טוען פרעתי דאינו נאמן מטעם חזקה דשטרך בידי מאי בעי וחייב לשלם להמלוה. ואז השטר שוה הרבה למכור שימכרנו בדמים יקרים ללוה וכשלא נמצא השטר ביד המלוה והלוה יודע בעצמו שפרע לו רק שיודע שלא יזכה בדין ויתחייב לשלם בזה ודאי יחפוץ לקנות מן הלוקח השטר או באופן שהלוה יודע שיש לו ביד המלוה כנגדו. וזה נמי מה שכ' תוס' ב"ב והסמ"ג דמשכחת שמצא השטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו ביוקר ובאחרונים הקשו על זה דהא להחוב לא מהני יאוש ואם הכוונה הוא על הנייר גופה וכמו שכתב הח"צ בטו"ז (סי' קס"ג) הא מ"מ כיון דגוף החוב של המלוה הוא ממילא מחויב המוצא להראות השטר בב"ד כמו מי שיש לו זכות על אחר ועיין קצוה"ח (סי' ס"ה ס"ק י') ובריש (סי' ס"ו) כ' דאף דדברי תוס' יש לפרש כמו שכ' הח"צ דברי הסמ"ג לא משמע כפירושו מדכ' ומכר לבעליו דהמכירה הוא דאורייתא כיון שהשטר נכתב על שמו דלמה צריך לומר שהשטר נכתב על שמו ועיינתי בדברי הסמ"ג ולא כתב בו רק ומכרן לבעליו שבענין זה המכירה מה"ת ולא כ' כיון שהשטר נכתב על שמו י"ל דכוונתו

נמי על גוף הנייר ואיירי שהלוה טוען פרעתי ובענין דלא איתרע בנפילה והמוצא זוכה בגוף הנייר ואף דמחויב להראות השטר בב"ד מ"מ המלוה יקנה גוף הנייר ממנו למען תהיה הראי' בידו בכל עת. ועוד דהלוה לא יצטרך לשלם עד שיחזיר לו השטר דיאמר מי יאמין להמלוה שנאבד ממנו דלמא מכרו לזה שאומר שמצא אותו והוי כמטמין בידים השטר ולא יהיה חייב לשלם לו ואם כן שוה השטר ממון הרבה ומ"מ כיון דאין גופו ממון ממעטינן מדין אונאה:

וראיתי בנתה"מ שכ' לפרש דברי תוס' הנז' דבקונה לצור אינו צריך להראות השטר דלגוף השטרות מהני מכיר' מה"ת וניקנות במסירה וכיון דיכול למכרו ללוה הה"ד לאחר ויכול להחזיק בשטר בגוף הנייר ולמכרו ללוה או למלוה וה"נ בהפקר ויאוש לענין זה שהזוכה יכול לזכות בהשטר למכרו ללוה ומהני לענין זה כיון דהשטר מקרי גורם לממון ובשאר גורם לממון כגון בשור הנסקל בבית שומר לר"ש אם נאבד ונתייאש השומ' ממנו זוכה בו המוצא ומהני היאוש גם כן לגורם לממון לר"ש דס"ל גורם לממון כממון דמי מכ"ש בשטר לזכות בגופו למכרו למלוה או ללוה דממון גמור הוא דמהני יאוש לענין זה ולדעתי העניה אף כי הרב ז"ל אחז דרך זה הרבה פעמים ובכו"כ דיני' המסתעפי' מזה לא נראה כן דהא במתניתין דב"מ אלו דברים שאין להם אונאה בסיפא קתני רש"א קדשים שהוא חייב באחריותן יש להן אונאה והיינו דסבר גול"מ כממון דמי אבל ברישא דקתני שטרות דאין בהן אונאה מודה ר"ש והיינו דקאמר בגמ' ב"ק (דף צ"ח) אימר דשמעת ליה לר"ש בדבר שעיקרו ממון בדבר שאין עיקרו ממון מי אמרינן דשטרות לעולם לא הוי ממון. ואם נאמר דכל שטר שוה ממון לענין זה שיכול למכור להחזיק בנייר למי שיצטרך להחזיק בידו עד שיתנו לו ממון הלוה או המלוה אם כן ודאי הוי כגופו ממון אלא ודאי כיון דנתמעט מאונאה הואיל דאין גופו ממון לא חל המכר על זה בשטר העומד לגבות דהוי כדבר שאין בו ממש וללוה לא יכול למכור דהא כיון דהלוה נשאר בחיובו להמלוה כיון דלא מכר לו רק ראיותיו וכשבא ליד הלוה שוב הוי כנאבד ונשרף השטר ונשא' בחיובו לשלם להמלוה ואף אם מכר לו לזה השטר מ"מ הואיל דאין גופו ממון לא נתפס הקנין על זה ואף אם מכר או נתן לו השטר בפירוש לזה שלא יצטרך להראות השטר מ"מ כיון דלא זכה בהשעבו' נשאר הלוה משועבד להמלוה. וכוונת תוס' הוא דוקא אם טוען הלוה דכבר פרע לו אז שוה לו ממון ומהני המכירה מה"ת כיון דהמלוה מכר לו גוף הנייר שיכול לעשות בו כרצונו אז יקנה ממנו הלוה כיון שיודע בעצמו דאינו חייב לו וכשהשטר לא יהיה בידו יהיה נאמן לומר פרעתי ובכ"ז נתמעט מדין אונאה הואיל דאינו גופו ממון. אבל בלא זה נראה דלא נתפס הקנין בזה אם אינו זוכה בהשעבוד והא דכ'

הר"ן בעובדא דמלוגא דשטרי דתהיה נאמנת למשכון תפסתי במגו דלקוח ונאמנת לגוף השטרות לצור וכ' משום דאין אדם עשוי למכור שטרותיו לצור ואי אמרה שמכרן בין לגופן בין לראיה ומסרן ולא כתב כיון דבטל לענין שעבוד בטל לענין גוף הנייר ומבואר דכשקונה רק לגופן יכול להחזיק בגוף הנייר ולמכרן ללוה כמו בטוען למשכון אינו ראיה דודאי אם הי' נאמן לומר לקוח שקנה גוף הנייר להחזיק ולמכור ללוה יש לומר גם כן דאינו נאמן אם כבר נראה השטר בפני ב"ד דכבר אינו יכול למסור ללוה רק קושיתו שתהיה נאמנת למשכון והיתה יכולה לפשר עם הלוה במגו דלקוח היינו גם כן דאמרה שלקחה מאביהן והיתה מוסרת ביד הלוה וגם דיש לומר כשמכר הנייר לבד אינו מחויב להראות השטר בפני ב"ד דעיקר החיוב הוא מטעם השבת אבידה ולא כשאבד בידים ראייתו ואם כן אם היה הדרך למסור הנייר לצור והי' נאמן דלקח הנייר סובר הר"ן דאינו מחויב להחזיר ולהראות ראיותיו בפני ב"ד כדי שיגבה מן הלוה כיון דכבר היה בידו והוציא ראיותיו למכור הנייר זכה הלוקח בהנייר ואינו חייב להראות ראיותיו בפני ב"ד ויכול לפשר א"ע עם הלוה:

יד) והש"ך (ס"ק ו') הביא משם הריטב"א קידושין דבמתנה קנה הנייר כשמסר ולא כ' אלא שיש להראותו בב"ד לזכותו של זה כשם שמוצא שאר ראיות מדין עדות דדוקא במכר ולא קנה אדעתא דנייר והוי מק"ט ונתבטל לגמרי ולא זכה בנייר דאין קנין לחצאין אבל במתנה כל מה שנתן מתנה הוא. ובנתיבות כתב דלמה שכ' משם תוס' דמהני מכירה ונתינ' לענין שיכול למסור השטר אף ללוה מכ"ש שא"צ להוציא להראותו בב"ד וכ' לכן דין זה הוי ספיקא דדינא. ואי מש"ה לא אירי' אף לשיטתו די"ל דהתוס' והר"ן מודים לזה דרק כשמכרו לצור ולא השעבוד בזה אין צריך להראותו בב"ד מצד השבת אבידה ומתורת עדות כיון דברצונו מכר לו והוציא ראיותיו מידו וידע דבלא השטר לא ישלם לו הלוה ובכ"ז מכר לו הנייר לעשות בו כרצונו הוי כאבידה מדעת ובכגון זה שביטל בעצמו ראיותו להוציא מאתו ל"ש השבת אבידה כי מי צוה לו שימכור מה שאין כן כשנתן השטר במתנה הנייר והשעבו' שיזכה בו המקבל ונתבטל הקנין כיון דלא כ' לו קני לך כו' מן השעבוד ומ"מ לענין הנייר מהני בזה חייב המקבל להראות השטר בתורת השבת אבידה כיון דנתברר להם דלא זכה בהשעבוד והנותן לא הוציא ראיותיו בידו רק באופן שיהיה ביד המקבל לגבות כי סבר להקנות לו אף השעבוד ובזה אף דמהני המתנה לענין הנייר מ"מ חייב להראותו בפני ב"ד מטעם עדות והשבת אבידה כי המלוה לא ויתר ולא מחל על עדות הזאת רק שגמר ונתן לו להיות העדו' לתועלת המקבל המתנה וכיון דלא זכה בהשעבוד ונשאר ביד הנותן אף דזכה המקבל בהנייר מ"מ חייב להראותו בתורת

השבת אבידה אבל בנתן או מכר הנייר לבד דהוא עצמו הפקיע ממנו ראיותיו י"ל דאינו מחויב להראותו עוד בפני ב"ד:

ברם בגוף הדין דהריטב"א סותר לדבריו במס' כתובות (דפ"ה) דשם כתב די"א דכל לוקח ומקבל מתנה של שטר שלא זכה בשעבודו של שטר אף בנייר לא זכה שהם עיקר מכירתו ומתנתו אינו אלא מפני שעבודו ונייר בתר שעבוד גרירא דאנן סהדי דלאו לניירא נחתו. ועיין שם בריטב"א דסובר דאף אם אמר לקוח הוא בידי מחויב להראות בב"ד מדין עדות ואפשר דאם היה לוקח נייר בלבד טענה טובה לא הוה מחויב להראות מדין עדות כמו שכ' שם דאם הי' במשכון אינו מחויב להראות בב"ד שלענין זה השכין לכופו לפרעו. ובאמת מדברי הר"ן יש להוכיח גם כן דסובר דאף במתנה כשמכר הנייר עם השעבוד אין קנין לחצאין ונתבטל הקנין ולא זכה אף בנייר דאל"כ תיהדר הקושיא לדוכתי תהיה נאמנת מחיים תפיסנה במגו דנתן לה במתנה אלא ודאי דתירוצו דמתרץ על מגו דלקוח שייך גם כן על מתנה וכן הוכיח אמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים ואין לומר דתהיה נאמנת במגו דמתנה לאו מגו מעליתי הוא כיון דאיירי דהחוב היה ידוע טענות מתנה הנייר והשעבוד הוא טענה גרועה דאין אדם נותן במתנה כשחייב לו חוב הא הר"ן שם הקשה דתהיה נאמנת לומר דנותן לה במתנת שכ"מ ומתרץ כיון דאין המסירה ראיה על גוף הקנאה. הרי דזה מגו מעלית' ואם כן אם נאמר במתנה קונה גוף הנייר יקשה שוב תהיה נאמנ' במגו. ואולי כוונתו דקבלה במתנה הגוף והשעבוד בתנאי שתמחול החוב ובכה"ג שוב אין קנין לחצאין דדומה למכר. וברמב"ן בספר הזכות מבואר להדיא דאף במתנה בטל לגמרי ולמקום שהשעבוד הולך שם השטר הולך וכן הביא דבריו בספר שע"מ. והוכיח כן גם כן מדברי הרשב"א בתשובה המובא ב"י בשנים שקבלו בחותם המלך דבר ידוע בכפר אחד ומתו ונשאר ביד בנו של אחד והבן של השני תובע ממנו והשיב שכבר מחל לו וכ' דאפילו היה שטר זה כשטר דעלמא ואפי' הי' המחילה כמסירה אינו נקנה רק בכתיבה ומסירה ואפילו גוף הנייר לא קנה שהנייר נגרר אחר השעבוד שלא לצור על פי צלוחיתו הוא צריך וכן נראה מדברי הרי"ף כתובות הרי דאף במתנה לא קנה גוף הנייר. ויבואר עוד לקמן בדברי הרשב"א בתשובה:

נחזור לדברינו בדברי הנתיבות דנראה ודאי בהפקר וביאוש אין סברא דזכה בו המוציא שלא יצטרך להראות ראיותיו בב"ד ושיכול למסור ללוה דבזה ודאי ליכא זכות דאין גופו ממון ואף בלוקח או במשכון דזוכה בהנייר ואין צריך להראותו בב"ד מ"מ הזכות לתת ביד הלוה זה אינו גופו ממון ואף לר"ש דסובר דבר הגורם לממון כממון דמי מ"מ בדבר שאין גופו ממון לא הוי ממון וכא"ב ממש ועי' נתיבות (סי' רצ"א ס"ק י"ב) שכ' לתרץ

קושי' קצוה"ח שם דהקשה ל"ל קרא למעט שטרות משמירה הא ליכא קנין בשטרות דבעי כתיבה ומסירה וכ' על פי דרכו הנז' דלענין למכרו ללוה או למלוה יש בו מכר מן התורה ומהני משיכה להתחייב בשמירתן ולמ"ש ז"א ברם י"ל דאי לאו דגלי קר' בכפל ובשומרין ובאונאה למעט אותן היינו אומרים דהוי כממון אולם אחר דנתמעטו מטעם דאין גופן ממון שוב ליתא במכירה לזה וכמו שכ'. ובקושית הקצוה"ח הנז' אף בתירוצו עדיין אינו מתורץ ל"ל קרא בהקדשות למעט. וכתבתי במקומו לתרץ בפשיטות דכשהשומר הביא לביתו הוי כהתחלת מלאכה וא"צ שום קנין ויבואר במקומו אי"ה:

טו) ועיין תוס' כתובות (דף ל"ג ע"ב) ד"ה גנב בשור הנסקל דהקשו הא ליתא במכירה וכתבו דאיתא במכירה לעכו"ם דאינו תופס דמים ולר"ת דשור הנסקל אינו נאסר מחיים ניחא ובתוס' סנהדרין (דף פ') הקשו מזה על ר"ת הא מבוא' ב"ק מכרו אינו מכור ובמהרש"א עמד ע"ד תוס' הא מסיק הגמ' דאיירי בגנב מבית השומר וכר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי אם כן שייך במכירה גם כן וכ' כיון דאסור בהנאה אין כאן מכירה כלל וקשה הא לר"ש דדהגל"מ כממון דמי הוי כשק מלא מעות ושפיר איתא במכירה דאינו נהנה מגוף השור דמוכר לו זכות זה שיש לו באיסור הנאה הזה לסלק לבעלים וכתבתי בחידושי די"ל דהא צריך להבין לר"ש דדהגל"מ כממון וחייב הגנב כפל הא כל גנב בעי קנין משיכה וכיון דאינו שוה ממון איזה קנין שייך וצ"ל כיון דהוה גופו ממון שוה ממון זה לענין זה להחזירו לשומר שיאמר הרי שלך לפניך ולענין זה שוה ממון לכל אדם או שיחזירנו לבעלים ויהרגנו ויתחייב השומר למפרע דומיא שכ' הנתיבות לגבי שטרות ולפי זה יש לומר הא כל שומר אין צריך השבה ליד הבעלים ויכול לומר הרי שלך לפניך קח מאיזה מקום שהוא והא דגנב חייב במכר בד' וה' הוא משום ששנה בחטא כמבואר ב"ק (דף ס"ח) ואם כן בגנב שור הנסקל מבית שומר לא שנה בחטא דבשלמא בגנב דצריך שיעשה השבה מעליא לבעלים וכשמסר הגניבה ביד אחרים במכירה או במתנה שפיר שנה בחטא דמסר ביד אחרים ואין בידו לקיים השבה מעליתא דאף אם אומר לו הרי שלך לפניך כיון דרשות אחרים שולטת בו לאו השבה מעליתא הוא כמו שבארתי לעיל דיני עדות לכך חייבתו התורה בתשלומי דו"ה אבל בגנב שור הנסקל מבית השומר אף אם מכרו אינו חייב דו"ה דלא שנה בזה בחטא דאף כשהוא ביד אחרים יכול להגיד לשומר וכיון דאינו שוה ממון כלל יכול השומר לומר לבעלים הרי שלך לפניך בכ"מ שהוא ולכך הקשו תוס' שפיר דליתא במכירה ומתרצי דאם מכרו לעכו"ם איתא במכירה דעכו"ם קונה גוף השור כיון דשרי לדידיה ולא שייך לומר שיכול לומר הרי שלך לפניך להשומר והשומר יאמר כן לבעלים כיון דיד אחר שולטת בו דהעכו"ם קנה אותו וכ'

דלר"ת א"ש דלשיטתו דלא נאסר מחיים שייך קנין אף לישראל בגוף השור ואף דעומד לסקול ואינו במכירה כמבואר ב"ק (דף מ"ה) מכרו אינו מכור וכמו שפי' הר"ת בתוס' סנהדרין הנ"ל מ"מ זה בשור הנסקל דעלמ' אבל במסרו לשומר בכה"ג חל שפיר המכירה והארכתי בזה בעז"ה במ"א:

אולם זה הכל בדבר שגופו ממון אבל בשטרות ליתא במכירה רק לגוף הנייר בלבד. ואינו דומה לאם כ' בו שמשעבד עצמו לכל מי שמוציאו דבזה יש לומר כמו שכ' התומים דמהני המכירה מן התורה אף דהשטר אינו גופו ממון מ"מ כיון דאינו זוכה בהשעבוד מן המלוה רק הלוה משעבד את עצמו לכל מי שיוציא השטר מתחת יד שבא לו מיד המלוה לו ועיקר השעבוד הוא ענין אחר ותלוי רק בתנאי שיבורר שבידו השטר בזה גוף השטר שוה ממון ונקנה לו במסירה לחוד ובחליפין גם כן דמ"ש משאר מטלטלין וכמו שכ' התומים (סק"ט) ובזה י"ל דנתמעט מדין אונאה משא"כ בשטר שנזכר בו שם המלוה ולראיה אף דשוה ממון שימכרנו ללוה או למלוה אחרי שנתמעט מדין אונאה יש לומר דגם מכירה לא חל בזה מן התורה דהוי כדבר שאין בו ממש כיון דאינו זוכה על ידו בשעבוד. ובאמת הא דפשיטא ליה להתומים דבכ' בו לכל מי שמוציאו דהקנין הוא מן התורה בשטר זה ונקנה גם כן בחליפין על קנין סודר יש לגמגם דכיון דאינו מוכר לו השעבוד רק הנייר והנייר זה שוה הרבה בשביל שמי שזוכה בו יהיה לו שעבוד מהלו' שנשתעבד לו אם כן זה הוי גופו ממון כמו שאר מטלטלין ויש לומר דזה לא נתמעט מדין אונאה כיון דהוי דבר המיטלטל וגופו ממון הואיל דזה עומד למכור בדמים הרבה לתועלת שיזכה בהשעבו' ואינו דומה לשטר שכ' על שם המלוה אף דמיטלטל אין גופו ממון ועין בש"מ ב"ב (דף ע"ט) משם הר"י ז"ל דשטר שכ' הלוה או המוכר נגד הזוכה אינו נקנה בחליפין אף דאין צריך רק לראיה בעלמא צריך מסירה דכי מסר ליה אין צריך שיאמר כלום דהקנא' מפורשת בשטר ובדברים הנכתבים ונמסרים מיד ליד קונה וכ"ז שאינו מוסר לידו אי אפשר לקנותו לא בקנין ולא באגב דכיון דצריך שיאמר לו כשמקנה בקנין או באגב קני לך שטר שבמקום פלוני אין השטר קנוי לו בכך דמילי במילי לא מיקנאין ופרקינן דאגב שאני דאלם טובא ועיין שם עוד בדבריו דהוי כמו מטבע דלא מקני בחליפין דלא חשיב כשאר מטלטלין כיון שאין עיקר מעלתו מחמת גוף הדבר עיין שם דמשמע דס"ל למסקנא דקנין סודר הו' במקום מסירה. ועכ"פ למה שכ' התומים דבכ' משתעבדנא לכל המוציאו דהוי כמטלטלין ולא צריך מסירה מיד ליד ונקנה בחליפין היינו שזה גופו ממון דאינו קונה ממנו רק השטר ואינו נגרר שעבודו של המלוה בתר השטר רק דנגמר בזכייתו בשטר מדעת המלוה אם כן על כרחך דזה הוי גופו ממון ויש

לומר דלא נתמעט מדין אונאה ולכך לא מתרצו הראשונים בזה לדעת הסוברים דמכיר' שטרות מדרבנן ל"ל למעט מדין אונאה דמשכחת בכ' בו שמשתעבד לכל המוציאו. ועיין ש"ך (ס"ק י') מה שהאריך להשיג על התה"ד דבכ' לך ולכל מי שמוציאו לא הוי רק כהרשאה וצריך כתיב' ומסיר' והתומים משיג על דבריו בדברים נכונים ואחריו הסכימו על ידו האחרונים אולם אחת מטענותיו דכיצד יועיל הרשאה הא בגוף הרשאה בעינן הקנאה ואם אינו שעבוד הלוה על התובע אינו יכול לתבוע וביש שעבוד הוי כמכירה ולא אבין דבריו דבכ' בו לכל מי שמוציאו י"ל דהוי כשליח שעשאו בעדים ובשליח אף דאין צריך הלוה ליתן אבל בכ' בו לכל מי שמוציאו יש לומר דבאמת נשאר השעבוד אצל הראשון והלוה שעבד עוד עצמו בזה דמי שיבא מחמתו לתבוע בעדו יצטרך לשלם אף בלא הרשאה וכל תנאי וחיוב שבממון מהני וסובר הש"ך כשכ' לכל מי שמוציאו מחייב את עצמו בזה לשלם לכל מי שיבא מחמתו ולענין מכירה בעינן כומ"ס ומ"מ העלו אחרונים דלא כדברי הש"ך:

טז) ונראה לכאורה לדעת הרמ"א בכ' בו לך ולכל מי שמוציאו ולדעת הש"ך בלכל מי שמוציאו דקונה במסירה בלבד בלא כתיבה ואם כן הוי כמו שאר מטלטלין ואינן נקנין במסירה לכ"ע ובש"ע (ס"ט) כ' האי מסירה דשטרות צריך הגבהה עמה ובש"ך שם חולק כיון דעיקר הוא לענין שעבוד מהני מסירה והביא דברי רמב"ן וכל זה בסתם שטר וכ' בו שם הלוה אבל בכ' בו לכל מי שמוציאו כיון דהוי כמו שאר מטלטלין צריך הגבהה ואף הרמב"ן מודה. ולפי זה צריך להבין דברי הש"ך (ס"ק כ"ה) דכ' וז"ל ולפי מה שהעלתי לעיל דשטרות נקנין במסירה ומשיכה והגבהה אם כן הוא הדין בהופקר שטר שכ' בו למי שמוציאו אף בלא כתיב' זכה בהן אם משכן אבל אם לא משכן רק אחז בהן לא קנה אותן דמסירה לא מהני אלא מדעת המוכר ע"ש הא בכ' בו כך לכל מי שמוציאו דזוכה בלקיחת השטר בהשעבוד מצד הלוה הוי כשאר מטלטלין דלא נקנו במסירה אפילו מדעתו רק במשיכה וצ"ע:

יז) לכאורה יש למצוא נ"מ לבין אם מכירת שטרות דאוריית' או דרבנן אם הלוקח חוזר ומוכר להמלוה השטר ולהרב הש"ך (ס"ק צ"ט) פשיטא ליה דסגי במסירה לחוד בלא כתיבה ובדרישה כ' גם כן מתחילה דבהחזרת השטר קנאו הראשון אע"ג דלא כ' לו השתא קני לך כו' הואיל שמתחילה לא יצא לגמרי מתחת ידו שהרי היה בידו למחול וסיים מיהו אינו מוכרע כל כך לומר כן עכ"ל וי"ל דאי מכירת שטרות דאורייתא וזוכה הלוקח בשעבוד הנכסים רק שעבוד הגוף אינו יכול למכור ולכך יכול למחול שעה"ג ונפקע השעבוד נכסים וכיון דכבר זכה מן התורה בהשעבוד נכסים אף אם מוסר בהחזרה

השטר במה יקנה השעבוד נכסים ואף דגופו דלוה נשתעבד לו להמלוה מעיקרא ונשאר בידו. זה רק דגופו נתחייב אבל למיחת לנכסיו אם אינו רוצה לשלם לא נחתינן אבל אם מכירת שטרות הוא רק מדרבנן ומן התורה לא מהני המכירה כלל י"ל דכשמוסר לו בהחזרה השט' ומקנה לו אף בלא כתיבה הוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים. אך י"ל למ"ש הפנ"י כתובות (דף פ"ו) דלהסוברים מכירת שטרות דאורייתא הוי כמו מטלטלין ומן התורה נקנה בכסף כר"י דד"ת מעות קונה וחכמים תקנו משיכה וכיון דלא שייך משיכה בגוף החוב אלא במשיכת הנייר לא משמע להו לחכמים שיקנה כמו שאר מטלטלין לכך תקנו כתיבה ומסירה וכיון דעקרו לקנין כסף לגמרי ממילא לא מהני הקנין רק מדרבנן במסירה וכתיבה ומהני כשחוזר ומוס' להמלוה בהחזרה שיקנה השעבוד נכסי. אולם דברי הפנ"י מוקשים דאם ד"ת מעות קונה בשטרות לסגי במסירה ולמה צריך כתיבה ואי דשייך לומר נשרף חיטך הא כיון שהוא ביד הלוקח לא שייך כן וכן הוכיח הקצוה"ח (ס"ק ג') דע"כ כתיבה צריך מן התורה וכיון דקנה השעבוד נכסי על ידי כתיבה ומסירה מן התורה במה יקנה המלוה מהלוקח השעבוד נכסי אם לא בכתיבה ומסירה. ובמ"א הוכחתי מדברי רמב"ם (פ"ג) ממכירה (הלכה א' וד') דאף כשנתן מעות מ"מ כיון דעקרו חז"ל קנין מעות והעמידו על משיכ' והגבהה אף אם נתן מעות צריך דוקא קנין הראוי לו ואם כן י"ל כדברי הפנ"י כיון דעקרו לקנין מעות צריך קנין הראוי היינו כתיבה ומסירה] ואולי י"ל כיון דהשטר נכתב על שמו דהמלוה והשעבוד הגוף נשאר אצלו ורק הראיה והשעבוד נכסי הוא ביד הלוקח בזה כיון דשמו עליו קונה במשיכה לבד:

וראיתי בספר ש"מ (ס"ק ה') שיצא לדון בדבר חדש דלמה שכ' רמ"א (סי' ר"ט ס"ח) בשם י"א דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אם רוצה לקנות מקנה וב' שהקנו זה מזה על מתנה שיקבל אחד מהם מאחר שיחלוק עם חבירו דקנ' ומשום דאגב דרוצה לקנות מקנה כמו כן שותפים או יורשים אם חלקו שטרות נגד שטרות בזה קונה דהא כל הטעם דאין מכירת שטרות מן התורה הוא משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכאן אגב דרוצה לקנות מקנה וסובר דבכה"ג החלוקה מועלת מן התורה ואינו יכול למחול והוי מה שמקבל כל אחד שטרו נגד חבירו כקבלת כסף ואין צריך כתיבה ולהסוברים דאף אי מכיר' שטרות מן התורה מ"מ יכול למחול בכה"ג לא הוי ככסף דלא סמכ' דעתיה ואין כאן במה לקנות דמשיכת הנייר לא מהני להשעבוד וצריך שיקנו זה מזה על החלוקה. ולע"ד הדברים מתמיהים דאף לדעת הי"א אולי ודאי לא הוי קנין דאורייתא מצד זה אגב דרוצה לקנות מקנה ועיין תוס' ב"מ (דף ע"ד) דנראה מדבריהם דגמר ומקנה ל"ה רק מדרבנן. ועיין ריטב"א קידושין (דף ט') בהא דאגב חיתון גמר

ומקנה לא הוי רק מדרבנן וכן כ' בפשיטת הרב בנו"ב הבאתי לעיל (סי' ט"ו) ואם כן ודאי דלא עדיף באם מכר בכתיבה ומסירה דיכול למחול מכ"ש בל"ה קנין רק דנימא אגב דרוצה לקנות מקנה דודאי יכול למחול ואף אם היה קנין סודר גם כן לא חל כיון דמשיכת הנייר לא מהני להשעבוד וקנין סודר לא מהני ובלא"ה כיון דחז"ל הצריכו כתיבה ומסירה וכסף וקנין סודר לא מהני אינו מועיל אף דגמר ומקנה עד דנעשה קנין המועיל כיון דאפשר בדבר ובל"ס אם יש לו שטר על גבר אלם ובא אחד ונותן לו דמיו אף דודאי גמר ומקנה בלב שלם לא מהני כיון דשייך בו קנין צריך שיעש' קנין המועיל ולא מהני אגב דרוצ' לקנו' רק בדברים דלא שייך בהן קנין ועיין נתה"מ (סי' קע"ו ס"ק ג').

וע' במקור הדין דרמ"א (סי' ר"ט) שהוא מהגמ"ר (פ"א דב"ב) דשם מדמה דין זה דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה להא דר"ג דאגב חיתון גמר ומקנה וכיון דשם לא הוי רק מדרבנן כמו שכ' בריטב"א אף בדינו דמרדכי לא הוי רק מדרבנן וכן יש להוכיח מגמ' דב"ב (דף קמ"ח) בשכ"מ דל"מ באומר שיזכה בדבר שאין בו ממש או דבר שלא בא לעולם הואיל דאין יורש יורשו ועיי"ש בתוס' דלא משכחת ירושה בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש דיורש יורש הגוף ואם לא הוי להמוריש הגוף זה לא משכחת ואם נאמר דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה הוי קנין מעליא מה"ת אם כן משכחת שיהיה דשלבל"ע אלא ודאי דלא הוי קנין המועיל באופן זה. וגם י"ל דקודם שבא לעולם כל א' יכול לחזור אף בדינו של הרמ"א (סי' ר"ט) הנ"ל ואף באומר מעכשיו וגם שם לא קיי"ל כן. וגם המעיין במרדכי שם יראה דלאו דוקא דקונה רק מטעם חיוב אתי עלה ואף דזה פשיט' דיכול לחייב את עצמו בדשלבל"ע זה היכא דאומר בלשון חיוב ובקנין וקמ"ל בלא אמר בלשון חיוב דמטעם דאגב דרוצה לקנות מקנה מתקנין הלשון דדעתם על חיוב אבל שיהיה קנין גמור מעכשיו זה צע"ג ללמוד כן בדעת המרדכי והרמ"א ואכ"מ בזה:

יח) ולכאורה יש לדון אם רבים היו להם שטרות על אחרים אם מכרו דאינן יכולין למחול למה שכתבו הפוסקי' דהצבור יכולים להקנות דבר שלא בא לעולם כיון דאלים כח הצבור שבדבור בעלמא מקנין ואין צריך לא קנין ולא שטר ודבריהם ככתיבה ומסירה דמי כמו שכ' הרא"ש בתשובה שכל דבר שהקהל או טובי העיר נתנו מדעת הקהל ומסכימים בו אין צריך לא קנין ולא שטר וכן מצינו בש"ע (סי' ר"ד ס"ט) דרבים המבטיחים ליתן לאדם אחד מתנה מרובה דאינן יכולין לחזור ועיין שם בסמ"ע מפני שבזה סמכה דעתו דלא יחזרו בו. וראיתי בספר קדושת יו"ט מהגאון מאור הגולה מהרי"ט אלגזאי ז"ל (סי' ו') דהעלה כן דרבים יכולים להקנות דשלבל"ע ולסלק והביא כן משם הראנ"ח ז"ל והרב בעל פנ"מ ומשאת מלך דכיון דאיכא רוחא להאי כמו להאי מעשיהם קיימים והבי'

סעד לזה ממ"ש הרמב"ם (סופ"ו) מערכין דכ' אע"פ שאין אדם מקדיש דשלבל"ע אם אמר הרי עלי להקדישו חייב להקדישו כשיבא לעול' משום נדרו וכ' ראיה לדבר ממה שאמר יעקב אע"ה וכל אשר תתן לי כו' ולמה לא הביא ראיה מקרא דפ' חוקת דכ' וידר ישראל נדר לד' אם נתן תתן כו' דזה הי' אחר מתן תורה אלא ודאי דמשם אינו ראיה דהיו רבים עיין שם. ובאמת קצת יש לדחות ראיה הזאת. וראיתי בתשובת רשב"ש (סי' קי"ב) שהביא משם הרשב"א שדין הציבור עם יחידיהם כדין ב"ד הגדול עם כל ישראל ומעשים בכל יום שמקחן וממכרן אין צריך קנין ואפילו דברים מועיל בהם כח צבור ומקנה אותו כמקנה דשלבל"ע שאינו כלום ובתקנות צבור מקנים. ואם כן אפשר דאף מכירת שטרות מועיל אף מה"ת ולפי זה משכחת מכירת שטרות מן התורה ושפיר צריך קרא למעטן מדין אונאה:

ברם יש להוכיח דרק החיוב חל על הצבור לקיים הדבר אבל שיחול קנין על דבר שלבל"ע או אין בו ממש אי אפשר דהא בב"ב הנ"ל מבואר דשכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום דמלתא דליתא בירושה ליתא במתנת שכ"מ וכתבו תוס' אע"ג דיורש יורש נמי דירת הבית ופירות דקל היינו לפי שיורש גם הבית והדקל ואם נאמר דרבים יכולים להקנות דשלבל"ע ואם הקנו לאחד פירות דקל חל הקנין מעכשיו אם כן משכחת דהקנהו לו רבים היינו ציבור ובודאי היורש יורשו ומשכחת ירושה בדשלבל"ע אלא ודאי דקנין לא מהני רק שיתחייבו לקיים אבל קנין מהשתא לא משכחת רק הוא בגדר חיוב דמהני בכל אדם בחיוב הגוף ושלא יכול לחזור ובצבור מהני אף בלא חיוב שלא יהיו יכולין לחזור בהן ואף דחייבין גם כן לתת להיורש מ"מ אינו יורש הפירות דקל רק בתורת חיוב חייבין לקיים דבריהם אף ליורשים ומ"מ גוף פירות דקל ליתא בירושה, וכשיזכו היורשים כשיתנו להן צריכין לעשות קנין מחדש לכך מקרי ליתא בירושה. ובאמת יש לעיין למה דמשמע מש"ס ב"מ ובמרדכי שם דהחסרון קנין בדשלבל"ע הוא מצד דלא סמכה דעתו דקונה והמקנה לא גמר ומקנה אם כן ברבים דהן ציבור וב"ד דאף קנין אין צריך וגמרו ומקנו יש לומר דגם הקונה סמכה דעתו לקנות ומ"מ נראה כיון דהקונה לא סמך דעתו לקנות כיון דאינו בעולם לא חל הקנין וי"ל לענין הקדש שיהי' חייב לקיים מטעם נדר לא הי' הרמב"ם מביא ראיה מאם נתון תתן דהי' מקום לומר דרבים גמרו בדעתם להחרים וחייבים לקיים ומצד הקונה אין כאן חסרון דדעת שכינה איכא ואינו מוכח ביחיד שיהי' חייב לקיים מטעם נדר לכך הביא ראיה מיעקב אע"ה. אך יש לדחות דהא חזינן דגלי לן קרא איש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו הרי אף דבר שאינו ברשותו אף שהוא שלו ועיקר חסרון קנין בדבר שאינו

ברשותו אינו מצד המקנה רק מצד הקונה כמו שביאר בעל קצוה"ח בקונטרס משובב ריש (סי' ס"ו) הרי דלא מהני הקדש בדבר שהחסרון הוא מצד הקונה אף דדעת שכינ' איכא. ואולי יש לומר דדין חרם שקבלו ישראל אז להחרים הערים הוי כדין קדושת הגוף דחל אפילו בדשלבל"ע כמו שכ' הכ"מ (פי"ב) מנדרים בדעת הרמב"ם ולכך לא הביא ראיה מזה לנדר הקדש דמים דלא מהני בדשלבל"ע. וברמב"ן פ' חקת כי הרגו אתהן כמו שצוה כל חרם אשר יחרם מן האדם כו' ונתנו כל שללם לאוצר בית ד' ואם כן חרם מן האדם הוי הדין כמו נדר קדושת הגוף ואף דהממון הוא רק קדושת בה"ב מ"מ אולי חל ממילא כיון שחל חרם על הגופות והביא ראיה מיאע"ה דהי' רק קדושת דמים לבד. עכ"פ נראה אף דצבור וגם כח ב"ד יפה. ואף ב"ד הגדול אין בכחם להקנות דבר שלא בא לעולם ואף דמצינו דכח ב"ד יפה לעשות שאינו זוכה כזוכה אף מן התור' היינו בדבר ששייך בו קנין כמו לזכות לקטן על ידי ב"ד כמו שכ' הש"ך בנה"כ יו"ד (סי' ש"ה) ועיין פנ"י קידושין (דף מ"ב) ובק"א שם דמתרץ בזה קושית הבעל בתי כהונה בסוגיא דיכיר למה לי לא יהי' אלא אחר אילו בעי למיתבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה להסוברי' דקטן לית ליה זכיה מן התורה אף על ידי אחר אם כן אצטריך קרא דיכיר לענין בנו קטן והעל' דמצי לזכות לו על ידי ב"ד שיעמידו לו אפוטרופס עיין שם [ומה שכ' שם בפנ"י לתרץ בדרך אחר דאף דאין זכיה לקטן הוא רק לענין שהנותן יהיה בידו לחזור וכיון שמת הנותן ולא חזר בו ממילא זכה הקטן ע"י האחר דבריו תמוהין ואינו מובן כיון דעכ"פ יכול המזכה לחזור בו מן המתנה ממילא הבנים יורשים זכות זה כמו דמורשיהם היו יכולי' לחזור כן היורשים ואכ"מ בזה] ותירוץ הראשון הוא מוכרח מ"מ היינו דוקא בדבר הבא לעולם מהני על ידי ב"ד לזכות אבל בדשלבל"ע אף דהצבור או על ידי ב"ד הגדול מחויבים לקיים דבריהם וכמו שכ' הרשב"א הנז' אבל מ"מ קנין גמור לא הוי:

יט) הא דסברו הפוסקים דמכירת שטרות לאו מן התור' אף דכתבו תוס' הטעם דהוי כאין ברשותו וכדשלבל"ע ועיין בתומים דהערה לומר דלר"מ אדם מקנה דשלבל"ע י"ל דמהני מן התורה ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ו) דמ"מ לא חל מהשתא רק כשיבאו לעולם לכך יכול למחול וכנראה עיקר הטעם דכיון דלא נמשך השעבוד שקונה רק הראיה והוי כדבר שאין בו ממש ועיין בס' חקי הדיינים (סי' ק"ל) שכ' דמן התורה לא חלה בהם קנין משום דהוי דבר שאין בו ממש שהרי הנייר לא מכר לו אלא השעבוד שיש לו על הלוה שהוא כ' בו ואין בו ממש. וכן כ' הרמ"ה ב"ב בהא דאמר ר"א סברא נמי הוא אותיות מילי נינהו ומב"מ לא מקנו דהנייר נהי דהוי כשאר מטלטלין זכותא דאית ביה במאי קנה הא לאו מידי דאית ביה מששא עיין שם באורך בדבריו פ' הספינה (סי' כ"ח) דא"ד

לבגד דמקני ציבעא אגבו דהיא גופא ממון לכ"א מה שאין כן שטרות אינן גופן ממון ולאחרים לית הנאה בגויה רק לו לראיה. ומה"ט נראה דאף במוכר שטר חוב שיש לו על קנין קרקע דנקנה גם כן בכתיבה ומסירה כמבואר בש"ע וברא"ש פ' ג"פ מבואר דזה גם כן לא הוי רק מדרבנן והא שם הוא ברשותו הקרקע שקנה וכבר זכה בו ולמה לא מהני מכירת השטר מן התורה אלא ודאי כיון דאינו עושה קנין בגוף הקרקע רק שמוכר לו זכות השטר וזה גם כן הוי כדבר שאין בו ממש וכיון דאינו מוכח מהשטר שנזכר שם המוכר עכשיו בו לא נקנה עד שיכתוב וימסור לו וזה גם כן לא הוי רק מדרבנן ומן התורה לא חל קנין על זכות שיש לו בו בהשטר שכ' בו וזה גם כן הוי כאין בו ממש. וכן מוכח מקושית כל הראשונים דל"ל קרא למעט שטרות מדין אונאה תפ"ל דלא חל המכירה מן התורה ולא מתרצו דמשכחת בשטר מכר שמכר לו הקרק' על ידי השטר שמכר לו ואף דקרקע כבר אתמעט מטעם דאינו דבר המטלטל מ"מ היה ס"ד כיון דמכר לו השטר מכר והוא דבר המטלטל יש בו דין אונאה אלא ודאי דבזה גם כן לא מהני המכיר' מן התורה. אולם ברמ"ה ב"ב פ' מי שמת (סי' פ"ג) כ' לתרץ דמשכחת מכירת שטר מן התורה דאיצטריך קרא למעוטי בשטר פקדון דכל היכא דאיתא ברשותא דמריה קאי ומצי מקני ליה קנין גמור לגופיה כי מזבין ליה לשטרא נמי וכ' ליה קני לך הוא וכל זכותא דאית ביה קני ליה לשטרא ולממונא דכ' ביה כל היכא דאית בי' קנין גמור ושוב אין המוכר יכול למחול והוא דקני ליה אגב ארעא א"נ דקנו מניה והוי פקדון דלאו מטבע אבל בכתיב' ומסירה גרידתא לא קנו ליה לפקדון דמטלטלין בשטרא לא מיקנו עיין שם משמע מדבריו דרק הואיל דמטלטלין בשטרא לא מקנו לכך לא מהני מן התורה כתיבה ומסירה אבל שטר מכר מקרקע אם הקנה לו אף בלא שום קנין אחר רק דמכר לו השטר בכתיבה ומסירה מהני מן התורה כמו דאם היה מהני שטרא למטלטלין למקני ביה הי' מהני אם מכר השטר פקדון בכתיבה ומסירה. וצריך להבין במאי קנה הא זכות השטר הוי דבר שאין בו ממש והשטר שכותב לו אם אינו כותב שמוכר לו הפקדון המונח אצל פלוני רק מקני לו זכות השטר למה יועיל מן התורה. ואולי י"ל דכוונתו דבכתיבה ומסירה היינו שכותב לו שמוכר לו הפקדון ומוסר לו הראיה בזה כתב דצריך קנין אחר לגוף המטלטלין לקנות דמטלטלין בשטרא לא מקני וצריך קנין אחר מה"ת או אגב או קנין סודר אבל אם אינו כותב בו שמקנה לו גוף הפקדון בלאו הכי לא מהני מן התורה דמוכר לו דבר שאין בו ממש ומילי במילי לא מקני. וממיל' בקרקע ג"כ כל זמן שאינו נזכר בהכתיבה שמוכר לו הקרקע שיש לו רק זכות השטר הוי דבר שאין בו ממש ולא

מהני כתיב' ומסירה כשכותב שמוכר לו השטר מכר וכל זכות דאית ליה בו מן התורה רק מדרבנן מהני כמו כל מכירות שטרות דתיקנו דמהני בכתיבה ומסיר':

ויש להוכיח מדברי רמ"ה דמדרבנן מהני מכירת שטר פקדון גם בכתיבה ומסירה ולא כדעת המרי"ט בתשובה דס"ל דאף להסוברים דשטר ראיה נקנ' בכתיבה ומסירה מ"מ שטר פקדון לא נקנה בכתיבה ומסירה דאף לראיה אינו מועיל הואיל דנאמן החזרתי במגו דנאנסו וכבר השיג עליו בספר שער משפט (ס"ק ו') והביא דברי תשובת רמב"ן (סי' ע"ו) דמבואר כן להדיא וכן מבואר בתשובת רשב"א (סי' תתקפ"ז) ואף די"ל דהם סוברים דאף שטר ראיה נקנה בכתיבה ומסירה וכמבואר דעת הרמ"ה אבל להסוברים דשטר ראיה אינו נקנה ה"נ בשטר פקדון. אולם בדברי רבינו ירוחם במישרים (נ"ד) מביא דברי הרא"ש דשטר ראיה אינו נקנה כ' כתבו הגאונים דכ"י נמכר בכתיבה ומסירה אפילו למ"ד דנאמן לומר פרעתי דאטו שטר פקדון מי לא מודו הרי דשטר פקדון נמכר גם כן בכתיבה ומסירה לכ"ע מדרבנן ודלא כמהרי"ט. ועיין קצוה"ח (ס"ק ל"ה) דשטר עיסקא דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון דאף חלק המלוה יכול להקנות אף בלא כתיבה ומסירה כיון דלא נתנה להוצאה דינה כפקדון ונקנה באגב ולא מחילה אחר כך וכשמכר לאחר בכומ"ס יכול למחול:

וי"ל דזה גם כן דעת הרמב"ם בתשובה המובא ברדב"ז (ח"א סי' צ"א) דנשאל בראובן שנתן עסקא לשמעון והלך למ"א ועמד ראובן בהיותו בריא והקדיש העסקא לעניים ומת ואחר כך מת שמעון במדה"י ויש לו כאן בית אם לוקחין אותו הענים או יורשי ראובן או ישאר ביד יורשי שמעון והשיב שאין לעניים כלום שהרי אי אפשר לגבות מיורשי שמעון אלא בשבועה וכיון שהוא לעניים והם אינן יכולים לישבע אין נוטלין כלום וכ' הרדב"ז ומתוך התשובה משמע שישאר ביד יורשי שמעון וא"ת ישבעו יורשי ראובן שבועת היורשים ויוציאו מיורשי שמעון ויתנו לעניים וכ' די"ל דאיירי הרב כגון שלא הוי לראובן יורש [ר"ל בכאן דאין לך אדם מישראל שאין לו יורשים] א"נ דאית ליה יורש וס"ל ז"ל דאם הממון ראוי לו בדין הוא שישבע ויטול אבל שישבע הוא ועניים יטלו לא תקנו שבועה כזאת עיין שם בדבריו וכ' עוד ומ"מ לא ידעתי באיזה דרך חל זה ההקדש וזכו בו העניים הא בפלגא דפקדון טענינן ליתמי ופלג' דמלו' אין אדם מקדיש דבר שאין ברשותו ומלוה להוצאה ניתנ' והאריך בזה בדחוקים או שמסר השטר עסקא בכתיבה ומסיר' וזכה לענים על ידי אחר. ולמה שהביא הקצוה"ח דברי הנ"י ב"ק דפלגא מלוה מעסקא כיון דלא ניתנה להוצאה דינה כפקדון דיכול להקנותן והוא הדין באגב אם כן אתי שפיר ועיין קצוה"ח דהעלה (סי' ס"ז) דדין העסקא כפקדון ואין שביעית

משמטת אף חלק המלוה ודלא כמו שכ' בש"ע (שם ס"ג) מזה ראיה דיכול להקנות גם כן כמו פקדון. ואף גם זאת מצאתי ראיתי ברדב"ז (ח"ב סי' רי"ד) שהעלה מסבר' דאין שביעית משמטת העסקא כלל דקושטא דמלתא לאו מלוה הוא אלא דרבנן עשאוה פלגא מלוה ופלגא פקדון דטבא לתרווייהו אבל לא לענין דתשמטנו שביעית והאריך בזה וסוף דבריו דדין פקדון יש לעסקא ולא דין מלוה שלא עשו פ"מ אלא לתועלת בעל המעות הלכך אין שביעית משמטת. ואם כן היה נראה דלהקנות יכול גם כן בלא כתיבה ומסירה כיון דלאו להוצאה ניתנה רק חייב להעמיד בעסקא ואף די"ל דאינו יכול להוציא ממנו עד כלות זמן העסקא מ"מ אטו המשאיל חפץ לחבירו על זמן מוגבל הכי לא יכול להקדיש תוך הזמן כמו כל פקדון ועיין רדב"ז (ח"א סי' ת"ג) דכ' במקדיש שטר חוב דאינו קדוש דנהי דאמירה הוי כמסירה מ"מ ליכא כתוב' וכ' הטעם דכיון דליתנהו ברשותו דמחסרי גוביינא לא מצי מקדיש להו ומלוה בשטר מטלטלי נינהו אבל מטלטלין דפקדון יכול להקדיש ואם כן לדבריו דשביעית אינה משמטת לפלגא דמלוה מהעסקא דקושטא דמלתא לאו מלוה הוא מהראוי שיהיה לענין הקנאה כדין שאלה ופקדון דיכול להקדישה. ואולי זה דעת הרמ"בם:

ומ"ש הרדב"ז דאם ישבעו יורשי ראובן כיון דיטלו העניים לא תקנו שבועה כזאת אף דמבואר בטוש"ע בלוקח שטר חוב ומת המוכר דנשבעין היורשין וגובה הלוקח היינו שם איירי דהלוקח נשבע גם כן שלא פרע הלוה לו כמבואר בסמ"ע (ס"ק ל"ט) דהב"ד טוענין בעד היורשים מה שהיה אביהן יכול לטעון ואם היה חי היה יכול לטעון שפרע להמוכר או להלוקח מש"ה ישבעו שניהם מספק ועיין בקיצור פסקי הרא"ש סו"פ כה"נ וכנראה זה דבר פשוט דכמו דטענינן שפרע להמוכר כן טענין דפרע ללוקח וגם שבועת שלא פקדני כשמת המוכר חייב לישבע מצד גלגול ועיין מה שכ' בזה בנתיבות משפט (דף ע"ח ע"ג) אם כן כיון שזה הקדיש כבר לענים העסקא ומשמע מדברי רמב"ם דידע מזה ואם כן כשמת שמעון צריך הלוקח לישבע שלא פרע לו וגם שלא פקד לו המוכר שהוא ראובן שהוא פרוע וכיון שהוא לעניים והם אינם יכולין לישבע דלא יש בעלים מבוררין לכך אינם נוטלים כלום וז"פ:

ך) והיכא דמוכר המלוה שט"ח ללוה לא בתורת מחילה רק דמקנה לו השטר חוב בתורת קנין אם צריך כתיבה ומסירה חקרתי בזה מובא בספר דברי חיים מאאמ"ו ז"ל (סי' ל"ו) וכתבתי שם די"ל למה שכ' תוס' ב"ב דחוב הוי דבר שאינו ברשותו אם כן כמו בדבר שאין ברשותו דיכול להקנות להגזלן עצמו כמבואר בב"ש (סי' כ"ח) משם הריטב"א ה"נ להלוה עצמו יכול להקנות אף בלא כתיבה ומסירה אולם כתבתי דיש לחלק והיינו

די"ל שם הוי עכ"פ שלו רק דלא חל הקנין הואיל דאינו ברשותו וכן הוא גזה"כ דאיש כי יקדיש את ביתו כתיב מה ביתו ברשותו לכך למה שהוא ברשותו יכול להקדיש מה שאין כן חוב ושעבוד דהוי דבר שאין בו ממש ומדאורייתא לא חל הקנין י"ל דאף ללוה עצמו אינו יכול להקנות אם לא מטעם מחילה וכיון דאינו מוחל לו החיוב רק דמוכר לו או דנותן לו במתנה י"ל דלא חל הקנין בלא כתיבה ומסירה. אולם הבאתי שמה להוכיח מדברי ריטב"א בש"מ ב"מ (סוף פ"א) דמשמע דחל הקנין אף בלא מסירת השטר על ידי שובר כעין שטר מקנה ועוד פלפלתי שם בדברי ריטב"א בש"מ ב"מ (דף ז') ע"ש עוד הערות נכונות בעזה"י:

עתה ראיתי בתשובת הר"י מיגאש ז"ל (סי' ק"ו) וז"ל ומי שאמר לחבירו הרי בקנין שנתתי לך החוב שיש לי אצלך הואיל והדבר הנתון לא מיחסר משיכה נתקיימה המתנה ונפטר הבע"ח מהחוב שאצלו במה שאמר לו נתתי לך מה שיש לי אצלך ואין אנחנו צריכין בזה לקנין כדי שנבטל המתנה מצד בטול הקנין ואין דרך זה דומה למה שאמרו כיון דנפל גלי אדעתיה דבנפילה ניחא ליה דלקני בד"א ל"נ ליה דשם כיון דגלי אדעתיה דל"נ לי' דליקנו ד"א הני ד"א לאו חצרו הוא כלל והגע עצמך אם היה בחצירו ונפל עליה אף שהוא דבר נוסף קונה לו חצרו עכ"פ ה"נ הואיל והיה הסך ההוא בתורת חוב אצל הבע"ח ולא מיחסר משיכה במחילה נפטר מאותו חוב והקנין בזה הוא דבר נוסף ואין משגיחין בו זהו תורף דבריו מבואר מדבריו דאמרינן דכוון למחול ואף דאמר לשון גרוע לשון מתנה מ"מ כוונתו על המחילה וחל ממילא הואיל דלא מיחסר משיכ' רק השואל רצה לדמות להא דגלי אדעתו וה"נ כיון דרוצה להקנות בדרך הקנאה בקנין סודר מגרע המחילה ונבטל המתנה מצד ביטול הקנין לזה אמר דלא נתבטל המחילה אבל אם אומר בפירוש דאינו רוצה למחול שיחול ממילא רק בדרך קנין כיון דתליא בדעת המקנה ורוצה להקנות בק"ס בזה לא מהני ונתבטל המתנה דקנין סודר לא מהני בזה ומבואר דדעתו דאף ללוה עצמו לא מהני בתורת זכיה וקנין אם לא בקנין המועיל בכתיבה ומסירה ע"ד שמוכר שטרו לאחר [ועיין בספר בני אהרן בחידושיו על הטוח"מ (סי' רמ"א) דכ' דכמו דלשון מחילה לא מהני על חפץ ודבר שהוא בעין הוא הדין דבחוב לא מהני לשון נתינה דנתינה משמע דבר שהוא בעין וזה אינו ומה שאמרו מנה לי בידך תנהו לפלוני משום דנתנו לאחר אבל ללוה לא מהני דלא שייך נתינה וכ' די"ל דהכי קאמר ליה מנה לי בידך כשאתה מביאו ליתנו לי נתון לך ובזה שייך לשון נתינה עכ"ד ולא אבין אם כן זה הוי דבר שלא בא לעולם וגם הא לא הוי רק דברים בעלמא ויהיה יכול לחזור בו אולם מדברי ר"י מיגאש ז"ל מבואר דגם בלשון נתינה מהני מטעם מחילה]:

אולם בתשובת רשב"א המובא ב"י (סוף סי' ר"נ) הבאתי שמה בהגהותי בד"ח נראה לכאורה דלא מהני אף לשון מתנ' דכ' מה שטען שאפילו מה שחייב זה היורש למורישם יש לו ליתן חלקו הדין עם ראובן כ"ז שאין זה בא אלא מכח מתנה זו כו' וכיון שמורישם לא מחל לו חוב זה אלא שנתן לו נכסיו אין מלוה של אחרים בכלל נכסיו כו' ועוד שאפילו נתן לו בשטר מתנה כל מה שאדם חייב לו אינו קונה ולפיכך אפילו מה שחייב לו לא קנה ולא נמחל לו מחמת מתנה זו אא"כ טען שפרעו או שמחל לו בפירוש ועיין רמ"א שם (סוף סי' ר"נ) הרי דאף לשון מתנה מגרע ואינו מחילה:

אך יש לומר דבאמת אם נותן לבע"ח בתורת קנין מתנה דגם הרשב"א מודה דמהני בתורת מחילה רק שם כיון דנתן לו בכלל חובות אחרות לכך אף מה שחייב לו לא קנה ולא נמחל מחמ' מתנה זו. וראיתי בתשובת אהלי יעקב מהגאון האדיר מהריק"ש ז"ל (סי' ד') וז"ל ובר מן כל דין אפילו במתנת בריא ממש במלוה שעמו א"צ כתיבה ומסירת השטר דמדין מחילה מהני המתנ' שלא תהא מסירת השטר גדולה מתפיסת עיקר המעות שבידו ואדרבא נ"ל דבנתן לו חוב שעליו קנה מן התורה ומתנת שטר של אחרים מדרבנן ובעי כתיבה ומסירה ואמירת קני לך איהו וכל שעבודיה דהא אף בקבע לו זמן על פה אעפ"י שלא קנה מידו כ' הרמב"ם (פי"ג) ממלוה דמהני וכ"ש בנקבע לו זמן בשטר ובקנין יהיה הזמן עולמי או קצוב שלא נתנו דבריהם לשיעורין ול"ת דוקא בקובע לו זמן בשעת הלואה קאמר דהא סתמא נקט לה כו' תדע שהרי המקדש בהנאת זמן שמרויח לה במלוה שבידה מקודשת ועוד יש לו ראיה דלא בעי כתיבה ומסירה במלוה שעמו ממה דסברו רוב פוסקים דלוה שפרע ללוקח שלא כתב לו המוכר קנה לך כו' אעפ"י שאין המכר כלום כיון שתפס הלוקח אין מוציאין מידו כ"ש בנידון דידן שמעיקר החוב היה המעות תפוסין ביד זה ועוד כ' שם מטעם אומדן דעת דמחל לו החוב ואינו רוצה שיפרענו ליורשיו אחר מיתתו עיין שם בדבריו. הנה נסתבך הרבה אם מצד מחילה אם מצד קנין. ומדברי הר"י מיגאש ז"ל מבואר דרק מצד מחילה מהני אבל מצד קנין אם אומר בפירוש דאינו מוחל רק להקנות רוצה דלא מהני קנין סודר ובעינן כתיבה ומסירה כמו במוכר לאחר שט"ח. ומה שהביא ראיה ממה דיכול להרחיב זמן פרעון אינו ראיה דשם הוא גם כן מצד מחילה ועיין ריטב"א מס' מכות במשנה דמעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז משם הרא"ה במוכר שטר חוב לחבירו והאריך המלוה הזמן ללוה שזה בכלל מה שאמרו חזר ומחלו מחול וזה אם מוחל לו שלא יתבע עד זמן פלוני אבל במוכר להלוה שיזכה בהשעבוד שבו י"ל דבעינן קנין המועיל ומה שכתב לדון מטעם תפיסה כמו במוכר דבר שלא בא לעולם דקיי"ל אי שמיט ואכל אין מוציאין מידו וה"נ אף דהוי

א"ב ואינו יכול למכור מ"מ מהני תפיסה. וכן ראיתי בתשובת שארית יוסף (סי' ס"ב) ובתשובת מהר"ם מלובלין (סי' ה') על שטר חצי זכר שמכרה הבת לאביה ודנו אם הוי כמו מה שאירש מאבא מכור לך דל"א כלום ושטר חצי זכר נמי כיון דכותבין בו חלק חצי זכר הוי כדין ירושה וכתבו לדין דמ"מ קנה כמו במוכר פירות דקל דאי קדם ותפס הפירות דאין מוציאין מידו עיין שם בדבריהם. ולכאורה יקשה מדברי תשובת רשב"א הנז' דכ' בנתן לו בשטר מתנה כל מה שאדם חייב לו דאינו קונה ואף מה שחייב לו לא קנה ואמאי לא הא עכ"פ יקנה מטעם תפיסה דמהני. וי"ל דכיון דהקנה לו גם כן חובת אחרים בכלל ולא מהני מטעם מחילה רק בתורת קנין וכיון דקנין לא מהני על הכל לא שייך לומר דניחא ליה ולא הוי חוזר כי היכי דליקום בהימנותיה:

שוב ראיתי באורים (סי' ס"ו ס"ק ע"ב) דהעיר על דברי רמ"א (סי' רמ"ח) שהוא מקורו מתשובת הרשב"א הנז' דהא אין לך תפיסה יותר מזה וכ' דצ"ל משום דלא אמר קני כל שעבודו ולא משמע כן מדבריהם דהא הרמ"א שם קאי על דברי המחבר ושם כתב כיון דלא כתב ליה קנה אינהו וכל שעבודא דאית בהו ושם הוא אפילו אם אמר קנה כל שעבודא ועל זה כ' הרמ"א דאף אם אם היה המקבל חייב לנותן דל"ק משמע אף אם אמר ליה ובלא"ה אף כי הנ"י כ' כן משם הרשב"א וכן בריטב"א ב"מ (דף ס"ו) דדוקא אם אמר לו אז מהני תפיסה מ"מ בתשובת רשב"א (ח"ג סי' פ"ו) משמע דס"ל אם קדם וגבה מה שגבה גבה ואפילו לא אמר ליה קני לך אלא במחילה בעלמא שמחל לו שטרות אשר היו מופקדים אצלו מ"מ מה שגבה גבה ואם כן יקשה ע"ד שבב"י (סוף סי' ר"נ) וצריך לומר כמו שכתבתי. אך מ"מ כדי דלא נשויה סתירה מדברי הרשב"א שבנ"י דהביא משמו דצ"ל עכ"פ בע"פ קני לך איהו וכל שעבודי' וכן פסק המחבר בפשיטות דאם ל"א כן לא מהני תפיסה צריך לומר דמה שכ' רשב"א בתשובה (סי' פ"ו) שטרות אינן נקנין אלא בכומ"ס וצריך שיאמר קני לך הן וכל מה שכ' בתוכן הוא לאו דוקא אמירה דהא צריך שיכתוב כן ועל זה כ' הרשב"א אחר כך באם קדם וגבה מהני היינו אף דלא כתב כן אבל מ"מ כוונתו אמר קני לך כו' עכ"פ ואף שזה דוחק ע"כ צ"ל כן כדי שלא יהי' דבריו סותרין זה את זה וגם יקשה ע"ד הרמ"א שכ' (סעיף י"ז) בלא אמר אף אם תפס מוציאין מידו ואמאי מוציאין הא עכ"פ הוי ספיקא דדינא ואף די"ל דסמך הרמ"א א"ע על דברי המ"מ והנ"י שכתבו כן משם הרשב"א מ"מ קשה להוציא מן המוחזק א"ו דכוונת הרשב"א בתשובה הנז' גם כן דוקא באומר קני לך כו' ומ"מ בדברי רמ"א (סי' רמ"ח) דלא זכה הלוה משמע אף באמר לו קני לך כו' וע"כ צריך לחלק כמו שכ':

כא) אולם באמת יש לדון דלא שייך בזה אי שמיט ואכל דדוקא שם במוכר פירות דקל דאינו בידו של הלוקח רק דמוכר לו דבר שלא בא לעולם אף דיכול לחזור קודם שבא לעולם מ"מ אי שמיט ואכל לא מבעי לרוב הסוברים בשיטת ר"ת דבעינן דוקא שראה המוכר וידע מתפיסת הלוקח בזה אמרינן אף דהיה יכול לחזור מ"מ כיון דשתק מחל ובזה מחילה בטעות הוי מחילה דאומדן דעתו אף אם הוי ידע דיכול לחזור ל"ה חוזר מטעם דנ"ל דליקום בהימנותיה אלא אף להסוברים דאף בלא ידע גם כן מהני היינו כיון דצריך שיחזור בו אמרינן אילו הוה ידע ורואה לא הוה חוזר וא"מ מיד הלוקח וכמו שיבואר לקמן אי"ה בזה אבל היכא דמוכר דבר שהוא ביד הלוקח אם המכירה לא מהני שוב יכול לחזור כיון דמצד הקנין יכול לחזור. וראיה לזה מדברי תשובת רשב"א המובא ב"י (סי' רמ"א) במוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור קודם שנטל אבל לאחר שנטל מה שנטל נטל ודוקא מטלטלין אבל קרקע לא אעפ"י שדר בה והחזיק לפי שקרקע לא שייך בה תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בהקנאה כן הדברים כמו שאמרתי דהא מוכר פירות דקל לחבירו אם שמט ואכל מה שאכל אכל משום דבשעה שאוכל ולא מוחה ולא חזר בו אותה שעה רואין אותו כמוחל עכשיו ואפילו הניחו אוכל מפני שהוא טועה בהקנאתו וסבר שקנה לוקח ואם היה יודע של"ק היה מונעו אפ"ה זכה משום דמחיל' בטעות הוי מחילה עכ"ל וע"ש בסמ"ע (ס"ק י"א) דאיירי דנתן לו בלשון מתנה המועיל דאם לא כן לא מהני מחילה בדבר שהוא בעין וקשה אם כן אמאי לא מהני בקרקע אם עשה קנין המועיל ובש"ך שם כ' דשייך לשון מחילה על מה שיטול שלא יהיה עליו תביעה ובספר בני יעקב (דף ע"ח) כ' דהרשב"א אינו חולק על המרי"ק ומודה דל"מ מחילה ע"ד שהוא בעין רק אתי עלה מטעם דאי שמיט ואכל ה"נ אע"ג דלשון זה אינו מועיל מ"מ כיון שנטל הוי מחילה בטעות ולא מפקינן מניה ומהרי"ק והרא"ש דהם לא מיירו אלא דבשעה שמחל לו כבר היה הדבר ברשותו שהי' פקדון ובכה"ג כיון דהלשון אינו מועיל לא מהני דלא שייך הכא אי שמיט ואכל וכו' דלא שייך הכי אלא היכא שהקנה לו או מחל קודם ואחר כך תפס דכיון דאחר קנייתו תפס בכה"ג אמרינן כיון דידע ומחל מחילה בטעות שמה מחילה בכה"ג אבל היכא דבשעה שמחל כבר היה ברשותו מה שייך שמיט ואכל כו' והרי אין כאן מחילה בטעות שכבר היה הדבר ברשותו ולא תפס אחר המחילה ועיין שם מה שכ' בדברי תשובת הר"ן במוחל מה שיתחייב לו דלא מהני ובדברי מהרי"ט דשם מחל מה שיתחייב אחר כך ושוב נתחייב מחדש לא שייך מחיל' וגם אי שמיט ואכל כיון דכבר נתחייב מחדש ומחילה הקודמת לא מהני כלום הרי דמוכח דלא' מהני אי שמט ואכל כו' רק היכא דהיה מקודם דבר

שאינו בידו והקנה בקנין שאינו מועיל אז אחר כך אי שמיט ואכל לא מפקינן כיון דידע ולא מיחה מה שאין כן בדבר שהוא בידו אם קנין לא מהני אז לא מהני אי שמיט ואכל כיון דאינו עושה שום דבר וכיון דיכול לחזור ממילא אף כשמת אינו זוכה:

כב) שוב ראיתי במח"א הלכות זכיה ומתנה (סי' כ"ו) הביא משם בעל הפ"מ דלא אמרינן מחילה בטעות הוי מחיל' אלא היכא דתפס אחר כך ולא היכא שהיה תפס מקודם וכ' ונראה דהא מלתא במחלוקת שנויה דלמאן דס"ל דטעמא הוי משום דנ"ל דליקום בהימנותיה אפילו כי תפס מעיקרא נמי ולמ"ד דטעמא דמלתא כיון דקא חזי השתא שזה אוכל פירותיו וקא שתיק גלי דעתיה דנ"ל במאי דקא עבד מעיקרא והשתא הוא דמחל תפיסה דמעיקרא לא מהני וכמו שכ' הפנ"מ. ולענ"ד סברתו הוא אליבא דכ"ע אף אם הטעם דניחא ליה דליקום בהימנותיה מ"מ זה הוא רק כששמיט ואכל וראה וידע שזה עושה קנין או אף אם לא ידע וכדעת הסמ"ע כאשר יבואר לקמן הוא הכל כיון שעושה קנין ומכניס לרשותו מה שלא הוה מקודם לכן אבל היכא דתפס מעיקרא ולא איתעבד שום התחדשות לעולם יכול לחזור בו אם לא מהני הקנין כיון דלא יש שום הוכחה דמחל ע"כ לא אתי עלה הרשב"א שיועיל מדין תפיסה:

הדרן לדברינו דיש מחלוקת הראשונים אם מהני מד"ת אף בלא כתיבה ומסירה מכירת שטר ללוה בעצמו ולהריק"ש ז"ל פשיטא ליה דמהני מד"ת ובדברי חיים שם כתבתי להוכיח מדברי תוס' ושאר הראשונים דהקשו אם מכירת שטרות לאו דאורייתא למה איצטריך קרא למעט שטרות מאונאה ואם נאמר דללוה עצמו מהני המכירה מן התורה אם כן שפיר איצטרך קרא למעט באם מוכר להלוה עצמו דלא יש בו דין אונאה. [ועיין בשארית יוסף שם דדן במכירת השח"ז לאביה דהיה שם אונאה] אולם דחיתי דאצל הלוה עצמו לא אצטרך למעט שטרות דלענין השעבוד אם לא מהני מכירה לאחרים רק להלוה עצמו אינו מוכר רק השעבוד וכבר יצאו קרקעות שאינן מטלטלין. אולם באמת זה אינו דהא אף אם שעבודא לאו דאורייתא ממעטינן ואם כן לאו בכלל קרקע הוא וללוה עצמו ע"כ דמוכר לו את שחייב לו מטעם שעבוד גופו ושפיר צריך למעט יצאו שטרות שאין גופן ממון באם מוכר ללוה עצמו אלא ודאי דאי מכירת שטרות לאו דאורייתא לא מהני תורת מכירה בלא מחילה אף להלוה עצמו דגרע מדבר שא"ב. ושם השגתי על הקצוה"ח דכ' לדון בדבר חדש (סי' קכ"ו ס"ק ט') דאע"ג דאין אונאה לשטרות היינו דוקא במוכר שטר חוב בכתיבה ומסירה דכיון דאין גופן ממון איתמעטו מדין אונאה מכלל ופרט דבר שאין גופו ממון אבל מוכר חובות בע"פ על ידי קנין מעמד שלשתן יש להם אונאה דחובת גופו הוי גופו ממון וצ"ע עליו דהא דבעו הש"ס ב"מ (דף נ"ו) הטעם למעט

שטרות משום דאין גופן ממון הוא משום דהוי דבר המטלטל ונקנה מיד ליד והיה ס"ד דיש בהן דין אונאה איצטריך לומר כיון דאין גופן ממון איתמעטו נמי מדין אונא' אבל מלוה על פה אף אם היה מהני המכירה מן התורה לא אצטרך למעט דהא בלא"ה לית בהו דין אונאה דנתמעט מדכתיב מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד ולא עדיף מקרקע דיצאו קרקעות שאינן מטלטלין:

ולכאורה יקשה על זה מתשובת הרא"ש (כלל י"ג) שכ' שם בחכירות המס מן הקהל לא שייך אונאה הואיל דמשתנות לפי הזמן ואין שומתו ידוע ולמה צריך לזה תפ"ל דלא הוי דבר המטלטל ואין גופו ממון ואף דדעת רמב"ם וכן בש"ע (סי' רכ"ז סל"ו) בקבלן יש בו דין אונאה אף דאינו דבר המטלטל כבר כתב המהרי"ט (סי' י"ט) דדוקא בנתן לו דבר לעשות כלי ובא דבר חדש ולא בקבל עליו לשמור או לרעות בהמותיו דבזה כיון דאין דבר מכור וגופו קנוי אין בו דין אונאה עיין שם אם כן בחכירת המס דאינו קונה רק זכות זה לגבות המס וליכא דבר המטלטל ממילא לא עדיף מקרקע ולמה הוצרך הרא"ש לאמר הואיל דאין שומתו ידוע. ואולי יש לומר דהא הרא"ש כתב שם דמד"ת אין קנין נתפס בחכירות הקהל דאפילו חוב גמור אינו יכול להקנו' רק במעמד ג' ומהלכתא בלא טעמא כ"ש חכירות דשנה דהוי דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו רק מטעם מנהג וי"ל דמהני למכור דבר שלא בא לעולם ושאינו ברשותו בציבור והיינו דקונה המס שיגבה וזה הוי דבר המטלטל והיה שייך בו אונאה אם לא כיון שאין שומתו ידוע אבל במוכר מלוה על פה במעמד ג' דמהני לא מטעם דמוכר לו הממון שיגבה דזה הוי דבר שלא בא לעולם וגם אף מאן דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ אין הלוקח יכול לתבוע מהלוה דיאמר לאו בעל דברים דידי את וכיון דעיקר הקנין הוא מתקנת סוחרים שיתבע מהלוה וקונה החוב גופו לכך הוי הלכתא בלא טעמא [ועיין שעה"מ הלכות מכירה דהאריך הרבה בקושיות דרב ס"ל דהוי הלכתא בל"ט אף דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והדברים פשוטים כמו שכתבתי] ואם כן כיון דעיקר התקנה היא שיקנה גוף החוב במעמד ג' כדי שיוכל לתבוע מהלוה וזה לא הוי דבר המטלטל ובודאי איתמעט מדין אונאה. מק"ו ממה דממעטינן קרקעות מדין אונאה:

כג) ולכאורה הא דמקדש במלוה אינה מקודשת ושקיל וטרי בזה בש"ס קידושין (דף מ"ז) טובא ובפוסקים מדייקי כשאמר הרי את מקודשת לי במלוה שיש לי אצלך משמע דאם אמר סתם התקדשי לי בשט"ח לא קנתה המלוה עצמה ומוכח דאי להקנות החוב אף ללוה עצמו אינו יכול להקנות בלא כתיבה ומסירה וכן כ' בספר אבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק י"ז) אולם יש להבין אם לא קנתה מה מועיל אם אומר במלוה שיש לי אצלך כיון

דאין זה לשון מחילה ורק לשון הקנאה ולהקנות אינו יכול ואפשר למה שהבאתי לעיל דברי הר"י מיגאש דאם אמר שנותן לו החוב מהני בתורת מחילה ה"נ אם אמר שמקדשה במלוה שיש לו אצלה הוי כמחילה רק כיון שאין דעתה על הנאת מחילת מלוה רק על עצם המלוה לכך אינה מקודשת. וראיתי באבני מלואים שם (ס"ק ל"א) שהביא דברי הראשונים שכתבו לחלק בין מקדשה במלוה דידה למקדשה במלוה דאחרים והביא דברי רמב"ן מ"ד פ' שור שנגח דו"ה לחלוק על בעל המאור במה שכ' דיכול להקדיש מלוה שביד אחרים דאינו דומה לדבר שאין ברשותו והוכיח הרמב"ן נגד זה ממה דאמרו המקדש במלוה אינה מקודשת וכן במו"מ אלמא כדבר שלא בא לעולם דמיא ולענין הקדש נמי דשלבל"ע הוי וביאור דבריו דאע"ג דיכול למחול להלוה עצמו אבל להקנותו אינו יכול משום דהוי ליה לדידיה דשלבל"ע ואנן בעינן כסף קידושין מן הנותן ומלוה שאין עתה של הנותן כלום אינו קונה ובשט"ח דאחרים כיון דמקנ' לה בכתיבה ומסירה שטר חוב גופו מקרי דבר שבא לעולם וכן כשמקנה לה מלוה על פה במעמד ג' הוי גם כן דבר הבא לעולם דאיתא במכירה והעלה מזה שאם מקנה לה שטר חוב דידה ומקדש' בזה מהני כמו בשטר חוב דאחרים רק כשמוחל לה החוב אמרינן כיון דהחוב הוי א"ב הוי דשלבל"ע עכ"ד. ויש להבין אם כן למאן דסובר אדם מקנה דשלבל"ע למה לא מהני כשמקדשה בהקנאות החוב לה ומש"ס שם מבואר דאף לר"מ דסובר אדם מקנה דשלבל"ע גם כן אינה מקודשת. וצריך לומר דדוקא לר"מ חל הקנין כשבא לעולם ואף לחזור יכול קודם שבא לעולם ואף באומר מעכשיו דאינו יכול לחזור היינו כשבא לעולם חל הקנין למפרע אבל לא כשלא בא לעולם כלל לא חל הקנין ובמלוה דידה כשלא יבא לידי גובייני' הוי כלא בא לרשותו ובעולם כלל לכך לא מהני הקנאה בלא כתי' ומסירה. אולם במלע"פ יש להתבונן דבזה י"ל דאף דהוי דשלבל"ע מ"מ כיון דתקנו חכז"ל דיכול להקנות במעמד ג' וזה הוי קנין המועיל למלוה על פה כמו כן אם מקנה המלוה גופא להלוה י"ל דמהני דהוי כמו מעמד ג' דלמה יגרע הלוה מאיש אחר דיכול להקנות לו כמו כן אם מקנה להלוה יהיה מועיל כיון דסגי בדיבורו בלבד בשלמא לדעת הריטב"א קידושין דסובר דמעמד ג' אינו יכול למחול דהלוה נשתעבד להממחה שפיר שייך לומר דוקא לאחר יכול להשתעבד מה שאין כן לעצמו לא שייך לומר דנשתעבד מחדש אבל לשיטת רמב"ן דיכול למחול מטעם דרק מדרבנן ואמרו דהמלוה יכול למכור זכותו על הלואה הזאת לתבוע מן הלוה ולכך כיון דאין גופו ממון ואינו במכירה רק מדרבנן יכול למחול אם כן בזה מהיכי תיתי לא יועיל המכירה כשמכרה להלוה עצמה ואם כן כמו במקדשה במלוה על פה דאחרים על ידי קנין מעמד ג' דמקודשת כן נמי

אם מקדשה במלוה דידה בגוף המלוה מהראוי שתהיה מקודשת. ואולי יש לומר דגם כשמקנה להלוה גוף מלוה על פה לא מהני ורק מה דתקנו חז"ל לקנות על ידי מעמד ג' שהוא הלכת' בלא טעמא זה מהני ולא להלוה עצמו. דלאחרים הוא תקנת סוחרים שיקנה במעמד ג' אבל להקנות ללוה לא תקנו כיון דיכול למחול:

כד) ומ"מ במוכר השעבוד שבשטר להלוה עצמו יש לומר דמהני מכירה כיון דכתבו תוס' ב"ב דכל הטעם דאין השעבוד בר מכירה דהוי כאינו ברשותו י"ל דלהלוה עצמו מהני ובפרע אם מוכר לו על ידי כתיבה ומסירה והא דכתבו תוספות להקשות ממה דממעטתן מדין אונאה ולא תירצו דנ"מ כשמוכר להלוה עצמו ומה שכ' לעיל די"ל דכבר יצאו קרקעות שאינן מטלטלין ז"א דאעפ"כ צריך למעט שטרות אף שהוא מטלטל על ידי שטר וראיה דהא התוס' ב"מ (דף נ"ו) כתבו משם ר' חיים דאם יש ללוה קרקע נקנו שטרות מה"ת דמוכר לו שעבוד שיש לו בקרקעות ואמאי לא נימא דלזה לא צריך מיעוט דכבר יצאו קרקעות שאינן מטלטלין אלא ודאי דצריך למעט כיון שנקנו על ידי השטר שמוכר והוי הראיה שבשטר בר מכירה הוי כדבר המטלטל א"כ כמו כן אף דלא מהני מכירה להשעבוד לאחר מ"מ להלוה היה ס"ד דמהני דהוי כדבר המטלטל וצריך שפיר קרא למעט. אך יש לומר כיון דאינו בר מכירה מד"ת בשום אופן לשום אדם רק להלוה בעצמו הוי כדבר שאין שומתו ידוע דלא שייך לשום דבר שאין בר מכיר' לשום אדם רק ללוה עצמו ומי יודע מעמדו ומצבו של הלוה לשום כמה הוא שוה זה השעבוד והחוב כמה הוא שוה רק הלוה בעצמו יודע ויש לזה דין כמו שאין שומתו ידוע לכך חתרו ראשונים למצוא דרך שיהיה בר מכירה בשטרות לכל העולם ואז צריך למעטם מטע' דאין גופן ממון אולם התוס' דתירצו דמשכחת שמצאו ומכרו לבעליו ע"כ דסברו דזה הוי שומתו ידוע:

ובדרך זה יש לישב דברי הר"ן פ' הכותב וב"מ שם בחידושיו דכ' הא דקאמר בש"ס יצאו שטרות שאין גופן מכור ואין גופן קנוי אף אם מכירת שטרות לאו דאורייתא דקרא לאו לשטרות איצטריך דהא צריך למעוטי עבדים ואפ"ה נפקי שטרות מדין אונאה למכירה דרבנן כיון שאין גופן מכור וקנוי אין להם אונאה וקשה לדבריו זה אתי שפיר לגבי דין אונאה אבל מה יענה לגבי פדיון הבן בכורות (דף נ"א) לרבי דאמר בכל פודין חוץ מן השטרות דדריש ריבויי ומיעוטי ורבי כל מילי ומאי מיעט מיעט שטרות הרי דקרא לא אתי למעט אלא שטרות ואם מד"ת שטרות לאו בר מכירה הם היכא אתי קרא למעוטינהו דכיון דלא קנה הכהן במסירת השטר חוב פשיטא דאין פודין וראיתי להגאון הדור מהרי"ט אלגזי ז"ל בספר קה"י (דף ל"ה) שהניח בקושי' על הר"ן ולמה שכ' אתי

שפיר דלגבי פדיון הבן משכחת שפיר שפוד' המלוה אצל הלוה שהוא כהן בשטרו שיש לו עליו וזוכה הלוה בו ואפי"ה ממעטינן הואיל דאין גופן ממון דאין פודין בו רק לגבי אונאה לא צריך קרא כיון דנתמעט כבר קרקעות ועבדים ואם שטרות לאו בר מכירה הוא רק לדידיה לא צריך קרא למעט כנ"ל דהוי דבר שאין שומתו ידוע לכן הוכרח הר"ן לתרץ דבאמת לא איתמעט רק הואיל דהוי בר מכירה מדרבנן קאמר בש"ס דמקרא ידענו דדבר שאין גופו קנוי אין בו דין אונאה. ועוד יש ליישב דברי הר"ן באופן אחר שלא יקשה מפדיון הבן עפ"י מה שכ' בתומים (ס"ק א') דאם כ' בשטר שמשעבד עצמו לכל מי שמוציאו בזה מהני לכ"ע המכירה מד"ת והא דתוס' הקשו מאונאה הא משכחת במוכר שטר חוב שכתוב בו לכל מי שמוציאו דס"ל כדעת רמב"ן דלמאן דסבר אין ברירה לא מהני שטר כזה ולכך לא הקשו מהך דבכורות די"ל רבי סבר יש ברירה אבל מאונאה הקשו למאן דסבר אין ברירה ע"ש. ואם כן י"ל כ"כ בדברי הר"ן דעיקר הקושיא היה מאונאה למאן דסבר אין ברירה ואף דדעת הר"ן (פ"א) דגיטין גבי משתעבדנ' לך ולכל מאן דאתי מחמתך דזה לא שייך לתלות בברירה כיון דאפשר להשתעבד בזה אחר זה מ"מ כבר כ' מהרי"ט בתשובה דהוא דוקא משום דכולהו מכח קמא קאתו אבל אם מתחילה בא לשעבד עצמו למי שאינו מבורר דאי דהאי לאו דהאי תליא בברירה ועיין בנתיבות (סי' ס"א) אם כן כיון דתליא בברירה י"ל גם כן על פי דרכו של התומים. וצ"ל אף דרבי ס"ל מס' גיטין טבל וחולין מעורבין זה בזה דא"ב היינו באינו מברר דבריו אבל במברר דבריו י"ל דסובר יש ברירה ומהני לכל מי שמוציאו דהוי כמברר דבריו ולכך מימעט מקרא:

כה) אם מכר שטר חוב ומסר לו ולא כתב לו אם פרע הלוה ללוקח זכה בו כמבואר ש"ע (סי' ס"ו סי"ז) והוא מדברי ר"ת בתוס' ורא"ש ב"מ (דף ס"ו) כמו במוכר דשלבל"ע אם שמיט ואכל אין מוציאין מידו וכ' בש"ע וי"א דוקא שידע המוכר שגבאו הלוקח ושתק דאז מחל אבל אם לא ידע חוזר וגובה מבע"ח והוסיף הרמ"א דאם אין ללוה לשלם אין המוכר יכול להוציא מן הלוקח כלום הואיל ותפס וכן הוא דעת הב"ח וסמ"ע והוא מדברי תה"ד והש"ך השיג ע"ד חדא דהא כשהמלוה חוזר על הלוה חוזר הלוה על הלוקח כיון דע"פ הדין הלוה חייב לשלם משום דלא מהני המכיר' וכיון דהלוה יחזור על הלוקח למה לא יחזור המלוה על הלוקח מטעם שעבודא דר"נ ועוד הא גם לגבי לוקח ל"ה מכירה:

ולכאורה יש לומר דהא עכ"פ הלוה לא יכול לתבוע בהחזר' המעות מיד הלוקח קודם שפרע להמלוה שנית דהלוקח יאמר אף שהמוכר חוזר מן המכר אולי אז היה מרוצה לזה אף אם היה יודע שגביתי המעו' ממך כי היכא דליקו' בהימנותי' רק עתה חוזר

בו ואף דלנגד הלוה אינו מועיל טענה הזאת ונשאר הש"ח בחזקתו וחייב למלוה מ"מ כל זמן שלא פרע אינו חייב לו ולא שייך שדר"נ כיון דכל זמן שאינו משלם להמלוה לא נשתעבד לו הלוקח. ושוב ראיתי שכן כ' אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ס' ד"מ (סי' ר"ט) ברם אחרי העיון יש לגמגם בזה דאף דעדיין לא שילם הלוה להמלוה מ"מ כיון שע"פ הדין חייב לשלם להמלוה ונשאר חיובו מיד נשתעבד הלוקח להמוכר שיחזיר לו מעותיו ממילא נשתעבד להמלוה ואף דעדין לא הפסיד הלוה כלום מ"מ כיון דחיובו נשאר במקומו אנן סהדי דלא נתן המעות להלוקח רק לפטור חיובו ושלא ישאר עליו עוד שום שעבוד מחובו וכל זמן דלא סלק ממנו שעבודו של המלוה חייב להחזיר לו לכן דעת הש"ך דיכול המוכר לחזור עליו מטעם שדר"נ:

אך מצאתי ברדב"ז (ח"א סי' שפ"א) דאף אם לא ידע המוכר בשעה שגבה הלוקח וחוזר על הלוה דאין לך פושע גדול מזה אעפ"י שהיה בידו השטר כיון שלא קנה אותו בכתיבה ומסירה כדין מ"מ הלוה אינו יכול להוציא מן הלוקח לפי שכבר זכה ובא לרשותו ומפסיד הלוה מאי דביני ביני והביא ראיה מדברי הרא"ש מדכ' חוזר וגובה מבעל חוב משמע שהלוקח זכה במה שגבה וכדע' הסמ"ע דמהני תפיסת הלוקח אף בלא ידע רק על הלוה חוזר ולדעתו הלוה מפסיד. וצריך להבין למה הא אנן סהדי דל"נ המעות רק שיסולק מבעל חוב ודמי להא דמבואר (סי' נ"ח) כשתופס בעל חוב פקדון מן השומר אף דיש לו מגו מ"מ לא יכול להפסיד לזה כיון שהוא יתחייב לשלם הוי כתופס מן השומר והכא נמי דכוותי'. וצריך לומר דזה דומה לאם תופס וטוען שהוא שלו דהיכא דאית ליה מגו בזה לכולי עלמא נאמן דהוא שלו ולא איכפת ליה בפסידא דשומר כמו שכ' הקצוה"ח (סי' נ"ח) והכא נמי כיון דזה הממון פרע הלוה בשביל פרעון חובו ולפי דברי הלוקח זכה הוא בהממון דאף אם היה יודע היה מוחל לכן אם באמת מחל לו המלוה והתרצה כי היכא דליקום בהימנותי' שוב הוי כתופס את שלו לכן אף דלגבי הלוה יכול לחזור ולא מהני סבר' הזאת מ"מ הלוקח פטור מלהחזיר. וראיתי לאאמ"ו ז"ל שם שכ' דזה טעמו של התה"ד כיון דיש לנו ס' אם היה יודע היה מתרצה לכך אינו יכול המלוה להוציא מן הלוקח והלוה חייב לפרוע שלא הוי לו לפרוע שיהיה מועיל תפיסת הלוקח. ויש לפקפק קצת דאם לא הוי רק ספק דאולי אז כשגבה אם הי' יודע המלוה היה מוחל נימא ברי ושמא ברי עדיף כיון דהמוכר טוען ברי דאף אם היה יודע לא הוי מוחה וכיון דהספק הוא אם בא הממון לידו דלוקח כדין בכה"ג ברי עדיף אף להוציא כמבואר בבעה"ת (שער מ"ו) בהא דהיכא דטעה בכדי שאין הדעת טועה דאמרינן במתנה יהיב ליה אם טוען ברי דלא איכוון למתנה אמרי' ברי ושמא ברי עדיף והכא נמי דכוותי' כיון

דהממון בא לידו מיד הלוה לשם פרעון והממון לפי הדין אינו שלו רק למלוה המוכר רק שבא בטענת ספק דלמא אם ידע המלוה כשפרע היה מתרצה אם כן ברי דמלוה עדיף. ואפשר דזה הוי ברי גרוע דגם המוכר בעצמו אינו יודע בבירור דעתו אז כל זמן שלא ידע אם היה ידע אז להיכן היה נוטה דעתו ורצונו אם היה מתרצה או היה מוחה:

כו) ועיין סמ"ע (סי' ר"ט) דהא דאי שמיט ואכל דלא מפקינן מנה אינו מטעם ספק רק מטעם ודאי אולם בריטב"א ב"מ שם כ' אף בידע המחילה הוא מצד ספק דלמא ידע שיכול לחזור ואעפ"כ הניח לו לאכול ואפילו דנראה כאבק ריבית לא משמע ליה אבל התם הלואה ומסתמא לא ידע דאם ידע לא הי' עושה איסור ולפי דבריו דהוא רק מטעם ס' יקשה דנימא ברי ושמא ברי עדיף ואם המוכר טוען ברי דלא הי' יודע שהמכר בטל ולכך שתק נימא ברי עדיף. ואולי משום זה אמרינן דוקא אי שמיט ואכל במוכר פירות דקל היינו שכבר אינם בעין דאז בא להוציא מיד הלוקח ממון ואז ברי ושמא לאו ברי עדיף להוצי' אבל היכא דהפירות הם עדיין בעין אף דעשה בהם קנין המועיל בזה חייב להחזירן כיון דבו"ש בכה"ג אם מסופק אם בא לידו כדין ברי עדיף. ועיין שם בריטב"א משם תוס' דכתבו כן באמת דוקא אי שמיט ואכל אבל קנין לא מהני דמשיכה לא מהני דלא אמר לו המוכר ואולי הוא מטעם זה דכשלא אמר לו אז בו"ש בריא עדיף. אולם בש"מ משם הר"י מבואר שם דהוא הדין אם הניחם בכלי מהני וקנה לו הכלי ול"ב דוקא ואכל. ומה שכ' הריטב"א דלא מהני הואיל דלא אמר לו המוכ' שימשוך ויקנה ל"ק למה שכ' בש"מ ב"ב (דף מ"א) משם הרשב"א גבי רב ענן שקל בידקא דחזקה הראשונה הוי כאלו אמר לך חזק וקני ה"נ המכירה הראשונה הוי כאומר לך חזק וקני. וכן מבואר מכל הפוסקים דלאו דוקא אי שמיט ואכל וביותר הא מבואר בש"ע (סעיף ח"י) במכר שטר חוב במסירה לבד דאפילו לא גבה רק הלוקח זקפן במלוה הוי כגבה הרי אף דהכל הוא בעין מ"מ זכה כבר ולא מפקינן וע"כ דהוי מחילה בבירור לא מטעם ספק ונ"מ דבאי שמיט ואכל דלא מפקינן לא מהני תפיסה בהחזרה:

ובספר מים חיים מבעל פר"ח הקשה על דעת הש"ך כיון דאנן סהדי דניחא ליה למיקם בהימנותי' מה נ"מ בין ידע המוכר או לא ידע ובקצוה"ח (סי' ר"ט) כ' דתליא אם היכא דידע בשל חבירו דלא הוי הבעלים מקפידין והיה מוחל לו דאפ"ה כל זמן שלא ידע אסור דהוי יאוש שלא מדעת כמו שכ' תוס' ב"מ (דכ"ב) וה"נ דכוותי' אבל למה שכ' הש"ך (סי' שנ"ח) דמותר בכה"ג לאכול משל חבירו כשיודע שמוחל לו אין צריך שידע המוכר כיון דידוע שלא יקפיד כי היכא דליקום בהימנותי'. ויש לומר אף לדעת הש"ך מ"מ כשנודע לו ומגלי דעתו דמקפיד ומוחה אינו זוכה דלא עדיף מיאוש שלא מדעת לרבא דסובר

דהוי יאוש מ"מ אם כשנודע לו צווח דאינו מייאש חייב להחזיר רק באבידה בדבר שאין בו סימן בטלה דעתו אצל דעת כל בני אדם כמו שכ' שם בש"מ דבשאר דברים לא אמרינן כן אם כן במוכר דשלבל"ע כיון דעיקר הטעם הוא דלא מפקינן משום דניחא לי' דליקום בהימנותי' ובאמת אפילו מחוסר אמנה אין כאן במוכר דשלבל"ע כמו שביארתי במ"א אם כן כשנודע לו צווח מיד דלא ניחא ליה כיון דליכא שום קנין חייב להחזיר וכשנודע לו ולא מיחה אמרינן מדלא מיחה נ"ל ואמרינן אף די"ל אם היה יודע דיכול לחזור היה מוחה מ"מ כיון שידע ולא מיחה אמרינן דמחילה בטעות בכה"ג הוי מחילה אבל כשלא ידע מעולם וכשנודע לו צווח בכה"ג לא הוי מחילה דהוי כמו יאוש שלמ"ד ובזה אף הש"ך (סי' שנ"ח) מודה:

כז) וראיתי בתומים (ס"ק ל"ו) דכ' בדעת הרא"ש דלכך אינו יכול להוציא מיד המלוה המוכר מן הלוקח דס"ל כיון דפלוגת' דרבוות' אם אותיות נקנו במסירה אינו יכול להוציא מיד הלוקח ומ"מ חוזר על הלוה כיון דהיה החיוב ברור והפרעון בספק ולא מצי למימר קים לי ויש לגמגם בזה דמ"מ יהי' הלוה פטור מטעם ספק ספיקא ס' א' דלמא אותיות נקנו במסיר' והיה לו לפרוע להלוקח מן הדין וספק שני אף דמן הדין לא נקנו במסירה מ"מ אולי אם היה יודע אז היה נ"ל כי היכא דליקום בהימנותיה ובכה"ג ספק א' בפלוגתא וספק א' במציאות כ' פוסקים דהוי ספק ספיקא מעליא עיין פ"מ יו"ד (סי' ק"י) ובב"ש אה"ע (סי' קנ"ה) והוא להחזיק וגם השטר כבר הוא ביד הלוה אלא ודאי דהרא"ש לא אתי עלה מטעם זה דא"ח על הלוקח דודאי בפסקיו ס"ל להרא"ש להלכה דאין אותיות נקנו' במסירה. ועוד אם הוי ס' אם נקנו במסירה למה יתחייב הלוה לשלם במה שגרם שיתפוס הלוה אולם התומים בזה לשיטתו שכ' (סי' כ"ה) דהיכא דהוא סד"ד אם אחר תפס ומסר לזה שחייב לשלם ועיין שם בנתיבות ובמה שכ' בזה בדיני דיינים (סי' ל"ג):

ומ"ש הש"ך בהגהה דיש להוכיח דיכול להוציא מן הלוקח מש"ע (סי' ר"ב ס"ג וי"ג) ומכמה דוכתי דאף אם תפס לא מהני כשאין הקנין כלום לא אבין הא אדרבא משם יש הוכחה להיפוך דהמחבר כתב הקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר אעפ"י שאמר לו כו' ל"ק השני מטלטלין ואם תפסן אחר שחזר בו המקנה א"מ מידו וזה הוא לשון הרמב"ם דסובר דמהני תפיסה בסד"ד והרמ"א שם הביא דעת החולקים דלא מהני תפיסה ומדמדייק הרמב"ם דאחר שחזר בו המקנה מבואר דקודם שחזר מהני תפיסה בתורת ודאי מטעם דאי שמיט ואכל לא מפקינן דהוא ודאי מחילה ונ"מ דלא מהני תו תפיסה בהחזרה ועל זה לא כ' אין מוציאין מידו רק אף אחר שחזר בו אם תפס אין מוציאין ממנו

אבל אם תפס המקנה בהחזר' אין מוציאין גם ממנו דהממע"ה כמו בכל סד"ד דמהני תפיסה בהחזרה וגם היש חולקין שהביא רמ"א לא חלקו רק אם תפס אחר שחזר אבל אם תפס קודם שחזר מודים דמהני תפיסתו ואף דאינו מבואר אם קודם שחזר דמהני תפיסה אף כשלא ידע המקנה או לא אבל קצת יש להוכיח מדדייק אחר שחזר משמע דקודם שחזר בכל אנפי בודאי מהני תפיסה ואולי סובר הרמב"ם דאף שלא ידע מהני תפיסה בודאי ולא בתורת ספק וכמו שכ' הפ"ח בספר מים חיים כיון דהטעם הוא כי היכא דליקום בהימנותי' אין חילוק בין אם ידע או לא ידע ועכ"פ להוכיח דכשאין הקנין כלום לא מהני תפיסתו אינו מוכח דאף מספק לא מהני. ומדברי ריטב"א ב"מ מוכח דאף דסובר דבידע הוי ודאי מחילה מ"מ בלא ידע ליכא שום ספק דהוא כ' משם ר"ת התם הלואה היינו אע"ג דידע דאסמכתא הוא הדרי פרי אף דמחילה בטעות הוי מחילה כאן לא הוי מחילה דודאי ידע דלאו זביני נינהו והא דלא הדר ביה ושביק ליה למיכלינהו משום דלית ליה זוזי הלואתו שיש לו על השדה ומש"ה שתק דכי יתבע ממנו בדין יצטרך למיתב ליה ומש"ה שתק עד דהדר ליה זוזי מה שאין כן במוכר פירות דקל לאו משום מחילה בטעות אלא כל אדם יודע דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכי הניחו לאכול מחל לו בודאי ואין לומר דכי יתבע ממנו בדינא יצטרך להחזיר המעות מכר הפירות אין כאן חשש דהרי יהיה צריך להחזיר לו הפירות ויכול לפרעו מיניה וביה. ולדבריו ודאי בלא ידע אין כאן שום ספק כיון דכל הוכחה הוא ממה שאינו מוחה בידו דליכא למימר דיצטרך להחזיר דמי מכר הפירות כיון דיכול לסלקו בהפירות וכשלא ידע ליכא שום הוכחה. ולסברתו במוכר שטר חוב אף אם זקפן במלוה לא הוי כגבה דליכא ראיה ממה שלא מיחה דשתק משום דלית ליה זוזי להחזיר להלוקח דמי קנית השטר. ומ"מ יש לומר דאם החזיר הלוקח השטר להלוה וזקפן במלוה דבזה ראיה ברורה דהתרצה אבל כשלא החזיר השטר רק זקפן במלוה בלבד אינו ראיה משתיקתו דניחא ליה ועיין ש"ך (ס"ק ט"ו):

כח) והנה בש"מ הביא לשון הריטב"א דאם גבה הלוקח קודם שמיחה בו זכה במה שגבה וכתב ואומר רבינו שאינו הפרש בזה בין גבה מעות בין גבה קרקע כיון שזכה באותה קרקע כראוי. מבואר דאין לחלק בין אי שמיט ואכל מטלטלין או קרקע ואיתא בעינא. וכן הוא הדין באומר לכשאקח שדה מכורה לך דהוי דבשלבל"ע אם קנה וקדם הלוקח ממנו והחזיק בה בפניו קנה וכן כ' בכנה"ג (סי' ר"ט אות נ"ב) בהגהות הטור דכ' דאע"ג דתפיסה בקרקע לא הוי תפיסה לענין שיקרא מוחזק בכל דבר שיפול ספק אבל לענין תפיסה דמהני בדשלבל"ע או בדבר שא"ב אין חילוק בין קרקע למטלטלין

דכל היכא שהקונה או המקבל נכנס בהבית ודר בו תפס מקרי וכ"כ בתשובותיו (סי' ר"ח) והיינו כיון דתפיסתו מהני לא מצד ספק רק מטעם בירור ולהסוברים דהוי רק מספק לא היה מהני תפיסה לגבי קרקע וכן לדברי הריטב"א שהבאתי לעיל דהטעם הוא דכל אדם יודע דאין אדם מקנה דשלבל"ע ואף די"ל דשתק דלא הוי ליה זוזי מ"מ יש לו לסלקו בהפירות אם כן בקרקע במכר דיצטרך להחזיר לו זוזי והו' אינו רוצה למכור הקרקע אינו ראיה משתיקתו אבל במתנה ודאי דאין לחלק בין קרקע למטלטלין. אולם מדברי תשובת רשב"א המובא ב"י (סי' רמ"א) במוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו לאחר שנטל אינו יכול לחזור וכ' ודוקא במטלטלין אבל קרקע לא ואעפ"י שדר בה והחזיק לפי שקרקע לא שייך בה תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בהקנאה כן הדברים כמו שאמרתי דהא במוכר פירות דקל לחבירו אי שמיט ואכל מה שאכל אכל וכו' עיין שם נראה לכאורה דבקרקע לא מהני תפיסה במוכר דשלבל"ע וכן הוכיח אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' ר"ט) ואחריו אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכירה שם ולכאורה י"ל דהרשב"א סובר דרק מספק מחילה מהני התפיסה ולכך קרקע בחזקת בעלים עומדת אך אם כן במטלטלין נמי נימא כן ברי ושמא ברי עדיף היכא דמסייעו חזקת מר"ק וזה א"י אם בא כדין לידו וכנ"ל:

וראיתי בתשובת פרח מטה אהרן (ח"א סי' כ"ח) שהביא גם כן דברי הרשב"א הנז' ולמד ממנו דבקרקע לא מהני תפיסה אף בזה וכ' דאין הריטב"א הנז' כשגבה הלוקח השטר קרקע חולק על הרשב"א דע"כ לא כתב הרשב"א רק לגבי בעלים דאיכא למימר קרקע בחזקת בעלים עומדת מה שאין כן בדינו דר"ת לא שייך למימר אוקי קרקע בחזקת בעלים מודה הרשב"א דמהני הגבייה דאי ל"ת הכי לחלק יקשה על ר"ת הא בקרקע לא שייך תפיסה אלא ודאי משום דלא הוי לגבי בעלים הראשונים וזה אינו ראיה הא דברי ר"ת אתיין שפיר דהוא סובר דאי שמיט ואכל דלא מפקינן אינו מטעם ספק רק מטעם ודאי דנ"ל כי היכא דליקו בהימנותי' או דאנן סהדי במה דשתיק וכמו שכ' הסמ"ע (סי' ר"ט) ולדידיה אף דשייך חזקת מר"ק כמו בלוקח קרקע שהוא דשלבל"ע ובא זה והחזיק זכה בה ודלא כרשב"א הנ"ל דלא שייך לומר אוקי קרקע בחזקת בעלים כיון דמחילתו ורצונו הוא מטעם ודאי אבל הרשב"א ס"ל דהוי מטעם ספק ולכך בקרקע לא מהני תפיסתו ומ"מ דבריו נכונים די"ל דגם הרשב"א מודה אם גבה בחובו קרקע דגם כן מהני זכייתו הואיל דל"ש מר"ק כיון דודאי זכה זה בחובו הואיל דידע ושתק הוי זה סילוק פרעון והלוה נפטר מחובו ואין הספק רק בין המלוה המוכר להלוקח אז אין מוציאין מידו. אולם לשיטת הד"מ והסמ"ע והב"ח דהיכא דלא ידע גם כן אין מוציאין מיד הלוקח בזה

י"ל דאם הגבהו קרקע דכיון דיכול לחזור על הלוה ודאי נתבטל קנינו של הלוקח מן הקרקע ושייך לומר מר"ק לכן יכול המלוה לחזור אף על הלוקח:

כט) ויש לחקור אם מת המוכר ואחר כך קדם הלוקח ותפס אם גם כן זוכה ואין היורשים מוציאין מידו די"ל דוקא במוכר בעצמו שייך בו דניחא ליה דליקום בהימנותי' ולכך כשידע אמרינן דמחל ובכה"ג מחילה בטעות הוי מחילה ולשיטת הד"מ והסמ"ע והב"ח אף דלא ידע כשתפס מ"מ אין מוציאין מידו כיון דאמדינן דעתו דאם ידע היה מחל והכל הוא מטעם דניחא ליה דליקום בהימנותא וזה הכל לגבי המוכר בעצמו שיקיים דבריו אבל לגבי יורשיו יש לומר אף שידעו ולא מיחו מ"מ כיון דלא ידעו אם בכחם לחזור מוציאין מיד הלוקח והוי מחילה בטעות. וראיתי במבי"ט (ח"ב סי' קל"ז) כ' שם על נידון שלו בשכ"מ שנתנה מתנה לבתה דשלבל"ע וזכתה אחר שבא לעולם והבן ל"ה שם ודן במה שזכתה אין מוציאין ממנה מטעם דר"נ דאי שמיט ואכל לא מפקינ' מניה ושוב הביא משם החכם מ' שמואל ז"ל שכתב לו דל"ש בדין זה ההיא דר"נ דהוי מטעם מחילה זה שייך במוכר ונותן שהו' בחיים אבל שכ"מ שציוה מחמת מיתה ונתן מתנה מיד כשמת יצאו הנכסים מרשותו ונכנסו ליד היורש והיורש אינו מוחל והוא צועק וצווח עכ"ד. והשיב לו בזה"ל ואני אומר דיורש לא עדיף ממוריש וכי היכי דמורי' כל שלא הי' חוזר בו אם אכל הקונה זכה ה"נ היורש כל שלא צווח זכה האחר ועכשיו שהוא צווח לא זכה האחר משעה שהוא צווח ולכך צוויתי להחזיר לו המשכנות שנתן על החודש שהיה עתיד הקונה לאכול וצווח הוא וחזר בו עכ"ל הנה חולק על מהר"ש ז"ל מצד הסברא בלא ראיה והדבר צריך ראיה כיון דכ' תוס' הטעם דנהי דיכול לחזור בו מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקום בהימנותי' לכך אית לן למימר דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא הוי חוזר אם כן זה דוקא במוכר עצמו אבל אם מת המוכר מניין לנו לומר דהיורש היה שותק מטעם דניחא ליה דאביו ליקום בהימנותיה דהיורש אינו מחויב בזה כלל כיון דהמכר לא חל ואף הוא יכול לחזור ואינו חייב אף במי שפרע ומחוסר אמנה ג"כ לא הוי דמה לו למיעבד כיון דיורשיו יורשין זכותו וכמו דהוא בחייו מן הדין היה יכול לחזור בדשלבל"ע רק כי היכי דליקום בהימנותיה וכיון דאנוס הוא במיתתו לא חל שום חיוב על יורשיו מה"ת נאמר דאם היו יודעין שיוכלו לחזור דהיו מתרצו להפסיד מעותן בשביל זה. ועיין ב"מ (דף ט"ז) במכר שדה שאינו שלו וחזר ולקחה מהבעלים הראשונים דקונה הלוקח וקאמר שם בש"ס במית גזלן ופירשו הראשונים ז"ל בפירושים שונים ובש"מ שם כ' משם הריטב"א דמית גזלן נמי היינו דמית קודם שלקחה ובניו לקחוהו מבעלים הראשונים ולא נהיר דאם כן לדידהו זבינו וכל זכות שתבא לידו קאמרינן ולא זכו' שלקחו בניו

עכ"ל הרי דאף דאמרינן שם מטעם דניחא ליה דליקו' בהימנותיה זוכה הלוקח כשחזר הגזלן ולקחו מבעלים הראשונים מ"מ לא אמרינן כן לגבי היורשים דלא מסתבר לומר דניחא להו דליקום אביהן מורישן בהימנותיה מכ"ש בזה מה שאמו נתנה במתנת שכ"מ דשלבל"ע דאף בשמיט ואכל אחר מיתתה דהוי מחיל' בטעות וצ"ע דברי המבי"ט:

ודע דיש ללמוד מדברי רמב"ן ב"ב (דף ע"ו) במוכר פירות דקל דהדין הוא אם שמיט ואכל דלא מפקינן מניה דאף אם נודע להם אחר כך שהיה בהן כדי אונאה השתא כשבא לעולם מ"מ אין בכה"ג דין אונאה דהוא כ' לתרץ הקושיא דאי מכירת שטרות לאו מה"ת ל"ל קרא למעט שטרות מדין אונאה דכי איצטריך קרא להיכא דזבינו שטר ולא חזר בו עד שגבה הלוה את חובו דתו לא מצי הדר ורחמנא מיעטיה מדין אונאה כיון דשטר מכר לו מתחיל' עכ"ל והטעם אף דבש"ס קאמר יצאו שטרות דאין גופן ממון ואם נאמר דלא מהני הקנין כלל מה"ת רק אם גבה חל המכירה מאז אף דלא מהני מן הדין מ"מ ניחא ליה דליקום בהימנותיה אם כן כיון דאין הקנין חל מעיקרא רק מאז שגבה ואז הוי דבר המטלטל וגופו ממון למה לא הוי בו דין אונאה ואף דמטעם דנ"ל התרצה המוכר להקנות לו מ"מ אם נתברר דהי' בו דין אונאה כשגבה למה לא יהיה יכול לתבוע או לחזור מן המקח דבאונאה מחילה בטעות לא הוי מחילה. וצריך לומר כיון דבין כך ובין כך יכול לחזור מגוף המכירה רק בכל זה כשגבה אמרינן דניחא ליה כי היכא דליקום בהימנותיה אם כן עיקר קיום המקח הוא מטעם דנ"ל ממילא אזלינן בתר מעיקרא וגם זה נ"ל שיהיה דינו כאלו הי' חל הקנין מעיקרא ודבר זה למדנו מתורתו של הרמב"ן ז"ל שכן הדין הן בשטרות הן במוכר פירות דקל כיון דאם שמוט ואכל הוא הטעם דמהני דאנן סהדי דשניהם התרצו שיתקיים המקח ואף דלא מהני מן הדין לא יחזרו אם אין א' מהן חוזר מן המקח וזה שמיט ואכל החרצו שיהיה הדין כאלו היה קיום להמקח מעיקרא מיעטה התורה מדין אונאה וכמו בשטר כיון דשטר מכר לו מתחיל' כן נמי במוכר פירות דקל כיון דמעיקרא מכר לו דבר שאינו מטלטל אף דל"מ הקנין ושניהם יכולין לחזור מ"מ אם לא חזרו והלוקח שמיט ואכל דנין כאלו הקנין חל מעיקרא. ועיין ב"י (סי' ר"ט) שהקשה בהא דאומר מה שעיזי חולבת מכור לך מותר משמע דקנ' אפילו יהיה יותר על דמן אף דאינו דבר המסוים וכ' כיון דחלב וגיזה אין להם שער ידוע אלא כל א' קונה כמו שחפץ לית בי' אונאה והד"מ שם חולק על זה דמ"מ אפשר לשומו אם היה בו כדי אונאה ובהגהת דרישה ופרישה שם תמה עליהם דשם איירי באמר הן רב או מעט ומש"ה לא שייך ביה אונאה והבריית' והפוסקי' באו רק ללמדנו דלית ביה צד איסור ריבית אף אם מוזיל גבי' עיין שם ולא כ' שום טעם בדבר ולדברי הרמב"ן אתי

שפיר דגם שם הוי דשלבל"ע ויכול לחזור רק דקמ"ל אם אינו חוזר ונותן לו לית ביה איסור רבית וכמו"ש בש"מ ב"מ שם דכ"א יכול לחזור ואין בו אף במי שפרע מ"מ כיון דאפשר דגם הלוקח יפסיד לית ביה איסור רבית וממילא נמי אף אם אחר שנתן לו נתודע שעתה יש בו דין אונאה מ"מ אזלינן בתר מעיקרא דניחא ליה שיהיו דנין כאלו הי' המקח חל בקנין מעיקרא ועיין שם בנה"מ דבמקדים מעות ומוזיל גביה לית ביה דין אונאה אף באם היה בקנין גמור ולמ"ש אף בלא מקדים לית ביה דין אונאה:

ל) אם פרע הלוה למוכר חוזר הלוקח וגובה מן המוכר אף שב"ד אומרים לו שיפרע ללוקח כמבואר (סט"ז) בסמ"ע וש"ך והב"ח כ' דאם כ' הב"ד פסק דין שוב לא מהני מחילתו של המלוה והש"ך חולק על זה דמה לי אם כתבו ב"ד פס"ד או לא בכל גווני כיון דנמחל השטר שוב אין לו ללוקח עליו כלום. ובש"מ כתובות סוגיא דשטר אמנה כ' משם חכמי הצרפתים ליישב הקושי' דיהיה נאמן אמנה במגו דא"ב מחיל להסוברים דגם בשעבוד' דר"נ יכול למחול וז"ל כגון שתובע מלוה השני ללוה מדר"נ והעמידוהו בדין ונתחייב לו ממון ואחר כך בא בעל השטר ואמר אמנה הוא זה כיון דעמד בדין שוב אינו יכול למחול דכל מלתא דב"ד כמאן דגבי דמי כדאמר לענין פרוזבל הרי דאפילו בהעמדה בדין לבד נשתעבד לו וניתק כח המלוה מכל ושוב לא מהני מחילה אף להסוברי' דמטעם שדר"נ יכול למחול ואם כן עכ"פ במכירת שטר לא מבעי להסוברי' דמטעם דמכי"ש דרבנן הוא ולכך יכול למחול זה הכל קודם העמדה בדין אבל אם כבר עשאו מעשה ב"ד וכתבו פ"ד ליד הלוקח כמאן דגבי דמי ונתק כח המלוה המוכר לגמרי אלא אף להסוברים דמכיר' שטרות מן התורה ורק שעה"ג נשאר אצל המוכר וכשמוחל שעבוד הגוף נפקע השעבוד נכסי ממילא מ"מ כיון דכבר יצא חייב להלוה לשלם להלוקח י"ל דאף גופו נתחייב והא דהביא הש"ך ראיה ממה דאמר אי פקח הוא מקרקש ליה בזוזי וכ' ליה שטרא בשמיה ילך לב"ד ויכתבו לו פס"ד אלא ודאי דפס"ד אינו אלא שחייב לשלם כל זמן שהשטר בתקפו אבל כשנמחל השטר א"י לפסוק לעקור ד"ת י"ל דהש"ס מילתא דפסיקא נקט ואפי' אם השטר הוא תו"ז דאינו יכול הלוה לילך לב"ד כיון דלא מטי עדיין זמנו. אבל לעולם כשמטי זמנו ותובע לב"ד וחייבהו ב"ד ומסרו לו פס"ד י"ל דאינו יכול למחול ומה שכ' דאינו יכול הב"ד לעקור דין תורה י"ל דאין זה עקירת דבר כיון דהדין הוא כן לחייבו לשלם הם אמרו דיכול למחול אף אחר קנין והם אמרו דמעשה ב"ד לחייבו שוב מחיוב לגמרי וניתק כל כחו דהמוכר. אולם כל האחרונים הסכימו לדברי הש"ך ומי יבא אחריהם:

אך מ"מ אם פרע הלוה להמלוה אחר שהיה ביד הלוקח פס"ד יש לומר דלא נפטר בזה מן הלוקח אף דהש"ך מסיק (ס"ק ס"ב) דנפטר מ"מ צ"ע אם תפס הלוקח מן הלוה די"ל דא"מ מידו כיון די"א דבכל גווני לא נפטר. ועיין בסמ"ע הטעם דקנין יש לו קול וכן כ' בבעה"ת (שנ"א) ובש"ך כ' דמה לו ללוקח בזה ובאמת קשה אם הלוה טוען ברי דלא ידע ולא שמע מקנין של הלוקח מהיכא תיתי יתחייב הלוה הא בו"ש ברי עדיף להחזיק ממון וצ"ל כיון דיש ריעותא לפנינו והלוה לא תבע השטר מהמלוה והיה לו לתבוע ממנו השטר כשפרע לו ואז היה חקר בדבריו אולי מכר והי' נתברר לו. ועיין בדרישה דכ' דהלוה הוי כמזיק במה ששילם להמלו' ומזיק בשוגג גם כן חייב רק באונס גמור פטור כמבואר תוס' ב"ק (דף כ"ו) וכיון דאיתרע במה ששילם בלא היה השטר ביד המלוה הוי כגורם בשוגג דחייב. אם כן היכא דעמד בדין ועבר על פב"ד דצוו לו וחייבו לפרוע להלוק' הוי כמזיק בידים י"ל דכ"ע מודים דחייב לשלם להלוקח. והקצוה"ח ונתיבות כתבו דבמה ששיל' הלוה ופרעון בעל כרחו שמי' פרעון הוי הלוה כמזיק. ולענ"ד הא מ"מ אף באמר למלוה הא לך מעותיך ולא רצה לקבלם וזרקם לפניו דנפטר לא נעשה הממון כהפקר אף אם המלוה לא רצה לזכות בו והלוה נפטר מחובו ורק הלוה נפטר משעה"ג ונכסיו אבל מעות הללו נעשה כאפותקי מפורש וכ"כ התו"ג (דף ע"ה). אם כן ממילא אף דכל מוחל שטר חוב שמכר אינו יכול לומר אני עשיתי בשלי ומחלתי רק השעה"ג וממילא נפקע השעבוד נכסי כיון דנקשר זה בזה הוי כעושה מעשה בשעבוד הנכסים של הלוקח וכמו שכ' לעיל דיני דיינים (סי' ל"ג) מ"מ הלוה כששילם הממון להמלוה כשהניח המעו' הוי כמסלק השעבוד נכסי משעבוד הגוף והמלוה חייב להחזי' הממון שקבל ממילא לא הוי הלוה כמזיק. ועיין ש"מ כתובות (דף פ"ו) בעובדא דקריבתיה דר"נ אתי קא תבע לה לברתה דהקשו מה הי' ללוקח לתבע לברתה וכ' דהלוקח היה סובר דהיא כבר קבלה הכתובה מבעלה ואע"ג דפרעון הוי כאלו מחלה ואחר כך לא הוי לי' לתבוע מכח הכתובה אפילו הכי בזה נראה שיש חילוק בין פרעון למחילה מפני שיכולין לומר לה זה הפרעון שקבלת שלנו הוא ותני לנו כל מה שלקחת דמכח כתובה שנמכרה אצלינו דזכינו אנחנו בהגבייה עיין שם דהוי כאלו גבה בעד הלוקח וחייב לתת הכל ואף להסוברים דהמוחל אינו חייב לשלם אלא דמים שנתן הלוקח מ"מ בזה י"ל דלכ"ע חייב להחזיר הכל כיון דלקח השעבוד נכסים וממילא הלוה לא הוי כמזיק. ומ"מ י"ל אחרי דהיה העמדה בדין בזה הוי הלוה כמזיק וצ"ע:

ועיין באה"ע (סי' ק"ה ס"ב) במוכרת כתובתה ונתגרשה שאם אמרה שנפרעת אחר המכר דנאמנת במגו ומבואר דאם פרע נפטר מהלוקח ומשמע דסתם כדעה הראשונה דהלוה

נפטר מלוקח ועיין שם בח"מ. וי"ל דיש לחלק בין כתובה לשאר חוב למה שכ' הנ"י ב"ק (פ"ט) דבכתובה כשמחלה לבעל א"צ לשלם רק דמים שנתן כיון דבשעת המקח לא הוי דבר ברור שיבא לידי גובייא אבל בשטר חוב שעומד בבירור לגבות חייב לשלם לגמרי אם כן י"ל שם מיירי הש"ע שאמרה שפרע לה קודם הגירושין וכיון דכל הטעם די"א דלא נפטר הוא כמו שכ' בדרישה דהוא מצד מזיק ואם כן לגבי כתובה אז לא הוי מזיק ברור דלא נודע עדיין אם יבא לידי גובייא והמזיק אינו חייב לשלם רק כפי השוי' בשעת ההיזק ואז לא שוה רק הטובת הנאה ואף אם נאמר דאף בכתובה כשמחלה חייבת לשלם הכל היינו באם מחלה ובש' המחיל' היה שעת הגבייה אבל במחלה קודם הגירושין אינה חייבת רק דמים שנתן כי אז לא ברי הזיקו אם כן נ"מ במה שאמרה שפרע לה קודם שחל הגביה דאז לא הוי' חייב' לשלם רק כפי טובת הנאה. אולם יקש' מה מגו יש לה הא אם תמחול הכתובה תצטרך היא לשלם וסברה שתהיה חייבת כל דמי הכתובה וכשאמרה שנפרעת אז אינה חייבת רק כפי דמי טוה"נ ועיין שם בס' בית מאיר ובא"מ. ועל כרחך דאמרה שפרע לה כל דמי הכתובה ולכך נאמנת במגו דהית' מוחלת דהשתא נמי חייבת לשלם כל דמי הכתובה כיון דקבלה דמים של הלוקח וכמו שכ' לעיל ומ"מ הבעל אף לי"א אינו חייב רק כפי דמי טוה"נ שהיה שוה אז. ובב"מ שם כ' ראיה דלא נפטר הלוה ממה דקאמר בש"ס קידושין דקמיפלגי מ"ס אשה סמכה דעתה מימר אמרה לא שבק לדידי ומחיל לאחרינא ואם נאמר דאם פרע נמי נפטר אמאי סמכה דעתה נהי דלא ימחול באנס יש לה לחוש שיקבל הפרעון לעצמו ע"י שיוותר לו מקצתו ותתן לו שובר אלא ודאי דפרעון לא מהני ולמ"ש הדרישה והאחרונים בטעמא די"א משום דהלוה הוי כמזיק אם כן אם מוותר לו לא הוי כמזיק דכוונתו להרויח ובכה"ג לכולי עלמא פטור. ולמה שכ' דמה שמקבל לפרעון בזה לכ"ע חייב לשלם המלוה להלוקח אם כן למה שכ' הפוסקים הסוברים דבמוחל אינו חייב לשלם רק דמים שנתן ואינו חייב להחזיר להאשה רק שוי' שהוא פרוטה בזה אתי שפיר דסמכה דעת' שלא ימחול בחנם ואם יקבל בתורת פרעון יצטרך להחזיר לה כל מה שקבל דמי הפרעון ואף להסוברים דאף אם יצטרך לשלם כל הדמים ששוה השטר רק מאן דסובר דלא סמכה דעתה דאינו רוצה להיות בדינא ודיינא י"ל דזה דוקא מה שיהיה חייב לשלם מטעם גרמי שיהיה חיוב חדש בזה לא סמכה דעתה ומאן דסובר דסמכה דעתה דלא שבק לדידה וימחול לאחרינא היינו בחנם ואם יקבל בתורת פרעון זה הוי כמו שגבה חובה ויצטרך להחזיר לה בזה לא איכפת לה דמה לה אם תתבע מן הלוה או מבעלה אח"כ ראיתי שכוונתי בזה תל"י לדעת התומים (ס"ק ל"ג):

לא) ואם הלוה טוען פרעתי להמוכר והמוכר מכחיש ואינו רוצה לישבע דחייב לשלם כ' הש"ך משם המ"מ דחייב לשלם הכל כמו ששוה השטר. והאחרונים הקשו ע"ז דהוי רק ככובש עדותו רק דחייב להחזיר המעות מדין אחריות דכל שטר שאין נשבעין עליו לאו כלום הוא וכשקנה הלוקח אדעתא דהכי קנה שישבע המלוה עליו וכשאינו רוצה לישבע הוי מק"ט ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"א) דאין דומה למוחל דאין הריעותא בגוף המקח רק אחר כך עושה ההיזק והביא דברי ריטב"א כתובות שכ' שכ"מ שצריך המוכר לישבע כופין את באי כוחו לישבע אפילו בנותן שאין עליו אחריות דכיון שאין לו לזה לגבות אלא בשבועתו אדעתא דהכי זבין ויהיב והוא מכלל אחריות דנפשי' ובריטב"א הקשה ע"ז במחלו למה פטור מדין אחריות נימא דאדעתא דהכי לא נחית והוא כ' ליישב דמחילה נעשה ההיזק אחר כך מה שאין כן באינו רוצה לישבע דדנין אותו לפרוע מעיקרא והוא בכלל אחריות דנפשי' ולפי דברי הקצוה"ח דהוי מקח טעות אם כן אין צריך לשלם רק דמים שנתן אולם למה שכ' דמטעם קבלת אחריות דנפשיה הוא י"ל דחייב לשלם כפי דמי שווי' של השטר וכן נ"מ למ"ש הריטב"א דאפילו בנתן במתנה שאין עליו אחריות מ"מ אחריות דנפשיה קבל עליו ולדברי הקצוה"ח דאתי עלה מטעם מקח טעות במתנה פטור מלשלם כשא"ר לישבע. ויש להבין בדברי הריטב"א דבמה ובאיזה קנין נתחייב לשלם מאחריות דנפשי' בשלמא במכר נתחייב בשביל דמים שקבל אבל במתנה אף אם קבל עליו אחריות במה נתחייב ועיין ברמ"א (סי' קט"ז) בנותן מתנה בעדים אינו טורף מלקוחות בלא שטר ומשמע הא מב"ח טורף ועמד שם על זה בתומים במה נשתעבד בלא קנין הא בדברים בעלמא שקבל עליו אחריות לא נשתעבד ואי בקנין יש לו קול דסתם קנין לכתיבה עומד והוכיח מזה דהיכא דצריך הקנין לקיום הדבר לא אמרינן סתם קנין לכתיבה ואאמ"ו ז"ל בספרי דברי חיים דיני גב"ח (סי' כ"ג) כ' דלהדיא מבואר בטור (סי' רמ"ג) משם הרבינו יונה ז"ל דאף במתנה בנתן לו באחריות ואמר לו לך חזק וקני כמו דנתחייב באחריות על ידי שטר כ"כ על ידי חזקה למגבי מב"ח ועיין מה שכתבתי בזה לעיל (סי' ח') להסביר דנגד טורפה של הבע"ח מהני כמו דיכול לחייב א"ע כשפורע חובו של חבירו עיין שם וזה אתי שפיר שם בשביל שפרע חובו אבל כאן שאינו רוצה לישבע במה נתחייב ואולי גם כן י"ל כיון דבדיני שמים חייב לישבע שיגבה המקבל חובו והוי ככובש עדותו ממילא יכול לחייב את עצמו ואחריות דנפשיה קבל עליו מסתמא לכן חייב לשלם להמקבל מתנה כשאינו רוצה לישבע:

וכד הוינא טליא אמרתי בדרך פלפול לסלק ראיות התוס' דהמקנ' לחבירו מלוה על פה במעמד ג' דאינו יכול למחול מש"ס קידושין (דף מ"ח) מדקאמר שם במע"פ פליגי בדר"ה

אמר רב ומדלא קאמר דכ"ע דאף במלוה אמר רב ומדלא קאמר דפליגי אי יכול למחול ושסמכה דעתה כמו דאמר לעיל והש"ך כ' ראיה הזאת לעיקר וכן מדברי הרמב"ם דפסק (פ"ה מאישות) דבקדשה במלוה דאחרים במע"ג דמקודשת. וי"ל דהא הראשונים הקשו מה בכך שימחול הא יהיה חייב לשלם ויש שמתרצים דאינו חייב רק דמים שנתן והשוי' של אשה הוא רק פרוטה ואם נאמר דכשהמוכר השטר חוב אינו רוצה לישבע אינו חייב לשלם רק דמים שנתן י"ל דלעולם אשה סמכה דעתה מימר אמרה לא שבק ליה לדידי ומחל לי' לאחריני רק מאן דסובר אשה נמי לא סמכה דעתה היינו שהלוה יטעון שישבע המלוה המוכר שלא פרע והוא לא ירצה לישבע ולא יהיה חייב לשלם רק דמים שנתן אבל אם ליתא לדשמואל ואינו יכול למחול אז לא צריך לישבע כיון דאף אם יודה שפרע לו גם כן אינו נאמן כמבואר בש"ך (סי' מ"ז וס"ו). ואם כן זה דוקא במכירת שטרות אבל בקדשה במלוה על פה במעמד ג' שפיר י"ל דסמכה דע דעתה ואף אם יכול למחול מ"מ יצטרך לשלם כל החוב ושם ליכא חשש זה דלא ירצה הבעל לישבע דלא שייך זה כשהיו במעמד ג' דכבר הודה הלוה שלא פרע. וממילא ליכא הוכחה מדברי רמב"ם די"ל דלענין מחילה בלבד סמכה דעתה במלוה על פה כיון דליכא חשש שאינו רוצה לישבע וגם יצטרך לשלם ואף דאשה בושה לתבוע מ"מ הבעל ירא למחול שמא תתבענו ויצטרך לשלם כל הדמים. אולם למה שכ' מדברי הריטב"א וכן דעת המ"מ והש"ג דבשטר כשאינו רוצה לישבע חייב לשלם הכל לא אתי שפיר. וגם אם נאמר דהוי מקח טעות בכה"ג י"ל דנתבטל הקידושין למפרע ובזה סמכה דעת' דרק היכא דתהי' מקודשת ולא יהיה בידה דמי כסף קידושין בזה אמרינן דלא סמכה דעתה אבל היכא דיתבטל הקידושין בזה לא שייך לא סמכה דעתה וכמו שכ' האחרונים הלכות קידושין (סי' כ"ח) ולדברי המ"מ דחייב לשלם הכל וכן אם מטעם אחריות דנפשי' בזה יש לומר במלוה בשטר אף דסמכה דעתה דלא ימחול לא סמכה דעתה בשביל דלמא לא ירצה לישבע ואף דיהיה חייב לשלם אשה בושה לתבוע כמו"ש הראשונים ומקודשת תהיה לכך כיון דלא סמכה דעתה על זה אינה מקודשת אבל לענין מחילה סמכה דעתה דלא שביק לה לדידה ומחל לאחריני ולכך בקדשה במע"פ במעמד ג' מקודשת אף אם יכולה למחול:

ובזה י"ל קצת דברי הטור דהוא סובר דאם המוכר מוחל צריך הלוקח להחזיר הנייר. ובאה"ע שם כ' בקדשה בשטר חוב דשמין את הנייר. ועיין ש"ך (ס"ק ס"ו) ובשעה"מ הלכות אישות ואף שיצטרך להחזיר לה דמי הנייר למה חיישינן לשמא ש"פ במדי וגם הא קשה לשיטת תוס' הא דלא סמכה דעתה הוא הואיל דלא יצטרך לשלם לה רק דמים שנתן חזינן דאין רצונה להתקדש רק בכל הממון וכמו שכ' הרא"ש סוף (פ"א) דב"מ

ועל כרחך הא דשמין את הנייר היינו הואיל דהנייר הוא בעין וההלואה אינה כעין ודאי דעתה על דבר שהוא בעין אם כן אם צריכה להחזיר הנייר בעד דמי הנייר שוב אינה רוצה להתקדש רק בכל הדמים. ולמה שכ' י"ל דכל שלא ימחול סמכה דעתה רק דדלמא לא ירצה לישבע הבעל ובזה כשאינה רוצה לישבע ודאי אינה מחויבת להחזיר הנייר דודאי אם הלוה אומר להמלוה אשתבע לי דלא פרעתיך והמלוה אינו רוצה לישבע אין מוציאין השטר מידו דעל גוף הנייר הוא חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו והוא מוחזק אם כן שפיר מקודשת דבטוחה בהנייר כן אמרתי בילדותי. ברם יש לגמגם דאם נאמר דסמכה דעתה על המחילה רק לא סמכה דעתה אם יטעון הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך אם כן בשטר שיש בו נאמנות לא שייך כלל לא סמכה דעתה. ובנתיבות מתרץ דברי הטור דיכולה להחזיק הנייר כ"ז דאינו משלם לה כל החוב דהשטר חשוב ממון למכור דשוה ממון אצל הלוה וקשה אם כן לעולם שוה הנייר יותר מפרוטה ואיך כ' הטור דאם לא שוה פרוטה הוי ספק קידושין דשמא ש"פ במדי הא לדבר זה הלוה יתן פרוטה:

לב) ויש להעיר למה לא נאמר כשמוחל המלוה השטר דיתחייב להחזיר הדמים שקבל אף למאן דלא דאין דינא דגרמי נימא אדעתא דהכי לא רצה לקנות ודומה למה שכ' תוס' כתובות (דף מ"ז) בהא דאמרינן שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה דבכל אדם הלוקח דבר מחבירו ואירע אונס בדבר אנן סהדי שלא על מנת כן לקח דהתם אנן סהדי שבאותו ספק רוצה ליכנס עיין שם בדבריהם ועיין במל"מ (פ"ו) מזכיה דהמוכר לא הוי מרוצה אם הלוקח היה מתנה תנאי כזה וע"כ הכניס הלוקח עצמו בס' זה ואם כן נימא במוכר שטר חוב דודאי אם היה לוקח מתנה בפירוש שאם ימחול יחזיר לו דמי המקח היה המוכר מכר לו גם כן על תנאי זה כשימחול יתבטל המקח כיון דאסור לו להזיק אף אם פטור מדין דגרמי מ"מ בד"ש לכ"ע מחויב לשלם ואיסור הוא לכ"ע ובודאי היה המוכר מסכים לזה לקבל עליו אחריות דנפשיה אם כן אף דלא התנה נימא אדעתא דהכי לא קנה ויתבטל המקח ועיין ש"ך (ס"ק ק"ט) שהביא מדברי ראב"ן ובס' מקו"מ דאף למאן דלא דאין דיני דגרמי צריך עכ"פ להחזיר דמים שנתן וראיתי בספר ש"מ דכ' דהטעם הוא מטעם אומדנא כמו שכ' תוס' הנ"ל ולהמעיין בדברי ראב"ן יראה דלא אתי עלה מטעם אומדנא. ולהחולקים צריך להבין עכ"פ אמאי לא נאמר אומדנא הזאת. ולמה שכ' הנתיבות (סי' ר"ל) בביאור דברי תוס' כתובות דל"ה קושיתם אחר שנשתמש בהם בהמקח ואף אחר שעה שהיה ראוי להנות בהמקח לא אמרי' אומדנא כמו בנכנסה לחופה ולא נבעלה דמחייב בתוספות כתובה כשמת כיון דהיתה ראוי' לביאה כן נמי בקונה דבר כיון שזכה במקחו וראוי לדבר שקנה כלתה הנאה רק קושיתם היה בקונה

בעוד שלא הוי ראוי להשתמש תשמיש שקנה עבורו עיין שם [ובתו' כתובות שם דבדידה תליא הקידושין וכ' בחידושי ר"ע ז"ל דמה"ט פירכת הש"ס דוקא במן האירוסין אבל מן הנשואין לא שייך הטעם דבדידה תלי דהא אפשר דהוא לא היה רוצה בגוונא זה שיתבטלו הקידושין למפרע שיהיה בעילתו בעילת זנות ואין צריך למה דנדחקו תוס' ב"ק בזה עכ"ל ואמת שכן כ' בש"מ שם אולם התוס' רצו שם בפירושם בלא בעל שמת אחר נישואין קודם שבעל גם כן לא אמרינן אדעתא דהכי לא קידשה וז"פ] אם כן י"ל כ"כ במוכר שט"ח אף דקונה לגבות מהלוה אולם כמו כן יכול למכור לאחרים גם כן וכיון שכבר מסר לו השטר וקנה אותו והשעבוד בכתיבה ומסירה כבר נסתלק המוכר ומה שעושה אחר כך בשלו עושה דמוחל שעבוד הגוף וממיל' נעשה ההיזק דנפקע השעבוד נכסי הוי כמו אחר המזיק ולמאן דדן דד"ג חייב לשלם ולמאן דלא דן אף המוכר כשמחל פטור מלשלם וכמו שכ' הטור אם שרף בית שמכר לאחר באחריות שאינו טורף ממשעבדי ואף דשם הוא דבר דלא אסיק אדעתיה כלל ה"נ לא אסיק אדעתיה שיעשה זה עבירה דעכ"פ עושה עבירה להזיק לחבירו וכיון דלא אתנו בפירוש ומה שמכר לו מסרו בידו כשמחל בדידי' עביד למחול השעבוד הגוף ונפקע השעבוד נכסי דנין בו רק כדין מזיק אחר ולא לבטל בשביל זה הקנין מעיקרא:

ובס' ח"ש (ח' או"ח סי' א') כ' לדון באחד שמכר לעכו"ם בע"פ החמץ כדין וקודם זמן איסורו חזר בו הישראל וחטף ממנו השטר מכירה ומכרו לאחר ונודע הדבר לאח"ז איסורו ודן אף דלא נתבטל הקנין של הראשון כיון דכבר קנה החדר והחמץ כדין מ"מ אחריותו על הישראל כיון שאינו מניח להעכו"ם לילך בחדר שהחמץ בתוכו ולהשגיח על שלו אע"ג דלא הוי רק גרמא בעלמא מ"מ לדברי תוס' כתובות דל"א אומדנא זה דוקא אם המוכר לא הוי גורם להפסד של אח"כ אבל בזה אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא קנה וגם סברא שהמוכר לא הי' מתרצה לא שייך בזה כיון דבדידי' תליא מילתא. והדברים מתמיהין מכאן דחזינן אף דהמוכר גרם אחר כך להפסד במה דמחל להלוה בכ"ז למאן דלא דאין דדג"ר פטור מלשלם ואינו יכול לבטל המקח. שוב ראיתי שהעיר על דברי הח"ש הגאון בעל ז"ר זצ"ל בספרו ח"ר. ברם יש לחלק ממוחל דשם כבר הוציא מרשותו כל זכות שיש לו בהשעבוד נכסי דמסר לו השטר וכתב לו שטר מכר ולא נשאר בידו רק מה שלא היה בכחו למכור היינו השעבוד הגוף והוי כאחר שמזיקו במה שמוחל ולא אסיק אדעתו שאחר כך יעשה עול וימחול מה שאין כן בנידונו של הבעל ח"ש ודאי כל המוכר לחבירו חייב להעמיד לו מקחו וגופו נשתעבד להלוקח להעמיד המקח שנשאר בידו אף דאם נאבד אחר כך שלא בפשיעתו של מוכר פטור מ"מ כשנאבד ע"י

גרמתו שלא העמיד המקח לא מפטר המוכר מחיובו וכיון דלא הניח להלוקח לכנס לחצרו שקנה ולהשגיח על המקח ודאי אנן סהדי ואומדנא דמוכח הוא דלא קנה עד"ז כיון שהוציא ממנו השטר וא"י לבא לחדר ולהשגיח הוי כמו שלא העמיד לו המקח אף דכבר נגמר הקנין מ"מ כיון שחטף ממנו ראיותיו ולא הניח לו ללכת לחדרו הוי כלא רצה להעמיד המקח דעל זה נשתעבד להעמיד לו המקח [וא"ל הא בלא"ה הוי כגזלן כשמעכב דבר שאינו שלו ואם כן הוי כל אחריותו עליו וי"ל כיון דלא עשה שום קנין בהחמץ ל"נ בשביל זה גזלן ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' ל"ד)]:

אך זאת קשה אם נאמר אומדנא הזאת אמאי בעשה עבדו אפותקי ושחררו אם חייב לשלם פליגי רשב"ג וחכמים אם מזיק שעבוד של חבירו חייב או פטור ולדעת הראב"ד פוסק דמזיק שעבודו של חבירו פטור מלשלם היינו באם משחררו ועיין ש"ך (סי' שפ"ו ס"ק י"ב) ואמאי נימא עכ"פ כיון דלא העמיד להמלוה אפותקי יהי' חייב לשלם דמי ההלואה מטעם אומדנא דמוכח דע"ד זה לא קבל אחריותו של האפותקי ועל כרחך צריך לומר כיון דעשה איסור עכ"פ להזיקו ע"ז לא אסיק אדעתי' להתנות. ואם כן מוכח דלא כד' הח"ש. וראיתי בנתיבות (סי' שי"ב ס"ק ה') שכתב בפשיטות הטעם בשכר בית זה ועמד ומכרו לנכרי או שרפו או סתרו דחייב להעמיד לו בית אחר דאף דאמר זה יש עליו שעבוד הגוף רק דהוי כאפותקי מפורש שאם נשרף אינו יכול לגבות ממ"א ואם אינו רוצה ליתן גוף האפותיקי או שהלו' קלקל בעצמו ודאי דגם שאר נכסיו משועבדין עיין שם. וקשה מאד הא במשחרר העבד קלקל בעצמו האפותקי ומ"מ אנו דנין רק כמו אדם אחר שהזיקו דחוב הראשון נפקע ואינו חייב רק מצד מזיק בחיוב חדש לשלם אם מזיק שעבודו ש"ח חייב ואם פטור אז אף שהלוה בעצמו קלקל גם כן פטור וצ"ע ויבואר עוד אי"ה בדיני גביית חוב:

ועיין ריטב"א קידושין (דף י"ד) בהא דמבואר שם בעבד עברי שברח תוך שש דחייב להשלים ואח"כ פגע יובל דשוב אינו חייב להשלים וכתב דאף לשלם מדין פרעון חוב פטור דמאי דברח ונתבטל ממלאכתו אינו אלא גרמא בעלמא כמבטל כיסו ש"ח שהוא פטור ועיין שם במקנה מה דהקשה עליו וכתבתי בזה בח"ר בקונטר' התשובות (סי' א') וקשה לכאורה אמאי פטור מלשלם מכל וכל נימא אומדנא דמוכח דלאו להכי נחית למזבן וכמו שכ' שם הריטב"א בהא דחלה שלש דאינו חייב להשלים אף דלגבי פועל שחלה אין לו שכרו אלא במה שעשה דפועל השכירו בעה"ב למלאכה זו על דבר ידוע וכיון שלא עשאו אין לו שכרו אעפ"י שנאנס אבל עבד עברי לא נשתעבד לעשות לו דבר ידוע אלא נשתעבד לו שיכפהו למלאכתו לפיכך אם חלה ולא עשה כלום נסתחפה

שדהו של אדון ובחלה יותר משלש הוי אומדן דעתו דלא להכי נחית למזבן וכדי שלא יפסיד הלה לגמרי ממונו חייב זה להשלים אם כן בברח דמשמע אף בברח כל שש נמי דחייב אך להשלים וכשפגע יובל דאינו חייב להשלים אמאי פטור עכ"פ לשלם הדמים מטעם ביטול מקח והוי אומדן דעתא דמוכח דלאו להכי נחית למזבן וצ"ל גם כן כיון דהקנין נגמר כבר הוי כמו שכבר מסר כל מה שקנה וכשאינו עובד הוי רק כמבטל כיסו ומ"מ צ"ע כיון דלא מילא ההתחייבות שלו נימא דעל דעת זה לא קנה ויבואר אי"ה במקומו לכשאזכה:

וראיתי בספר נה"מ (ס"ק ל"ז וס"ק מ"ב) דדמים שנתן חייב המוכר להחזיר אף למאן דלא דאין דיני דגרמי דהלוקח כשקנה השטר חוב קנה אדעתא דהכי שיהיה שייך לו השעבוד הגוף ושעבוד נכסים תדע דהא הלוקח יכול לתבוע להלוה רק ששעבוד הגוף אינו במכירה ויכול לחזור בו ולמחול השה"ג והוי כמוכר דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם בסך אחד שהלוקח יכול לחזור בו ולומר לא רציתי לקנות כ"א הכל וכשמבטל המקח מוציאין מן הלו' מדר"נ ולא אבין דבריו הא מבואר מכל הפוסקים הסוברי' דמכירת שטרות מה"ת דשעבוד הגוף ליתא במכירה כלל והלוקח אינו קונ' רק שעבוד הנכסים ואינו יכול לחזור כיון דלא מכר לו רק שעבוד הנכסים דאם לא כן לדבריו מעולם יהיה ביד הלוקח לבטל המקח וזה מבואר דאינו כן אלא ודאי דאינו יורד כלל לזכות בשעבוד הגוף ורק קונה השעבוד נכסים לבד והא דיכול לתבוע את הלוה הוא כמו שכ' הריטב"א קידושין (דף מ"ח) וב"מ פ' הזהב וכמו שבארתי לעיל (אות ח'):

לג) והיכא דפייס ללוה וכ' לו שטר להלוקח על שמו דשוב אינו יכול למחול כמבואר (סכ"ג) וכתב הש"ך (ס"ק ע"ז) משם הריטב"א דאם מחלו אינו טורף מזמן הראשון וראיתי בספר הפלאה כתובות שכתב שיכול לכתוב שטר על שמו מזמן הראשון כיון דקנה הלוקח השעבוד נכסי רק שעבוד הגוף ל"ק ויכול לשעבד גופו מזמן הראשון וכ' די"ל דנמחל שעבודא קמא ואם יכתוב מזמן הראשון הו"ל מוקדם וצ"ל שמזכיר בהשטר השני את הראשון שבידו וצ"ע שלא נזכר בפוסקים. ולכאורה י"ל למה שכתב הב"י (סי' ק"ג) משם הרבינו ירוחם בהא דאם הגבהו הלוה להמלוה קרקע בחובו דלא אמרינן שומא הדרא וכ' דמ"מ אם בא בעל חוב מאוחר אינו יכול לומר לו משעת המכר נמחל שעבודך והרי הוא כמו שלקחת במעות ושטר שלי מוקדם ממקחך ואטרוף אותו כי לגבי זה שעבודו קיים כאלו גבה אותו בב"ד וכן אם בא בעל חוב מוקדם וטרף אותו ממנו חוזר וגובה משאר נכסי הלוה מזמן שטר חובו הרי אף דקנה הקרקע מהלוה בחובו ונפקע ממנו החוב ונמחל כבר שעבודו לא אמרינן דלא יטרוף רק מטעם אחריות וע"כ כיון דיש

לו חוב מזמן הראשון רק הוא בא לגבות בו וגבה הלוה הקרקע בחובו מ"מ דעתו הי' שכל ימיו בתורת גוביינא ואם יטרוף ממנו בע"ח מוקדם יתבטל הגביה והשטר חוב יהיה נשאר בתוקפו כן ה"נ כיון דיש לו שטר מזמן הראשון שקנה מן הלוה ויש לו שעבוד נכסים דלוה רק רוצה לחזק שעבודו בשעבוד הגוף מהשתא כדי שלא יועיל מחילתו ומ"מ דעתו שישאר לו השעבוד נכסי מזמן הראשון כמו שהיה לו כי לאלומי אתי זכותו ולא לגרוע ועיין בנתיבות משפט (דף ע"א ע"ב) מה שכ' משם הריטב"א ותלמידי הרמב"ן.

לד) אם יורש של המוכר יכול למחול לעצמו כ' בש"ע שני דיעות ובנתיבות מביא קושית העולם בש"ס ב"ק (דף פ"ט) שהביא לסייע לתקנות אושא מברייתא מעידין אנו שגרשה ונתן כתובתה דאין משלמין רק טה"נ כתובתה ואם ליתא לתקנות אושא לזבני לגמרי ואם יורש מוחל לעצמו אפילו אי"א ליתא לתקנות אוש' ל"מ מזבני לגמרי דהא אם מתה הבעל יורשה וימחול ויפסיד ולא יצטרך לשלם וכתב לתרץ כיון שהבעל אינו יורש מלוות אשתו כמו בבכור רק מה שהלוה אחר הנישואין מתקנות אושא ובמלוה שעמו פלגי ואם כן אם ליתא לתקנת אושא לא עדיף הכתובה ממלוה שעמו דפלגי ועכ"פ החצי כתובה בר מכירה הוא ואפילו אם מתה עיין שם בדבריו. ולדעתי העניה בזה כ"ע מודים דהוי ראוי ממש דכל הטעם דבמלוה שעמו פלגי מבואר ברשב"ם ב"ב גבי בכור וביתר ראשונים שם משום דבודאי גמיר ומשעבד נפשיה כדי שיקח ב"ח ועיין סמ"ע (סי' רע"ח) ולפי זה כאן כשמכרה הכתובה וזכה הלוקח בהשעבוד נכסי רק שעבוד הגוף נשאר אצלה ומה שייך שעבוד ביותר לה להשעבוד הגוף. וראיתי מתרצים על קושיא הנ"ל מש"ס דב"ק על פי שהקשו התוס' שם דמי ירצה לקנות כיון דיכולה למחול ומתרצו שיכולה לעשות קיום בנדר או בשבועה שלא תמחול ולכך כיון דהיא בעצמה ל"ה יכולה למחול ממילא לא ירש הבעל זכות זה ולדבריהם אם המלוה נשבע שלא ימחול ומת גם היורש לא ירש זכות זה שימחול והמה דברים זרים הא אף אם נשבע מ"מ השבועה אינה עושה קנין ומ"מ כיון דאם מחלה מחילתה מחילה יהי' הטעם או משום דנשאר שעבוד הגוף אצל המוכר או כיון דהוא מדרבנן מהני המחילה ושייך בזה ירושה כמו אם לא היה המורישׁ נאסר באיסור שבועה כן אף בנשבע הוא רק אריה דרבע עליו שלא למחול אבל אם עבר ומחל מהני המחילה כן נמי היורש יורש זכות זה ועיין בנו"ב מהד"ק (סי' ל"א) במלוה בשטר ונשבע המלוה שלא יתבע ללוה אם מכר השטר הלוקח יכול לתובעו עיין שם והרי דאף במה שקבל עליו בשבועה ורבע עליו זכותו דהלוה שלא יתבע מ"מ כיון דחייב לו איתא במכירה הוא הדין לענין ירושה אף דקבל עליו המוכר בשבועה

שלא ימחול עם כל זה איתא בירושה והיורש אינו נאסר באיסור שבועה ועיין טו"ז יו"ד (סי' י"ו ס"ק ח'):

ובילדותי אמרתי בדרך פלפול ליישב קושיית העולם דיש להעיר בקושיית ש"ס ב"ק שם דיתחייבו העדים אם ליתא לתקנת אושא הא מבואר ש"ס כתובות (דף ע"ח) דאף בנכסי' שאינם ידועים לבעל דמהני מכירתה אף לפירות מ"מ לכתחילה אסור למכור ועיין שם בר"ן כיון דמפקיעה ירושתו אם כן כמו בכתובה אף אם ליתא לתקנת אושא מ"מ לכתחילה אסור למכור. וצריך לומר למ"ש רש"י שם דאם יבא הלוקח לב"ד אמרינן ליה דאסור ועיין מל"מ (פכ"ב) מאישות בארוסה מדקתני במתניתין מכרה משמע במתנה מותר והטעם כמו שכ' התוי"ט בר"פ האשה שנפלה בדעת רש"י דהיא רשאה למכור רק הלוקח אינו רשאי והטעם דהוי כמו עני המהפך בחררה וכיון דבהפקר דעת ר"ת דלא שייך איסור דעני מהפך בחררה וכמו כן במתנה לכך קתני דוקא מכרה שזה הוא דלכתחילה אסור מה שאין כן במתנה וכיון דאצלה אין כאן איסור יכולה לאסור על בעלה בקונם שלא יהנה מנכסיה במותה וממילא לא ירש הבעל ואז הלוקח מותר לקנות כיון דבלא"ה לא יהנה הבעל והיא רשאה להפקיע ירושת הבעל ועל הלוקח שוב גם כן ליכא איסור דבלא זה לא ירשנה כיון דאסרה בקונם ועיין ב"ק (דף ק"ח) וברשב"א שם וברשב"א נדרים (דף מ"ז) דלא שייך כלל ירושה באיסור הנאה ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני חמץ (סי' א') ואם כן שפיר פריך הש"ס אי ליתא לתקנת אושא דאז יחייבו עדים לשלם הכל כיון דיכולה לעשות כך. ואם כן ממילא ל"ש דימחול אחר כך לנפשיה כיון דאסרה עליו בקונם הנכסים לא שייך מחילה:

אך יש לדון בזה דהא באמת בגר שמכר השטר לאחרים ומת הגר פקע ליה ונפטר הלוה כמבואר (סל"ז) והיינו כיון דפקע שעבוד הגוף וצריך להבין דעת סוברים דאין היורש יכול למחול לנפשו נימא דמ"מ כיון דאין מי שיתבע ממנו פקע שעה"ג ועיין רשב"א נדרים (דף ל"ד ע"ב) דכ' דאין היורש יורשו אלא לאחר מיתה דכבר נפק מרשות המדיר ולא מן המוריש באה לו נחלה אלא שהתורה זכתה לו עכ"ל ואם כן כיון דמת פקע השעה"ג רק היורש זוכה בכח התורה וכיצד יזכה בהשעבוד הגוף על עצמו. וע"כ צ"ל דאעפי"כ שייך לענין זה כח ירושה ול"ד לגר דליתא מי שיזכה בהשעה"ג גם כיון דהמבואר בטוש"ע (סי' רע"ח) דאין היורש יכול לומר בחלק הפשוט איני יורש רק ירושה בא לו בעל כרחו ואינו יכול לסלק וממילא שייך בזה ירושה ובאמת לדעת הראב"ד שם דאף חלק פשיטות יכול לומר שאינו רוצה לירש אם כן בחוב שהוא חייב יכול לומר שאינו רוצה לירש מאביו השעה"ג ובזה הי' פטור אף מטעם מזיק כיון דאינו מפקיע

ומוחל רק שאמר שאינו רוצה לירש השעה"ג רק כשלא סלק עצמו ואחר כך מוחל לעצמו בזה צריך הראב"ד לטעם דפטור מצד דנתכוין לטובת עצמו. ואם כן זה אתי שפיר אם שייך ירושה אבל אם האב הדיר בנו בנכסיו דליתא בירושה ומת אמאי גובה הלוקח. אך י"ל דהא מ"מ אין לך אדם מישראל שאין לו יורשים ועכ"פ יש מי שיורש שעה"ג ולא נפקע. אבל בבעל אם ליתא לתקנות אושא ויכול למכור ממילא יכולה לאסו' על בעלה בקונם ולא יורש הבעל השעה"ג וליתא במחילה והשעה"ג י"ל דחוזר ליורשי האשה וממילא יגבה הלוקח:

לה) ויש לחקור אם מכירת שטרות הוא רק מדרבנן היכא דעשה איסור במכירתו אם תקנו רבנן גם כן שיהני המכירה למה שכ' הר"ן בתשובה מובא ברמ"א (סי' רל"ה) בפעוטות דממכרן ממכר מ"מ היכא דעושה איסור כגון אם יתומים מכרו בנכסים מועטין לא מהני דלעשות איסור לא תקנו ומהאי טעמא כתבו האחרונים דאף דיורש יכול למחול מ"מ בקטן אף שהגיע לעונת הפעוטות לא מהני המחילה ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ט) אם כן כמו כן היכא דעיקר המכירה נעשה באיסור כגון שמוכר להבריח מבעל חוב וכדומה אם מהני המכירה. והנה במ"א כתבתי בהא דהקשה הבעל מח"א דיני משיכה בש"ס ב"ק (דף צ"ט) בשואל קרדום של הקדש מחבירו הרי זה מעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה הא באיסורא לא תקנו רבנן משיכה כמו דאמרינן שם (דף צ"ו) גבי בעל בנכסי אשתו מי מעל נמעלו ב"ד כי עבדו רבנן תקנתא בהתירא באיסורי לא נמעול בעל ל"נ ליה ועיין שם בתוס'. וי"ל דאחר שתקנו רבנן דמשיכה הוי קנין לא גרע מאיסטימתא דקונה מטעם מנהג והוי קנין המועיל אף דעביד איסורא לא נפקע הקנין עי"ז כיון דהמנהג הוא לקנות במשיכה רק זה דוקא היכא דעושה מעשה קנין מהני בכ"מ ולכך בשואל קרדום כיון דהמנהג הוא לקנות במשיכה גם במקום איסור קונה רק בבעל בנכסי אשתו כיון דהבעל אינו עושה שום מעשה קנין וגם האשה לא הקנהו לו שום דבר רק בכח ב"ד ותקנתם שהבעל יזכה בפירות נ"מ שלה בזה כתבו תוס' דלא תקנו לו חכמים לקנות באיסור כיון דהקנין בא ממילא ע"י הנשואין שיזכה בכחם תקנתם של הב"ד ואף מנהג ואיסטימתא ליכא רק ממילא בא מה שאין כן במשיכה אף דאתרמי במקום איסור קונה גם כן ואף דמבואר בריטב"א קידושין (דף מ"ז) דמשיכה לשימוש לא מהני שום קנין כיון דאינו קונה הגוף הוי כמו אותיות ולא מצינו קנין מאיסטימתא באותיות וע' נתיבות (סי' ר"א) מ"מ כיון דחכז"ל עשאו לקנין משיכה שיהיה קנין המועיל אף דאינו קונה גוף הדבר רק לשימוש לא גרע מאסטימתא ומהני אף דאיתרמי במקום איסור וא"ד למה שכ' הר"ן בתשובה דבפעוטות אם עשו שלא כהוגן לא תקנו חכז"ל שממכרן יהי' ממכר דשם

מה"ת קטן לאו בר הקנאה הוא משום דאין לו דעת רק משום כדי חייו תקנו שיועיל הקנאתן בזה לא תקנו במקום איסור דלא שייך בזה כדי חייו אבל היכא דהחסרון הוא משום מעשה הקנין לא גרע מאיסטימתא דמהני ולא פלגו רבנן. ועיין תוס' כתובות (דף ל"א ע"ב) ד"ה אי דד"א אף אם קונות לו לאדם אף ברה"ר ה"מ גבי מציאה דלא ליתו לאנצויי ובגט משום עיגונא אבל לגנב לא תיקנו שיקנו לו ד"א ויש לומר גם כן אף דהוי במקום איסור אם היה קנין ממש היה מהני אף במקום איסור רק שם בגנב דאינו עושה שום מעשה קנין וגם לא הוי ד"א מקנה רק חכמים הקנהו לו הד"א בזה לא תקנו שיועיל אף בגנב:

ועיין רמב"ם (פ"ט) מזכיה דשכ"מ המצווה לתת לנכרי מנכסיו הוי כמצוה לעשות איסור מנכסיו ואין שומעין לו ובמל"מ שם העיר ממס' ב"ב בנכסי לך ואחריך לפלוני דאסור לכתחילה שימכור הראשון ואם מכר מה שעשה עשה ואמרינן שם ומודה רשב"ג דאם נתנו במתנת שכ"מ דלא קנה מ"ט משכ"מ אינו אלא לאחר מותו וכבר קדמו אחריך ותפ"ל כיון דהא דדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי הוא רק תקנתא דרבנן נימא דהיכא דעביד איסורא לא תקנו ועיין שם עוד בדבריו ובשעה"מ שם הוסיף להקשו' ממתנת שכ"מ שכתב לבנו בין הבנים או לבת בין הבנות דכתב הרמב"ם (פ"ו) מנחלות דמתנתו מתנה הא אמרו הכותב כל נכסיו לאחרים אין רוח חכמים נוחה הימנו ואיסורא נמי איכא ובירושלמי אמרו על זה ותהי עונותיו על עצמותיו. וכתב דוקא באיסור דאורייתא כמו בנותן מתנה לעכו"ם לא תקנו אבל באיסורא דרבנן הם אמרו והם אמרו. ועוד יש להעיר דמהראוי שיגבה בעל חוב ממטלטלין שנתן במתנת שכ"מ דאין עבירה גדולה מזה להזיק שעבודא של חבירו שאחרים יקחו הנכסים אחר מיתת הלוה והנושים בו ילכו בפחי נפש ויהיה לוה רשע ובאמת בזה יש מחלוק' הפוסקי' כמבואר אה"ע (סי' צ"ג). ולפי מה שנתבאר לעיל דיני עדות(סי' ל"ג) יש אף בגרמא איסור תורה ואם כן נימא דיתעבד איסור לא תקנו חז"ל שיהיו דבריו ככו"מ. לכך נראה דודאי כל מה שתקנו חכמים שהמעשה או דיבור יהיה קנין אז אף אם איתרמי במקום איסור' קיים הקנין רק בשכיב מרע שצוה לתת לעכו"ם הא בלא"ה מצינו בב"ק פרק הגוזל דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן בפרט לגרע כח הישראל ואם כן נגד עכו"ם לא תקנו חכז"ל שיהיה דברי שכ"מ ככתובין ומסורין. ובנתיבות (סי' ס"ו ס"ק ל"ה) כ' דהיכא דלא מהני בדיניה' לא מהני בעכו"ם על פי תקנת חז"ל דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן ובודאי אמירתו בשכ"מ לא מהני בדיניהם] רק דהיה ס"ד במתנת שכ"מ דעיקר התקנה היה כדי שלא תטרוף דעתו של השכיב מרע וכיון דעיקר התקנה היה לתועלת המצווה השכ"מ הי' ס"ד דמהראוי לקיים

דבריו אף אם ציוה לתת לעכו"ם כדי שלא תטרוף דעתו דישראל לכך כתב הרמב"ם דהוי כמו שצוה לעשות עבירה בנכסיו דאין שומעין לו ולא חיישינן במקום איסור לטריפת דעתו ושוב לא נשאר רק לקיים דבריו שיהיה כקנין המועיל אף במקום איסור' דלא פלגי חז"ל בתקנתן ובזה אמרינן שוב דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן אבל בשאר ענינים שהוא נגד ישראל חבירו בזה אמרינן כיון דעשו חז"ל תקנה דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי מהני אף במקום איסור דלא פליג חז"ל בתקנתם רק בקטן שהגיע לעונת הפעוטות כיון דמן התורה הריעותא הוא מצד המקנה דאין בכחו להקנות בזה חידש הר"ן דלא מהני במקום איסור כיון דאין לו דעת להקנו' ובמקום איסור דלא שייך כדי חייו לא תקנו וכן היכא דהקנין הוא ממילא כמו בעל בנכסי אשתו דאין עושה שום מעשה קנין רק ממילא זוכה בנכסי אשתו בכח תקנתם של ב"ד בזה במקום איסור לא תקנו. ומה"ט יש לדון דדוקא בשכ"מ שמצווה לתת לעכו"ם אין שומעין לו דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן אבל אם מצווה לתת לבעל עבירה ורשע גמור או אף למומר דאעפ"י שחטא ישראל הוא שומעין לו דלא פלגו חז"ל בתקנתן. ומצאתי בכנה"ג (סי' רנ"ו אות ז') שכ' משם מהר"א גליקו ז"ל דמהני צוואתו ליתן למומר וכ' הטעם דלא כ' הרמב"ם אלא לעכו"ם גמור אבל מומר אולי יחזור ליהדותו ולמה שכ' י"ל כן דלא מצינו רק לעכו"ם לא עבדו תקנת' וצ"ע לדינא: **אמנם** נראה אף דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן מ"מ מה שתקנו חז"ל לקנין המועיל בין אדם לחבירו זה מהני אף בעכו"ם כמבואר מדברי רבינו ירוחם המובא בקצוה"ח (סי' קכ"ג) דמהני קנין אגב להקנות לעכו"ם ודלא כמו שכ' התומים שם [ואף דהר"י כ' זה לדון לענין הפקעת קדושת בכור להקנות לעכו"ם אוזן בקנין אגב והוא סובר דקנין דרבנן ל"מ לעניני דאורייתא כמו במקדש במלוה על פה במעמד ג' צ"ל דוקא שם דל"ש קנין המועיל רק על ידי מעמד ג' ומדרבנן בזה לא מהני מן התורה אבל דבר ששייך בו קנין המועיל כיון דתקנו חז"ל אגב שהוא קנין המועיל מהני אף להפקיע איסור תורה או כיון שהקנה בקנין דרבנן טרם שבא הדאורייתא וכמו שכ' הנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' נ"ד) לחלק בכה"ג] ובודאי הרבינו ירוחם לא יחלוק על רבו הרא"ש ז"ל דמבואר בדבריו ב"ק (דף י"ב) דס"ל דקנין אגב הוא רק מדרבנן. ואם כן מבואר דבכה"ג עבדינן תקנתא אף לעכו"ם. וכן מבואר מדברי הרשב"א בתוה"ב (בית ה' ש"ב) דמהני קנין אגב לגבי עכו"ם לקנות מישראל אף דסובר גם כן ב"ק שם דקנין אגב ל"ה רק קנין מדרבנן. ותמהני על הקצוה"ח (סי' קצ"ד) דמשיג על ס' אמונת שמואל דכ' לענין הפקעת בכור דיכול להקנות לנכרי על ידי קנין אגב הא לדעת הר"י לא מהני ואיך לא זכר דברי הרבינו ירוחם אשר הביא בעצמו דמהני. גם מה שכ' דיש לחוש לדעת הע"ש והסמ"ע דאם מכירת

שטרות הוא רק מדרבנן עכו"ם אינו קונה בתקנתא דרבנן. ובסי' (ס"ו ס"ק ל"ב) הביא ראיה לדבריהם מש"ס ב"ק (דף צ"ו) דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן והרי לפנינו דעת הר"י והרשב"א דמהני מה שהוא לקנין אף לגבי עכו"ם. ומה דאמרינן בש"ס ב"ק הנז' דתקנת' לעכו"ם לא עבדינן יש לחלק טובא דשם אין הנגזל מקנה השבח גזילה להגזלן רק חז"ל ראו לתקן מפני תקנת השבים להקל עליהם שלא יצטרכו להחזיר לכך אם מכרו לעכו"ם מוציאין ממנו דבאופן זה לא תקנו שהעכו"ם יזכה בדבר שאינו שלו. ודומה למריש הגזול שבנאו בבירה דאינו חייב לסתור הבירה ויכול לסלקו בדמים אבל אם נסתר הבנין חייב להחזיר בעינא כן נמי בזה אף אם בא הגזלן להחזיר לבעלים היה זוכה בהשבח מפני תקנת השבים מ"מ אם מכרו לעכו"ם בטרם שהשיב ובא הנגזל להוציא ממנו בזה לא תקנו לעכו"ם וביותר הא אף מה"ד אם היה רוצה הגזלן לצאת יד"ש ולהחזיר אף השבח ודאי תבא עליו ברכה דחז"ל לא תקנו רק להקל על השבים ולכך במכרו לנכרי מוציאין. אבל מה שתקנו לקנין המועיל מהני אף לגבי עכו"ם לקנות מישראל כיון דיש ד"א מקנה וזה גומר להקנות וזה לקנות ואינו חסר רק מעשה קנין בזה מה שתקנו חז"ל לקנין המועיל כל אפין שוין והא ודאי אם ישראל קנה מחבירו דבר בקנין דרבנן ומכר אחר כך לעכו"ם דאין מוציאין ממנו ובשבח גזילה אינו כן אלא ודאי דרק שם כיון דליכא דעת מקנה רק הפקעת זכות ישראל לגבי גזלן מפני תקנת השבים בזה לא עשו תקנתא לגבי עכו"ם ואינו ראיה כלל משם למכיר' שטרות ואף לדעת הסמ"ע והע"ש דסוברים דלא מהני למכור שטר בכתי' ומסירה לעכו"ם י"ל דהוא דוקא בזה כיון דמן התורה ליתא במכיר' כלל מטעם דהוי דבר שא"ב או מטעם דאין גופו ממון בזה כיון דעיקר תקנתן דחז"ל שיחול עליהן קנין י"ל דלעכו"ם לא תקנו וגם כיון דהשאירו בשביל זה זכות לגבי המוכר שיכול למחול וכיון דהריעותא מצד דבר הנקנה דלא שייך ביה קנין בזה לא הוי רק תקנה וי"ל דלא תקנו לעכו"ם וכן במתנת שכיב מרע דמקנה על לאחר מותו בשעה שהריעותא מצד המקנה דכבר יצאו הנכסים מרשותו ובחזקת יורשים המה ולאו ממון דידיה הוא וכמו שכתב רש"י גיטין (דף ט' ע"ב) דחייל רשות יורשין או דאין כאן המקנ' רק מתקנת חכז"ל תקנו שיהי דבריו ככתובים ומסורים בזה לא תקנו לעכו"ם וכמו שכ' בביאור דברי הרמב"ם. אבל היכא דהדבר הנקנה הוא בר קנין וגם הקונה והמקנה בני קנין הם רק הריעות' במעשה הקנין בזה לכ"ע מהני אף לגבי עכו"ם שיקנה וכמבואר מדברי הרשב"א והרבינו ירוחם הנז' ע"כ כתבתי במ"א:

ובדברי הנתיבות (סי' ס"ו ס"ק ל"ה) שכתב וכלל גדול הוא בדין זה לפענ"ד שכל מקום שבדיניהם הוי קנין מועיל קנין דרבנן גם כן לעכו"ם ובדבר שבדיניהם לא הוי קנין אף

דבישראל הוי קנין דרבנן לא תקנו בעכו"ם כיון שהוא יותר מן בדיניהם הא בחיוב קנין במעמד ג' אם המגו הוא עכו"ם דלא מהני מבואר בש"ע (סי' קכ"ו סכ"ב) דאם הנפקד א"י להשמע מהעכו"ם לפי שבדיניהם הוא חייב ליתן לו יתן להעכו"ם והוא פטור ועיין בש"ך (ס"ק צ"ז) משם הפוסקים דאיהו דאפסיד אנפשיה כיון שידע שצריך ליתן לו ומבואר דמן הדין לא צריך ליתן לו אף אם בדיניהם הוי חיוב רק מטעם דאינו יכול להשמט ואיהו אפסי' אנפשיה פטור הנפקד א"ו שם הוא מטעם אחר הואיל דמן התור' אינו יכול לזכות בעד עכו"ם ומעמד ג' עשאו כמו שזוכה בעדו ואכ"מ בזה]:

נחזור לדברינו די"ל היכא דהמכירה משטרות הי' באיסור כמו שכ' לעיל דלא מהני כיון דלגבי איסור י"ל דלא תקנו ולדעת הע"ש והסמ"ע דהואיל דלא משכחת קנין מן התורה בהו לא תקנו אף לגבי עכו"ם י"ל נמי דלא מהני לגבי איסור וכמו דלא מהני מחילת קטן מה"ט. ונ"מ גם כן באם ישראל מכר לחבירו שטר שיש לו על אחר בכתיבה ומסירה וקבל עליו אחריות דאסו' מצד איסור ריבית אף דבריבית גלי רחמנא דאי עביד מהני וגם אם קבל גלימא דריבתא אינו חייב להחזיר רק הדמים וקנה גוף החפץ מ"מ זה דוקא בדברים שהמה בני קנין מן התורה אבל במכירת שטרות אם אינו מן התורה רק מדרבנן י"ל דבמקו' איסור לא תקנו. וי"ל אף להסכמת הפוסקים דמהני כתיבה ומסירה אף לגבי עכו"ם היינו כיון שהוא תקנה לתועלת העולם לא פלגי חז"ל בין עכו"ם לישראל כיון דעכ"פ יש דעת קונה ומקנה אבל במקום איסור לא תקנו כלל שיועיל קנין כתיבה ומסירה. שוב ראיתי בנתיבות (סי' רל"ה) שכ' דדין זה היכא דעשה שלא כהוגן דלא מהני קנינו שהקנה הקטן הוא דוקא שם שלא הוי רק משום כדי חייו ולא תקנו שיחיה עצמו בדבר האיסור אבל בגדול מהני קנין דרבנן אפילו במקום איסור ומ"מ צ"ע היכא דהדבר ליתא בקנין כלל מה"ת כמו אם מכירת שטרות אינו מה"ת אם מהני הכומ"ס שהוא רק מדרבנן במקום איסור:

לו) היכא דהלוקח השט"ח חייב להלוה הביא הש"ך (ס"ק ע"ד) דע' הראנ"ח ז"ל דשוב א"י המוכר למחול והש"ך משיג עליו כיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה א"כ ל"ה כאלו כבר גבה ועיין מח"א דהמליץ בעד הראנ"ח כיון דהיכא דשניהם שוין בנכסים אמרינן אפוכי מטרתא למה לי וכבר השיג על דבריו בדברי משפט אא"ז מ"ו ז"ל כיון דנ"מ לענין זה שיועיל המחילה אמרינן זה גובה וזה גובה ועיין קצוה"ח ובמה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני הלואה (סי' ל"ב) ואני כתבתי שמה בהגהה ונדפס שלא במקומו דמבואר בטור (סי' פ"ה) דאף בשוין בנכסיהן מ"מ לא הוי פרעון חוב רק הב"ד לא פסקו גבייה אבל קודם שפסקו הב"ד שזה יהי' עומד בשלו וזה יהיה עומד בשלו החיוב נשאר לכל א'

שעבוד הגוף של חבירו דהא מבואר שם דאם א' מכר שטר חוב לאחר יכול הלוקח לגבות שאין השטר בחזקת פרעון אלא שאין הב"ד נזקקין להן ועיין שם בש"ע ובסמ"ע ומבואר ממילא כשמכר לאחר כיון דנשאר שעבוד הגוף דיכול למחול. אולם יקשה מהא דמבואר בש"ע (סי' ע"ב סי"ז) היכא דתובע לחבירו והנתבע יודע דחבירו חייב לו גם כן יכול לישבע דאינו חייב לו ועיין שם בש"ך (ס"ק ע"ט):

וראיתי בריב"ש (סי' שצ"ו) שהקשה כן על הרמב"ן דסובר אף בשוין בנכסי' מ"מ שעבוד כ"א קיים הוא ואינו כמו שנפר' חובו ואי מכר חד לשטרו גובה הלוקח איך קילס הרמב"ן ז"ל דבר הגאון ז"ל למעבד חושבנא במלוה ומלוה אפילו בשוין דיכול לישבע כיון ששעבוד כל א' קיים וכ' דאפשר שסובר דבסתמא שעבוד שניהם קיים עד שיסכימו שיצא זה בזה ומ"מ כשהוא מלוה ומלוה והאחד כופר במה שחייב ותובע לחבירו חובו בב"ד הו"ל כאלו אומר עשיתי חשבון ואתה חייב לי כך א"כ גם זה יכול לעשות חשבון ולומר עשיתי חשבון שאיני חייב לך והרי שניהם נסכמים בחשבון עיי"ש ומשמע מדבריו דדוקא היכא דתובע לו בב"ד אז יכול למעבד חושבנא ולישבע שאינו חייב לו אבל כשתובע אותו חוץ לב"ד אז אינו יכול לישבע שאינו חייב לו כיון דשעבוד כל א' קיים. ולפי זה בנידון דידן בלוקח שטר חוב אף אם תבע אותו כיון דלא הסכימו שיצא זה בזה שעבוד שניהם קיים ושוב יכול המוכר למחול השעבוד הגוף. אולם אם כבר תבע אותו בב"ד אף שלא פסקו שיצא זה בזה לדברי הריב"ש בכה"ג הו"ל כמו ששניהם נסכמים בחשבון ושוב אינו יכול למחול. אולם יש לומר לדעת הרמב"ן כל זמן שלא פסקו הב"ד נשאר שעבוד שניהם קיים והא דסובר דיכול לישבע שאינו חייב לו היינו או דבמקום פסידא בכה"ג עביד אינש דינא לנפשי'. או כיון דאף דנשאר השעבוד של זה על זה מ"מ אינו יכול לגבות אם השני חובות ידועים להב"ד אם כן זה שיודע בעצמו שחייב לו כנגדו שפיר יכול לישבע שאינו חייב לו לשלם. וכן משמע קצת דעת הרמב"ן דהא כ' אף אם חייב לו ממון ויש לו פקדון אצל המלוה והנפקד כופר בפקדון וטוען להד"מ או החזרתי לך דהוי כמודה שלא נאבד באונס וכיון שיודע שפקדונו אצלו יכול לישבע שאינו חייב לו כמבואר בש"ך (סי' ע"ב ס"ק פ') ויקשה כיצד ישבע ויעשה חשבון שאינו חייב לו הא אם יחזור לו הנפקד פקדונו נשאר הוא חייב לשלם הממון בעינא א"ו דיכול לישבע דאינו חייב לו לשלם עכ"פ. ואולם י"ל דבאמת עושה חושבנא ומסלק לחובו בשוה כסף מפקדונו ובמקום פסידא יכול לסלק בשוה כסף כמבואר תוס' כתובות (דף צ"ב) ונ"מ דלאחר שנשבע שוב אין הנפקד חייב להחזיר הפקדון בעינא כיון דיצא זה בזה וכבר הקנה לו הלוה הפקדון בתורת פרעון חוב ולעולם דצריך לישבע שאינו חייב לו וכדעת

הריב"ש דצריך לישבע שאין אצלו כלום ממה שתובע ממנו ולכך הקשה כיון ששעבוד כל א' קיים כיצד יכול לישבע ולכך כ' כיון שתובע אותו בב"ד על חובו אף שיודע שהוא חייב לו כנגדו הוי ככופר יכול זה למעבד חושבנא ולישבע שאינו חייב לו ונפקע החיוב. אם כן ממילא אם תובע אחד לחבירו י"ל דכבר נפקע השעבוד ויצא זה בזה ועיין מ"ש לעיל דיני דיינים (סי' מ"ו):

ועיין בראנ"ח ז"ל (סי' קי"ג) אם המלוה לקח ריבית קצוצה מהלוה ואח"כ הלוה שוב להלוה ותובע ממנו ההלואה אינו יכול הלוה לחשוב מה שחייב לו המלוה להחזיר הריבית כיון דאין המלוה חייב להחזיר הריבית בשעבוד נכסים רק משום מצוה דוחי אחיך ובס' מח"א דיני ריבית (סי' ד') משיג עליו דהא אם תפס הלוה זוזי מהמלוה בשביל הריבית זכה בהו זכיה גמורה כ"ש כשחייב זוזי למלוה שיכול לתופסם והרי הן שלו לגמרי ויכול לומר לו איני חייב לך וגבי הלואת יו"ט שלא ניתנה ליתבע כ' הר"ן ז"ל דאי תפס מלוה זוזי זכה בהן זכיה גמורה. וי"ל דאינו דומה להלואת יו"ט דבאמת חייב הלוה לשלם רק דהב"ד אין נזקקין אבל שעבוד הגוף ושעבוד נכסים יש כאן לכך אם כבר תפס אין מוציאין מה שאין כן בזוזי דריבתא כיון דדעת הראשונים שהביא שם הראנ"ח ז"ל דהואיל דלבריה לא אזהיר רחמנא להחזיר ע"כ דליכא שעבוד נכסי' רק כופין לקיים המצוה אם כן כיון דליכא שעבוד נכסים כלל וגם הב"ד אין יורדין לנכסי' אינו יכול מעצמו למיעבד חושבנ' שיצא חובו בשביל הריבית וכיון דדעת הרמב"ן דאף בשוין בנכסיהן מ"מ כל זמן שלא פסקו הב"ד שיצא זה בזה נשארו קיים שניהם בשעבודן רק כשזה כופר ותובע לחבירו לשלם יכול למיעבד חושבנא וכמו שכ' הריב"ש וזה אתי שפיר היכא דאם היה הדבר ידוע לב"ד היה יכול לגבות ממנו אבל ברבית דלא נחתינן לנכסיו אף דאם תפס הלוה אין מוציאין מידו מ"מ אינו יכול לישבע דאינו חייב לו כיון דהמלוה אינו חייב רק מצד מצוה להחזיר לו. וגם י"ל דכיון דליכא רק מצוה דוחי אחיך אהדיר ליה כי היכי דנחי' ודאי דאינו חייב לשלם במעות ויכול לסלקו בשוה כסף אף אם יש לו מעות אם כן כיון דיש נ"מ בחיובו של זה נגד זה הדין הוא דזה גובה וזה גובה דהלו' חייב להחזיר מעות כשיש לו והמלוה אינו חייב לסלק במעות אף אם יש לו. אך י"ל במקום פסידא דמבואר בתוס' כתובות (דף צ"ב) הנז' דיכול לסלק אף בקרקע ה"נ דכוותיה ממילא יכול לעשות חושבנא ולישבע גם כן דאינו חייב לו אף דליכא שעבוד נכסים וכן משמע מפוסקים דאף דאין יורדין לנכסיו ברבית מ"מ תפיסה מהני ומשמע אף אם מת המלוה אינו חייב אחר כך להחזיר מה שתפס להיורשין וע"כ דכבר נפקע חיובו ועמ"ש בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג'):

לז) מהא דשמואל דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ראיתי דבר חדש בתשוב' הגאוני' המכונים שערי צדק הנדפס בשאלוניקי (שער ויו ח"ד סי' י"ט) תשובת הגאון רב האי ז"ל שנשאל באחד שמכר חפץ בעד חמשים ואחר כך נודע להמוכר שאותו חפץ שוה מאה ושאל לאחד חכם ואמר לו שהמקח בטל והלוקח חייב להחזיר מה שלקח ואמר לו אחד כיון שכבר נאמר לך שבטל המקח שימכור לו אותו החפץ במאה ומכר לו וקנו מידו ואחר כך כששמע הלוקח הלך להמוכר ופייסו ונתפשר עמו ונתרצה לו ואחר כך אמר המוכר אני מחלתי ללוקח הראשון מה שהונה אותי והשיב שאין מה"ד להוציא מלוקח הראשון שיכול המוכר למחול מה שמכר ללוקח שני ואין משגיחין לדברי האומר אין לך דבר שתוכל למחול עכשיו ודומה למוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול כו' ויתחייב המוכר להחזיר ללוקח שני מה שקבל ממנו אם כבר קבל ממנו דמים עכ"ד ואינו מובן כלל מה זה ענין למוכר שטר חוב שם יכול למחול דהלוה אומר לאו בעל דברים דידי את או מטעם דמכירת שטרות אינו מן התורה או מטעם דשעבוד הגוף ליתא במכירה ועיין שם באותו השער (סי' ט"ו) דדעת רבינו האי ז"ל דאינו חייב המוכר לשלם אלא הדמים שנתן לו משום דמעיקרא זביני ריעי אינון דמבעי ליה לשנויי לשטרא ומכתביה בשמיה וכיון דלא עביד הכי דין הוא שיטול מעותיו שנתן בשטר [וזה דלא כמו שכ' הש"ך (ס"ק ק"ט) לדקדק מדברי הרב האי גאון בספר מו"מ דלאמימר צריך לשלם כל מה שכ' בשטר ולפנינו מבואר דלא כן הוא והמעיין בספר מו"מ שהביא הש"ך יש ליישב בקל דקדקו של הש"ך ז"ל) ויהיה הטעם מה שיהיה הוא רק בהלואה אבל בפקדון שיש לו אצל חבירו כשמכר לאחר בקנין סודר כיון דהלה אינו כופר וכל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא חל הקנין מה"ת וכיון דלא נשאר עוד ביד המוכר אמאי יכול למחול והכא נמי כיון דמצד אונא' עד פלגא הוי ביטול מקח והלוקח חייב להחזיר ממילא מי שלקח מן המוכר הוי כמוכר פקדון שיש לו אצל חבירו ומה דמיון זה למוכר שטר חוב דיכול למחול דכאן הוי מה שנתפשר עמו המוכר כמוכר דבר שאינו שלו דכבר קנה הלוקח שני. ואולם יש לדון דמכירה להלוקח השני לא מהני דהוי כדבר שאינו ברשותו כיון דהלוקח הראשון אינו חייב להחזיר עד שיחזיר לו המוכר הדמים ומהאי טעמא הוי כשו"ש דתפס אזוזי כמבואר בריטב"א פ' המפקיד במום במקח דהלוקח הוי כשו"ש בהאי הנאה דתפס אזוזי ועיין בב"ח ובאחרונים (סי' רל"ב) והוי כמשכון דהוי כאינו ברשותו אף במשכון קרקע דלא שייך בעל חוב קונה משכון כמבואר בש"מ פ' אף על פי ועיין רמ"א יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) ובמה שהאריך אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני חמץ (סי' ו' וסי' י"א) ובדיני כתובה (סי' ל"ד) ובדיני מכירה ובמה שכ' אנכי הצעיר

בח"ר דיני פסח (סוף סי' כ"ז). ואם כן הכא נמי כיון דתפס אזוזי הוי כאינו ברשותו. אולם מלבד דהגאון לא אתי מטעם זה רק מדמה ליה למוכר שטר חוב דיכול למחול. ואם נאמר דמטעם דהוי דבר שאינו ברשותו מהני המחילה היה הדין אף אם החזיר להלוקח הראשון החמשים שקבל לא הוי מחויב ליתן להלוקח השני כיון דהמכירה ל"מ כלל ולדעת הפוסקים משמע במוכר דבר שאינו ברשותו אף כשבא לרשותו לא חל הקנין ודלא כדעת הרמ"ה שבש"מ ב"ק (דף ל"ג) וכדעת המרדכי פ"א דב"מ. גם יש לומר דדוקא בבא לידו בתורת משכון הוי כדבר שא"ב דלא חל הקנין אבל בלא בא לידו בתורת משכון אף דתפס אזוזי מ"מ חשיב ברשותו דאל"כ באומן הבא לידו לתקן האם נאמר כיון דתפס אזוזי הוי כיצא מרשות בעלים ולא אשתמיט אחד מן הפוסקים לומר כן א"ו כיון דלא בא לידו בתורת משכון אם אין אומן קונה בשבח כלי כל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא. ואם כן בנד"ד נמי אף דתפס אזוזי הלוקח הראשון מ"מ אם מכר לאחר מהני המכירה ולא אתי הגאון ז"ל עלה רק מטעם דחזר ומחל לו ונתפשר עם הלוקח הראשון וזה צע"ג להבין כיון דכבר גילה דעתו דחוזר מן המקח וגם אחר כך נתפשר עם הלוקח הראשון ולא בחנם. אמרינן דהשתא הוא דנתרצה ולא חל המכירה דהלוקח הראשון למפרע ועיין במ"ש המח"א דיני אונאה (סי' י"ב) ובנתיבות (סי' רכ"ז) וא"כ למה לא יוציא הלוקח השני מן הלוקח הראשון דהוי כמוכר דבר שאינו שלו וצ"ע:

[**בסי'** זה (באות ח"י דף קמ"ז ע"ב ריש שיטה ח') נזדקר טעות וצריך להיות במקום כמו דלא כמו וקודם מילת הרי חסר וצ"ל וכן הוכיח כבוד שארי המנוח הגאון בעל זית רענן ז"ל בספרו (ח"ב ח"מ סי' ע"ג) דהחסרון הוא מצד הקונה]:

סימן סד

הוציא עליו כתב ידו אינו גובה רק מנכסים ב"ח ואפילו נתקיים בב"ד אין לו אלא דין מלוה על פה בעדים ואינו גובה מלקוחות ש"ע (סי' ס"ט ס"ב) והו' מש"ס סוף ב"ב דאף לר"א אם נתנו לו בפני עדים גובה מנכסי' משועבדי' ש"ה דמשעת כתיבה הוא דשיעבד נפשיה ופירש הרשב"ם דנכתב על דעת למוסרו בפני עדים שיהיו עדי מסירה אבל כ"י כשהלוהו כמלוה על פה דמי תו לא מצי הב"ד בקיומן לעשותו שטר שיש בו אחריות נכסים שלא על דעת כן נכתב מתחילה. ונראה דלא תליא אם נכתב על דעת כן מתחילה או לא רק מי מקיים השטר הלוה או המלוה דאם המלוה מקיימו בב"ד אז אמרינן כיון דכשהלוהו כמלוה על פה הוי שלא נמסר לו רק במקום הודאה שלא יוכל לחזור ולכפור או לומר פרעתי להסוברים דאינו נאמן לומר פרעתי וכמו שכ' שם הרשב"ם לכן תו לא מצו הב"ד בקיומן לעשותו שטר ומ"ש הרשב"ם שלא ע"ד כן נכתב מתחילה היינו נכתב

ונמסר אבל אם הלוה מקיימו ואחר כך מוסר לו להמלוה י"ל כיון דמעשה ב"ד יש לו קול הוי כמלוה בשטר וכן מבואר בש"מ ב"ב שבסוף ס' הרמ"ה משם רבינו יונה ז"ל דעיקר הטעם דבעדי מסירה גובה ממשעבדי לפי שמתחילת מסירת השטר ומשעת חיוב דהיינו מזמן הכתיבה נשתעבדו נכסיו אבל הכא בשעת כתיבה ליכא קלא וכשהוחזק אחר כך בב"ד אע"ג דאיכא קלא כיון דמתחילה על דעת לגבות מב"ח נחית ולא נתחייב לו הלוה בעיקר החיוב אלא מבני חורין לא שעבדו חכמים את נכסיו אבל אם קיימו ב"ד כתב ידו מתחילה ואחר כך מסרו הלוה למלוה ודאי גבי ממשעבדי עיי"ש בדבריו ועיי"ש עוד בלשון הרא"ם דבמסר לו בפני עדי מסירה על כרחך בהאי זמן גופיה דאיכא בשטריה הוא דיהביה בפני ב' מדקתני וגובה ממשועבדים אבל הכא אע"ג דהוחזק אחר כך בפני ב"ד כיון דבעידן כתיבה לא אחזיק בב"ד לא משוי ליה שטרא עיין שם דמשמ' ג"כ דאם באותו יום מדעת הלוה נעשה הקיום ב"ד גובה ממשועבדי' כמו אם מסרו בעדים. וראיתי בתומים (ס"ק ב') שכתב לדון מדברי רשב"ם הנז' בכתב בכתב ידו סתם ללות בו ואחר כך נמלך ומסרו בפני עדי מסירה דמ"מ לא טריף ממשעבדי כיון דלא נכתב מתחילה על דעת כן. ובעניי לא אבין מה תלוי הדבר בשעת כתיבה אם היה דעתו למסור בפני עדי מסירה או לא הא עיקר השעבוד נעשה במסירת הכ"י בפני עדי מסירה רק עיקר כוונת רשב"ם דהב"ד לא יוכלו לעשות בקיומן מלוה בשטר מה שלא נעשה מתחילה מהלוה ואם נתקיים בב"ד מהלוה אז לדעת רבינו יונה אף אם מסרו לו בינו ובינו נעשה מלוה בשטר ומכ"ש אם מוסר לו כתב ידו בעדי מסירה להסוברים דהלכה כר"א דעדי מסירה כרתי אף בשאר שטרות למה לא יגבה ממשעבדי אף דלא נכתב מתחילה מהלוה על דעת למסור בפני עדי מסירה:

אולם דעת הריטב"א גיטין (דף פ"ו) מבואר דאף אם הוחזק הכ"י מידו דלוה אם אינו מוסר לו בפני עדים אינו גובה ממשעבדי דכ' עדי מסירה לר"א כע"ח לר"מ להשתעבד בהם כיון שהם מעידין על עיקר המעשה אבל הוחזק כ"י בב"ד שוב אינם מעידין על עיקר המעשה אלא על חותם ידו בפירוש הא לא אמרינן שיגבה מנכסים משועבדים עכ"ל ומשמע מדבריו דעיקר הטעם אף דקיום ב"ד יש לו קול מ"מ הם אינם מעידין על עיקר המעשה לא הוי כשטר אבל אם מוסר בפני עדים מהני דהם מעידין על עיקר המעשה ולא יגרע בשביל שהוחזק בב"ד. רק על ידי קיום ב"ד לא נעשה שטר לגבות אף אם הלוה מקיימו ודלא כשיטת הר"י הנז' אבל מ"מ לכ"ע אין הדבר תלוי בשעת כתיבה לומר דאם לא כתב הכ"י על דעת למסור בפני עדי מסירה ונמלך למסור בפני עדי מסירה שלא יועיל זה דבר תימא לומר כן. ועיין רמ"ה ב"ב שם (סי' ק"נ) דכתב לפרש דלאו ע"ד להשתעבד

למלוה בשטר כתביה דהא לאו אדעת למיתב באפי סהדי כתביה ולאו אדעתא דלאחזוקי בב"ד לכך אף דהוחזק בתר הכי בב"ד לא מהני לשווי' שטר דמעיקר' לאו אדעתא דהכי איכתב וכי מסריה נמי אכתי לא אתחזק לא קמי סהדי ולא קמי ב"ד אימת אתחזק בתר מסירה והאי שעתא לא עבד לוה ולא מהני דלשתעבד בגויה ולא דמי להעמדה בב"ד דהתם לוה גופיה קם בהדי מלוה בדין א"נ אודי ליה בב"ד כמאן דכתב השתא שטרא אנפשיה דמי אבל הכא מלוה מחזיק ליה לשטרא השתא בב"ד מאי עבד לוה דלשתעבד מהשתא ועוד כל מלתא דאתיא מחמת לוה בב"ד קלא איתא ליה אבל מלתא דאתיא מחמת מלוה לחודיה לית ליה קלא דכיון דלא חזו ליה ללוה התם לאו אדעתייהו לכך לא גבי אלא מב"ח ע"כ דבריו ולדבריו אם הוחזק הכ"י בב"ד על ידי הלוה קלא אית ליה ואם מסר לו אחר כך להמלו' נחית להשתעבד הנכסים לגבות ממשעבדי הוי דין שטר וכשיטת הר"י. ועיין ש"ך (ס"ק ז') דהקשה אמאי לא משני הש"ס דבמסרו בפני עדים לכך גובה ממשועבדים דהעדים צריכין לקרות ומוציאין קול מה שאין כן דיינים ומדחיק את עצמו ועיין בתומים. וכבר כתב בס' תורת חיים ב"ב שם כיון דקתני כתב ידו ולא קתני חתם ידו מבואר דאין צריך לחתום שמו רק כשכ' אני חייב לפלוני כך וכך די אם כן כשב"ד החזיקו שהוא כתב ידו סגי אם כן פריך הש"ס שפיר. אולם הש"ך שפיר כ' על דברי בעה"ת דכ' שם הטעם דהב"ד א"צ לקרות רק לקיים חת"י והוא אירי בכ"י בחתימה ועיין שם בתו"ח דכ' דבקיום ב"ד אין הקול יוצא רק שהב"ד עשה מעשה וקיימו שטרו של פלוני ולדעת הרמ"ה כל שהיה שלא בפני הלוה לית ליה קלא ול"מ דלדברי בעה"ת דהדיינים אינם מוציאין קול מטעם דחותמין אעפ"י שלא קראו א"כ בכתב ידו בלא חתימה כשנתקיים בב"ד יש לו קול ולדעת התו"ח גם זה אין לו קול דהקול הוא רק שהב"ד עשו מעשה וקיימו שטרו של פלוני וממילא אף אם הוחזק בב"ד על ידי הלוה אם אינו מוסר בעדים לית ליה קלא ולדעת רמ"ה אם נתקיים על ידי הלוה מהני ויש לו דין שטר כשמסרו אחר כך אף בלא עדים:

עיין ש"ך (ס"ק ד') דהביא חולקים על רמב"ן דאף בלא כ' שמו ולא חתם רק כ' בכ"י אני פלוני חייב לך דגם כן מהני וראייתו מגיטין דהתם מה"ת כשר אף בלא חתם כ' דהר"ן פרק המגרש דחי דשם איירי בהזכרת שמו. אולם בריטב"א פ' המגרש כ' דזה אינו כלום דשמו שבתחילה אינו עדות למה שלמטה ממנו אלא משום כ"י בלחוד הוא הלכך כ"י בלחוד בלא חתימתו מהני לגבו' בו מב"ח והה"ד לחותם ידו ומבואר משם דאף הריטב"א מודה לדברי רמב"ן ועיין תשובת רשב"א (ח"ב סי' ס"ט) שכת' בפשיטות אפילו כ' אני חייב לך מנה ולא פירש לא שם המתחייב ולא שם מי שנתחייב לו ואפילו לא הוי חתם

בו אלא שידוע שהוא כ"י הרי הוא מתחייב דקיי"ל כמאן דאמר ממך להההוא דנפק מתותי ידיה משמע עיי"ש דהביא ראיה מגט דכשר מד"ת בכ"י לחוד ואף דדעת הרשב"א(פ"א) דקידושין דבגט בעינן מפורש שמו ושמה מה"ת מ"מ כיון דשמו מתחילה אינו עדות ממילא לענין דיני ממונות כשר אף בלא הזכיר שמו כלל. ומ"מ כ' הש"ך האידנא שאין דרך לתת כ"י כשלא חתם נאמן לומר לטופס כתבתי והרמב"ן לא אמר רק לדינא שיכול לחייב את עצמו בכתב יד כזה. ולכאורה תליא בזה דהש"ך לשיטתו (סי' מ"ב) בכתב שיכול להזדייף דמהני גם כן לקנין בממון אבל להסוברי' שם דלא מהני לקנין הכא נמי אף במודה שכתבו לא מהני לקנין גם כן:

סימן סה

אם אמר המלוה להלוה אל תפרעני אלא בעדים בין אמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר כך צריך לפרעו בעדים ואם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן ואם אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ומתו או שהלכו למדינת הים הרי זה נאמן כן פוסק המחבר (סי' ע') ועיין בש"ך (ס"ק ט') משם הר"ן ומ"מ ז"ל דאף אם הלוה מוחה דעת הר"י מיגאש ז"ל והרמב"ם דצריך לפרעו בעדים והש"ך העלה בדעת הר"י מיגאש ורמב"ם דכ' מפני התנאי משמע שהלוה לא מיחה כמו כל תנאי שמסכימים שניהם ובפרט למה שכ' הר"ן דלאו מטעם שעבוד רק דאנן סהדי דשקורי משקר וזה לא שייך כשמוחה. והמעיין בחידושי הר"י מיגאש מס' שבועות יראה דכ' דאין לחלק בין אתרו ביה בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה דלאו שעבודא הוא אלא בהתראה בעלמא הוא ואינו נאמן עד דמייתי ראיה ומזה משמע דס"ל כסברת הר"ן רק כיון דאתרו ביה אין הלוה עשוי לפרעו שלא בעדים וכן כ' הג"ת (שער כ"ה) דכלל בדבריו דברי הר"ן. ובאמת בבעה"ת שם הביא דבריו וכ' ולא מצי בתר הכי למיטען פרעתיך בינך לביני אלא עד שיביא עדים וזה שלא בדקדוק דהא לדעת הר"י מיגאש אף אם אומר שפרע בפני עדים כ"ז דלא באו העדים אינו נאמן וכמו שמסיים עד שיביא עדים. ובחידושי הר"י מיגאש כ' דאינו נאמן לומר פרעתיך עד דמייתי ראיה. ומדבריו שם נראה אף אם לא קבל עליו הלוה גם כן א"נ דבכל דבריו לא הזכיר כלל לחלק בזה. רק היכא דאמר ליה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני בזה כתב הר"י מיגאש ז"ל וז"ל ואפי' אייתי סהדי אחריני דפרעי' קמייהו לא מהימני דכיון דאתרי ביה שלא יפרענו אלא בפני הנהו פו"פ וקבל הלוה אנפשיה ההיא התראה הוו להו שאר אינשי לגבי ההיא סהדות' כקרובין או כפסולין דהוי ליה תנאי שבממון דאמרינן דקיים עכ"ל ומדלא הזכיר וקבל הלוה אנפשיה ההיא התראה כשאמר אל תפרעני אלא בעדים רק בזה כשאמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני מבואר דס"ל דבסתמא שיפרענו

בסהדי יכול להטיל עליו התנאי אף בע"כ דלוה ומטעם דעבד לוה לאיש מלוה אבל כשמטיל עליו התנאי בדוקא שיפרענו בפני פו"פ ופוסל כל העדים בזה הוצרך שיקבל עליו הלוה התראתו:

וראיתי בתומים (ס"ק ה') דכ' דבלא הסכים הלוה להתנאי לכ"ע בטוען פרעתי בפני פו"פ והלכו דנאמן דהא אומר שקיים התנאי והסכים עמו בנתיבות ולמה שכ' מבואר דדעת הר"י מיגאש שלא לחלק בין אם הסכים הלוה או לא הסכים בכל ענין אינו נאמן אף אם טוען פרעתיך בפני פו"פ ומתו עד דמייתי ראי'. רק באומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ דלדעתו פסל כל העדים ואף אם מברר בעדים דפרע חייב לפרוע ולקיום התנאי בזה צריך שיסכים הלוה להתראתו דמלוה:

והנה להסוברים דבאומר אל תפרעני אלא בעדים דנאמן לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים או מתו הא דאינו נאמן לומר פרעתיך ביני ובינך במגו דפרעתיך בפני פ' ופלוני כו' כתבו בזה הפוסקים כמה טעמים הר"ן כ' דהוי מגו במקום אנן סהדי דלא פרעו בו"ב. והרא"ש כ' דמגו גרוע הוא דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו והרשב"א והמ"מ כתבו דאף אם פרעו בינו לבינו לא נפקע החוב דחייב לקיים תנאו. ולדבריה' נראה אם טוען שמחל לו החוב נאמן במגו דפרעתיך בפני פו"פ ומתו דאף דהתנאי היה שלא יפטור בפרעון שבינו ובינו מ"מ אם טוען שמחל לו התנאי ונפקע החוב י"ל דנאמן במגו דפרעתיך ביני ובינך. וכן לטעמא דהר"ן דהוי חזקה ואנן סהדי דלא פרע לו בלא עדים ג"כ זה אתי שפיר בטוען פרעתיך ביני לבינך אבל בטוען דמחל לו אף דמחילה הוי טענה גרוע מ"מ נאמן במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י. אולם לסברת הרא"ש דטענת המגו הוי גרוע ג"כ דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו כמו דא"נ דפרעו בינו לבינו כ"ש דאינו נאמן בטענת מחילה. אולם י"ל דגם המ"מ והר"ן מודים לסברת הרא"ש והם הוצרכו לסברתם רק בטוען פרעתיך ביני לבינך דפרעון הוי טענה מעליא לכך כתבו טעמים שונים דאינו נאמן אבל לגבי מחילה דהוי בעצם טענה גרוע ואינו נאמן רק במגו מעליא מודים דאינו נאמן במגו דפרעתיך בפני פ' ופלוני ומתו דכיון דהטענה שטוען עכשיו היא טענה גרוע וטען' המגו גם כן גרוע לכך א"נ:

ועיין בתומים (סי' קל"ג ס"ק א') שכ' בהא דכ' שם המחבר במפקיד שאומר אל תחזירני אלא בפני עדים דנאמן בשבועה במגו דנאנסו ובש"ך שם הקשה הא הוי מגו במקום אנן סהדי וכתב בתומים דדוקא בהלואה דרואה שאין המלוה מאמין בו וירא שמא יכפור לו לכך אינו פורע רק בפני עדים מה שאין כן בפקדון דע"כ מאמין לו בשבועה דהא יכול לומר נאנסו לכך לא הוי כאנן סהדי. ולמה שכ' יקשה אם כן גם בהלואה נאמר דעל כרחך

מאמין לו ע"ז דהא יכול לומר מחלת לי ויהי' נאמן במגו דפרעתיך בפני פו"פ ומתו או דהלכו וע"כ צריך לומר כיון דמחילה הוי טענה גרוע גם כן אינו נאמן. ובקצוה"ח שם כ' דבפקדון ל"ש טעמו של המ"מ דכל שבא ליד הבעלים בהחזרה ליכא שעבוד לקיים התנאי ולא הבנתי דבריו אם כן יהיה נאמן החזרתי במגו דהחזרתי בפני פו"פ ומתו ולמה צריך דוקא למגו דנאנסו וחייב שבועה כמבואר שם בש"ע הא על פקדון ל"ש שעבוד על קיום התנאי לדעת הקצוה"ח אלא ודאי כמו דשייך שעבוד על קיום התנאי בהלואה כמו כן שייך בפקדון ועיין שם בנתיבות.

והיכא דליכא עדים על התנאי שהותנה שיפרענו בפני עדים כ' הסמ"ע דנאמן לומר דפרעו בינו לבינו במגו דלא היה מודה בתנאי ובתומים (ס"ק ה') כתב דלטעמא דהר"ן דהוי כאן סהדי דלא פרעו שלא בפני עדים הוי גם בזה מגו במקום אנן סהדי ולכאורה לדבריו שכ' (סי' קל"ג) דבפקדון כיון דיכול לומ' נאנסו ע"כ מאמין לו וה"נ כיון דלא הותנה בפני עדים ויודע דיכול לכפור בגוף התנאי וע"כ דמאמין לו. אולם י"ל דוקא שם בפקדון דעכ"פ אף דנאמן לומר נאנסו צריך שבועה לכך נאמן אף לומר החזרתי במגו דנאנסו ויצטרך לישבע שבועת התור' או לדע' הבעה"מ וש"ך (סי' רצ"ו) שבועת המשנה מה שאין כן כאן אם יהיה נאמן ככל כופר הכל לענין מה התנה כלל אלא ודאי דהתנה שלא יהי' נאמן אף במגו וכמו שכ' בתומים (סי' ע"א ס"ק ג') לענין מגו בעיקר הנאמנות דעל כרחך הימנהו אף נגד המגו דאם לא כן מה מהני הנאמנות וה"נ דכוותיה כיון דמודה דאמר לו אל תפרעני אלא בעדים על כרחך דצריך לקיים תנאו. ובגוף הדין כבר הביא אאזמ"ו ז"ל בספרו דברי משפט דמבואר כדברי הסמ"ע בתשובת רשב"א (סי' רנ"א) כיון דאין אנו יודעים בעיקר התנאי אלא מפיו הרי קול ושוברו עמו וכן כ' בתשובת רשב"א המיוחסת (סי' צ"ז) וכן משמע באמת מדברי הר"ן שבועות דכתב בלישנא קמא דרב אסי כשיש עדים אין עשוי לפרוע אלא בעדים כיון דהמלוה יכול לברר הלואתו בעדים אף הלוה חושש ואינו פורע אלא בעדים ומשמע דגם בלישנא בתרא דדוקא כשהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים הוא גם כן מה"ט דוקא כשיש ביד המלוה לברר חושש שלא יוציא לעז עליו ואינו פורע אלא בעדים אבל כשלא התרה בו בפני עדים ואין ביד המלוה לברר הלואתו ותנאו שוב אין הלוה חושש ללעז ועשוי לפרוע בינו ובינו:

אך בדעת הראב"ד יפה כ' התומים דס"ל דכשאין עדים על התנאי דנאמן רק לומר שקיים התנאי אבל כשאמר שפרעו בינו לבינו אינו נאמן וכן מבואר בס' תמים דעים להראב"ד (סי' רל"ח) וז"ל יש ספרים שכ' בהן נאמן ואפשר לקיים דברי שניהם שאם אמר לו בפני עדים אל תפרעני אלא בפני עדים וטוען הלה פרעתיך בפני פו"פ א"נ אבל אם לא הלוהו

בפני עדים אלא שהוא מודה לו בתנאי זה ואמר פרעתיך בפני פו"פ כו' נאמן מגו דאי אמר ליה לא התנית עמי מיהו אם אמר פרעתיך סתם שלא בפני עדים לאו כלום הוא משום דהו"ל תנאי ממון והא אתני בהדי' שלא יפרעהו אלא בעדים ואי אמר אחולי אחלת לי תנאך וקבלתינהו מנאי לשם פרעון גמור נאמן משום מגו הואיל וליכא עדים בתנאי עכ"ד הרי מבואר דאינו נאמן במגו כ"ז דלא קיים תנאו רק אם אמר דמחל לו התנאי בזה נאמן במגו הואיל דליכא עדים על התנאי. אולם לא כסברת התומים דכ' (בסי' ע"א) דאם לעולם הוא נאמן במגו מה מהני הנאמנות דהא דעת הראב"ד דאם אומר אחולי אחלית לי תנאך דנאמן משום מגו רק סובר דע"ז לא משגחינן לענין מה יועיל הנאמנות או התנאי די"ל דנ"מ אם הלוה הודה פ"א בפני עדים דעל תנאי זה הלוהו דשוב א"צ וכמו"ש אאזמ"ו ז"ל בד"מ גם אם יודה בפני ב"ד דהיה לו תנאי ואחר כדי דיבור יאמר פרעתי דשוב אינו נאמן דכל מגו בעינן תוכד"ד:

ולכאורה יש להקשות לטעמא דהר"ן מהא דאמרינן שבועות (דף מ"ה) מכלל דתרוייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים דלמא לעולם ס"ל דצריך לפורעו בעדים רק כיון דמצי לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדינת הים אם כן שפיר קאמרו שבועת השומרין דחייב רחמנא היכא משכח' לה דיהיה נאמן נאנסו במגו דהחזרתי בפני פו"פ והלכו למדה"י ולכך אוקמו קרא דאפקיד ליה בשטר. וראיתי שהעיר בזה בס' מחנה יהודא אך בפשיטות י"ל כיון דצריך לומר דוקא בפני פו"פ וליחד אותם כמו שכ' ברשב"א. אם כן לא הוי צריך לדחוק דאפקיד בשט' דאטו לא משכחת כשידענו שלא היו כאן במקומו אנשים מיוחדים שהלכו למדה"י או שמתו. אולם בלא"ה י"ל דאף הר"ן מודה לסבר' הרא"ש דאין זה מגו מעליא דטענה גרוע הוא שיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו. רק הר"ן הוכרח לסברתו דהא גם טענה דהשתא דפרע לו בינו לבינו גרוע הוא ומעיד דפרע לו ועבר על תנאו לכך הוכרח להוסיף דמגו לא מהני דאנן סהדי דלא יפרע בינו לבינו. אבל שיהי' נאמן נאנסו במגו דפרע בינו ובינו מגו מעליא הוא כיון דאף נאנסו ל"ש יותר היה לו להעיז ולומר החזרתי ומדאינו טוען כך אמרינן דכך הוא האמת דנאנסו. אבל להעיז ולומר דפרע בפני פו"פ והלכו למדה"י דבזה ודאי מעיז ויאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו יותר נח לו לטעון נאנסו מלהרחיק עדותו ויעיז כל כך:

והנה לטעם המ"מ דמטעם תנאי הוא דצריך לפרעו בעדים ואף אם הותנה שלא בשעת הלואה כ' המ"מ דהוא מטעם עבד לוה לאיש מלוה היה נראה דבפקדון בעינן דוקא שיתנה התנאי בשעה שהפקיד אצלו אבל אם מתרה בו אחר כך במה ישתעבד והטעם דעבד לוה לאיש מלוה לא שייך בפקדון ועיין בבעה"ת (שער כ"ה) שכ' דלכך המלוה

בעדים אין צריך לפורעו בעדים שיכול הלוה לומר אף שהמלוה לא האמין לי והלוה לי בפני עדים מפני שהיה לו לחשדני ברשע מפני שאני צריך לבריות אבל אני היה לי להאמין בו שהיתי קורא עליו תומת ישרים תנחם ולא חשדתי ופרעתי לו בלא עדים עכ"ל וקשה אם כן במפקיד אצל חבירו בעדים דלא שייך הטעם דחושד אותו דלא צריך לבריות ואדרבה הוא גו"ח עמו דמקבל שמירה למה קורא עליו הנפקד תומת ישרים תנחם אם כן היה מהראוי לומר דלא יהיה נאמן דהחזיר לו בלא עדים. וראיתי בג"ת שם שהקשה לטעמא דמ"מ אם כן באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ופרעו בפני אחרים דנפטר לדעת הרמב"ם הא מודה דלא קיים תנאו ומגו הו"ל כעדים ואפ"ה לא מהני מפני שלא קיים תנאו ה"נ לא קיים התנאי וכ' דהיכא דאיכא סהדי דפרעו מיחייב עכ"פ להחזיר לו אבל באומר פרעתיך ביני לבינך נהי דנאמן במגו מ"מ חייב לקיים התנאי ולפורעו לו ולגבי החזרת המלוה הוי מגו להוציא. ודבריו תמוהין מאד דלדבריו היה הדין באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני דהיה חייב לשלם מצד קיום התנאי רק המלוה חייב לו על פי העדים שקבל ממנו לפרעון והיה הדין דזה גובה וזה גובה ומדברי הרמב"ם והש"ע משמע דפטור לגמרי על ידי עדים שהעידו דפרע לו. והטעם דהתנאי לא היה רק כי היכי דלא לדחיה דפרע לו בפני עדים והלכו אבל כשהביא העדים שפרע לו אף דהם אחרים מ"מ כיון דהם עדים כשרים הוי כקיום התנאי דההתנאי לא הוי לפסול שאר עדים רק דלא לדחיה ולומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו כמו שכ' הסמ"ע (ס"ק י"א) והש"ך (ס"ק י"ז) אולם דברי הג"ת יש להם מקום בדברי המ"מ היכא דאמר אל תפרעני אלא בעדים אם טוען הלוה שהמלוה תפס ממני בע"כ לשם פרעון שלא בפני עדים בזה גם כן אינו נאמן במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו דמ"מ כיון דהודה דלא קיים התנאי ונשאר בחזק' חיוב רק דרוצה לסלקו במה שתפס ממנו בזה הוי כמגו להוציא. ולטעמא דהר"ן דהוי כאנן סהדי דלא פרע לו בו"ב יקשה בזה אם טוען דתפס ממנו בע"כ לפרעון חובו ולדבריו דלא הוי כתנאי יהי' נאמן במגו דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למדינת הים ויש לדחוק ולומ' דזה הוי טענה גרוע וא"נ במגו כזה כמו"ש לעיל:

ועיין בסמ"ע (ס"ק ח"י) היכא דאמר אל תפרעני אלא בפני פו"פ והלוה טוען שפרע בינו לבינו והמלוה אומר שבשעה שקבל המעות אמר בפירוש דלשם פקדון מקבל ונאבד אחר כך באונס דלא הוי פרעון דהוי ליה כלא הגיע זמנו ובטו"ז חולק ע"ז דאף תוך זמן פרעון בעל כרחו הוי פרעון ועיין קצוה"ח (ס"ק ז') ולכאורה אף לדעת הסמ"ע כיון דהמלוה מודה דהלוה רצה לפרוע לו בינו לבינו אם כן איתרע החזקה ולמה לא יהיה הלוה נאמן דקבלו בתורת פרעון ואולי כיון דיש להמלוה מגו דהיה מכחיש הפרעון לכך

נאמן אף דהוי מגו להוציא. ועיין מל"מ (פט"ו) ממלוה היכא דהמלוה מודה דקבל חצי הפרעון איתרע החזקה והאנן סהדי שכ' הר"ן וה"נ דכוותיה כיון דהמלוה מודה דרצה לפרוע לו בלא סהדי איתרע החזקה ולמה לא יהיה הלוה נאמן. ולשיטת הסמ"ע נראה דדוקא אם נאבד באונס פטור אבל אם נגנב או נאבד בלא פשיעה י"ל דחייב לשלם דעכ"פ כיון דהלוה רצה לפרוע לו והמלוה לא רצה לקבל ממנו לשם פרעון חוב רק לשם פקדון הוי כשו"ש על המעות בההיא הנאה דתפס ליה עכ"פ למשכון על החוב. ולכך נקט בש"ס וכל הפוסקים איתניסו הנך זוזי דאם היה נגנב או נאבד שלא ע"י פשיעה לא הוי נ"מ אולם ברש"י מס' שבועות כ' וז"ל ניהוי פקדון בידי ואיני עליהן אלא שו"ח שלא קבלתים בתורת פרעון עכ"ל מבואר דלא הוי רק שומר חנם וקשה למה לא יהיה שומר שכר מה"ט דתפס ליה אחובו. ועוד הא יכול להשתמש בו ובשביל היתר תשמיש הוי שומר שכר. וצ"ל דאיירי בבעה"ב דבשולחני ויש לו הנאה דיכול לשמש בהמעות ראוי לומר בזה לחייב אף באונסין למה שכ' כמה ראשונים לחלק בין דמי אבידה דהוי שואל עלייהו משום דשרי לאשתמושי בהו ובמפקיד אצל שולחני אינו חייב באונסין משום שאינו יודע מתי יבא בעל המעות ליטול את שלו ולכך אין בדעתו להשתמש בהם בהדיא ודי לנו לחייבו כש"ש אבל בדמי אבידה דאינו יודע מי הם הבעלים וישהא אצלו ימים רבים לכך הוי כשואל ע' בש"מ ב"מ (דף כ"ט) משם הר"ן ז"ל ובתשו' הרשב"א בת"א (סי' של"ו) וברא"ש ב"מ שם אם כן בנידון זה דהמלוה לעולם בידו הברירה שלא להחזיר להלוה הדמים שיכול להחזיק בידיו בעד המלוה שלו ושיתקיים התנאי שיפרע בפני עדים או דימחול לו המלוה ולעולם אין ביד הלוה להוציא ממנו דמי הפקדון מהראוי שיהי' לו כדין שואל ועל כרחך דאיירי בבעה"ב דהדין הוא דלא ישתמש בהם ולמה שכ' הסמ"ע (סי' רצ"ב ס"ק ח"י) דבזמנינו כ"ע דינם כשולחני צריך לומר כיון דלא רצה לקבל בתורת פרעון רק בתורת פקדון הוי כמגלה דעתו דאינו רוצה להשתמש ולכך לא הוי רק כשומר חנם אולם מ"מ יקשה דיהיה כשו"ש בשביל הנאה דתפס אחובו.

ודע דיש לראות דמשמע מלשון הש"ס והפוסקים דצריך לומר ולהתנות בלשון חיוב ושלילה אל תפרעני אלא בפני עדים שזה מורה שלא יהיה נאמן לומר שפרע אלא בפני עדים אבל אם אמר לו תפרעני בעדים שהוא מורה רק חיוב בלבד ולא בלשון שלילה יש לומר דלאו בקפיד' רמיא עליו החיוב ונאמן לומר דפרע לו בינו ובינו וכן כ' בתשובת מהריט"ץ (סי' קצ"ג) אולם בהא דהותנה שיפרע לו דוקא בפני פלוני ופלוני קתני בש"ס ההוא דא"ל לחברי' כי פרעתין פרעין לי באפי ראובן ושמעון וכן בהא דקאמר באפי בי תרי דתנו הלכתא קתני הך לישנא כי פרעת לי פרעין לי באפי בי תרי כו' ולא הזכיר

הלשון אל תפרעני משמע דאף בלשון חיוב סגי גם כן וכן בלשון הר"ן דכ' כל שהעדים מעידים שפרעו נאמנים לפי שאין בלשון כי פרעת לי פרעון בפני ראובן ושמעון או בפני תרי דתנו הלכתא לפסול עדים אחרים אלא התראת המלוה בלוה שלא יפרענו אלא בפני אלו כו' משמע גם כן דאף בלשון זה בלבד סגי. אולם בלשון הרי"ף מבואר דא"ל כי פרעת לי לא תפרען אלא באפי ראובן ושמעון משמע דתליא דוקא כשהתנה בלשון שלילה אך בהך תנאי באפי ביה תרי דתנו הלכתא כתב הרי"ף הלשון כי פרעת לי פרעין באפי בי תרי דתנו הלכתא וצ"ע בזה כי הרמב"ם מדייק וכ' בכ"מ הלשון אל תפרעני:

והיכא דאמר אל תפרעני אלא בפני פו"פ והם קרובים או פסולי עדות והלוה טוען שפרע בפניהם והם מכחישי' לכאורה נראה דאינו נאמן לומר שקיים התנאי ופרע בפניהם לא מבעי לדעת הרי"ף וסייעתו דאינו נאמן אף באינו מיחד העדים לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו ובמיחד דוקא בפני פו"פ הי' כוונתו לפסול שאר העדים אם כן ודאי אף שהיו קרובים או פסולי' מ"מ הא תנאו קיים שפוסל כל העדים אלא אף לדעת רמב"ם וסייעתו והמחבר דיכול לומר פרעתיך בעדים ומתו ואמרינן דלכך ייחד עדים אלו שלא יאמר פרעתיך בפני עדים והלכו ולא פסל האחרים ולכך פוסק המחבר דאם העידו האחרים שפרעו בפניהם פטור מ"מ אם לא הביא עדים אחרים אף דהוא אומר שקיים תנאו ופרעו בפני אותן שיחדם ומה יעשה שהמה משקרים מ"מ כיון דידע דהם אינם בתורת עדות ואעפ"כ קבל עליו שלא יפרע רק בפניהם ודאי כוונתו היה שיעידו שפרע בפניהם ואם יאמרו שלא פרע שיתחייב לשלם דהא כי היכא דלא לדחיה קאמר ובע"כ התרצה שיתקבל עדותן דאם לא כן לעולם יכול לדחות אותו ויאמר שקיים התנאי והמה פסולין להעיד שלא פרע בפניהם אלא ודאי כוונתו היה שייחד דוקא אלו עדים באם הם יכחישו שלא יהיה נאמן עד שיברר עכ"פ בעדים כשרים:

וראיתי בהגהות מרן רבינו עקיבא איגר ז"ל (סי' ע') וז"ל ואם הפו"פ שיחד הם קרובים למלוה או ללוה ואומר שפרע בפניהם והם מכחישים י"ל דנאמן דהא אמר שקיום תנאו והם פסולים להעיד שלא פרע בפניהם. ועכ"פ אם בעידן התנאי לא היו קרובים ואחר כך נעשו קרובים בנשותיהן א"נ להכחישו עכ"ל והדברים נפלאים ממני דאם כן למה יהני ההתרא' שלא יפרע אלא בפניהם כי היכי דלא לידחיה דלעולם יהיה נאמן שפרע בפניהם הואיל שהן פסולין א"ו דההתראה היה שיקבל הגדתן וכמו שיאמרו הנך פו"פ אם יאמרו שפרע טוב ואם לא יהי' חייב לשלם כ"ז שאינו מברר על פי עדים שיעידו על הפרעון. וגם בדין השני אם נעשו קרובים אף דאז היו כשרים ומה יעשה עכשיו שנעשו פסולין מ"מ ראוי שיהיה הדין כמו אם מתו אותן פו"פ קודם שפרעו דלדעת הטו"ז נאמן

אולם כבר גמגם בנתיבות דהא יכול לקיים בפני ב"ד ומה בכך שמתו והניח דין זה בצ"ע והכא נמי כיון דנעשו קרובים ועיקר התנאי היה כי היכא דלא לדחיה היינו שלא יאמר פרעתיך עד שיברר הפרעון וכיון דנפסלו העדים היה לו לפרוע עכ"פ בפני עדים כשרים. ומ"מ אם אומר שפרע בפני פו"פ קודם דנעשו קרובים בנשותיהם בזה י"ל דמה היה לו לעשות אז ונאמן ועיין קצוה"ח (ס"ק ה') וצ"ע בכ"ז:

סימן סו

התנה המלוה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו הרי זה נוטל בלא שבועה (ש"ע סי' ע"א ס"א) וזה הוא לשון. הרמב"ם ולשון הטור לוה שהאמין למלוה שיהא נאמן לומר שלא נפרע. וכן בש"ס שבועות (דמ"ב) איתא ההוא דאמר לי' לחברי' מהימנת לי כל אימת דאמרת לי לא פרענא ועיין שם ברש"י דלוה אמר למלוה בשעת הלואה. ולכאורה זה חידוש יותר דאף דהלוה התנה וחייב א"ע שלא בתביעת המלוה שכל זמן שיאמר המלוה שלא נפרע שיתחייב לשלם והיה ס"ד דפטומי מילי בעלמא הוא ובפרט אם הבטיח לו מקודם ללות ומסר לו ההלואה היה מקום לומר דאף דהלוה הוסיף מדנפשו להאמין להמלוה דהוי רק פטומי מילי או דהוי כאסמכתא דסמך עצמו שהמלוה לא יתבע לו פעם שנית ולא יהי' מחויב לשלם במלוה בשטר בלא שבועה ובמלוה על פה יהיה הלוה נאמן לומר פרעתי וקמ"ל דאעפ"כ כיון דהאמין בשעת ההלואה להמלוה מועיל וחייב לשלם ועיין בב"י (סי' ר"ז) דבתנאי שצריך הלוקח להתנות והתנה המוכר אימת הוי פטומי מילי ודעת הרמב"ם שם דכל שהתנה קודם גמר המכר לא שאני לן בין אם אתני המוכר או הלוקח ואם כן כאן נמי כיון דבשעת הלוא' אתני וכמו שכ' המ"מ דלאחר הלואה צריך קנין מהני אף באם אתני הלוה טובת המלוה כיון דמקבל ההלואה ע"ד זה וחייב א"ע וכדמשמע מעובדא דש"ס שבועות הנז' דמבואר דהלוה אתני וצריך ליתן טעם למה כ' הרמב"ם והש"ע הדין דנאמנות מועיל וא"נ לומר פרעתי בהתנה המלוה נגד דברי הש"ס:

והא דנאמן המלוה הן במלוה בשטר הן במלוה על פה אף בלא שבועה ובמלוה שהאמין ללוה מבואר בטוש"ע דהלו' חייב היסת כתבו הסמ"ע והש"ך טעמים שונים ובתומים (סי' מ"ב ס"ק י') כ' כיון דהנאמנות ללוה כתוב בשטר שהוא תחת יד המלוה ויכול לכבשו ולשורפו ולטעון עליו בע"פ ע"כ דלא נחית על הפטור מתביעת בע"פ ונאמן המלוה דלא הימניה על כך ולכך צריך שבוע' ומבואר מדבריו דרק אם המלוה טוען ברי דלא האמינו על תביעת בעל פה אז יד הלוה על התחתונה אבל אם המלוה א"י ולא אסיק אדעתו על מה נתן להלוה הנאמנות אם רק לסלק השטר או אף מתביעת בעל פה אז פטור הלוה אף

מהיסת. אולם מדברי הש"ך (ס"ק מ"ה) מבואר דנחית לסברת התומים וכתב כיון שכ' בהשטר שהמלוה הוא שמוציא השטר מסתמא לא הימניה אלא לבטולי השטר ולא לענין תביעת בעל פה ואם כן אף באם אין המלוה מסיק אדעתיה מ"מ מסתמא לא הימניה רק לבטל השטר וכיון דטוען ברי דלא פרע לו חייב הלוה לישבע היסת. ואם כן לדבריהם אם יש ראיה ביד הלוה על הנאמנות שהאמינו המלוה פטור בלא שבועה וכן כ' בנתיבות. אולם מה שכ' הנתיבות בטעם הדבר דחייב היסת דיש למלוה מגו דכבש לשטרא ותובע בעל פה ויכול להשביעו מכח מגו יש לגמגם למה שכ' הג"ת והב"ש אה"ע (סי' צ"ו) דמגו לחייב שבועה לא אמרינן ועיין קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ט"ז) משם הג"ת דכמו דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה כן ל"א מגו לחייב שבועה ואם כן בשבועת היסת דלכ"ע ל"א מגו לאפטורי מהיסת כמבואר מדברי הריטב"א ובש"ך (סי' צ"ה ס"ק י"ז) וכמו כן ל"א מגו לחייבו היסת. אלא ודאי דהטעם בפשיטות וכמו שכ' הסמ"ע דהמלוה הואיל דעשה לו טובה להלות בנאמנות אנן סהדי דכוונתו היה שיהיה נאמן בלא שבועה אבל כשהאמין ללוה כיון שהוא נגד הסברא יד הלוה על התחתונה בבירור שלא פטרו אף משבועת היסת. וממילא אף אם נתן לו ללוה בכתב הנאמנות אמרינן בבירו' דרק לבטולי השטר הוא אבל לא לפטור אף החיוב של מלוה על פה וחייב שבועת היסת כשטוען פרעתי:

ואם יש עד אחד שמעיד שפרע אם סתם נאמנות הוא אף נגד עד אחד מחולקים הראב"ד והרא"ש ותליא בביאור דברי הש"ס שבועות הנז' נהי דהימניה טפי מנפשיה טפי מסהדי מי מהימניה דדעת ר"ח והרא"ש דסתם נאמנות הוא שיהיה נאמן בלי שום שבועה ואם כן הוא דוקא טפי מסהדי לא הימניה היינו עדות המועיל תרי סהדי אבל נגד עד אחד נאמן דזה הוי כמנפשיה אבל לדעת הראב"ד והרמב"ן לא מהני נגד עד אחד על כרחך דעיקר הוא רק טפי מנפשיה הימניה אבל נגד סהדי לא היינו אף נגד עד אחד אינו נאמן וחייב לישבע. ובתומים כ' לחלק דבמלוה בשטר דתקנו שבועה רק להפיס דעתו לכך בנתן לו נאמנות אינו חייב לישבע אבל במלוה על פה דמה"ד לא הי' נוטל כלל רק באנו לחייבו מכח נאמנות אמרינן כנגדו האמינו ולא כנגד עד א'. וכן נראה כמבואר מדברי בעל העיטור במאמר נאמנות שכ' והלכתא פטור אף משבועה דעד א' שאינו אלא כדי להפיס דעתו. ומ"מ אינו מבואר כיצד הדין במלוה על פה בנאמנות ועד אחד מעיד שהוא פרע אם נאמר דהלוה פטור לגמרי ולהסוברים דעד המסייעו פוטר אף מהיסת ה"נ פטור לגמרי או דלמא כיון דהנאמנות אלים כמו חזקה די לנו לומר שישבע להכחיש העד ויטול. וראיתי בכנה"ג שכ' משם ס' בני שמואל דאף לדעת הרא"ש פטור אף משבועת היסת להפוסקים דעד המסייע להנתבע פוטר אף מהיסת וכן הביא דבריו בס' נתיבות

משפט (דף ל' ע"ב) וטעם הדבר דמכל עד א' שמחייב לשכנגדו שבועה פוטרו אבל מעד זה שאין שכנגדו נוטל אף בשבועה אלא מפסידו לגמרי לא פטרו והסכים על ידו להוכיח כן מדברי רבינו ירוחם ובס' ש"מ כ' דנהי דלא הימניה נגד עד א' מ"מ לא עדיף משאר ע"א דאינו קם לממון אלא לשבועה כאן נמי אינו מועיל לבטל הנאמנות לגמרי שאין ע"א קם לממון ונשבע המלוה ונוטל:

ואין דבריו מוכרחים כלל די"ל אף להסוברים דנאמנות פוטר לגמרי אף משבועה דע"א היינו משום דבלא"ה יכול לומר לו אשתבע לי דלא פרעתיך ואפ"ה האמינו אמרינן דאף נגד עד א' האמינו ולא הוי לענין זה טפי מדנפשיה אבל במלוה על פה דעד א' פוטרו לגמרי לא אסיק אדעתיה לחייב א"ע ולהאמינו אף נגד ע"א שישבע ויטול. ומה שהביא מדברי ב"ש אה"ע (סי' קמ"ד ס"ק י"ד) דלגבי גט אם התנה אם יעבור מפני' ל' יום דצריך לתת לה נאמנות שלא פייסתיה וכ' דסתם נאמנות לא מהני נגד עדים ונגד עד א' תליא בדין סתם נאמנות אם מהני נגד עד א' ושם לענין דבר שבערוה בעינן שנים מ"מ בנאמנות סתם נאמן העד א' לבטל הנאמנות לגמרי ופסול לגמרי וה"נ במלוה על פה. וראיתי בס' תורת גיטין שם דמתמה על הב"ש דבשלמא בממון כיון דנאמן העד א' לענין שבועה וכיון דבסתם לא הי' כוונתו נגד עד א' נשאר העד על נאמנות שלו מה שאין כן בגט עד א' בהכחשה אין לו שום נאמנות ומה בכך שלא נתן לו נאמנות נגד העד א' הא בלא"ה א"נ בדבר שבערוה. ולא אדע התמיה הזאת הא מבואר דעת הב"ש אה"ע (סי' ל"ז ס"ק נ') באומרת קדשתי א"ע ואיני יודעת למי דאם יש עד א' דמותר לכנסה לכתחילה ואם באו שנים וכ"א אומר אני קדשתיה כיון דלא אתחזק בא"א מהני עד א' ואם כן ה"נ אף דאיתרע החזקת א"א במה דמסר לה הגט מ"מ כיון דהותנה אם לא יבא נגד פניה תוך שלשים וחיישינן לשמא עבר ונתבטל הגט. ושם בלא נאמנות הוי ספק דאורייתא כמבואר שם בפוסקים מדברי הרא"ש ורק באנו להתירה מטעם הנאמנות שנתן לה אבל בלא נאמנות עומדת בספק מגורשת ואם עד א' מעיד שעבר נגד פניה לדעת הסוברים דעד א' נאמן במקום דלא אתחזק להתיר נאמן אף בהכחשת בע"ד להנך פוסקים ובפרט אם הבעל מסייעו ומכחישה אם כן שפיר נ"מ להסוברים דנאמנות הוא אף נגד עד א' ה"נ דכוותי'. אולם להיפך י"ל דאם הע"א נאמן בכה"ג בדבר שבערו' יש לו דין תורת עדות והוי טפי מסהדי וכ"ע מודים דאינו נאמן להכחישו מה שאין כן לענין ממון דאין עד א' עושה רק ספק י"ל דנגד ספק מאמינו. ומ"מ כבר הסכימו הני תלתא רבוותא הב"ש והנ"מ והכנה"ג דבמלוה על פה אין המלוה גובה אף בשבועה ודלא כדעת הש"מ שדבריו אינם מוכרחים לחלוק עליהם ובפרט שלא הביא דבריהם וכנראה אף אם תפס המלוה מפקינן מניה.

אך לפטור את הלוה גם מהיסת אף להסוברים דעד המסייע פוטר מהיסת צ"ע דיש לומר דאין עד עושה שתי פעולות לסלק הנאמנות ולפטור עוד הלוה אף מהיסת ועיין (סי' פ"ז) בש"ך שם ודברי משפט ובסי' צ"ב ואי"ה יבואר עוד בזה בדיני טו"נ:

ועיין בנתיבות המשפט דלדעת הסמ"ע דנאמנות מהני נגד עד א' נימא כיון דבב' עדים לדעת הש"ך חייב לשלם אחר הפרעון כשאומר להד"ם בע"א יתחייב שבועה דכ"מ דב' מחייבים ממון עד א' מחייב שבועה דיש לומר כיון דנאמנות כחזקה דמיא ובתוך זמנו ודאי אינו יכול לחייבו אחר הפרעון דהוי כחזקה דהעד משקר. ומה דפשיטא ליה בתו"ז דעת הקצוה"ח (סי' פ"ד) להיפך דהעלה שם כ"מ שב' מחייבים ממון עד א' מחייבו שבועה רק בשטר דהוא ליטול וכדי להפיס דעתו חייב לישבע לכך בתו"ז הקילו אבל במלוה על פה וכן אחר הפרעון ס"ל דחייב שבועת התורה וחזקה דתוך זמנו אינו פוטר אותו משבועה אם כן ה"נ דכוותיה לענין נאמנות יש לומר דעד א' נאמן לחייב שבועה אף נגד חזקה אולם ע"ד קצוה"ח שם יש לגמגם דהא מבואר ברמ"א (סי' של"ה) והוא ממרדכי בבעה"ב ששכר מלמד וצוה לו שילך ללוי שינסנו אם יודע ללמוד ולא הלך ולמד עם בנו ותובע המלמד אחר כך שכרו ועד א' מעיד דאז לא הי' יכול ללמוד חייב הבעה"ב לשלם כיון דהשתא יודע ללמוד אזלינן בתר השתא וגם רוב המשכירים א"ע יודעים ובכ"ז המלמד צריך לישבע כדין נשבע ונוטל נגד עד א' הרי אף דמוציאין ממון מחמת חזקה הזאת אעפ"כ חייב שבועה דרבנן להכחיש העד ומ"ש בתוך זמנו דאינו חייב לישבע ושם איירי אף בטוען ברי שפרע תוך זמן ואפ"ה א"צ לישבע אף דשנים פוטרים מן ממון ולמה במלמד דהבעה"ב טוען שמא חייב לישבע:

וע"כ צריך לומר כיון דחזינן דאף היכא דהיה חייב שבועה ובאו שני עדים לפוטרו ושנים מכחישים אוקי תרי להדי תרי וחייב שבועה כמו שכ' הש"ך (סי' פ"ז) ובקצוה"ח (סי' פ"ב) כתב בטעמא דמלתא משום דכל עיקר שבועה הוא שחייב לברר הדבר לכך אף בתו"ת צריך לברר [ובהך סברא דכל עיקר חיוב שבועה דעד א' מן התורה הוא משום דעל ידי העד נעשה לנו ספק וחייבו התורה לברר הדבר מובן דברי התשב"ץ המובא בש"מ ריש ב"מ דמשיב על הק"ו שדן מהר"ם מרויטנבורג ז"ל דעד המסייעו פוטר משבועה מק"ו דכח המוחזק מרובה ואעפ"כ מחייבו ק"ו דיכול לפוטרו די"ל לכך מחייבו שבועה לפי מה שפטור קודם שהעיד העד אינו אלא מפני שאינו מי שיחייבנו דממילא מיפטר תאמר בפטור שבועה שכבר נתחייב מן הדין ואינו מובן כוונתו לכאורה. אולם הכוונה דהתורה גילתה לנו שעל ידי העד באנו לבית הספק ואף דלא נוכל לחתוך הדין מ"מ באנו לבית הספק וגזרה התורה לברר הדבר על ידי שבועה וכל זמן דלא נשבע חייב

לשלם כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם ומהאי טעמא כשאינו רוצה לישבע נחתינן לנכסיו ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אמרינן מה"ט דהוי כא"ר לברר וכמו שכ' בש"מ פ' השואל. והעד אינו מחייבו רק לברר הדבר ועל ידי שבועתו נתברר כדבריו להכחיש העד. אבל במוב"מ כיון דחייבו התורה גם כן לברר מטעם דרגלים לדבר י"ל כיון דכבר יש לנו ספק לא נתברר הדבר על ידי העד א' ונשאר עדיין בספק וחייב לברר לישבע שהוא כדבריו כמו שכ' התורה] ולפי זה כיון דעיקר חיוב שבועה הוא כדי לברר הדבר שהב"ד ידע בירור הדבר לפטור או לחיוב ולכך במעיד שפרע תוך זמנו אף דשנים מעידין ופוטרין דעפ"י ב' עדים יקום דבר והוא חק התורה אף דלנו כבר נתברר דלא פרע דחזקה המבררת הוא דאין אדם פורע תו"ז ואף דנין ע"פ ומוציאין ממון מ"מ גזרה התורה לקיים הדבר על פי ב' עדים מ"מ כשיש עד א' אף דבכ"מ דב' מחייבין ממון עד א' מחייב שבועה מ"מ היכא דהחזקה הוא מבררת נגד העד לא חייבו חכמים שבועה לברר הדבר כיון דאף אחר השבועה לא יתברר לנו יותר והוא מבורר לפנינו להיפך רק בב' עדים אנן סהדי וחק התורה לדון על פי ב' עדים אף נגד חזקה המבררת מה שאין כן לענין חיוב שבועה לא יברר לנו השבועה יותר ממה שנתברר לנו על ידי החזקה דאין אדם פורע תוך זמן. ובהך דמלמד אף דמוציאין ממון הוא מטעם חזקה דהשתא ורוב וברי נגד שמא ומ"מ בירור גמור לא הוי וגם כיון דהוי ריעותא דלמה לא השלים המלמד התנאי והלך מיד לברר ללכת ללוי לנסותו לכך לא הוי כמו אנן סהדי ולכך חייב שבועה. ומ"מ יש לגמגם בזה כיון דעכ"פ מוציאין ממון למה צריך שישבע נגד עד א' בהך דמלמד וע"כ צריך לומר דוקא בשטר דשייך גם כן חזקה דשטרך בידי דאלים טובא בצירוף חזקה דתו"ז לא שייך שישבע להפיס דעתו של הלוה ולכך אין עד א' מחייבו שבועה אבל במלוה על פה חייב לישבע וכמ"ש הקצוה"ח ודלא כדפשיטא ליה להנה"מ כאן לגבי נאמנות נגד עד אחד.

ויש להסתפק אם המלוה האמין ללוה אם הנאמנות מועיל לנגד עד א' המעיד שיודע ברור שלא פרע לו או שהודה בהודא' גמורה דלא פרע לו דאם נאמר דרק בשטר הואיל דמן הדין חייב לשלם ופטור משבועה ורק כדי להפיס דעתו של הבעלים חייבו חז"ל לישבע וכשהאמין למלוה אז לא מחייבינן כדי להפיס וכמו שכתב התומים וסעד לדבריו מדברי בעל העיטור כנז' אם כן י"ל בנאמנות ללוה דמן הדין חייב אמרינן אף דהאמינו לא האמינו לפטרו משבוע' דאורייתא וי"ל אף במלוה על פה דמן הדין כשהאמינו ע"כ האמינו לפטרו אף מהיסת מ"מ נגד עד א' המחייבו שבועה מן התורה ונחתינן לנכסיו בזה כ"ע מודים דאינו מועיל נאמנות סתם ובפרט למה שכ' הסמ"ע דכשהאמין ללוה שהוא נגד הסברא דלא עשה לו טובה ידו על התחתונה בבירור וכמו שכ' לעיל:

והיכא דליכא עדים על הנאמנות שנתן הלוה למלוה דיש לו מגו בעיקר הנאמנות דנאמן הלוה לכ"ע כמו שכ' הסמ"ע והש"ך וכמבואר מדברי תשובת הרשב"א כמו שכ' לעיל (סי' ס"ה) וראיתי בספר הפלאה אה"ע (סי' צ"ח ס"ק ה') שכ' אם אין רק עד א' על עיקר הנאמנות אע"ג דלא הוי לו מגו בעיקר הנאמנות שהרי יצטרך להכחיש העד מ"מ כיון שאם היה מכחיש היה נאמן לגבי העד בשבועה לא נתחזק הנאמנות אלא על פיו שפיר אמרינן ביה מגו והניח בצ"ע והגאון מאוה"ג רע"א ז"ל בהגהותיו העתיק דבריו. ותמהני הא הוי מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם דומה להמבואר (סי' ע"ה סי"ג) וש"ך שם (ס"ק מ"ב) באם יש עד א' על הקיום בממרני מאחר שיש שם נאמנות על הפרעון רק שיכול לטעון פרעתי במגו דמזויף וכיון שיש עד אחד על חתימתו לא הוי מגו והוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם ושם גם כן לא נתחזק אלא על פיו וה"נ דכוותי' במקוים ויש ע"א על הנאמנות הוי לי' מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם:

סימן סז

בש"ע (סי' ע"ב ס"א) המלוה על המשכון צריך ליזהר שלא ישתמש בו מפני שהוא כמו ריבית וכ' בסמ"ע אם השתמש בו ולא קיימא לאגרא אף דהוא עביד למיג' פטור אף לצאת ידי שמים ואם קיימא לאגרא נראה מדבריו דחייב לשלם וכן כ' בנתיבות. ולכאורה הא אף בקיימא לאגרא מ"מ כאן דאינו ת"י ולא יכול להשכיר לאחר כ"ז שהוא ממושכן ביד המלוה לא גרע מאם אינו בעיר ואין מי שישתדל בעבורו להשכירו דמבואר (סי' שס"ג) דהוי כחצר דלא קיימא לאגרא ואינו חייב להעלות שכר וכן כ' בס' מחנה אפרים הלכות מלוה (סי' כ"א) כיון דאין הלוה יכול עכשיו להשכירו מדינא פטור דהוי כלא קיימא לאגרא וליכא נמי משום רבית דמאי חסרי'. אולם י"ל דהא אם נחית שלא אדעתא דאגרא במטלטלין דהוי כגזלן ושואל שלא מדעת וכשולח יד בפקדון והוי כמו גזלן דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ואם כן בלא"ה פטור מלשלם שכר שימוש וצריך לומר כמו שכ' בנתיבות דאמרינן ודאי אדעת שכירות נטלה שלא לחשדהו בגזלן וזה דוקא בקיימא לאגרא דאף דהשתא לא קיימא לאגרא הואיל דאינו ת"י מ"מ כיון דקיימא לאגרא וניחא להו לבעלים אם משתמש ונחית אדעתא דאגרא לכך חייב לשלם אבל בלא קיימא לאגרא בעצם פטור ואף די"ל כיון דמ"מ אסור לכתחילה להשתמש בו מטעם איסור רבית נימא מסתמא נחית אדעתא דאגרא זה אינו דהא מבואר בטו' (סי' שס"ג) בתוקף ספינה דל"ק לאגרא אף שדעתו היה לשלם שכ' פטור וכן משמע מדברי הש"ע שם (ס"ה). אך מ"מ יש להבין דמשמע מדברי הטור דוקא בתופס בע"כ של הבעלים אז אף דגלי דעתו דנחית לאגרא מ"מ כיון דהוי כגזלן פטור אבל בלמ"ד בעלי' י"ל דחייב לשלם ועיין מה

שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים (סי' ז"ך) בדיני גניבה וגזילה באורך בדברי הטור והביא שם דגם בתוקף בעל כרחו חולקין תוס' ב"מ (דף ס"ה) על הטור וסברו דחייב לשלם בגילה דעתו שרוצה ליתן שכר אם כן אף בל"ק לאגרא נימא דמסתמא אדעתא דאגרא נחית כיון דאם אינו נותן שכר אסור משו' ריבית. וצריך לומר כיון דלא קיימא לאגרא בעצם ואז אף אם נחית אדעתא דאגרא מ"מ בכלל שואל שלא מדעת הוא והוי כגזלן וחייב באונסין אם כן כל זמן שלא גילה דעתו דנחית אדעת' דאגרא לא מחייבינן ליה לשלם אבל בקיימא לאגרא בעצם הדבר אף דהשתא אין בידו להשכיר לאחרים מ"מ ניחא להו לבעלים מה שהמלוה משתמש בו אם נחית אדעתא דאגרא אמרינן דודאי אדעתא דתשלומין נחית. וביש"ש ב"ק פ' הגוזל הקשה ע"ד הטור הא אף בקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא מ"מ באם אין הבעלים רוצים הוי כגזלן למפרע רק אם רצו בשכר חייב לשלם אם כן אף בלא קיימא לאגרא נמי נימא כן דתליא ברצון הבעלים. ויש לומר להמבואר בש"ך (סי' שנ"ח) בלוקח דבר שאין הבעלים מקפידין דאם באו אח"כ וגלו דעתייהו הוי למפרע כלקח בהיתר ולא תליא ביאוש שלמ"ד אם כן אתי שפיר דעת הטור דאם קיימא לאגרא כשהבעלים רוצים אחר כך בהשכירות הוי למפרע כירד ברשות ולא הוי כגזלן אבל בלא קיימא לאגרא לא מהני הרצוי של אחר כך ואף אם התרצו אחר כך כיון דאז לא ידעו וליכא אנן סהדי דנ"ל ולהיפוך אנן סהדי דל"נ להו כיון דלא קיימא לאגרא לכך אף שהתרצו אחר כך לא מהני על למפרע ועד עתה הוי כגזלן וחייב באונסין לכך פטור משכירות. וה"נ במשכון בקיימא לאגרא אנן סהדי דנ"ל להבעלים אם נחית אדעתא דאגרא לכך חייב לשלם ואמרינן מסתמא נחית אדעתא דאגרא שלא יהיה גזלן אבל בלא קיימא לאגרא דלא מהני אף אם התרצו הבעלים אחר כך להפקיעו מדין גזלן כיון דעצם הדבר ל"ק לאגרא לכך פטור מלשלם שכר שימוש.

ומ"ש הטוש"ע צריך כו' שהוא כמו ריבית כ' הסמ"ע דריבית ממש ל"ה הואיל וגוף הלואה לא נתרבה ועיין נתיבות ביאור דבריו ומ"מ קשה למה ל"ה עכ"פ אבק ריבית ולמה כ' הטור כמו ריבית וביו"ד (סי' קע"ב) מבואר דבלא נכייתא הוי א"ר ועוד דשם משמע דהטור מסיק כדעת רש"י דבית חמור ומטלטלין חמור מבית וכבר האריך בזה בס' כהונת עולם שם. ונראה דודאי בדבר שאין דרך להשאיל לחבירו לא איצטריך הטור להשמיענו דגזל הוי כשמשתמש במשכון שלא מדעת בעלים ואטו ברשיעי עסקינן שצריך ליזהר שלא ישתמש בשל חבירו שלמ"ד בעלים רק אתי לאשמועינן דאף בדברים שאין בעה"ב מקפידין ודרך בני אדם להשאיל לחבירו בחנם וגם שלמ"ד בעלים דצריך ליזהר שלא ישמש במשכון שלמ"ד בעלים וכמבואר בטור וש"ע יו"ד (סי' ק"ס ס"ז) דצריך ליזהר

מלהנות מלוה שלא מדעתו אפילו בדבר שהיה עושה לו אם לא הלווהו ועיין שם בש"ך שכיון שנהנה ממנו שלא ברשותו נראה שסומך עליו שבשביל מעותיו יסבול לו:

ואם היה פחת על ידי ששימש בהמשכון כ' התומים דמגלגלין עליו את הכל ובנתיבות תמה עליו דזה דוקא בקרקע דאינה נגזלת אבל במטלטלין אם נטלם ע"ד שאלה שלמ"ד אם אינן עשוין לשכר אין צריך לשלם רק הפחת כמבואר (סי' שס"ג ס"ה) ולכאורה יש לומר דהא מבואר מש"ס ב"מ (דף מ"א) דאף שומר השולח יד ומשתמש בהחפץ אינו חייב רק כשמשך ובתשמיש בלבד לא יצא מרשות בעלים וכמו כן יש לומר בשואל שלא מדעת אף דהוי כגזלן מ"מ אם לא עשה הגבהה רק בשימוש בעלמא לא קנה שיתחייב באונסין וכן כ' המחנה אפרים דיני גזילה (סי' י"ב) דאף לדעת הטור (סי' שס"ג) אם נטלה ע"ד שאלה אינו משלם רק' הפחת ולא שכר מה שנשתמש דכל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה מ"מ אם לא משך הכלי רק משתמש במקומו לא קנה הגזילה וחייב לשלם ועיין בס' ד"ח דיני שומרים (סי' ט') שהאריך אאמ"ו ז"ל שם לבאר כן בטעם וסברא דשימוש לא הוי קנין המועיל לכך אם היה הגבהה להשתמש קיימא ברשותו לענין אונסין וחשוב כגזלן וצריך השבה מעליא אבל אם לא עשה קנין רק שימוש בעלמא לא קיימא ברשותו ואני הוספתי שם על פי דברי ריטב"א (פ"ב) דקידושין דאף בשואל מדעת התחלת מלאכה ושימוש לא הוי קנין רק מדרבנן וממילא בשואל שלמ"ד דהוי איסור לא מצינו דאמרו דבשימוש יהיה קנין שיעמוד ברשותו לענין אונסין ושיהיה בידו בקנין גזילה וממילא י"ל דצריך לשלם שכר שימוש דהוי כמו בגוזל קרקע דאפילו ירד בתור' גזילה צריך להעלות שכר על מה שנשתמש. וכן ראיתי מבואר בדברי רמ"ה ב"ב (פ"ח) במתניתין דהשולח בנו אצל חנוני דפליגי חכמים ור"י בנטלה למוד בה לאחרים וקתני במתניתין ומודים חכמים לר"י בזמן שהצלוחית ביד התינוק ומדד חנוני לתוכה שפטור כ' הרמ"ה דמודי' אם מדד לאחרים דפטור מתשלומי צלוחית דכיון דלא אגבהה לא קיימא ברשותיה עיי"ש (אות ט"ו וק"כ) הרי מבואר אף דהשתמש בהצלוחית למדוד לאחרים מ"מ כ"ז דלא שקליה לא קיימא ברשותו וא"כ י"ל דוקא בשומר כשנוטל להשתמש הוי ההגבהה לצורך שימוש קנין חשוב כמו בשאר גזלן וקיימא ברשותו אף אחר השימוש ויש לו דין גזלן אבל במשכון דבלא"ה כבר יצא מרשות הבעלים ואין ברשותן דהבעלים להקדישו ובפרט אם בע"ח קונה משכון הוי כיש לו להמלוה קנין בו אם כן ההגבהה אינו עושה שום קנין להוציא מרשות בעלים ולהכניסו לרשותו דהא בלא"ה כבר יצא מרשות בעלים וקם ברשותו ומה תוסיף ההגבהה לעשות קנין. ועיין ספר המקנה קידושין (סי' כ"ח סי"ב) שכ' בגזל משכון שבידו כיון דקיי"ל דלא מקרי

שליחות יד רק כששלח בו יד על מנת לחסרו אבל בלא"ה אע"ג דהוי גזלן לא מקרי שליחות יד אם כן נראה פשוט דאם המלוה מגביה משכון לקנותו אין בו שום קנין כיון דכבר היה ברשותו והביא ראיה מב"ק (דף כ') גזבר שנטל אבן או קורה דלא מעל עד שנתנו עפ"י ארובה עיין שם. ואם כן ממילא בשימש בהמשכון לא קיימא ברשותו ושפיר צריך לשלם שכר שימוש ואם פחתו מגלגלין עליו את הכל כמו בגוזל קרקע הואיל דלא הוציא מרשות בעלים ולא נעשה בו קנין גזילה כן נמי במשכון:

אך אם כן יקשה על דברי רמ"א דכ' ואם למד בספרים שהלוה עליהם מקרי שולח יד בפקדון וכ' הסמ"ע ונ"מ דמשם ואילך אף אם נאנסו בידו חייב באחריותן משמע דהמשמש במשכון הוי הדין כמו שולח יד וקיימא ברשותו ודין זה הוא ממרדכי משם הראב"ן דמשכון אקרי פקדון והביא ראיה מדקתני במתניתין מי נשבע מי שהפקדון אצלו אלמא משכון קרי פקדון הלכך דינו כפקדון ואם יש עדים נפסל משבועה אם כן מבואר דאף במשכון מהני הגבהתו לאם השתמש בו שיהיה באחריותו גם אחר כך וזה דלא כס' המקנה הנז' ובאמת מ"ש המקנה דאם המלוה מגביה משכון לקנותו אין בו שום קנין כיון דכבר היה ברשותו אינו מובן הא זה הוי שליחות יד גמור כשמתכוין לקנותו לגמרי שיהיה שלו וראייתו מב"ק אינו ראיה דשם בגזבר דכל היכא דהיא היא ברשות הקדש וכשנטלה לא מעל דלא נתכוין להוציא כלל מרשות הקדש כיון דסבר דשלו הוא ולא נתכוין לקנות אבל במשכון אף דיש לו בו קנין משכון וכבר יצא מרשות הלוה מ"מ אינו שלו לגמרי וכשמתכוין לקנו' בגזילה אין חסרון גדול מזה ועיין ריטב"א ב"מ (דף מ"א) דאם בדעתו לגזול הכל אפילו דעתו לשלם ל"ב חסרון דאין חסרון גדול מזה ובמשכון גם כן אם מגביהו לקנותו בגזילה אין חסרון גדול מזה וממילא הוי כגזלן דעלמא. ודוחק לומר דכוונת הסמ"ע באם נאנס בידו בשעת שימוש דבזה ודאי נראה אף בלא עשה שום קנין מ"מ כיון דנאנס בשעה שמשתמש ואז כל הנאה שלו לא גרע משואל וכמו דמבואר סנהדרין (דף ע"א) ועיין שם ברש"י ומהרש"א אבל אחר השימוש כשהחזיר למקומו י"ל דאינו חייב באונסין כיון דלא שייך בו קנין על ידי הגבהה דמדברי הסמ"ע לא משמע כן רק מכאן ואילך חייב באחריותן ומזה נראה דלא כסברת המקנה ואף במשכון שייך קנין גזילה:

סימן סח

הא דס"ל לר' יצחק דבעל חוב קונה משכון מדכתיב ולך תהיה צדקה אם אינו קונה משכון צדקה מניין וקאמר בש"ס אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה בשעת הלואה מי אמר כתב הש"ך (ס"ק ט') ד"ה וגם דאף דדיוקא דר"י מקרא מ"מ ליכא למימר דגזה"כ

הוא בלא טעם דזה דוחק ועוד הא לא כתיב בהדיא דקונה ונימא דס"ל דבע"ח קונה משכון אף בשעת הלואה. ובאמת אי אפשר לומר דהוי גזה"כ דאם כן לא הי' שייך לומר דקונה רק במשכון שמחויב להחזיר כגון כסות יום ולילה אבל במשכון דלא צריך להחזיר נימא דלא קנה ורק בצריך לעשות צדקה ולהחזיר בזה גזה"כ דקנה אלא ודאי דלאו גזירת הכתוב הוא ועיק' הטעם משום דבשעת הלואה לא נקיט לגוביינא. ויש לומר לכאור' דודאי יש בני אדם שמקבלין המשכון לגוביינא אף בשעת הלואה ויש בני אדם שמקבלין רק לזכרון דברים. אבל שלא בשעת הלואה ודאי לא מקבל רק לגוביינא. ואם היה מתברר דמקבל גם בשעת הלואה לגוביינא היה בו צד קנין כמו במשכנו שלא בשעת הלואה והא דקאמר בש"ס אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה בשעת הלואה מי אמר היינו כיון דהיה רוצה לומר דר"א ור"ע פליגי בדר' יצחק ור"ע דסובר אבד המשכון אבד מעותיו על זה קאמר אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה דאז הוי בירור גמור ואנן סהדי דנקט לגוביינא אבל בשעת הלואה מי אמר דהוי בירור הא יש לנו ספק דלמא לא קבל רק לזכרון דברים ולמה יפסיד מספק אם המלוה טוען ברי דלא קבלו לגוביינא הוי הלוה כא"י אם פרעתיך ולמה סתם ר"ע דיכול לומר לו כלום הלויתני אלא על המשכון אבד המשכון אבדו מעותיך כיון דהלוה אינו יודע בברי דקבלו לגוביינא ואם המלוה טוען ברי מהראוי שיהיה נאמן כיון דגם לב"ד יש ספק על שעת הלואה אם מקבלו לגוביינא או רק לזכרון דברים. ומיושב קושית התוס' והראשונים מהא דגיטין (דף ל"ו) דהמלוה על המשכון אין שמיטה משמט מדר"י והמלוה על המשכון משמע בשעת הלואה דכיון די"ל דקבלו לגוביינא הוי הלוה כאיני יודע אם פרעתיך דלא ידע אם שמיטה משמטו די"ל דקבלו לגוביינא וכן בפסחים (דף ל"א) במלוה על חמצו נאסר לאחר הפסח דאף מס' נאסר כמבואר במג"א (סי' תמ"ט). אולם אם כן בשמיעה היה עכ"פ המלוה צריך שיטעון ברי דנקטו לגוביינא וזה לא משמע שם בסוגיא דגיטין:

ויש לומר דרך אחר בישוב קושית הראשונים הנז' מהא דאינו משמט ומש"ס פסחים הנ"ל דהנה הנ"י ב"מ (דף פ"ב) הביא משם הראב"ד דהקשה איך מדמה הסוגיא לחייבו כשו"ש במלוה על המשכון מטעם פרוטה דר"י כמו בשומר אבידה דהוי ש"ש מטעם זה הא באבידה עושה המצוה כ"ז שהוא תחת ידו שצריך לשמור ובהלואה נעשה המצוה רק בשעת הלואה ומתרץ בהלואה נמי מפני שממתין ואינו מוכר המשכון עושה מצוה והרשב"א מתרץ כיון דבשע' הלואה מרויח פרד"י הוי שומר עד דמחזיר לו המשכון. ולכאורה צריך להבין דעת הראב"ד הא שפיר קאמר הרשב"א וי"ל דדעת הראב"ד דהא מבואר בש"ס ב"ק (דף נ"ו) דר"י סובר שומר אבידה כשו"ש בההיא הנאה דל"ב למיתבי

ריפתא לעניא איכא דמפרשי הכי ר"י אמר כשו"ש דמי כיון דרחמנא שעבדיה בעל כרחו הלכך כשו"ש דמי ובים של שלמה שם עמד הא בכל מקום קיי"ל כא"ד אם כן מה הקשה הש"ס בנדרים (דף ל"ד) דמחזיר לו אבידה הא נהנה פרוטה דר"י דלמא באבידה הוי שו"ש מטעם כיון דרחמנא שעבדיה בע"כ. ויש לומר דודאי האיכא דמפרשי לא פליגי על הסברא דראוי להיות שו"ש דמייתר דלא בעי למיתב ריפתא לעניא רק דסוף סוף יקשה אף דמרויח ויש לו שכר מ"מ אם יאמר המוצא האבידה אינני רוצה בהשכר הזה ולקבל עלי שמירה כשומר שכר להתחייב בגניבה ואבידה וצריך שמירה יתירה לשו"ש דאפי' הקפהו בחומה של ברזל וכן אם תקפו עליו שינה דהוי כאונס מ"מ חייב עד שיהיה האונס בגוף הדבר ואם המוצא יאמר מה לי לצרה הזאת די לי שאני חייב ליקח האבידה ולטפל בה ולשמור מפשיעה. ואם כן אף בסתמא מוצא אבידה מאן יימר דהמוצא נחית לחייב את עצמו בגניבה ואבידה בשביל מעט הריוח שמרויח דלא בעי למיתב ריפתא לעניא לכך הוסיפו האיכא דמפרשי כיון דרחמנא שעבדיה בעל כרחו כשו"ש דמי והיינו דזה גם כן בכלל מצות השבת אבידה לשמור אבידת חבירו בשמירה מעולה כמו שהבעלים שומרים את שלהם אם היה תחת ידו כ"כ שעבדיה מצות התורה לשמור רק עכ"פ שכר צריך שיקבל ובלא שכר לא שעבדיה רחמנא בע"כ אולם זה שכרו דמייתר דלא בעי למיתב ריפתא לעניא אולם אף דמרויח זה מ"מ אם יאמר לא הן ולא שכרו ואינו רוצה להיות שו"ש על זה שעבדיה רחמנא בעל כרחו. ולא יש שום נ"מ בין הטעם דלא בעי למיתב ריפתא לעניא לטעמא דרחמנא שעבדיה בע"כ ותרוייהו צריכין להדדי ואתי שפיר דבש"ס נדרים פריך מפרדר"י דבלא זה ודאי לא הוי כשו"ש.

וא"כ לפי"ז מאי מדמה הש"ס מלוה על המשכון לשומר אבידה הא שם רחמנא שעבדיה בע"כ מחמת מצות השבת אבידה אבל במלוה מדעתו מאן יימר לן דהמלוה נחית על דעת להיות שו"ש בעד הפרוטה דמייתר כשעוסק במצוה דלמא אין רצונו להיו' בשביל זה שומר שכר והשבת אבידה לא שייך בזה כיון דמשכון אצלו מדעתו דהלוה ועל זה מתרץ הראב"ד כיון דמרויח אחר כך גם כן אחר שהלוהו כל זמן שהמשכון ת"י וממתין מלמוכרו ואחר כך כשכבר הלוהו הוי לו כאבידה כיון דהבעלים אינם יכולים לשמו' מוטל על מי שתחת ידו לשמור שמירה מעולה כמו אם היה תחת יד הבעלים שהיו שומרים חפציהם ולכך חייב בגניבה ואבידה ושכירתם הוא דלא בעי למיתבי ריפתא לעניא כמו בשומר אבידה ממש דהוי מטעם כשו"ש. ודעת הרשב"א דגם בשעת הלואה אף שהלוה נותן להמלוה המשכון מדעתו מ"מ כיון דצריך לו למעות ההלואה הוי לענין זה המשכון כאבידה ומוטל על המלוה לשמור המשכון כאלו היה ביד הבעלים ודומה

לאבידה ושכירתו הוא דמרויח דל"ב למיתבי' ריפתא לעניא ולפי זה י"ל דהנה הא דבעל חוב קונה משכון מדר' יצחק לחייבו בגניבה ואבידה כתבו התוס' שהוא משום דנהנה דיכול לקדש אשה ולקנות שדה בהמשכון ואם כן הא דחייב בגו"א הוא רק מתורת שו"ש שפיר קאמר בש"ס אימור דאמר ר"י שלא בשעת הלואה והיינו כיון דלוקח מהלוה לגובייא שלא ברצונו או אף ברצונו מ"מ מוכרח לתת לו דאם לא כן יקחו הב"ד ממנו אם כן התורה שעבדיה לחייבו בגניבה ואבידה כמו בשומר אבידה לר' יוסף דבשביל הנאה הזאת דלא בעי למיתבי ריפתא לעניא שעבדיה רחמנא שיתחייב בשמירה מעולה אבידת חבירו כאלו הבעלים היו שומרים אם היה תחת ידם כמו כן בקבל המשכון כיון דהלוה מוכרח ליתן לו והלוה אינו יכול לשמרו שעבדי' רחמנא להמלוה לשמור שמירה מעולה אף מגניבה ואבידה ושכר שמירה יש לו דנקנה לו המשכון לקדש בו אשה ולקנות בו קרקע. אבל בשעת הלואה מי אמר היינו אף דעצם הקנין שיש לו בהמשכון כשהוא שלא בשעת הלואה כמו שכ' תוס' או לענין למפרע גובה כמו שכתב הרמב"ן במלחמות מס' פסחי' ובחידושיו לקידושין (דף ח') ובריטב"א שם יש לו גם כן במשכון בשעת הלואה לא יגרע מזכותו דבר דמ"ש מ"מ מאן יימר לן דהמלוה רוצה לחייב א"ע לשמור שמירה מעולה מגניבה ואבידה בשביל הנאה מעוטה הזאת והקנין שיש לו בו. ולכך הקשה הש"ס איך נוכל לומר לר"ע דסובר אבדהמשכון אבד מעותיו דהוא מטעם דר' יצחק דמאן לימא לן דהמלוה התרצה בזה לחייב א"ע לשמור אף דבאמת כל הקנין שיש לו בהמשכון שלא בשעת הלואה דמדקתני בקרא ולך תהיה צדקה ע"כ דיש בו צד קנין וחל קנין לחצאין כזה יש לו בו גם כן בשעת הלואה רק שלא בשעת הלואה רחמנא שעבדיה בעל כרחו מה שאין כן בשעת הלואה וכנז'. ולפי זה אתי שפיר בשמיטה דאינו משמט אף במשכון בשעת הלואה וכן בחמץ. ובקידושין (דף ח') דמשמע אף בשעת הלואה קונה משכון דבאמת כן הוא רק לחייבו בעל כרחו להיות כשומר שכר אינו רק שלא בשעת הלואה. והא דקאמר בדר' יוסף קא מיפלגי יקשה נימא גם כן לחלק בין שעת הלואה לשלא בשע' הלואה ז"א דלסברת ר' יוסף אף בשעת הלואה חייב מטעם שומר אבידה דכשהלוהו אחר כך אין ביד הלוה לשמור והוי כאבידה ורחמנא שעבדיה כמו שכתבתי בביאור דברי הראב"ד. אבל מדר"י כיון דיש לו בו קנין גם כן במשכון בשעת הלואה ובשעת הלואה לא נוכל לחייבו מטעם זה דמאן יימר לן דהמלוה רוצה בכך ושלא בשעת הלואה התורה שעבדיה ובלקח בשעת הלואה לא נתוסף לו אחר כך שום דבר ושכר להיות בעדו כשו"ש אף דהלוה אינו יכול לשומרו מ"מ שכירות אינו מקבל דעיקר שכירותו הוא במה שיש לו קנין בהמשכון לקדש בו אשה ולקנות קרקעות

וקנין זה כבר יש לו בו משעת הלואה ואז לא נעשה שו"ש דלא ידענו אם נחית לזה לחייב א"ע בגניבה ואבידה בשביל זה ואחר כך כשאין ביד הלוה לשמור אין לחייבו בשביל קנין זה שיש לו בו מכבר כמו בשלא בשעת הלואה כיון דאינו מקבל שכר שמירה לא שעבדיה רחמנא בע"כ:

ולמ"ש בביאור הש"ס דהא דשומר אבידה כשו"ש שהוא מטעם דרחמנא שעבדיה בעל כרחו וכן הוא טעמא דמלוה על המשכון יש לומר דאם חזר המלוה והפקידו ללוה דדעת המרדכי דאם נגנב או נאבד ביד הלוה חייב המלוה כיון דבתורת פקדון נתלו לו אכתי ברשותא דמלוה קאי וכן פסק המחבר בש"ע (סי' ע"ב ס"ג) ובש"ך (ס"ק כ"ד) הביא שהב"ח חולק ע"ז ושוב כ' (ס"ק כ"ה) דלמאן דפוסק דהוי שו"ש מטעם פרוטה דר"י הוי ליה כשו"ש שמסרו לשומר חנם דחייב השו"ש אם נגנב אצל השו"ח וה"נ דכוותי'. ולמה שכ' כיון דהמלוה לא נחית לזה לחייב א"ע בשמירה ושאם יגנב שיתחייב לשלם רק רחמנא שעבדיה בעל כרחיה דומיא דשומר אבידה כיון שאין תחת יד הבעלים לשמור שמירה מעליא חייבה רחמנא בעל כרחו להשומר שהוא ת"י לשמור תחת הבעלים ולחייבו בגניב' ואבידה אם כן זה דוקא כ"ז שהמשכון הוא תחת ידו אז בעל כרחו שעבדיה רחמנא אבל כשמסרו אף בפקדון לבד ליד הלוה שוב לא שעבדיה רחמנא שיתחייב בשמירה מעולה כשו"ש ושיתחייב בגניבה ואבידה כיון דיש ביד הבעלים לשמור ואינו דומה לשו"ש כשהפקידו ביד הבעלים דנשאר הוא בחיובו כיון דכבר נתחייב להיות כשו"ש וירדה התורה לסוף דעתן של בני אדם דשומר מתחייב א"ע לכל הכתוב בפרשה כמו שכ' תוס' כתובות (דף נ"ו) דשם התחייב ברצונו אבל במשכון דהוא רק כשומר אבידה דרחמנא שעבדיה בעל כרחו לא שעבדו רחמנא רק כל זמן שהוא ת"י ואין ביד הבעלים לשמור אבל כשהחזיר ליד הלוה אף שהחזיר רק. בתורת פקדון מ"מ כיון דביד הלוה לשמור את שלו לא חייבו רחמנא בע"כ שיתחייב בגניבה ואבידה רק כ"ז שהוא תחת ידו ועוד יבואר בזה לקמן:

והנה הש"ך כ' דהר"י בר ברוך החולק על הר"י וסובר דא"ח כשחוזר והפקידו הוא משום דאינו סובר כר' יוסף רק משום דכנגד מעותיו הוי שו"ש דהו"ל כפירש שאם יאבד המשכון יפסיד חובו והאי טעמא שייך דוק' כשהמשכון תחת ידו לא כשמחזירו ללוה דתו ל"ש מלתא דשמואל אבל המחבר דפוסק כר"י הוי כשו"ש שחזר והפקידו ובאמת לשון הר"י בר ברוך המובא בהגהות מרדכי וכן מובא דבריו בתשובת מהר"ם בר"ב כרך קטן (סי' פ"ט) דכתב כל זמן שהמשכון ביד המלוה הוי עליה שו"ש בההיא הנאה דל"צ מיפק ומיעל אזוזי דוחק גדול לומר דכוונתו לדשמואל כמו שכ' הש"ך. אולם מ"מ קשה

להבין הדברים דהא כבר כ' תוס' ב"מ דלא הוי שו"ש בשביל הנאה דתפס אזוזי כיון דאינו מרויח בזה וכן מבואר מש"ס דמדחוק למצוא טעם דהוי שו"ש. ולכאורה י"ל דהנה מדברי תוס' ב"מ משמע די"ל דאף לר' יוסף לא הוי שו"ש רק בדשוי אבל בלא שוי א"ח כשו"ש מצד פרוטה דר"י והתוס' דחי זאת דמ"מ מצוה קאעביד ועיין מהרש"א ב"ק (דף נ"ו) דכתב גם כן סברא הזאת לחלק וצריך להבין הטעם ועיין בתומים ויש לומר קצת דבהא דקאמר בש"ס דפליגי במלוה צריך למשכון פירש הר"ח דל"ה מלוה בלא משכון ובתוס' הקשו הא עכ"פ מצוה קא עביד ובש"מ שם ביא' דבריו וז"ל וכיון שכן משכון זה עיקר המצוה ולפיכך נעשה שו"ש עליו שהוא הגורם לפוטרו לתת לעני פרוטה ור"א סבר המשכון לאו מלוה עביד אלא עיקר המצוה במלוה תלוי אבל לא במשכון והמשכון אינו פוטרו אלא המלוה ולפיכך אינו נעשה שו"ש ביאור דבריו די"ל אף דנהנה דל"ב למיתב ריפתא לעניא מ"מ זה השכר אינו בא מכח הלוה רק דהוא גורם לזה ועיקר שכר זאת הוא על ידי הלואתו [וסובר דמשום שכר שהלוה הוי שו"ש ולא משום שטוח וניעור] ולכך י"ל דכ"ע סוברים כר' יוסף ואעפי"כ לא נעשה שו"ש בשביל הנאה הזאת שלא בא לו מכח הלוה רק על ידי הלוואתו ופליגי במלוה צריך למשכון דבלעדי קבלות המשכון לא היה מלוה לו נמצא דנטילת המשכון גורם לו ההלואה ומצוה קא עביד והוי בשביל דל"ב למיתב ריפתא לעניא. ומר סבר דאפ"ה אין נטיל' המשכון גורמת המצוה אלא ההלואה ועיין חידושי הר"ן ב"מ שם שכ' גם כן כנ"ל. אולם לכאורה יש להקשות בזה דאם נאמר דכ"ע סוברים כר' יוסף דזה דל"ב למיתב ריפתא לעני' הוי ריוח ושומר אבידה כשו"ש בשביל זה אם כן נאמר אף דבמלוה על משכון לא גרם לו המשכון זאת רק ההלואה מ"מ שוב יהיה בשביל הנאה דתפס אזוז כיון דעכ"פ מרויח יותר במה שהלוה אם לא היה מלו' וכמו בהלוהו פירות דהוי שו"ש וכמו שכ' תוס' וצריך לדחוק דסובר כיון דאין נטילת משכון מצוה אלא ההלואה בלבד אותו פרוע' דמרויח בשעת הלואה לא שכיח ול"ח ריוח ולכך לא הוי רק שו"ח אף דתפס אזוזי מ"מ כיון דליכא הרוחה מותר אם לא הלוהו:

והשתא דאתינן לזה י"ל דהמתרץ דסובר דפליגי ר"א ור"ע בדר' יוסף אם בשביל דל"ב למיתב ריפתא לעניא הוי כשו"ש סובר גם כן דבשביל הנאה הזאת לבד לא הוי כשו"ש כיון דלא בא בגרמת הלוה רק על ידי הלואתו אולם שוב הוי שו"ש מצד הנאה דתפס ליה אזוזי אחובו כיון דמרויח במה שהלוה ממה שלא הוי מלוה פרדר"י. ור"א סובר כרבה פרוטה דר"י לא שכיח ואם כן לא הוי כמרויח ולא שייך לומר דתפס אחובו כמו שכ' תוס' ור"ע סובר כר"י ומרויח במה דלא בעי למיתב ריפתא לעניא ואף דזה הריוח בא בגרמות

המלוה מ"מ כיון שמרויח שוב הוי שו"ש בשביל דתפס אחוביה. ושוב מתרץ דלא פליגי בדר"י רק פליגי בצריך למשכון אם מצוה קא עביד או לא כמו שפירשו הראשונים ויש לומר דכיון דעיקר מה דהוי שו"ש לאו משום דמרויח דל"ב למיתב ריפת' לעניא דזה לא בא רק בגרמות המלוה ורק דמ"מ כיון דמרויח פרדר"י הוי שו"ש בההיא הנאה דתפס אחוביה אם כן זה דוקא בדשוי דלא רצה להלות רק שיהיה בטוח במעותיו אבל בדלא שוי דנראה דאינו מקפיד על זה שיהיה בטוח במעותיו אף דמצוה קא עביד מ"מ בשביל דמרויח פרודר"י בלבד לא הוי כשו"ש דלא בא רק בהגרמת המלוה. ואם כן י"ל דהא דכ' הר"י ב"ב דבמשכון בשעת הלואה או לאחר הלואה מדעתו בלא כפיית ב"ד דא"ק משכון ורק בגניבה ואבידה חייב בההיא הנאה דל"ב למיפק ולמיעל אזוזי והוא דוקא בעודו בידו הוי שו"ש ואם הפקידו להלוה אינו עוד שו"ש סובר גם כן דמשום פרדר"י הוי שו"ש ולא מטעמא דשמואל דלא משמע כלל הלשון שהוא מטעמא דשמואל רק מטעם דמרויח פרו' דר"י ורק בשביל הרוחה הזאת דגורם לו ההלואה לא הוי כשו"ש רק דשוב כיון דעכ"פ מרויח הוי כאומן בההיא הנאה דתפס אזוזי ולכן כשחזר והפקידו ביד הלוה שוב לא הוי שו"ש על המשכון. וסעד לדברים האלה דאף לטעמא דהוי שו"ש משום דמשתכר דלא בעי למיתב ריפתא לעניא הוא העיקר משום דתפס אזוזי מצאתי בתשובת הגאונים שבס' שערי צדק (שער ח' סי' כ"א) בתשובת רבינו סעדי' גאון ז"ל שכ' וז"ל וכ"כ משפט המלוה על המשכון שהוא שו"ש מפני שהוא נהנה בהפרעו חובו אעפ"י שאינו מרויח כמו ששנינו הלוהו על המשכון שו"ש לפי שהוא מקבל שכר מאת הקב"ה ונאמר בתלמוד שומר אבידה כו' ר' יוסף אמר כשו"ש והלכתא כר"י עכ"ל ומה זה שכ' שהוא נהנה בהפרעו הא עיקר הנאה הוא שמשתכר פדר"י א"ו דבשביל זה בלבד לא הוי כשו"ש דלאו בהגרמתו בא רק בהגרמת המלוה רק שמשתכר בהפרעו היינו דתפס אזוזי וכנ"ל:

אולם דעת הר"י ותוס' דמטעם דמרויח דלא בעי למיתב ריפתא לעניא בלבד הוי שו"ש אף דהוי בהגרמת המלוה ועיין ש"מ ב"מ שם דלמה לא הוי שו"ש מטעם המצוה שעושה וכתב דמצות לאו ליהנות ניתנו ויש להעיר למה שכ' בהגהותי בספר דברי חיים לאאמ"ו ז"ל בדיני שומרים (סי' י"ט) הא דטבח אומן שקלקל דפטור אם לא בשכר דהקשה המע"מ אמאי לא הוי שו"ש מטעם הברכה וכ' הקצוה"ח דמצות לאו ליהנות נתנו וכתבתי שם למה שכ' הרשב"א והר"ן מס' סוכה אע"ג דמתהנה בעשית מצוה שמקבל שכר בעוה"ז ובעוה"ב כל שאינו נהנה מגופו אלא שגורם לו הנאה וריוח ממ"א אין הנאה מן האיסור דל"ח כנהנה באיסור הנאה אלא כשנהנה מגופו של איסור ויקשה למה צריך לשומר

אבידה שיהיה שו"ש משום דלא בעי למיתב ריפתא תפ"ל משום דמרויח דמקבל שכר בעוה"ז ובעוה"ב ואי דשכר זה לא בא לו מיד בעל אבידה ז"א דהא גם הרוחת דל"ב למיתב ריפתא לעניא גם כן לא בא לו מיד בעל אבידה וצ"ל דכיון דכל השומרים אינם חייבים רק מטעם שהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם דרוצים להתחייב למה שכ' בפרשה כמו"ש תוס' כתובות (דף נ"ו) ובשומר אבידה גם כן כיון דמרויח פרדר"י אוקמי התורה ברשותו להתחייב בגניבה ואבידה כמו כל שו"ש אם מקבלים שכר נפרד מן פעולת השמירה אבל בעד שכר המצוה אינו ראוי לומר שיהיה כשו"ש כיון דאינו נוטל האבידה מרצונו רק דמוכרח בזה לקיים מצות התורה ול"ש לחייבו בשביל זה כשו"ש רק מטעם דמרויח בזה מצ"א דמשתכר פרוטה דר"י מה שאין כן בטבח דאינו מוכרח לשחוט רק אם שחט חייב לברך שפיר הקשה המע"מ דיהיה שו"ש בשביל הנאת קבלת שכר בעוה"ז ובעוה"ב כמו שכתב הרשב"א דזה הוי הנאה רק מאיסור הנאה ל"ח כנהנה מאיסו' הנאה ולכך צריך המע"מ לתרץ כיון דנבלה הוי ברכה לבטלה ואין כאן שכר. ומ"מ למה שכ' יש להתבונן דבמלוה על משכון נימא כיון דיש הרוחת קבלת שכר עבור ההלואה מה שלא הי' לו אם לא הי' מלוה שוב יהיה שו"ש בההיא הנאה דתפס אזוזי ויש ליישב להמעיין:

סימן סט

בהך דינא דהר"י בחזר המלוה והפקידו אצל הלוה ונגנב דפטור הלוה ראיתי בתומים (ס"ק ט"ו) דהעיר הא ביד הלוה לשמש בהמשכון ולא הוי כשולח יד דהא שלו הוא ואין להמלוה קנין בו רק שו"ש הוא ואם כן יהיה הלוה עכ"פ גם כן כשו"ש בשביל היתר תשמיש וכ' דאיירי דאין המשכון שוה רק כדי החוב דאסור להשתמש בו. ולכאורה המעיין בתשובת מהר"ם רויטנבורג בכרך קטן (סי' פ"ט) שם מובא תשובת ר"י ב"ב המובא במרדכי ופסק הר"י דכ' דבחזר והפקיד אצל הלוה דחייב המלוה בגניבה ואבידה יראה דאף אם השאילו לו להלוה בפירוש שישתמש בו ונאבד גם כן חייב המלוה וז"ל פסק רבינו יצחק המלוה את חבירו על המשכון והחזיר לו משכנו עד זמן שקבע לו להחזירם ונגנבו בבית הלוה הפסיד המלוה דהמלוה הוי שו"ש כו' אף במשכנו בשעת הלואתו וכשם שאם הפקיד ביד אחר ונגנבו אבדו למלוה כך אם הפקידם ללוה עצמו או השאילם לו בתורת שאלה עדיין ברשותו ובשעבודו של מלוה הן עומדין כאלו הן בביתו וכשנגנבו הפסיד המלוה שהוא שו"ש עיין שם עוד הרי דכ' אף אם השאילום להלוה גם כן חייב המלוה והפסיד חובו וע"כ הטעם דהלוה לא הוי כשו"ש אף דכל הנאה הוא שלו והמלוה לא הי' מחויב להחזיר לו מ"מ במשכון בשעת הלואה דלא הוי

קנין להמלוה לדעת הר"י רק שו"ש הוי חשבינן להלוה כאלו בשלו הוא משתמש ול"ה בשביל זה רק כשו"ח:

ומ"ש בתומים להביא ראיה מדברי הרא"ש (פ"א) דקידושין דכתב להקשות ל"ל במשכון שלא בשעת הלואה דהוי שו"ש מדרי"צ תיפק ליה דהוי שו"ש בשביל דתפס אזוזי וקשה הא נ"מ אם נגנב או נאבד בעת החזרה ללוה ומדרי"צ לכ"ע ברשות מלוה קאי הואיל ויש לו בו קנין כמו"ש הגהות מרדכי ולטעמא דתפס אזוזי כשהוא ביד הלוה הוא פטור כמו"ש ר"ב אלא ודאי הואיל דהחזירו ליד הלוה לשמש בו לצורכו הו"ל שואל וחייב באחריותו וליכא נ"מ דלעולם אין המלוה חייב בגניבה ואבידה כשהחזירו להלוה ולא אבין הא י"ל דהרא"ש סובר כדעת הר"י דאם הוי שו"ש בשביל דתפס אזוזי גם כן חייב אף בהחזירו ליד המלוה אף במשכון בשעת הלואה וכן בשלא בשעת הלואה אם היה הדין דהוי שו"ש בשביל הנאה דתפס אזוזי אז גם כשהחזיר להלוה הוי כמו אם הפקידו ביד אחר. ובאמת באם החזיר ליד הלוה מצינו מחלוקת הראשונים אם נפחת המשכון ממה שהיה שוה אם מפסיד הלוה או המלוה דדעת תוס' ב"מ (דף ק"ד ע"ב) ד"ה אהני דכתבו אם מחזיר במצות השבת העבוט פטור הלוה מן הגרעון ואף דדעת התוס' דמדרי"צ לא קנה לאונסין ולא הוי רק כשו"ש ואם נפחת אצל הלו' ונתקלקל ונפחת על ידי שימושו של הלוה או שנשבר המחרישה מפסיד המלוה אף דאין אונס גדול יותר מזה דחיובא רמיא על המלוה להחזיר לו מ"מ מיפטר הלוה אם לא כתב לו תשלומת' דאית לך עלי כל קבל דיכי והמלוה חייב בזה וכן משמע שם דעת רש"י. ועיין רדב"ז (ח"ב סי' תתי"ט) מה שכ' שם בביאור דברי תוס' ב"מ שם וכ' אלא דקשה עלי לקבל שלא ישלם הלוה פחת המשכון דאף ע"ג דאמרינן בעל חוב קונה משכון היינו להתחייב באונסי' אבל לא חשבינן ליה כדידיה ממש לענין שאם יחזירנו ללוה שיהיה כאלו השאילו כלי שלו ממש דהא אין רשות למלוה להשאילו לאחרים משמע דלאו דידיה ממש הוא עיין שם ובאמת לדעת תוס' אף באונסין פטור ואין אונס גדול יותר מזה מ"מ דעת התוס' דזה הוא בכלל המצוה שיחזיר לו להלוה וישתמש בו וההפסד מה שמתקלקל מתשמישו הוא על המלוה ועיין במקנה קידושין (דף ח') דזה הוא הצדקה ומזה מוכח דבעל חוב קונה משכון והוי הלוה כשואל ומה דמתקלקל בתשמישו הוי כמתה מחמת מלאכה. אולם הראב"ד והרשב"א והר"ן והריטב"א שם פירשו דאם לא כתב לו היה הדין אף דקונה משכון מדרי"צ ואף לחייבו באונסין לדעת הראב"ד מ"מ הפחת הלוה חייב לשלם ולהשלים להמלוה כדי חובו [וברדב"ז שם כ' לשון הראב"ד דלא מחייב מלוה באונסין דמשכון וזה לא נמצא בלשון ראב"ד ודעת הראב"ד הוא דקונה קנין גמור אף לחיוב אונסין

רק דמ"מ אם לא כתב לו דהוי כפרעון ממש מן הדין אף דחייב בכל אונסין שבעולם מ"מ מה שנפחת ביד הלוה על ידי תשמישו חייב הלוה לשלם וכן אם נאנס ביד הלוה או נגנב משהחזירו חייב הלוה ועיין שם בש"מ בלשון הראב"ד והר"ן ובלשון רשב"א שכ' להסכים לפירושו של וכ' אלא שמשמע מפירושו שמשכון שלאחר הלואה באחריות המלוה לאונסין ולכוחשה וזולה כפרעון גמור ולא כן דעת הגאונים ומדברי רשב"א ור"ן וכל הנז' מבואר דהגאונים החולקים על דברי רש"י ז"ל וסוברים דאינו חייב מדרי"צ באונסין הוא אף במשכון בדברים שחייב להחזיר משום צדקה כגון בכר ומחרישה ודלא כמו שכ' הנתיבות דתלה המחלוקת בדברים הצריך להחזיר לכ"ע חייב באונסין ולפנינו מבואר דאף בזה אינו חייב באונסין] עכ"פ מבואר לדעתם מן הדין חייב הלוה להשלים רק מה שנפחת מתשמישו וכן אם נגנב או נאנס בידו חייב הלוה. וקצת יש להבין לדעת הר"ן בשואל ספר דאינו חייב באונסין הואיל דאין כל הנאה שלו דהמשאיל מצוה קעביד כמובא בש"ך אם כן מהראוי דהלוה יהיה פטור מן אונסין אם נאנס בידו כשהחזירו ולמה כ' הר"ן דאם נגנב או נאנס משהחזירו חייב הא אין כל הנאה של השואל ועיין במקנה קידושין שם אולם כוונ' הר"ן הוא דוקא על גניבה דבנאנס ביד הלוה ודאי חייב דהא אף אם נאנס ביד המלוה דעת הר"ן דמדרי"צ דקונה משכון אינו חייב באונסין וק"ו אם נאנס ביד הלוה. ומ"מ י"ל אף דחייב גם בגניבה ואבידה הלוה י"ל דוקא היכא דחייב להחזיר לו מטעם השבת עבוט י"ל דסברו דלא חייבו התורה כשו"ש רק כ"ז שהוא בידו וברשות אבל כשמוכרח להחזיר להלוה מצד מצוה דרמיא עליו אז כיון דאינו ברשותו אינו חייב בגניבה ואבידה אבל היכא דאינו מחזיר לו בתורת השבת עבוט רק דהפקיד אצלו מודים הנך פוסקים לדעת הר"י דהוי כהפקידו ביד אחר דנשאר על המלוה החיוב שמירה מגניבה ואבידה:

וראיתי בב"ח (סי' צ"ז) שכתב לדקדק למה לא הביאוהו הך מלתא דר"י בן קרחה דהמלוה לא ימשכנו יותר מחובו וכ' דלפי דעכשיו לא הורגלו לכתוב תשלומתא דאית לי כו' אם כן פטור הלוה מלשלם הגרעון וגם יכול למשכנו יותר מחובו עכ"ד. וזה תימא דזה הוא ע"ד רש"י ותוס' שם דאהני כתיבה לגרעון לחיוב הלוה ואם כן ודאי דהיה להפוסקים להשמיענו דהוי כפרעון חוב וכשלא כתב לו הפחת הוא על המלוה. ומזה נראה דהפוסקי' פירשו כדברי הראב"ד וסייעתו דהפחת הוא על הלוה.

והנה למה דהעלה הש"ך דחייב המלוה בגניבה ואבידה וכן בשו"ש שהפקיד לבעלים דהוי שו"ח י"ל דלכולי עלמא חייב השומר אם נאבד ומבואר דאם נאבד בפשיעה חייבין הבעלים יש להבין הא כיון דמ"מ השומר חייב לשמור מגניבה ואבידה ומשתעבד

ע"ז להבעלים וכן המלוה משועבד לשמור המשכון מגניבה ואבידה' א"כ הוי שמירה בבעלים. וראיתי בנתיבות המשפט (סי' ש"ה) דעמד ע"ז וכתב כיון דמ"מ אין השו"ש עמו במלאכתו שהרי אינו שומרו רק שחיוב הגוף מוטל עליו לענין גניבה ל"ה שמירה בבעלים. ויש לגמגם בזה הא שו"ש מוטל עליו ומשועבד לשמור ביותר מגניבה ואבידה וצריך להיות עומד ושומר כל היום כמו שכ' בירושלמי המובא בטור (סי' ש"ג) וכיון דיש עליו חיוב אעפ"י שאין עושה חיובו מ"מ מקרי שמירה בבעלים ועיין במח"א דיני שומרים (סי' ל"ח) בשו"ח שקבל פקדון מחבירו ואח"כ הפקיד השומר חפץ לבעלי' לא הוי שמירה בבעלים דנפקד לא מקרי עומד במלאכתו של המפקיד דשו"ח אינו חייב אלא לשומרו במקום הראוי וכיון דנתנו במקום הראוי לשמירה שוב לא נשאר עליו חיוב שמירה ובשמור לי ואשמור לך דהוי שמירה בבעלים שם בשעה שהפקידו אצלו שאלו לשמור לו אבל כשכבר היה נפקד קודם לכן לא מיקרי עומד במלאכתו וזה הכל בשו"ח אבל בשו"ש דיש עליו חיוב לשמור בכל עת שמירה מעולה הוי תמיד שמירה בבעלים אף דאינו עמו במלאכתו מ"מ כיון דנשתעבד לזה הוי שמירה בבעלים ועיין קצוה"ח (סי' ע"ד) שכ' בדעת הראב"ד והמ"מ דסוברים דאין השומר יכול לחזור תוך זמנו אף דפועל יכול לחזור משום דשמירה אין ענין לפועל דהוא חיוב ושעבוד שיתחייב לשלם אם יגונב או יאבד אם כן כיון דבשמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים כמו כן אף אם אינו שומר מגניבה מ"מ כיון דנשתעבד לזה או שנשתעבד אם יאבד או יגונב ישלם הוי שמירה בבעלים. ואפשר דכוונת הנתיבות כיון דקבל עליו לשמור מפשיעה מחל לבעלים השמירה מן פשיעה וקבל ע"ע: ועיין בטו"ז (סי' רצ"א) דפוסק באמת דבכה"ג הוי שמירה בבעלים דדן שם באחד שנתן חפץ לחנות חבירו שימכור לו וקיצץ לו שכרו ואחר כך הלך המקבל מן החנות ונאבד החפץ והמקבל טען שבשעה שהלך מהחנות אמר לו תשמור חנותי ואמר הן והנותן כופר ורצה המקבל לישבע ואז נפטר כיון דמודה שלא שמר וכ' דאף לפי דבריו פטור הנותן דאף אם היה שו"ח הוי שמירה בבעלים דבשעת קבלת השמירה כבר משועבד לו המקבל לחייב בגניבה ואבידה וזה דלא כדעת הפוסקים כאן. ויפה כתב הנתיבות שם עוד טעם אחר דהא השומר אין הבעלים של החפץ ומדמה להא (דסי' שמ"ו סי"ז) ברמ"א דלא מיקרי שמירה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו:

סימן ע

לדעת רש"י וסייעתו דמדרי"צ דבעל חוב קונה משכון הוא חייב אף באונסין צידד הש"ך (סק"ט) לומר בדעתו דהרמב"ן כ' אע"ג דקני ליה אין כל הנאה שלו וגם דא"י להשתמש

בו וצידד הש"ך דרשאי להשתמש בו בשעה שהוא בידו כיון שהוא שלו לפרעון רק דחייב לאהדורי ליה משום צדקה וכשהוא אצלו רשאי להשתמש ואף אם אינו רשאי היינו משום כיון דרחמנא חייבו לעשות צדקה בשעת תשמיש להחזירו לו כשזה ישתמש בו יפחת מהצדקה המוטלת עליו שיתקלקל עיין בדבריו ולדבריו במשכון עשיר דאינו חייב להחזיר או דבר שאין צורך להלוה להחזיר לו היה הדין דרשאי להשתמש בו כיון דבעל חוב קונה משכון בין כך ובין כך דגלי קרא לזה ולא תליא דוקא אם צריך להחזיר כמו שכ' הש"ך הבאתי דבריו לעיל (סי' ס"ח) והדברים דברי תימא הן הא להדיא מבואר בש"ס ב"מ (דף קי"ד ע"ב) ת"ר ואם איש עני הוא לא תשכב בעבוטו הא עשיר שכיב מאי קאמר אר"ש ה"ק ואם איש עני הוא לא תשכב ועבוטו אצלך ופירש"י מ"ק וכי בשביל שהוא עשיר התירו לשכב על טליתו והרי הוא ריבית אצלו שישתמש במשכונו חנם הרי מבואר דאינו רשאי להשתמש בו אף דהמלוה קונה המשכון לכ"ד מ"מ אסור להשתמש במשכונו חנם מטעם ריבית:

אך יש להבין הא כתבו תוס' קידושין (דף ח') דדייק דבעל חוב קונה משכון מדכתיב ושכב בשלמתו וברכך ואי לא הי' קונה ליה אם כן כשמברכו העני הוי ליה ריבית דברים. אלמא דאם קונה המשכון שוב לא הוי ריבית וכיון דהשתא דבעל חוב קונה משכון ורשאי לברכו דהוי כשלו ועושה צדקה עם בעל חוב דמחזיר לו את שלו שקנה אמאי יהיה רבית כשמשתמש בו בעצמו בדבר דא"צ להחזיר לו. ועיין קצוה"ח (ס"ק י') שכ' דבמקום דאין צריך להחזיר אם מקבל שכר מהלוה בעד שמחזיר לו הוי ריבית אבל במשכון שלא בשעת הלואה היכא דקונה משכון שפיר דמי לקבל מתנה עבור חזרת המשכון דהוי דידיה ובנתיבות חולק דמ"מ מדרבנן אסור דאפילו במשכנתא בנכייתא אסור לחזור ולהשכירו להלוה ואינו דומה לדברי תוס' קידושין הנז' דשם קאי ע"ד תורה ואף דבלא קציצה ודאי מותר מן התורה ברבית דברים צריך לומר דסברו כיון שהגיעו ז"פ והתיר לו רחמנא לברכו ומשמע אפילו אמר לו בפירוש כשמחזירו שיברכו מותר כדכ' ושכב בשלמתו וברכך וכיון שהיה יכול לגבות ואינו גובה רק נוטלו למשכון כדי להחזירו שיברכו הוי כמתנה בשעה דמרויח לו זמן ומזה מוכח דקני ליה שלא בשעת הלואה ואינו יכול למכרו לעולם ואינו יכול לתבעו כלל ומש"ה מות' להתנות מדאוריית' כדי לברכו אבל לקבל שכר להשתמש דהוי מדרבנן אסור. ובמשובב נתיבות כ' הקצוה"ח דבמטלטלין אף מדרבנן מותר דאין שמו עליו עיי"ש ובאמת קצת יש להביא ראיה דמותר לקבל שכר כשמחזיר לו במקום שאין צריך ממה דכתבו תוס' ב"מ (דף ק"ד) אהני כתיבה לגרעון דהקשו כיון באם לא כ' לו פטור מן הגרעון אם כן מצוה הוא שלא יקחנו והאיך

הוא מותר ע"י הכתיבה זו וכ' שמדעתו מקנה ליה הלוה לפי שמחזירו לו ימים רבים וכיון שמקנה לו אין עוד בידו בתורת השבת עבוט אלא בתור' שאלה הרי אף דמן הדין פטור הלוה מן הגרעון מ"מ רשאי ליתן לו אם מחזיר לו בתורת שאלה ואם כן כמו כן היכא דאינו חייב להחזיר לו רשאי לקבל שכר בעד החזרה ולא הוי רבית ואם כן כמו כן למה הוי רבית אם משתמש בו המלוה כשאינו צריך להחזיר לו כיון דקנה ליה וכמשתמש בדידיה דמי. ובאמת יש להבין דברי תוס' קידושין אף למה שכ' הנתיבות איך נדייק מזה מדכ' ושכב בשלמתו וברכך דמשמע אפילו אמר בפירוש שיברכו הא זה הוא למצוה על הלוה כמבואר בספרי וברכך מלמד שהוא מצווה לברכך יכול אם ברכך אתה מבורך ואם לאו לא תהיה מבורך ת"ל ולך תהי' צדקה לפני ד' אלקיך מלמד שהצדקה עולה לפני כסא הכבוד כו' הרי דלמצוה על הלוה נאמר אם כן איזה רבית שייך על זה. ומה שכ' הנתיבות דהוי כמתנה בשעה דמרויח לו זמן הוא דוחק גדול ויש לומר ביותר דהוי כקוצץ בשעת הלואה כיון דהדין הוא כשאינו פורע לו ולוקח משכון עפ"י ב"ד דחייב להחזירו ולברך אותו הוי כמתנה על זה ואם כן י"ל דוקא ברבית דברים בזה כיון דקונה המשכון מותר אבל להרויח להשתמש בו הוי כרבית אף אם קונה משכון. ומ"מ קשה הא כיון דהוא ממושכן תחת יד המלוה הוי כלא קיימא לאגרא דהא אינו חייב להוציא מתחת ידו ואם כן לא הוי נשך כלל במה שמשתמש בו וגם אף אם יפחת יהיה הפסידו של המלוה דאף כשנפחת המשכון אצל הלוה כשמחזירו להשתמש בו דעת רש"י דהוי כפרעון ושל מלוה הוא כמבואר ב"מ שם אם כן הלוה לא מפסיד כלל ואף אם נאמר דהוי כקוצץ בשעת הלואה להסוברים יו"ד (סי' קע"ב) לחלק בין בית לשדה ועיין תומי' (ס"ק א') מ"מ היכא דקונה משכון והפחת הוא על המלוה קשה להבין אמאי יהיה רבית דאורייתא. ועיין במח"א דיני רבית (סי' כ"א) משם תשובת מהר"ם דבמלוה על משכון כדי להשתמש דהוי רק אבק רבית וכ' הטעם כיון דהוא ממושכן אצל חבירו הוי כלא קיימ' לאגרא וצריך לדחוק ליישב דברי רש"י אבל עכ"פ מבואר דאסור למלוה להשתמש בהמשכון ודלא כמו שעלה על דעת הש"ך (סי' צ"ז סק"ט) דמשמע דסובר בדעת הרמב"ן והר"ן דדוקא בדבר שצריך להחזירו להלוה אסור להשתמש בו אבל בדבר דאין צריך להחזירו רשאי להשתמש ומדברי רש"י הנ"ל מבואר דבכל גווני אינו רשאי להשתמש אף אם בע"ח קינה משכון:

והנה הש"ך העלה בדעת רש"י דבמשכון שלא בשעת הלואה ברשות ב"ד מצי הלוה לומר קים לי דחייב באונסין והתומי' חולק על זה ובאמת להאוחזים דגל קים לי ודאי קשה להוציא ממון דרבים וגדולים פוסקים כרש"י כראב"ן וס' המכריע והראב"ד ובעה"מ

ורבינו אפרים. אולם יש מהם דכתבו דוקא במשכנא על ידי ב"ד וכן כ' הראב"ן (דף צ"ח) הלוה על המשכון שו"ש סוגיא דשמעתא בין משכנו בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה על ידי ב"ד קונה משכון לגמרי וכן בתשובת מהר"ם רויטנבורג הקצרים כ' (סי' פ"ט) דאין בעל חוב קונה משכון אלא במשכון על ידי שליח ב"ד וגזה"כ הוא כדרי"צ אבל משכנו סתמא או בשעת הלואתו או לאחר הלואתו מדעתו בלא כפיית ב"ד אינו קונה משכון דדוקא לגבי גניבה ואבידה חייב כו' אם נאנסו ביד המלוה ישבע המלוה ונוטל מעותיו וכן מבואר בהגהות מרדכי סוף ב"מ. אולם הראב"ד בש"מ ב"מ (דף פ"ב) כ' דמשכנו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה בין שנתן לו מדעתו בין שלא מדעתו חייב באונסין משום דפרעון הוא וכן כתבו האחרונים להוכיח מדברי הרמב"ן במלחמות דלדעת רש"י דחייב באונסין אין חילוק בין אם משכנו על ידי ב"ד או מדעתו של לוה או בעל כרחו ועיין בעה"מ פ' המקבל ובש"מ שם משם הראב"ד דדעתו כשנותן הלוה מדעתו אינו חייב להחזיר לו כמו במשכנו בשעת הלואה עיין שם. וברשב"א ור"ן וריטב"א קידושין (דף מ"ח) כתבו דאומן כיון דלא אתי לידו בתורת משכון לא קנה וראיה מדתנן כל האומנין שו"ש ואוקמינן בהאי הנא' דתפס ליה אאגרי' ואלו קנה משכון מדר"י הוי שו"ש אלא ודאי דא"ק. אולם המעיין בדברי ר"ן שם יראה דלא תלי העיקר אם בא לידו מיד הלוה בתורת משכון או לא רק כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידו לא קנה עד דליתבעו מיניה ותפס ליה אאגרי' כעובדא דמלוגא דשטרי פ' הכותב עיין שם ובפ' הכותב פירש"י שכל זמן שהי' חי היה פקדון בידך והרי הן כמונחין ברשותו וכי אמרינן תפס מחיים היינו כיון שראו אותו קרוב למות ותפסה מטלטלין לשם חובה ולא הוי פקדון בידה ובריטב"א שם הוסיף ומיהו כי תבעוה מחיים ולא בעי למיתן להו ומעכבה בחובה הא חשיב תפיסה מרשותו וכ' שם בפנ"י להקשות דמה לי מדעת הלוה או שלא מדעת פשיטא דיכול אדם לתפוס למשכון אף שלמ"ד הלוה כדמוכח מהני עיזי דאכלי חושלא. וכבר כתבתי בביאור דברי הריטב"א בהגהותי בדברי חיים דיני גניבה (סי' י') די"ל דתפיס' בקנין מהני אף שלמ"ד הלוה ואם היה להך איתתא עדים שתפס' המלוגמא דשטרי שהיו מופקדים אצלה בקנין היה מהני תפיסה אף שלמ"ד הלוה רק ר"ל דקאמר לה אית לך סהדי דקא תבעו לה מינך ולא יהבית להו משמע דבתביעה בלבד ולא רצתה ליתן הוי נמי תפיסה בקנין מחיים ואם לא תבעו מינה רק אמרה בפני עדים שמעכבת בחובה למשכון לא הוי מהני התפיסה בלא קנין דחצרה אינו זוכה לה דחצר של הנפקד הוא והוי כתפיסה בלא קנין דלא מהני ואף אם נאמר דלא כדעת רשב"ם המובא בטו"ז (סי' קפ"ט) דחצר דנפקד הוא של המפקיד מ"מ כמו בגנב וגזלן ושולח

יד דלא מהני באמירה בלבד וצריך לעשות מעשה להקנין כמו כן לא חשיב תפיסה מחיים רק היכא דקא תבע לה מינה מחיים ולא בעי למיתן להו ואמרה שמעכבת בחובה הוי תפיסה מרשות כיון דאמרה לבעה"ד שתופסת בחובה למשכון דומה לכפירה והוי כתופס מרשות הלוה וחשיב קנין ע"ש ומ"ש לעיל(סי' נ"ז) בזה וזה נמי סברת הר"ן ובאמת באומן אם כי קא תבע מיניה ולא רצה ליתן לו י"ל דסובר דמהני תפיסה בתורת משכון וכן נמי אם עושה מעשה קנין להחזיק בתורת משכון קנה ליה מדר"י אף שלא בא לידו בתורת משכון רק סתם אומן כ"ז דאינו עושה מעשה קנין לשם משכון אינו קונה. ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ג) שהאריך להוכיח מדברי רש"י ותוס' מס' שבועות (דף מ"ד) מדסברו אף בבא לידו לזכרון דברי' גם כן שייך בעל חוב קונה משכון דחולקים על סברת הרשב"א והר"ן הנז' ולמה שכ' יש לומר דגם תוס' ורש"י מודים באם לא גלי דעתו דלא יחזיר לו עד שישלם לו חובו לא שייך לו בו קנין מדר"י כיון דעומד ברשותו מקודם רק בנקט לזכרון דברים עכ"פ כיון דמיד לקח המשכון על דעת שלא יחזיר לו עד דמשלם לו שוב קנה מדרי"צ. ולקמן יתבאר עוד בדברי רשב"א דסובר דנאמן כשבא לידו בתורת משכון על סך ההלואה אף בלא מגו ומחלק מהא דאומן אינו נאמן על הקציצה דלא קשה עפ"י מה שכ' בדברי הר"ן מה דהקשו התומים וקצוה"ח על הרמ"א בתשובה דפוסק כן מדבריו ברמ"א אה"ע (סי' כ"ח):

והש"ך העלה דגם אלה הסוברים דלא קנה משכון רק שלא בשעת הלואה מ"מ אם היה ביד המלוה משכון ובא' שנ' השמיטה יכול לתפוס עתה מחדש למשכון שיהיה נקנה לו בהלואתו כאלו מכרו לו בחובו כיון דאין לו לגבות חובו אלא ממשכון זה דלא מסתבר לומר כיון שמשכון זה בא מתחילה לידו בשעת הלואה לא יקנה לו מעכשיו דלמה יגרע כשהיה בידו עד עתה. ולכאורה יש להבין הא ודאי גרע דהא באם לא בא לידו בתורת משכון רק בפקדון לא מהני תפיסתו למשכון לגבות חובו מיתומים כמבואר מש"ס כתובות סוגיא דמלוגא דשטרא. ולכאורה י"ל דוקא בבא לידו בתורת פקדון אז לא מהני אמירה אף בפני עדים שרוצה לזכו' בו בתורת משכון דכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא וביד הבעלים להקדישו מה שאין כן משכון אף במקום דלא קנה משכון מ"מ אין ברשות הבעלים להקדישו כמבואר ביו"ד (סי' רנ"ח) והוא ממרדכי ב"ב ועי' בש"מ כתו' (דנ"ט) משם ר' יונה דאף משכון קרקע א"י להקדיש ועיין בש"ך יו"ד (סירכ"א סקמ"ד) דמה שכנגד מעותיו אינו יכול להקדיש ואם כן בזה קונה לו חצרו ויכול לתפוס שפיר לגבות ממנו כאלו הגבהו ב"ד ולזכות בו אף בלא מעשה קנין וחצרו זוכה לו אף בלא מעשה כלל כיון דכבר יצא מרשותו. ולמה שכ' מדברי הר"ן קידושין דנראה דתפיסה

בקנין ודאי מהני אף בפקדון רק בעשה לו שירים ונזמים הואיל דלא עשה מעשה קנין לכך אינה מקודשת י"ל דגם כוונת הש"ך אם עושה קנין המועיל לגבות בו ולזכות בתורת משכון מהני. ברם מצד הסברא נראה דבבא לידו בשעת הלואה למשכון דכבר יצא מרשות בעלים עכ"פ אף דאינו קונה מ"מ מהני לגלות דעתו אחר כך שרוצה לזכות בו וכמו דמהני כשתופס משכון דזוכה בו כ"כ מהני ולא מיגרע גרע בזה ממה שבא לידו בהיתר כשאח"כ כשנתברר שאין לו לגבות ממ"א שיקנה לגוביינא ממש ושיהיה כשלו: **וראיתי** בס' מח"א דיני גב"ח (סי' י"א) שהקשה ע"ד הר"ן דבפרק שהד"י הביא דברי הר"י הלוי ז"ל בענין אם במודה במקצת רוצה ליתן משכון על מקצת הודאתו אי מקרי הילך דכ' כי אמרינן בע"ח קונה משכון ה"מ בשעת הלואה שמעותיו קונות לו או שלא בשעת הלואה משום דבגוביינא דב"ד אתי לידיה וגזה"כ הוא דקני ליה כדר"י דהרי הוא כאלו הגבוהו ב"ד אבל בנתן ליה למלוה שלא בשעת הלואה כיון שמלוה אינו קונה במה קנאו א"ת במשיכה זו היא שלמד הר"י הלוי ז"ל מההיא דקידושין דמנה אין כאן משכון אין כאן שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא הרי דסובר דאינו קונה משכון אלא או בשעת הלואתו בכסף או שלא בשעת הלואתו כשהגבוהו לו ב"ד ולא באופן אחר ודברים אלו הם היפך מה שכ' הוא עצמו בפ"ק דקידושין דהיכא דאמר קני משכון בשעבוד מנה קניא ליה משכון להההוא שעבודא והוי ככסף לקנות בו. ולא אדע מה קשיא ליה הא מבואר מדברי הר"ן קידושין (פ"ב) הנז' דאף בתפס משכון שלא בשעת הלואה קונה הרי דסובר דמשיכה קונה ולא עוד אלא אף היכא דהב"ד לא מגבי ליה מ"מ מהני תפיסה דהא הביא שם דברי הר"ן מס' שבת פ' השואל בהא דהלואת יו"ט לא ניתן לתבוע דאי תפס מלוה לא מפקינן מידו ואם תפס אידך מידו דמלוה בהחזרה מפקינן מיני' דגזילה הוי בידו וה"מ בתפס זוזי אבל אם תפס משכון והדר לוה ותפס ההוא משכון גופיה לא מפקינן מיניה דהא ל"ק מלוה לגמרי וכי הדר לוה ותפס לדידיה קא תפס הלכך לא מפקינן מיניה דאם כן הלואת יו"ט הוא דמגבינן הרי דהר"ן כ' רק משום דלא קנייה מלוה לגמרי אבל קנין יש לו בו הלכך לא מפקינן מיני' דמלוה דהא קונה להמשכון בתפיסתו במשיכה רק כיון דלגוביינא לא מהני דמאן שם לך וצריך שומא וביד הלוה לפדותו לכך מהני תפיסתו בהחזרה אבל קנין יש לו בו דמשיכה מהני לקנות לשעבודא. ושם בפרק שהד"י בסוף דבריו לא הסכים לסברתו של הר"י הלוי דסובר דמשיכ' ל"מ לשעבודא דכ' וז"ל ואפילו תאמר נקנה הוא במשיכה לשעבודא כשם שנקנה בכסף לשעבודו במשכנו בשעת הלואה מ"מ אינו ככסף לקנות בו אמה העבריה וה"נ משכון לאו הילך הוא. והיינו כמו דבנותן משכון לדעת הרמב"ן המובא בר"ן (פ"א) דקידושין דל"מ הואיל דאגד גביה

ולדעתו אף באומר קני משכון לשעבוד מנה לא מהני ולדעת הראב"ד מהני כמבואר שם מ"מ כיון דאינו יכול לעשו' קנין ואגד גביה לא הוי הילך אבל כשכבר חייב מנה סובר אליבא דאמת דמהני משיכה ושעבודו אף שלא בשעת הלואה ודלא כדעת הר"י הלוי:

ובספר קצוה"ח הקשה ע"ד הר"י הלוי דהא מבואר בש"ס ב"מ (פ"ב) אין לי אלא שמשכנו ברשות שלא ברשות מניין ת"ל השב תשיב וכן מבואר ריש מס' תמורה הרי מבואר דקונה משכון אפילו שלא ברשות ב"ד וע"כ דמהני משיכה למשכון אף שלא ברשו' ואאמ"ו ז"ל האריך ליישב קו' הקצוה"ח בד"ח דיני חמץ וכאן כיון דאם בא לידי גובייננא קונה למפרע לכך חייב והדברים דחוקים דכיון דמבואר מש"ס דאף במשכון שלא ברשות קאי בעשה דתשיב וקאי ע"ז הקרא דולך תהי' צדקה ע"כ דעושה צדקה בשלו דעכשיו יש לו קנין בהמשכון ולגבות א"י מזה רק כשמחזיר לו כמבואר (סי' צ"ז) רק כשמת יכול לגבות ואם לא הוי בו קנין במשיכתו רק אם יגבה לענין למפרע גובה מה צדקה שייך בזה ובפשטות משמע דעל כל אופנים שמשכנו נאמר ולך תהיה צדקה וכשדרשינן מן השב שקאי אף על משכנו שלא ברשות ב"ד הרי דמהני משיכה לשעבדו:

ברם נראה דהא גם אם משכנו מדעתו אם אומר בפירוש שיקנה בהנאת מחילת מלוה ודאי קונה בכסף דהנאת מחילת מלוה כמו במשכנו בשעת הלואה דכ' הר"י הלוי דקונה בכסף הלואה ואם מסלק שעבודו מכל נכסיו רק שישאר לו השעבוד על משכון הזה ובאם יאנס המשכון ישלם לו ודאי דקונה בהנאת מחילת מלוה ולענין הילך כ' הריטב"א ריש ב"מ אפילו אני רוצה ליתן לו המשכון בפרעון גמור לאו הילך הוא דלאו כל כמניה למפרעי' ע"כ אלא בזוזי וכ' ואפילו אם ת"ל דאי ליתי ליה זוזי יכול למפרעי' ע"כ בדבר אחר מ"מ כיון דמחסר שומא לאו הילך הוא עכ"ל. [ועיין ב"ש אה"ע ואחרונים שם אם בשוה כסף פרעון בע"כ הוי פרעון] ואם כן בודאי בעל כרחו כ"ז דאינו נותן בפרעון גמור ומחוסר שומא לאו הילך הוא רק אף אם נותן לו מדעתו אם מתרצה המלוה בזה י"ל דהוי הילך ונפקע החוב דהוי המשכון כפרעון והיינו אם אומר דקונה בהנאת מחילת מלוה ובלא זה דעת הר"י הלוי דאינו קונה במשיכה לשעבודו אבל אם תופס מעצמו משכון כמו שהוא גזה"כ דקונה בגובייננא דב"ד כמו כן אם משכנו שלא ברשות גלי קרא כיון דנפקע בו שעבודיו שיש לו על המלוה ויש כאן הנאת מחילת מלוה דלא נשא' רק השעבוד על משכון זה ומדכתי' תשיב גלי לן הקרא דאף בכה"ג קונה המשכון ויש בזה צדקה כשמחזיר לו הכר בלילה והמחרישה ביום. ובפרט להמבואר מדברי רמב"ם ומ"מ וכן העלה הש"ך דבתופס משכון שלא ברשות דינו כגזלן וחייב אף באונסין אם כן הוי קנין לגוף המשכון דנותן לו זה בפרעון חובו ואם אומר בהנאת מחילת מלוה שמקנה

לו רק שהברירה יהיה עוד ביד הלוה לפדותו הוי קנין המועיל אף לענין דהוי הילך רק כ"ז שאינו אומר לו בהנאת מחילת מלוה לא מהני המשיכה לשעבודו כיון דיש ביד הלוה הברירה לפדותו וגם אם יאנס המשכון נשאר החוב ולכך לא הוי הילך אבל בתופס משכון כיון דנסתלק כל שעבודו מן הלוה ולא נשאר רק על המשכון הזה ובאם יאנס גם כן נפטר הלוה כנגד חובו לכ"ע כמו שכ' הקצוה"ח וכיון דנמחל כל ההלואה ולא נשאר שעבודו רק על משכון שתופס גלי לן קרא דקונה אף כשתופס או מטעם כיון דלוקח לפרעון ונפקע כל שעבודו משאר נכסיו וכיון דיש כאן הנאת מחילת מלוה אף שלוקח בע"כ דלוה מ"מ קונה כמו אם לוקח מדעתו ואומר בהנאת מחילת מלוה או מטעם כיון דהוי כגזלן ואף אם נאנס פטור הלוה מלשלם לא הוי כמשיכה לשעבודו מה שאין כן לענין הילך כ"ז שאינו אומר בהנאת מחילת מלוה לאו הקנאה הוא. ועיין ריטב"א ב"מ (דף פ"ב) דכ' לתרץ בהך דעשה לי שירים ונזמים דלמה לא מהני כיון דתפס ליה אאגרא וז"ל משום דלאו למגבי ביה אגריה יהביה ניהלי' אלא לתקוני הלכך הוי ליה כממשכן את חבירו שלא ברשות ולית ליה שום זכות בההוא משכון מש"ה לא מיקדשה דמנה אין כאן משכון אין כאן עיין שם משמע לכאורה דלא אתי עלה מטעם שכ' הר"ן הואיל דלא בא לידו בתורת משכון ואינו תופס מרשות הבעלים רק בכל תופס שלא ברשות לית ליה ביה שום זכות ולכאור' אם כן איך יפרנס הא דדרשינן מתשיב דאף בתופס שלא ברשות קונה מדר"י. וצריך לומר גם כן דכוונתו הוא אם תופס למשכון ולא לפרעון שיפרע ממנו ממשכון זה ולא נסתלק שעבודו מיתר נכסיו בזה אינו קונה לשום דבר מה שאין כן כשתופס למשכון שיהיה לו בו קנין ונסתלק שעבודו משאר נכסיו לכ"ע קונ' משכון במה שתפס אף בע"כ דלוה. ועיי"ש עוד בריטב"א דכ' א"נ איכא למימר דאפילו במשכון דאומן מיקדשא כיון דתפס לוה אאגר מיהו ה"מ במשכון דאחרים דדעתה אמשכון שהוא בעין אבל במשכון דידה כי הכא לא גביא מידי בההוא משכון לא מהני דדעתי' אמלוה כיון דאפשר למיהדר לה ובתר הכי תבע ליה אגריה דאורחא דאינשי הכי הוא דעתה אמלוה ולא מיקדשה עיין שם ועיין מה שכ' עפ"י דברי הריטב"א אלה בהגהותי בדברי חיים דיני קידושין (סי' י') ליישב דברי הרא"ש קידושין (דף ח') עכ"פ כנראה דהריטב"א גם כן סובר דמהני תפיסה במשכון. ועיין באבני מילואים אה"ע (סי' צ"ו ס"ק ד') מה שכ' ליישב דברי הריטב"א כתובות (דף פ"ה) הנז' מקושית פנ"י והעלה דסובר דמשיכה מהני לשעבודא רק מדעת הלוה אבל שלא מדעת הלוה אינו קונה משכון כיון שלא הוי על פי ב"ד ולא אדע לכלכל דבריו הא בריטב"א לא כתוב שם דברים האלה דהתפיסה מחיים צריך להיות מדעת הלוה וכי תבעה מניה ולא אהדר ליה הוי כמדעתו וגם אין

הבנה לדברים האלה דלמה צריך מדעתו ואם צריך מדעתו מה מועיל אם תבעה מניה ולא אהדר ובריטב"א שם כ' להוסיף על דברי רש"י רק כי תבענא מחיים ולא בעי למיתן להו ומעכב בחובא הא חשיבה תפיסה ברשותו ועל כרחך כמו שכ' לעיל דהמניעה מלהחזיר הוי כתופס מרשו' המפקיד לרשות הנפקד. אבל לעולם אף תפיסה בע"כ מהני שיקנה:

עוד יש לומר דעד כאן לא כ' הר"י הלוי דלא מצינו משכון לקנות רק או בשעת הלואה בכסף או שלא בשעת הלואה בגוביינא דב"ד היינו כיון דסובר דמדר"י ליכא קנין רק לשעבוד וכמו דקל לפירות שהוא קנין הגוף הדקל לפירות ולא שיהא הגוף קנוי מעיקרו קנין ממש ה"נ במשכון קני ביה זכותא בעלמא משום דקא משתעבד ליה והוי כמאן דקני גופיה להאי זכותא שהוא השעבוד וכמבואר בדבריו מס' שבועות סוגיא דמלוה על המשכון ולא הוי רק כשומר שכר ובאונסין פטור ולכך לא מהני אם נותן לו הלוה מדעתו שלא בשעת הלואה דליכא קנין מה שאין כן כשתופס במקום דאינו רשאי לתפוס ותופס באיסור דהוי כגזלן וכמבואר ברמב"ם (פ"ג) מהלכות גזילה ועיין שם במ"מ שכן נמי דעת הר"י מיגאש ז"ל וכיון דהוי כגזלן וכפשטות דברי הרמב"ם (פ"ג) ממלוה וכמסקנת הש"ך ובכה"ג לכ"ע הוי כשלו וחייב באונסין והו"ל בו כמו קנין גזילה כיון דחטף באיסור בזה מהני הקנין מגזה"כ דתשיב אף דלא הוי רק משיכה לשעבודא כיון דאף באונסין מחייב והואיל דרוצה לקנות קמה ברשותו כמו כל גזלן דעלמא וממילא שייך בו קנין לשעבודא גם כן. אך מ"מ צריך לומר במקום דרשאי לתפוס מהני הקנין אף לדעת הר"י הלוי גם כן שיהיה עכ"פ למשכון כדמוכח מעובדא דמלוגא דשטרי כתובות (דף פ"ה) דמבואר אם תפס מחיים מהני ובשטר לא מהני רק להחזיק למשכון ואינו קונה הגוף ומ"מ מהני אם היה לה סהדי דתבעוה מחיים ולא יהב' וצריך לומר דשם כיון דמה"ד היו הב"ד יכולין לתפוס מהני תפיסתו וכמו שכ' הנתיבות ועוד יש ליישב בדרך אחר:

ואם גזבר של הקדש הלוה מעות של צדקה על משכון אם אמרינן גם בזה בעל חוב קונה משכון כמו בהלוה ממון שלו או יש לומר כיון דכל מאי דיליף רי"ץ דבעל חוב קונה משכון הוא משום דכתיב ולך תהיה צדקה אם אינו קונה צדקה מניין ולגבאי הקדש מצינו בש"ס ב"מ (דף קי"ד) דאין מחזירין יצא הקדש דאין צריך צדקה ממילא י"ל דאין קונה המשכון. וראיתי בתשובת הב"ח החדשות (סי' פ') דדעת גאון השואל שם דגבי הקדש לא שייך לומר בעל חוב קונה משכון מטעם הנז' וכעת אין ת"י לעיין בו. אולם בתשובת שער אפרים (סי' קכ"ב) מבואר דגבי גזבר של צדק' שייך גם כן לחייבו בגניבה ואבידה מדרי"צ וצ"ע בזה ואם בגזבר שייך לומר דהוי שו"ש משום פרוטה דר"י ובנתיבות (ס"ק י"ט) כ' דלא מיפטר בשביל הגבאות מלמיתב ריפתא לעניא וכבר כתבתי

בזה בהגהותי בדברי חיים דיני שומרים (סי' י"ט) דמבואר ההיפך בדברי תוס' שבועות (דף מ"ב) ועיין שם מה שכ' בזה וכן בספרי ח"ר אמרי בינה בדיני או"ח (סי' י"ג אות ג') הארכתי בזה:

סימן עא

מדברי המ"מ (פ"י) משכירות הוכיחו האחרונים דס"ל דהא דא' שמואל אבד קתי אבד אלפי זוזי הוא אפי' אם נאבד באונס וע"ש בלח"מ וברמב"ן מס' שבועות הק' ע"ז דא"כ למה לא הק' הש"ס לשמואל ממתני' דב"מ דקתני המלוה על המשכון שו"ש. ויש ליישב דעת הסוברים דלשמואל חייב באונסין דהנה הגה"א ב"מ כתב דטעמא דשמואל לא הוי רק בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה ובתומים ביאר סברתו עפ"י דברי תוס' שבועות דכתבו הא דלא הוי אסמכתא כיון דהלוה יפסיד לגמרי גמר ומחייב נפשיה ול"ד לאם אוביר ולא אעביד דהתם לא מפסיד וביאור הדברים אף דהתם גם כן מפסיד מ"מ אף אם נאמר דהוי אסמכתא הוא דוקא על האלף זוז שהתחייב אבל מה שהפסיד חייב לשלם מה שאין כן במשכון אם נאמר דהוי אסמכתא ואף כנגד המשכון לא יפסיד המלוה אם כן יפסיד הלוה לגמרי גמר ומשעבד נפשיה ולפי זה דוקא בשעת הלואה דאם לא נאמר דגמר ומשעבד נפשיה יפסיד הלוה מכל וכל אבל שלא בשעת הלואה דאף בלא דשמואל הוי שו"ש עכ"פ כנגד המשכון מטעמא דר"י שוב הוי על המותר אסמכתא עכ"ד. ולפי זה יקשה לכאורה מאי הקשה הש"ס במס' שבועות על שמואל ממתניתין שם סלע הלותיך ושקל היה שוה דלמא המשנה אתיא כת"ק דמתניתין דב"מ דהמלוה על המשכון הוי שו"ש ומטעם פרוטה דר"י ושמואל סובר כר"י שם דלא הוי שו"ש מטעם פדר"י ולת"ק דהוי שו"ש שוב הוי אסמכתא להפסיד יותר מדמי שוי' המשכון כיון דהלוה בלא"ה לא יפסיד:

אך י"ל דהא הרמב"ן הקשה על המתניתין דלמה יהיה הלוה מוב"מ הא אינו יודע אם נאבד המשכון ודלמא עדיין המשכון בידו והוי כחמשין לית לך וחמשין לא ידעתי ומתרץ הר"ן כיון דאף אם יש המשכון תחת יד המלוה מ"מ חייב הלוה בדמי היתרון של המשכון אף דהב"ד לא כייפין ליה כדי שלא יעבור המלוה על לא תחמוד מ"מ חייב הוא בדמי היתרון והוי מוב"מ לחייבו שבועה. אם כן הקשה הש"ס שפיר לשמואל דאם נאמר כסברתו דהמלו' נחית דכ"ז שלא יחזור לו הלוה המשכון לא ישלם לו הלוה כלום ואסמכתא לא הוי כיון דאם לא כן יפסיד הלוה לגמרי למה חייב במתניתין להלוה נימא הא קבילת. ואף דהוי אסמכתא כיון דאף בלא"ה לא היה מפסיד הלוה דסובר המלוה על המשכון שו"ש מ"מ יקשה נימא דלמא ישנו להמשכון ביד המלוה והוי כנ' ידענ' דלית

לך ונ' ל"י כקושית הרמב"ן ולא שייך לומר כתירוצו של הר"ן דעכ"פ מחייב דזה אתי שפיר אם ליתא לדשמואל כמו שכ' הר"ן בעצמו אבל אליבא דשמואל לימא הא קבילת ואף דהוי אסמכתא זה אתי שפיר אם ידענו דנאבד שיפסיד הלוה הכל זה הוי אסמכתא אבל אם ישנו תחת יד הלוה בזה מהני מה שקבל המלוה על כל חובו שלא יתחייב הלוה לשלם לו עכ"פ כ"ז שהמשכון ת"י. ומיושב מה שדקדק בתומים למה לא הקשה הש"ס מרישא סלע הלותיך ושקל היה שוה והלה אומר סלע היה שוה דעל מה יש להם דו"ד לשמואל כיון דאף בלא שוה מפסיד הכל. ולמה שכ' מרישא לא הי' יכול להקשות די"ל מתניתין אתיא כת"ק דהמלוה על המשכון הוי שו"ש וחייב בלא"ה נגד המשכון ולכך א"ח מדשמואל דהוי אסמכתא אבל מסיפא שפיר הקשה דעכ"פ איך יהיה הלוה מוב"מ לימא הא קבלית ואף דהוי אסמכתא זה אתי שפיר אם היה נודע לנו בבירור שנאבד אבל לענין שלא יהיה חייב כ"ז שת"י ואינו מחזיר לו זה לא הוי אסמכתא ומתרץ דמתניתין בדפירש או כגירסת הר"ח. לפי זה אתי שפיר דעת הסוברים דמטעמא דשמואל חייב אף באונסין ולא יקשה ממתניתין דב"מ דשם כיון דהת"ק סובר בלא"ה דהוי שו"ש מטעם פרדר"י אם כן לא יפסיד הלוה אף בלעדי קבלתו שוב הוי אסמכתא וכמו שכ' התומים אבל ממתניתין דשבועות שפיר הקשו דעכ"פ לא יהיה מוב"מ:

והנה הרמב"ן תירץ על קושיתו הנז' דכיון דחייבוהו חז"ל שישב' שבועה שאינו ברשותו הוי מוב"מ והר"ן הקשה על זה דאיך יכול להוציא בשבועה הזאת הא התקנה לא הוי רק לטובת המפקיד אף ששילם מ"מ שמא עיניו נתן בו אבל לא להוציא על ידי זה אם בלעדי השבועה לא הי' מוב"מ. ויש לומר בדעת רמב"ן דהא בלא"ה הקשה בפנ"י ב"מ (דף ל"ד) דלמה לא נאמין להמלוה במגו דנאנסו להסוברים דאמרינן מגו להוציא וכ' דיש להלוה גם כן מגו [ומה שכ' שם דמגו של הלוה הוי ככל מגו דמוב"מ דאינו נאמן במגו דכופר הכל קשה דהא אם הלוה לא יהיה נאמן במגו יהיה המלוה נאמן להוציא אם כן מועיל המגו של הלוה לפוטרו ממון אך זה יקשה למה דאמרינן בש"ס עקרוהו להשבועה מהלוה ושדיא על המלוה מטעם שמא ישבע זה יקשה דיהיה הלוה נאמן במגו דכופר הכל ואי דהוי מגו דהעזה ז"א דהוי לאפטורי מממון אולם זה יקשה גם כן בשכנגדו חשוד על השבועה יהיה הלוה נאמן במגו דכופר הכל הואיל דהוי לאפטורי מן ממון וכבר כתבו בזה המחברים ויבואר אי"ה במ"א] וי"ל בישוב קושית הפנ"י דהא רש"י מפרש שמא ישבע זה ויוציא כו' ויפסלנו לעדות והקשו בתוס' וכי עבדינן תקנתא לרמאים אולם רש"י מיישב זה בלשונו שכ' ושמא לא דקדק זה בשומא ומבואר יותר בש"מ ב"מ שם משם הריטב"א דכיון דאין החפץ תחת יד הלוה לא יכול לשום בבירור. וכן באמת גם

המלוה לא יכול לידע בבירור גמור השומא מדהקשה הש"ס א"ה ליטרח לוה וליתי' ליה ועיי"ש בש"מ ובריטב"א ולפי זה לא הוי מגו כיון דאנן לא חשדינן להמלוה שרוצה לגזול רק דטעה בשומא והוי כמגו בדדמי. ולפי זה לענין כמה היה שוה בזה לא מהני המגו דהוי בדדמי דא"י לדעת בבירור השומא אבל לענין להאמינו להמלוה דאין תחת ידו המשכון דנאבד יש להאמינו במגו דהיה טוען נאנסו ושפיר כ' הרמב"ן כיון דנשבע שבועה שאינו ברשותו שוב הוי הלוה כמוב"מ ולא קשה דאיך יוציא ממון על ידי שבועה דאינו ברשותו זה אינו דהא יש להמלוה מגו דנאנסו ואי דנאנסו היה חייב שבועה הא גם עתה נשבע ואי דהוי מגו להוציא הא המלוה טוען ברי והלוה שמא ובכה"ג אמרינן מגו להוציא ומה שיש לגמגם בזה יתיישב אחר העיון:

סימן עב

אם הלוה על בגדי אשתו מבואר מדברי ש"ע (ס"ג) וסמ"ע משם המרדכי אע"ג דאינו יכול למשכן בגדי אשתו מ"מ אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דמסתמא אמרי' דברשותה משכנם ומבואר מדברי ח"מ וב"ש (סי' ע"ג) דאין חילוק בין אם משכנם בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה ואף אם משכנם שלא בשעת הלואה אין מוציאין מיד המלוה ויש להבין במה קנה כיון דהלוה מכבר ואחר כך נימא כיון דלא על בטחון זה הלוה ובגדי אשתו לא נשתעבדו כלל נימא מנה אין כאן משכון אין כאן אף דברשותה הניח ביד המלוה במה זכה כ"ז דלא אמרה קני משכון לשעבוד מנה. וראיתי בס' שער משפט דהעיר בזה ומכח זה פוסק דמוציאין מידו. ולענ"ד הדין עם הח"מ וב"ש דהא עכ"פ השאילה האשה לבעלה הבגדים כדי להשכין ולרצות את המלוה שלא ינגוש עליו וקנה הבעל הבגדים בתורת שאלה עד זמן שישלם לבעל חוב וכיון דברצונה עשה זאת כבר הוא בקנין שאלה אצל הבעל ובמשיכתו דבעל זכה לתשמיש זה להשכון ביד המלוה שלו כדי שלא ינגוש עליו וכיון דמסר ביד המלוה זכה עכ"פ בהם שיעכבם על החוב שלו. ואף אם נאמר דלא זכ' בהם מדר' יצחק להיות לו להמלוה קנין משכון בהבגדים כיון דהיא אינה חייבת לו ולא על בעחון בגדים אלו הלוה לבעלה מ"מ קני ליה מה"ת לענין שאין צריך להחזיר הבגדים עד שיקבל מעותיו ועיין נתיבות המשפט (סי' ס"ו וסי' רמ"א) דזכות זה הוא מדאורייתא ויכול למכור אף במקום דלא קני ליה מדר"י. וה"נ כיון דהשאילה לו הבגדים ע"ד זה ועשה בזה תשמישו להשכינם זכה בהם המלוה עכ"פ שלא יצטרך להחזירם עד שיקבל מעותיו וז"פ. ועיין ב"ש (סי' צ' ס"ק ס"ט) דאפילו אין הבעל כאן ואינו טוען שעשה ברשות אמרינן מסתמא ברשות עשה. ויש להתבונן אם הבעל טוען שעשה שלא ברשות אם מוציאין מיד המלוה או די"ל דאינו נאמן לחוב

לאחרים כמו באומר שטר אמנה זה דאינו נאמן לחוב לאחרים או די"ל דהתם אלים חזקה דמה שביד אדם שלו ואין צריך שום טענה מה שאין כן בזה דידוע דהם אינם של בעל רק מטעם דאחזוקי בגזלן לא מחזקינן ואמרינן דעשה ברשות אשתו אפשר דנאמן ולא חיישינן לקנוניא ומ"מ מוכח מכמה דוכתי דגם בכה"ג חיישינן לקנוניא שלא להוציא מיד המוחזק:

ובב"י אה"ע (סי' ע"ג) כ' מתשובת רשב"א דאף אם הושכן שלא לרצונה חייבת עכ"פ להחזיר הדמים מטעם תקנת השוק. (ובסי' צ') הביא משם מ"כ דמוציאין ובס' בית מאיר מדחיק עצמו בשיטת המ"כ דלמה לא שייך תקנת השוק. אולם הטעם הוא בפשיטות וראיתי שתליא במחלוקת הראשונים אם אחד הפקיד אצל חבירו חפצים והשכינם הנפקד אצל אחר אם יש בזה תקנת השוק דבש"מ ב"מ (דף ע') בהא דנכסי דיתמי היכא עבדינן דהקשו הראשונים הא אף אם אתי מרי' ויהיב סימנין מ"מ יתחייב להחזיר הדמים מטעם תקנת השוק וכ' רשב"א דיש מתרצין דלא עשו תקנ' השוק רק בגנב וגזלן וליתא כיון ששלח בו יד הוי גזלן. אולם משם ריטב"א כ' דאפילו תימא בשולח יד בפקדון כי האי דלא עביד בו חסרון גזלן הוא לא עשו תקה"ש אלא בגנב וגזלן גמור אבל לא בכיוצא בזה וכ"ש הא דל"ח גזלן אלא כשומר שמסר לשומר שהרי דעתו לפדותו שאינו אלא לבטחונו על העסק שהוא מקבל הרי דס"ל דבממשכן של חבירו דלא עשו בזה תקנת השוק. ומ"מ הרשב"א חולק בזה וכדמשמע שם מכל הראשונים דאף בכה"ג שייך תקנת השוק ואין מוציאין מן המוחזק אף דיש לדון לא יהיה אלא ספק בתקנה אזלינן בתר דין תורה וכיון דיש לנו ספק אם בכה"ג עשו תקנת השוק ניזל בתר דין תורה וגם י"ל כיון דלהחזיר בין כך ובין כך מחויב ואין הספק רק על חיוב התשלומין מצד תקנות השוק הוי האשה מוחזקת ודומה להא דאילן סמוך לעיר דבספק אמרינן כיון דלמיקץ קיימ' הוי בעל האילן המוציא ואינו יכול להוציא מספק וה"נ דכוותיה:

אך י"ל דתליא במחלוקת הטו"ז והח"צ (סי' ק"ג) בשומא הדרה אם המלוה הוא המוחזק או הלוה דדעת הטו"ז כיון דליכא ספיקא רק על הממון דומה לאילן והח"צ שם כ' דוקא באילן דחייב לקוץ קודם נתינת המעות הוו בעלי העיר מוחזקין מה שאין כן בשומא הדרה הקרקע א"ח ללוה עד דנותן דמים מקודם לכן הוי המלוה המוחזק וה"נ יש לומר דבמקום שיש תקנת השוק אין חייב להחזיר החפץ עד דמקבל דמים שנתן הוי המלוה היינו מי שהמשכון בידו מוחזק וכ"ז שאינו מקבל מעותיו אינו יכול להוציא ממנו אולם י"ל דא"ד לשומא דהדרה דאינו מן הדין רק מצד הישר והטוב לכן כ"ז שאינו מקבל מעותיו ליכא הישר והטוב אבל כאן הוא רק מתקנה ומן הדין אינו חייב כלל להחזיר

דמי הלואה רק מצד תקנ' השוק וכל שיש לנו ספק המוציא מחבירו עליו הראיה והוי בעל החפץ המוחזק. ומ"מ כנראה הסכמות רוב ראשונים דגם בכה"ג עשו תקנת השוק ודלא כשיטת הריטב"א והמ"כ שבב"י הנז' ועיין קצוה"ח (סי' שנ"ו ס"ק ו') ובספר בית מאיר מדחיק עצמו בדעת המ"כ דמדמיהו לגזלן וגנב מפורסם וזה ודאי דוחק גדול ובל"ס סברתו הוא כדעת הריטב"א הנ"ל. ומה שכ' הב"מ שם בדברי הסמ"ע שכ' דאלו היה בידה היתה נאמנת בשבועה ואי משום ת"ה יכולה ליטען קים לי כהמ"כ אינו צריך לזה דאי משום תקנת השוק כשבא לידה לא שייך תקנת השוק כמבואר בש"ך (סי' שנ"ו) משם מהר"ם אלשיך ז"ל:

שוב ראיתי במהרי"ט חח"מ (סי' י"ב) שכתב לדון כיון דיש פוסקים דאף בגנב מפורסם עשו תקה"ש י"ל דלא מפקינן מיד הלוקח בלא דמים וכ' די"ל כיון דלמיהדר קיימי הו"ל בחזקת בעלים ודומה לאילן הסמוך לעיר בספק וכ' והדבר צריך הכרע וכבר כתבתי דלמה שכ' הח"צ בשומא הדרה דא"ח להחזיר עד שיתן הדמים כן נמי י"ל בזה דאם הדין הוא דחייב בדמים אינו חייב להחזיר עד שיתן הדמים אולם י"ל דהוי ספק בתקנה וכמ"ש. וכבר הקשה שם התומים והקצוה"ח על המחבר דפוסק דהמלוה שירד ברשות בהקרקע הוי המוחזק ובסי' (קע"ה) לענין ספק אם יש מצרנות פוסק דהלוקח הוא מוחזק וכן מבואר בת"ה (סי' ש"מ) דבס' לגבי מצרן ולוקח הוי כספק בתקנה שבא לזכות בכח התקנה ועליו לברר ועיין שם בקצוה"ח וכבר קדמהו המהרי"ט (סי' ע"ח) לחלק בין ספק על פי טענותיהם לספיקא דדינא. ובאמת י"ל קצת דתלי' אם בעינן בשומא הדרה קנין חדש דלדעת ריטב"א בש"מ ב"מ וכן הבין בדבריו הש"ך (סי' ק"ג) דבעינן קנין חדש הוי שפיר הלוקח מוחזק ולדעת הנ"י וכן הסכימו האחרונים שם דל"ב קנין מחדש רק ממילא כשמקבל מעותיו הדרה ארעא להלוה בכח חז"ל דשומא הדרה וכיון דבין כך ובין כך הדרה הוי הלוה כמוחזק מכח מר"ק אף דאיתרע על ידי הגבייה. ואם כן לענין תקנת השוק דמן הדין לא קנה הלוקח מן הגנב רק הקונה מחייבו להבעלים להחזיר הדמים מתקנת השוק בזה לכ"ע הוי הבעלים הראשונים מוחזקין והבא מכח ספק בתקנה להוציא עליו להביא ראיה וכמו שכ' מהרי"ט הנז'. ועיין בדברי משפט (סי' ק"ג) ועיין מה שכ' לעיל בדינים האלו (סי' מ"ו):

ויש לעיין אם הנכרי הוא גם כן בתקנה הזו דתקנת השוק אם גזל מנכרי ומכר לישראל אם ג"כ מחויב להחזיר הדמים מטעם תקנת השוק ולכאורה נראה דלא עדיף מישראל וכיון דבדינינו דנינן לתקנות ישראל נראה דחייב גם כן לשלם בהחזרת דמים שנתן וכן מוכח מקושית הראשונים הנ"ל דאף אם אתי מרי' ויהיב סימנים יהיה חייב להחזיר

הדמים מתקנת השוק ואם נכרי לא יהי' חייב להחזיר ל"ק כלל אלא ודאי דבדינינו דנינן וחייב להחזיר. אולם קשה כיון דבדיניהם מוציא בלא החזרת דמים אם כן ניחוש דלמא גזל מנכרי ומאי קשיא להו להראשונים ויש ליישב. גם יש לעיין אם גנב והשכין והלוה ברבית על המשכון באיסור מישראל די"ל דהנגזל מוציא מידו אף בלא החזרת דמים שנתן כיון דעשה איסור ועבר על לאו דלא תשימון י"ל דלא עשו בכה"ג תקה"ש כמו דמצינו דבאיסור לא עשו חכז"ל תקנה וכמו שכ' תוס' כתובות (דף ל"א) דד"א לא קנו בגניבה וכן הר"ן בתשובה ורמ"א (סי' רל"ה) כ' דאף דפעוטות תקנו דמקחן מקח מ"מ היכא דמכרו באיסור כמו יתומי' שמכרו בנכסים מועטים לא עבדי חז"ל תקנה ויש לחלק משם. ועיין מה שכתבתי לעיל (סי' ס"ג אות ל"ה):

ועיין מרדכי ב"מ פ' א"נ שם דכ' לתרץ קושית הראשוני' הנ"ל דמ"מ יפסידו ריוח מהמעות וגם לזמן מרובה שמא יבוא עדים שהלוה קנאו אחר שהפקיד בעדים ויצטרכו ב"ד לשלם אם הוא שוה יותר מן המעות ועיין שם בחידושי אנשי שם דכ' פירוש מזה שהפקיד אצלו ומשכון אותו בדמים מרובים דאז אינו נותן ליתמי כל הדמים שהלוהו ואין הבנה לדבריו ומה שכ' עוד שמא יביא עדים כו' ר"ל וגם לאחר שלוה עליו קנאו ואז המשכון קנוי ליתמי כיון שבא ליד הלוה בקנין לאחר שלוה ואם כן יצטרכו הב"ד לשלם ללוה אם הוא הלוה יותר ממעות שלוה עליו ואם כן לא יהיה ליתומים ריוח וגם דברים אלו אינם מובנים והנראה מדבריו דאחר כך יבוא המפקיד שהחפץ זה שלו הוא ויחזיר הדמים מטעם תקנת השוק והב"ד יהיו מוכרחים להחזיר החפץ רק אחר כך יביא הנפקד עדים שהוא קנה ממנו החפץ ואם כן הזיקו לו הב"ד בהחזרת החפץ ויצטרכו היתומים לשלם להלוה כי הזיקוהו וזה צ"ע מאד כיון דהדין תורה היה כן להחזיר לו כשהביא עדים דהפקיד אצלו ואינו נאמן שוב לומר לקוח אף אם מביא עדים אחר כך דשלו הוא מ"מ הוי אונס גמור ולא הפסידוהו היתומים בידים ורק ריוח יפסידו וזה כבר מתרץ המרדכי לעיל. ויבואר אי"ה במ"א:

סימן עג

כתב הש"ע (סי' ע"ב ס"ח) ראובן שאל משמעון סייף שהיה בידו משכון מעכו"ם ואבדו אינו חייב לשלם רק דמי שויו אף שהעכו"ם מבקש ממון רב ויש לחקור אם יכול לפשר א"ע עם העכו"ם בדבר מועט אם השואל חייב דמי שויו לשלם לראובן. והנה בש"ג ב"ב (סוף פ"א) כ' הגונב מחבירו דבר שהיה שאול ביד הנגנב ונתפשר הנגנב בדבר מועט עם המשאיל דאינו חייב הגנב לשלם לו רק כפי מה שנתפשר ואפשר אם היה אותו דבר מכותי ומחל לו על אותו דבר שגם הגנב פטור ממנו דהא לא מידי אפסידיה הגנב

וכ' לפקפק בזה כיון דגם אם מעליל העכו"ם עליו לשלם ביותר לא הי' חייב וראיה לזה מש"ס ב"ק (דף ע"ח) דגנב יכול לומר לבעלים דמצי למפטר נפשי' בכבש ונראה דהש"ג איירי באופן דלא קנה השומר הכפל כגון שהיה לו עמו דינא ודיינא דאם לא כן הא משנה שלימה שנינו ר"פ המפקיד שילם ולא רצה לישבע דקנה השומר כל השבח ועיין רמ"א (סי' רצ"ה) ובש"ך שם וכיון דשילם לבעלים הוי כאומר לכשתגנב ותרצה כו' הרי קנויה לך מעכשיו והוי כאלו נגנב דבר של השואל> אלא ודאי דאיירי באופן דלא הקנה לו. או די"ל כיון דאינו משלם במילואו וטובו רק דהתפשר עמו לא מקני ליה ואם הוא עם כותי כבר כתבתי בח"ר מספרי בשו"ת (סי' י"ב) לדון דלא מקני ליה כלל ע"ש מה שכ' על תשובת רמ"א ז"ל. והנה מבואר מדברי הש"ג דאף הבעלים של החפץ אינם יכולין לתבוע מן הגנב המותר מה שהפסידו על ידי הגניבה כיון דכבר התפשר עם השואל. וזה תימא מה"ת שיפסיד אף דמחלו נגד השואל והתפייסו הבעלים מ"מ כיון שהפסיד אנן סהדי דנגד הגנב לא מחל ובמה נפטר הגנב נגד הבעלים וא"ד להא דב"ק דגנב מצי למיפטר נפשיה בכבש דשם הגנב פטור נגד ההקדש רק נגד הבעלים אנו דנין שגרם להם שיתחייבו להפריש קרבן אחר בזה שפיר יכול לומר שיפטור נפשיה בכבש מה שאין כן כאן חייב לשלם לבעלים. ואם כוונת הש"ג היכא דהבעלים אינם תובעים יותר להגנב בזה בודאי אין השואל יכול לתבוע ממנו המותר ממה ששילם כיון דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את ואני חייב לבעלים כשיתבעו ממני דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

וראיתי בספר בני יעקב בתשובותיו (סי' י"ג) שהקשה על הש"ג ממתניתין דפ' המפקיד (דף ל"ה) השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה דלרבנן דר"י השואל משלם לשוכר ולשיטת תוס' שם היכא דראה המשכיר דמתה כדרכה אף ר' יוסי מודה דמשלם לשוכר ולדברי הש"ג יקשה הא יכול לומר להשוכר מה אפסידתיך דומיא לאם מחל לו דיכול לומר כמו שאתה לא שלמת גם אני לא אשלם ה"נ נימא הכא עיין שם באורך. ולענ"ד משום הא לא אריא ואינו דומה לדין דשוכר פרה מחבירו דשם השואל הואיל דכל הנאה שלו נתחייב באונסין וכבר כתבו תוס' כתובות (דף נ"ו) דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם דהשומרים מחייבים א"ע לכל הכתוב בפרשה אם כן במקום דהשוכר נפטר שלא על ידי שבועה או עדים בכה"ג נשאר החיוב של השואל אצל השוכר אבל בהגנב דאינו מחייב א"ע כלל לשלם רק ממילא נתחייב לשלם להבעלים אם כן במקום דהשואל נתפשר עם הבעלים יכול הגנב לומר מה שנתפשרת עם הבעלים אני חייב לשלם לך וא"ד לפורע חובו של חבירו כיון דהיה מוכרח ומחויב לשלם אבל לא יותר וגם

אם מחל לו יכול הגנב לומר לאו בעל דברים דידי את ומה אפסדתיך וז"פ לחלק משם רק גוף דברי הש"ג אינם מובנים כנז' כיון דהגנב נשאר בחיובו נגד הבעלים דלא מחלו לו. ובס' ש"מ כ' אף דמצי פטר נפשיה מן הגוי בדבר מועט מ"מ השואל צריך לשלם להמפקיד שלו כל דמי שוי'. וזה פשוט אף לר' יוסי דשם בשוכר פרה מחבירו והשאילו לאחר נעשה כאלו השאילו בשליחותם של הבעלים כמו שכ' הריטב"א ב"מ שם אבל בהיה בידו משכון מהכותי בזה הא אין שמירה לעכו"ם ולא זכה העכו"ם כלל בחיובו והשואל נתחייב להמשאיל לו ולא מבעי אם ישראל מנכרי קונה משכון הוי כהוא הבעל דין ונתחייב לו באונסין של דמי שוי' דהשאילו קנין שלו ואינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את דלנכרי לא נתחייב כלל רק לו אלא אף אם ישראל מנכרי אינו קונה משכון מ"מ קנין יש לו לעכבו תחת ידו וכיון דלקח ממנו בשאלה נעשה לו שומר ונתחייב בכל דיני שומרים כפי שויו של המשכון. כיון דכל הנאה שלו ונתחייב אליו כדין שואל. וכמו בשוכר פרה מחבירו והשאילו לאחר דלדעת תוס' כשראה המשכיר דמתה כדרכו חייב לשלם להשוכר אף דלא הוי להשוכר רק קנין פירות. ומבואר בנ"י ב"מ פ' השואל גבי שואל אדם בטובו דאם נאנס אצל השואל אינו חייב לשלם רק כערך דמי חפץ ששוה ההפסד הרי דאינו משלם שויה דהפרה רק מה שהיה להמשאיל זכות בהפרה אם כן אמאי חייב לרבנן לשלם להשוכר הא לא הי' לו שום זכות בגוף הפרה רק קנין פירות וצריך לומר כיון דנחית אדעתא דשאלה ולהתחייב בדמי פרה לרבנן נתחייב להשוכר ולר"י להמשכיר והיכא דיש עדי' דמתה כדרכה זכה השוכר בחיובו ה"נ כיון דעכ"פ קבל מידו ונתחייב בשמירה חייב לשלם לו כפי שויו של החפץ. ועיין ברא"ש ב"מ דאם אמר המשכיר להשוכר אם תרצה תשאלנה הוי דין השואל עם השוכר וכן פסקינן בש"ע (סי' ש"ז) ובקצוה"ח שם כ' משום דהו"ל כאומר קני פרה זו שתשאיל אותה ושיהיה דינך עם השואל דבלא"ה אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיין שם ויש לומר דהא לרבנן דר"י חייב לשלם להשוכר הרי אף דאין לו קנין בגוף הפרה דאין לו בה רק קנין פירות מ"מ מחויב השואל לשלם להשוכר כיון דנתחייב לגביה בשמירת הפרה זכה זה בחיובו של השואל לשלם אף בעד גוף הפרה ור' יוסי דסובר דתחזור לבעלים הראשונים הוא משום דכיצד יעשה סחורה בפרתו של חבירו וכיון דגוף הפרה הוא של המשכיר אמרינן דהשאיל לו בשליחותו דמשכיר וכמו שכ' שם הריטב"א ב"מ. ואם כן אם אמר אם תרצה תשאלנה גלי דעתו דאין רצונו בשליחותו וממילא לא זכה בחיובו דהשואל ונתחייב לגבי השוכר כיון דעכ"פ יש לו זכות וקנין פירות חל חיובו של השואל וה"נ בנדון דידן שהשאיל לו משכונו של גוי דעכ"פ קאי ברשותו דהישראל לעכבו עד שישלם

לו נתחייב השומר בשמירתו ובכל חיובו לגביה דהישראל. ועדיף מדבר הגורם לממון דלאו כממון דמי בכ"מ מ"מ לענין חיובו דשומר נתחייב אליו בעד דבר שגופו ממון:

עוד כ' שם בספר בני יעקב הא דפטור באם העכו"ם מעליל ביותר דאינו דומה לנידון דהרא"ש המובא בטוש"ע (סי' שע"ח) דפוטר לשלם מה דמעליל העכו"ם בעל הסוס יותר מטעם דלא הזיק בכוונה משמע דאם הזיק בכוונה דחייב לשלם כל מה דתובע העכו"ם דשם הוא מזיק בידים בדבר שאין לו הנאה אבל בגנב דהוא להנאתו לא נתחייב לשלם אלא מה ששוה החפץ ועיין קצוה"ח (סי' רצ"א) דלא הוי רק גרמי דפטור בכה"ג אף מזיק ממש ויקשה גם כן למה יתחייב אף כנגד שויו הא מדינא אין שמירה לעכו"ם והישראל בדינינו לא נתחייב לעכו"ם ואף כנגד מעותיו הוי כמעליל עליו ולימא הישראל המזיק לא הזקתי רק להעכו"ם ומה שאת' מתחיי' לשלם לו הוי רק כגרמי בעלמא ועי' באורים כאן משם חידושי הגרשוני דאם הודיעו שהוא של גוי חייב לשלם מה שהזיק בידים אף יותר מכדי שוי' דהרביץ ארי' בביתו ואאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני נ"מ (סי' ג') כ' לחייבו מטעם כיון דכדי שויו מחויב מגלגלין עליו את הכל. אולם צריך להבין אם גרמי בכה"ג לא מתחייב כמו שכ' הקצוה"ח לימא אף כנגד דמי שויו החפץ לא הוי רק גרמי. ואולי י"ל כיון דמ"מ חייב לשלם להעכו"ם אם היזקו בידים יכול לבא עליו ממנ"פ דהוא מוכרח לפרוע להעכו"ם ומ"מ על המותר מכדי שויו צ"ע:

סימן עד

הש"ך (סי' ע"ב ס"ק ט') כתב משם תשובת הר"ן בשואל ספר ונאנס אין השואל חייב לשלם דאין כל הנאה שלו דהמשאיל משתכר פרוטה דר' יוסף. ואאמז"ו ז"ל בספרו דברי משפט (ס"ק ב') למד מזה אם אחד אומר לחבירו הא לך דינר והשאיל כלי ללוי דאין לוי חייב באונסין דאין כל הנאה שלו ואף דהשואל לא נתן לו דהא גם בנידון דהר"ן אין השואל נותן לו כלום ואעפי"כ חשבינן להנאת המשאיל מה דמשתכר פרדר"י כן נמי בזה כיון דחבירו נותן להמשאיל שישאיל לו אין השואל חייב באונסין והא דאמרינן ב"מ בשוכר פרה מחבירו והשאילו לאחר דיכול המשכיר לומר דל אנת ואנא משתעי דינא בהדי שואל נימא ג"כ דשואל יהיה פטור לגבי בעלי' דאין כל הנאה שלו כיון דהבעלים קבלו שכירות דשם כיון דהשואל חייב לשלם להשוכר ולגבי השוכר הוי כל הנאה דשואל שפיר פריך לימא דל אנת כו' ואנא משתעי דינא עיין שם בנועם דבריו. ואחר בקשת המחילה יש לפקפק בתירוץ הזה מש"ס ב"מ (דף צ"ו) דמבואר אף במקום דאין השואל מחויב לשוכר כגון דלגבי השוכר הי' שאילה בבעלים מ"מ חייב השואל לשלם להמשכיר וכן כתבו שם תוס' (דף ל"ה) ד"ה אמר ר' יוסי:

ברם גוף קושיתו מש"ס הנ"ל על דין הנז' לא אבין דאף אם נאמר באומר הילך דינר והשאיל לפלוני חפץ פלוני פטור מאונסין דלאו כל הנאה שלו היינו היכא דהנאת המשאיל בא לו מכח השאלה שהשאיל דאם לא הי' משאיל לו לא הי' זה נותן לו וכיון דבהגרמת השאלה בא הנאה להמשאיל אף דאין השואל נותן כלום שפיר פטור דאין כל הנאת שאלה לו אבל שם בשוכר פרה והשאילה לאחר לא בא הנאתו מכח השאלה דהא אף אם לא היה השוכר משאיל לו גם כן כבר נתחייב בדמי שכירות הפרה וכבר בא הנאתו של המשאיל דמי שכירות אל המשכיר מקמי דנעשה משאיל שהשאילה השוכר לאחר ולא נתוסף הנאתו במה דהשאילה לאחר מה שאין כן בנידון הנז' וכן נידון דהר"ן בא הנאה להמשאיל בהגרמת השאלה דאם לא היה משאיל לו לא היה בא הנאה הזאת לו לכך פטור השואל מאונסין:

אך בעיקר דין הנז' מצאתי תשובת רשב"א (חלק ו') הנדפס בליוורני (סי' קפ"ט) דכתב בפשיטות להיפך דבכה"ג חייב באונסין כיון שכל הנאה הוא של שואל רק שאדם אחר מהנהו להמשאיל וכ' דא"ד לתן מנה לפלוני ואתקדש לך דמתקדשת מדין ערב דאף כאן בקבלת השכר נתחייב המשאיל ללוי מ"מ מדין שואל לא נפיק לוי ואינו כאלו הוא עצמו הוא השוכר והביא ראיה ממה דמותר בכה"ג לתת לו להלות לחבירו הרי דלא הוי ליה כאלו זה מלוה מעותיו ברבית וכאלו קבלה מיד הלוה ה"נ לא הוי כאלו השואל נותן לו וכ' עוד והגע עצמך אלו אומר לחבירו תן שדה זו לפלוני ואני אתן לך כך וכך ונתנו לו וטרפהו ממנו היתחייב באחריו' אותו מתנה כאלו מכרה להמקבל זה ודאי אינו נכון ואף זה כמוהו עכ"ל. ובאמת מדברי רשב"א בתשובה נראה דחולק על הר"ן דכ' במשכן ספר ונתן רשות ללמוד בו דלא חשיב שואל כי אם שו"ש כיון דעל תנאי זה הלוהו מובא בב"י ומוכח דבלא"ה היה שואל וחייב באונסין וכן הוכיח מדבריו בס' מח"א הלכות שאלה (סי' ג') וכן מבואר להדיא בתשובת רשב"א (ח"א סי' של"ב) כמו שהזכרתי דבריו בחלק ראשון בקונטרס התשובות (סי' ג') וכן מבואר מכמה תשובת שבמהר"ם רוטינבורג ז"ל ובספר הראב"ן דאף בשואל ספר יש לו דין שואל ואולי הוא מה"ט דכיון דאין הנאת המשאיל בא מן השואל אף שהוא בהגרמת השאלה חשיב לגבי השואל כל הנאה שלו:

סימן עה

היכא דמחולקין המלוה והלוה בסכום ההלואה על המשכון העלה הש"ך (סי' ע"ב ס"ק ק"ט) כד' הרשב"א דהמלוה נאמן בשבועה אף כשיש עדים דבא לידו בתורת משכון ועדי ראיה באופן דליכא מגו והא דאמרינן דאומן א"נ כדי דמיו אלא במגו הוא משום דאומן אינו קונה משכון שלא בא לידו בתורת משכון אבל בעל חוב קונה משכון מדרי"צ והש"ך

ס"ל אף דבשעת ההלואה ל"א בעל חוב קונה משכון מ"מ כיון דנותן לו מתחילה בתורת משכון הוא מוחזק בו שיכול לטעון עד כדי דמיו אפילו בלא מגו. והתומים והקצוה"ח הקשו על זה הא לדעת הרא"ש ורמ"א אה"ע (סי' כ"ח) דגם באומן אם קדשה בשכרו מקודשת דהוי ליה כמלוה שיש עליו משכון וכיון דסבירא ליה דאין לחלק בין אומן לבעל חוב מאי שנא אומן דאינו נאמן בלא מגו וקשה על הרמ"א דבתשובה דכ' דאין להוציא מהמלוה. ובגוף הדין כ' הקצוה"ח אף דא"ק משכון רק בכדי דמיו וכיון שיש עדים שלוה ואינו יודע כמה הוי כאלו אנו מסופקין כמה קנה חלק קטן או גדול וראוי לומר אוקי ממונא אחזקת מרא קמא מ"מ כיון דהוי דררא דממונא מהני תפיסה בטענת ברי. והנה דעת הרשב"א והרמב"ן דלא מהני תפיסה אף בדררא דממונא א"כ בודאי לא אתי עלה מטעם זה. גם לדבריו אם היה נותן לאומן לתקן בשכר בפני עדים ואינם יודעים הקציצה היה ראוי לומר הואיל דהוי דררא דממונא דיהני תפיסה ויהי' נאמן כמו במשכון וזה לא נראה. גם היה נ"מ אם תפס הלוה המשכון מיד המלוה אף בעדים היה ראוי שיועיל תפיסתו בהחזרה כיון דאינו נאמן המלוה בטענתו רק מטעם תפיס'. ובנתיבות כ' דהואיל דאינו טוען על גוף החפץ לא מהני תפיסתו אף בדררא דממונא:

ונראה די"ל בסברת הרשב"א ולדעת הש"ך כן דעת הרמב"ם דאף בלא מגו נאמן והטעם דהנה ז"ל ר"ח גאון ז"ל בתשובת הגאונים המכונה שערי צדק (שער ב' ח"ד סי' י"א) והלכתא משכון שוה מנה ביד מלוה ומלוה אומר מנה יש לי עליו ולוה אומר חמשים מלוה נשבע וגובה מאה שכיון שיש בידו משכון יכול לטעון עד כדי דמיו ונשבע וגובה ולא יכול לוה לאשתבועי ואפקועי בב"ד. אנפא חדא דאם כן מה יש בין מלוה על משכון למלוה בלא משכון ועוד בעל חוב קיי"ל דקונה משכון כדרי"צ ואם אבד חייב באחריותו ואם קידש אשה במשכון בגוה ממון דליה מאי איכא דהוא קאמר מנה והלוה נ' יפה כחו שהרי משכון בידו נשבע וגובה עכ"ל והדברי' מבוארים דלאו מטעם מגו אתי עלה רק אף בלא מגו נאמן וכדע' רשב"א ואף היכא דליכא עדים וליכא דררא דממונא רק על פי הודאתו של הלוה דנתן לו בתורת משכון נאמן הוא המלוה בשבועה. אולם צריך ביאור מ"ש אנפא חדא דלא ישבע הלוה ויוציא דאם כן מה יש בין מלוה על המשכון למלוה בלא משכון דלמא באמת אין יש הבדל בין מלוה על המשכון למלוה בלא משכון ומניין לנו לחלק. וי"ל הכוונה על פי מה שראיתי בספר בשמים ראש (סי' שנ"א) דכ' גם כן דהמלוה נאמן אף דאיכא עדים וראוהו עכשיו בידו דליכא מיגו וכ' דהא דבעינן מגו גבי האי דחבל סכינא דאשכבתא התם שאחר כן חבלו מעצמו אבל זה המוני הימני' וכי היכי דיהיב ליה משכון דלא לשקר ביה בפרעון ה"נ יהיב ליה דלא לשקר בי' בסכום ההלואה

וכיון דשניהם מודים כיצד בא לידו כ"כ יכול להיות שהלוה עליו רב כמו מעט והוא משכנו עד שישלם לו וכל כמה דלא משלם זכה האי במשכנו והביא עוד דברי ירושלמי (ספ"ו) משבועות חד ב"נ קם עם חבריה בשוקא ואמר ב' דינרין לי בידך ומשכונך שוה תרין דינרין א"ל חד דינר אנא בעי למיתן לך ומשכוני שוה תרין דינרין אתא עובדא קמי דדייני נהרדעאי אמרי כיון דכ"ע מודי דמשכונא שוה תרין דינרין דינרא אחרינא ייתא עלוהי סהדי ולא שמע מה דמר ר' יוחנן נאמן המלוה לומר עד כדי המשכון הלויתיך עכ"ל הב"ר ובבעה"ת (שער מ"ט) הביא גם כן דברי ירושלמי הנז' ומפרש דדייני נהרדעאי סברי דהמלוה צריך ראיה ואמרו שיעמיד עדים על הודאתו שיודה בפניהם שהמשכון הוא בידו וששוה ב' דינרין ור"י אמר דלא מחייבי ליה למלוה בהודאת פיו שהודה בפני עדים דמשכון זה בידו וששוה ב' דינרין דמ"מ יכול לטעון עד כדי דמיו הואיל דלא היה שם עדים בשעת המשכונה שיעידו בכמה משכנו אצלו ומזה מוכח דנאמן אף בלא מגו דהא כיון דהודה בפני עדים חוץ לב"ד דבא לידו בתורת משכון לא מהני המגו חוץ לב"ד כמבואר בש"ע דמהני הודאתו חוץ לב"ד לחובתו ולא לזכותו ועיין תומים (סי' ע"ב ס"ק ל"ה) ומוכח ע"כ דר"י סובר דאף בלא מגו נאמן ובאמת לא לחנם כתוב בירושלמי קם עם חבריה בשוקא משמע דגם מקודם היה טענותיה בשוקא חוץ לב"ד והא ייתי עלייהו סהדי היינו דסברי שצריך לברר כמה הלוהו הואיל דלא יש לו מגו וי"ל דבזה היו מחולקין דייני נהרדעאי הם סברו כיון דנתבטל המגו הואיל דמגו חוץ לב"ד לא אמרינן שוב אינו נאמן המלוה ור"י סובר דאף בלא מגו נאמן וס"ל להבעל התשובה שבספר ב"ר דמטעם דהימוני הימנהו לבעל המשכון הוא. וי"ל דזה כוונת הגאון כיון דראינו דלא רצה להלות לו בלא משכון ואם לא יהיה נאמן על סכום ההלואה מה יועיל לו המשכון כיון דליכא עדים שידעו סכום ההלואה יכול הלוה לכפור בסכום ההלואה אף דעדים ידעו שבא לידו בתורת משכון מ"מ אם הלוה יהיה נאמן בשבועה מה יש בין מלוה על המשכון למלוה בלא משכון ומה מהני ליה למלוה על המשכון כיון דאחר כ"ז אינו בטוח אלא ודאי דהימוני הימני ליה להמלוה לכך נאמן המלוה על סכום ההלואה ועוד דבעל חוב קונ' משכון. ולפי זה דוקא היכא דבא לידו בתורת משכון שייך לומר טעם הראשון דהמניה אבל אם תופס משכון אף דשייך לומר דבעל חוב קונה משכון הוי ליה כמחולקין זה אומר קטן מכר וז"א גדול לקח דהממע"ה וכן באומן אף דיש לו קנין בהחפץ מ"מ כיון דלא בא לידו בתורת משכון דלא שייך לומר דהימוני הימניה על הקציצה לכך א"נ רק במגו:

ונ"מ נמי לדינא באם ידוע שהמשכון לא הי' שוה בשעת הלוא' כמו שהוא שוה עכשיו דנתייקר והמלוה טוען שהלוה כפי דמיו ששוה עכשיו והלוה אומר פחות דאם נאמר כיון דעדים לא ידעו והוי דרא דממונא ומטעם תפיסה נאמן כדי דמיו נאמן כפי ששוה עכשיו ואם נאמר דמטעם דהימוני הימניה א"כ לא נתן לוה הנאמנות שיהיה בטוח מעותיו רק כפי מה ששוה אז המשכון בשע' הלואה ועל המותר ע"כ הימני' המלוה ללוה כיון דאז בשעת הלואה ל"ה שוה כ"כ ואם כן אינו נאמן רק כדי דמיו שהיה שוה אז ולא במה דנתייקר החפץ ותליא בשני הדעות שבש"ע (סעיף כ') אם המשכון אינו שוה לשומת הבקיאים כפי שהמלוה טוען עליו אם יכול לומר לדידי שוה דלדעת המחבר הדין עם הלוה ולדעת רמ"א הממע"ה. וי"ל למה שכ' מוהריק"ש ז"ל טעם הסוברים דהדין עם המלוה כי אם היה טוען לקוח הוא בידי היה נוטל כדי שוויו בעיניו אעפ"י שמודה שאינו שלו הרי הוא טוען שיש לו עליו סך זה ונאמן בשבועתו וזה אתי שפיר היכא דיש לו מגו דלקוח אבל בהשכין אצלו בפני עדים ואינו יודע הסך ההלואה דלא יש לו מגו רק דנאמן עד כדי דמיו בזה י"ל לכ"ע אינו יכול לומר לדידי שוה ואם אינו נאמן רק מטעם דהימוני הימניה אינו גובה רק כפי שווי דמיו שהיה בזמן שהשכין אצלו ואם מטעם דהמלוה הוא מוחזק הואיל דיש לו בו קנין מדרי"צ אזלינן בתר השתא וצריך הלוה הבא לפדותו לשלם כפי מה ששוה עכשיו:

ולכאורה הש"ך לא ס"ל דמטעם דהימוני הימניה נאמן על סכי ההלואה דאם כן היה מהראוי לומר דאף בליכא עדים כלל שבא לידו בתורת משכון מ"מ יהיה המלוה נאמן ומדברי הש"ך (ס"ק צ"ד) מבואר דאם ליכא עדים רק הלוה הודה שמסרו ללוה למשכון ונחלקו בסך ההלואה דאז אינו נאמן בלא מגו ולדברי הב"ר הנז' ולפי מה שכתבתי בכוונת הגאון וכן משמע מדבריו הוא אף בלא יש עדים רק כיון דהלוה מודה שמסר לו בתורת משכון גם כן נאמן. גם למה שכ' הש"ך בדעת הרמב"ם דסובר גם כן דנאמן אף בלא מגו מדכ' (פי"ג) ממלוה אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה ועל כרחך איירי ביש גם כן עדי ראיה באופן דאין לו מגו כמבואר בש"ך (ס"ק ק"ט) ובכ"ז כ' הרמב"ם שם (ה"ג) במלוה שבא לב"ד ומשכון בידו ורוצה למכרו ולהפרע חובו אין ב"ד נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוה ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי נאמן ולמה לו למגו דלקוח הא בלא"ה נאמן שבא לידו בתורת משכון אלא ודאי כיון דלא יש עדים על זה צריך למגו וזה דלא כדמשמע מתשובת הגאון הנ"ל והתשובה שבס' ב"ר. אך באמת הא דהוכיח הש"ך מדברי הרמב"ם דסובר כדעת הרשב"א כבר כ' בס' שער המלך (פ"ד) הלכות גזילה מדברי המ"מ (סוף פ"ב) מה'

שכירות דלא כן הוא מדכ' שם הרמב"ם אין לך מי שישבע בנק"ח מתוך שיכול לומר כך וכך אלא השומר בלבד ושאר כל הנשבעין מתוך שיכול לומר כך אין נשבעין אלא היסת וכ' הראב"ד דאיכא נשבע על המשכון לדעת הגאונים וכ' המ"מ דכוונת הרמב"ם הוא על הנשבעין ונפטרין לא בנשבעין ונוטלין בדין מגו והוא המלוה על המשכון משמע דמלוה על המשכון אינו נוטל אלא מדין מגו עיין שם בדבריו וכן הוא דעת המל"מ הלכות מלוה שם דלדעת רמב"ם אינו נאמן בלא מגו. ועיין בתשובת ר"י בן מיגאש ז"ל (סי' קמ"ב) בטוען על דברים העשוים להשאיל ולהשכיר כך וכך הלויתיך עליו והממשכן אומר פחות אם נפל ההפרש אחר שנראה המשכון בב"ד אינו נאמן לומר שיש לו עליו כך וכך כמו שאינו נאמן לומר לקוח הוא בידו ואם המשכון בביתו ואין שם עדים שיעידו שהוא אצלו מגו דאי בעי אמר להד"מ ומהימן כי אמר לקוח הוא בידי יש לי עליו כך וכך מהימן עכ"ל מבואר מדבריו דאף בהוד' הלוה שבא לידו בתורת משכון מ"מ צריך למגו ובלא מגו אינו נאמן. ובאמת לסברת הב"ר דהימנוהו על הסך כיון שלא רצה להלות בלא משכון י"ל דבדבר העשוי להשאיל ולהשכיר לא שייך סברא הזאת דהא היכא דיהיה עדי ראיה דאינו נאמן לומר לקוח ע"כ דנותן המלוה נאמנות להלוה דהא יכול לכפור מכל וכל ולא יהיה נאמן לומר דבתורת משכון בא לידו כמו דאינו נאמן לומר לקוח דאין תפיסתו ראיה וצריך לומר דעכ"פ בטוח הוא כשלא יראהו אז יהיה נאמן ומפשטות דברי הר"י מיגאש נראה דאינו נאמן רק במגו ואף דהש"ך (ס"ק צ"ה) כ' דליכא מאן דפליג בהך דינא בדינא דרשב"א והך דתשובת רמב"ן הוא דהרשב"א מתחילה פסק כך ואחר כך חזר בו מ"מ מפשיטות דברי הר"י מיגאש משמע דחולק וכן מדברי הטור שכ' בחלוקין בעיקר הלואה אם הוא בענין דהמלוה יכול לטעון לקוח או להד"מ נאמן עד כדי דמיו משמע דבלא מגו אינו נאמן אף אם ידוע שבא לידו בתורת משכון ולדברי הש"ך צריך לדחוק בדברי הטור דרק היכא דליכא עדים שבא לידו בתורת משכון אז צריך למגו:

וי"ל בטעם הדבר דלא מהני הודאתו של הלוה דבא לידו בתור' משכון הוא משום דיש להלוה מגו דלא הודה שבא לידו בתורת משכון ומגו להוציא לא הוי אף דיש להמלוה קנין בהמשכון מ"מ כיון דגוף המשכון הוא שלו כשיש ללוה מגו אז אין המלוה נאמן מה שאין כן כשיש עדים שבא לידו בתורת משכון נאמן המלוה אף בלא מגו ולכך הוצרך הר"י מיגאש למגו דבלא"ה אינו נאמן כמו שכ' שם בעצמו הואיל דיש ללוה מגו דאי בעי אמר שאול הוא בידך:

אך לכאורה יש להשיב על זה מדברי הסמ"ע (סי' קל"ד ס"ק ב') דכ' באומן דאין לו חזקה הוא דוקא אם טוען ואומר לתקן נתתיו אבל אם טען הבעל הבית השאלתי כלי זה לאומן

ואינו מדברים העשוים להשאיל אינו יכול להוציא מן המחזיק ולא מהימן במגו נתתיהו לתקנו דמגו להוציא לא אמרינן הרי אף דיש לו עדים דהיה שלו ויש חזקת מר"ק מ"מ לא מהני המר"ק עם המגו להוצי' המטלטלין וה"נ נימא כיון דהלוה מודה דבא לידו בתורת משכון לא יהיה נאמן להוציא אף דיש לו חמר"ק. אולם באמת התומים שם משיג על הסמ"ע וכ' כיון דהכלי בחזקת בעה"ב לא הוי מגו להוציא. ולדבריו במשכון גם כן כיון דיש לו חזקת מר"ק אף דמודה דאיתרעא החזקת מר"ק ובא ליד הלוה בתורת משכון מ"מ מה דהודה הודה ונשאר על מה דכופר חזקת מר"ק ומהני המגו להוציא. וגם י"ל דכאן אף הסמ"ע מודה כיון דאינו טוען על גופו של דבר רק להחזיקו למשכון עד שיסלק לו כפי מה שטוען שהלוהו עליו ואם מסלק לו הממון צריך להחזיר גוף החפץ לא הוי כמגו להוציא ורק שם באומן דטוען על גוף החפץ שמכר או נתן לו בזה הוי מגו להוציא. ועוד י"ל דהא קשה על הסמ"ע מדברי רמב"ם (פ"ח) מטו"נ דכתב בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דאינו נאמן לומר לקוח מבואר בדבריו דאם בעל הכלי טוען אני הפקדתי אצלו או השאלתיהו דנאמן וע"כ הא דנאמן לומר פקדון הוא אצלו הוא מטעם מגו דאי בעי היה אומר השאלתיהו ולדברי הסמ"ע נימא דהוי מגו להוציא מיד המחזיק אלא ודאי כיון דיש מר"ק לבעל הכלי מהני המגו להוציא וחזקתו של המחזיק לאו חזקה הוא כיון דהם הדברים העשוין להשאיל וה"נ נימא לגבי אומן וכן הוכיח מדברי הרמב"ם הנז' בס' שער משפט שם דלא כדעת הסמ"ע. אולם יש לחלק דדוקא בכלים שאינם עשוין להשאיל ולהשכיר טענה הזאת דהשאילו לאומן טענה גרוע הוא ונגד טענה הזאת מהני חזקת המחזיק ומגו דנתתי לאומן לתקן לא מהני בטענה גרוע כזאת להוציא אבל אם טוען דהפקידו אצלי דזה הוי טענה מעליא והואיל דחזקת המוחזק שהוא אומן גרוע נאמן במגו אף להוציא הואיל דמסייעו חזקת מר"ק ולכך בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר נאמן להוציא אף בטענות שבפקדון בא לידו כיון שהוא טענה מעליתא נאמן במגו דהשאלתיו כיון דהוי דברים עשוין להשאיל נגרע חזקת המחזיק ומהני המגו בצירוף מר"ק להוציא וכן במשכון נאמן הלוה דכך וכך הלוהו עליו אם אין מגו להמלוה אף להוציא בצירוף מר"ק כיון דטענתו טענה מעליא הוא וליכא ריעותא הן בטענתו שטוען הן בטענות המגו: **וראיתי** לאאזמ"ו הגאון זצ"ל בספרו דברי משפט שם שהביא ראיה לדעת הסמ"ע מתשובת מהר"ם ב"ב ז"ל שבמרדכי ב"מ פרק המפקיד בראובן שהשאיל לשמעון סדר קדשים ותובע ממנו והשיב אמת שהשאלת לי אבל אחר כך נתן לו למשכון סדר מועד ששוה יותר מסדר קדשים וראובן הודה ואמר שנתן לו רשות להשאיל לחתנו ונשרף בביתו ושמעון אומר דלא נתן לו רשות וכ' ראובן נאמן ואין צריך לשלם מה ששוה יותר

אבל אינו יכול להוציא סדר קדשים מן שמעון אף דאית לראובן מגו דהיה אומר לא נתת לי כלל סדר מועד דהוי מגו להוציא ולשיטת התומים למה לא יהי' נאמן דנתן לו רשות להשאיל במגו דהיה יכול לומר דלא נתן לו סדר מועד כיון דאית לראובן חזקת מר"ק בסדר קדשים עיי"ש. והמעיין במרדכי שם יראה דעיקר טעמו של מהר"ם ב"ב ז"ל כיון דראובן מודה דהשאילו לחתנו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי לחובתו מהימנין לשמעון לומר לא נתתי לך רשות להשאילו במגו דאי בעי אמר אין ספרך בידי החזרתיו לך דמגו דידיה להחזיק הוא אם כן אינו ראיה היכא דליכא מגו להמוחזק דאין מוציאין מיד המחזיק במגו היכא דמסייעו חמר"ק וגם בלא"ה שם מודה ראובן דאחר כך הי' ביד שמעון הספר למשכון והי' לו בו קנין משכון ועתה בא להוציא ממנו ולסלקו מחזקתו שהיה לו שלא יצטרך להחזי' לו הספר קדשים עד שיחזיר לו סדר מועד ואף שלא בא לידו בתור' משכון מ"מ זכות זה היה בידו לעכב ספר קדשים עבור ספרו לכן שפיר הוי להוצי' כיון שבא לפטור א"ע מצד אח' שנתן לו רשו' להשאיל ושמעון מכחישו ואומר שיודע שעדיין יש לו זכות זה לכן הוי מגו להוציא מה שאין כן בנידון הסמ"ע התובע אומר שמעולם לא הי' לו זכות לעכב שפיר מוציאין מידו ע"י המגו כיון דלפי דבריו מעול' לא זכה בו רק בתורת שאלה מהני החמר"ק עם המגו להוציא מידו עכ"פ בנידון דידן שפיר כשמחולקין בסך ההלואה אם אין לו להמלו' מגו מהני המגו של הלוה אף להוציא:

עוד יש ליישב קושית התומי' והקצוה"ח על הרמ"א דסובר אף באומן שקדשה בשכרו מקודשת אף דלא בא לידו בתורת משכון מ"ש אומן דאינו נאמן בלא מגו דז"ל הרשב"א בתשובה בת"א (סי' מ"ח) דטלית שביד אומן לא בא ליד האומן מחמת שכרו והלכך אע"ג דאפשר לו למיתפסיה אאגריה מ"מ לא על זה בא לידו ואינו קנוי לו והיינו כל שאמר גמרתיו שוב אינו שו"ש ולפיכך כל שראה חייב להחזירו ועל הקציצה הממע"ה שהרי הטלית עומד הוא להחזר' ודומה לס' זה קדם כו' אבל משכון קנוי הוא לו עד שיפרע לו מה שהלוהו ולא לחזרה קאי עד שיפדנו עיין שם עוד וכן בחידושיו פ"ב דקידושין כ' דאומן לא הוי כמלוה על המשכון אלא באומר הבא מעות וטול את שלך הא טול שלך והבא מעות ואפי' אומר גמרתיו לא כשו"ש הוא וכיון שכן לא הוי כמלוה על המשכון וה"נ כסתמא דמי דהא לא אמר לה הבא מעות. וכבר כתבתי לעיל (סי' ע') מדב' הר"ן שם דאומן לא קנה עד דליתבעו מיניה ותפס ליה אאגרי' כעובדא דמלוגא דשטרא וכוונתו כ"ז דלא גלי אדעתו דמחזיקו למשכון בעד שכירתו ועושה מעשה קנין או דא"ר להחזיר לו אינו קונה למשכון. ואם כן י"ל דדעת ר"י ורמ"א באה"ע כיון דרצונה להתקדש בו

אמדינן דעתו דחפץ להחזיקו למשכון ויש לו בו קנין למשכון ואף בתפס למשכון מודה הרשב"א דיש לו בו קנין. אבל באומן אומר שתים קצצת לי מחולקין על הקציצה וזה שהודה הבעה"ב רוצה לשלם לו שוב אינו יכול לתפוס למשכון לכך שפיר הממע"ה וכתב הרשב"א שהרי הטלית עומד להחזרה וכיון דלא ע"ז בא לידו ואינו קנוי לו ואף דעכשיו רוצה להחזיקו למשכון לאו כל כמינה כיון דרוצה לשלם לו מה שקצץ לו לפי דבריו ולכך הדין הממע"ה:

והנה אם נאמר דהגאונים דסברו במלוה על משכון דנאמן עד כדי דמיו במגו דלקוח או החזרתי דחייב לישבע בנק"ח סברו גם כן כשיטת רשב"א דהיכא דיש עדים שבאו לידו בתורת משכון נאמן המלוה אף בלא מגו דהוי מוחזק והא דבאומן אומר ב' קצצתי והבעה"ב אומר א' דהיכא דראה דאינו נאמן הואיל דלא ע"ז בא לידו ואינו קנוי לו לכך. יש קצת ליישב מה דהק' כל הראשוני' עליהם למה קתני שם בברייתא בזמן שהטלית ביד האומן הממע"ה. ולא קתני שישבע כאשר האריכו בזה כל הראשונים והש"ך (סי' פ"ט) די"ל ע"כ לא כתבו הגאונים דחייב המלוה לישבע רק היכא דצריך המגו לממון דבלא המגו א"נ כלל בזה הוי המגו לאפטורי משבועה או משום דהוי מגו להוציא אבל היכא דאף בלעדי המגו עכ"פ נאמן לחייבו שבועה מדין מוב"מ וכיון דיש להמלוה מגו הוי כאנן סהדי שכדבריו כן הוא אם כן אין הב"ד מניחין להלוה שישבע וממילא יש על הלוה חיוב לשלם כמו במתוך שאינו יכול לישבע דחייב לשלם כן נמי היכא דיש להלוה מגו לסייעו לטענותיו והב"ד אין מניחין להלוה שישבע חייב לשלם ובמחולקין בסך ההלואה כמה הלוהו על המשכון שפיר כתבו לחייבו להמלוה שבועה כיון דבלעדי המגו היה הלוה פטור אף משבועה דמוב"מ דהמשכון הוי הילך כמבואר בסמ"ע וש"ך דאף כשנותן לו עכשיו משכון לא הוי הילך מ"מ כשהלוהו על המשכון הוי הילך כמבוא' סמ"ע (ס"ק פ"ב) וכיון דבלא המגו אין על הלוה אף חיוב שבועת מודה במקצת ועיקר נאמנתו של המלוה הוא על ידי המגו לכך חייב לישבע. מה שאין כן באומן דאף בלעדי המגו יש על הבעה"ב עכ"פ חיוב שבועת מוב"מ דמשכון הטלית שלא בא לידו בתורת משכון רק אחר כך תפס אאגריה ודאי לא הוי הילך וראיה לזה מדברי רמב"ם הל' טו"נ שכ' ואם יצא הטלית מת"י או שאין לו בו חזקה ואינו יכול לטעון לקוח הוא בידי ישבע שבועת התורה אם הוא מוב"מ ואמאי הא כיון דהטלית בידו הוי הילך אלא כיון דלא בא לידו תחילה לשם משכון לא הוי הילך. גם במשכון שהלוהו עליו דיכול לסלקו אף בשוה כסף שפיר הוי המשכון כהילך מה שאין כן באומן דאינו יכול לסלקו בשוה כסף כמבואר ש"ס ב"מ (דף קי"ח) ובח"מ (סי' של"ו ס"ב) יע"ש בדברי משפט משם הש"מ

דאף במקום דאינו עובר על בל תלין מ"מ אינו יכול לסלק בשוה כסף אם כן ודאי משכון לא הוי הילך. ובקצוה"ח (סי' ע"ב ס"ק כ"א) כ' דכ"ז שהטלית ביד האומן הוי הילך דבריו לא נהירא כדמשמע מדברי הרמב"ם (פ"ט) מטו"נ וכמו שכ' ואם כן י"ל דדעת הגאונים דבאומן הואיל דאף אם לא יהיה נאמן מ"מ חייב הבה"ב לישבע שבועת מוב"מ וכיון דעל ידי המגו הוי כאנן סהדי ואין הב"ד יכולין לחייבו שבועה לכך הממע"ה ואף שבועת נק"ח אין האומן חייב לישבע:

אולם דעת הרמב"ן דגם באומן אף דהבעה"ב הוא מוב"מ והאומן נאמן מ"מ חייב לישבע בנק"ח וכבר האריך הש"ך בזה (סי' פ"ט) וכן בנ"י ב"ב עמד ע"ד הרמב"ם עכ"פ שהוא מה שאינו מבואר בש"ס ומה שכ' שם הש"ך לתרץ דהברייתא אתיא כר"י דגם בקציצה השכיר נשבע ונוטל לכן היכא שהטלית ביד האומן אין צריך לישבע אבל לדידן דבקציצה מידכר דכירי לכך אף כשהטלי' ביד האומן דינו כשאר טוען על משכון דחייב לישבע בנק"ח. ומכח זה כ' הש"ך לדינא דכל הנשבעין ונוטלין אם הם מוחזקין ויש להם מגו נוטלין בלא שבועה בנק"ח וסגי בהיסת אף לדעת הגאונים [ומה דקשה על הש"ך דכלל כל הנשבעין ונוטלין ובכלל זה גם כן פוגם שטר חוב וקשה הא בפוגם הוי מגו בדדמי כאשר עמד ע"ז בס' ש"מ כתבתי ליישב לעיל (סי' מ"ה) עיין שם] אולם באמת מבואר בש"מ ב"ב (דף מ"ו) משם רבינו יונה ועוד ראשונים להיפך דהביא דברי הגאונים שכל הנוטלין נשבעין והקשה מברייתא וכ' ויש להשיב דל"ד שבועה דסיפא לדרישא ועוד כשהטלית ביד אומן אפילו לא משתבע לא מפקינן מיניה שכן כ' הגאון ז"ל בכל הנשבעין ונוטלין שהנטילה מן הדין והשבועה מתקנת חכמים כגון הבא לפרוע מנכסי יתומים והפוגמת וע"א שפרוע בכל אלו אם נוטלין בלא שבועה לא נחתינן לנכסייהו אלא משמתינן להו עד דמשתבעי הלכך כשהכלים ביד האומן כיון שתפס ועומד אין מוציאין מידו אף אם אינו נשבע להכי תנא על הבעה"ב להביא ראיה ללמדינו שהוא מחזיק בו מן הדין עד שלא נשבע ואין מוציאין מידו אבל אחר שנתנה שאם נשבע נוטל ואם אינו נשבע אינו נוטל לכך תנא נשבע ונוטל וכן כ' עוד שם דמשמתינן ליה עד דמשתבע הרי מבואר דאף היכא דיש לו מגו אפילו תפס ועומד לא מיפטר משבועות הגאונים ומשמתינן ליה. עכ"פ מבואר דאף היכא דאם לא נאמן להמלוה יהיה הלוה מחויב שבועת מודה במקצת גם כן חייב המלוה לישבע בנקיטת חפץ ואלי י"ל דכמו דיש להמלוה מגו דלקוח כמו כן יש להלוה מגו לאמת טענתו דהיה יכול לכפור בכל ולומר פקדון הוא אצלו ובאומן דלית ליה חזקה אף בטענת פקדון נאמן במגו דהיה טוען דנתן לו לתקן דבר מה ולא תיקן וכמו שכ' הסמ"ע לדון במגו הזאת או דבתורת שאלה

בא לידו ואף דהאומן יטעון שבא לידו לתקן ותיקן מ"מ הלוה יכחישו וכשיש לזה מגו ולזה מגו לכך צריך לישבע ותנא דברייתא דקתני על בעה"ב להביא ראיה הא כ' שם תוס' דברייתא סברו דא"נ במגו דלא שכרתיך ועיין תומים (סי' פ"ט) די"ל דאינו נאמן במגו לר"י או דהוי מגו בדדמי ולאו מגו מעלייתא וכיון דליכא מגו לבעה"ב דאף בקציצה לא דכיר ולהאומן יש לו מגו לכך פטור אף משבועה היכא דהבעה"ב מודה במקצת וחייב לישבע מה"ת דהוי ע"י מגו כמתשאי"ל ומשלם מה שאין כן לדידן דהוי מגו גם לבעה"ב ונוטל על ידי המגו לכך חייב לישבע בנקיטת חפץ. ובזה יש ליישב מה שהקשו באם אין הטלית ביד אומן דהבעה"ב אינו נשבע רק הסית דכיון דאיירי על כרחך בשכרו שלא בעדים דאם לא כן ל"צ כלל למגו כדעת הרשב"א וממילא נאמן במגו דלא שכרתיך כן י"ל ע"ד פלפול אולם באמת נראה דהמגו של בעה"ב הוא מגו גרוע כמובן וגם אף אם ע"י המגו של האומן הוי כאנן סהדי מ"מ לא נוכל לעכב את הבעה"ב מלישבע ועדיף מחשוד דדעת התוס' דלא הוי כמתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דרוצה לישבע כ"ש בזה דלכ"ע ל"ה כמתוך וכמובן:

ודע דלכאורה מדברי ר' יונה ז"ל ורשב"א בש"מ הנ"ל נראה כיון דכ' דאם אינו רוצה לישבע דאין מוציאין מידו אבל משמתינן ליה כמו דמשמע בפשיטות דבריו דדומה לשאר נשבעין ונוטלין כשתפסו יש להוכיח דאינם סוברים כמו שכ' הר"ן המובא ברמ"א (סי"ז) דסובר אם תפס מעות נשבע היסת ונפטר ועיין בסמ"ע ובש"ך דאף בחפץ אם המלוה שותק ואינו מבקש שיפדה הלוה משכונו ואינו רוצה לפרוע וגם אינו רוצה למכרו רק שותק ורוצה להחזיק אצלו המשכון עד שיפרע לו דמיו הוי לי' כטוען על גופו של משכון שהוא שלו ורוצה להחזיק להיות שעבודו קיים אין צריך אלא היסת וכ' הש"ך דיכול להיות שכל הפוסקים מודים לו לדינא. ולפנינו למה שכ' מבואר מדברי רבינו יונה ותלמידו דאם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו רק משמתינן ליה אם כן על כרחך אינו יכול לגבות מהטלית דמאן שם לו ובלא ב"ד אינו יכול למכור וכיון דמשמתינן ליה כדי שישבע הרי משמע דאף כשרוצה רק לעכבו עד שיפרע לו גם כן מחייבינן ליה מן הדין לישבע בנקיטת חפץ וכן משמע מלשון מהר"מ ב"ב שבמרדכי פ' המפקיד שהבאתי לעיל שכ' אבל לא מפקינן ס' קדשים מיד שמעון אלא יעכבהו ובשבועה אם רוצה לישבע שלא הרשהו ללמוד בו בניו וכן כ' שם כ"פ יעכבנו שמעון ויגבה ומבואר דאף אם אינו רוצה לגבות רק לעכב תחת ידו גם כן חייב לישבע בנק"ח:

וי"ל דאף הר"ן לא אמר דהיכא דרוצה לעכבו עד שישלם לו ואינו רוצה לגבות מהמשכון דאינו חייב לישבע בנקיט' חפץ רק היכ' דגם ע"פ טענת הלוה זכה במשכונו לשיעבודו

כשהלוהו עליו שיחזיק אותו עד שישלם לו וכן באומן אף דלא בא לידו בתורת משכון מ"מ ידוע דאינו חייב להחזיר לו עד שישלם דמי מלאכתו וכיון דגם על פי טענת המלוה והבעה"ב יש לו להמלוה ולהאומן תפיסת יד בו לעכבו עד שישלם לו והשתא מחולקין זה רוצה לסלק שעבודו הזה כפי מה שאומר שנתחייב וזה טוען יותר לכך אינו חייב לקבל כפי הודאת הבעלים ויכול לעכב עד שישלם לו כפי טענותיו הואיל דיש לו מגו ואינו מוציא מיד הבעלים לא מחייבינן לי' שבועה בנקיטת חפץ. אבל בתופס כמו בהנהו עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא ב"ב (דף ל"ו) וכדומה בתופס אף דיש לו מגו דלקוח מ"מ כיון דלא בא לידו על חוב שיזכה לשעבודו בזה אף אם רוצה לעכב תח"י עד שיכרע לו גם כן חייב לישבע בנק"ח דהוי כבא להוציא ועיין ר"ן סוף סוגיא דקציצה שכתב בהני עיזי שיכול לטעון עד כדי דמיהן משום דמצי למימר לקוחין הן בידי דכולהו מודו דאינו נוטל אלא בשבועה כעין דאורייתא משום דליכא מגו גמור דהוא מאינו מעיז למעיז עיין שם ומשמע קצת דאף באם אינו רוצה רק לעכב ת"י עד שישלם גם כן חייב לישבע בנק"ח. [ובאמת מה שכ' הר"ן כולהו מודו לא משמע כן לדעת רבינו אפרים והרז"ה והראב"ד דהקשו משם ע"ד הגאונים וכן מבואר להדיא ברמ"ה ב"ב שם לדינא דחולק על דברי הגאונים במלוה על המשכון הה"ד שם אינו חייב לישבע בנקיטת חפץ ועיין בש"מ ב"ק (דף קט"ו) משם פרטי הרמ"ה] ואף אם נאמר דשם באינו רוצה לגבות רק לעכב תחת ידו עד שישלם לו לדעת הר"ן פטור מלישבע בנקיטת חפץ מ"מ י"ל כיון דעכ"פ תפס לשעבוד בשביל ההיזק ויש לו שעבוד ברור אבל היכא דבזולת המגו לא ידענו אם יש לו כלל שום תביעה על מה שתפס י"ל דגם הר"ן מודה דאף כשרוצה רק לעכב עד שישלם הוי כבא להוציא וחייב לישבע בנקיטת חפץ כדין נוטל. ומה"ט אתי שפיר דברי הר"ן כתובות פרק הכותב בעובדא דבקרא דתפס בעל חוב תורא דיתמי ואמר מחיים תפיסנא דנאמן במגו דלקוח כתב הר"ן ומיהו לדעת הגאונים ז"ל דכל שאינו טוען בגופו של דבר רק דתפס כעין משכון דאינו נוטל אלא בשבועה אף בע"ח זה נשבע דמחיים תפסו וראיתי שם בספר הפלאה דהקשה על דברי הרא"ש דלענין מאי כ' דלא הוי הבקרא כע"א שיצטרך לישבע הא כל תופס שלא בעדים צריך לישבע בנקיטת חפץ וכ' דמזה ראיה דבתופס מעות לא בעי שבועה בנק"ח כיון שהוא טוען על גופו של מעות אם כן ביורשים דא"צ לשלם מעות משלהם ותופס זה החפץ בעצמו אין צריך נקיטת החפץ וגם כשהתופס אינו תובע אין צריך נקיטת חפץ ולא אבין דבריו מה זה שכ' כיון דהיורשים אינם צריכים לשלם משלהם תופס זה החפץ בעצמו הא מ"מ כשבא לגבות על פי שומת ב"ד הוי כנוטל ובלא שומת ב"ד אינו יכול לגבות דאף דאינם חייבין לשלם משלהם מ"מ

גוף המטלטלין ירשו הם ויכולין לסלק בדמיהן ואם כן הוי כנוטל ואף ברוצה רק לעכב עד שישלם לו י"ל דבתופס חפץ ולא ידענו כלל אם זכה בו לשעבוד אף כשרוצה לעכב חייב לישבע בנק"ח ותמהני שלא שם עיניו הטהורים שם בדברי הר"ן דכ' להדיא דשייך גם בזה שבועת הגאונים ואף דאינו מבואר אם אף כשרוצ' רק לעכב עד שיפרע מ"מ זה מבואר דגם לגבי יתומים הדין כן הוא דלא הוי כטוען על גוף החפץ:

ולמ"ש דהיכא דל"ב לידו בתורת משכון אף אם אינו רוצה לגבות רק לעכב בידו עד שיפרע לו גם כן חייב שבועה אתי שפיר מה דקשה לכאורה הא דמבואר בש"ע (סי' קל"ג) אם ראו עדים החפץ קודם שתבעו המערער לדין אף אם אמר בפניהם כי הוא ממושכן לו בכדי דמיו קרינן ביה שפיר עדים וראו ועיין שם בש"ך אף דליכא עדי פקדון מ"מ עיקר תלוי בשבועה וכיון דראו והכירו או שהודה שהוא של פלוני וצריך שישבע לא מהני המגו חוץ לב"ד ומבואר דחייב אף להחזיר החפץ ויקשה הא מ"מ כיון דטוען ממושכן הוא מיד כשהראהו בפני עדים אם נאמר דכשלא בא לגבות רק לעכב עד שיפרע אם כן לא יהיה חייב להחזיר וזה לא משמע מסתימת הש"ע אלא כיון דנתבטל המגו ומהני הודאתו לחיוב ממיל' חייב להחזיר ואמאי הא לזה לא היה צריך למגו ונאמן בטענתו בעצמו ואף אם נאמר דצריך למגו מ"מ הא כיון דאין צריך שבועה מהני המגו אף חוץ לב"ד לדעת הש"ך. ולמה שכ' אתי שפיר דדוק' בהודה הלוה שבא לידו לשם משכון או אף באומן מ"מ יכול לעכב ויש לו זכות לעכב על שכרו אף כפי מה שטענו הבעלים לכך לא הוי להוציא ולא בעי שבועה אבל אם כפי דברי הלוה אינו חייב לו כלל לעולם חייב שבועה:

שוב ראיתי בנתיבות (סי' קל"ג) שכ' ליישב דעת הסמ"ע שם שכ' דאיירי דאיכא עדי פקדון והש"ך שם השיג עליו דכיון דראו עכשיו עדים ואזיל ליה מגו דליה מה בכך שלא הפקידו בעדי' כי הכל תלוי בשבועתו כי ב"ד יפסקו לו שחייב כדי דמיו במגו וכ' דלכך צריך עדי פקדון שלא יהיה נאמן אף להחזיק המשכון עד שישלם. ולדבריו לא היה צריך דוקא עדי פקדון רק בהודה שבא לידו בפקדון ואחר כך הלוהו עליו ואינו נאמן אלא במגו וצריך שבועה ודברי הסמ"ע שם דאיירי דיש עדי פקדון ואין לו טענה לפטור רק אם החזיר כ' שם בס' מ"ש להקשות דכיון דהראה החפץ לעדים הרי ראו וכיון דאיכא עדים וראו איך מהימנינן ליה במה שאמר שהוא משכון נגד עדים דבא לידו בתורת פקדון והניח בצ"ע ול"ק כלל דהא על זה אנו דנין אם יש לו מגו דלא היה מראהו ובב"ד כה"ג אף דיש עדי פקדון נאמן לומר דמשכון הוא אצלו אחר כך במגו דהחזרתי ועיקר החקירה הוא אם אמרינן חוץ לב"ד או לא] עכ"פ לדעת הש"ך וטו"ז שם דמשמע דאף בלא עדי

פקדון מוציאין מידו על כרחך דסברו דכל זמן שלא נשבע מוציאין מידו ואינו יכול לעכב היכא דלא בא לידו אף לדבריו בתורת משכון שיעכבנו בידו עד שיפרע ובזה אף הר"ן מודה וכמו שכ' לעיל:

ועיין ש"ך (ס"ק ס"ט) שהביא שכ' הר"ן שאין לחלוק על הגאוני' וכתב וכן כתב רב האי גאון בס' המשכון ובס' משפטי שבועות דמלוה על המשכון נשבע ונוטל וקשה ממה דהביא הבעה"ת (שער מ"ט ח"ד אות ו') משמו דרב האי גאון ז"ל שכ' אם טוען שחייב לו פטור משבועה דאורייתא וחייב מדרבנן וההי"ד במאן דתפס בפקדון שישבע עליו היסת ויתפוס מה שתופס וקשה הא לדבריו חייב בנק"ח כדין נשבע ונוטל וצריך לדחוק בדבריו דאיירי בתפס מעות ולא חפץ למשכון ותפס בפקדון איירי במעות וכמו שהביא עוד אחר כך מתשובתיו דבמעות לא הוי כעבד דינא לנפשיה אלא חושבנא בעלמא קא חשיב וכ' דאם אינו מוב"מ חייב היסת וכ' אחר כך אבל אם מלוה יש לזה והאחר יש לו פקדון שחייב להחזירו בעינא הא ודאי דמי לעביד דינא לנפשיה ונאמן במגו דלא הד"ם או החזרתי יכול לטעון עד כדי דמיהן כמו בההוא דחבל סכינא והנהו עיזי דאכלי כו' ומשתבע ולא כתב היסת אלא ודאי דשם איירי בפקדון חפץ דצריך להחזיר בעינא בזה הוי כנוטל וכעביד דינא לנפשיה וצריך שבועה כדין נשבע ונוטל מה שאין כן כשתפס מעות דל"ה רק כעביד חושבנא דינו כנשבע ונפטר ואינו חייב רק היסת. וראיתי בתשובת כהונת עולם (סי' פ"א) שכ' דאף החולקי' על הר"ן ואף בשותק רק להחזיק הפקדון לא מיפטר בהיס' מ"מ היכא דלא משכנו מדעתו אלא הוא תופסו ואומר יש לי עליו כך וכך משמע מדברי פוסקים שאין לו אלא היסת שהרי רה"ג סובר במלוה על המשכון דישבע בנקיטת חפץ והבעה"ת הביא משמו דאינו חייב אלא היסת וכ' וכעת נלע"ד שכולם יודו לזה והדברים מתמיהין דכי כיון שבא לידו למשכון יגרע מתופס למשכון זה נגד הסברא ודאי בבא לידו בתורת משכון דמודה הלוה שיש לו שעבוד בהחפץ עדיף מתופס והלוה כופר בכל ואם במלוה על המשכון צריך שישבע בנקיטת חפץ מכ"ש בתופס וכן מבואר בפוסקים דבהני עיזי דאכלי דחייב לישבע בנק"ח ומשם עיקר קושית הראב"ד נגד הגאונים וכן בחבל סכינא דאשכבתא מבואר אף דנאמן במגו דלא תפסתי בכ"ז חייב שבוע' נק"ח וכמבואר בבעה"ת שם ובכל הראשוני' ולהיפך י"ל דבתופס אף בשא"ר לגבות רק להחזיק בידו החפץ דינו גם כן כנוטל וחייב לישבע בנק"ח וכמו שכ':

ואם מת המלוה והיתומים אינם יודעים כמה הלוה והלוה אומר כך וכך הניח הש"ך (ס"ק קמ"ג) בצ"ע אם טוענין בעדם עד כדי דמיהן ובתומים תמה דא"כ כל מלוה על המשכון שמת לקתה מדת הדין דהלוה רק פ"א ובנתיבות כ' דרק אם היתומים רוצים

לגבות מהמשכון זה הוי כלהוציא ולא טוענין ליתומי' אבל אם רוצים להחזיק המשכון עד שיסלק כדי דמיהן טוענין עבורם ואכתי לא מסתבר דאם כן הכי לעולם יהיה מונח המשכון בידם ובבעה"ת כ' דישליש החמשים עד שיגדלו היתומים וישבעו שלא פקדנו אבא ויקחו הממון מיד שליש ולדברי הנתיבות לא יגבו לעולם רק יהיה מונח אולם י"ל דכיון דיש להם חזקה שאינם צריכין להחזיר עד שיתן כדי דמיו של המשכון וזה רוצה בהמשכון לכך צריך שישליש ביד שליש ויתרצה על שבועתם דאם לא כן יהיה מונח עד עולם והיורשים אינם חייבין להחזיר בעד החמשים שמודה דדלמא חייב יותר לכן כ' דרך פשרה שיעשה הלוה כך ובאמת אם אין הלוה מתרצה בזה רק שיחזיקו המשכון תחת ידם ולא יגבו כלל יכול הלוה לעכב כי כפי דבריו אינו חייב רק חמשים וכל זמן דהמשכון הוא בעין תחת יד היתומים אינו חייב להחזיר החמשים שמודה וגם אם היתומים אינם רוצים שיקבל המשכון רק יהיה מונח אצלם יכולים לעשות כך רק בדרך פשרה אמר שטוב שיעשו כן ולכן השואל כ' שם שכל הק' יתן על ידי שליש עד שיגדלו וישבעו שבועת היורשי' שלא פקדנו דאם לא כן למה יוציאו המשכון מתחת ידם והר"י ז"ל השיב שאינו מן הדין שיניח הכל ביד שליש רק מה שמודה תנתן ליורשים ונ' ביד שליש ומשמע דמסכים להשואל שכשיגדלו לא יהיו צריכין לברר רק שישבעו שלא פקדנו ויקחו הנ' והיינו דכיון דהן מוחזקין להחזיק עכ"פ המשכון עד שישלם כדי דמיו למה יוציאו מידם אם לא שיקבלו דמי שויו המשכון ומ"מ זה דוחק ובפשטו' משמע כמו שכ' התומים דמה"ד טוענין אף לגבות מן המשכון דלא הוי להוציא כיון דבין כך ובין כך מונח בידם. ועיין בתשוב' גו"ר (ח"ב ח"מ כלל ג' סי' ז') דהשיג גם כן על הש"ך וכ' להלכה דטוענין הב"ד בשביל היורש שממושכן עד כדי דמיו:

אך בתשובת רשב"ש (סי' שנ"ד) כ' באחד שבשעת פטירתו צווה שהלוה על המשכון כך וכך דינרים ויש ספק מאיזה משקל ודן דהוי כמו שטר דיד בעל השטר על התחתונה ואעפ"י שתופסין המשכון אין תפיסתן תפיסה לפי שאין יודעין בבירור וישבע הלוה וישלם כפי שהודה ובספר ע"ש תמה עליו דסותר לדין זה ולדברי עצמו (סי' קכ"ז) דאף ביורשים קטנים ינתן ביד שליש עד שיגדלו וישבעו ויטלו. ול"ק דכאן אמרו דאביהן ציוה שממושכן במאה וכן בנידון דרשב"ש (סי' קכ"ז) אמרו שאביהן פקד שממושכן על כ"ה דינרים ממשקל הגדול. אבל בנידון דרשב"ש (סי' שנ"ד) אביהם לא צוה כלל מאיזה משקל רק סתם שממושכן על כ"ז דינרים והיורשים באים ליטול מכח צוואת אביהם ולשונו מסופק אנו הולכין בו אחר פחות שבלשונות כמו בשטר ואעפ"י שמוחזקין בהמשכון לא מהני כיון שהספק הוא בלשון וקצת יש לומר דאם לא היה אביהן מצווה

כלל אפשר דמודה דהב"ד טוענין בעד יתומים טענת ברי עד כדי דמי המשכון דלא הוי להוציא כיון דהם מוחזקין במשכון וכמו שכ' הגו"ר והתומים רק שם הואיל דצווה אביהם שממושכן על כך וכך ואין הכחשה בזה רק אם משקל גדול או קטן הוי ריעותא דלא בירר אביהן איזה דינרין לכך נוטלין רק הפחות שבלשונות אבל לעולם היכא דליכא ריעותא טוענין עבור יתומים דמשכון שהוא בידם הוי כלהחזיק:

ועיין רמ"א יו"ד (סי' קס"ט סכ"ה) בטוען לקחת ממני רבית וזה אמר לא לקחתי נאמן בלא שבועה וכ' הרמ"א דוקא שהלוה בא להוציא מן המלוה כגון שהיה לו משכון אבל אם המלוה בא להוציא מן הלוה ישבע ויפטור ועיין שם בש"ך (ס"ק ע"ח) אפילו טוען על המשכון הלויתני ק' בר' והלה משיב היתר עשיתי עמך פטור בלא שבועה וכ"ש אם טוען הנחתי לך משכון בעד רבית והלה טוען שנעשה מתחילה בהיתר הרי משמע דהיכא דיש בידו משכון הוי הוא המוחזק ולא הוי כלהוציא ומשמע שם דאף לגבות ע"פ ב"ד יכול המלוה מן המשכון אף דהלוה טוען דהיה רבית מ"מ מטעם דלא שביק היתירא ואכל איסורא מחזקינן מה שהוא בידו ופטור אף משבועה אף דלא מהני כשבא להוציא מ"מ אם יש בידו משכון הוי הוא המוחזק ואף במקום דלדברי הלוה בטוען הנחתי לך משכון בעד הרבית דלדבריו לא זכה המלוה כלל בהמשכון מ"מ כיון שהוא מוחזק לא הוי כלהוציא אף שבא לגבות מהמשכון אם כן למה לא נטעון בעבור יתומים עד כדי דמיו של המשכון ובפרט היכא דנודע שבא ליד אביהן בתורת משכון רק שאינם יודעים על כמה הוא ממושכן נימא דהוי להחזיק וטוענין עבור יורשים כל מה שהיה מורישן יכול לטעון. ועיין מש"ל (סוף סי' נ"ז):

והיכא דתובע טוען שמא כ' הש"ך (ס"ק ס"ז) דגם כן חייב שבועת הגאונים ובתומים גמגם בזה דבהני עיזי דאכלו חושלא דין הוא דחייב לישבע הואיל דלא הוי ליה למידע וכללא הוא דכל היכא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע אבל במלוה על המשכון דהוי ליה לידע ולא ידע גרע טענתו ואינו חייב לישבע על ספק ובאמת בבעה"ת שם משם הראב"ד כ' דבהני עיזי דהאי ודאי שבועה בעי מטעם דלא אפשר ליה לידע כדין מוציא הוצאות על נכסי אשתו וכ' דהבאים אחריהם האריכו בזה ואמרו על כל משכון ואפשר שהיה טעות בידם או אנו הטועים. ואם כן כיון דקיי"ל דבכל משכון חייב לישבע אפשר שהוא גם בטוען שמא כיון דקיימינן דהגאונים חייבו שבועה לא מטעם דהאי ידע והאי לא ידע. אולם מ"מ בלא הו"ל למידע על כרחך דמחייבינן שבועה דאנן אמרינן דלא הוי טעות בידם וילפינן לכל נוטל נקטינן דכל נוטל צריך לישבע היכא דלה"ל למידע ותמהני ע"ד נתיבות (סוף סי' פ"ט) שכ' לתרץ קושית הראשונים שהקשו על הגאונים

מברייתא דאומן אומר שתים קצצתי וכ' כיון דר"י הוא דאף בקציצה טרוד בפועלים הוא והוי בו"ש ומהני מגו אף בלא שבועה. דהא אף לר"י מ"מ לא גרע טענת הבעלים שאמרו בברי דלא קצץ אלא אחד וצועק שזוכר בבירור מטענת שמא במקום דלא הוי למידע כיון דהוא יודע רק אנן אמרינן דאפשר דלא ידע ולמה יהיה האומן פטור משבועה וז"פ:

סימן עו

ברמ"א (ס' ח"י) ואפילו אמר בשעה שראו עדים קודם שתבעו בב"ד וכ' בש"ך (ס"ק צ"א) דאם היה טוען מעיקרא לקוח וגם עכשיו בב"ד טוען לקוח דמהימן רק כשטוען ממושכן וחזר וטען בפני ב"ד גם כן ממושכן לא מהימן דבממושכן הכל תלוי בשבועה שיפסקו לו ב"ד ובקצוה"ח (סי' קל"ג) כ' דלא איתברר מה לי היסת או שבועות בנק"ח כיון דחד תכסיס' נינהו לדעת הש"ך (סי' פ"ז) דהיסת גם כן בעי בנק"ח וגם אם כן שטר פקדון דנאמן החזרתי במגו דנאנסו ואם יאמר חוץ לב"ד החזרתי לא יהיה נאמן. ולא אדע מאי קשיא ליה הא עיקר הטעם דשבועת הגאונים הוא בשביל דצריך לעשות דין ואינו יכול למעבד דינא לנפשיה בלא שבועה הואיל דאינו טוען על גופו של חפץ ואינו מוחזק ממש לגבות מהמשכון עד שישבע מה שאין כן בטוען לקוח דהוא טענה על גופו של חפץ מהני המגו אף חוץ לב"ד כיון דלדבריו הוא מוחזק ממש וזה בא להוציא אינו חייב לישבע רק מתקנתא דר"נ וזה שכ' הש"ך דלא מחייב היסת אלא מתקנתא דרבנן. ואם הוא חשוד אמרינן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ובשבועת נוטל לכמה פוסקים כשאינו יכול לישבע דהוא חשוד נשבע הלוה ומפטר דלא הוי כלהחזיק אצלו המלוה רק כנוטל ועיין ש"ך (ס"ק קמ"ה) דנראה אם מת ולא נשבע מוציאין מיד היורשים וצ"ע בזה כמו שכ' שם התומים עכ"פ עיקר הטעם הואיל דתליא בפסק ב"ד שיגבה החוב ולכך לא מהני המגו חוץ לב"ד הואיל דצריך שבועה שיזכה מה שאין כן כשטוען לקוח דהיסת שהוא חייב הוא כמו כל כופר הכל ועיין ש"ך (ס"ק הנז') וזה נמי ההבדל בדין שהפקיד בשטר ותבעו חוץ לב"ד וטוען החזרתי דנאמן במגו דנאנסו ולא אבד המגו שלו כשתבעו אחר כך בב"ד משום דהוא לפטור ולא ליטול:

אך בתומים הקשה על הש"ך דכיון דאם עומד בטענתו נאמן יהיה נאמן ממושכן במגו דהי' אומר לקוח כמו שאמר מקודם. ויש לומר כיון דאף בעומד בטענתו דלקוח ע"כ הא דנאמן הוא משום דאף אז כשהראהו לעדים היה לו מגו דלא הי' מראהו ויש לומר דדעת הש"ך דהיכא דבטענת המגו אינו נאמן רק במגו לא אמרינן מגו בזה שכן מבואר בדברי הריטב"א (דף פ"א) בעובדא דנהר פקוד וז"ל וליכא למימר להימני' משום מגו דאי בעי אמר לא מת במקום המים דהתם נמי צריך מגו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזלי ותרי

מגו לא אמרינן עכ"ל הרי דאינו נאמן היכא דאף בטענ' המגו היה צריך מגו ואם כן הכי נמי כיון דאף באם עומד בטענתו דלקוח עיקר הנאמנות הוא משום מגו ואמרינן דמאז שהראהו לפני עדים עד שבאו לדון נמשך הדין ביניהם ונאמן במגו דלא הי' מראהו ול"ה מגו למפרע אבל אם בא לשנות טענתו וטוען ממושכן שהוא טענה חדשה שמתחיל מחדש אינו נאמן במגו דהיה עומד בטענתו כיון דאף אם עומד בטענתו צריך למגו. ועיין גד"ת (שער נ"א) דכוון גם כן לסברא הזאת בהא דאין המלוה נאמן לומר שטר אמנה במגו דאי בעי היה אומר פרוע כיון דפרוע גם כן אינו נאמן רק במגו דאי בעי מחל עיין שם והראשונים דלא כתבו כן אולי יש לחלק דבמגו דבידו לעשות עדיף מה שאין כן מגו דטענה.

שוב ראיתי בתשובת כהונת עולם (סי' פ"א) דעמד גם כן ע"ד הש"ך הנז' דיהיה נאמן במגו דהיה נשאר בטענה הראשונה וכ' ואפשר דס"ל דל"א מגו כשהטענה שהיה טוען א"נ בה אלא מטעם מגו כי הכא דמעיקרא בטענת לקוח לא מהימנא אלא במגו דלא היה מראהו וזה לא שמענו והרי כבר שמענו כן מפי הריטב"א הנז' והגדולי תרומה. ומה"ט א"ש ד' הש"ך דהעלה (סי' רצ"ו) היכא דשומר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דצריך שבועה אינו חייב שבועת התורה. והקשה בקצוה"ח משבועות (דף מ"ה) דקאמ' בש"ס דאפקיד בשטר ואם נאמ' דנאמן החזרתי במגו דנאנסו אין צריך שבועת התורה אם כן יהיה נאמן נאנסו מה"ת במגו דהחזרתי עיין שם ולדברי ריטב"א אתי שפיר דהחזרתי במגו דנאנסו נאמן שפיר השתא כיון דגם נאנסו שבועה בעינן אבל אם נאמר דנאנסו לא יצטרך לישבע דיהיה נאמן במגו דהחזרתי כיון דאפקיד בשטר אמרינן חזקה שטרך בידי מה בעי ורק שיהיה נאמן במגו דנאנסו והתורה לא האמינתו על נאנסו עד שיברר בשבועתו וכיון דאינו נאמן רק במגו דהחזרתי והחזרתי נמי לאו טענה מעליתא הוא נגד חזקה דשטרך בידי מ"ב רק במגו דנאנסו תרי מגו לא אמרינן. אולם מדברי תוס' קידושין (דף מ"ג ע"ב) ד"ה לעולם משמע דאמרינן תרי מגו ועיין שם במהרש"א ויש ליישב בדוחק דברי התוס' עם דברי ריטב"א ב"מ הנז'. ובנתיבות כ' דכל הטעם דיכול לשנות מפטור לפטור הוא משום דאין מדקדק בדיבורו והוי ליה כלא הגיד כלל לכן כשטוען בפני עדים לקוח ובפני ב"ד טוען ממושכן אינו נאמן במגו דהיה עומד בטענת לקוח דכל שבא לסתור דבריו הראשונים לא מהימן אפילו במגו כמבואר מדברי ריב"ש (סי' קצ"ג) דהביא ראיה מאומר עבדי וחזר ואמר בני דא"נ אף במגו רק מפטור לפטור דיכול לשנות הוי כלא אמר כלל דבריו הראשונים כי שלא בדקדוק אמר וזה דוקא במקום דאלו לא אמר כלל מקודם גם כן יכול לטעון טענה זו שטוען עכשיו לכך בדברים שאין

עשויין להשאיל דאף אם לא טען כלל מקודם כשראו בידו נאמן לטעון לקוח לכך אף אם טען אחר כך ממושכן מהימן דטענה ראשונה הוי כל"א כלל אבל בדברים העשוין להשאיל אם טען מקודם לקוח ואחר כך ממושכן אם נאמר דטענה ראשונה כאלו לא טען כלל מ"מ הוי ליה ראה ומוציאין מידו. ולא הבנתי דבריו למה שכ' בתומים כללי מגו (ס"ק קל"ג) דרק בעובדא דריב"ש שאמר האב מתחילה שלא נתרצה בקידושי בתו הקטנה ואחר כך אמר שנתרצה דסותר לגמרי דבריו הראשונים מהיפך להיפך מתחילה אמר שהיא פנויה ומותרת לשוק ואחר כך אמר שהיא א"א ואסורה לשוק בזה לא שייך דאינו מדקדק בדבריו דלא יתכן על זה לומר דאינו מדקדק בדבריו מה שאין כן אם אמר תחילה שלא נתרצה כלל ואחר כך אמר שנתרצה אבל היה על תנאי ולא נתקיים באופן דליכא סתירי' כה"ג לא דק ואם כן ה"נ אף דאמר מקודם לכן לקוח מ"מ כשטוען שהוא ממושכן הוי כלקוח על תנאי אף דנ"מ טובא בין לקוח דהוא שלו ויכול לעשות בו כרצונו כאדם העושה בשלו מה שאין כן אם טוען שהוא ממושכן דצריך לגבות על ידי ב"ד מ"מ בזה י"ל דלא דק כל כך ונאמן במגו דהיה עומד בטענתו הראשונה והדבר צריך הכרע די"ל דלקוח וממושכן הוו כטענות הסותרות לגמרי ולא שייך לומר בזה דלא מדייק כיון דנ"מ על גוף החפץ:

עוד הקשה התומים אם יהיה עיקר הטעם מחמת השבועה אם כן כיון דהרא"ש בתשובה הביא ראיה מב"ב (דמ"ו) אי חכם משוי ליה ראה דאמר ליה אמאי תפיסת דמשמע אף דאמר כן בפני עדים בשעה שמראהו מ"מ א"נ ואם הטעם דוקא משום דבעי שבו' א"כ יהי' דינא דגאונים דבטוען משכון בעי שבועה בנק"ח מבואר בש"ס ותיובתא להחולקין א"ו דטעמו דשבועה לאו דוקא רק דטענ' בפני עדים שלא בפני ב"ד לאו כלום ובתשו' רע"א ז"ל (סי' קל"ה) כ' בזה להכריע דשם איירי דעדים מכירין בראייתן ששל בעה"ב הוא וא"צ לדבורו של האומן הוי כאלו לא טען כלל ולכך אח"כ בב"ד אין לו המגו דלהד"ם אבל אם אינו ידוע לעדים שהוא של המערער וראייתם לחוד לא מזיק רק מכח דבורו בזה כיון דבאנו לחייבו מכח דבורו אמרינן הפה שאסר כו' כיון דטוען לקוח מיד לא הוי הודאה דכיון שבאנו לחייבו מכח דבורו צריכין להאמין לכל דבריו גם מה שהוא לזכותו רק משום דמחוסר שבועה והדברים נחמדים והא דהרא"ש בתשובה כ' בעובדא דידיה דהיה לו מגו דהחזרתי ולא ידעו רק מפיו לכך כ' דהכל תלוי בשבועתו והביא ראיה מב"ב דאעפ"י שכפר כבר אם ראו אחר כך בידו צריך להחזיר היינו כמו דשם איירי שהכירו העדים בראייתן בלבד ואין צריך לדבריו אבד המגו שלו כ"כ היכא דצריך שבועה. ובקצוה"ח (סי' קל"ג) הסכים לדעת מבי"ט המובא שם בש"ך דדוקא בראו מקודם שבא

לב"ד אז אזיל מגו דיליה אבל אם לא ראו אלא שהודה נאמן במגו גם להרא"ש אין אנו יכולין לקבל מה שהוא לחובתו מתוך דבריו. ולהנז' באמת מבואר דדעת הרא"ש דאף בהודה בלבד גם כן אזיל ליה המגו השתא כיון דצריך שבועת הגאונים וראיתי בתוס' רי"ד ב"ב שם בסוגיא הנז' שכ' גם כן דמגו לא מהני רק כשטוען בב"ד אבל אם הראה בפני עדים חוץ לב"ד וכשבא לב"ד טוען שחייב לו שוב אין לו מגו אבל אם הודה לו קודם לב"ד עדיין יש לו מגו דאם רוצה יכול לומר לו השטיתי בך ואין לך בידי כלום אך אם אמר לעדים אתם עדי ס"ל דאז אזיל ליה המגו ושוב אינו נאמן ומשמע שם להדיא דלאו מטעמא דמחוסר שבועה הוא:

ובגוף ראיות הרא"ש מרמאי דפומבדיתא דלא מהני המגו חוץ לב"ד נראה מדברי הרמ"ה שם להדיא דמפרש לכל השקלא וטריא שם דבאו לפני ב"ד וכן מבואר שם בש"מ משם רשב"א דמתמה אמאי אם מפיק ליה תו לא מהימן הא כל מגו כך הוא אע"ג דבתר דטעין תו לא מצי טעין וכ' דאיירי שזה כפר מתחלה בטלית ואם הוציא לבסוף לא היה יכול לטעון עליו עוד ב' קצצת לי דאיכא עדים דמכירין ואתחזק כפרן הרי מבואר דאיירי שכל טענותיהם היה בפני ב"ד וכן מדברי רמ"ה מבואר דכ' דממה דקאמר ר"א ברי' דרבא דמצי אמר אנא לשומא דידך לא צריך כבר שמוהו קמאי דקמך שמעינן נמי דאע"ג דמודה דתפס ליה במאי דאית ליה גביה לא מחייבינן ליה לאפוקי למישימיה דמגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי מהימן כי אמר בהכי תפיסנא ליה וקים לי בגוה דלא שוי טפי מהימן וה"ט דלא מחייבינן ליה לאפוקי למישימי' דאי מפיק לה הוי ליה ראה וליכא להימניה ואיעקר ליה מגו וכיון דאית ליה פסידא כדמפיק לה לא מחייבינן ליה לאפוקיה עיין שם בדבריו בארוכה ומבואר דהכל איירי בפני ב"ד ודבריו צריך ביאור הרבה דנשאר קושית הרשב"א אמאי אזיל המגו אם משוי לי' בפני ב"ד ראה דיש לו מגו דאינו מראהו ומדבריו שם מבואר דמפרש דאף איירי היכא דמודה וטען דתופס ליה במאי דאית ליה גביה. ובנ"י שם כ' כבר שמוהו בעליהם אבל אינו אומר שמו טליתך דאם כן היה מודה דהוא שלו וברשותו והוכיח מדבריו בנתיבו' (סי' קל"ג) דהודאה לפני עדים הוי כמו ראה ואינו מוכח דקצת נראה דגם הנ"י מפרש הסוגיא דאיירי בפני ב"ד מדכ' ושמעינן מהכא דאמר ואי חכם דכל דמודה מחמת אונס לראות אם יוכל לפתותו שיוציאנו אינו חייב בכך ואם איירי חוץ לב"ד יכול לטעון משטה ועיין בש"ך (סי' פ"א ס"ק י"ט) ומשמע קצת דאיירי בפני ב"ד ולדבריה' אינו ראיה מש"ס דמגו לא מהני חוץ לב"ד. אולם מדברי תוס' רי"ד מבואר דהיכא דלא יכול לטעון טענת השטאה אזיל ליה המגו אחר כך כשבאו לפני ב"ד וממילא לדינא ודאי יכול המוחזק לומר קים לי דהודאתו לא מהני ואין מוציאין מידו:

ועיין במחנה אפרים הלכות איסורי ביאה (דף ך') בתשובת הרב המובהק בעל כהונת עולם דדן שם בא"א שהודה שזינת' ובאונס דלהסוברים דבליכא מגו לא מהימנא בטענת אונס כיון שהיה הודאה חוץ לב"ד לא מהני המגו כמו שכ' הרא"ש והטור דהכל תלוי בב"ד אז המגו קיים וכ' שם בנדונו אפילו תימא דלא אמר הרא"ש אלא בתביעת ממון שטענת בעל דין תלוי בב"ד דוקא ואיכא נמי תשובת הריב"ש (סי' שצ"ג) דמשמע מתוך התשוב' דפליג אהרא"ש אפילו בתביעת ממון מ"מ הרי עד שהיתה מחזרת אחרי תרופות עיין שם. והרב בעל כהונת עולם הולך בזה לשיטתו שכתבתי לעיל משמו דאינו מסכים לדברי הש"ך דהיכא דאינו חוזר מטענתו הראשונה שטען חוץ לב"ד ומחזיק בה דנאמן ולכך חקר בזה בדינו שם אבל לדברי הש"ך דרק בטוען בפני ב"ד ממושכן א"נ דאבד המגו שלו אבל בטענתו הראשונה דלקח נאמן אם כן כמו כן בדינו שם לענין איסור נאמנת דהיה באונס אף דאומרת כן מקודם חוץ לב"ד. גם למה שכ' הש"ך דעיקר תליא בחיוב שבוע' אתי שפיר גם כן דלגבי איסור מהני אף המגו חוץ לב"ד וראיתי בנו"ב מהד"ת חלק אה"ע (סי' כ') דהעלה גם כן דמהני המגו בכה"ג אף שהוא חוץ לב"ד מה"ט. ולמה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' ח') די"ל דמגו לא מהני חוץ לב"ד דלא צריך התחכמות ולברר שיתקבל ורק בב"ד דצריך לברר שיטעון טענה היותר מבורר' אמרינן היכא דיש לו מגו דהיה טוען טענה היותר מבוררת אם הי' רוצה לשקר ומדלא טען ודאי לא רצה לטעון השקר וטען האמת כמו שהוא. י"ל דלענין איסור שאני דיוצא הלעז עליה שזינתה ודאי אף חוץ לב"ד בוחרת בטענה המבוררת יותר ומדלא טענה כן ודאי האמת אתה כמו שאמרה שהיה באונס. ולמה שכ' הנתיבות דאף להראב"ד דלית ליה שבועת גאונים מ"מ יש לחלק דבמשכון אינו יכול לזכות בו רק עפ"י גביית ב"ד מה שאין כן בלקוח דממילא הוא שלו אם כן היכא דאיכא קול זנות ורגלים לדבר דצריך חקירות ב"ד ממנה ג"כ ל"א מגו חוץ לב"ד:

ודע דהא דלא מהני אפילו כשאמר בשעה שראו העדים דחייב לו כ' הנתיבות דמיירי שראו סמוך לתביעתו או שהתרה בו אל תחזירני דאם לא כן יש לו מגו לומר דפרעו לו והחזרתי לו משכונו וכן כ' מהרי"ט בתשובה דרק בטוען לקוח לית לי' אחר כך מגו דהחזרתי כיון דהיה שלו לא החזיר אבל בטוען ממושכן טענה מעליתא הוא לומר נתפרעתי והחזרתי לו. ובש"מ חולק ע"ז ועפ"י דקדוקו בדברי הרמ"א רצה לחלוק ע"ד זה וכ' כיון דאינו נאמן ביש עדים וראה טענת לקוח וממושכן משום דאוקי החפץ על חזקת מרא קמא רק כשיש לו מגו דהוא הוכחה שאומר אמת כל טענה המסתעף מזה גם כן אינו נאמן ואמרינן דשקורי משקר אף שיטעון נתפרעתי והחזרתי דיש לחבירו טענה

על גוף המעות דנטל ממנו בחנם דאנן סהדי שאם לא הי' חייב לו על החפץ מעות לא הי' פורע לו אם לא על פי ב"ד ואם פרע לו מצד כפיית התובע שלא הי' רוצה להחזיר לו עד שיפרע לו יש לו טענה על המעות שנתן לו בחנם וכיון דזה מודה שקבל ממנו המעות חייב לשלם. ודבריו לא נהירן דרק אם דנין על גוף החפץ אז שייך מר"ק אבל להוציא ממון עם חזקה הזאת מניין לנו וגדולה מזו למדנו מדברי רשב"א בתשובה מובא בב"י ובסמ"ע (ס"ק ס"ב) דאף בדברים העשויין להשאיל אם אינם טוענין עכשיו רק לחייבו ממון בשביל שמסרן ביד אחרים אף דעכשיו יש לו דין על גוף הספרים שהם בחמר"ק מ"מ כשדנין על המעות שישלם לו מה שצריך לשלם למי שהחפצים תחת ידו אין מוציאין ממון מכ"ש בזה שאומר שהחזיר לו ואין כאן חפץ לדון עליו רק על הממון שטוען ואומר שנתן לו וכבר הוציא המעות דאנו דנין לחייבו בשביל שלא הי' נאמן על החפץ בזה אין מוציאין ממון מה דהתפיסו ברשות רק לפי טענת הלוה היה בהכרח שלא רצה להחזיר לו החפץ ולפי טענת המלוה לקח כדין בזה י"ל דכ"ע מודים דאמרינן הממע"ה ואין החזקת מר"ק של המשכון שאינו בפנינו לדון עליו מועיל להוציא ממון מה שקבל ברשות ועיין מה שיתבאר לקמן בדין זה וכאן לכ"ע י"ל דאמרינן הממע"ה ודברי מהרי"ט נכונים:

סימן עז

כתב הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' ע"ה) מובא בב"י (סי' ע"ב) ובסמ"ע שם (ס"ק ס"ב) בראובן שתובע משמעון שיש בידו ספרים שלו והשיב לו שהיה ערב בעדו וכשבא המלוה לפרוע נתן לו הספרים שימשכנם להתפרע מהם ופסק אם כי הספרים נחשב לדברים העשוין להשאיל מ"מ עכשיו אינם תחת יד שמעון ואם כן אין לו תביעה עליו בגופן של ספרים וממי שהם בידו עכשיו אינו יכול להוציא עד שישלם הדמים מטעם תקנת השוק ועיין באורים (ס"ק פ"ז) דהוכיח מזה דאין לו טענ' על שמעון דמסר הספרים ביד אחר ושצריך לשלם ממון להוציא מידו דרק כשדנין על החפץ מוציא מידו אבל לא להוציא ממון ומסתפק אם גם כשיש עדי פקדון דאינו נאמן לומר לקוח אם הדין כן גם כן. ולכאורה יש להביא ראיה דבעדי פקדון ובמקום דאינו יכול לומר החזרתי בזה אף כשדנין אחר כך להוציא ממון מוציאין גם כן מדברי הרי"ף מס' שבועות סוגיא דנגזל דכ' בשער העשירי דהיכא דיש עדים דנטל כלים מבית חבירו שלא בפניו ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן והביא ראיה מהא דאמר ר"י האי מאן דנקיט מגלא ואמר איגזריה לדיקלא דפלניא דזבניה נהלי מהימן מ"ט לא חציף אינש למיגזר דיקלא דלאו דיליה ש"מ דמידי אחרינא דלית ביה כי ה"ט לא מהימן ושם משמע דלקח הפירות לביתו ואכלן

ואינם בפנינו ודנין אחר כך כשבא הבעל הפירות על הממון הרי אי לאו מטעם דלא חציף היינו מוציאין ממון ועד כאן לא כתב הרשב"א רק בדברים העשוין להשאיל דלא ידענו כיצד בא לידו וזה טוען שהשאילו ויש חזקת מרא קמא לבעלים לכך כשדנין על החפץ מוציאין מידו דאין ראיה מחזקתו אבל כשאנו דנין לחייבו ממון והחפץ אינו בפנינו לא מהני החזקת מר"ק להוציא ממון אבל היכא דיש עדי פקדון וראיה אמרינן דיש לאידך חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו כיון דידענו דהיה של המפקיד אף כשהיה ביד אחרים שוב אין תפיסתו ראיה ואף ממון מוציאין אחר כך ולכך אי לא טעמא דלא חציף כיון דאם היו הפירות בעין היינו מוציאין מידו מטעם הואיל דראינו שלקחם מבית בעלים וחזקה כל מה שבידם הוא שלהם ממילא מוציאין ממון:

וי"ל דאף בדברים העשוין להשאיל דאין מוציאין ממון הוא רק כמו בנידון דרשב"א דלא היו דנין כלל על החפץ ולא נפל כלל ההפרש ביניהם על החפץ רק אחר כך על הממון כמו בנידון דרשב"א בזה אין מוציאין ממון אבל היכא דנפל ההפרש ביניהם בזמן דהיה החפץ בעין שוב חייב לשלם גם הממון ועיין בס' ד"מ לאאזמ"ו ז"ל (סי' צ"א) דהעיר בעובדא דהאי רעי' ב"מ דפריך משתבע אמאי הא גזלן ומאי קושיא הא אף דא"נ לקוח דגודרות אין להם חזקה מ"מ אין להוציאו מחזקת כשרות כמו דאין מוציאין ממון. ולמה שכ' כיון דאנו דנין אז על הני תרי דאכל ובזה הוי חזקת מר"ק וגם תפיס' הרועה אינו ראיה ממילא נגרר אחריו יתר הענינים וכ"כ בדברי הרי"ף הנז' אם לא היה נאמן מטעם דלא חציף כיון דנולד ההפרש בעוד הפירות המה בעין נגרר אחריו אחר כך אף להוציא ממון. אולם י"ל דכ"ז שלא הי' לפנינו טוען לא נולד שום ספק דיוכל להיות דהבעלים יודו להם ואחר כך כשבא טוען נגדו נולד הספק ואז אנו דנין רק להוציא ממון וכן בהני תרי דאכל כ"ז דלא הכחישו וידעו הבעלים יכול להיות דאין כאן שום הפרש ביניהם שפיר הקשה אאזמ"ו ז"ל דכיצד נפסול אותו מצד החזקה [ומה שכ' שם בישוב הדברים אם כי יש לגמגם קצת דהוי כנפסל על ידי עצמו כיון דעל ידי דאמר דלא אכל אולם דבריו אתי שפיר למה שכ' בש"מ ב"מ (דף נ') בכופר במלוה וראינו בידו מעות והודה בפני עדים שאין עליו מלוה אחרת באופן דלא שייך אשתמוטי נפסל וי"ל כוונתו דהודה קודם לכן עדיף ונפסל אחר כך על ידי דבריו ואתי שפיר דברי אאזמ"ו ז"ל ואכ"מ] ובאמת יש להבין למה יגרע מקרקע דמבואר ב"ב (דף ל"ג) דאם אין לו ראיה על ג"ש רק על ב' שנים דאכל הדרא ארעא והדרי פרי ועיין שם ברשב"ם ותוס' הרי דנגרר הפרי בתר ארעא וכיון דמוקמינן הקרקע על חזקת בעלים הראשונים מוציאין ממנו אף הפירות שאכל וי"ל דכיון דטוען על הקרקע שהוא שלו יש לו ריעותא דלית ליה שטר דעד תלת שנין מיזדהיר

אינש בשטרא מה שאין כן במטלטלין דלאו בני שטרא נינהו. אולם בהא דמשכיר בית בי"ב זהובים לשנה דינר זהב לחודש דקיי"ל כר"נ דקרקע בחזקת בעלים עומדת והוי כנולד הספק בתחלת חודש ואף בבא בסוף החודש מחייבינן ליה למשכיר וכן קיי"ל (בסי' קל"ט ס"ד) אם שניהם טוענין על השדה מי הוא הקרוב יותר אם החזיק אחד מהם ואכל הפירות והביא השני עדים שהוא קרוב ודאי אף דיכול להיות דזה שהחזיק ואכל הפירות הוא קרוב יותר מ"מ כ"ז שאינו מברר שהוא קרוב יותר אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם אף הפירות שאכל ועיין שם בש"ך (ס"ק ה') ולמה לא נאמר במטלטלין גם כן ועיין מה שכ' בדברי חיים מאאמ"ו ז"ל בדיני תפיסה בהגהותי שם מדין זה. ושם דנתי בנידון דכ' הכנה"ג משם ס' דמשק אליעזר דאף דקיי"ל תקפו כהן מוציאין מידו מ"מ כשאכלו ודנין להוציא ממון לא מהני החמר"ק לחייבו והבאתי סמוכין לדבריו מדברי תשובת רשב"א שאנו מדברי' בו וקצת יש לחלק בין טענות ברי לטענות שמא דהיכא דכ"א טוען ברי ומחזקינן בחזקת מר"ק י"ל אף דכשכנגדו גם כן טוען ברי שוב נגרר אחריו לחייבו בהנצמח מזה וכן באין ספק מוציא מידי ודאי כמו בנידון דסי' (קל"ט) הנ"ל דזה שיש לו עדים שהוא קרוב טוען ברי שהוא קרוב יותר מזה שיושב בהקרקע ואכל הפירות גם כן נגרר הפירות אחר הקרקע משא"כ בנידון דבעל דמש"א דהוא ספיקא דדינא הוי כשניהם טוענין שמא לכך די לנו היכא דדנין על גוף הדבר לאוקמי על חזקת מרא קמא אבל לא לחייבו ממון אחר כך בשביל החמר"ק ובמשכיר בית דאף בבא בסוף החודש מ"מ חייב לשלם כיון דהוי סד"ד ונפל הס' מיד בתחלת חודש ודנין אז לומר דקרקע בחזקת בעלים לכך שוב חייב לשלם דמי דירה:

ומאז נתקשתי בהא דמבואר בח"מ (סי' קע"ה סמ"ה) אם טען הלוקח נגד בעל המצרן ואמר גזלן אתה לשדה זו צריך בעל המצר להביא ראיה שהוא בעה"מ והוא מדברי רמב"ם ומבואר שם דאף בטוען ספק גם כן הדין כן וקשה הוא כיון שזה יושב בהקרקע כ"ז דליכא מערער מוקמינן על חזקתו וצריך המערער להביא ראיה כמבואר (סי' ק"מ) ואם כן כיון דבן המצר יושב בלי מערער ואוכל הפירות למה לא מוקמינן הקרקע בחזקתו. וראיתי בש"מ שם דעמד על זה וכתב דלא מהני חזקתו רק לגבי אותו קרקע אבל להוציא מיד הלוקח לא מהני חזקתו ועדיין קשה כיון דליכא מערער ודנין על גוף הקרקע ומחזקינן שהוא שלו למה לא יכול לסלק להלוקח ובפרט כיון דזה טוען ברי והלוקח טוען שמא וגם לא הוי להוציא מהלוקח דלדבריו הוא לא זכה בהקרקע והוי רק שלוחו. וצריך לומר כיון דלא הוי רק מטעם ועשית הישר והטוב שיסלק הבן המיצר ללוקח עליו לברר בירור גמור שהוא בן המצר וכ"ז שאינו מברר חשיב הלוקח מוחזק כיון דמן הדין לית ליה

לבן המיצר זכות רק מטעם ועשית הישר והטוב צריך שנדע בבירור דחייב לו לעשות הישר והטוב. אבל במ"א יש לומר דחזקתו מועיל לכל הדברים הנגררים אחר זה. ובאמת מדברי התשובת רשב"א אין כל כך ראיה די"ל מה שא' עכשיו אינם ת"י שמעון ואין תביע' עליו בגופן של ספרים היינו דאיירי דלא היו עדי ראיה והי' יכול לומר להד"מ וטוען שמשכנם בעד החוב דאם היינו דנין על הספרים היה נאמן במגו ורק היה צריך לישבע דהוי כנוטל הואיל דבא להוציא הממון אבל כיון דהספרים אינם ת"י ושמעון אינו תובע כלל רק ראובן הוי כלהחזיק ונאמן במגו ואין צריך שבועת הגאונים אבל אם היה עדי ראיה דלא הוי נאמן אפשר דהיה חייב לשלם מטעם דחמר"ק מהני אף למה דנגרר אחריות אולם דעת התומי' אינו כן בדעת הרשב"א דסובר דלא מהני החזמר"ק לחייבו ולהוצי' ממון:

ובאמת אף במקום שאנו דנין על החפץ לחייבו להחזירו היכא דנ"מ לענין איסור מצינו מחלוקת הראשונים בזה דדעת רמב"ם וכן הוא בש"ע אה"ע (סי' קכ"ד ס"ו) באם היה הגט חקוק ע"י של עבד אם היו מוחזקין בעבד שהוא שלו ויוצא מתחת ידה ואומרת בעדים נמסר לי ה"ז ספק מגורשת שהגודרות אין להם חזקה ועיין שם בח"מ (ס"ק י"ט) ומבואר דהעבד מוציאין מידה רק אף דמטעם דגודרות אין להם חזקה מוציאין מידה מ"מ מידי ספיקא לא נפקי ומשמע אף אם הבעל מכחישה ואומר שלא מסר לה מ"מ הוי ספק דחזקת מר"ק איננה חזקה המכרעת ומבררת שכן הוא רק חק התורה לענין ממון לדון אחריה כמו שכ' האחרונים בקונטרס הספיקות דממון. ודעת הגהת אשרי (פ"ב דגיטין) דאף ספק מגורשת לא הוי כיון דמוציאין מידה וכן מבואר בס' אור זרוע הגדול. ודעת הרמב"ם ע"כ דאין החזמר"ק מבררת לענין איסור וספק הוי אף דמוציאין מידה גוף העבד וכמו שכ' הח"מ. ולכאורה י"ל לדעת תוס' ב"מ (דף ק') דבדררא דממונא מהני תפיסה בטענת ברי אף בגודרות וכאן נמי כיון דגט כתב עליו יש ספק לפנינו דלמא כבר מסר לה והוי דררא דממונא וראיתי בש"מ (סי' קל"ו) דכ' דשם הוא מצד תפיסת הלוקח מה שאין כן לענין גט כיון שהוא מילתא דאיסורא לא שייך ביה תפיסה וא"נ אלא היכא דאיכא חזקה שהגט יוצא מת"י והוא שלה מה שאין כן בגודרות דאין תפיסתה מוכחת ודבריו אינם מובנים הא מבואר דמוציאין מידה וסוף סוף יקשה אם הוי דררא דממונ' אמאי מוציאין אולם באמת צריך לומר דוקא שם במחליף פרה בחמור דיש ספק לב"ד אף בלעדי חזקתו כיון דידענו דהחליפו זה בזה לכן כשהוא מוחזק וטוען ברי מהני חזקתו אבל כאן אף אם אנו רואין הגט כתוב על ידו דעבד כ"ז שאינו בידה ליכא ספק דמוקמינן אותה על חזקת א"א דלא נתגרשה וגם העבד על חמר"ק ולא יש לנו שום ספק

רק על ידי טענותיה וחזקתה ירדנו לבית הספק אמרינן כ"ז דהבעל אינו מודה לא יש לנו ספק לכך לא מהני תפיסתה. ומ"מ דעת הרמב"ם דאף דמוציאין העבד מידה על ידי חמר"ק כיון דמוחזקת בו עכ"פ הוי ספק מגורשת דהחמר"ק אינה מבררת לענין איסור אבל כ"ז דאינה מוחזקת ליכא שום ספק ול"ה דררא דממונ':

ויש להבין למה שכ' שם הח"מ וב"ש דאם הבעל מודה מגורש' בודאי אמאי הא בעל שאמר גרשתי את אשתי אינה אלא ספק מגורשת וגם למפרע א"נ לכ"ע וראיתי שם בס' תורת גיטין שכ' דאף גודרות מחזקינן ליה בחזקת המוחזק בו עכשיו כ"ז שאין לו טוען או ביתומים שאינן טוענין עבורם ומש"ה כשהבעל מודה מגורשת ודאי כיון שאין מי שטוען עליו ומוחזקת וכשטוען לא הוי רק ספק כיון דמחמת טענה הוא יש לחוש לענין איסור דלמא שקר הוא טוען ואכתי אינו מובן כיון דאנן טוענין עבור יתומים כמו דמבואר בש"ך (ס"ק פ"ח) ותשובת מיימוני פ' משפטים (סי' ל"ב) [ובעל שערי משפט (סי' קל"ד ס"ק ב') העלים עיניו מדבריה' וחידש זאת מדעתו דטוענין בעד יתומים] ע"כ דכל הני דאין להם חזקה כמו אומן ודברים העשוין להשאיל וגודרות דאף ביתומים מוציאין אף דאינם טוענין דלא הוי כלהוציא וטענינן בעדם דלא הוי מי שהוא בידו כמוחזק רק כ"ז דאין טוען בפנינו לא איכפת לן דאין כאן תובע שידון עמו אבל מ"מ לענין ממון מחזקינן בחזקת מר"ק ואם כן אמאי לענין איסור הוי כספק ואולי הוא טעות סופר בספר תו"ג וצריך להיות דאנן טענינן ע"כ דלענין ממון מוקמינן על חזקת מרא קמא והוו כמוחזקין וע"כ דס"ל דאין חזקת מר"ק מבררת לענין איסור והוי ספק מגורשת ושוב הבעל שמודה נאמן כיון דאף בלא דבריו הוי ספק מגורשת שוב עד א' נאמן וגם יש קצת חזקה דלא מקדים פורעניות לנפשיה וכיון דגט כ' עליו ודאי גמר לגרשה ומסר לה העבד. וראיתי בתו"ג בחידושיו לש"ס (פ"ב) דגיטין דכ' דרך חדש דעל הגירושין לא מספקי ליה לרמב"ח ואמרינן דודאי גירשה דבגט כתוב עליו מקפיד הבעל ולאלתר הוי חזקה רק דעיק' האיבעיא היה על העבד כיון דמצד עצמו אין כאן חזקה ותפיסה מוכחת בעבדים ואף דיש ראיה ברורה דגירשה מטעם דלא הי' מניח העבד בידה מ"מ יכול לומר דלא הקנה לה רק להתגרש ועל מנת שתחזיר והחזירה לו והוא מנפשיה עייל ולא הקפיד בפחות מג"ש כיון דבאמת גירשה וכיון דהעבד יוצא מת"י עשאהו חכז"ל כספק מגורשת כיון דראיות הגירושין הוא מהגט הכתוב עליו עיין שם. ויש להשיב עליו מדברי רשב"א בתשובת הכרם (סי' תקע"ב) המובא ב"י (סי' כ"ט וסי' מ"ו) דאף בקרקע דאין שום תפיסה מוכחת מ"מ היכא דודאי מכר רק דהוי תרי נגד תרי על התנאי כיון דלדברי כולם הלוקח ירד כדין אין אומרים בזה לאוקמי על חמר"ק דכיון דיש מכר ודאי

איתרע החמר"ק דהמוכר ואף דיש ס' דלמא היה תנאי כיון דתנאי מילתא אחריתא הוא אין זה מרע להמכר ולא מפקינן מיד הלוקח ועיין מה שכ' בזה לעיל דיני דיינים (סי מ"א) וה"נ דכוותי' כיון דנאמר דממה דהגט כתוב ע"י ויצא מתחת ידה מגורשת דידעינו דבא מידו דבעל ולא באנו להסתפק רק דדלמא גירשה על תנאי אין מוציאין ממנה וגם מ"ש דעשאוהו כספק מגורשת לא נראה כן רק דספק גמור הוא ולדבריו כיון דהבעל מקפיד ולאלתר הוי חזקה מהראוי שתהיה ודאי מגורשת מד"ת אלא ודאי דזה אינו וכמו שכ' תוס' שם דפשטינן ליה מדריש לקיש דהגודרות אין להם חזקה ומוציאין מן הדין מידה. ואעפי"כ לענין איסור סובר הרמב"ם ושאר פוסקים דחמר"ק אינה מבררת לבירור גמור וכשהבעל מודה נאמן כיון דבלא"ה הוי ספק מגורשת שוב אף ע"א נאמן. וא"כ יש לומר ג"כ דאין החזקת מר"ק מברר' להוציא ממון ע"י אם אין דנין על גוף החפץ עכשיו:

ושם בדברי חיים הרגשתי בדברי תוס' ב"ב (דף ל"ג) ד"ה ואי דכ' להקשות ל"ל לרב זביד משום דלא חציף תפ"ל משום דתפס מידי דהוה אמטלטלין שאין עשויין להשאיל דנאמן לומר לקוחין הן ביד. דמשמע בעשוין להשאיל דאינו נאמן אף אם דנין רק על הממון להוציא. והנה דברי תוס' שם אינם מובנים הא בקרקע ודאי הפירות נגררין אחר הקרקע דבחזקת בעליהן עומד' כמו במשכיר בית בי"ב לשנה דינר לחודש דאף בבא בסוף החודש כולה למשכיר ואף בברי וברי כמבואר מש"ס ב"מ (דף ק"י) במשכנת' בשטר שנין סתמא ועיין בב"ח (סי' קל"ז) דמטעם זה חולק על דברי תוס' דכתבו בתירוצם דמטעם סברת לא חציף אף אם הניח ברשות שאינו שלו דלא תפס בהן זכה דמניין לנו זה כיון דבלא סברת לא חציף הפירות נגררין אחר הקרקע ועיין שם בש"ך ובתומים. וקצת י"ל דודאי תוס' גם בקושיתם ידעו דבלא הטעם דלא חציף מוציאין מידו כיון דיש עדים דלקח רשות מהבעלים ולא היו הבעלים שם וכמו שהוכיח הרי"ף מס' שבועות וע"ש בתו"ח ובהג' מיימוני (פ"ט) מטוען. רק קושית תוס' היה באופן אחר דכבר עמד שם בתו"ח דמה אשמועינן רב זביד דנאמן לאו מי אמר רב יהודה הא היא ובאמת ברי"ף לא גרס אלמא אמר רב יהודה והתוס' גרסו אלמא אמר ר"י ה"נ ואם כן צריך להבין מה הוליד ר"ז חדשות יותר מדברי רב יהודה לכך סברו דרב יהודה לא אמר רק מטעם דלא חציף מניחין אותו הב"ד ואין הב"ד מוחין בידו כשהבעלים אינם לפנינו וכמו שכ' שם הרשב"ם. ובאמת כשבאו הבעלים ותבעו שלא מכרו לו שוב אין מוציאין ממנו אף לדעת הרי"ף דעד כאן לא כתב הרי"ף והרא"ש דכיון שבא לידו מרשות הבעלים דא"נ רק כשדנין על החפץ והוי כירד שלא ברשות אבל כאן כיון דהב"ד מניחין אותו מטעם סברת לא חציף הוי כלקח ברשות ממילא שוב נאמן אחר כך לומר לקוח כיון דתפס

ברשות אף דיש עדים דבא לידו מרשות בעלים מ"מ כיון דאז אין מוחין בידו וליכא הכחשת בע"ד שוב נאמן אחר כך שלא להוציא מתחת ידו והוי חזקה כבכל מטלטלין דאינן עשוין להשאיל אף דיש עדים דבא לידו מרשות בעלים כיון דברשות בא דאז נאמן מטעם סברת דלא חציף. והיה קשה להתוס' דמה אשמעינן רב זביד יותר מרב יהודה דאמר בשביל דלא חציף אין הב"ד מוחין בידו ואי דבא לאשמעינן דאף כשבאו הבעלים ותובעין אין מוציאין מידו דמדר"י לא היינו יודעין רק דמטעם דלא חציף אין הב"ד מוחין בידו ובא רב זביד להוסיף דאף אחר כך אין מוציאין מידו על זה הקשו מאי איריא משום דלא חציף היינו כשבאנו לדון אח"כ להוציא ממנו לא צריך שוב לטעם דלא חציף תפ"ל משום דתפיס דהוי כשאר מטלטלין ואף דכאן ירד שלא ברשות וידענו שלקח מרשות בעלים הא מתחילה כבר ידענו מרב יהודה דמטעם לא חציף לכנס שלא ברשות אין הב"ד מוחין בידו וכיון דאין ביד הב"ד למחות ומחזקינן לסברת דלא חציף לחזקה ברור' שאין ביד הב"ד למחות שוב כיון שבא לידו בהיתר דומה לשאר מטלטלין דאם אמר לקוחין הן בידו נאמן ואף דכאן יש עדים דבא לידו מרשות הבעלים מ"מ כיון דמניחין לו מחזקה דלא חציף שוב ידענו דנאמן לומר לקוח ואין מוציאין מיד המוחז' ומאי איריא משום דלא חציף היינו מאי משמיענו רב זביד יותר מדרב יהודה וקושית התוס' לא הוי דאף בלא סברת לא חציף יהיה נאמן דזה ודאי אינו דקרקע בחזקת בעלים עומדת וגם כיון דלוקח מרשות הבעלים הפירות ודאי א"נ וכמו שכ' הרי"ף והרא"ש וכל הפוסקים כמבואר בטוש"ע (סי' צ' ושס"ד) רק כאן כיון דשייך לא חציף והב"ד מניחין אותו ואין מוחין בידו אתחזק הדבר לבירור גמור ומאי אשמועינן רב זביד יותר מדר"י וע"ז מתרצו דאיצטריך לר"ז הטעם דלא חציף לאלם הדבר דאף אם הם ברשות שאינו שלו דלא תפס בהן גם כן אמרינן דמטעם דלא חציף כבר נתברר שהוא שלו. ואולי י"ל זאת בכוונת הש"ך (סי' קל"ז) דבמשכנתא כיון דירד מתחילה ברשות לא שייך סברת לא חציף ודבריו דברי תימא הן כמו שכ' שם בתומים דקושית הב"ח היה על קושית התוס' ולמה שכ' אתי שפיר דהתוס' לא הקשו דל"ל כלל לסברת דלא חציף דזה ודאי אינו רק הקושיא על רב זביד דלאחר שירד ברשות מטעם סברת דלא חציף שוב ידענו דאין מוציאין הפירות מידו דהוי מוחזק ומאי אתי לאשמועינן. ועיין נתיבות (סי' ק"נ ס"ק ג') מה דהקשו בש"ס בעובד' דרבה בר שרשום דאם איירי בפירות שכבר אכל נאמן בלאו הכי מטעם שהוא מוחזק כמו שכ' תוס' ולמה שכ' היכא דלא שייך בהתחלה סברת דלא חציף אינו נאמן כמו שכ' הרי"ף והתו"ח והגה"מ ואם כן שם בירד מתחילה למשכנתא דל"ש לא חציף שוב גם לדעת התוס' מוציאין מידו:

סימן עח

היכא דהטוען במשכון בא לידי הוא חשוד על שבוע' כ' הכנה"ג מהדו"ב משם פסקי ריקנטי וז"ל שישבע שה"ת שאין לו עליה פחות ממה שהוא שוה ואם חשוד השיב הרי"ף ז"ל שאינו נאמן לומר שבתורת משכון בא לידו ולא ירדתי לסוף דעתו ע"כ וכ' ע"ד הכנה"ג ולפום פשטיה מוכח שעל מה שכ' הרי"ף ז"ל דחשוד אינו נאמן שבתורת משכון בא לידו כ' שלא ירד לסוף דעתו ולא ידעתי למה הא קיי"ל דחשוד שנתחייב ש"ד שכנגדו נשבע ונוטל וצריך לומר שמה שכ' שלא ירד לסוף דעתו אעיקרא דדינא דלמה חייב שה"ת ואינו חייב אלא היסת וכדעת הראב"ד ז"ל עכ"ל וזה קשה ביותר דהא הרי"ף והגאונים הקודמים כתבו כן דהוא מן הנשבעין והנוטלין ונקרא כעין ש"ד אולם כנראה דעת הרקנטי בנשבע ונוטל אם הוא חשוד דלא עבדינן תקנתא לתקנת' ובפוגם שטרו ואינך דמה"ד נוטלין בלא שבועה אם הוא חשוד נוטל בלא שבועה וכדעת הרמ"ה והראב"ד וסייעתם בפוגם שטרו ואינך ולכך סובר במלוה על המשכון כיון דמן הדין נוטל בלא שבועה אף בחשוד מהראוי שיטול בלא שבועה. אולם באמת להסוברים דבכל נשבע ונוטל עבדינן תקנתא לתקנתא ישבע הלוה ויפטור וכן כתוב בספר דברי משפט למר זקני ז"ל:

ודברי הרי"ף ז"ל בתשובה הוא (סי' פ') ועיינתי שמה ויש להתבונן הרבה להבין דבריו ושם השיב בראובן שתובע פקדונו משמעון והשיב שבא לידו בתורת משכון והוציא עליו שטר על סך ידוע וראובן אמר שלא קבל על שטר זה כלום אלא כך וכך והשטר היה ע"ד שישלים ולא השלים וחייבוהו שה"ת שנתן לו כל מה שבשטר ונשבע ומכר המשכון שלא ע"ד ב"ד בחצי דמים שהי' שוה בשעת שנתנו ואחר כך באו עדים שנחשד על השבועה ודן הרי"ף ז"ל שאינו נפטר באותו שבועה ורואין התביעה כתביעה בעל פה ויעלה תובע על מה שיש לו על הנתבע בחשבון ויפחת ממנו כל מה שנטל ממנו אם נשתייר כלום מהודאת הנתבע הוי לי' מודה במקצת וישבע הנתבע שה"ת כדין כל תביעה שאינה בשטר ודמי המשכון כמו הרי הן של נתבע שזה החשוד אינו נאמן שבתורת משכון היה לו אצלו לפי שאינו יכול לישבע הלכך מחשבין בהן את התובע ממה שהיה לו אצלו עכ"ל הנה מבואר באותו תשובה דעתו דגם בשטר בחשוד עבדינן תקנתא לתקנתא ואם כן לא על זה הי' תלונת הר"ם ריקאנטי דבאמת דעת הרי"ף דחשוד הבא לגבות בשטר הואיל דאינו יכול לישבע אינו גובה. אך קשה להנראה מדברי הרא"ש מס' כתובות שמביא דברי הרי"ף דבפוגם שטרו שהוא חשוד שכנגדו נשבע ונפטר משמע דהוי היפוך לגמרי בנק"ח וכן כ' הב"ח (סי' צ"ב) דלדעת הרי"ף בפוגם שטרו והוא

חשוד נשבע הנתבע כעין דאורייתא וכ' דג' מחלוקת בדבר והכי נקטינן. וע' קצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ד') אם כן למה כ' דרואין כאלו התביעה בעל פה ואם נשתייר כלום הו"ל מוב"מ אבל אם דמי המשכון עולה הכל אינו נשבע רק היסת כאלו הוא בעל פה הא מ"מ כיון דעבדינן תקנתא לתקנתא אם כן כיון דמן הדין היה נוטל בלא שבועה רק דכיון דחייב לישבע בנקיטת חפץ והוא חשוד מהפכינן א"כ יצטרך ראובן לישבע בנק"ח אם מצד השטר אם מצד המשכון. גם יקשה הא לדעת הרי"ף בנשבע ונוטל אם אינו רוצה לישבע ותפס לא נחתינן לנכסיו אף אם תפס מטלטלין ולדעת הרמב"ן ור"ן פ' הכותב הוא דוקא אם תפס מעות אם כן זה שתפס ועומד ומכר הפקדון אף דהוא חשוד מהראוי שישאר בידו מה שתפס ובפרט לדעת הר"ן בתפס מעות אם טוען שהוא בידו במשכון ואינו תובע לגבות אינו חייב שבועה ולמה שכ' הסמ"ע והש"ך אף בתפס חפץ כשאינו רוצה לגבות ואינו תובע להלוה אינו חייב לישבע ואין מוציאין מידו אם כן למה מחשבין בהן את התובע ממה שהי' לו אצלו לפרעון במה שהודה הא שמעון יכול לומר אני תופס זאת על מה שכופר ומה שהודה ישלם. ואף באם המשכון הוא מעות צרורין דאינו יכול להשתמש בהן כבר כ' האחרונים דאין צריך לישבע כיון דאין צריך שומא ויכול למיעבד דינא לנפשיה ודלא כמו שכ' התומים. ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"ב) דהוי כטוען על גוף החפץ דלפי דבריו שלו הוא גוף המעות ואף דמכר שלא ברשות ב"ד כיון דלדבריו חייב לו. ואין הרי"ף דן שם כלל על ההפסד במה שמכר בפחות אם כן יכול לתפוס זה המעות על חובו והודאת הלוה נשאר בחיובו כיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה ואף די"ל דלענין משכון הוא דוקא אם ידענו בבירור דבא לידו בתורת משכון אז כשתופס מעות או שאינו רוצה לגבות מן החפץ אין צריך שבועה אבל אם אינו מודה דבא לידו בתורת משכון צריך לישבע וכמו שצדדנו לעיל (סי' ע"ה) מ"מ קשה למה לא יועיל התפיסה מכח השטר כמו בפוגם שטרו. וכנראה הדיינים שם שדנו לחייב התובע בהשטר שישבע אף דלא נזכר שם שהבעל הפקדון אמר אשתבע לי דלא פרעתיך הי' משום דבאמת הבעל הפקדון הודה בהשטר רק שאמר שהיה ע"ד שישלים לו הכל ולא השלים וע"ז הוי כמו דאומר אמנה הי' ולמה חייבו שבועה ועיין בטור (סי' פ"ב) וצ"ל דזה הודה שכך היה ורק שאמ' שהשלים ונתן לו כל השטר ודנו כמו בפוגם שטרו וחייבו שבועה ואם כן אף דנמצא ונתברר אחר כך דהיה חשוד הא מ"מ הוי כתפס ולמה לא יתחייב הנתבע לישבע רק כשהודה במקצת יותר מכפי חשבון דמי המשכון ואף די"ל דהוי הילך הא לדעת הרי"ף לא הוי משכון הילך עד שיאמר טול אותו בדמים כמו שמבואר שם (סי' פ"ח) ועיין ש"ך

(ס"ק קח"י) דהוכיח מדעת הרי"ף דאף בבא לידו בתורת משכון לא הוי הילך ובפרט שם הבעל הפקדון טוען שלא בא לידו בתורת משכון ותובע פקדונו:

וע"כ נראה מזה דלא כמו שכ' הב"ח והקצוה"ח ואף דבנשבע ונוטל מן הדין אם הוא חשוד לא אמרינן הפוך שבועה מן התובע לנתבע ורואין אותו תביעה כאלו הוא בע"פ וכמו שנראה מבואר מדברי הרי"ף בתשובה הלזה. והא דלא הוי כמוד' במקצת והתובע אף שהוא חשוד יאמר דתופס זה על מה שכופר ומה שהודה ישלם או ישבע ש"ד י"ל אף דרי"ף סובר בפוגם שטרו דמהני תפיסה והוא מטעם דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו רק דמשמתינן לי' מ"מ אפשר דמהני תפיסה בהחזרה אף דהב"ד לא נחתין לנכסיו מ"מ אם עביד דינא לנפשיה ותפס בהחזרה לא מחייבין אותו הב"ד להחזיר עד שישבע שכנגדו השבועה כעין תורה ויטול אם כן כאן נמי כיון דזה הוא חשוד ואינו יכול לישבע ומן הדין מפסיד רק שנדון הואיל דתפס אין מוציאין מידו לא מחייבינן להנתבע לישבע שבועת מודה במקצת כיון דהוי כתופס בהחזרה. או די"ל אף דסובר דמהני תפיסה בנשבע ונוטל שמן הדין הוא נוטל בלא שבועה היינו כיון דיכול לישבע רק שא"ר ודי דמשמתינן ליה אבל בחשוד כיון דהדין הוא דמפסיד ושכנגדו אינו חייב רק היסת הוי כמו דנפטר לגמרי ושוב לא מהני תפיסת החשוד או אף אם מהני מ"מ בזה מהני התפיסה בהחזרה וצ"ע בזה:

סימן עט

אם המלוה דוחק ללוה לפדות המשכון ואמר לו הלוה יהא משכון שלך לא קנה דדחוי מדחי ליה כמבואר ש"ע (סי' ע"ב סכ"ו) ועיין שם בש"ך שהניח דין זה בצ"ע ועיין תומים (ס"ק מ"א) דהעלה ליישב קושית הש"ך. ויש לחקור כיון דהנ"י למד דין זה מדקיי"ל בפועל כשאמר לו בעה"ב טול מה שעשית בשכרך דיכול לחזור בו כל זמן שלא פינהו בפניו ודעת הב"י דמשכון עדיף ואף אם בפועל אינו מדחי לו מ"מ משכון דומה לאומר הגיעך דעצים ואבנים דאין דרך לפנות מיד וה"נ במשכון לא יהא מהיר למכור וכמו שכ' בתומים או משום דבפועל שלא לעבור על בל תלין גמר בדעת שלם א"כ כמו בנפל כותלו סמוך לגינת חבירו ואמר לו הגיעך כ' בש"מ ר"פ הבית והעליה משם הרמ"ך ז"ל דאע"ג דמרי כותלא מצי הדר ביה כל כמה דלא פנינהו מרי גינתא אפ"ה מרי גינתא ל"מ הדר ביה דכיון דאירצו מחליה להזיקא ומחילה לא בעי קנין אם במשכון ג"כ אמרינן כן אף אם הלוה יכול לחזור מ"מ י"ל כיון דהמלוה שתיק ואירצו מחליה ליה או י"ל דוקא שם בהזיקא י"ל דהתרצה אבל במלוה כיון דהלוה לו אף דשתק כשאמר לו יהא שלך מ"מ כמו שהלוה מצי למיהדר בי' ולא קנה כן גם המלוה מצי למיהדר ועיין במה

שכתבתי לעיל דיני דיינים (סי' כ' אות ט"ו) דגם יש לדון כיון דלא מחל בחנם כמו דיש ביד בעל הכותל לחזור למה לא יהיה ביד בעל הגינה לחזור ובמשכון ודאי לא סמכ' דעתה דהמלוה ולא גמר לקנות כיון דביד הלוה לחזור וכן משמע מלשון הש"ע דכתב לא קני וביד שניהם לחזור. ועיין (סי' ע"ג סי"ז) באומר לו צא ומכור ומכרו ואחר כך בא הלוה לבטל המכר בטענה שלא כוון אלא לדחותו דאין בדבריו כלום וכ' הרמ"א מתשובת רשב"א דכ"ז שלא מכרו יכול לחזור וי"ל דגם באם אמר יהא שלך אם מכרו המכר קיים אולם בכנה"ג כ' דדוקא שם שעשאו שליח למכור מה שעשה עשוי וכשלא מכרו יכול לבטל שליחות מה שאין כן באומר יהא שלך כיון דלא קנה ואמרינן דדחוי מדחי ליה אף אם מכרו בטל המכר וי"ל אף להסוברים בכותל חצר שנפל דאף אם פינה שלא בפניו שוב אינו יכול לחזור כמבואר ר"פ הבית והעלי' ובראשונים שם ובסמ"ע (סי' קס"ו) מודים כאן כיון שהי' מתחילה בהלואה והחוב קיים ודאי דרק דחוי מדחי ליה ולא מהני מכירה לאחר וז"פ לענ"ד:

וראיתי במהריק"ש ז"ל שכ' על דין זה דתשובת הרשב"א המובא ברמ"א הנז' שהיה במי שהשכין חנות וכ' לו שאם לא יפרענו לזמן פלוני יהא רשאי למכרו ולהפרע שיכול לעכב בידו מלמכרו דשליח מנהו ובידו לבטל שליחות וכ' ועיין בארוך דין מחודש מ"ג דמשמע דסתר דין זה וכוונתו על מה שכ' הב"י מתשובת הרשב"א בממשכן עליה בנכיתא והתנה שלאחר הזמן יהא רשות בידו לתבוע חובו או לדור בו או למשכנה או להשכיר לאחרים וזה מוחה שאין לו רשות להשכיר למי שיש לו סיעה גדולה יותר ממה שהיה לו לבעל המשכונא וכ' הרשב"א דלפי שאף בלא תנאי בקרקע אינו יכול למחות ולומר אין רצוני שיהא ביד אחר וכיון שנתן לו רשות התנאי מוסיף להשכירם לכל מי שירצה אפילו לסיעה גדולה ומזה הקשה דנימא דמבטל שליחותו. ואם ע"ז כ' דסתר דין זה לא אבין דבריו דהא שם היה התנאי בשעת המשכונא דיהא בידו כשיבא זמן להשכיר לאחר וכל תנאי שבממון קיים וזוכה בזכות הזה בשעת המשכונא ועכשיו אינו יכול שוב לחזור בו אף קודם שהשכירה לאחר כ"ז שאינו משלם לו חובו מה שאין כן בנתן לו רשות אף בשעת המשכונא למכרו כשיגיע הזמן אינו יכול למכור דבר שאינו שלו לחלוטין רק בשליחותו דהבעל החנות שפיר יכול לבטל שליחותו קודם שמכר ואם מכר אחר כך לא מהני המכירה אחר שבטל השליחות אבל להשכיר זכותו בזה כבר זכה בעצמו בזכות זה שיהא הקנין פירות שלו עד שישלם לו ומשכיר את שלו ושוב אינו יכול לחזור בו. שוב ראיתי בכנה"ג בב"י (אות ע"ט) שכ' דבתשובה הזו אין לאל ידו לפרוע דמי המשכנתא כ"א להשכירה או למשכנה לאחרים דאם יש לאל ידו לפרוע חובו כבר כ' הרשב"א

בתשובה בב"י לעיל דשליח שוייה ויכול לבטל שליחותו וצ"ע עכ"ד ואינו מובן ודאי אם יש לאל ידו לפרוע יכול לכוף אותו. אולם הרשב"א דן כשאין לו לפרוע דמהני התנאי שהתנה שיכול להשכיר לאחרים היה הכוונה אף לסיעה גדולה. ובזה משכיר רק זכותו ול"צ לבא לזה דשליח שוייה מה שאין כן כשהתנה למכור בזה צריך לבא שימכור הגוף מה שלא זכה בו שהוא בא בתורת שליחותו בזה שפיר יכול לבטל. ואף דהוא לתועלת השליח והוי תנאי דאם לא יפרע בזמנו דיכול למכור מ"מ סובר הרשב"א כיון דלא מכר לו שום זכות ואינו יכול למכור רק בתורת שליחות יכול לבטל השליחות ובזה מסולק גם כן טענותו של הראש יוסף על הרשב"א. ועיין בב"י סוף הסי' ע"ב מה שהביא מדברי הריטב"א בהתנה שאם לא יפדה לזמן קצוב יהא מכור לו וכבר עבר הזמן וכ' בטעם הג' דהוי כאומר משוך בהמה זו ותקנה לאחר ל' יום שלא קנה ומשמעותו שיהיה מכור לו בשויו. ובמח"א דיני קנין משיכה כ' ואם הוא בחצרו לאחר ל' יום הדבר קשה אמאי לא קנה וכבר הקדימו בזה בס' ראש יוסף בדקדוקים הרבה ע"ד הריטב"א. ועיין ריטב"א ב"מ ר"פ המפקיד דעפ"י דבריו שם יש ליישב דבריו אולם הפשוט דלזה הוסיף הריטב"א ומשמועתיו שיהא מכור לו בשיווי והוי כלא פסק דמים ואם היה אומר שיקנה מעכשיו כפי שיווי היה מהני אבל במשיכה כיון דלא הוי עדיין פסיקת דמים יכול לחזור קודם לכן ואכ"מ בזה השייך לקנינים:

סימן פ

אם המלוה השכין המשכון ביד אחד או שנתן במתנה לאחר מה שהיה לו עליו ונאנס ביד אחד כ' בש"ע (סעיף ל') דאם יש עדים ששמרו כראוי ונאנס ממנו נפטר המלוה וכן אם הוא רגיל להפקיד ודעת הב"ח דמ"מ אין הלוה חייב לשלם על פי שבועת השלישי או עדים כיון דאינו טוען ברי והש"ך משיג עליו ביש עדים ועל פי שבועתו הניח בצ"ע ובתומים כ' דאין כאן ספק כיון דנפטר משמירת המשכון למה לא יתחייב הלוה לשלם. והקצוה"ח כ' בזה דהמחבר קאי על נתן במתנה כיון דזה לא זכה בגוף החוב רק בזכות לעכב המשכון עד שישלם לו הלוה וכיון דכבר אסתלק כשמכר או נתן לאחר והאחר אינו יכול לתבוע החוב דלא זכה בו בקנין מעמד ג' בזה אבד המשכון אבד מעותיו אבל אם השכינו ללוי דנוטל ממנו חובו בזה המלוה גובה מהלוה והסכים על ידו איש ריבו בנתיבות. וכל העובר ישתומם בזה נהי דלוי לא זכה בהחוב רק זכות זה שיחזיק בהמשכון עד שיפרע לו החוב ולא לתבוע גופו של לוה וכיון דאבד המשכון אבד זכותו מ"מ אף דמכר ונתן לו שמעון כל זכותו היינו גוף ההלואה גם כן כיון דמן הדין לא זכה המקבל מתנה בזכות זה דלא חל במשיכת המשכון לזכות לתבוע גופו של לוה נשאר

זכות זה ביד שמעון המלוה דלא הפקיר זכותו ואף דאם היה המשכון בעין לא הי' יכול לתבוע ללוה שישלם לו כיון דהמשכון הוא ביד לוי מ"מ כיון דנאבד המשכון באונס למה נאמר דאבד מעותיו יתבע להלוה שישלם ואינו יכול לומר דלא הי' לך לתבוע ממני אף באם היה המשכון בעין חדא דיכול לומר עכ"פ היה ניחא לי שיחזיק לי המקבל מתנה טובה אם הוא הי' מקבל הממון ממך דומיא לדינא דירושלמי המובא ברמ"א (סוף סי' רמ"א) באם הלוקח שדה באחריות נתן לאחר במתנה ובא אחר וטרף ממנו דחייב לשלם לו מכח האחריות דיכול לומר המקבל היה מחזיק לי טובה ועיין במה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מתנה (סי' ז') להסביר הדברים דלמה בלא"ה ל"א דהוי מקח טעות דעכ"פ שם מכר הוא ואין הלוקח יכול לבטל לכך צריך לומר שהיה מחזיק לו טובה ובכאן בלא"ה כיון דלא הוי קנין על גוף החוב רק על החזקת המשכון אבל לתבוע גוף החוב על זה לא הי' חל הקנין אם כן כשנאבד המשכון באונס למה לא יהיה יכול המלוה לתבוע גוף החוב ואף דאם היה המשכון בעין הי" מקבל מי שיש בידו המשכון דבלא החזרת המשכון אינו מחויב הלוה לשלם מ"מ אחרי שנאבד באונס יאמר מן השמים מרחמים עלי מה לך בזה בגוף החוב. ומה שהביא הקצוה"ח דוגמא מחזרת הקרן לבעלים הראשונים כל הרואה יבין שאין ענין לזה:

אך יש מקום לדבריהם מצד אחר דאף בשומר שמסר לשומר פטור ולא הוי פשיעה וברגיל להפקיד מיפטר אף בשבועת השומר השני היינו דלא מסר רק לשמור וכשבא האונס יכול לומר מלאך המות מה לי הכא מה לי התם בכל אונסין שאינו שכיח לבא וכל דלא בא האונס מחמת פשיעה פטור ועיין ש"ך (ס"ק קל"א) וזה שייך לומר היכא דלא יש מקום לתלות שבא האונס מחמת איזה סיבה אחרת שאפשר שלא הי' בא אם לא היה מוסר להשני כיון דאין שייכות להשומר והפסיד במה שנאנס החפץ ואם מזלא דבעל החפץ גרם שיהיה נאבד באונס מה לי הכא מה לי התם. אבל היכא דלהשומר יש איזה שייכות והפסיד במה שאירע האונס מה של"ה באם היה נשאר ביד הראשון בזה י"ל ולתלות דמזלא בישא דהאי גברא השומר השני גרם ואם כן כאן דיש להמלו' זכות בהמשכון שנשתעבד לו על חובו ואינו יכול המלוה הנותן לתבוע מהלוה שישלם לו עד דמחזיר לו המשכון. כשמסר לאחר כיון דהמקבל לא זכה בהחוב כלל ואינו יכול לתבוע החוב מהמלו' כלל רק בזכות זה בעוד המשכון תחת ידו אינו חייב להחזיר להמלוה עד שישלם לו החוב וכשנאבד באונס נאבד זכותו לגמרי שפיר יכול הלוה לומר אין רצוני שיהיה פקדוני על אופן זה ביד אחר ודלמא מזלא בישא דהאי גברא גרם שיזדמן האונס שיפסיד על ידי זה שלא יגבה החוב ואף דהוא ספיקא ואינו יכול להוציא מן

המלוה דמי המשכון ששוה יותר מהחוב ולומר שבא האונס בשביל שהכניס אחר עמו ונעשה כשותף בהמשכון ועל ידי מזלו גרם שנאבד באונס כדי שיפסיד ולא יגבה הוא החוב דמאן יימר לן שכן הוא ומספק א"י להוציא הממון כיון דמסר בשמירה ואוקי גברא בחריקאי מ"מ מידי ספק לא יצא לכך די לן בזה שנפטר מלשלם דמי המשכון ומ"מ להוציא מן הלוה אינו יכול להוציא מספק הואיל דנאבד זכותו דהמקבל מתנה יכול לומר דמזלו גרם. ואף דמצינו בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דאם מתה כדרכה לרבנן דר' יוסי השואל משלם לשוכר ולמ"ד שומר שמסר לשומר פטור אף אם לא נתנו לו הבעלים רשות להשאיל ואמאי נימא כיון דנוכל לתלות דמזלא דשואל גרם שהפסיד הן שלא יעשה מלאכה בפרה והן שיצטרך לשלם ונוכל לתלות דמזלו גרם ואם היתה הפרה ביד המשכיר לא היתה מתה י"ל דשם אזלינן בתר מי שהגוף שלו וגם דלהוציא מצד זה אין מוציאין כיון דזה אי אפשר לדעת מה שאין כן היכא דמסר לאחר המשכון דאף דהגוף המשכון לא זכה המקבל מתנה מ"מ זכותיה שיגבה החוב והשעבוד שיש על המשכון הוי כמו אם היה שותף עם הבעל החפץ וכיון דנוכל לומר שמזלו גרם שבא האונס אין מוציאין מן הבעלים החוב ועיין במח"א הלכות שכירות (סי' ו) בשוכ' בית ולקחהו תוך הזמן עכו"ם דאין השוכר חייב בשכר דלהבא דמזל שניהם גרם ודמי לנפל ועיין נתיבות (סי' ש"י) כשלא גזל הגוף יכול לומר מזל שניהם גרם ואם נגזל הגוף דנעשה האונס בהגוף השייך למשכיר הרי רואין דמזל המשכיר גרם ואינו יכול לומר להשוכר מזלך גרם ועיין ש"ע (סי' שי"ב סי"ז) במשכיר בית ונפל בבית זה אינו חייב ליתן שכירות רק מה דכבר דר ולא אמרינן מזל דשוכר גרם. ובד"מ (סי' ש"י) כ' הטעם כיון דנפל הבית לא אמרינן מזל דשוכר גרם כיון דהבית היה רע ועומד ליפול. אולם באמת ברמ"א שם כ' נשרף הבית דינו כנפל וע"כ הטעם דאזלינן בתר העיקר ומ"מ י"ל דכאן עדיף והוי ספק מזל של מי גרם ולכך פטור המלוה לשלם החוב ומ"מ לדינא נראה כהכרעת התומים דהמלוה חייב לשלם דמי החוב אם נתברר דנאבד המשכון אצל האחר באונס ואין אנו יכולין לדון מסברא לחלק בין שואל ושוכ' בזה בלי ראיה מוכרעת:

סימן פא

אם ישראל שיש בידו משכון מכותי והפקידו הישראל ביד ישראל חבירו ומת הכותי מסתפק המרדכי אם זכה הנפקד בהמותר ששוה המשכון מכנגד החוב וכ"כ בש"ע (סמ"א) וביש"ש ב"ק וש"ך כתבו דאין כאן מקום ספק דמ"ש ממשכנו של גר ביד ישראל וקדם ישראל אחר וזכה בו דזכה בהיות' מכפי החוב ובתומים כ' לדון להסוברים דאף בפקדון מותר הפקעת הפקדון כמו הפקעת הלואה הואיל דבהתירא בא לידו אם כן מיד

כשבא לידו נעשה הפקר וזכה בו הישראל מן ההפקר רק כשחי הכותי צריך להחזיר לו מצד אלמותו ואם יד ישראל תקיפה לדון בדינינו לא הי' מחזיר לו ואם כן כשהפקידו ביד ישראל שלו הפקידו. והנה מלבד דכיון דלא עלה ע"ד ישראל שלא להחזיר לו דהכותי יתן לו בפלילים ממילא לא נתכוין לזכות בו דלא חש לזה דלמא ימות ולא יחזיר לו דהא במשכונו של גר דנעשה ודאי הפקר אמרינן כל הקודם זכה ולא אמרינן דהישראל מתכוין מיד לזכות בו באם ימות ואף דלא יזכה למפרע דהוי כדבר שלא בא לעולם נימא דמתכוין מיד לזכות בו בתורת גזל מהשתא בתנאי אם ימות דיכול להתנות בדשלבל"ע וכשמת זכה בו למפרע בתורת גזל ולא יחול הזכיה של האחר אלא ודאי דלא אסיק אדעתו ולא נחית לזה אם כן בכותי גם כן כיון דבדיניהם יוציאו מידו לא אתכוין לזכות בו. גם נרא' דאף דהפקע' הלואה מותר היינו דאינו צריך להחזיר כשאינו רוצה אבל מיד שהתחייב א"ע להחזיר חל החיוב וראיה לזה מדברי תוס' ב"ק (דף קי"ד) דכתבו בהא דתרי סהדי כשהעידו לעכו"ם לא משמתינן להו אף דהפקעת הלואה שרי ומפסידים הרבה שאם היה רוצה יכול לכפור מ"מ כיון שאינו משלם על ידו אלא מה שחייב לו לא משמתינן להו ולכאורה אטו המוצא אבידה של כותי ובא אחר והזיקו האם נאמר שלא יתחייב לשלם א"ו דהלואה שאני דעכ"פ נתחייב לו מדעתו וחל החיוב לשלם רק אחר כך יכול להפקיע ממנו שלא ישלם לו וכל זמן שלא הפקיע ולא נפטר ממנו נשאר בחיובו לכך לא משמתינן להו ועיי"ש בישו"ש (פ"י סי' כ"ג) וה"נ כ"ז שלא עמדו בדין ולא נפטר מן הכותי לא זכה בהמשכון רק כנגד מעותיו. ומה"ט י"ל דאם ישראל חייב לכותי ואחר כך הלוה ישראל לכותי דנשתעבד הישראל הלוה להישראל השני מטעם שדר"נ ואסור שוב להפקיע ועיין תומים (סי' פ"ו ס"ק י"ג) דפשיטא ליה דלא נשתעבד דתיכף בקבלת המעות פקע שעבודא אבל אם כבר היה הכותי חייב לישראל יכול הישראל לומר איך תפקיע שעבודי שבקבלת המעות נשתעבדת לי כי הכותי היה בשלוחי מגזה"כ דר"נ ונתחייב לישראל ולא לכותי. וקשה להבין החילוק דלדבריו דלא חל החיוב כלל ונעשה מיד כהפקר אם כן אף דחייב לישראל אחר מ"מ כיון דבהתירא אתי לידו ומיד נפקע השעבוד הוי כנתן לו במתנה ולא חל כלל שעבודא דישראל אלא ודאי צ"ל דחל החיוב והשעבוד רק במקום דליכא חה"ש יכול להפקיע וכ"ז דלא הפקיע השעבוד נשאר אם כן אף אם הלוהו הישראל אחר כך ג"כ חל השעבוד מדר"נ:

שוב ראיתי בנתיבות המשפט בהשמטות דכ' גם כן דלא זכה כ"ז דלא הפקיע. והביא ראיה מישראל שהלוה לכותי על חמצו דאינו עובר ואמאי הא כיון דהפקעת הלואה מותר אף בפקדון זכה בו הישראל תיכף אלא ודאי כל זמן שלא גילה דעתו לא נעשה

שלו והוי של נכרי וראיה הזאת אינו מוכרחת דיכול להיו' דאיירי במקום דיש חה"ש או בגר תושב. ועוד דאף אם נאמר דכ"ז שלא הפקיע הישראל נשאר החיוב נימא מ"מ הואיל דבידו להפקיע ואנן ממעטינן מלך אבל אתה רואה של אחרים היינו של כותים דשל ישראל חבירו יש דעת הפוסקים דעובר אף בלא קבל אחריות ובשל כותי נימא הואיל דיכול להפקיע ואף בשל הפקר לדעת רמב"ן ופנ"י עובר כמו שבארתי בח"ר דיני פסח (סי' ב') אם כן ה"נ נימא הואיל דבידו להפקיע והוי כשלו אם כן כיצד משכחת אבל אתה רואה של אחרים. אך י"ל דמזה גופה מוכח דצריך עד שיזכ' בו ויפקיע זכות הכותי והוי כמו הואיל אי בעי קנה דלא אמרינן ומה שכ' הנתיבות דאפילו כבר גילה דעתו שגזל לא נקרא שלו כמו שכ' המג"א (סי' תרל"ז) דאף דגזל עכו"ם מותר מ"מ לא הוי שלכם. כבר כתבתי בכמה מקומות דלדעתי העניה לא הוי כהפקר שלא ימצא לו בעלים וכ"א יהיה בידו לחטוף מחבירו דזה אינו דרכי נועם ובודאי גם ס' היראים מודה דאם מותר וזכה בו יש לו זכות שאין אחר יכול ליקח ממנו בעל כרחו אך זה נראה דאם הבעלים בעצמם לקחו בהחזרה אף דבני נח מצווין על הגזל מ"מ בזה לא הוי כגזלן כיון דלקח את שלו בהחזרה וכשבא לידו יש לו זכות לאכלו ולעשות בו כאדם העושה בשלו ולכך לענין אתרוג דבעינן שיהיה לכם ממש ולא ישאר בו זכות לשום אדם לא הוי זה כשלו כיון דיכול ורשאי הבעלים לגזול ממנו בע"כ ואין מוציאין ממנו בדיינים. וממילא בהפקע' הלואה אם גילה דעתו דמפקיע ורוצה לזכות בו נגד אחרי' הוי כשלו. ועיין בב"ח וש"ך יו"ד (סי' קמ"ו) דאף אבידת עכו"ם קודם שנתייאש ממנו אע"ג דמותר מ"מ עדיין ל"ק זה שמצאו ובמח"א דיני גזילה (סי' ל"א) דאם בא אחר ולקחה מידו לא מפקינן מניה ומשיג עליהם וכ' דמיד שבא ליד ישראל זכה מן ההפקר עיין שם בדבריו ובתשובת זרע אברהם (סי' י"ב) דהיכא דישראל מצא אבידת כותי ובא ישראל והלשינו לכ"ע חייב לשלם להישראל מאחר שכבר זכה ונעשה ממונו ולדעת הב"ח והש"ך הנז' דלא הוי שלו ולא זכה בו עדיין י"ל דפטור מלשלם. ואף אם נאמר דאחר אינו יכול לחטוף ממנו י"ל דפטור כיון דלא עשה רק שהלשין לבעליו והבעלים י"ל דכדין זוכין בו אולם י"ל דבאבידה כיון דנאבד ממנו ויש איסור בדבר להחזיר הוי כמו שגוזל ממנו הכותי ומוציאין מידו:

ובגוף הספק של המרדכי שהקשו הישש והש"ך דמ"ש ממשכונו של גר דזכה האחר בהמותר ראיתי במהרי"ק (סי' קח"י) דכתב דעד כאן לא מספקא ליה לראב"ן אלא דוקא היכא שהפקידו אצלו ושמא בשעת מיתת העכו"ם מיד זכה בו המפקיד שהנפקד הזה כשלוחו כל זמן שלא פירש שהוא רוצה לזכות בו והרי לא גילה דעתו שירצה לזכות בו

עד לאחר זמן שבא המפקיד לתבוע משכנו דאלת"ה תקשי לו דלפשוט מההיא דמשכונו של גר ביד ישראל כו' דזה קנה השא' עכ"ל הרי דמהרי"ק עמד ע"ד הראב"ן במה שעמד הישׁ"ש והשׁ"ך וניחא ליה לחלק במ"ש. אולם באמת גם דבריו אינם מובנים דאף אם הנפקד הוי כשלוחו מ"מ במה זכה המפקיד כיון דעכ"פ לא נתכוין הנפקד שחצרו יזכה להמפקיד וע"ז למה לא יהיה הנפקד נאמן דלא נתכוין לכך וכיון דלא נתכוין לזכות בעד המפקיד אין חצרו זוכה לו דאין זה חצרו ואף לדעת הרשב"ם דחצר דנפקד הוא דמפקיד היינו לענין זה דאינו יכול להקנות למפקיד בלא מעשה קנין ואף בזה רבו החולקים כאשר כתבתי במ"א דמבואר ברמב"ם וטור להיפך ומ"מ אף לדעת הרשב"ם והטו"ז אין החצר קונה לו להמפקיד חלק המותר מן המשכון. ואולי י"ל ודאי לדעת ר"ת בתוס' ב"ב (דף נ"א ע"ב) ד"ה במתנה דדוקא שוכר דיכול להוריש זכותו ליורשיו הוי חצרו אבל היכא דאינו מוריש לא אם כן ה"נ כיון דאין לו שום זכות להשתמש במקום שמונח הפקדון כיצד יזכה לו חצרו בהמותר מדמי חובו וכן לדעת הרמב"ם והש"ע (סי' שי"ג) דאף המשכיר חצר לחבירו הוי חצרו של משכיר לזכות במציאה ודאי דלא זכה לו החצר דנפקד להמפקיד אולם להסוברים דחצרו דשוכר קונה המציאה, לו יש לומר דקונה כאן גם כן ואף דאינו משתמר לדעת המפקיד דאינו כאן י"ל כמו דמצינו להסוברים דזוכה החצר להמשכיר אף דאינו משתמר לדעת המשכיר כתבו תוס' גיטין (דף ע"ט) דבשכירות הוי שוכר כשלוחו דמשכיר ה"נ י"ל דהנפקד הוי כשלוחו דמפקיד ומשתמר לדעתו וזוכה המפקיד על ידי חצרו דנפקד במקום שמונח הפקדון ואולי זה כוונת המרי"ק שהנפקד הוי כשלוחו והגם דראיתי בתשובת מרן רע"א ז"ל (סי' קל"ג) דכ' אף להחולקים על ר"ת הוא דוקא בנ"מ שלה דידה על גוף הקרקע ואם הבעל סילק עצמו מן הפירות הוי חצרה אבל אם אין לה זכות ליתן לאחר לא להשכיר ולא להוריש לא מקרי חצרה. מ"מ ברמב"ן שם שכ' לחלוק על ר"ת וכ' דאם כן שאל לעצמו סתם הכי לא תקנו לו עיין שם מבואר אף היכא דאין לו זכות ליתן לאחר לא להשכיר ולא להוריש מקרי חצרו לזכות. ועוד י"ל דאף לר"ת י"ל דוקא בנכסי מלוג דאם מתה נעשה הבעל לוקח למפרע מתקנת אושא לכך לקנות לא הוי הוצאה מרשותו אבל שוכר לקנות מעלמא י"ל דמודה כיון דיש לו קנין פירו' קונה ואכ"מ בזה. [ובדינא דרע"א ז"ל שם יעיין במהרשד"ם חאה"ע (סי' קכ"ג) ויבואר אי"ה במ"א]. ומ"מ לדינא אף אם נאמר דספק' של המרדכי הוא דדילמא כבר זכה לו חצרו ודאי למאי דפסק הש"ע (סי' שי"ג) דחצר דמשכיר קונה לו מעלמא ליכא ספקא דחצרו של הנפקד יזכה להמפקיד ואף לאינך פוסקים מ"מ הא מבואר מדברי רמ"א (סי' קל"ח) דבלקח את חבירו אצלו בחנם לא

הוי מוחזק וע' שם בנתיבות דבלקחו בחנם לביתו ודאי לא קני אף במציאה דכל שאין לו בהחצר גוף לפירות לא מקרי חצרו רק חצרו של בעה"ב ועיין תשובת עבה"ג (סי' קכ"א) כ"ש במפקיד אף לשיטת הרשב"ם לכן הברור כמו"ש הש"ך והיש"ש דהנפקד זוכה בהמותר אם הס' הוא כמו שכ' המרי"ק ז"ל:

סימן פב

בש"ע (סי' ע"ב סמ"ד) ראובן שהי' לו משכון ביד עכו"ם המלוה ברבית ושמעון ביקש מראובן שירשהו ללוות על אותו משכון ועשה כן ונשרף ביד העכו"ם פטור שמעון מלשלם לראובן דמי המשכון והוא מהמרדכי וכ' הטעם דהא לא עשה שמעון משיכה בהמשכון ובמאי יתחייב באחריות דתקנו משיכה בשומרין ועוד טעם אחר לפטרו דהא בלא"ה היה ממושכן בעבור ראובן והיה נשרף בבית העכו"ם. ויש להבין הא מבואר ב"מ (דף צ"ט) בשואל קרדום מחבירו בקע בו קנאה לא בקע בו לא קנה וקאמר ופליגי דר"א דמהני משיכה בשומרין וכיון דחזינן אף למאן דסובר דלא מהני משיכה בשומרין מ"מ אם שימש בו קנאה כמו כן לדידן דתקנו משיכה בשומרין יש לומר דאם שימש בו מהני אף בלא משיכה להתחייב באונסין. וכן כ' בנתיבות (סי' ש"מ ס"ק ח') בשואל דלא משך וגם לא הוי סילק שמירה כגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל וכדומה אף דלא עשה הגבהה מחייב באונסין כמו לר"ה דבקע בו קנאה וכ' הש"מ הטעם דמשיכ' חייב באונסין משום דקבלת הנאה של השואל הוי ככסף וכיון דאיכ' הנאת שימוש הוי כקבלת כסף ולא מצינו חולק על ר"ה רק דגם משיכה מחייבו באונסין אבל השימוש אף בלא משיכה מחייבו באונסין ואפושי פלוגתא לא מפשינן וכן משמע קצת מדברי תוס' ב"ק (דף י') מובא ברמ"א (סי' שפ"א) בחמשה שישבו על הספסל דסתם ספסל היא שאולה לסתם בני אדם ואם נשברה תחתיהן הוי כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם ומשמע אף דלא עשו הגבהה רק ישיבה בעלמא יש להן דין שואל ואף די"ל אף בלא קנין פטור במתה מחמת מלאכה כיון דהוי כמשתמש ברשות וכיון דלא פשע פטור. מ"מ מדכ' דהוי שאולה לסתם בני אדם והוי כמתה מחמת מלאכה משמע דרק מטעם זה פטור דמטעם מזיק ברשות י"ל אף אם הבעלים אין מקפידין מ"מ יותר צריך אדם ליזהר שלא יזיק. ולא הי' להם לשבת בחוזק אלא ודאי דדין שואל יש לו ולטעם הרמב"ן הא דשואל פטור במתה מחמת מלאכה הוא משום דמשאיל פשע דלא הי' לו להשאיל דבר שאין לו כח לעשו' המלאכה ועיין (סי' ש"מ) ובש"ך שם (ס"ק ה') ואם כן זה אם נאמר דדין שואל יש לו אבל לענין שיהיה כעושה ברשות אם לא הרשה בפירוש למה יפטור היושב מטעם מזיק אלא ודאי דדין שואל יש לו מסתמ' והשימוש הוי כיש לו בו קנין שאלה

ופטור במתה מחמת מלאכה. וכיון דהתחלת השימוש מהני לחייבו באונס מה"ת לא נאמר דמה שהלוהו העכו"ם הממון על המשכון והנאה זו הוי ככסף ממילא הוי כמשך ויתחייב באונסין. וכן יש להעיר בהא דמבואר יו"ד (סי' קס"ט סי"א) דישראל שהשאיל לעכו"ם משכונו ללות עליו ברבית דאם משכו העכו"ם מותר דהקנהו לו לזה וקנייה במשיכה ועיין שם בטור משם רמב"ן ובב"י משם הבעה"ת דבלא משך אסור וקשה אמאי הא אף במשיכה לא קנייה לגמרי רק בתורת שאלה לצורך זה להלות לו לעצמו עליו אם כן אף בלא משיכה יהי' שרי דההלואה שמלוה לעצמו עליו הוי כשימש בו וקנייה. אך שם י"ל דעכו"ם אינו קונה בהתחלת השימוש דהוי רק ככסף ואינו קונה וכן למ"ש הריטב"א קידושין (דף מ"ח) דלא מצינו קנין על ידי שימוש רק הא דבקע בו קנאה הוא תקנת חכמים וי"ל דלעכו"ם לא תיקנו ועיין ש"ך (סי' ס"ו) אולם הא לדעת ריטב"א שם גם משיכה בשומרין לא מהני מדינא כיון דאינו קונה הגוף רק לפירות שאינן יוצאין מהגוף והוי כמו אותיות רק תקנת חכמים הוא אם כן גם אם משך העכו"ם המשכון יהיה אסור דנאמר דלעכו"ם לא תקנו וצ"ל דדעת הבעה"ת ורמב"ן וטוש"ע שם דמשיכה קונה בכה"ג מן התורה וכמו שכ' בש"מ ב"מ שם משם הריטב"א לכך שרי במשיכה דקונה העכו"ם לתכלית זה אף דלא הקנה לו גוף החפץ. ועיין בתומים (סי' ע"ב ס"ק נ"ד) מה שכ' שם ליישב דברי המחבר (סעיף ל"ח) על פי דברי ריטב"א הנז' דלגבי עכו"ם מלוה ברשות בעלים לחזרה דלא קנה במשיכה ודבריו נסתרין מדברי הש"ע יו"ד הנז' דאף בחפץ להשכין קנייה במשיכה. עכ"פ שם י"ל דקבלת הלואה אף אם הוי כהתחלת השימוש לא מהני לגבי עכו"ם לקנות אבל כאן לגבי ישראל צריך להבין למה לא הוי קנין להחשב כשואל על ידי מה שהשתמש בהמשכון שקבל עליו ההלואה:

שוב ראיתי בנתיבות (סי' ש"מ) שכ' דזה לא עשה שום השתמשות בהמשכון שלא נולד דבר מחודש רק רשות בעלמא השאיל לו כיון דבלא"ה היה ביד העכו"ם ולא הי' אפשר להוצי' מיד העכו"ם והוליד מזה דהיכא דקבע זמן להשאלה באופן דאז אף אם יפרע המשאיל ההלואה שלו אינו יכול להוציא המשכון מתחת ידו הוי כמשתמש במשכון ונתחדש בהמשכון דבר מחמת הישראל ונתחייב באונסין עיין שם בעומק דבריו ובענייי לא הבנתי הדברים מה לי אם הרחיב הזמן יותר מהלואתו דאמרינן הואיל דהנכרי יכול לעכב המשכון ולכבוש ת"י עד שיתן לו מעותיו של שמעון ומה לו אם לא הרחיב לו הזמן רק תנאי התנה עם השואל שתיכף כשיסלק המשאיל את החוב שלו מחוייב השואל לפרוע את שלו ואין לו רשות להאריך תפיסת המשכון ביד העכו"ם הא סוף כל סוף העכו"ם לא יחזיר המשכון עד שיקבל מעותיו שהלוה לשמעון ואף שקבל שמעון ע"ע

שיסלק בזמן שראובן יסלק חובו מ"מ גם עכשיו משתמ' בגוף המשכון ונתחדש בו דבר מחמת השואל דהעכו"ם קנאו שיכול לכבוש את המשכון עד שיתן לו מעותיו ואף דנכרי מישראל אינו קונה משכון מ"מ קנין זה יש לו בו לכבוש תחת ידו עד שישלם לו. ועיין נתיבות (סי' ס"ו ורמ"א) דאף במקום דאין בעל חוב קונה משכון מדר"י מ"מ יכול למכור הזכות שיש לו בו לכבוש תחת ידו ולא יצטרך להחזיר המשכון עד שיחזיר לו מעותיו אם כן כיון דעל חוב הקדום לא הי' לו זכות יותר ממה שחייב לו שלא יחזיר עד שיקבל מעותיו היינו חובו של ראובן ועתה כשהרשהו להלות לשמעון נתחדש לו להעכו"ם קנין יותר בהמשכון והוי שימוש מעליא לשמעון ובפרט למה שכ' משם הש"מ דמטעם הנאת שימוש דהוי ככסף מתחייב השואל באונסין א"כ הדרא הקושיא לדוכתי למה לא נתחייב בשביל הנאה זו על האונסין:

ונראה דהא בלא"ה צריך להבין בביאור דברי מהר"מ מה דכ' טעם אחר לפוטרו דבלא"ה היה המשכון ממושכן בשביל ראובן והיה נשרף הא שואל מתחייב בכל אונסין אף דבלא"ה היה בא כמו דאמרינן מ"ה מה לי הכא מה לי התם וכ' שם הנתיבות דכוונתו דעיקר הטעם משום דלא משכו ולא עשה קנין וטעם ב' הוא להנך דס"ל דסגי בסילוק שמירה ולא בעינן קנין לזה כ' דבלא"ה היה נשרף וליכא סילוק שמירה וי"ל אף דדעת הרא"ש פ' השואל דשומרים מתחייבים בדינם אף בלא משיכה וכן שואל נמי אם אמר לו הכישה במקל והיא תבוא ויצאה לר"ה במקום שאין משיכה קונה ויכול המשאיל לחזור בו ואפ"ה נתחייב באונסין ובס' מח"א דיני שומרין (סי' ז') גמגם בזה דשו"ח ושו"ש שעל פי השומר סמכו הבעלים וסילקו שמירתם מיד ממונם נתחייבו השומרים מיד כשנגנב שהרי על שמירתו של זה סמך וזה הטעם לא שייך בשואל לחייבו באונסין דאתו ממילא. אולם סברת הרא"ש דהא כ' תוס' כתובות (דף נ"ו) דשו"ש חייבתו התורה על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה ולכך שואל דעכ"פ שם שומר עליו כמו ש"ח וש"ש כיון דבעלים סילקו שמירתם וסמכו עליו שוב גזה"כ דחייב נמי באונסין הואיל דכל הנאה שלו ושעבד עצמו להחיוב דרמי רחמנא על השואל. אבל אם לא סילקו עצמם הבעלים משמירת החפץ לא חל עליו שם שומר כיון דעוד לא סלקו עצמם ולא סמכו עליו וכשמשך הוי כמוציא מרשות הבעלים ומביא תחת רשותו והוי כסלוק שמירה. אבל בקנין אחר שאינו מוציא מרשות בעלים ולא סילק שמירתו לאו שם שומר עליו:

ועיין במכילתא פ' משפטים ע"פ וכי ישאל איש מעם רעהו וז"ל נתקו הכתוב השואל מכלל השומר ואמרו ענין בפ"ע מעם רעהו מגיד שאינו חייב עד שיוציאנו חוץ לרשותו.

ומזה נראה קצת כשיטת התוס' ב"ק דשאר שומרים משקבלו עליהם לשמור מיד מתחייבין מה שאין כן שואל דחיובו באונסין לאו מטעם שמירו' הוא דמ"ה מה לי הכא מה לי התם בעינן לחיובו קנין משיכה וע' תוס' ב"מ (דף צ"ט) ד"ה כך ולדעת הרא"ש ותוס' ב"ק משיכה הוא רק לענין חזרה אבל לענין חיוב אונסין משסילקו הבעלים שמירתן חייב אם כן ליכא נ"מ בין שואל לשאר שומרים ולדעת הרמב"ם דבכל שומרים צריך קנין גם כן ליכא נ"מ. אולם המכילתא דייק מדכ' מעם רעהו שאינו חייב עד שיוציאנו לרשותו והיינו לדעת הסוברי' דבסילוק שמירה מתחייב מ"מ בעינן שסילקו הבעלים השמירה ומוציא לרשותו אף אם משיכה לא בעינן לדעת הרא"ש מ"מ סילוק שמירה בעינן מהבעלים כדי לחייבו בשמירה ואז שואל חייב כדינו. ואם כן אתי שפיר אף דבאמת הוי שימוש המועיל מה שמקבל הלואה מן העכו"ם על משכון של ראובן אבל מ"מ אם כבר היה ממושכן תחת יד העכו"ם על חוב ראובן כבר יצא מרשות ראובן וסילקו שמירתן והעמיסו השמירה על המלוה העכו"ם ומשכון אף במקום דבעל חוב לא קנה מדר"י מ"מ אינו ברשותו הוא לענין הקדש ולא הוי כפקדון ביד המלוה לענין הקדש אף המותר מכדי חובו כמבואר בפוסקים ח"מ (סי' ריי"א) וביו"ד (סי' רכ"א) וא"כ בזה שהרשה להעכו"ם להלות לשמעון גם כן אף דהשתמש בו והנאה זו שוה כסף מ"מ לא סילקו הבעלים שמירתן מן המשכון יותר ממה שסילקו מקודם לכן על ידי הלואתם ולא שייך לומר שסמך דעתו על שמירת שמעון כיון דלא נתוסף דבר לכך פטור באונסין דלאו שם שומר עליו אבל ודאי כשמשך ובא לרשות שמעון קרינן בי' כי ישאל איש מעם רעהו דשייך סילוק שמירה וסמיכת דעת דבעלים עליו וכיון דנעשה שומר ריבתה התורה שומרים הרבה לחייב לשואל אף באונסין אבל בלא משך ולא סילק שמירה יותר מאשר מקודם לא שייך דסמך דעתו עליו לכך אינו חייב כיון דבלא"ה הי' נשרף. ולפי זה י"ל דאף בגניבה ואבידה לא נתחייב כיון דלא משך ולא סילק שמירתו מן המשכון יותר מאשר היה מקודם. ולפי זה י"ל אף אם הרשה להעכו"ם להלות לשמעון והאריך תפיסת המשכון בעד חוב שמעון על זמן יותר דאז אף אם יפרע המשאיל שלו אינו יכול להוציא מתחת ידו אף דהוי כמשתמש בגופו של משכון אם נשרף קודם שפרע המשאיל את שלו מ"מ השואל פטור לגמרי כיון דלא הוי עדיין סילוק שמירה ממנו וסמיכת דעת על השואל לא חל עליו שם שומר כלל כיון דעדיין לא הוציא מרשותו שום דבר וזה דלא כמו שכ' הנתיבות וצ"ע בזה:

וראיתי בנתיבות (סי' רצ"א ס"ק י"ב) דפשיטא ליה דאם הקדים שכר לשומר שכר דהוי שו"ש אף בלא משיכה דהא קנין מהני והוי כמו בשוכר פועל לעשות לו מלאכה דמעות

קונות דבר תורה ומה לי ששכרו לעשות מלאכה או שכרו לשמור לו. ולי היה הדבר קשה דכשלא סילק שמירתו מניין לנו לומר דאם לא עשה קנין בגוף החפץ דנתחייב בגניבה ואבידה וא"ד לשכרו לעשות לו מלאכה דנתחייב במעותיו לעשות המלאכה אבל שיהיה חייב בגו"א דרק התורה חייבתו וכ"ז דלא סילקו שמירתן אף דנתחייב בשמירה מ"מ לא חייב א"ע בפירוש לשלם אם יגונב או יאבד. ומצאתי בס' תוס' רי"ד הנדפס מחדש מס' ב"ק (דף ע"ט) וז"ל שאעפ"י שקבל עליו לשמרו וגם קבל שכר שמירתו אם לא משכו אינו מתחייב בשמירתו ואם נאבד פטור עכ"ל הרי דפשיטא ליה להיפך כיון דתקנו משיכה בשומרין אינו מתחייב אף בשמירה ואף לא לשלם אף אם הקדים לו שכרו. ועיין במח"א דיני שומרים (סי' ז') דכ' מדכ' בירושלמי ד' שומרים הם ואין חייבין אלא דרך קנין מבואר דאף בשו"ש בעינן קנין משיכה אולם הביא דברי תשובת רשב"א (סי' אלף קל"ז) דנעשה שו"ש אף בלא קנין ומחלק בין אם כבר קבל שכר לבין אם נדר לו שכר דאז כל כמה דלא משך עדיין ל"נ שומר עיין שם בדבריו. ולמה שכ' י"ל אף אם הקדים שכרו כ"ז דלא סילק שמירתו עליו ל"נ שומר ואם סילק שמירתו והשומר קבל עליו לשמור בהבטחת שכרו י"ל דנעשה שומר ובכה"ג איירי הרשב"א בתשובה דסגר הבית ומסר המפתח ביד השומר לכך באם הבטיח שכרו י"ל גם כן דחייב מה שאין כן בלא סילק שמירתו אף אם קבל שכר שמירתו אינו חייב וכמו שכ' התוס' רי"ד וצ"ע:

ועיין בשער משפט (סי' ע"ב ס"ק ל"ח) דיצא לדון דאף השואל מחבירו משכון ללות עליו ולוה עליו לא מחשב שואל אלא שו"ש דדמי כמו אם שאלה לראות ודבריו לא נהירין כלל בהבנת דברי מהר"ם ז"ל וגם אף בשאלה לראות הוי רק ספק כמבואר בש"ע (סי' שמ"ו ס"י) ולדעת הרמב"ם חייב באונסין אף בשאלה לראות רק האיבעיא בש"ס היה אם פטור בזה שאילה בבעלים ומדברי הש"ע אין הכרע אם כן זה ודאי אם משך וקבל משכון להשכינו ביד אחר הוי כשואל לכ"ע כיון דמקנה לו להמלוה קנין בגוויהו ואין שאלה יותר מזה להשתמש ועיין רמב"ן ב"ב (דף קס"ח) דשואל חייב באונסין דהוי כלוקח ק"ו אם משאיל לו להשכין ולשעבדו אצל המלוה ובישראל בודאי חייב ואף אצל העכו"ם דל"ק משכון מ"מ קנין יש לו לכבוש ת"י ודאי דחייב באונסין:

עוד כ' שם השער משפט (סקל"ט) להקשות על מהר"ם וש"ע דלמה לא יתחייב לשלם לשמעון מטעם דמשתרשי ליה כיון דעל ידי הזיקו נפטר מחובו והאריך בזה מש"ס ב"ק (דף נ"ח) בנפלה לגינה והביא דברי הפוסקים היכא דנהנה מחסרונו של חבירו חייב אף דזה נהנה וזה לא חסר ודברי תוס' ב"ק (דף כ' ע"ב) וכל דבריו לא נהירין לא מבעי למה שכ' תוס' ב"ק (דק"א) דהיכא דאין גופו או בהמתו נהנה על ידי מעשיו רק ממונו

נתרבה שלא על ידי מעשיו אינו חייב לשלם ועיין ש"ך (סי' שצ"א) ודאי אתי שפיר כאן בפשיטות כיון דהוא שלא על ידי מעשיו ולא נהנה גופו ולא בהמתו אלא אף אם נאמר דחייב לשלם אף היכא דלא משתרשי לי' רק ממונו מ"מ כאן הוי זה נהנה וזה לא חסר ואינו דומה להיכא דנהנה מחסרון חבירו דחייב לשלם דשם עכ"פ היה יכול למנוע אותו מתחילה אמרינן כיון דנהנה מן ממון חבירו חייב לשלם וסוף דינו כתחילת דינו אם היה מוחה שלא להנות אבל כאן הרשה לו מדעתו מתחילה לקחת הלואה על משכונו בזה ודאי כיון דאחר כך ממילא בא שנפקע החוב דמשמיא קא מרחמי עליה שלא יצטרך לשלם להעכו"ם לכך פטור וז"פ וברור. ומ"ש מדברי מהרי"ט (סי' קכ"ח) אין ענין לכאן ועי' נתי' (סי' קכ"ח סק"ה) ודבריו שם מכוונים לדברי מהרי"ט אולם מדברי חכם צבי (סי' קל"ב) משמע דפטור מלשלם והא דחייב לעשר באנסו בית המלך גורנו בחובו הוא משום דמלכא לא טרח ואכ"מ בזה דאינו דומה לכאן כמובן ועיין בדברי חיים דיני גניבה (סי' ל"ב) ומה שכתבתי שם סוף הסי' בהגהותי:

ובספר או"ת כ' לדון דלהסוברים בשומר שהוא חשוד חייב לשלם כשאינו יכול לישבע ואם כן כיון דהעכו"ם צריך לישבע דלא פשע ודלא שלח בו יד שבועת שומרים ואינו יכול לישבע שהוא חשוד חייב לשלם מד"ת ממילא שמעון הלוה מהעכו"ם וחייב לו משעבוד מדר"נ וראובן מוציא מעותיו משמעון. ובקצוה"ח כ' דכי היכא דישראל שקבל שמירה מעכו"ם פטור דממעטינן מדכתיב רעהו הה"ד להיפוך פטור דלאו רעהו ולא אשכחן לחיובא רק בנזקין ולענין שומרין אוקמוהו אדינא ואפילו ודאי פשע פטור ומה דפשיט' ליה ובס' מח"א דיני שומרים (סי' ל"ג) מספקי ליה בזה וכ' דאפשר דממעטין מרעהו כמו כן עכו"ם בנכסי ישראל ואפשר דמתחייב מידי דהוה אנזקין עיין שם בדבריו. אולם מדברי רש"י מס' ע"ז (דף ט"ו ע"א) בהא דקאמר בש"ס שאלה קנייה דכתב כיון דחייב באונסין מבואר דיש דין שומרין לגוי בנכסי ישראל וכן מבואר ברמב"ן עה"ת פ' וישלח דכתב בפשיטת דב"נ מצווה על דיני שומרי' והוא בכלל דינים. וכן כתב שם הרמב"ן דבני נח נצטוו בדיני גניבה ואונאה ובכלל הדינים הוא והביא דבריו בכ"מ הלכות מלכים ועיין תשובת רמ"א (סי' יו"ד) וביש"ש ב"ק (פ"ה סי' מ"א) דכתב להדיא דנכרי ב"ח הוא להחזיר האונאה. והדברים האלה נשמטו מהגאון בעל שבות יעקב (ח"ב סי' קס"ה) דפשיטא ליהל היפך ואכ"מ בזה ויבואר אי"ה במקומו:

סימן פג

אם הגיע זמן פרעון אעפ"י שהלוה ממהר לפרוע חובו כדי להציל עצמו מן היזק חילוף המטבע הדין עמו כמבואר בש"ע (סי' ע"ד ס"ב) ויש לחקור אם אין הלוה לפנינו ובא

אחר ורוצה לשלם להמלוה בעד הלוה כדי להציל את הלוה מן ההפסד אם יכול לפרוע בעדו דיכול לומר זכין לאדם שלא בפניו ואני עומד במקומו או יש לומר כיון דזכיה הוא מטעם שליחות י"ל דאינו יכול לעשות עצמו שליח לחוב להמלוה ויכול לומר לאו בעל דברים דידי את ואיני רוצה לקבל ממך שיפקע חובי בהפרעון הזה. וראיתי בריב"ש (סי' קצ"ז) דכתב בנידון דהמלך עשה מטבע חדשה פחות הרבה מאשר היה מקודם וצוה בכל מלכותו שיקובל המטבע ואחר כמה שנים פסל אותו וזמן ידוע היה לפרעון חובות ובא אחד ופרע ביד נאמן ב"ד בעד לוה אחד לפדות משכונאממטבע הגרוע ודן הריב"ש אף דמצד דינא דמלכותא דינא מ"מ כיון דהלוה בעצמו לא עשה הפרעון ההוא ביד נאמן ב"ד ולא נתברר שהיה שלוחו אף אם היה מוסר ליד הלוה עצמו אם לא רצה לקבלם ואמר לו לאו בעל דברים דידי את הרשות בידו וכ"ש שהפרעון לחובתו של מלוה שמוציאין הקרקע מידו וכ"ש מפני חשש מטבע שהיה עומד לפסול בכל יום אעפ"י שהלוה בעצמו היה יכול לפרוע מ"מ אחר בעדו לא יפרענו לחובת המלוה כל שאינו שלוחו עיין שם בדבריו הרי מבואר דאחר א"י לפרוע בעל כרחו לטובת הלוה כל שהוא לחובת המלוה:

אך יש להבין אם נאמר דזה הוי חוב אף שהוא רק להמלוה מה מועיל אם עשאו לשליח הא קיי"ל דאינו יכול לעשות שליח לחוב לאחרים אף אם עשאו שליח כרוב ההפוסקים החולקים על רש"י כמבואר (סי' ק"ה) וכן דעת ריב"ש בעצמו (סי' ק"ז) ואף לומר קים לי כרש"י הסכימו כל האחרונים דאינו יכול לומר קים לי. אם כן אמאי מהני אם עשאו שליח. אולם י"ל למה שכתבו המחברים להשיג על הנו"ב דדעתו אף בזמן הש"ס דיכול אדם לגרש אשתו בעל כרחה מ"מ אינו יכול לגרש על ידי שליח בע"כ והשיגו עליו מכמה הוכחות מש"ס ופוסקים דיכול לגרש על ידי שליח בעל כרחה והטעם כיון דהאשה משועבדת לקבל גיטה כשרוצה לגרשה ולכך יכול לגרשה אף בעל כרחה ואף על ידי שליח דהא אינו חב אלא לדידה ולא הוי במקום שחב לאחרים ועיין בית מאיר (סי' קט"ו) וכן בקצוה"ח (סי' קפ"ב) כ' גם כן ע"ד זה ויש להסביר עוד דהא עכ"פ אין האשה מחויבת להזמין את עצמה לקבל הגט וכל זמן דיכולה להשמט ממנו ולברוח לא תפסיד מזונות כמו שכ' בספר הפלאה אה"ע (סי' ע"ו) מ"מ למה שכ' הרשב"א גיטין (דף ע"ה) דאף אם נתינה בעל כרחה לא הוי נתינה היינו במה שהפסיד המקבל במה שהוא שלו אבל בגירושין שיש להאשה שעבוד על בעלה בעודה תחתיו כשהוא בא לסלק שעבוד מעליו אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה נמצא שאתה מחייב את שלו בע"כ ואל תחייבהו ולכך גם בפרעון חוב נמי נתינה בעל כרחו של מלוה הוי נתינה עיין שם ולכך מהני גם כן על ידי שליח אף שהוא חב להמלוה וכן בגירושין וביותר יש לומר

כיון דמוסר ביד השליח הגט ועושה אותו במקומו לגרש אף בע"כ אבל מ"מ עומד במקום הבעל לגרשה ברצונה שהנתינה לידה מן השליח לגירושין יהי' כמו נתינת הבעל לכך כיון שהוא במקום הבעל יכול לגרשה אף בעל כרחה לסלק מן שעבודה מה שאין כן אם עושה שליח לגבות חובו דלא חל כלל עדיין השליחות דאף לכוף להלוה שיסלק לו אינו מועיל השליחות דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את כמבואר ברא"ש ב"ק (דף ק"ג) דאף אם עשאו שליח בעדים אינו יכול לכוף להלוה ואינו חל השליחות רק אז כשמשלם לו מדעתו ורצונו אם כן אם תפס גם כן לא מהני כיון דאז אם תפס חל השליחות ואז אם הוא במקום שחב לאחרים אין אדם יכול להעשות שליח לחוב לאחרים כמו שכ' הרא"ש דלא כל כמינה לעשות שליח לחוב לזה אבל היכא דחל השליחות מיד כמו בגירושין שמוסר ליד השליח הגט וממנה אותו במקומו לגרשה הן מדעתה הן בע"כ ממילא שוב ידו כיד הבעל ויכול לגרשה ג"כ בע"כ. וא"כ כמו כן בנידון דהריב"ש אם מוסר לו הממון וממנה אותו לשליח לפרוע עומד במקום הלוה ולא איכפת לן במה שהוא חב להמלוה. מה שאין כן אם לא עשאו לשליח רק שבא לעשות במקומו בשעה שפרע לו ואז כיון דהוי חוב לו אינו יכול לפרוע בע"כ כדי לחוב לזה דזכיה ג"כ א"י לעשות לחוב לזה:

וראיתי בתשובת שער אפרים (סי' קל"ז) באחד שעשה מקח להעמיד ללוקח סחורה לזמן קצוב ובאם יעבור הזמן התחייב בקנס גדול ובסוף הזמן בא לוי ואמר שיודע בבירור שלא יבא המוכר לזמן וכדי שלא תתבע ממנו הקנס לכן אני מעמיד לך בעדו הסחורה לסלק ממנו הדו"ד והלוקח אומר לאו בעל דברים דידי את כיון שאינך שלוחו וכתב די"ל זכין לאדם שלא בפניו אף במקום דחב לאחרים בזכיה הזאת והביא ראיה מטוש"ע (סי' פ"א) דראובן האומר לשמעון חייב אתה מנה ללוי ואמר כן אעפ"י שלא בא בהרשאות לוי מ"מ הוי הודאה הרי דזכין לאדם שלא בפניו אף במקום שבא להתחייב. וראיה הזאת איני מבין כלל הא שם כיון דאמר אתם עדים ושתק הוי הודאה גמורה ומה חוב הוא לו כיון דבידו לחזור וכיון דאינו חוזר ועומד בהודאתו רוצה לחוב לעצמו ולהודות שכן הוא מה שאין כן היכא דמוחה ואומר לאו בעל דברים דידי את שפיר קאמר וכמו שכ' הריב"ש בנידונו. עוד הביא ראיה ממס' קידושין (דף כ"ג) גבי ע"כ דקונה עצמו בכסף על ידי אחרים אף שלא מדעתו משום דקבלת רבו גרמה לו הרי דחבין לו שלא בפניו כיון דעוסק בטובת האדון ה"נ אם הוא זכות לחבירו שלא בפניו. ועיין בתשובת ריב"ש מדין זה עכ"ד ובל"ס כוונתו על דברי הריב"ש הנז'. ומשם מבואר דאינו יכול לחוב לזה בעל כרחו אף שעוסק בזכות אחר וגם ראיה הזאת לא אבין כלל הא שם כבר פירש"י דהרב אינו נעשה שלוחו רק לצורך עצמו ומקניהו מאליו ואחרים אינם חבין לו רק קבלת

רבו והיינו כיון שמקבל הכסף יוצא ממילא העבד לחירות ועיין שם בפ"י דהוי כמפקיר עבדו ואין צריך לזכות בעד העבד כלל ולכך אף שהוא חוב להעבד, לר"מ מ"מ אין האדון משועבד לעבדו. מה שאין כן בנידון דשער אפרים דהלוקח אינו רוצה לקבל שפי' יכול לומר לאו בע"ד דידי את כיון דלא בא בשליחותו של המוכר ואף דזכות הוא לו מה שזה מסלקו בסחורתו בעדו מ"מ אינו יכול לחוב לזה בע"כ:

הגם דיש לחלק נידון דש"א מנידון דהריב"ש דשם יש חוב גמור להמלוה דמסלק לו במטבע העומד לפסול בכל יום מה שאין כן בנידון דהש"א דאין לו שום הפסד מן הקרן רק מניעת ריוח וסילוק תביעתו על הלוקח מהקנס שחייב א"ע וכבר כ' בתשובת מהר"ם אלשיך ז"ל (סי' ל"ז) דלא אמרו רק במקום שחב לאחרים לא במקום שמונע ריוח לאחרים כמו בנידון דידיה שם באלמנה שתפסה על ידי שליח מטלטלין למזונותיה שאינו חב אלא שהיורשים היו מרויחים בנכסים אבל חיובא דמזונות בכל גוונא עליהו רמיא ודוקא במקום שמזיק לאחרים אבל לא במקום שמונע ריוח. ועיין בש"מ כתובות (דף פ"ה) דכתב ג"כ כדברי מהר"ם אלשיך דחב ליורשים לא הוי כחב לאחרים ולכך מהני באלמנה תפיסה למזונות על ידי שליח וכ' שמצא און לו מחכמי א"י וכוונתו על מהר"ם אלשיך הנז'. אם כן כמו כן י"ל דחיוב קנס שעדיין לא זכה בו לא הוי רק כמניעת ריוח. ואף דמצינו דהש"ס מדמה מגביה מציאה לאחרים לתופס לבעל חוב במקום דחב לאחרים ול"ק רק מטעם מגו דזכה לנפשיה מ"מ צ"ל דסברת המר"ם אלשיך ז"ל הוא דכיון דהוי הפקר ויד כל אדם בו עדיף טפי ודעת הרמב"ן בש"מ שם באמת דלדידן דר"י אמר קנה חבירו הוא מטעם זה דלא הוי חב לאחרים כיון דלא מפסיד לאחרים דהוי הפקר ואף לדעת תוס' ורוב הפוסקים דצריך לטעמא דמגו דזכה לנפשיה וזולת זה ל"ק אף דלא הוי רק מניעת ריוח י"ל דדעת מהר"ם אלשיך לחלק בין מניעת ריוח דהשת' למניעת ריוח העתיד לבא. מה שאין כן בנידון דהריב"ש י"ל דהוי חב לאחרים ממש דמונע ממנו זכותו שזכה מכבר בהמשכונת' וגורם לו היזק מטבע בבירור. אולם מתחילת דברי הריב"ש נראה דאף בלא טעמא דחב לאחרים אם לא רצה לקבל ואומר לאו בעל דברי' דידי את הרשות בידו רק הוסיף וכ"ש שהפרעון לחובתו כו' הרי דאף בלא חב כלל גם כן יכול לומר לאו בעל דברים דידי את וממילא בנידון דהש"א גם כן יכול הלוקח לומר לאו בעל דברים דידי את ואינך יכול לכוף לי לקבל הסחורה. ואף די"ל דהריב"ש שם לא סמך על זה בלבד כיון דהוסיף עוד לצדד שם בדינו מטעם דלא שילם כל החוב מ"מ משמע ודאי דעתו דבמקום דחב לאחרים א"י לכוף אותו שיקבל הפרעון:

גם בדיני דש"מ ומהר"ם אלשיך ז"ל משמע מדברי רמ"א אה"ע (סי' צ"ג סכ"ג) וב"ש שם (ס"ק מ"ד) דבכל גונא לא מהני תפיס' על ידי שליח אף במקום דאינו חב למקבלי מתנה רק ליורשים ולא הוי רק מניעת ריוח וכן דעת הב"י בתשובה הביא דבריו בספר נתיבות משפט שעל רבינו ירוחם (דף ש"ח) והסכים לזה אף שדעת מהרשד"ם ומבי"ט כדעת מהר"ם אלשיך ובאבני מילואים שם הביא ע"ד ב"ש הנז' דברי הש"מ כתובות הנז' וכתב ולפענ"ד נראה עיקר כדברי הרב מ' בצלאל ז"ל. ובאמת דברי הריב"ש (סי' קצ"ז) הנז' משמע קצת דמה שכ' (סי' ק"ז) דהוי חב למקבלי מתנה לא דוקא הוא רק חב ליורשים גם כן לא מהני ומ"מ אף דבנידון היכא דהוי הפסד והיזק מטבע ודאי הדין דאם המלוה אינו רוצה לקבל מן האחר דאין המוחזק יכול לומר קים לי ומוציאין ממון מן הלוה אחר כך. אולם בנידון דהש"א הנז' דלא הוי רק מניעת ריוח שיחוב לו קנס י"ל דיכול לומר קים לי כדעת מהר"ם אלשיך ורבינו בצלאל בש"מ הנז' דזה לא הוי כחב לאחרים ואין מוציאין ממנו ומ"מ צ"ע כיון דנראה מדברי הריב"ש דאף בלא חב כלל יכול לומר לאו בע"ד דידי את:

סימן פד

אם משכן לו שדהו או אפילו ב' שדות אינו יכול לכופו שיחזיר לו חצי המשכונא בחצי המעות כמבואר ש"ע (סי' ע"ד ס"ה) וכ' הטו"ז במטלטלין שאין להמלוה פירות כיון שאין זה תועלת להמלוה כופין על מדת סדום ובתומים כ' אף שאין לחלוק עליו בלי ראיה מוכרעת מ"מ לא מסתבר שיהי' זה מדת סדום שיכול לומר יותר שיש לי משכון שוה הרבה תדחיק עצמך לפרוע. ולא אדע הפחד של מאור הגולה התומים ז"ל הא הדבר מבואר בב"י דאין לחלק בין מטלטלין לקרקע וכן כ' הש"ך (ס"ק ח"י) דפשוט הוא דאין חילוק בדינים אלו בין משכון קרקע או משכון מטלטלין וכן הסברא דכיון דאין כופין על מדת סדום בתחלת ההלואה שילוה לו על משכון כדי חובו אם אינו רוצה עד שישכין לו משכון ששוה הרבה כשהלוהו נשתעבד לו כל המשכון על כל החוב יכול לעכב עד שישלם לו כל החוב:

והנה דין זה במשכון קרקע דלא נפדה לחצאין ואם פורע החצי אוכל המלוה כל הפירות הוא מתשובת רשב"א המובא ב"י יו"ד (סי' קע"ב) דכולה משכונא אשתעבדא ליה לכולה מלוה ואנו רואין המעות כאלו הן פקדון עד שיפרע הכל והביא ראיה מש"ס קידושין (דף כ' ע"ב) אמר אביי את"ל עבר עברי נגאל לחצאין משכחת לחומרא זבניה בר' ויהיב נ' ואיכסף וקם על ק' אי אמרת נגאל לחצאין יהיב ליה נ' ונפיק ואם איתא דכל שנפרע חצי המלוה נוטל חצי הפירות אם כן אף את"ל שאינו נגאל לחצאין ה"מ שאינו יכול לכוף

את רבו לקבל ממנו כסף מקנתו לחצאין אבל אי ארציה ואיתרצי נגאל חציו והרי זה עובד את רבו יום אחד נמצא שזה פרעון גמור בחציו והאיך אמר אביי שהוא פקדון אלא מכאן שאף על פי שגואל לחצאין אינו יוצא מכלל שעבודו לכך הוי כפקדון עד שיפרע הכל עכ"ד. וכל המעיין יתפלא ע"ד הא הרשב"א בחידושיו לקידושין שם הקשה היכי הוי כפקדון והא איהו לפרעון קבלינהו ואף שאינו נגאל לחצאין היינו שאינו יכול לכוף להאדון אבל אי אתרצי וקבל לפרעון אמאי לא הוי פרעון וכ' דהכא בקבל סתם כו' והכא כיון דקבלינהו בסתם ומדינא לא הוי פרעון דבר תורה חשבינהו להו כפקדון עד דפרע דמי כולה אבל אי אתני בפירוש שיהא פרעון בין שת"ל נגאל או אינו נגאל פרעון הוי ויהיב ליה מאי דאישתאר עליה ונפיק עיין שם וכיון דעל כרחך הסוגיא איירי דקבל סתם בזה אמרינין שלא קבלו כלל לפרעון מה הוכיח גם בחידושיו שם מדברי אביי דמשכנתא אף דנגאל לחצאין אין הלוה אוכל פירות הא אביי אמר כשת"ל אינו נגאל לחצאין גם מנ"ל לאביי דאי אינו נגאל לחצאין הוי פקדון בקבלו סתם דלמא באמת הוי פרעון רק דאינו יכול לכופו בגאולת חצאין אבל אי קבלינהו הוי פרעון. וראיתי בשע"מ (סי' ע"ד) שהאריך בזה לתמוה ע"ד הרשב"א והניח דבריו בצ"ע:

ולפע"ד דברי הרשב"א נכונים וברורים דסובר בדברי אביי דודאי כשת"ל דאינו נגאל לחצאין ויהיה חומרא וקולא ובכל צד יהיה הקולא להעבד שיהיה בעל כרחו של האדון והבריה יהיה ביד העבד מה שירצה אחר כך בקבלת המעות של האדון אם ירצה יהיה הנתינה לפדיונו ואם ירצה יהיה פקדון דזה ודאי אין סברא שיכול לכוף להאדון שיקבל כפי שירצה אחר כך ועל כרחך צ"ל שקבל האדון ברצונו ועל זה הקשה הרשב"א באם קבל ברצונו אף אם אינו נגאל לחצאין מ"מ כיון שקבל לפרעון אמאי לא הוי פרעון ומתרץ דאיירי שקבל בסתם והעבד נתן לו בסתם בזה הבריה ביד העבד וכיון דהדין דאינו נגאל לחצאין הוי כפקדון ואם ירצה העבד יאמר אחר כך דהא כבר קבל על פרעון אבל באתנו בפירוש שיהיה פרעון אם כן התרצה לזה וממילא מוכח דאינו עובד לרבו יום אחד ולעצמו יום אחד דאם נאמר באת"ל דנגאל לחצאין היינו שהעבד זוכה מיד שלא יעבוד לו רק יום אחד לרבו ויום א' לעצמו אם כן אף מה"ד אינו יכול לכוף לרבו על זה דאינו נגאל לחצאין מ"מ כל שנתן לו העבד המעות על גאולת חצאין ממילא זוכה העבד בחלקו ואיך יכול שוב לומר שיהא פקדון אלא ודאי דאף אם נגאל לחצאין מ"מ אין העבד זוכה מיד בחלקו רק אם נגאל לחצאין זוכה האדון בהמעות ונחשב לו על שנים האחרונים ממילא אם אינו נגאל לחצאין הבריה ביד העבד אף שהתרצה לתת לו חצי דמי פדיונו מ"מ כיון דהשתא אינו זוכה כלום רק על שנים האחרונים וכיון דנותן סתם

והדין דאינו נגאל לחצאין בעל כרחו יכול לומר שהוא פקדון אבל אם היה הדין נותן שזוכה מיד בחלקו אם כן אף שהתרצה האדון וקבלו לשם פרעון והעבד זוכה מיד בחלקו איך יכול לומר שיהא פקדון אף דאינו נגאל לחצאין מ"מ כל שנתנו לו וקבלו האדון וזיכה לו בחצי עבדותו כבר נגמר הפדיון רק כיון שאף אם היה הדין דנגאל לחצאין היינו שיכול לשום לו החצי העבודה משנים האחרונים כפי ששוה עכשיו לכן כשנתן לו המעו' בתורת פדיון מ"מ אינו נותן לו רק כפי הדין ואם הדין דאינו נגאל לחצאין נעשה פקדון ועיין ספר המקנה קידושין שם. ומ"ש הרשב"א דבממשכן סתם כשגואל לחצאין נעשה המעות כאלו הן פקדון ודאי המעות הן באחריות המלוה רק לענין זה שלא יהיה נגרע המלוה מזכות פירותיו רואין כאלו הן פקדון אבל ודאי פרעון הוא אף שהתרצה וקבל סתם לא נגרע על ידי זה מפירותיו כ"ז שלא אתני הלוה בפירוש אבל כשלא אתנו על זה רק שנתן לו סתם בפרעון רואין כאלו הוא פקדון לענין שלא יגרע המלוה מפירות כל המשכונתא אבל באחריות של המלוה הן ואף אם אחר כך רוצה הלוה שיחזיר לו המעות אפשר דאין המלוה מחויב להחזיר לו שעל זה נתן לו המעות לפרעון חובו ודברי השער משפט שכתב שם בקבל סתם להסתפק אם הוא באחריות המלוה או לא אינם נראין דודאי כיון שנתן לו על פרעון חובו והמלוה קבלו סתם הוי פרעון גמור רק לענין שיהיה המלוה נגרע מפירותיו חשבינן כפקדון כיון דאין הלוה זוכה כלום כעת כל זמן דלא אתנו בפירוש ברצון המלוה ואין המשכון יוצא משעבודו כלום וז"ב ופשוט בדברי הרשב"א להמעיין היטב ועיין תשובת רשב"א (ח"ד סי' ר"צ) אף דמזכיר גם כן לשון פקדון מ"מ ודאי המובן רק לענין זה שלא יהי' נגרע המלוה מזכותו:

סימן פה

המלוה על המטבע ונפסל' אם יכול להוציאה במדינ' אחרת מבואר בש"ע (סי' ע"ד ס"ז) אם יש לו דרך לאותו המדינה נותן לו מטבע שהלוהו ואם אין לו דרך לשם נותן לו ממטבע היוצא באותה שעה וכ' הרמ"א ז"ל דכל זה כשהתנה ליתן לו מעות אבל אם לא התנה כלום נותן לו מטבע שהלוהו בכל ענין ואם התנה ליתן לו מעות היוצאין בהוצאה חייב ליתן לו מעות היוצאין בכל ענין. והוא שיטת תוס' ורא"ש וטור כמבואר ב"ק (דף צ"ז) והיינו אם הלוה לו הן מעות הן פרקמטיא וכ' בשטר פלוני הלוה לפלוני סך מעות כך וכך בזמן פלוני ונתחייב לפורעם אינו חייב לשלם אלא מעות שהלוהו אבל אם כ' בשטר שנתחייב לפרוע לז"פ כך וכך מעות הוי כהתנה ופירש דמעות שנפסלו לאו מטבע הוא. ולדעת הרמב"ם והרי"ף אף בסתמא אפילו אין שם תנאי נותן לו מטבע היוצאת דמסתמא על חשיבות המטבע הלוה לו. ולדעת התוס' וסייעתם מטבע שנפסלה

דומה להוזל. וראיתי במחנה אפרים דיני מלוה ולוה (סי' כ"ו) שכ' להביא ראיה לדעת הרי"ף ורמב"ם דאם איתא דכל שלא התנה אינו נותן לו אלא מטבע שנפסלה אפילו כי התנה עמו במה מתחייב לתת לו מטבע היוצאת הא קתני בר"פ הזהב הכסף אינו קונה את הזהב ופירשו בגמרא האי קונה מתחייב ובמשיכת הזהב דהוי פרי מתחייב לתת הכסף כמו שהתנה עמו בין חדשים בין ישנים אבל במשיכת הכסף דהוי טיבעא אינו מתחייב לתת לו מה שהתנה עמו וה"נ אם סתמ' אינו חייב לתת לו אלא מטבע שנתן אף שנפסלה משום דהוי כהוזל איך מתחייב כשהתנה עמו לתת מטבע היוצאת כיון שלא משך ודכוותה כתב הר"ן מס' ע"ז בשוכר את הפועל ופסק עמו לתת לו כור חטים עכ"ד: **ואני** שמעתי ולא אבין עד כאן לא כ' הר"ן שם רק דלא נתחייב לתת לו אותו המין דוקא חטים בעינא אבל דמי השויו ודאי דחייב לתת לפועל מטעם שכירות כפי מה ששוין למכור בשעת גמר הפעולה דאז הוי פרעון השכירות. ומה"ת דמעות קונות הדין דגם בפועל חייב ליתן לו כור חטים אף דלא יחד לו הכור ורק הואיל דמעות אינו קונות מדרבנן אינו חייב ליתן ובאמת קאי במי שפרע ועיין במח"א הלכות מוכר דשלבל"ע (סי' ג') והלכו' שכירות (סי' י"ד) ובקצוה"ח (סי' של"ב) [ובנתיבות (סי' ר"ד) כ' דמשמע דיכול ליתן דמיו אף לכתחילה אם אמר אתן לך חפץ זה בשכרך דאתן לאו קנין הוא והוי כאומר לוה לי מעות ואפרע לך בהחפץ זה דיכול ליתן דמיו עיין שם בדבריו אולם בש"מ ב"מ (דף מ"ח) כ' משם הריטב"א וז"ל ושמעינן מהכא שהאומר לחבירו עשה לי מלאכה פלונית ואתן לך כלי פלוני אם לא משך הכלי לא זכה בו כיון דבעינן משיכה מדרבנן מיהת ואף לר"י והכין מוכיח בע"ז גבי נתן לה טלה באתננה עכ"ל הרי מבואר דאף באומר אתן בעד מעות או שכר פעולה קונה מה"ת] ועכ"פ דמי שויה של הכור חיטים מחויב ליתן מטעם שכירות. וכמו כן בהלואה אף דכסף אינו קונה את הזהב אף להתחייב את הפרי אבל מ"מ במעות יכול להתחיי' בדמי הפירות כמו בפועל ונתחייב בעד הכסף לתת דמים עכ"פ או מטבע היוצאת או דמיה כפי ששוין עכשיו והיכא דליכא איסור רבית יכול לחייב א"ע כיון דאינו חייב לתת דוקא מין ידוע ל"ה גדר מכירה וכסף דאינו מחייב את הזהב היינו דבר ידוע דהוי גדר מכירה אבל השויה של זהב מחויב לתת בעד הכסף ואם כן שפיר מהני בהתנה לתת לו מטבע היוצאת דלא הוי החיוב דוקא על מטבע ממש רק כפי שויה או מטבע היוצא או שוה כסף ע"ח כפי מטבע היוצא'. ועולה לנו מזה דבהתנה בעד הלואה לחייב א"ע לשלם במטבע היוצאת יכול אף לכתחילה לסלק אותו בשוה כסף אף אם אית ליה זוזי כיון דבלא התנה יכול לסלקו במטבע שקבל אף דנפסל דהוי כהוזל ורק ממה דהתנה לחייב א"ע לשלם כפי מטבע היוצאת והחיוב

לא מהני רק על דמיהן ולא על דבר בעינא. ועיין ש"ע (סי' ק"א ס"ג) די"א במוכר סחורה אין מורידו לשומא אלא נותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה ועיין שם בסמ"ע וטו"ז ובתומים שם כתב דוקא בהתנה על מעות ובקצוה"ח כ' דאף בלא התנה תנאי מפורש אמדינן לדעתו דכל מוכר סחורה לזוזי קא מכוין והוי כאלו התנה ועוד כ' שם דאף במלוה מעות אם יש לו מעות דצריך לשלם בזוזי מ"מ באית ליה פסידא יכול לסלקו בשוה כסף היינו בלא התנה אבל בהתנה כל תנאי שבממון קיים. ולמה שכ' כיון דכסף אינו קונה את הזהב היינו דאינו מחייבו בפירות כמו כן במין ידוע אין מחייבו ליתן אם כן לעולם אף בהתנה אינו מחויב לתת דוקא בעינא רק השויה מה שאין כן במוכר סחורה הוי כזהב מחייבו לכסף דבזה מחייבו אף במין ידוע שפיר י"ל דחייב ליתן כסף מאותו מטבע שהתנה:

עיין בב"ח שהביא דעת המרדכי דאם אותן המעות שהלוה לו ונפסלו הן בעין לא גרע לוה מגזלן שא"ל הרי שלך לפניך אבל בהגהת מיימוני חולק דאפילו הן בעין צריך לשלם לו מטבע היוצאת וכ' וגם בזה נראה כיון דלא איפסקא הלכתא הממע"ה. וקשה הא כיון דנותן לו מטבע היוצא' בהתנה ובלא התנה מאחר דבשעת הלואה לא הוי נפסל ולא נשתעבד לו מן הסתם אלא מטבע שהלוהו ובהתנה ליתן מטבע או מעות חייב ליתן מעות היוצאת אם כן בהתנה ליכא נ"מ בין אם הוא בעין או אינו בעין דאף באם הוא בעין כיון דכבר קנה וחייב א"ע ומלוה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה כ"ע מודים דחייב דכל תנאי שבממון קיים וע"כ לא כתב המרדכי משם הראב"ן דבבעין יכול לומר הרי שלך לפניך רק כיון דסובר דאף בסתם צריך לשלם מטבע היוצאת קמ"ל בבעין דאינו חייב אבל לדעת התוס' ורא"ש דאיירי רק בהתנה לתת מטבע או מעות דבזה היה החיוב לתת מעות היוצאת אם כן י"ל אף באם הוא בעין חייב לשלם מטבע היוצאת. וראיתי בתומים שהרגיש בזה על דברי הסמ"ע וקצת יש לומר דהא באמת צריך טעם אמאי יכול לומר הש"ל הא קיי"ל מלוה לאו ברשות בעלים לחזרה ואף אם בסתם היה ההלואה מ"מ כיון דאמרינן דדעתו היה על מעות היוצא' וע' במה שכ' בזה אאזמ"ו ז"ל בספרו דברי משפט באורך. וי"ל דהא תוס' כתובות (דף מ"ז) הקשה בכל מוכר בהמה לחבירו ואירע איזה אונס אחר כך נימא אומדן דעת דהלוקח לא קנה אדעתא דהכי ולא לקחה על מנת כן וכתבו דאנן סהדי דבאותו ספק היה רוצה ליכנס ואפילו אם אומר לו אם תטרף תקבל ההפסד היה לקחה ובמל"מ (פ"ו) מזכיה מפרש דבריהם דדוקא כשאין הפסד לכשכנגדו בתנאי זה כגון בכתובה כשימות תחזור היא ותעשה פנויה וכן בזבין ולא איצטרכי ליה זוזי דזוזי יהיב וזוזי שקיל מה שאין כן במוכר פרה ונטרפה או מתה דאינו מחזיר לו

מאומה ודאי דאיכ' קפידא למוכר לא אמרינן אומדנא דודאי המוכר לא יתרצה בזה ועיין נתיבות (סי' ר"ל) דמבאר ביותר דודאי אם כבר נשתמש הלוקח במקחו ל"א אומדנא דכי קנה שיהי' לו הדבר לעולם ודומה למה שכ' תוס' ב"ק (דף ק"י) בהא דאמרינן שם דאדעתא דהכי לא קידשה דלאחר הנשואין ל"א אומדנא רק בקידושין שלא היה לה שום טובה וממילא במקח שנשתמש במקחו והיה לו טובה בזה ל"א אומדנא וקושית תוספת היה בלוקח שלא השתמש בו עדיין [ומה שכ' שם דאף אם לא השתמש עדיין רק דהיה ראוי להשתמש גם כן ל"א אומדנא אינו מוכרח ונכנסה לחופה ולא נבעלה הוא ענין אחר קנין גמור ופת בסלו כמובן] ואם כן כמו כן כאן כיון דלית ליה פסידא להמלוה כשמחזיר לו הני מטבעות שלקח ממנו בהלואה כ"ז דלא השתמש בהן יכול לומר הרי שלך לפניך דהוי אומדנ' דלא ע"ד זה נשתעבד דאם נפסלו קודם שיוציא אותן שיתחייב ליתן מעות היוצאת ואף דמלוה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה וקנה אותן הלוה ואף דהוי שו"ש בכ"מ בשביל הנאת היתר תשמיש מ"מ אומדנ' דמוכח יש דלא עד"ז נשתעבד שיפסיד באם פסלו מלכות בטרם שהוציאן מה שאין כן כשכבר הוציאן ונגמר הנאתו שוב לא אמרינן אומדנא לבטל המקח אבל כשהם בעינא הואיל דלית ליה פסידא למלוה דאף אם היו אצלו גם כן היו נפסלין אמרינן אומדנא לבטל הקנין כיון דלא יש לו פסידא לגמרי: **ולפי** זה נראה לכאורה במוכר סתם ולא התנה והסחורה עדיין קיימת אצל הלוקח דבזה יכול המוכר לבטל המכר באם הלוקח רוצה ליתן לו מטבע שפוסלה ואינו יודע באותו שעה כיון דיש אומדנ' דמוכח דלא מכר לו עד"ז והלוקח אינו מפסיד כלום וכיון דהמוכר עדיין לא נהנה כלל מן המכירה אומדנא דמוכח דלא מכר לו עד"ז. ובכאן יותר עדיף מקושית תוס' הנז' דשם שייך לומר מזלך גרם ונסתפחה שדהו מה שאין כן כאן דהוא מכת מדינה. ועיין ש"ך (סי' ל"ט סקמ"ה) כשמת הלוה יכול המלוה לחזור אף לד' רמב"ן דהמלו' נשתעבד להלות ובס' ב"מ (סי' צ' ס"ט) דחד דינא הוא בין להחזיק בין להוציא ועיין במח"א שם (סי' כ"ה) שכ' דמה שכתבו התוספות במוכר פרקמטיא כל שלא פירש שיתן לו מטבע נותן לו מטבע שנפסל איירי במוכר לו לזמן בהקפה והמעות נעשה עליו מלוה אבל במוכר שלא בהקפה אלא עד שיבא בני או שאמצא מפתח לא מצי ליתן לו מטבע שנפסלה דאם כן נמצא זה נתאנה. ואינו מובן הא כיון שהמקח כבר נגמר ברשותו דהמוכר הוזל וזה ודאי אם נגמר המקח בקנין המועיל וקאי ברשותו דהלוקח לענין כל אחריו' ונתייקר ברשותו אתיקר ולענין אונאה אזלינן בתר גמר המקח ואולי כוונתו כשלא זקפן במלוה דצריך ליתן לו מיד הממון והוי כעייל ונפיק אזוזי לא נגמר המקח עד שיתן לו המעות ואזלינן בתר נתינ' המעות לענין אונאה אולם זה צ"ע כיון

דכשנותן המעות נגמר המקח למפרע אם שייך בזה דין אונאה אולם למה שכ' באם המקח הוא עדיין ביד המוכר או אף ביד הלוקח בזה אינו יכול ליתן לו מטבע שנפסלה דהוא אומדנא דמוכח דלא עד"ז מכר. ואם הלוה מדחי אחר זמן פרעון ואינו משלם ובנתים נפסל המטבע דדעת המרש"ל דחייב אחר כך לשלם מטבע היוצא והש"ך חולק ועיין תומים ומח"א ובאבני מילואים אה"ע (סי' קי"ד) ובמ"ש לעיל (סי' מ"ט):
תמו דיני הלואה, אשירה לה' כי גאה גאה.

דיני טוען ונטען

סימן א

כתב הרמב"ם (סו"פ י"ג) מהלואה טען המלוה ואמר היום סוף זמן שקבעתי והלוה אומר עד עשרה ימים קבעת הלוה נשבע היסת ואם היה שם עד א' נשבע שבועת התורה כשאר הטענות והעתיקו הש"ע (סי' ע"ג) וכ' שם המ"מ לא מצאתי מבואר אבל דעת הרב שטענה זו כשאר טענות. ומהרי"ט בתשובה (סי' ק"ה) כ' שלמד ממתניתין דמכות מעידין אנו באיש פלוני שחייב אלף זוז כו' אומדים כמה אדם רוצה ויהיה בידו אלף זוז בין נותנם מכאן עד ל' יום בין נותנם מכאן עד עשר שנים הרי דחשיב דבר שבממון דמחייבי עדים זוממין בהכי וכל שב' מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה והא דאף בלא העד אם יש באותו כפירה ש"פ לא יתחייב כ' דהרמב"ם לא נחית לאשמועינן בהכי ואיירי כשהודה תחילה בעדים ואינם מתדיינים אלא על הזמן ועיין שם דכ' א"נ כיון דהודה בכל נהי דאיכא דררא דממונא בהמתנה אין ההודאה ממין הטענה ודומה לדינר זהב לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף. וזה תימא למה לא הוי ממין הטענה הא הוא תובע חוב ממנו ששוה כך וכך כיון דהזמן פרעון הוא מיד והוא מודה שחייב לו לפרוע אחר זמן ושוה החוב עכשיו פחות ועיין ריטב"א מכות שם שהקשה למה חייבין העדים זוממין לשלם הא הוי מידי דלא קיץ ועוד שזה גרמא בנזקין בעלמא הוא דפטור ומבטל כיסו של חבירו דפטור לכך פירש שישומו מה היה נותן הלוה למלוה מחוב זה אם יפרענו עתה ומה היה מניח לו מזה מנכין שומא זו והשאר ישלמו לו כשיעור האומד שהיה נותן לסלק שעבוד זה מעליו ועיין שם עוד לענין מוחל דשמין כמה יפחתו דמי החוב אם בא למכרו מפני כן ומשלם לו. וה"נ דכוותי' כיון דתובע חוב שעומד לגבות וזה מודה בחוב ששוה פחות למכור כיון דאינו עומד לגבות עד זמן. ובקצוה"ח כ' דמעדים זוממין לאו ראיה דמחייבין ללוה לשלם מיד חשוב היזק טפי אבל כאן שהמעות תחת יד הלוה ורוצה לעכבו טפי אינו אלא כמבטל כיסו של חבירו ולא שייך שבועה על זה. ולפנינו

דעת הריטב"א דהאומד הוא כמה שוה החוב למכור אם עומד לגבות מיד או לאחר זמן. והקצוה"ח העלה אף אם כל הממון אינו אלא פרוטה מ"מ כיון דלדברי התובע חייב לשלם מיד מ"מ אם באמת חייב לו נזקקין הב"ד להוציא מיד ממנו ויורדין לנכסיו אף דלא הוי רק כמבטל כיסו זה פטור בדיעבד אבל אם אינו רוצה להמתין יורדין לנכסיו ממילא זוקק ע"א לשבוע' דהוי כפירת ממון עכשיו כל הפרוטה כמו אם תובע לו כלי שקנה ממנו בקנין המועיל ונ"ח לו הדמים דעד א' זוקק לשבועה דהו"ל תביעה בכל הכלי וה"נ דכוותי' אבל מוב"מ לא דנין באם הודאה הוא בהחוב והכפירה הוא על הזמן ואינו אלא כופר הכל עכשיו ועל הודאה דלאחר זמן בזה ליכא שבועה על מה שפחת שוי' דחוב ממה דהוא אם יפרע עכשיו על זה ליכא שבועה זהו תמצית דבריו:

והנה מקור דברי הרמב"ם בדין זה המה דברי רבו הר"י אבן מיגאש ז"ל בתשובותיו (סי' ע"ד) וז"ל שם ומי שעליו חוב לחבירו וטען המלוה שכבר הגיע זמן פרעון והלוה טוען שלא הגיע זמן הפרעון עד יום פלוני ועד א' מעיד שהגיע הזמן פרעון חייב לישבע שה"ת שלא הגיע זמן פרעון החוב אלא בזמן פלוני לפי שהכלל העולה מטענת המלוה הוא שאמר יש לי אצלך עתה ממון והלוה אומר אין לך אצלי עתה כלום אם כן היה כפירתו כפירת ממון בעת זה ומי לא עסקינן שתזמין לו בזה העת למלוה עסקא שיקנה אותה באותם ממון אם הביאם לו הלוה וכשאינו מביא לו מעכבו מקנייתו ומונע אותו מהריוח שהיה לו ממנה הא למדת שהיא כפירת ממון באותה העת עכ"ל הנה מדפתח בהדין ומי שעליו חוב לחבירו משמע קצת כד' מהרי"ט דהיינו שהחוב היה ידוע ובלתי אפשר לכפור בו לכך דן לחייבו שבועה להכחיש העד וגם ממה דכ' שמונע אותו מהרויח משמע דבשביל זה הוי כפירת ממון. אולם טענות הקצוה"ח חזקות הן דזה לא הוי רק כמבטל כיסו ואף למה שכ' דכמו בעדים זוממין דכ' הריטב"א דעל הגרמא פטורין רק שישומו מה צריך ליתן דמ"מ ל"ה גופו ממון. וגם אם התביעה אינו רק בפרוטה למה יתחייב לישבע להכחיש העד. ובהכרח צריך לומר דכוונת הר"י בן מיגאש ז"ל דכפירתו הוי כפירת ממון בעת זה וכמו שכ' הקצוה"ח דהוי ככופר הכל עכשיו ומה שכ' ומי לא עסקינן שמונע הריוח הא למדת שהוא כפירת ממון באותו העת הוא רק לתוספת ביאור דמה שצריך לו עכשיו לממונו חשוב כפירה אבל לעולם אף אם לא משכחת להרויח בממון זה מ"מ חייב לישבע להכחיש את העד:

וראיתי בתומים שכ' ע"ד הש"ך והטו"ז דאם רוצה לגבות מהמשכון שת"י באמרו שהגיע הזמן והלוה כופר בזמן דבזה לא מיפטר הלוה בהיסת רק המלוה נשבע בנק"ח כדין נוטל וכ' הוא כיון דע"כ צריך לומר דמה דלא הוי מודה במקצת בכפירה על הזמן דלא

הוי ממון גמור לחייב עליו ש"ד ממילא גם במשכון ל"ש שבועה בנקיטת חפץ בדבר שאינו ממון גמור. ולמ"ש הקצוה"ח אתי שפיר דאף דלא הוי מודה במקצת מ"מ כיון דלדברי הלוה אינו חייב לפרוע לו עכשיו והמלוה רוצה לגבות מהמשכון דבזה ודאי צריך שבועה דהא אף בטענו חפץ וליכא נ"מ לגבי ממון חייב שבועה מה"ת כמו שהוכיח הקצוה"ח מסוגיא דנאמן בעל המקח. וה"נ דכוותי' כיון דהמלוה רוצה שיגבה לו מגוף המשכון והלוה אומר דעדיין אינו חייב לשלם הוי כנוטל ממש וכיון דאינו טוען על גוף המשכון רק על החוב דינו כמו בכל משכון אם הטענות הוא על הממון דחייב המלוה לישבע בנק"ח וגם כיון דבא להוציא מן הלוה מה שת"י קודם זמנו הוי ממון גמור לחייבו להמלוה שבועה כדין נשבע ונוטל:

ובספר דברי משפט למרן זקני מ"ו זצ"ל כ' לדון דאף בתובע חפץ ידוע שקנה ממנו בקנין המועיל וליכא נ"מ לענין ממון רק שיתן לו החפץ דכ' הקצוה"ח דחייב ש"ד להכחיש העד אף דליכא נ"מ רק על החפץ בעינא וכ' למה שכ' הר"ן סו"פ שהד"י בטעם הדבר דאין נשבעין על קרקע להכחיש העד אף דב' מחייבין ממון ומה"ט אין צריך בהעדאת ע"א לשתי כסף לפי שהורע כחן של ב' עדים לענין תשלומין דנתמעט מדין שומרין לכך הורע כחו של עד א' לשבועה עיין שם וה"נ היכא דליכא נ"מ לענין ממון דהורע כחן של ב' עדים בשומרין אף אם יש ב' עדים דפשע אינו חייב ליתן כלי אחר דוקא ומשלם ממון ממילא הורע כחו דעד א' דאינו מחייבו שבועה בכה"ג בליכא נ"מ לענין ממון. ולדבריו נימא גם כן היכא דהכחשה הוא על הזמן דעד א' לא יחייבו שבועה כיון דהורע כחן של ב' עדים אם אינו פורע לו ומעכבו אינו חייב לשלם דהוי רק כמבטל כיסו נימא גם כן דהורע כחו של עד א' שלא יחייבו שבועה כמו בקרקע. וש"ב הרב הגאון מ' צבי הירש נ"י אויערבאך אבד"ק קאנין כ' ליישב על פי זה דעת הב"ח המובא בש"ך (סי' פ"ח) דסובר דשבועה להכחיש העד לכ"ע אף בכלי צריך שיהיה שוה פרוטה והש"ך משיג עליו דכמו שב' מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה ולדעת הר"ן ה"נ הורע כחו של כלי שאין בו ש"פ אם מזיק לו אין הב"ד נזקקין. ואני שמעתי ולא אבין כלל דברים האלה דאף אם נאמר כדעת מרן זקיני מ"ו זצ"ל דהר"ן אתי עלה מצד הסברא ולא מגזה"כ רק הואיל דהורע כאן בב' עדים היינו כיון דסוג ממון זה כמו שהוא קרקע ושטרות יש בהן ריעותא דאינן בני שמירה לחייבו על ידן אבל בסוג כלי לית בהו שום ריעותא דעל כלי בעינא נזקקין מטעם חשיבותן והוי כפירת דבר חשוב ולית בהו שום ריעותא רק אם הזיקו אז כיון שאין בהן ממון לדון רק על התשלומין ואין נזקקין על פמש"פ אבל סוג כלי לא הורע כחו וכן בנידון דקצוה"ח אף בהיזק דפטור מ"מ זה ענין אחר דלא חייבו התורה לכל מזיק

רק לשלם השויה ואם ליכא נ"מ לממון ליתא בתשלומין אבל כשדנין על הדבר שהוא בעין כיון דשניים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה משא"כ בקרקע דנתמעט אף כשהוא בעינא אם פשע ונלקח מיד השומר:

ברם כנראה הר"ן לא בא לדון מכח הסברא רק ודאי מודה דהוא גזה"כ דאין נשבעין על קרקע ולמידין זאת מבנין אב משבועת מודה במקצת דנתמעט מקרא כן נמי לא משביעין מן התורה להכחיש העד וכמו שכ' הריטב"א שבועות (דף מ') רק עיקר קושית הר"ן היה כיון דאמרינן דלא בעינן גבי שבועה להכחיש העד שתי כסף והוא מטעם כללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה ולמדין מכלל זה שהוא דוקא וכמו שכ' הר"ן שם אם כן למה לא נימא ללמוד מהך כללא אף לענין קרקע ולא נלמוד מבנין אב דמודה במקצת ועיין שם בתורת חיים דכ' הא דש"ס מייתי שם מהך דרשא דלא יקום ורק מברייתא דכ"מ ששנים מחייבין כו' למה איצטרך לאתויי הך דרשא וכ' דברייתא יליף מדכתיב לא יקום ולא איצטריך דעפ"י שנים עדים יקום דבר כתיב ולא צריך רק למידק דקם לשבועה ולכתוב דבעד א' ישבע אלא ודאי הקישא אתי לאשמועינן דכ"מ דב' מחייבין ממון עד א' מחייבו שבועה. ובאמת קרא דלא יקום איצטריך ללאו כמו שכ' הסמ"ג דעד א' המעיד בכל עון עובר בלאו או ללאו על הב"ד דלא ידונו על ידי עד א' והא דילפינן דקם לשבועה כ' הרמב"ם דמפי השמועה למדנו שקם הוא לשבועה כמבואר הלכות עדות (ופ"א) מטו"נ כ' דמפי השמועה למדו שכ"מ שב' מחייבין ממון א' מחייבו שבועה. עכ"פ כיון דכללא הוא דכל מקום שב' מחייבין ממון א' מחייבו שבועה קשיא ליה לר"ן ז"ל דנלמוד גם כן מהכלל לענין קרקע ולא מבנין אב דמוב"מ וע"ז כתב סברתו דהך כללא הוא דוקא בממון השוה לכל החיובין אבל דברים שמיעטן התורה מחיוב אשר בשאר ממון בזה אף ששנים מחייבים ממון כמו קרקע מ"מ כיון שהורע כחו של קרקע לענין חיוב שמירה משוינן המשקולות שלא לחייבו שבועה נגד עד א' אף לענין כפירה לבד וכמו שכ' הר"ן שם וילפינן מבנין אב דמודה במקצת אבל בשאר דברים הדרינן לכללא דכל מקום ששנים מחייבין ממון עד א' מחייב שבועה וז"ב לדעתי העניה. ומ"ש אאזמ"ו ז"ל לסלק ראיות הקצוה"ח מהא דנאמן בעל המקח דעכ"פ חייב לישבע שבועת המשנה מדרבנן כמו בעד א' המעיד שהוא פרוע לא אדע כוונתו שם כיון דבא להוציא חייב לישבע להפיס דעתו של בעה"ב כמבואר בש"ס כתובות אבל היכא דהוא מוחזק לא מצינו היכא דמן התורה אינו חייב לישבע להכחיש העד שיתחייב לישבע בנק"ח רק היסת כמבואר (סי' צ"ה):

ועל גוף הדין דחייב לישבע היסת היכא דליכא עד א' במחולקין על הזמן כ' בש"מ להקשות מדברי הרמב"ם וש"ע (סי' קכ"ג) במי שבא בהרשאה והלוה כופר ומהפך השבועה על המלוה שיבא וישבע ויטול דמוציאין הממון ויהי' מונח ביד ב"ד עד שיבא וישבע ויטול ואם כפירת זמן ככפירת גוף הממון היאך יכול להפוך כיון דמכח ההיפוך יתעכב הממון והוי כמהפך חצי תביעתו והאריך בזה והניח בצ"ע ותמהני על אדם גדול המחבר הנז' מלבד הא שם מניח המעות ביד ב"ד חזינן דלא נתכוין לעכב הממון בידו אלא אף באם א"צ להניח ביד ב"ד כמו שכ' הכנה"ג שם משם מהרשד"ם מ"מ אף דהוי הזמן גם כן כפירת ממון מה איכפת ליה בפסידא של המלוה דישתהא הממון עד שיבא הא הלוה מה"ד פטור רק תקנת חכמים הי' לחייבו היסת והם אמרו בדרבנן מהפכינן ונשאר על ד"ת כ"ז שאין המלוה נשבע דפטור הלוה מכל וכל ומה לו ללוה בפסידא דהפסד הזמן הא הוא טוען דאינו חייב כלל ואינו מפסידו ואף דחייב על זה גם כן היסת מ"מ בכל אופנים יכול להפוך ולפטור את עצמו דהא אם המלוה הי' בכאן יפרע לו מיד אחר שישבע וכי משום דלא בא המלוה בעצמו יפסיד הלוה ויצטרך לישבע זה לא תקנו חז"ל שלא יהיה בידו להפך השבועה עליו כיון דבדרבנן מהפכינן והם אמרו והם אמרו ואין כאן סרך קושיא בזה:

והיכא דתובע לחבירו חוב והלוה משיב אמת שחייב אני לך אבל תנאי הי' לשלם לך אימתי שארצה ולא תתבע ממני בב"ד ורק אימתי שיהיה לי ממון בריוח אשלם לך לפי הסכמת האחרונים דאם הכפירה הוא על הזמן לא הוי כמודה במקצת דהוא מודה לו בחיוב אחר וכמו שכ' הקצוה"ח דגבי שבועה בעינן דוקא דבר שגופו ממון וכופר שטרות כיון דלאו גופו ממון פטור אפילו מודה במקצת ועד א' וה"נ אף דהוא מודה לו בחובו וכופר בחיוב פרעון כשיתבענו מ"מ אינו מודה לו דבר שגופו ממון ופטור משבועה. אך קצת קשה הא מוב"מ דחייב ואינו נאמן במגו דכוה"כ הוא משום דאין אדם מעיז לכפור הכל רק כשמודה במקצת יכול להעיז אם כן הדעת נוטה דיותר יכול להעיז ולהודה בכל החוב רק שתנאי היה ביניהם שלא יתבענו עד שיהיה לו ממון בריוח והאמינו בזה מלהודות בפרוטה ולכפור לגמרי כל החוב ואם כן יהיה נאמן במגו דהיה מודה בהכל רק שהיה תנאי זה ביניהם והאמינו המלוה על זה שכשיהיה לו בריוח ממון יפרע לו מעצמו כיון דנשאר חייב לו רק שלא ידחוק אותו לא הוי העזה כל כך מאשר יכפור הכל ויודה בפרוטה ובע"כ צ"ל דכך היא המידה כיון דאינו מודה בחיוב פרעון כשיתבע ממנו המלוה כלל הוי העזה יותר ועיין טו"ז:

ועיין בש"ך שהעלה אם תובע ממנו מנה שחייב לפרוע לו תיכף והוא מודה בחמשים לפרוע לאחר זמן נשבע על הנון שאמר שזמנו אחר כך היסת ובכלות הזמן ישבע ש"ד על החמשים שכופר. ובתומים משיג על זה והעלה דחייב לישבע תיכף שבועה דאורייתא דהא ההודאה על החמשים שחייב לשלם אחר זמן שהוד' הוי הודאה שיש בו שוה פרוטה ואם כן הוי מוב"מ גמור ולמה ימתין עד תשלום הזמן על שבועתו בנון שכופר. אולם יש מקום לדברי הש"ך לפי הנז' דהלואה לא הוי גופו ממון והוי כטוען ממון בעינא ומודה לו בשטר דלא הוי גופו ממון אף דהשטר הוא דבר בעין מ"מ כיון דל"ה גופו ממון איתמעט מדין שבועת מוב"מ וה"נ בהודה לו חוב שחייב לו לפרוע לאחר זמן אינו מחייבו לישבע ולא קרינן ביה כי הוא זה וכמו שכ' הקצוה"ח. הן אמת דהקצוה"ח סותר קצת לדברי עצמו שכ' (סי' קכ"ו ס"ק ט') לדון דחוב בע"פ הוי גופו ממון רק דהוי אינו ברשותו ואף דאיתמעט שטרות מכלל ופרט מדין אונאה מ"מ מוכר חוב בע"פ במעמד שלשתן יש להם אונאה דהוי גופו ממון ואם יש לו עד א' שנתן לו חוב אחד בע"פ על ידי מע"ג והוא כופר דצריך לישבע שבועת התורה להכחישו כיון דתובע אותו גוף החוב הוי גופו ממון עיין שם וכאן כ' דחוב ל"ה גופו ממון. אולם באמת דבריו שם המה תמוהין למאד כאשר כבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני הלואה (סי' ל"ו) ולעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות כ"ב) דהא דצריך קרא למעט שטרות משום דהיה ס"ד דהוא דבר הנקנה מיד ליד ממעטינן משום דאינו גופו ממון ואינו אלא לראיה שבו אף להסוברים דמכירת שטרות הוא מה"ת אבל מלוה על פה בלא"ה ממעטינן כמו דממעטינן קרקע משום דלא הוי דבר הנקנה מיד ליד וכן נמי לענין שבועה אם תובע ממנו שהקנה לו שני חובות במעמד ג' והודה לו בא' דאינו חייב שבועת מוב"מ דלא הוי דבר המטלטל וממעטינן מחיוב שבועה מכלל ופרט וממילא אינו חייב שבועת התורה להכחיש העד ואם כן הכא נמי כיון דזה תובע ממון שחייב לו מיד והוא מודה במקצת שחייב לו לאחר זמן הוי כמודה בדבר שאין גופו ממון ואינו מטלטל דפטור משבועה ולכך אינו חייב עכשיו לישבע רק היסת. אך זאת קשה דאם כן לא יתחייב שבועה גם אחר כך כשיגיע הזמן פרעון ממה שהודה כיון דכבר יצא הודאה בפטור אם נאמר דאז כשהודה לא הוי כמודה במקצת הואיל דהוד' בדבר שאין גופו ממון לא קרינן בי כי הוא זה אבל מ"מ הודאה הוי שחייב לשלם אז כשיגיע הזמן הוי כמו הודאה קדמה לתביעה דפטור ועיין קצוה"ח (סי' ע"ה) אלא ודאי דהוי הודאה גמורה אף שלא יתחייב לשלם עד שיגיע הזמן אם כן למה לא יתחייב לישבע עכשיו וכדעת התומים:

סימן ב

יש לחקור בתובע לחבירו חמשים שחייב לו וכופר בכל בפני ב"ד ופסקו ב"ד לחייבו היסת ואחר כך אמר התובע ששוב נזכרתי שמלבד אותן החמשים אתה חייב לי עוד חמשים והודה באותן החמשים אם נאמר דחוזר וניעור טענתו הראשונה כיון דתובע אותו עכשיו גם כן והוי מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא א"ד כיון דכבר פסקו הב"ד על אותן הנ' שבוע' היסת שוב אינם חוזרין וניעור בטענתו השניה לחייבו עליהן שבוע' דאורייתא. ולכאורה היה נראה דאם עדיין לא פסקו הב"ד על תביעת הנ' הראשונים יכול לצרף עוד תביעה הראשונה עם השני' לחייבו שבועה דאורייתא כיון דעדיין לא נפסק הדין ועתה כיון שטוען עוד על הנ' אחרים והודה עליהן הוי מודה במקצת התביע' וחייב שבועה דאורייתא ואינו דומה להודאה קדמה לתביעה דשם יצאה כבר הודאה בפטור אבל כשהודה לחייב א"ע בנ' י"ל דמצטרפין התביעה השניה לראשונה ומקרי כי הוא זה אם תובע לו מאה מחדש היינו בצירוף הנ' שכבר כפר:

אולם נראה דתליא במחלוקת הראשונים ברישׁ ב"מ בהא דקאמ' בש"ס אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי ופירשו הרמב"ן ורשב"א ור"נ ונ"י שם היינו דהיה ס"ד בהעדאת עדים כיון דהוא כופר הכל חזקה אין אדם מעיז ופטור מש"ד קמ"ל כיון דחזינן דכפר הכל ועדים מעידים דחייב נ' יצא מחזקה דאין אדם מעיז דהא העיז פניו וכפר הכל אף במה דהעדים מעידים ועיין שם בש"מ דהיה ס"ד אף דהוחזק כפרן במקצת לא נוציאנו מאותו חזקה במקצת האחר דשמא לא הי' זוכר א"נ משטה היה בו כיון שטענו יותר ממה שהלוהו ויהי' נאמן באותן נ' שלא הכחישוהו העדים קמ"ל ק"ו דהואיל דהוחזק כפרן במקצת בחזקת מעיז הוא ונשבע. ולפי זה בנד"ד כיון דבראשונה לא תבע ממנו רק ל' ובכל זה כפר בכל ואחרי כן כשהוסיף לתבוע ממנו נ' אחרים הודה אם כן לא הוחזק כפרן במקצת ונשאר החזקה דאין אדם מעיז בתוקפו כיון דהעיז לכפור בתביעה הראשונה ולא הודה כלל לא מהדרינן לחייב על ידי הודאה שהודה על תביעה השניה אעפ"י ששוב צירף תביעתו הראשונה עם תביעתו השניה שהודה עליה אולם לשיטת תוס' שם דכתבו דכופר הכל פטור מצד גזה"כ לא מצד הסברא דאין אדם מעיז י"ל דחייב ש"ד כיון דנעשה בהודאתו עכשיו כמודה במקצת ובטוש"ע (סי' פ"ז) מבואר בכופר הכל ונשבע היסת ואחר כך הודה במקצת דחייב ש"ד ועיין שם בסמ"ע (ס"ק פ"ה) וש"ך שם וקשה למה לא יהיה נאמן במגו דאי בעי שתיק. ואף דלא הו' כהודאה קדמה לתביעה כיון דתבע אותו קודם לכן מ"מ הא במרדכי פ' שבועות הדיינין עמד בהא דקתני במתניתין מנה לאבא בידך אין לו בידי אלא נ' פטור מפני שהוא משיב אבידה ומוקי בש"ס דלא

אמר ברי ולמה צריך למשיב אבידה הא בלא"ה קתני שם אין נשבעין על טענת שמא וכתב דהא בהא תליא דטעמא דאין נשבעין על טענת שמא הוא משום דהוי כמשיב אבידה וכן מבואר במהרי"ט (סי' קנ"א) דמטעם משיב אבידה פטור בטענת שמא. והודאה דקדמה לתביעה דפטור הוא גם כן מטעם משיב אבידה כמו שכ' המרדכי ויקשה בזה ג"כ כיון דכבר נשבע היסת ונפטר יהיה אח"כ כמשיב אבידה:

אך מדברי הפוסקים מבואר בכמה מקומות דהא דאין נשבעין על טענת שמא וגם הא דהודאה קדמה לתביעה דפטור לאו מטעם משיב אבידה הוא ועיין רמב"ם (פ"ט) מנ"מ דכ' דוקא כשאומר הניזק ברי דגדול הזיק מבואר בטוען שמא פטור אף דשם לא שייך לומר דהוי כמשיב אבידה כיון דיש עדים על ההיזק. וכמו כן בדין דרח"ק דמחייבו לישבע בהעדאת עדים הוא דוקא באומר מנה לי בידך אבל לא בטענת שמא. וכן אם תובע מחבירו ואומר לו מנה לי בידך חמשין ידענא בבירור דאתה חייב לי ואני מסופק עוד על חמשין והלה אומר חמשין אני חייב לך ולא יותר לדברי המרדכי והמהרי"ט נאמר דחייב לישבע שבועה דאורייתא דהוי מוב"מ וזה לא שמענו. אולם עכ"פ יקשה דיהיה נאמן במגו דאי בעי שתיק ולמה ישבע אחר כך ש"ד. אולם לדברי הרמב"ן וסיעתו הנז' דמטעם דהוחזק כפרן יצא מחזקתו אתי שפיר דכיון דהעיז מקודם לכפור בכל והודה אחר כך במקצת יצא מחזקה דאינו מעיז ולכך חייב ש"ד. שוב ראיתי באורים (סי' פ"ז סקפ"ב) דכ' הא דל"ה כמשיב אבידה משום דעתה הוא מתחרט ואינו רוצה להעיז ולכך הודה במקצת ואשתמוטי קמשתמיט. וזה לא אתי שפיר דהא מ"מ כבר העיז והוי מגו דאי בעי שתיק ולא הוי הודה כלל וביותר למה שכ' הריטב"א ריש ב"מ דלכך חייב לישבע במודה במקצת אף דאינו רוצה לגזול ורק קמשתמיט משום כיון דהתחיל לכפור שוב לא יודה ובנידון הנ"ל דכבר כפר בכל ונשבע וראינו שאף שאחר שנשבע הודה ולא בוש ודאי אם היה חייב יותר ישלם ולא יתחזק בטענתו דהרי ראינו שהודה ולא בוש אף אחר שבועה אולם למה שכ' ע"פ שיטת רמב"ן אתי שפיר דכיון דיצא מחזקת מעיז לכך חייב שבוע' דאורייתא:

וקצת י"ל דזה דעת רמב"ם דכ' (סוף פ"ד) מטו"נ מנה לי בידך אין לך בידי כלום והעדים מעידין עליו שעדיין יש לו אצלו נ' פסקו כל הגאונים הלכה שישלם חמשים וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ובלח"מ שם תמה למה תלה בפסק הגאונים הא כיון דקיי"ל טענו חטים והודה לו בשעורים ע"כ הלכה כר"ח כמבואר ב"מ (דף ה') [וכבר כתבו ליישב על פי דברי תוס' שם] וי"ל דהא הרמב"ם שם כ' (ה"ד) אין מוב"מ חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו כיצד מי שטען ק' יש לי

אצלך נ' שבשטר זה ונ' בלא שטר אין לך בידי אלא נ' שבשטר אין זה מוב"מ שהשטר לא תועיל לו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו ואפילו כפר בו היה חייב לשלם. ובמ"מ שם הביא משם רבינו האי שאפילו אין הנ' אלא בעדים אם הודה בהן אין הודאתו כלום ובס' גד"ת (שער ז' ח"ב) הקשה אם כן היכי מחייב ר"ח בעדים מעידין בנ' הא לא ילפינן אלא מהודאת פיו וכיון דהודאת פיו על מה שיש עליו עדים אינו מחייב שבועה גם העדים לא יחייבו דתהא העדאת עדים גדולה מוהדאת פיו לא אמרו אולם ל"ק די"ל דר"ח איירי באופן דהעדים לא העידו רק על הלואה ויכול להיות שפרע וכמו שכ' הר"ן מס' שבועות ובש"מ ב"מ שם משם כמה ראשונים. אבל בהעידו שעדיין חייב י"ל כיון דאינו יכול לכפור ובהודאת פיו אינו מחייב שבועה דלא הוי הודאה כלל כמו כן אינו מתחייב על ידי העדאת עדים. לזה בא הרמב"ם משם פסק הגאונים להוסיף דאף אם העדים מעידין שעדיין יש לו אצלו נ' מ"מ כיון דבהודאת פיו במקום דאינו יכול לכפור חייב מוד' במקצת לכ"ע העדאת עדים מחייבין אף דאינו יכול לכפור דכיון דכפר בכל והעיז פניו בדבר שיש עדים יצא מכלל מעיז ואף כופר הכל חייב בכה"ג ועיין ש"ע (סי' פ"ז ס"ב) תבעו ר' והודה לו במנה והוא בענין שלא הי' יכול לכפור באותו מנה כגון שהוא מעשה ב"ד לא מיקרי הודאה במקצת ובבדה"ב שם כ' דלאו מטעם הילך הוא רק הואיל דאינו יכול לכפור לא מיקרי מודה ועיין שם בקצוה"ח (ס"ק ה') ביאור דבריו והקשה דעכ"פ יתחייב על פי העדאת עדים מדר"ח וכ' דהודאת פיו כיון דאינו מחייבו בדבר שחיובו ברור גם העדאת עדים אינו מחייבו ור"ח איירי במקום דאין חיובו ברור דאפשר דפרע וקשה הא בדברי הרמב"ם מבואר דאף היכא דהחיוב ברור דהעדים מעידין שעדיין יש לו אצלו נ' גם כן חייב הרי דהעדאת עדים עדיף מהודאת פיו. אולם למה שכ' אתי שפיר דדוקא היכא דהוד' במה דאינו יכול לכפור לא מחייבו הודאת פיו דאין זה אשר יאמר עליו כי הוא זה והוי דינו כמו כופר הכל אולם זה דוקא היכא שהודה במה דאינו יכול לכפור אבל היכא דהעיז פניו לכפור אף במה שאינו יכול לכפור בזה כיון דיצא מחזקת מעיז חייב שבועה על ידי העדאת עדים. ומיושב מה שהניח שם הקצוה"ח בקושיא קושית הכ"מ (בפ' כ') מעדות בשני כתות עדים שהכחישו זו את זו והמלוה יש לו על הלוה שני שטרות אחד גדול ואחד קטן וכת אחד חתומה בשטר זה וכת אחד בשטר זה והלוה כפר בשניהם דישבע על השאר ואמאי הא אינו יכול לכפור. ולמה שכ' אתי שפיר דדוקא אם הודה במה דאינו נאמן לכפור לא הוי הודאה במקצת אבל אם כפר והעיז פניו לכפור גם ע"ז שיש עדים יצא מחזקת מעיז וחייב לישבע:

אולם באמת בתומים (סי' פ"ח ס"ק י"ט) הוכיח בראי' ברורה מדברי הרמב"ם (פ"ט) מנ"מ בהי' אחד גדול ואחד קטן והניזק טוען על המזיק שיודע שהגדול הזיק דחייב ש"ד הרי אף דאינו יכול לכפור חשיב גם כן הודאה דהא שם יש עדים בדבר ובכ"ז חייב ש"ד. והשיג מכח זה על הש"ך שם (ס"ק נ"א) דדעתו באינו יכול לכפור פטור מש"ד. וי"ל דבאמת מטעם מוב"מ פטור כיון דכתיב אשר יאמר כי הוא זה משמע שיודה בדבר שצריך אמירתו ולא בדבר שאינו יכול לכפור ואין צריך לשום הודאתו. ולכך במעשה ב"ד שכבר יש בידו ואין צריך שום טענה עוד לא הוי מודה במקצת אבל בהעדאת עדים אף אם הודה בהעדאתן מ"מ מיקרי מוב"מ ולכך שם בהודה שהקטן הזיק חייב אם מצד הודאתו דאף דיש עדים מ"מ צריך עדיין לקבל עדותן ולעשות פב"ד על זה ושיעידו בפני בעל דין ואם מצד העדאת עדים וי"ל בכוונת הרמב"ם שכ' מהלכות טו"נ הנז' שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו היינו הודאתו אינו מחייב משום שלא תועיל כפירתו ועדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ולא צריך עוד שום דבר ואפילו כפר בו היה חייב לשלם היינו מטע' הודאתו מ"מ מצד העדאת עדים היו מהראוי לחייבו אף היכא דאין ביד הנתבע לכפור אמנם פטור דמצד השטר בלא"ה אין לחייבו דהא עיקרו של שטר הוא שעבוד קרקעות והוי כהעדאת ש"ק בשלמא מצד הודאתו ליכא למיפטרי' מצד ש"ק דהרי חייב לשלם גם ממטלטלין שלו והוי כהודאת קרקעות ומטלטלין ולא חשיב שעבוד קרקעות רק בשטר שעיקרו שעבוד קרקע וכמו שכ' הלח"מ (פט"ז) מאישות לכך כ' משום דאינו יכול לכפור לא הוי כמודה במקצת ומצד העדאת עדים היה מהראוי לחייבו אף דאינו יכול לכפור מ"מ כיון דצריך עדות ועדיף מהודאת פיו לכך כ' דפטור מטעם שעבוד קרקעות. ומעשה ב"ד י"ל אף דלא הוי שעבוד קרקעות עיקרו מ"מ לא נוכל לחייבו מצד הודאתו דהוי אינו יכול לכפור ומצד מעשה ב"ד שיהיה כהעדאת עדים ודל הודאתו מכאן צריך לומר דמעשה ב"ד גרע מן העדאת עדים. ועיין תשובת עבודת הגרשוני (סי' קי"ג) שכ' דמעשה ב"ד עדיף והוי כגבוי יותר מכתב יד שיש בו נאמנות לכך אף דדעת הש"ע דבכ"י אף שיש בו נאמנות אינו פטור משבועה אף דאינו יכול לכפור מ"מ מעשה ב"ד דהוי כגבוי עדיף ואינו מחייבו דהוי כהילך:

סימן ג

הא בתבעו מנה והשיב איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם מבואר ברמ"א (ס"ט) אם אמר אחר כך נזכרתי שפרעתיך נאמן בשבועה והש"ך הביא דברי מהרש"ל דאינו חוזר וטוען ועיין בתומים דהוכיח מדברי המרדכי דנאמן לומר נזכרתי ובנ' ידענא ונ' לא ידענא

דהוי מתשאיל"מ דעת הכנה"ג דאינו נאמן לומר נזכרתי ובקצוה"ח תמה אמאי ודעת הנתיבות להכריע דזה דומה לאיני יודע אם פרעתיך דנאמן לומר נזכרתי אולם היכא דעד א' מעיד לתובע דלענין שבועה נחשב לשנים וכיון דפ"א אמר א"י שוב אף באומר נזכרתי א"נ להכחישו דהוי כשנים ואאזמ"ו ז"ל בדברי משפט כ' להוכיח מדברי תוס' כתובות (דף י"ג) דהקשו לר"ה ור"י דסברו ברי ושמא ברי עדיף למה לי קרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דאבוה בכה"ג חייב הא בלא"ה חייב מטעם ברי ושמא ברי עדיף הא נ"מ לענין אם יטעון אחר כך נזכרתי דמטעם בו"ש ברי עדיף ודאי אם אמר אחר כך נזכרתי פטור ומטעם מתוך כבר נתחייב בממון אלא ודאי דגם בנ' ידענא ונ' לא ידענא יכול אחר כך לומר נזכרתי עיין שם. אולם יש להבין למה צריך התוס' לתרץ דנ"מ היכא דשניהם אינם יודעין אלא דעד א' מעיד דחייב דלגבי אב מתוך שאיל"מ וזה תליא במחלוקת הפוסקים אם טענו בספק על פי העד מחייב הא נ"מ אף אם התובע טוען ברי דלכ"ע מחייבו שבועה ואם הנתבע אומר א"י אם אומר אחר כך נזכרתי דמטעם בו"ש היה פטור ומטעם מתוך שאיל"מ כיון דע"א מחייבו א"י לטעון נזכרתי א"ו מוכח דגם בע"א יכול לומר נזכרתי:

אך נראה דאין לבנות יסוד על הוכחות כאלה דבלא"ה יש נ"מ טובא בין אם חייב מצד בו"ש ברי עדיף או אם חייב מצד מתשאיל"מ. חדא דלכאורה נראה הא דבו"ש ברי עדיף לר"ה ור"י הוא מטעם דהוי ספק גזל וכיון דהוי חזקה לצרף ג"כ דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו מחייבינן ליה לשלם וכופין אותו על זה לדעת ר"ה ור"י אבל מ"מ י"ל דשעבוד נכסים אין כאן בבירור ואם יש בעל חוב אחר שחייב לו בבירור י"ל דהוא קודם לזה דאין ספק מוציא מידי ודאי ואף דטוען ברי גם לנגד הבעל חוב האחר מ"מ לגבי אחר הוי שמא טוב דלא הוי ליה למידע אם הלוה חייב גם לו וכיון דהוא בודאי בא מכח השעבוד אין ספק מוציא מידי ודאי גם י"ל אם מת דאינו יכול לגבות מן היורשין כיון דשעבוד ליכא בבירור ולגבייהו הוי שמא טוב דלא הוי ליה לידע אם אביהן חייב או לא ואם כן אף דכבר יצא אביהן חייב מפי ב"ד עיקר החיוב הוא מטעם ספק גזל דעל ידי חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו אין מוציאין ממון דהממע"ה רק מטעם דהוי ספק גזל ואף דנחתינן לנכסיו הוא רק מטעם כפיה אבל לא ידענא בבירור דנשתעבדו נכסיו וכשמת לא עדיף מנודר ומת אף דרמיא אקרקפתי דגברא לקיים נדרו דעת כמה פוסקים דיורשין פטורין. אבל אם כבר יצא חייב מב"ד לשלם מטעם דמתשאיל"מ וכ"ז דאינו יכול לישבע הוי כמודה במקצת דאינו רוצה לישבע דנחתינן לנכסיו מטעם דהוי רגלים לדבר דחייב לו כיון דהודה במקצת וכמו שכ' תוס' ב"מ (דף ד') וכתיב ולקח בעליו

ולא ישלם דכבר נתחייב דמים רק שיכול לפטור א"ע ממנו בשבועה וכיון דאינו יכול לישבע חייב לשלם מטעם שעבוד והוי כבירור גמור ואין לבע"ח אחר דין קדימה נגדו וגם היורשין חייבין לשלם:

ועוד י"ל באם התובע הוא גזלן וחצוף מפורסם דלא שייך לגבי אין אדם תובע אלא אם כן יש לו מודו ר"ה ור"י דלא מחייבינן לזה לשלם ואף דודאי אף גזלן מפורסם התובע לכשר מפורסם שבישראל כשאין הדין מרומה מחייבו שבועת היסת מטע' חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו והוא מטעם דלא פלוג עבדו חז"ל וכן מודה במקצת דחייבו התורה שבועה הואיל דיש רגלים לדבר דהודה במקצת מחייבינן אף בכה"ג. ועיין תשובת הגאונים (סוף ש"ד מח"ה) דאף עכו"מ התובע לישראל ומב"מ משתבע ישראל ומ"מ אם חייב לישבע היסת אינו מבואר ועיין כנה"ג (אות ס"ט) ובצמח צדק (סי' קכ"ט) דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן וברמב"ם (פי"ד ה"ה) מטו"נ ובש"ך (סי' קמ"ט ס"ק ג') ומ"מ לחייבו מצד בו"ש ברי עדיף נראה דגם ר"ה ור"י מודים דלא מחייבין ליה אף דהוא שמא גרוע ומטעם מתשאי"ל מחייבינן ליה לשלם. ויש להסתפק גם לדידן דבו"ש לאו ברי עדיף רק לציד"ש חייב אם בכה"ג נגד גזלן וחצוף מפורסם חייב לציד"ש ולמה שכ' התומים דעיקר תלוי בשמא גרוע לדעת ר"ה ור"י י"ל לדידן חייב לציד"ש אף בכה"ג:

עוד יש למצוא נ"מ לר"ה ור"י בין בו"ש למשאיל"מ כגון אם הנתבע מסופק אם חייב לו התובע ממ"א דבזה אף דהוי בו"ש י"ל דלגבי הנתבע הוי ס"ס חדא דלמא באמת אינו חייב לו זה החוב ואף אם חייב לו זה החוב שהתובע תובע ממנו דלמא באמת חייב לו ממ"א ויש לו בידו כנגדו וס"ס כמו דמהני לגבי איסורין כמו כן מהני לגבי ממון להחזיק כיון דכל חיובו אלי'בייהו הוא רק מטעם ספק גזל. ועוד יש לומר אם עד כשר מעיד דאינו חייב לו מודים ר"ה ור"י דאינו חייב לשלם כיון דאינו, חייב רק מטעם ספק איסור ולגבי איסור עא"נ. ומטעם מתשאי"ל דחייב לשלם דעת הסמ"ע והש"ך (סי' פ"ז) דאין עד א' נאמן לפוטרו מן חיוב ממון ואף לדעת הקצוה"ח שם דעד א' נאמן לפוטרו בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא י"ל דהיינו דוקא עד כשר ולא עד פסול דלא עדיף מלפטור אותו משבועה דאין עד פסול המסייעו פוטר אותו מה שאין כן מטעם בו"ש דחייב לצאת ידי ספק גזל י"ל דאף אם מסייעו עד פסול היינו קרוב נאמן לפטור אותו מחיובו:

ולכאורה בא קשה למה יכול לומר אחר כך נזכרתי הן באיני יודע אם פרעתיך הן במתוך הא מבואר בתשובת רשב"א בת"א (סי' ג') בא' שסגר על ידי ערכאות חנות של חבירו למשכנו ונכנסו ב"א להוציא משם סחורות וטוען הבעל החנות שנגנב ממנו תיבה וזה טוען שלא לקח אלא דבר השוה זוז א' ודן הרשב"א לזה כשומר וזה שהודה במקצת הוי

על השאר מתשאיל"מ וכ' הרשב"א וז"ל זה אם טוען עכשיו שא"י כמה היה שוה והה"ד אם טען מתחילה א"י אעפ"י שחזר עכשיו כשראה שהוא מתחייב בדין ואומר נזכרתי ואני יודע שלא הי' בו אלא כך וכך דכל דבר שאדם טוען בב"ד שאינו יודע שוב אינו יכול לחזור בו מחיוב לפטור הרי דאינו יכול לומר נזכרתי אולם אתי שפיר למה שכ' הש"ך (סי' ע"ט ס"ק כ') דדוקא כשטוען שבאותו פעם שאמר איני יודע באמת לא ידע ועכשיו נזכר ישבע שכן הוא שמתחילה שכח ועכשיו נזכר אבל אם אמר שמתחילה טען שקר אינו נאמן רק דוקא אם שתי הטענות באות לפוטרו וי"ל דהרשב"א גם כן כוונתו על אופן זה כשראה שהוא מתחייב בדין אומר נזכרתי היינו שחוזר מטענתו אבל אם אומר שבאמת לא ידע ועכשיו שם על לבו וידע י"ל דגם הרשב"א סובר דנאמן וכדעת הרמ"א: **ויש** להסתפק באיני יודע אם פרעתיך אם מת אם גופה מן היורשין די"ל אנן טענינן עבור יתומים דלמא אם היה אביהן חי היה טוען נזכרתי שפרעתי וכל מה דאביהן היה יכול לטעון אנן טענינן עבור יתומים וכן בנ' ידענא ונ' לא ידענא למה שכ' הקצוה"ח והנתיבות דיכול לומר נזכרתי אם מת אם אנן טענינן עבור היתומים דלמא אם, היה אביהן חי היה משים על לבו והיה טוען נזכרתי שפרעתי בעת שהיה בא לגבות ממנו. וכמו כן יש להסתפק בהא דמבואר (סי' ע"ט ס"ג) בהודה שחייב לזה התובע מנה דאם אמר נזכרתי והרי עדי' מועיל ודעת רמ"א שם משם הנ"י דאם באו עדים תחילה דא"נ ודעת המ"מ מובא שם בש"ך (ס"ק י') דאפילו באו עדים תחילה אם מת קודם שבאו העדים אם טוענין ליתומים דלמא אם היה אביהן קיים היה טוען נזכרתי קודם דבאו עדים ודאי מצד הסברא נראה אם מת דטענינן עבור היתומים אילו היה חי ודאי היה טוען נזכרתי דהא יש עדים דאינו חייב ואף דהודאתו מהני יותר מהעדים מ"מ מה"ת נאמר דלא שכח ובודאי היה טוען נזכרתי רק אף לאחר שבאו העדים לדעת המ"מ וכן הסכים שם התומים דלעולם יכול לומר נזכרתי כיון דהעדים מסייעין לו י"ל אף אם אינו חוזר ומת דטענינן בעד היתומים. ואם כבר פסקו הב"ד דחייב לשלם נראה דבכל אנפי א"י שוב לחזור ולטעון וכמו שכ' הנתיבות (סי' נ"ט ס"ק ב') רק אם עדיין לא פסקו הב"ד ומת מקודם י"ל דטענינן בעד היתומים הן בהא דסי' (ע"ט) הן באיני יודע אם פרעתיך ובנ' ידענא ונ' לא ידענא ואין זה מילתא דלא שכיח כ"כ דכ"ז שלא הי' ברור אצלי לא שם על לבו כ"כ ואומר שא"י וכששם על לבו נזכר שכבר פרע ואף במלתא דלא שכיחא יש מחלוקת הפוסקים (סי' ק"ח) דיש סוברים דטענינן ליתמי ועיין ש"ך (סי' ס"ט ס"ק כ"ו) דמסיק דלעולם אנו חושבין כאלו אביהן קיים לפנינו וטוען כך יהיה איזה טענה שיהיה

אם כן ה"ל לטעון להן כך דאם היה לפנינו והיה טוען נזכרתי שפרעתי או שאינו חייב היה נאמן אם כן יהיו פטורין:

אולם יש לומר למה שכ' הש"ך (סי' ע"ט) הנז' דצריך לישבע שכן הוא דמתחילה שכח ועכשיו נזכר וכן משמע מלשון הרמ"א דכ' נאמן בשבועה ולמה צ"ל בשבועה דכי ס"ד שעוד יהי' נאמן בלא שבועה וכי גרע משאר כופר הכל דחייב היסת וגם באיני יודע אם נתחייבתי חייב לישבע שאינו יודע ואם כן הכי בשביל שטען קודם איני יודע אם פרעתיך דהוא טענה המחייב כשאומר אחר כך נזכרתי יהיה פטור אף משבועה אלא ודאי כוונתו שישבע שעכשיו נזכר וקודם לא ידע ואף דאינו טוען על זה ברי מ"מ כיון דעל פי טענתו הראשונה היה חייב לשלם כשחוזר וטוען נזכרתי רגלים לדבר הוי וחייב לישבע אף על זה דמתחילה שכח ולא ידע ועכשיו נזכר אם כן י"ל כ"ז דלא נשבע שבועה הזאת דמתחילה שכח וטענתו שאינו יודע היה באמת ועכשיו נזכר לא נפיק מחיובו ולכך לא טענינן כן בעד היתומים כיון דכבר היה בחזקת חיוב על ידי טענתו ואף דשבועה זו הוא רק מדרבנן ומדאורייתא אין צריך לישבע כלל מ"מ השתא דחייב שבועה זו אם היה לפנינו וטען כך לא טענינן טענה הזאת עבור יתומים להוציאו מחיוב לפטור ואולי י"ל דבאמת כל הא דיכול לומר נזכרתי הוא רק השתא דמשביעין על זה אבל מן התורה דל"ש שבועת א"י א"נ לומר נזכרתי ואם כן אינו ראיה כלל מדברי תוס' כתובות הנז' דשם קאי על ד"ת אך זה דוחק לומר כן דאם מן התורה א"נ לומר נזכרתי כיון דליכא שבועה לא הקילו חכמים לומר שיהיה נאמן בהיסת ושבועת אינו יודע לא תקנו להקל עליו מדין תורה רק להחמיר ומ"מ י"ל דהשתא דחייב שבועה כ"ז דלא נתברר על ידי שבועה דבאמת לא ידע אז אינו נאמן לחזור מטענת החיוב לטענת הפטור ולא טענינן כן עבור יתומים ומ"מ צ"ע דאם כן בחשוד על השבועה דפטור דתקנתא לתקנתא לא עבדינן הכי נאמר דאם טען א"י אם נתחייבתי לא יהיה נאמן לומר אח"כ נזכרתי זה ודאי לא נהירא וצ"ע בכ"ז ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' מ"ה):

סימן ד

הא דאיני יודע אם פרעתיך חייב אם התובע טוען ברי וכ' הרי"ף סוף ב"ק הטעם משום דאין ס' מוציא מידי ודאי. והיכא דלא הוי ליה למידע יש מחלוקת הפוסקים יש סוברים דאעפי"כ חייב כיון דאין ספק מוציא מידי ודאי כיון דודאי נתחייב ויש סוברים דפטור דעיקר הטעם דבו"ש היכא דיש חזקת חיוב ברי עדיף ובמקום דלא הוי ליה למידע דאז אין השמא גרוע והעיקר תלוי בשמא גרוע ועיין בתומים ובנתיבות כ' ויש ליתן טעם בדבר מה בכך שהשמא גרוע וכי משום שהי' ליה לידע ולא ידע קנסינן ליה וצ"ל דטענת

איני יודע במקום דהוי ליה למידע טענה גרוע הוא ומחזקינן אותו למשקר וטוען שמא ובאמת אלו היה ברור לב"ד באמת שאינו יודע היה פטור דלא גרע ממקו' דלא הוי ליה למידע רק דחשדינן אותו למשקר לטעון שאינו יודע וא"ל דנאמין לו שאינו יודע במגו שהיה טוען ברי דיותר נ"ל לטעון איני יודע מטענת ברי ובמגו דא"י אם נתחייבתי א"נ דירא שמא יש עדים על הלואה ועוד כיון דשמא גרוע הוא א"נ אפילו ביש לו מגו אם לא במקום הפה שאסר כו' עיין שם בדבריו (ס"ק ז'):

וזה דבר רחוק לומר להחליש כח המגו ושלא להאמין לו דא"י במגו דא"י אם נתחייבתי דהא אף במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהוא חזקה אלימתא דמוציאין ממון על ידו הוא איבעיא דלא איפשטי אי מהני מגו ק"ו בזה. גם יש להתבונן אם כן היכא דעד א' מעיד שפרע לו בזה ודאי יש לו להאמין במגו דאי בעי היה חוזר מדבריו ואמר נזכרתי שפרעתי לו דכיון דעד א' מסייעו יכול להעיז ועיין ס' הפלאה כתובות (דף פ"ה) דר"ל דבא"י אם פרעתיך היכא דיש לו עד א' מחשבינן לטענתו טענת ברי וכבר השיגו עליו בזה דמחיוב ממון אין עד א' פוטר אולם אם נאמר דעיקר חיובו בשביל דלא נאמין לו שא"י ובמגו דהיה טוען ברי א"נ דיותר ניחא ליה למיטען טענת אינו יודע מטענת ברי' י"ל דהיכא דיש לו עד האומר שפרע המגו טובה הוא דהא אם היה טוען ברי היה לו עד המסייעו וכעין זה ראיתי בש"מ (סי' פ"ז ס"ק ה') דבנ' ידענא ונ' לא ידענא דחייב מטעם מתשאיל"מ דכ' הש"ך דאין עד א' קם לממון וכן דעת הסמ"ע (סי' ע"ב) וכ' הוא דלדע' הש"ך דהיכא דידענו שאינו יודע לא הוי מתשאיל"מ כיון דאז פטור משבועה ואם כן היכא דיש לו עד המסייעו על הנ' דפרע אנן סהדי דאינו יודע דאי בעי לשקר היה טוען ברי והיה פטור משבוע' דהעד המסייעו פוטרו ולא הוי מגו דהעזה כיון דהעד מסייעו מעיז ומעיז וכ' דאף הסמ"ע והש"ך לא מיירי אלא כשבא העד המסייע לאחר טענותיהם בב"ד ולא הי' לו אז מגו דלהד"מ דהיה צריך שבועה אבל אם העד המסייע היה קודם שטענו בב"ד אף הם מודים דפטור מלשלם עיין שם ולדבריו אם נאמר דבבא העד מיד נאמן במגו יהי' נאמן דאינו יודע אף אם בא אחר כך העד אם עומד בטענתו דא"י במגו דהיה אומר נזכרתי והיה אומר ברי לי שפרעתי למה שכתבו האחרונים דאף בנ' ידענא ונ' לא ידענא נאמן לומר נזכרתי כמו שכ' בסי' הקדום ודוחק לומר דהואיל דמסייע לו העד לא יהיה נאמן במגו דנראה כמשקר בטענת נזכרתי דומה קצת למה שכ' המ"מ (פ"ט) מאישות בדעת רמב"ם בעד אומר נתקדשה ועד אומר לא נתקדשה והיא אומרת לא נתקדשתי דחוששין לכתחילה יותר מאם לא הי' לה עד המסייע דשם הוא רק לענין איסור ולא לגבי הוצאות ממון וגם שם הראב"ד וסייעתו חולקין על סברא הזאת ואם כן

כמו דאם באו העד עם טענותיהם לב"ד דרצה לומר דנאמן א"י במגו דלהד"ם הואיל דעד מסייעו כן אח"כ יהיה נאמן במגו דנזכרתי ואם נאמר דא"י א"נ במגו כמו שכ' הנתיבות אתי שפיר גם בנ' ידענא ונ' לא ידענא. אולם הדבר קשה למה לא יהיה נאמן וכי כל כך טענה גרוע הוא שלא יהיה נאמן במגו ואף דמצינו דאינו נאמן במגו דא"י דאין אדם טוען ברצון א"י מ"מ אם טוען א"י אדרבה היכא דיש לו מגו נאמר דודאי שכח ועיין תוס' ב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה ר"נ דכ' דאחר שנתקנה שבועת היסת חייב לישבע שא"י דאל"כ כל נתבע יאמר א"י ויהיה פטור מכלום וכן כ' הר"ן כתובות (דף י"ג) ומשמע מדבריהם אף דתיקן ר"נ שבועת היסת מטעם חזקה דא"א תובע אלא אם כן יש לו מ"מ לא מצינו דתיקן באומר א"י דהתובע א"י שזה יודע ואין נשבעין על טענת שמא לכך כתבו דבהכרח לקיים התקנה שישבע כשאומר להד"ם צריך גם כן לתקן שישבע כשאומ' א"י שכן הוא דאם לא כן כל אחד יאמר א"י ואף דכתבו התוס' והר"ן דלמאן דלית ליה מתשאיל"מ הא דאינו נאמן במגו דא"י דאין אדם טוען ברצון א"י ע"כ סברתם דלכך חייבו התורה למוב"מ דאין זה מגו טובה אבל שיתקיים תקנת חכמים כיתד שלא תמוט לא הועילו בתקנתם לגבי אנשים שיטענו א"י הרי דיש אנשים שטוענין ברצון איני יודע כדי שיפטרו משבועה אם כן עכ"פ א"י מהראוי שיהיה נאמן במגו:

וכבוד שארי המנוח הגאון המובהק בעל ספר זית רענן זצ"ל אמר בזה דלכך אינו נאמן בטענת א"י במגו כיון דגם אם נאמין לו שא"י אינו ברור דפטור רק דאין מוציאין ממנו דאין לחייבו מספק ודומה לדברי רמב"ן ב"ב (דף מ"א) בלוקח שישב בהקרקע ג' שנים ובא המערער וטוען הלוקח דקנה מפלוני ושדר בה המוכר חד יומא ולית ליה סהדי ע"ז דל"א שיהיה נאמן במגו דמינך זבינתי משום דאף לפי טענתו אינו מבורר לגמרי ורק אחר כך צריך שיברר ספק מדעתינו דמוכר לקחה מן המערער וה"נ אף אם נאמן שאינו יודע אינו מבורר שהתובע משקר אלו דבריו ז"ל ולדעתי א"ד לשם דשם יש להמערער חזקת מר"ק וקרקע בחזקת בעלים עומדת ואם היה בא אז לערער היה מוציא מידו ורק כיון דאיתרעא שלא מיחה ג' שנים אין מוציאין כשבא מחמת טענה אבל כשטוען דקנה מאחר שדר בו חד יומא גם עכשיו מוציאין ממנו דאינו טענה מבוררת להוציא מחמר"ק כיון דאף אם דר בו חד יומא לא ידענו אם קנה מן המערער רק אם ידענו מזה טוענין בעד הלוקח ואין המגו אלם כ"כ לבנות על זה בנין חזק שאנן נטעון בעדו דמסתמא לקחו. וגם שם הוא דוקא כשדנין המגו של הלוקח אם דר בו חד יומא דאף אם דר בו יום א' לא ידענו אם דר בחזקת שהוא שלו אבל אם הלוקח אומר שיודע שהמוכר דר בו ג' שנים והחזיק בו י"ל דבזה כיון שהלוקח יש לו ע"ז מגו וטענה הזאת שדר בו ג' שנים הוא

כאלו ידענו שלקחה המוכר טוענין בעדו שכן הוא וכן כ' בנתיבות (סי' קמ"ו ס"ק כ') בפשיטות דזה הוי כבירור גמור וכתפיסה מוכחת דקנה המוכר מה שאין כן כשדר בו חד יומא פעמים מניח ביתו ריקן ודר זה המוכר בה ובאנו רק שאנו נטעון בעדו צריך שיהיה בירור גמור להוציא מחמר"ק מה שאין כן כאן כשנאמין לו שאינו יודע אז אף דלא ידענא בבירור דטענת התובע הוא שקר מ"מ כיון שהדין הוא הממע"ה עפ"י דת וחק התורה הוי כבירור גמור ואם היה הדין דאם נדע שאינו משקר רק באמת א"י הוא פטור למה לא נאמן לו במגו המבררת טענתו שכן הוא ואנן סהדי דא"י ואם א"י באמת פטור מן הדין. ושם עיקר הטעם דלא מפיו אנו חיין ואנן צריכין לטעון בעדו דלקחה מוכר מן המערער. ולא טענינן בעדו רק אם יש עדים שרגלים לדבר ומשום מגו לא טענינן אנן כמבואר שם ברמב"ן להדיא אבל במקום דהדין ברור דהממע"ה וא"צ שום טענה עוד מה"ת לא יהי' נאמן שא"י [גם י"ל דאף רמב"ן לא אמר סברתו רק שם במגו דמינך זבנית דהוא העזה בזה לא נוכל לבנות על המגו הזאת שצריך לברר ספק מדעתנו אבל במגו אלימתא לא אמר כן ואכ"מ בזה] ואני המתקתי ביותר די"ל כיון דאף אם נאמין לו שא"י עכ"פ כיון שהתובע בא בטענת ברי דחייב לו חייב לציד"ש דלא גרע מא"י אם נתחייבתי דג"כ חייב לציד"ש מכ"ש בא"י אם פרעתיך אף אם נאמין לו דא"י דודאי חייב לציד"ש רק הב"ד אינם יכולין לכופו ולהוציא ממון עפ"י ברי של התובע לכך כ"ז דלא נתברר בירור גמור דא"י ואולי משקר לומר כן אף דיש לו מגו מחייבינן ליה לשלם אולם באמת כ"ז דחוק לסלק נאמנותו דא"י.

ברם עיקר הסברא דחייב בא"י אם פרעתיך כתב הטו"ז דמוקמינן על חזקתו חזקת חיוב הואיל דודאי נתחייב כ"ז שלא נתברר דפרע בבירור נשאר בחיובו ואין ספק מוציא מידי ודאי וחזקת חיוב לא גרע משאר חזקות והרי מבואר בש"ס כתובות שם דאף בבו"ש היכא דמסייע חזקה להתובע גם כן מוציאין ממון ולא בלבד בחזקת הגוף רק אף בהיא אומרת מוכת עץ אני דליכא כל כך חזקת הגוף רק אוקמי אחזקה שחזקת בנות ישראל שאינן מזנות כמו שכ' הר"ן שם גם כן מהני בצירוף ברי נגד שמא כ"כ חזקת חיוב והסוברי' דדוקא היכא דהוי ליה למידע חייב סברו דחזקת חיוב אינו כל כך חזקה אלימתא דעומד לפרעון ועיקר טעמו דאומדנא דמוכח הוא שזה לא הלוהו שאם יסתפק לו ודמיונו יכזב לו שאולי פרע לו יהיה פטור מלשלם וזה יפסיד מעותיו. וכמו במלוה בשטר דא"נ לומר פרעתיך דחזקה שטרך בידי מה בעי ובס' בשמים ראש (סי' נ') ביאר הסברא דהשטר לכך עומד ותנאי ממון הוא שכל שזה יביא שטר ואין לחבירו ראי' שכבר שילם שישלם והשטר שביד המלוה הוא תמורת ממונו וכשהניחו בידו אפסיד אנפשיה וכמו כן במלוה

על פה אף דלא לקח המלוה תמורת ממונו שטר והאמינו היינו דסמך עצמו על הלוה שלא יעיז פניו נגדו ויכפור ויאמר להד"ם או פרעתיך אבל לא כשנפל ספק בלבו אם פרע לו או לא על זה לא האמינו לכך אין ספק מוציא מידי ודאי וזה דוקא בספק דא"י היכא דהיה לו למידע אבל היכא דלא הוי ליה למידע על זה לא נחית המלוה שיצטרך הלוה לברר והדר דינא לדון ביניהם המוציא מחבירו עליו הראיה:

וי"ל דמה"ט מבואר (סי' ע"ב סי"ד) כשהמלוה נשבע דהמשכון נאבד באונס חייב הלוה לשלם דהלוה הוי כא"י אם פרעתיך וקשה הא לא הוי ליה להלוה למידע כיצד נאבד ואף דהמלוה נשבע דנאבד באונס היינו דהתורה רמי' עליו שבועה למיפטר נפשיה אבל מניין לנו שיהיה נשבע ונוטל ובשומר שכר דנשבע שנאנס ומקבל שכרו כמבואר (סי' ש"ג) בש"ך (ס"ק ה') היינו דשם הוא שבועות המשנה שנשבע ונוטל אף במקום דל"ש שבועת השומרין דהוי כהוציא ממון ע"פ כמ"ש בנתיבות שם אבל שיהי' נאמן בשבועתו שיגבה חובו מניין לנו להסוברים דבא"י אם פרעתיך פטור בלה"ל למידע ועיין בנתיבות (ע"ה ס"ק ה') דכ' להלכה דכל היכא דלה"ל למידע פטור אם לא דחסרון הידיעה נולד מחמת הפשיעה של הבעל דין או כשנולד הספק לב"ד בלא טענותיהם ויקשה מהא דסי' (ע"ב) וכן הקשה בתומים ולמה שכ' אתי שפיר כיון דעיקר הטעם דפטור הוא משום דע"ז לא נחית הלוה שיצטרך לברר ספק הבא מעלמא ורק ספק שבא מחמתו דמסתפק אם פרע על זה נחית לחייב א"ע מטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי וכ"ז שא"י בירור גמור מצדו דפרע לו נשאר בחיובו ולכך בלה"ל למידע שהוא ספק המזדמן במקרה על זה לא נחית ונשאר הדין הממע"ה. אולם במלוה על המשכון ודאי לא נחית המלוה ע"ד זה שיצטרך תמיד לברר אם יאבד ממנו באונס ואם לא יברר יפסיד חובו על לא דבר ובודאי גם הלוה נחית אדעתא דהכי דאם על פי הדין פטור כשומר דעלמא דנשבע דנאבד באונס שהחוב יהיה נשאר בתקפו ולכך הוי הלוה בזה כשאר א"י אם פרעתיך במקום דהוי לי' למידע:

עוד י"ל בטעמא דסוברים דבלה"ל למידע פטור נגד חזקת חיובו דכל מה דחייב לשלם בא"י אם פרעתיך הוא משום דלעולם שייך חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו והוא כחזקה המבררת דחייב לו רק א"י להוציא ממון בזה דכמו כן יש להלוה חזקה דאין אדם מעיז שהוא גם כן כקצת בירור דאינו חייב ולכך בטוען א"י אם פרעתיך במקום דהוי ליה למידע חייב כיון דלית לי' להלוה חזקה כל כך ולהמלוה יש חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו ובצירוף חזקת חיוב מוציאין ממון כמו בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דמוציאין ממון מטעם חזקת חיוב וכמו שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' ע"ח) וכן כ' בש"מ ב"ק ר"פ שור שנגח משם הרא"ה דעם רוב וחזקת חיוב דמעיקרא מוציאין ממון

וה"נ דכוותי' עם חזקה דאין אדם מעיז לתבוע וחזקת חיוב מחייבינן לי' לשלם ולכך בעינן דוקא שתבעו מקודם ואם לא תבעו אלא מעצמו אמר א"י אם החזרתי לך פטור כמבואר בש"ע (ס"י) וברמב"ם (פ"א) מטוען כ' דאף אם אמר אביך הפקיד אצלי וא"י אם החזרתיו א"ח לשלם ומבואר אף דלא הוי ליה למידע וליכא ריעותא מ"מ פטור והטעם דעל ידי חזקת חיוב בלבד א"מ ממון רק בצירוף חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו ואף דמבואר בש"ך (ס"ק ל') דאם לא תבעו ומעצמו אמר אם המלוה אומר ידעתי מזה וטוען ברי על ההלואה ועל הפרעון חייב אף דקדים שמא של הנתבע לברי של התובע היינו דמ"מ שייך חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו ואף דשמע דהנתבע א"י מן הפרעון מ"מ לא יעיז לומר ברי דלא פרע דדלמא ישים על לבו ויזכור א"ע ועיין תומים (ס"ק ח') ואם המלוה עומד בספק בהלואה רק שיתחייב על ידי הודאתו וברי שלו שבודאי לא פרע י"ל כיון דהמלוה מעיד ע"ע דלא דייק כיון שא"י כלל מן הלואה חזינן דלא דייק לא נוכל לסמוך על הברי שלו מן הפרעון אך אם זה הוא הטעם א"כ היכא דלא הוי ליה להמלוה למידע מן ההלואה כגון דאומר דגנב מעמו או שחייב לאביו ואינו יודע אם פרע לו והוא אומר דברי לו שלא פרע לו כיון דליכא ריעותא במה דהמלוה א"י מהחיוב י"ל דהש"ך מודה דחייב מטעם דהוי א"י אם פרעתיך ול"מ כן מדברי הש"ך] אבל היכא דלא הוי ליה למידע ליכא כל כך החזקה דאין אדם תובע כיון שיודע שחבירו אינו יודע מזה ואינו מכיר בשקרו לא נשאר רק חזקת חיוב בלבד לכך פטור הלוה. ובזה אתי שפיר מה שהקשה בתומים מסוגיא דקציצה דכ' שם תוס' דלכך היה ס"ד דשכיר יטול בלא שבועה כיון דבעה"ב טריד בפועליו הוי כאיני יודע אם פרעתיך הא לא גרע טרדת דבעה"ב ממקום דלא הוי ליה למידע דפטור כיון דהוא צועק שיודע רק אנו אין מאמנים לו ולהנ"ל אתי שפיר דהיא הנותנת כיון שצועק שיודע בבירור שפרע לו רק הב"ד אין מאמיני' לו שוב שייך החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו לגבי השכי' דכיצד יעיז כנגדו כיון דהבעה"ב יודע בברי רק הב"ד אינ' מאמיני' לו דנקטינן מחמת טרדותיו טוען כן ומשוינן לטענת בעה"ב לטענת שמא אבל חזקה דלא יעיז השכיר לתבוע פעם שנית נשאר וכן מבואר שם ברשב"א דשייך החזקה דאין אדם תובע לגבי שכיר אם כן נשאר החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו בצירוף חזקת חיוב לחייבו והוי כמו במקום דהו"ל למידע דחייב ומיושב נמי מה שהעיר בנתיבות מחנוני על פנקסו ופועלים דהבע"ב חייב לשלם מטעם דהוי א"י אם פרעתיך אף דלא הוי ליה למידע אם שילם החנוני להם או לא ולמה שכ' כיון דהפועלים מעיזים ומכחישין להחנוני ואמרו דלא

קבלו נשאר החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו בתקפו לכך בו"ש ברי עדיף בצירוף חזקת חיוב:

וראיתי בתומים דהוכיח דדעת תוס' מס' סוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ה דבלהל"מ פטור בא"י אם פרעתיך דהקשו לר"ה ור"י דבו"ש ברי עדיף אמאי סברי ב"ה במתו בעליהן עד שלא שתו אינן נוטלות כתובה ותירצו מאחר שהתורה עשאה ספק עד שתשת' אינה יכולה לטעון טענת ברי ומדלא הקשו אף לדידן דבו"ש לאו ברי עדיף מ"מ בא"י אם פרעתיך אין ספק מוציא מידי ודאי אלא ודאי דסברו דבזה בעינן הוי ליה למידע והקשו רק לר"ה ור"י לס"ד בכתובות דאף בלא הוי ליה למידע לדידהו בו"ש ברי עדיף ולדעתי העניה אין ראיה משם וגם דוחק גדול לומר דקושית תוס' היה לס"ד הא הם כתבו דהש"ס כתובות היה יכול לומר ולטעמך אלא ודאי נראה דעת תוס' שם דלר"ה ור"י אף בלהו"ל למידע ברי עדיף וכדעת רמב"ן כיון דהטעם הוא מצד ברי ושמא ברי עדיף והא דלא הקשו אף לדידן דהוי א"י אם פרעתיך ל"ק דשאני ספק שהוא לפנינו ובא בהגרמת המלוה וידעו התוס' בקושיתם כיון דהתורה עשאה בסוטה שהוא רגלים לדבר לספק כודאי אין מוציאין ממון ואף דכ' תוס' בתירוצם דהתורה עשאה כספק אף דהוי כודאי כוונתם למה שכ' תוס' יבמות (דף י"א) דרק להחמיר עשא' התורה ספק כודאי ולא להקל אם כן נשאר ספק עכ"פ לפנינו בלא טענותיהם ובכה"ג לא שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי לחייבו דדומה למחייב עצמו בתנאי שהוא קום ועשה דעליו לברר שקיים תנאו ה"נ בכתובה כיון דאסורה לדור עמו והוי כעוברת על דת דלית לה כתובה ועיין במל"מ (פ"ב) דסוטה דהקשה למה אם אמר בעלה אינו רוצה להשקותה נוטלת כתובה הא הוי כעוברת על דת וכ' דודאי משום עבירה שעברה אינה מפסדת כתובתה רק משום דאסור לדור עמה ובהתברר שטהורה היא ורשאי לדור עמה לא הפסידה כתובתה לכן כיון שרצתה לשתות ולברר והוא אינו רוצה לברר אינה מפסדת כתובתה וזה כשבעלה מעכב אבל אם מת הבעל ולא נתברר אם היתה שותת לברר שטהורה היא הפסידה כתובתה כיון דרגלים לדבר ואינו רשאי לדור עמה עליה לברר שהיתה שותת והיתה עושה הקום ועשה ולכך פטור הבעל ואינו דומה לאיני יודע אם פרעתיך דשם עליו לברר שנעשה הקו"ע שבא לכלל פרעון להפקיע החזקת חיוב מה שאין כן בסוטה דעל ידי קו"ס נאסרה עליו בהגרמתה ועד"ז לא התחייב ונפקע ממילא החיוב רק שבידה לברר בקו"ע שמותרת לו וכ"ז שלא ביררה אינה יכולה להוציא ממון ואף דבאונס א"י לברר על ידי השתיה דמת בעלה מ"מ אונס רחמנא פטרה אבל לא אמרינן לחייב להיורשים בשביל שאנוסה וא"י לברר שהיתה שותת ושהיתה מותרת לבעלה על ידי בירור השתיה ועיין ש"ס כתובות

(דף פ"א) דפריך לב"ש ספק זנאי ספק לא זנאי וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי ומתרץ קסברי ב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי והיינו ע"כ אי לאו כגבוי דמי אין ספק זנאי מוציא מידי ודאי יורשי הבעל שהן ודאי וכנז' ולכך הקשה התוס' רק לר"ה ור"י דלדידהו מצד ברי ושמא ברי עדיף מוציאין ממון והיא טוענת ברי שמותרת שלא זינתה ושהיה מתברר הדבר על ידי שתיה ועל זה תירצו התוס' דכיון דהתורה עשאה ספק עד שתשתה א"י לטעון אף טענת ברי. ועיין ש"מ כתובות שם לשון הרא"ש:

ועל דרך זה ישבתי בילדותי מה ששמעתי להקשות בהא דמבואר גיטין (דף ל"ז) דנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד מטעם דלא שבק התירא ואכל איסורא ולמה לטעם זה הא בלא"ה הלוה הוה כא"י אם פרעתיך דאינו יכול להכחישו של"ה לו פרוזבול והמלוה טוען ברי ואמרתי כיון דכל הטעם משום דאין ס' פרעון מוציא מידי ודאי הלואה ועליו לברר שקיים בקו"ע אם כן שם דהפרעון ודאי דשמיטה משמט ורק אם עשה פרוזבל אינו משמט אמרינן להיפך אין ספק פרוזבל מוציא מידי ודאי פרעון שמשמט ממילא ועליו לברר שעשה מעשה פרוזבול בקו"ע שלא ישמט אם לא מטעם דלא שביק התירא ואכל איסורא:

ובספר בית מאיר (סי' קע"ח סט"ו) ראיתי שהוכיח מדברי תוס' סוטה הנז' להיפך דאף דלה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתיך דהא מבואר במתניתין דסוטה שם ד"ה נשים השונאות אותה נאמנות לומר שנטמאת אבל לא להפסידה כתובתה והקשה מ"ש מהא דאם מתו בעליהן דקיי"ל כב"ה דאבדה כתובתה ע"י קו"ס וה"נ כיון דנאמנות שלא להשקותה תפסיד כתובתה וכ' דרק נגד היורשים הוי ליה ס' נגד ודאי דאם זינתה מעולם לא חל שום חיוב עליהם מה שאין כן לגבי בעל עצמו הוי ליה כא"י אם פרעתיך והתוס' ר"פ ארוסה שהביאו דברי הירושלמי הטעם בארוסה דמפסדת כתובתה כיון דיודעת היתה שאין ארוסה שותה ולמה הכניסה עצמה לספק זה המרובה לא לבד טעמא דב"ש אתא רק שם כיון דהוא חי מוכרח לטעמם אף לב"ה ולכך לא הקשו תוס' במתו לב"ה הא הוי כאיני יודע אם פרעתיך אלא ודאי דלגבי יורשים חשוב כא"י אם נתחייבו אבל בהנך חמש נשים דנאמנות שלא לשתות חייב הבעל בכתובה מטעם א"י אם פרעתיך. וכ"ד תמוהין הם חדא דבירושלמי ר"פ הארוס' מבואר דרק לב"ש צריך לטעם זה דיודעת שאין ארוסה שותת אבל לב"ה בלא"ה אתי שפיר כיון דאינה שותת מפסידה כתובתה וז"ל הירושלמי מתניתא דב"ש דב"ש אומרים נוטלת כתובתה ולא שותה א"ר יוסי תמן טעמייהו דב"ש אומרים הביא לי בעלי ואני שותה ברם הכא יודעת היתה שאין ארוסה שותה למה הכניס' עצמה לספק המרובה הזה בשביל לפוסלה מכתובתה הרי דלב"ה

לא צריך לטעם הזה רק כיון דאינה מבררת על ידי שתיה מפסיד' כתובתה אף דהבעל בחיים מ"מ לא הוי כאיני יודע אם פרעתיך כיון דהספק נולד בפנינו ולא בא על ידי קום ועשה וכנז' [ויש להתבונן בדברי תוס' יבמות (דף ל"ח ע"ב) דכתבו משם הר"י דב"ש מודי' בארוסה משום דהיא נתנה אצבע בין שניה וכטעמא דירושלמי הנז' וכתבו עוד משם הר"י דבארוסה יש לחושבה כעוברת על דת כיון שאינה יכולה ליבדק ובירושלמי מבואר דלאו מטעם זה אתי עלה ועיין מלמ"ל (פ"ב) דסוטה בזה דכתב ריא"ז דאין צריך להתרות ולהודיעין שמפסידות כתובתן אבל דעת שאר הפוסקים דצריך להתרות שתפסידי כתובתך ואם כן מצד עוברת על דת אינה מפסדת הכתובה רק מטעם כיון שאינו יכול לדור עמה ובארוסה גרע דליכא לברר כלל ע"י השתיה] גם מה שכ' דלגבי יתומים הוי כא"י אם נתחייבו קשה לומר כן כיון דביתומים ליכא שעבוד הגוף כלל רק מנכסי מורישהן בא לגבות מכח חזקת חיוב אם כן הוי כאיני יודע אם פרעתיך ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ד') להשיג עליו בזה מהא דמבואר בש"ע (סי' פ"ע) במת הבעה"ב דהשכיר גובה מהיורשים ושם עיקר הטעם משום דאביהן כאיני יודע אם פרעתיך ומשמע אף אם לא עמד אביהן בדין:

גם עיקר דבריו לדון לסוטה כא"י אם פרעתיך קשה הדבר למאד כיון דהכניסה עצמה לספק זה אף דהיתה יכולה ליבדק בשתיה מ"מ כיון דאחר כך נתגלגל הדבר דא"י לשתות הרי הספק לפנינו בלי שום מעשה פרעון אם נפקע החוב ומה"ת יתחייב:

ובאמת הקושיא בהא דחמש נשים השונאות זו את זו מעידות לומר שנטמאת לאוסרה על בעלה ושלא להשקותה אבל לא להפסידה מכתובתה וברמב"ם מבואר אלא נוטלת כתובתה ויוצאה [ועיין גליון רע"א זצ"ל במשניות מס' סוטה דמכח זה השיג על הב"מ שרצה לדחוק א"ע דבהנך ה' נשים הוא רק שלא להפסיד' היינו דתפיסה מהני וברמב"ם מבואר דנוטלת כתובתה ונשמט שם מאשר ראיתי בכ"י שהביא שם ד' הב"מ ומשיג עליו בזה מד' הרמב"ם] ואמאי נוטלת כתובתה ומי גרע ממתו בעליהן. והגרע"א זצ"ל הק' לב"ה ממתו בעליהן עד שלא שותת ובאמת אף לב"ש קשה דשם יכולה לומר הביא לי בעלי ואני שותה כמו שכ' בירושלמי אבל כאן כיון דמה"ד כל דעד א' נאמן אף פסול נאמן ונאמנות שלא לשתות אמאי נוטלת כתובתה וגם למה שכ' תוס' יבמות (דף ל"ח) הנז' דהוי כעוברת על דת וה"נ כיון דעכ"פ בהכרח צריך להוציאה על ידי מעשיה אמאי חייב בכתובתה והקושיא עצומה. וגם מה שכ' שם הגרע"א ז"ל מדברי ירושלמי סוטה דהא דמפסדת כתובתה הוא מטעם כיון דהאמינו התורה כתרי ממילא אין לה כתובה ומדמה לעד א' שמעיד שזה חלב ואחר כך אכל והתרו בו דלוקה הא בלא"ה כיון דא"י

לשתות מפסידה כתובתה יש לדבר בזה טובא שם בביאור דברי ירושלמי שם ובהך בעיא שם חמותה שאמרה אני ראיתי שנטמאת ובא אחד ואמר ראיתי מה בא להעיד דכבר נראית שלא לשתות אלא לא בא אלא להפסידה מכתובתה שאין מפסידין ממון על פי עד א' ובא למיפשט מהא דעד א' אומר שזה חלב דלוקה אף דעיקר עדותו בעד א' ופירש בפ"מ דה"נ מפסידה ואינו מובן הא בסוטה מיד בא להפסיד ממון ויש לפרש אף דכבר נראת שלא לשתות מ"מ נ"מ אם יבא אחר כך עד א' להכחיש לחמותה דלדעת רמב"ם ל"א בעד פסול כ"מ שהאמינו תורה עד א' הוא כשנים ואף להחולקים נ"מ אם באו ב' נשים להכחישה נ"מ להחזיק על פי הגדת העד כשר שיהיה כבירור וכבי תרי דא"י להכחישו לכן ממילא מפסידה כתובתה. או י"ל דהפשיטות הוא להיפך כיון דלא צריך עכשיו לעדותו רק לענין כתובה א"נ [והרמב"ם הלכו' סוטה לא הביא כלל דבר זה] וגם אף בבא עד כשר א"ד להך דחלב כיון דה"נ לענין ממון הוא מיד בכל אלה יש לדבר טובא ויבואר בעזה"י במ"א. עכ"פ משם אין להוכיח לענין א"י אם פרעתיך במקום דלא הוי ליה למידע ובודאי לדינא הוי ספיקא דדינ' ואין מוציאין ממון בא"י אם פרעתיך במקום דלא הוי ליה למידע ולא פשע כלל בדבר:

סימן ה

ראיתי במהרשד"ם חח"מ (סי' פ"ז) שדן במלוה שאמר ללוה שיפרע החוב לפלוני ואחר כך כשבא המלוה לחשוב עם פלוני אמר שלא קבל והלוה אומר שפרע רק שאינו זוכר למי פרעם אם למלוה או לאותו פלוני דחייב הלוה לשלם לפי שהיה לו לידע למי פרע דכיון אם המלוה היה תובע מהלוה והי' משיב א"י א"פ היה חייב דצריך לידע שפרע וזה כשיבוא כ"א ויתבע א"י להשיב פרעתיך ודאי דישאר חייב עכ"ד והם קשים להבינם. הא סוף סוף טענתו ברורה שפרע לאחד משניהם א"ד לא"י אם פרעתיך כיון דברי לו שפרע וכי רמיא עליו למידע באיזה אופן שפרע לו די אם טוען בברי שנפרע החוב. וראיתי בספר מטה שמעון שהביא משם הרב משאת משה שתמה עליו כן והוא כ' דאף דא"ל שיפרע לפלוני כיון דלא ידע למי פרעו לא מיפטר בזה ממנ"פ דאם פרע לו או לפלוני הרי פרוע זה ליתא דאם היה אומר ברי דפרע לפלוני אפשר דהיה מודה פלוני ואם היה כופר היה צריך לישבע ואם כן נמצא דבהעלם ידיעתו עדיין אינו ניצל מדין איני יודע אם פרעתיך אלו דבריו והם תמוהין ביותר דסוף כל סוף כיון דטוען ברי שפרע במה נחייבו ואי משום דאינו זוכר למי לא פשט בזה כלל דכי מוטל על הלוה שיזכור למי פרע ואף גרמא לא הוי בזה במה שאינו זוכר אם פרע לו או לפלוני כיון דלא אמר לי' הב ליה

באפי סהדי אף דאינו זוכר אם פרע לו או להמלוה עצמו ויוכל להיות אם היה זוכר ל"ה ביד הפלוני להכחישו מ"מ בשביל זה לא נוכל לחייבו:

ומ"ש דאם היה כופר היה צריך לישבע נראה דפשיטא ליה דהפלוני אין צריך לישבע כיון דליכא נגדו טענת ברי ולענ"ד גם כשאומר איני יודע אם פרעתי לו מ"מ צריך הפלוני לישבע כיון דהמלוה יודע וטוען ברי מצטרפים טענתו עם טענת הלוה שפרע למיחשב טענת שניהם לברי שקבל הממון וחייב לישבע היסת ודומה להא דמבואר (סי' קכ"א ס"ח) דהלוה נשבע למלוה על ידי טענתו של השליח שבועת היסת ועיין שם בש"ך (ס"ק מ"ו) כיון שממונו היה בודאי בידו ועכשיו השליח כופר מצרפים טענת המלוה והשליח. וה"נ אף דלא היה ממון בודאי בידו מ"מ כיון דבצירוף טענותיהם הוא טענת ברי חייב לישבע היסת דהא הש"ך שם (ס"ק מ') גרס דנשבע למלוה או למפקיד וע"כ דס"ל אף דעיקר הטעם דמהני צירוף למיחשב לטענת ברי להשביעו כיון דהיה מעותיו ודאי בידו ונתקלקל כמו שכ' הש"ך (ס"ק מ"ו) והכא ל"י אם היה כלל מעות ביד השליח דמכל מקום כיון דהשליח קבל עליו השליחות ומחמת זה יכול לפטור הלוה את עצמו בטענותיו הוי כידעינן שהיה בידו וצריך לישבע ולא כן בשולח מעות ללוי לקנות לו סחורה דהביא הש"ך שם (ס"ק מ"ב) משם ת"ה דאין ראובן יכול להשביע ללוי הואיל דאין לו עליו רק טענת שמא דהתם אין לו שום שייכות עם לוי ועיין שם בנתיבות (ס"ק י"א) וה"נ בנידון דרשד"ם דלוי הוי יותר משליח כמבואר שם הוי כמו שבא לידו ונתקלקל ומצרפינן טענתו כיון שיודע בברי שהוא לא קבל מן הלוה עם טענת הלוה שיודע ברי שפרע או למלוה או לאותו פלוני שצוה לו כדי להשביעו וגם בדינא דתה"ד הנ"ל מצאתי בתשובת מהר"ם רוטינבורג ז"ל (סי' תח"י) בראובן שתובע לשמעון וטוען שלחתי על ידך ממון ללוי ולא נתת לו ושמעון משיב עשיתי שליחותך וראובן משיב הלא לוי כופר ופסקו ב"ד להשביע את שמעון וכ' ואם יחזיר ראובן ויתבע גם את לוי כספי בא לידך ולוי כופר ישבע גם לוי שלא בא לידו ונפטר עכ"ל ומשמע אף על ידי תביעת ראובן יכול להשביעו ללוי דמצרפינן טענת שמעון וראובן לטענת ברי ודלא כמו שכ' התה"ד ועיין מה שכ' בהגהותי בד"ח דיני שומרים (סי' א') ואם כן ה"נ כיון דהמלוה יודע וטוען ברי שהוא לא קבל והלוה טוען ברי ששילם לאחד מהם מצרפינן טענותיהם לטענת ברי להשביעו לאותו פלוני. ויהיה איך שיהיה אף אם לוי יפטור משבועת היסת מ"מ לא גרם לו בזה כלום הלוה במה שא"י דאם הדין כיון דלא ידעינן שבא ממון לידו לא מצרפינן טענת שניהם לטענות ברי להשביעו היסת אם כן אין הבדל בין אם טוען ברי או שמא

דפרע לו ואם כן מכל צד נראה דפטור הלוה בטענת ברי שפרע אף דא"י אם לזה או לזה ודברי מהרשד"ם צ"ע:

והא דחייב לשלם באיני יודע אם פרעתיך ואין התובע צריך לישבע כמבואר בש"ע ראיתי בס' שער משפט שיצא לדון בדבר חדש דאם התובע מודה שנפרע מקצת חוב בכה"ג דינו כמו פוגם שטרו דצריך בעהש"ט לישבע והטעם מבואר בש"ס דפרע דייק דמיפרע לא דייק ואם כן הכא דבא"י אם פרעתיך אינו חייב רק כשהתובע טוען ברי וכיון דמודה דנפרע מקצת חשוב טענתו ספק וכל זמן שלא נשבע לא מיחשב טענתו כברי עיין שם דהוליד מזה עוד דינים חדשים:

ולא נהירא לע"ד דלא מצינו בזה תקנה ובפוגם שטרו הוא גם כן רק אם התובע טוען ברי והנתבע טוען ג"כ ברי אז רמו רבנן שבועה עלי' כי היכא דלידוק אבל לא מצינו אם טוען שמא דיחייב לישבע וכמבואר (סי' פ"ד) רק בעד א' מעיד שהוא פרוע יש מחלוקת הפוסקים אם תקנו כעין דאורייתא דעד א' קם לשבועה אף אם אין התובע טוען ברי כ"כ תקנו לישבע וליטול אף אם טוען הנתבע ספק כמו שכ' הש"ך שם אבל בפוגם לכ"ע תקנו כעין דאורייתא כמו בנשבע ונפטר היכא דהוא מוב"מ כמו כן בשטר נשבע ונוטל וכמו במוב"מ דא"ח שבועה רק בטוען ברי כן נמי בפוגם שטרו אינו חייב לישבע רק אם טוען ברי דפרעתי הכל ולא כשטוען שמא דאז ודאי הוי ריעותא כיון דפרע דייק והו"ל למידע וא"י וכמו כן בא"י אם פרעתיך דחייב מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי כיון דודאי נתחייב וזה טוען ברי דלא פרע לו אף דמיפרע לא דייק ליכא ריעותא במה שפוגם החוב ומודה דפרע לו מקצת ואין נשבעין על טענת שמא. וגם א"ד לפוגם שטרו דשם איתרע חזקת השטר מה שאין כן בא"י אם פרעתיך דחייב מטעם חזקת חיוב הוא על כל פרוטה ופרוטה דנתחייב וכ"ז שמסופק בפרעון בפרט במה דהוי ליה למידע נשאר החזקת חיוב ואף דמיפרע לא דייק מ"מ לא משוינן לטענת המלוה לשמא ואף להסוברים דבלה"ל למידע גם כן חייב כשהספק על הפרעון מ"מ לא חשבינן לטענת המלוה לשמא ואף בפוגם מקצת החוב אינו חייב שבועה מדלא אשתמיט שום פוסק לומר כן:

סימן ו

לכאורה היה נראה כיון דבא"י אם פרעתיך חייב וכ' בטו"ז דהוא מטעם חזקת חיוב אם כן אף בא"י אם נתחייבתי היכא דמסייע להתובע רובא או חזקה נימ' גם כן ברי עדיף' ובאמת דעת בעל התרומות בהא דחנוני על פנקסו דגובה ונשבע ונוטל מבעה"ב הוא מטעם דבו"ש ברי עדיף ומסייעו חזקה דשליח עושה שליחותו כמו גבי משארסתני נאנסתי דהיא נאמנת משום דאיכא חזקת הגוף ובתומים (סי' צ"א ס"ק ב') האריך

להקשות על זה חדא דשם יש עוד תירוץ משום דהו"ל מגו ועוד דחזקה דשליח עושה שליחותו אינו חזקה גמורה בפרט דהחנוני הוא נוגע בדבר. ועיין ב"ש (סי' ס"ח) ובאמת י"ל אם מטעם מגו אמרינן שם בו"ש ברי עדיף אף דמגו גרוע הוא וכמבואר ברשב"א קידושין (דף נ') דלא הוי מגו כלל בברי וברי כיון דאף אי אמרה מוכת עץ אני גם כן א"נ רק טענה יפה יותר ובברי וברי בעינן מגו המועלת היינו טענה שאם טען כך היה נאמן רק בבו"ש מהני מגו גרוע כזה גם כן וכיון דמהני מגו גרוע מהני חזקה בודאי ולומר דבעינן תרווייהו לסייע לבעל הברי וחזקה חזקת הגוף גם כן מבואר מר' יוחנן שם דלדידיה ליכא מגו כמו שכתבו תוס' שם וע"כ מטעם חזקה הוא דנאמנת וא"ל דרק חזקת הגוף דוקא הוא דמהני לצרף לברי נגד שמא ז"א דהא במוכת עץ ל"ש חזקת הגוף רק חזקת כשרות וכמו שכ' הר"ן שם ומזה הוכיח הבעה"ת דכל חזקה מהני בצירוף ברי נגד שמא:

אך יש להבין דהא ע"א עדיף מחזקה דלכמה פוסקים באיסורין נאמן עד א' להוציא מחזקה וגם בממון עד א' מחייב שבועה וחזקה אינו מחייב שבועה ואם בבו"ש מוציאין עם חזקה נוציא גם כן ממון על ידי עד א' בצירוף ברי נגד שמא וזה מבואר ההיפך בדברי טור וכל הפוסקים דבתובע אותו על ידי עד א' והשיב א"י מחייבין אותו רק מטעם מתשאיל"מ כמבואר בטור והיכא דא"ח שבועה כגון בקרקע פטור ולמה לא מהני בו"ש כשעד א' מסייעו לבעל הברי כמו דמהני חזקה וקצת ראיה יש מש"ס דשבועות (דף ל"ב)דחושב שם אופנים דעד א' מחייב בקרבן שבועה היכא דמוציאין ממון ע"י ולא נקט בבו"ש ועד א' אולם י"ל דשם הוא אביי והוא סובר דבו"ש בלא"ה ברי עדיף כמו שכ' תוס' ב"ב (דף קל"ד)אולם מכל הפוסקים מבואר דאף בטענו בברי על ידי עד א' חייב רק היכא דיש חיוב שבועה ומתשאיל"מ ולא מטעם בו"ש בצירוף עד א' ברי עדיף ואמאי. ועל כרחך צ"ל שזה גזירת הכתוב מדכתי' לא יקום עד א' ושלא לחייבו ממון כשמכחישו ל"צ דכתיב על פי שני עדים יקום דבר ולא אתי רק לחייבו שבועה וכמו שכתב התו"ח מס' שבועות או כמו שכתבתי לעיל (סי' א') דמפי השמועה למדו. ממילא אף באומר א"י אין לחייבו רק מטעם מתוך שאינו יכול לישבע' משלם. וחזקה הוא ענין אחר שהוא חק התורה ומהני יותר בצירוף ברי נגד שמא. ומה"ט נראה ג"כ דאף רוב ועד א' אינם מחייבין ממון לדידן דאין הולכין בממון אחר הרוב לא מחייב אף כשמסייעו עד א' להרוב. וכדמוכח נמי מהך דשבועות דלא קאמר הכל מודים בעד א' היכא דמסייע לו רוב ואביי אף דסובר בו"ש ברי עדיף מ"מ מודה דזה הוי כלל בדין המוציא מחבירו עליו הראי' דאפי' היכא דרובא מסייע ד"אה בממון אחר רוב כמבואר בתוס' ב"ב שם ואם כן היה יכול לומר דבעד א' היכא דמסייע רוב דחייב קרבן שבועה אלא ודאי דבאמת א"נ

ואין מוציאין ממון לעולם על פי עד א' מדכתיב לא יקום וכן מוכח מכמה דוכתי דאין עד א' נאמן אף בצירוף רוב מהא דסוף פ"ב דכתובות דאלו נאמנים להעיד בגדלן מה שראו בקטנן שיצאה בהינומא וראשה פרוע ודעת רוב הפוסקים וש"ע אה"ע (סי' צ"ו) דבעינן גדול עמו אף דשם רוב נשים בתולות נישאות א"ו דל"מ רוב וע"א להוציא ממון:

וראיתי בס' מחנה אפרים דיני עדות (סי' ח"י) דכ' לדון בכ"י היוצא על היתומים ועד א' מעיד שלא נפרע ולא עבר זמן רב דגובה בו והביא ראיה מדברי רש"י ממס' בכורות (דף מ"ט) לאחר שלשים יום בחזקת שנפדה עד שיאמר לו שלא נפדה וכ' רש"י ובאמירה סגיא בלא עדות גמורה דהך חזקה דמחזקינן בחזקת שנפדה לא הוי חזקה גמורה דרובא דאינשי לא עבדי למיפרע חובו מיד כמו כן יש לומר בכתב ידו וזה צ"ע דאיה מצינו שיקום אף עד א' כשר להוציא ממון אף ברוב גמור. ואף בסוטה שנסתרה אחר קו"ס שהוא גזה"כ דעד א' נאמן שלא לשתות מ"מ הוא דוקא לענין שלא לשתות אבל לענין כתובה מבואר מדברי ירושלמי שם דהוא מטעם דעיקר עדותו לא בא לזה רק למנעה שלא לשתות וממילא נגרר אחר זה דמפסידה כתובתה אבל לא אם בא רק להעיד להפסיד הכתובה אף דשם יש רגלים לדבר טובא והתורה עשאה הספק כודאי וכמו כן ברוב אף להסוברים דעם רוב וחזקה מוציאין ממון מ"מ כיון דברוב לחוד אין מוציאין ממון שוב לא מהני עד א' דקרא כתיב לא יקום עד א' באיש ואם כן בכ"י כיון דאינו יכול לגבות מיתומים דאביהן היה נאמן לומר שפרע מה"ת יהיה נאמן עד א' להוציא ממון. ומה שכ' מדברי רש"י בכורות הנ"ל כבר כתבתי בספרי ח"ר דיני פדיון הבן (סי' י') דודאי חיוב ממש אינו על הבן שיפדה א"ע דעד א' א"נ לחייבו ממון רק לצאת ידי שמים לפדות א"ע מחייבינן אבל לא לכופו וע"ש מה שכ' בזה ועיין ש"ך (סי' ת' ס"ק א) דהביא דברי המרש"ל דבהוכחה ואומדנ' מוציאין ממון בברי נגד שמא והשיג עליו דבכל ענין הממע"ה וכמו דמוכח שם מדברי הרמב"ם הלכות נ"מ ומשמע אפילו אינו עומד השור ברשותו ובתם כיון דיש חזקת מר"ק לא מהני ברי נגד שמא אולם לשיטת הראב"ד דכ' שם דל"ה מתשאיל"מ ומשלם מטעם דל"ה לי' למידע י"ל דרק בלא הוי ליה למידע ל"מ ברי נגד שמא להוציא ממר"ק אבל בהו"ל למידע הא מבואר בדברי הראב"ד המובא בש"מ ב"מ (דף ק') לתרץ הא דקתני במתניתין זה אומר עבד גדול מכרת לי וזה אומר איני יודע זכה בגדול ואמאי הא בו"ש לאו ברי עדיף ומתרץ הא אוקימנא בעומדת באגם ובסימטא ואע"ג דאיכא למימר אוקמינהו אחזקה דמרא קמא כיון דברי ושמא נינהו לא אמרינן ובין לרבנן ובין לסומכס לברי יהבינן ליה ולא לשמא הרי דס"ל דנגד מר"ק מהני ברי נגד שמא וי"ל דס"ל דוקא בהוי ליה למידע כיון דעכ"פ איתרעא חזקה

דמר"ק דחייב לציד"ש שוב אמרינן בו"ש ברי עדיף ועיין שם בש"מ סוף הסוגיא בלשון רמ"ך דהניח דין זה בצ"ע. ומדברי הר"י בן מיגאש ז"ל ב"ב (דף ל"ד) מבואר גם כן דנגד מר"ק אמרינן בו"ש ברי עדיף דכ' אבל היכא דאיכא למימר אוקמי אחזקתיה דמר"ק כגון המחליף פרה בחמור כו' כיון דתרוויהו קאמרי ברי מוקמינן לה אחזקתי' דמר"ק והוי אידך הממע"ה עכ"ל הרי דמדקדק כיון דתרווייהו קאמרי ברי ומשמע דנגד מר"ק מהני ברי נגד שמא. אולם ברמב"ן שם מבואר דלרבנן במחליף פרה בחמור אפילו במחליף פרה בחמור חזקה דממונא עדיפא וכן פסק הטור (סי' רכ"ג):

וראיתי בקה"ס (כלל ו' אות י"א) דחקר אם נגד חזקת מר"ק לחוד מהני רובא די"ל כיון דחזקת מר"ק הוא בממון כמו חזקה קמייתא באיסורא ורובא וחזקה רובא עדיף וכ' דלא מצא ראיה כדי הכרעה ודעתו דאין מוציאין בממון ממר"ק ברובא וקצת ראיה ממה דאמרינן בש"ס ב"ק הא דאמר שמואל המוכר שור לחבירו כו' ולפום ריהטא הני תרי מילי ברי ושמא ורובא בחדא מיתקלא מיתקלין ובו"ש ל"מ אף נגד חמר"ק לחוד עכ"ד ולדבריו לדעת הראב"ד ור"י מיגאש דס"ל דבו"ש מהני נגד חמר"ק כ"כ מהני רובא ולי נראה דלא בחדא מיתקלא מיתקלין דהא בבו"ש מבואר בש"ס דחייב לציד"ש ובהא דאין הולכין בממון אחר הרוב לא מצינו דחייב לציד"ש מדלא אשתמיט אחד מהפוסקים לומר כן ובס' דברי חיים חיו"ד (סי' נ"ב) מסתפק אאמ"ו ז"ל בזה ובהגהותי שם הבאתי להוכיח מדברי נ"י ב"ק (סוף פ"ד) דבשמא ושמא א"ח לציד"ש אף דרוב מסייע וכבר כתבתי לעיל דיני דיינים (סי' מ"ט) שראיתי ראיה זו כתובה בכ"י הגאון המנוח בעל המחבר' ס' ברית אברהם. עכ"פ חזינן דברי ושמא עדיף יותר מן רובא לגבי ממון ואם כן י"ל אף היכא דליכא רק חזקת מר"ק לא אזלינן בממון בתר רובא:

ובספרי ח"ר בקונטרס התשובו' (סי' ה') הוכחתי מד' הר"ן ונ"י ריפ הבית והעליה דהיכא דמחזקינן בחזקת שניהם לא אזלינן בת"ר דליתא קמן דכ' דמתניתין דחולקין אתו לאשמועינן דלא אזלינן בתר רובא דאף דרוב בתים הנופלים בחבטה נפלי ושם אייריי במונח ברה"ר ולא שייך ביה הממע"ה ואעפ"כ לא אזלינן בתר רובא והא דמבואר ממתניתן דב"ב בנמצא בין שני שובכין דאזלינן בתר רובא הוא ברובא דאיתא קמן או י"ל דהא התוס' ב"מ שם כתבו בהא דקאמר בש"ס לימא תהוי תיובתא דר"נ אע"ג דאין אחד מוחזק יותר מחבירו מ"מ בהכי חשיב מוחזק שאנו יודעין שהחצי שלו ועוד דכל ממון המוטל בס' חשוב כאלו שניהם מוחזקין בו ואם כן לתירוץ ראשון הוי מר"ק ומוכח דלא אזלינן בתר רוב. ולתירוץ השני דהוי כשניהם מוחזקין צ"ל ע"כ בהך דניפול בין שני שובכין עדיף הואיל דהוי רובא דאיתא קמן אבל ברובא דליתא קמן לא מוציאין מחזקת

שניהם ועיין שם בספרי מה שכתבתי עוד בענין זה ולענין אם מהני תפיסה היכא דרובא מסייע והבאתי דברי נתיבות (סי' רל"ב) ודברי בעה"ת (שער נ"א סוף ח"ח) והוכחתי מדברי רא"ש קידושין (דף מ"ה) בקטנה שנתקדשה לדעת אביה ונישאת שלא לדעת דאין הולכין בממון אחר הרוב אף כשתפס ואף דשם הוא מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי וכמו שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני אונאה (סי' ה') מ"מ מוכח דתפיסה ל"מ בשמא ושמא אולם נגד מר"ק בברי נגד שמא י"ל דהוי ספיקא דדינא ומהני תפיסה למה שכ' הר"י בן מיגאש דרק בברי וברי אזלינן בתר מר"ק ולא בבו"ש וכן כנראה הראב"ד והרמ"ך מסתפקו בזה:

וראיתי בנתיבות (סי' ע"ה ס"ק י"א) שכ' לתרץ הא דבזה אומר גדול וזה אומר קטן דאמרינן בו"ש ברי עדיף דכיון דמכר לו אחד בודאי מהני תרי עבדים בהא כ"ע מודים דברי עדיף דכיון דאיירי בעומד באגם וליכא חזקת מר"ק וכאן לא שייך מר"ק כיון דאחד ודאי מכר לכ"ע ברי עדיף דליכא חזקה כנגדו. ולענ"ד י"ל דמ"מ שייך חמר"ק על כל מה שדנין ואין האחד מכריע על חבירו ואף דודאי אחד יצא מרשותו מ"מ כשאנו באין להוציא הגדול אמרינן לאוקמי אחזקת מר"ק דחמר"ק לא גרע מחזק' קמייתא באיסורין ובאיסור כך הוא חק התורה לאוקמי על החזק' אף בדבר דאי אפשר כמו בראיתי טומאה שנזרקה בין שניהם ואיני יודע על איזה מכם דמבואר בתוס' חולין (דף י') ונזיר דבכל זאת מוקמינן לכ"א על חזקתו כן נמי כאן בממון אף דהם של אחד מ"מ כיון דהם גופים נפרדים אין חזקה של השני מוציא להראשון מחזקתו ואם לא אמרינן בו"ש ברי עדיף נגד חמר"ק לא איכפת לן במה דהאחד ודאי יצא מחמר"ק. שוב ראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ב') דהשיג עליו מטעם אחר דלדבריו אמאי בז"א איני יודע וז"א איני יודע לא אמרינן יחלוקו לרבנן עיין שם ובש"ס שם מבואר דדוקא לסומכס יחלקו וכן בפוסקים א"ו דבמה שמכר בבירור לאחד לא איתרע החזקת מר"ק:

סימן ז

היכא דתובע מחבירו מנה הלואה והלה אומר א"י ועד א' מעיד שהלוהו הוי מתשאי"ל ומשלם כ' הש"ך (ס"ק ל"ד) משם מהרשד"ם דדוקא כשהעיד שהלוהו בודאי אבל לא כשהעיד שמנה לו מעות וכן הביא הכנה"ג משמו על הא דכ' הטור (סי' ע"ט) באם טען אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היה דנאמן דלאו דוקא בטענת ברי אלא הה"ד בטענת שמא ובס' שער משפט האריך בזה דבאומר א"י אם במתנה נתת לי חייב לשלם מטעם דבו"ש ברי עדיף בזה ממילא אם היה ב' עדים הי' חייב לשלם כשיש עד א' הוי מתוך שאילו"מ ועיקר ראייתו מבעה"ת (שמ"ז) שכ' בהא דאמרינן פ' א"נ מכדי שאין

הדעת טועה דמתנה בעלמא יהיב ליה הוא דוקא כששתק ולא תבע אבל אם אמר אחר כך טעיתי ותובע ממנו אעפ"י שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דמעיקרא מתנה יהיב ליה וזכה בהן והשתא הוא דקא בעי למיהדר ביה אפ"ה מחזירין ליה דאיהו ברי ואידך שמא ובו"ש ברי עדיף הרי היכא דידוע שבא ממון חבירו לידו אך שא"י אם במתנה בכה"ג לכ"ע בו"ש ברי עדיף וה"נ כיון שהתובע טוען ברי שבהלואה אתא לידיה ברי עדיף.

ולדעתי אינו ראיה משם דע"כ לא כ' הבעה"ת שם דבכה"ג בו"ש ברי עדיף רק כ"ז שהמעות היתרון שמצא הוא בעין וזה תובע שיחזור לו מה שבא לידו בטעות ושלא כדין בכה"ג ברי עדיף ודומה למ"ש רמב"ן ב"ב (דף ל"ד) והריטב"א ריש ב"מ דבב' אוחזין בטלית אמרינן בו"ש ברי עדיף הואיל דל"ה להמוחזק מר"ק. אבל אם כבר הוציא המקבל המעות והנותן בא להוציא ממנו שישלם לו בזה לא מהני הברי שלו נגד שמא להוציא ממנו כיון דיש חזקה דמעיקרא דלא נתחייב לו ועיין מה שכתבתי בספרו של אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני אונאה (סי' ו') ליישב בזה בהא דמבואר (סי' רכ"ז ס"ז) דאם שהה יותר א"י לחזור ולא לתבוע אונאתו ואם יברר שהיה אונס יכול לחזור והקשה המח"א למה צריך לברר הא בכה"ג ראוי לומר בו"ש ברי עדיף כמו בדינא דבעה"ת הנז' וכתבתי דלגבי אונאה במקח וממכר הוי לעולם המוכר מוחזק דאף כשהמעו' בעין ביד המוכר הוי כאינו בעין לדעת הנ"י ורמ"א (סי' רל"ב) במקח טעות הוי המוכר כלוה על המעות וכיון דאין צריך להחזיר אותן המעות שקבל והמעות שקבל בין כך ובין כך הוא שלו והספק אם חייב לו לשלם הוי כבא להוציא מיד המוכר ובזה בו"ש לאו ברי עדיף מה שאין כן בנידון דבעה"ת אם באמת טעה בחשבון חייב להחזיר היתרון בעינא ול"ה כלוה לכך כיון דלא הוי להוציא ויש לבעל הברי מר"ק בו"ש ברי עדיף בכה"ג ועיין מה שכתבתי בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ט') ובמה שכ' עוד בזה לעיל דיני דיינים ואם כן אינו דומה נדון דידן היכא דטוען אינו יודע מהלואה ועד א' מעיד שמנה לו מעות וכן אם טוען שקבל מעות אבל א"י ואינו זוכר אם במתנה או בהלואה דבזה כיון שבא להוציא ממנו ולומר דחייב לו לא אמרינן בו"ש ברי עדיף. ואף אינו דומה לכל ראיותיו שם דדוקא היכא דא"י אם בא הממון לידו כדין ולית ליה חזקת מר"ק ולהתובע יש חמר"ק בזה בו"ש ברי עדיף אבל היכא דבא לידו כדין ובין כך ובין כך זכה בהמעות שבא לידו ואנו דנין לחייבו להוציא ממנו בזה אמרינן הממע"ה ומוקמינן על חזקה דמעיקרא דלא נתחייב לשלם ובו"ש לאו ברי עדיף:

גם אף אם נאמר בדינא דבעה"ת דאף אם המעות אינו בעין כשבא לתבוע היתרון שכבר הוציא המקבל בכ"ז חייב להחזיר היינו משום דאנו דנין על תחילת לידת הספק ואם היה בא לתבוע מקודם כשהיה המעות בעין ואז היינו דנין על חזקתו של זה אם בא לידו כדין וזה טוען שמא וחבירו ברי ויש לו חמר"ק היינו מוציאין וסוף דינו כתחילת דינו והוי כהוציא ממון חבירו שלא מדעתו ודומה להא דמשכיר בית בי"ב דינר לשנה דינר לחודש דאמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת ונגרר הדין כמו שהיה אם באין לדון תחילת חודש כן אף אם דר בו חייב לשלם וה"נ דכוותי' כיון דאם בא כשהממון הוא בעין מוציאין מידו הואיל דלא יש לו חזקת ממון בטענה מבוררת והלה טוען ברי ויש לו חמר"ק שוב אף כשהוציא המעות ואינן בעין ממילא אמרינן דכבר נתחייב שהוציא ממון חבירו ואף למה שכ' בס' דמשק אליעזר מובא בכנה"ג יו"ד (סי' ס"א) דאף אם בספק לא מהני תפיסה ותקפו כהן מוציאין היינו כשהוא בעין אבל אם אכל או הזיקו פטור מלשלם ובהגהותי בדברי חיים דיני תפיסה (סי' ג') הבאתי סמוכין לזה מדברי תשובת רשב"א המובא באורים (סי' ע"ב ס"ק פ"ז) דכ' בדברים העשויין להשאיל ויש עדי ראיה דאינו יכול לטעון לקוח היינו אם החפץ הוא בעין אבל אם החפץ אינו בעין לא מהני המר"ק להוציא ממון וה"נ דכוותי' ושם הבאתי דמדברי תוס' (דף ל"ג) ד"ה דאי טעין דמשמע קצת דלא כדברי רשב"א ומדברי הר"ן ונ"י סוף פ' השואל במשכיר מטלטלין בשני לשונות אם בא אחר כך אין מוציאין ממון אינו ראיה כדעת הדמשק אליעזר די"ל דשם הוי כתפיסה ברשות. אולם אף לדעת הדמ"א הוא בספיקא דדינא ואיכא דררא דממונא ושניהם טוענין שמא או ברי וברי כנידון דרשב"א אבל היכא דיש חמר"ק וברי נגד שמא דהמוחזק דאינו יודע אם בא לידו כדין בזה לכ"ע י"ל דברי עדיף ושוב אף אם אנו דנין אחר כך להוציא ממון חייב לשלם וסוף דינו כתחילת דינו וזה הכל היכא דשייך לדון אם הוא בעין לאוקמי על חזקת מר"ק אבל באינו יודע אם בא לידו הממון בתורת הלואה או בתורת מתנה ובא הדין אחר כך אך להוציא ממנו ודאי אמרינן דהממע"ה כיון דסוף סוף בא הממון כדין לידו ואף אם הממון הוא בעין וזה אומר שאינו יודע אם בא לידו הממון בתורת מתנה או בהלואה גם כן אין מוציאין כיון דבין כך ובין כן בא הממון לידו כדין מדעת בעלים וזכה בהן רק הדין אם חייב לשלם לו אוקי ממונא בחזקת מריה והממע"ה ובו"ש לאו ברי עדיף והוי הדין כמו בכל איני יודע אם נתחייבתי:

וקצת י"ל הא דמבואר ברמ"א (סי' רמ"ו סי"ז) באומר לחבירו אכול עמי דצריך לשלם לו ול"א מתנה קא יהיב ליה ובתה"ד מייתי ראיה מקרע כסותי שלא אמר לו על מנת לפטור והש"ך שם תמה דשם נמי אי לא אתי לידיהו בתורת שמירה פטור אע"ג דלא אמר על

מנת לפטור ובקצוה"ח שם מיישב ע"נ דמזיק ברשות פטור אבל באכול עמי אין חיובו משום מזיק רק משום דנהנה ואפילו עבד מדעת בעלים חייב לשלם וכבר קדמוהו בזה במל"מ בהלכות מלוה ולוה (פט"ז ה"א) עיין שם ולכאורה יקשה הא מ"מ כיון דהוי ספק אם מתנה קא יהיב ליה ולא נחית אדעתא דתשלומין אמאי חייב לשלם הא הוי כא"י אם נתחייבתי דפטור ובו"ש לאו ברי עדיף להוציא ממון. ולמ"ש אתי שפיר כיון דאם היינו באין לדון ביניהם בטרם שאכל היינו מוקמינן המאכיל על חמר"קסוף דינו כתחילת דינו ולכך מוציאין ודומה לדברי בעה"ת הנז' דבכה"ג בו"ש ברי עדיף. ובזה היה מיושב מה שהקשה שם בש"ך (סי' שס"ג ס"י) באומר לחבירו דור בחצרי דפטור מלשלם והאחרוני' כתבו דשם איירי בגברא דלא עביד למיגר ולהנ"ל י"ל אף בגברא דעביד למיגר פטור מלשלם כיון דעיקר הספק נולד אחר שדר בו דקודם שדר אם היו באין לדון בלא"ה יכול לחזור ואף אם כבר נכנס לבית לדור מ"מ כיון דלא אמר לו על זמן ידוע יכול לעולם לסלקו שיצא מהבית וכוונתו לא הי' רק על יום א' אם כן עיקר הס' נולד על זמן שדר בו כבר שפיר יכול השוכר לטעון דלמא היה כוונתך שאדור בחנם ואתה בא להוציא ממון ממני והוי כאיני יודע אם נתחייבתי:

אך באמת ז"א דברמ"א (סי' רס"ד) מבואר דבכל ענינים מה שאחד עושה לחבירו טובה דחייב לשלם ולא אמרינן דבחנם נחית והוא מדברי הר"ן כתובות פ' שני דייני גזירות דהוי כיורד לשדה חבירו שלא ברשות דחייב לשלם לו וקשה אמאי לא הוי כא"י אם נתחייבתי וצריך לומר דזה הוי כחזקה דאין אדם נותן בסתם מתנה כיון דלא פירש ועיין קצוה"ח (סי' שס"ג ס"ק ט') ומ"מ זה דוקא אם נתן בסתם אבל באומר שא"י אם בא לידו בפירוש למתנה או לפרעון חוב או בדרך הלואה לכ"ע הוי כא"י אם נתחייבתי וכמו שכ' מהרשד"ם הנז':

ובמ"א עמדתי על דין דאכול עמי דחייב לשלם. דהנה בתוס' כתובות (דף ל"ט ד"ה) קרע שיראין כתבו אע"ג דלא אמרה על מנת לפטור כיון דיש לה הנאה מסתמא על מנת לפטור ולכאורה מאי קשיא להו הא בלא בא לידו בתורת שמירה ל"ב על מנת לפטור. אך י"ל למה דמסיק הש"ס סוף פרק החובל בצערי דגופו בחסרון אבר ל"מ אף באומר על מנת לפטור ובצערי דגופ' בלבד בעינן שיאמר על מנת לפטור אם כן שם במפותה כיון דהוי צערי דגופא שפיר הקשו תוס' דלבעי שיאמר על מנת לפטור ועל זה תירצו דהיכא דיש הנאה מסתמא הכוונה על מנת לפטור. וראיתי בספר נתיבות משפט אלגאזי (דף קי"א) שכ' בביאור דברי תוס' הנז' דדוקא בקורע שהוא מזיק בלבד ואינו מתהנה ממנו דעתו היה על מנת לפטור אבל במפותה דיש הנאה לבועל כל שא"ל קרע שיראים שלי

ול"א ליפטר לא מיפטר ובכה"ג שהוא מתהנה קרע והתחייב קא"ל וזה בשביל הנאתו עשה כן על מנת להתחייב ולכך הוצרכו לומר דש"ה כיון דהיא נמי אית לה הנאה מחלה לגמרי ועיין שם בדבריו ולפי זה היה נראה באומר לאדם חשוב בא ואכול עמי דפטור מלשלם להמבואר (סי' ק"צ) ובאה"ע (סי' ז"ך) דנתינ' לאדם חשוב הוי הנאה ומתקדשה אשה עי"ז וכן קרקע נקנה בזה אם כן כיון דהבעלים נהנו גם כן נימא מסתמא כוונתו היה על מנת לפטור. ולפי זה יש לומר דלכך באומר לו דור בחצרי פטור אף בעביד למיגר כיון דהבעלים גם כן נהנו דביתי מיתבי יתיב ושאיה יוכת שער כמבואר ב"ק (דף ך') וש"ע (סי' שס"ג) הנז' וכיון דשניהם נהנו י"ל דמסתמא כוונתו על מנת לפטור אולם לפי זה להמבואר ברמ"א אה"ע שם דלגבי קידושין באמרה הילך מנה ואקדיש אני לך צריך חקירות חכם אם הוא אדם חשוב ובסתם אדם הוי ספק קידושין דלמא הוא אדם חשוב אם כן למה סתם בחו"מ באומר אכול עמי דחייב לשלם ול"א מתנה קא יהיב ליה למה מוציאין ממון מספק דלמא הוא אדם חשוב ונהנו שניהם והוי כאומר על מנת לפטור. ואולי י"ל דע"כ לא מצינו דבאדם חשוב הוי הקבלה להנאה לגבי הנותן רק כשמחשב הנאה הזאת באומר הרי את מקודשת לי בהנאה הזאת שקבלתי ממך אבל בסתם כשלא ראינו שמחשב הנאה הזאת י"ל דלא הוי הנאה הזאת כממון ולכך בסתם אכול עמי חייב לשלם ולא מספקינן דלמתנה קא יהיב:

והנה באיני יודע אם נתחייבתי דפטור ולצאת ידי שמים חייב והש"ך העלה דלא מהני תפיסה ובספר בית מאיר (סי' קע"ח) העלה כיון דהנתבע עצמו מסופק וזה טוען ברי מהני תפיסה וכבר כתבתי לעיל דיני הלואה (סי' מ"ה) באורך להשיג על דבריו והבאתי סמוכין לדבר דל"מ תפיסה בבו"ש יעיין שם.

[**וראיתי** בתשובת מהריט"צ (סי' מ"ז) שכ' בפשיטות בראובן שחייב לשמעון מנה וראובן מודה לו אלא שטוען ששמעון חייב לו חוב אחר ושמעון טוען החוב שאתה חייב לי הוא ודאי והחוב שאתה טוען שאני חייב לך איני יודע אם חייב אני לך שעל זה ישבע שאינו יודע ויפטר וראובן יפרע לשמעון חוב עכ"ל וכנראה שעל דין זה הסכים שם מהר"ם גלאנטי ז"ל מבואר גם מדבריהם דלא מהני תפיסה וגם מבואר דכיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה אינו ספק על חוב הברור לו והספק נולד מחוב אחר וכדברי קצוה"ח(סי' נ"ט) וכהסכמת הנתיבות שם ודלא כמו שהבאתי שם משם השב הכהן ועיין נתיבות (סי' ע"ה סק"ה) במה שהשיג על קצוה"ח בדין ספק פרעון קודם הלואה אם המלוה ג"כ מסופק כיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה דדעת הקצוה"ח דהמלוה הוי כא"י אם נתחייבתי והוא ז"ל כ' דליתא כיון דעושה זאת לפרעון אינו בכלל זה גובה וזה גובה ודברי מהרי"ט

צאהלן ז"ל נוטים כמו שכ' קצוה"ח ועוד ביותר דשם בנידון דמהריט"צ היה שהלוה טוען ברי שהסחורה שמסר לו בתנאי שלא יתן ללוי למכור אם כן לדבריו בא לידו על פרעון חוב ואעפי"כ דנו להמלוה לאיני יודע אם נתחייבתי. וראיתי למי שהשיג על המריט"צ וכ' האיך תלי השבועה בשמעון שישבע שא"י שחייב לו ממ"א ויטול את חובו מאחר שראובן טוען ברי שחייב לו ממ"א כנגד חובו הא ודאי דנאמן בשבועה ויפטור מחובו. אולם דברי מהריט"צ דאיירי שם היכא דחוב שמעון הוא חוב ברור דא"נ לומר פרעתי וכיון דהדין זה גובה וזה גובה נשאר החוב ברור וזה ישבע שא"י אם יש לו בידו כנגדו וכמו שהסכימו הקצוה"ח והנתיבו' לעיל (סי' נ"ט) ומ"מ בדינו של מהרי"ט צאהלין ז"ל שם דהלוה נתן סחורה שימכור על חובו וטוען ברי שהיה שוה כפי חובו רק שעבר התנאי ומכר על ידי לוי שפשע ומכר בפחות בזה זה הוי פרעת כטענת פרעון כיון שמסר לו סחורה בפרעון וכשפשע הוי כא"י אם לי והלוה טוען ברי בזה לא שייך לומר זה גובה וזה גובה ועיין קצוה"ח (סי' ע"ב) ובנתיבות שם (ס"ק מ"ו) וכאן עדיף טפי]:

ועיין בקצוה"ח (סי' ע"ה ס"ק ד') הביא מתשובת בית יעקב דאם הלוה פרעו בסתם לאחר שאמר איני יודע אם הלותני ואומר הלוה דטעה וסבר שהוא חייב בדיני אדם ואילו היה יודע דפטור בדיני אדם לא היה נותן לצאת יד"ש דהוי מחילה בטעות. והקצוה"ח השיג עליו דהיכא דחייב לציד"ש ונתנו בסתם לא אמרינן דהוי מחילה בטעות והביא ראיה מכתובות (דף צ"א) מצוה על היתומים לפרוע הני מצוה עבידתו השתא בדין קא טריף ול"א אלא דלא אמרו ליה הני נ' זוזי דמי דארעא דקטינא אבל אמרו ליה כו' סלוקי סלקיה מבואר דהיכא דנותן סתמא אף עפ"י שאינו חייב בדיני אדם אמרינן למצוה קעביד וכ"כ ה"נ אמרינן מסתמא למצוה קא עביד לציד"ש ולא אמרינן דהוי בטעות. ולמה שכ' לעיל מדברי בעה"ת דהיכא דאינו יודע אם בא הממון לידו בדין והלה טוען ברי בזה לכ"ע אמרינן בו"ש ברי עדיף אתי שפיר דינו של הבית יעקב הנז' דיש לומר כיון דפרע לו בסתם וא"י אם ידע דאינו חייב לו בדיני אדם רק לציד"ש או דלא ידע וכסבור דחייב בדיני אדם אם כן בו"ש ברי עדיף ואזלינן בתר חזקת מר"ק ואף דהוא בא בטענת ברי דחייב לו מן הדין מ"מ כיון דהדין הוא הממע"ה ואנו באין לדון רק השתא על תשלומין הזאת ששילם בסתם בזה הוי התובע בטענת שמא דלמא פרע לו הואיל שלא ידע והלה טוען טענת ברי דטעה וכסבור דחייב לו מה שאין כן שם בהך דקטינא דארעא דממנ"פ זכה המלוה בהנך חמשים שנתנו לו דאף לדברי היורשין אם יטענו ברי דיהבי ליה לסלקיה מהך קטינא דארעא מ"מ זכה בבירור בהנך נ' זוזי ולא נפל הספק עליהן כלל רק אם סלוקי סלקיה והנך נ' דמי דארעא דקטינא נינהו לכך כיון דלא אמרו ליה אף אם טענו בברי דכוונתם

היה לסלקיה מהך ארע' מ"מ בו"ש לאו ברי עדיף כיון דבאו להוציא הך קטינא משעבודא דבעל חוב מה שאין כן בדינא דהבית יעקב דהספק נופל אם זכה בהמעות או לא אמרינן בו"ש ברי עדיף כיון דמסייע לו להלוה חמר"ק ונאמן דטעה וכסבור דחייב בדיני אדם ובשביל זה נתן לו ולא לציד"ש והוי נתינה בטעות גם י"ל דשם הוכחה יש מדלא אמרו ליה הני דמי קטינא דהי' להיתומים לחוש דלמא אתי בעל חוב מאוחר דאביהן ויטרוף מהם הקרקע ומדלא אמרו להו הא ראיה דלא חששו לסלקו מדמי קטינא ולא קנו ממנו הקטינא רק כפריעת חוב בעלמא ולכך גם הוא בעצמו יכול לטרוף מה שאין כן בנידון דהב"י לא היה לו לומר שום דברים בשעת הפרעון נאמן לומר שטעה:

עוד הביא הקצוה"ח ראיה מהמוכר פירות דקל דל"ק ואמר ר"ל מודינא דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה התם זביני הכא הלואה ופירש ר"ת דהלואה והלוה לא הקנה אלא בתורת מכר ואינו כלום והוי מחילה בטעות אבל גבי פירות דקל ניהו דיכול לחזור אין לו לחזור כי היכא דליקו בהימנותא לכך אית לן למימר אפילו יודע שהיה יכול לחזור לא הי' חוזר אם כן השתא היכא דאינו אלא דליקו בהימנותא לא הוי מחילה בטעות כ"ש הכא דליקו בהימנותא קמי שמיא דבודאי לא הוי מונע מלפרוע לציד"ש. ויש לדחות דשם הא פעם א' מכר והתרצה שיזכה במקחו וכל זמן דלא חזר מהמקח אמרינן דנשאר אדעת הראשון ואינו חוזר וכ"ז דלא חזר בפירוש מה"ת נאמר דהיה חוזר לכן לא מפקינן מיניה אם שמיט ואכל ועיין שם בש"מ משם הריטב"א דדוקא אי שמיט ואכל דליתא בעינא ושאר פוסקים חולקין ע"ז ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות כ"ו) וזה הכל דלא ניחוש על השתנות דעתו ממה שהתרצה מתחילה על המכירה רק לא סמכה דעתו הואיל דהוי דשלבל"ע כמו שכ' הנ"י שם אבל כאן לא גלי דעתו כלל וכיון דטוען ברי דמה ששילם לו היה כיון דסבר דחייב בדיני אדם ואם היה יודע דאינו חייב לא הי' בדעתו לציד"ש י"ל דהוי מחילה בטעות ולא הוי מחילה ובו"ש ברי עדיף היכא דיש חמר"ק ולהמוחזק ליכא חזקה. ועיין בש"מ ב"מ (דף צ"א) אתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו דכ' אף דפטור מטעם דקלבד"ם אפי"ה אי יהיב לה אסור משום אתנן ה"נ לא חייב לשלם בב"ד קאמר אלא דאי שילם תשלומין נינהו ונ"מ דאי יהיב ליה וכסבור שהוא חייב בתשלומיו והלך זה וקדש בהם את האשה מקודשת ולומר שאלו ל"ה חייב בתשלומין וטעה ושילם אינו ממונו של בעל הפרה וה"ז כמקדש בגזל דאחרים שאינה מקודש' עכ"ל משמע קצת כשיטת הקצוה"ח דכיון דיש עליו חיוב עכ"פ לשלם לציד"ש אף שטעה זכה בו ויש לדחות די"ל דבקלבד"ם דהספק ברור רק דלא נמסר לב"ד עדיף מה שאין כן באיני יודע אם הלותני דחיוב לציד"ש הוא רק מספק גם י"ל דשם אם תפיסה

לא מהני באמת אם בא וטען ברי שטעה אמרינן בו"ש ברי עדיף בכה"ג ועכ"פ יש מקום לדברי הבית יעקב:

וראיתי לאאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ע"ט ס"ק ד') דכ' בנידון הנז' כיון דבהיתר בא המעות ליד התובע הוי מוחזק ול"מ חזקת מר"ק להוציא כיון דטוען ברי דחייב לו. ובעניי יש לגמגם בזה כיון דמצד בו"ש הי' פטור בדיני אדם דהממע"ה וע"ז אינן דנין עכשיו רק על פרעון הממון שבא לידו על איזה אופן בא לידו אם בשביל לציד"ש או בטעות שסבר דחייב לשלם ואנו דנין על הבא לידו ובזה אין לו טענות ברי רק שמא והלה טוען ברי שבטעות בא לידו אם כן לא הוי רק כתפיסה בעלמא ואנן קיי"ל דבבו"ש לא מהני תפיסה ואף דתפס ברשות מ"מ לא מהני בכה"ג תפיסה ברשות בטעות שטעה וסבר שחייב לו ועיין בש"ך בס' ת"כ ובנתיבו' דיני תפיסה (כלל ח"י) וה"נ כיון דטוען ברי שממון זה בא בטעות ממנו לידו אמרינן בו"ש ברי עדיף ומה שהביא שם מדברי רמ"א (סי' קפ"ה ס"ה) אם בעל הבית אומר במאה אמרתי למוכרה והסרסור אומר בנ' אמרת למכור אף דהלוקח אינו יודע אין מוציאין מן הלוקח הרי דבו"ש לא מוציאין מיד המוחזק אף דיש לבעל הברי מר"ק כבר כתבתי בד"ח דיני תפיסה די"ל מטעם דאחזוקי אינשי בגזלנא לא מחזקינן ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' מ"ה) להוסיף דיש לצרף חזקה דשליח עושה שליחותו בפרט היכא דעשה השליחות לכ"ע יש חזקה דלא עשה שינוי בשליחותו כמו שכ' המ"א (סי' ת"ט) משם רבינו בצלאל אשכנזי ז"ל אבל לעולם י"ל דבברי נגד שמא כשיש לבעל הברי חמר"ק וזה א"י אם בא לידו בהיתר מוציאין כמו בנידון דבעה"ת הנז' וצ"ע:

סימן ח

כתב הרמ"א (סי' ע"ה סכ"ג) דמשביעין היסת אפילו על ידי קרוב ודוקא שאותו שאומר מפיו אינו נוגע בעדות והוא מתה"ד כמו שכ' הש"ך (ס"ק פ"ד) כגון ראובן ששלח ביד שמעון מעות ללוי לקנות לו סחורה ושמעון אומר שנתן ללוי ולוי מכחישו אין להאמינו שיוכל ראובן להשביעו ללוי כיון ששמעון נוגע בעדות שהרי צריך לישבע נגד ראובן ובתומים (סי' קכ"ג) תמה על זה הא בקידושין מסיק הש"ס והשתא דתיקון רבנן היסת משתבעי עדים דיהבינהו ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל וכתבו תוס' הא דל"ה העדים נאמנים בשבועה במגו משום דעדים הצריכים שבועה אינן עדים דהתורה אמרה על פי שנים עדים יקום דבר רק היכא דנאמנים בדבור בלבד ואם כן בנידון דתה"ד למה אינו נאמן שמעון במגו ואחר שנשבע כיון דפסול רק מצד גזה"כ במקום דחייב שבועה לאו

תורת עד עליו ולא גרע מקרוב דגם כן פסול מצד גזה"כ ולאו תורת עד עליו ובכ"ז מחייב היסת ע"פ:

והנה אם נאמר דתה"ד סובר כמו"ש הרשב"א והר"ן שם ובר"ן כתובות סוגיא דבקרא דכיון דצריך שבועה הוי כבע"ד ולא משום נוגע הוא ופסול אף לחובתו אם כן י"ל דגרע מקרוב אך לא משמע כן בתרה"ד לכן נראה ליישב דהמרדכי מס' קידושין שם מתרץ על קושיות הראשונים דיפטרם הלוה משבועה להשלוחים ויהיו עדים וכ' דלא הוו עדים מטעם דעבידי להחזיק דבריהם הראשונים והיינו דאינו ראיה מעדותם שיעידו אחר הפטור כיון דמוכרחים לומר כן כמו שאמרו קודם לכן. ושאר הראשוני' דלא תירצו כן סוברים כיון דהשתא יעידו בתורת עדות לא ישקרו ולא יעברו על לא תענה כמו דהאמינה תורה לכל עדים ולא חיישינן שישקרו בשביל סיבת ממון וי"ל הא דמשביעין היסת על ידי קרוב אף דפסלה התורה לעדותו הוא מטעם דלא חיישינן לקרוב שישקר רק גזה"כ וחק התורה הוא ופסלה אף למשה ואהרן כמבואר ב"ב (דף קנ"ט) לכן רגלים לדבר הוא ומשביעין היסת עכ"פ על ידי עדותו של קרוב דרגלים לדבר דאין אדם חוטא ולא לו. ולפי זה אתי שפיר דינו של תה"ד דבנוגע ליכא רגלים לדבר דכל הטעם דא"נ במגו דאהדרינהו משום דהיה צריך לישבע ואף דהשתא גם כן נשבע מ"מ עד הצריך שבועה לאו תורת עדות עליו ושפיר השתא אחר שנשבע שמעון לא יכול ראובן להשביעו ללוי דעביד להחזיק דבריו הראשונים ושוב ליכא רגלים לדבר מעדותו דהשתא וא"ד לקרוב דהוי רגלים לדבר דאין אדם חוטא ולא לו אבל כאן כיון דנפסל לעדות מצד השבועה שחל עליו שוב אינו מחייב שבועה אחר כך מצד רגלים לדבר כיון דאין כאן רגלים לדבר דכן הוא דהוכרח לומר כן כדי להחזיק דבריו הראשונים ובפרט כיון דנשבע שכן הוא מוכרח לומר כן ושוב ליכא מעדותו רגלים לדבר מה שאין כן אם היה נאמן בתורת עדות אז אף דיש חשש דעביד כדי להחזיק דבריו הראשונים מ"מ ל"ה חושדין למשקר כמו בכל עדות אבל השתא דלאו תורת עדות עליו דהוי עד הצריך שבועה ממילא שוב אף רגלי' לדבר ליכא וא"ד לקרוב וז"ב לענ"ד בדעת התה"ד:

אך ברמ"א (סי' קע"ו סל"ו) דכ' בישראל שחייב לשנים בשותפו' ומעכב בשביל שאומר שאחד מהם חייב לו כנגדו והלה כופר דההפסד על שניהם וכ' שזה שאומר עליו שחייב לו חייב לישבע וקשה הא אין נשבעין על טענת שמא וכאן הוא ברי מפי נוגע. וראיתי בביאור הגרא"ו ז"ל שהעיר בדברי הרמ"א (סי' ע"ה) מן (סי' קע"ו) דחייב שבועה אע"ג שהוא נוגע וצריך ליישב דברי הרמ"א שלא יסתור דברי עצמו. וראיתי בנתיבות (סי' קע"ו ס"ק נ') דעמד ג"כ בזה וכ' דמיירי שתפס מבית החייב והוי כאלו ממון השותפו' ודאי בא

לידו וא"י האיך יצא ממנו דחייב לישבע אף בשמא כמו שכ' הש"ך (סי' קכ"א ס"ק מ"ו) והמעיין שם בדברי הרמ"א והד"מ יראה דלא אירי בתפס מבית החייב. ולדעתי העניה יש לחלק משם הרבה דע"כ לא פסק הרמ"א (סי' ע"ה) כדברי התה"ד דא"י להשביעו ללוי בטענת שמא עפ"י ראובן כיון דראובן נוגע בדב' דרוצה להחזיק בהממון לעצמו וליכא שום חזקה לסייע לטענתו ואף דיש חזקה דשליח עושה שליחותו מ"מ בזה דרוצה לעכב לעצמו ואנן חשדינן ליה לגזלן לא שייך חזקה זו וכמו שכ' התומים (סי' צ"א ס"ק ב') אם כן ליכא רגלים לדבר לראובן ששמעון נתן המעות ללוי מה שאין כן בנידון דרמ"א (סי' קע"ו) שזה תובע מן אחד מן השותפין שיש לו בידו כנגדו ודאי רגלים לדבר טובא דיש לו איזה דו"ד עם האחד דמה לו לשקר ולגזול להאחד היה יכול לומר פרעתי לשניכם או יש לי בידכם כנגד ושניכם חייבים לי ממ"א ולמה לו לגזול השתא משניהם ולהשים אשמת החוב על האחד לכן יש רגלים לדבר ובטענתו מתחילה שזה חייב לו יש רגלים לדבר למיחשב להשביע לזה שאומר שחייב לי ממ"א. ברם לדינא האו"ת וכן כנראה דעת הגרא"ו ז"ל דאף בברי מפי נוגע חייב לישבע היסת. וכן מבואר כהך דינא דתה"ד בתשובת מהר"ם רויטנבורג ז"ל (סי' תח"י) הבאתי לעיל (סי' ד') לחייב בכה"ג ללוי לישבע היסת אף בטענת ראובן בלבד ועמ"ש בזה בדיני הלואה (סי' מ"ה):

ואם נאמר דאין צריך לישבע על פי טענת ברי מפי נוגע יש מקום ליישב דברי הרמב"ם דפוסק לענין קידושין דשליח נעשה עד ואינו מחלק בין אם שלח לקדש בכסף או בשטר והקשו דהא השתא דתקנו שבועת היסת הוי השליח נוגע דצריך לישבע כשיאמר אהדרינהו להמשלח ואם נחייבו שבועה על טענתו דמסרו למלוה הוי עד הצריך שבועה וי"ל בדעת רמב"ם דדוקא היכא דהמלוה ישבע ויטול מן הלוה אז מצטרפין טענת המלוה דלא קבל לשמא של הלוה וחייב השליח לישבע כיון דהלוה מפסיד בבירור ממונו שחייב לשלם פעם שנית ואף דהוי ברי טענתו דלוה מפי אחר הנוגע מ"מ תקנו רבנן שישתבעו העדים היסת מאחר דהלוה משלם ומפסיד לפי טענתו ולפי טענת העדים דאמרו דפרעו להמלוה ואשתכח דאיהו פרע חובו תרי זימני דהשתא משתבע מלוה ושקיל ועיין בלשון הראשונים סוגיא דהן שלוחין והן עדים ובחידושי לא' מן הראשונים לא נודע למי וזה הכל היכא דהלוה מחויב לשלם עוד הפעם אבל אם שלח לתת מתנה לחבירו או אף לקנות איזה דבר והשליח אומר שעשה שליחותו דאם אין חבירו תובע לו כלל ואינו בפנינו בזה אינו יכול המשלח להשביע את השליח כיון דהשתא אינו צריך לשלם לא תקנו חכמים בזה שישבע בטענת שמא והברי מפי אחר הנוגע לא מצטרפין בזה ואף דדעת הרמב"ם דיכול להשביע להשליח כמו לבן בית וחייב שבועת המשנה

וכבר הקשה הרשב"א בתשובה מובא בב"י (סי' צ"ג) מהא דקאמר בש"ס דקודם שנתקנה שבועת היסת השליח נעשה עד אולם כבר כ' בתשובת מנחם עזרי' (סי' נ"ג) דוקא בשלחו לקנות או למכור דשייך מורה התירא ולא בשליחות לפרוע חוב לא שייך בזה מורה התירא דזוזי שקיל מן הלוה ויהיב להמלוה וכן מבואר בבעה"ת שער (כ"ט ח"ב) בדברי ר"י אבן פלאט. וממילא י"ל דהשליח היכא דלא שייך ביה הוראת היתר פטור משבועת היסת גם כן דאין נשבעין בטענת שמא ולא מצטרפין להברי של חבירו הנוגע רק היכא דצריך לשלם פעם שנית ואם כן בשליח לקדש דליכא הפסד ממון מחדש רק שאומר שעשה שליחותו וקנה לו המקח היא המתקדשת לפרעון והפסד מחדש לא יש כאן בזה א"צ השליח לישבע וכיון דאינו חייב לישבע שוב אינו בגדר בע"ד ואף דהוי נוגע דאם יאמר אהדרני' להמשלח הי' צריך שבועה מ"מ כבר בארתי בהגהותי בדברי חיים דיני הע"ש (סי' ה') די"ל דזה לא הוי חשש נגיעה אם ניחוש שמעיד עדות שקר כ"כ יעבור וישבע לשקר ומה לי עבירת שבועת שקר או עבירת דלא תענה ורק כיון דצריך השתא שישבע הוי כבע"ד ואינו בגדר עד עיין שם בדברי וכיון דלגבי קידושין א"צ שבועה השתא אינו בבע"ד ומקבלין עדותו [ובאמת בהך דינא דשליח יש לעיין אם בקש הלוה ממנו שיטיב עמו במתנת חנם שישלם בעדו לפלוני ואומר ששילם והמלוה כופר אם הוי השליח לעד כיון דאין לו נ"מ וי"ל דהוי נוגע בשביל דנ"ל שיהיה לו טוה"נ ששילם בעדו למלוה שלו וקיים הבטחתו כמו דקיי"ל מה"ט דמתנה הוא כמכר ועיין רמ"א (סוף סי' רמ"א) ובסמ"ע שם והוא מדברי ירושלמי מס' גיטין אך י"ל אף דהוי כבע"ד ונשאר חיוב האחריות מ"מ לא חשבינן ליה לנוגע דבשביל זה יעיד עדות שקר. וראיתי בתוס' רי"ד קידושין דהקשה על הרי"ף דכ' דלענין קידושין שליח נעשה עד הא עכשיו דחייב היסת הוי נוגע בעדות וכתב לתרץ דאיירי בלא נתן להשליח כסף רק השליח מקדש אותה מדיליה משמע דבכה"ג אינו נוגע אף בממון]:

אולם באמת כנראה אף דליכא הפסד ממון מחדש אם אין המשלח יודע אם מסר השליח המעות למי שנשתלח אף אם שולח במתנה גם כן חייב לישבע היסת נגד המשלח דמצרפינן טענתו של המקבל שלא קבל מהשליח לטענת המשלח. ובדברי הרמב"ם יש לומר באופן אחר וגם ליישב דברי הרי"ף דכ' והלכתא שליח נעשה עד והביא דברי ירושלמי חד בר נש אפקיד גרבא דחמרא גבי חבריה וכפר ביה אתי עובדא קמיה דר' ירמיה ונעשה השליח עד וחייבו שבועה על הכפירה ועיי"ש בר"ן דאליבא דידן אחר שנתקנה היסת ע"כ איירי שפטרו משבועה ובבעה"ת כתב דאיירי שראה המפקיד שעשה שליחותו וכל זאת היה לו להרי"ף לבאר ולא לסתום. וגם לענין קידושין סתם

הרי"ף דשליח נעשה עד ולא כתב שהוא דוקא בקידושי שטר ומסתימתו משמע דאף בקידושי כסף נעשה עד ועיין שם בר"ן ובב"י אה"ע (סי' ל"ה) וב"ש שם וי"ל דתוס' הקשו דישבע גם השתא ויהיה עד כשר ותירצו דעד הצריך שבועה לא הוי עד ורשב"א כתב בזה"ל כיון דאתה מצריכן שבועה נפקי מתורת עדים והוו כבע"ד וסברו דודאי מה שהשליח צריך לישבע נגד המשלח אינו פוסל עדותו לאחר שנשבע ונסתלקה הנגיעה כקושית הרשב"א ואף דלצד דלא כדבריו הוי כבע"ד מ"מ אחר השבועה שוב נעשה עד ובמרדכי כ' דפוסל מטעם דלהחזיק דבריהם הראשונים יעידו בשקר זה גם כן לא ס"ל להרי"ף ורמב"ם ועיקר הטעם דאינו נאמן אח"כ בתורת עדות הוא משום דאם נפסוק הדין דהלוה נפטר מאת המלוה בעדותן שוב אם הוא שלא כדבריהם חייבים העדים לשלם ומשועבדים להמלוה מטעם שיאמר ממוני בא לידכם ואתם חייבים לי אם מטעם שדר"נ כיון שאתם מודים שהמשלח שלח לי ע"י חובי ואני לא קבלתי ומהלוה איני יכול לגבות ועדיף משדר"נ אם כן הוי בע"ד נגד המלוה ואיך יחשבו לעדים במה שהמה בע"ד נגד המלוה ואינו דומה לכל עדים דעלמא המעידין להפסיד לאחד דאם בשקר העידו חייבין לשלם שם הוא חיוב חדש מצד גרמי ואף אם תובע אותם אח"כ שהזיקו לו בעדותם יש לדון דאינן חייבין לישבע היסת כיון דכבר האמינה אותם התורה כשהעידו וכמו שכתבתי בהגהותי בדברי חיים בדיני העושה שליח (סי' ה') ולעיל בדיני עדות (סי' ז') אבל בזה כשנקבל עדותן טוען המלוה שהמה בע"ד שממונו ממש הוא בידם. ועיין בספר המקנה מ"ש ליישב דברי הב"י (סי' קכ"א) דאם אמר הלוה שראה שעשה שליחותו נאמן בעד א' ולא בשנים ותמהו עליו דמה לי שבועה ומה לי ממון וכ' ליישב דבעד אחד כיון דיכול לישבע להכחיש עדותו אין העד משועבד מדר' נתן משא"כ בשנים חייבין לישבע נגד המלוה עיין שם ובדברי אמו"ז ז"ל בד"ח שם. ואם כן י"ל דרק בשביל זה לא מקבלין עדותן נגד המלוה כיון דחייבין לישבע נגד המלוה הוו כבע"ד. ולפי זה אתי שפיר היכא דאנו דנין לפטור את הלוה מחובו דאז בעדותו נעשו כעד להמלוה אם נקבל עדותן לכך הוו כבע"ד ולא נוכל לקבל עדותן אף אחר שישבעו כיון דעל ידי הגדתם ושבועתם יפטרו א"ע מהמלוה וכיון דהוו כבע"ד לא נוכל לקבל אותם בתורת עדים משא"כ בנידון דירושלמי המובא בריי"ף דאין אנו דנין לגבי הנפקד רק לחייבו שבועה לכן אף אם נקבל עדותן לא יהיו בע"ד נגד הנפקד כיון דיאמר לו מה אפסידתיך דלא בא רק לחייבו שבועה ושפיר נעשה עד כיון דאחר שישבע נגד המפקיד יסתלק נגיעתו ונעשה שוב עד ונגד הנפקד לא הוי כבעל דין כיון דאף אם לא מסר בידו אינו מפסידו ממון מה שאין כן לגבי פרעון חוב הוי כבעל דין ממש נגד המלוה ואף בעד א' אם הוא שליח א' לא מקבלין

עדותו לחייבו להמלוה שבועה כי המלוה יאמר לפי טענותך ועדותך ממוני בידך ועיין בריטב"א דהולך כזכי רק הא דיש לו מגו דהדרינהו ללוה היינו דכך היה אופן הזכיה. וכשטוען שמסר לו והמלוה מכחישו הוי כבעל דין ממש כי יאמר אין רצוני לישבע ויהי' המלוה פטור מחובי נמצא אתה הבעל דין אבל היכא דליכא תביעת ממון מן המקבל רק לפטור אותו אזי יכול השליח להיות עד לחייבו שבועה כיון דאינו בעל דין נגד הנפקד. ואם כן יש לומר גם כן לענין קידושין אף אם נקבל עדותן אחר שישבעו אינם בע"ד כלל לגבי העדים השלוחים כיון דלא זכו בהכסף קידושין בעדה ואם נסתלק נגיעתם נגד המשלח אחר שישבעו אין ביד האשה לתבוע מהם הכסף קידושין שוב אינם בגדר בע"ד נגדה לכך מהני עדותם ולמה שכ' דעיקר הנגיעה של השליח הוא משום דלדבריו הוא כעד להמלוה דממונו אצלו ואף בעד א' דרוצה לחייבו שבועה יכול המלוה לומר שאינו רוצה לישבע וממילא הוי העד הבעל דין אם כן אף אם פטרהו הלוה קודם לכן להשליח מהשבועה או שראה המשלח שהשליח עשה שליחותו גם כן לא מהני עדותו של השליח כיון דהוא בעל דין של המלוה ועיין ש"ך (סי' קכ"א ס"ק נ"ז) דמירושלמי אינו ראיה רק כוונת בעה"ת להביא ראיה מדברי הרי"ף שהביא דברי הירושלמי וע"כ או דאיירי כשראה שעשה שליחותו או כשפטרו מתחילה ולמה שכ' ל"צ לזה רק להורות דעיקר פסולו של השליח הוא משום דהוי בעל דין נגד המלוה אם נקבל עדותו טוען המלוה שממונו בידו ואינו בגדר עד וכמ"ש:

סימן ט

התובע לחבירו במנה והלה אומר אין לך בידי כלום או פרעתי ואמר התובע שישבע היסת והשיב הנתבע הלא יש לך שטר עלי והתובע אומר שלא הי' לו שטר מעולם אומרים למלוה שיבטל כל שטר כמבואר (סי' ע"ה סכ"ד) וכ' בתומים דאם יש עדים שאבד א"צ לבטל שטרו כמו במשכון (סי' ע"ב) דל"ח אולי ימצא המשכון אחר כך אף כאן כן ולמה יבטל זכותו. ולכאורה מדברי הג"ת שהביא הש"ך (ס"ק כ"ז) לא משמע כן דהקשה על הבעה"ת דסובר בשטר שנאבד ונמצא אם החזירו אינו מוחזר סגי כשיוציא הלוה ראיה שכבר תבע ממנו חוב זה ונשבע ונפטר ולמה צריך שיבטל שטרו בשלמא לרמב"ם ז"ל דסובר אם החזירו מוחזר חיישינן שמא ימצאנו אחר ויחזירנו למלוה הרי דסובר דכאן איכא חשש זה שאחר ימצאנו ויחזירנו למלוה וסובר דאינו דומה למשכון דלא שייך שימצאנו אחר הכרזה מאבידתו מה שאין כן בשטר דאין לו שום תועלת למי שמצאו יש לחוש כל זמן שלא נאבד מן העולם אולי יבא ליד המלוה מן המוצא. אולם מדברי הש"ך משמע כדברי התומים דכ' לתרץ קושית הג"ת דכ' דאיכא למיחש דהמלוה

בעצמו ימצאנו בביתו או דמשקר דישנו ת"י. מדמדייק ימצאנו בביתו או דמשקר משמע כשיש עדים דנאבד ממנו ליכא חשש זה דאם לא כן למה מדייק בביתו הא אף אם ימצאנו בשוק אם המלוה בעצמו מצאו כ"ע מודים דגובה בו כמבואר בב"ח (סי' ס"ה) ועיין מה שכ' לעיל (סי' ס') בדיני הלואה מדברי הראב"ן ורבינו ירוחם דאף אם הי' מושלך באשפה אם מצאו המלוה בעצמו גובה בו אלא ודאי דס"ל דאם ידענו דנאבד לא חיישינן לזה. ולמה שכ' הנתיבות (סי' ס"ה ס"ק כ"ה) כשנראה פסולו בב"ד מודה הרמב"ם דאם החזירו אינו מוחזר י"ל דבזה אף אם מצאו המלוה בעצמו שוב אינו גובה בו ודלא כמו שכ' הגד"ת לדעת הרמב"ם א"ש די"ל אף לדעתו סגי אם יהיה בידו ראיה שכבר תבע ממנו חוב זה וטוען שנאבד ממנו ונשבע ונפטר דשוב אינו גובה בו ולכן מוכח כתירוצו של הש"ך. ובלא"ה לא ידעתי קושית הגד"ת לפי מה שכ' הבעה"ת (שנ"ב) דהא דשטר איתרע בנפילה הוא דוקא במצאו באשפה דאיתרע ואמרינן דהשליכו אבל במצאו בכלי דרך נפילה לא איתרע השטר כלל בנפילתו אם כן אם טוען דאבד ממנו דרך נפילה לא הוי ריעותא לכך צריך לבטל השטר שלא יהי' שבועתו לבטלה:

עוד הקשה שם הגד"ת כיון שהלוה אמר שיש בידו שטר שהוא פרוע והמלוה משיב שלא היה לו שטר מעולם אם כן אף אם יוציא אחר כך השטר לא יגבה בו דהוי כאומר אין לי ראיה דאף דמביא אחר כך אינו מועיל כמבואר ש"ס סנהדרין ובח"מ (סי' כ') ותירץ כיון דהלוה מודה דיש בידו שטר ליכא למיחש לזיוף ואכתי לא איתברר דכל הטעם באומר אין לי ראיה דנפסלו לו אחר כך הוא משום כיון דכבר הודה דאין לו החשש שמא שכרם להעדים כמבואר ברש"י שם א"כ אף דהלוה מודה מ"מ הודאת בע"ד עדיף טפי ואלים יותר. אך י"ל כיון דהוי כתרי הודאה דסתרי יהי' מהני תפיסה או דמ"מ היכא דיהיה אחר כך חב לאחרים יכולין לגבות דלא מהני הודאתו וגם דיש אופן שיוציא אחר כך השטר ויתן אמתל' לאמירתו שאין לו לכך צריך לבטל:

ודע דנראה מדברי הפוסקים דכתבו דין זה שצריך לבטל השטר וזכותו הוא רק כשבא לחייבו להלוה שישבע היסת כיון דהוא רק מתקנתא דר"נ יכול לומר שאינו רוצה לישבע עד שיבטל זכותו כיון דאם אינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיו ואף בזה אינו מן הדין דלמה לו לבטל זכותו הא אף אם יש הכחשה בין לוה ומלוה על זמה"פ שהלוה אומר שעדיין לא בא הזמ"פ רק אחר איזה ימים והמלוה אומר שהגיע הז"פ היום מחייבין אותו ללוה שישבע היסת כמבואר לעיל (סי' ע"ג) דכפירת הזמן הוי ככפירת ממון וה"נ כיון שהמלוה אומר שחייב לו ושטר אין בידו ודאי מן הדין חייב לישבע מיד ומה לו לבטל זכותו ורק הוא על דרך תקנה וכמבוא' בבעה"ת משם הר"י אבן מיגאש ז"ל וכן מבואר

בתשובותיו (סי' ס"ה) דעיקר האמת ומה שיחייבהו העיון דאינו חייב אלא שראה לרבו האלפסי ז"ל שהיה מקבל מהנתבע טענה זו וענין זה עשאו ע"ד התקנה ולסיבה נראית בעיניו אז כפי העת לא שהעיון יחייב זה שמה"ד יחייב שאינו מחויב לבטל העדים ולא לאחר השבועה עד שיחפש על העדים עיין שם והרמב"ם והטור החליטו זאת בכל עת לפסוק כך אבל הכל נגד חיוב שבועת היסת דלא נחתינן בלא"ה לנכסיו כשאינו רוצה לישבע בזה יכול הלה לעכב שבועתו שלא יהי' לבטלה. אבל אם נתחייב הלוה שבועת התורה כגון שהודה במקצת וכפר במקצת ואומר שיש ביד המלוה שטר פרוע או אמנה על המקצת שכופר בזה י"ל כיון דאם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסיו והוי השבועה כחיוב ברור וכ"ז שאינו רוצה לישבע חייב לשלם והשבועה הוא התשלומין כמו שכ' ולקח בעליו ולא ישלם בזה אף אם המלוה אינו רוצה לבעל השטר או העדים מחייבין אותו הב"ד לישבע ואם אינו רוצה נחתינן לנכסיו אף אם אין המלוה מבטל זכותו כיון דלא מצינו תקנה הזאת רק לגבי שבועת היסת ולא לגבי שבועת התורה כן נראה מסתימת הפוסקים שכולם הזכירו דין זה רק לגבי שבועת היסת ולא יהא אלא ספק בתקנה אם תקנו זאת גם לגבי שבועת התורה אזלינן בתר הדין כיון דמה"ד אינו חייב לבטל זכותו: [**אמר** המחבר נמצא באמתחתי שני קונטרסים מסודרים מאת כבוד דודי המנוח הרב הגדול עמקן גדול בהלכה צדיק ונשגב מו"ה אליעזר אויערבאך זצ"ל אשר בעוה"ד הלך בדמי ימיו לעולמו כבן ל"ב שנים זי"עא. אמרתי לתת להם מקום כאן להזכירם משמו והעתקתים כדמותם וצלמם ולא שמתי עיוני עליהם כי בר"ס דבריו הם דברי שכל עמוק כאשר נודע ההלוכותיו ז"ל בקונטרס מים חיים אשר נדפס משמו בספר דברי חיים מאאמ"ו ז"ל אחיו הגדול ואוקי אחזקתו כי דב הוא]:

סימן י

כתוב בשערים דרב אלפס (שער י"ב) הובא בש"ך (סי' ע"ה סקכ"ט) אף דקיי"ל בטענת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם פרעתיך חייב מ"מ אם ירצה להשביע התובע שבועה דאורייתא עושה. ונראה מדבריו שם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי משאיל"מ נוטל תובע בלי שבועה. וכן הוא בתומים. (סי' ע"ה סק"ז) ע"ש.

ויש לעיין לפי מ"ש רמב"ן ור"ן מס' שבועות (דמ"ג ע"א) הובא בש"ך (סי' פ"ז סקי"ג) כשאומר נ' לית לך ונ' איני יודע אם פרעתיך מודה מקצת הוא שאעפ"י שלא הודה כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו נתחייב במקצת. עוד כ' ר"ן הובא בב"י וש"ך שם כשתבעו חמשין הלואה וחמשין חבלה שחבל בו ונתבע כופר הכל כשנשבע תובע על נ' דחבלה חייב נתבע שבועה על נ' דהלואה מדר"ח קמייתא עיין שם בקצות החשן (סק"ז) ונתיבת

המשפט סק"ג) ועיין ריטב"א הא דכתב רמב"ן שם כשתבעו חמשין הלואה וחמשין חבלה אע"פ שזה נשבע ונוטל מחצה אין חבירו נשבע היינו משום שאין גובייגא שלו בשבועה אלא מן התקנה ע"ש ולפי זה כשתבעו מנה והלה אומר בפרוטה איני יודע אם פרעתיך ובהשאר איני יודע אם הלויתני כיון דחייב בפרוטה שאומר איני יודע אם פרעתיך הוי על השאר משאיל"מ ואין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה שאומר נתבע איני יודע אם פרעתיך [אי לאו מדין גלגול] וה"ה כשאומר על הכל איני יודע אם פרעתיך גם כן אין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי נתבע משאיל"מ דלא גרע מאלו אמר על השאר איני יודע אם הלויתני דהוי משאיל"מ. ולפי זה כשנאמר דנשבע ונוטל צריך שתי כסף אם כן לא משכחת להך דינא דשערים דרב אלפס רק כשטענו שתי כסף בצמצו' אבל כשטענו שתי כסף ופרוטה אין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה ואנן שתי כסף בעינן. ואף דכשהתובע צריך לישבע לא הוי נתבע משאיל"מ על השאר רק אחר שבועת תובע אם כן על ידי שבועתו בפרוטה נתברר החיוב גם בהשאר מדין משאיל"מ. מ"מ גוף השבוע' אינו רק בפרוטה אלא דכשנשבע ונתחייב נתבע בפרוטה בב"ד ממילא הוי על השאר משאיל"מ דהחיוב ממון בב"ד הוא המחייב שבועה על השאר. אבל גוף השבועה אינו רק בפרוטה:

אך י"ל לשערים דרב אלפס מ"מ דוקא הודאת פיו או עדים מחייב שבועה על השאר ולא בכה"ג ועיין קצות החשן (סי' ע"ה סק"א) אי נמי כמ"ש בתשובת בשמים ראש (סי' י"ז) וכן כ' אאמ"ו הגאון הצדיק זצ"ל בספרו דברי משפט (סי' ל' סק"ב) בשם מי שאומר דבשבועת ר"ח קמייתא לא אמרינן משאיל"מ כיון דנלמד מגלגול שבועה דעד א' כמו שכ' בשיטה מקובצת ב"מ (דף ד' ע"א) בשם רמב"ן ורשב"א וריטב"א ור"ן ובגלגול שבועה יש אומרים דלא אמרינן משאיל"מ עיין שם ואם כן שפיר חייב תובע שבועה על הכל דלא הוי נתבע משאיל"מ:

ולפי"ז יש ליישב קושית תומים (סימן ע"ה סק"ז) מב"מ (דף קי"ב ע"ב) ושבועות (דמ"ה ע"א) דקאמר בעל הבית טרוד בפועליו ופריך ניתב ליה בלא שבועה. ולשערים דרב אלפס הנז' אף דבעל הבית אומר להדיא איני יודע אם פרעתיך צריך הפועל לישבע עיין שם ולכאורה זה דוקא לתוספת שם דהקושיא היה משום דהוי כאיני יודע אם פרעתיך אבל להרשב"א ור"ן שבועו' שם הא דפריך ניתב ליה בלא שבועה היינו משום כדי חייו. וכן ראיתי אחר זה לכבוד אחי הגאון ז"ל בספרו דברי חיים דיני טוען ונטען (סימן י"ט) עיין שם. אך י"ל אף להרשב"א ור"ן דהקושיא הי' משום כדי חייו היינו דמשום כדי חייו ראוי לתקן להיות לגמרי כאיני יודע אם פרעתיך ועיין ריטב"א שם הא דקאמר בעל הבית

טרוד בפועליו פירוש דברי דידיה כשמא הוא וכאומר איני יודע אם פרעתיך ולאו דלהוי מדינא הכי אלא שבזה מצאו מקום למשדי שבועה אשכיר ופריך דאי מהאי טעמא הל"ל דלגבי שכיר בלא שבועה ולא תהוי תקנתא דרבנן כי חוכא ע"ש הרי להדיא הא דפריך ניתב ליה בלא שבועה היינו כיון דתקנו ועשאו טענת בעל הבית כטענת שמא ממילא ראוי ליטול בלי שבועה כמו באיני יודע אם פרעתיך ולפי זה הדרא קושיא לדוכתה לשערים דרב אלפס הנז' גם בא"י אם פרעתיך צריך תובע לישבע. ולהנז' י"ל למה שכ' רמב"ן בס' המלחמות וריטב"א שם הא דאמרינן לר"י כל זמן שהשבועה נוטה אצל בעל הבית שכיר נשבע ונוטל היינו אף דאמר לא קצצתי לך אלא אחת ופרעתיך אי נמי בהילך דליכא שבועת מודה במקצת כלל מ"מ כיון שהוא כעין מודה במקצת שכיר נשבע ונוטל דלא בעי אלא שתהא שבועה נוטה אצל בעל הבית ועיין ר"ן לתרץ דברי בעל המאור שם אף שנאמר דמודה במקצת בשכירות ככופר הכל דמי מ"מ דמיא לשבועה דמחויב בה בעל הבית מדאורייתא דר"י לא בעי שיהא בעל הבית מחויב שבועה ממש אלא שתהא שבועה נוטה עליו מדאמרינן כל זמן שהשבועה נוטה אצל בעל הבית שכיר נשבע ונוטל עיין שם ולפי זה שפיר פריך ניתב ליה בלא שבועה כיון דתקנו ועשאו טענת בעל הבית כאיני יודע אם פרעתיך אף דבעלמא באיני יודע אם פרעתיך צריך תובע לישבע על הכל ולא הוי נתבע משאיל"מ משום דחיוב על פי ב"ד אינו מחייב שבועה על השאר אי נמי דבשבועת ר"ח קמייתא ל"א משאיל"מ כהנ"ל מ"מ הכא לא בעי אלא שתהא שבועה נוטה אצל בעל הבית כעין מודה במקצת עשאו כמשאיל"מ ואין לחייב לשכיר שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי בעל הבית כמשאיל"מ וממילא ראוי ליטול בלי שבועה:

והנה כל זה לשערים דרב אלפס הנז' אבל לפי מה דמבואר בבעל התרומות (שער כ"ט ח"ח ס') ובטור וש"ע (סי' צ"א ס"ו) כשאמר חנוני אתה אמרת לי ליתן לפועליך מנה והוא אמר חמשין צויתיך ליתן וחמשין איני יודע משאיל"מ עיין שם ואף דבעל הבית אינו יודע אם חנוני נתן לפועלים מ"מ כיון דחנוני נאמן בשבועה דנתן לפועלים חייב בעל הבית שבועה מדר"ח קמייתא כמה שכ' ר"ן בנ' הלואה ונ' חבלה עיין שם בנתיבות המשפט (סק"ז). ואף דדעת בעל התרומות (שער ל"ח ח"ב) דבגלגול שבועה לא אמרינן משאיל"מ וכן הוא בטור וש"ע (סי' ע"ה סט"ו) יש אומרים דלא אמרינן בשבועה הבאה על ידי גלגול משאיל"מ ע"ש מ"מ בשבועת ר"ח קמייתא אמרינן משאיל"מ:

ולכאורה י"ל דמהאי טעמא קיי"ל באיני יודע אם פרעתיך נוטל תובע בלי שבועה דלא כשערים דרב אלפס הנז' משום דאין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי נתבע משאיל"מ. ואף כשנאמר דנשבע ונוטל אינו צריך שתי כסף מ"מ י"ל דוקא

כשיש מקום לתקנת השבועה בשתי כסף ממילא בכל ענין תקנו אבל הכא אין מקום לתקנת השבועה רק בשתי כסף בצמצום לא פחות ולא יותר בכה"ג לא תקנו ואוקמוה אדאורייתא דנוטל בלי שבועה:

ואפשר דזה כונת הש"ע(סי' ע"ה סי"ב)מנה לי בידך שהלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו או שאמר איני יודע אם פרעתיך ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם. ותמהו כולם דבאיני יודע אם פרעתיך בלא"ה חייב מטעם ברי ושמא ברי עדיף. ועיין ש"ך שם (סקל"ה) ולהנז' י"ל הכונה או שאמר איני יודע אם פרעתיך היינו אף בלי עד א' והיינו דמשו"ה באיני יודע אם פרעתיך אין התובע צריך לישבע משום דאין לחייבו שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי נתבע מתוך שאיל"מ כהנ"ל:

ובזה יש להבין דברי דרכי משה (סי' פ"ז אות ב') וז"ל וכתב עוד בשם רמב"ן אם תבעו במנה ואמר נ' ידענא דלית לך ונ' לא ידענא אם פרעתיך משאיל"מ והוי כאלו מודה באותו המקצת וחייב לישבע על אותן שאמר ידענא דלית לך ודוקא שאומר על אותן הנ' לא ידענא אם פרעתיך אבל אם אומר לא ידענא אם הייתי חייב לך לא מקרי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ולא מקרי הודאה במקצת עיין שם והוא תמוה דמה משאיל"מ שייך הכא דבנ' שאומר איני יודע אם פרעתיך חייב לשלם מטעם ברי ושמא ברי עדיף ובנ' שאומר ידענא דלית לך חייב לישבע. וברמב"ן ור"ן שם לא נזכר כלל לשון משאיל"מ עיין שם. ולהנז' י"ל הכוונה דמש"ה בנ' שאומר איני יודע אם פרעתיך נוטל תובע בלי שבוע' משום דאין לחייבו שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי נתבע משאיל"מ וכיון דבנ' שאומר איני יודע אם פרעתיך חייב לשלם בלי שבועת תובע מש"ה חייב תובע שבועה על השאר מה שאין כן כשהתובע צריך לישבע דכל זמן דלא נשבע תובע אין נתבע חייב לישבע על השאר:

ועיין שבועות (דמ"ז) דרב ושמואל דאית להו מת לוה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו על כרחך לית להו משאיל"מ ודוקא משאי"ל מפסיד אית להו אבל משאי"נ משלם לית להו. והקשו תוס' וראשונים מנ"ל להש"ס הא. ולכאורה י"ל לרב ושמואל דאית להו גם ביורשין משאי"ל מפסיד על כרחך לא דרשי קרא שבועת ה' תהיה בין שניהם לענין משאיל"מ דאל"כ הרי גלי רחמנא שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דביורשין לא אמרינן משאיל"מ. ואף דלדידהו יותר ראוי לומר משאי"ל מפסיד מלומר משאי"ל משלם מ"מ כיון דגלי רחמנא לחלק בין גבי דידיה לגבי יורשין דבדידיה אמרינן משאי"ל משלם וביורשין לא אמרינן משאי"ל משלם ה"ה דאין לומר ביורשין משאי"ל מפסיד אלא ודאי דלא דרשי כלל הקרא למשאיל"מ וס"ל דאין

לחלק כלל בין דידיה ליורשין. אחר זה ראיתי כן בתומי' (סי' צ"ב סקי"ב) עיין שם. אך לפי מה שכ' תוס' ב"ב (דל"ד ע"א) דקרא שבועת ה' תהיה בין שניהם למפטר יורשין אתי ולא לחייב האב דמסברא אמרינן משאיל"מ עיין שם אם כן הדרה קושיא לדוכתא דאף דרב ושמואל דלית להו לחלק בין דידיה ליורשין על כרחך לא דרשי הקרא למשאיל"מ מ"מ דלמא מסברא אית להו מתוך שאיל"מ. ולהנ"ל י"ל לרב ושמואל דלית להו לחלק בין דידיה ליורשין אם כן אי נימא משאיל"מ לא משכחת להך דינא דהבא לפרוע מנכסי יתומין לא יפרע אלא בשבועה לפי מה שכ' רש"י ז"ל כתובו' (דפ"ז ע"א) הא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבוע' היינו דטענינן להו טענת אשתבע לי דלא פרעתיך ועיין מרדכי (פ"ט) דכתובות הקשה הר"י מקורביל האיך נשבעין שבועה דאשתבע לי דלא פרעתיך והא שטר שעבוד קרקעות היא וי"ל כגון דכתב בשטר דמחל לו השעבוד רק שיגבה מן המטלטלין עיין שם ולכאור' י"ל מה שכ' רק שיגבה מן המטלטלין היינו בשבועת הבא ליפרע מנכסי יתומין ע"כ בדאיכא שעבוד איירי ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב ואיירי במשעבד לו מטלטלי אגב קרקע ומחל לו השעבוד קרקע ונשאר השעבוד במטלטלין או דמשעבד לו בפירוש מטלטלין באופן המועיל. ואם כן כשנימא גם ביורשין משאיל"מ אין לחייב למלוה שבועה רק בפרוטה ועל השאר הוי ליורשין משאיל"מ ובמשאיל"מ אינו יכול לטעון טענת אשתבע לי וע' תוס' ורשב"א שבועות (דמ"א ע"א) ד"ה ולמר בר רב אשי. ולא מבעיא לרב (רפ"ה) דשבועות וכן קיי"ל דכפירת טענה שתי כסף דאין נשבעין בפחות משתי כסף. אלא אף לשמואל שם דטענה עצמה שתי כסף אפילו לא כפר אלא בפרוטה נשבע מ"מ עכ"פ אינו חייב לישבע רק בפרוטה להסוברים דאין מגלגלין בכה"ג. והבא ליפרע מנכסי יתומין צריך לישבע על הכל דומיא דשאר נשבעין ונוטלין במתניתין שם. ועוד אף דלשמואל הטענה עצמה שתי כסף מ"מ עכ"פ איכא תנא בברייתא דאית ליה כפירת טענה שתי כסף כדתני ר' חייא לסייועי לרב. והך דהבא ליפרע מנכסי יתומין לא יפרע אלא בשבועה הלכה פסוקה היא ולית מאן דפליג:

ועפמש"ל אפשר לבאר דברי ש"ך (סי' פ"ז סקי"ט) במה שכ' רמ"א שם וי"א דה"ה בנשבע ונוטל אם יש לו עד המסייע נוטל בלא שבועה. כתב הש"ך מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו עד א' יוציא ממון מהחשוד כן היא בתשובת מיימוני שם בספר משפטים (סי' ס"א) והביא ראיה מן הש"ס שבועות (דל"ב ע"ב) ועיין ש"ך (סי' צ"ב סק"ח) במ"ש הש"ע שם מי שנתחייב שבועה דאורייתא והוא חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל כתב הש"ך משמע בין מ"מ או ע"א וכן הוא בתשובת רא"ש ריש כלל י"א להדיא דמי שכופר

בכל ועד א' מכחישו והוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל כו' ול"ל דהעד יפטרנו דהוי עד מסייע דכיון דנתחייב שבועה על פי העד שוב לא יוכל העד לפטרו וכמש"ל (סי' פ"ז סי"א סקל"ה) עיין שם ותמהני על בן המחבר תשובת נודע ביהודה מהדורא תנינא חלק ח"מ (סי' כ"ז) כ' בהג"ה שם דמ"ש בש"ך וכמש"ל (סי' פ"ז סי"א סקכ"ז) הוא טעות וצ"ל (סי' פ"ז ס"ו סקי"ט) ע"ש ותמהני דהרי שם כ' הש"ך טעם אחר. ולפע"ד צ"ל (סי' פ"ז סי"א סקל"ה)]:

וראיתי בתשובת נודע ביהודה מהדורא תניינא חלק ח"מ (סי' כ"ז) ובתשובת הגאון ר' עקיבא איגר ז"ל (סי' קע"ח) דכוונת הש"ך (סי' צ"ב סק"ח) בתבעו בעד א' דהלוה לו מנה ואמר לא לויתי דלא מקרי קם לממון דהי' יכול לומר פרעתי ודוקא בתבעו בעד א' דהלוה לו מנה ולא פרע או דחפץ זה שלו דאין לו צד לפטור עצמו נגד עדותו אבל בכה"ג דיכול לומר פרעתי לא מקרי קם לממון ומשו"ה הוצרך לומר הטעם דאין עד עושה שתי פעולות עיין שם אולם אכתי מוקשה על הש"ך (סי' פ"ז סקי"ט) דכ' הטעם דמקרי קם לממון כמו שכ' בתשובת מיימוני שם הא בלא"ה לשיטת הש"ך אין עד עושה שתי פעולות:

ולהנ"ל י"ל כוונת הש"ך דאין לומר מטעם אין עד עושה שתי פעולות דהרי אף אם העד היה מעיד רק דיודע דחייב לו פרוטה כיון דצריך לשלם הפרוטה ממילא חייב שבועה על השאר מדר"ח קמייתא וכיון דהוא חשוד ואינו יכול לישבע התובע נשבע ונוטל הכל ואם כן השתא דהעד מעיד ומסייע לתובע בכל המנה אין לחייב לתובע שבועה רק בפרוטה דבזה שפיר אין העד פטרו דאין עד עושה שתי פעולות אבל כשנשבע תובע בפרוטה ממילא נוטל השאר בלי שבועה דעד מסייע פטרו דבזה גם בלי עדותו דמגיע לו גם השאר מ"מ היה נוטל בשבועה ואם כן עדות זה שמעיד דמגיע לו גם השאר זה אינו עושה רק פעולה א' לפטרו משבועה. וכשנאמר דנשבע ונוטל צריך שתי כסף אינו צריך לישבע כלל כיון דאין לחייבו שבועה רק בפרוטה דעל השאר העד פטרו ועד לשבועה כשנים לממון וכאלו שנים מסייעין לו על השאר דאין לחייבו שבועה בפרוטה. ומשו"ה הוצרך לומר הטעם דאין עד קם לממון:

והא דבשבועה נוטל אף דעד א' לא מהני רק לחייב שבועה או לפטור משבועה ולא להאמין בשבועה למאן דמסייעו דהרי בעד אחד מעיד שהוא פרוע אף בדליכא שעבוד קרקע לא מהני העד לפטור לנתבע בשבועה הרי דגם זה מקרי קם לממון מ"מ י"ל שאני הכא דמעיקרא לשבועה קאתי ומשאיל"מ אלא דכשאין לו צד לפטור עצמו ממנו מקרי קם לממון וכיון דאיכא צד פטור כשלא נשבע תובע תו לא מקרי קם לממון ועיין מהרש"א כתובות (דפ"ה ע"א). ומדאורייתא דליכא נשבע ונוטל פטור החשוד וכן ראיתי

לכבוד אחי הגאון ז"ל בספרו דברי חיים דיני טוען ונטען (סי' ל"ב) אף להסוברים בחשוד אמרינן מדאורייתא משאיל"ם היינו במודה במקצת אבל בעד אחד לתשובת מיימוני הנז' מדאורייתא פטור משום דאין עד קם לממון וישבע ונוטל לא משכחת מדאורייתא עיין שם ואפשר אף שנאמר דגם זה מקרי קם לממון מ"מ תקנת חכמים היה בחשוד דיטול בשבועה. ועיין תשובת ב"ח (סי' ס"ד) ותומים (סי' פ"ז סק"ה ופ"ט סקט"ז) היכא דמדאורייתא אינו נוטל כלל רק דרבנן תקנו דיטול בשבועה אין עד מסייע פטרו עיין שם ובשער משפט (סימן פ"ז סק"ו) דגם מהר"ם בתשובת מיימוני שם מודה בזה עיין שם ואף דלהש"ך הובא בשער משפט שם גם כה"ג עד מסייע פטרו מ"מ הא להש"ך אין עד עושה שתי פעולות. והיכא דמדאורייתא אינו נוטל כלל רק דרבנן תקנו דיטול בשבועה גם בפחות משתי כסף אינו נוטל בלי שבועה וכיון דצריך לישבע בפרוט' ממילא נשבע על הכל מדין גלגול כמ"ש בשער משפט (סי' צ"ד סק"ב) דעד מסייע אינו פוטר מגלגול שבועה ע"ש [אך בתשובת מהר"י באסאן (סי' ט') הובא שם בספר הנז' מבואר דעד מסייע פוטר מגלגול שבועה וכן היא בתומים (סי' פ"ז סק"ו) ע"ש] וכל זה לתשובת מיימוני שם דמקרי קם לממון אבל בלא"ה שפיר נוטל בלי שבועה כהנ"ל:

ומ"ש הש"ך (סי' צ"ב סק"ח) הטעם דאין עד עושה שתי פעולות שם איירי באופן דיכול לומר פרעתי כמו שכ' בתשובת נודע ביהודה ותשובת הגאון ר' עקיבא איגר הנז' אם כן שפיר צריכין לעדותו גם בהשאר דאם העד היה מעיד רק דיודע דהלוה לו פרוטה נאמן נתבע על השאר במגו אי בעי אמר על הכל פרעתי. ודוקא על מה שהעד מעיד לא מהני מגו דעד לשבועה כשנים לממון ומגו במקום עדים הוא כמו שכ' רשב"א ור"ן שבועות (דף מ"ה ע"ב) עיין שם אבל על מה שהעד אינו מעיד שפיר מהני מגו אף שנאמר דנפטר ממשאיל"מ הוי מגו לפטורי משבועה מ"מ הא לרא"ש וסייעתו הובא בהגהת רמ"א (סי' רצ"ו ס"א) אמרינן מגו לאפטורי משבועה. וכל עיקר דהוי נתבע משאיל"מ ותובע נשבע ונוטל הכל היינו על פי העד המעיד דהלוה לו כל המנה ושוב לא יוכל העד לפטור לתובע משבועה דאין עד עושה שתי פעולות:

ואף שנאמר דגם כשהעד מעיד רק דיודע דהלוה לו פרוטה מ"מ אין להאמין לנתבע על השאר במגו אי בעי לשקר אמר על הכל פרעתי דהרי העד מעיד דיודע דהלוה לו פרוטה והוא משקר ואמר לא לויתי ולא אמר פרעתי ואם כן לפי עדות העד ליכא מגו כלל והוי משאיל"מ על הכל. מ"מ כל זה מצד נאמנות עדותו היא דכיון דלפי דברי עד המעיד בפרוטה תו ליכא מגו כלל מש"ה התובע נשבע ונוטל הכל וכאלו העיד בפירוש בכל המנה. ואם כן שוב לא יכול העד לפטור לתובע משבועה בעדותו שמעיד דהלוה

לו גם השאר דאין עד עושה שתי פעולות. וגם כיון דכשהתובע צריך לישבע לא הוי נתבע משאיל"ם על השאר רק אחר שבועת תובע אם כן על ידי שבועתו בפרוטה נתברר החיוב גם בהשאר מדין משאיל"ם וכאלו נשבע בפירוש על הכל. והרי הוא בכלל שבועת שתי כסף ממילא נשבע על הכל מדין גלגול כהנ"ל. ודוקא כשהעד מעיד דעדיין חייב לו פרוטה דאז לאו מטעם דמקרי קם לממון נוטל בלי שבועה דכיון דנתבע צריך לשלם הפרוטה בב"ד ממילא הוי משאיל"ם על השאר ואין צריכין בזה לנאמנות העד ושבועת תובע כלל דאף אם באמת העד משקר בזה והתובע נשבע לשקר מ"מ כיון דס"ס נתחייב נתבע בפרוטה בב"ד על ידי העד ושבועת תובע ממילא הוי משאיל"ם על השאר דההיוב ממון בב"ד הוא המחייב שבועה על השאר. ואין צריך בזה לנאמנות העד ושבועת תובע כלל כמש"ל. אבל כשהעד מעיד רק דיודע דהלוה לו פרוטה שפיר צריכין לנאמנות העד ושבועת תובע גם בהשאר דאם לא כן איכא מגו לנתבע אי בעי אמר על הכל פרעתי רק לפי דברי עד ושבועת תובע דהלוה לו פרוטה תו ליכא מגו כלל ושוב לא יכול העד לפטור לתובע משבועה בעדותו שמעיד בפירוש דהלוה לו גם השאר דאין עד עושה שתי פעולות. וגם עכ"פ צריך תובע לישבע בפרוטה כיון דנאמנות השבועה היא המבררת דמגיע לו גם השאר הרי היא בכלל שבועת שתי כסף וממילא נשבע על הכל מדין גלגול:

סימן יא

כתב הש"ך (סי' ע"ה סקל"ד) הא דמבואר בש"ע . שם מנה לי בידך שהלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני ועד אחד מעיד שהלוהו הוי ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם. אף דאין העד מעיד שעדיין לא פרעו ואית ליה מגו מ"מ כיון דהשתא טוען איני יודע ואין נשבעין שבועת התורה באיני יודע הוי לי' משואיל"ם דלא כתשובת מבי"ט דדוקא כשהעד מעיד שעדיין לא פרע דלית לי' מגו ע"ש:

לכאורה כוונתו אף דבטענת ברי ליכא שבועה דנאמן במגו דפרוע [עיין רא"ש שבועות (דמ"ה ע"ב) דכתב גם בעד א' לא ידענא מה מגו איכא משמע דמגו מהני לפטור משבועת עד א' ולא כרשב"א ור"ן שם] מ"מ השתא בטענת שמא דליכא מגו הוי מחויב שבועה ומשאיל"ם. ולפי זה קשה להסוברים בטעמא דכופר הכל פטור משבועה משום חזקה אין אדם מעיז אם כן בטענת שמא דליכא חזקה יהא משאיל"מ. אחר זה ראיתי באחרוני' דהקשו כן ועיין כסא דהרסנא (סי' כ"ו). גם בספר שער משפט שם (סק"ט) הקשה מדברי ר"ן שבועות (דמ"ז) דבנ' ידענא ונ' לא ידענא היכא דבטענת ברי היה נאמן במגו לא הוי משאיל"ם הרי אף דהשתא בטענת שמא ליכא מגו מ"מ כיון דבטענת ברי ליכא

שבועה לא הוי משאיל"ם ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון זצ"ל בספרו דברי משפט (סי' נ"ט וע"ה וש"ג):

ולפע"ד י"ל דוקא היכא דבטענת ברי היה נאמן מטעם חזקה אין אדם מעיז או כהאי דר"ן שבועות הנ"ל דבטענת ברי היה נאמן במגו אי בעי אמר על הכל איני יודע בכה"ג אף דהשתא בטענת שמא ליכא חזקה ומגו מ"מ כיון דבטענת ברי איכא חזקה או מגו המבררת דהאמת אתו וליכא חיוב שבועה כלל ממילא בטענת שמא לא הוי משאיל"ם אבל בטענת איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו אף דבטענת ברי לא לויתי נאמן במגו דפרוע מ"מ כל עיקר המגו על ידי החיוב שבועה היא דאי לאו דחייב שבועה בטענה דהשתא ליכא כלל מגו המבררת דהאמת אתו מדלא אמר פרעתי דמה נ"מ אי אומר פרעתי או לא לויתי. רק כיון דבטענת לא לויתי חייב שבועה איכא מגו אי בעי לשקר אמר פרעתי דלא יצטרך לישבע וכיון דכל עיקר המגו ע"י החיוב שבועה היא א"כ עכ"פ חיוב שבועה איכא רק המגו פטרו ומשו"ה בטענת שמא דליכא מגו הוי משאיל"ם:

וכעין זה י"ל להסוברים מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן היינו גם כן היכא דכל עיקר המגו על ידי החיוב שבועה היא אבל היכא דגם בלי חיוב שבועה איכא מגו המבררת דהאמת אתו מהאי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע דגם בלי חיוב שבועה איכא מגו המבררת דהאמת אתו מדלא כפר הכל. בכה"ג ליכא חיוב שבועה כלל. ועיין ב"ח (סי' רצ"ו):

עוד י"ל בטענת איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו. נהי דבשעת טענתו איני יודע אם הלויתני אי הי' טען אז ברי לא לויתי היה נאמן במגו דפרוע מ"מ השתא דטען שמא וליכא מגו אם כן לאחר כדי דיבור אם יטען ברי לא לויתי יתחייב שבועה דתו ליכא מגו דפרוע כיון דכבר הודה דלא פרע. וכיון דמשכחת לשבועה בברי מש"ה כשעומד בטענת שמא הוי מתוך שאיל"ם. ודוקא בדליכא עד א' אף להסוברים בטעמא דכופר הכל פטור משבועה משום חזקה אין אדם מעיז ובטענת שמא ליכא חזקה מ"מ ס"ס לא משכחת לשבועה בטענת ברי דתמיד בטענת ברי איכא חזקה אין אדם מעיז. וגם בנ' ידענא ונ' לא ידענא היכא דבטענת ברי היה נאמן במגו לא הוי משאיל"ם כיון דליכא שבועה בטענת ברי. אף דאחר כדי דיבור להודאתו גם בטענת ברי ליכא מגו מ"מ כבר יצאה הודאה בפטור ובמודה במקצת בעינן שיתחייב תיכף בשעה שההודאה יצאה מפיו כמבואר בר"ן שבועות (דמ"ב ע"ב ומ"ג ע"א) עיין שם:

[**הן** אמת דיש להוכיח מתוס' כתובות (די"ב) ושבועות (דמ"ז ע"ב) בנ' ידענא ונ' לא ידענא כשאומר אחר כך נזכרתי דנ' לית לך אף למאן דלית ליה משאיל"ם ולתוס' ב"מ (דצ"ו

ע"ב) גם שבוע' ליכא מ"מ לא מקרי יצאה הודאה בפטור. מדהקשו למאן דלית ליה משאיל"ם היכי דריש קרא שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים לענין משאיל"ם תיפק ליה דבו"ש ברי עדיף. ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון הצדיק ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ע"ה סק"ד) להוכיח מזה דבמשאיל"מ יכול אחר כך לומר נזכרתי דאם לא כן שפיר נ"מ כשאומר אחר כך נזכרתי דבבו"ש יכול לומר נזכרתי ובמשאיל"ם אינו יכול לומר נזכרתי עיין שם ולפי זה אי נימא בנ' ידענא ונ' לא ידענא כשאומר אחר כך נזכרתי דנ' לית לך למאן דלית לי' משאיל"מ מקרי יצאה הודאה בפטור אם כן אכתי נ"מ כשאומר אחר כך נזכרתי דאי לאו משאיל"ם גם שבועה ליכא דכבר יצאה הודאה בפטור מהחיוב השבועה רק דחייב מטעם ברי ושמא ובזה יכול לומר נזכרתי אבל כשנימא משאיל"ם אף דיכול לומר נזכרתי מ"מ חייב שבועה. א"ו גם למאן דלית ליה משאיל"ם לא מקרי יצאה הודאה בפטור:

אך מ"מ י"ל שאני התם דמעולם לא יצאה הודאה בפטור מהחיוב שבועה דגם למאן דלית ליה משאיל"ם מ"מ עכ"פ חיוב שבוע' רמי עליה אלא דכשאינו יכול לישבע אינו בדין שישלם. אבל היכא דלא הוי משאיל"ם מטעם דבטענת ברי ליכא שבועה י"ל דמקרי יצאה הודאה בפטור כיון דבשעה שההודאה יצאה מפיו לא רמי עליו חיוב שבועה כלל. ומש"ה בנ' ידענא ונ' לא ידענא היכא דבטענת ברי הי' נאמן דמגו לא הוי משאיל"מ כיון דליכא שבועה בטענת ברי אף דאחר כדי דיבור גם בטענת ברי ליכא מגו מ"מ כבר יצאה הודאה בפטור. אבל בטענת אינו יודע אם הלויתני ועד אחד מעיד שהלוהו נהי דבשעת טענתו אי היה טען אז ברי היה נאמן במגו מ"מ השתא דטען שמא וליכא מגו אם כן לאחר כדי דיבור אם יטעון ברי יתחייב שבועה דתו ליכא מגו דפרוע כיון דכבר הודה דלא פרע]:

ועיין כנה"ג בהגהותיו על הטור שם (אות מ"ד) דדוקא בטענ' איני יודע אם הלויתני הרי זה כאומר דיודע בודאי שלא פרע אבל בטענת איני יודע אם אני חייב לך אפשר שפרע לו. ובקצות החשן שם (סק"ט) השיג עליו דממ"נ חייב דבספק הלואה הוי משאיל"מ ובספק פרעון בו"ש ברי עדיף עיין שם ובפרישה וב"ח שם (סי"א). ולהנ"ל ניחא דדוקא כשהודה דלא פרע אבל כשמסופק גם בפרעון אף דבספק פרעון ברי ושמא ברי עדיף מ"מ כיון דליכא הודאה דלא פרע לא הוי משאיל"ם על הלוה כיון דלא משכחת לשבועה בטענת ברי דתמיד בטענת ברי איכא מגו אי בעי אמר נזכרתי שפרעתי ועיין הגהת רמ"א שם (ס"ט) באיני יודע אם פרעתיך יכול אחר כך לומר נזכרתי שפרעתיך עיין שם ובנתיבות המשפט (סי' נ"ט סק"ב) וצ"ע:

עוד י"ל הא דהוי משאיל"ם בטענת איני יודע אם הלויתני ועד אחד מעיד שהלוהו היינו כשהעד בא אחר טענתו ליכא מגו דפרוע דאולי לא ידע דיבא עד המעיד שהלוהו ומה נ"מ אי אומר פרעתי או לא לויתי ואחר שבא העד תו ליכא מגו דכבר הודה דלא פרע. אבל כשמסופק גם בפרעון שפיר איכא מגו אי בעי אמר השתא נזכרתי שפרעתי:

גם י"ל למה שכ' הש"ך (סי' ע"ב סקנ"א) כשידעינן דאינו יודע לא הוי משאיל"מ ועיין שער משפט (סי' פ"ז סק"ה וכאן סק"ט) ואם כן י"ל הא דהוי משאיל"ם בטענת איני יודע אם הלויתני ועד אחד מעיד שהלוהו ואינו נאמן במגו דפרוע היינו משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן או משום דמגו לאפטורי משבועת עד א' ודאי לא אמרינן אבל כשמסופק גם בפרעון שפיר נאמן בטענ' איני יודע אם הלויתני במגו דבידו תמיד לומר נזכרתי שפרעתי. ובידו עדיף ממגו כמבואר בכמה דוכתי:

והנה למבי"ע המובא בש"ך הנ"ל י"ל אף דאומר איני יודע אם הלויתני אין זה כאומר דיודע בודאי דלא פרע דאפשר דמסופק גם בפרעון. גם י"ל אף דמודה דלא פרע איכא מגו דפרוע לרשב"א בתשובה הובא בב"י וסמ"ע (סי' ע"ה וע"ט) ובש"ך (סי' ע"ה סקל"ח) דיכול לחזור מטענת לא לויתי לטענת פרעתי. אף דעד א' מעיד שהלוהו ולא הוי משאיל"ם ועיין דרישה (סי' ע"ט ס"ז) וסמ"ע שם (סק"כ) דלרשב"א דלא הוי משאיל"ם ליכא שבועת התורה בטענת פרעתי רק שבועת היסת עיין שם ומשו"ה בטענת אינו יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו לא הוי מתוך שאיל"ם דתמיד בטענת ברי לא לויתי איכא מגו דפרוע דהי' נאמן בלי שבועת התורה. אי נמי דנאמן בטענת איני יודע אם הלויתני במגו דפרוע. אף דבלי מגו הוי בטענת אינו יודע אם הלויתני משאיל"ם מ"מ י"ל דהוי נאמן לומר פרעתי במגו אי בעי אמר נזכרתי דלא לויתי ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון הצדיק ז"ל בספרו דברי משפט [הבאתיו לעיל] להוכיח מתוס' כתובות (די"ב ע"ב) דבמשאיל"ם יכול לומר נזכרתי עיין שם ולפי זה גם היכא דהוי משאיל"ם על ידי עד א' יכול לומר נזכרתי דאל"כ למה הוצרכו תוס' לאוקמי בטענו ספק על פי עד הא גם בטענת ברי נ"מ כשאומר נזכרתי או גם במשאיל"ם על ידי עד אחד יכול לומר נזכרתי ואם כן י"ל בטענת איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו אף דנימא משאיל"ם מ"מ נאמן לחזור לומר פרעתי במגו אי בעי אמר נזכרתי דלא לויתי ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון הצדיק זצ"ל בספרו דברי משפט (סי' ע"ט סק"א) וממילא בטענת לא לויתי או בטענת איני יודע אם לויתי נאמן במגו דפרוע דהי' נאמן בלי שבועת התורה. ועיין שיטה מקובצת ב"ב (דמ"א) ד"ה וחזיתי' לדעתי' כי היכי דאמרינן חד מגו אמרינן תרי מגו עיין שם ובר"ן (פ"ט) דכתובות סוגיא דבקרא ואף לריטב"א ב"מ (דפ"א ע"ב) ד"ה מיהו מיגו

ליכא דתרי מגו לא אמרינן עיין שם ומקנה קידושין (דמ"ג ע"ב) מ"מ י"ל הכא נאמן במגו דבידו תמיד לומר פרעתי ובידו עדיף ממגו כהנז'. ועיין קצות החשן (סי' ע"ט סק"ט ופ' סק"ג) ונתיבות המשפט (סי' ע"ב סקל"ד וע"ט סק"ד) וצ"ע. אחר זה ראיתי בפרישה (סי' ע"ה סי"א) הא דמבואר בטור שם בטענת איני יודע אם לויתי ועד אחד מעיד שלוה הוי משאיל"ם מיהו אחר כך אם טען ואמר נזכרתי שלויתי ופרעתי פטור בהיסת ודוקא בטענת לא לויתי ועד א' מעיד שלוה אינו יכול לחזור לומר לויתי ופרעתי לרמב"ם וטור וש"ע אבל באמר מתחילה איני יודע אם לויתי אף אם באו שנים שלוה הוי נאמן לומר נזכרתי דלויתי ופרעתי ע"ש:

ובעיקר הדין דלא אמרינן משאיל"ם רק בדאיכ' שבועה בטענ' ברי. יש לעיין הא דמבואר בחידושי ר"ן ורא"ש ריש ב"מ הובא בש"ך (סי' ע"ב ופ"ז סקט"ז) אף דעד מסייע פטור משבועה מ"מ אינו פוטר ממשאיל"ם דאין עד קם לממון עיין שם ולהנז' נהי דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם, מ"מ ס"ס ליכא שבועה בטענת ברי דאז העד פטרו וכמו בדאיכא מגו בטענ' ברי אף דהשתא בטענת שמא ליכא מגו מ"מ לא הוי משאיל"ם כיון דליכא שבועה בטענת ברי ה"ה בדאיכא עד המסייע:

ואפשר לחלק אף דעד מסייע פוטר מ"מ עכ"פ חיוב שבועה איכא רק העד פטרו [עיין חלקת מחוקק (ס' ל"ה סק"ג) וב"ש שם (סק"ה)] ומש"ה בטענת שמא הוי משאיל"ם ואין העד פוטרו דאינו קם לממון:

עוד י"ל דוקא בדאיכא מגו בטענת ברי כיון דגם השתא בטענ' שמא דהוי משאיל"ם אי היה שייך מגו המסייע הי' פטור רק דהשתא בטענת שמא לא שייך מגו ומש"ה כיון דבטענת ברי איכא מגו ממילא בטענת שמא לא הוי משאיל"ם ומהני המגו דהי' לו בטענת ברי לפטרו גם השתא ממשאיל"ם וכאלו איכא מגו השת' מה שאין כן בעד המסייע כיון דהשתא בטענת שמא דהוי משאיל"מ לא מהני עד המסייע אף דבטענת ברי הי' מהני העד לפטרו משבועה מ"מ השתא דדנין לחייבו ממון מדין משאיל"ם לא מהני העד כלל:

ועיין בעל התרומות (שער ל"ח ח"ג ס"ה) הובא בטור (סי' ע"ה סי"א) טענו מנה והלה אומר איני יודע אם לויתי ממך ועד א' מעיד שלוה משאיל"ם ל"ש טען איני יודע אם לויתי ל"ש טען איני יודע אם פרעתי כיון דעד א' מסייע לתובע ברי ושמא ברי עדיף ומשאיל"ם. והוא תמוה כאשר תמהו כולם דבאינו יודע אם לויתי אינו חייב מטעם בו"ש רק מטעם משאיל"ם. ולהנ"ל י"ל דאי לאו טעמא דבו"ש אם כן גם השתא בטענת שמא אי היה שייך מגו המסייעו היה פטור רק דהשתא בטענת שמא לא שייך מגו וכיון דבטענת ברי

איכא מגו ממילא בטענת שמא לא הוי משאיל"ם ומהני המגו דהי' לו בטענת ברי לפטרו גם השתא ממשאיל"ם וכאלו איכא מגו השתא [ולמש"ל דנאמן השתא בטענת איני יודע אם הלויתני במגו. ניחא בפשיטות] אבל כיון דאיכא בו"ש המסייע לתובע תו לא מהני המגו לפטרו ממשאיל"ם אף דבטענת ברי הי' מהני המגו מ"מ השתא בטענת שמא לא מהני המגו כלל כיון דנגד זה איכא בו"ש המסייע לתובע. ולא מבעיא כשנאמר דבו"ש עדיף ממגו דהרי ברי ושמא בצירוף חזקת חיוב מהני להוציא ומגו להוציא לא אמרינן אף בדאיכא חזקת חיוב כדמוכח כתובות (דפ"ז ע"ב) אלא אף שנאמר דמגו עדיף מבו"ש מ"מ י"ל עכ"פ מהני הבו"ש לגרע כח המגו שלא יועיל לפטרו וממילא הוי משאיל"ם ע"י העד ועיין נתיבות המשפט (סי' ע"ה סק"ו):

עוד י"ל בטענת איני יודע אם לויתי ועד א' מעיד שלוה כיון דאין עד קם לממון וכל עיקר דמהני עד א' בטענת שמא להיות משאיל"ם היינו משום דעיקרו לשבועה קאתי וממילא הוי משאיל"ם והיכא דלא משכחת לשבועה בטענת ברי נמצא עיקרו לממון קאתי. ועיין תשובת מיימוני ספר משפטים (סי' ס"א) אף דבמשאיל"מ צריך התובע לישבע לר"ת (ספ"ו) דב"ק מ"מ בנסכא דר' אבא נוטל בלי שבועה מפני שהעד מסייע לתובע והא דפריך שבועות (דל"ב ע"ב) אילימא דחשוד לוה מי יימר דמשתבע. היינו דבחשוד על השבועה אי נימא שכנגדו נוטל בלי שבועה אם כן הי' נפיק ממונא מיניה כל שעתא אפומא דחד סהדא בשלמא בנסכ' דר' אבא אי הוי בעי הוי טען לא חטפתי והוי נשבע ולא משלם להכי כי טען דידי חטפתי ואיכא חד סהדא משלם על פי עד אחד כיון דעיקרו לא אתי סהדא לחייב ממון קרינא ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלי שבועה על ידי עד נמצא כל שעתא יטול על ידי עד א' ונמצא שהי' קם עיקרו לממון דחשוד אי אפשר לו להשמט כלל משלם היכא דאיכא חד סהדא לשכנגדו ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו וראיתי לכבוד אחי הגאון מוהר"י איציק אויערבאך זצ"ל בספרו דברי חיים דיני טוען ונטען (סי' ל"ב) וכן הוא בתשובת הגאון ר' עקיבא איגר ז"ל (סי' קע"ח). דבחשוד אף דהעד מעיד רק דיודע דהלוה לו מנה באופן דהיה יכול לומר פרעתי מ"מ מקרי קם לממון דדוקא בנסכא דר"א עיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי דכשמכחיש להעד נשבע נגדו אבל בחשוד עיקר עדות העד דהלוה לו לממון קאתי להיות משאיל"ם כשאומר לא לויתי דכשאומר לא פרעתי אז לא מהני עדותן כלל. ועיין מה שכ' אחי הגאון ז"ל שם אף להסוברים בחשוד אמרינן מדאורייתא משאיל"ם היינו במודה במקצת אבל בשבועת עד א' לתשובת מיימוני הנז' מדאורייתא פטור משום דאין עד קם לממון ונשבע ונוטל לא משכחת מדאוריית' עיין

שם ולפי זה בטענת איני יודע אם לויתי ועד א' מעיד שלוה כשנימא בטענת ברי נאמן במגו וליכא שבועה ממילא בטענת שמא לא הוי משאיל"ם דכיון דבטענת ברי לא מהני עדותו כלל נמצא עיקרו לממון קאתי להיות משאיל"ם בטענת שמא ואין עד קם לממון. ודוקא בחשוד תקנו ליטול בשבועה ולא בעלמא:

ובזה מיושב קושית תומים (סי' פ"ז סק"ו) לפי מה דהוכיחו דעד מסייע פוטר משבועה מדלא פריך ריש ב"מ מה לעד אחד שכן אין כיוצא בו פטרו א"כ עדיין יקשה אמאי לא פריך מה לעד א' שכן אין כיוצא בו פטרו בטענת שמא דהוי משאיל"ם עיין שם ולהנ"ל הא דאין עד מסייע פוטרו ממשאיל"ם היינו בשבועת שומרין ומודה במקצת אבל בשבועת עד א' כשיש לו עד המסייע פוטר דנהי דאין עד מסייע פוטר ממשאיל"ם מ"מ ס"ס כיון דליכא שבועה בטענת ברי נמצא עיקרו לממון קאתי. אף דבשעת עדות הועיל לשבועה וממילא הוי משאיל"ם מ"מ כשבא אחר כך העד המסייע אגלאי מילתא דלא הועיל העד קמא בעדותו רק לממון. ואף שנאמר גם בשבועת עד אחד אמרינן בחשוד מדאורייתא משאיל"ם כמו שכ' רשב"א שבועות (דל"א ע"א) הובא בספר דברי חיים מכבוד אחי הגאון ז"ל שם היינו משום דס"ס עיקרו לשבועה קאתי אי היה שייך שבועה אבל כשיש עד המסייע אין לומר דעד המחייב עיקרו לשבועה קאתי כיון דעד המסייע פוטר משבועה אם כן עיקר עדות העד המחייב לממון קאתי להיות משאיל"ם ואין עד קם לממון:

ועיין תוספות וראשונים סוגיא דסטראי כתובות (דפ"ה ע"א) הא דקאמר ר' אבהו מגו דיכולין לומר להד"ם יכולין נמי למימר סטראי נינהו והא קיי"ל שליח נעשה עד והוי משאיל"ם כמו בנסכא דר' אבא ועיין רשב"א קידושין (דמ"ג ע"א) אף דאחר שנתקן שבועת היסת הוי שליח נוגע בעדות מ"מ כיון שהמלוה מודה שנתן לו נסתלקה נגיעתו מעתה וכי קאמר סטראי הוי מתוך שאיל"ם דאילו איכא תרי משלם. וכעין זה כתב בקצות החשן (סי' נ"ח סק"ג) אף להסוברים בשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"ם ועד א' מעיד שהוא פרוע אינו אלא שבועה דרבנן מ"מ בסטראי שם על מה שתפס דייניו דמהאי טעמא לא הוי מגו להוציא כמו שכ' רמב"ן ב"ב (דל"ב ע"ב) והוי שבועת התורה ככל נשבע ונפטר עיין שם ובמשובב נתיבות שם אף דאי הי' מכחיש להעד בטענת להד"ם לא היה שבועת התורה דאז היו דנין ליטול מ"מ בתר השתא אזלינן דדנין על מה שתפס כמו שכ' רשב"א לענין נגיעה כיון דהשתא לאו נוגע הוא הוי משאיל"ם ועיין ב"ח (סי' צ"ו ושס"ד) וקצות החשן (סי' צ"ה סק"ז). ולהנז' י"ל דרשב"א הקשה שפיר לשיטתו שבועות (דל"א ע"א) דגם בשבועת עד א' אמרינן בחשוד מדאורייתא משאיל"ם. אבל

לתשובת מיימוני הנז' דוקא בנסכא דר"א עיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי דכשמכחיש להעד בטענת לא חטפתי צריך לישבע. אבל היכא דכשמכחיש להעד ליכא שבועה נמצא עיקר עדותו לממון קאתי:

וראיתי בשיטה מקובצת ריש ב"מ בשם רשב"ץ דבנסכא דר"א כשיש עד המסייע דדידיה חטף פטור. ובקצות החשן (סי' פ"ז סק"ט) חוכך בזה אף דעד מסייע פוטר ממשאיל"ם מ"מ בנסכא דר"א הוי משאיל"ם על החטיפה כיון דאינו יכול לישבע להכחיש העד שלא חטף והוי כשנים על החטיפה ותו אינו נאמן לומר דידי חטפתי עיין שם ולהנז' י"ל כשיש עד המסייע דדידיה חטף כיון דאי לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליכא בטענת דידי חטפתי משום דהעד מסייעו ועיין ש"ך (סי' פ"ז הקפ"א) וממילא גם בטענת לא חטפתי ליכא שבועה דנאמן במגו אי בעי אמר דידי חטפתי [ועיין מש"ל בכוונת מבי"ט] ואם כן אין לומר דעיקר עדות העד על החטיפה לשבועה קאתי כיון דאי לא נימא משאיל"ם גם שבועה ליכא וע"כ עיקר עדותו לממון קאתי להיות משאיל"ם:

[עד כאן מדודי הרב הגדול מו"ה אליעזר ז"ל]

סימן יב

בש"ע (סי' ע"ו ס"א) אחד שהלוה משנים כו' והשאר יהיה מונח וכ' בש"ך (ס"ק ז') דאם לא תבעו ליה כלל אמרינן דמנה השלישית יחלוקו ביניהם כיון דליכא רמאי וכמו שמוכח (סי' שס"ה) ועיין שם בש"ך דהוכיח כן ממה דקתני שם באומר גזלתי לאחד מכם ואיני יודע איזהו אינו נותן אלא מנה והם חולקין ביניהם וכיון דהדין היכא שיהי' מונח נשאר בידו אמאי כתבו נותן מנה אלא ודאי כיון דליכא רמאי חולקים מן הדין וכבר כתבו האחרונים דזה הוא לדעת רש"י ריש ב"מ דס"ל בז"א אני ארגתי' וז"א אני ארגתיה כיון דחד מינייהו רמאי יהיה מונח אם כן היכא דליכא רמאי הדין דחולקין אבל לדעת התוס' ורא"ש שם דאף באני ארגתי' גם כן חולקין ולא תליא ברמאי רק אם החלוקה יכולה להיות אמת ובמנה שלישית אין החלוקה יכולה להיות אמת לכן אף בליכא רמאי הדין דיהיה מונח ועיין שם בקצוה"ח שכ' על קושית הש"ך דלעולם היכא שהסכימו ביניהם לחלוק צריך להוציא מת"י:

וי"ל דכוונת הש"ך למה שכ' ריטב"א קידושין (דף ע"ג) בסוגיא דנאמן בעל הלוקח וכ' בסוף דבריו ולענין מנה מיותר אין אחד מהם יכול לתובעו למוכר בב"ד אא"כ בא בהרשאת חבירו עכ"ל אם כן קושית הש"ך היא נכונה דדוקא היכא דהדין הוא דיחלוקו לא מצי לדחות אבל היכא דהדין הוא דיהיה מוכח ת"י לא מהני הסכמת שניהם לחלוקה עד דבאו בהרשאה. אולם כבר הקשתי במ"א מובא בספר ד"ח דיני תפיסה (סי' ו') דהא

התם נקט מחד מדעתו ומחד בע"כ ומזה שקבל מדעתו זכה בהמעות בעד החפץ רק מזה שקבל בעל כרחו חייב להחזיר ולא הוי המעות אצלו לכל היותר רק כפקדון וכיון דהדין הוא דחולקין למה יכול לדחות הא לא גרע ממה דכ' הנ"י ב"ב סוף פרק גט פשוט משם הריטב"א גבי שכ"מ שאמר תנו ר' זוז ליב"ש דבמתנה אין היורשין יכולין לדחות מפני שהמקבל מתנה כעין שותף בנכסים ועיין ש"ך (סי' רנ"ג ס"ק ל"ט) וה"נ המנה הזה הוא של אחד מהם והוי שלו וכשהדין הוא יחלוקו למה יכול לדחות אותם ול"מ להסוברים דהיכא דהוי מקח טעות המעות הוא פקדון כאן כשנתן להמוכר בע"כ בודאי הוי רק כפקדון אלא אף להסוברים דהיכא דהוי מקח טעות הוי המעות הלואה אצל המוכר זה דוקא אם קבל מדעתו להוציאם אבל בקבל בעל כרחו דלא זכה להוציאם לא הוי הלואה רק כפקדון ואמאי יכול לדחות ודוחק לומר דהריטב"א איירי כשהוציא המעו' דמלשונו משמע אף כשהוא בעין ביד המוכר. ובאמת ברי"ף ריש ב"מ ובטוש"ע (סי' רכ"ב) כ' חולקין לטלית וחולקין לדמי ודוחק לומ' דאיירי דוקא בבאו בהרשאה או כשתובעין שניהם:

גם יש לעיין הא כשחולקין הטלית לחצאין ממילא זה שקבל החצי שלא כדין ובשקר טען שנתן המעות מדעתו מחויב להחזיר לחבירו החצי מדמי הטלית אם כן כל אחד למה לא יכול לגבות מן המוכר ממנ"פ החצי מהדמים דאם נתן בע"כ כל הדמים הם שלו ואם הוא נתן מדעתו וחבירו בעל כרחו מ"מ מגיע לו מחבירו החצי מדמי הטלית ויכול לגבות מן המוכר מטעם שעבודא דר"נ ועיין תוס' ב"ק (דף ע') דהיכא דאחד חייב לחבירו יכול לגבות מן הכהן מטעם ממנ"פ או דשלו הוא או מטעם שדר"נ וה"נ דכוותיה כל א' מן הלוקחים יכול לבא על המוכר ליקח חצי הדמי' ממנ"פ. ובש"מ ריש ב"מ כ' משם הרשב"א וז"ל ולענין מנה מיותר שנתנו לו אם נתרצה אחד לחבירו והניח לו הטלית כדי לסלק מן המחלוקת מסתברא דאינו יכול לתבוע המנה מיד המוכר שלכל אחד ואחד הוא דוחה לומר לאו בעל דברים דידי את וכעין שאמרו ב"ב יב"ש עכ"ל ואולי זה נמי כוונת הריטב"א בנתרצה הא' לחבירו שיקח הטלית ועיין שם מה שכ' עוד בזה עכ"פ יש מקום להוכחת הש"ך מלשון הרמב"ם והש"ע (סי' שס"ה) דמן הדין הוא דחולקין היכא דליכא רמאי:

והנה התומים (סי' קל"ח) הקשה על סברת הרא"ש דבמנה שלישית לא אמרינן יחלוקו כיון דהיה נודע להנפקד בעת שהפקידו אצלו שהוא של אחד אם כן אמאי כ' הטור (סי' רכ"ב) באם המקח ת"י המוכר וא"י למי נתרצה בקיבל זוזי מתרווייהו חולקין בשבועה הא בשעת מכירה היה נודע למוכר למי מכר ובקצוה"ח שם כ' הואיל דליכא רמאי ולדעת

הש"ך אף במנה שלישי' חולקין בליכא רמאי אם כן במכר דליכא רמאי דכל חד סבר דלו התרצה. וזה סותר למה שהוכיח (סי' שס"ה) דלדעת הרא"ש לא תליא כלל בין איכא רמאי לליכא רמאי וכן מבואר באמת מדעת הרא"ש ריש ב"מ ועוד מבואר הדבר מדברי הטור (סי' ש') דבמנה שלישית בשמא ושמא הדין דיהיה מונח. ואאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שבספר דברי משפט (סי' ש') הוכיח מדברי רש"י וריטב"א ב"מ (דף ל"ז) כשיטת הש"ך דבמנה שלישית בשמא ושמא חולקין. ולא אבין דבריו ודאי לשיטת רש"י ריש ב"מ דתליא בין איכא רמאי לליכא רמאי ולא באם החלוקה יכולה להיות אמת הדין הוא דבמנה שלישית בשמא ושמא דחולקין אבל לשיטת התוס' והרא"ש דעיקר תליא באם החלוקה יכולה להיות אמת נוכל לומר דאף בליכא רמאי דלא אמרינן יחלוקו וכמו דמשמע כן מדברי תוספות ורא"ש וראשונים ב"מ:

וליישב קושית התומים יש לומר דהנה הא דהמוכר נאמן בזמן שמקחו בידו הוא מטעם מגו דאי בעי היה נותנו למי שאמר שמכר והא דא"ח שבועות היסת מבואר באחרוני' (סי' רכ"ב) דהוא גם כן מטעם מגו דאם היה נתנו לו ליכא חיוב שבועה משום דליכא שוב כפירת ממון ועיין שם בקצוה"ת. ולכאורה הא מבואר (סי' צ"ג) בש"ך משם הריטב"א דמגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א אם כן אמאי פטור המוכר משבועה היכא דמקחו בידו. אולם בלא"ה צריך לחלק לדעת הרמב"ן והריטב"א קידושין (דף ס"ג) ובש"ס כתובות (דף י"ט) דסברו דעד הצריך מגו לא הוי עד ועד כאן לא אמרינן בקידושין בהא דשליח נעשה עד רק לסלק הנגיעה אמרינן דיכול לומר אהדרינהו ללוה אבל להיות נאמן בשביל המגו לא אמרינן ועיין בספר דברי משפט (סי' קכ"א) אם כן כיון דעיקר נאמנות המוכר בזמן שמקחו בידו להיות נאמן כתרי הוא מטעם מגו ומה מהני כיון דעד הצריך מגו ל"א. וצריך לומר דמגו מה שבידו לעשות כמו שאומר עדיף טפי וכמו דמחלק הר"ן קידושין פרק האומר בסוגי' דיש לי בנים דמגו שבידו לעשות מהני אף במקום חזקה ואף דיש קצת לחלק משם דשם בידו לעשות בהיתר בבירור מ"מ י"ל היכא דבידו עדיף והוי כבעלים דנאמנים וכמו שכ' הרא"ש גבי איסורין דעד א' נאמן מטעם בידו וכמו כן מהני מגו כזו אף לפוטרו מן היסת. ובאמת בתוס' קידושין (דף ע"ג) משמע דמטעם מגו אתי עלה דכ' דהיה יכול לומר חזרתי וקניתי ממך וי"ל דהם סברו דעד נאמן במגו אבל לדעת רמב"ן וריטב"א דאין עד נאמן במגו צריך לומר דל"ב בזה תורת מגו רק הואיל דבידו לעשות כמו שאומר הוי כבעלים ואף דגם בעלים א"נ במקום דחב לאחרים זה עדיף דהוי כמו שליש. והנה הא דמוכר נאמן לומר דאינו יודע למי מכר ועל ידי זה הדין דיחלוקו הוא משום דאף אם לא נאמין אותו ונאמר דבאמת יודע מ"מ כיון דיש לנו ספק

כעת חולקין. אבל אם נימא דיהיה הדין דיהיה מונח כקושית התומים הואיל דבשעת מכירה הי' נודע למוכר אם כן למה נאמין למוכר דלא מכר רק לאחד מהם ולא לשניהם דבזה לא שייך לומר הואיל דבידו דאין בידו לעשות שיהי' מונח ואיך נאמין לו דאינו יודע למי מכר כעת ובשעת מכירה הי' ידע הא לא הוי רק ע"א ובידו אין לו מה לעשות שיהי' מונח בשלמא במנה שלישית כל אחד טוען דשלו הוא ולא הפקידו שניהם ביחד המנה הג' שפיר גם לפי דבריהם יהי' מונח אבל במקח אימור תרווייהו בהדדי קננהו וכיון דאפשר דתרווייהו קנו ביחד שפיר חולקין וכ"ז דלא ידענו שנתברר למוכר דלא מכר רק לאחד ל"א דיהיה מונח רק חולקין כיון דכך יכול להיות ומה דהמוכר אומר דלא ידע ואינו זוכר למי מכר רק זה יודע דלא מכר רק לאחד אינו נאמן בהא כיון דאין בידו לעשות שיהיה מונח:

עוד נראה דאם היה הדין דיהיה מונח הטלית היה צריך להיות שגם המעות של אחד יהיה מונח דממנ"פ לא קנה רק א' והחפץ מונח רק בשביל אחד שיתברר עד שיבא אליהו וכיצד יהיו חולקין בהמעות דיקח האחד שלא כדין החצי המעות ולמה דמסיק הש"ך דמונח תחת ידו אם כן הוי המוכר נוגע דרוצה שמעות השני יהיו ת"י ויש עוד לדבר בזה. ועיין בש"מ ריש ב"מ שהביא משם הראב"ד בפירוש הש"ס ונחזי זוזי ממאן נקיט דקאי על אין מקחו בידו דהואיל דמעותיו בידו יהיה נאמן וכיון שנודע ממי לקח הדמים נדע למי הוא המקח ומתרץ דנקיט מתרווייהו עתה כבר הוא חייב המעות לאחד מהם ובעל דין הוא נוגע בעדות הוא שיאמ' בעצמו זה קשה לי מזה יותר וידחקנו במעותיו ומשו"ה לא מהימן. והנה סברתו דנאמן על מעותיו הואיל דהוא בידו צריך ביאור ולמה שכ' דהוי נוגע משום דהראשון קשה יש להבין כפי המבואר בלשון התוספתא וכן הביא הרי"ף דבזמן דאין מקחו בידו ה"ה כאינש דעלמא משמע דעכ"פ עד א' הוא ומצטרף עם עוד אחר להעיד ואם הוי נוגע לא הוי אף עד א' דעלה מוקי בש"ס דנקט זוזי מתרווייהו אם כן הוי נוגע וכמבואר בכה"ג נגיעה דהשני נח לי בח"מ (סי' ס"ו) ובש"ך (סי' קכ"ג). עכ"פ קושית התומים בדעת הרא"ש והטור אתי שפיר ע"נ אף אם נאמר דבמנה שלישית כיון דאין החלוקה יכולה להיות אמת אף בליכא רמאי לא אמרינן יחלוקו ודלא כהש"ך הנז':

והנה הנתיבות הקשה על הש"ך למה לא יהיה יכול לדחות לכל אחד ואחד ולומר דלמא לחבירך אני חייב דומיא דש"ס בכורות (דף מ"ט) וכתב לחלק דלגבי הלואה כיון דנשאר החוב גופו לשלם לאחד אינו מן הדין שיחלוקו דיכול לומר למה אתן לך החצי ודלמא לחבירך אני חייב ויהיה נשאר החוב עלי וכ"כ יכול לומר לחבירו מה שאין כן בגזילה ופקדון דהדין הוא דמניח ביניהם ובזה נפטר מחיובו לכך אף אם יחלוקו לא איכפת

ליה כיון דכבר נסתלק מחיובו וזה נמי סברת הנ"י משם הריטב"א פ' ג"פ שכתבתי לעיל דהוי במתנה כשותף בהנכסים ועיין בנתיבות (סי' רל"ג ס"ק כ"א) אולם כבר בארתי שם בד"ח דתוס' ורשב"א חולקין על סברא הזאת דתוס' ב"ק (דף ע') כתבו דהסוגיא דבכורות אזלא אליבא דשמואל דסובר בפודה תוך למד ונתאכלו המעות אין בנו פדוי ואיירי שם דהטעות הוא בעין והוי פקדון וכן כ' הרשב"א מסכת שבועות (דף ל"ג) ומבואר דאף בפקדון אף אם הדין היה דחולקין יכול לדחות לכל אחד מהן ומבואר דלא כמו שכ' הנתיבות וגם מרשב"א קידושין הנז' מבואר דלא כדבריו לחלק וכמו שכתבתי לעיל. אך יש לומר דוקא בהלואה כיון דידע דנתחייב לאחד אף דלא פשע במה שא"י למי מ"מ נודע לו דלא נתחייב רק לאחד וכיון דאם יחלקו ביניהם יקבל עכ"פ זה דחייב לו החצי אינו יכול לפטור את עצמו ולדחות וזה הכל היכא דבשעת חלות החיוב היה נודע למי נתחייב רק אח"כ נשכח משא"כ שם בבכורות לא נודע מעולם למי נתחייב ונולד החיוב בספק בזה אין כל א' יכול לתבוע שיתן לו עכ"פ החצי מה שאין כן היכא דמעיקרא נודע למי נתחייב אף דעכשיו לא נודע מ"מ אינו יכול לדחות לכל אחד כיון דהדין הוא יחלוקו:

ובסברא הזאת יש ליישב קצת מה דקשה טובא בהא דב"מ (דף כ"ח) סימנין וסימנין יניח ואמאי יניח ול"א יחלוקו ואף לדעת רש"י דבודאי רמאי הדין דיהא מונח מ"מ באבידה ליכא ודאי רמאי דיכול להיות שבאמת נאבד מכל אחד מהם חפץ בסימנים כאלו ולדעת תוס' דתליא בחלוקה יכולה להיות אמת הכא יכול להיות דהאמת דתרווייהו הוא. וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני קידושין (סי' כ"א) דעמד בהא דמבואר ב"ב (דף כ"ג) בניפול הנמצא תוך נ' שבין ב' שובכים דיחלוקו ולמה ל"א גם בניפול יהא מונח כמו באבידה בסימנין וסימנין וכ' לתרץ דבניפול דומה למנה שלישית דתופס בחזקת שניהם כיון דידענו דלאחד משני השובכים היא מה שאין כן באבידה כשמוצא תופס בחזקת כל אדם וגם עכשיו אינו תופס בחזקת שניהם אלו דוקא כי אלו יבא עוד אחר ויתן סימן כמו שנתנו אלו לכך אף דחלוקה יכולה להיות אמת מ"מ אין שניהם מוחזקין ולכך הדין דיהא מונח עכ"ד. ואחרי בקשת המחילה יש להקשות בזה דהא מבואר ברמב"ם וש"ע (סי' רס"ז ס"ה) דיהא מונח או יעשו פשרה ביניהם מבואר דמונח בחזק' שניהם ולא חיישינן לזה דשמא יבא עוד אחר ויתן סימן כמו אלו כיון דברצון ופשרה שבין שניהם חייב המוצא להחזיר ויקשה באמת שלמה לא יהיה הדין דיחלוקו כמו בשנים אוחזין בטלית. ולמה שכ' לעיל יש לומר כיון דבספק הוא אולי שייך לאחד או לשניהם ומעולם לא נתברר החיוב לכך הדין דיהיה מונח דיכול לדחות לכל אחד מהם דלמא לאו שלך הוא אלא לחברך ודומה להא דמסכת בכורות הנז' ולכך אם נתפשרו זה עם

זה חייב להחזיר מה שאין כן בניפול הנמצא בין ב' שובכין דמיד יודע כשמוצא אותה דלאחד משני אלו שייך בזה מיד תופס בחזקת שניהם אלו ושוב כיון דהדין הוא יחלוקו א"י לדחות. אבל באבידה שלא נודע מי שיבא ויתן סימנין אמרינן דתופס בעד א' ולא חיישינן דהוא של שותפות לכך לא אמרי' יחלוקו אף דהחלוקה יכולה להיות אמת וכל זה דוחק גדול לחלק בכך:

ועוד קשה ביותר לשיטת הרמ"ה ב"ב (דף ל"ד) דכ' בסוגיא דההיא ארבא וז"ל והאי שמעתתא לא מתוקמא אלא כגון דקיימא ההיא ארבא בסימטא או ברשות שאינו של שניהם או ברשות הלה המופקדת אצלו היכא דלא ידע מאן מינייהו אפקדה גביה דקיי"ל מניח ביניהם ומסתלק מידי דהוי אלקח מה' בני אדם וא"י מאיזה מהם לקח אבל היכא דקיימא ברשותא דחד מינייהו הממע"ה כו' ואי קיימא ברשותא דתרווייהו הו"ל דינא כב' אוחזין בטלית ועיין שם עוד (אות ס"א) דכ' ודוקא נמי היכא דתרווייהו. בטענת ברי א"נ בטענת שמא אבל בבו"ש ברי עדיף עיין שם ומבואר מדבריו דאף בטענת שמא היכא דתרווייהו אינם מוחזקין גם כן הדין כל דאלם גבר ועיין בש"ך (סי' קל"ט) דלא נראה מדבריו כן ועיין שם בתומים דכ' להוכיח גם כן דאף בשמא הדין דכל דאלם גבר וכן מבואר בתשב"ץ (ח"ב סי' רע"ב) אולם מה דכ' אף אם מונח ביד אחר בפקדון ולא ידע מאן מינייהו אפקדיה גביה דגם כן הדין כל דאלם גבר קשה ממנה שלישית דהדין יהיה מונח ועל כרחך צריך לומר הואיל דתופס בחזקת שניהם הוו כמוחזקין לסלק הדין דכל דאלם גבר. וצריך לומר דסובר דוקא במנה שלישית כיון דשניהם הפקידו אצלו אחד מנה ואחד ר' בזה הוי כתופס בחזקת שניהם מה שאין כן היכא דאינו תופס רק מאחד ואף דהספק הוא רק בין שניהם אם זה הפקיד אצלו או זה לא הוי כמוחזק בחזקת שניהם וכן מבואר סברא הזאת לחלק בין אם שניהם הפקידו עכ"פ לבין אם רק אחד הפקיד בש"מ ריש ב"מ. אולם יקשה למה באבידה בסימנין וסימנין הדין דיהיה מונח למה לא אמרינן כל דאלם גבר כיון דאין שניהם מוחזקין. ואולי דעת הרמ"ה באמת דבאבידה כיון דנמצא שנים שנותנין סימנין חיישינן לדלמא אינו של שניהם רק שיבא עוד בעלים אמתים ויתנו סמנין וכמו שכ' אאמ"ו ז"ל ואף אם שניהם התפשרו ביחד לא מהני ודלא כמו שכ' הרמב"ם. וכן נראה מדברי ש"מ ב"מ (דף כ"ח) וז"ל ואפ"ל כיון דשנים נתנו סימן מוכח ומגליא מילתא שאינה של שנים אלו אלא למי שנתן סימן מובהק ביותר או שיביא עדים עכ"ל. ובאמת בניפול הנמצא בין ב' שובכין דיחלוקו הוא משום כיון דאיכא דררא דממונא ומבואר בש"ס ב"ב דהיכא דאיכא דררא דממונא ל"א כל דאלם גבר ועיין תוס' ריש ב"מ ד"ה ויחלוקו בסוף דבריהם דלסומכס אע"ג דאין מוחזקין בו

ואין החלוקה יכולה להיות אמת מ"מ באיכא דרא דממונא דבלא טענותיהם יש ספק לב"ד יחלוקו. ולרבנן גם כן היכא דליכא חזקת מר"ק היכא דאיכא דרא דממונא הדין הוא דיחלוקו ושם בגוזלות דא"ב סימן כמו שכ' שם בנ"י ויש דרא דממונא בנמצא בין ב' שובכות לכך הדין דיחלוקו ולא אמרינן כל דאלם גבר:

ועיין תוס' בכורות (דף ח"י ע"ב) ד"ה שמניח דכ' שהפקידו אצל הרועה שלמ"ד ואי מסתלק שיחלוקו הוא ממש כמו דר"ע ואם ר"ל הסתלק וכל דאלם גבר צ"ל הא דמדמה לה לר"ט לשנים שהפקידו אצל הרועה ה"ק כיון דהתם כל דאלם גבר ולא אמרינן ביה הממע"ה סברא הוא לתקן כ"כ גבי כהן שיחלוקו. ואינו מובן הא במתניתין בילדה שני זכרים דאחד לו ואחד לכהן הוי דרא דממונא דבלא טענותיהם יש ספק לב"ד וגם ליכא למיקום עלה דמלתא בודאי מן הדין הוא דיחלוקו כמבואר ב"ב (דף ל"ה) ואף אם במשל דר"ט בב' שהפקידו אצל הרועה אם מניח הרועה ביניהם ומסתלק הדין דכל דאלם גבר מ"מ הוא דוקא היכא דליכא דרא דממונא וליכא למיקם עלה דמלתא לכ"ע יחלוקו מן הדין ועיין שם ברש"י שכ' ומניח הרועה ביניהם לחלקה ומסתלק וי"ל דאיירי גם כן היכא דלא הכירו שניהם מעולם איזה של זה ואיזה של זה והוי גם כן דרא דממונא או דרש"י סובר כיון דתופס בחזקת שניהם לא אמרינן כל דאלם גבר אבל לתוס' דרצו לומר מסתלק וכל דאלם גבר על כרחך איירי היכא דליכא דרא דממונא ולא הוי כתופס בחזקת שניהם ואינו דומה למנה שלישית דלא אמרינן כל דאלם גבר כיון דגם עתה תופס בחזקת שניהם שיש לכל אחד לתבוע מה שאין כן בב' שהפקידו אצל הרועה ומתה האחת ואינו ידוע של מי לא הוי כתופס בחזקת שניהם כיון שאין לתבוע ממנו רק אחת ולאחד מהם ולכך יכול להיות כל דאלם גבר וכמו"ש הרמ"ה אבל מ"מ במתניתין שם בדר"ע בס' בכור דהוי דרא דממונא מה"ד דיחלוקו ויש אריכות דברים ליישב קצת דברי תוס' שם אכ"מ. עכ"פ זה לכ"ע היכא דיש דרא דממונא יחלוקו ואתי שפיר הך דב' שובכין. אולם מהא דסימנין וסימנין דיניח יקשה לדעת רמ"ה למה ל"א כל דאלם גבר וצריך לומר כנ"ל דחיישינן שמא אינו של שנים אלו. והרמב"ם והטוש"ע דכתבו עד שיתפשרו ביניהם ע"כ דסברו דהספק הוא רק בין שניהם. וכן מבואר ברמב"ם וטוש"ע (סי' רכ"ב) בלקח מאחד מחמשה ואינו יודע ממי דמניח דמי המקח בינהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחים וכן כ' (סי' ש') ברועה שהפקידו שלמ"ד דמניח ומסתלק ותהיה מונחת בכל אלה לא אמרינן כל דאלם גבר והיינו ע"כ דהוי כתופס בחזקת שניהם וכשהוא מופקד ביד אחר לא אמרינן להוציא מת"י ולומר כל דאלם גבר ודלא כשיטת הרמ"ה והתשב"ץ הנז':

ולדעת רש"י דס"ל דהיכא דאיכא ודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו יש לומר דלכך בסימין וסימנין יניח ולא אמרינן דליכא רמאי די"ל דסובר כיון דמהדרינן אבידה בסימנין על כרחך דלא חיישינן לאתרמי חפץ בסימנין כזה. ועל כרחך כיון דשניהם נותני' סימנין הוא או דתרוייהו הוא ושל שותפות הוא וכיון דטענתו של כל אחד הוא ברמאות דז"א שכל החפץ הוא שלו וז"א דהוא שלו לכך ל"א יחלוקו דעוד יש לחוש דלמא באמת של אחד הוא ואחד מכר לחבירו ומזה יודע סימנין של החפץ והא דמהדרינן בסימנין ולא חיישינן לדלמא מכר לאחר ומהלוקח נאבד כבר כ' הריטב"א ב"מ הטעם דלא חיישינן לזה כיון דעל ידי הסימנין נתברר דהיה פעם אחד שלו מוקמינן על חזקת מר"ק ואמרינן דלא נפיק מרשותו ולא מכר לכך מחזירין למי שנותן סימן אבל באם שנים נותנים סימן אז אמרינן לחוש דאחד מכר לחבירו לכך יהיה מונח עד שיתפשרו בין שניהם. אבל לשיטת התוס' דתליא רק אם יש אופן דהחלוקה יכולה להיות אמת יקשה באמת למה לא אמרינן יחלוקו וצריך לדחוק כמו שכ' לעיל דיכול לדחות לכאו"א ועדיין צ"ע:

סימן יג

כתב הש"ך (ס"ח) ע"ל (סי' רכ"ב) דעת הרבה גדולים שיהיה מונח אצלו עד שיבא אליהו מיהו צריך לישבע היסת שאינו יודע ואפילו אם ירצה להניח המנה השלישית בב"ד. ויקשה הא (ס"ק ד') לעיל הביא דברי בעה"ת משם הרמב"ן דל"ה הלוה מתוך שאיל"מ כיון דמ"מ ברי לו שאינו חייב לבין שניהם רק ש' הו"ל כטוען ברי לענין זה ועיין בנתיבות דאף בטוען ברי אינו מחויב ש"ד דאף במוב"מ גמור יש לפטור מטע' חזקה דאין אדם מעיז רק משום דאשתמוטי קא משתמיט וכאן לא שייך אשתמוטי כיון דאין הכפירה לצורך עצמו וגם יש לו חזקה דאין אדם חוטא ולא לו דדמי קצת לשליש וכמעיד לחבירו דמי. והנה מה שכ' הואיל דלא שייך כלל סברא דאשתמוטי כבר כ' הנתיבו' בעצמו (סי' ע"ה ס"ק ד') דלא קיי"ל כן רק במקום דל"ש אשתמוטי יש שבועות התורה ועיין שם בדברי משפט (ס"ק א') וכבר הבאתי בהגהותי בד"ח דיני טו"נ (סי' א') דברי רמב"ן מס' שבועות הא דנקט רבה אשתמוטי הוא לתוספת ביאור ובאמת אף בגווני דלא שייך אשתמוטי אינו נאמן במגו דהוי העזה ביותר כשכופר הכל וכן בש"מ ב"מ (דף ו') כ' משם הרמב"ן ועיין שם מה שכ' בזה. ומה שכ' דהוי כמעיד לחבירו אינו מובן גם כן אטו יועיל זה לפוטרו הא ג"כ י"ל דקנוני' עשו. אולם מה שכ' דדמי קצת לשליש זה מבואר ברמב"ן מובא בבעה"ת (שער ל"ט) וז"ל וזה הדין תפוס בידינו מדין שליש שהאומר לחבירו כלי זה שבידך שלי הוא שהפקדתיך והלה אומר של איש פלוני הוא יבא ויטול את שלו ואין ע"ז חיוב שבועה כלל כמו שכ' הגאונים נאמן בלא שבועה הלכך בין בכופר בין

במודה במקצת בין באומר במקצת א"י אין כאן חיוב שבועה שא"י לישבע עיין שם ואם כן אין ביאור לדברי הש"ך כיון דאף באומר בברי שהוא של זה אין כאן חיוב שבועה למה יתחייב לישבע שא"י כיון דמטעם דבשטר אחד הוי בכרך אחד וסמכו אהדדי ומהמני אהדדי בשטרא גופיה מה מקום לשבועה בזה כיון דאף בכופר הכל פטור כשאומר שהוא שייך לחבירו שוב ראיתי לאאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' ש') דעמד בזה על דברי הש"ך דהיכא דהדין יהיה מונח מה מקום לשבועה זו שישבע שא"י:

וראיתי בס' המקנה באה"ע (סי' מ"ט) שכ' בהא דמבואר שם בקידש אחת מה' נשים ואינו יודע איזהו דמניח כתובה ביניהם ומסתלק דמשמע דאין צריך לישבע שאינו יודע וכן בחו"מ (סי' רכ"ב) גבי מקח דלא הזכיר שבועה וכ' כיון דע"כ ד' משקרין לא שייך דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו. ותמהני שלא הביא דברי הש"ך שכ' באמת דחייב לישבע שא"י רק באמת בכה"ג דהדין יהיה מונח ואינו חייב לשלם לשניהם משום דלא הוי ככופר רק כמודה ושייך לומר דהוי כמעיד לאחרינא ובלקח מאחד מחמשה (סי' רכ"ב) כבר כ' הש"ך שם (סוף סק"ה) דהלוקח צריך לישבע היסת שאינו יודע הרי אף דיש ד' משקרין מ"מ זה אינו פוטר אותו מהיסת כיון דלא נתנו לו ביחד רק דלקח מאחד ושם אינו חייב לכל אחד מטעם דלא הוי לי' למידק וכמ"ש הש"ך שם רק צריך לישבע שא"י:

אך י"ל דהא באמת לא מצינו בש"ס דתיקנו שבועה על א"י והטע' כיון דבא"י פטור א"י לחייבו היסת דאינו יודע דהתובע אינו טוען ברי שיודע רק התוס' ב"מ (דף צ"ז) ור"ן כתובות כתבו דחייב לישבע שא"י דאם לא כן כל נתבע יאמר איני יודע ויהיה פטור מכלום ועיין מה שכ' לעיל (סי' ג') דאם לא כן לא יתקיים תקנתם של חכז"ל אבל אם היינו יודעים דא"י פטור מכלום אם כן כאן אנן סהדי דאינו יודע דאין אדם חוטא ולא לו כיון דמניח הממון ביד הב"ד ואינו מרויח כלום ואף אם טוען ברי דשל זה הוא וחבירו תובע ממנו י"ל דחייב לישבע דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו ואמרינן דלמא קנוניא עושה עם חבירו מ"מ בכה"ג דאנו דנין על פרט אחד כשאומר איני יודע י"ל דפטור מכלום כיון דבזה מתקיים בכ"מ תקנות ר"נ כשכופר חייב לישבע ואף באומר א"י רק היכא דשייך חזקה דא"א חוטא ולא לו י"ל דנאמן לומר שא"י ופטור משבועה:

והיכא דהדין הוא דיהא מונח לכאורה י"ל דכל אחד מהתובעים יכול להשביע לחבירו היסת דגורם לו שא"י לגבות והא דמבואר (סי' רס"ז) בזה נותן סימנים וזה נותן סימנים ולאחד יש לו עד אחד דמ"מ יניח ודעת הרא"ש ורמ"א שם דחייב השני לישבע להכחיש העד ודעת הנ"י וכן הסכים הש"ך שם כיון דאף לאחר שישבע לא יתן לו אינו חייב שבועה ויקשה אמאי לא יתחייב לישבע דיטעון השני את גרמת לי היזק שע"י שאתה

נותן סימנים הדין הוא דיניח וכמו במוכר שט"ח לחבירו ומת המוכר והיורשים אינם רוצים לישבע חייבים מטעם גרמי וכבר מובא קושיא הזאת בתשובת ברית אברהם חח"מ (סי' י"ז) משם הרב החריף הגדול המנוח מ' ליבר ז"ל מקראקא ובס' הנז' מתרץ דיכול לומר דלא כוון להזיק דלבי' אנסי' דנאבד גם ממנו חפץ כזה ואינו דומה למוכר שט"ח דשם השטר בחזקת שלא נפרע. ולפי"ז בנד"ד דזה טוען ברי שר' שלו וק' של חבירו וזה טוען בהיפך ודאי מזיק ממש הוא דבטענתו גורם לו שממונו יהיה מונח וזה טוען ברי שיסלק לו ההיזק לכן חייב לישבע היסת. וראיתי לאאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני אבידה (סי' ה') דלא ניחא ליה תירוצו של ס' ב"א הנ"ל דאם מראין להם החפץ וכ"א מכיר בט"ע שהוא שלו אין לו טענת אונס ומבואר בתוס' גיטין (דף כ"ז) דאף לע"ה יש לו טב"ע ומסתמ' איירי דכ"א מכיר את שלו בט"ע ואם כן משקר בפועל. ובאמת שכן נראה לשיטת רש"י דבחד מינייהו רמאי הדין דיהיה מונח אם כן כיון דאין הדין יחלוקו איירי באופן דחד מינייהו רמאי וכמו שכ' לעיל מזה. ואאמ"ו ז"ל כ' שם לתרץ כיון דעל ידי סימנין אין מוציאין ממון רק אבידה מחזירין דלא הוי הוצאות ממון אם כן כשאנו דנין לחייבו מטעם גורם אמרינן דדלמא גם של חבירו אינו עיין שם בדבריו. ולבי מהסס בזה כיון דהדין הוא להחזיר לו על ידי סימנים יטעון עליו שיסלק ההיזק ממנו ואף דעל יד' סימנים אין מוציאין ממון כל זמן דאינו נשבע להכחיש העד הוא כשנים וכופין אותו הב"ד לסלק מזה ההיזק שגורם לו אם לא שישבע להכחיש העד עכ"פ גם לדבריו בנידון דידן נראה דחייב שבועת היסת כל אחד נגד חבירו:

ואם אחד אומר לחבירו שישבע לו היסת או שהוא ישבע ואחד אינו רוצה אם מחזירין לזה שרוצה מסתפק בש"מ אם דומה לנידון דתשובת הרא"ש בשטר שנמצא ביד אחר ואינו יודע מה טיבו אם הלוה אינו רוצה לישבע דמחזירין להמלוה וע"כ דזה לא הוי כמו נחתינן לנכסיו כיון דא"מ ממנו או דלמא דוקא בשטר הדין כן ולא בממון ועיין ש"ך (סי' ס"ה ס"ק י"ב) ובנתיבות שם דכ' כיון דעיקר הדין על השטר ובשעה שמחזירין לא הוי כנחתינן לנכסיו ונראה גם כן מדבריו דרק בשטר הדין כן כיון דעכשיו אין כאן הוצאות ממון ולא בממון. אך י"ל הא הדין הוא אף אם השטר הוא ש"פ לצור על פי צלוחיתו נימא גם כן כיון דלא נחתינן לנכסיו וכיון דהדין הוא שיהיה מונח בחזקת שניהם אם אינו רוצה הלוה לישבע הוי כמו נחתינן לנכסיו וע"כ כיון דאין מוציאין מידו כלום דאף דעל ידי זה יהיה גורם דנחתינן אחר כך לנכסיו להוציא מן הלוה בשטר אם כן כמו כן י"ל היכא דמונח הממון גם כן מי שאינו רוצה לישבע מפסיד זכותו והנתיבות שם לא נחית כלל לזה לדון אם חייב שבועה כל אחד נגד חבירו רק שם בשטר הואיל דיש לכל

א' תביעת ממון מן חבירו אבל למה שכתבנו דחייב שישבע י"ל דאם אינו רוצה לישבע מחזיר לחבירו ועיין שם בנתיבות דכתב מה שאין כן במנה שלישית דהמפקידים אין להם זה על זה שבועה כלל משו"ה אינו יכול לטעון כמו כאן מבואר דדעתו דאינו חייב כל אחד לחבירו היסת ואולי דעתו דלא שייך בזה כל כך חזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו:

והיכא דצריך ליתן לכ"א ר' אם אחד מחל אחר כך לו ואומר שאינו רוצה לישבע י"ל דהשני נוטל בלא שבועה כיון דכל הטעם דלא הוי כמוב"מ ויהיה מתושאי"ל ומשלם כיון דאינו מעכב לעצמו וברי לו דאינו חייב אלא ש' ומשלם על מגן ב"פ לכך תקנו שחייב כ"א לישבע אם כן זה דוקא אם משלם ב' פעמים צריך כל אחד שישבע ויטול אבל אם האחד מוחל לו ואין צריך לשלם רק פעם אחד י"ל דהוי כמוב"מ ויטול זה בלא שבועה. וי"ל כיון דהיה הכחשה ביניהם ודינם כמו בחנוני על פנקסו דמצטרפין טענתייהו לברי כן נמי בזה אף דהשתא מחל לו מ"מ כיון דמתחילה נתחייב לשלם לשניהם כבר חל על כל אחד חיוב שבועה שישבע ויטול שוב לא פקע חיובו ואינו נוטל בלא שבועה וצ"ע בזה. וראיתי בנתיבו' (ס"ק א') באם לוה מאחד משנים ואינו יודע ממי דחייב לשלם לכל אחד אם אחד נתן לו במתנה לפוטרו או להורישו דלא נפטר מן השני כיון דודאי נתחייב תיכף כשנולד הספק שוב הוי כספק בפרעון ולכאורה יש לדון למה שכ' הוא בעצמו דבכל מקום בא"י אם פרעתיך דחייב לשלם הוא מטעם דאינו נאמן לומר דאינו יודע אבל אם ידענו בבירור דאינו יודע פטור כמו שכ' (סי' ע"ה) הבאתי דבריו לעיל סי' ג') אם כן כאן דאנן סהדי דאינו יודע למי כיון דאינו כופר ומודה בעיקר החיוב ואדרבה הואיל דלא דייק קנסינן ליה לחייבו לשלם לכל א' אף דהוי לגבי כל אחד כאינו יודע אם נתחייבתי מ"מ כיון דממנ"פ חייב מנה אחת חייב לשלם לשניהם אם כן אחר כך כשמחל לו אחד נאמר דאנן סהדי דאינו יודע ואף דכבר נתחייב מ"מ הא אף בספק פרעון כשידענו דא"י פטור. אולם ז"א דא"כ בכל גווני כשכבר שילם לאחד מהם נאמר אנן סהדי דאינו יודע ועל כרחך צריך לומר כיון דעכ"פ נתחייב לא' בודאי רמיא עליו החיוב לשלם לכל א' אם כן לא מהני מחילה. ועיין ספר המקנה אה"ע (סי' מ"ט) שכ' בקידש אחת מחמש נשים וא"י איזה מהן היכא דהדין הוא דמניח כתובה אחת ביניהם ומסתלק הן בקידש בביאה דהדין שיתן כתובה לכל אחת אם אחת ממאנת בו כשרוצה לישא האחת דפטור מכולם כיון דאינו ודאי שצריך ליתן אף מנה אחת דשמא זאת נתקדשה לו וכיון שהיא מורדת בו אין צריך ליתן לה כתובה ואף בקידש בביאה לא קנסו רק דוקא היכא דחייב לאחת מן הדין ושוב הוי לגבי האחרות כאינו יודע אם נתחייבתי. ולכאורה כיון דכבר

נתחייב כשנולד הספק הוי כספק בפרעון ואף דהאחת מורדת בו מ"מ לא נפקע החיוב עי"ז מעיקרא וכיון דעכ"פ היה חל החיוב עליו באחת בבירור שוב הוי כספק בפרעון ואולי במורדת בו הוי כנפקע החיוב מעיקרא דהחיוב היה על תנאי כשלא תמאן בו. וגם באומר לויתי מאחד משנים על תנאי וכל מי שיקיים התנאי אני חייב אם אחד אינו רוצה לקיים התנאי שוב הוי לגבי השני כא"י אם נתחייבתי לך:

והא דקידש אחת מה' נשים בביאה דקנסינן ליה שיתן כתובה לכל אחת ואחת כ' שם הב"ש להקשות הא בח"מ בגזל מאחד צריך גם כן ליתן לכל א' וכל א' ישבע ולמה לא תשבע כל אחת ובש"ס מדמה אלו שני דינים להדדי. וי"ל דבאמת וכי משום להפיס דעתו ישבעו ד' שבועות שוא רק בהלואה או בגזל דהוא תביעת ממון יש לומר דבאמת חייב לכל א' הממון מ"א וזה אתי שפיר בתבועת ממון משא"כ בקידש והיא תובעת לבעל שישא אותה כי קידש אותה והבעל אמר שאינו יודע אם קידש אותה או האחרת אם כן תשבע אחת ממנ"פ לשקר כי השבועה צריך להיות שאותה קידש וממילא אם לא ישא אותה חייב לגרשה ולתת לה כתובה אם כן יהיה ד' שבועות שוא לכן אף דבש"ס מדמה אלו שני דינים להדדי היינו לענין עיקר חיוב ממון אבל משבועה לא איירי הש"ס לכך לא כתבו שם הפוסקים דחייבין לישבע:

סימן יד

שנים שלוו כאחד כו' או שקבלו פקדון ביחד בין בשטר בין בעל פה שניהם ערבים זה לזה כמבואר ש"ע (סי' ע"ז) וראיתי בקצוה"ח שחקר אם ישנו ערב בשטר ויכול נמי לגבות ממשעבדי כמו ערב היוצא לאחר חיתום שטרות כיון שחתם בשטר או דלמא שאני התם שחתם על הערבות ונתחייב בשטר על זה אבל הכא חתימתו שבשטר אינו אלא על גוף ההלוא' ולוה אינו אלא במחצה והערבות ממילא נעשה ואינו אלא ערבות בעל פה וכ' שכן נראה. ולענ"ד יש להוכיח דהוי דין ערב בשטר וחתימתם של תרווייהו וכן מה שצוו להעדים לכתוב השטר הוא בין על הלואתם כ"א על מחציתו ובין על הערבות כל א' בעד חבירו דהא מבואר (סי' ס' ס"ה) שנים שנתחייבו לזון לאחד דינו כדין שנים שלוו מאחד ומקור הדין הוא מתשובת הריטב"א מובא שם בב"י ועל כרחך איירי בקנין דבלא קנין במה נתחייבו לזון וכן כתב שם הריטב"א דאיירי בקנין ואם כן יקשה זה אתי שפיר על החיוב מחלקו אבל על הערבות במה נתחייב הא מבואר (בסי' קכ"ט) בנותן מתנה לחבירו והעמיד ערב דאינו מתחייב דלא מידי חסרו ואם כן במה מתחייב כל אחד על חבירו מצד ערבות על עיקר חיובו מה שכל א' חייב בחצי דמי מזונות על זה נתחייבו בקנין אבל במה יחול הערבות וע"כ צריך לומר כיון דאיירי בקנין אמרינן מסתמ' הקנין

נעשה גם על הערבות ולכך חייבים בערבות גם כן אף דלא חסרו מידי. ואם כן כמו בקבלו קנין על עיקר חיובם מה שכל א' מתחייב לשלם שיתבע ממנו חל ממילא קנין הזה גם כן על הערבו' ודינו כמו שנים שלוו דממילא נעשו ערבים זה בעד זה אם כן כמו כן אם חתמו על השטר או שצוו להעדים לא אמרינן שלא נעשה השטר רק על עיקר חיובם והערבות חל ממילא ויהיה רק מע"פ רק אמרינן דהשטר נעשה על כל חיובו של כ"א וא' הן על חצי חיובו והן על הערבות. ואין לחלק ולומר דבקנין אם לא נאמר דהקנין היה גם על הערבות לא חל כלל משום דלא חסרו לכן אמרינן דהקנין היה גם על הערבות מה שאין כן בשנים שהלוו אף אם נאמר דהשטר לא נעשה רק על עיקר חיובו חל הערבות ממילא והוי כערב בעל פה זה דוחק גדול דאם כן כיון דלא התנו בפירוש בקנין על הערבות רק קבלו קנין על עיקר חיובם למה נאמר דדינן כמו שנים שלוו נימא באמת דל"נ ערב אלא ודאי כיון דהקנין הוא בסתם חל אף על הערבות ממילא כמו בשנים שלוו ה"נ בצוואת השטר לעשותו או שחתמו חל הן על עיקר החיוב הן על הערבות ושישתעבדו נכסיו ג"כ כמו כל ערב בשטר:

והנה בקבלו פקדון הביא הש"ך דעת רמ"א בתשובה שהוא דוק' בהתנה בהדיהו בפירוש אבל בסתם אינו דומה לשנים שלוו דיש להם טובה מדבר זה והואיל ונהנו מהנין ונעשין ערבין זה לזה וע"ד דהכי הלו' להם המלוה ואמדינן דעתיה דמלוה דבלא"ה לא הי' מלוה להם אבל גבי שומרים שאין להם טובה מזה לא אמרינן דמסתמא קבל עליו ערבות של חבירו דמה לו לצרה כן מבואר ברמ"א בתשובה הטעם והש"ך השיג עליו דמוכח מדברי הראשונים דאף בסתם פקדון דינו כמו שנים שלוו. ולכאורה י"ל דבשומרי שכר דמקבלין שכר על שמירתן אף הרמ"א מודה דהואיל ונהנו מהנין ונעשים ערבים זה לזה כיון דנהנו תרווייהו שמקבלים שכר שמירה דומה להלואה. וכמו כן בשאלה אם שנים לקחו בשאלה הואיל דנהנו מהנין ונעשים ערבים. אך יש להבין אם נאמר דבשביל הנאה שמלוה להם נעשו ערבים זה לזה אם כן הוי כמו ריבית דכל אחד בשביל הנאת הלואתו נעשה ערב על חלק הלואת חבירו ואם לא הי' מלוה לכ"א החצי לא הוי ערב בעד חבירו ואף דהמלוה אינו מרויח כלום מ"מ כל הנאה שלא הוי הלוה עושה להמלוה אם לא היה מלוה לו ועכשיו עושה הוי רבית כמבואר יו"ד (סי' ק"ס) וכן בשאלה אם משאיל שני כלים בשותפות לשני בני אדם נאמר דאין כל הנאה שלו לכל שואל כיון דאף בהכלי שאינו משתמש בה נעשו ערב על חבירו כל א' מהן הוי כמו שכירות ובכל שואל בעינן שיהיה כל הנאה שלו ואפילו אם המשאיל אינו נהנה רק בפחות משוה פרוטה אינו חייב באונסין כמו שכ' הקצוה"ח (סי' ש"מ) וצ"ל דהא גם בכל שואל פרה המשאיל

נהנה במזונות ובנטירותא ואפי"ה דין שואל יש לו ולא בעי רק רוב הנאתו של שואל שעושה מלאכתו בחנם ועיין מח"א דיני שאלה (סי' ג') וגם כאן אם לא הוי משאיל להם לא הוי צריך להערבות וכן אם לא היה מלוה להם לא הוי צריך כלל להנאה הזאת שכל א' ערב בעד חבירו לכך לא הוי כרבית. ומ"מ י"ל דבשביל הנאתו שמקבל מתרצה להיות ערב בעד חבירו על החצי וכמו שכ' הרמ"א ואם כן בשו"ש ובשואל י"ל דמודה הרמ"א דאף אם לא הותנה רק מסתמא הואיל ונהנין מהנין ונעשין ערבאין זה לזה ואם כן אינו ראי' מסתימות הראשוני' דסתמו להשוות שנים שלוו לשנים שקבלו פקדון די"ל דאיירי בשואל או בשו"ש היכא דיש הנאה להם אבל בשומרי חנם צריך דוקא להתנות:

וראיתי במחנה אפרים דיני שומרים (סי' כ"ז) דגמגם בהאי מילתא דערבות גבי פקדון דלא מטי ליה הנאה לנפקד האיך יתחייב זה שנעשה ערב בעדו דאין הערב מתחייב אלא כי מטי ליה הנאה לחבירו וכמו שכ' הראשונים (פ"א) דקידושין דבזרוק מנה לים ואתחייב אני לך דפטור ואף למה שכ' הרא"ש דאין השומר צריך שימשוך אלא כיון שעפ"י דבורו של שומר סילק שמירתו המפקיד מתחייב השומר ה"ט דסמך וסילק שמירתו אבל כי אמר שיתן ללוי שישמור לך ואני ערב אם יתחייב לך הוי אסמכתא דסמכה דעתו של זה שלוי ישמרם שמירה מעליא והירושלמי או דס"ל דכל א' קבל שמירת כל החפץ אי נמי מיירי בשאלה שב' ששאלו מידי שכל שנשלמה השאלה נשארה פקדון אצלם עכ"ל. והנה הא דפשיטא לי' דהסוברים בזרוק מנה לי' דאינו חייב מטעם ערב הואיל דלא מטי הנאה לב"ד בערב בעד פקדון גם כן אינו חייב. מבואר מדברי הרא"ש והר"ן ב"מ (דצ"ט) דמודי' דנתחייב דהא הם ס"ל בזרוק מנה לים דפטור ובשואל דאמר למשאיל הכישה במקל והיא תבא פטור לשמואל ולרב חייב ודעת הרמב"ן דמחולקין בזה אם באומר זרוק מנה לים ואחייב אני לך דלשמואל פטור ולרב חייב והא דאם אמר לו השואל שלחה לי ביד בנך דחייב כ' הר"ן שם דחייב מדין ערב דכיון דאמר לו להוציא פרתו מרשותו ולשולחה ביד עבדו נתחייב מדין ערב ועיין שם בנ"י משם הר"ן דבהכישה במקל אף אם אמר ואתחייב אני לך פטור וא"ד לזרוק לים דמשעה שזרקו אזל לאיבוד ואינו יכול להחזירו. ומבואר בש"מ שם משם הר"ן דבשלח ע"י בנו או עבדו אף דיכול להחזירה דכיון דאזלי בהדי פרה סמכה דעתו דהשואל דהעבד או בנו מנטרי ומחייב מדין ערב. והרא"ש אע"ג דפוסק בזרוק מנה לים ואתחייב אני לך דפטור הואיל דלא מטי הנאה לב"ד מ"מ פוסק שם כרב דבאומר הכישה במקל והיא תבא דחייב ועל כרחך דסובר כיון דזה סילק שמירתו עפ"י והוציא הממון מרשותו אף דעדיין לא זכה בו ולא מטי לו שום הנאה מ"מ חייב דמשנסתלקו הבעלים מתחיל שמירת השומר ועיין

בנתיבות (סי' ש"מ ס"ק י"ב) דכ' אף לדעת הרא"ש דל"ב משיכה וסגי בסילוק שמירה היינו כשהוא במקום שהשומר יכול לשומרו אבל בהכישה במקל דאין השומר יכול לשומר' בשעה שמכישה לא הוי כקבלת שמירה רק חיובא בעלמא מחייב עצמו וכזרוק מנה לים ולכך שפיר כתב שם הרמ"א לפוטרו לדידן דל"ש ערבות בזרוק לים. ודבריו תמוהין דהא דעת הרא"ש דבזרוק מנה לים דפטור הואיל דלא מטי הנאה לבן דעת ואעפי"כ בסילוק שמירה חייב. ועל כרחך דזה ענין אחר דשומר חייבו התורה בשמירה כשסילקו הבעלי' שמירתם מן ממונם וזה קבל עליו לשמור וכבר ראיתי במח"א דיני שומרים (סי' ז') דעמד על דברי תוס' ורא"ש דסברו דשו"ח ושומר שכר מתחייבים בלי משיכה משום דעל פיו של זה סמכו הבעלים וסילקו השמירה דמאיז' טעם קא מתחייבו דמדין ערב לא שייך כיון דלא מטי הנאה לב"ד ואף לדעת רמב"ן דמתחייב באומר זרוק מנה לים הא כתב דהוא דוקא באומר להדיא ואתחייב אני לך הא לאו הכי לא מתחייב והכא גבי שומר שלא אמר ואתחייב אני לך כי אם שאמר לו ואני אשמור במה מתחייב: **וי"ל** למה שכ' תוס' כתובות (דף נ"ו) שהשומרים משעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה אם כן כשאומר ואני אשמור משעבד את עצמו לחייב אם יאבד והוי כאומר ואתחייב וסובר הרא"ש דאף בלא שום קנין רק במה שמסלק השמירה מתחייב זה לשמור. ואף לגבי שואל דדעת התוס' דאינו חייב בלא משיכה ועיין שם במח"א דביאר הטעם ע"נ דכדי לחייבו באונסין דאתו ממילא דמה"מ מה לי הכא מה לי התם מ"מ דעת הרא"ש דחייב דמ"מ כיון דסילקו הבעלים שמירתן מן ממונם וסמכו הבעלים עליו מתחייבין בדין שומרין כמו שחייבתו התורה לכך שואל חייב אף באונסין וכן בשבועת השומרין כיון דדין שומר יש לו על ידי שסמכו הבעלים וסלקו שמירתן. ובנתיבות שם הקשה למה שכ' הר"ן באומר השואל שלח דחייב מטעם ערב במתה הבהמה ומ"ה מה לי הכא ומה לי התם ולא נתקלקל על ידו אמאי חייב הא לא הוציא הממון על פיו וכתב לתרץ כיון דעכ"פ לענין שמירה נתחייב אילו נאבדה כיון שסילק השמירה על פיו וכיון דיש עליו דין שומר חנם ממילא יכול לחייב עצמו ולהתנות שיהיה עליו דין שואל דמתנה שו"ח להיות כשואל. ושם דבריו מוקשים דהא מבואר בר"ן מובא בש"מ שם דלא נפטר מטעם שמירה בבעלים כששלחו ביד עבדו דלאו מטעם שומר מתחייב עד דמטי לידו וכל זמן שהוא ביד העבד לאו מדין שואל גמור הוא אלא מדין ערב עיין שם אם כן יקשה נימא מ"ה מה לי הכא מה לי התם ואכ"מ בזה. אולם דעת הרא"ש דלאו מדין ערב הוא דהא לא מטי הנאה לב"ד רק מטעם סילוק שמירה נתחייב מדין תורה לכל הכתוב בפרשה ולכך כיון שסילקו הבעלים שמירתן יש עליו דין שומר ונעשה שואל מיד להתחייב באונסין

כיון דיש לו דין שומר על ידי סילוק של הבעלים וכיון דבתורת שאלה סילקו שמירתן נתחייב מיד אף באונסין:

עכ"פ כיון דאף בזרוק מנה לים ואתחייב אני פטור מ"מ בסילוק שמירה חייב אם כן אף להסוברים דבעינן משיכה בשומרין מ"מ אם מסלק שמירה ומוסר ביד השומר על פי דבורו של הערב שפיר מתחייב הערב אף דלא מטי הנאה לב"ד מ"מ כיון שסמך על פי דבורו ומוסר ביד חבירו חייב כיון דחבירו נתחייב על ידי משיכה שפיר הערב מתחייב אע"ג דלא מטי הנאה לבן דעת ואינו דומה לזרוק מנה לים דשם לא שייך שמירה ומפסיד זה ממונו על פיו בזה לא מתחייב לו כשמסלק זה שמירתו ועל פיו סומך עליו שישמור ומהימן ליה על ידי דיבורו בזה מתחייב. ומה שכתב המח"א דהוי אסמכתא דסמכה דעתו של זה שישמור שמירה מעליא לא אדע הא כל ערב הוא אסמכתא דסמכה דעתו שהלוה ישלם ואפ"ה מתחייב דבההיא הנאה דקא מהימן ליה להוציא ממון על פיו גמר ומשתעבד מסלק נמי גם שאר אסמכתא כמו שמסלק אסמכתא דערבות ועיין בש"ע (סי' קל"א ס"י) ברמ"א וי"א דאין בערבות משום אסמכתא ועיין שם בתומים (ס"ק ח') דאף לדעת המחבר שם הוא דוקא היכא דהלוה חייב עצמו סתם והערב נכנס בערבות על תנאי אבל אם הלוה התחייב עצמו ע"ת והערב נתערב כשיהיה הלוה חייב לשלם שהוא ערב בעדו בכה"ג משתעבד והביא ראיה מערב דכתובה דלא נשתעבד הלוה רק על תנאי אם ימות בחייה או יגרשנה עיין שם ואם כן בשומר נמי כיון דמהני החיוב של השומר דאם יאבד יתחייב שוב הערב גם כן חייב ואתי שפיר דשני שומרים ערבאין כל אחד על חלק חבירו ואף דערב אינו חייב באומר זרוק מנה לים היינו כיון דלא מטי הנאה לבן דעת ורק אפסיד ממונו על פיו אבל לא כשסילק שמירתו ע"פ והאמין להשומר בזה הערב שפיר מתחייב:

ועוד נראה אף הסוברים דבזרוק מנה לים ואתחייב אני לך דאינו חייב מ"מ אם מחייב א"ע חייב לשלם דהא הרמ"א (סי' ש"פ) הביא שני דיעות בזה ויקשה אמאי לא יתחייב מטעם דיכול אדם לחייב א"ע בדבר שאינו חייב להמבואר בש"ע (סי' מ') בדעת הרמב"ם דיכול אדם לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב ויליף מן ערב ולדעתו הא דמבואר בש"ס הטעם דערב חייב לשלם מטעם בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשו הוא רק לסלק טענות אסמכתא דכל ערבות הוי אסמכתא והיה ס"ד לומר דלא גמר נפשיה לשעבודי דסבר היה שיפרענו הלוה לכך אצטריכו לומר דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ושעבד נפשיה כמו שכ' בזה המח"א דיני ערב (סי' א') וכ' הא דאמר רבא קידושין (דף ז') תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דמקודשת מדין ערב איך יליף קידושין מדין ערב

הא שם כיון דגמר ומתחייב מהני החיוב אבל לענין קידושין דלא מהני רק בכסף ולא בדברים אמאי מהני וכתב דלא מחייב מערב רק להוכיח דאותו הנאה שהוציא עפ"י חשוב ממון דמה"ט משתעבד ערב. ועיין שם בפנ"י שהעיר גם כן בזה וכ' לפרש בענין אחר אבל מ"מ העיקר דמהני משום דיכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב ואם כן אמאי אינו יכול לחייב א"ע באומר זרוק מנה לים אע"ג דלא מטי הנאה לב"ד. והרמב"ן והרא"ש דפלפלו בזה י"ל לטעמייהו אזלי דס"ל דאין אדם יכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב ולדידהו עיקר חיוב דערב הוא משום דבההיא הנאה דקא מהימן ליה והוציא ממון על פיו הוא שמשתעבד בדברים לחוד לכך דעת הרא"ש דזה דוקא אם מטי הנאה לב"ד מה שאין כן בזרוק לים אבל לדעת הרמב"ם ומחבר ורמ"א דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב ולא צריך לטעם דבההיא הנאה רק להוציא מידי אסמכתא למה לא מהני באומר לחייב את עצמו בזה כשיעש' מצותיו ויזרוק לים. אולם הם כתבו רק ואתחייב אני והיינו דעכשיו אינו מחייב את עצמו רק לכשיזרוק יתחייב א"כ לא עדיף מקנין סודר דלא מהני בכה"ג כמבואר (סי' קצ"ה ס"ה) במקנה בק"ס שיקנה לאחר ל' וה"נ דכוותיה אבל אם מחייב א"ע מעכשיו לכשיזרוק י"ל דבאמת חייב לשלם כיון דיכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב ואם כן ממילא בשנים שקבלו פקדון מהני החיוב מטעם ערבות כיון דבההיא הנאה מסלק האסמכתא והחיוב מהני אף כשלא מטי הנאה לבן דעת:

ואם שנים גנבו בשותפות אם גם כן אחראין וערבאין זה לזה דעת השבות יעקב בתשובה דאחראין וערבאין זה לזה ודלא כתשובת חות יאיר ועיין תשובת חתם סופר (חח"מ סי' קל"ג) ובמשכ' לעיל דיני דיינים (סי' י"ב) באורך מזה ובאיזה אופן דרצה מזה גובה ובאיזה אופן דאינו חייב רק על חלקו ואז י"ל דא"ד להמתחייבים ברצונם הן בהלואה או פקדון התרצו להיות אחראין וערבאין זה לזה מה שאין כן בגנבים וגזלנים דלא נתחייבו מדעתם י"ל דל"ה ערבאין זה לזה ועיין שם מה שכתבתי בזה:

סימן טו

קיי"ל דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו כמבואר (סי' ע"ח) וכבר כתבו בזה המחברים הטעם אף דרובא וחזקה רובא עדיף ובכ"ז קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ולמה מוציאין ממון עם חזקה הזאת דאא"פ תו"ז וע"כ דחזקה זו היא המבררת דכן הוא כמבואר במהרי"ק (סי' ע"ב) ובמהרי"ט (ח"ב סי' כ"ז). אך יש להבין אם הוי בירור למה לדעת כמה פוסקים טענינן עבור לקוחות. ובקצוה"ח (סי' ע"ח) כ' דעיקר החזקה הוא מכח מנהג דאין נוהגין לפרוע תוך זמנו וכדבריו מבואר בש"מ ריש מס' ב"ב ועיין בקצוה"ח (סי' שי"ז ס"ק ב') וגם בזה יש להקשות למה שכ' הרמב"ן מ"ד ור"ן פ"ב דקידושין סוגיא

דסבלונות דלכך מותרת ולא אזלינן בתר רובא דמקדשי והדר מסבלי משום דלא אזלינן בתר רוב רק מה דהוא בטבע ולא במה דתליא במנהג דיכול לומר אני אינני מן המנהג אם כן אמאי מוציאין ממון ברוב זה דאין אדם פורע תו"ז דתליא במנהג דאינו חייב וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המועט ועיין שב שמעתתא (ש"ד פ"ו). ואאזמ"ו הגאון ז"ל בדברי משפט כ' דכיון דמסייעו חזקת חיוב להרוב לכך מוציאין ממון. ובאמת כדבריו כ' בש"מ ר"פ שור שנגח את הפרה דהיכא דיש לסייעו חזקת חיוב אל הרוב מוציאין ממון. וגם על זה יקשה לדעת הראב"ד אף דנאמן לומר פרעתיך בסוף היום מ"מ לא טענינן עבור יתומים דאביהם פרע ביומא דמישלם זימניה ועיין רמב"ן ב"ב דרובא דאינשי לא פרעין ביומא דמשלם זימניה ואמאי נאמן לומר דפרע ביומא דמשלם זמני' ולא נאמר כיון דרובא דאינשי לא פרעו אז כמאמר ר"ל הלואי שיפרע בזמנו אם כן נוציא ממון ברוב וחזקת חיוב ועל כרחך צריך לומר אף דיש רוב וחזקה מ"מ חזקת חיוב ל"ה חזקה כל כך דעומד לפרעון וגם מסייע להלוה חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ולהמלוה לא שייך כל כך החזקה דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו משום דמסייעו לו הרוב דלא פרעו ביומא דמשלם זימני' ולכך מעיז פניו לתבוע וא"ד למה שכ' הש"מ ב"ק הנז' אם כן שוב יקשה למה בתוך זמנו א"נ:

לכך נראה דבאמת לא הוי רק רוב וכמו שכ' התה"ד (סי' ר"ז) דרובא דאינשי לא פרעי תוך זמנו אבל מ"מ מועט יש דפרעו כי היכי דלא ליטרדן דאביי ורבא ור"ל לא יפלגו בסברות הפוכות רק יש לומר כיון דרובה דאינשי בטבע אינם פורעין תוך זמנו שוב אף המיעוט חושש לעצמו ואינו פורע תוך זמנו בלא סהדי או שובר דהא אף דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו להוציא אבל להחזיק אזלינן בתר רוב ואם זה שהרוב מסייעו תפס אחר כך מן המוחזק אפילו בעדים אין מוציאין מידו אם טוען ברי דחייב לו וכן כ' בנתיבות (סי' רל"ב) ובמ"א הבאתי שכן מבואר בבעה"ת (שער נ"א ח"ח) וראייתו שם מרפ"ב דכתובות זמנין דתפסה מאתיים ועיין מה שכ' בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ה') בזה ולעיל דיני דיינים ואם כן כיון דרוב אנשים אינם פורעין תו"ז והלואי שיפרעו בזמנם ממילא אף אם מזדמן אחד שרוצה לפרוע כי היכי דלא ליטרדן אינו פורע בלי סהדי דמפחד דלמא יתבע ממנו שנית תוך זמנו ואף אם יהיה נאמן לומר פרעתי משום דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ בכל פעם יכול אחר כך לתפוס ממנו לכך אינו פורע בלא סהדי וכיון דלא יש לו סהדי או שובר אמרינן דמשקר ומוציאין ממון אף דעיקר החזקה הוא עפ"י הרוב דתליא במנהג או משום דגלי דעתו דצריך לזוזי עד זמן שקבע וכמו שכ' הסמ"ע מ"מ שוב ירא לפרוע בלא סהדי כנ"ל דלמא יתבע ממנו פעם שנית ואח"כ

יהיה נאמן אם יתפוס ממנו ואי דיטעון אחר זמנו דפרע אחר כך בזה אינו נאמן דכבר הוחזק כפרן כמבואר בש"ע או דיתבע ממנו תו"ז ויאמר אל תפרעני אלא בפני עדים. לכן מוציאין ממון דהוי כברור דלא פרע תו"ז בלא סהדי או שובר וגם דירא דיראה כשקרן בעיני העולם. ומה"ט כשבא לגבות מלקוחות טענינן דפרע אף תו"ז ועבור יתומים לא טענינן וגובה בלא שבועה כמו שכ' הרא"ש דאם הוי פרע הוי פקיד מה שאין כן בלקוחות ואך במת פתאום היה נמצא שובר והיינו דבלא"ה לא הוי פורע תוך זמנו מה שאין כן בלקוחות חיישינן למיעוט דפרע באמת בסהדי או שלקח שובר והם א"י אבל ביתומים ריע' טענה הזאת ואף אם הוא בעצמו טוען דפרע תו"ז בפני עדים והלכו למדה"י ריע' טענתו ואינו נאמן דהרוצה לשקר כו'. ועיין בתומים דפירש כן בדברי הרא"ש והדברי' מוכרחים דהא דכ' דהוי פקיד היינו שהי' מברר דבלא"ה אף אם היה פקיד דפרע לא היה נאמן להשביע להמלוה אף אם הי' טוען אישתבע לי לא הי' חייב לישבע שבועת המשנה וכמו שכ' הרא"ש שם דרק היסת ואם כן למה כ' הרא"ש דהוי פקיד דמשמע דאי פקיד אין נפרעין בלא שבועה היינו שבועת המשנה וז"א וכבר ראיתי בס' מחנה יהודא דעמד בזה בדברי הרא"ש אולם הברור דמה שכ' דהיה פקיד היינו דהיה מברר שפרע או בפני עדים או בשובר ולכך אף במת פתאום לא טענינן עבור יתומים משא"כ עבור לקוחות טוענין דפרעי באפי סהדי או על ידי שובר והם א"י אבל כשהלוה קיים או שמת ל"ח לפרעון כל זמן שלא נתברר דאנן סהדי אף אם הי' לו זוזי ולו לתועלת לפרוע תו"ז לא הוי פורע שלא יתבענו שנית וכנז':

ובזה מיושב מה שהקשה המח"א דיני גב"ח (סי' ה') על הבעה"ת דחקר (שכ"ז) באם נתן המלוה להלוה נאמנות ומת תו"ז אם מועיל הנאמנות לגבי יתומים שפרע להם אביהם וכ' ומסתברא כיון דאתני אתני ואיהו מהימן אפילו תוך זמנו וטענינן ליתמי דאלו אבוהון הוה קיים הוה טען פרעתי תו"ז ומהימן אינהו נמי מהימני וע' בש"ע(סי' ע"א) והקשה הא מוכח דדעת בעה"ת דחזקה אין אדם פורע תו"ז גרע ממילתא דלא שכיח ולא טענינן עבור יתמי ממה דמבואר משמו בטוש"ע (סי' ס"ט) במוציא כתב יד על יורשין והוא תו"ז אם מודים שהוא כ"י אביהן גובה מהם והקשה הש"ך הא אביהם היה נאמן פרוע במגו דאין כ"י למה לא נטעון ליתמו וכ' די"ל דחזקה דאין אדם פורע תו"ז גרע טפי ממילתא דלא שכיחא והמח"א הוכיח כן דהא דעת בעה"ת דטענינן ליתמי נאנסו וע"כ דתו"ז גרע א"כ למה טענינן בעדם כשיש להלוה נאמנות. ולמש"כ א"ש דבאמת גוף הרוב דאא"פ מצד עצמו תו"ז שהוא מצד המנהג או מצד דגלי דעתו דצריך להמעות עד הזמן הוי כשאר מילתא דל"ש רק כיון דנצמח מזה שאף המועט א"פ תו"ז בלא סהדי ושובר שלא יהיה

נראה כשקרן או דלא יתבע פעם שנית ויתפוס ממנו אחר כך שוב הוי לא שכיח לגמרי ולכך לא טענינן עבור יתמי משא"כ כשיש להלוה נאמנות שוב אין לו לירא משום דבר ולא נשאר רק רוב דאין פורעין תו"ז ולא הוי רק כשאר מלתא דלא שכיח ולשיט' בעה"ת טענינן עבורם אף מלתא דל"ש:

וא"ל אם כן נימא אף ביומא דמשלם זימניה דרובא דאינשי לא פרעו לשיטת ראב"ד נימא גם כן דאנן סהדי דלא פרע דלא יתבע ממנו פעם ב' י"ל דביום אחד באותו יום אינו חושש דיהיה חצוף לתבוע ממנו עוד הפעם ואם יתבע ממנו אחר כך יהיה נאמן במגו או דסמך א"ע דיכול לטעון פרעתי אחר כך בזמנו. וקצת יש ליישב בזה דברי הרמב"ם דכ' בסתם דנאמן פרעתיך תו"ז במגו והקשו עליו הא היא איבעיא דלא איפשיטא ואינו נאמן רק מספק. ולמ"ש י"ל דכל האיבעיא היה רק כל כמה דלא ידענו דנאמן לומר פרעתיך ביומא דמשלם זימני'. אבל לבתר דניפשטא האיבעיא בב"מ דנאמן לומר פרעתיך ביומא דמשלם זימני' יקשה אמאי הא הוי רובא דאינשי דלא פרעו ביומא דמשלם זמני' וכמו שכ' הראב"ד וממילא אנן סהדי דשוב אף המועט אינם פורעים דלא יתבע ממנו עוד ויראה כשקרן וגם דיתפוס ממנו וע"כ צריך לומר דלא חש על אותו יום דלא חציף לתבוע פעם שנית ואחר כך יהיה נאמן דפרע ביומא דמשלם במגו וממילא ידעינן גם כן דאמרינן מגו במקום חזקה. אולם כל הפוסקים סוברים דבלא"ה ניחא דסומך עצמו דיכול לומר פרעתיך בזמנו כמו שכ' הראשונים בכה"ג מס' ב"ב (דף ע') דסמך א"ע על טענת נאנסו אף דהוא בשקר מכ"ש בזמן פרעון:

ועיין (סי' ס"ה ס"ב) ובסמ"ע וש"ך שם דמבואר מדבריהם דאף שטר שהוא תו"ז הנמצא ביד שליש ואינו יודע מה טיבו דלא יחזיר לא לזה ולא לזה ועיין ש"ך (סי' מ"א סקי"ט) ויש להבין בשלמא בנפל איתרע השטר מכל וכל לכך חיישינן לפרעון אף שהוא תו"ז אבל באינו יודע מה טיבו דלא הוי ריעותא כ"כ דהא אם הלוה מודה דעת הרא"ש וסייעתו דמחזירין לו ועל כרחך דלא הוי ריעותא בגוף השטר רק כיון דאינו ביד המלוה ול"ש חזקה דשטרך בידי אין מוציאין ממון אם כן תוך זמנו כיון דחזינן דהיה הלואה למה ניחוש לפרעון. ולמה שכ' כיון דעצם החזקה דאין אדם פורע תו"ז קלישא והוי רק מכח מנהג רק דשוב נצמח מזה דגם המועט א"פ כנז' אף מי שרוצה לפרוע מונע עצמו מזה וזה דוקא היכא דהוא מלוה על פה אבל במלוה בשטר אם פורע ולוקח השטר מן הלוה ליכא חשש ופורע ברצון מי שרוצה לפרוע וממילא אם משליש השטר ביד שליש ליכא חשש רק דלא שכיח שיפרע תו"ז ועם זה אין מוציאין ממון אם כן שפיר בנמצא ביד שליש ואינו יודע מה טיבו חיישינן לפרעון אף תו"ז די"ל דהלוה היה זייר לי' אפשיטי

דספרי או הלוה הפקידו אצל זה ולכך שפיר לא יחזיר לא לזה ולא לזה דחיישינן על פרעון אף על תוך זמנו בכה"ג היכא דהשטר לא נמצא ביד המלוה רק שמונח ביד שליש: **והנה** לדעת הראב"ד דלא טענינן ליתמי דפרע ביומא דמשלם זימני' כ' הש"ך דתליא במחלוקת הפוסקים אם טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא ולהסוברים דטענינן ה"נ טענינן וכתב ויש לחלק ואינו נראה אולם בש"מ ב"ב (דף ע') כתב משם הראב"ד דטענינן עבור יתמי מלתא דלא שכיחא ולכך טענינן נאנסו וי"ל שם כיון דגם התובע טוען שמא עדיף. וראיתי בקצוה"ח שהקשה דבסי' (פ"ט) כ' הרמ"א דמיתומים גובה השכיר ובשבועה ואמאי חייב שבועה הא שם הוי יומא דמשלם זימניה כמבואר בש"ס ב"מ דפשיט משם דנאמן לומר פרעתיך ביומא דמשלם זימני' אם כן הוי לא שכיחא ואמאי טענינן ליתמי וכ' דהרמ"א איירי בסוף היום ממש דאיכא למימר חזקה דאינו עובר על בל תלין ועיין בדבריו (סי' שי"ז ס"ק ג') דהביא דברי ריטב"א דהקשה מאי קא מוכח לי' ר' ינאי משכיר דלמא התם שאני דאיכא איסורא דבל תלין אבל בעלמא אימא לך דלא פרע וכ' דבמשכיר בית עובר גם כן משום בל תלין דהוי לי' כמו שכירת כלים ושפיר פשיט ליה שוכר משכיר דבשניהם איכא בל תלין. וקשה אם כן איך פשטינן דנאמן בשאר חוב דליכא בל תלין דנאמן לומר פרעתיך ביומא דמישלם זימניה ויש לומר דבאמת ביומא דמשלם זימנא לא שכיחא שיפרע אבל מ"מ מועט פורעים דאינו חושש שיתבענו דלא חציף שיתבע עוד הפעם היום ויהיה טענתו נגד הרוב כמו שכ' לעיל רק בשביל יתומים טענינן דאם פרע הוי פקיד כמו שכ' הרא"ש דבזה היה לו לחוש כשימות שיתבע מיורשיו עוד הפעם כיון דלא שכיחא שיפרע באותו יום ומדלא פקיד ודאי לא פרע מה שאין כן בשכיר דאמרינן בעל הבית טרוד בפועליו ולכך עקרו השבועה מבעה"ב ושדוה אשכיר א"כ כמו דשכיח דמחמת טרדותיו יטעון שפרע ובאמת לא פרע כמו כן יכול להיות מחמת טרדותיו דסבר שלא פרע ובאמ' פרע ולכך ליכא ריעותא במה דלא פקיד לכך טענינן עבור יתומים לגבי שכיר:

ועיין בתומים שהקשה מאי פשיט הש"ס ב"מ אלימא תו"ז תנינא מת האב תוך ל' בחזקת שלא נפדה הרי דאינו פורע תוך זמנו דלמא באמת אינו רק לא שכיח שיפרע תו"ז ולכך לא טענינן עבור יתומים אבל כשטוען ברי יש לומר דנאמן. ולמה שכ' לעיל י"ל דבאמת לא הוי רק רובא ול"ש דיפרע תוך זמנו ואעפי"כ איתרע טענתו מצד דאף מועט הפורעים אינם פורעים דיראים שיתבע פעם שנית ולא דמי ליומא דמשלם זימני' דליכא ריעותא בזה כמו שכ' לעיל:

וקצת יש לדקדק בסוגיא דריש ב"ב דקאמר רבותא והלכתא אין אדם פורע תו"ז ואפילו מיתמי כו' למה לא קאמר רבותא יותר דמיתמי גובה אף ביומא דמשלם זימניה דלא טענינן בעדם דפרע אביהם ודוחק לומר דנקט אף מיתומים גדולים אם טוענין ברי דפרע תו"ז אבל באמת בקטנים או בטענת שמא גובה מהם אף ביומא דמשלם זימני' זה דוחק ועוד אם כן מה הקשו הראשונים שם למה לא נקט הש"ס רבותא דאף דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים מ"מ תו"ז גובה הא נקט לרבותא אף מיתומי' גדולי' כשטוענין ברי ואם היה נקט יתומים קטנים היה צריך לומר אף ביומא דמישלם זימניה ולכך נקט סתם יתומים דזה רבותא יותר דאף בטוען ברי דגובה בלא שבועה מה שאין כן בקטנים או בטוענין שמא בזה אף ביומא דמשלם זימני' נמי גובה ויש ליישב להמעיין שם:

ובסתם הלואה דנאמן פרעתיך תוך ל' כ' הסמ"ע כיון דלא גילה דעתו דצריך למעות עד זמנו וכן כתב הרא"ש בתשובה טעם זה ובתומים כ' אם כן בשכירות דלא גילה דעתו נימא דהוי כסתם הלואה וכ' אף דסתם הלואה ל' יום מ"מ מחויב עכשיו ואם תפס אין מוציאין מה שאין כן בשכירות. וקשה הא מבואר בש"ס ריש מכות דאינו רשאי לתבוע תוך למד ובש"ס שם היה ס"ד דוקא במלוה בשטר כיון דטרח לכתוב שטר לקח על ל' יום ודחי ומדמי לשמיטה ואם כן ודאי לא מהני תפיסה תוך למד יום ובש"מ ב"ב כ' דתליא במנהג כמו שכ' בתוספתא המלוה לחבירו בסתם אינו פחות מל' יום ובמדינה שנהגו או פחות מכן או יותר מכן אין משנין ממנהג המדינה וכיון דנחית אדעתא דמנהג ודאי לא מהני תפיסה. ובקצוה"ח כ' דבסתם הלואה המנהג הוא לפרוע תו"ז וזה לא נראה. אולם עיקר הטעם כ' בש"מ משם גאון וז"ל דוקא קובע אבל סתם הלואה כו' אפ"ה אם אמר פרעתיך תוך ל' נאמן דכיון דלא קבע לו זמן ל' יום בפירוש מיכסף ופרע תוך שלשים עכ"ל וכן משמע שם בנ"י אם כן י"ל זה דוקא בהלואה דעשה לו טובה מיכסף אבל בשכירות ופה"ב לא שייך לומר דמיכסף ואי דקשה עוד מכותל חצר דשם עשה לו טובה ומיכסף כבר עמד שם בזה בש"מ וכ' כיון דס"ד דלא נתחייב כלל עדיף טפי מקביעת זמן עיין שם. ולפי"ז אתי שפיר דינו של הרמב"ן המובא בש"ך דהיכא דהב"ד קבע לו זמן וטען פרעתיך תו"ז דקבעו לו הב"ד דנאמן דשם שפיר מיכסף ופרע לו קודם לכן כשמזדמנין לו זוזי. ובזה יש לגמגם במה שכ' בקצוה"ח בפשרנים שקבעו זמן לתועלת הלוה דבזה אפילו אית ליה זוזי א"צ לפרוע עד הזמן שקבעו ושייך ביה חזקה דאינו פורע תוך זמנו ולהנ"ל כיון דעשה לו טובה ובאמת נתחייב מיד לשלם רק הפשרה הי' לסלק לזמנים יש לומר דמיכסף ומשלם אף תוך זמנו. ועיין עוד בקצוה"ח דהביא דברי הנ"י שכ' קובע זמן בשעת הלואה או לאחר מכן דמוכח דאף אם קבע לו הזמן לאחר ההלואה אמרינן

חזקה זו דאינו פורע תו"ז ודלא כמהרשד"ם המובא בש"ך (ס"ק ב') דכ' אם הגיע ז"פ בחיי הלוה והמלוה נתחסד עמו והאריך לו הזמן וויתר לו מן החוב אין נפרעין מיתומים קטנים אולם בש"מ ב"ב שם כתב וז"ל ארל"ק הקובע זמן לחבירו פי' בשעת הלואה עיין שם משמע קצת דבדיוק כ' דוקא בשעת הלואה אבל אם נתחסד עמו אחר כך והאריך לו הזמן יש לומר שפיר דדמי לסתם הלואה דמיכסף ומשלם לו כשיש לו אף בתוך ל' כן נמי בנתחסד עמו אח"כ להרחיב לו הזמן מיכסף ומשלם כשיש לו זוזי ואף דכ' הש"ך (סי' רל"ב) משם הש"ג דאינו חייב לפרוע רק כשתובע אותו היינו לאחר זמן פרעון אבל כשאינו יכול לתבוע אותו שפיר י"ל דמשלם דאינו ראיה ממה דאינו תובע כיון דאינו חייב לשלם ולכן בסתם הלואה אף דאינו יכול לתבוע ממנו נאמן לומר דפרע כן נמי י"ל דמיכסף כיון דהאריך לו הזמן אח"כ ופרע לו:

וקצת יש לעיין אם טוען דהמלוה הוצרך למעות והפסיד דבר מה כדי לשלם לו מקודם למה לא נאמן דהא החוב שוה פחות כמבואר מס' מכות (ובסי' ע"ג) דכפירת זמן פרעון הוי כפירת ממון לחייב שבועה דאורייתא אם כן למה לא יהי' נאמן דהמלוה ביקש ממנו והפסיד איזה סך כדי שיפרע לו קודם ואם כן יהי' נאמן דפרע תו"ז במגו' דהיה אומר כן וגם אף אם נאמר דזה לא שכיח כ"כ מ"מ למה לא נטעון כך עבור יתומים להסוברים דטענינן עבור יתמי מלתא דלא שכיח' ועיין תשובת ראנ"ח (סי' ט"ו) מובא בכנה"ג דהיכא דמשתכר בריוח שחייב ליתן ליתומים כל שנה י"ל דאף דהלוה לקח על זמן לטובתו מ"מ אף אם משתכר בהפרעון מקודם אף מעט פורע תו"ז ואם כן למה לא נטעון עבור יתומים דהמלוה הוצרך להמעות והפסיד כדי שיקדים לשלם לו:

ואם שנים עשו שותפות ביניהם על זמן וטוען אחד שכבר נתפרדו זה מזה ועשו חשבון ביניהם ואין זה על זה שום דבר אם נאמן לומר חלקנו בת"ז כ' בתשובת מהריב"ל (ח"א סי' נ"ו) דאפילו היה השותפות לזמן ומת אחד קודם תשלום הזמן טענינן ליתמי דלמא נחלק דחזקה דאין אדם פורע תו"ז מצינו משום הלואי שיפרע בזמנו אבל לחלוק השותפות תו"ז הוא דבר מצוי כי האדם הוא מלא קטטות וכ' דכך היה נראה לכאורה אבל מתוך דברי תשובת הרא"ש נראה שסובר היפך מזה. וכ' הח"צ (סוף סי' ד') בכוונתו דאם הוא חי וטוען חלקנו השותפות תו"ז פשיטא דנאמן אבל לטעון בעד היתומים מספקא ליה להרב ז"ל כיון דהשותפות הוא ודאי ע' שם ועיין בכנה"ג (סי' ק"א ס"ק ח') באורך מזה בכוונת מהריב"ל. וראיתי בתשובת חתם סופר חח"מ (סי' קמ"ד) דפשיטא ליה להיפך ודן שם על הלואה הנעשית בהיתר עיסקא דרב אחד רצה לומר דנאמן פרעתי בתו"ז כדי לפטור מפריעת הרווחים והוא כ' דאף אביי ורבא מודים דאינו נאמן לא מבעי אפלגא

פקדון דא"נ שהחזירו תו"ז דא"י לכופו לקבל פקדון תו"ז ככל השותפים דאינו יכול לכופו לחלוק תו"ז ובשגם שמשלם לו שכר עמלו וה"ה שכיר ממנו על זמן נהי דפועל יכול לחזור בתו"ז היינו אם חוזר בפנינו אבל לומר שכבר חזר בו לא מהימן וציין לעיין בח"מ (סי' קע"ו) ובש"ך (סק"ח) ממילא א"נ שהחזיר לו פלגא מלוה דמי פתי יסור הנה לחזור לו פלגא מלוה שלא לקחו מתחילה אלא משום פלגא ריוח שנותן לו על פקדונו עיין שם בדבריו. ולא אדע הא בשני שותפים מבואר שם בש"ע דאין אחד יכול לחזור כיון דשניהם עוסקים רק במקבל עסק מחבירו לזמן קצוב יכול לחזור בו כדין פועל דיכול לחזור ועיין שם (סכ"ג) ובסמ"ע וש"ך שם. ואם כן כיון דבשותפין ששניהם עוסקים דאין אחד יכול לחזור תו"ז ובכ"ז נאמן לומר דחלקו ונתפרד החבילה ק"ו במקבל עסקא דיכול לחזור למה לא יהיה נאמן דחזר מן הפלגא פקדון. וגם י"ל כיון דלא יש לו עסק שיתעסק בו החזיר לו כדי שלא לפרוע הרווחים:

אולם ראיתי בנתיבות המשפט (סי' ע"ד) דכ' בהעיסקא שעושין בזה"ז שמפשר את עצמו עם המקבל ליתן כך וכך לשנה נהי דיכול לחזור מלהתעסק מ"מ מחויב ליתן כל דמי הפשר מכל השנה וכשאינו רוצה ליתן לו כך מחויב לבא לחשבון העסקא ולישבע כמה הרויח בזמן הזה וליתן החצי ולא לפי ערך כיון שהזמן איקבע לטובת המלוה יכול לומר לא נתפשרתי בכך רק משום טובת קביעת הזמן שהוקבע לטובתי. ולפי זה י"ל דאינו נאמן לומר שחזר תו"ז וחישב עמו ושלם לו חלקו מה שהיה ריוח דזה ודאי לא יעשה המלוה אם לא שישבע ואנן סהדי דלא עשה כן. אולם אם בא מיד בזמן קרוב שנודע לכל שעדיין לא הרויח כלום או דמחזיר לו באותו יום אותן מעות שקבל ממנו בזה לכ"ע יכול לחזור או אם היה בירור גמור שלא הרויח כל כך ולא יותר ממה שקצב לפי ערך בודאי יכול לחזור מן העסקא אף תו"ז וממילא לא שייך בזה חזקה דאין אדם פורע תו"ז כיון דעושה כדי להרויח שלא ישלם רווחים ודברי הח"ס תמוהין:

וראיתי בחכם צבי (סי' ד') שכ' גם כן בשותפות נאמן לומר חלקנו אף תו"ז וכ' ואין להקשות על זה מהגהות אשרי סו"פ השואל דכ' משם ר"ת דבפקדון שאסור ליגע בו אעפ"י שקבל עליו להיות בידו עד זמן יכול לומר החזרתי לך בתו"ז ואם איתא דדוקא הלואה ל"ל טעמא דאסור ליגע תפ"ל כיון דלאו הלואה הוא וכ' דודאי הר"ת חדא מתרי ותלת טעמי נקט דהא בלא"ה נאמן החזרתי במגו דנאנסו ובחזקה זו נמי במקום מגו נאמן ואף אם ת"ל דיכול ליגע בפקדון הא קיי"ל כר"נ דעד דלא נשתמש פטור מאונסין. ועוד דפקדון דיכול לתבוע ממנו תו"ז ואף אם יכול ליגע ולהשתמש מ"מ לא שמענו מעולם דל"צ להחזיר עד סוף זמן וע"כ דהר"ת מילתא דפשיטא ורויחא טפי נקט. והדברים

דחוקים לומר דדברי ר"ת לא נאמרו בדוקא וכן ראיתי בכנה"ג (אות ג') דפקדון גמור איירי כמו פקדון של מטלטלין או מעות צרורין וחתומים שאין לו רשות ליגע בהם אבל פקדון דעיסקא אינו נאמן לומר החזרתי תוך זמנו וכן פקדון שאינו אסור ליגע בו וכ"ש אם יש לו ריוח בעסקא איכא חזק' דלא פרע גו זמני'. ומ"ש הח"צ דנאמן החזרתי במגו דנאנסו תמהני אטו נאנסו לאו שבוע' בעי כעין דאוריית' והר"ת דן לפוטרו לגמרי רק ככל כופר הכל וע' ש"ך (סק"י) ובנתיבו' (סק"ג). וגם אם מטעם מגו אתינן עלה אף דאמרינן מגו במקום חזקה זו מ"מ מידי ס' לא נפיק ומהני תפיסה ולמה ליה להר"ת למינקט טעמים אלו לינקט ביותר הטעם הפשוט כשאסור ליגע בו דודאי נאמן אף בלא מגו ומזה הוכיח הכנה"ג שהוא דוקא בצרורין אבל במותרין דיש לו רשות להשתמש בהן בזה אינו נאמן לומר פרעתיך תו"ז. אולם הטענה שטען הח"צ ז"ל דפקדון יכול המפקיד לתבוע ממנו ואף דקבע לו זמן לא שמענו דאינו צריך להחזיר עד סוף זמן זה טענה גדולה ובפרט אם לא הוציא עדיין המעות כיון דאינו חייב באונסין הרי דלא הוי הלואה ואף דדעת הש"ך בכמה מקומות דהנפקד יכול ליתן מעות אחרים כבר השיג עליו הח"צ בטו"ז (סי' ע"ג) דכיון דקיי"ל כר"נ דבשביל היתר תשמיש אינו חייב באונסין צריך ליתן לו אותן המעות [ומה שכ' בנתיבות (סי' רצ"ב ס"ק ט') ליישב דברי הש"ך דהוי כאלו נתן לו הבריה אם ירצה יהיה קונה בע"כ של המפקיד וכשאינו רוצה אין בו קנין לא יגהה מזור בזה רק לדברי הש"ך שם אבל לדברי הש"ך (סי' מ"ז וסי' צ"ט) שכ' לענין בעל חוב האומר שהמעות הן פקדון דאינו נאמן כיון דיש לו רשות להשתמש בהמעות ואמאי הא כ"ז שאינו רוצה לא הוי שלו ואכ"מ בזה] אם כן למה לא יהיה נאמן לומר שתבע ממנו פקדונו בעוד שהמעות בעין והיה חייב להחזיר לו ואף לדעת הש"ך מ"מ אף דקבע לו זמן בפקדונו כנראה צריך ליתן לו הפקדון מיד ממון אחר ואף אם כבר הוציאן לא קבע לו זמן לפקדונו שלא יהיה חייב להחזיר לו מיד כשיתבע ממנו ולמה לא יהיה נאמן לומר החזרתי. ומזה נראה דאם נאמר כדברי הכנה"ג דדוקא בפקדון דאסור ליגע בו קאמר ר"ת דל"א חזקה אין אדם פורע תו"ז אבל במותר ליגע בו ולהשתמש אף כשלא הוציאם המעות והוא בעין יכול לומר שזוכה בו להשתמש בהם ואינו חייב להחזיר עד שיבא הזמן שקבע ואף דאינו חייב באונסין לדידן דקיי"ל כר"נ מ"מ אם נתכוין לזכות בו הוא שלו בתורת הלואה וכמו שכ' הנתיבות וממילא אינו חייב להחזיר תו"ז. ומ"מ צ"ע דדוקא באם כבר הלוהו וקבע זמן לפרוע אמרינן כיון דצריך לו המעות עד זמן פלוני שקבע חזקה דאינו פורע מקודם אבל בלא הלוהו רק שנתן לו בתורת פקדון והמפקיד קבע לו זמן לא שייך לומר חזקה דאינו מחזיר קודם זמנו אף דמותר לו להשתמש להנפקד בהפקדון

מ"מ דלמא לא צריך לו המעות כלל וכשבא ותבע ממנו תו"ז כיון דעדיין לא נעשה לוה רק שומר כ"ז דלא גילה דעתו דזכה בהן בתורת הלואה למה לא יהיה נאמן לומר דלא הי' צריך לו והחזיר לו הפקדון כשתבע ממנו וכן נראה מדברי הרשב"ם ב"ב דכ' הקובע זמן לחבירו במלוה שהלוהו משמע דוקא בבא לידו מיד בתורת הלואה ודברי הכנה"ג צ"ע גם למה שכ' הסמ"ע דגלי דעתו דצריך להמעות עד הזמן שקבע ולכך בסתם הלואה ל"א חזקה דאינו פורע תוך שלשים אם כן בפקדון דליכא שום גילוי דעת רק דמפקיד לזמן לא הוי כקובע זמן לתשמישו ולמה לא יהיה נאמן לומר שהחזיר לו תו"ז כשתבע ממנו:

סימן טז

התובע לחבירו הלואה ואמר לא היו דברים מעולם או לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע והמלו' אומר לא נפרעתי חייב לשלם דכל האומר לא לויתי כאלו אומר לא פרעתי וכ' הרמב"ם וש"ע (סי' ע"ט) ואין המלוה חייב שבועה שהרי הוחזק זה כפרן וכ' המ"מ דבכ"מ דהוחזק כפרן אין צריך התובע לישבע וראיה מדין זה דאם איתא דהמלוה נשבע היאך מקבלין שבועתו נגד ב' עדים א"ו אינו נשבע והג"ת (שער כ"ו) הקשה על המ"מ מהא דמבואר שם בבעה"ת וברמב"ם הלכות מלוה במלוה שהתנה שיהיה לו נאמנות כב' עדים דנאמן נגד עדים וחייב לפרוע שנית אם תובע אותו הלוה אחר כך שחייב לו מפני שפרעו ב' פעמים דחייב שבועת היסת הרי אף דיש עדים דפרעו מ"מ כיון דפסלינהו לוה עצמו בנאמנות כמאן דליתנייהו דמי ה"נ בלא לויתי כיון דהלוה הודה דלא פרע פסל את העדים האומרים פרע וכמאן דליתנייהו דמי אלא הטעם דכאן אף אחר הפרעון אינו חייב היסת משום דהודאת בע"ד כק' עדים דמי. ובמל"מ מחלק דכאן שהוא שבועה כדי ליטול ואי אפשר שישבע נגד עדים אבל התם שהלוה תובעו מנה לי בידך לא פטרינן לי' משום דשבועתו נגד העדים ובקצוה"ח (סי' ע"א) כ' ולא אדע ההפרש בין ליטול או ליפטר. ברם י"ל לחלק כמו שכ' שם הקצוה"ח בעצמו לתרץ קושית הבעה"ת המובא בש"ך (סוף סי' פ"ב) בהא דאם הלוה אומר פרעתי מחצ' והעדים אמרו שפרע כולה דנשבע הלוה וגובה מחצה דלישתבע מלוה ולישקל כוליה שטרא דליטול אין מקבלין שבועתו נגד עדים כיון דלדידן העדים כשרים וכיון דלא מצי מלוה אישתבע הוא מפסיד לדעת הרמב"ם באם המלוה חשוד דנשבע הלוה ונפטר. וכיון בזה לדעת הרמ"ה ב"ב פי"נ (סי' קכ"א) הבאתי לעיל דיני עדות (סי' י"ט) ואם כן כמו כן י"ל כאן אם היה הדין שישבע המלוה ויטול לא היו יכולים להניח לו שישבע כיון דיש שני עדים הכשרים לכל עדיות שבעולם רק נגד הלוה והמלוה המה אמרו שמשקרים דהלוה הודה שלא פרע כיון דאומר שלא לקח הלוא' והוד' שמשקרים והמלוה אומר גם כן שמשקרין במה

שאמרו שפרע אבל שישבע להכחישם זאת בלתי באפשרות שישבע ואחר כך יהא נפסל על ידי עדים שהעידו שפרע וכיצד יניחו שישבע לשקר וגם המלוה א"י לישב' שיפסל אח"כ וכיון דלא יוכל לישבע הי' מפסיד וכיון דמבוא' דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי והמלוה גובה על כרחך דאינו חייב שבועה שישבע ויטול דאם היה חייב לא היה יכול לגבות כיון דעדים יכחישו ויפסלו אותו ושם בנתן למלוה נאמנות באמת אינו יכול לישבע דלא קבל הפרעון דזה לא נוכל להשביעו שיפסלו אותו העדים וכיון דלא יכול לישבע כזאת לא יפסיד להוציא ממנו כמו דלא נחתינן לנכסיו אם אינו רוצה לישבע או שהוא חשוד ובודאי אין מניחין אותו לישבע להכחיש שני עדים רק משתבע דלית ליה זוזי אצלי וכמו שכ' התומים (סי' ע"א ס"ק ו'). ומה שכ' הג"ת כיון דפסלינהו הלוה עצמו בנאמנותו כמאן דליתנהו דמי זה צ"ע אם הוא פוסל אותם וכי אנן פסלינן להו וכי נניח אותו שישבע לשקר נגד ב' עדים. וכן מה שכ' שם התומים דהוא משתבע ונפטר ונעשה אחר כך חשוד הניח בצ"ע דכי נניח גם זאת שישבע ועל כרחך צ"ל שם דנשבע שאינו חייב לו ודי בזה כי יכול להיות שכבר החזיר לו ואין צריך לברר שבועתו בזה ועיין מה שכתבתי לעיל בדיני עדות (סי' ו') מזה:

ודעת בעל העטור שם בבעה"ת דבתר דפרע ליה משתבע ליה אזוזי קמאי ובג"ת שם מקשי הא הודאת בע"ד כמאה עדים וכמו שכ' שם הבעה"ת דהא ב"ד סהדי קמייהו דלא פרע ליה זימנא אחרינא מהלואה זו י"ל דס"ל כמו שכ' שם בתומים דהא דמחייבין ליה לפרוע וכי נחשדו העדים דמשקרי רק הואיל דהודה דלא פרע הוי ליה הך פרעון מחילה ומתנה כמו בטענו חיטים והודה בשעורים דהו"ל מחילה. ובאמת א"ד לשם דשם עכשיו מוחל לו וחל המחילה מהשתא אבל כאן אנו דנין על פרעון הראשון וכיון דיש עדים שאמר לו שמשלם לו על חוב זה שחייב לו ממה שלוה ממנו אותו הלואה שהעדים מעידין עליה מה מועיל המחילה אחר כך במה יתחייב מחדש וצ"ל דסובר דמה דמהני גזה"כ דהודאת בעל דין מועיל יותר מהעדים והיינו אף דעדים ראו שפרע ההלואה נאמן ע"ע שהפרעון זה לא הוי בגדר פרעון רק במתנה או מצד אחר ומהני הודאתו על למפרע ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד) דמכי הוא זה מוכח דנקטינן ההודאה על למפרע [אולם בתומים (סי' קי"ט ס"ק ו') מבואר דהודאתו לא מהני על למפרע ואכ"מ בזה] ואם כן י"ל דלכך מחייבין אותו הב"ד לשלם כיון דהלוה מודה שלא פרעו נאמן יותר מהעדים אבל מ"מ אם המלוה יודע בעצמו שפרע לו ולא התכוין לזכות אז בפרעון הראשון על ענין אחר או על סטראי או במתנה ודאי לציד"ש חייב להחזיר לו כיון דמודה דלא קבל ממנו כלל וממילא לא התכוין לזכות בהממון על חוב זה דאם יודע בעצמו דממונו בידו שפיר יכול

לחייבו אח"כ היסת דאינו חייב לו. אולם דעת כל הפוסקים דע"ז לא נתקן היסת כיון דהב"ד הם עדות שלא פרעו:

והתומים כ' בכוונת הרמב"ם דקאי על שבועת המלוה אם הלוה יטעון שישבע לו אם הלוה לו די"ל כיון דבזה לא ישבע להכחיש העדים חייב לישבע ואף די"ל צורך שבועה זו למה כיון דהעדים מסייעי ליה ז"א כיון דהמלוה מודה דהעדים שקרי נינהו דהא העידו שפרעו לכך כ' הרמב"ם כיון דהוחזק כפרן לא תקנו חז"ל שבועה דלא תקנו היסת לכפרנים ומוחזקים עפ"י עדים בב"ד לשקרנים. ויש לגמגם טובא בדבריו דמ"ש דלא תקנו היסת לכפרנים היסת מאן דכר שמיה הא קודם הפרעון לא שייך היסת רק היה ס"ד שיהיה נשבע ונוטל. דלאחר הפרעון כ' אחר כך והרמב"ם לא זכר מאחר הפרעון רק כ' סתם ואין המלוה חייב שבועה שהרי הוחזק זה כפרן ולא הזכיר היסת. וגם מ"ש כיון דהמלוה מודה דהעדים שקרנים הם אינם מסייעי למלוה על הלוא' זה דבר תימא הא כבר הוכיחו האחרונים מזה אף דעדותם שפרע לדברי המלוה הוא בשקר מ"מ מה דהעידו מקודם שלוה לא נתבטל כיון דנשארים כשרים לכל העולם אף לדברי המלוה שהעידו בשקר שפרע מ"מ לא מיפסלי תוכד"ד ונשאר עדותן על הלואה בחוזק ובכשרות ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שבסוף ס' דברי משפט (סי' ל') ובמ"ש אני הצעיר לעיל דיני עדות (סי' מ"ג) לדון בזה דאם לא העידו על הלואה ופרעון בשני דיבורים רק העידו דראו הפרעון י"ל כיון דהמלוה מודה דעדי' שקרני' הם לא מחייבינן לשלם עיין שם מה שכתבתי בזה שם כמה הערות אם כן אם אמרו דאוזפי' ופרעי' צורך שבוע על הפרעון למה כיון דהעדים מסייעי לו ואז עדותן היה בכשרות אף לדברי המלוה:

ועיין בספר ש"מ שיצא לדון בדבר חדש דאם המלוה טענו בספק הלואה והעדים מעידין שלוה ופרע והלוה אומר להד"ם והמלוה יודע שלא פרעו בזה כיון דלדברי המלוה שיודע שלא פרעו והעדים שקרנים הם דלמא משקרים גם כן בהלואה ואינו יכול להוציא מספק. ולמה שכ' ז"א כיון דמה שהעידו על הלואה היה בכשרות ולא נתבטל תוכד"ד יכול לסמוך על עדותן ועיין בדבריו (סי' צ"ב סק"ח) באורך דמדמה אותו לז"א של אבותי וז"א של אבותי והאי אייתי סהדי דאבהתי ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה ש"ח דס"ל לרבא פרק חה"ב דעדות מוכחשת הוא דלאותו עדות פסולים עיין שם בדבריו ומלבד דאנן פסקינן שם כר"נ וארעא בחזקת אבהתי כיון דיכולין להעיד עדות אחרת לא נתבטל מה שהעידו תוך כדי דיבור כמו שכ' בש"מ ב"ב (דף ל"א) משם הרשב"א אף דפסולין להעי' ביחד ואף לרבא דסובר שם כיון דהוחזקו לשקרנים על אותו קרקע נתבטל עדות דאבהתי הוא משו' דנפסלו להעיד יחד. אבל כאן מה דאומר שפרע אף

דלדברי המלוה המה פסולין כיון דלכל העולם הם כשרים אף אם נאמר דאצלו פסולין כיון דיודע שהעידו בשקר שפרע מ"מ לא נתבטל מה שהעיד מקודם ולא שייך בזה לומר עדות שבטלה מקצתה וכמו שביאר כ"ז אאמ"ו ז"ל באורך. דהיכא דנשאר לכל העולם בכשרות לא נתבטל מה שהעיד מקודם וממילא הדין אף אם אינו יודע מהלואה רק על ידי עדים שהעידו שלוה ופרע אם יודע בברי שלא פרע דגובין ממנו ואף באם אינו יודע מהלואה וגם מפרעון אינו יודע בודאי יכול לגבות ולסמוך על הודאת הלוה ודלא כמו"ש הש"מ כיון דמה שהעידו על הלואה הוא בכשרות עדות יכול לסמוך עליהם בהלוא' ועל הפרעון יכול לסמוך על הודאת הבע"ד דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי כנלע"ד:

וראיתי בנתיבות שכ' על דין זה וא"ל דהא העדים פסולין כיון שאומרים שפרע והוא מודה בעצמו שלא פרע דז"א די"ל כמו שכ' הר"ן בפ' שה"ד דהעדים זוכרין יותר ממנו וכל הרואה ישתומם על דברים האלה דאם קושיתו שהעדים פסולין נגד הלוה הא עיקר החיוב הוא מטעם הודאת בע"ד שהוא מודה שלא פרע כיון דאומר דלא לוה ואנן אמרינן דהעדים כשרים ונאמני' על הלואה ועל הפרעון הוא מכחיש את העדים ונאמן יותר ואם נאמר דכיון דהעדים פסולין יהא הוא נאמן דלא לוה זה בלתי באפשרות להאמין לו נגד העדים והדברים מבוארים בריטב"א שבועות שם משם איכא דק"ל כיון דסהדי לא מהימני מכלל דפסולין הן והאיך הלוה מוחזק כפרן על פיהם וכ' ולאו מילתא הוא דודאי העדים כשרים הם אלא דכיון שהוא כמודה על עצמו שלא פרע הוא נזוק בנכסיו ופוסלם עליו לפי שהודאת בעל דין לחובתו חשיבא לחיוביה כנגד ק' עדים שיעידו לזכותו כו' וז"פ עכ"ל. ומה שכ' הנתיבות על פי דברי הר"ן דהעדים זוכרין יותר ממנו אין ענין לכאן הר"ן כ' שם זאת על האומר פרעתי מחצה והעדים אומרים שפרע הכל דבזה י"ל פרעתי מחצה הוא ע"כ אני זוכר והוי ספק הכחשה מה שאין כן אם אומר לא לויתי זה הוי הכחשה ודאית נגד העדים ויבואר לקמן עוד מזה:

ובההיא ענינ' דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי יש להעיר במתניתין דריש ב"מ בשנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וז"א אני מצאתיה דקתני בזמן ששניהם מודים או שיש עדים חולקין בלא שבועה ואמרינן בגמרא זאת אומר' המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאי לא"ה תעשה זו כמונחת ע"ג קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה ורבא אמר די"ל מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה ועיי"ש ברש"י דכשמגביה מגביה לדעת שיקנה בה חבירו חציה ושם בריטב"א ובש"מ דאם מגביה מציאה לחבירו ל"ק האיך הם מתעצמין עליה ונשבעין וחולקין הא כל הרוצה לזכות בה יכול לזכות ולחטפה עיין שם אם כן היכא דיש עדים דתרווייהו בהדדי אגבוה והם מתעצמין כל א' אומר אני הגבהתי

תחילה אם כן שניהם מודים דלא התכוונו כל א' לזכות בעד חבירו רק כל א' אומר שהוא הגביה תחילה ונתכוין לזכות בה לעצמו והעדים מעידין שהגביהו שניהם ביחד נימא הודאת בעל דין כק' עדים דלא הגבהו תרווייהו בהדדי ולא התכוונו כל א' לזכות בעד חבירו וממילא תעשה כמי שמונחת על גבי קרקע ולא יזכה בה לא זה ולא זה כיון דכל אחד שאומר שהוא הגביה תחילה מכחיש להעדים ואנן סמכינן אעדים דתרווייהו בהדדי הגביהו והם מודי' דלא התכוונו כל א' לזכות בעד חבירו ממילא אינו בחזקת שניהם ונשאר הטלית הפקר מה דביני ביני שאינו תופס בה כל א' כמבואר שם וכיצד משכחת הא דקתני בזמן ששניהם מודים או שיש עדים דמשמע כשיש עדים אף אם אין שניהם מודים הא כשיש עדים דבהדדי הגביהו והם אומרים להכחישם וכל א' אומר אני הגבהתי תחילה נשאר הטלית הפקר וכל הבא לזכות בה יכול לזכות ויש ליישב שם בסוגית הש"ס ואכ"מ:

ודע דכמו דלענין ממון אמרינן הודאת בעל דין ולצרף העדים לחייבו אף דלדברי העדים הוא פטור יש לחקור אם אמרינן כמו כן לענין איסורין במקום דשוי' אנפשיה חתיכה דאיסורא אמרינן אף אם בהגדת העדים לבד אין כאן איסור והוא מכחיש להעדים ולדבריו אין כאן איסור. ובתשובת ראנ"ח ז"ל (ח"א סי' מ"ה) מסתפק בזה ודן שם באשה אחת שנתעברה ואמרה מפלוני הרה שקדשה בפני שני עדים כשרים כדת ואחר כך בא עליה והאיש מכחיש בה שלא קדשה ולא בא עליה והאשה הוציאה שטר קידושין חתום בחתימת העדים ודן שם אם יש מקום לומר דכיון דאמר שלא בא עליה אם כן זינתה ואסורה עליו אף דהוא אמר שלא קדשה ולפי דבריו היתה פנויה ולא שויא עליה חתיכה דאיסורא אעפ"י שהוכחש מהעדים ומחזקינן למקודשת לענין התרה לשוק מ"מ כיון שמצד עדות העדים לא נאסרה עליו אלא מצד דבריו ולפ"ד אינה אוסרה שהוא מכחיש לקידושין וטעמא דשויה אנפשיה חתיכא דאיסורא לאו משום שהדבר אמת אלא משום הודאת פיו ואפשר ג"כ לומר כיון שהוכחש מהעדים ע"ד הקידושין הו"ל כמאן דלית' כיון דאנן סהדי שקדשה והוא אומר שלא בא עליה הא שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ואסורה עליו והסברא נוטה לכאן ולכאן ודבר זה צריך חיפוש בספרים והביא ראיה מהא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הרי אף דלדברי עדים אין כאן חוב מ"מ כיון דלפי דבריו דלא פרע אף דלדבריו גם כן אין כאן חוב מ"מ כיון דהוכחש מהעדים נקטינן הודאתו כק' עדים לחוב עכ"ד. ובאמת בנידונו י"ל דאף אביי מודה כיון דהם שני דברים ואנן אעדים סמכינן דקדשה והיא בחזקת א"א אף דהוא מכחיש ומ"מ אם נאמינו שלא בא עליה ממילא אסורה עליו ולא שבקינן לי' לבא עליה דלדבריו הוי א"א שזינתה:

וראיתי למאור הגולה מרן רע"א ז"ל בחידושיו לכתובות (דף כ"ב) דכ' בהא דעד א' אומר נתגרשה ועד א' אומר לא נתגרשה תרווייהו בא"א מסהדי וכתבו תו' דאינו נאמן האומ' נתגרשה במגו דאי בעי שתיק דרוצה להעיד כדי לפוסלה מכהונה והקשה ממנ"פ אם אומרת גרוש' אני פסולה בלא עדותן ואי דאומר' לא נתקדשתי אף בב' מעידין על הגירושין אסורה דבמה דאומרת לא נתקדשתי מוכחשת מהעדים ולגבי עדותם על הגירושין היא מודית דלא גירשה כיון דאומרת לא נתקדשתי בכללו דלא נתגרשה והוי כהאומר לא לויתי כו' וכ' ואולי י"ל דדוקא בממון אמרינן דהודאת שלא פרע מהני משום הודאת בע"ד אבל באיסור באם מכחיש להעדים הוא רק מדין שוי' אנפשיה חתיכא דאיסורא לא שייך לומר דהא מודית דלא נתגרשה ושויה אנפשיה חתיכא דאיסור' דהא אומרת דלא נתקדשה ולא אמרה מעולם דהיא אסורה. הרי דנסתפק גם כן בזה אולם גוף קושיתו לא אבין די"ל היא אומרת שזרק לה גט וגם כן אינה יודעת אם קרוב לו או לה ועוד כיון דאומרת דנתגרשה על ידי עדים הללו אם מוכחשת מן העדים לא אמרינן שויה נפשיה חתיכא דאיסורא כמו שכ' תשב"ץ מובא בשעה"מ (פ"ט הי"ו) מאישות באם אומרת נתקדשתי בפני פו"פ והמה מכחישים אותה דאינה אסורה בקרוביו דלא שוי' נפשה חתיכה דאיסורא אלא בעדות אותן העדים והרי הכחישו' ועיין שם בשעה"מ ואם כן ה"נ אף דאמרה דנתגרשה בפני פלוני ופלוני מ"מ כיון דא' אומר דלא נתגרשה לא הוי נפסלה לכהונה בדבריה והוכרח השני לומר דנתגרשה שהב"ד ידונו אם נפסלה לכהונה.

ועיין ברמ"א אה"ע (סי' מ"ב ס"ג) דהמקדש והמתקדשת צריכין שיראו העדים ואפילו שמעו העדים שאמרה שמקבלת לקידושין יכולה לומר לשחוק בו נתכוונתי שיודעת שאין קידושין בלא עדים ודוקא שאומרה שכיונה לשחוק בעלמא אבל במכחשת שקבלה והעדים מעידים שקבלה שוב א"נ לומר לשחוק כוונתי והוי קידושין הרי אף דהיא מכחשת לגמרי ולדבריה לא נתקדשה והעדים אינם יודעים אם קבלה לשם קידושין מ"מ כיון דאמרה להד"ם מקבלין הודאתה שלא שחקה בו ואף אם תטעון מעתה ששחקה בו אינה נאמנת ועיין שם בח"מ משם מהר"ם פאדווה דמדמה לכל האומר לא לויתי הרי אף דבלא הודאתה דלא הוי כוונתה לצחוק אין כאן עדות ורק אם אמרה דלא הי' כוונתה לצחוק מ"מ מקבלין הודאתה אף דמכחשת הדבר לגמרי. אולם אינו ראיה משם דשם לאו מטעם שויה נפשה חתיכה דאיסורא אתינן עלה רק באם הודית דלא הוי כוונתה לצחוק הוי גוף הקידושין בעדים וכיון דמכלל כפירתה דלהד"ם הוי כהודית דלא הוי לצחוק שוב הוי קידושין בודאי לדעת הרמ"א ומהרמ"פ שם דאף בעדי הכמנה סגי לקידושין אם ידענו דלא כוונו לשחוק. אבל במקום דאף לדברי העדים אינה אסורה רק בהודאתה

שוי' נפשה חתיכה דאיסורא בזה י"ל דהודאה מתוך כפירה לא מקבלין לענין שאח"ד וכמו שכ' הגרע"א ז"ל. ושם ע"כ דעת מהרמ"פ ורמ"א דאף דיש ספק לעדי' בכוונתם אם מודים דלא הי' כוונתם לשחוק הוי כמקדש בעדי' ובח"מ שם הקשה באמת על דין זה דהוי כמקדש בלא עדים וגם הא בד"מ קיי"ל (סי' פ"א) דאף דאמר להד"ם אנן טענינן ליה טענת השטאה ומילי דכדי לא דכירי אינשי. וע"כ צריך לומר בדעתם דלכאורה מה"ת נאמר דכוונתם הי' להשטות הא היכא דעבדו מעשה ל"א דכוונתם להשטות דאין אדם עושה מעשה לבטל' וע"כ הטעם אף דהוי אומדנא דאין אדם עושה מעשה לבטלה מ"מ יש אומדנא דמוכח כנגדו דהכל יודעים דמקדש בלא עדים לאו כלום הוא ואם כן הוי ספק לכל העולם אם כוונתם לשחוק או לקידושין והוי ספק אז להעדים לכן אם אומרים אחר כך דכוונתם הי' לקידושין המה מאז עדים על מעשה קידושין ואף דהוו עדים רק על ידי הודאתה דלא היה הכוונה לשחוק מ"מ באם לא אמרה כן הוי מקדש בעדים עיין ב"ש (סי' ל"א) ובנ"ב מהד"ק (סי' נ"ח) דהיכא דהוי ספק להעדים אם היא מודה הוו קידושי ודאי. ולכך ממילא כשאמרה להד"ם הוי הודאה דלא היה הכוונה לשחוק והוי כמקדש בעדים ומילי דכדי ל"ה כמו שכ' הח"מ כיון דיש נ"מ לענין כ"ק אם כוונתה היה להשטות מחויבת להחזיר הכסף קידושין ואם מכחשת הכל אינה מחויבת להחזיר ממילא לא הוי מילי דכדי והודאתה מתוך כפירה משוי לעדים בחוזק מה שאין כן היכא דלדבריה מותרת וכן לדברי העדים רק הודאה מתוך כפירה נקבל יותר מהעדים ולומר דשויה נפשה חתיכה דאיסורא עדיין צריך ראיה אם אמרינן כן כיון דאין כאן הודאה לאיסור. וגם בהך דינא דמהר"פ ראיתי בתשובת ב"י דיני קידושין (סי' י') דחכם א' כ' כן באומרת להד"ם דומה להאומר לא לויתי ואינו יכול לחזור ולומר לצחוק נתכוונתי וכ' דלא הוי מילי דכדי כיון דהיה מעשה דכירי להו אינשי והב"י כ' שם דכיון דבין לדברי עדים בין לדברי' אינה מקודשת אע"ג דלדברי עדים נצטרך לומר ששחקה בהם ולדברי א"צ מ"מ ל"ש לומר אנן לא טענינן לה ומדבריו נראה דהודא' מתוך כפירה ל"א דשוי' אנפשיה ח"ד:

סימן יז

כתב בש"ע (סי' ע"ט) דאם לא הוי הכפירה בב"ד לא הוחזק כפרן אבל אם אמר התובע לעדים שכפר בפניהם אתם עדים שטען לא לויתי ושתק אם חזר וטען פרעתיך קודם לכן א"נ אבל אם אמר פרעתיך אחר כך נאמן. וברמב"ם (פ"ו) מטו"נ כ' ולעולם אינו מוחזק כפרן עד שיכפור בב"ד ועיין בבעה"ת (שמ"ב) שחילוק יש בין הכופר בב"ד לכופר בעדי' באתם עדים דלא אמרינן בזה הוחזק כפרן ואם אמר פרעתי אחר כך נאמן אבל פרעתי

קודם אינו נאמן והמרי"ט (סי' ל"ו) הוסיף להוכיח דאף דקיי"ל הוחזק כפרן לעולם בממון זה היינו דוקא על ידי עדים שהעידו שלוה והוא אומר לא לויתי והעדים ראו גוף ההלואה אבל אם לא ראו רק שהם מכחישים אותו עפ"י הודאתו שאמר לפניהם הן נהי דנתחייב עפ"י הודאתו ולא מצי למימר טעיתי וכיוצא מ"מ לא הוחזק כפרן עפ"י עצמו ובקצוה"ח הסכים לדבריו. ובס' ש"מ משיג ע"ז והעלה לדינא אם טען בפני עדים לא לויתי וכשתבעו אחר כך בב"ד טען שפרעו קודם נעשה הוחזק כפרן בהודאתו שאמר לפני עדים לא לויתי דהוי כאומר לא פרעתי ושוב אף שיצא מב"ד אינו נאמן לומר פרעתי אחר כך והא דכתב הטוש"ע באומר פרעתי אחר כך נאמן היינו אם טוען תחילת ביאתו לב"ד שפרע אחר שאמר לעדים לא לויתי דבכה"ג אמרינן דבחוץ לב"ד ל"נ הוחזק כפרן ולדעת מהרי"ט מעולם ל"נ הוחזק כפרן עפ"י הודאתו שהוא על פי עצמו נהי דנתחייב לשלם אבל כפרן לא הוי ולדבריו הפירוש אם אמר פרעתיך אחר כך היינו אף אחר שיצא מב"ד במקום דל"ה כמלוה בשטר נאמן:

ומצאתי בחידושי ריטב"א שבועות (דף מ ע"ב) דמבואר להדי' כדעת מהרי"ט שכ' להקשות בהא דריש ב"מ מה לצד השו' שבהן שכן אינו מוחזק כפרן תאמר בעדי' שהוחז' כפרן הא שמעינן ממתני' שאדם מוחזק כפרן ע"פ הודאתו וכ' לתרץ דאילו מוחזק בעדי הלוא' שטען לא לויתי הוחזק כפרן לאותו ממון לעול' שלא אמרו הכופר במלוה כשר לעדות אלא לעדות או לדינין דעלמא אבל באותו ממון אינו נאמן ואילו במוכחש בעדי הודאתו לא שמענו שיהא מוחזק כפרן ומעתה גם בזו י"ל דאמרינן בשמעתא דר"ח שאין אדם מוחזק כפרן על פיו וזו מן הדברים שדנתי בפני רבותי עכ"ל הרי מבואר דעל ידי הודאתו בפני עדים אף שכפר אחר כך בב"ד ויצא חייב מ"מ ל"נ הוחזק כפרן אף לממון זה שלא יהיה נאמן לומר אחר כך פרעתי ורק אם היו עדי הלואה ואחר כך אף דנעשה כפרן על ידי הודאתו בזה הוחזק כפרן לכ"ע וכמבואר בריטב"א ב"מ (דף ט"ז) ועיין לח"מ (פ"ו) מטו"נ. ומה שעמד הש"מ מהוכחת הבעה"ת מהא דצריך לומר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי הא שם היו עדים על הפרעון כבר עמד על זה במהרי"ט (שם סי' מ"ו) ומה שהוכיח מהא דתבעו בב"ד ואמר להד"ם ואחר כך הוציא המלוה מת"י כ"י דהוחזק כפרן הרי דעל פי כ"י הוחזק כפרן שא"נ לומר פרעתי אף אחר כך ומה לי הודה בפני עדים או כ' בכ"י שחייב לחבירו הא אינו מתחייב רק על פי הודאתו לבדו אינו ראי' מזה די"ל דוקא במתחייב בהודאתו לבדו אף דיוכל להיות שטעה ומ"מ לא מצי טען טעיתי וכי"ב מ"מ לא הוי הוחזק כפרן על ידי הודאתו שלא יהיה נאמן לומר אחר כך פרעתי כיון דכל מה דאמרינן הוחזק כפרן לאותו ממון הוא רק מדרבנן כמבואר בש"מ

ריש ב"מ די לנו לומר רק היכא דהוכחש מפי עדים שהוא בירור הדבר לא כשהוכחש על פי הודאתו לבד במה שאמר הן משא"כ בעשה מעשה ונתן כ"י דהוי כאנן סהדי דמשקר ונתפס לכפרן דבזה כ"ע ידעו דלא טעו אינשי בכך לכך נעשה כפרן. ובספר ראש יוסף (סי' ס"ט) כתב ואפשר דאף דאמר מעיקרא להד"ם ואחר כך כשהוציא כתב ידו אמר פרעתי ושכח מאותה הלואה ועכשיו בראו' כ"י ראה ונזכר אף שכבר פרע נאמן דשכחה מצויה עיין שם אולם מדברי הסמ"ע והב"ח מבואר דאינו נאמן והיינו דזה אינו מצויה כלל לטעות מה שאין כן היכא דנתפס לכפרן על ידי עדים שהודה בפניהם י"ל דלא נעשה כפרן לעולם וכמו שכ' הריטב"א ז"ל:

אך בדברי הבעה"ת הדבר ברור דכוונתו שם בראייתו מש"ס ב"ב דכן מביא משם הראב"ד והדברים מבוארים שם בריטב"א משם הראב"ד לתרץ מה דקשה ל"ל לרב אשי טעמא דכאומר לא פרעתי דמי דהך טעמא צריך דלא להני ליה עדי פרעון אבל היכא דאין כאן טענת פרעון ולא עדי פרעון רק הוא טוען שלא לוה מעולם ובאו עדים שלוה שהוא חייב כטוען לא היו דברים מעולם ובאו עדים שלוה שהוא חייב וע"ז כ' משם הראב"ד דהא דטעין להד"ם היה חוץ לב"ד אילו לא היינו אומרים דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ כיון דאית להו מגו מסרסינן דבוריה או איהו נמי מפרש ליה דהא דאמר להד"ם פרעתיו בעי למיטען רק משום דתבע לי' מה דלא הוי חייב קפצתי ואמרתי להד"ם עביד אינש דלא מגלי כולה טענתיה אלא בב"ד אבל כאן כיון דאמר כאומר לא פרעתי אי אפשר לסרס לשונו ולומר פרעתי בעי למימר דהא אמר מעיקרא שלא פרע עיין שם הרי ממש דדברי בעה"ת סובב גם כן על ש"ס דריש ב"ב הנז' וחזינן דדוקא להכחיש טענתו שחוץ לב"ד א"י וחייב לשלם ואם טען וכפר בב"ד נעשה הוחזק כפרן אף באינם העדים מכחישין רק הודאתו וכן מבואר עוד שם בריטב"א דבהוכחש בעידי הודאה הוי הוחזק כפרן. וביותר כ' שם משם הרשב"א שהיה אומר דהואיל דכל האומר לא לויתי כאומר ל"פ אם טוען לא לויתי ואחר כך אמר פרעתי כיון דהוי כמודה מקודם בפני ב"ד דלא פרע הוי כחוזר מחיוב לפטור כיון שבכלל טענתו הי' שלא פרע וכ' וכן נרא' וזכרוני שהרבה דנתי בזה לפני מורי הרשב"א ז"ל ובפרט זה כל הפוסקים בטוש"ע חולקים על זה אבל מ"מ אם הוכחש על ידי עדי הודאתו בב"ד כנראה שם דעת כולם דהוי הוחזק כפרן מלבד הריטב"א בסוף דבריו כ' במוכחש בעידי הודא' לא שמענו שיהא מוחזק כפרן וצ"ע אם לא יכול המוחזק לומר קים לי בזה כדעת מהרי"ט כיון דיש לו לסייעתו דברי הריטב"א ובפרט כיון דהך דינא דהוחזק כפרן דא"נ לאותו ממון הוא רק מדרבנן וכמו"ש מדברי הש"מ ריש ב"מ:

ומ"ש הש"מ בביאור דברי הטוש"ע דאם אמר פרעתי אחר כך דנאמן היינו כשאמר תחילת ביאתו לב"ד שפרע אחר שאמר לעדים לא לויתי דבכה"ג נאמן דבחוץ לב"ד לא הוחזק כפרן ראיתי בנתיבות דלא הבין כן בדברי הבעה"ת רק באם לא כפר בב"ד רק בפני עדים טען להד"ם ואחר כך הביא התובע עדים בב"ד וחייבוהו לשלם ואחר שיצא הפ"ד לשלם אומר שפרע בזה נאמן הואיל דלא כפר בב"ד אבל אם טוען שפרע קודם שתבע אותו בב"ד אינו נאמן דכיון שכפר בפני עדים חזינן דדעתו היה לכפור ודאי לא פרע אח"כ רק אם כפר חוץ לב"ד ואחר כך הביא המלוה עדים בב"ד שלוה ובב"ד שתק ולא כפר כיון שראה שבאו עדים וחייבוהו לשלם בזה לא הוי הוחזק כפרן לעולם וכ' דכן מבואר בבעה"ת שכ' אבל אם אמר אחר שנתעצמו בדין פרעתי נאמן אבל לטעון בב"ד פרעתי קודם שיחייבוהו ב"ד אינו נאמן כיון שהיה דעתו לכפור חוץ לב"ד ודאי לא פרע והוסיף לומר דפרעתי אחר שכפר אף בלא אמר אתם עדים אינו נאמן והא דצריך אתם עדים הוא כדי שלא יוכל לומר פרעתי קודם ומה שאמרתי לא לויתי לא בדיוק אמרתי אבל אם אומר שפרע אחר כך הרי הודה שחייב לו אז בשעת תביעה ולא הי' לו להשטות וע"כ דעתו היה לכפור שוב אינו משלם בלא ב"ד. והמעיין בבעה"ת יראה דאינו מוכרח דמתחילה הביא האיכא מ"ד דשלא בפני ב"ד לא נקרא הודאה כי אם טענה שמה ועביד אינש דלא מגלה דעתו אלא בב"ד ויכול לטעון פרעתי בין אחר כך או פרעתי קודם לכן ואח"כ כתב ואיכא דפליג כיון דטען לא לויתי באתם עדים אף שלא בפני ב"ד כאומר לא פרעתי וכ' ואם חזר ואמר פרעתי קודם לכן אינו נאמן שכבר הודה כאלו אמר לא פרעתי אבל אם אמר אחר מכן שנתעצמו בדין פרעתי נאמן ולא הזכיר כלל שיהיה הכוונה אחר שיצא הפ"ד ופשטות דבריו משמע דלעולם נאמן לומר אח"כ פרעתי ורק אם אומר שפרע קודם שאמ' לא לויתי בזה אינו נאמן דהודאה חוץ לב"ד באתם עדי הוי הודא' אבל אם אומר שאחר כך נתן על לבו ונזכר שלוה ופרע לו למה לא יהיה נאמן בזה והמעיין עוד שם יראה שרק בדקדוק כ' הבעה"ת דפרעתי קודם לכן אינו נאמן שכבר הודה ומ"ש אחר שנתעצמו בדין פרעתי נאמן היינו אם לא כפר בב"ד רק כשנתעצמו בדין אמר פרעתי אחר כך נאמן והיינו אף אם בתחילת ביאתו לב"ד אמר פרעתי אחר שאמר לא לויתי נאמן ואם לא אמר כלל ולא כפר בב"ד ויצא חייב ג"כ לא הוי הוחזק כפרן בהודאתו וכפירה חוץ לב"ד. ואין סברא לומר דאחר פ"ד יהי' לומר פרעתי אף דהוחזק כפרן ע"י כפירתו חוץ לב"ד וע"כ צ"ל דכל כפיר' חוץ לב"ד תלינן ביות' באשתמוטי ולמה נאמר דאם טוען שפרע אחר שכפר קודם שתבע אותו לב"ד דלא יהיה נאמן לומר שפרע אחר כך כשהיה לו מעות ומ"ש שם הבעה"ת להוכיח ממה דקאמר לא פרעתי דמי דמשמע שאם אמר

פרעתי לאחר שעמדתי בדין נאמן ואמאי נימא הוחזק כפרן וע"ז מתרץ דכפירה חוץ לב"ד אינו עושה לו להוחזק כפרן הא דנקט לאחר שעמדתי בדין היינו לרבותא דאף שהניח אותו לתבוע בב"ד מ"מ ל"נ הוחזק כפרן בכפירתו חוץ לב"ד אם לא כפר בב"ד אבל לעולם פרעתי אח"כ כשטען מיד כשבא לב"ד י"ל דנאמן מדקתני כאומר לא פרעתי דמי היינו דהוי הודאה מתוך כפירה ומשמע דרק פרעתי קודם לכן א"נ אבל לא לשלול דלא יהיה נאמן לומר פרעתי אחר כך דקודם שתבעו לדין ודאי כ"ז דלא באו העדים לב"ד הוי כמו מפטור לפטור דיכול לחזור ולדעת הר"י מיגאש אף אם באו עדי' אח"כ אבל אם הניח אותו לתבוע בב"ד והעדי' העידו שלוה בפניהם אף אם כפר בפני עדים חוץ לב"ד מ"מ יכול לומר פרעתי אח"כ שכפר הודאתו ושם על לבו. והא דאינו נאמן במגו לומר פרעתי קודם לכן במגו דפרעתי אחר כך כבר כ' הריטב"א שבועות שם דאין אדם נאמן לסתור הודאה שהודה בב"ד או בפני עדים בשום מגו [ועיין גד"ת (שער י"ב) דהקשה על הבעה"ת שם דאמאי אם טען פרעתי אחר שאמר אין לך בידי כלום דאינו נאמן כיון שמודה כשאמר טענתו על להד"ם היה כוונתו נהימניה במגו דאי בעי היה עומד בדברים הראשונים והיה מפרש מה אין לך בידי שכבר פרעתי ומתרץ כיון דהודה דכוונתו היה על להד"ם מחזקינן דלדידיה אין משמעות אחר לטענתו הראשונה ועיין ש"מ (ס"ק ה') שהאריך בקושיא על הטור ובעה"ת וכנראה לא שם עיניו על דברי הגד"ת]:

ודעת הרבינו יונה ז"ל מובא בטור אפילו כפר חוץ לב"ד. אינו נאמן לומר אחר כך פרעתי ועיין בטו"ז שעמד על דברי המחבר דבסי' (קמ"ו) הביא המחבר דעת רבינו יונה בשם יש מי שחולק דאף באמר חוץ לב"ד של אבותי ולא של אבותיך שוב א"י לומר של אבותי שלקחו מאבותיך הואיל דבא לזכות עצמו באותו טענה ומכללו הודה בחובתו תו לא צריך אתם עדים וכאן נמי כשאמר לא לויתי בא לזכות א"ע ומכלל זה יצא חובתו דהודה דלא פרע ואם כן אף חוץ לב"ד לא צריך אתם עדים ובתומים כ' לחלק דוקא כשאומר בפירוש לא של אבותיך ל"א דנתכוין להשטאה מה שאין כן באומר לא לויתי הא יכול לפרש דבריו לא נשארתי בהלוא' רק בב"ד מידק דייק וחוץ לב"ד דלא דייק יכול לפרש דבריו ואפילו טען להד"ם י"ל גם כן דלא דייק וכוונת דבריו דלא חייב כלום. אולם המעיין בדברי ש"מ ב"ב (דף ו' ודף ל"א) יראה להדיא דהר"י סובר דאף באומר לא לויתי חוץ לב"ד הוי הודאה אעפ"י שלא אמר אתם עדי שהרי לפטור עצמו היה בא ולא לחייב עצמו ובמהרי"ט שם (סי' ל"ו) כ' ומסתברא דאף הר"י לא אמר דהוחזק כפרן רק דוקא בהוכחש בעדים אפילו חוץ לב"ד כיון דאמר אתם עדים ולא חזר בו הוחזק לכפור ממון חבירו אבל כל שלא הכחישוהו עדים אלא שחזר וטען מטענה הראשונה

לא אמרינן הוחזק כפרן במה שטען בראשונה. והמעיין בדברי ר"י ובפרט בש"מ (דף ו') יראה דאף הודאה מתוך כפירה חוץ לב"ד הואיל דבא לפטור א"ע אם יש עדים שלוה שוב אינו נאמן. ועל כרחך הא דהודה מעצמו שטענה הראשונה היה בשקר שלוה באמת רק שפרע חוזר וטוען כמבואר בדבריו שם כיון דאם היה עומד בטענתו הראשונה היה זכאי יכול לזכות עצמו בטענה השניה אף דהיה בפני ב"ד ומידק דייק וא"י לפרש דבריו מ"מ כיון דהוי מפטור לפטור לא נוכל לחייבו על ידי הודאה הראשונה מתוך כפירתו ודלא כמו שכ' הריטב"א שבועות משם הרא"ה הנ"ל עכ"פ מבואר מדברי ר"י דאף בלא אתם עדים הודאה חוץ לב"ד מתוך כפירה הוי הודאה וא"י לחזור ולומר פרעתי כשיש עדי הלואה. ואולי הש"ע הכריע כאן שלא להזכיר דעתו או משום סברות התומים או די"ל דשם הזכיר דעתו בשביל שהוא להחזיק הקרקע בחזקת מר"ק משא"כ כאן הוא להוציא ממון לכך לא הזכירו רק דוקא כשאמר אתם עדי:

ודע דלא מצינו בפירוש דהוחזק כפרן לאותו ממון לעולם דא"י לטעון אחר כך פרעתי אחר שכפר בב"ד רק היכא דעכ"פ התובע טוען טענת ברי נשאר החזקת חיוב וזה שהוחזק כפרן נפסל נאמנותו מדרבנן שלא יהיה נאמן לעולם ובאמת הדבר צריך טעם נכון למה ל"נ אשתמוטי ועיין גד"ת (שער י"ב) דכ' הא דא"צ שכנגדו לישבע כמו בחשוד ודבריו דחוקים למאד הא אף דאנן סהדי והודה דמעיקרא לא פרע מ"מ יכול להיות דפרע אחר כך ובריטב"א ב"מ מבוא' הטעם דהואיל דבא פ"א ע"י כפירתו לא תקנו חכמים בזה שכנגדו ישבע ויטול כיון דאינו חשוד רק על ממון זה עכ"פ גם מה דל"א אשתמוטי והפסיד נאמנותו על להבא בממון זה לעולם לא מצינו טעם מבורר למה אמרו חכז"ל כן אם כן די לנו לומר דאם התובע טוען ברי אבל אם התובע טוען שמא י"ל כיון דהוא להחזיק אמרינן ברי ושמא ברי עדיף:

ובזה מיושב דברי הש"ך (סי' קמ"ו ס"ק כ"ד) שכתב שאפילו הי' אומר בפירוש של אבותי מעולם אין במשמע לשון הזה ולא שלקחוה מאבותיך דהא יכול להיות שאבותיו דרו בו מעולם ואחר כך בסוף לקחוה מאבותיו ונהי דהוכחש במה שאמר מעולם מ"מ בחד יומא לא הוכחש ואם כן הרי טען שאבותיו דרו בו חד יומא ונטעון ליה שמא לקחוה אבותיו כמו שטענינן לכל יורש ולכאור' הא אפילו אומר לא עברתי בצד עמוד זה והוכחש אי לאו דמילתא דלא רמיא ולאו אדעתיה הוחזק כפרן וכן הקשה שם על הש"ך בזה בנתיבות ולמה שכ' כיון דבעד יורש מה דהב"ד טוענין הוא כמו טענת ברי כמבואר ברא"ש כתובות וזה שבא בעדי אבות א"י אם אביו מכרו לו ובא רק בטענת שמא לא איכפת לן במה דהוי הוחזק כפרן:

אם יצא מב"ד אחר שטען טענה שיתחייב בה א"י לתקן טענה הראשונה אף שיש בהלשון שסובל זה התיקון דשמא למדוהו לטעון שקר כמבואר (סי' פ') ודעת הש"ך דדוקא כשכבר פסקו הב"ד שחייב מכח טענתו אבל אם עדיין לא פסקו הב"ד ל"א דטענות שקר אנמרהו כיון דהו' חושב דגם בטענה שטען יזכה בדין והתומי' חולק ע"ד והביא ראיה מדברי הרמב"ם דכ' (פ"ז) מטו"נ דיכול לחזור ולטעון להכחיש טענה הראשונה וסומכין על טענתו האחרונ' אעפ"י שיצא מב"ד וחזר ולדברי הש"ך קשה מה אעפ"י שיצא מב"ד וחזר הא בזה אף דלא זכה בטענה הראשונה אין נ"מ ביצא מב"ד כיון דעדיין לא נתחייב בב"ד וראיה זו יש לדחות למה שכ' מהרי"ט (סי' מ"ו) במה שכ' הרמב"ם וסומכים על טענתו האחרונה דמה נ"מ כיון דתרווייהו לפטור הן ועמד ע"ז המריב"ל וכתב מהרי"ט דהיכא דבא עדים אחר כך והכחישוהו בטענה הראשונה כל שלא באו קודם הטענה השניה לא מקרי הוחזק כפרן ומהני ליה טענתו השניה שלא כדעת הרמ"ה ולכך כ' הרמב"ם דסומכין על האחרונ' ואין סותרין אותה אעפ"י שאפשר שהי' יודע שהי' עדים בדבר עיין שם ואם כן שפיר כ' רבותא אעפ"י שיצא מב"ד וחזר דאיכא למימר דנתודע לו שיש עדים נגד טענה הראשונה מ"מ כל זמן שלא באו עדים להכחיש טענה הראשונה יכול לחזור מפטור לפטור. ולעולם י"ל דמחיוב לפטור לפרש דבריו אף שיצא מב"ד כל זמן דלא פסקו הב"ד לחייבו לא חיישינן דשקר אנמרוהו לפרש דבריו. ומדברי הרשב"ם ב"ב (דף ל"א) בעובדא דז"א של אבותי וז"א של אבותי ואחד יש לו עדי אבהתיה והשני יש לו עדי חזקה דא"ל אביי לרבה מה לי' לשקר במקום עדים ל"א הדר א"ל אין דאבהתך הוא וזבינת' מנך כו' טוען וחוזר וטוען ומפרש רשב"ם משום דהיו מפסידין אותו כאביי הוצרך לחזור ולטעון כן דיקא נמי דקאמר גמרא א"ל אביי הרי דכבר היה אחר פס"ד וע"ז מביא הגמרא מחלוקת עולא דטוען וחוזר וטוען לפרש דבריו ונהרדעי אמרו אינו חוזר וטוען ומודה עולא כו' והיכא דבב"ד לא טען ואתא מאבראי וטען אינו חוזר וטוען מ"ט טענתיה אגמרוהו. נראה דמדייק משום דהיו מפסידין אותו כאביי היינו דכבר היה פס"ד וע"ז קאי הדין דאם יצא לחוץ דאינו חוזר וטוען אף לפרש דבריו יש להוכיח קצת כדברי הש"ך. אולם התומים הוכיח מדברי הריב"ש דאף דלא פסקו עדיין הב"ד כשיצא לחוץ אמרינן דטענתיה אגמרוהו אף לפרש דבריו וכן יש להוכיח מדברי תשובת הרי"ף (סי' קצ"ט):

וקצת יש לעיין מניין להפוסקים ללמוד משם דביצא לחוץ דאינו חוזר וטוען לפרש דבריו הא לא הוי בירור גמור דטענתיה אגמרוהו רק ספק דלמא וכן משמע שם בדברי תשובת הרי"ף דלמא טענה אגמרוהו וכן הוא בטור וש"ע (סי' קמ"ו) דחיישינן שמא

למדוהו לטעון שקר ושם אתי שפיר אף דהוא ספק אם למדוהו לטעון שקר ולפרש דבריו מ"מ מוקמינן להקרקע בחמר"ק כיון דיש לזה עדים שהוא של אבותיו. אבל מניין לנו בטענות שבא להחזיק שלא להוציא ממנו דאינו חוזר וטוען כשיש במשמעות הלשון לפרש טענתו הראשונה והרמב"ם והטור וש"ע כתבו דאם יצא מב"ד אינו יכול לטעון שמא אנשים רעים למדוהו לטעון שקר ואמאי נוציא ממון מספק כיון שזה צועק דלא למדוהו ורוצה לישבע ע"ז והב"ד אינם יודעים בבירור ומש"ס אינו ראיה דשם מוקמינן להקרקע בחזקת מר"ק. וצריך ישוב. ומ"מ י"ל דכ"ז דלא פסקו הב"ד יכול המוחזק לומר קים לי כדעת הש"ך דחוזר וטוען לפרש דבריו אף ביצא לחוץ רק אחר שנגמר הפ"ד בזה שפיר כיון דיש ספק לפנינו דיצא לחוץ ובא לפרש בזה לא מבטלינן הפס"ד וקם דינא שלא לסתור מה שאין כן כשעדיין לא יצא הפס"ד צ"ע להוציא ממון מחמת ספק דדלמא אגמרוהו לטעון שקר ועיין ש"מ דכ' אם הביא עדים על טענתו השניה מהני כשבא לתקן טענתו הראשונה וא"ד להא דסי' (קמ"ו) אף דיש ראיה להמחזיק דטענה האחרונה אמת מדאכל ג' שנים ולא מיחה דעדים אלימי טפי. ויש לגמגם בזה דהא ע"כ דמחזקינן לטענתו הראשונה כפשטו' לשונו בבירור כשיצ' לחוץ מדמוציאין ממון אם כן הודאת בעל דין יותר ממאה עדים ומה יועילו עדים לכן נראה אם כבר פסקו הב"ד כשיטת הש"ך אז אינו סותר דינו אף אם באו עדים דקם דינא ואם עדיין לא פסקו הדין נראה דאין מוציאין ממון אף בלא עדים וצ"ע:

סימן יח

אם תבעו שחייב לו מנה ואמר לו בפני עדים הן ולמחר אמר משטה הייתי בך צריך לישבע שהוא כדבריו שכוונתו להשטות כמבואר (סי' פ"א) ועיין ש"ך (ס"ק ב') ובתומים כ' הואיל דאמר בפה מלא שחייב לו וזה שכיון להשטות הו"ל דחיה בעלמא הו"ל יותר רגלים לדבר מסלע שנפל משנים ולכ"ע יכול להשביעו על כך אף מספק. ולפי דבריו היה נראה דאינו יכול להפוך השבועה דאינו חייב לו אף בטוען טענת ברי דחייב לו כיון דחייב גם כן לישבע דלא כיון להשטות והדברים צ"ע מניין לנו לומר דזה הוי רגלים לדבר יותר לחייבו שבועה כיון דע"כ טענת השטאה טענה מבוררת הוא והתומים בעצמו כ' דלמה לא אמרינן כיון דהודה דחייב ומתחייב בזה מה בכך דבלבו הי' כוונתו להשטות הא קיי"ל דברים שבלב אינו דברים וכ' כיון דרגילו' להשטו' ל"ה דברים שבלב דגם בפיו הוא דרך שטות ושחוק ואין פיו סות' כוונת הלב כלל אם כן מניין לנו לומר דהוי רגלים לדבר שרוצה לחייב א"ע גם מה שכ' כיון דיכול לחייב א"ע באמירת אתם עדי אף דלא הי' חייב מעולם רק באמירת פיו מתחייב כדלעיל (סי' מ') הה"ד בלא אמירת אתם עדי

רק כשכוונתו היה להתחייב ולא בדרך השטאה מתחייב וגוף התחייבות לא תליא כלל באמירת אתם עדים רק לשלול טענת השטאה ואם לא נתכוין להשטות מתחייב לכך צריך לישבע מלבד דדעת רוב הראשונים חולקין על הרמב"ם כמבואר בש"ך לעיל (סי' מ') ובאורים שם כתב לדינא בפשיטות דיכול לומר קים לי כוותייהו דאינו מתחייב רק בשטר ולא זולתו וכאן כ' לחייבו אף שבועה בטענת שמא כיוון להתחייב. גם בדברי הרמב"ם אין הדבר ברור כמו שהבאתי לעיל דיני הלואה (סי' ט"ו) ובלא אתם עדים כיון דיש ספק אם כיוון להשטות ואינו מבורר מדבריו שמתחייב י"ל דאף אם כיוון להתחייב א"ע אינו חייב אף לרמב"ם רק באומר בשטר דאלימי מלתא דשטרי או באתם עדים וביותר כשאמר מנה לי בידך ואמר הן דלא הוי כלל אף לשון חיוב לכ"ע אם אינו חייב אינו מתחייב בדיבור פיו בלבד ודברי התומים צ"ע. ועיין ש"ך (ס"ק נ') דכ' גם כן דאתם עדי בעינן לגוף החיוב ובלא אתם עדים לא מהני אף לדעת הרמב"ם ומכ"ש במקום דשייך השטאה דאינו מבורר החיוב כיון דיכול לומר דכוונתו להשטות לא סמכה דעתו לזכות ואף אם אין כוונתו להשטות לא חל החיוב דלא עדיף מקנין במקום דלא סמכה דעת הקונה אינו זוכה ולדינא אינו חייב לישבע בטענת שמא אם לא כיון להשטות ואם מהפך השבועה על התובע לא כייפינן ליה להנתבע שישבע ע"ז רק אם מגלגל עליו קודם לכן: **והיכא** דאמר להד"ם דאמרינן מילי דכדי לא דכירי אינשי כ' הש"ך (ס"ק ג') דאפילו לא טען משטה אני בך אחר שבאו העדים אע"ג דמשטה אני בך לא טענינן כשאומר להד"ם טענינן שבודאי היה משטה בו ולכך אינו זוכר עתה שהודה לפניהם משום דמילי דכדי לא דכירי אינשי וכ' שכל הפוסקים מודים לזה ודלא כג"ת שכ' שצריך שיטעון אחר כך דליתא ובתומים כתוב אף דג"ת כ' דרש"י ס"ל כן דלא טענינן לא ידע מקומו איה ומ"מ העלה להלכה כדעת הש"ך ואני תמה על דברי הש"ך (בס"ק ב') ציין לעיין בתשובת מהרי"ט (סי' קט"ו) ושם מבואר באורך דדעת הרמב"ן והר"ן במס' סנהדרין דסברו דגם באינו מודה שהודה וטוען להד"ם אינו נאמן כנגד עדים ושנתרץ דבריו לומר בדרך השטאה אמר כדי שלא יהא מוכחש מפי העדים ואם לא טען אין טוענין לו וכן דעת הר"ן בדעת רש"י והאריך הרבה בזה ובסוף דבריו כתב ועדיין לא מצינו שום פוסק שיחלוק בפירוש שיועיל לו להכחיש את העדים ואיך כתב הש"ך שכל הפוסקים מודים לזה דבאומר להד"ם טענינן ליה. גם ראיתי בחידושי הרמ"ה סנהדרין דכתב בפירוש בפירושו להש"ס דמילי דכדי לא דכירי אינשי כל דבר ריק שאדם אומר כגון דברי שחוק וכי"ב הואיל ואינו מתחייב עליהן אינו שם על לבו להזכיר להם וזה שאמר להד"ם לא נתכוין לכפור אלא מחמת ששכח את הדבר והני מילי היכא דהדר טעין משטה הייתי

בך אבל היכא דלא טעין הכי מחייב והיינו דאמרינן לעיל אי לא טעין אין טוענין לו עכ"ל ובאמת בדברי בעל העיטור שהביא הש"ך יש לדחוק דאי אדכר ליה דהודה הוי טען מנפשיה משטה היתי בך היינו הואיל דלא טען מתחילה משטה תלינן דלא אדכר ליה והשתא דבאו עדים דמדכר ליה י"ל דס"ל גם כן דצריך שיטעון ואם כשבאו העדים שתק לגמרי ודאי נראה מסברא דצריך שיטעון כך אף אם טוען להד"ם גם כשמדכר ליה י"ל דאנן סהדי דלא דכירי ליה כיון דהיה מילי דכדי ומ"מ כנראה דעת הרש"י ורמב"ן ורמ"ה ור"ן דלעולם לא טענינן ליה ואף דלהוציא י"ל דיכול המוחזק לומר קים לי כדעת הבעה"ע והש"ך והתומים מ"מ אם תפס התובע נראה דלא מפקינן מיניה ועיין במבי"ט (סי' רפ"ו) שציין ג"כ הש"ך שם ושם הביא משם ספר חוקות הדיינין שכ' משם מקצת המפרשים והרמב"ם ז"ל דבלהד"ם פטור וזה שלא טען משטה מפני של"ה זכור אבל יש מי שאומר דדוקא כשחזר לאחר שאמר להד"ם ואמר משטה אבל אם לא טען כן ה"ז הוחזק כפרן וכ' ומ"מ אין לנו לזוז מדברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל ומהתימא דמהרי"ט ז"ל שם לא הביא כלל דברי אביו ז"ל והוא כתב להיפך להוכיח מדברי הרמב"ם (פ"ו) מטוען מדכ' ודבר שאינו עדות אין אדם זוכרו ולפיכך אם אמר להד"ם לא הוחזק כפרן ולשון הוחזק כפרן המוזכר בכ"מ הוא מטענה לטענה ואם איתא שגם עכשיו אינו טוען אלא להד"ם כבראשונה לא שייך לומר לא הוחזק כפרן אלא דלא הוכחש מפי עדים דשמא שכח לפי שאותן הדברים דרך השטא' היו וס"ל בדעת הרמב"ם גם כן דצריך שיטעון אחר כך דמשטה בו ודלא כמו שהביא אביו ז"ל במבי"ט משם ספר חוקות הדיינין:

והיכא דהתובע תופס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד מה שמודה לו כ' בש"ע די"א דשוב אינו יכול לטעון טענת השטאה והוא דעת בעה"ת ויליף זאת מהא דטענו בחיטין והודה בשעורים דפטור ומהני תפיסה והג"ת הקשה דזה לדעת הרמ"ה בטענו בחיטים והודה בשעורים דפטור מטעם משטה אבל למה דקיי"ל דפטור מטעם מחילה מנ"ל דלענין השטאה מהני תפיסה ומה שמתרצים כבר השיג על זה בתומים ועל תירוצו של התומי' השיג עליו אאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ סי' זה הנדפסים בסוף ספר דברי משפט לאאמו"ז הגאון הצדיק ז"ל ואאמ"ו ז"ל מבאר דברי בעה"ת בזה לאמיתה של תורה ויען שיש נ"מ לדינא אעתיק דבריו ז"ל וזהו דהבעה"ת (ש"ז) כ' מה שהתפיסה מהני דמשוי להודאת מזיק על תביעת התובע ועוד כ' שם הטעם בטו"ח דמשוי כאלו תובע שעורין ואין הכוונה משום דאין צריך לתבוע במה שהוא מוחזק כמו שכ' הש"ך רק הכוונה על פי דברי הש"מ ב"ק סוף פ' המניח כיון שתפס חזר עיקר טענתם על השור שזה אומר יש לי בו מנה והוא הודה נ' ומה שהזיק הוי דברים שחוץ לגופו של תביע'

לגמרי ודוקא בהא מהני תפיסה דאף לדברי המזיק יש לו עליו זכות במקצת אבל בהאי דלעיל לא מהני תפיסה דאכתי חיטין ושעורים כיון דאינו משלם רק מגופו אבל בעלמא בטענו חטים והודה בשעורים דהלואה ותפס שעורים זכה בכדי אותו חיטים שטען עליו דהשתא הדר עיקר טענותייהו על מידי דתפס דהא כל נכסי' משתעבדי. מבואר דלכך מהני תפיסה בשעורין משום כשתפ' הוי כמו דתובע זאת גם כן מאחר דנשתעבד לו הוי כאומר דשעורי' משועבדים לו על חיטים ותובע בשעבוד חיטים והוא משיב דשעורים חייב לו דהוי הודאה ממין הטענה ובשלמא בלא תפס פטור משעורין דאז ליכא שעבוד על מטלטלין אבל בתפס חל השעבוד במה שתפס על חוב שתובע וזה כוונת בעה"ת דתפיסה משוי ליה להודאת מזיק על תביעת התובע וכן מ"ש דהתפיסה משוי כאלו תובע שעורין והיינו כיון דהשעורין בידו הוי כאלו תבעו שעורין דנכסי דבר נש משתעבדין ליה וכמו בשורים בשני מזיקין כיון דיש תביעה על שניהם אמרינן דלאחר התפיסה דנין על גוף השור כן בשעורים בתפס אמרינן דדנין על גוף השעורים הואיל דיש לו שעבוד על זה גם כן רק הש"מ שם מסתפק אם גם לאחר העמדה בדין מועיל תפיסה והבעה"ת סובר דדוק' קודם העמד' בדין אמרינן הואיל דיש לו שעבוד על מה שתפס הוי כתובעו אבל כשכבר טענו לא מהני תפיסה אחר כך. ואם כן שפיר הביא הבעה"ת ראיה לגבי משטה דמהני תפיסה אף בחפץ מטענו חיטים והודה בשעורין כמו דשם אמרינן הואיל דתפס ועומד ונשתעבד לו הוי כתובע שעורין כמו כן בתופס אצלו של חבירו והודה לא יכול לטעון משטה כיון דכל מה שתובע ממנו הוי כתובע אותו החפץ אשר בידו דנשתעבד לו ודומה להא דסעיף (כ"ט) דבמוחזק לא יכול לומר משטה דמיד כשמודה הודה דהחפץ שבידו נשתעבד לו והוי כמו אם הודה דיש בידו משכון אבל לאחר העמדה בדין לא מהני תפיסה בהחפץ עכ"ד אבי מו' ז"ל:

ולפי זה היכא דתובע מחבירו פקדון שהפקידו אצלו והוא בעין והודה לו בפני עדים י"ל דבזה אף לד' הבעה"ת לא מהני תפיסה דכיון דהוא עדיין בעין לא יש לו עליו שעבוד ולא נשתעבד אף מה שת"י אם כן כמו שכ' שם בש"מ בטענו חיטים בפקדון ואיתנהו בעין וכפר בו והודה בשעורים בפקדון כיון דהוי הכחשה בעיקר התביעה והטענה עצמה הואיל דשניהם בעין לית ליה זכו' כלל אשאר נכסים אלא עליהו דאף לאחר תפיסה הוי הכחשה בעיקר תביעה עיין שם וה"נ לא מבעי אם הוא פקדון שלא קבל אחריות ליכא שום שעבוד עליו רק שטוען שזה החפץ שלו אף שיש ממונו או חפץ אחר בידו ודאי לא מהני הודאתו על החפץ ויכול לומר משטה אלא אף אם הוא פקדון שקבל אחריות מ"מ כיון דדנין על דבר שהוא בעינא שזה אומר ששלו הוא נראה מדברי הש"מ דהשעבוד

לא נכנס בזה בכלל התביעה והוי כטענו חטים והודה בשעורין ממילא נמי י"ל דאף בהודה שיש בידו החפץ שהוא שלו ויש איזה חפץ של הנתבע ביד התובע כיון דלא תבע השעבוד רק החפץ בעינא יכול לומר משטה אני בך:

גם אתי שפיר הא דכתבו הטור ומחבר דאם תפס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד המנה שמודה לו משמע דוקא אם תפס כנגד החוב שתובע ממנו אבל אם תפס אצלו פחות מתביעתו יכול לומר משטה ואמאי לא נימא כיון דעל כרחך הודאתו נגד מה שתפס ועומד לא היה בהשטאה לא נפלוג הודאתו ויתחייב לשלם אף היותר ממה שתפס ועומד רק כל הודאתו ועיין כנה"ג (סי' ל"ב אות ח') אם הודה בסך מה ובחלק מסך ההוא אינו יכול לומר משט' הייתי בך גם על שאר הסך אינו יכול לומר משטה וה"נ דכוותי' ולמה צריך דוקא שיתפוס בשעת הודאתו כנגד מה שהודה לו ולדברי אאמ"ו ז"ל אתי שפיר כיון דבאמת הוא טוען דמשטה הייתי בך ויכול להיות כן רק להוציא אינו נאמן אבל לחייבו גם כן לא נוכל לחייבו ביותר ממה שהוא מוחזק בו:

סימן יט

אם אחד הפקיד אצל חבירו בפקדון ואמר לו אחר כך ששל פלוני הוא כתב התומים (סי' פ"א ס"ק ל"א) משם תשובת פ"מ שכ' משם מהריב"ל כיון דיש לחוש דהנפקד ישמע בקולו ויתנו למי שאמר שהן שלו הוי הודאה ולא יכול לומר שאמר שלא להשביעו דאיך יודה ולא יחוש שיחשוב הנפקד שאמת כן הוא ויתנו לו וראייתו מהא דאומר ראיתי אביכם שהטמין מעות בשדה ואמר של פלוני הם בשדה דיכול ליטלם דנאמן הרי דלא חיישינן שאמר כן שלא להשביעו כיון דבידו ליטלם והתומים מדחה ראייתו דשם מחזיקו לנאמן ואינו מהתל בו כמו שכ' הנ"י וכ' להוכיח מהא דשכ"מ שהקדיש נכסיו ואמר מנה לפלוני נאמן דאין אדם עושה קנוניא על הקדש וכתבו דאיירי במסרו ליד גזבר דתו לא מצי לשאול על נדרו אם כן מה פריך בש"ס וניחוש שהודה שלא להשביעו הא בכה"ג אינו מודה דישמע הגזבר וימסו' לפלוני ומ"ש נפקד ומ"ש גזבר.

ונראה לומר בדעת המהריב"ל והפ"מ וכן ראיתי לגדול הדור אחד בספר בני אהרן (סי' ס"ב) שכ' בדעת הרא"ש דאף דבפקדון יכול גם כן לומר שלא להשביעו אמר הוא דוקא כשאינו מוציא מתחת ידו ורשותו אבל כשהוא מוסרו ביד אחרים או שהוא ביד אחרים ודאי ל"א שלא להשביעו א"ע שירא שלא ימסרנו בידו. וי"ל דס"ל דאם מסרו ביד אחרים אינו יכול להוציא מתחת ידו דלא מצינו טענת שלא להשביעו לבטל הודאתו רק להחזיק אבל להוציא לא מצינו ואם כן שוב ממילא אף הנפקד לא יהיה חייב לשלם להמפקיד אם יתבע ממנו למה מסר לפלוני אף דלא אמר לו תנו לפלוני דמ"מ כמו דאין מוציאין

מן הפלוני בטענת שלא להשביעו כמו כן לא מחייבינן להנפקד לשלם דלא פשע במה שמסר להפלוני כיון דכן אמר לו שהוא של פלוני ואף דלא אמר תנו מ"מ כיון דהוא סמך על דבריו אף דעכשיו אומר דהודאתו היה שלא להשביעו א"י בטענ' הזאת להוציא ממון ולחייבו לשלם כמו שאינו יכול להוציא מיד הפלוני ואף דזה ודאי אחר הודאתו אם תפס ממנו מוציאין מידו בטענת שלא להשביעו כמו דנראה מפשיטת הש"ס ופוסקים מ"מ דוקא ממלוה מוציאין הואיל דלא בא לידו מדעת בעלים ומוקמינן על מר"ק אבל בבא מידו מדעת המפקיד שהודה להנפקד והנפקד מסר לו אף די"ל דהפלוני מחויב להחזיר מ"מ אם אינו מחזיר לו הנפקד אינו חייב לשלם דלא הוי פשיעה במה שמסר לידו. וכיון דהנפקד יהיה פטור לשלם שפיר ירא המפקיד להודות שהוא של פלוני ושלא להשביעו א"ע דשמא ימסור להפלוני ויהיה לו אחר כך דינא ודיינא עם הפלוני והנפקד יהיה פטור ממנו לכן יש הוכחה גדולה דהודאתו היה באמת מה שאין כן בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ומסרו ליד הגזבר אם יש לומר דהודאתו מנה לפלוני בידי היה הכוונה שלא להשביע את בניו לא איכפת ליה אם הגזבר ימסור להפלוני ויפסיד בזה להקדש כיון דהוא לא צוה ליתן ואם יתן ויפסיד להקדש לא איכפת ליה בזה לכך אף שהוא ביד אחר טענת שלא להשביעו הוא טענה טובה. ומה שכ' התומים מדברי הנ"י סנהדרין דהקשה באמת בהך בשד' דנאמן דניחוש שמא שלא להשביע א"ע אמר כן וכתב כיון שהניחן במקום שיכול ליטלם ראיה שזה נאמן הוא בעיניו ודבר אמת מסר לו ובנפקד דלא יכול להכחיש פקדונו ל"ש זה. ס"ל להנך הגדולים דכמו דשם אמרינן דדבר אמת מסר לו בשביל שהניחן במקום שיכול ליטלן אף דלזה לא צריך כל כך להיות נאמן בעיניו כמו כן בהפקידו יש לחוש הרבה פן לא ירצה אחר כך להיות שומר עוד ויחזיר להפלוני אי לאו דדברי אמת מסר לו.

ועיין רמב"ן קידושין (דף ס"ה) דכתב הא דבאומר של מעשר הן דבבית אינו נאמן אף דעד אחד נאמן לאסור דכיון דאינו מעיד אלא מפי השמועה שאמר אביהן בשעת הטמנה תולין בשמועתו שמא שלא להשביע א"ע אמר או משטה היה בו וכשבידו ליטלן דבריו קיימין דהא הימניה כשהאמין בו להטמין בפניו במקום שידו שולטת שם וכשמפקידין אצלו לשם מעשר הוא עיין שם ומזה נראה דאם מפקיד אצלו ואומר של פלוני הוא שוב אינו יכול לומר שלא להשביעו אמר כן. ועל תירוץ זה של רמב"ן שם קשה קצת אם כן אפילו אם אמר כן בפני שנים על המעות שבבית דהן של מעשר נמי לא אמר כלום כיון דנוכל לתלות שאמר כן שלא להשביעו ולמה קתני בברייתא אמר להן אחד בבית לא אמר כלום אם נאמר דאף דלענין איסור עד אחד נאמן מ"מ לא אמר כלום מטעם דאמר כן

שלא להשביעו אם כן אף בתרי עדים תולין דאמר כן שלא להשביעו וצ"ל אה"נ רק נקט רבותא דבשדה כיון דבידו אף א' דבריו קיימין ועיין חידושי ריטב"א שם עכ"פ כנראה מדברי רמב"ן דאם מפקיד לו לשם אותו פלוני היינו שאמר לו ששל פלוני הוא כיון דבידו למסור לפלוני שוב אמרינן דהודאתו היה ברורה ולא שלא להשביעו. ועיין מהריב"ל ס' שני (סי' נ"א) דדן שם באחד שמסר לחבירו מעות שישלחו לפלוני שחייב לו ובנתיים בא חבירו ללות ממנו ואמר לו שאין ת"י מעות רק מה שמסר לו פלוני לשלחם לפלוני והלוה לו ואחר כך מת זה שהלוה לו ודן שחייב להחזיר ליורשי שהלוהו דאף דאמר שאינו שלו והיה לו להתפחד שיחזיר לאותו פלוני שמסר לו אלא ודאי דל"א שלא להשביע רק אמת מ"מ כיון דאמר לו שציוהו להוליך ללוי שוב אין המוסר לו יכול לקבל בהחזרה דכזכי דמי ואם כן לא יחזיר לו לזה שמסר לו אף שהוא בעירו לכך חייב להחזיר ליורש מי שמסר לו ונראה מדבריו שם הואיל דלוי לא הי' בעירו לא הי' לו לחוש שיחזיר לו לכך נוכל לומר דבאמת היה הממון שלו ושלא להשביע אמר כן שהוא של לוי והדברים צ"ע דמה בכך שאינו בעירו מ"מ אי לאו דהודאה ברורה הוא היה לו לחוש שיתנו ללוי שישלח לו המעות. גם יש להתבונן ניהו דאם היה אביהן חי והי' טוען כן להלוה שיחזיר לו המעות שהלוהו היה מחויב להחזיר לו ולא הי' יכול לומר לאו בע"ד דידי את רק של לוי כיון דקבלו מידו וכמו שכ' התה"ד (סי' ש"ח) להוכיח בכה"ג מש"ס ב"ק (דף ק"ח) דהשומר יכול לעשות דין עם הגנב הואיל דגנב מביתו מ"מ כיון דעכ"פ אין היורשין מוחזקין בהמעות למה נטעון בעד היתומים דלא מצינו דטוענין עבור יתומים רק להחזיק ולא להוציא וצ"ל כיון דעכ"פ אין ממון זה שתחת יד הלוה שלו הוא רק או של לוי או של יורשי הנפקד וכיון דאביהן היה גובה ממנו בטענות שלא להשביע דאף אם לא כן היה מ"מ הלוה בעל דין שלו הואיל דקבלו ממנו ירשו הם זכות זה שחייב הלוה להחזיר להם ושוב אמרינן דמה דאמר אביהן דשל לוי הן אמר שלא להשביעו:

ואם אחד קנה איזה דבר ואמר שקנה זאת להקדש כ' הכנה"ג משם רדב"ז דאינו יכול לומר אחר כך שאמר זאת שלא להשביע א"ע דירא מן ההקדש והקשה עליו מש"ס דסנהדרין הנז' בראה אביהם שהטמין מעות בשדה כו' ואמ' של מעשר הן דאמרי' שאמר כן כדי שלא להשביעו ובקצוה"ח כ' הטע' דרדב"ז כיון דבהקד' כ"ע מצי תבעי ירא שלא יתבענו מה שאין כן מעשר שני דאין לאחר בהם כלום ולדבריו דהטעם הוא דהוי כלפני בע"ד אם כן לשיטת הסוברים דאף בהודה בפני בעל דין יכול לומר דעשה שלא להשביעו אם כן בהקדש נמי יכול לומר כן. אך י"ל להסוברים דגם בהקדש עניים אמרינן אמירה לגבוה כמסירה והדיבור עושה קנין הוי כמו שבא לבטל קנין דאינו יכול לבטל בטענת

דשלא להשביעו וכמו שכ' בבעה"ת ובש"ע דבמעמד ג' אינו יכול לטעון השטאה דכקנין דמי וה"נ דכוותי' כיון דדיבור עושה קנין כשאומר שהוא הקדש א"י לבטל בטענת דשלא להשביעו אמר כן מה שאין כן כשאומר מעות זה של מעשר הן לא מתפס בדיבור אם באמת אינו כן ולפי זה בהקדש זמנינו להסוברים דלא אמרינן בהו אמירה כמסירה יכול לומר טענת דשלא להשביעו אמר כן. שוב עיינתי ברדב"ז (ח"א סי' קע"ג) וראיתי שכ' טעם זה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכ' אע"ג דהרשב"א כתב דל"א אמירה לגבוה במסירה רק עכ"פ בהקדש בה"ב ולא בהקדש עניים הרי כל גאוני עולם נחלקו עליו ומכללם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כולם הסכימו שאמירה לעניים הרי הוא לגבוה וטעמא מסתבר הוא משום תקנת עניים עכ"ד. אולם למה שכ' האחרונים להלכה דל"א בצדק' לעניים אמירה כמסירה רק החיוב עליו מטעם נדר י"ל דנאמן על עצמו דכוונתו היה שלא להשביעו וגם אף אם אמרינן בהו כמסירה הא עכ"פ שאלה מהני וכיון דבידו לאתשולי מהראוי לומר שיהא נאמן ואף אם נאמר דלא מהני שאלה בחרטה לבד רק על ידי פתח מ"מ הוי בידו למצוא פתח או לומר איזה פתח כמבואר בש"ס יבמות דהקדש מקרי בידו לאתשולי ועכ"פ מגו הוא ואם כן למה לא יהיה נאמן דעשה כן שלא להשביעו ועיין מה שכ' בזה באורך בספרי ח"ר דיני נדרים (סי' ח"י) ושם הבאתי דברי רדב"ז (ח"ד סי' קל"ד) דלא עדיף מכל קונמות שאם נשאל והתירו לו שהוא מותר. ואולי כיון דעכ"פ הוי כנדר ובאם לא הותר לו הן על ידי פתח או אף בחרטה מ"מ כיון דאמירתו הוא מחייבו לקיים מטעם בפיך זו צדקה בזה טענת שלא להשביעו אינו אמתלא טובה דלא עביד אינש כן להטיל ע"ע נגד בני אדם חיוב נדר. ולכך חייב לקיימו דאמרינן דאמת הודה כיון דחכם המתיר מפסיד עניים וחייב נדוי כמ"ש הרדב"ז שם ודאי הודאתו הי' באמת ולא כוון שלא להשביעו:

ועיין רמ"א יו"ד (סי' רנ"ט ס"ו) מי שמצא כיס מלא מעות בתיבתו וכ' עליו צדקה סמכינן אכתיבה והרי הן צדקה והוא מהגמ"ר (פ"א) דב"ב ובתומים (ס"ק כ"ה) עמד על סתירת הרמ"א דכאן כ' אף אם כ' שם פלוני על חפץ פלוני דאפשר לומר שלא להשביעו עצמו עשה כן. ולא אדע מאי דק"ל בדברי הרמ"א יו"ד הא שם אירי באם הוא בעצמו מצא בתיבתו הכיס סמכינן אכתיבה והיינו אם הוא עצמו אינו זוכר אם עשה כן שלא להשביעו אף דאנן טענינן בעדו שלא להשביעו מ"מ איתרע אם הוא בעצמו אינו זוכר. ולמה שכ' דבצדקה הואיל דחייב מטעם נדר לא אמרינן שלא להשביעו ודאי א"ש דברי הרמ"א שם דאף בכתב של פלוני אפשר לומר שלא להשביעו מ"מ אם כ' צדקה אין חוששין דעשה כן שלא להשביעו. והא דכ' שם ברמ"א באומר לבניו כמערים אין בדבריו

כלום י"ל כמו שכ' הקצוה"ח (ס"ק ב') דנגד בניו שלא ירבו בהוצאה הוא מילתא אחריתא ועדיף מטענת שלא להשביעו. וראיתי שם בהגרא"ו וצ"ל שכ' ע"ד הרמ"א וז"ל וצ"ע דהא תנן ספ"ד דמ"ש אר"י אפילו מצא כו' ועיין תוס' יבמות (קט"ז ע"ב) ד"ה אימור כו' ומפקדון אינו ראיה ופשוט עכ"ל ולא אבין הא אנן פסקינן שם דלא כר' יוסי וכמו דמבואר ברמב"ם (פ"ו ה"ח) ממעשר שני במצא כלי וכ' עליו מ' הרי מה שבתוכו מעשר שני. ומה שציין לדברי תוס' יבמות אולי הכוונה דתוס' מביא שם דברי הירושלמי דיכול לומר לו אשתקד היה דידיה והשתא דידי דמשמע דבד"מ קיי"ל כר' יוסי ועיין בירושלמי (פ"ד) דמעשר שני ובפ"מ שם שכ' וזהו כר' יוסי התנא דמתניתין ומ"מ לא ידעתי הכרח מזה דקיי"ל כר' יוסי כיון דהרמב"ם והרע"ב כ' להדיא דהלכה כת"ק ואין הלכה כר' יוסי וגם מהך דירושלמי אינו ראיה די"ל כיון דר' יוסי היה מוחזק וטוען ברי דהשתא דידי הוא ועיין מהרי"ק (שורש קס"א) ושם גרס במקום ר"י רב אסי. ולמה שכ' לעיל י"ל דאף ר' יוסי לא פליג רק באם אחר מצא אבל אם הוא בעצמו מצא ואינו זוכר י"ל דאיתרע הרבה וסמכינן על מה שכ' על הכיס:

ובש"ע או"ח (סי' קנ"ג סי"ט) כתב באם ימצא אחר מיתת אדם כתב כתוב שהקדיש כלים דהוי הקדש ובמ"א שם (ס"ק מ"ד) כ' וצ"ע דלמא כ' כן שלא להשביע א"ע וכמו שכ' בח"מ (סי' פ"א סי"ז) ולמה שכתבתי מדברי הרדב"ז אתי שפיר ואינו דומה לכותב דשל פלוני הוא דכיון דמצד אמירה לגבוה הוי כמסירה או דעכ"פ נולד חיוב מצד נדר לא מהני טענת דשלא להשביע וביותר יש לומר למה שכ' בתשובת בני אהרן (סי' ס') דהא דאמרי' אדם עשוי שלא להשביע את בניו היינו היכא דאמר דשל פלוני הוא דאינהו ידעו דאינו חייב אינו חושש אבל באומר שהוא חייב לבני פלוני שלוה מאביהם דהם לא ידעו במילי דאביהן כה"ג לא עביד אינש למימר שלא להשביע את בניו והביא ראיה מדברי תשובת הרא"ש המובא ב"י (סי' ע"ה) ואף דמסיק שם דאין לחלק כן מ"מ יש סברי לחלק בכה"ג בכתב על החפץ דדוקא דשל פלוני לא מהני ואמרינן דעשה שלא להשביע אבל בהקדש וצדקה י"ל דודאי לא יעשה מעש' בשביל שלא להשביע:

וקצת יש להבין אמאי בכתב דשל פלוני הוא אמרינן דשלא להשביע עשה כן והוי אמתלא טובה אף דעשה מעשה מ"מ כיון דהוצרך למעשה כדי שהרואה יסבור שאינו שלו וכמו שכ' הקצוה"ח (ס"ק י"ז) הא היה סגי באם היה כותב בסתם שהוא פקדון בידו ולא היה לו להזכיר שם פלוני וכמו דכ' הרמ"א אה"ע (סי' מ"ז) דעת הרא"ה באומרת דנתקדשה לפלוני דאינו מועיל אמתלא להפקיע זכותו של פלוני ובפשיטות נראה הטעם כיון דעבד' מילתא יתירה מה שלא הי' צריכה לזה דהיה די לה באם אמרה דכבר נתקדשה לכך

לא מהני האמתלא ועיין שם בספר עא"ר אם כן כאן נמי בשלמא באומר שחייב לפלוני הוצרך לומר דיאמר הרוצה לשקר ירחיק עדותו וכל זמן שאינו פורט שמות המלוים לא יאמינו דבריו ולא יתמלא רצונו שלא להחזיקו לעשיר אבל בחפץ שהוא ת"י הי' די לו אם יכתב עליו שהוא פקדון אצלו. וצ"ל דלכך פרט שם המפקיד דבוטח בו שלא יתבע ממנו מה שאין כן אם לא יזכיר השם חושש דלמא כשימות לא יודע ליורשיו של מי הוא דלא יתקפו אך לפ"ז אם כותב עליו דמאבוהון של יורשי פלוני הוא דל"ש זה כיון שהם אינם יודעין אם בא לידו מאביהן י"ל דבזה לא תלינן דעשה שלא להשביעו כיון דלא היה צריך להזכיר השם כלל והיה די לו אם היה כותב עליו בסתם דפקדון הוא ואדרבא בזה היה טוב לו יותר שיכתב בסתם פקדון דאין מי שיתבענו אולם נראה דכאן צריך להזכיר השם כדי שיאמנו דבריו בפני העולם ובכל אופנים הוי שלא להשביעו אמתלא טובה:

ואם מהני אמתלא אחרת מלבד השטאה והשבעה העלה הקצוה"ח (סי' פ') דלא מהני בממון שום אמתלא אולם (סי' פ"א ס"ק כ"א) הביא דברי המרדכי ב"ב כשהודה שלא בפני בעל דין מהני שום אמתלא ובתבעו לא מהני אף באיסור אמתלא כמו שכ' מהרי"ט אך הקשה אם כן בעובדא דר"י בר"י מס' סנהדרין שדן דל"א אדם עשוי שלא להשביע את בניו למה לא טען בעד היתומי' שאר אמתלאות דהא אילו היה אביהן קיים היה נאמן עיין שם דכ' דכל זמן דאנן לא ידענו אמתלאות לא טענינן אלא שלא להשביע ולכאורה י"ל דבתבעו הטעם דלא מהני שום אמתלא מלבד טענת השטאה המבואר בש"ס דעד כאן לא מצינו אמתלא רק לסלק דברים הראשונים ולדון כאלו לא אמר כלל אבל לא להוסיף דיבור השני וכמו שכ' תוס' יבמות (דף קי"ח) ד"ה סד"א וכמו שכ' שם המרש"א בביאור דבריהם ואם כן בתבעו אם נסלק הודאתו ונידון בשתיקה גם כן הוי כהודאה וצריך שיכחיש מחדש ובזה לא מהני אמתלא להוסיף חדשות. אולם ז"א דכבר הבאתי בספרי ח"ר דיני שחיטה (סי' ג') דברי מרן רעק"א ז"ל בתשובה דדוקא היכא דצריך לדון לדיבור השני לעדות כההיא דמת בעלך אבל היכא דאתינן עלה מדין ברי והכחשה מהני אמתלא אם כן כאן נמי אף דצריך להכחישו תביעתו מ"מ כיון דהאמתלא מסלק הודאתו הראשונה שוב יכול להכחישו ולומר דאינו חייב לו:

אולם כבר הבאתי שם דברי הת"ש דסובר אף באיסורין לא מצי לחזור מדבריו הראשונים באמתלא אלא אם לא הוחזק בפני הרואין לודאי כמו בעובדא דש"ס כתובות שקפצו עליה בני אדם שאינן מהוגנים דמיד היה להשומעין הדברים בספק ולא אתחזק הדבר וכן בשעה שהחזיק הבהמה לטריפה הוא כשמקום האמתלא ידוע שיש דוחק בבשר אבל אם בשעת האמירה לא נשאר שום ספק בלב השומעים והוחזקה בעיני כל לטריפה

ודאית לא מהני החזרה אף באמתלא דכל מידי דאתחזק באיסורא אינו נאמן להוציא מחזקה ועיין שם מה שכ' בזה. ואם כן לדעת ר"י בר' יוסי דס"ל דלא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע בניו ולא נודע לנו משום אמתלא אחרת לא נוכל לטעון אילו היה אביהן קיים היה מברר האמתלא שהודה כיון דלא נודע לנו ולא נשאר אז שום ספק וכבר הוחזק הודאת אביהן להודאה גמורה לא נוכל לבטל ההודאה בשום אמתלא רק אם יברר הוא באמתלא הניכרת שהיה מקום לספק אף אז בפני השומעים לכך לא טענינן אמתלא אחרת רק השטאה והשבעה שביררו חז"ל שדרך בני אדם לעשות כן ולא הוחזק הדבר בבירור בפני השומעים רק אם מברר הוא בעצמו אמתלא טובה שהיה מקום להסתפק בעיני השומעים אז בזה מהני אמתלא אבל בעד יתומים לא נוכל לטעון כ"ז דאין הספק לפנינו לדעת שלא נתקבל והוחזקו דבריו לודאי:

סימן כ

מי שיש לו שטר ע"ח והלוה אומר פרעתי מחצה ועדי' אמרו שפרע כולו והמלוה אומר לא נפרעתי כולם נשבע הלוה וגובה מחצה כמבואר (סי' פ"ב) וכתב הש"ך (ס"ק ל"ט) דהוא דוקא כשעומד הלוה בדבריו הראשונים אבל אם הלוה חזר ואמר נזכרתי יכול לטעון כיון שעדים מעידים ומסייעין אותו וכדלעיל (סי' ע"ט ס"ג) כ"כ המ"מ (פ"ז) מטו"נ ואעפ"י שכ' אחר כך ועוד יש לחלק דכאן כיון שיש שטר גרע מ"מ מדברי הטור משמע דאין חולק וכן נראה מדברי הרמ"א (סי' ע"ט ס"ו) וכמ"ש שם (ס"ק י"ז) עכ"ד וקשה הא לדעת הטור ורמ"א (סי' ע"ט) א"י לחזור מהודאתו שהודה ולומר נזכרתי רק קודם שבאו עדים אבל אם באו עדים תחילה אינו נאמן ולדעת המ"מ נאמן אפילו אם באו העדים תחילה רק אם יש שטר אינו נאמן ואם כן לא יש מי שסובר דביש בידו שטר שיהיה נאמן לומר נזכרתי אחר שבאו עדים. והרמ"א שם (ס"ז) שכתב מי שהודה בב"ד שחייב לחבירו ואחר כך אמר נזכרתי שפרעתי לו והרי עדים שפרעתי לו נאמן וכתב שם הש"ך (ס"ק י"ז) שקאי על שהודה על שטר או כ"י שהאמת הוא שחייב לו וחידש הרמ"א בשטר גרע טפי וכמו שכ' המ"מ קמ"ל הרמ"א דאין חילוק וכדעת הטור ואעפי"כ דקדק הרמ"א והרי עדים שפרעתי לו היינו דאמר נזכרתי קודם שבאו העדים ומבואר דאחר שבאו העדים אינו נאמן וזה כ"ש ממה שכ' שם(ס"ג) דלא כדעת הש"ע דיכול לחזור ולומר נזכרתי רק דוקא אם טען קודם שבאו העדים ואחר כך קמ"ל דאף ביש בידו שטר ג"כ יכול לומר נזכרתי אבל דוקא קודם שבאו עדים אבל אחר שבא עדים לא יש מי שסובר דבשטר יהיה נאמן לומר נזכרתי ואם כוונת הש"ך לומר דאם חוזר קודם שבאו העדים דיכול לומר נזכרתי זה ל"ה צריך להשמיענו כיון דכבר מבואר לעיל

וגם הא קאי על דברי המחבר דאיירי שכבר הכחיש הלוה העדים וגם אם חוזר קודם שבאו העדים י"ל דגם המ"מ מודה דהוא לא כתב לחלק בין שטר למלוה ע"פ רק לדעת הרמב"ם דסובר במתחייב מחמת הודאת פיו דיכול לחזור אף אחר שבאו עדים אבל אם חוזר קודם שבא העדים לכ"ע יכול לומר נזכרתי אף בשטר. ולאחר שבאו עדים לא יש מי שסובר שיהיה נאמן:

והנה בטעם הדבר דלמה לא אמרינן בזה דהמלוה יהי' נאמן כמו בכל שטר שמוציא על הלוה דאמרינן חזקה שטרך בידי מה בעי כ' הש"ך משם הבעה"ת כיון שמודה הלוה המחצה מן השטר לא היה לו להחזיר שטרו ולפיכך הניחו בידו ואפשר שיהיה כדבריו ולכך נשבע הלוה ונפטר והש"ך תמה על תירוץ זה דמוכח בכמה דוכתי דאם הלוה אומר פרעתי מחצה אינו נאמן דהיה לו לכתוב שובר וכן תמה שם הגד"ת סוף (ש"ח). וראיתי בדרישה דכ' בכ"מ כשפרע מקצת היה לו ליקח שובר ולא להניח השטר ביד המלוה בלא ראיה ששלם לו מקצת מה שאין כן כאן ליכא ריעותא במה שלא לקח שובר די"ל דסמך על העדי' ואיתרע החזקה דשטרך בידי מה בעי כיון דהוכרח להשאיר בידו על המקצת שנשאר חייב. ולפי זה היה נ"מ אם הלוה לא ידע כלל מן העדים ולא ראה אותם כי לא הזמינם רק העדים ראו מאחורי גדר שפרע לו כולה והלוה אומר דפרע מחצה היה חייב לשלם כל השטר כיון דלא איתרע החזקה דשטרך בידי מה בעי אף דהוכרח על זה להשא' השטר בידו על המחצה מ"מ היה לו ליקח שובר כיון דלא ידע מן העדים:

אך י"ל כוונה אחרת בדברי הבעה"ת דהא הגד"ת שם הקשה למה מקשיו דלישתבע מלוה ולישקול כוליה שטרא היאך אפשר לנו להשביעו להכחיש את העדים כמו שכ' המ"מ (פ"ה) מטוען וכ' דהבעה"ת לא ס"ל להיא דהמ"מ דכיון דהלוה גופיה פסלינהו להני סהדי בטענתו הוי ליה כמאן דליתנהו לענין שבועה בין להשביע הלוה בין להשביע המלוה אי הוי שייך ביה שבועה. והנה הרמ"ה ב"ב (דף קכ"ח) מתרץ מתחילה באמת הקושיא כיון דלוה אודי דסהדי שקרי נינהו ופסולין הן לגביה אפילו לפלגא דמסייעי ליה אם כן יגבה המלוה בשבועה וכ' כיון דאם ליכא סהדי חייב המלוה לישבע מדרב פפא כשאומר הלוה דפרע השטר השתא דאיכ' סהדי לא מסרינן ליה שבועה כיון דלכ"ע כשרין נינהו היכי משביעו ב"ד שבועה דאיכא סהדי כשרי דבשקרא קא משתבע וכיון דלא מצי משתבע הו"ל כתביעה בע"פ ואחר כך מדחה תירץ זה כיון דמדר"פ לא מחייבינן ליה לבעל השטר שישבע רק אם טוען לישתבע לי. ומבואר מדברי הרמ"ה דהב"ד אינם יכולין למסור לו שבועה נגד עדים וכיון דאינו יכול לישבע סובר דמפסיד וי"ל דהרמ"ה לשיטתו דסובר בחשוד בפוגם שטרו או אם טוען אישתבע לי מתוך שאי"ל מפסיד וסובר

בכ"ז כיון דלא נתקן שבועה הזאת רק אם טוען אשתבע לי דלא פרעתיך ואם אינו טוען אינו חייב לישבע אבל הבעה"ת יש לומר דסובר דבכה"ג הואיל דיש עדים דפרע אף דהלוה מכחישם ולדבריו דלא פרע אלא מחצה סהדי שקרי נינהו מ"מ כמו דתקנו חכז"ל בפוגם שטרו דאף אם לא טעין טענינן ליה וחייב המלוה שבועה כדי להפיס דעתו של הלוה כן נמי כאן כיון דהלוה טוען שפרע מחצה ולפנינו עדים כשרים שפרע הכל אף דהלוה פסלם מ"מ חייב המלוה לישבע אף אם אין הלוה טוען אישתבע לי דלא פרעתיך וכן אף להסוברים דביש לו שטר וטוען הלוה אשתבע לי דל"פ אם המלוה הוא חשוד לא מפסיד הוא רק בחשוד דלא מיפסל לשבועה רק מדרבנן כמו שכ' תוס' ב"ק (דף ק"ח) מה שאין כן בזה שיש עדים לפנינו הכשרים לכל העולם ויאמרו שבשקר נשבע אף מה"ת לא נוכל למסור לו שבועה דהב"ד יודעים דבשקר נשבע דעפ"י שנים עדים יקום דבר כתיב ואם כן י"ל דזה כוונת הבעה"ת דכאן כיון דמודה המחצה מן השטר לא רעיא טענתיה דלוה כ"כ ול"ה לו להחזיר השטר ובזה חייב המלוה לישבע אף בלא טעין הלוה אשתבע לי כיון דיש עדים על הפרעון וגם חזקה דשטרך בידי מאי בעי לא אלם כל כך וכיון דאין הב"ד יכולין לחייבו שבוע' להכחיש עדים שהם כשרים לכל העול' מסלקינן השטר לגמרי ונשבע הלוה שבועת מודה במקצת ונפטר.

עוד כ' שם הבעה"ת אף דהלוה בעצמו מכחיש להעדים בכ"ז נתבטל כח השטר דכשאמר פרעתי מחצה אינה הכחשה אלא כאדם האומר ע"כ אני זוכר והעדים אומרים אנו זוכרים יותר ממך כי פעם אחרת פרעת לו מחצה האחר והוי הכחשה ואינו הכחשה וסלקינן השטר והעדים והוי כתביעת בע"פ אבל אם אומר פרעתי מחצה ולא יותר הוי ודאי הכחשה הי' המלוה גובה בשטר ועיין שם בג"ת דבאם אמרו שפרע הכל בב"א הוי הכחשה גמורה וחייב הלוה לשלם וכבר כתבתי לעיל דיני עדות (סי' י"ט) דמסתימת הפוסקים לא משמע כן. ועיין קצוה"ח דחולק על הש"ך (ס"ק ל"ז) דסובר בדעת הר"ן והנ"י שכתבו כמו שכ' הבעה"ת שהוא דוקא הואיל דיש נמי טענה דשטרך בידי מאי בעי להכחיש העדים אבל בע"פ פשיטא דלא הוכחשו העדים כלל ואינו נשבע לכ"ע ודעת הקצוה"ח דהוי ספק הכחשה ואין מוציאין מיד הלוה מספק אבל שבועה צריך כיון דלא יצאנו מידי ספיקו צריך לישבע ולכן גם במלוה על פה כיון דהדבר ספק אין העדים פוטרין משבוע' וכבר כתבתי בדיני עדות שם דלדבריו להסוברים דתפיסה אחר שנולד הספק מהני הדין הוא בשטר כשיש ספק הכחשה מהני כאן תפיסת המלוה וכ"כ הקצוה"ח במשובב (סי' ל') והיה ממילא נ"מ דהלוה לא יתחייב לישבע עד שיבטל השטר דיאמר למה אשבע אם תתפס אחר כך לא אוכל להוציא ממך ולא משמע כן מסתימת

הפוסקים. וגם למה שכ' הרמ"ה לתרץ דהלוה נאמן במגו דהיה אומר פרעתי כולה ומגו דהעזה לאפטורי מן ממון אמרינן אבל לאפטורי משבועה ל"א וכן כ' בש"מ ב"ב שם משם הרבינו יונה והרא"ש ז"ל ולדבריהם ודאי לא מהני תפיסה:

אך לדברי הראב"ד ובעה"ת והר"ן והנ"י ב"ב דהוי ס' הכחשה היינו מה היה כוונתו באומר נפרעתי מחצה לא ברירא לן דה"ק אם הוי כאדם שאומר ע"כ אני זוכר ועדים אומרים אנו זוכרים יותר וי"ל הכחשה וי"ל אינה הכחשה לכך לגבי נפשי' הכחש' הוא ובש"מ שם מסיים משם הרשב"א דכיון דאיכא שטרא אירתותי קא מירתת ולא משיב אבידה הוא אלא כמודה במקצת בעלמא הוא ולא סמכינן עלייהו ושם כ' משם ר"י דאיירי שראינוהו מדבר עם העדים בב"ד אלא שלא העידו עדיין בשעת טענתו ואפי"ה קאמ' ר' אבא דכיון דאיכא שטרא אירתותי מירתת דכיון שיודע בעצמו שלא פרעו כלו אומר בלבו אף העדים יזכרו ולא יעידו בב"ד ואף אם לא באו עדיין לב"ד סובר מר בר ר"א שסתמו של דבר מחזיר אחר עדים וחוקר אחר עדים שיודעים לו זכות ומידע ידע שיש שם עדים שמעידין שפרעו כולה עיין שם עוד אם כן י"ל דוקא הואיל דיש שטר אירתותי מירתת למפק' ליה מתורת משיב אבידה שאין לפוטרו משבועה מתיקון העולם כי לא יבא לכפור כדי שלא יתחייב שבועה כי טוב להודות שמא יזכרו העדים שלא פרעה בפניהם כולה ונמצא מתבדה מתוך השטר דא"ל שטרך בידי מאי בעי לכך כיון שדעתו להודות לא ימנע מפני השבועה שאנו משביעין אותו. ואם כן י"ל דוקא היכא דיש שטר לא הוי כמשיב אבידה דירא פן לא יעידו העדים ואירתותי מירתת אבל במלוה על פה לא איכפת ליה אם יתבדה כיון דליכא שטר י"ל אף דהוי ספק הכחשה מ"מ כיון שהעידו העדים שפרע כולה שוב הוי כמשיב אבידה ופטרינן ליה משבועה. וברמ"ה שם כ' להדיא דאהנו עדים לבטולי לשטרא משום מגו דיכול לומר פרעתי כולו דאיכא עדים דמסייעי לי' ולא מהני שטר למלוה ולא מידי ול"א מגו לפוטרו משבועה דאם כן מוב"מ דחייב היכי משכחת לה נימא מגו דכ"ה וכתב וכ"ת ש"ה דאין אדם מעיז ובע"כ מודי אבל הכא דאיכא עדי' דמסייעין ליה מעיז ואיכא מגו ה"נ כיון דאיכא שטרא דמסייע ליה למלוה דאמר ליה שטרך בידי מאי בעי ע"כ מודה בפרוטה ודינו הוא דל"מ האי מגו למיפטריה משבועה עכ"ד ולדבריו נמי במלוה ע"פ דליכא מידי דמסייעי למלוה מודה דמהימן במגו דל"ה העזה כיון דעדים מסייעי ליה ללוה אם כן נאמן פרעתי מחצה במגו דפרעתי כולו ופטור אף משבועה להסוברים דאמרינן מגו לאפטורי משבועה היכי דליכא מעיז:

גם יש להבין לפי דבריהם דהוי ספק הכחשה היינו דלא ברירא לן בטענת הלוה אם כן למה לא יהיה הלוה נאמן לומר מיד כשהעידו העדים דפרעו כולה לומר נזכרתי ודעת' מבואר בנ"י ריש ב"מ דנשבע וגובה מחצה הוא אפילו חזר לומר כדברי העדי' דכיון דהודה תחילה שלא פרע אלא מחצה א"י לחזור בו אעפ"י שהעדים מסייעין אותו. ואמאי כיון דאף בלא דבריו אינו ודאי הכחשה רק ספק הכחשה למה לא יהיה נאמן לברר דבריו שמתחילה ל"ה זוכר מפרעון המחצה האחר דהא מה"ט מסלקין לשטרא הואיל דלא ברירא לן למה לא יהיה נאמן לברר דבריו וע"כ צריך לומר דוקא כשאומר נזכרתי שפרעתי ואינו מברר דבריו שמה שאמר תחילה פרעתי מחצה היה הכוונה שעד כאן אני זוכר והחצי השני איני זוכר רק שאומר מעצמו נזכרתי שמה שאמרתי תחילה כן היה אצלי בבירור ועכשיו נזכרתי בזה סובר הר"ן והרשב"א דאינו נאמן אבל אם באמת מברר דבריו אחר שבאו העדים והעידו שפרע כולה דמה שאמר מתחילה פרעתי מחצה היה כוונתי דעד כאן אני זוכר ויותר אין אני זוכר נאמן כיון דגם לנו הוא ספק הכחשה למה לא יהיה נאמן לברר דבריו. שוב הראו לי שכבר עמד בסתירת דברי הר"ן ורשב"א בספר ש"ת וכ' לפרש כן ואף שכ' דכל כי האי הו"ל לפרושי ולא לסתום מ"מ בהכרח צריך לומר כן. אך יקשה אם כן אף אם אינו מברר דבריו שאמר מקודם פרעתי מחצה היינו ע"כ אני זוכר ולא הוי הודאה ברורה על החצי השני שחייב רק שאמר סתם נזכרתי יהי' נאמן במגו דהיה אומר שמה שאמר מקודם פרעתי מחצה היינו ע"כ אני זוכר והשתא דיש עדים שפרעתי כולה שמתי על לבי ואני זוכר בבירור ואף אם לא יאמר שזוכר בבירור מ"מ סמכינן על העדים. ואולי י"ל דהא דלא מתרץ הר"ן דמשום מגו הוא דמסלקינן לשטר הוא משום כיון דעדיין לא העידו העדים רק אחר כך אף דמסתמא ידע מהם מ"מ כל זמן דלא העידו עדותן בב"ד ליכא לפני ב"ד דבר דמסייע ליה אינו מעיז לכפור הכל ונגד שטר לכך הוכרח לתרץ דהוי ס' הכחשה ואחר כך כשכבר העידו ואומר נזכרתי שפרעתי המחצה השני אינו נאמן לעקור הודאתו כ"ז שאינו מברר שהודאתו לא הוי הודאה ברורה וכיון דטוען עכשיו נזכרתי שפרעתי מודה דמה שאמר אז פרעתי מחצה היה הודאה על המחצה שחייב שוב אינו נאמן לסתור דבריו אף במגו כמבואר בריטב"א שבועות (דף מ"א) הבאתי דבריו לעיל (סי' י"ז) דמחויב לפטור אינו נאמן לסתור טענותו אף במגו כיון דכבר הודה כן צריך לדחוק בדברי הר"ן וצ"ע:

סימן כא

א) הגם דל"א מגו להוציא לדעת הסוברים כן מ"מ היכא דיש בידו שטר אמרינן מגו להוציא ועיין ש"ע (סי' פ"ב סי"ב) ובש"ך (ס"ק כ"ט) משם תשובת רמב"ן ובטעמ' דמלתא

כ' התומי' דאף דמגו לא אלם להוציא ממון מ"מ כיון דמסייע ליה חזקה דשטרך בידי מאי בעי ובמקום דמסייע חזקה להמגו כתב המרדכי דאמרינן מגו להוציא ויש לגמגם בזה דע"כ לא אמרינן היכא דחזקה מסייע להמגו דמהני רק כמו במשארסתני נאנסתי דהחזקה הוא חזקה בפ"ע אף אם אין אנו דנין לגבי ממון מ"מ איכא חזקת הגוף דנבעלה אחר כך אבל לגבי חזקה דשטרך בידי מאי בעי עיקר כח המגו הוא החזקה כמו בסטראי כשדנין על השטר אם הוא פרוע העיקר מה דהלוה א"נ על השטר לומר פרוע הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכיון דהמלו' מודה דקבל רק דאומר סטראי איתרע השטר רק דיהי' נאמן במגו דלהד"ם ולהד"ם גם כן לא הוי נאמן רק מכח החזקה דשטרך בידי מאי בעי אם כן הכל הוא סוג חד. גם הא בסיטראי זה א"ש אם טוען שהלוה נתן לו ע"ח אחר מע"פ בזה שייך לומר דהיה לו ליקח השטר אם טענת הלוה אמת דפרע לו השטר אבל אם באמת כשהלוה טוען מיד דנתן לו על השטר והמלוה החזיק בהמעות על מלוה על פה אחרת אם כן אינו ראיה מחזקה דשטרך בידי מאי בעי ואמאי יהיה נאמן להוציא ואף די"ל דהיה לו לתבוע שישליש השטר ולא להאמין לו שיחזיר לו אחר כך השטר מ"מ בנתן לשליח לפרוע כמו באבימי כתובות (דף פ"ה) ל"ש חזקה דשטרך בידי מאי בעי לצרף למגו דלהד"ם:

וי"ל דעיקר הטעם דכ"ז שיש שטר ביד המלוה אף דעומד לפרעו מ"מ יש חזקת חיוב להשטר דכמו שהשעבוד והחיוב הכתוב בשטר זכה בו המלוה כשבא לידו כן נשאר החיוב היינו שיש לו זכות וחיוב הכתוב בו והוא חזקה דמעיקרא דלא נשתנה כח השטר כמו כל חזקה דמעיקרא ה"נ חזקה דמעיקרא דאינו פרוע ועדיין בתקפו וחזקו שהיה לו מעיקרא אף דהוי מילי מ"מ קנין וזכות יש במה שכ' בו ושוה ממון למכור ואינו כמו נייר לצור ע"פ צלוחיתו ואם נאמר דפרוע הוא נשתנה ממה שהיה מעיקרא לכך הוי שפיר בכ"מ מגו וחזקה דלחזקה הזאת לא צריך להמגו דלמגו אם היה אומר לא היה דברים מעולם סגי דשטרך בידי מאי בעי. ועיין ש"ך (ס"ק כ"ח) דהקשה על הבעה"ת וטוש"ע דלמה באומר הלוה שנעשה על תנאי על המלוה להביא ראיה הא כיון דלדברי המלוה השטר כשר וגם אמאי הוי מגו להוציא ולמה שכ' י"ל כיון דלדברי הלוה נתבטל החיוב מעיקרא לא יש לשטר זה חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון דלא התחיל החיוב רק אם לא יקיים הלוה התנאי והוא מודה דמסר לו ובא לידו על תנאי וטוען דקיים התנאי לא התחיל החיוב שוב ראיתי בקצוה"ח (ס"ק ח') דביאר כן דל"מ מגו אלא לגבי טענת פרעון דגם הלוה מודה דחייל השעבוד והוי כגבוי אלא דהוא הביא ראיה מהא דמשארסתני נאנסתי דהוצרך למגו הואיל דהוא בו"ש או חזקה ולא מהני אף דיש לה שטר אלא ודאי

כיון דלדברי הבעל אין כאן שטר ומעולם ל"ה חיוב ושעבוד הוי מגו להוציא וזה אינו ראיה כ"כ דשם לא התחיל כלל החיוב אם היתה בעולה בשעת החיוב אבל כאן עכ"פ התחיל החיוב באם לא יקיים הלוה התנאי ועכ"פ יש חיוב על ידי השטר על הלוה אם יעבור על התנאי ויש עליו חיוב לקיים התנאי וגם מה שכ' דכל הטעם דמהני מגו להוציא במקום שטר דאז הוי כגבוי כבר כ' התומ' דאנן קיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי אולם למה שכ' אתי שפיר ביותר כיון דהחיוב והשעבוד הכתוב בשטר נעשה על התנאי ועומד לכך שיקיים התנאי לא שייך כ"כ חזקת השטר שנשאר עוד בחזקתו כמעיקרא כיון דלא זיכה לו לחייב את עצמו בבירור ורק על תנאי. והוי כטוען לבטל השטר מעיקרא ומיושב נמי בזה דברי הפירוש משניות להרמב"ם המובא בש"ך (סוף סי' פ"ג) בטוען אמנה והמלוה אומר שהוא מוקדם דאינו נאמן במגו דהוי להוציא והקשה עליו הא מוקדם כשר לגבות מב"ח ואם כן הוי במקום שטר ולמה שכ' כיון דטוען לבטל השטר מעיקר' ולא הוי חזקת חיוב דשטר ל"מ לגבי' מגו להוציא:

ובזה יש ליישב דברי רבינו יונה בש"מ כתובות דמתרץ על קושית תוס' סוגיא דפוגמת דלכך פוגם שטרו אינו נאמן המלוה במגו דהוי מגו להוציא והקשה בנה"מ שעל רבינו ירוחם הא בשטר אמרינן מגו להוציא. ולמה שכ' כיון דכל הטעם הוא הואיל דהשטר הוא בחזקת חיוב חזקה דמעיקרא כל זמן שהוא ביד המלוה אם כן שם בפוגם איתרע החזקת חיוב דהרי ראינו דישנו השטר ביד המלוה אף דנפרע מקצתו רק דאעפי"כ גובה בשבועה דחזקה דשטרך בידי מאי בעי הוא על הנשאר דאם פרע כולו למה הניח השטר ביד המלוה אבל חזקת חיוב היינו חזקה דמעיקרא שנשאר בחיובו ותוקפו זה ודאי איתרע כיון דהודה המלוה דפרע מקצתו ולכך כתב שפיר דהוי מגו להוציא אף דהוי במקום שטר מ"מ הוי כליתא לענין זה כיון דחזקת חיוב איתרע תו לא מסייעי חזקה להמגו ואי דמסייע החזקה דשטרך בידי מאי בעי זה הוי ככח המגו דכל כח המגו שהיה נאמן הוא מכח החזקה הנ"ל:

ועיין במה שכתבתי בהגהותי לספר ד"ח לאאמ"ו ז"ל דיני חזקת קרקעות (סי' י"ג) שם כתבתי ליישב דברי רבינו יונה הנז' בדרך אחר על פי מה שכ' משמו בש"מ ב"ב (דף ל"ג) בהא דרבה בר שרשום דלמה לא יהיה נאמן במגו דלקוח עד שיאכל וכ' דכ"ז שלא אכל הוי מגו להוציא ואעפ"י שיש שטר בידו כיון שאין דינו ליטול מן היתומים אלא בשבועה אם באת לומר שיטול בלא שבועה במגו הו"ל מגו לאפוקי ממונא מבואר דסובר דכיון דבלעדי המגו היה חייב שבועה אף שיש שטר לא מהני מגו להוציא כיון דבלעדי המגו הי' חייב שבועה ואולי לא ירצה לישבע הו"ל מגו להוציא וממילא אתי שפיר בפוגמת

דלכך א"נ במגו דל"ה פוגם כיון דנאמר לפטור אותו ע"י המגו משבועה ולהוציא ל"מ. וע' בשער משפט דיני מגו (אות ב') דנסתפק בזה בנשבעין ונוטלין דיש להן זכות ליטול בשבועה אם מהני מגו לפטור משבועה ומדברי רבינו יונה הנז' מבואר דאם בלעדי המגו חייב שבועה הוי מגו להוציא אף במקום שטר:

ב) ולמה שכתבו האחרונים בטעמא דבשטר אמרינן מגו להוצי' דשטר הוי כמוחזק ולענין זה הוא כגבוי ועיין בתקפו כהן (סי' ק"ל) למד מזה בספר ש"ש (ש"א פכ"ד) דכמו כן אזלינן בתר רובא וס"ס בשטר והביא שם ראיה מדברי הגהת מרדכי פ' אלמנה ניזונית דכ' בכתובה אזלינן בתר רובא מפרק הבא על יבמתו לשלישי לא תנשא כו' אבל משני אית לה כתובה הרי אע"ג דלגבי איסורא מחזקינן בתרי זימני הוי בחזקת עקרה לגבי ממון ל"ה מוחזקת עד תלתא זימני וטעמא דאזלינא בתר רובא ורוב נשי' שאינן יולדות בתרי זימני וכתובה ה"ט דאלם מעשה ב"ד דכתובה ומוחזקת היא ומבואר דאזלינן בכתובה וכן בשטר בתר רובא עיין שם שהאריך בזה וכבר כתבתי לעיל דיני עדות (סי' מ"ד) דאם כן מה הקשה הש"ס כתובות (דף י"ג) לתלות פלוגתא דר"ה ור"י ור"נ ור"י במחלוקת דר"ג ור' יהושע הא שם הוי כתובה ושטר לפנינו לכך סובר ר"ג דברי ושמא ברי עדיף אלא ודאי כיון דאם היתה בעולה והוי מקח טעות לא התחיל כלל החיוב לא מהני אף במקו' שטר וכן מבואר בדברי רמב"ן מובא בש"מ סוגיא דפ"פ אף דלאוקמי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבינן ליה ומהני מגו להוציא במקום שטר הוא דוקא היכא דהי' להשטר שעת הכושר אבל היכא אם איתא דזנתה תחתיו שטרא כמאן דליתא דמי דלא חל שעבודא דשטרא כלל וא"נ אם זנתה קודם לא חל שטרא כלל למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה עיין שם ומבואר היכא דהספק הוא אם חל השטר כלל לא מהני מגו. וראיתי שם בש"ש סוף הפרק דעמד על דברי הש"ך בכ"מ דכ' דגבי משארסתני נאנסתי אף דיש שטר לא מהני כיון דבלא חיוב כתובה אין כאן חיוב לא מהני מה שהשטר בידה וכ' להקשות מדברי המרדכי הנז' דמהני רובא לכתובה דהיא כמוחזקת על פי מעשה ב"ד והתם נמי אם עקרה היא הרי ל"ה לה כתובה אלא כיון דהיתה קודם שנשאת בחזקת כתובה הוה לה כמוחזקת ואם כן הוא הדין לענין מגו להוציא כ"ש בחזקת כתובה הו"ל כמוחזקת והניח בצ"ע והדברי' פשוטים לחלק משם כאשר ראיתי כתוב בגליון הש"ש מהמנוח כבוד הרב הגדול הצדיק מו"ה מרדכי מאיר ז"ל מביאלא אשר משכנו כבוד היה והוא בעה"ק ירושלם ת"ו די"ל דקודם שבא עליה לא הוחזק עדיין שטר כתובתה דשמא תהי' הכחשה ביניהם ולא יהיה לה כתובה שיהא נאמן מחמת חזקה דא"א טורח בסעודה ומפסידה אבל בנשאת לשני אם היה מגרשה אחר כך מיד כשנשאת היה חייב

ליתן לה כתובתה אם כן הוחזק השטר לחוב לכך אפילו שהת' עשר שנים ונולד בה ספק עקרה אזלינן בתר רובא להוציא ע"י השטר עכ"ד והדברים פשוטים ונכונים:

ודעת רמב"ן מובא בש"ך (סי' פ"ג) דאמרינן מגו להוציא ושם בב"ב בעובדא דגחין ולחיש ליה לרבה איירי בשטר שאינו מקוים ונחלקו רבה ור"י כיון דמודה עכשיו דהשטר פסול אם מועיל כשיקיימנו ובש"ך שם הביא דברי הג"ת שהקשה מש"ס כתובות בההיא דפוחתת כתובתה וכ' דוקא באם היה לו שטר כשר אבל בפוחתת לא מהני מגו אף במקוים והש"ך כ' דאשמיטתיה ממנו דברי רמב"ן ולא אבין למה אינו משיג עליו מדברי ש"ס שם ב"ב בעובדא דההוא ערבא דלדעת רמב"ן גם שם איירי באינו מקוים רק הספק הוא אם הב"ד מזדקקין לקיימו אף החרס ושם השטר כחרס דכבר נמחל שעבודי' רק שיהא נאמן במגו ומסיק הסוגיא הלכתא כר' יוסף בזוזי מבואר דלרבה מהני המגו אף דלדבריו אין לו שום שטר. אך יש להבין שם לדעת רמב"ן הא איירי דתבע לו בב"ד והשיב הלוה דפרע לו והמלוה אומר דהדר אוזפי לי' ועל זה לא הודה הלוה ועל כרחך גם כן איירי באינו מקוים ופסקינן כר"י דלא מקיימינן ליה שיהא לו המגו וקשה בשלמא לעיל דהלוה טען מזוייף שפיר כיון שצריך לקיימו וכיון דהודה המלוה דשטרו חספא בעלמא הוא אין הב"ד מזדקקין לקיים החרס כדי שיהא לו מגו ורבה סובר אם מקיימו איתברר למפרע שיש לו מגו אבל כאן דהלוה מודה דהשטר אינו מזוף רק דהשיב דכבר פרע לו אם כן שוב אין צריך לקיומו ואף דקיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ויש לו מגו דמזוף שם אנן סהדי דטענת מזוף הוא טענת אמת כ"ז שאינו מקיימו דאם היה רוצה לשקר היה טוען מזוף אבל כאן אמרינן דהלוה טוען אמת דפרע רק הערב גם כן אומר אמת דהדר אוזפי במגו דהי' אומר דלאו פרוע הוא ועתה שוב לא צריך לקיימו כיון דהלוה הודה וכל מגו הוא תוכ"ד ומגו למפרע ל"א ומה שאמר מקודם דפרוע הוא מהימנין ליה להלוה רק אנו דנין על הטענה שהדר אוזפי על זה אין אנו מאמינין לי' להלוה כיון דעל זה ליה ליה להלוה מיגו. ועיין ש"ך (סי' נ"ז ס"ק ח') מה שכ' שם להסוברים דאמרינן מגו להוציא איירי שם באינו מקוים ולא מזדקקינן לקיימו וקשה כנ"ל הא שוב אין צריך לקיום וצריך לומר כיון דלא יהיה נאמן דהחזיר לו רק מצד מגו ולא עדיף טענתו דהשתא מטענת מגו וכמו דאם לא הי' הלוה מודה לו דפרע דאז היה הלוה נאמן במגו דמזוף והיה צריך לקיימו כמו כן עתה צריך לקיימו ואז המגו של המלוה בחוזק ולכך הב"ד לא מזדקקין לקיימו:

ג) ועיין במ"מ (פי"ד) ממלוה שהביא שיטת הרמב"ן דאין הב"ד נזקקין לו אבל אם קיימו ואחר מכן הודה נאמן מדין מגו ומגבין אותו ואם לא הוי מקיים בשעת הודאה אפילו

קיימו אחר כך אינו גובה בו כיון שבשעת הודאה לא הי' שם מגו ושוב אין נזקקין לו. ובקצוה"ח (סי' קמ"ו) כ' דלא שייך לומר בקרקע הלכתא כרבה אי עביד כר' יוסף עביד כיון דלא עביד רק שלא רצה הדיין להזדקק לקיימו אם כן כשהב"ד מזדקקין אחר כך לקיימו שוב חשוב מגו ולמה שכ' המ"מ אם עבד כר"י ממילא קם דינא דהב"ד לא מזדקקין לקיימו וכשהוציא הקרקע ממנו שוב אף אם יקיימנו אינו נאמן במגו ואף אם לא הוציא עדיין ממנו הקרקע נראה מדברי המ"מ כיון שפעם אחד נסתלק המגו קם דינא ואף אם עברו הב"ד והזדקקו לקיימו בזוזי בטרם שפסקו שלא יקיימנו י"ל דלא מהני כיון דבשעת הודאה ל"ה לו מגו וגם לא מצינו בזה דעבד כמר עבד רק הלכתא ותליא העיקר אם היה לו המגו בשעת הודאה וצ"ע:

וראיתי בש"מ שהעיר לדעת רמב"ן ורשב"א דבמקוים נאמן במגו צריך עכ"פ המלוה לישבע בנקיטת חפץ כמו במלוה על המשכון דנאמן כדי דמיו במגו דלקוח מ"מ כיון דלאו אגופא דמשכון קטעין כנוטל חשבינן ליה ובעי שבועה כ"כ מי שמוחזק בשטר והקשה מדברי ש"ך (סי' ק"ח) דהעלה בשטר שאין בו נאמנות והלוה טוען פרעתי והמלוה טוען סטראי דגובה בלא שבוע' הרי אף דנאמן במגו אפ"ה גובה השטר בלא שבוע' וכ' דלא ידע ההבדל בין מלוה על משכון לזה [ומ"ש ליישב בזה קושית רמב"ן מהא דפוחתת כתובת' וכ' דמ"מ כיון דאינה נאמנת רק מכח מגו צריכה שבועה בנק"ח ליטול ל"נ כלל דעכ"פ בהכרח שבועת הגאונים הוא רק תקנתם ולא נזכר בגמרא כמבואר בכל הפוסקים ושפיר הקשה הרמב"ן על הש"ס] ונראה לחלק דהא אף במלוה על המשכון אינו חייב שבועה רק כשרוצה לגבות מן המשכון בזה אף דיש לו מגו דלהד"ם מ"מ לא נוכל להעדיף כחו ממה שאומר להד"ם דהי' נאמן והב"ד ל"ה יכולין להוציא ממנו אבל לא להחליט שהוא שלו ולהגבותו אבל אם אינו רוצה לגבות בו רק שיהיה מונח בידו עד שיפדנו כמו שתובע אין צריך שבועה כמבואר בר"ן ובפוסקים לעיל (סי' ע"ב) וה"נ וכאן אם ל"ה מודה שהוא מזויף היו הב"ד מזדקקין לגבות ממנו בע"כ שוב הוי המגו על הכפיה לגבות אין צריך שבוע'. ועוד דרק במלוה על המשכון דלא יש שום שבועה מן התורה על המלוה תקנו הגאונים שישבע אבל בשטר דלעולם יש חיוב שבוע' מדינא דגמרא אם טוען אשתבע לי דלא פרעתיך ל"ה להם להגאוני' לתקן שישבע כשיטול ונאמן במגו ואף אם יש לו להמלוה נאמנות דפטרו משבועה גם לא תקנו הגאונים שבועה הזאת רק בבא לגבות ממשכון ועוד יש כמה טעמים לחלק בין שטר למשכון:

ד) מגו לחייב שבועה הוכיח הב"ש אה"ע (סי' צ"ו ס"ק ז') דל"א מתשובת הרי"ף שכ' אם הבעל טוען עמה בשע' הגירושין ואמר שכבר פרע לה הכתובה קודם שנתן הגט

דלאו טענה הוא דאין אדם פורע תוך זמנו אף על גב אם היה אומר פרעתי אחר הגט הי' יכול להשביעה אין אומרים מגו להשביעה וכ"כ הג"ת ותלי במחלוקת הפוסקים אם אמרינן מגו לאפטורי משבועה אז אמרינן אף לחייבו ואם ל"א מגו לאפטורי משבועה אז אף לחייבו לא אמרינן ובקצוה"ח (סי' פ"ב ס"ק ז') כתב להוכיח מדברי הש"ע דסובר דאמרינן מגו לחייב שבועה ממה דכ' (סי"א) אם טען הלוה מחלת לי חוב שבשטר זה יש מי שאומר שדינו כמי שטוען פרעתיו וכ' דמחילה אינה טענה מצד עצמה אלא משום מגו דפרעתי הרי דאמרינן מגו לחייבו שבועה והדברים מתמיהין הא מבואר שם ברמ"א דיכול לטעון טענת מחילה אעפ"י שיש בו נאמנות שהנאמנות לא קאי על הפרעון הרי דאף דלית ליה מגו דפרעתי מ"מ חייב לישבע דטענות מחילה לחייבו שבועה הוא טענה בפ"ע וכמו שכתב הש"ך (סי' ע"ה ס"ק כ"ב) דלענין להשביע להמלוה הוי טענה מעליא ובספר הפלאה אה"ע (סי' צ"ו) כ' להוכיח דאמרינן מגו להשביע רק בכתובה הואיל דהוי חזקה אין אפתו"ז להשביע ל"א מגו אע"ג דהוי ס' אם אמרינן מגו במקום חזק' דא"א פורע תוך זמנו. הוא רק לפטור אבל לחייבו שבועה ודאי לא אמרי' והדברים דחוקים כיון דאם אינו נשבע א"ג הוי ג"כ להחזי' ואם אמרינן מגו במקו' חזקה לפטרו למה לא נאמר לפטרו שלא יהי' חייב לשלם עד שישבע ואף דכ' התומי' כ"מ(ס"ק קי"ח) כיון דהתשלומין הוא ודאי והשבועה הוא ס' מספיקא אין לה להשביע' דבריו הם תמוהין כמו שתמה בקצוה"ח דכיון דאיכא ספק שבועה עליו א"י להוציא עד שישבע כמבואר בפוסקים בפוגמת כתובתה בעדים דעלה בתיקו ופסקינן מספיקא לא תפרע אלא בשבועה. ובאמת יש להתבונן קצת בזה די"ל כיון דהוי ספק בתקנה דפוגם דלא יפרע אלא בשבועה הוא רק מתקנת חכמים א"כ למה לא מוקמינן על הדין דמן הדין אמרינן חזקה שטרך בידי מאי בעי וגובה בלא שבוע' ואולי י"ל דשאני שבועת המשנה בזה מספק אינו גובה אלא בשבוע'. וגם יש לומר כיון דאיתרע קצת החזקה דשטרך בידי מאי בעי במה שמודה המלוה מה שאין כן בשבועת אשתבע לי דלא פרעתיך דלא טענינן ליה והוא רק מתקנה בזה י"ל דבכל ספק מוקמינן על הדין וכיון דמן הדין גובה בלא שבועה לכך אם באנו לחייבו שבועה על ידי מגו לא אמרינן. אולם לא נראה לומר כן כיון דהלוה טוען ברי דפרע אף שהוא תוך זמנו מ"מ כיון דיש ספק אם אמרינן מגו במקום חזקה לא מגבינן עד שישבע. וממילא נמי נראה דקשה לומר דאף אם אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו הוא רק לפטור מן ממון אבל להשביע לא אמרינן דמ"ש כיון דאין מוציאין ממון כן נמי אין מוציאין בלא שבועה ומה שהוכיח ההפלאה שם דאמרינן מגו לחייבו שבועה מח"מ (סי' פ"ב) דדוקא בטוען אמנה או ריבית אין שומעין לו להשביע

אבל באומ' יש לי בידך כנגדן להמוציא השטר יכול להשביע וטענה יש לי בידך כנגדן אינו טענה אלא במגו דפרעתיך כמבואר (סי' ע"ה ס"ז וסי"ג) ובסמ"ע (ס"ק ל"ג) כבר נסתפק בזה הקצוה"ח (ס"ק ו') בטוען יש לי בידך כנגדו והשטר מודה שלא נפרע אם צריך המלוה לישבע והביא דברי הש"ג פ' הפרה דאם תובע דבר הראוי לפרעון כגון בזוזי צריך המלוה לישבע מטעם דהוי כטוען פרעתי:

ודעת הפרישה (סי' פ"ד) דאמרינן מגו לחייב שבועה דכתב שם עמ"ש הטור בפוגם אם הוא בתוך זמנו נפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יפרע אלא בשבועה אפילו באומר שפרע כולו בתוך זמנו אפי"ה צריך לישבע במגו שהיה יכול לומר פרעתיך אח"ז שהרי עתה כבר עבר זמנו ואולי יש לחלק מדברי הרי"ף דהא דעת ר"ה גאון ז"ל בפוגם שטרו תו"ז חייב לישבע מטעם כיון דאיתרע החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהא הודה המלוה דפרע מקצת תו"ז ורמב"ם ס"ל דהחזקה הוא על כל דינר ודינר מן החוב מ"מ קצת ספק הוא ואף דלא מחזקינן להספק לחייבו שבועה מ"מ אם הוא אחר זמנו דיש לו מגו בצירוף זה דכבר איתרע קצת החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו באנו לבית הספק לחייב להמלוה לברר הספק על ידי שבועה מה שאין כן בנידון דתשובת הרי"ף דלא יש לנו שום ספק אם פרע תו"ז הכתובה דלא ניתנה כתובה לגבות בחיים כמו שכ' הרי"ף בתשובה ורק המגו יעורר לנו הספק לסלק החזקה לא מהני לחייבו שבועה ובספר ש"מ (סי' פ"ד) כ' בטעם הדבר דל"א מגו לחצאין כמו שכ' הסמ"ע (סי' קל"ט סק"ח) באם הביא עדים שזה קרוב יותר דמוציאין ממנו הקרקע חייב להחזיר אף הפירות שאכל אף אם לא יש עדים שאכל אינו נאמן במגו דלא אכלתי דלא שייך מגו בחצי טענתו וה"נ כיון דלית ליה מגו להאמינו בגוף פרעון השטר האיך שייך להאמינו לענין להשביעו שכנגדו ולא לגוף הפרעון ודבריו ל"נ שאני התם כיון דמודה דאכל וגוף הקרקע מוציאין מידו על ידי העדים ממילא חייב לשלם אף דיש לו מגו מ"מ פרי בתר ארעא גרירי ואינו הטעם דלא אמרינן מגו לחצאין רק כיון שאין לו זכות בפירות אלא מכח הקרקע והקרקע יוצא מת"י בעדים ואין לו מגו בו צריך לשלם הפירות וכמו שכ' שם הפרישה מה שאין כן לענין להשביע דבכל מקום שיש ספק לנו ודררא דממונא חייבוהו חכמים לברר על ידי שבועה וכיון דיש לו מגו לחייבו שבועה אף דלענין ממון לא מהני המגו מ"מ כיון דמגו הוי כאן סהדי לעשו' ספק לנו י"ל מצד הסברא דמגו מהני לחייבו שבועה אף דלגבי גוף השטר לי"ל מגו מ"מ מכח המגו דהוי כאן סהדי דיש ספק עכ"פ לחייבו לברר על ידי שבועה כמו בכ"מ או בפוגם או בטוען אשתבע לי דל"פ וז"פ לחלק משם ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סי' ס"ו)

ה) עוד כ' שם ההפלאה (ס"ק ח') להקשות על דברי הטור דכאן משמע מסקנת הטור כרמב"ן דיכול להשביעו שלא מחל לו וממילא הוא הדין היתומים יכולין להשביע על זה ושם באה"ע באלמנה שבאה לגבות כתובתה הביא דברי הרמב"ם שכתב שצריכה לישבע גם כן שלא מחלה לו כתובתה או שלא מכרה לו וכ' על זה הטור ונראה שאם כתובתה בידה א"צ לישבע על זה דאם כן היתה מחזרת לו הכתובה וכתב דדעת הטור לשיטתו דלא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא לכך שם ביתומים לא טענינן להשביע על טענת מחילה מה שאין כן כאן שטוען בעצמו והרמב"ם לשיטתו דס"ל דטענינן ליתמי נאנסה אף דהוא מלתא דל"ש וקשה על דבריו הא הבא לגבות מיתומים או מלקוחות דיניהם שוה וכל מה דלא טענינן עבור יתומי' כן נמי לא טענינן עבור לקוחו' והטור ח"מ (סי' קי"ד) הביא דברי הרמב"ם במלוה הבא לטרוף בשטרו מלקוחות דכולל בשבועתו שלא מכרו לאחר ולא מחלו הרי דטענינן בעדם לחייבו שבועה אף על מחילה אף דהוי מילתא דל"ש. ואפשר דמש"ה דקדק שם הטור מלשון הרמב"ם דכ' (פכ"ב) ממלוה ומשביעין את הטורף שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ולא מכרו לאחר ובטור כ' ומשביעין שלא נפרע כלום וכולל בשבועתו שלא מחלו מבואר דהוא רק על ידי גלגול כמו שכ' שם הח"מ בדעת הרמב"ם הלכות אישות דהוא רק על ידי גלגול והטור ס"ל דדעת הרמב"ם מדכ' שם וכן התקינו שכשתבא לגבות כתובה אחר מותו לא תגבה עד שתשבע שלא הניח אצלה כלום ולא מכרה לו ולא מחלה משמע מדבריו דשבועה על מכירה או מחילה הוא מעיקר התקנה וע"ז כ' שאם הכתובה בידה אינה צריכה לישבע על זה אבל מודה דעל ידי גלגול משביעין אולם דוחק לומר כן שעל זה יחלוק הטור שם וי"ל דגם דעת הרמב"ם הוא דרק על ידי גלגול משביעין אותה על טענת מחילה וכמו"ש הח"מ שם (ס"ק י"א) וכמבואר בתשובת הרא"ש ז"ל מובא במהריב"ל (ח"ג סי' כ"ו) דעיקר שבועת אלמנה לא נתקנה אלא מחשש פרעון דהוא מלתא דשכיחא אבל משום חשש דשמא מחלה מלתא דלא שכיחא לא נתקן רק שמגלגלין עליה גם על מחילה עיין שם וכ"כ הרימ"ט בתשובה וכנרא' מהטור באם הכתובה בידה אין צריכ' לישבע על זה סובר דאף על ידי גלגול ל"צ לישבע על טענת מחילה ועל כרחך דסובר דלא שכיח כלל ויקשה מ"ט לא כתב כן במלוה שטורף מלקוחות. וצריך לחלק למה שכתב הב"י באה"ע שם דאפשר שכתבה לו שטר מכר או מחילה ולפיכך לא חשש ליקח מידה שטר הכתובה והטור לא ניחא ליה בזה משום דהוי מילתא דלא שכיחא מה שאין כן לגבי לקוחות עדיף יותר דחיישינן לפרעון ולקנוניא ועיין שם בב"ח ח"מ (סי' קי"ד).

ועיין רדב"ז בלשונות הרמב"ם (סי' ע"ו) שכ' בטעמו דרמב"ם דבשט"ח אין משביעין אותו אלא שלא נפר' אבל מחיל' ללוה ל"ש ולא טענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא אבל אשה לבעלה מחילה ומכירה שכיחא ואין השטר ראיה דלגבי אשתו לא קפיד דכל דאית ליה מנח ליה גבה לכך טענינן ליתמי מילתא דשכיחא ובנפרעת שלא בפניו לא טענינן על מחילה או מכירה רק לדלמא צררי אתפסיה סמך להליכתו ולא טענינן רק ליתמי ולקוחות. והרלב"ח בתשובה (סי' ק"ט) כ' דהא שכ' הרמב"ם בר"פ (י"ד) ממלוה שלשה שצריכים לישבע ויש בהם חשש מחילה הבא ליפרע שלא בפני הלוה והטורף מלוקח ולגבות מיורש לא הוצרך לפרש אופן השבועה על השנים מהם שהם הבא ליפרע שלא בפני הלוה והנפרע מהיורש דממה שכתב בכתובה מבואר והטורף מלוקח שאי אפשר בכתובה שמדבר בפני החייב פירוש דין השבועה (פכ"ב) ובכ"מ שחייב שבועה דלא פרעיה חייב לישבע שלא מחל לו החוב וכשב"ד מחייבין מעצמן שבועה שלא נפרע מחייבין גם כן לישבע שלא מחל החוב. וזה שלא כדברי הרדב"ז שכ' דוקא בכתובה. אולם בדברי הרלב"ח יש להבין דס"ל בדעת הרמב"ם דלאו מטעם גלגול אתי עלה אם כן למה כתב הרמב"ם שם (פי"ד) ממלוה דבתו"ז גובה בלא שבועה הא לענין מחילה אין חילוק בין תו"ז לאחר זמנו א"ו דטענת מחילה הוי לא שכיחא כל רק על ידי גלגול חייב לישבע גם על מחילה. וצריך לומר דסובר דכיון דתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי אם היה מוחל לו ודאי הי' מחזיר לו שטרו מה שאין כן לאחר זמן כיון דצריך לישבע על פרעון נאמן גם כן להשביעו על טענת מחילה. מה שאין כן בתו"ז כיון דעל פרעון אינו נאמן אנן סהדי אם היה מוחל לו היה מוסר לו השטר ואף אם מהני מחילה אף במלוה בשטר הוא דוקא היכא דצריך לישבע על פרעון סמך דעתו דהלוה והמלוה מחל בלב שלם אבל בתו"ז דאינו נאמן לחייבו שבועה על הפרעון לא מהני המחילה להיות נאמן להשביע עד שיוצא השטר מת"י:

ו) מגו במקום מנהג העלה הש"ך דל"א כמו שהוכיחו הפוסקים מש"ס ב"מ (דף ק"י) גבי ארוס אומר למחצה ירדתי דהכל כמנהג המדינה ולא מהני מגו לר"נ דקיי"ל כוותיה משום דהוי כמגו במקום עדים וכמבואר נמי ממתניתין דפאה (פ"ח) אינו נאמן לא על הקמח ולא על הפת וכ' הר"ש דא"נ במגו דאי בעי היה אומר חטים ניתן לי ועשיתיו פת דהוי כמגו במקום עדים ולר"י דסובר דאף במקום מנהג נאמן ע"כ צריך לחלק דשם אינו תולה בדעת עצמו רק בדעת בעה"ב ול"ל ליתן קמח ופת היפך המנהג ובתומים כ' דמנהג ל"ה רק רוב ובמתניתין דפאה אינו נאמן במגו כיון דהוי לענין איסור אבל לענין ממון י"ל דנאמן כיון דא"ה בממון אחר הרוב ויש לעיין בזה הא כבר הוכיחו האחרוני'

מכמ' דוכתי דעד א' נאמן כנגד הרוב באיסורין אף אם נאמר דאינו נאמן עד א' באיסורין נגד חזקה להתיר מ"מ נגד רוב אף דליתא קמן נאמן לברר הדבר. וגם הא לקוח פטור מן התורה ממעשר ואינו חייב רק מדרבנן וכבר כ' הפ"מ דאף הסוברים דאין עא"נ להתיר באתחזק איסורא הוא רק מספק דאסיק בש"ס יבמות (דף פ"ח) ובדרבנן עא"נ להתיר אף באתחזק איסורא דספק דרבנן להקל ואם כן כמו כן מהראוי להאמינו נגד רוב אלא ודאי דמנהג עדיף מרוב ועיין ברמב"ן ור"ן קידושין סוגיא דסבלונות דלא אזלינן בתר רוב רק מה שהוא בטבע ולא בתר מנהג דעשוי להשתנות ועל כרחך הא דא"נ במגו נגד מנהג על כרחך שהמנהג הוחזק לכל ולא מטעם רוב. ומה שהקשה ע"ד תוס' ב"ב (דף צ"ב) בהא דפריך הש"ס לרב דהולכין בממון בתר רוב ממתניתין דהוא אומר אלמנה נשאתיך דהא רוב נשים בתולות נשאות והקשה בתוס' דלמא לכך נאמן דיש לו מגו דפרעתיך הרי אף לרב מהני מגו נגד רוב וקשה ממשנה דפאה וגם הא במקום חזקה הוא איבעי דלא איפשטא ומכ"ש במקום רוב דעדיף מחזקה וזה לא קשה כ"כ דהא בחזקה דאין אדם פתו"ז מוציאין ממון אף לדידן דאין הולכין בממון אחר רוב וע"כ או דחזקה מצד הסברא עדיף כמו שכ' המרי"ק והמרי"ט או מטעם דמועיל בצירוף חזקת חיוב ואלם ביותר כמו שכ' בש"מ ב"ק הבאתי לעיל (סי' ט"ו) ואאזמ"ו ז"ל בד"מ אבל ברוב לחוד י"ל אף לרב דמוציאין ממון מ"מ ביש לו מגו וח"מ מהני המגו. ומתניתין דפאה דאינו נאמן במגו על כרחך דשם עדיף דהו ל"ש כלל ומיעוטא דמיעוטא או כמו שכ' הש"ך ליישב לדעת ר"י דסובר דבארוס נאמן במגו במקום מנהג:

ועיין ריטב"א כתובות (דף כ"ז) שכתב לפרש בההוא עובדא דנהר פקוד דרבא ס"ל דנאמן במגו ואביי סבירא ליה דהוי במקום עדים דודאי רבא מודה שאין אדם נאמן בשופי מגו במקום עדים רק שם ל"ה יודעים עדים ממש כנגדו אלא שעל רוב שכיחא תמן מים וכיון שכן סבר אביי הא הוית במקום עדים ורבא סבר כיון דזימנין ליכא תמן מים אע"ג דמיעוטא שפיר עבדא ליה מגו הרי דפליגי שם אביי ורבא בזה אם אמרינן מגו במקום דטענתו של עכשיו הוא נגד רוב. אולם י"ל דאם הוא רק רוב אמאי מוציאין ממון הא אנן קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"פ או דהוי שם מיעוטא דמיעוטא או כיון דהתנה שלא ילך שם ועבר ע"ד הבעלים מחייבינן ליה על ידי הרוב ולכך י"ל דלא מהני המגו במקום רוב בזה שם כיון דסוף כל סוף שינה מדעת בעלים. ובתוס' רפ"ב דכתובות כתב דהא דיש עדים שיצאה בהינומא כתובתה מאתיי' ואינו נאמן במגו דפרעתי דהוי מגו במקום עדים ובר"ן שם מתרץ דבגרושה אינו נאמן נגד חזקה דאין אדם פורע תו"ז ובאלמנה מיירי דהודה קודם מותה דלא פרע. וקשה כיון דיש עדים שנעשה בה כמנהג

בתולות הוי מגו במקום מנהג ועיין שם בספר הפלאה. וי"ל דהא מבואר שם בסוגיא דרוב הנשאו' בתולות יש להם קול וזו שאין לה קול איתרע ליה רובה ועיין שם בתוס' וכיון דנשתנה בה ואיתרע רובה י"ל דנשתנה גם כן בה אף שיצא בהינומא מ"מ יצאה מכלל רוב ועיין בכורות (דף מ"ב) דאם יצא בדבר אחד מן הרוב חיישינן לדבר אחר גם כן ועל כרחך צריך לומר כמו שכ' תוס' שם דבמה דאין לה קול לאו איתרע ממש ולכך מהני עדים שיצאה בהינומא אבל מ"מ מגו מהני לדעת הר"ן במקום מנהג היכא דחזינן דאישתנה בדבר מה ועיין שם בהפלאה דהקשה כיון דהא דאיתרע רובה הואיל דאין לה קול צריכינן רק לרב אבל לשמואל דבלא"ה אין הולכין בממון אחר הרוב מנ"ל דרוב נשים נישאות בתולות עדיף מרוב דיש לה קול ולמה מצטרפין בזה להעיד בגדלו מה שראה בקטנותו ולמה שכ' מוכח דלא איתרע ממש הוא דאם לא כן גם ב' עדים כשרים לא יהנו כיון דיצאה מרובה נימא הואיל דאישתני' דל"ל קול אשתני' גם כן בזה שיצא בהינומא א"ו דרוב נשאת בתולה עדיף ולרב יהודא דסובר דאמרינן מגו במקום מנהג על כרחך צריך לומר כתירוץ הר"ן ועוד י"ל דעיקר הטעם של ר"נ דמוציאין ממון במנהג גבי אריס הוא משום דלמה לא אתני בפני עדים והיה לו להבעה"ב להתנות בפני עדים והיה לו לירא שיטעון האריס לשליש הורדתני ור"י ס"ל די"ל דסמך עצמו על המגו דיכול לומר שהו' שכירו ולקיטו מה שאין כן ביש עדים שיצא' בהינומא ועבדו בה מנהג בתולו' היה לו לירא שתאמר אחר כך בתולה נשאתני א"ו באמת היתה בתולה ושם לא שייך לומר דסמך א"ע על המגו דפרעתי דלמא יגרשנה ותתבע קודם גירושין וא"נ פרעתי תו"ז וכמו שכ' הר"ן:

ז) מגו דאי בעי הי' טוען להכחיש עדים פסולים כתבו אחרונים משם תשובת הרא"ש דל"א כמו דל"א מגו במקום קלא כדמוכח מב"ב (דף ל"ג) וכפסק המחבר (סי' ק"נ) דאם טען לקוח במקום קלא נאמן אבל מגו דלקוח ל"ל כיון דהוא לאכחושי קלא ועיין בתומים ובקצוה"ח וקשה לי הא מוכח מדברי הרשב"א בתשוב' להיפך מובא בב"י (סי' מ"ג) בשטר מתנה שהי' לכתוב שנת נ"ח וכתב בו נ"ז ומוכח שהי' ט"ס וכ' אם אין כ"י יוצא ממ"א ועדים קיימים יכולים לחתום שטר אחר מזמן שני שהוא אמר להם לכתוב שנ' נ"ח ואם כ"י יוצא ממ"א והוחז' בב"ד שוב אינן נאמנין מ"מ הקונ' נאמן לומר טעות היה מגו דאי בעי אומר אין ודאי שטרא מעלי' הוא ובשנת נ"ז קנו מידו ואעפ"י שהעדים אומרים עכשיו שלא קנו מידו אלא בשנת נ"ח א"נ כיון שהגידו שוב אינם חוזרין ומגידין ואפילו יש עדים שמעידים שבפניהם חתמו שטר זה בשנת נ"ח דעכשיו אין לקונה מגו מ"מ עדיין יש לו מגו דבשנת נ"ז קנו מידו ובשנת נ"ח חתמו עיין שם הרי מבואר אף בעדים

החוזרים ומגידי' דאינן נאמנין יש לו מגו להכחישם שכתבו בשנת נ"ז וכיון דהעדים א"נ להיות חוזרין ומגידין מהימן דהיה טעות במגו דהי' אומר דל"ה טעות אף דהעדים מכחישים אותו ואומרים דלא חתמו ולא קנו מידו בשנת נ"ז ושם אין העדים נפסלין בכך אף דמבואר בתשובת הגאונים דעדים שהגידו וחוזרים ומגידים דמלקין אותן מ"מ ודאי דלא נפסלין בכך כמבואר לעיל דיני עדות ובפרט שם שכ' הרשב"א שחתום בשטר גברא רבא בתורה ובחסידות. ובכל זה נאמן במגו להכחישם ואף דהשטר מסייע לו מ"מ נימא דאינו רוצה לטעון ברצון להכחיש עדים אלא ודאי כיון דא"נ בתורת עדות להיות חוזרין ומגידים נאמן במגו דהי' מכחישם מכ"ש דנאמן במגו במקום דצריך להכחיש עדים פסולים ועיין בש"ע (סי' מ"ג ס"ט) ובש"ך וסמ"ע שם ותומים (ס"ק י') דכ' דהעדים פסולים ואינם נאמנים לומר שטעו ובכ"ז נאמן במגו דהי' מכחישם ויש קצת ליישב למה שביאר שם בתומים כוונת הרשב"א:

ח) והא דל"א מגו במקום קלא מקורו מעובדא דרבה ב"ש ב"ב הנז' ויש להעיר דלמא דוקא שם דהוי לאפטורי משבועה ומגו לאפטורי משבועה ל"א היכא דהוי העזה ונגד קול הוי העזה אבל באם מעיז השתא גם כן כשטוען עם הבעלים בעצמן מניין לנו דלא אמרינן מגו במקום קול. וי"ל למה שהביא הש"ך (סי' קמ"ט ס"ק כ"ד) משם הג"ת שכ' בכוונת הראב"ד בהשגות (פי"ד ה"ט) מטו"נ דבפירות שאכל פטור משבועה במגו והקשה דאף בפירות שכבר אכל הו"ל להקשות על הרמב"ם דהא אין אומרין מגו לאפטורי משבועה וכ' הש"ך דשגג דבפירות שכבר אכל ל"ש שבועה כלל כיון שהוא טענת שמא בין בגוף הטענה בין בטענת המגו ואין נשבעין היסת על טענת שמא. אולם השגת הש"ך אינו מובן כיון דהסוגיא ורמב"ם איירי ביתומים והבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ואף בתפס מ"מ שבועה בעינן ועיין שם ברא"ש ובנ"י דאף באכל בעינן למגו ואם כן קושית הג"ת נכונה דמגו לאפטורי משבועה ל"א וכבר עמד על זה אאזמ"ו ז"ל בד"מ שם:

ונראה ליישב קושיית הג"ת די"ל כמו דאמרינן במקום שטר אמרינן מגו להוציא כיון דהשטר מסייע כמו כן י"ל לענין מגו לאפטורי משבועה דחזקה דשטר בידו מאי בעי מסייע לו אמרינן כ"כ מגו לאפטורי משבועה באם השטר מסייעו. אך אם נאמר כן יקשה מה הקשו הראשונים מה מהני המגו לרבה ב"ש הא עכ"פ היסת הי' מחויב אף בטענת לקוח ודלמא הואיל דעל טענה דהשתא השטר מסייעו פטור אף מהיסת ודומה למ"ש הש"ך (סי' פ"ז) ביש לו מגו וחייב שבועה וע"א מסייעו על טענה דהשתא דמיפטר משבועה והכא נמי אף דאם היה טוען לקוח היה צריך לישבע היסת מ"מ כיון דבטענה

דהשתא השטר מסייעו פטור. אלא צריך לומר או כמו שכ' רש"י ז"ל מס' ערכין הא דחיישינן דאתפסו לצררי הוא למשכון וי"ל דבזה אינו ראיה מחזק' דשטר כיון דהוא בתקפו ואעפ"כ אינו חייב לשלם עד דמהדר ליה למשכון אם כן ל"ש חזקת שטר או די"ל דכל כח חזקה דשטרך בידי מאי בעי הוא חזקת שטר היינו חזקה דמעיקרא וכמו שכ' לעיל ועיין תומים כ"מ (ובסי' פ"ז) בדברי הש"ך שם וי"ל דלגבי יתומים למה שהוכיחו האחרונים דאם ירשו ממורשיהם החיוב יש גם עליהם שעבוד הגוף ועיין בד"מ (סי' ק"י) מה שהוכיח מדברי הטור ח"מ (סי' רע"ח) ויבואר אי"ה בזה במ"א אם כן כמו כן יש להיורשים חזקה דמעיקרא דלא נשתעבדו גופם ואף דמ"מ גובה מיתומים בכל שטר ולא מהני חזקת היורשים דלא נשתעבדו גופם והוא משום דחזקת השטר עדיף דחזקה זו נתחזקה מעיקרא אך לענין סייעת השטר לפוטרו משבועה י"ל דלא מהני ואם כן נשאר קושית הג"ת הא אף בפירות שכבר אכל מ"מ מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ועיין תומים (סוף סי' ק"נ). לכך י"ל דנגד ברי ושמא אמרינן מגו לאפטורי משבועה רק אם הוא העזה אז לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה אף בבו"ש אבל בלא העזה י"ל דאמרינן בברי ושמא ומה גם דהשטר מסייעו. וממילא מוכח שפיר דע"כ הא דלא אמרינן מגו במקום קול הוא לאו מטעם דהוי לאפטורי משבועה דהא בברי נגד שמא וגם השטר מסייעו אמרינן א"ו הואיל דהוי נגד קול ל"א בכ"מ מגו:

ט) אם תפס שלא בעדים מיתומים קטנים דיש לו מגו דלא תפסתי כ' המר"ם מינץ דלא מהני מגו נגד יתומים קטני' דמגו לא עדיף מעדים ואין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ובמל"מ (פכ"א) ממלוה כ' דלהחזיק מקבלין ובקצוה"ח (סי' ק"י) האריך בזה דודאי לא עדיף מעדים ואין מקבלין ע"ש בנועם דבריו ומתרץ בזה קושית הראשונים בהך דרבה בר שרשום דלימא מלתא כצורתא אביכן חייב לי כיון דיש לו מגו ובזה אתי שפיר דודאי לא יקבלו ב"ד נגד הקטנים וגם אחר כך כשיגדלו לא יועיל כיון דכבר הודה עיין שם בדבריו וכבר הביא אאזמ"ו ז"ל בד"מ שם שבאמת הרמב"ן ב"ב שם מתרץ כן דמגו לא מהני ביתומים קטנים. ובש"מ שם משם הרשב"א הקשה על הרמב"ן דאם כן כשכבר אכל אמאי נאמן במגו ולא הבנתי הא להחזיק מקבלין העדות ואם כן כשכבר אכל וכדי שלא להוציא ממנו מהני המגו ועיין חידושי רשב"א ב"ק (דף קי"ב) ובתשובה (סי' אלף כ"א) ובח"ב (סי' שס"ב) ובח"ד (סי' ד') ובמה שכ' לעיל דיני עדות (סי' י"ד) בענין זה אם בעינן דוקא שישב בקרקע או כשלא יש מערער דאז מקבלין אבל כשיש ערעור אין מקבלין אף להחזיק רק בקטן מטעם ממנ"פ עיין שם. ובגוף הדין אם מהני מגו בקטנים הש"ך (סי' ק"נ) הביא דברי הרמב"ן אלה ומדחי דבריו מהלכה וכן להמבואר ש"ע (סי'

קמ"ט סכ"א) מבואר דמהני מגו ביתומים קטנים ועיין שם ברמב"ן בסוף דבריו דביאור דברי אביי דאמר לרבה בר משרשיא לקוח ל"מ אמרת כיון דצריך עדי חזקה ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וביצא קול אף להחזיק אין מקבלין וכ' וז"ל הלכך מחייב לאהדורי וכי גדלי יתמי אי אית ליה עדי חזקה מהימן מדין מגו. ולכאורה האיך שייך מגו לכי גדלי יתמי כיון דאז לא כו' נאמן מדין מגו דל"ה יכול לטעון לקוח דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין ולא הוי מגו ונתבטל המגו על אחר כך וצ"ל דרבה בר משרשי לא הי' בא לדון לפני אביי רק בתורת עצה שאל לו וכמו שכ' הרמב"ן שם קודם לזה משם אחרים אם כן שוב מהני המגו אחר כך ואף דאביי היה עכ"פ ע"א עלה ניצול משבועתו מ"מ י"ל כיון דלא יצטרך לישבע מהימן במגו חוץ לב"ד ועיין ש"ך (סי' ע"ב) ובתומים שם בסי' מ"ז) ובמ"ש לעיל דיני דיינים (סי' ח') ומ"מ יש להבין כיון דמוציאין ממנו דאין נזקקין לנכסי יתומים למה יהיה נאמן אחר כך במגו דכבר נתבטל גם יש להבין הא כשיגדלו הא עכ"פ יהיה צריך שבועה דאז יהיה נוטל וכמו שכ' הרמב"ן שם אם כן מה יהיה לתועלת לרבמ"ש המגו דבשבועה יהיה נאמן אף בלא מגו כיון דיש לו שטר וצ"ל למה שכ' הד"מ משם הר"י דבתפס מיתומים קטנים מטלטלין אף דמחייבין לאהדורי מ"מ א"צ להחזיר להיתומי' רק ליד שליש וכ' שם הב"ח הטעם משום דיכול לומר דירא אולי יאבד מהם אם כן גם כשאמר אביי לאהדורי ל"ה מחויב להחזיר רק ליד שליש וכשיגדלו יהיה נאמן במגו ולא יצטרך לישבע דלא יהיה נוטל ואי"ה במקומו יבואר עוד בזה:

סימן כב

כתב בש"ע (סי' פ"ה ס"א) ראובן הוציא שטר על שמעון ושמעון הוציא שטר שמכר לו שדה כו' טענתו טענה וכ' הש"ך (ס"ק א') דוקא הוציא שטר או מברר בעדים הא לאו הכי נאמן במגו דלא מכרתי לך ולא קבלתי ממך כדלקמן ברמ"א(ס"ג) ולכאור' ריעותא זו דאילו הייתי חייב לך הי' לך ליפרע ממני ולא למכור לי השדה גרע מריעותא דנפילה דהא אף בכתב בהשטר נאמנות לא מהני. וכן נמי אף בטוען פרעתי ביומא דמישלם זימניה נאמן אף להסוברים דאינו נאמן לומר פרעתי ביומא דמישלם זימניה אם לאו מטעם דאמרינן בש"ס כתובות עביד אינש דיזיף ליומא וע"כ דריעותא הזאת היא גדולה ועיין בספר עטרת פז סוף כתובות וכעת אינו תחת ידי וכן כתוב בתומים כ"פ דריעותא היא דאילו הייתי חייב לך כו' הוי כריעות' דנפילה אם כן קשה למה יהני המגו נגד הריעותא הזאת ואף דיש בידו שטר הוי מגו להוציא ועיין בכנה"ג (סי' ס"ה) דבמקום ריעותא דנפילה לא מהני מגו דהוי כמגו במקום עדים ובקצוה"ח (סי' ס"ה ס"ק ב') ביאר דבריו כיון דבריעותא דנפילה איתרע אף בנאמנות ותו"ז מגו גם כן לא מהני דשקולין

הן והא דלדידן נאמן במגו אף במקום חזקה דתו"ז הוא משום דהוי להחזיק אבל בבא להוציא אין המגו מועיל יותר מחזקה דתו"ז וא"כ הכא נמי אמאי מועיל המגו וצריך לומר דכאן מהני המגו דכיון דיש לו מגו ליכא ריעותא כל כך ואוקמי השטר על חזקתו די"ל דסמך א"ע על זה באם יטעון דמכר לו השדה יכול לכפור:

ואם יכול להשביעו עכ"פ היסת היכא דיש ריעותא הזאת דאילו הייתי חייב כו' כ' בנתיבות דאף היסת אינו חייב במקום ריעותא הזאת אולם בבעה"ת כ' לדמות טענה הזאת לסיטראי דאיתרע השטר מובא בב"י כאן ומסיים שם הבעה"ת דחייב לישבע היסת אולם בהגה"מ מובא גם כן בב"י נראה לכאורה דע"כ סובר דאינו חייב לישבע היסת דשם דן על אחד שתבע לחבירו שחייב לו וטוען הלה פרעתי וקנית ממני מעיל ולא רציתי להקיף לך כי אם על ידי ערב ואם הייתי חייב לך הי"ל לומר תנהו לי בחובי אם חייב הנתבע היסת וכ' שם דנאמן במגו וע"כ צ"ל דסובר דמגו לחייב שבועה אמרינן. ועוד כ' דיכול לומר יראתי שלא תמכור לי כלל ומבואר דבלא"ה אינו חייב היסת ואולי יש לחלק דשם עשה מעשה דהעמיד ערב ועדיף טפי לפטור אותו אף מהיסת אם לא מהנך טעמי' שכ'. ובדו"פ מסופק אם מהני תפיסה כאן כיון דבעה"ת מדמה זאת לטענ' סיטראי. ולכאורה מדינא דשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה יש להוכיח דלא מהני תפיסה דאם לא כן אמאי גובה אידך כיון דמהני תפיסתו של שכנגדו. ובזה יש ליישב קצת דברי רש"י כתובות שם דבמשנה הראשונה כ' ושטרך פרוע או מזויף וכן מבואר דיעה הזאת בש"ע דאף מזויף נאמן לטעון ובמשנה השניה בב' שהוציאו שטר חוב זה על זה לא כתב רש"י טענת מזויף ועיין שם בהפלאה מה שכ' בזה ולהנ"ל י"ל דכל עיק' הטעם דמהני טענת מזויף הוא דבמה שקנה ממנו השדה הוי כהודאה דהשטר שבידו הוא כחרס ולכך לא מהני הקיום דהודאת בעל דין עדיף מעדים וכן כתב הנתיבות. ולפי זה יש לומר דאם טוען הלה שהוא מזויף ונתקיים השטר דמהני תפיסה דיכול לומר הודאתי אף אם תאמר דעל ידי זה שקניתי ממך היה הודא' על פרוע ועכשיו יען שאתה טוען מזויף הוי כאומר לא לויתי וממילא לא פרעת ובשני הודאות דסתרי גם כן מהני תפיסה רק שם הוא מוחזק בהקרקע וגם בהמעות לכך שפיר כ' רש"י דיכול לומר שטרך או פרוע או מזויף כיון דלא תפס איתרע אבל בשנים שהוציאו שטר חוב זה על זה לא כתב רש"י דיכול לטעון מזויף דאם כן היה מהני תפיסה דאף אם נחזיק ריעותא הזאת להודאה יכול להיות על פרוע ולא מזויף ועכשיו שהודה הלה שלא פרע כיון דטוען מזויף הוי כאומר לא לויתי ומהני תפיסה ולמה קתני זה גובה וזה גובה א"ו דטוען רק פרעתי ואין לומר אם כן אף אם טוען פרעתי יהיה גם כן מהני תפיסה ויאמר דהודאתו

הי' שהוא מזויף ועכשיו כשטוען פרעתי הודה דלאו מזויף הוא. זה אינו דאנן מחזקינן הודאתו בפחות דמה שלא הוכחש מעדים וזה היה הודאתו והיינו דפרוע הוא ולכך לא מהני תפיסתו:

עיין באורים דאם הוא באתר דקנה בכסף לבד בלא שטר לא הפסיד שטרו כיון דלא הי' אפשר לחזור ממכירה ובקצוה"ח חולק על זה ומדחיק א"ע בביאור דברי המרדכי ובש"מ כתובות (דף ק"י) מצאתי מבואר כדברי האורים עיי"ש:

ראיתי בספר הר הכרמל (סי' ל"ב) שכ' בנידון דידיה יש כמה אמתלאות כיון דסך כ"י אינו מגיע אפילו לחצי פרעון יכול לומר לא רציתי לפגום שטרי וכמו שכ' הש"ך (סי' פ"ד ס"ג) (ובסי' פ"ה) י"ל דאיירי שחוב שתובע ראובן עכשיו היה שוה עם הפרעון שלו או פחות ממנו עכ"ל. כן הועתק אצלי מכבר וכעת אין בידי ספר הנז' לעיין בו ומבואר דסובר אם אינו שוה הדמי מכירה או שטרו שלוה ממנו כנגד חובו ליכא ריעותא דיכול לומר לא רציתי לפגום שטרי. ולפנינו מבואר בירושלמי סוף כתובות מחלוקה בזה ר' יונה אומר ביפה כך ר' יוסי אומר בשאינו יפה בכך ופירוש הפ"מ דר' יונה סובר דוקא אם הקרקע שוה כנגד כל החוב בהא אמרינן היה לו להפרע את שלו ור' יוסי סובר אף בשאינו יפה בכך מ"מ יכול לומר לו היה לך להפרע את אשר אתה מוצא ראשון. וכנראה הלכתא כר' יוסי והטעם דלא רצה לפגום שטרו היה יכול לתקן ולכתוב ביני שיטה הפרעון או בשאר אופנים כפי המבואר (סי' פ"ד) דלא הוי פוגם ולא יתחייב שבועה:

סימן כג

מבואר בטוש"ע אף דאמרינן זה גובה וזה גובה אולם אם מת ולאחד יש יתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד והוא לא יגבה מהם עד שיגדלו כיון שתפס בחיי אביהם. וקשה למה לזה הטעם כיון שתפס מחיים להמבואר (סי' ק"י) ובש"ך שם דבתפס מעות ויש שם שטר אפילו תפס בעדים לא מפקינן מיני' והוא דעת רבינו ירוחם וכ' הש"ך דגם הטור מודה לזה אם כן למה כ' כאן הטור הואיל דתפס מחיים הא כאן הוי כתפס מעות וכבר עמד על זה בתומים ובקצוה"ח שם. וי"ל דנ"מ בזה דהוי כתפס מחיים דאף אם מהני בתפס מעות דהוי כפרעון מ"מ אם תפסו בהחזרה או היתומים בעצמם או אפטרופוס שלהם מיד המלוה אין הב"ד נזקקין להוציא מידם ואף די"ל דהוי כאלו כבר נפרע החוב והוי כתופס בגזילה אחר כך מ"מ י"ל כיון דלכתחילה אין הב"ד נזקקין להוציא מידם רק המלוה תפס ועבד דינא לנפשיה והואיל ונצמח מחוב שאין הב"ד נזקקין כמו כן אם תפסו בהחזרה אין נזקקין להוציא מידם וזה דוקא בתפס לאח"מ אבל בתפס מחיים שוב לא זכו כלל היורשים בזה ול"מ תפיסה בהחזרה ואם תפסו בהחזרה מוציאין מידם כמו

משאר גזלן ולכך כתבו כאן דהוי כתפס מחיים להורות דאף אם חזרו ותפסו מפקינן מהם וצ"ע בדין זה:

עוד הקשה שם הקצוה"ח מעובדא דרבה בר שרשום ב"ב (דף ל"ג) דאמר ליה אביי לקוח לא מצית אמרת זיל אהדר ולכי גדלו יתמי אישתעי דינא לישבע מיד כיון דכבר אכל הפירות ובנתיבות כ' דלדינא דגמרא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואאזמ"ו ז"ל בד"מ שם כתב דהא הרמב"ן כ' שם דלכך הוכרח רבה לאכול הפירות כדי שיהיה מוחזק ולא יצטרך לישבע שבועת הגאונים ולא אמרינן כן אלא במוציא ולא במוחזק הרי דהוי להחזיק ועל כרחך דרבה החזיק מיד בהקרקע על זמן אכילת הפירו' כדי לגבות חובו. ולכאורה י"ל למ"ש (סי' ע"ב) דאם אינו רוצה לגבות מהמשכון רק להחזיק בידו עד שישלם לו לא הוי נוטל אם כן אם לא יאכל רבה רק יבא לב"ד וע"כ יצטרך לתבוע לגבות לו ויצטרך לישבע דמה יעשה עם הפירות הא ירקבו ויצטרך לאכול או למכור ויהיה דינו כנוטל ויצטרך לישבע אבל כשכבר אכל ואינו חייב רק מעות שפיר כשיתבעו היתומים נאמן במגו ונוטל לא הוי כיון שאינו רוצה ליטול רק להחזיק מה שהוא בידו ואם כן ל"ק קושית הקצוה"ח. ובלא"ה טענה הזאת שגבה כבר הקרקע על זמן שיגבה חובו מהפירות א"נ רק לס"ד דיש לו מגו דלקוח אבל לתשובת אביי דאינו נאמן במגו דלקוח רק דקשה דישבע עכשיו מחמת דתפס שפיר אמרינן דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואי דיטעון דגובה מיד עבור חובו על זה א"נ דהוי להוציא דאם היו דנין מיד אחר מיתת אביהן לא היה יכול לטעון דאין נזקקין ואי דטוען דהחזיק עבור חובו בגוף הקרקע א"נ אם כן גם עכשיו אינו נאמן דאכל בתורת גוביינא רק על הפירות והוי מטלטלי דיתמי ולא מהני תפיסה:

וי"ל ליישב קושית הקצוה"ח כיון דהרבינו ירוחם סובר כר"י דמגו מן ממון לממון ל"א רק באמת רבה לא הי' בא לב"ד מיד כקושית הרמב"ן דאז הוי מן ממון לממון לכך היה רוצה לאכול הפירות כדי החוב ובתוך ימי האכילה בא לאביי ואמר לו כי לקוח לא מצית אמרת ואינו נאמן במגו במקום קול לכך זיל אהדיר אף הפירות שכבר אכל דאם היה המגו שלא כנגד הקול היה מהני עכ"פ על הפירות שכבר אכל והי' מחזיק על חובו ואף דשאר החוב לא היה יכול לגבות רק כשיגדלו ובשבועה דעל מה שלא אכל הוי המגו מן ממון לממון מ"מ על מה שאכל היה מהני המגו ועל השאר היה הברירה ביד רבה כשיגדלו היתומים אם ירצה רבה לישבע ואם לא לא וא"ל אביי דמגו ליכא במקום קלא לכך זיל אהדיר ולכי גדלו כו' והיינו כיון דמבואר (סי' פ"ז) דכל הנשבעין מחויבין לישבע בפני הלוה ויתומים ועיין שם בש"ך ותומים דכל הנוטלין מחויבין לישבע בפני

היתומים אם כן מה שישבע עתה שלא בפני היתומים שהם קטנים לא יועיל רק על מה שת"י שכבר אכל אבל על יתר החוב לא יועיל מה שישבע עכשיו שהם קטנים ואף דאם בדיעבד נשבע שלא בפניו מהני מ"מ עכשיו ל"ה רשאי' הב"ד להשביעו על מה שלא אכל רק כפי מה שאכל שזה גם כן לא יחזיק רק בשבועה ואף אם מהני תפיסת מעות ביתומים קטנים מ"מ שבועה בעינן עכ"פ אם כן יהיה לו הפסד דיצטרך לישבע שני פעמים על זה שמחזיק עתה מה שכבר אכל וגם כשיגדלו וירצה לגבות יצטרך לישבע עוד הפעם לכך א"ל אביי זיל אהדר ולכי גדלו אישתעי דינא ולא תצטרך לישבע רק פעם אחד ורבה לא הקפיד רק על השבועה ולא על המתנת המעות וכשלא יפטר משבועה וכדי לגבות כל החוב יצטרך לישבע שני פעמים זה ודאי לא ניחא ליה ויותר טוב לו שיחזיר מה שאכל ובפרט למה שכתב הב"ח דא"ח להחזיר ליתומים רק ליד שליש וכמו שכ' לעיל (סי' כ"א) ולכך א"ל אביי זיל אהדיר ולכי גדלו כו' וישבע רק פ"א ועיין מהרי"ט (סי' קי"ב) שכ' גם כן לענינו שם דרבה בר שרשום איירי שבא בתוך אכילתו לב"ד:

סימן כד

היכא דהדין הוא דזה עומד בשלו וזה עומד בשלו מבואר בש"ע (ס"ו) דמ"מ לא נפקע החיוב מכ"א ואם אחד מכר השט"ח לאחר הלוקח גובה ואם גבה קרקע חוזר וגובה ממנו שמשועבד לחובו ונחלקו הסמ"ע והש"ך ושורש מחלקותם הוא כפי שביארו האחרונים דעת הסמ"ע דדוקא במכר המלוה המוקדם את השטר כגון הלוה לשמעון בניסן ושמעון לראובן בתשרי וכשמכר ראובן השט"ח חוזר שמעון וגובה מהלוקח דשדה זו כבר משועבדת לראובן מניסן ואחר כך כשלוה משמעון בתשרי נשתעבד אותה שדה לשמעון ומשו"ה חוזר וגובה אותה ממנו אבל אם שמעון מכר השטר חוב וגבה הלוקח מראובן קרקע תו לא מצי ראובן גבי מלוקח מכח שעבודו אלא אם כן כתב ש' לראובן דאקני ודעת הש"ך אפילו לא כ' דאקני והמאוחר מכר כיון דמשתעבד מדר"נ א"צ דאקני וחילו מדברי תוס' פסחים (דף ל"א) וביאר הקצוה"ח דדעת הסמ"ע דשעבודא דר"נ היינו דהחוב שיש לו ללוה משועבד הוא להמלוה והיכא דאפילו זכה הלוה בהשדה ומכרו לאחר ולית ליה דאקני כיון דהחוב של הלוה נעשה אחר כך אינו גובה כ"כ אינו גובה מהקונה השטר חוב ודעת הש"ך דבקרקע' דכח הלוה אלם וחשיב כאלו בא לידו אותו הכח קם להמלוה אף דלית לי' דאקני עיי"ש היטב בקצוה"ח:

ויש לחקור לדעת הש"ך דהוי כאלו המלוה הראשון הלוה להשני וגוף החוב שהי' ללוה שייך למלוה שלו ולא בתורת שעבוד אם מת הלוה. והיתומים הם קטנים דאין נזקקין להוציא מידם ונשאר חוב להלוה אצל אחר וגבו היתומים קרקע בחובם אם נזקקין

להמלוה הראשון להוציא מידם כמו בלוקח השטר חוב דאף דלא כ' דאקני להמלוה הראשון מ"מ גובה מהקרקע שגבה בחובו כיון דאינו בתורת שעבוד אלא על המלוה הראשון הוא לגמרי ואין לו כח למכור דבר שאינו שלו ה"נ אף דגבו היתומים בקרקע מ"מ כיון דלא בא לגבות מיתומים בתורת שעבוד אלא שלו הוא לגמרי לא הוי כנזקקין לנכסי יתומים קטנים רק מה שגבו דבר שאינו שלהם דמ"ש לוקח השטר חוב וגבה קרקע דאמרינן אף אם לית לי' להמלו' ראשון דאקני מ"מ כיון דמן התורה זכה בגוף החוב שהיה להלוה ולא בתורת שעבוד ולכך אף אם הלוה היה גובה הקרקע ומכרו לאחר לא היה יכול לגבות מהלוקח כיון דלית ליה דאקני מ"מ כאן גרע כיון דנשתעבד לו מדרב"נ והוי כאלו גבה שלו ובהגהות טו"ז הקשה לדעת הש"ך דהא אם המאוחר גבה בעצמו קרקע בחובו וחזר ומכרו לאיש אחר אין המוקדם גובה מן הלוקח ולמה יגרע זה הלוקח השטר שזכה בשדה וכפי ביאור הקצוה"ח כיון דזכה המלוה בגוף חוב השני באמת גם אם גבה ומכר אף דדאקני לית ליה הוא דוקא כשקנה קרקע ומכרו דלא חל רק שעבוד כ"ז שהוא ת"י וכשמכרו פקע השעבוד אבל אם גבה בחובו כיון דבגוף החוב שייך להמלוה כאלו הוא הלוהו ממש כשנתברר דלית לי' לגבות ממ"א וחל למפרע שיזכה בתורת שעבודא דר"נ ואותו כח של הלוה קם למלוה ואין לו כח למכור דבר שאינו שלו וכמו שכ' הקצוה"ח. אם כן ביורש נמי אף דלית ליה דאקני וגם הם יתומים קטנים דאין נזקקין לגבות מהם החוב מ"מ כיון דמבע"ח של המת נזקקין ממילא יכול המלוה ראשון לגבות מהם מה שגבו מהלוה של מורישיהם דהוי כמו שאין לו כח למכור דבר שאינו שלו כן נמי אין לו כח להוריש דבר שאינו שלו:

ובנתיבות כ' ליישב קושית הח"צ דבשלמא כשגבה כבר ונעשה שלו מכירתו הוא מה"ת אין המלוה יכול לטרוף כיון דלא משתעבד לו דאקני אבל במכר השטר חוב דלא הוי רק מדרבנן ויכול למחול דנשאר אצלו שעה"ג והכא דשעה"ג והנכסים שייך למלוה הראשון אין מכירת המלוה השני מכירה ואין גביית הלוקח גביה ואינו מובן כיון דמחזקינן בהסברא דאין מכירתו מכירה ואין גביית הלוקח גביה מטעם כיון דכבר זכה המלוה הראשון בגוף החוב מ"ש הלוקח מהלוה עצמו נימא גם כן כיון דכבר זכה המלוה הראשון בשעה"ג וגוף החוב הוי כמוכר דבר שאינו שלו וא"ל כיון דעכ"פ הלוה המלוה השני כבר זכה בהגבייה ויכול לסלקו בזוזי ממילא כשמכר לאחר הוי כלוה וקנה ומכר דאינו גובה ז"א דהא הלוקח השטר חוב גם כן יכול לסלק בזוזי דאף דלא חל המכירה מ"מ לא גרע ממוכר שטר חוב בלא כתיבה ומסירה וגבה הלוקח דאין מוציאין מידו וגם הא דעת הרמב"ן ב"ב דאחר דגבה הלוקח מן הלוה המכירה הוא מן התורה וע"כ כיון דכבר

זכה הראשון מכח שדר"נ בשעה"ג וגוף החוב הוי כמוכר דבר שאינו שלו אם כן גם אם המלוה מכר אחר שגבה מהראוי לומר דגם כן אף בלא כתב לו דאקני שיוצא מתחת יד הלוקח הקרקע דהוי כמוכר דבר שאינו שלו וכן נראה דעת הקצוה"ח דאין לחלק בין לוקח השטר חוב לשאר לוקח מן הלוה הראשון וכן נמי אם מת והוריש י"ל דג"כ טורף אף מיתומים קטנים:

אולם מדברי רשב"א ב"ק (דף ח' ע"ב) מבואר דאינו כן דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אף אם גבו קרקע בחוב אביהן דכ' שם בהא דמוקי שם הש"ס הברייתא ביתמי דלאו בני פרעון נינהו ושיעבודא דילי' עליה דידיה רמיא וכ' דאיירי ביתומי' קטנים דאם לא כן היכי קאמר דלאו בני פרעון נינהו הא קיי"ל כר"נ יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן בע"ח חוזר וגובה והא ודאי בפרעון קאמר דאי לא מאי מהדרינא שטרא דקאמר ויתמי בכה"ג קאמר כלומר מהדרינא לדידהו בחוב אביהן ובקטנים דאינם בני פרעון אינו יכול לדחותם בכך דאפילו החזירה עליו הן חוזרין ושעבודא עליה דידי' רמיא דהוי כאשתדוף בני חורי דגבי ממשעבדי ועיין תומים (סי' קי"ט) דרצה לפרש למה לא מתרץ הש"ס דאיירי דא"ח המעות להמוכר דמ"מ יכול להודות דחייב לאביהן וחזר בו דבהודאה ל"ש שעדר"נ בחיי אביהן דהודאה לא מהני למפרע וע"כ איירי דידענו דחייב לאביהם [וי"ל למה שכ' הקצוה"ח (סי' ל"ד) דהודאת בעל דין לאו מטעם חיוב חדש הוא דהא ילפינן מכי הוא זה וכיון דחייב במודה במקצת שבועה ע"כ דמהני הודאתו דחייב מכבר וממילא י"ל כיון דנאמן דחייב לאביהם חל שעבודא של הניזק על הקרקע שמגבי ליתומים מטעם שעדר"נ. אולם למ"ש הקצוה"ח כאן דהיכא דהיה ללוה מלוה על פה אף דגבה אחר כך קרקע לא חייל שעדר"נ מטעם כיון דהלוה השני היה יכול למכרו והוי כמו מטלטלין אם כן כמו כן בהודאה דלא ידענו מקודם כלל מהחוב ואף אם נאמר דהודאתו מהני על למפרע ויחול על זה שדר"נ מ"מ כיון דאם מכר הקרקע לא הי' אביהן יכול לטרוף מהלוקח בעד חובו דלא מהני אז הודאתו במקום דחב לאחרים] וכיון דע"כ איירי דחייב לאביהן בבירור ובכ"ז כשגבו יתומים קטנים בחוב אביהן אין נזקקין להוציא מהם:

ואולי יש לחלק בין הבא לגבות מיורשים לבא לגבות מלוקח. דאף דדעת הש"ך דמכח שדר"נ נשתעבד לראשון גוף החוב מ"מ כשגבו היתומים בחוב אביהם כיון דהם זכו בגוף הגבי' שגבו מהלוה של אביהם דבידם לסלק בזוזי רק מטעם דרבא כתובו' (דף צ"א) שיאמר לדידי שוה יותר מכדי חובך וכ"ז שאינו אומר כן אינו יכול לסלקו מחובו וכמו שסובר רמב"ח שם דאין הלוקח יכול לסלקו בזוזי כיון דלא ס"ל דיכול להעלות השדה בדמים אבל היורש בלאו ה"ט יכול לסלוקי בזוזי אפילו אינו מעלה יותר מחובו

משום דשומא הדרא ליורש אפילו בתר שומא והכרזה ואף רמב"ח מודה דיורש יכול לסלק בזוזי משום דינא דשומא הדרא וכמו שכ' הרא"ש כתובות שם להוכיח מפלוגתא דרמב"ח ורבא דגבי לוקח ל"ש דין שומא הדרא ועיין קצוה"ח (סי' ק"ט) בזה והיינו דיורש הוי כרעא דמוריש ויורש כל זכות שהיה להמוריש ואם כן ממילא ביתומים שגבו קרקע בחוב אביהן הוי כמו אביהן ממש אף דבע"ח זכה בגוף החוב מ"מ הוא זכה בגוף הגביה ויכול לסלק להבע"ח משעבודו בזוזי כן נמי היורש וממילא הוי כנזקקין לגבות מיתומים קטנים מה שאין כן בלוקח שטר חוב או בלוקח הקרקע מה שגבה הבעל חוב המוכר בחובו אף דלמפרע נשתעבד להמלוה הראשון מכח שדר"נ מ"מ א"י לסלק בזוזי רק אם מעלה בדמים לכך הוי כל הגבי' בטעות וטורף ממנו המלוה הראשון בחובו אף בלא כ' לו דאקני רק בזוזי יכול לסלק דיכול להעלות בדמים והוי כאלו שוה יותר מכדי חובו. דלענין שיעור כדי החוב הוי כזכה המלוה הראשון בגוף החוב והוי כמוכר דבר שאינו שלו לדעת הש"ך אבל לגבי יורשים דכיון דיכולין לסלק בזוזי אף באינם מעלו בדמים חל אף בדלא כ' לו דאקני וקנו והוריש אינו גובה מהם מ"מ כיון דנשתעבד הגביה הזאת וגוף החוב להמלוה הראשון טורף מהם מ"מ לגבי יתומים קטנים הוי כמו שבא לגבות מהם ואין נזקקין לגבות מיתומים קטנים:

שוב ראיתי בד"מ ממר זקני מ"ו הגאון זצ"ל (סי' פ"ה) שם הביא משם בנו הוא אאמ"ו הגאון בעל דברי חיים ז"ל דפשיטא ליה דאם פרע הלוה השני להלוה ראשון הן לו הן ליתומי' קטנים של המלוה השני שהוא לוה להראשון כיון דהוי כמו דמלוה הראשון הלוה להשני הוי בטעות וחוזר המלוה הראשון וגובה מיתומים קטנים דהוי כבא לידם בטעות ומתרץ בזה קושית תוס' כתובות (דף צ"ב) ד"ה ראובן בסופו עיין שם בדברים עמוקים ומדברי הרשב"א ב"ק הנז' שהבאתי לא נראה כן. וצ"ע:

סימן כה

מדיני דגמרא דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אף אם גבו יתומים מטלטלין בחוב אביהן אין בע"ח גובה ממנו רק אם גבו קרקע בחובת אביהן אז בעל חוב חוזר וגובה מטעם דמשתעבד לבעל חוב דאביהן מדר"נ כמבואר פסחים (דף ל"א) כתובות (דף צ"ב) ועיין בש"מ כתובות משם הריטב"א (דף פ"א ע"ב) דכל חוב אינו חשוב אלא כמטלטלין ואעפ"י שעיקר שעבודו על הקרקעות כיון דזוזי שקיל ועל הרוב זוזי יהיב מטלטלי חשיב בכל דוכתא וכדאמרינן פ' מי שהיה נשוי אנן מטלטלין שבק לן אבונא גבך. וראיתי בס' דו"ח לרבינו הגדול מרן עק"א ז"ל כתובות (דף צ"ב) בהא דאמר רבא אי פיקח הוא מגבי להו ארעא והדר גבי לה מינייהו דק"ל אמאי יצטרך להגבות תחילה

ליתמי והדר לחזור ולגבות מהם. יעכב הקרקע מיד לעצמו שמשועבד לו מדר"נ וק"ל על הר"ן ג"כ בזה שכ' ופייסיה בזוזי דוקא דאילו אגבייהו ארעא מצי למימר דאגבי לו מדר"נ דא"כ אף בפייסי בזוזי יעכב הקרקע מדר"נ דכמו דמשועב' לבעל חוב מדר"נ משועבד נמי לעצמו לאחריותו מדר"נ וד' יאיר עיני עכ"ל. ולמ"ש בש"מ משם הריטב"א הנז' דחוב הוי כמטלטלין אתי שפיר ולכך צריך להגבות תחילה קרקע דכ"ז דלא גבו היתומים ממנו המלוה ל"ה רק כמו מטלטלין דיתמי דלא משתעבדי ורק אחר הגביה דגבו קרקע אמרינן כיון דבחיי אביהן היה משועבד מדר"נ קרקע זו והם גבאו הקרקע נשתעבד הקרקע למפרע להמלוה מדר"נ וגובה ממנה ומיושב נמי דברי הר"ן דאם אגביה ארעא להבע"ח דראובן מצי למימר דאגבי לו על חובו מדר"נ והיינו דמסלק חובו בקרקע והר"ן סובר גם כן דבמקום פסידא יכול לסלק בקרקע ומגבי ליה בעד חובו הקרקע וזוכה הבע"ח דראובן הקרק' בעד החוב אף דהיתומים לא זכו בהקרקע מ"מ פרעון בע"כ הוי פרעון ואומר שפרע חובו שחייב לאביהן בתורת פרעון בהקרקע שרוצה לסלק והבעל חוב זוכה בה למפרע וזה אתי שפיר כשמוציא הלוקח הקרקע מרשותו על ידי גביית הבעל חוב אבל באם פייסו בזוזי לסלק החוב אינו יכול לעכב הקרקע לעצמו לאחריותו דכ"ז דלא גבו היתומים הקרקע ויצא מרשות הלוקח החוב ל"ה אלא כמטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח:

אך בריטב"א כתובות שם הקשה אי אית לי' זוזי היכי מצי מגבי להו ארעא וכ' בחד תירץ במקום פסידא שורת הדין לאגבינהו ארעא ובשם ר"ש ז"ל תירץ דלאו דוקא אמרינן דלגבי להו ארעא והדר לגבי מיניה דאפוכי מטרתא ל"ל אלא דכי תבעי יתמי דמי מלוה שאביהן זקף עליו אמר להו אנא מחייבנא לכו מלוה במקום אביכן ומשתעבדנא נמי לבעל חוב דאביכן מדר"נ ואנא הוי בע"ח דאבוכן קמא דאיחייב באחריות וכיון דכן אלא מפרענא ממאי דאית ליה לגבאי ואנא מפייסנא בארעא עכ"ל מבואר דס"ל דאם לית לי' זוזי אינו צריך למגבינהו ארעא ויכול להחזיק הקרקע לעצמו ע"ח וצ"ל דסובר דוקא בחוב מאחר הואיל דיכול לסלקו במעות מקרי מטלטלין אבל בחוב שהוא חייב יעשה כל התפעלות שלא יסלק רק בקרקע וממילא נשאר ת"י דאפוכי מטרתא למה לי. ואף דנראה מדברי הר"ש דאף באית ליה פסידא אם יש לו זוזי אינו יכול לסלק בקרקע מ"מ צריך לדחוק בדבריו אבל הר"ן סובר אף דבמקום פסידא יכול לסלק בקרקע מ"מ כ"ז דאינו מסלקו ואינו מוצא מת"י הואיל דיכול לסלקו בזוזי לא הוי אלא מטלטלין לכך צריך למגבינהו קרקע והדר למגבי מינייהו דכ"ז דאינו מגבה להו החוב הוי כמטלטלין ולא משתעבדי מטלטלי דיתמי לבע"ח ועיין בבית מאיר (סי' ק"ג ס"ב) בביאור דברי

הר"ן ז"ל דדוקא כשמגבהו לבע"ח בקרקע שלו אז יכול לומר ליתומים דפרע לבעל חוב מכח שדר"נ ולא מכח טורפא אבל אם מגבהו מכח שעבודא דבע"ח הקדום לקנותו כיון דאף אם ל"ה חייב דמי הקרקע הי' גם כן טורף ונשאר החוב ליתומים עיין שם וכנראה גם דעת הר"ש כן הוא רק הר"ן אמר זאת בטעם דדוקא ופייסו בזוזי והר"ש מפרש כן בפיקחת דרבא ועיין תוס' כתובות שם ד"ה ופייסיה ובמהר"ם שי"ף שם:

ועיין קצוה"ח (ס"ק ה') דכ' עפ"י דברי תוס' פסחים הטעם דאם גבו יתומים מטלטלין ל"ש שעבודא דר"נ דכיון דלאו בני שעבוד נינהו דיכול למוכרן ול"ה כאלו בא ליד הלוה וכחו קלוש ל"ש ביה שדר"נ ומכח זה העלה דאם הי' להלוה מלוה על פה ומכרו לאחר במעמד שלשתן אעפ"י שגבה הלוקח קרקע הוי כמטלטלין ואם לא הי' להשני שעבוד מטלטלי אגב קרקע על המוכר אינו חוזר וגובה ממנו כיון דאינו אלא מלוה על פה אין בו שדר"נ כמו במטלטלין כיון שיכול למוכרן דמע"פ א"ג מלקוחות ע"ש וכ' שזה כוונת רש"י פ' כ"ש וכתובות בהא דרב"ח וזקפן במלוה כ' רש"י וכתב שט"ח דאם ע"פ ל"ה שעבוד חזק והוי כמו מטלטלין ול"ש שדר"נ והוי כקנו יתמי נכסי ע"ש. וכן נראה ממה שכתב רש"י וחוזר וגובה אותה מהן כאלו נפלה להן ממש בירושה ולמה כ' זאת דהוא לאביי דטעמא דר"נ הוא משום דלמפרע גובה ובש"ס מסיק דהטעם הוא מדר"נ. אולם רש"י צריך לזה הא אף דהוי משועבד למלוה דאביהן הא מ"מ כיון שמת נעשה מלוה הזאת כמטלטלין כמו שכ' הריטב"א הנז' דהלואה הוי מטלטלין ואינן חייבין לפרוע ונימא דהוי כאלו היתומים קנו הקרקע בעד המטלטלין היינו בעד החוב שהיה להם שירשו מאביהן לכך כתב כיון דבא לידם על ידי שעבוד דחוב אביהם הו"ל כאלו נפלה בירושה משום שהוא מלוה בשטר ואינו יכול להבריחן ומשום שעבוד שהיה לאביהן על הקרקע בא לידם לכך חל שעבודא של מלוה הראשון מדר"נ אבל אם גבו מטלטלין שזה בא להם שלא על ידי שעבוד אביהן דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו הו"ל כאלו קנו יתמי מטלטלין בשביל החוב שירשו מאביהן והחוב הו"ל גם כן מטלטלין ולא משתעבדי:

וראיתי בנתיבות שכ' דאין ללמוד מדברי תוס' פסחים דבמלו' על פה אם גבו קרקע דאין הבעל חוב גובה דתוס' כ' כן רק במטלטלין דלאו בני שעבוד מן התורה נינהו מה שאין כן מלוה על פה דטורף ממשעבדי מה"ת אם ש"ד ונגד זה לא קלקלו שעבודא דר"נ אפילו במלוה על פה וזה דלא כמו שכ' הקצוה"ח ומהתימא שלא הביא דבריו כלל ולמה שכ' בביאור הדברים עפ"י דברי הריטב"א הנ"ל דכל חוב שירשו הוי כמטלטלין רק כיון דגבו קרקע שנשתעבד על חוב אביהן נתעורר למפרע השדר"נ א"י לומר היורשים שגובין הקרקע תמור החוב שהוא מטלטלין כיון דממילא נשתעבד הקרקע מדר"נ וזה

אתי שפיר אם נשאר הקרקע אצל הלוה בשעבוד על החוב ואם מכרן נשאר השעבוד החוב על הקרקע וטורף אבל במלוה על פה אף דמן התורה היה יכול לטרוף אף מלוקח מ"מ כיון דחז"ל עקרו שעבודא דמלוה על פה מעל הקרק' לא שייך בזה ירושה ולא בא ליד היורשים בתורת שעבוד מאביהן רק בעד חוב אביהן והוי כאלו קנו קרקע במטלטלין שירשו מאביהן ולא מבעי להסוברים דמלוה על פה מוקדם ומלוה בשטר מאוחר דאין קדימה למלוה על פה אף אם ש"ד כאן נמי כיון דהפקיע חז"ל השעבוד לא חל על זה שדר"נ כמו לגבי מטלטלין אלא אף להסוברים דלא הפקיעו נגד בעל חוב שבשטר דלא הוי כלוקח וגם אם נאמר דרק כאשר מכר הלוה הקרקע נפקע השעבוד מ"מ ירושה לא חל על זה רק דממילא נגרר אחר המלוה שירשו יורשי המלוה והחוב הוי כמטלטלין וי"ל אף אם גבו קרקע הוי כאלו קנו יתמי נכסי בעד המטלטלין. שוב ראיתי בנתיבות (סי' קי"א) דמשיג על קצוה"ח שם שכ' לדידן דאית לן תקנת השוק ואם מכר המטלטלין אינו גובה אף אם כ' מטאגמ"ק שוב לא שייך שעדר"נ וכ' למה שכ' כאן דאף במלוה על פה חוזר וגובה כיון דמה"ד בת שיעבודא דש"ד ומכ"ש בזה בכ' מטא"ג מקרקע דלית ביה רק מתקנת השוק שייך ביה שדר"נ ועיין שם במשובב דכ' הא לדעת הרשב"א אין חילוק בין קרקע למטלטלין מן התורה אם שייך רק מדרבנן ואפ"ה כתבו תוס' כיון דליכא סמיכת דעת ל"ש שדר"נ וה"ד במלוה על פה ולדידן דאית לן תקה"ש ע"ש. ואין זה השגה דהרמב"ם והטור והתוס' חולקין על סברא הזאת דרשב"א וס"ל דמה"ת מטלטלין לאו בני שעבודא נינהו כאשר יבואר אי"ה לקמן בדיני גביית חוב. ברם לקושטא כיון דיכול להבריח ולמכור קרקע ומטלטלין שוין בזה וכמו שכ':

וקצת י"ל בדברי רש"י הנז' שכ' וזקפן במלוה וכ' עליו שטר דאם היה מלוה ע"פ לא שייך לומר שיאמרו היתומים אנן מטלטלין שבק אבונא למה שכ' בצל"ח פסחים שם דלר"ע דסובר במי שמת והניח מלוה או פקדון ביד אחרים ינתנו ליורשים דכולן צריכין שבועה וכ' ואף הבעל חוב זה עצמו שאביהן חייב לו אינו יכול לעכב לעצמו מלוה שבידו שהרי הוא צריך שבועה אם לא במגו והיתומים לגבות ממנו אינם צריכים שבועה וזכו במלוה שבידו ושוב הוא חייב להם והוי מטלטלי דיתמי ולא משתעבדי לו עיין שם מבואר מדבריו להסוברים דהיכא דאין צריך שבועה גובה ממטלטלין שביד אחרים הה"ד אם יש לו מגו גם כן גובה אם כן י"ל דלכך כ' רש"י וזקפן במלוה בשטר היינו דאז אינו יכול לטעון פרעתי וזכו היורשים אבל אם היה מלוה על פה דהי' הלוקח יכול לטעון פרעתי ונאמן דלא התפיסו צררי במגו דפרעתי ושוב אין צריך שבועה וזכה בו לגבות חובו בעד אחריות דהוי כמלוה ביד אחרים במקום דא"צ שבועה ועיין תוס' כתובות שם. אולם אנן

פסקינן דאף במקום דאין צריך שבועה גם כן אינו גובה אף במונח ביד אחרים אין בעל חוב גובה ואף אם יש לו מגו גם כן כבר זכו יורשים לכן בודאי מה שפירש"י דהוי מלוה בשטר הוא כמו שכ' הקצוה"ח דאז כיון דאינו יכול להבריח הקרקע חל שדר"נ למפרע משא"כ אם הי' מע"פ הוי כמו אלו גבו קרקע:

והנה ממה דכ' הפוסקים דמדמי בלוקח שטר וגבה קרקע בחובו דהבע"ח של המוכר חוזר וגובה ממנו כמו ביתומים שגבו קרקע בחוב אביהן ועיין ש"ך (סי' קי"א ס"ק ח"י) ראיתי בש"מ שם שהתפלא על הת"ה (סי' של"ט) שכתב בנידון ישראל שהחזיק בקרקע של נכרי בדיניהם על חובו ומנהגם שכ"ז שלא מכרו הישראל יש כח להנכרי לפדותו שאין כח להאשה לעכב המכיר' מחמת שעבוד כתובתה כי אין דין קרקע לנכסים האלו הואיל דיכול הנכרי לפדותו הו"ל כשאר חובות ומבואר בח"מ אה"ע (סי' צ' סי"ד) דהיינו דאין האשה יכולה לטרוף ממנו כי יש לו דין מטלטלין וכ"כ בתשובת שער אפרים (סי' קי"ז) ויקשה מי גרע הבעל עצמו שגבה קרקע ומכרה שאין ביד האשה לטרוף מהלוקח כיון דיש מקודם ביד הנכרי לפדותה הוי כמטלטלין מהיכא שהבעל מכר השטר שהיה לו על הנכרי ולוקח השטר גובה הקרקע שהאשה טורפת עבור כתובתה מן הלוקח משיעבודא דר"נ אף שהקרקע לא בא לידי גובייא ליד הבעל והי' ביד הנכרי לפרוע השטר דכ"ש דהוי כמטלטלין ביד הבעל. עוד האריך להקשות במ"ש הת"ה שם דאם כבר החזיק הבעל לבנות אעפ"י שעוד ביד הנכרי לפדות חשיב כגבוי והביא ראיה מהא דיתומים שגבו קרקע בחוב אביהן דדייק מיני' בש"ס דבעל חוב למפרע גובה ויקשה הא אף אם למפרע גובה מ"מ הא שומא הדרא לעולם ויש ביד הלוה לפדות ולמה לא הוי כמטלטלין של יתומים אלא ודאי כיון שגבה ונכנס בה הוי כקרקע וקשה הא לדידן דמכאן ולהבא גובה הרי אף דלא זכה אבוהון מ"מ מדר"נ חשבינן הקרקע המשועבד לאביהן כאלו גבה מטעם שדר"נ אם כן בנידון דת"ה ג"כ נשתעבד לכתיבה מדר"נ.

ולענ"ד לחלק בזה דבנידון יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן שפיר כיון דנשתעבד לאביהן אף דמכאן ולהבא גובה ואילו גבו מטלטלין ל"ה בעל חוב חוזר וגובה דחוב הוא רק כמטלטלין ואף דחל שדר"נ וזוכה בגוף החוב היינו אם גבו אחר כך קרקע חל למפרע שעבודו דבע"ח מדר"נ והיינו אם גבו קרקע בעד חוב אבוהון אבל אם גבו מטלטלין דלאו בני שעבוד נינהו הוי כאלו קנו מטלטלין בעד חוב אביהן וכמו שהוכיח הש"ך מדברי תוס' וכביאור הנז' אולם זה הכל מכח שדר"נ הואיל וזוכה בגוף החוב ושעבוד הגוף של השני מה שאין כן בנידון התה"ד אף אם נאמר דגם בחוב נכרי שייך שדר"נ הא הנכרי כבר סילק חובו ולא נשאר להבעל על הנכרי שום שעבוד הגוף דכבר גבה

הקרקע בחובו רק דיניהם הוא שנשאר זכות להנכרי לפדות כ"ז שלא מכר ובשביל זה הוי הקרקע כמטלטלין אבל שעה"ג לא נשאר על הנכרי דכבר סילק חובו רק אם מכר אז נעשה כקרקע אצל הלוקח ולכך אינו יכולה האשה לטרוף מן הלוקח כיון דהשעבוד מן העכו"ם כבר נפקע והוי כאלו סילק במטלטלין דאינו חוזר וגובה וכבר נפקע השעבוד מעל הנכרי ול"ש שדר"נ כיון דכבר פרע ואם אשתדף הקרקע אין הנכרי חייב לשלם כלל דכבר סילק את חובו רק כיון דיש לו זכות לפדותו עוד בשביל זה הוי כמטלטלין לדעת התה"ד ולא חל על זה שעבוד הכתובה ואף כשקונה הלוקח נעשה כקרקע ממש כיון דשוב א"י לפדות מ"מ אין הכתובה יכולה לטרוף ממנו ולא גרע ממה שכתב בש"מ כתובות (דף נ') משם הרמב"ן דלא מצינו דבעל חוב גובה מלוקח רק אם קדים שיעבודא דבעל חוב ואחר כך קנה הלוקח אבל לא היכא דאתי בהדדי עיי"ש ובמה שכ' אאזמ"ו ז"ל בספרו ד"מ (סי' ק"ד וסי' קכ"ט) ואף להחולקים שם בדינו של הרמב"ן מ"מ כאן אפ"ל לכ"ע כיון דלא חל השעבוד קודם דמכר דהוי כמטלטלין רק אחר שזוכה הלוקח בקנייתו נחשב קרקע ולא מצד המוכר לא חל שעבודא דבעל חוב וכתובה ע"ז מה שאין כן אם נשתעבד קודם לכן מכח שדר"נ דזוכה בגוף החוב ואם גבו קרקע אחר כך זה תמורת החוב שזכה בו והוי כגבה אביהן. ולכך התה"ד הביא רק ראייתו דאם כבר החזיקו בה פועלים לבנות ולנטוע אעפ"י שביד הנכרי עוד לפדות חשוב כקרקע מס"ד דש"ס פסחים דדייק ממה דיתומים שגבו קרקע בחוב אבוהון דבעל חוב חוזר וגובה דע"כ למפרע גובה ולא ידע דהוא בכח שדר"נ אף אם מכאן ולהבא גובה ומה מהני דלמפרע גובה הא שומא הדרא אלא ודאי כיון דירד לזכות בזכיה גמורה הוי כקרקע למפרע לכך בדינו נמי אף דיכול עוד הנכרי לפדות מ"מ כיון דכבר זכה כשלו הוי למפרע כקרקע. ועל זה ליכא חולק רק לדידן אף דמכאן ולהבא גובה מ"מ כיון דכבר זכה בהחוב להשתעבד לו מכח שדר"נ הוי כאלו גבה אביהון ולכך בעל חוב גובה. ומזה אינו ראי' לדינו שם דשם כבר נסתלק השעבוד מהנכרי דפרע חובו וז"ב ופשוט:

עוד הביא הש"מ שם ראיה להתה"ד מש"ס ב"מ (דף ס"ז) דמשכנתא באתרא דמסלקי אין בעל חוב גובה מיורשים דהוי כמטלטלי דיתמי וכ' תוס' דל"ד ליתומים שגבו קרקע בחובת אביהן אע"ג דשומא הדרא לעולם דלא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב ומרישא הוא דקא זבין לה ולכך אוכל הפירות בלא נכייתא הרי היכא דמדינא יכולין לפדות הקרקע הוי כמטלטלין והאריך לדחות ראי' הזאת דכל היכא דבתר הגבוי חשוב כקרקע אף דמקודם ביד אביהן לא נשתעבד רק שעבוד בעלמא מדר"נ חשוב כקרקע אם כן בנידון דתה"ד נמי אף דנהגו בדיני נכרים למיהדר אף אחר שגבה כ"ז שלא מכרו לא

עדיף מתקחז"ל וחשוב כמקרקע ואם מכרה תטרוף האשה משדר"נ כמו ביורשים שגבו קרקע. ולמה שכ' כבר נפקע החיוב מהנכרי ונסתלק השעה"ג ול"ש כלל שדר"נ וכיון דביד הנכרי לפדות הוי כמטלטלין ואף אם מכרו נעשה כקרקע גם כן אינו גובה ואינו דומה כלל לאם גבו קרקע בחוב אביהן כנ"ל ומה דפשיטא ליה דמה דבדיניהם צריך למיהדר קודם שמכרו לאחר לא עדיף משומא הדרא י"ל להיפך דשם בדינינו הוא כמו שכ' תוס' דמרישא הוא דקא זבין לה ואוכל פירות בלא נכייתא ע"כ דיש לו להמלוה קנין גמור ולכמה פוסקי' צריך שיעשה קנין מחדש וכן הוא דעת תוס' שם וריטב"א בש"מ ב"מ (דף ט"ז) וגם י"א דאם נתייקרה לא הדרא אלא כשעת היוקר כמבואר ברמ"א (סי' ק"ג) ואף להחולקי' וגם דל"צ הקנאה בהחזר' כמבואר שם בש"ך (ס"ק י') מ"מ ע"כ כיון דאוכל הפירות בלא נכייתא הוי כמכר גמור מה"ת רק מתקנת חכמים והפקר ב"ד הוא דמסלקין אותו. ועיין שם בפנ"י דדקדק הרבה בטעם הדבר דלא הוי ריבית אם שומא הדרא וכ' כמה סברו' וכולן לא שייכי לזה ממה שבדיניהם יכול הנכרי לסלק ומה שבדיניהם הגבייה הוא רק באם ימכור אז לא יכול הנכרי לפדות סובר התה"ד דהוי כמטלטלין:

סימן כו

אם בפקדון שייך ג"כ שדר"נ מבואר בש"ך ויש"ש ב"ק דשייך ובקצוה"ח מגמגם בזה כיון דאנן קי"ל דנכסי שומר לא משתעבד אלא משעת פשיעה ל"ש שדר"נ כיון דעדיין לא נשתעבד וע"ש ראייתו דאף חיוב חזרה ושעה"ג ליכא מהא דשומר שטבח בשבת פטור ובנתיבות כ' דודאי אף כשהו' בעין מתחיל חיוב חזרה ועיין בד"מ. ולכאורה מדברי הרי"ף כתובות בהא דמי שמת והניח מלוה או פקדון ביד אחרים דר"ט אומר ינתנו לכושל כתב דחל שעבודם מדר"נ מבואר דאף בפקדון שייך שדר"נ אולם יש לומר דעיקר טעמא דרי"ף על כתובה דחל על מלוה אף דמראוי אינה גובה וכן מבואר בפנ"י שם אבל בפקדון ל"צ לטעמא דשדר"נ דאם לא כן מלוה אינו גופו ממון וגריעי ממטלטלין אלא מטעמו דר"נ אבל בפקדון י"ל כמו"ש שם הפנ"י כיון דמצוה על היתומים עכ"פ לפרוע ממטלטלין כשהם ביד אחרים ס"ל לר"ט דלא מקרי כופין. אולם בהגהת מרדכי כתובות ר"פ אלמנה נזונת מבואר להדיא בזן לבתו ויש לחתנו פקדון אצל אביה דמשתעבד לה מדר"נ עיין שם וה"ט משום דעכ"פ אף דלא יש חיוב נכסים עדיין עליו מ"מ גופו נשתעבד להחזיר הפקדון ועל שעבוד זה חל השעבוד של בע"ח על חיוב החזרה:

והנה אם נאמר בפקדון שייך גם כן שדר וכמו שכ' הש"ך (סק"י) כל דהשאיל לחבירו אינו יכול להרויח לו זמן משו' שדר"נ הקשה הקצוה"ח הא במטלטלין ל"ש שדר"נ כמו שכ' תוס' פסחים וכ' כיון דהטעם הוא משום דהשעבוד קלוש הוא דיכול למוכרן וכיון

דהשואל אינו יכול למכור דבר שאינו שלו הוי כמו קרקע והוא הדין דאינו יכול ליתנו לאחר כיון דיש בו שדר"נ והוי כמו קרקע והקשה ממתניתין דמי שמת והניח מלוה ופקדון ביד אחר ואם פקדון דין קרקע יש לו למה לא יתנו לבעל חוב כיון דשייך בו שדר"נ ומדחיק עצמו הרבה בזה. ולמה שכ' דכל מה דיש בפקדון שדר"נ היינו השעבוד הגוף שהנפקד משועבד להחזיר הפקדון ביד המפקיד זה השעבוד נשתעבד להבעל חוב אתי שפיר כיון דמ"מ בגוף הפקדון לא זכה הבעל חוב וגוף הפקדון הוא של הלוה וכל מה דנשתעבד שיזכה בו המלוה שלו הוא רק השעבוד הגוף שחייב להחזיר את של הלוה המפקיד הוא אם הגוף הפקדון הוא שלו אבל אם מת וזכו היורשים בגוף הפקדון ונפיק הפקדון מרשות המוריש ולא מן המוריש באה לו הנחלה אלא שהתורה זכתה לו כמבואר ברשב"א נדרים (דף ל"ד ע"ב) שכן הוא כל ירושה דנפיק מרשות המוריש ולא מן המוריש בא הנחלה עיין שם אם כן ממילא נפקע החיוב שחייב להחזיר להמפקיד דלא נשתעבד רק אם גוף הפקדון הוא שלו על זה נשתעבד ונתחייב להחזיר ואף דהתורה זכתה להמלוה בזכות זה בכח שדר"נ ומה"ט לא מהני מחילת הלוה להמלוה השני כיון דגופו נשתעבד להראשון וכמו שביאר הקצוה"ח (ס"ק ה') ול"א דלא נשתעבד אם הלוה ימחול לו ז"א דשם כיון דהוא נשתעבד להמלוה שלו בכח שדר"נ נשאר השעבוד הגוף שחייב לשלם מה שזכה המלוה של הלוה מה שאין כן בזה כיון דזכו בגוף הפקדון היורשים נפקע חיוב החזרה דלא נשתעבד להחזיר דבר שאינו של המפקיד ואף דשואל חייב באונסין היינו אם נאנס הדבר ואינו בעולם או ברשותו אבל אם זכו אחרים בהחפץ שהוא בעולם אין בגדר חיוב שמירה ואף דזכה המלוה ראשון בחיוב החזרה היינו כ"ז שהגוף הוא של הבעלים אבל אם יצא מרשותו והתורה זכתה להיורשים על זה לא נשתעבד מעולם אם מטלטלין דיתמי לא נשתעבד לבעל חוב. רק כיון שהוא ברשות אחרים פליגי ר"ט ור"ע אם משתעבד אבל אם לא נשתעבד אף כשהוא ברשות אחרים לא שייך בזה שדר"נ. וא"ד לאם מכר לאחרים די"ל באמת דל"מ כיון דיש חיוב החזרה להמלוה מכח שדר"נ דהלוקח בא בזכות דמה מכר ראשון להשני כל זכות שהיה לו להמוכר וכיון דהחיוב החזרת הפקדון כבר זכה המלוה שלו בכח שדר"נ אינו יכול למכור אף שזוכה בגוף החפץ מ"מ כיון דבחיוב החזרה כבר זכה המלוה שלו אין הנפקד יכול להחזירו להלוקח ונשאר חיובו של החזרה להמלוה הראשון ולא נפקע חיוב זה עד שיסלק להמלוה ומ"מ י"ל דכיון דזוכה בגוף הדבר הלוקח נפקע חיוב החזרה שכבר זכה בו המלוה בכח שדר"נ ועיין בדברי משפט למרן זקני אמ"ו הגאון ז"ל דפשיטא לי' דמכיר' לאחר מהני רק אם מכר להנפקד גובה ממנו כיון דכבר נשתעבד בחיוב חזרה

להמלוה הראשון עיין שם (סי' פ"ו ס"ק א') ועיין בש"ך (סוף סי' קכ"ו) מה דמשיג שם על תשובת מהר"ם אלשיך ובקצוה"ח כאן כ' לשיטתו דלא מהני בכאן אף אם מכר לאחר אם בפקדון יש דין שדר"נ דהוי כקרקע ואם נאמר דמכירה לאחר מפקיע השעבוד דנתחייב להחזיר אתי שפיר דינו של הש"ך שם. אולם אף אם מכר להנפקד אם לא ידע מהבע"ח של המפקיד י"ל דאין הבע"ח גובה ממנו מטעם תקנת השוק כמו דלא מהני אף אם הקנו להמלוה בשעבוד מטאגמ"ק כמבואר (סי' ס') ואם כן אף אם הוי כקרקע לא עדיף מאם משעבד לו בקנין מטאגמ"ק ועיין קצוה"ח (סי' פ"ה סק"ו):

עוד כ' הקצוה"ח (סק"ד) לשיטתו דבפקדון לא שייך שדר"נ דאפילו למה שכ' הוא דגבי שדר"נ א"י לסלקו בזוזי משום דגוף החוב שייך להנושה גבי פקדון מצי לסלוקי בזוזי ואפילו אם שייך שדר"נ לגבי פקדון מ"מ כ"ש כלי ודאי מצי לסלוקי בזוזי דהוי כיתר מחובו ומצי אמר לדידי שוה יותר ולא נשתעבד אלא כדי חובו והדברים מתמיהים למה צריך לזה היעלה עה"ד דהלוה לא יכול לסלקו בזוזי כיון דהוא החייב אף דהשני נשתעבד להמפקיד הראשון מ"מ כיון דהיסוד הזכות הוא בשביל שהלוה או המפקיד חייב לראשון אף אם נאמר דזכה בגוף החוב זה הכל בשביל חיובו ואם מסלק חיובו במעות נתבטל כל זכותו הן בגוף ההלואה והן בחיוב חזרה דפקדון אף אם אינו אומר לדידי שוה ול"מ דצריך לומר לדידי שוה רק בלוקח דהוא איש זה ולא ביתומים דבזה יכול לומר לאו בעל דברים דידי את כמבואר בר"ן כתובות פ' מי שהיה נשוי דבלוקח צריך לומר לדידי שוה ודלא כמו שכ' הדרישה (סי' ק"ט) וכמו שכ' שם הקצוה"ח אבל ביתומים דכרע' דאבוהן הן יכולין לסלק בזוזי אף באם אינם אומרין לדידי שוה ומכ"ש הלוה בעצמו אם בא לסלק חובו היעלה על הדעת שיאמר לאו בעל דברים דידי את אף דזכה בחיוב של השני גם כן בגוף החיוב מטעם שדר"נ מ"מ אם מסלק חובו אף בע"כ נתבטל זכותו וקנינו שיש לו על השני הן בהלואה הן בפקדון ודברי קצוה"ח שם וגם (ס"ק א') בזה הם תמוהין למאד. אולם אם הנפקד יכול לסלק בזוזי בזה נראה דא"י לסלק בזוזי ויכול לומר לאו בעל דברים דידי את לסלק לו החוב ובלוקח הוא משום דיכול לעלות בדמי ולומר לדידי שוה הרבה אבל הנפקד דאין עליו רק חיוב להחזיר הפקדון ואין לו שום זכות בהחפץ כנרא' דא"י לסלקו בזוזי. וראיתי בס' פנים יפות עה"ת מבעל ההפלאה ז"ל פ' ויקרא דנסתפק בזה הן בפקדון הן בגזילה דכתיב לאשר הוא לו וכתיב שם והשיב את הגזילה כעין שגזל יחזור ולא דמים ואם אין המפקיד תובע י"ל דלא עדיף מהמפקיד הלוה עצמו דיכול לסלק במעות והיינו דכתיב ושילם אתו בראשו היינו מעות אולם כ' די"ל אפילו למ"ד דיכול הלוקח לסלק בזוזי היינו משום דלקח אותו אבל הגזלן

או הנפקד שאין בו שום קנין י"ל שאינו יכול לסלק בזוזי עיין שם. ולא ידעתי מקום ספק בזה ודאי הוא כזר בזה ואף גזלן דנשתעבד בבירור מ"מ כ"ז שהוא בעין ודאי הבעל חוב שזכה בכח שדר"נ בהחיוב יכול לומר תן לי שעבודי ולאו בעל דברים דידי את לסלק בזוזי אף אם מעל' בדמים ועיין עוד שם דדעתו דהחומש יתן להמפקיד או לנגזל אם אינו חייב לבעל חוב רק כפי הקרן ודלא כמו שכ' הקצוה"ח בזה. ועיין במה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' פ"ג) אם אחר יכול לסלק חובו של חבירו בעל כרחו של המלוה אף בליכא זכות להלוה ומלוקח דאינו יכול לסלק חובו רק אם מעלה בדמים יש ראיה ברורה דיכול לומר לאו בע"ד דידי את:

ודע דאף אם בפקדון שייך ג"כ שדר"נ זה דוקא היכא דהוא שומר ונשתעבד עכ"פ להחזיר אבל אם יש בפקדון אצל אחר שאף חיוב החזרה אינו עליו ודאי לא חל שדר"נ ע"ז ותמהני על ספר ש"מ שהביא מס' ד' טורי אבן באחד שחייב למלמד שכרו שלמד עם בנו הקטן והבן מצא מציאה ותפס המלמד ממנו באומרו כיון שמציאת הבן לאביו והרי אביו חייב לו ופסק כיון דאינו לאביו אלא מדרבנן משום איבה יכול האב לומר אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו לטובתי והמציאה של הבן ותמה בש"מ ע"ז כיון דאף בחיוב דרבנן שייך שדר"נ ולא מהני מחילה ה"נ לא מהני מחילת האב כיון דהבן נשתעבד להמלמד מדר"ן ואף שהבן קטן מ"מ כיון דאף בפקדון שייך שדר"נ פשיטא דאף קטן מתחייב להחזיר הפקדון לבעליו וחייב להחזיר המציאה לאביו ומשתעבד להמלמד מדר"נ ולא מהני מחילת האב ומאד תמוהין דבריו בפשיטו' הלזה דודאי בקטן כיון דאינו בר חיובי ובר שעבוד אף להחזיר לא חל על זה שדר"נ ובפקדון אם שייך שדר"נ עיקר הטעם דחל על חיוב הגוף שחייב להחזיר מה שאין כן בקטן. וגם בלא"ה הא ודאי כששמע האב ושתיק קודם שתפס המלמד שוב אינו יכול לומר אי אפשי בתקנתי לזכות כיון דכבר זכה וע"כ דהמלמד תפס קודם ששמע האב ובכ"ז דן שיכול לומר אי אפשי לזכות. ובזה א"ד לאם מחל כיון דלא ידע ולא זכה עדיין ולא חל החיוב. ובגוף הדין של הד' טורי אבן הנז' תליא במחלוקת הפוסקים דלדעת המרדכי בפ' שני דייני גזירו' להוציא אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים וה"נ כיון דהמלמ' הוא מוחזק אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים ועיין במהרי"ט (ח"ג) בתשובת הר"י באסן ז"ל (סי' ט') ותשובת מהרי"ט ז"ל שם בביאור דברי המרדכי הנז' דהיכא דאיכא פסידא לאחרינא דאינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים והיכא דהלה הוא מוחזק. ומשם לדון בדין הזה ועיין במה שכ' בספרי ח"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות ז') ובקונטרס התשובות (סי' ג'):

סימן כז

קיי"ל במוב"מ ואומר הילך המקצת אינו חייב רק היסת. ובש"ך (סי' פ"ז). הביא דעת רש"י דלא הוי הילך רק בפקדון ולא במלוה ועיין רש"י ב"מ (דף ד')לא הוצאתים והם שלך בכ"מ שהם ועיין ש"ך (ס"ק ג') בפקדון אפילו אינו מוכן בידו לתת לפני ב"ד מ"מ כל היכא דאיתא ברשות' דמארי' איתא ויש לדקדק בדברי רש"י שם ע"ב דומיא דכלים וקרקעות שכלים שהודה עליהם מונחים לפנינו וא"ל הילך למה צריך שיהיו מונחים לפנינו ועיין ברש"י (דף ה') בקושית הש"ס מד' שומרין שכתב קחנה בכ"מ שהיא. ונראה דודאי אף רש"י סובר אף בהלוא' שייך הילך רק כוונתו אם בהלואה לא הוי הילך כיון דכ"ז שלא זכה בו לא הוי שלו גזילה נמי אף דהיה שלו מעיקרא מ"מ כיון דיצ' מרשות הבעלים לא הוי הילך וכמו שכ' הנתיבות אם כן מה הקש' הש"ס הא כלים דומיא דקרקע חייב דלמא איירי שם דגזל ממנו ואם תובע שנים והודה אחד לא הוי הילך ודוחק לומר דומיא דקרקע דאינ' נגזלת ולא יצאה מרשותו דאין זאת דומיא לכך פירש רש"י על קושית הש"ס דסובר דאי הילך פטור בפקדון והלואה גזילה ומוכן בידו ליתן בב"ד נמי פטור לכך כתב שכלים שהודה עליהם מונחים:

ועיין קצוה"ח באם תובע מחבירו שמכר לו מאוצר זה שני סאים ומודה באחד דלא הוי הילך כיון דלא הוי מסוים ולמד כן מדברי הנ"י פ' השואל והקשה מש"ס ריש ב"מ ותנא תנא לאידך דר"ח והתם אין הודאה בדבר המסוים דהא אמרינן מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי ואמאי הוי ליה הילך ויש ליישב להמעיין בדברי ש"מ שם משם הר"ן בפירוש הש"ס דס"ד דהתובע אעפ"י שאינו משיג כל תביעתו לא נשתנה כלל משאר כל התובעי' שאף הם אינם נוטלים אלא אותו מקצת שהנתבע מודה עליו ומסיק הש"ס דשם הוי הודאה קדמה לתביעה ועיין שם היטב אם כן לס"ד דלא הוי כהודאה קדמה לתביעה ואף בזה יש חיוב שבועה א"ש דכיון דראינו דתפס בו ויש לו בודאי בזה חלק ואין זה מוחזק יותר מזה ודאי הוי הילך ועיין שם בש"מ ותמצא ליישב קושיית הקצוה"ח עוד באופן אחר:

עוד כ' הקצוה"ח בתובע שני פרות שאולות ומודה על אחת שאול' ועל אחת שהוא שכורה אי הוי מוב"מ די"ל כיון דשתיהם קיימות לפנינו וליכא נ"מ רק אם מתה באונס אז אף דמתו שניהם אחר כך פטור משבועת מוב"מ דהוי הודאה קדמה לתביעה ושוב כ' מש"ס ב"ק (דף ק"ה) שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מ"ט אצלך ש"ח אני עליו חייב אלמא כיון דאי מיגנב ממילא כפר ליה וכיון דהוי לענין שבועת פקדון כפירת ממון ה"נ לענין שבועת הדיינים והוי כתובע שחייב לו כשיתקיים התנאי והלוה מודה במקצת

כשיתקיים התנאי הוי הודאה וכפירה. אך אם נכסי השומ' לא אשתעבד אלא משעת פשיעה אם כן ליכא עכשיו שום חיוב ושעבוד מה שאין כן בגנב דנתחייב ונשתעבד מיד. ולכאורה אף בגנב יש להבין הא אנן קיי"ל דלא כר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי א"כ לא הוי עכשיו כפירת ממון כ"ז שהוא בעין ואמאי באומר שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי רק אתה הפקדת אצלי חייב בשבועת הפקדון כיון שכופר בזה לפטור מגניבה ואבידה ועיין רמב"ם (פ"ח ה"ח) משבועות דפוסק כן אף דפוסק כמשבעי עדי סוטה דא"ח ק"ש. וראיתי ברמב"ן בדדג"ר דכ' דאין נשבעין על דבר הגורם לממון כמו דאין נשבעין על שטרות רק ע"ד שגופו ממון דליתא לדר"ש וכ' דלשון זה המוזכר בתלמוד על דרכים רבים דהא דאמרינן ג' שבועות הן ואמר שמואל לחיוב משום דדהגל"מ כממון דמי התם לענין ק"ש איתמר ודמי כמאן דאמר כפירה שאפשר לבא לידי ממון הוי ולאו כפירת דברים בעלמא הויא תדע דהא רבא מספק' ליה לענין גזל חמץ ועבר עליו הפסח ונשבע לו ואמרינן דפשיטא ליה לרבה ולא פשטוה מפלוגתא דר"ש ורבנן אלמ' דאפילו לרבנן דפטרו ליה מממונא לענין שבועה אפשר דמחייבו ליה דלא כפירת דברים הוא ולא דמי לשבועת בטוי עכ"ד הרי דעמ' ע"ז וס"ל לחלק דאף דדהגל"מ לאו כממון דמי מ"מ לענין ק"ש כל דל"ד לשבועת בטוי לאו כפירת דברים הוא וי"ל דה"נ לענין הודא' הוי מודה במקצת והיינו כיון דכפירה והודאה הוא לענין חיוב ממון לא הוי כפירת דברים. ועיין שם ברמב"ם (ה"י) דאם אמר לא גנבתי אבל אתה הפקדת אצלי או שכרתני לשומרו או השאלתיהו לי והרי שורך לפניך קחהו ונשבע על זה הרי זה פטור משבועת הפקדון שהרי הודה בקרן ולא פטר עצמו בכפירה זו מכלום. ולכאורה הא עדיין נ"מ דכ"ז שלא החזיר לו השור קאי ברשות הגנב ואם מת חייב לשלם וכשאומר שבא לידו בפקדון פוטר עצמו אם מת עכשיו ואף באומר שבא לידו בשאלה מ"מ כשאומר הרי שורך לפניך קחהו פוטר עצמו מאונסין ועיין רמב"ן מ"ד ב"ק פ' דו"ה דכ' בגזל אעפ"י שרוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו וה"נ אף שאמר קחנו מ"מ כ"ז שלא לקחהו הוא אינו ברשותו של הבעלים ואינו יכול להקדישו ממילא חייב באונסין ואם כן אף שאומר שבתורת שאלה בא לידו הוי כפירת ממון אם ימות קודם שיקחנו ונראה מזה דהרמב"ם סובר כדעת בעה"מ שם דאם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה הדר הוי ליה כפקדון ויכולין הבעלים להקדישו ועיין קצוה"ח (סי' רי"א סק"ג) דרצה להוכיח שכן הוא דעת תוס' ב"מ (דף ו' ע"א) וכבר כ' במ"א דהיכא די"ל דבטעות בא לידו כמו שהוא שחושב כ"א שהוא הגביה תחילה כשהוד' אחר כך היינו דשם על לבו שהשני הגביהו קודם הוי ברשותו של חבירו לכ"ע ואכ"מ בזה. עיין בדברי משפט כאן בגזילה גם כן

אף דלא הוי הילך וכמו שכ' נמי הנתיבות ואם אמר הילך פטור כמו בהלואה ועיין תוס' שבועות (דף ל"ז ע"ב) דהקשו לר"י דסובר ש"ד איך משכחת שבועת הפקדון. ולמה שכ' דאף דעכשיו אין כאן כפיר' ממון מ"מ דהיכא דכופר שאם ימות יתחייב י"ל דלא הוי ש"ק עדיין אולם אם נאמר כשנתקיים התנאי חל החיוב למפרע יש כאן שעבוד נכסים אתי שפיר. אך מ"מ יש לומר למה שכ' הרמב"ם שם (הי"א) שאם אמר לו אתה מכרת לי ועדיין לא נתתי דמים אם תרצה קח דמים או הרי שלך לפניך פטור משבועת הפקדון דלא פטר עצמו מכלום משמע דאם כופר על גוף הדבר שמכר לו בקנין המועיל ורוצה ליתן אך הדמים הוי נמי כפירת ממון אם כן שפיר משכחת להו שבועת הפקדון בכה"ג דליכא שום נ"מ בשעבוד כלל רק על גוף הדבר ועיין קצוה"ח (סי' ע"ג) וכבר כתבתי בזה בהגהותי לדברי חיים ספרו של אאמ"ו ז"ל דיני טו"נ (סי' א') ולייישב בזה גם כן קושית תוס' דכיצד משכחת מה"ת שבועת מוב"מ אם ש"ד עיי"ש:

סימן כח

עד המסייע אף להסוברים דפוטר משבועה מק"ו דמהר"מ מרויטבורג דכח המוחזק מרובה מכח המוציא העלה הש"ך (סי' פ"ז ס"ק ט"ז) דאעפ"כ היכא דהוי מתשאי"ל דחייב לשלם אין עד א' פוטר אותו ולמד כן מדברי רא"ש ריש ב"מ דכ' ויש מקשין הבל מהא דשומר שמסר לשומר דחייב דא"ל את מהימן לי בשבועה יפטרנו שומר השני משבועתו שהוא חייב וכ' ולא קשה דחיובו דהראשון הוא משום דאינו יכול לישבע ונתחייב לו ממון ואין עד א' פוטר מממון. ובקצוי"הח כ' לדון ג"כ מק"ו מדמהני ע"א שבא על שבועה וכשאי"ל חייב לשלם כן פוטר ובשומ' החיוב הוא מטעם דהוי כא"י אם פרעתיך ואף מאן דלית ליהמתשאי"מ כמו רב ושמואל ואפ"ה רב סובר פ' המפקיד דשומר שמס' לשומר חייב מ"מ כיון דהוי פשיעה לענין זה הוי כאיני יודע אם פרעתיך בזה אף דיש לו עד המסייע אינו פוטר מן ממון. ודבריו תמוהין הא רב סובר שומר שמסר לשומר פטור. ולרב הא דקתני במתניתין בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ישבע השוכר הא כיון דסובר דיכול לומר אוקי גברא בחריקאי ופטור הראשון אף בלית ליה להשני לשלם להסוברים כן עיי"ש בש"מ אם כן הוי כטענ' החזרתי ולמה צריך כלל לישבע ואולי זה כוונת הש"ס שם ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית ולמה צריך לזה הא השבועה הוא כמו כל שבועת השומרין אולם לרב באמת השבועה הוא רק מדרבנן להפיס דעתו בשביל שהשוכר מרויח ואכ"מ בזה:

גם יש להוכיח דאין הכוונה מטעם איני יודע אם פרעתיך רק מטעם מתשאי"מ דהא עיקר קושית היש מקשין הוא על שו"ש שמסר לשו"ח כמו שביארו המפרשים והוא

בש"ס דברי רבא ורבא סובר ב"ב (דף קל"ה) דברי מפי אחר הוי ברי אף להוציא מכ"ש להחזיק אם כן לרבא מהראוי לומר בא"י אם פרעתיך מהני ברי מפי אחר א"ו הטעם הוא לחייבו מטעם מתשאיל"ם:

ברם יש לומר הא דאמר רבא דחייב בשומר שמסר לשומר מטע' את מהימנת לאו דחייב מטעם מתשאיל"ם רק בשומר זה הוא חיובו שידע מה נעשה באבידת החפץ אם באונס אם בגניבה או בפשיעה כל חד וחד לפ' דינו ואם אינו יודע כיצד נאבד אם בדבר שפטור בו או בסיבות שחייב בו חייב לשלם התמורה וכ"ז שאינו מברר ששמר כראוי מחויב מטע' שומר ולא מטעם מתשאיל"ם רק זה הוי כפשיעה כמו כל לא ידענו פשיעותא הואיל דלא ידע מה נעשה בהחפץ חייב לשלם ועיין ריטב"א ב"מ סוגיא דשאלה ושכירה שכ' משם הראב"ד כעין זה אם כן אינו ראיה מדברי הרא"ש דבכל מתשאי"ל דחייב לשלם דאין עד א' פוטר. וע' רמב"ן מובא בש"מ ב"מ על מתניתין דהשוכר פרה דהיכא דלא הוי השוכר בשעה שמתה שישבע השוכר שאינו יודע אם מתה כדרכה או נגנבה ויפטר דהוי ליה כאיני יודע אם הלותני דפטור אבל הראב"ד סובר דהו"ל כאיני יודע אם פרעתיך שהוא חייב וקשה הא הרמב"ן במ"ד ריש ב"מ כ' דשומר שמסר לשומר דחייב הוא מטעם דהוי מתשאיל"ם. גם הא שם על כרחך דסובר הרמב"ן דהוי כאינו יודע אם הלויתני הוא דאינו חייב רק כשידענו בבירור שבא האונס מחמת הפשיעה והיכא דלא ידענו אם בא מחמת הפשיעה אמרינן דלא נשתעבד הנכסים ודלא כמו שכ' הנ"י ר"פ הגוזל ומאכיל בשואל חמור לרכוב ועיין קצוה"ח (סי' ש"מ) שהביא משם הרמב"ן בש"מ כתובות (דף ל"ד) דחייב משעת התחלת הפשיעה היינו שם דבא האונס מחמת שפשע האב ולא ציוה לבניו אז מתחיל השעבוד אבל כשיש ספק בזה הוי כאיני יודע אם נתחייבתי ומתשאיל"ם ל"א בזה וכן מבואר בנ"י שם והדבר צריך טעם למה לא ובקצוה"ח שם כ' דהרמ"ה סובר דעיקר שבועת השומרין הוא דאינו ברשותו ונידון דידיה הוא דהפרה הוא לפנינו ולא משמע כן בנ"י שם וכן בש"מ פ' המפקיד הנז' לא איירי בהוא בעין דאם כן אמאי קתני ישבע:

ויש לומר טעם נכון אם עיקר שבועה הוא שלא פשעתי או שלא שלחתי בו יד למה שכ' הר"ן פ' כל הנשבעין דכל מה שרמי רחמנא שבועה על השומר הוא משום דעל ידי כן רמי אנפשיה למדכר וידענו שטוען בברי ואינו כשאר שבועות התורה דחשדינן למשקר והשבועה הוא לברר האמת ושבועת שומרי' הוא אם היינו יודעים דטענתו הוא טענת ברי היה פטור כיון דבעה"ב טוען שמא רק לא ידענו אולי הוא בדדמי שלא פשע ושמר כראוי ובאמת אינו כן ועל ידי השבועה נתברר דטענתו הוא טענת ברי ולא בדדמי

[ומה"ט דנתי בדבר שנשאלתי זה זמן רב שנחלקו מחכמי ירושלם ב"ד של אשכנזים הי"ו אם בטרם שישבע השומר שבועת השומרים בעי קבלת חרם מהבעלים שחשדו אותו אם דומה לשבועת השותפים ואמרתי דשם אף דמטעם דמורי התירא חייבהו חז"ל שבועה אף בטענ' שמא עכ"פ צריך לדעת שהוא חשוד על זה בעיניו באמת לכך צריך לקבל בחרם אבל בשבועת שומרים הו' תובע מה שהפקיד אצלו ואם אומר שנאבד הב"ד מטילין עליו שבועה דהתורה חששה לחייבו שבועה כדי שישים על לבו וידע ששמר כראוי אם כן אינו חייב בקב"ח דאף אם אינו אצלו בחשש הזה לחשוד אותו למשקר מ"מ הא גם התורה לא חשדו למשקר רק רמי עליו שבועה דבלא זה חושב ששמר כראוי ועל ידי חיוב שבוע' משים על לבו לדעת הבירור ששמר כראוי. ועיין נתיבות (ס"ק י"א) דבנפרע מנכסי יתומים דצריך שבועה אין היתומים צריכין לומר דחשוד לי בכך וכן בשאר שבועה הבא על הספק רק דוקא בשותפין דאינו יכול להשביע כ"א שיש לו הוכחה דחושדו יכול לומר כך ומכ"ש בשבועת השומרין דהתורה הטילה עליו השבועה ולמה שכ' הר"ן הוא כדי שלא יאמר בדדמי] ולפי זה שפיר בכל שבועות התורה כיון דאם היה טוען ברי היה חייב שבועה לברר הספק וכשטוען שמא הוי כאלו אינו רוצה לישבע ונחתינן לנכסיו כמו שכ' בש"מ סוגיא דשאלה ושכירה דמה"ט אמרינן מתשאיל"ם וע' מה שכתבתי בזה בדברי חיים דיני טו"נ (סי' ל"ה) דזה הוא הטע' דלא אמרינן בשבועה דרבנן מתשאיל"ם עיין שם הדינים שיוצא עוד מזה. מה שאין כן בשבועת שומרין דעיקר השבועה הוא לברר שטענתו הוא בברי ואינו מדמה בדעתו ודמיונו כוזב לו אבל כשטוען איני יודע ליכא עליו חיוב שבועה כיון דלמשקר ל"ח ואף אם היה טוען ברי היה פטור רק היה חייב לברר שטוען ברי אבל אם היינו יודעים בבירור דטענתו הוא בברי ולא בדדמי היה פטור ממילא בא"י ליכא עליו חיוב שבועת התורה ול"ה מתשאיל"ם כיון דבזה ליכא עליו חיוב שבועה דאף אם היה טוען ברי היה פטור רק דהיה חייב לברר בשבועה שטענתו הוא בברי ולא בדדמי וכשטוען איני יודע ליכא עליו חיוב שבועה ופטור ועיין ש"ע (סי' ש"מ ס"ג) וש"ך שם ויש בזה אריכת דברים בדיני שומרים אי"ה:

והנה המר"מ ז"ל למד דעד א' פוטר משבועה מדדרשינן לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה מידי לחייב שבועה כתיב הא לא אימעיט אלא דאינו קם לכל עון הא לענין שבועה דלא מיעטה קרא קם בין לחיוב בין לפטור ובש"מ ריש ב"מ הביא משם הרשב"ץ דמדחי זאת דהא דמיעט קרא ע"א לענין חיוב ממון מיעטיה דאלו לענין פטור לא הוי צריך קרא דאם נתחייב ממון ע"פ או על פי עדים מי איכא למימר שיפטר על פי עד א' דליצטריך קרא למעוטיה ולענין חיוב ממון איצטריך למעוטי עד

א' וכההוא דדרשינן אבל קם הוא לשבועה אבל שיפטור משבועה אין לנו. ולא אבין זאת הא לענין חיוב ממון גם כן לא איצטריך דכבר כתיב על פי שנים עדים יקום דבר וקרא דלא יקום איצטריך ללאו שלא לדון על פי ע"ד כמו שכ' הסמ"ג וגם דיוק' לכל עון הוא דאינו קם אבל קם לדבר אחר ומי כתיב דוקא לחייבו שבועה דנאמר שלא יכול לפטור ואולי כוונתו דהיכא דחייבו התורה שבועה לברר הספק כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם היינו או שישלם או שישבע שיתברר הספק בזה אמרינן לדיוקא דע"א אינו מחייבו ממון וגם אינו פוטר במקום דהוי חיוב ברור אבל עושה ספק לברר בשבועה וקם לחייבו שבועה מספק לברר האמת שישבע אבל היכא דחייב שבועה מה"ת דרמיא עליו לברר הספק בשבועה בזה לא דייקינן לפטרו על ידי עד א' כיון דשבועה הוא במקום תשלומין לברר הדבר לא מקבלינן לברר הספק על ידי ע"א:

עוד כ' שם לדחות הק"ו של מהר"מ ז"ל דכיון דכחו מרובה לזקק את המוחזק לישב' כשמסייע למוחז' אין דין שיפטרנו משבועה וכ' להשיב על זה דלחייבו שבועה דין הוא שיחייבו עד א' דמה דפטור קודם שיעיד עד א' אינו אלא מפני שאין מי שיחייבנו דרחמנא לא שדי עליה שבועה בכדי אבל בפיטור שבועה שנתחייב כבר מפני הדין זה א"א אלא ודאי אעפ"י שכחו של עד יפה לחייבו שבועה שמה שהיה פטור אינו אלא ממילא אפ"ה אינו דין שיהא כחו יפה לפטור שבועה שהטילה התורה וחייבה אותו עכ"ל והכוונה כמו שכ' דעל ידי עדות עד א' אף דלא קם לחייבו ממון מ"מ עושה ספק לברר הדבר על ידי שבועה אבל לברר במקום שחייבו התורה לברר בשבועה אינו יכול. אולם המר"ם סובר דשבועה לברר הוא במקום ממון דהא אם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסיו הרי דעד א' מחייבו ושוב כח המוחזק מרובה להטיל עכ"פ ספק על חיובו ופטור מספקא. דהא כח המוחזק מרובה ואעפ"כ אמרה התורה שישבע במקום תשלומין ועיין ש"מ כתובות (דף פ"ה) בלשון הר"י מטראני דשבועה במקום תשלומין עומדת עד שישבע ויפטר וכשהוא חשוד בעיניו ולא היה מניח להשבע הוי ליה מחויב שבועה ואי"ל דמשלם עיין שם הרי דכ"ז שאינו מברר חייב ממון ממילא ק"ו שכחו של עד א' יפה לפטור משבועה דהוי כמבורר בזה:

ועל הוכחת מהר"ם ז"ל דעד המסייע פוטר דאם לא כן איכא למיפרך הק"ו דרח"ק דעדים במקצת מחייבו שבועה מפיו ועד א' דאינו בהכחשה כיוצא בו הקשה מרן הגר"ע ז"ל הא אף אם עד פוטר איכא למיפרך מה לפיו ועד א' שכן אינו בהזמה דאם מזימו עד א' אינו נאמן דהזמה לא הוי בעד א' והכחשה לא הוי כיון דאינו מעיד להכחיש המעשה אם כן כל מקום שהאמינה התורה עד א' הרי הוא כב' ואחיו הגאון ז"ל מתרץ לו די"ל

דעד א' המזים נאמן במגו דהכחשה והשיב לו מרן ז"ל כיון דענין הזמה לסייע ללוה לפוטרו ואינו נעשה כב' ממילא א"נ במגו דהוי מגו להכחיש עד א' דנעשה כב'. ולא אבין הא גם היום מכחישו וביותר שמעיד עליו לפסול אותו שהעיד בשקר ולמה לא יהיה נאמן במגו. ברם י"ל דא"נ במגו למה שכ' במ"א דלכך ל"א בעד א' הבא לחייבו בממון דלא יחייבו שבועה גם כן מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משום דכך גזרה התורה לענין חיוב שבועה ולענין ממון אין בכח עד א' לחייבו עד שיצטרף עמו עוד אחר ולא נתבטל כח עדותו בכח עד א' גם לענין ממון אם יצטרף עמו עוד עד א'. ולפי זה עדיין יש למיפרך היכא דעד המזים מעיד שלא הי' עמו עוד אחר רק המלוה בזה אף אם יבא עוד א' שרא' מרחוק המלוה בלא הלוה לא יצטרף דהוי עדות מיוחדת ובהזמה דהוי קנס פסול עדות מיוחדת ולא נוכל לעשות דין הזמה ממילא יתבטל שוב עדותו לגמרי אף לענין לפסול אותו מטעם עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה. ובעדי' ישנו בהזמה כי"ב. אולם למה שכ' התומים (סי' פ"ז) בביאור דברי מהר"ם ז"ל דכוונתו על גלגול שבועה דלא שייך מתוך שאינו בהכחשה כי"ב היינו אם יבא עד א' ויכחיש העיקר שבועה והגלגול לא יהיה נאמן דעיקר הק"ו הוא מפיו וגלגול דעד א' אם כן מה נפרך דאינו בהזמה כי"ב הא על גלגול לא שייך הזמה כלל דעל זה לא העיד העד רק על העיקר ואיך נעשה פירכא מה לעד א' דאינו בהזמה ולכך גורר שבועה הא על גלגול מהני עד א' לפוטרו כמבואר בתשו' הר"י באסאן ז"ל מובא בש"מ (ס' צ"ד) דמהני דמהני עד המסייע לפטור אף מגלגול לבד. ובעיקר הקושיא י"ל ודאי הפירכא של מהר"מ ז"ל הוא אלמא יהי' בכח עד המסייע לפטור חזינן דכח המחייב גדול ועד כיו"ב אינו יכול להכחיש מה שאין כן בב' עדים כחם גרע דמכחישין כיו"ב מה שאין כן אם פוטר רק לעשות פירכא מהזמה דכי"ב אינו יכול להזים היינו כיון דמעיד עליו אחר שלא מענין עדותו רק שהעיד שקר וע"ז עד א' א"נ:

והיכא דאיתא תרי ותרי והיה חייב ש"ד כתבו האחרוני' שדעת הש"ך דאמרינן סלק וחייב ש"ד ועיין בתומים וקצוה"ח משם אחיו ז"ל. ולכאורה יש להעיר להסוברים (סי' ל"ד) דהיכא דהוי הכחשה תרי נגד תרי למיפסל גברי דנפסל מס' והוא שיטת הרי"ף וכיצד נוכל להשביעו ולפסלו אחר כך דאף מקום בחשש שמא יפסלנו אחר כך לא משבעינן ליה כמבואר (סי' ע"ב וע"ה) וכן (סי' זה סל"ג) וכן העיר בזה גם ש"ב וגיסי הרב מ' צבי הירש נ"י. וראיתי בתשובת הרב ר' ברוך אנגל ז"ל (סי' י"ד) שכתב להסתפק בתרי נגד תרי דאוקי ממונא בחזקתו אם יאמר התובע להנתבע שישבע אם משביעין אותו למה שכ' המ"מ גבי הוחזק כפרן דאין מקבלין שבועתו נגד שני עדים וי"ל דבתרי

נגד תרי דאיכא עדים דמסייעי לזה ולזה אפשר דמשביעין ליה או י"ל כיון דיש עדים דמכחשי ליה ומסייעי ליה אם נשבע באמת הוא שבוע' שוא ואם לשקר נעשה חשוד. ואבין דבריו מה שבועת שוא שייך בזה דכיון דיש תו"ת נשאר הדבר בספק חייב לברר בשבועתו אולם להסוברים דנפסל אחר כך לעדות יקשה כיצד משביעין אותו. שוב כ' הספר הנז' לראיה מהא דקיי"ל (סי' ל"א) בב' כיתות עדים המכחישין זה את זה דכל כת בפני עצמן מעידין ואם יש ב' לווין ומלוה אחד וב' שטרות דישבע כל אחד וא' היסת והרי יש כאן עדים כשרים ובכ"ז נשבעין ואף בתו"ת י"ל כן ויקשה על המ"מ שכתב שאין מקבלין שבועה נגד ב' עדים וכ' לחלק דשם דכל א' מהכתות אינן יודעין כלום מההלואה אחרת ומש"ה מקבלין שבועת כל א' מה שאין כן בנידון דהמ"מ דליכא אלא ב' עדים כשרים ובספק הנז' העלה דאין משביעין כיון דיש ב' עדים המסייעין הוי ש"ש ולאו דלא תשא הוא חמור ואינו ראוי להשביע ללא צורך. וכבר כתבתי דאין זה שבועת שוא רק דצ"ע כיצד משביעין כיון דיפסלנו אחר כך. ועוד כ' הספר הנז' דיכול לומר קים לי דהני תרי אומרים האמת ואינו חייב שבועה. וגם זה אינו כיון דלדידן הוא ספק ולא ידענו עם איזה כת האמת מה מועיל קים לי לפוטרו משבועה ולכך דעת הש"ך והאחרונים דאמרינן גם בתו"ת סלק וחייב שבועה ועיין נתיבות. אך דא עקתא כיצד משביעין אותו כיון דבהכרח יהיה נפסל אחר כך לעדות ולשבועה מספק. ועיין במל"מ (פ"ז) מטו"נ שכתב שם על דברי המ"מ הנז' לחלק בין ליטול דאין מקבלין שבועתו נגד העדים ולפטור מקבלין שבועתו נגד העדים וכבר כ' הקצוה"ח (סי' ע"א) שלא ידע ההפרש בין ליטול או לפטור ועיין מה שכתבתי בזה לעיל (סי' ט"ז) ובדיני עדות (סי' י"ט) הבאתי ד' הרמ"ה ב"ב שכ' דאין מניחין לישבע נגד ב' עדים ואם כן למה בתרי ותרי מניחין לישבע הא לשיטת הרי"ף יהיה נפסל אחר כך וכן בהך (דסי' ל"א) בב' לוין ומלוה אחד דמשביעין אותן היסת אף דאחר כך יהיו נפסלין:

אך כבר כתבתי לעיל בדיני עדות (סי' ז') דמדברי הש"ג דסובר דאף לדידן דמוציאין ממון ע"י עדי צירוף דאחד מעיד על מנה שהלוהו בניסן ואחד מעיד בתשרי אם המלוה תובע שניהם ואומר דאינו רוצה בצירופן של השני עדים רק שישבע להכחיש לכל עד בפ"ע על עדותו חייב הנתבע לישבע הרי דלא איכפת לן בזה שיפסלוהו אחר כך ושם הבאתי דברי הרב המאירי שבש"מ סנהדרין שבסוף ס' חמרא וחיי מבעל כנה"ג שכ' בשלשה עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול דנתבטל העדות מ"מ משביעין אותו היסת וכתב ושמא תאמר היכן מצינו שבועה להכחיש שני עדים כשרים טעם הדבר מפני שהעדים כמי שאינן ואם הוא מתירא שמא יפסלוהו ויחזיקהו כנשבע לשקר יוציא שטר מן הב"ד

שכך היה מעש' ואין עדים אלו נאמנים לפסלו כלל ועיין שם מה שכ' בזה אם כן בנד"ד נמי בתו"ת כיון דלא נתקבל עדותן מספק לחייבו ממון שוב אין אנו דנין על ידי עדותן של אלו אחר כך לפסלו מספק וכן נמי בהך דינא דשני לוין ומלוה א' כיון דלא נתקבל עדותן הואיל דחד דמהנך שני כיתות פסולה כת אחת שפיר נוכל להשביען ושוב אין אנו מקבלין עדותן אחר כך לפסול אותו. וביותר י"ל כאן לאביי דסובר מגו דחשוד אממון חשוד על שבועה רק דחיישינן למלוה ישנה וכבר כתבו הראשונים להקשות אם כן כל כופר בפקדון וגזלן יהיה כשר ונאמר דהיה בשביל מלוה ותירצו דאין ספק מוצי' מידי ודאי כיון שפסולו הוא ודאי עליו להביא ראיה דמשום מלוה ישנה כפר. וא"כ היכא דהו תרי ותרי אף לדעת הרי"ף דבתרי נגד תרי מיפסל גברא מ"מ אינו מיפסל רק מספק ותלינן במלוה ישנה אולם לפי זה נ"מ היכא דמחל לו כל מלוה ישנה דנתן לו פטורים עד היום באופן דליכא ספק על מלוה ישנה לא היו מניחין לו לישבע ועיין קצוה"ח (סי' צ"ב ס"ק ג') אולם להמבואר מדברי המאירי הנז' לעולם משביעין אותו. ועיין תשובה המיוחסת לרמב"ן (סי' ק"ט) כיון דנשבע התורה האמינתו ופטרו ושוב לא יופסל על פי ב' עדים עיין שם בדבריו ומשם נידון לכאן וכ"ע מודו בזה:

סימן כט

אם כפר הכל ונשבע היסת ואחר כך בא עד אחד לחייבו חוזר ונשבע בנקיטת חפץ ש"ד כמבואר בש"ע (סי' פ"ז סמ"ד) וכן בנשבע בלא נקיטת חפץ חוזר ונשבע וכן בת"כ לא נפטר משבועה ובתומים הקשה על זה הא הש"ס מקשה נימא מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתה וקאמר אביי שמא מלוה ישנה יש לו עליו ופרשי אינשי מספק שבועה ולא פרשי מס' ממונא וא"כ כאן הא כבר נשבע שבועה קלה ולא פירש מספק ודאי דחשוד אשבועה חמורה ואמאי חוזר ונשבע ובנתיבות מתרץ למה שכ' תוס' ב"ק (דף ק"ח) דהחשוד על השבועה לא מיפסל מן התורה רק מדרבנן והיינו מן התורה לא מחזקינן למי שיעבור על עבירה פ"א שיעבור תמיד והא דאמרינן אף מן התורה מגו דחשו' אממונא חשוד אשבועה היינו דאם נחשוד אותו דרוצה לגזול עכשיו ישבע גם כן לשקר רק מדרבנן אסרו עד שיקבל תשובה וכן ביאר בקצוה"ח (סי' צ"ב) דברי תוס' ואם כן כיון דחייב שבועה חמורה ונשבע שבועה קלה דהוי כלא נשבע כלל צריך לחזור ולישבע ולא שייך לומר מגו דחשוד אשבועה קלה דהא לא מחזקינן לחשוד עכשיו מחמת עבירה שעבר כבר ומדרבנן לא שייך למיפסליה כיון דאינו מבורר שהוא חשוד וכיון דרחמנא לא הימניה אשבועה קלה רק אשבועה חמורה דחשדי' רחמנא לעבור על קלה ולא על ש"ח מה"ת נקלקל שבועת התורה כשא"י לדון שהוא חשוד עיין שם

עוד בדבריו ואני שמעתי ולא אבין אטו שישבע בנקיטת חפץ שה"ת הוא מה"ת דחשדו שיעבור על שבועה קלה ולא על חמורה זה אינו דמן התורה כל שבועות הן חמורין רק הא דשבועת התורה בעינן בנקיטת חפץ הוא מדרבנן לאיים עליו כמבואר מדברי האשרי ר"פ שבועת הדיינין אבל לענין חשוד אין כאן נ"מ דבכל אופן שבועה שעבר ונשבע לשקר מיפסל ואם כן כיון דעכ"פ מדרבנן אם עבר פעם א' ונשבע לשקר שבועה קלה בלא נק"ח מיפסל ומה יוסיף כח להשביעו בנק"ח ומה"ת כבר מיפטר במה שנשבע אף בלא נק"ח ואי כיון דלא נוכל לומר שכנגדו ישבע ויטול חשו כדי לקיים תקנת חז"ל לישבע ש"ד בנק"ח זה אינו דהא מ"מ ממנ"פ יתבטל הדרבנן שאמרו דנעשה חשוד בשביל שעבר פעם אחד ולא יהיה נאמן עוד בשבועה עד שיחזור בתשובה:

וליישב קושית התומים יש לומר להמבואר בתשובה המיוחסת לרמב"ן (סי' ק"ט) הא דאמרינן פרשי אינשי מס' שבוע' ולא פרשי מספק ממונא דאעפ"י שנשבע עדיין אינו חשוד בעינינו עדיין על השבועה כי שמא נתחזק בדמיונו שיש לו מלוה ישנה על זה ונשבע על אותו ספק אבל בעלמא אינו חשוד עיין שם בדבריו מבואר מדבריו דשמא נתחזק בדמיונו שכך הוא ולכך אף אחר שנשבע לא מיפסל ה"נ אמרינן אף דכבר נשבע הקלה לא פסלינן ליה אף אם נשבע בשקר דהוי כאנוס בשבועה כיון דאז נתחזק כן בדמיונו ואם שוב נתחייב שבועה חמורה בנק"ח לאיים עליו משביעין אותו עוד הפעם דאולי יתיישב בדעתו ויסיר ממנו ההתחזקות בדמיונו ויפרוש מלישבע כיון דאף אם כבר נשבע אם הי' משום דנתחזק בדמיונו שיש לו עליו מלוה ישנה הוי כאנוס בשבועה וכן נמי אם כבר נשבע שבועה קלה ונתחייב שבועה חמור' בנק"ח לא חיישינן לזה דאם בשקר נשבע אז כבר מיפסל ואם באמת נשבע למה צריך שישבע שנית דכיון דיוכל להיות דבשקר נשבע ומ"מ לא מיפסל דאז נתחזק בדמיונו שיש לו עליו מלוה ישנה משביעין אותו שנית בחמורה בנק"ח דלמא משום האיום יתיישב יותר מבראשונה ויסיר מה שנתחזק בדמיונו ויפרוש משבועה ואף דרמב"ן כ' שם מטעם זה דהיכא דנשבע על שני הלואות להכחיש בכל פעם על הלואה אחת דלא מיפסל כיון שהתורה האמינתו ופטרתו עיין שם ודעת רבינו יקיר ז"ל אינו כן כמבואר (סי' ל"ד) דאף עד א' ובעל דין פוסלין אותו והיינו דס"ל כיון דיודעין בודאי שבשקר נשבע אין ספק מוציא מידי ודאי לתלות במלוה ישינה היינו כיון דיש שני עדים המעידין אבל בנידון זה אף דידענו שנשבע מ"מ כיון דלא הוי חמורה שנתחייב בה על ידי איום משביעין אותו דדלמא על ידי האיום יתיישב יותר בלבבו ויפרוש כנלע"ד בזה׃

ולמ"ש דכיון דנתחייב שבועה דאורייתא צריך שישבע עוד הפעם דאלו מה שנשבע מקודם היה טועה בדמיונו שיש לו מלוה ישינה נראה דאם אינו רוצה לישבע עוד הפעם אף שכבר נשבע בלא נקיטת חפץ מ"מ נחתינן לנכסיו דלכאורה למה שכ' הרא"ש דנקיטת חפץ הוא רק מדרבנן לאיים עליו אם אינו רוצה לישבע בנקיטת חפץ דלא נחתינן לנכסיו דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו וכיון דרוצה לישבע מה שחייב מן התורה רק שאינו רוצה בנקיטת חפץ שהוסיפו חז"ל לא נחתינן לנכסיו אולם כנראה כיון דאין הב"ד מקבלין הש"ד בלא נקיטת חפץ הוי כמו דאינו רוצה לישבע עיקר השבועה ונחתינן לנכסיו דכיון דרמיא עליו בעיקר השבועה שיהיה בנקיטת חפץ הוי כמו העיקר ועיין בס' ש"מ (סי' פ"ז ס"ק י') אולם אם כבר נשבע פעם א' ולא היה אז החיוב דנקיטת חפץ ואחר כך בא עד אחד דלא הוסיף בשבועתו רק שישבע בנקיטת חפץ אם לא הוי רק כמו דרבנן ולא נחתינן לנכסיו וכן אם נעשה אחר השבועה חשוד מצד עבירה אחרת שעבר ואחר כך בא עד א' היה מקום לומר כיון דכבר נשבע בעוד של"ה חשוד ונפטר והעד בא רק להוסיף חומר בשבועה דאורייתא שיהי' בנקיטת חפץ אם כן לא אמרינן שכנגדו ישבע ויטול כמו בשבוע' דרבנן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. וכן ממילא אם אחר זמן שנשבע היסת כשבא העד אומר הנתבע שעכשיו אינו יודע לא הוי מתשאיל"ם כיון דכבר נפטר בעצם השבועה שכבר נשבע אז שיודע שא"ח לו ורק שצריך להוסיף שישבע בנקיטת חפץ הוי כמו שבועה דרבנן דל"א מתשאיל"ם. ולמה שכ' הש"מ הא דבא"י הוי מתשאיל"ם דהוי כמו שאינו רוצה לישבע דנחתינן לנכסיו ותליא זה בזה אם נחתינן לנכסיו כשאינו רוצה לישבע שנית בנקיטת חפץ. וה"נ כיון דכבר נשבע שיכחיש העד בעוד שהיה כשר יודע נפטר מעצם השבועה ורק התוספת שהוא בנקיטת חפץ חסר בזה לא הוי מתשאיל"ם. ולמה שכ' י"ל דלעולם לא נפטר מעיקר שבועה על ידי שבועה הראשונה דבכל עת נוכל לומר דלמא עכשיו ישים על לבו ויזכור שאין לו עליו מלוה ישנה וכיון דיש איזה נ"מ במה שישב' שנית דבעינן בנק"ח חל עליו שישבע שבועת התורה בנקיטת חפץ והוי בכל פעם חיוב חדש שאינו נפטר במה שנשבע בפעם ראשון ושוב כשאינו רוצה נחתינן לנכסיו וכשנעשה חשוד שכנגדו נשבע ונוטל וכן כשטוען א"י הוי מתשאיל"ם וצ"ע בדינים אלו:

סימן ל

החייב לישבע וליפטור ואינו רוצה לישבע אם הוא מהנשבעין מדרבנן לא נחתינן לנכסיו רק מנדין לו ל' יום כמבואר בש"ע וכ' הסמ"ע (ס"ק כ"ב) בנשבע ונוטל ותפס ואינו רוצה לישבע דאף לא משמתינן ליה וראיתי בס' דו"ח למרן הגאון רע"א ז"ל כתובות (דף

צ"ב) בהא דאמר רב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן במלוה ובא בע"ח דראובן וטרף ופייסו בזוזי דאמרו יתומים אנן מטלטלין שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי והקשה דבתפס מעות מהני התפיסה מכ"ש שיועיל בתופס החוב וכ' לתרץ דהר"ן לא קאמר רק היכא דלא מחסרי שבועה אבל בההיא דרב"ח דצריך לישבע הוי מחוסרי גובייגא אולם הקשה לשיטת הרי"ף בנשבע ונוטל שמה"ד היה ראוי ליטל בלא שבועה בתפס מעות לא נחתינן לנכסיו יקשה וכ' דכיון דמ"מ משמתינן ליה מקרי מחוסר גובייגא. אולם למה שכ' הסמ"ע דלא משמתינן ליה וכן מוכח מהרי"ף דהשמיט האיבעיא דפוגמת פמש"פ כיון דמס' לא מגבינן ומתניתין סתמא קתני ואם נאמר דמשמתינן ליה כשתפס היה לו להביא למען דעת דהוא ס' ולא משמתינן ליה עיין שם. ולא ידעתי קושיתו הא אף אם נאמר דבתפס ואינו רוצה לישבע לא משמתינן ליה וכמו שכ' הסמ"ע מ"מ מודה דנגד יתומים אם חייב שבועה משמתינן ליה כמבואר מדברי הסמ"ע (סי' ק"ח ס"ק ט"ז) ואם כן עדיין מחוסר גובייגא ואם אינו רוצה לישבע משמתינן ליה ממילא לא מהני תפיסה אולם גוף סברתו לא הבנתי כיון דהלוקח רוצה לישבע ויודע בעצמו שנשבע באמת ומוכן לישבע אינו מחויב מה"ד להחזיר והוי כאלו כבר נפרע ואין מוציאין מן הלוקח. וי"ל בעיקר הקושיא דהא כ"ז דלא טרף הבע"ח מן הלוקח אין יתומים חייבין לו כלום וכן אביהן רק אחר שטרף חל החוב על אביהן למפרע ואם כן כשמת אביהן מיד זכו היורשים בהחוב כיון דאז עדיין לא טרף הבע"ח ולא מהני שוב אחר כך תפיסה דהואיל דכבר זכו בהחוב הוי כתפס מרשות היתומים דלא מהני אף לר"ט ועיין שם בר"ן פ' א"נ לענין מזונות דבעינן שתתפוס מרה"ר או מסימטא ולא מרשות יתומים ובתפס מעות נמי לא מהני מרשות היתומים והא דמהני לר"ט תפיסה מרה"ר או מסימטא על כרחך הטעם אף דכל היכא דאיתי הוא ברשות היתומים דירשו גוף המטלטלין מ"מ חל ג"כ השעבוד של הבעל חוב אבל כשזכו היורשים והם ברשותם אינו חל השעבוד ואם כן בדיני דרמב"ח כיון דכ"ז שלא בא הבעל חוב דראובן וטרף ממנו לא הוי אז שום חוב ושעבוד וחל זכות היורשים לזכות בהחוב בטרם שחל שעבודו של הלוקח לכך לא מהני תפיסת הלוקח אחר כך ואף דאחר שבא הבעל חוב וטרף חל השעבוד של הלוקח למפרע מ"מ כיון דאז לא נודע בבירור משום חיוב וזכו היורשים בהחוב והי' הלוקח חייב לפרוע להם שוב כשנתברר חיובו לא מהני תפיסתו ויבואר עוד אי"ה במ"א:

ומה שהקשה שם הגר"ע ז"ל על הר"ן דהא כתובה אפילו מיניה אינה גובה רק מקרקע אם כן גם בתפס מעות הא אינו יכול להחזיק בהמעות לפרעון דיאמר אסלק לך כדינך

בקרקע ונפקיע מינה המעות מבואר מדברי ש"מ רפ"ב דכתובות דעד כאן ל"א מטלטלין לא משתעבדי לכתובה רק בלא תפסה אבל בתפסה מגבינן לה מינייהו וכן משמע מדברי רש"י שבועות (דף ל"ב ע"ב) ועיין בס' הפלאה אה"ע (סי' ק') דתפיסת מטלטלין מהני בכתוב' וכ' שם דאם יש לו מעות צריך לשלם מעות ויש להעיר בזה מש"ס נדרים (דף ס"ה) ובס' ב"מ אה"ע שם הקשה למה לא חשו חכמים בלית ליה קרקע שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולהנז' כיון דתפיסה מהני לגובייגא שוב ל"ת קלה בעיניו להוציאה ועיין מה שכ' בהגהותי בד"ח דיני טו"נ (סי' א') ואם אזכה יב ואר עוד אי"ה בזה בחידושי לאה"ע:

סימן לא

הרמ"א (סכ"ה) כ' מי שתובעת שנדר לה דבר באתננה והו' כופר חייב לישבע ובש"ך (ס"ק נ"ח) הביא דברי הב"ח שכ' דמדברי רש"י ב"מ משמע שא"ח בד"א אי תבעי ליה בדינא קמן כשהוא מחייבי כריתות דקלבד"מ ופטור מלשלם בדיני אדם אפילו הודה וכי כפר אין משביעין אותו והש"ך משיג עליו דדוקא בבא על אמו דהיא מחייבי מיתת ב"ד בזה פטור מדיני אדם אבל בחייבי כריתות קיי"ל דלא כרנבה"ק ואינו פוטר מתשלומין ובתשובת ח"ס חח"מ (סי' כ"ז) כתב לדין יש תשובה דלמאי דקיי"ל מקח הנעשה באיסור אינו קונה דכל מה דא"ר לא תעביד אי עביד לא מהני אם כן אתנן במה יקנה הא אינו נקנה אלא על ידי בעילת איסור וע"כ דגלי קרא דיקנה אתנן וכיון דכל חיובו חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו וליכא חיובו אלא לציד"ש דקרא איירי אפילו בבא על אמו ממילא לא נשמע מקרא אלא לצא' ידי שמים וכך הדין בכל אתנן עיין שם והדברים מתמיהין כאשר כבר כתבתי בזה לעיל דיני דיינים (סי' י"ז) דלא תליא זה באי עביד לא מהני והוכחתי שם דפועל העושה פעולה האסורה אף דעביד איסור מ"מ חייב לשלם בדיני אדם שכר הפעולה עיין שם דברי טעם ונשמט שמה עוד ראיה גדולה לזה דהא מבואר במתניתין דכתובות (סוף פרק י"א) דחייבי לאוין בין הכיר בה בין לא הכיר בה יש לה כתוב' ושנייה והאיילנית אין לה כתובה מפני שהיא מרגילתו לנושאה קנסא דרבנן הוא וחייבי לאוין אינה מרגילתו אלא הוא לפיכך קנסו אותו ליתן כתובה ומבואר בש"ס דאף דאין לה כתובה אבל תוספות יש לה דמתנה בעלמא יהיב לה משום חיבת ביאה כמו שכ' רש"י ור"ן דבאיילנית אעפ"י שלא הכיר בה והי' מקח טעות אפ"ה אית לה תוספת שכיון שהוסיף לה מדעתו ולא חשש לשמא תמצא איילנית רצה ליזק בנכסיו וכמו כן בחייבי לאוין אעפ"י שלא הכיר בהן יש להן תוספת של"ה הדבר מוטל עליהן לגלות דסברו דאפשר שיערב עליו המקח אעפ"י שיש איסור בדבר ועיין בח"מ וב"ש

אה"ע (סי' קט"ז) דאם נשא חייבי כריתות אע"ג דאין להן כתובה מ"מ לענין תוספות כתובה דמיא לחייבי לאוין בין הכיר בה בין לא הכיר בה ועיין שם ב"ש (ס"ק ג') ועיין שם בספר בית מאיר. דהקשה מאי שנא במוכר בשר טריפה לחבירו דאף שאכלו פטור מתשלומין דאכילת איסור לאו הנאה הוא ונפשו שלאדם חותה וה"נ ביאת איסור צער הוא לו ומהיכי תיתי יתן לה התוספת ותירץ כיון דהיה לו לדקדק ולחקור אחריה אצל אחרים ומאחר דלא דקדק חשוב כאלו ידע מה שאין כן בבשר טריפה דאין לו לחקור כשמוכר הטבח בחזקת כשר ודבר זה מוכרח שם וכן הסכים על ידו הגאון בעל ח"ד בספרו בית יעקב שם ונלמוד מזה דחשוד ע"ד שמכר בחזקת כשר ואכלו ונודע אחר כך דהיה טריפה דאינו חייב להחזיר הדמים ואכ"מ מזה ומבואר מכל הפוס' שם דהחיוב הוא מה"ד. עכ"פ מוכח דמשום הנאת איסור גם כן נתחייב בדמים להוציא ממנו בדיינים וא"ל כיון דגלי קרא באלמנ' לכהן גדול דתפסו בה קידושין אף דאי עביד לא מהני מ"מ גלי קרא דכתיב לא יקח ולא יחלל כמבואר בש"ס תמורה ועיין רשב"א קידושין (דף ס"ז) דכיון דגלי בכה"ג שקידש אלמנה הו"א דנילף מיניה ללא יקח דאשת אב אם כן היכא דקידושין תופסין דגלי קרא שוב אמרינן ביה אי עביד מהני אבל בשאר איסורין דלא גלי דאי עביד מהני נאמר דאינו חייב עבור פעולת איסור לשלם. ז"א דכל נידון דהב"ח הוא דן על איסור נדה ואף דהיא חייבי כריתות קידושין תופסין בה ממילא חייב האתנן גם כן. ובלאו הכי כבר בארתי לעיל דדין זה לא תליא כלל באי עביד לא מהני דודאי כיון דערב לו האיסור ורוצה בפעולתו חייב לשלם ככל פועל העושה פעולה דחייב לשלם לו שכירות. ועיין בבית מאיר (סי' קע"ז) ועיין תשובת הרשב"א (ח"א סי' ש"ב) דהשואל נסתפק דמי שנדר לאשה באתננה ובא עליה אי תבעה ליה לדינא קמן אי אמרינן ליה זיל הב לה ומפקינן מיניה ע"כ דמסתבר ודאי דמפקינן מיניה דלא גרעה מפועל והרשב"א ז"ל השיב דהדברים פשוטים שהפוסק מנה לאתננה ובא עליה אין ספק שהוא חייב ליתן שה"ד דביאתה אלו הן כספיה עיין שם דמבואר דמוציאין בדיינין וכן מבואר מסתימת כל הפוסקים:

וראיתי עוד בח"ס חאה"ע (ח"ב סי' ק"ס) שם כ' בדברי הב"ח הנז' דטעמיה משום דניתן להצילו בנפשו וכ' שהאריך בחידושיו ואינו מובן גם בזה דבריו כיון דהיא תובעת דהבטיח לה אתנן מדעתה בשכר ביאה ומדעתה לא מצינו אף שהיא נדה דניתן להצילו בנפשו רק באונס כמבואר בש"ס ורמב"ם (פ"א) מרוצח וטור ח"מ (סי' ש"פ):

ואם נדר באתנן לא"א בזה כ' הש"ך כיון דפטור מטעם קלבד"ם אין צריך שבועה ועיין קצוה"ח אם תובעת חמשין דהלואה וחמשין דאתנן כיון דחייב לשלם בד"ש וחיוב גמור

הוא רק דב"ד אין בידם כח לעונשו בממון ותפיסה מהני הוי כמודה בחיוב גמור דקלבד"ם הוי חיוב גמור ומהני תפיסה. ולמה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' מ"ז) לדון בדעת רש"י ז"ל דאף בקלבד"ם אינו חיוב גמור רק הואיל דהבטיח צריך לעמוד בדיבורו אם כן דין זה הוא רק בהבטיח לאתנן אבל בלא הבטיח אף דחייב לציד"ש מ"מ כיון דלא מהני תפיסה לא מהני הודאת ממון גמור לחייבו שבועה בהודאה הזאת. ועיין ש"ך (ס"ק נ"א) דאמירה לעני כיון דאינו יכול לחזור משביעין אותו היסת ועיין קצוה"ח (ס"ק כ"א) דאף דאם אינו חייב רק מטעם נדר כשכפר ואמר להד"ם חייב לישבע היסת. ותמהני שלא הביאו דברי תוס' יו"ט מס' שבועות (פ"ד מ"ח) דקתני שם במתניתין לענין שבועת עדות שאם אמר משביע אני עליכם כו' ותעידוני שאמר איש פלוני ליתן לי ר' זוז ולא נתן לי פטורים דלא היה על תביעת ממון וכ' שם התוי"ט ואפילו הוא עני אינו חייב לו אלא מטעם נדר ונמצא שאין עליו חיוב ממון בשו' צד שאין ב"ד יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לקיים נדרו אלא שמנדין אותו או מכין אותו עד שיקיים מוצא שפתיו עכ"ל וליכא שום חילוק לענין כפירת ממון לגבי שבועות עדות לשבועת דיינים. ועיין קצוה"ח (ס"ק ל') מה שהקשה הא בריבית קצוצה אף דאינו יוצא בדיינים חייב שבועה ובנתן ת"כ או נשבע ליתן אינו חייב וכבר כתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים (חיו"ד סי' מ"ח) דהיכא דחייב להחזיר אף ליורשים הוי כפירת ממון גמור מה שאין כן בנודר ומת או נשבע אם נאמר דכשמת אינו חייב לתת להיורשי' לא הוי כפירת ממון גמור עיין שם בדברי ולפי זה אף בנודר לעני כיון דאם מת אינו מוריש לבניו י"ל כמו שכ' התוי"ט דכיון דלא נחתינן לנכסיו אין משביעין אותו על זה מה שאין כן במלוה על פה אף דליכא שעבוד ורק מטעם מצוה מ"מ כיון דחייב לשלם גם ליורשיו שפיר הוי כאלו זכה בו והוי כפירת ממון לענין לחייבו שבועה ועיין מה שכ' בזה לעיל דיני הלואה (סי' ב'). ובנתיבות כתב דבאמירה לעני דמשביעין כיון דממשכנין על הצדקה משביעין אותו. ולא אדע אף דממשכנין על הצדקה היינו בסתם צדקה לענים אבל בנדר לאחד ליתן לו אף שהוא עני אין ב"ד יורדין לנכסיו כמו שכ' התוי"ט:

סימן לב

נשבע שאינו חייב לו ואחר כך הוציא שטר חייב לשלם ואינו חשוד שהרי לא העידו שלא פרעו ולא טען הנתבע להד"ם כן הוא בשו"ע (סל"א) ועיין ש"ך (ס"ק ע"ז) ויכול לתרץ דבריו ולומר דהיינו שפרעתיך משמע הא אם אמר מקודם להד"ם נפסל וכן הוא לשון הרמב"ם ויש לחקור לדעת הרמב"ם והש"ע (סי' כ"ח) דהא דעדים החתומים על השט' הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד הוא רק מדרבנן מפני נע"ד אבל מה"ת אמרינן מפיהם

ולא מפי כתבן אם נפסל מן התורה או רק מדרבנן ומדרבנן ודאי דנפסל אף דאין בזה נע"ד מ"מ כיון דתקנו דעדות שבשטר מהני ואתחזק עדותן כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואינן יכולין לחזור עדותן ממילא נגרר אחריו ככל המסתעף מעדותן אף בדבר דלא שייך נעילת דלת ועיין מה שכ' לעיל דיני עדות (סי' י') להקשות ע"ד מהרי"ט בעדות שבשטר לענין איסור:

אך מ"מ י"ל כיון דעיקר הא דמהני עדותן לדון על עדי שטר לדעת הרמב"ם הוא רק מדרבנן ומדאורייתא לא מהני עדותן דמפיהם כתיב ולא מפי כתבם אין בכח עדותן שבשטר לפסול את זה שנשבע שלהד"ם רק מדרבנן. או י"ל כיון דמ"מ דנין עפ"י שטר לבירור גמור ומוציאין ממון וע"כ דהוי זה כשני עדים גמורים וממילא כיון דאתחזק על ידי עדות שבשטר לבירור גמור הוי כאן סהדי וי"ל דכשנשבע על זה שלהד"ם ושוב נתברר על ידי העדים החתומים בשטר נפסל מדאורייתא דאנן סהדי דנשבע לשקר ואף דמצינו דעל ידי חזקה דשטרך בידי מה בעי מוציאין ממון ואעפ"כ כשנשבע שפרע לא מיפסל בזה כמבואר מדברי תשובת הר"י בן הרא"ש ז"ל מובא בב"י (סי' ל"ד) ובש"ך כאן (ס"ק ע"ו) היינו דשם כך נתחייב על ידי השטר כ"ז שהשטר בידו מוקמינן על החזקה וחייב לפרוע כיון דידעינו דהשטר אמת בזה מוקמינן על החזקה שחייב לפרוע אבל לא ידענו אם האמת כן הוא שיופסל על ידי זה ולומר שנשבע לשקר כיון דליכא עדים ואנן סהדי ע"ז דנשבע לשקר שלא פרע שיופסל על ידי שבועתו מה שאין כן כשנשבע שלהד"ם וע"ז יש עדי שטר רק שחסר תנאי שהטילה התורה שיהיה הגדה בפה וכיון דחז"ל הכשירו עדות שבשטר דהוי כאלו נחקרה עדותן בב"ד י"ל דמפסל מן התורה ועיין קצוה"ח (סי' ל"ד) דהקשה אמאי במקדש עכשיו בפסולי עדו' הנפסלין מן התורה אין חוששין לקידושין כיון דליכא מומחין מנא ידעינן שעשו אותו עבירה שבאנו לפוסלן על ידה כיון דליכא קבלת עדות בפני ב"ד וקבלת עדות האידנא אינו אלא מתקנת חז"ל ואם כן מן התורה עדיין כשרים הם. וכ' כיון דאנן עכשיו שליחותייהו דקמאי עבדינן אפילו לקידושי תורה לגבי גר ע"כ בדבר גדול כזה דיש כח ביד חכמים לעקור דברי תורה אפילו בקום ועשה כמו שכ' תוס' ר"פ האשה רבה וה"נ דכוותיה כיון דהכשירו חז"ל עדות בשטר ויש כח בידם לדון עפ"י עדותן אף שהוא שלא מפיהם רק מפי כתבם דנין על זה אף מן התורה כשנשבע להכחישן ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' כ"ב) לדון מה"ט דכשחתמו בשקר נפסלין אף מן התורה אף לדעת הרמב"ם דעדות שבשטר לא מהני מן התורה דמ"מ עברו על לא תענה אף מן התורה ושם כתבתי דלענין קידושין הן בגר שקידשה ונתקדש אחר כך לאחר והן בקידש בפני עדים הפסולין דלא חלו קידושין

של אחר בגר ושלא חלו קידושי הראשון כשקדש בפני הפסולין שעברו עבירה של תורה הוא דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש וכמו שכ' הנ"י סנהדרין דמה"ט לא צריך זמן בגט ושטר קידושין מן התורה אף דלא הוי דרישה וחקירה שהוא משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקינהו רבנן לקידושין ודברי קצוה"ח שכ' דבדבר גדול כזה יש כח ביד חכז"ל לעקור אף בקו"ע אינם מוכרחים. ומ"מ יש לומר כיון דעדותן שבשטר הוחזק לקבל וכמי שנחקרה עדותן בב"ד לכל דבר הנשבע להכחישן פסול מן התורה וצ"ע ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' כ"ב):

סימן לג

אין מוב"מ חייב לישבע עד שיודה בפרוטה ויכפור בשתי מעין כסף ואם תבעו ב' מעין ופרוטה והודה לו בשתי פרוטות פטור כמבואר בטוש"ע (סי' פ"ח) ומדקדקו והודה בב' פרוטות דפטור משמע דפחות מפרוטה כמו דלא הוי הודאה במקצת כמו כן אינו מגרע שיעורא דשתי מעין כיון דאינו ש"פ מאותו חסרון וכן מבואר בתוספת ר"פ שהד"י ובקצוה"ח הקשה אם כן מאי הקשה הש"ס משם על רב לאו ממילא שמעת לה מיני' דחסרה לה טענה הא שפיר לה בטוענו שתי כסף וזה מודה במחט שהוא פמש"פ דהודאה הוי לדעת הרמב"ם וש"ע ושיעורא דשתי כסף לא חסר כיון דלא חסר ש"פ. ונראה ליישב אף דהיכא דתובע שוה ומודה דוקא הוי הודאה ממין הטענה היינו כיון דכל מה שמודה הוא בכלל שוה גם כן ממון דהיינו פרוט' וכמו שכ' הרא"ש והר"ן ז"ל וזה דוקא בהודה דבר השוה ממון דהיינו פרוטה אבל בטוענו שוה ומודה בכלי שהוא פמש"פ אף דמצד החשיבות חשוב הודאה מ"מ ממון שתובע אינו ש"פ ול"ה הודאתו לזקוק אותו לשבועה רק מצד החשיבות והתובע לא תבע חשיבות רק שויה ומה שהודה בכלי אינו ש"פ ולא חשיב הודאה דלא הוי ממין הטענה כיון דלא ש"פ והוא לא תבע חשיבות רק ממון וז"פ. ועוד נראה דהא קרא קאי על פקדון ובפקדון אף דתובע שוה ומודה דוקא לא הוי ממין הטענה דבפקדון דוקא קא תבע לדעת רוב פוסקים זולת הר"ן ז"ל:

והא דבכלי אף פמש"פ חייב שבועה מביא הקצוה"ח דברי הרשב"א שנסתפק בקידושי אשה בכלי פמש"פ אם מקודשת כיון דהוי כמו ש"פ והעלה דל"מ מדקאמר בש"ס חליפין איתנהו בפמש"פ ואשה בפמש"פ לא מקנאי נפשה ובחליפין בעינן כלי הרי דלא מהני וכן מש"ס קידושין (דף י"ג) ועיין נתיבות מה שכ' דבקנין סודר מהני אפילו תפס מקצת כלי דכמאן דפסק דמי ומקצת כלי ודאי לא חשיב לענין הודאה וקידושי אשה. ואני לא אבין הא להדיא מבואר בש"ס שם (דף ח') אבל תבואה וכלים אימא

מדמקרבא הנאתייהו גמר ומקני נפשיה קמ"ל הרי דאף בתורת כסף לא מהני ועל כרחך צריך לחלק לענין הודאה לקידושי אשה. ומ"ש הנתיבות לחלק בין כלי דהודא' לכלי דק"ס לא משמע כן מדברי הר"ן פ' שה"ד שכ' דמאי דאמרינן אף כלים דבר חשוב הוא לאפוק' מרוקא או לאפוקי שברי כלים כדאמרינן התם לענין חליפין מה נעל דבר המסויים אף כל דבר המסויים הרי דמדמה לק"ס כלי דהודאה ולא בעינן כלי חשוב דוקא ולענין קידושי אשה מדקאמר בש"ס כלי סתם משמע דלא מהני חשיבות לענין זה. ולגבי חשיבות דהודאה אפילו עשרה מחטין בפרוטה תבע שנים והודה לו באחד מהן חייב. ועיין באורים שכ' דכך היה ההלואה להחזיר לו בעין כעין אותו מחט שהלוהו דאי לאו הכי אזלא לחשיבותיה ובפקדון הוי ליה הילך ואי דנאבדה שוב לא הוי חשיבות ודוחק לומר דאזלינן בתר נתינה ולא בתר תביעה ועיין קצוה"ח ונתיבות דמדחקי א"ע בזה ולענ"ד על כרחך לא איירי בפקדון לדעת הב"ח המובא בש"ך דבשבועות השומרין לא מהני חשיבות ובעינן אליבא דכ"ע פרוטה אם כן למה חייב שבועה בהודה באחת יהיה נאמן במגו דנאנסה ואז היה פטור משבועה כיון דליכא בכפירה ש"פ וע"ז לא מהני חשיבות ואם כן על כרחך איירי דהתחייב להחזיר בעינא ובהלואה. וע"ד הש"ע שהוא ג"כ לשון הרמב"ם שכ' הודה בכסף וכפר בכלים חייב הקשתי בילדותי למה בעינן כלים הא סגי בכלי א' כיון דלענין תבעו כלים והודה באחד חייב ע"כ דכלי אחד הוא חשוב והוי ככפירת שתי כסף אם כן יהיה סגי בכופר בכלי א' והודה בכסף ובטור באמת כ' כפר בכלי אך לשון הרמב"ם והש"ע הוא הודה בכסף וכפר בכלים וצ"ע ובדברי רשב"א וריטב"א שבועות מבואר דכלי אחד סגי וכבר הזכרתי זאת בהגהותי לד"ח דיני טו"נ:

סימן לד

הש"ך (סי' פ"ח ס"ק י"ד) האריך לבאר ד' הרמ"ה דס"ל בטעמא דטענו חיטים והודה לו בשעורין דפטור אף מדמי שעורין הוא משום דמשטה והסוגיא דב"ק אזיל למאן דאמר פ"נ ממונא ואיירי בליכא עדים דמתניתין סתמא איירי [ובנתיבות כ' דברישא באומר לא כי אלא בסלע לקה איירי דהיה עדי רדיפה דאם לא כן ליכא דררא דממונא ומדברי ש"ך מבואר דליכא עדים כלל] ובתומים הקשה לדעת הרמ"ה אמאי חייב שבועה לר"ג כיון דטוען משטה לא הוי הודאה בכי הוא זה. ולכאורה י"ל דלאחר פסק דין א"י לחזור ולטעון משטה אבל לגבי להוציא ממון יכול אחר כך גם כן לטעון משטה דבאמת נראה מפשטות הדברים דלעולם כל זמן שלא תפס יכול לחזור וכן משמע דאל"כ מה הקשה הש"ס על רב"נ ממתניתין הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר המזיק ולדעת הרמ"ה איירי בלא עדים ופ"נ ממונא וקושית הש"ס דהא יכול לחזור מהודאתו ולטעון משטה וא"י

משום היזק אם כן שפיר קתני דהב"ד יפסקו הדין כ"ז שאינו חוזר ואחר פס"ד אינו יכול לחזור וא"ל דמתניתין משמע דלעולם הדין כן אף אם חוזר מהודאתו זה דוחק. ועל כרחך קושית הש"ס הי' לדעת הרמ"ה דאיך קתני הממע"ה ומשמע דמחויב עכ"פ לתת הודאתו הא יכול לטעון משטה ומשמע אף לאחר פב"ד יכול לטעון משטה. ואם נאמר דלאחר פב"ד אינו יכול לטעון משטה הי' ניחא בפשיטו' לר"ג דמחייב שבועה והיינו במקום דחייב בשעורין כגון שלא חזר ופסקו הב"ד החיוב שעורים וחייב שבועה ושוב א"י לחזור ולרבנן פטור משבועה דל"ה ממין הטענה. ובנתיבות כ' לפרש קושית הש"ס לדעת רמ"ה אף למ"ד פ"נ קנסא והקושיא הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק אף כשנאבד הגדול דבזה בלעדי הודאתו לא הי' גובה מקטן רק על ידי הודאתו גובה מקטן ויקשה על רב"נ דיטעון משטה. ודבריו נפלאים לכאורה אם כן מאי קאמר הש"ס אי דניזק אומר ברי ומזיק שמא אכתי תיובתא דרב"נ ובניזק אומר שמא בזה באמת אינו נוטל רק כשיש שניהם לפנינו כיון דלא הודה על איזה מהן שהיה המזיק ובברח א' אינו גובה. גם מה הקשה אחר כך הסוגיא על רב"נ משני תמין ומועד דהוי ט"ח כיון דאיירי בעדים ושם ל"ש תירוצו של הנתיבות. וי"ל דכוונתו עפ"י פירוש הש"מ ב"ק שם דניזק אומר שמא לא הוזק כלל אך מ"מ מאי קושיא על רב"נ כיון דאיירי דיש עדים ליכא כלל טענת משטה. ומה דמשיג בתומים על הש"ך בדברי הרמ"ה דדוחק לומר דמתניתין מיירי בחזר מטענתו ומה הקשה הש"ס על רב"נ וגם למה לא מוקי למציעתא ראוי ליטול ואין לו לשיטת הרמ"ה כבר יישב הש"ך בדבריו (ס"ק כ"א וכ"ב) דתירוץ הש"ס קאי על כל הקושיות וגם דכשיצא מב"ד פסקו הב"ד דפטור לגמרי דטוענין עבורו משטה אם כן שפיר הקשה למה קתני במתניתין הממע"ה וכשלא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק ומשמע ממתניתין דכן פסקו הב"ד ולרב"נ פטור וכן מחוייבים הב"ד לפסוק אחר טענותיהם:

ולכאורה יש להשות דעת הרמ"ה ולהצילו מקושי' הרא"ש דהנה הרא"ש מסיק דט"ח איירי בזמן ידוע דאל"כ יקשה מה קושיא לרב"נ ממתניתין דלמא עשה כדי להרויח משא"כ בט"ח מחל על השעורין. ודברי הרא"ש צריכין ביאור דעדיין יקשה דלמא במתניתין לכך חייב במה שהודה דעשה כדי להרויח. ונראה דקושיתו היה אם נאמר דרב"נ לא איירי בשעה ידועה רק דמחל מה שלא תבע אם כן בט"ח אינו מחויב על שעורין דהרי מחל ואי דעשה כדי להרויח יטעון כן אחר כך דעשה כדי להרויח ואי דנראה כשקרן בטענותיו ואנו נאמר דלא מחל כיון שלא תבע רק דעשה כדי להרויח הלא יכול לטעון דמגיע לו שעורין גם כן ומה דלא תבע לא רצה לתבוע ב' טענות ביחד מה שאין כן במתניתין על כרחך איירי דניזק עומד בתביעתו שגדול הזיק דאם מודה שהקטן

הזיק למה קתני הממע"ה ואי מייתי ראיה נוטל הגדול הא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והוא הודה שהקטן הזיק אלא ודאי דמתניתין איירי בעומד בטענותיו שגדול הזיק אם כן אנו נאמר דעושה כדי להרויח גם עתה ואינו רוצה להודות שטוען שקר לכך כתב דרב"נ איירי בשעה ידועה ובזה ודאי הודה שלא הלוהו שעורין ולכך פטור ועל כרחך דל"א דעושה כדי להרויח דאם לא כן יתחייב בשעורין. והרא"ש סובר זה לסברא פשוטה דאם טענו על שעה ידועה ל"א שאם יטעון גם על שעורין אחר כך שיהא נאמן דכיון דהלוהו בזמן אחד היה לו לתבוע שתי תביעותיו שהי' בב"א ואם יטעון באמת שעשה כדי להרויח גם כן אינו נאמן באמתלא הזאת להוציא ממון ולכך פטרו רב"נ ואם כן במשנה למה שקיל כדאמר מזיק הא לא טענינן דעשה כדי להרויח. ואף אם נאמר דאם טוען בט"ח והודה לו בשעורין שעשה כדי להרויח דמהני לגבות שעורין ואף דבכ"מ א"מ ממון באמתלא אם לא כשהשטר מסייעו מ"מ בזה כיון דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי הודאת התובע דאינו חייב לו שעורין והודאת הנתבע דחייב והוי ספק לפנינו ומהני בזה אמתלא כיון דמסייע לו הודאת הנתבע מ"מ במתניתין איירי בפשיטות דעומד בהודאתו ולמה יתחייב והב"ד על כרחך דאין טוענין דעושה כדי להרויח דאם לא כן גם בט"ח למה לא טענינן כן וגם במתניתין על כרחך דאיירי דעומד בטענותיו דגדול הזיק מדקתני הממע"ה ואף די"ל דראיה מהני ששוב יכול לתת אמתלא לדבריו על חזרתו מטענתו שקטן הזיק שטוען כן כדי שעכ"פ יטול מהקטן ואם יביא עדים שהגדול הזיק יחזור על ידי אמתלא זו כיון שהעדים מסייעין לו מ"מ מפשטות הלשון הממע"ה משמע שעוד מתדיין זה עם זה שזה אומר גדול וז"א קטן והקשה הש"ס בשלמא אם לא נאמר כרב"נ אמרינן דודאי עשה כדי להרויח ומחייבין אותו הב"ד לתת שעורין אבל לרב"נ דפטור למה במתני' שקיל כדאמר מזיק:

ולפי"ז נראה דגם הרמ"ה מודה דהוי הודאה רק אם טוען אחר כך שעשה כדי להרויח סובר הרמ"ה דהוי אמתל' טובה כיון דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי מסייע לאמתלא הודאת הנתבע ומדברי רב"נ משמע דלעולם פטור משעורין לכך כ' הטעם דבזה יכול לומר משטה כיון דבאנו לחייבו על ידי הודאתו יכול גם הנתבע לחזור מהודאתו משא"כ במתניתין דעל כרחך איירי דהניזק עומד בהודאתו שהגדול הזיק כנ"ל אם כן אף דיש עדים על ההיזק מ"מ למה שקיל כדאמר מזיק כיון דהודה דהקטן לא הזיק ואי דאנן טוענין דעשה כדי להרויח אם כן למה בט"ח פטור נטעון אנן ג"כ דעשה כדי להרויח. וגם י"ל דאינו סובר הרמ"ה דאנן נטעון בעדו שעשה כדי להרויח ועיקר קושית הש"ס היה מדחזינן לרב"נ דמה שתובע חטים הוי הודאה דשעורים א"ח אם כן במשנה נמי הוי

הודאה ואף דיש עדים בפנינו דאחד הזיק מ"מ הודאת בע"ד עדיף ועיקר דברי הרמ"ה שחידש ברב"נ שהוא משום משטה כיון דמדברי רב"נ משמע דפטור אף שהתובע חוזר מן הודאתו באמתלא ולמה לא כיון דמסייע הודאת הנתבע לכך כ' דגם התובע יכול לחזור ולכך יפסקו הב"ד לעולם דפטור דטענינן עבורו משטה כנז' מדברי הש"ך. אולם מכל המחברים מבואר דסברו בכוונת הרמ"ה ז"ל דלרב"נ גם כן לא הוי הודאת התובע על השעורין דאינו חייב לו:

ויש להביא ראיה דרמ"ה סובר בתרי הודאות דסתרי דמהני אמתלא מדברי הרמ"ה מובא בטיו"ד (סי' רס"ז) שכ' שם הא דמבואר גיטין (דף מ') באומר כתבתי ונתתי שחרור לעבדי והוא אומר לא הודאת בע"ד כמאה עדים דאם העבד חוזר ואמר כן קבלתי והאדון לא חזר בו כופין לשחררו הרי דיכול לחזור בתרי הודאות אף להוציא וא"ל דרמ"ה סובר דהעבד חשיב מוחזק בעצמו ודלא כמו שכ' הקצוה"ח דהעבד ל"ח מוחזק בעצמו במקום ספיקא דהא ברמ"ה שם בדברי הטור שכ' דמשום אומדן דעתא מפקיע ממונו אבל לגבי איסור לא אזלינן בתר אומדנא להתיר בלא ג"ש עיין שם ולכאורה איך נוציא ממון דהיינו מהאדון זכות שיש לו בהשפחה אם נאמר דיש ס' אם שחררה וכיון דחז"ל סמכו על אומדן דעת זה דלא יעשה איסור ומסתמא שחררה ממילא תהיה מותר' והיכן מצינו דממון מוציאין בבירור ולענין איסור יחשב לספק א"ו דהרמ"ה סובר דהעבד חשיב מוחזק בעצמו ולכך האומדנא הזאת עושה לספק והיא מוחזקת בעצמה ולענין איסור צריכה שיחרור. והרא"ש דחולק שם וסובר דאף לענין איסור מהני האומדנא אינו חולק ע"ז דהעבד חשוב מוחזק בעצמו ועיין שם היטב בטור מלשון הרא"ש שהביא דעבד חשוב מוחזק בעצמו:

ולמ"ש בביאור דברי הרא"ש נראה דאם הוא חוזר וטוען שעורים ונותן אמתלא שעשה כדי להרויח נאמן וחייב לשלם לו שעורים דכיון דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי מהני אמתלא הואיל דמסייע לו הודאת הנתבע ורב"נ דאומר דפטור היינו באינו נותן אמתלא והב"ד לא טענו בעדו אמתלא הזאת הואיל דהוא לא טען ולכך הקשה ממתניתין אבל אם לא היה בזמן ידוע לא מוכח דהב"ד לא מחייבו בהודאת הנתבע מטעם אמתלא זו כנז' דבחטים ושעורים לא טענינן מדלא טען הוא שחייב לו שניהם היינו עתה מה שאין כן במתניתין לא יכול זאת לטעון. ולפי זה מובן דברי הש"ך (ס"ק י"ז) בכוונת רבינו ירוחם ז"ל דסובר דגם לדעת הרא"ש באין הנתבע חוזר מהודאתו חייב ופי' הש"ך כוונתו דהב"ד אין כופין אבל הוא מקרי גזלן ומשיג עליו התומים ולמה שכ' כיון דעיקר הטעם דפטור משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי והוי כתרי ותרי אם כן הב"ד אינם יכולי' להוציא

אבל הנתבע דיודע בברור דהודאתו של התובע הי' בטעו' כי סבר להרויח חייב וגזלן מקרי ולציד"ש ודאי דחייב. ועיין קצוה"ח (ס"ק ט') מה שכ' ליישב דברי הש"ע (סי' פ"א ס"ד) דאם התובע תפס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד מה שהודה אינו יכול לטעון השטאה והקשה הג"ת והש"ך דלשיטתו דבט"ח הוא מטעם השטאה ומוכח דבתפס א"י לטעון מהא דמהני בתפס בט"ח אבל לדעת הש"ע שהוא מטעם הודאה וכן הבעה"ת היכי מוכח דתפיסה מסלק השטאה וכ' דלדברי רבינו ירוחם דגם הרא"ש סובר טעמא דהשטאה אם טענו בשעה שאינו ידוע דיכול לחזור מהודאתו היכא דליכא עדים משום משטה ואם כן מוכח דתפיסה מסלק השטאה עיין שם בדבריו ויש להשיב על דבריו דהא להחולקים על רמ"ה הסוגיא אזיל למ"ד פנ"ק ואיירי דיש עדים לפנינו ובזה מהני תפיסה אף בחזר מהודאתו דאינו יכול לטעון משטה כיון דיש עדים היה צריך להשיב עכ"פ דבר מה ועיין בלשון הרא"ש סו"פ המניח וכן בחטים ושעורים כיון דהשיב בפני ב"ד סוברים דאינו יכול לטעון משטה כיון דתבע עכ"פ אם כן מועיל תפיסה אף שחזר מהודאתו אם כן שפיר הקשה הש"ך (סי' פ"א) וכאן על הסמ"ע ואף דהש"ך (סי' הנז') האריך לבאר דאף בפני ב"ד בהודה יכול לטעון טענת השטאה מ"מ הסמ"ע שם הסכים לדעת הש"ע ועיין מה שכ' לעיל (סי' ח"י) מה שכ' בישוב קושית הג"ת והש"ך. ועיין קצוה"ח (ס"ק י') מ"ש בדברי ר"י ויש לגמגם בדבריו הא אף אם סלק הודאתו מ"מ חייב עפ"י עדים דאינם יודעים אם גדול הזיק או קטן וכי בשביל שהודה הניזק שהקטן לא הזיק יגרע ולא יקח כלום אמנם למה שכ' לעיל אתי שפיר. ועיין תומים (ס"ק ז') דכ' גם כן מאיזה טעם יתחייב לשלם מהקטן אם על פי עדים הא נפסלו בהודאתו של הניזק ובהודאת פיו הוי ליה מודה בקנס דפטור ולא הבנתי הא איירי דיש עדים דאחד נגח וא"י אם הגדול או הקטן כמו שכ' הרא"ש אם כן אף דהודה דהקטן לא הזיק הא גם המזיק מודה דהקטן הזיק. ולא שייך בזה מודה בקנס ואף אם נסלק הודאתו מ"מ הוא לא פסל את העדים דעדים אינם יודעים אם גדול או קטן הזיק. אלא ודאי הטעם דהודאת התובע עדיף דעליו לדקדק ביותר. אמנם דעת ר"י ז"ל דאם מחזיק בהודאתו חייב לשלם כיון דלא הקנה לו מטעם הודאה דאדרבה. הרי רוצה בחטים ששוה יותר ועל כרחך דטועה בדמיונו או דרוצה ביותר ובוש מלהודות ולחזור מדבריו לכן עכ"פ חייב בדמי שעורי' דממנ"פ יכול לקבל על חטים גם כן לסלק חיובו ותביעתו של התובע מה שאין כן בקנס כ"ז דהב"ד אינם מחייבין אותו אינו חייב אף לציד"ש אם כן כיון דמחזיק בהודאתו דרק הגדול הזיק ולא הקטן וכפי דברי המזיק בברי דאין הב"ד יכולין לחייב את הגדול רק הקטן וקטן בעד הגדול אינו חייב לשלם דכל זמן שהב"ד לא חייבו את הקטן אין לו

בו כלל אף אם באמת הזיק הקטן מה שאין כן בחטים ושעורים יכול לקבל ולהחזיק בעד החטים השעורים ויש בדברים האלה ליישב דברי רש"י סו"פ המניח ע"ד הפלפול ולפי שהוא אריכת דברים לא כתבתי וגם זה המעט הוא. מטל ילדותי וכעת אין לי פנאי לשקול הדברים בפלס מגודל טרדותי וסמכתי להניח הדברים כאשר המה בכתובים בידי אולי ימצא בהם המעיין דבר טוב וד' יחנני ויסיר ממני טרדותי כאשר עם לבבי:

ועיין נתה"מ דכ' דלא מהני תפיסה גבי תרי הודאות דסתרי אהדדי להוציא מחזקה דמעיקרא והא באומר אין זה אחי (סי' ר"פ) דאזלינן בתר הודאת דמאן דמודה אין זה אחי אף דשם אין שום אחד מוחזק ואין לשום אחד חזקה דמעיקרא הטעם כיון דזה שמודה הוא ודאי יורש שהרי המת והוא בעצמו הודה זה לזה והם ספק יורשים אין ספק מוציא מידי ודאי כמו ביבמות גבי ספק ויבם ושם גם כן לא מהני תפיסה. והנה מה שכ' דלא מהני תפיסה בתרי הודאות דסתרי אהדדי כבר הביא הקצוה"ח שלא כן כ' הרמב"ן מ"ד ומ"ש באומר זה אחי ואחיו אומר אין זה אחי הטעם משום אין ספק מוציא מידי ודאי כן כ' גם כן בקצוה"ח (סי' ר"פ) משם אחיו בעל קה"ס ז"ל. והנה מבואר מדבריהם דנוטל אח זה הכל וכן משמע מפשט הש"ע שם דאח זה נוטל כל ירושת לוי אולם בהג"א שם כ' דאינו נוטל רק חלקו כיון דמודה דגם להשני יש לו חלק ומדברי הרא"ש שם מבואר דהוי סילוק שכ' דמכאן מוכיח הר"מ ז"ל באמר לחבירו חייב אני לך מנה ומשיב אינך חייב לי הוי מחילה ועיין מל"מ (פ"ד) מנחלה ומבואר מדברי הרא"ש דלא מטעם תרי הודאות דסתרי אהדדי אתי עלה. ומה שכ' מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי לא אבין כלל כיצד נאמר שם אין ספק מוציא ודאי מאי מועיל במה שיש לו בודאי החצי ובס' ויבם מהני כיון שהוא יורש ודאי ואינו מודה על הספק שהוא יורש וכיון דאנו מסופקין אם הוא יורש אבל שם אם הוא יורש ודאי מודה שגם אחיו הוא יורש רק הספק אם ניזל בתר הודאת שמעון והוי כמתנה וכהודאה או סילוק וכיון דהוא ספק ראוי לומר יחלוקו כיון דגם לדברי הודאי אחיו הוא גם כן ודאי יורש רק הספק אחר הודאות של מי ניזל אם בתר הודאת ראובן או שמעון וכיצד שייך בזה לומר אין ספק מידי מוציא ודאי ועיין רמב"ן יבמות (דף ל"ז) ודברי האחרונים צ"ע. ולמה שכ' דבתרי הודאות דסתרי אהדדי מהני אמתלא על כרחך הא דלא יירשו שם (סי' ר"פ) שמעון הוא כמ"ש הנתיבות שם (ס"ק ג'):

וראיתי בירושלמי יבמות (סו"פ ב"ש) הוא אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי פשיטא דהוא מעלה לה מזונו' פשיט' שאינו יורשה לא צריכא דלא מהו שיירש נכסי אחיו. היא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי פשיטא שאינו מעלה לה מזונות פשיטא שאינו

יורש נכסי אחיו ל"צ דלא מהו שירשנה עכ"ל הירושלמי והיינו ביבם ויבמה שטוענין באם היבם אמר בעלתיך תוך ל' יום חייב לתת לה מזונות כיון דמודה שהיא אשתו ואינו יורשה כיון דהיא מכחשת רק הספק הוא אם יורש נכסיו אחיו ובהיא אומר' נבעלתי והוא מכחישה אין לה מזונות רק הספק אם יירשנה וצריך להבין ברישא אמאי יתחייב במזונות כיון שהיא אומרת לא נבעלתי הוי כתרי הודאות דסתרי אהדדי ומהיכי תתי מוציאין ממנו מזונו' והוי כאומר כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כ' ולא נתן לי מס' גיטין (דף מ' ע"ב) הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ועל כרחך איירי דעומדת בדבריה דלא נבעלה דאם לא כן למה אינו יורשה וכן יש להבין מה מסתפק בהיא אומרת נבעלתי אם יורשה למה לא אזלינן בתר הודאתה וזה י"ל דהודאה לא מהני רק במודה שיש עכשיו לזה זכות בדבר גזה"כ דהודאת בעל דין כק' עדים אבל בזה כיון דליכא נ"מ עכשיו לענין ירושה והוא מכחיש י"ל דמה שאומרת נבעלתי הי' כדי לקבל מזונות ואזלינן בתר הודאתו דלא נבעלה ואף די"ל דניזול בתר הודאתו ונחזיק הירושה בחזקת יורשיה מ"מ י"ל דהוא יכול ליתן גם כן אמתלא דמה שאמר לא בעלתי היה כדי לפטור ממזונות. אך הראשון קשה למה בהוא אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי למה חייב במזונות. וראיתי שם בקרבן עדה דכ' דהודאתו מהני לחייב א"ע והודאתה שאין לה מזונות אין זו הודאה לחובתה דלפעמים מע"י עדיפי ממזונותיה עיין שם וזה דוחק גדול. עוד כ' שם דנסתפק תובע ונתבע שכפי טענת התובע נפטר הנתבע וכפי טענת הנתבע יצא חייב הדין עם מי והכא לפי דברי אשה אין לה מזונות אפ"ה שמעינן לדברי הבעל יש לה מזונות אך לפי מה שכתבתי הספק במקומו עומד. ולא אדע לכלכל דבריו הא מבואר בדברי הרא"ש ב"ב הנז' משם רבינו מאיר דאם ראובן אמר לשמעון אני חייב לך ושמעון אמר אינך חייב לי פטור ראובן אעפ"י שאינו מוחל לו פטור ואע"פ שיודע בודאי שחייב לו ועיין ש"ע (סי' ע"ה סי"א). ומה שכ' עוד שם דכיון דלא תבעה מזונות להוי כט"ח והודה בשעורין וכ' דהתם מחל לו אבל הכא לא מחלה לו אלא דאומרת שלא נתחייב לה וגם זה קשה לשמוע ועיין תוס' כתובות ס"פ הכותב ובמ"א יבואר ברצות ד' בביאור דברי הירושלמי:

סימן לה

הש"ך (סי' פ"ט ס"ק ג') מסיק אף דבכ"מ שכיר נשבע ונוטל אם הוא חשוד אין על בעה"ב רק שבועת היסת והאריך לדחות ראיות הרמב"ן מש"ס. ולכאורה י"ל דעל הא דקאמר בש"ס ר"פ כל הנשבעין עקרוה רבנן שבועה מבעה"ב כ' שם הרמב"ן ובש"מ ב"מ (דף קי"ב) דהי' צריך עכ"פ לחייב לבעה"ב שבועה מטעם דודאי היה חזקת חיוב ואליו נושא

את נפשו וכן חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו והבעה"ב י"ל מחמת טרדתו שוכח והי' מהראוי לתקן שבועה ועקרוה ושדיו' על השכיר וכ"כ הרשב"א שם ואם כן למה דמסיק דהוא מטעם טריד בפועליו והיינו משום הנך טעמים בלחוד תקנו שבועה ושדיו' על השכיר משום דבעה"ב טרוד וע"ז הקשו הש"ס וליתב ליה בלא שבועה כיון דמהראוי לתקן על בעה"ב והוא אינו יכול לישבע מטעמים הנז' ואז היה באמת הדין אף בחשוד דלא שייך חזקה א"א תובע אא"כ יש לו דמ"מ לא פלוג חז"ל בתקנתן כמו דמחייבינן על ידי טענת כל אדם היסת אף דלא שייך בחשוד חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו אבל אחר דמשני הסוגיא דכל השוכרים שרוצים ליטול חייבין שבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב ממילא בשכיר כשאינו יכול לישבע לא מחייבינן לבעה"ב שבועת המשנה כיון דאצלו בלבד ל"ה כלל התקנה כיון דל"ש החזקה דא"א תובע אא"כ יש לו:

אך נראה דאף בחשוד שייך החזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו דעכ"פ אינו יכול להעיז נגד חבירו המכיר בשקרו והוי חציפות יתירא דאל"כ יקשה חשוד המודה במקצת יהיה נאמן במגו דאי בעי היה כופר בכל ואי דחזקה אין אדם מעיז הא חשוד הוא ויכול להעיז אלא ודאי דחז"ל ירדו לסוף דעתן של ב"א דאף החשוד אינו יכול להעיז כשחבירו מכיר בשקרו דאף דחשוד לגזול וכדומה מ"מ אינו חצוף להעיז פנים כ"כ נגד המכיר בשקרו. וכמו כן שייך לגבי' חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו. ועיין בתומים שכתב להקשות דלמה ישבע בעה"ב היסת באם השכיר חשוד הא ל"ש אצלו חזקה דאא"ת אא"כ יש לו ולמ"ש מוכח דאף בחשוד שייך חזקה הנז' וביותר י"ל דלא אלם כ"כ החזקה דאין אדם מעיז נגד חשוד כיון דזה מוחזק לחשוד יאמינו להנתבע ביותר לכך חייב בהיסת:

והנה לכאורה נתקשיתי בחשוד דהדין דשכנגדו נשבע ונוטל ובשניהם חשודין חזרה השבועה למקומה ומתשאיל"ם להימן במגו דכופר הכל ואי דהוי מגו דהעזה הא רוב הפוסקים סוברים דרק לאפטורי משבועה ל"א מגו דהעזה ולאפטורי מן ממון אמרינן מגו דהעזה. ומצאתי בספר ח"ש שעמד ע"ז והניח בצ"ע ויש ליישב על פי מה שכ' בתומי' כללי מגו (ס"ק פ"א) בטעמא דמילתא דל"א מגו דהעזה לאפטורי משבועה ולענין לפטור מן ממון אמרינן דהוא משום דבאמת נמצאים בני אדם המעיזין ואצלם הוי המגו כאן סהדי דאומר אמת ולכך אמרינן מגו דהעזה לאפטורי מן ממון דלא נוכל להוציא ממון ממנו דדלמא הוא מן בני אדם שיכולין להעיז ויש לו מגו טובה אבל לאפטורי משבועה לא אמרינן כיון דכל ענין שבועה באה רק מספק לברר על ידי השבועה לכך לא פטרינן אותו משבועה מספק דדלמא אינו יכול להעיז ולכפור בכל. ולפי זה בחשוד כיון דאף דהוא חשוד מ"מ דלמא א"י להעיז במה שחבירו מכיר בשקרו ונשאר עדיין עליו לברר

הספק על ידי שבועה ואף דהוא חשוד מ"מ דלמא אינו יכול להעיז ולכפור בכל ורמיא עליו על פי חק התורה לברר הדבר על ידי שבועה והוא אינו יכול לישבע מחויב לשלם. ובשכיר כששכרו שלא בעדים דנאמן בעה"ב במגו דלא שכרתיך דעת הרמב"ם דאף במודה במקצת אף דהוי העזה מ"מ נאמן במגו דכופר הכל והיינו כיון דבאמת הבעל הבית טוען טענת ברי שיודע ויכול לישבע רק הב"ד אין מניחין לו שישבע ומהראוי שנאמר מתוך שאיל"ם אבל כשיש לו מגו אמרינן דשפיר מדייק כמו שכ' תוס' ומניחין לו שישבע ולכך מהני המגו אף דהוי מגו דהעזה מ"מ לאפטורי מן ממון אמרינן ובחשוד רמי' עליו שבועה ואין הב"ד יכולין למסור לו שבועה ולא נתברר על ידי שבועה לכך הדין דשכנגדו נשבע ונוטל אבל כאן הב"ד מניחין לו שישבע כיון דעל ידי המגו נתברר דמדייק רק לענין שבועה ל"מ המגו מטעם הנז' דצריך לברר בשבועה אף דדלמא הוא מבני אדם שאינן יכולין להעיז והב"ד מוסרין לו השבועה דעכ"פ על ידי המגו ומספק אמרינן דזוכר אף שהוא טרוד בפועליו ואין מוציאין ממון משא"כ בחשוד דאין בשום אופן שימסור לו הב"ד שבועה:

אולם דעת הר"י מובא בטור בשכרו שלא בעדים דנאמן בעה"ב במגו כשהוא כופר הכל אבל כשהוא מוב"מ א"נ דהוי מגו דהעזה והקשו האחרונים הא לענין ממון אמרינן מגו דהעזה עוד הקשו הא עכ"פ יש לו מגו דלא קצץ אלא אחד. ועוד מה הקשו הסוגיא על רב ושמואל מהא דשכיר בזמנו נשבע ונוטל כיצד כו' מדסיפא בראיה רישא בלא ראיה דלמא שם איירי במוב"מ וע' ספר חמדת שלמה חח"מ. וי"ל על פי דברי הרמב"ן הנז' דהוי להו לרבנן לתקוני שישבע הבעה"ב דאלימי טענותיו דשכיר הואיל ויש עדים ששכרו ונתחייב לו ועדיין הוא תו"ז ועוד דשכיר דייק טפי והו"ל לרבנן לתקוני שישבע בעה"ב ועקרו רבנן ששורת הדין של תקנה עליו לישבע ושדי' אשכיר משום כדי חיו. ולפי זה למאי דאסיק הש"ס משום דבעה"ב טריד בפועליו ופירשו הרמב"ן והר"ן דעכ"פ צריך גם כן לטעם משום כדי חיו והמתבאר מדברי הר"ן אף דלס"ד גם כן הי' ידע מטעם דבעה"ב טריד כמבואר שם מ"מ לס"ד היה סבר דמשום טעם דקצת טריד וגם כן כיון דשכרו בעדים ואינך טעמים שכ' הרמב"ן ראוי הי' שישבע הבעה"ב ומשום כדי חיו דשכיר שדאי אשכיר ולמסקנא דמשום כדי חיו אינו ראוי לתקן להוצי' ממון רק עכ"פ חיוב שבועה יש על בעה"ב ומטעמים הנז' גם כן הואיל דנתחייב בודאי וכיון דמהראוי שישבע וכיון דהוא טרוד א"י לישבע שדאי אשכיר שישבע ויטול [וקצת יש להתבונן בדברי הר"ן דלס"ד כ' גם כן מטעם טריד שדי' אשכיר ובקושיא דא"ה אפילו קצץ נמי כ' דבשלמא לטעמא דכדי חיו ל"א בעה"ב טריד בפועליו וצריך לדחוק בדבריו] ולפי

זה סובר הר"י דהא דאמר שמואל ל"ש כו' אבל שכרו שלא בעדים מתוך שנאמן לומר לא שכרתיך י"ל דלאו מטעם מגו הוא דמגו גרוע הוא כקושית התוס' די"ל בדדמי ואינו סובר כתירוץ התוס' רק סובר דהוא מטעם כיון דלא נודע החזקת חיוב אלא על פיו והוא אומר שכבר פרע נאמן דעיקר חיוב שבועת שראוי היה שישבע הבעה"ב הוא מטעם הנ"ל דראוי לתקן הואיל דאליו הוא נושא את נפשו וחזקת חיוב וכיון דטריד בפועליו ואינו יכול לישבע תקנו שישבע השכיר ויטול אבל עכ"פ צריכין לגוף התקנה משום כדי חייו גם כן ולא סבר כמו שכ' תוס' דהוי כא"י אם פרעתיך כיון דהוא טוען שיודע בברי ולא גרע מלה"ל למידע רק כיון שחיוב שבועה עליו דבעה"ב מטעמים הנז' וכיון דטריד ואינו יכול למסור לו השבועה נשבע השכיר ונוטל אבל בשכרו שלא בעדים כיון דאין אנו יודעין משום חיוב אלא על ידי פיו והוא אומר שפרע אין מהראוי לתקן שבועה על בעה"ב ודומה קצת למה שכ' הרמב"ן ב"ב (דף ע') בהא דקאמר בש"ס שם דאינו נאמן החזרתי במגו דנאנסו דהוי חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכ' אע"ג דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ש"ה כ"ז דאינו מקיימו לאו שטר הוא כלל ה"נ אף דמודה דהי' חזקת חיוב מ"מ הוא אומר שפרע והפה שאסר הוא שהתיר וכיון דלא נודע חזקת חיוב אלא על פיו אין מהתקנה לחייב שבועה להבעה"ב ולכך לא מהני שוב מה דהוא טריד בפועליו כיון דליכא שם שבועה על בעה"ב דבכה"ג. ל"ה התקנה אבל כשהוא מוב"מ אעפ"י דנאמן דאינו טרוד ונאמן במגו מ"מ חיוב שבועה עליו דמגו דהעזה לפטור משבועה ל"א וכיון דיש עליו חיוב שבועה ואמרינן דהוא טרוד ואינו יכול לישבע מחויב לשלם וזה שכתב הר"י דמגו דהעזה ל"א הכוונה לאפטורי משבועה וכיון דעכ"פ רמיא עליו החיוב שבועה דלזה לא מהני המגו אף אם לא היינו אומרים דטרוד בפועליו עכשיו דטרוד וחייב שבועה ואין מניחין לו לישבע חייב לשלם. אבל רמב"ח דאמר כמה מעליא הא שמעתתא סובר מטעם מגו ולא מצד הסברא והקשה רבא שפיר משבועת שומרים דגם כן שייך בדדמי וכמו שכ' הר"ן אבל אליבא דידן י"ל דלאו מטעם מגו רק כמו שכ' כיון דלא נודע החזקת חיוב רק עפ"י בזה ל"ה כלל התקנה שישבע בעה"ב דלא נשאר רק דטרוד ובזה לבד לא נוציא ממון:

ולפי"ז כשהקשו בש"ס שם אחר כך מהא דתני בשכיר מדרישׁ' בראיה קאי על דברי רב"ח דמטעם מגו הוא וס"ל דאמרינן בזה מגו וכמו שכ' תוס' וכיון דמשום מגו הוא אין חילוק בין מוב"מ לכופר הכל דעכ"פ יש לו מגו לאפטורי מן ממון ומניחין לו לישבע כמו שכ' לעיל בשיטת הרמב"ם. אבל אליבא דידן דסוגיא דעלמא הוא חיוב שבועת שומרין אף בלא אפקיד בשטר וע"כ כמו שכ' הר"ן דהוי מגו בדדמי וע"כ הא בשכרו שלא בעדים

דהבעה"ב נאמן לאו מטעם מגו רק כמו שכ' הואיל דלא נודע החזקת חיוב רק על פיו לא תקנו בזה שבועה וכשהוא מוב"מ דעכ"פ יש חיוב שבועה ועל ידי דטריד אין מניחין לו שישבע לכך ישבע השכיר ויטול. ולא קשה גם כן דיהיה נאמן במגו דלא קצץ אלא אחד כיון דעכ"פ מגו לאפטורי משבועה ל"א וחייב לישבע ואינו יכול לישבע משלם. ואין להקשות למה שכ' הרמב"ן דהתקנה שישבע בעה"ב הי' משום חזקת חיוב א"כ במחולקין בקציצה לר' יהודא דהשכיר נשבע ונוטל בזה לא שייך חזקת חיוב די"ל כיון דמוב"מ ושייך כדי חייו גם כן ע"כ לר"י. ומיושב בזה הא דהקשו על דעת הרמב"ם דסובר במוב"ם דנאמן במגו נשאר קושית תוס' ב"ב (דף מ"ו) ד"ה אלא ולהנ"ל לר"י לא שייך מגו כיון דשייך לגמרי כדי חייו אף בקציצה ושוב הוי מתשאיל"ם כמו שכ' בדעת הר"י. ולכאורה י"ל דגם להרמב"ם בשכרו שלא בעדים לאו מטעם מגו מהימן רק כיון דלא נודע החזקת חיוב אלא על פיו רק דסובר כיון דמודה במקצת לא שייך טריד בפועליו. והא דהקשה הש"ס א"ה אפי' קצץ נמי היינו כיון דעכ"פ שייך קצת כדי חייו וכיון דשכרו בעדים וכמו שכ' תוס' דאיירי בשכרו בעדים וכיון דנודע החזקת חיוב שלא על פיו שפיר הוי מתשאיל"ם. אבל בשכרו שלא בעדים דלא נודע חזקת חיוב רק על פיו בזה לא נשאר רק הסברא דטריד ובזה לא עשו התקנה שיהיו טענותיו של בעה"ב כשמא כיון דל"ש כ"כ כדי חייו כמו שכ' הר"ן ז"ל בסוגיא מה שאין כן כשהקשו הש"ס א"ה אפילו קצץ נמי איירי בשכרו בעדים וכיון דנודע החזקת חיוב וגם כן קצת סברת כדי חייו כמו שכ' הר"ן דגם בקציצה עכ"פ מחויב הבעה"ב לישבע אם כן נוטל השכיר אבל בשכרו שלא בעדי' סובר הרמב"ם כיון דעכ"פ הוא מוב"מ ועכ"פ ישבע ולא ילך השכי' בפחי נפש וכיון דלא נודע החזקת חיוב רק על פיו ולא שייך בזה כ"כ כדי חייו דיש שבועת התורה על בעה"ב. והר"י סובר כיון דעכ"פ שייך כדי חייו וטרוד בפועליו הוי משאיל"ם וכנז':

ובזה יש ליישב גם כן דברי הרמב"ם דסובר דאף בשכרו בעד א' נאמן בעל הבית בהיסת והקשו הא עכ"פ אם היה טוען לא שכרתיך הי' חייב שישבע להכחיש העד ישבע עכשיו גם כן ועיין בש"ך (ס"ק ה') ולמה שכ' בשכרו שלא בעדים לאו מטעם מגו מיפטר רק בזה הניחו חז"ל על דין תורה כיון דלא נודע החזקת חיוב רק על פיו והפה שאסר הוא שהתיר ולכך בשכרו בעד א' מ"מ לא נודע החזקת חיוב דעד א' לגבי ממון לאו כלום הוא:

עיין תומים שהקשה על הרמב"ן דמוקי ברייתא דאומן אומר שתים קצצת לי כמ"ד אומן קונה בשבח כלי ולכך אינו חייב האומן לישבע כ"ז שהטלית בידו אם כן למה בעבר זמנו כשנתנו לו הממע"ה הא לא שייך בל תלין כיון דקונה בשבח כלי. ולכאורה י"ל דתוס' הקשו למה בעבר זמנו בעל הבית נאמן הרי שהה והרי עבר וי"ל דהא הקשו לר'

יהודא דלא תקנו אלא כשבעל הבית מודה במקצת להימין לבעל הבית במגו דכופר הכל והוי למפטרי מן ממון וכתבו כיון דלעולם אית ליה מגו זו על כרחך צריך לומר שכך היה תקנת חז"ל דלא יהני המגו של בעל הבית. אבל כשהוא אחר זמנו שוב נאמן במגו דכופר הכל דבזה לא הוי תקנת חז"ל וראיה דהא בשכרו שלא בעדים לא יחלוק ר' יהודא דלא מהני מגו דלא שכרתיך וצריך לומר דרק מגו הזאת דשייך לעולם אבל בשכרו שלא בעדים דיש עכ"פ מקום לתקנה מהני כמו כן י"ל בעבר זמנו לא צריך לטעמא דחזקה דאין בעה"ב עובר רק שוב נאמן במגו דכופר הכל דבעבר זמנו לא תקנו:

ועוד נראה דלכאורה יש לעיין על הש"ע שכ' במחולקין בקציצה ותובע אחר זמנו שישבע בעל הבית היסת ואמאי הא לא שייך החזקה דאין בעל הבית עובר על בל תלין וכן הקשה בתומים (ס"ק ט"ו) וי"ל דעל כרחך צריך לומר כמו שכ' תוספ' ב"ב (דף מ"ה) דמה דשהה שהה ומה דלא שהה כו' וע"ש בש"מ בביאור הדברים די"ל דהשכיר לא רצה ליטול עד שיתן שתים ואם היה באמת כך היה תובע אותו מיד לב"ד ולכך כששהה כל כך ראיה דלא קצץ לו אלא אחד ולא רצה ליקח אולי יתן לו שתים ע' שם רק הא דהסוגיא נקט תרתי דאינו עובר על ב"ת ושכיר אינו משהה י"ל עפ"י דברי ראב"ד בש"מ ב"מ (דף קי"ב) וז"ל ק"ל מ"ט לא חשיב לגבי בעל הבית חזקה דממונא ונ"ל משום דהאי חזקה מיקלש קלישא דהא מידע ידעי דהאי שכיר עביד לי' עבידת' ואתחי' ליה אגרא דהוי ליה כחזקה ומשום הכי לא חשיב ליה עכ"ל והיינו כמו שכ' לעיל כיון דעכ"פ הי' חזקת חיוב ולכך אף בעבר זמנו בעינן לחזקה דאין בעל הבית עובר ואין שכיר משהה אבל במחולקין בקציצה אף דיש עדים ששכרו כיון דלא ידעו בכמה קצץ שוב אמרינן דמוקמינן על חזקת ממון שלא קצץ לו רק אחד בשלמא כשמחולקין בפרעון שפיר נשאר חזקת חיוב אבל כשמחולקין בקציצ' די בחזקת ממון וי"ל דל"צ עוד לחזקה דאין שכיר משהה שכרו דחזקת ממון עדיף ואם לא סגי אמרינן מה דשהה שהה כמו שכ' תוס' ושפיר שייך חזקה דאין שכיר משהה שכרו. ואתי שפיר דברי רמב"ן דבעבר זמנו נפטר הבעל הבית אף בלא חזקה דאינו עובר על בל תלין כנ"ל ואתי שפיר דברי הש"ע כשמחולקין בקציצה בעבר זמנו דישבע בעל הבית רק היסת בלבד:

אם עשה השכיר מלאכה מעצמו אף דחייב הבעל הבית לשלם כ' התומים דמ"מ בלא שכרו לא עשו חז"ל בזה תקנה ולכאורה מדברי מהרש"א ב"ב שם לא נראה כן דכ' בהא דכתבו תוס' דהוי ליה למנקט בברייתא ראוהו בידו דשוב לית ליה מגו וכתב מהרש"א ז"ל למה שכ' תוס' להלן אמאי בזמנו נשבע ונוטל יהיה נאמן במגו דכופר הכל וכתבו דהוי מודה במקצת במגו דכוה"כ ואם כן שפיר נקט רבותא בנתנו לו בזמנו דנשבע ונוטל

אף דיש לו מגו מה שאין כן אי איירי בראה עדיין בידו לית ליה מגו דלא שכרתיך והיה ס"ד היכא דיש לו מגו בעל הבית נאמן לכך נקט רבותא בנתנו לו דאף דיש לבעל הבית מגו גם כן נאמן. ואם נאמר דבעשה מלאכתו בלא שכרו לא נעשה התקנה אם כן אף בראה בידו יש לבעה"ב גם כן מגו דלא שכרו למלאכתו רק מעצמו קבל וירד לאומנתו ובזה היה שוב נאמן לומר פרעתיך ואם כן שפיר היה יכול למינקט בראה בידו דבזמנו נשבע ונוטל אף דיש לבעל הבית מגו דלא שכרתיך רק מעצמך עשית המלאכה ואז לא הוי נוטל רק כפי השומא ובברייתא משמע דלעולם האומן נאמן אף אם אינו שוה בשומא כפי שתובע ועל כרחך דאינו נאמן בזה במגו. ובאמת לדברי התומים יש ליישב קושית המהרש"א וליישב נמי קושית תוס' דיהיה נאמן במגו דכה"כ הא ע"כ איירי דנתנו לו בפני עדים דאם לא כן אף בזמנו יהיה נאמן במגו דהי' טוען שכבר עבר זמנו אלא ודאי דאיירי שנתנו לו בפני עדים דליכא מגו ואם כן לא שייך מגו דלא שכרתיך ולדברינו י"ל אף שהחזיר לו בעדים יש לו מגו דלא שכר אותו רק מעצמו ירד למלאכתו ואינו חייב רק כפי שומת ב"ד ושפיר הקשו תוס'. ובתומים כתב לפרש דברי תוס' עפ"י דברי הר"ן בדעת הגאונים וכ' דקושייתם הוא על רישא דכ"ז שהטלית ביד האומן. ובדברי תוס' מבואר דקושייתם הוא למה בזמנו נשבע ונוטל מבואר דקושייתם על נתנו לו ומ"ש שם עוד דבאומן הוי הילך דמשכון כזה הוי הילך קשה הא מבואר ברמב"ם דכ"ז שהטלית ביד האומן אף דאין לו מגו דלקוח מ"מ חייב בעה"ב לישבע שבועת מודה במקצת הרי באומן גם כן כיון דלא בא לידו בתורת משכון ולא רצה רק במעות לא הוי הילך. כל מה שכתבתי סי' זה הוא מטל הילדות ולא ניתן העת לקחת הדברים על כור הבחינה מגודל הטרדות ואם שגיתי ד' הטוב יכפר:

סימן לו

החשוד על השבועה אם חייב שבועה דאורייתא שכנגדו נשבע ונוטל ואם שניהם חשודי' דעת המחבר דחזרה שבועה לנתבע ומשי"ל משלם ודעת הרמ"א דיחלוקו כמבואר (סי' צ"ב) ואם תבעו ק' והודה בנ' ויש לו עד המסייע י"ל דפוטר אף אם נאמר דבמשאי"ל דמשלם דאין עד המסייעו פוטר כמבואר בש"ך (סי' פ"ז) ועיין מה שכ' לעיל(סי' כ"ח) מ"מ בחשוד פוטר דנאמן במגו דהי' כופר בנ' האחרים שהודה דלא פרע ואף דהעד אינו מעיד רק על פרעון נ' בזמן א' מ"מ נאמן במגו דהיה טוען על הנ' האחרים שהודה שפרע לו גם כן ואף דהוי מגו דהעזה דל"א לאפטורי משבועה מ"מ לאפטורי מן ממון אמרינן והא דל"א בחשוד המודה במקצת שיהיה נאמן במגו דהוי לאפטורי מן ממון כבר כתבתי לעיל סי' הקדום דמ"מ כיון דהתורה רמיא עליו החיוב לברר בשבועה כשהודה

במקצת ומגו לא בירור גמור הוא היכא דהיה צריך להעיז לכך נשאר עליו החיוב שבועה לברר. אבל כשיש לו עד המסייע הפוטרו מן בירור דשבועה שוב נאמן במגו דהיה אומר כמו שאומר העד ופוטרו מן השבועה. ועיין ב"י (סי' כ"ח) שכ' בנכרי המודה במקצת ועד א' מסייעו אע"ג דבדינינו מחויב לישבע ונכרי אינו יכול לישבע משום דלא מהימן ליה משלם אפי"ה אם יש עד א' המסייע פוטרו משבועה בדינינו והלכך שרי לאסהודי ומבואר דעד המסייע פוטרו ועיין קצוה"ח (סי' פ"ז סק"ט) דהוכיח מזה דעד המסייע פוטר במתוך. ולמ"ש אינו ראיה דלגבי חשוד נאמן החשוד במגו. וראיתי למרן רע"א ז"ל שהביא משם ספר דת אש דהיכא דשכנגדו נשבע ונוטל עד המסייע פוטרו מלשלם ודוקא היכא דנתחייב בלא שבוע' התובעו בזה אינו פוטר וכ' רע"א מתוך דבריו ניכר בשניהם חשודים דצריך לשלם ממון גמור אין עד המסייע פוטר עכ"ד. ועיינתי בספר הנז' וראיתי שעמד על דברי ב"י הנז' ומחלק דכיון דהתובע צריך לישבע אין זה עדיין דין ממון. ומזה דן הגרע"א ז"ל דבשניהם חשודין אינו פוטר. ברם היכא דיש לו מגו יש לומר דודאי פוטר כמו שכתבתי בטעם הדבר ובלא"ה להסוברים דבחשוד הא דשכנגדו נשבע ונוטל הוא אינו מן הדין דהוי מתוך שאיל"ם דמה"ד כיון דרוצה לישבע הוא פטור כיון דרק אנן לא מניחין לו לישבע כמו שכ' תוס' ב"מ (דף ה') לחד תירוץ אם כן היכא דיש לו עד המסייע דפוטר אותו משבועה בזה אינו חייב לשלם די"ל דעל זה לא הוי התקנה שיהיה שכנגדו נשבע ונוטל או כששניהם חשודין יפסיד הנתבע שלא כדין. ואף אם קנסיהו להחשוד לא מצינו שקנסוהו רק כשרמיא עליו חיוב שבועה ומצד שהוא חשוד לא נוכל למסור לו השבועה אבל היכא דאם לא הוי חשוד היה פטור מכח דהעד מסייע לו גם עכשיו פוטר אותו ולא מקרי שזה פוטר מן ממון ואף לתירוץ השני של התוס' ב"מ שם דמה"ד הוי מתשאיל"ם והא דשכנגדו צריך שישבע הוא משום תיקון החשוד דלא שבקת ליה חיי מ"מ כיון דיש לו עד המסייע י"ל דפוטר אותו משבועה ובפרט לדעת תוס' ב"ק (דף ק"ח) לא מיפסל רק מדרבנן ועיין מה שכ' לעיל (סי' כ"ט):

והנה היכא דפסקו הב"ד דהואיל דהוא חשוד שכנגדו ישבע ויטול ואחר כך שב החשוד בתשובה מעליא וחזר לכשרותו בטרם שנשבע השכנגדו כ' הקצוה"ח (סי' ס"ט) בפשיטות דקם דינא לא מבעי לדעת הרבינו אברהם שכ' הבעה"מ ב"ב שהביא שם דסובר בלה"ל למידע דליכא ריעותא לא אמרינן ביה מתוך שאיל"ם אלא בענין היו שניהם חשודין דאיכא גבי לוה ריעותא דחשדא א"נ בנ' ידענא ונ' לא ידענא דריע נמי טענתיה מה שנא דידע בהני ולהני לא ידע ה"נ בשעת הדין כבר ריע טענתיה ואמרינן מתשאיל"ם אלא אפי' לדעת הרמב"ם וסייעתו דאין חילוק בין ריע טענתי' או לא מ"מ

כיון דהיה כבר חשוד בשעת טענה והוי ליה בדין משאיל"ם ושכנגדו נשבע ונוטל לא הדר דינא אפילו עשה תשובה אחר כך. ומפשטות דבריו נראה אף קודם שנשבע התובע גם כן הדין הוא כן. ולדעתי העניה צריך תלמוד לדון בזה לומר קם דינא ואף לדעת רבינו אברהם נראה מדבריו מדכ' בהיו שניהם חשודין דאיכא גבי לוה ריעותא דחשדא ולא כ' על אם היה הלוה חשוד דריעותא דלוה גורם ולכך שכנגדו נשבע ונוטל דס"ל דבאמת מן הדין לא הוי מתשאיל"ם כיון דרוצה לישבע רק תקנת חכמי' הי' וקנסינן ליה שיהיה שכנגדו נשבע ונוטל רק באם גם המלוה הוא חשוד דחזרה שבועה למחויב לה ונוטל המלוה בלא שבועה לזה כ' כיון דאיכא גבי הלוה ריעותא דחשדא לכך מפסיד אבל אם חזר בתשובה אף דבשעת הדין כבר ריע טענתו לא מבעי אם עדיין לא נשבע המלוה כיון דמטעם קנס הי' י"ל דהדר דינא ונשבע הלוה ונפטר כיון דעכשיו שב בתשובה ויכול לישבע ולפטור אלא אף אם שניהם חשודין די"ל כיון דכבר נפסק הדין ויצא חייב לשלם או הכל או החצי כבר זכה המלוה בהממון מ"מ י"ל כיון דעכשיו יכול לישבע ולסלק חיובו בשבוע הדר דינא לד"ת ולקח בעליו ולא ישלם ולהסוברים דאף בלא הוה ליה למידע ולא ריע טענתיה גם כן אמרינן מתשאי"ל ומשלם מ"מ כ"ז שלא נשבע המלוה כיון דעיקר הטעם דמתשאיל"ם הוא דהוי כמו אם אינו רוצה לישבע דנחתינן לנכסיו וכוין דעכשיו יכולין הב"ד למסור לו שבועה למה נוציא ממון ואף למה שכ' הר"י מטראני בש"מ כתובות (ד' פ"ה) דשבועה במקום תשלומין עומדת עד שישבע ויפטור וכשאין מניחין לו לישבע חייב לשלם מ"מ כיון דעכשיו יכול לישבע למה נזיל בתר שעת הדין ונאמר קם דינא להוציא וצ"ע לדינא ומ"מ אם כבר נשבע המלוה י"ל דשוב אין מניחין לו להלוה לישבע להיפך אחר ששב בתשובה ועומד בדבריו כיון דכבר נתחייב ואין הב"ד מוסרין שבועה במקום שממנ"פ אחד יהיה נשבע לשקר רק היכא דמצינו מפורש. ועיין מה שכתבתי בספרו של אמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני טו"נ (סוף סי' ל"ב) לדון במה שכ' הכנה"ג משם מהרש"ך ז"ל בספק חשוד דמספק א"מ ממון מטעמא דבדאי חשוד אף אם קפץ ונשבע כיון דהוא חשוד לא נתברר לנו על ידי שבועתו ולכך חייב לשלם אבל בספק אם הוא חשוד אם קפץ ונשבע נפטר דמספק אמרינן שהוא מברר ממילא לא נוכל לחייבו ממון עיין שם בדבריו ומשם נקח לכאן כיון דעכשיו יכול לברר בשבועתו כ"ז שלא נשבע המלוה י"ל דהדר דינא:

עוד כתב שם הקצוה"ח לדון לדעת רבינו אברהם ז"ל דהטעם דאמרינן בחשוד מתשאיל"ם משום דריע טענותי' אם נתחיי' שבועה ובטרם שנשבע נעשה חשוד כיון דבשעת טענה לא ריע ל"א מתשאיל"ם ולדעת הרמב"ם אפילו היכא דלא ריעא טענותי'

בלה"ל למידע גם כן אמרינן מתשאיל"ם ויורשים דפטורי הוא משום דאינהו לאו בעלי דברים וטענינן להו טענתא דאביהן אבל אם נתחייב שבועה ואחר כך נעשה חשוד אמרינן מתוך וישבע שכנגדו כיון דל"ב ריע טענתיה ואפשר דהה"ד בנתחייב שבועה ומת ושוב הביא דברי מהרי"ק דאע"ג אם לא הוי האב רוצה לישבע פטורין היורשים כשמת והביא ראיה מב"מ (דף ל"ד) אמר אביהם הריני משלם ומת דמצו הבנים למימר אין אנו משלמין ומדחי ראייתו דהא התם כשהוא חוזר בעי נמי בדידיה אע"ג דאינו יכול לחזור לא מקני ליה כפילא משום דאטרוחי בי דינא והוא הדין גבי יורשים ועוד דודאי היורשין לא מצו הדרי דאי פטורי מלשלם ודאי לא מקני כפילא אלא דאיבעי משום טירחא דב"ד. ודבריו בזה אינו מובן הא אם אמר אביהן הריני משלם וכבר קנה הכפילא בחייו אם לא הדרי בניו אבל לעולם י"ל דמצו הדרי ועל מה דבניו שם בש"ס שלמו בניו מאי ע"ז היה לו להקשות כיון דפטורין לו מקנה להו כפילא ושם קשה ביותר לפירוש הרי"ף שם דלא הספיק לתובעו ובזה ודאי פטורין היורשין אם כן לא מקני להו כפילא וכבר עמד על זה הש"ך (סי' רצ"ה) עיין שם מה שכ' בזה ואכ"מ ומה שכ' לדון ביורשים דחייב אביהן שבועה ומת דלרמב"ם וסייעת חייבין היורשים לשלם לא נראה כן מדברי הרמ"ה ב"ב דפרק ד' (סי' ע"ו) נסתבך הרבה בטעם הדבר דלא טענינן להו נאנסו ומבוא' שם מדבריו דדעתו דגם בלהו"ל אמרינן מתשאיל"ם כדעת הרמב"ם ובפרק ג"פ (סי' קל"ג) כ' בהא דשלחו מתם דשמתוהו ומת בשמתי' וכ' דמשכחת באין חייב מודה כגון ביומא דמישלם זמניה א"י במנה לי בידך אין לך בידי אלא נ' והשאר איני יודע או באומר על הכל איני יודע ועד א' מעידו שיש לו דבתרוייהו הוי מתשאיל"ם ולמה לא כ' במתחייב אביהן שבועת מודה במקצת ומת קודם שנשבע הרי דפשיטא ליה דאינו גובה מיורשיו כיון דלא היה על אביהן רק חיוב שבועה. ובאמת לדברי מהרי"ט הנז' בש"מ כתובו' דשבועה במקום תשלומין עומדת כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם יש מקום לומר אף דנאנס ואינו יכול לישבע כשמת ובודאי לא ישבע נתחייבו היורשים לשלם מ"מ יש מקום לחלק כמובן ועיין רדב"ז (ח"ה סי' ש"א שי"ט) דנשאל על זה בנתחייב שבועה בב"ד ולא הספיק לישבע עד שמת מהו והשיב בפשיטות דמן התורה פטורין שבועת השם תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ורבנן תקנו שלא פקדנו ונפטרין ולא שייך הכא מתשאיל"ם דכל שאינו יכול לישבע מחמת אונס שבא עליו לא אמרינן מתשאיל"ם ופשוט הוא עכ"ד:

וידוע דהרדב"ז בכ"מ אוחז בשיטת הרמב"ם וכיון דלא כ' דלדעת הרמב"ם דס"ל אף בלה"ל למידע הוי מתשאיל"ם הדין אינו כן מבוא' דס"ל בפשיטות דכיון דנאנס אביהן שלא נשבע לכ"ע אין היורשין מחויבין לשלם. וגם בנעשה חשוד אחר כך דאינו יכול

לישבע לא אמרינן מתוך לכאורה גם כן אינו מובן כמו שכ' הנתיבות שם דהא תבעו עכשיו גם כן ומחייבין אותו שבועה ויש גבי' ריעותא דחשדא מהיכי תיתי יפטור וכי משום שכבר תבעו פ"א ונתחייב שבועה יפטור אתביעה של עכשיו ודאי כשאי"ל מחמת ריעותא דידי' חייב לשלם. אך י"ל למ"ש תוס' דמה"ד לא הוי חשוד מתוך שאיל"ם כיון דרוצה לישבע רק הב"ד אין מניחין לו והיה מתקנת חכמים שכנגדו ישבע ויטול זה הוא דוקא אם היה חשוד בשעת הטענה תקנו רבנן אבל אם נעשה אחר כך חשוד זה לא שכיחא וי"ל דלא תקנו וגם י"ל אף אם מן הדין הוא מתשאיל"ם זה הוא בשעת טענתיה הראשונה דיש לו ריעותא דהוא חשוד אבל אם בשעת הטענות היה כשר ונתחייב שבועה לא נוכל לדון אחר כך על ידי טענותיה' דאחר כך הוי הודאה קדמה לתביעה ועל טענתו הראשונה דנתחייב שבועה י"ל דכיון דנעשה חשוד ורוצה לישבע לא נוכל לחייבו ממון דנסתחפה שדהו. אולם מדברי הרדב"ז דכתב הטעם כשמת ולא נשבע דהיורשין פטורין דכל שאינו יכול לישבע מחמת אונס שבא עליו ל"א מתשאיל"ם משמע כל דהביא הוא עצמו עליו האונס חייב לשלם לכ"ע ומ"מ אם נתחייב שבועה ומת אף דגם הנתיבות העלה שם דלכ"ע כשעמד בדין נשתעבדו הנכסים מחיים אם לא ישבע וגובה מן היורשים כבר כתבתי דלא נראה כן מדברי הרמ"ה וכדכ' להדיא הרדב"ז ז"ל בפשיטות דהוי כנאנס וא"י לישבע דל"א מתשאיל"ם רק באם סירב לישבע דמה"ד נחתינן לנכסיו בזה י"ל כבר נתחייבו הנכסים וגובה מן היורשין:

והחשוד על השבועה מדרבנן אם צריך הכרזה כמו לענין פסולי לעדות דצריך הכרזה או לא ועיין כנה"ג (סי' צ"ב) ובתוס' ורשב"א ב"ק סו"פ הכונס ובמהר"ם שיף ריש ב"מ ובתומים (סי' ל"ד) וראיתי בהגהות לרע"א ז"ל על ח"מ דכתב דהכרזה הוא לתיקון העולם ולכך היכא דחייב החשוד שבועת היסת לא דיינינן ליה לחשוד לפוטרו משבועה בלא הכרזה דהוי פסידא דאחרינא אבל במודה במקצת לחובתו לא בעי הכרזה ודנין ביה מתשאיל"ם ועיין מה שכ' הגאון רע"א ז"ל בגליון משניות בזה סנהדרין (פ"ג) אולם מדברי הראב"ד מובא בש"מ ב"מ שם ובתומי' (סי' צ"ב) דכ' בפקדון כשידע שהוא חשוד ע"כ דנתן לו המפקיד נאמנות דהי' לו לירא שיטעון נאנסה או להד"ם ויפסיד וכ' כן בפירוש קושית הש"ס ותפ"ל דהוי ליה רועה ובזה לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל. הא רועה לא מיפסל רק מדרבנן ובעו הכרזה ודלמא איירי דלא הכריזו ולהראב"ד דהקושיא היה ותפ"ל דהוי רועה וע"כ דהאמינו דלמא האמינו על נאנסו דיודע דיהיה צריך לישבע כיון דלא שייך בזה שכנגדו ישבע ויטול לא יפסיד כל זמן שלא הכריזו עליו ובשבועה היה מאמין לו מה שאין כן להד"ם כשיש עדים לא האמינו לו דבזה כשיש עדים יהיה שכנגדו

נשבע ונוטל ואף שהאמין לו היינו בשבועה ואם יש מקום שהכנגדו ישבע ויטול אין מניחין לו לישבע אף בלא הכריזו עדיין. א"ו דראב"ד סובר דאף היכא דלא שייך שכנגדו ישבע ויטול מ"מ מיפסל אף בלא הכרזה ועיין בש"ך (ס"ק יו"ד) דהוכיח מדברי הרי"ף מדהביא שו"ט דש"ס ותפ"ל דהוי ליה רועה ע"כ דסובר כפירוש הראב"ד וי"ל דכוונת הרי"ף בזה להורות דבסתם רועה אף דלא הכריזו גם כן שכנגדו נשבע ונוטל. ועיין כנה"ג מהד"ב שהביא משם הרקאנטי דהא דחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל הוא דוקא אם נעשה אחר כך חשוד אבל היה כבר חשוד לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל דאם לא כן לא שבקת חיי לכל חשודים דיבא אדם שאינו הגון וימסור לו ואחר כך יהיה מוב"מ וישבע התובע ויטול ומכל הפוסקים לא משמע כן:

סימן לז

אין נשבעין על קרקעות וכ' הרמ"א (סי' צ"ה) וי"א דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו כקרקע דמי וי"ח ועיין ש"ך (ס"ק ח') דבית הו"ל כקרקע דמה"ט נקנה בכסף ובשטר ובחזקה ובקצוה"ח הביא דברי המג"א (סי' תרל"ז) דהוי משום אגב אע"ג דלא אמר ליה אגב כיון דמונחין על הקרקע אצ"ל אגב ועוד י"ל דהוי מתורת חצר כיון דקונה הקרקע קונה הבית שעליו בתור' חצר ומ"מ העלה הקצוה"ח לדינא כמו' שכ' הש"ך דבית הוי כמו קרקע והביא דברי תוס' פ' א"נ שכתבו דריבית בקרקע שרי והקשו מבית בבתי עיר החומה ריבית הוא והתורה התירה. ובאמת הא מבואר בכמה דוכתי בעשה תיקון בבית קנאו בחזקה אף דלא שייך אגב וחצר ואם נעל פתח הבית קונה כמבואר (סי' קצ"ב) ואם בית לאו כקרקע דמי בתיקון לא קנה מטלטלין כמבואר גיטין (דף כ"ב) החזיק בעציץ אף עציץ לא קנה משום דמטלטלין לא מקנו בחזקה ועוד הא מבואר ב"ב (דף נ"ג) המוצא פלטרין בנכסי הגר וסד בהן סיוד אחד קנאן הרי אף דלא עשה שום תיקון בקרקע מ"מ קנה ואי לאו כקרקע אמאי קנה ולזה כיון ש"ב הרב הגאב"ד קאנין מ' צבי הירש נ"י:

אך קשה מהא דקתני בתוספתא ב"ק (פ"י) גזל עבדים והזקינו אילנות והזקינו פירות והרקיבו בית ונתנגע מטבע ונפסל כו' אומר לו הש"ל עבדים והזקינו ומכרן אילנות והזקינו וקצצן בית ונתנגע ונתצו כו' משלם כשעת הגזילה זה הכלל כל שהיא בעינה ולא שינה אותה מברייתה משלם כשעת הגזילה עכ"ל. ואמאי בית ונתצו חייב לשלם כשעת הגזילה הא קרקע אינה נגזלת ואף דנתצו כיון דל"ה דבר המטלטל ולא קנה בקנין הגזילה אינו חייב באחריותו והא דקתני אילנות והזקינו וקצצן י"ל דאיירי בעציץ שאינו נקוב או דקנה אילנות ממנו ואין צריך לקרקע וגזלן אחר כך ממנו אבל בית אי הוי כקרקע וכיון דעומד לנתוץ מה עביד בזה ומתחלת הגזיל' לא נתחייב כלל דקרקע כל

היכא דקאי ברשות הבעלים. והתוספת' שם קאי למ"ד דקרקע אינה נגזלת דלא כר"א ב"ק (דף קי"ז) מדקתני שם באותו פרק הגוזל את השדה ונטלה אנס יאמר לו הרי שלך לפניך. וראיתי בספר חסדי דוד דמפרש לתוספתא זו דס"ל עבדים כקרקע וכן אילנות ובית ומ"מ במכרן אחר שהזקינו ויכול להוציא מיד הלוקח אף בלא דמים הואיל ועשה מעשה ומכרן שוב אינו יכול לומר לנגזל הרי שלך לפניך חייב לשלם כשעת הגזילי כל שעשה מעשה והוציאן מתחת ידו וכן אילנות וקצצן הואיל ועשה מעשה ובית ונתצו אע"ג דד"ת לנתצו מ"מ הרי עשה מעשה ושוב אינו יכול לומר ה"ש לפניך כמו שהיה יכול לומר אם לא נתצו עיין שם עוד באורך ודבריו תמוהין הא כיון דקרקע אינה נגזלת ואינו חייב בהשבה ואם נאבד ממנו פטור ורק בעשה מעשה אחר כך להזיק חייב לשלם מטעם מזיק ולא שייך ביה כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה אם כן בעבדים והזקינו ומכרן וכן אילנות ובית ונתנגע אף דעשה מעשה להפסידו אינו חייב לשלם רק כשויה של שעת הוצאה מן העולם כשאר מזיק בעלמא כמבואר בש"ס ובכל הפוסקים והא דכ' הרמב"ם (פ"ט) מגזילה וש"ע (סי' שע"א) חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיה בשעת הגזילה או ישלם דמי מה שהפסיד היינו אם לא נפחת מאליו כלל וישלם מה שהפסיד כמו כל מזיק דמשלם כפי דמי בשעת ההיזק וע"כ צריך לומר דהתוספתא סובר עבדים לאו כקרקע וכן אילנות איירי כנז' ובית סובר דתלוש ולבסוף חיברו לאו כמחובר וחייב לשלם כשעת הגזילה או הבית או הדמים אבל אי הוי כקרקע דאינה נגזלת ולא קאי ברשות הגזלן כשנתנגע ועומד לנתוץ ואסור בהנאה למה ישלם כשעת הגזילה ועיין ש"ס ערכין (דף כ' ע"ב) וברש"י שם ותוס' ד"ה אעפ"י וצ"ע ועיין שעה"מ (פ"ג ה"ג) מאישות שהאריך בענין זה לאיזה דברים תלוש ולבסוף חיברו הוי כמטלטלין:

טענו ענבים העומדים לבצור חייב שבועה כמבואר ש"ע ס"ב והרמב"ם (פ"ב) משכירות כ' המוסר לחבירו דבר המחוב' לקרקע לשמור אפילו ענבים העומדים ליבצר הרי הן כקרקע בדין השומרין וכן הוא בש"ע (סי' ש"א) ומשמע אפילו א"צ לקרקע והוא תמוה ועיין ש"ך שהאריך בזה. וראיתי בקצוה"ח שכ' דהרמב"ם לשיטתו דסובר בשומרין בעינן משיכה ובפירות העומדין ליבצר אי אפשר במשיכה כיון דמחובר הוא וחזקה לא מהני בהו כיון דהוי כמטלטלין לא מקנו בחזקה ולא משכחת אלא באגב וכיון דבקרקע לא שייך חיוב שמירה גם במטלטלין שעליה לא נתחייב כמבואר ב"ק (דף קי"ז) דאם קרקע אינה נגזלת גם בפרה אינו מחויב לפי שלא משך עיין שם ולכאורה י"ל הא משכחת שיהיה שומר שכר אם הקדים לו שכרו לשומר שכר דהוי שומר שכר אף בלא משיכה כמו בשכרו לפועל לעשות מלאכה וכ"כ בפשיטות הנתיבות (סי' רצ"א ס"ק י"ב) אם כן

הוי כמטלטלין רק בשביל חסרון קנין לא שייך בהו דין שמירה שפיר משכחת שיהי' בדין שמירה על ידי תשלומין דמים מתחילה דבקרקע ליתא בעצם בדין שמירה ובפירות העומדים ליבצר אם הוי כמטלטלין למה כ' הרמב"ם הרי הן כקרקע בדין שומרין. אולם כבר הבאתי לעיל דיני הלואה (סי' פ"ב) דעת התוס' רי"ד ז"ל מס' ב"ק דאף בקבל שכר שמירתו אם לא משכו אינו מתחייב ועיין שם מה שכ' די"ל בסילק שמירתו ומסר לו המפתח והקדים שכרו י"ל דסגי. ובלא"ה משכחת לה על ידי קנין חצר או אגב אם מקנה לו הקרקע גם כן הבעלים להשומר והא דמס' ב"ק הנז' אינו דומה לזה דשם כיון דקרקע אינה נגזלת אין הגזלן קונה הפרה אבל אם הבעלי' מקנו להשומר הקרקע שיקנה אגבה או בתורת קנין אגב או בתורת קנין חצר להענבים העומדים ליבצר שיהיה ברשותו לשמירה מהני קנינו כמו בקנין משיכה למטלטלין שיתחייב בשמירה. ועל כרחך הא דכ' הרמב"ם הרי הן כקרקע כדין שומרין לאו מחמת חסרון הקנין רק דהוי בעצם כקרקע דאיתמעט מדין שומרין:

ודמי קרקע אם הוא כקרקע מחולקין הרמב"ם והראב"ד כמבוא' בש"ע (ס"ו) ויש להעיר בדברי תוס' כתובות (דף מ"ב) ד"ה הפלת דהקשו דלא מחייב ק"ש על העבד דהוי כקרקע הא לפי תביעתו הוא תובע בן חורין דל"ה כקרקע וראיתי שם בס' הפלאה כיון דצריך גט שיחרור הוי כפירת ותביעת קרקע. ויש לגמגם בזה די"ל דמעוכב ג"ש לענין זה בן חורין הוא דעבדים הוי כקרקע משום דכתיב והתנחלתם ומעוכב גט שיחרור כיון דאיסורא לא מורית לבריה לאו כקרקע הוא ודינו כבן חורין לענין שבועה. ועיין קצוה"ח (ס"ק ח') וי"ל בדברי תוס' כיון דשם קאי לר"ש דאף העמדה בדין לא מהני לענין ק"ש ולענין אם מודה מיפטר כשיט' התוס' שם וכיון דאם מודה מיפטר שפיר הוי כקרקע ואינו דומה למפקיר עבדו גיטין (דף ל"ט) דשם כופינן ליה שישחררנו אבל שם לאביי אליבא דר"ש דמקרא וכיחש לא הוי ממון לשום דבר אף אחר העמדה בדין י"ל דהוי כקרקע. ועוד י"ל למה שכ' הר"ן והריטב"א קידושין (דף כ"ח) דעל גוף לא שייך שבועה אף אם עבד לאו כקרקע עיין שם אם כן בלא"ה אינו חייב ק"ש על תביעת גוף:

סימן לח

הא דאין נשבעין על טענת קטן מבואר ברמב"ם וש"ע הטעם דמשיב אבידה הוא וכתב התומים משום דטענתו טענה הוא רק דנאמן במגו ואף דמגו לאפטורי משבועה ל"א על כרחך הטעם מפני תיקון עולם וכמו שהאריך בזה בכ"מ (ס"ק קי"ב) והדברים תמוהין מנ"ל דטענת קטן הוי טענה ברורה והא דנקט הרמב"ם משיב אבידה הא גם (פ"ד ה"ה) כ' האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מאה והלה אומר אין לך בידי אלא נ' הרי

זה משיב אבידה ועיין שם במ"מ הרי מבואר הטעם דמשיב אבידה אף דאינו טוען טענתו ברי. וא"ל דשם נקט הרמב"ם משיב אבידה כדי לפוטרו אף מהיס' דלולי הטעם דמשיב אבידה היה חייב עכ"פ היסת ועיין (סי' ע"ה) הא במתניתין קתני נמי הטעם דמשיב אבידה ובש"ס מוקי המתני' כר"א בן יעקב רק דל"א ברי לי ולדעת רוב הפוסקים איירי בטוענו גדול רק שאינו אומר ברי ואעפ"כ קתני הטעם דמשיב אבידה. ובאמת במרדכי פ' שה"ד עמד בזה וכ' דהא בהא תליא דטעמא דאין נשבעין על טענת שמא הוא משום משיב אבידה וכן מבואר בתשובת מהרי"ט (סי' קנ"א) להדיא דמטעם משיב אבידה פטור בטענת שמא. ולפי זה היה מקום לומר אם טוען על חבירו נ' ידעתי בבירור דחייב אתה לי ועל נ' אני מסופק והלה השיב נ' אני חייב אבל יותר אין אני חייב דהוי מודה במקצת לחייבו ש"ד כיון דלא שייך בזה משיב אבידה ולא משמע כן מכל הפוסקים וכן בדברי הרמב"ם (פ"ט) מנ"מ דכתב דוקא כשאמר הניזק ברי שהגדול הזיק מבואר דבטוען שמא דפטור אף דשם לא שייך כלל משיב אבידה כיון דיש עדים על ההיזק וכמו כן היכא דחייב לישבע על ידי עדים שהעידו במקצת מדרח"ק מבואר דוקא כשאומר מנה לי בידך בטענת ברי אבל לא בטענת שמא ועיין מה שכ' לעיל בדינים אלו (סי' ב'):

ואם שמר לקטן וטען שאבד דעת הש"ע דחייב לישבע שבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת טענה והוא דעת הר"י מיגאש ז"ל ודעת הרמ"א ז"ל כהחולקים דאעפ"י שתבעו כשהוא גדול רק שהנתינה היתה כשהוא קטן אין נשבעין לו ובפשיטות נראה אף בלא הגיע לעונות הפעוטות גם כן חייב מן התורה והמעיין בחידושי הר"י מיגאש ז"ל מס' שבועות נראה מבואר כן להדיא כיון דל"צ טענה אלא מחמת שמירה הוא כיון דשמר לקטן נתחייב לו בשבועת השומרים דלא גרע מגדול. ובילדותי אמרתי די"ל דהנך פוסקים פליגי בזה דדעת החולקים על הר"י מיגאש ז"ל וסברי דאינו חייב לישבע הם סוברים כמו שכ' תוס' כתובות (דנ"ו) דחיוב השומרין הוא דהתורה ירדה לסוף דעתן של בני אדם שרוצים לחייב את עצמן בכל הכתוב בפרשה כל שומר כדינו ומ"מ הוא במה דנתחייב וקטן אינו יכול לזכות בחיוב כמבואר (סי' רמ"ג סי"ט) דא"י לחייב א"ע לקטן אפילו בשטר וקנין דקטן אינו זוכה במה שאינו בידו רק בזיכהו על ידי אחר לכך שומר גם כן אף דהתורה ירדה לסוף דעתן של ב"א דכל שומר מחייב א"ע כדינו מ"מ הקטן לא זכה בחיוב זה ולכך סברו דאף בפשיעה פטור וכן אבידה י"ל גם כן אם נאבד מן הקטן והגדול מצא הוי שומר אבידה ומ"מ אף דרחמנא שעבדו בע"כ לא עדיף מאם היה שומר ממש וירד לחייב א"ע בדיני שומרין דלא נתחייב דהקטן לא זכה בחיובו ועיין ש"ס ב"ק (דף ק"ו ע"ב) רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת והא

לא אתיא מכח בן דעת ולכך בנתנו כשהו' קטן ותבעו כשהוא גדול פטור ול"ה כאבידה ועיין שם בש"מ משם הראב"ד כיון שהוא עצמו א"י לשמור ממונו איך יתחייב אדם בפקדונו משום שמירה אבל אבידה הרי באה לידו מכח בן דעת כלומר ממונא של בן דעת שיודע לשמור ממונו הלכך כל אדם חייב בשמירתו כשיבא לידו עיין שם ולכאורה מה איכפת לן שהוא עצמו אינו יכול לשמור ממונו למה לא יתחייב אדם בפקדונו משום שמירה ולמה שכ' אתי שפיר כיון דהוא קטן אף דצריך לשמור אבידתו וחיובא רמיא עליו התורה אם בא לידו מ"מ לא זכה הקטן בחיוב דתשלומין. ולפי זה י"ל אף דפטור גם בתבעו כשהוא גדול הוא דוקא באם נודע להקטן כשהגדיל דפקדונו מונח ביד חבירו לכך לא נעשה אחר כך כשהגדיל כשומר אבידה עכ"פ כיון דאינו מחויב לשמרו כיון שיודע הקטן אצל מי מונח חפציו היה לו לבא ולקח את שלו אבל אם הקטן כשנתגדל ידענו שאינו יודע אצל מי מונח פקדונו הוי כשומר אבידה בכל עת וכשנתגדל זכה הקטן בשעבודו אעפ"י שלא ידע:

ודעת הר"י מיגאש ז"ל דחיוב שומרין אין צריך שיזכו בהחיוב הבעלים של הפקדון רק ממילא כשקבל שמירה נתחייב שוב ראיתי שכוונתי בזה לדעת הש"מ שכ' גם כן מעין זה דמחלקותן תליא בזה אם צריך שיתחייב השומר. אולם מ"ש ליישב בזה דברי הר"י מיגאש ז"ל מקושית רמב"ן דבשומר שכר להדיא כתיב איש וכ' הוא דהטעם דממעטינן לש"ש לקטן משום דמה"ת אינו חייב בשכירות דשמירה אבל השתא דתקנו דמקחן מקח וממכרן ממכר כשהגיע לעונת הפעוטות נתחייב הקטן בשכירות לכך הוי ש"ש אלו דבריו והם מוקשים חדא הא להדיא מבואר בהר"י מיגאש ז"ל שם דאף בשו"ש סובר מן התורה דחייב לישבע דכ' כיון דלאו מחמת טענה אלא מחמת שמירה וכ' כיון דאודי קמי ב"ד דהוי ליה שומר אפקדונא דיליה ואיתנוס מבואר דאף על שו"ש קאי ואף מן התורה וגם לדידן אף בלא הגיע לעונת הפעוטות גם כן הוי שו"ש. ובלאו הכי ע"כ לאו מטעם זה נוכל למעט שו"ש דרק גבי משא ומתן כ' המ"מ (פכ"ט) ממכירה דלא מהני הואיל דאינו קונה המעות דהקטן ויכול לחזור אבל כששמר בשכר מחוייבין נכסי הקטן לשלם כיון דנחית השומר אדעתא דתשלומין שכר שמירה וע' ש"מ ב"מ (דף מ"ב) משם הר"י הלוי ז"ל בעצמו דאף בשומר נכסי חבירו שלא מדעת הבעלים חייב לשלם שכר שמירה כיון דנחית אדעתא דתשלומין וכבר הבאתי דבריו בזה בהגהותי לדברי חיים לאאמ"ו ז"ל דיני שומרין (סי' ז') בסופו ובמה שיש להבין דהא לא הוי רק כמבריח ארי עיין שם במה שכ' בזה עכ"פ דעתו כן וק"ו בקטן שהבטיח לשלם או ששילם מקודם דאינו יכול

הקטן להוציא ממנו ואף לשלם לו צריך כיון דנחית אדעתא דתשלומין והוי כמו אם לוה לקטן דחייב לשלם כשהגדיל:

ועיין רמב"ם (פ"ב) משכירות דדעתו כדעת רבו דיש דין שומרי' לקטן וכ' קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו ה"ז הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן שאין זה נשבע בטענת הקטן שכל השומרין שמא הוא ומפשטות דבריו משמע אף בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות ואף דאין מקחן מקח וממכרן ממכר מ"מ חייב בשמירה וקשה הא תינח לענין חיוב שמירה אבל לענין שאלה לגבי חיוב אונסין אמאי יתחייב הא כל שואל דחייב הוא בשביל דכל הנאה הוא שלו ולגבי קטן יכול הקטן לתבוע אחר כך ממנו שכירו' ואי דלגבי קטן הוי כמו אם נשתמש שלמ"ד וחייב באונסין כמו כל שואל שלמ"ד אם כן אף במתה מחמת מלאכה חייב לשלם ומה זה שכ' הרמב"ם נשבע שבועת השומרים לקטן איזה שבועה שייך בשואל כיון דקטן הוי כשלא מדעת ודוחק גדול לומר דרמב"ם איירי בהגיע לעונת הפעוטות ועיין בטור מה שהביא משם הרמ"ה בקטן שהלוה לגדול.

וראיתי בס' מחנה אפרים דיני שומרים (סי' י') שכ' וקטן שהשאיל מידי לגדול נראה דלכ"ע שואל גמור הוא דלענין שאלה לא כתיב איש וכ' דכן נראה מתשובת מהר"ם ז"ל ונראה מדבריו שם שאם היה הקטן במלאכתו של שואל חשיב שאלה בבעלים וקשה הא הוי כגזלן ואולי איירי בהגיע לעונת הפעוטות ודוחק. ומה שכ' דלענין שאלה לא כתיב איש תמהני הא מבואר בירושלמי מס' שבועות דדריש עד שיהיה נתינה ותביע' כאחד מדכתיב רעהו ועיין שם בפ"מ שיהיו שוין וכן הביא הבעה"ת (שער ל"ה) ובהג"מ בשואל דכתיב גם כן כי ישאל איש מעם רעהו אמרינן גם כן שיהיו שווין וכמו בשואל קטן אינו חייב מדכתיב איש כן צריך נמי שהמשאיל יהיה גדול מדכתיב רעהו. ועוד הא לרמי ב"ח דסובר ד' שומרין צריכין כפירה והודאה במקצת מבואר בש"ס ב"ק (דף ק"ז ע"ב) דאף בשואל כן הוא דויו דוכי ישאל מוסיף על ענין ראשון ואף דקיי"ל עירוב פרשית כתיב מ"מ בזה דויו מוסיף על ענין ראשון לא פליג וכן מבואר ב"מ (ד' צ"ה) ויו מוסיף על ענין ראשון ואם כן לענין שואל מקטן להחולקים על הר"י הלוי והרמב"ם ז"ל וסברי דמהדרש כי יתן איש ממעטינן קטן כן נמי שואל מקטן אינו חיי' ודברי המח"א צע"ג ובד' הרמב"ם על כרחך צריך לדחוק דאיירי בהגיע לעונת הפעוטות.

ומה שהקשו הראשונים על הר"י הלוי מש"ס דב"ק (דף ק"ו) דגרסינן התם אר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל כו' ופריק רב אשי אבידה קא אתיא מכח ב"ד משמע מהא דמדין שומרין מעטיה רחמנא לקטן עיין ר"ן ורשב"א פ' שהד"י לא אבין קושיתם הא שם הוא אליבא דר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן והוא ס"ל

הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור במקצת ויודה במקצת מ"ט דאמר קרא כי הוא זה ולית ליה עירוב פרשיות כתיב כאן ולדידיה שפיר ממעטינן קטן מדכתיב כי יתן איש והר"י הלוי דכ' דשבועות השומרין שאין צריך טענה חייב אף לקטן הוא לדידן דס"ל עירוב פרשיות כתיב כמבואר להדיא בדברי הר"י הלוי דכ' ואע"ג דמכי יתן איש אל רעהו הוא דילפינן דהאי קרא בשומרי' הוא דכתי' לאו לענין שומרין הוא דפטריה קרא אלא לענין כי הוא זה דכתיב בהו בקרא עיין שם ובש"ס דבב"ק קא' לר"ח בר אבא אמר ר"י דלית ליה עירוב פרשיות ושפיר ממעטינן לקטן דלא נתחייב הגדול בשמירה ממנו וז"פ. שוב ראיתי בפנ"י ב"ק שם שכ' כן אולם הביא דברי רמב"ם (פ"ד) מגניבה דכ' הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אעפ"י שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואחר כך באו עדי' הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול ואף לשיטתו קרא דכי יתן איש לא קאי על פקדון רק על מלוה וע"כ אף דלענין שומרין עקרינן לקרא דכי יתן איש לענין כפל כיון דכתיב בהאי קרא לא עקרינן. אולם דעת תוס' ורמב"ן וסייעתם דאף דקיי"ל עירוב פרשיות כתיב אינו אלא לענין דשבועת שומרים לא בעי הודאה במקצת אבל לכולהו שאר דינין כולה פרשה עיקרה בשומרים וע' רמב"ן וריטב"א בחידושיהם שם:

ועיין בתומים שחקר לדעתם דבעינן שתבעו גדול אם מהני טענתו על מה שהיה קטן בבא בטענת אביו. ובנתיבות כ' מדברי תוס' ב"ק שם דמבואר דיכול להעיז שהחזיר לו כשהוא קטן אם כן נאמן שהחזיר וכ' שנסתלק הספק של התומים. ולכאור' י"ל למ"ש המח"א דיני שומרים דאם החזיר לקטן ונאבד ממנו דאם יש דין שומרים לקטן הוי השומר פושע וחייב אם כן א"ד לדברי תוס' דהם כתבו בקבל מן הקטן שפיר נאמן במגו דהחזיר לו כשהו' קטן אף דבשעת תביעה היה גדול ולס"ד דש"ס שם חייב שבועה מ"מ כיון דלא בא לידו בתורת שמירה אם החזיר לו לקטן לא הוי פשיעה אבל אם קבל מאביו דהיה הנתינה בגדלות ובחיוב שמירה הוי פשיעה אם החזיר לו לקטן ולא הוי מגו. אולם מ"מ יכול לומר שהחזיר לו כשהגיע לעונת הפעוטות דמהני החזרה כמו שכ' שם המח"א אם כן מ"מ יש נ"מ בדינו של התומים כמובן. ועוד נראה דמה שכ' תוס' בפשיטות דיכול לטעון שהחזיר לו כשהיה קטן ולא הוי בזה העזה היינו כשאומר שהחזיר לו כשהוא קטן ממש אבל כשאומר שהחזיר לו כשהגיע לעונת הפעוטות י"ל דמודה תוס' דהוי העזה רק בטוען שהחזיר לו קודם לכן לא הוי העזה ופשיטה לא הוי דלא בא לידו בתורת שמירה. והא דחייב שם לר"ח ב"א כפל בטוען טענת גנב כשאכלו כשהיה גדול משום דלא גרע מאבידה אבל מ"מ בתורת שמירה לא בא לידו וכשטוען שהחזיר לו כשהיה

קטן לא הוי העזה ולפי זה אתי שפיר ד' הנתיבו' על קושית התומים דלמה א"נ במגו דלהד"ם או החזרתי לאביו דירא שיטענו כשיגדל:

ודע דבטור מובא דעת הרמ"ה דקטן שהלוה לגדול ותבעו כשהו' גדול והודה במקצת אע"ג דהנתינה היה בקטנות חייב דבזה תלוי הכל בתביעה ולא בנתינה ובשבועת שומרים תלוי הכל בנתינ' ולא בתביעה ועיין בב"ח דלרמ"ה קרא דכי יתן אל רעהו קאי על שבועת שומרים דתליא בנתינה ולא קאי על כי הוא זה דמוב"מ ועד א' דתליא בטענה ולפי זה לדעת הר"י הלוי ורמב"ם ע"כ הא דדרשינן עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד היינו בהלואה וכן הא דדרש בירושלמי כי יתן איש אל רעהו פרט לקטן עד כדין שנתן לו קטן ותבעו קטן נתן לו קטן ותבעו גדול מניין ת"ל אל רעהו עד שתהא תביעה ונתינה שוין ועיין הגה"מ (פ"ה מטו"נ) לדעת הר"י הלוי קאי על הלואה ולא על שמירה. ומ"מ י"ל דקאי על ט"ט גנב די"ל דגם הר"י הלוי מודה דפטור מכפל כמו שכ' לעיל מדברי הרמב"ם אבל בהלואה י"ל דלכ"ע בתבעו בגדלות חייב כמו שכתב הרמ"ה. ויש לראות למה לא הזכיר הרמ"א מזה כלל ומדכ' דעת החולקים על הר"י הלוי דאין נשבעין לו שבועת השומרים אעפ"י שתבעו כשהוא גדול רק שהנתינה היה בקטנות וכ' וכן נ"ל עיקר ולא הזכיר כלל משבועת הטענה בהלואה משמע קצת דס"ל בהלוא' תלוי הכל בתביעה ועיין ש"ך (ס"ק ג') ועיין תוס' ב"ק (דף ק"ו) ד"ה הא דאינו יכול להשביע כלל כל מה שהפקידו בקטנותו אפילו הפקדון בעין דמשמע קצת דס"ל אף בתבעו פקדון בעין וזה כופר אף דתבעו בגדלות והודה במקצת אינו חייב שבועה ויש לדחוק שם. בדברי תוס' שלא יחלקו על הרמ"ה בזה:

אגב אזכיר מה שכ' הרמב"ם (פ"ח הי"א) מגזילה שכ' נתן הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הכהנים שנאמר איש אשר יתן לכהן לו יהיה ואפילו היה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשין מוציאין מיד הכהנים עכ"ד. והדברים מוקשים לעין כל הרואה הא אין האשם לכהנים אא"כ גזל ונשבע והודה ואין מוסרין שבועה לקטן וכבר עמד על זה ברדב"ז (ח"ה סי' ב' אלפים רפ"ד) ומתרץ דאיכא לאוקמי כגון שקפץ ונשבע וכן צריך לומר לעיל אבל אם הי' הגר קטן אין אתה צריך לחזור עליו אלא חזקתו שאין לו יורשים והא אין נשבעין על טענת קטן אלא כגון שקפץ ונשבע ודוחק הוא לומר שאם קפץ ונשבע הקטן שתהיה שבועתו מחייבת קרן וחומש ואשם הלכך הנכון דהכא איירי כגון שגזל אביו את הגר ונשבע לו ואחר כך הודה ומת קודם שנתן ונתן בנו של הגזלן הכסף לאנשי משמר ומת אין היורשים מוציאין מיד הכהנים והא דקרי ליה גזלן משום דגזילת אביו אצלו והך דלעיל נמי כגון שהשביעו

אביו של זה הגר הקטן ומת אין אתה צריך לחזור אחריו אלא חזקתו שאין לו יורשים עכ"ד והם תמוהין ביותר מ"ש בקפץ ונשבע מלבד מ"ש שהוא דוחק לא ניתן להאמר הא קטן לא צריך כפרה ואם כן מתנתו אינו מתנה ומה שכ' שאביו גזל והודה אחר שנשבע ומת קודם שנתן ונתן בנו צ"ע הא בש"ס ב"ק (דף ק"י) אמר ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא יכול לומר אדעתא דהכי לא יהב ליה וכיון דלא נתן אביו ומת אין כפרה למתים מה מועיל נתינת הקטן וגם בקרא כתיב איש אשר יתן נימא פרט לקטן ואף אם הפריש אביו אשמו וגזילתו ומת קודם כפרה מבואר שם ברמב"ם דבני הגזלן יורשים את כסף הגזילה. ואם כן כיון דליכא שום חיוב על היורש ליתן ולגבי יורש קטן דאין מתנתו מתנה למה לא יוציא מיד הכהנים כשנתן וקרא דכתיב איש אשר יתן לכהן לו יהיה הוא אם מת קודם כפרה ועל זה קאמר בש"ס דש"מ כסף מכפר מחצה אבל היורש אם נתן אחר מיתת אביו הוא כמתנה בעלמא ולא שייך בזה לומר אדעתא דהכי לא יהב כיון דלא נתן על כפרה ושיביא קרבן ולא הוי נתינה בטעות כיון דלא אירע אונס אחר כך כמו אם נתן הכסף ומת כמובן. אבל אם יורש קטן נתן לכהנים לא נדע מאיזה טעם יהיה מתנתו מתנה:

הגם דאין נשבעין על טענת קטן אבל היסת נשבעין אבל על שטרות אין נשבעין כמבואר ש"ע (ס"ג) ודעת הסמ"ע אף בטוען שטרות ומודה לו במקצת כיון דאף בגדול אינו חייב מן התורה רק מדרבנן הוי תקנתא לתקנתא דלא עבדינן והש"ך חולק מה"ת לחלק בין שטרות לשאר דברים דלעניין היסת אין חולק בין שטרות לשאר דברים שלא יהיה כל א' נוטל ממונו של קטן ופירש פירוש אחר בדברי הרשב"א בתשוב' ותמהני הא המעיין בתשובת רשב"א (ח"ב סי' קמ"ח) יראה מבואר להדיא כדברי הסמ"ע דשם היה הנידון בקטנה שתבעה שטרות וכתב אעפ"י שנשבעין היסת לקטן מ"מ מסתברא דאין נשבעין היסת על שטרו' לפי שאין עיקר שבועות השטרות אלא מתקנת חכמים כדי להפיס דעתו של תובע ודנשבעין לקטן נמי תקנה הוא ואין עושין תקנה לתקנה דומה לריש ב"מ הא גופא תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ד הרי דבדבר שאין בעיקרו שייך שבועת התורה אף בגדול לאו מחייבינן היסת לגבי קטן ועיין תומים. ועיין מה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' ז') כמה הערות בענין תקנתא לתקנתא ומה שצריך לחלק מנידון דרשב"א הנז' לשאר מקומות:

תמו דיני טוען ונטען ויהי ה' לי למשען

דיני גביית חוב

סימן א

מצות עשה להלות לעניי ישראל ובתשובת רשב"א (סי' ח"י) מביא משם תשובת הר"י בן פלט ז"ל ששאל מהראב"ד מפני מה אין מברכין על כמה מצות כמו מת"ע והלואה וצדקה וכי"ב והשיב לו כיון שאינו תלוי כולה ביד העושה שאפשר שלא יתרצה בה חבירו וכל מצוה שאפשר למיעקרי' אע"ג דהשתא לא מיעקרא כמאן דמיעקרא דמי כמו בש"ס כתובות פ' אלו נערות אי אמר לא בעינא ליתא לעשה ומינה למורא וכיבוד אב ועמידה בפני רבו הואיל ואפשר למיעקר שהאב שמחל על כבודו מחול ובקצוה"ח הקשה מש"ס ב"מ (דף ל"ב) יכול אמר לו אב היטמא כו' ישמע לו ת"ל איש אמו ואביו תיראו ול"ל קרא תפ"ל דאין העשה דכבוד אב דחי ל"ת כיון דמצי מיעקרא וכבר קדמוהו הרא"ה ז"ל בש"מ ב"מ שם להקשות כן וכ' דאף אם אמר האב לא בעינא מ"מ מצוה איכא ומקיים המצוה והיינו דרק מעונש נפטר אבל מצוה מקיים כשמכבדו וכן יש להביא ראיה מש"ס קידושין (דף ל"ב) דר"ה קרע שיראי באפי רבה בריה אמר איזל אחזי אי רתח אי לא ומקשי ודלמא רתח ועבר על לפני עור ומתרץ דמחל ליה לבריה וכתבו תוס' וצ"ל שהודיעו קודם לכן דאל"כ אם ירתח יהי' כמו נתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה שצריך כפרה ואם כן מה אהני במה שאמר אחזי אי רתח כיון דמחל ליה והודיעו אלא ודאי כיון דעכ"פ מצוה איכא לכבדו רצה לנסותו אם יקיים ויחבב המצוה ואם כן לכאורה קשה למה אינו מברך כיון דעל כרחך מצוה איכא אף במחל לו. ובריטב"א קידושין שם משמע דלא הודיעו רק כיון שמחל מותר לנסותו בזה ואין בו משום לפני עור וליכא הוכחה כשידע שמחל לבריה דיש גם כן מצוה. ובספר חסידים (סי' תקע"ג) ראיתי שכ' ומה שאמרו אב שמחל על כבודו מחול מדיני אדם אבל בדיני שמי' חייב וק"ק מש"ס הנז' כיון דעכ"פ יש מצוה ובידי שמים נענש כשאינו מקיים איך ניסה בזה ר"ה לרבה בריה. ולמה שכ' בתשובת פנ"י הגורם להכשיל לאחר באיסור דרבנן עובר על לאו דלפני עור מה"ת דעכ"פ איכא מכשול ועיין במה שכ' ע"ד בח"ר דיני טריפות (סי' ז') ואולי י"ל בכה"ג כדי לנסות שרי והא דאין מברכין על מצות כ"א אף דגם במוחל איכא מצוה י"ל דעיקר הכוונה כיון דלא תליא בדידי' לבד וצריך אחר שע"י יעשה המצוה ואם אין כאן מקבל ליכא מצו' לכך אינו חייב לברך. ובתומים כתב למה שכ' הרא"ש הא דאין מברכין על קידושי אשה דאפשר בפלגש ולא כ' דלמא לא תתרצה האשה לקבל משמע דלית ליה חילוק הנז' ולא קשה כלל דבשלמא בצדקה אם לא יאבה העני לקבל ליכא עליו כלל שם מצוה מה שאין כן לקיים פו"ר מוטל עליו על קרקפתא דגברא שישתדל

להשיג האמצעי שיקיים ע"י המצוה וכן מצאתי בספר אבודרהם עיין שם באורך. וגם כתב שם מה שכ' התומים הטעם דאין מברכין על מתנות עניים דאין מברכין על הקללה ועיין מה שכ' בח"ר דיני פדה"ב (סי' ב'):

סימן ב

פריעת בטל חוב מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה אבל אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע ואפילו התנה ע"ע כו' כמבואר ש"ע (סי' צ"ז סט"ו) וברש"י כתובות (דף פ"ו) מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו דכ' הין צדק שיהי' הן שלך צדק ומשמע לכאורה דליכא מצוה אחרת והקשו על רש"י עיין רמב"ן סוף ב"ב וכ' מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוצא אליך העבוט ומשמע לכאורה דליכא מצוה אחרת. ובמרדכי פ' הכותב כ' תימ' דהא מחויב הוא שלא לגזול לחבירו ולפרוע מה שהלוהו וכייפינן ליה דכתיב בחוץ תעמוד וברדב"ז (ח"ב סי' תר"י) כ' דהוא מצות עשה של תורה דכ' והשיב את הגזילה או את העושק וברמב"ם (פ"ז) מגזילה כייל הכל וכי היכא דהוי מ"ע להשיב את הגזילה לכל הנזכר בכתב והלואה בכלל עי"ש עוד. ויש לדקדק בד' רש"י גיטין (דף ל"ו ע"ב) בקושית הש"ס שם ומי איכא מידי דוד"ת לא משמט ותקנו רבנן דתשמט וכ' ונמצא הלוה גזלן ע"פ הא לדעת רש"י אינו גזלן בזה רק אינו מקיים העשה כמו שכ' רש"י שם בתירץ הש"ס שוא"ת הלוה הזה שב ובטל ואינו עושה מצוה לפרוע את חובו ועיין רש"י ריש סנהדרין לוה ואינו משלם לא מקרי גזלן דמלוה להוצאה ניתנה וכבר כתבתי בזה בח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג') דהלוה ויש לו לשלם ואינו רוצה אומדנא דמוכח הוא דעל דעת זה לא הלוה ונתבטל שם הלואה ונעשה גזלן למפרע ומה"ט יש לדון כשאינו רוצה לפרוע כלל דיש לו דין גזלן למפרע יש ללוה רשות לכנוס לביתו למשכנו דעל חיוב גזילה שאינו הלואה מותר לעבוט עבוטו דכי תשה ברעך משאת מאומה כתיב ובנתיבות כ' שכל דבר שלא נקרא הלואה לענין שמיטה וכן הקפת חנות אינו בכלל איסור דלא תבא אל ביתו וסיים משום חומר האיסור אינו כותב זה למעשה. אולם באמת הדבר מבואר להדיא בס' יראים (סי' רע"ג) והביא כן משם הספרי פ' כי תצא וכן ראיתי בספר הריק"ש ז"ל ערך לחם שהביא משם רדב"ז דעל פקדון ואף חלק העסקא והבא מכחו והקפת חנות יכול ליכנס לביתו ולמשכנו וע"כ הא דאסור לכנוס לביתו לעבוט עבוטו איירי ברוצ' לפרוע רק דמדחי אותו מדחי אל דחי דלא נתבטל בזה שם הלואה ועל זה אזיל השו"ט בש"ס כתובות שם פריעת בעל חוב מצוה היינו לפרוע בזמנו ועל זה אמר דכופין אותו ואתי שפיר דברי רש"י דהמצוה הוא הן שלך יהיה צדק שצריך לאמת דבריו ולקיים הבטחתו לפרוע בזמנו והרמב"ן כ' דמוכח

מקרא והאיש אשר אתה נושה בו דע"כ לא אירי באינו רוצה לפרוע כלל דנתבטל שם הלואה ורשאי לכנוס לביתו לעבוט עבוטו רק שמדחי ואינו רוצה לשלם מיד רק אח"ז וע"ש במ"ש עוד בזה ועיין תשו' הרא"ש (כלל י"א סי' ז'):

ועיין ש"ך (סי' רל"ב) משם הש"ג דכל זמן שאין הלוה תובע חובו אינו חייב לשלם ואם נשבע לפרוע קודם שיעבור זמן פלוני מבואר (סי' ע"ג) אעפ"י שלא תבעו בתוך הזמן עדיין השבועה במקומה עומדת ודעת הסמ"ע והש"ך שם דאין חומר השבועה מחייבו לשלם מעצמו עד שיתבענו המלוה והטו"ז סובר דחומר השבועה מחייבו לשלם אף בלא תביעה ובקצוה"ח שם כ' להכריע כטו"ז מדברי ש"ע יו"ד שכ' בנשבע לפרוע בזמן פלוני יכול להתירו שלא ע"פ חכם שיאמ' הרני כאלו התקבלתי אבל להאריך א"י ואם חומר השבועה אינו מחייבו בלא תבעו כשמאריכו ה"ה כאינו תבעו ואם תבעו כבר יוכל למחול את תביעתו והוא יעמוד בחיובו כשיתבענו אחר כך א"ו כדעת הטו"ז ודבריו אינם מובנים כיון דכבר תבעו וחל החיוב כיצד יכול למחול על תביעתו ועיין שם בתומים הא דחל השבועה לפרוע אף דהוי לקיים המצוה מ"מ לענין מלקות חל ועוד דהוי כולל לענין סידור בעל חוב. ואם חייב אף בלא תבעו שפיר הוי בלא"ה כולל ועיין יו"ד (סי' רכ"ח סמ"ב) דלדע' הרא"ש עיקר השבועה היה על הפירעון והזמן לזרזו ומ"מ אם תבעו ואינו נותן לו עובר על שבועתו דאם לא כן מתי יעבור וכן מבואר בלשון הרא"ש בתשובה שכ' נהי שלא עבר על השבוע' כיון שלא תבעו אדם מ"מ עדיין מוזהר ועומד הוא על שבועתו כשיתבעהו עיין שם וחל שפיר השבועה באם תבעו לפרוע לו וכמו באם תבעו ולא נתן לו בזמנו עובר על שבועתו כ"כ אחר עבור הזמן אף דעיקר השבועה היה על הפרעון והזמן לזרזו בפרעון מ"מ ע"כ גבול יש לו ואם תבעו ולא נתן לו עבר על שבועתו וע' בקצוה"ח שם (ס"ק ה') ובמה שיש לגמגם בדבריו:

ועיין ב"י (סי' ק"ד) משם תשובת מיימוני דמי שיש עליו בעלי חובות הרבה ואחד בא לתבוע כשאין לו לפרוע לכולם אין הב"ד מגבין לו והב"י סובר דמגבין לו והב"ח חולק ע"ז וכי משום שבע"ח האחר אינו לפנינו יפסיד וכן כ' הצ"צ (סי' קח"י) וכן הביא שם משם פסקי הרקאנטי דחולקין ובקצוה"ח שם כ' כיון דמבואר (סי' ע"ג) דאינו חייב לשלם כשאינו תובע אף בנשבע לכן כיון דמטלטלי לאו בני שעבוד נינהו ולית בהו דין קדימה רק משום מצוה לפרוע וזה שתבעו רמיא עליו המצוה אינה נדחת מפני המצו' שיבא לו אחר כך. ובנתיבות כ' דודאי אף כשהמלוה אינו תובע חייב לפרוע ול"ד לנשבע דאמדינן לדעתו שכך היתה כוונתו בשעה שנשבע משא"כ מצות פבע"ח דרחמנא חייביה לפרוע. ולפנינו דעת הש"ג דאינו חייב לשלם עד שיתבענו ואף דכתב הטעם במתנה בקש ליתן

לו ובאמת הוא רק מספק דהא כשמת ודאי חייב לשלם ליורשיו מ"מ כיון דהוא חי ואינו תובע דלא רמיא עליו לשלם יהי' מאיזה טעם שיהיה גם כן על דעת זה נתחייב לשלם לו כשיתבענו או ליורשיו וכל זמן שהוא חי ואינו תובע לא נתחייב לשלם שפיר י"ל כמו שכ' הקצוה"ח דמצוה הבא לידו לקיימו לא נדחית מפני מה שיבא עליו אחר כך אף בבירור שיבא. וי"ל קצת בדעת רי"ף בתשובה שהביא הרא"ש פ"א דב"מ דמן הדין בתופס לבעל חוב אף במקום שאינו חב לאחרים ל"ק דיכול הלוה לומר לאו בעל דברים דידי את רק במקום פסידא יכול לתפוס מטעם תקנה והקשו הא ר' יוחנן אמר במקום שחב לאחרים ל"ק משמע באינו חב קנה מן הדין ולמה שכ' דלא נשתעבד להתחייב לשלם רק כשיתבענו י"ל דר"י איירי באם כבר תבע ממנו וידענו דאינו נותן במתנה והרי"ף איירי בסתם חוב שעדיין לא תבע ממנו שפיר יכול לומר לאו בעל דברים דידי את ועוד יש לחלק בין תפס מעות למטלטלין ומ"מ הש"ך שם (סי' רל"ב) הניח דין זה בצ"ע ועיין ספר רביד הזהב פ' משפטים:

והא דכ' בש"ע שאין כופין אותו תו להשכיר או לעשות שום מלאכ' והוא מדברי תשובת הרא"ש שהביא משם ר"ת וכ' באורים (ס"ק ל"ז) ואם כ' בשע"ח ששעבד עצמו להשכיר ולשלם עיין באה"ע (סי' ע"ג) אם מחויב להשכיר עצמו לזון את אשתו דלמ"ד דחייב הואיל וכ' אנא אפלח הה"ד הכא ובטור (סי' צ"ט) מדמי להדדי עכ"ל וקשה הא זה הוא דעת רבינו אליהו ז"ל מובא בתוס' כתובות (דף ס"ג) ור"ת וסייעתו חולקים מטעם שכ' שם תוספות דאנא אפלח היינו הקרקע שלו או כמו שכ' שם הריטב"א והש"מ דאנא אפלח היינו אם תהי' חולה ישמשה ואוקיר ואוזין כפי הנצרך לה אבל אם מחייב א"ע בפירוש באופן המועיל ליכא מאן דפליג. ועיין בפרישה (ס"ס צ"ט) שכתב ע"ד תשובת הרא"ש שהעתיק הטור שם דבכתובה אף לדעת רבינו אליהו ז"ל דמספר כתובה ילפינן כ' אעפ"י שמעשה זה גם כן מה שיעבד נפשו באותו שטר שאני כתובה דהואיל דכל הכתובות כתבינן כן ודאי לתנאי גמור כתבינן אבל בשאר שטר חוב אין הכל כותבין כן ואם כן האי אע"ג דכתבו אמרינן אסמכתא בעלמא הוא עיין שם מבואר מדבריו דאם כתב בדברים המועילים לסלק דין אסמכתא ומחייב א"ע בזה מחייבינן ליה להשכיר א"ע אך מהא דכ' הרא"ש בתשובה שאין המלוה רשאי לתפוס גופו של לוה ולהשתעבד בו ואפילו אם שעבד גופו לכך דאין עבד עברי נוהג בזה"ז ומשמע מזה דאף אם נשתעבד באופן המועיל לסלק דין אסמכתא גם כן לא מהני וביתר ביאור כ' הרא"ש בתשובה (כלל ס"ח ס"י) דבר ברור שלא יתפוס המלוה גופו של לוה ומשתעבד בו אי ימכרנו בשביל חובו כמו שדרשו בגנביתו ולא בזממו הה"ד ולא בחובו ואפילו אם שעבד גופו אינו חל

על גופו דאם שעבד גופו למכרו כעבד אין שעבוד זה חל דאין עבד עברי נוהג בזה"ז וגם המלוה עצמו א"י להשתעבד בגופו וכ"ש ליסרו ולמה יתפסהו להשתעבד בו אינו רשאי הרי דאף בנשתעבד בפירוש למכרו ל"מ:

וראיתי בב"ח שם שכ' אע"ג דבנידון שנשאל הרא"ש הי' הלוה מתנה בפירוש להשתעבד ולעשות מלאכה כדי לפרוע חובו אפ"ה אנן ב"ד אין כופין אותו כיון שהתנה על עצמו תנאי שהוא כנגד ד"ת ודאי אם היה מתרצה להשתעבד בגופו ל"ה מחינן ביה אלא שהיו אומרים לו חייב אתה בכך כיון שהתנית עמו בכך אבל אנן לא כייפינן ליה וז"ש הרא"ש אין ב"ד כופין אותו לכך וכן כ' עוד בסוף דבריו לכן איני רואה להתיר לכופו להשתעבד כלל כי על דבר זה האריך בסוף השאלה לכופו בדיני א"ה ולהכותו עד שתצא נפשו להשתעבד ולעשות מלאכה כפי תנאו ועל זה השיב דאין ב"ד כופין אותו ולא הביא דברי ר"ת בלא התנה אלא לאורויי דבלא התנה איסורא קעביד כשמשכיר עצמו דשכירו' ליומ' מכירה הוא וכמו דדרשינן ונמכר בגניבתו ולא בזממו ולא בכפילו ה"נ ולא בפרעון חובו ולא במזונות אשתו ואם כן היכא דהתנה ע"ע להשתעבד בגופו ולעשות מלאכה אעפ"י דאיהו לא קעביד איסורא אם רוצה לקיים תנאו כיון דאדעתא דהכי הלוהו מ"מ אין ב"ד כופין אותו כיון דאית ביה איסורא עכ"ד וזה שלא כדעת הפרישה. ברם דבריו תמוהין לענ"ד חדא אם התחייב את עצמו באופן המועיל וקעביד איסורא לדבריו אם כן בכתובה דכ' הרא"ש דמהני הואיל דכ' כן בספר כתובה וכי תקנו חז"ל לעשות איסור ועוד אם מהני ההשתעבדות ולא קעביד איסורא אם רוצה לקיים התנאי ממילא חייב בדבר למה לא יכופו אותו ב"ד הא אף בעבד הנמכר לנכרי ואפילו לעקר מהני המכירה כמבואר ברמב"ם ריש הלכות עבדים אף דקעביד איסור ודאי כופין אותו ב"ד שיעבוד מלאכתו. ולמה יגרע אם השתעבד א"ע לעשות מלאכה שלא יכופו אותו אם התנה. ועוד הא לדעת רבינו אליהו ודאי דכופין אותו להשכיר א"ע למלאכה לזון את אשתו כמבואר מדבריו בפי' הש"ס כתובות (דף ס"ג) באומר איני זן ואיני מפרנס דהוי כמורד וכמבואר בדברי הריטב"א שם ואם כן בבע"ח אם התנה באופן המועיל והתחייב למה לא נכוף אותו. ועוד קשה על הא דכתב הרא"ש בתשובה משם ר"ת והמשכיר עצמו נקרא מכירה כדאמרי' פ' הזהב שכירות כמכירה דמיא והוי מכירה ועבד עברי הנמכר לשש קריא רחמנא שכיר הא מבואר בהגה"מ מובא בש"ך (סי' של"ג ס"ק י"ז) משם תשובת הר"מ ז"ל דמותר להשכיר א"ע דפועל לא מקרי עבד אלא שכיר ועבד הוא בשש משנה שכר שכיר ועל ג' שנים ל"ה פועל כעבד ורשאי להשכיר את עצמו והא דפועל ילפינן לה מעבד היינו לענין קולא ואם כן מה איסור יש בשכירות אף אם כמכירה דמיא וצריך לומר לשעבד

עצמו שלא יהיה יכול לחזור זה בלתי באפשרות ולענין זה הוי כמכירה ואסור וסובר הרא"ש דאף קנין ל"מ וכמו שכ' תוס' ב"מ (דף יוד) דמה"ט רשאי להשכי' כיון דפועל יכול לחזור אינו דומה לעבד ומהר"ם כ' ג"כ דלקולא ילפינן פועל מעבד והיינו דיכול לחזור ולכך אינו יכול לכוף אותו לעשות מלאכתו ומהר"ם סובר דאף דיכול לחזור מ"מ על שש שני' עושה איסור דהוי כעבד אבל מ"מ כיון דשכיר גם כן יכול לחזור בחצי יום לכך לא כייפינן ליה ולא חל השתעבדות על גופו. ולפי זה מה שכ' הב"ח דבלא התנה איסורא קעביד כשמשכיר עצמו דשכירת ליומיה מכירה הוא אינו מובן כלל דברצונו לעשות מלאכה ליכא שום איסור לכל הפוסקים כיון דיכול לחזור כפועל:

שוב ראיתי במח"א דיני שכירות פועלים (סי' ב') שמשיג גם כן על הב"ח במקצת דברים בזה וכ' בדעת הרא"ש דדוק' לתפוס גופו להשתעבד עבד בו בעל כרחו אין התנאי מועיל דאין עבד עברי נוהג בזה"ז אבל לענין שישכיר עצמו לכל מי שירצה כל שהתנה וחייב עצמו בכך אנו כופין שישכיר עצמו וירויח לפרוע לבעל חוב כמו שהתנה ומה שפטרו הרא"ש ז"ל מלהשכיר עצמו אף על פי שהתנה מעיקרא הוא משום שלא הוי שם תנאו כראוי ובל' חיוב עיין שם והוא כדעת הפרישה ועיין עוד שם במח"א (סי' א') דכ' דלא אמרה הרא"ש אלא כששיעבד את גופו לעשות כל מלאכתו בקבע כמו העבדים אבל במשכיר עצמו לימים לעשות מלאכה ידועה אין זה דומה לעבד אלא פועל בעלמא וכ' דמה שכ' תוס' ב"מ דהואיל דפועל יכול לחזור רשאי להשכיר את עצמו והיכא דנשב' שלא יחזור עובר משום עבדי הם היינו דוקא בהשכיר עצמו בקבע להיות עושה כל מלאכתו של בעה"ב דדומה לעבד ולדבריו אם כן יכול הב"ד לכוף אותו שישכיר את עצמו לעשות מלאכה ידוע ושלא בקבע וכיון דמהני החיוב אף שלא יכול לחזור בו ממילא אף דלא נתחייב רמיא עליו המ"ע לפרוע החוב וצריך לעשות כל השתדלות בשלמא אם אמרינן דעיקר תליא אם יכול לחזור רשאי ואם אינו יכול לחזור דומה לעבד דאינו נוהג בזה"ז שפיר לא כופין אותו בב"ד כיון דאם יהיה החיוב עליו מצד לקיים פריעת בעל חוב יצטרך שיעבוד וכבר נאמר עבדי הם אבל אם נאמר דהיכא דאינו דומה לעבד כשאינו עושה בקבע כל מלאכה רק מלאכה ידועה אינו דומה לעבד אם כן שוב חייב לעשות כן ולהשכיר א"ע למלאכה ידוע כדי לצאת ידי חובתו ואף הב"ד כופין אותו לזה. אולם מלשון הרא"ש בתשובה (כלל ע"ח) דכ' ומה שטוען שיעשה מלאכה כדי לפרוע את חובו אין כופין אותו לכך שלא אמרה תורה אלא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא כו' ואפי' שליח ב"ד מינתח נתוחי אין משכנו לא כש"כ שלא ישלחו ב"ד יד בגופו לכופו להשתעבד ולפרוע חובו מסתימת דבריו משמע להשכיר את עצמו לשום מלאכה

אף שאינו בקבע לא ישלחו ב"ד יד בגופו ואף דמכין אותו עד שתצא נפשו לפרוע אם יש לו לא לכופו לעשות שום עבדות אף שאינו בקבע. ואף להסוברים (סי' של"ג) בפועל שהשכיר א"ע אצל בעל הבית לעשות לו מלאכה ונתחייב בקנין דאינו יכול לחזור היינו כיון דנתחיי' לעשות בין על ידי עצמו בין על ידי אחרים דהוי כמו שאר חיוב ונעשה חוב עליו לעשות ואם אינו רוצה לעשות על ידי עצמו חייב להעמיד אחר משלו כדי להשלים מלאכתו. אבל בבעל חוב דחייב בלא"ה ממון לשלם ואין לו לשלם בהכרח שיעשה על ידי עצמו בזה לא מהני חיוב שיעשה על ידי גופו. שוב ראיתי בספר שער משפט מה שכ' בענין זה ולא הביא דברי הב"ח ופרישה ומח"א והמעיין יראה מה שיש לגמגם בדבריו עפ"י מ"ש שוב ראיתי בספר ערך לחם מהריק"ש ז"ל שהביא משם הרדב"ז ז"ל וז"ל ומסתברא לי שאם הוא רגיל לעשות מלאכה או להשכיר עצמו ועתה כדי שלא יקח בעל חוב מה שיעשה אינו רוצה לעשות כופין אותו לעשות כמו שהיה רגיל עכ"ל ולדינא צ"ע כי מלשון הש"ע משמע דבכל אנפי אין כופין אותו להשכיר א"ע כדי לפרוע חובו:

סימן ג

הא דקיי"ל מסדרין לבעל חוב מבואר בש"מ ב"מ משם הרשב"א דאף דמסדרין היינו בממשכן ולא בפרעון ור"ת פסק להלכה דאין מסדרין וכ' הרשב"א וכדברי ר"ת היה נראה אלא שדברי גאונים דברי קבלה הן ולהם שומעין וכ"ש שלא להוציא ממון אלא בראיה ברורה. ומבואר דהוי ספק וכ"כ המרדכי משם מהר"ם ז"ל. וכתבו הגד"ת וכנה"ג כיון דהא דמסדרין אינו אלא מספיקא דדינא אם תפס המלוה אין מוציאין מידו. ויש להעיר הא טעמא דסידור בע"ח היא דילפינן מכה מכה מעירכין ובעירכין ילפינן לה ואם מך הוא מערכך החייהו מערכך והוי כמו צדקה להחיותו ולדעת הרמב"ן והרשב"א פ"א דנדרים גבי איבעיא אי יש יד לצדקה הוי ספק איסורא ואזלינן לחומרא ועיין ש"ע יו"ד (סי' רנ"ח) ובש"ך (סוף סי' רנ"ט) עמד בסתירת הפוסקים. והרבה נסתבכו בזה האחרונים בדיני תפיסה וגם אנכי הצעיר כתבתי בזה הרבה בדיני תפיסה בספר דברי חיים (סי' ח') עיין שם מה שכ' בזה ולעיל דיני דיינים (סי' מ"ט) ולמה שכ' שם דהיכא דשייך מחילה הוי כדין ממון וכיון דספק ממונא לקולא והממע"ה אף דיש בו חשש איסור גזל לא איכפת לן בזה רק מטע' במתנות עניים וצדקה גלי לן הקרא עני ורש הצדיקו הצדיקהו במתנות אזלינן לחומרא אבל לא בספק איסור שיש בממון כמו ב"ת או ספק שבועה בזה כיון דאזלינן בספק ממונא לקולא לא מחמרינן אף אם יש בו איסור אחר. לכן כאן כיון דהוי ספק אם נתחייב להחיותו ושלא לגבות הכל בפרעון החוב אם תפס אין מוציאין מידו ומ"מ קשה קצת למה לא נאמר גם כאן כיון דהוא מטעם צדקה והספק

אם מצווה בזה להחיותו או לא נאמר גם כן צדק משלך ותן לו ואף דלא הוי חזקת חיוב מ"מ הא יש חזקת מרא קמא. וצריך לומר כיון דבאמת רמיא על הלוה המצוה לפרוע חובו והספק הוא אם מצווה להחיותו ולהשאיר לו כסידור להחיותו כשתפס ואינו רוצה לקיים המצוה מספק דנין בי' דין ממון כיון דגוף הדבר שתפס בפרעון החוב ודאי זכה בו ויכול להחזיר לו התמורה הוי כספק בחיובו אם נתחייב בזה וכיון דלאו בחזקת חיוב הי' ל"א בזה הצדיקהו משלך ועדיין צ"ע בזה:

ואם נשבע לפרוע אין מסדרין לו כמבואר ש"ע והוא מספר חזה התנופה בב"י. ובכנה"ג (ח"ב במהד"ב) הביא משם מקור ברוך דסובר הטעם דמפני חומר השבועה בכל פלוגתא דרבוותא ונשבע חייב והקשה מזה על המריב"ל דסובר בכל פלוגת' כיון דקנין אין כאן שבועה אין כאן והכנה"ג כ' דהכוונה אף הסוברים דמסדרין ביש שבועה מודו דאין מסדרין כדמוכח מלשונו שכ' אם נשבע לפרוע ד"ה אין מסדרין ובתומים (ס"ק כ"ו) כתב לפרש דהוא מטעם ספק איסור לחומרא מה"ת וכיון לדעת מ"ב הנז' והוכיח מזה דבשבועה לא מצי למימר קים לי דאי כפשוטו דבשבועה לכ"ע אין מסדרין מ"ש שבועה מנדר והנודר ואמר עלי ליתן מנה להקדש לבדה"ב הרי מחויב להתפלש בעפר לקיים נדרו ולמה קיי"ל חייבי עירכין והאומר הרי עלי מסדרין ולא יהי' דין הדיוט חמור מדין גבוה. ויש ליישב דשם כיון דגלי התורה ואם מך הוא מערכך ומפרשינן החייהו מערכך אם כן לא נתחייב בנדרו יותר ממה שחייבתו התורה אבל לענין בעל חוב אם התנה בפירוש שלא יסדר לו תנאו קיים כמבואר בש"ע לכן כשנשבע לפרוע אמרינן דהוסיף בשבועתו שהוא ללא צורך לחייב א"ע אף להתפלש בעפר כדי לפרוע דאל"כ מה צריך לשבועתו הא פבע"ח בלא"ה מצוה וחיוב התורה רמיא עליו ועיין קצוה"ח (סי' ע"ג ס"ק ה') דהביא משם כנה"ג יו"ד דק"ל על חזה התנופה כיצד חל השבועה הא הוי לקיים המצוה וכ' כיון דאח"כ אין ידו משגת ואין חיובו אלא מכח השבועה חייל השבועה כמו אם נשאל על הראשונה חלה השניה והגם כי יש לגמגם בדבריו דאינו דומה לנשאל על הראשון' דחל השניה למה שכ' הש"ך יו"ד (סי' רל"ח ס"ק כ"ו) משם הר"י מינץ דדוקא בשאלה דחכם עוקר הנדר מעיקרא וחלה למפרע ומה"ט כ' הקצוה"ח בעצמו בס' א"מ ח"ב בתשובותיו דשבועה אינה חלה על קיום מצות תורה אף כשפקע האיסור לעולם כל דבריו שם בתשובה הנ"ל סותרין לדבריו שבקצוה"ח (סי' ע"ג) דהעלה שם דהנשבע לקיים את המצוה עכ"פ חלה לזרוזי נפשי' ובפרט לפוסקי' הסוברים דלענין מלקות חייב וכיון דעל כרחך חיילא קצת בשעת' ממילא חיילא כשפקע קיום בלעדי השבועה ועיין

מה שכ' בזה בספרי ח"ר דיני נדרים (סי' כ"ט) עכ"פ כיון דחיילא השבוע' שפיר י"ל דיפה בזה כח הדיוט מכח גבוה:

אך יש לדון ולומר דלא נשבע לקיים יותר מכפי חיובו שחייבו התורה רק לזרוזי נפשו אבל לא לחייב את עצמו יותר לעשות ממה שחייבו התורה ואם הדין הוא דבלא שבועה מסדרין למה נחייבו להתפלש בעפר כשנשבע. אולם דעת כנה"ג כיון דנשבע לפרוע חובו וכיון דאף דאם מסדרין עכ"פ נשאר חובו עליו וחייב הוא לפרוע ורמיא על קרקפתא דגברא רק שאין לו עכשיו לפרוע ולצאת ידי חובתו ועכ"פ חייב לפרוע לכך שפיר אין מסדרין ומה"ט יש לדון דבכל מקום שאין בעל חוב גובה כמו מצדקה והענקה מ"מ אם נשבע לפרוע חייב לפרוע אף מזה לצאת ידי חובתו כיון דעכ"פ חייב לפרוע אולם דעת התומים דהשבועה לא הוי רק על מה שחייבהו התורה לכך סובר דרק מטעם ספק איסור וס' שבועה לחומרא ולדעתו יש לדון למה שכ' התומים (סי' מ"ב ס"ק ה') משם מהר"י מינץ דהיכא דהלשון בשטר מסופק דיד בעל השטר על התחתונה אפילו יש חרם או שבועה ותמה הא ספק איסור לחומרא וכ' דהנשבע יחוש לעצמו אבל הב"ד אין כופין על כך וכ' דהר"י מינץ איירי דרצה להתיר שבועתו רק דאין להתירו שלא בפניו וכיון דבדיעבד מותר ויש כאן רק ספיקא דרבנן אזלינן לקולא עיין שם ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' מ"ח) אם כן ה"נ דכוותיה א"ו דאין הב"ד כופין להגבות הכל ולהתפלש בעפר רק דיחוש לעצמו וגם אם רצה להתיר שבועתו מתירין ולא משמע כן מסתימת דברי הש"ע לכן דברי התומים צ"ע:

ועיין בכנה"ג מהד"ב דהביא משם ספר פסקי מהר"מ מרקאנטי ז"ל דמסתפק אם גובה מן הערב מה דסידר לבע"ח דשמא יכול הערב לומר לו איני רוצה לפרוע כלום בעוד שיש ללוה כלום והכנה"ג כתב על זה דפשיטא ליה שאינו גובה מן הערב שאין הערב חייב אלא במה שנתחייב הלוה לפרוע עכ"ל. ולכאורה לא אבין הפשיטות הזה הא הלוה באמת חייב לפרוע רק התורה לא חייבהו להתפלש בעפר ואונס רחמנא פטרהו להלוה והוי כאין לו ללוה ממה לשלם ולמה לא יהיה הערב חייב לשלם וכל החיוב להערב הוא רק כשאין לו להלוה לשלם וה"נ דכוותיה. ברם י"ל כיון דהוי ספק יכול הערב לומר קים לי דאין מסדרין והוי כיש לו לערב ואף דמספק אינו יכול לגבות מהלוה יכול הערב לומר רמי עליך המצוה להחיותו ואני איני חייב בזה ולא הוי ערב רק על מה שנתחייב הלוה ואין לו אבל זה יש לו רק התורה חייבך להחיותו ויש לך שכר מצוה בזה לכך אני איני חייב לשלם לך ומ"מ צריך עיון ופשיטותו של הכנה"ג אינו מוציא מידי ספיקו של הרקאנטי ז"ל וי"ל אם תפס המלוה מן הערב דאין מוציאין מידו:

וראיתי דבר תימא בספר שער משפט שכתב לדון דמה שנשאר הלוה חייב להמלוה כפי ערך הסידור שנשאר בידו כיון דלא הוי רק מספק אם מסדרין או לא אף אם הוא מלוה בשטר אינו יכול לגבות מלקוחות דיכול לומר קים לי דאין מסדרין והנחנו לך מקום לגבות ומדמה להמבואר (סי' מ"ג סכ"ג) בב' שטרות באחד כתוב בניסן סתם ובא' כתוב כ"ח ניסן ואין ללוה רק שדה אחת דמגבין לבעל כ"ח דיש לו זמן מבורר ודלמא מי שיש לו ניסן סתם הוא בר כ"ט ואינו יכול לגבות מלקוחות מאייר ואילך שיאמרו זמנך מאחד בניסן והנחנו לך מקום לגבות והשני שלא כדין גבה וה"נ יכולין לומר הלוה שלא כדין לקח ממך הסידור דקיי"ל דאין מסדרין ולדעת החולקים שם על רמב"ן דהו"ל כאשתדוף ב"ח ה"נ דכוותי'. ולדעתי כאן לכ"ע דמי לאשתדוף ב"ח ואף הרמב"ן מודה דגובה מלקוחות ואינו דומה לשם כלל דשם יכול הלוקח לומר ברי דזה היה בר גבייה מהב"ח דבשעת מעשה היה מבורר הדבר והיה יכול להתברר רק אחר כך נולד הספק וגם עוד יכול להתברר סובר הרמב"ן דלא הוי כאשתדוף דיאמרו הלקוחות עדיין שעבודך קיים על השדה שהנחנו לך לגבות ועיין מה שכתב אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' קי"ט) במה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' כ"ה) מה שאין כאן כאן הספק הזה אם מסדרין או לא נולד מכבר ובעת שקנו הלקוחות הקרקע ידעו הלקוחות שהדין הוא דמסדרין לבעל חוב ודין זה כבר נפסק ואף דיאמרו קים לי דאין מסדרין לא יוכלו לומר הנחנו לך מקום לגבות כיון דידעו כשיב' המלוה לגבות החוב לא יהיה יכול לגבות כפי הסידור והוי כאשתדוף ב"ח מאז ולא גרע מאם נשאר ב"ח במדינה אחרת דג"כ א"י לומר הנחנו לך מקום לגבות ק"ו בזה אף דמהני תפיסה ושעבודא דבעל חוב קיים אם הדין הוא דאין מסדרין מ"מ עיקרא שעבודא דבעל חוב על דבר שיכול לגבות והלקוחות צריכין להניח מקום לגבות בכח ב"ד וז"פ לענ"ד:

כתב בש"ע כשמחזיר המשכון צריך להחזיר לו בעדים ולהתרות בו אל תחזירהו לי אלא בעדים דאם לא כן הי' נאמן לומר החזרתי או פרעתי במגו דהחזרתי וכ' הסמ"ע דבלי מגו אינו נאמן אף דהוי מלוה על פה משום כיון דהמשכון היה בידו והוא החזירו בעדים הוי ליה כמו פקדונו ביד הלוה ואינו נאמן אלא במגו ובפרישה כ' אף במלוה בשטר דהלוה טוען פרעתי ויש לו מגו דיטעון לא החזרת לי המשכון או חזרתי ומסרתי לך נאמן ובתומים משיג ע"ד דהמלוה דטוען החזרתי ולא פרעתי נאמן במגו דהיה טוען לא החזרתי המשכון רק נאנס לדקיי"ל אף שלא בשעת הלואה אינו חייב באונסין וכשישבע שנאנס גובה חובו עכשיו דטוען החזרתי לך ולא פרעתני גובה בשבועה ובמקום שטר אמרינן מגו להוציא ויש להעיר בדבריו אף דיש למלוה גם כן מגו מ"מ כיון דללוה גם

כן מגו לא גרע מתרי ותרי ולדעת הש"ך (סי' מ"ו ס"ק כ"א) בשטר מוקמינן ממונא על חזקתו ואף למה דפקפק בתומים שם (ס"ק מ') מ"מ כאן כיון דצריכין לחזקת השטר להועיל נגד המגו של הלוה שוב לא מהני מגו להוציא ויש ליישב למה שכ' לעיל דיני טו"נ (סי' כ"א) וגם בכמה דוכתי הבאתי דעת הר"י מיגאש ז"ל דבתו"ת נגד שטר מוקמינן השטר על חזקתו ואכ"מ בזה:

סימן ד

אם נתייאש המלוה מחובו אם מהני היאוש בחוב יש בזה מבוכה בין הפוסקים דעת מהרי"ק דמהני והח"צ בהגהות טו"ז (סי' קס"ג) דלא מהני והקצוה"ח שם העלה דיאוש מהני בחוב וכבר כתבתי בזה בספרו של אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני הלואה (סי' ל"ו) לדון דלענין שעבוד מהני היאוש עיין שם ואחר כן עלה בדעתי לדון הכרעה לדינא בזה באופן שיהי' מסולק טענת הקצוה"ח שם מכו"כ דעיקר יסודו ע"ד הרמב"ן ב"מ (פ"ב) בראה סלע שנפלה נטלה על מנת לגזלה ואע"ג דאהדרא בתר יאוש מתנה בעלמא דקא יהיב ליה והקשו הראשונים הא קיי"ל דיאוש לחוד ל"ק כל דאתי לידי' באיסורא דהיינו קודם יאוש והביא הרמב"ן דברי הגאון דגזילה ואבידה הוא זה ונקנה ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנית ביאוש מדין תורה לעולם ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם וזה כיון שנוטלה על מנת לגוזלה ולא להשיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה ולא על מנת לגוזלה קודם יאוש אי אפשר לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים וש"ש שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות בעלים אבל בזה שעל מנת לגוזלה נטלה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אעפ"י שהחזיר עובר בכולן ומבואר הא דאבידה אינה נקנית ביאוש כשנטלה על מנת להתירה דידו כידו וכמונח תחת יד בעלים ובנטלה על מנת לגוזלה דלא הוי ידו כידו דבעלי' נקני' לו ביאוש אע"ג דמטי לידו קודם יאוש ונתחייב בהשבה מ"מ לא מקרי באיסורא אתי לידו דבאבידה אתי לידו בהתירא אלא דבהשבה הוא דנתחייב וכיון דלא הוי באיסורא אתי לידו נקנה ביאוש ואם כן בחוב דבשעת הלואה לא באיסורא אתי לידי דהא מדעת המלוה בא לידו אלא דנתחייב בהשבה נקנית לו ביאוש מק"ו מאבידה שנטלה על מנת לגזלה עיין שם באורך דנדחה בזה כל השגותיו של הח"צ על מהרי"ק:

ולענ"ד לחלק בזה וכוונת הגאון ז"ל הוא ע"ד אחר דהא בש"מ ב"מ שם כ' משם הר"ן וז"ל להשיג ע"ד הגאון ואינו מחוור בעיני דהא רבא גופיה אמר במרובה גבי יאוש דגזילה

דקונה אי מדאורייתא אי מדרבנן או דילמא ל"ד לאבידה דכי אתא לידיה בהתירא אתאי לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה מדרבנן הוא דלקני משום תקנת השבים אלמא דקולא דאבידה מגזילה אינה אלא משום דבהיתר אתאי לידיה אבל זו שנטלה על מנת לגוזלה ומתחילה עבר על לאו ועשה דאבידה גופה ודאי דבאיסורא אתא לידיה ומחויב בהשבתה או בהשבת דמיה כגזילה גמורה ולפיכך לשון זה של גאון צל"ע אלא כיון שכל אחרונים סמכו עליו יש לסמוך עליו עד שיבא ויורה צדק עכ"ל הר"ן וי"ל בכוונת הגאון ז"ל דהא יש להבין הא דקאמר בש"ס ב"ק הטעם דגזילה הואיל דבא לידו באיסורא אינו קונה ביאוש מאיזה סברא לא יקנה ולחד פירוש בתוס' ב"ק (דף ס"ט) אין שום אדם יכול לזכות בו מ"ט וי"ל דבאמת לולא דגלי לן קרא דאבידה נקנ' ביאוש לא הוי ידענו מסברא דמסברא היינו אומרים דהוי בטעות ובעל כרחו הואיל דנאבד ממנו אבל אבידה כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא כמו שכ' בש"מ ר"פ המפקיד רק דאינו יודע היכן הוא ואולי היה יודע היה בא לקחת רק כיון דאינו יודע היכן הוא מונח מייאש מיניה והוי בטעות ובע"כ רק קרא גלי לן כמו שכ' תוס' דיאוש מהני באבידה אף שהוא בטעות ובעל כרחו וי"ל דלא גלי לן התורה רק היכא דלא גרם לו אחר בטעותו רק בהכרח בא מצ"ע שנאבד ממנו בזה אף שהוא בטעות גלי לן קרא דמהני שיצא מרשותו אחר שנתייאש כיון דסוף סוף מתייאש מרצונו אבל בגניבה וגזילה דאינו מתייאש מרצונו רק בהכרח שהגנב או הגזלן גרם לו זאת ולקחו ממנו בעל כרחו שאינם רוצים להחזיר לו י"ל דבכה"ג שיודע שגרם לו אחר ומכריחו להתייאש מנ"ל דבכה"ג מהני היאוש שבעלי' מתייאשים בע"כ ושלא לרצונם שבזה יצא החפץ מרשותם ושיעשו הפקר בעל כרחן וזה דקאמר באיסורא אתיא לידיה היינו שכיון שהוא גרם לו שצריך להתייאש בשביל שלא החזיר לו הוכרח להתייאש בעל כרחו וי"ל דלא מהני שיזכה בו הוא ואף לגבי אחר י"ל דלא מהני יאוש הואיל דהוא בעל כרחו ובזה מסופקין בתוס' (דף ס"ט) הנז'. וזה אתי שפיר בגזילה וגניבה דהן גרמו לו שיתייאשו הבעלים מה שאין כן באבידה כ"ז שמונחת ואבודה ממנו נקנ' ביאוש שלא גרם והיה סיבה לזה אחר באיסור רק מצ"ע וכשכבר בא ליד אחר שמצאו לא מהני היאוש כיון דכבר הוא משומר וכביד בעלים הוא מה שאין כן כשנוטלה על מנת לגוזלה כיון דאף אם לא הי' נוטלה היה מייאש מאבידתו ואין מעשיו ומחשבתו שנטלה על מנת לגזלה גרמו להיאוש רק אם היה נוטלה על מנת להחזירו לבעלים הוי כיאוש ברשות וכיון שנטלה על מנת לגזלה עדיין שם אבידה על החפץ לכך מהני היאוש כיון דלאו בסיבת שנטלה על מנת לגזלה מייאשו הבעלים רק בסיבת שנאבד' ממנו וכמו אם לא הוי נטלה דמהני היאוש כן אם נטלה על מנת שלא

להשיבה גזילה ואבידה הוא ובחוב נמי אם יש לו לצאת ידי חובתו' ואינו רוצה לשלם כמו בנידון דמהרי"ק גורס הלוה לסיבת היאוש י"ל דלא מהני דהוי כמו גזילה דבאיסורא אתי לידיה והוא גרם בעל כרחו שנתייאשו הבעלים ולא מהני כן בחוב נמי כיון דעל ידי שאינו רוצה לשלם בהכרח התיאש המלוה י"ל דלא מהני והוי יאוש בעל כרחו. והיכא דהעני הלוה וירד מנכסיו ואין לו לשלם בזה מהני היאוש כמו באבידה ובזה מסולק כל טענותיו של הקצוה"ח שם ובפרט מה שהביא מש"ס סו"פ כל הגט ומרש"י שם דמהני יאוש בחוב ותמה שם הפנ"י דמה מהני ווי לחסרון כיס דהא ל"מ יאוש בחוב ולמה שכ' אתי שפיר ע"נ בנידון דמהרי"ק שהסיבה להתיאש היה בע"כ שלא הי' רוצה לשלם והוי כמו באיסורא אתיה לידיה כיון דגרם האיסור לזה שבעל כרחו ובהכרח יתיאשו הבעלים מה שאין כן שם פ' כל הגט דהתיאשו הבעלים מחמת עניות של הלוה שאין להם לשלם הוי כמו אבידה דמהני היאוש:

ובזה מיושב מה שיש להעיר למ"ש האחרונים הטעם לדעת רמב"ן דגזל אינו נקנה ביאוש לחוד הוא משום חיוב השבה אם כן למה שכ' אחרונים דגזל עכו"ם אף דאסור מ"מ אינו חייב בהשבה דל"נ על זה והשיב יהיה נקנה ביאוש לחוד כיון דמ"מ ברשותו דבעלים לא הוי לשום דבר למה יגרע מאבידה וברמב"ן מלחמות ד' פרק לולב הגזול מבואר דמפרש בהא דאמר ר"ה סתם גזלי ארעא נינהו היינו מעכו"ם ויקשה דיהיה נקנה ביאוש וכבר עמדתי על זה בהגהותי בד"ח דיני גניבה (סי' ג') עיי"ש מה שכ' בזה ולמה שכ' דעיקר הטעם בגזילה דלא מהני יאוש לחוד הוא משום באיסורא אתי לידו היינו דעל ידי איסורא דגזילה שלקח בע"כ של הבעלים והכריחו אותם שיתייאשו ובמקום שהם גרמו להיאוש בע"כ לא גלי לן קרא שיקנה ושיצא מרשות בעלים בע"כ ובהכרח של הקונה שוב אף במקום דאינו חייב בהשבה גם כן לא מהני יאוש לחוד. וכן אתי שפיר נמי הא דמשמע דהיכא דבדמים קנינהו וקלבד"מ דמ"מ אם הוא בעין חייב להחזיר ולמה שכתבו אחרונים דאין כאן חיוב השבה אם כן יהיה קונה ביאוש לחוד וכבר כתבתי שם ג"כ לדון בזה ולמה שכ' דעיקר טעמא דבאיסורא אתי לידו היינו דהוי יאוש בעל כרחו ולא יצא מחזקת בעלים ולא נסתלקו מהם ביאוש אתי שפיר אולם שם בלא"ה אתי שפיר למה שבררתי לעיל דיני דיינים (סי' מ"ו) דמ"ע דוהשיב נאמרה אף בקלבד"מ רק דלא למסר לב"ד עיין שם. ומ"מ בהלואה נראה כמו שכ' דאם הלוה לא גרם לסבב היאוש דהמלוה י"ל דנפקע החוב מה שאין כן כשאינו רוצה לשלם דינו כמו גבי גזילה ובפרט למה שכ' לעיל (סי' ב') כשאין הלוה רוצה לשלם הוי למפרע גזל דאדעתה דהכי לא הלוה לו ונתבטל שם הלואה ודומה לגזל:

וקצת יש להביא ראיה דלא מהני יאוש בחוב אם אינו רוצה לשלם מה דמבואר מכל הפוסקים באם כופר הכל ונשבע היסת ואחר כך הודה במקצת או בא עד א' צריך לישבע בנקיטת חפץ כמבואר (סי' פ"ז) וקשה שבועה זו מה טיבה אף דלא קיי"ל כרב ושבועה אינה קונה מ"מ כיון דנשבע כבר נתייאשו הבעלים כמבואר ברמב"ם (פ"ח) מגזילה דלכך הגוזל את חבירו שוה פרוטה ונשבע לו דחייב לרדוף אחריו אפילו לאיי הים עד שיחזיר לו מפני שהבעלים נתיאשו ואינם באים עוד לתבוע ועיין ש"ע (סי' שס"ז) ובש"ך שם דאף דמודיע לו שיש ת"י ורוצה להחזיר ל"מ דסוף סוף הבעלים חושבים שלא יחזיר לו מפני שכבר נשבע וחזינן דאחר שנשבע ודאי הבעלים נתיאשו אם כן כיון דכפר בחוב ונשבע ודאי הבעלים נתיאשו ואם נאמר דמהני היאוש ופטור מלהחזיר לו למה צריך שישבע פעם שנית אלא ודאי כיון דבעל כרחו התיאש בסיבת הלוה אינו קונה ביאוש ולא נפטר מן החוב רק אם נתייאשו הבעלים בשביל עניות דלוה שבא היאוש שלא בגרמות הלוה אז הוי דומיא דאבידה וכנ"ל ועיין במה שכ' אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני גניבה סי' ל"ז:

סימן ה

אם לא נמצא ללוה יותר מכפי שמסדרין התקינו הגאונים שישבע הלוה בנקיטת חפץ שאין לו כו' ושלא נתן מעמלה"ח כמבואר ברמב"ם וש"ע והקשה בבעה"ת למה צורך שבועה זו אם המקבל מתנה יחזיר לו ה"ה בכלל שבוע' שאם ירויח שישלם לו ותירץ דחוששין אולי נתן במעמלה"ח לא במתנה גמורה רק כדי להרויח ועיין בג"ת פירש דבריו ובאורים (סי' צ"ט ס"ק ב') וי"ל בפשיטות דהנה אם נותן במעמלה"ח אם מחזירו על תנאי י"ל דהוי קיום התנאי לא מבעי אם לא אמר לי דאפילו הקדישו המקבל מוקדש ודאי דיכול להחזיר על תנאי אלא אף אם אמר לי דאינו יכול להקדיש כשהחזירו על תנאי והוא נתרצ' בהתנאי גם כן הוי חזרה וקיום התנאי ואף דבע"כ י"ל דבתנאי שאינו תלוי ברצונו אם לקיים או שלא לקיים י"ל דל"ה קיום התנאי מ"מ כשנתרצה לא גרע מאם מוחל התנאי דמהני ואם כן יכול לעשות קנוניא למחול על התנאי והמקבל יתן לו על מנת שלא יחול על מה שנותן לו בהחזרה להנותן שעבוד בעל חוב עליו דתנאי מהני כמבואר (סי' קי"א) ולסלק חשש זה צריך שישבע שלא נתן מנכסיו לאחר במעמלה"ח דאם יודה שנתן לאחר במע"מ להחזי' נשתעבד זכות זה שיש לו להלוה על האחר להמלוה ואף אינו יכול למחול ואף אם נותן לו במתנה על מנת להחזיר אם ירצה שיחזיר לו גם כן משועבד זכות זה להמלוה כמבואר בתשוב' הריב"ש (סי' תפ"ג) הובא בטו"ז (סי' צ"ט) באם כתב בשטר שיפרע לו כ"ז שיתבענו המלוה אף אם אינו תובע אותו המלוה כיון

דנשתעבד לבעל חוב שלו יכולין להוציא ממנו. ועיין בש"מ ב"מ (דף י"ט) ובדרישה (סי' רנ"ב) ובמה שכ' אאזמ"ו (סי' פ"ו) בדברי משפט ועיין במה שכתבתי בזה בד"ח דיני גב"ח (סי' ס"ז) לכך משביעין אותו אם לא יש לו זכות זה במעמלה"ח דנוכל לחוש דאף כשיקבל בהחזרה אם לא נודע מזה יחזיר לו בתנאי כנ"ל מה שאין כן אם יודע זאת להמלוה נשתעבד לו בקיום התנאי בכח שדר"נ:

ואם לא נשבע על להבא ואחר כך תבעו בעל חוב אחר והשביעו על להבא מה שירויח יתר על הוצאות שיתן לו כ' הטור משם הרא"ש דצריך לקיים שבועתו והש"ע כ' שב"ד יכופו ללוה ליתן החצי לראובן ובש"ך נסתפק למי נכוף והתומים כ' דודאי אם כבר הגבהו לבעל חוב השני אין מוציאין מידו רק הב"ד כופין להלוה גם תמה כיון דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו ורק מטעם מצוה פריעת בעל חוב וכיון שנשבע לשני שלא לפרוע כל מה שירויח רק לו ועל החצי שפיר נשבע דמגיע לו כדין ועל החצי השני שלא כדין ולעבור על המצוה ומגו דחל על החצי המגיע לו כן חל על חצי המגיע לבעל חוב השני. וי"ל למה שכ' לעיל (סי' ב') דנשבע לקיים המצוה לא חל רק בכולל שחייב לשלם אף ממה שמסדרין אם כן כאן לא חל השבועה על החצי שמגיע לו רק כיון דחל על חלק השני וליכא כולל ואף אם נאמר דחל על החצי שמגי' לו לקיים המצוה מ"מ בשביל זה אינו חל על החצי השני לבטל המצוה שלא לפרוע להבע"ח הראשון ועיין במל"מ (פ"ד) ממלוה סוף הלכה א' משם המבי"ט בנשבע לשלם בכולל קרן וריבית דלא שייך דינא דכולל אלא כשכולל דברים המותרים עם דברים האסורים אבל כשכולל דבר איסור עם דבר מצוה כי הכא לא הוי דיני דכולל דכי היכי דבדבר איסור לא חל שבועת בטוי ה"נ בדבר מצוה לא חל ועיין שם מה שהשיג עליו המל"מ מדברי תשובת הרא"ש וי"ל למה שכ' לעיל דלזרוזי נפשו חייל ומ"מ דעת מבי"ט דכולל לא שייך בזה ועוד הא לעבור בקום ועשה לא חייל בכולל וכאן י"ל דהוי קום ועשה לעבור דהא לא נשבע שלא ישלם לבעל חוב הראשון רק דנשבע שישלם לו מה שירויח ואם יתן לזה כל מה שירויח עושה בקו"ע לבטל מצות פריעת בעל חוב אל הראשון והוי כמבטל המצוה בקו"ע ואף הנשבע לאכול דבר זה ואיבדו השליכו לים או שרפו מבואר בירושלמי מס' שבועות דהוי כעובר בקום ועשה ועיין תוס' שבועות (דף ד') ק"ו כאן אם משלם לזה הכל ומה שגבה גבה מבטל בקו"ע המצוה שחל עליו לפרוע לזה החצי ולזה החצי. גם הא דעת הטו"ז יו"ד (סי' רל"ד ס"ק נ"ט) דהיכא דאיכא הרעות אחרים לא חל אף על ידי כולל ועיין ריב"ש (סי' קנ"ט) וכבר האריכו הרבה אחרונים בזה וכאן נמי שבועתו להרעות הבעל חוב הראשון ולא חל אף בכולל. ועיין במה שצידד התומים שם עוד אי איירי בכ' לו דאיקני רק דתליא

אם יכול לחזור וכבר קדמוהו במהרי"ט (ח"א סי' קכ"ח) ובכנה"ג (סי' ס') ומדבריהם יש לגמגם טובא ע"ד התומים:

והכנה"ג שם כ' להקשות על דברי הרא"ש דמאי איכפת לן משבועת הלוה כיון דמן הדין חולקין למה יפסיד המלוה הראשון וכתב כיון שהדין הוא כל הקודם זכה אם נשבע צריך הלוה לקיים שבועתו לתת לו וכל שנתנם לו זכה דכל הקודם זכה. ובאמת כדמות סברא הזאת מצינו בר"ן פ' הכותב דכתב דלכך לכתובת אשה לא יהבינן דהב"ד אינם מפקיעין שעבודה רק לכתחילה נותנים לבעל חוב וכיון דגבה מהני תפיסתו. אולם אין לדמות מדעתינו במה שתקנו חכמים ויש להם כח לעשות לכתחילה אבל לומר מדעתינו כיון דמהני תפיסת בעל חוב השני יהיה הלוה חייב ליתן לו הכל ולבטל מצות פריעת בעל חוב נגד הראשון הואיל דנשבע אם השבועה אינה חל לבטל מניין לנו שיהיה בידו לבטל מזה. ובאמת מלשון התשובה שבס' חזה התנופה שבב"י (סי' ס') שכ' אם קודם שבא זה הכח בעולם נשבע לתת אותו לבעל חוב המאוחר צריך לקיים שבועתו ולתתו לו כי מאותה שעה שנשבע לתת לו קדם וזכה בכח ההוא ומעכשיו ולכשיבא משמע קצת כמו שכ' הכנה"ג. ואולי הכוונה אף דשבוע' אינו עושה קנין מ"מ כיון דרק מצות פריעת בעל חוב עליו ואינו נשבע לבטל מצות פריעת יעת בעל חוב כיון דאף אם נותן להשני הכל מקיים בכל פרוטה ופרוטה ג"כ מצות פריעת בעל חוב רק מהיכי תיתי יהיה הראשון נדחה ממצוה לכך הדין דיחלוקו אבל אם עבר ונתן לאחד על פרעון חובו לא חשיב כמזיק לכך חל השבוע' להיות החיוב עליו לפרוע להשני הכל ועיין ב"י (סי' ק"ד) משם תשו' מיימוני דאף דמהני תפיסה מ"מ אין הדיין יכול לכופו לפרוע הכל ועיי"ש בב"י ובב"ח ובקצוה"ח שם (סק"ב) אבל משמע לכאורה דהלוה בעצמו יכול לפרוע הכל לאחד ובנשבע י"ל דחייב שפיר לשלם לו הכל דזה הוי מקודש מחבירו ועיין מהרי"ט (ח"ג סי' ח'):

והנה האחרונים הקשו על דעת הרא"ש הנז' מדבריו המובא באה"ע (סי' קי"ח סט"ז) בנשבע לתת לחבירו חצי מה שירויח ואין החצי שישאר מספיק לפרנסת אשתו אעפ"כ צריך שיקיי' שבועתו והוא בתשובת הרא"ש (כלל ח') בחייט עני ואחד למד אותו האומנות והבטיח לחלוק עמו כל מה שירויח בחמש שנים ואינו מספיק החצי לפרנסתו ואשתו וכ' הרא"ש דאף אם מכר אין מוציאין למזון אשה כ"ש אם שעבד גופו לאחר דאין שעבוד חל על גופו של אדם בשום ממון שהוא חייב ושם באותו כלל דן הרא"ש במי שנשא אשה על אשה ונשבע לשניה שכל מה שירויח יתן לה וכ' הרא"ש דאין השבועה חל כיון דחייב להראשונה. ובטו"ז אה"ע (סי' קנ"ד) כ' דבעובדא דחייט שלא נשבע רק

ליתן החצי וחלה השבוע' עכ"פ באם ירויח כ"כ שיספיק החצי לאשתו והוי איסור מוסיף וחל על הכל אפילו אם לא יספיק רק כיון דעכשיו אינו מספיק ויש להאשה ג"כ שייכות על המעות לכך כ' אפילו במכר אינו מהני ק"ו בשעבוד גופו מה שאין כן בנשבע לשניה שכל מה שירויח יתן לה מפקיע החיוב שעליו לפרנס הראשונה ואין השבועה חלה בזה וכן כוון לזה בספר בית מאיר (סי' קח"י) ויש לגמגם בזה טובא דמה שכ' הטו"ז דהוי מוסיף אינו מובן דלא הוי אלא כולל מגו דחל על מה שירויח אחר שיספיק למזונות אשתו חל גם כן על מה שירויח מקודם וכבר כתבו האחרונים דהיכא דהוי כולל ההיתר לאח"ז לא הוי כולל וגם למה שכ' דלהפקיע זכות אחר לא שייך כולל כלל א"כ על החצי החלק שיש זכות לראשונה ל"ח. ועוד יש כמה פקפוקי' בזה ובט"ז ח"מ כ' הא דצריך לקיים שבועתו אף דהוי כנשבע שלא לפרוע ואין השבועה חלה י"ל כיון דאי בעי לא עסיק אחר כך בהרוחה כלל ויכול לישבע שיתעסק לבעל חוב המאוחר ובזה השבוע' חלה וגם על זה יש לגמגם דהא לא נשבע שיתעסק רק מה שירויח יתן לו ומה שמרויח חייב מן הדין לפרוע החצי להראשון. ובס' ב"מ שם כ' דגבי בעל חוב דאין חיוב מצוה עליו עד שיתבענו ויש מקום להשבועה לחול מה שאין כן מזון אשה שמצווה מעצמו לזונה כאמור בהכתובה ואני איזון. ויש לגמגם הא אם כבר תבעו ונשבע שאין לו רק שלא נשבע שיתן ממה שירויח בזה החיוב עליו לשלם מעצמו אף בלא תבעו אחר כך וי"ל דבחייט שכ' הרא"ש מטעם דא"מ למזון אשה וכן המחבר דפוסק דצריך לקיים שבועתו אף דכאן סובר דכופין ליתן החצי לראובן דשם התחייב א"ע ליתן הדבר ממש שירויח והוי כעובד בשותפו' והתחייב א"ע ליתן לו בעד שמלמד אומנתו ואף דשבועה אינו עושה קנין מ"מ החיוב חל שיתן אותו דבר בעינא מה שירויח ואף להחליף אינו יכול כשבא לעולם רק החיוב חל עליו שיתן הדבר בעין מה שירויח החצי או חלף שכר לימודו האומנות כעובדא דרא"ש או כמו שכ' המחבר דנשבע לתת חצי מה שירויח לכן חל השבועה והוי כאלו כבר מכר גוף הדבר ואין מוציאין למזון אשה ובנות כיון דהחיוב חל לתת גוף הדבר מה שאין כן במזונות האשה בנשבע לתת מה שירויח להשני' דלא נשבע רק כדי לזונה ויכול להחליף וכיון דכבר חל המצוה לזון גם להראשונה לכך חייב לחלק וכמו כן כאן לדעת המחבר דכופין לתת לראשון החצי כיון דלא נשבע לתת הדבר שירויח בעינא להבעל חוב השני ויכול להחליף לא חלה השבועה לבטל מצות פריעת בעל חוב מן הראשון ולדעת הרא"ש כיון דמצוה חלה עליו לזון לשניהם צריך לקיים שבועתו נגד הבעל חוב הראשון שימתין עד שירויח וישלם גם לו ובמזונות אשתו

כשלקח שניה ונשבע ליתן לה כל מה שירויח אם אינו מספיק מודה הרא"ש דאינו יכול להפקיע שהראשונה תמות ברעב והשניה תהיה ניזון בריוח:

סימן ו

בע"ח דינו בבינונית ואם יש לו עידיות וזיבורית לא יתן לו אלא זיבורית ואם יש לו זיבורית ובינונית אם היתה לו עידיות בשעה שלוה ומכרה צריך ליתן לו בינונית (ש"ע סי' ק"ב ס"ד) וכ' בנתיבות ואם היה לו עידיות ונשתדף נראה ג"כ דגובה מזיבורית דדוקא במכרה לאו כל כמיני' לקלקל בידים שיעבודו שהיה לו בשעת הלואה ועוד דגם עכשיו הוי עידיות תחת שיעבודו אף שמכרה דאם ישתדפו שאר הנכסים יגבה מהעידיות מה שאין כן בנשתדף העידיות. ולכאורה לטעם השני מלוה על פה דלא גבה ממשעבדי הוא הדין שלא יגבה רק מזיבורית. ולפי זה היה יכול הש"ס ב"ק (דף ח') לתרץ הבריתו' לחלק בין מלוה על פה למלוה בשטר. ואפשר דאף לטעם הראשון דלאו כל כמיניה לקלקל בידים שיעבודו זה דוקא במלוה בשטר מה שאין כן במלוה על פה כיון דאין כאן שעבוד. וקצת ראיה בנשתדף דאינו גובה מבינונית ממה דקאמר בש"ס שם כאן שלא היה לו עידיות ומכרה דהוא שפת יתר אלא ודאי דאתי לאשמועינן דלא משכחת אנפי דלא יגבה רק מן זיבורית רק בל"ה לו עידיות ומכרה אבל אם היה לו עידיות בשעת הלואה ונשתדף גובה מבינונית אולם מדברי רש"י ז"ל גיטין (דף נ') יש להוכיח דאף בנשתדף גובה מבינונית ועיין תומים (ס"ק ו'):

ואם היה לו עידיות בשעה שלוה ומכר ונשאר בינונית וזיבורית דהבעל חוב גובה בינונית ויש גם כן ניזק לגבות בכה"ג י"ל דנוטל הניזק הבינונית והבעל חוב זיבורית דאנן קיי"ל מן התורה בעל חוב בזיבורית ורק מפני נע"ד תקנו חז"ל שיגבה בינונית וי"ל דנגד ניזק לא הפקיעו חז"ל זכותו וכחו דניזק שיהיה שוה עם בעל חוב דאזלינן בתר דינא ולא בתר תקנה וכמו שכ' הרשב"א בתשובה מובא ב"י (סי' ק"ד) דאף דעכשיו מטלטלין דיתמי תיקנו הגאוני' ז"ל דמשתעבד לבעל חוב מ"מ אם יש לבעל חוב אחד בשטרו שעבוד במטלטלי אגב מקרקעי דמשתעבדו ליה המטלטלין מן הדין ולבעל חוב אחר אין לו שעבוד ורק מתקנת הגאונים גובה זה שיש לו שעבוד מן הדין אף שהוא מאוחר ויבואר אי"ה לקמן בחילוקי דינים שיש בזה ושם מפסיד זה שבא בכח התקנה לגמרי מ"מ לא אלם התקנה להפסיד להאחר שבא מה"ד ואף דשם הוא דין הש"ס דאלם יותר מתקנת הגאונים וכאן הוא תקנה שבש"ס מ"מ י"ל דכיון דניזק דדינו בעידיות הוא מן התורה ודינו דבעל חוב הוא מכח התקנה וגם הבע"ח לא יפסיד ורק הנ"מ בין זיבורית לבינונית דמדחי הניזק שבא בכח התורה להבע"ח שבא בכח התקנה מן הבינונית לזיבורית:

ובזה יש למצוא נ"מ במה שכ' הרא"ש (פ"א) דב"ק בפלוגתא דר"י ור"ע במטיב אם בשל ניזק שיימינן או בשל מזיק דקיי"ל הלכה כר"ע מחבירו דבמזיק שיימינן וכתב הישו"ש שם (סי' ט') כיון דאף אליבא דר' ישמעאל מבואר ר"פ הניזקין דמכח תקנות חז"ל מפני תיקון העולם במזיק שיימינן אם כן אין נפקותא בהאי פיסקא ולמה שכ' אם נאמר כן דעדיף הבא בכח התורה מהבא בכח התקנה יש נ"מ טובא במה דקיי"ל כר"ע דמדינא דאורייתא במזיק שיימינן היכא דיש לפנינו שני אנשים נזיקין הבאים לגבות ויש עידיות ובינונית ושל חד ניזק הוי עידיות שלו כבינונית דמזיק דלר"י מן הדין אינו נוטל רק מן בינונית רק שבא בכח התקנה דתקון העולם לגבות מעידיות ולהשני עידיות שלו כעידיות דמזיק ויש לו כח לגבות העידיות דניזק בכח התורה ואין בכח הבא בתקנה לדחות לזה והיה הדין דהראשון דעידיות שלו הוא כבינוני' דמזיק נוטל הבינונית והשני יקח העידיות דמזיק ואם הלכה כר"ע דלעולם בדניזק שיימינן אף מדין תורה ובכה"ג אם כן יד שניהם שוין דבאין בכח התורה ולכך כתבו הפוסקים דקיי"ל כר"ע:

סימן ז

קיי"ל דב"ד ששמו קרקע לבעל חוב בחובו שומא הדר' ולכאורה נראה דהדין פשוט דאינו יכול הלוה לסלקו רק כשמסלקו מכל החוב אבל אם רוצה לסלקו מחצי השדה זה אינו מהישר והטוב וראיה לזה דהא אף במשכון מבואר לעיל (סי' ע"ד) דאינו יכול לפדות לחצאין ק"ו בזה שכבר החליטו לו הב"ד השדה בתורת גוביינא רק מצד הישר והטוב אמרו חז"ל דיכול לסלקו אין זה מהישר והטוב שיהיה שותף עמו בעל כרחו בהשד' רק או לסלקו לגמרי או להניח הכל בידו וכן ראיתי בתומים (סו"ס קי"ד) שכ' בפשיטות שלא בזו אמרו לכוף למלוה להיות שותף עמו:

אך קשה מדברי תוס' ב"ק (דף ט') דהקשו יתן לו מעות ומאי קשיא להו הא המלוה לא יתרצה וי"ל מדכתבו תוס' ויפדה הקרקע מ"מ שיתן לאחיו מעות שיפדה כל הקרקע ויהיה שותף עם אחיו. וי"ל אף בגבה שני שדות על חוב אחד גם כן אינו יכול לפדות לחצאין כמו במשכון. אך יש להבין מה הקשו הש"ס ב"מ (דף ק"י) הא ניחא נימא ליה אילו הו"ל זוזי דלמא שם שפיר סובר רבא דיכול לסלקו בזוזי הואיל דנותן לו קרקע אחד בעד חובו אבל מנ"ל דיכול לסלקו חצי בקרקע וחצי במעות הא כל הטעם דלוקח יכול לסלקו במעות משום דיאמר לדידי שוה ומעל' אותה בדמים יותר אבל מנ"ל שסברא זו יועיל שיכול לסלקו בחצי קרקע ועיין ש"מ ב"מ סוגיא דשבח דהפירוש שמסלקו בזוזי מה שחייב לו בעד השבח:

ושומא הדרא אף ליורש. ויש לחקור אם הוא מצד דהיורש בא מכח המוריש שיוריש זכות זה מכח מורישו וכמו דהמוריש היה לו זכות זה לפדות הקרקע מבע"ח יורשיו יורשין זכות זה או דלמא באמת זכות זה אין בו כח להורישו דהוי כמו דבר שאין בו ממש וכטה"נ דלכמה פוסקים אין בניו יורשין זכות זה רק כמו דתקנו חכז"ל דשומא הדר' לו ללוה משום הישר והטוב כמו כן תקנו שגם ליורשיו יחזיר מטעם הנ"ל ויש כמה נ"מ בזה כמובן. ולכאורה תליא במחלוקת הפוסקים המובא בש"ך (סי' ק"ג) אם צריך המלוה לחזור ולהקנות להלוה להסוברים דאף קנין אינו צריך וממילא כשמסלקו הלוה חוזר הקרקע אליו דומה לשדה החוז' ביובל דאין צריך קנין וחוזר אף ליורשים ואף ראוי ל"ה. ולדעת הריטב"א דצריך הקנאה מהמלוה להלוה אם כן אין שום זכות להלוה בגוף הקרקע רק שעבוד על המלוה שכל זמן שהקרקע בידו כשמסלקו הלוה בדמים מחויב להחזירה ולהקנות להלוה י"ל דלא שייך בזה ירושה ועיין טו"ז אה"ע (סי' קי"ב) ובקצוה"ח (סי' רע"ח) במי שנשבע לתת לחבירו מתנה ומת המקבל דאין צריך ליתן ליורשיו ובב"מ שם וס' הפלאה כיון דשבועה אינו עושה קנין ואין לו למקבל זכות בגוף החפץ לא זכו היורשים ועיין בדברי חיים חיו"ד (סי' מ"ח) ובהגהותי שם ובמה שכ' בספרי ח"ר דיני תו"מ (סי' ד') להביא ראיה דליתא בירושה דאם לא כן אף דבר שאין בו ממש ודשלבל"ע איתא בירושה עיין שם. אם כן כאן נמי אם לא יש לו להלוה זכות ורק חיוב על המלוה להקנות לו בהחזרה מצד הישר והטוב ליתא בירושה וכאן גרע דהא יכול המלוה בכל עת להפקיע זכות זה מהלוה למכור לאחר ואין כאן שום סרך איסור בזה י"ל דודאי לא שייך בזה ירושה:

וראיתי בלבוש שכ' וז"ל אמרו חז"ל שמסלקינן אותו מהקרקע משום הישר והטוב וזה הישר וטוב לפני הש"י שקרק' הנלקחת מן אדם בעל כרחו אע"ג שעפ"י דין נלקח ממנו ועל פי ב"ד שיחזירהו לו כשירצה לפדות משום עגמת נפש כו' וי"א דוקא ללוה ויורשין הדרא שומא כשגבה ממנו בעל חוב דגבי לוה ויורשיו אית ביה הישר והטוב משום עגמת נפש שיש להן אם לא יחזיר להם עכ"ל משמע קצת דגם מה שיהדר ליורשיו בעינן משום הישר והטוב ומטעם עגמת נפש ולא משום דיורשין זכותו. אך י"ל דאם ל"נ גם ביורשים הטעם משום עג"נ ל"ה אומרים דיהדר להם דעיקר התקנה הי' ללוה משום עג"נ ולא שיורשיו יורשין זכותו אבל לעולם כשנאמר דגם ליורשין יש עגמת נפש או אם הלוה יודע דליורשיו לא תהדר יש לו עג"נ ממילא יורשין זכותו מדין ירושה ממורישיהן. ואם נאמר דלא מצד ירושה הוא רק מצד תקנת חז"ל שיהדר גם ליורשיו אבל לא שייך בזה ירושה אתי שפיר דברי תוס' ב"מ (דף ל"ה) דנצרך לבעל לוקח הוא משום דלא יהדר

ליה אבל אם יורש הוא הוי מהדרינן ליה ולא שייך לומר אין הבעל יורש בראוי כיון דלא מדין ירושה אתי עלה רק מצד דכך היה תקנת חז"ל שיהדר ליורשיו. ועיין ש"ך (ס"ק י"ט) ובתומים וקצוה"ח ובדברי משפט (סי' רע"ח) בזה:

עיין אורים (סוף סי' ק"ג) הביא דעת רמב"ן ב"ב סוגיא דפו"ט ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא בעל חוב דראובן ולא מצא לו נכסים וטרף השדה מן ש' ואחר כך נתעשר ראובן יכול שמעון לכוף לראובן לפדות השדה מבעל חוב שלו דשומ' הדרא ויחזיר שדה לו וכתב האורים ולא משמע כן מסתימת הפוסקים וכן תוס' שם לא ס"ל הך דינא ולי קשה על הרמב"ן מש"ס ב"ק וב"מ וכתובות דאמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתא בעל חוב דראובן וטרף ממנו דראובן משתעי דינ' בהדיה ולא מצי אמר לאו בעל דברים דידי את דאי מפקת מיני' עלי דידי הדר ואיכא דאמרו שלא באחריות נמי דא"ל ל"נ לי דתהוי לשמעון תרעומות עלי ולדעת הרמב"ן דאם יש לו ממון יכול הלוקח לכוף להמוכר שיפדה השדה בעד דמים דשומא הדרא ולהחזיר לו למה לן לטעמא דתרעומות הא הוי בע"ד שלא באחריות כמו באחריות דעלי דידיה הדר כן נמי שלא באחריות אם יהי' לו ממון יכוף אותו דתיהדר ליה ואף דעתה אין לו נכסים דאם לא כן אין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש ב"ח וע"ש במהרש"א מס' כתובות מ"מ חשוב בע"ד מטעם כשיהיה לו דמים יתחייב לפדות כמו דהוי בע"ד מטעם דעלי' דידיה הדר כשמכר באחריות אף דעכשיו אין לו ועי' רמ"א (סי' רכ"ו) דבנתן מתנה שלא באחריו' ובא בע"ח וטרף ממנו דל"ש תרעומות אין הנותן חשוב בע"ד ולד' הרמב"ן קשה לחלק בין מוכר שלא באחריות לנותן שלא באחריות אם נאמר במוכר שלא באחריות דמ"מ יכול לכוף להלוה כשיהיה מעות שיסלק לבעל חוב ויפדה הקרקע מטעם דשומא הדרא כן נמי לדידיה מהראוי לדון כן גם בנתן שלא באחריות דהא מ"מ טרף ממנו במה שכבר זכה בעד חובו דנותן ודוחק לומר דבשביל זה לא יהי' בע"ד כיון דעכשיו אין לו מה שאין כן כשמכר באחריו' אף דעכשיו אין לו מ"מ נעשה בע"ח מיד ועליה הדר דמ"מ כיון דרמיא עליו החיוב כשיהיה לו שיפדה השדה הוי כבע"ד וגם הא ברמב"ן כתובות כ' דנ"מ בין אם המוכר דן עמו או הלוקח לענין אפותקי אם כן איירי אף דיש לו נכסים כעת. ודוחק לומר דס"ל לרמב"ן כיון דאיירי באפותקי לא אמרינן ביה שומא הדרא ועיין ריטב"א ב"מ פ' המפקיד דגבי לוה אפילו שויא אפותקי הדרא ליה דהא הוי מצי מעיקרא לסלוקי מהאי ארעא ולהלוקח לא הדרא עיין שם ואם כן באפותקי דלא שייך דינא דרמב"ן לכך נקיט הטע' משום תרעומות ומ"מ מדברי הרמ"א (סי' רכ"ו) מוכח להדיא דלא כדעת הרמב"ן בדין זה וגם הרמב"ן בעצמו שם כ' אף שלהלוקח תקנו

דשומא הדרא מ"מ אפשר שאין הלוקח שלא באחריות יכול לכופו למוכר לסלקו כיון שכבר נפרע דלאו בעל דברים דידי' הוא וזה נראה עיקר וצ"ע בדברי הגאונים ז"ל עכ"ל ותמהני שהאורים העתיק דברי הרמב"ן כאלו בהחלט כן דעתו דהא אדרב' סיים שנראה עיקר דלאו בע"ד דידיה הוא וא"י לכוף למוכר לסלקו:

וקצת היה מקום לומר דתליא במחלוקת הפוסקים אם הא דשומא הדרא צריך הקנאה בהחזרה דלהסוברים דצריך הקנאה בהחזרה ודאי אין סברא לומר דהלוקח שלא באחריות יכוף ללוה שיפדה הקרקע מהמלוה שיקנה לו בהחזרה דלאו בעל דברים דידיה עוד שכבר נסתלק אבל אם נאמר דאין צריך הקנאה בהחזר' דהוי כעל תנאי אם יפדה יחזיר לו הקרקע כמו שהביא התומ' (ס"ק ח"י) משם הש"מ הי' מקום להסתפק אם יכול לכוף הלוקח להמוכר שיפדה די"ל אף דפורע חובו של חבירו פטור ובפרט היכא דמה"ד מחויב לפרוע ולכך המוכר שלא באחריות ובא בעל חוב דמוכר וטרף מהלוקח פטור מלשלם מ"מ הא מצינו אף בגרמא כשיש ביד הגורם לסלק ההיזק כופין אותו הב"ד לסלק ההיזק וכיון דיש ביד המוכר לסלק ההיזק דהא יש בידו לפדות הקרקע לסלק לבעל חובו את אשר חייב לו לשלם ולהחזיר להעמיד הקרקע ביד הלוקח יש לומר דכופין אותו ע"ז לסלק הזיקו דלוקח שבידו לסלק. אולם באמת דעת הרמב"ן דצריך הקנאה בהחזרה כמבואר בתומים שם ואעפ"כ מסתפק לי' אם כופין וי"ל גם כן מה"ט דעכ"פ כיון דיכול להעמיד לו בהחזרה מה שעל ידי גרמתו שלא סילק לבעל חוב חייב לסלקו ומ"מ כתב די"ל כיון שכבר נפרע לאו בע"ד דידיה הוא:

ויש להעיר בדברי הרמב"ן ב"ב שם דהוכיח דללוקח גם כן שומ' הדרא מדאמרינן שמו מינה דאיתתא ואינסיבא בעל לוקח הוי ולא מהדרינן ליה משמע דאי אינסיבא ושמו מינה מהדרינן ואע"ג דהוא לוקח וקשה הא הרמב"ן סו"פ יש נוחלין כ' מ"ט לא מהדרינן ליה משום דלוקח הוא הא השתא מפסיד ויורש עדיף ליה וכתב התם כיון דכבר שמו מינה מקמי דתנסוב לאו פסידא הוא ואדרבא איכא למיחש לתקנת בעל חוב עכ"ל מבואר מדבריו דהטעם דלא מחשיב פסידא דיכול לומר יורש אני משום דשמו מינה מקמי דתנסוב ובזה לא חששו לטובתו דבעל לומר דטבא עבדי ליה ועיין בתומים דכתב דאפשר להסביר דהוי כמו שטר מברחת ונכסים שאינו ידועים לבעל דקיי"ל דאין הבעל יורש דלא אדעתא דהכי אינסבא ואף זו כי"ב עיין שם אם כן זה הוא דוק' בשמו מינה קודם דאינסבא אבל אם שמו מינה אחר דאינסבא אין צריך לטעם דלוקח הוא דאף אם נאמר דללוקח לא אמרינן שומא הדרא בבעל דטבא ליה עבדי ליה הדרא וכמדומני

שראיתי זה זמן רב בגליון הרמב"ן של אאמ"ו ז"ל שהעיר בזה ע"ד הרמב"ן ואיננו תחת ידי בכאן:

ואם אגביה איהו בחובו פליגא בה רב אחא ורבינא חד אמר הדרא וחד אמר לא הדרא וכתב הרי"ף וקיי"ל כל היכא דפליגא ר"א ורבינא הלכה כדברי המיקל הלכך לא הדרא וכן כתב הרא"ש וסיים ולא מפקינן מיד המוחזק וכ"כ כל הפוסקים וראיתי בהגהות מרדכי ר"פ המפקיד דכתב וז"ל קיי"ל כל היכי דפליגא ר"א ורבינא כו' ותמה הרב ר"י או"ז מה שכ' דהאלפסי פסק דבכל תיקו ספק ממונא לקולא חולקין והכא קאמר דלא הדרא עכ"ל ולא אבין קושיתו הא כיון דמן הדין אין צריך להחזיר רק מצד תקנת חכמים מצד הישר והטוב ובכ"מ דהוי ספק בתקנה אזלינן בתר דין התורה בפרט להחזיק ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' מ"ו וסי' ע"ב) וכאן י"ל דעדיף מספק במצרנות דשם אם נאמר דהמצרן שליחותיה דהלוקח עביד מעולם לא הוי מוחזק וכאן לכ"ע זכה הבעל חוב בקרקע ובפרט אם נאמר דצריך הקנאה בהחזרה ודאי מוקמינן בזה על דין תורה ואין מוציאין מיד הבעל חוב:

והנה מדברי המרדכי הנז' נראה דכל היכא דפליגא רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל אינו בבירור גמור כדברי המיקל רק מספ' דלא נודע מי מהם סובר להקל ומי להחמיר אזלינן להקל מטעם דהממע"ה ולהסוברים דבספיקא דדינא מהני תפיס' אם תופס האינו מוחזק אין מוציאין מידו וכאן ליכא נ"מ כיון דהוא בקרקע דלא מהני תפיסה. אולם במ"א י"ל דהוי מספק לקול' ואם תפס א"מ מידו. וכן נראה קצת מדברי תוס' ב"מ (דף צ"ה) בפשיעה בבעלים דפליגא גם כן ר"א ורבינא וכ' תוס' שם דפטור דהלכה כדברי המיקל אע"ג דהוי חומרא לגבי מפקיד מ"מ חשיב קולא לפטור המוחזק כדאמרינן ספק ממונא לקולא. ואם נאמר דמהני תפיסה יש ליישב מה שהקשה רבינו הגדול רע"א ז"ל בש"ס יבמות (דף מ"א ע"ב) דפליגא שמה ר"א ורבינא בנפלה לפני יבם קטן אם אית לה מזונות מבעל וקאמר בש"ס והלכתא לית לה משמיא קנסיה ולמה צריך הש"ס לומר והלכתא הא ידוע דהלכה כדברי המקיל ולמה שכ' נ"מ טובא אם מטעם דספק ממונא לקולא אינו חייב במזונות או מטעם ודאי הן לענין תפיסה ואף אם לא מהני תפיסה יש למצוא נ"מ בין מטעם ודאי דפטור או מטעם ספק אולם מלשון הפוסקים שם בהך דפשיעה בבעלים וש"ע (סי' רצ"א) לא משמע דהוא מטעם ס' וצ"ע בזה:

ואם המלוה סתר ובנה ולא השביח הקרקע בכך יש מחלוקת הפוסקים אם משלם הוצאותיו ופסק בש"ע דאינו נוטל והסמ"ע חולק ועיין באחרונים מה שצידדו בסברות שונות וראיתי בתשובת מהר"א ששון (סי' קי"ז וסי' רכ"ד) דחקר במי שמכר לחבירו חצר

והלוקח בנה כרצונו ואחר כך נתבטל המקח אם דינו שוה לשומא הדרא או לא דאפשר בשומא כבר הגבהו לו ב"ד ובמקח טעות מעיקרא לאו מקח הוא א"ד להיפך במקח טעות לא ידע זה שהיה שום טעות אבל בשומא כבר ידע שכשיהיה להלוה מעות שהשומא חוזרת וכ' ומ"מ מחוור אצלו שדינם שוה עכ"ל ונרשם אצלי דהא מבואר בטוש"ע (סי' רל"ב) באם מכר ונמצא מום במקח אם המוכר ידע מהמום ויודע דהלוקח יוליך סחורתו למ"א דחייב המוכ' לשלם להלוקח הוצאותיו מצד דינא דגרמי ואם לא ידע המוכ' מהמום או שלא ידע שיוליך למקום פלוני פטור אם כן ה"נ אם ידע המוכר מהמום וידע שיבנה חייב מדינ' דגרמי לשלם הוצאותיו ובלא ידע פטור ולא דמי לשומא הדרא דהוי קנין גמור והוי שלו ממש לכך יש פוסקים דמחויב לשלם לו כל יציאותיו ויש פוסקים דפטור כיון דידע דיצטרך להחזיר אפסיד אנפשיה. עתה ראיתי בנתיבות משפט שעל ר"י ז"ל (דף ט"ו) שמשיג גם כן על המר"א ששון כיון דבטול המקח כ"ע לא פליגא דאינו נוטל כלום כיון דאין כאן מקח מעיקרא והביא ראיה מאם לא הכיר בה ולקחה דאם ההוצאה יתירה על השבח נוטל שיעור שבח בלבד מהנגזל וההוצא' שהיא יתירה מפסיד ולא שקיל לא מגזלן ולא מנגזל והה"ד בכל ענין שבטל המכר עכ"ד. ובאמת יש להבין אם תיקן הוא החצר כפי רצונו וערב לו אף אם על פי שומת ב"ד אינו שוה יותר מאש' היה קודם התיקון אם יודע המוכר שכן יעשה וע"ז קנה החצר למה לא יתחייב המוכר לשלם כמו שם (סי' רל"ב) דחייב לשלם הוצאותיו. אולם כבר כתבתי לעיל דיני דיינים (סי' כ"א) דאף דדעת הטוש"ע כן הוא והוא שיטת הרמ"ה דהוי כאלו עשה והוציא הוצאות בשליחותו מ"מ דעת הר"י וראב"ד ורמב"ן ורשב"א לא כן הוא עיין שם באורך:

אם שמו לקטן דעת הריטב"א דאינו חוזר והש"ך כ' דזה לטעמו דצריך הקנאה בהחזרה וקטן לאו בר הקנאה הוא ולא הדרא עד דיגדל אבל להסוברים דאין צריך קנין חדש אף בקטן חוזר. ולכאורה יש לדון למה שכ' התומים משם הש"מ דהוי כעל תנאי אם יפדה יחזיר לו הקרקע ולדעת הראב"ד ברשב"א קידושין (דף כ"ג) קטן לאו בר תנאי הוא דהוי כשלא בפניו ועיין מה שכתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גיטין (סי' כ') ובספרי הקטן (ח"ר סי' כ"א אות י"א) דיני יו"ט מדברי רבינו ירוחם דכ' דקטן לאו בר תנאי הוא והמתנה קיימת שיש לקטן זכיה וכתבתי סמוכין מדברי הראב"ד דקטן כשלא בפניו דמי וכאן הוי הגביה מב"ד שלא ע"ד תנאי אולם י"ל דע"י ב"ד עדיף טפי והגבייה היה ע"ד שאם יפדה הלוה יהיה מסולק. ובתומים כ' כיון דמדמים הך דהטוב והישר הנאמר בשומא דהדרא להישר והטוב הנאמר בדינא דבר מצרא ואם כן כיון דפסקינן (סי' קע"ה) דמוכר ליתום קטן לית ביה משום דינא דבר מצרא כלל וכ' הריב"ש הטעם דל"ש ביתום קטן

עשית הישר והטוב ואם כן הה"ד כאן. וכ' דלכן לדינא צ"ע ולדבריו נאמר כמו דשם אף כשיגדל אינו חייב ליתן לבן המיצר כן נמי כאן אף כשיגדל הקטן אינו חייב להחזיר אך י"ל שם לא נוכל לומר דהקנין הי' בשליחותו דבן המיצר כיון דבשעת הקנין לא בר עשית הישר והטוב הוא וקטן לאו בר קבולי תקנתא דרבנן הוא כמו שכ' רש"י נדה (דף מ"ה) וכיון דע"כ אז בשעת הקנין לא נוכל לומר דנעשה בשליחותיה דהמצרן שוב כבר זכה הוא ושוב ליכא שום זכות להמצרן אף כשיגדל אבל בשומא דהדרא אפ"ל כשיגדל ובר עשיית הישר והטוב הוא חייב להחזר וצ"ע ועיין מ"ש בדינים דשומא הדרא בהגהותי בס' ד"ח דיני כתובה (סי' כ"א):

ובהא דפליגי הרש"ל והרמ"א אם שמו בכתובה קרקע אם אמרינן שומא הדרא והב"ח כ' דבנדוניא גם הרש"ל מודה דהדרא וכ' הכנה"ג בח"ב במהד"ב שחילוק זה מוכרח כי היכי דלא תקשי לרש"ל ז"ל תשובת הרשב"א ח"ג סי' שפ"ה) שכ' בפשוט דשומא הדרא בכתובה עכ"ד. ותמהני הא שם הי' העובדא דשמו הב"ד קרקע שהיה לראובן במשכנתא אצל שמעון ומתו שניהם ולאלמנת שמעון הגבו ב"ד המשכונה בכתובה ואלמנת ראובן בקשה שטר שתחזיר השומא ועל זה דן הרשב"א דאין צריך שטר דכ"ז דבעל הקרקע רוצה לפרוע לה מעותיה כפי שומת ב"ד תחזיר ע"כ לפי ששומא הדרא לעולם עיין שם ובזה גם הרש"ל ז"ל מודה דהדרא כיון דהקרקע לא היה ביד בעלה רק במשכונה וכמו דאם היה הב"ד מגבין לבעלה הקרקע בעד החוב היה שומא הדרא לעולם כן נמי לא נוכל תת כח להאשה בעד הכתובה יותר מכפי שהיה לבעלה דמה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו ולא יותר כמבואר בש"ס לא עדיף את מגברא דאתית מניה אבל אם שמו לה בעד הכתובה קרקע של בעלה שהיה שלו לחלוטין מזה לא דיבר הרשב"א שם ועיין נתיבות משפט שעל ר"י דחולק על הב"ח דלדעת רש"ל דאשה עיקר שעבודה על הקרקע אף בנדוניא נאמר כן דאדעתא דארעא נחית ועיין תשב"ץ (ח"א סי' י') דמשם מבואר דשומא הדרא אף בגבתה בעד כתובה. ולדברי הב"ח ליכא סתירה לדברי רש"ל. ועיין תשובת רשב"ש (סי' ד') דדן גם בכתובה דשומא הדרא לעולם ומדבריו שם יש ללמוד היכא דקיי"ל דשומא הדרא אין לכוף ללוה או ליורשיו שיתנו לו מעות עכשיו או שיסתלק ממנו בעש"ג אלא קניה הקרקע כמות שהוא עיין שם וכן מסתבר שאינו מחויב לבטל תקנתא דחז"ל. ובס' ש"מ הוליד חדשות דאם בשע' הגובייננא אומר המלוה בפני ב"ד שגובה הקרקע שלא יסלקנו אף דהלוה אינו מרוצה לזה מ"מ כיון דהמלוה אדעתא דארעא נחית לא מסלקינן ליה והביא ראיה מהא דתלוהו וזבין זביני' זביני ולא מצינו דיחזיר לו הקרקע משום הישר והטוב אלא ודאי כיון דאדעתא דארעא נחית לא

מסלקינן ואין זה ראיה כלל דשם אגב אונסא וזוזי גמר ומקנה לחלוטין ולא נעשה על פי ב"ד ולא נתקן בזה הישר והטוב לעשות והוי כאלו זבנא וכל מו"מ אף שהוא באונס כיון דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני נסתלק לגמרי מהקרקע אבל מה שהב"ד מגבהו לבעל חוב בע"כ דהלוה תקנו חכז"ל לעשות הישר והטוב דשומא הדרא לעולם ולאו כל כמיניה דהמלוה לומר אדעתא דארעא נחית ולבטל תקנת חז"ל וכן הוא סתימת כל הפוסקים וכמבואר להדיא בדברי הרשב"ש הנז' ואין למדין ממה דלא תקנו היכא דלא נעשה על פי ב"ד בע"כ דלוה למה דתקנו בהנעשה על פי ב"ד דשומא הדרא לעולם דלא כל כמינ' לעקור תקנת חז"ל בעל כרחו דלוה:

סימן ח

היכא דיש שני בעלי חובות לגבות ממטלטלין אם יש דין קדימה לאחד מהם אם אינו מספיק לשניה' העלה הסמ"ע (סי' ק"ד) דאין דין קדימה כלל במטלטלין והביא חבילות פוסקים בתומים שכן דעתם ובדברי תשובת רשב"א שבמיוחסת שהביא הסמ"ע מפרש בדוחק גדול וכבר כתבתי בזה בדיני הלואה (סי' ב') והבאתי דברי תשובת רשב"א (ח"ד סי' קנ"ב) דאם המטלטלין הם אצל הלוה סמכה דעתיה ונכנסין בשעבודן מטעם דעשה לו טובה ושלא יקראהו לוה רשע רק אם מכרן אינו גובה מלקוחות דלית ליה קלא ומיתומים נפקע השעבוד דשוב ליכא סמיכת דעת דלא קבלו הנאה ממנו ונפקע השעבוד וכ' שם להדיא דלגבי הלוה סמכה דעתו וכיון דשעבוד' דאוריית' קדם המוקדם עיין שם באורך וכבר כתבתי לעיל בזה כו"כ הערות. ובקצוה"ח כ' להוכיח מדעת תוס' ר"פ מי שהיו נשוי דיש דין קדימה במטלטלין דכתבו הא דמבואר בערכין הי' בידו ה' סלעים ואמר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי ונתן ד' לשני' ואחד לראשונה יצא ידי שתיהן מ"ט בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה בעידנא דיהיב לשניה משעבד לראשונה בעידנא דיהיב לראשונה תו לית ליה נתן ארבעה לראשונה ואחת לשני' ידי שניה יצא ידי הראשונה לא יצא כולהו משעבדן לראשונה וכ' תוס' כתובות דאיירי במטלטלין ויקשה אמאי בנתן ד' לראשונ' ואחת לשני' ידי הראשונה לא יצא כיון דליכא דין קדימה במטלטלין משועבד לשניה' כהדדי הי' לן למימר ידי שניהם יצא וכן העיר בזה בס' ב"מ (סי' צ"ו ס"ע) וכ' דלכך הרמב"ם דחולק על ד' רמב"ן מוכרח לומר (פ"ג) מערכין דהקדש אינו כבעל חוב ולקיים הדין בקרקע מפני חלוקה שניה עיין שם אולם דעת הרא"ה והר"ן כתובות שם דאין דין קדימה במטלטלין ובמלוה על פה א"כ יקשה מהך דערכין דאנן קיי"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר ולא שייך דין קדימה בהך דערכין אף בקרקע כיון דהוי מלוה על פה והניח הקצוה"ח זאת בקושיא וביותר יקשה

בזה ע"ד הרא"ה שם שכ' לתרץ הך דערכין במטלטלין דאין דין קדימה א"נ התם הוא במלוה על פה דאין בה דין קדימה כלל אם כן יקשה מחלוקה דנתן ד' לראשונ' ואחד לשניה ידי ראשונה לא יצא הא כיון דאין דין קדימה במטלטלין ומה שיש לו משועבד לשניהם כהדדי:

ונראה ליישב דהא כבר פירשו תוס' שם אף דעשיר והעני נותן ערך עשיר הוא דוקא כשהעריכו הכהן בעודו עשיר ונתחייב בערך עשיר וכשלא הספיק ליתן עד שהעני חייב לתת כפי חיובו אבל אם לא הוערך והעני נותן ערך עני וכאן לא העריכו על ערך הראשון והכהן העריכו תחילה על השניה וחזר והעריכו על הראשון ונתן ע"פ הכהן א' על הראשון וכיון דלא הוי בידו רק סלע אחד יצא ידי שתיהן אם כן זה דוקא כשלא העריכו הכהן על הראשונה דעדיין לא נגמר חיובו אף דמשתעבד הכל על הראשון שיערכו הכהן ושיתן כאשר תשיג ידו כדקאמר בעידנא דיהיב לשניה משעבד לראשונה מ"מ לא חל עדיין החיוב עליו לגמרי ולכן אינו חייב ליתן על השניה רק כפי שתשיג ידו ואם העריכו ונתן אף סלע יצא מה שאין כן כשהעריכו על הראשונה מתחילה אף דיש לו חיוב להעריך את עצמו גם על השניה מ"מ אם נתן ד' לראשונה לא יצא דחל עליו החיוב לתת כאשר תשיג ידו דאז כשנדר ואמר ערכי עלי הא חל החיוב להעריך א"ע וליתן כל הה' סלעים וכשאמר שוב ערכי עלי לא אמרינן דנתחייב עתה ליתן פחות שבערכין דהיינו סלע כיון דבעת שנדר לא הי' לו רק החיוב עליו כשישיג יעמוד לפני הכהן להעריכו כפי אשר תשיג ידו אבל עתה לא נתחייב דכבר חל עליו החיוב להעריכו וליתן כל הה' סלעים בעד ערך הראשון ולכך אם העריכו על הראשונה צריך ליתן כל הה' כיון דלא חל עדיין חיוב של ערך השני רק אם העריכו ונתן סלע על השניה יצא דקיים חיובו עכ"פ אבל הראשונ' לא יצא דחל עליו החיוב לתת כאשר תשיג ידו בזמן שהעריכו ואז עדיין לא חל החיוב לתת בעד ערך השני דכל הנדר לא היה רק כשיהיה לו וכשלא נתן כפי ערך שהיה צריך ליתן בעד הראשונה לכך לא יצא וכשנתן אחד אחר כך בעד השניה יצא דעכ"פ סילק חיובו אבל בשני בע"ח דרמיא עליו החיוב בשוה לתרווייהו לצאת ידי חובתו לקיים מצות פריעת בעל חוב דכשקבל בהלואה הבטיח לשלם לתרווייהו בזמנו וחייב לקיים הן שלך יהיה צדק לכך אין דין קדימה במטלטלין וז"ב להמעיין ברש"י ותוס' שם [ועיין שם ברש"י ד"ה נתן ארבעה לראשונה דכ' ואם חזר והעשיר נותן את כל הערך דנתינה קמייתא לאו כלום הוא משמע קצת דלא סגי אם מוסיף עוד אחד לתשלום חמשה אז רק צריך שיתן בב"א חמשה והיינו דדבר הצריך שיעור צריך שישלים השיעור בב"א ואינו יוצא לחצאין וכמו שכתבו תוס' חגיגה (דף ו') אולם הרמב"ם כ' לפיכך ישאר

עליו שאר ערך ראשון עד שיעשיר וישלים מבואר דאין צריך רק השלמה בצירוף מה שנתן ועיין במהרי"ט אלגזי ז"ל (פ"ח) דבכורות ובמה שכ' בח"ר דיני פדה"ב (סי' ח') ואכ"מ בזה:

וי"ל גם כן דזה כוונת הרמב"ם שכ' בחלוקה הראשונה בנתן ד' לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן שהערכין לא כחובות הן שאעפ"י שכל מה שבידו משועבד לראשונה הקדש מאוחר שגבה גבה שצריך לדחוק דאיירי בקרקע וכן כ' הרדב"ז ז"ל בספר יקר תפארת להקשות דהא אין דין קדימה במטלטלין אלא ודאי דאיירי בקרקע ובספר בית מאיר כתב דהוא דחוק מאד לבאר ערכין אך בקרקע והיא לדעתו ראיה לדעת הרמב"ן. ולמה שכ' יש לומר דכוונת הרמב"ם היה בזה דכאן כיון דלא נגמר החיוב של הנודר רק כפי שיערוך אותו הכהן ואם העשיר והעני קודם שהעריכו הכהן נותן ערך עני וכמו שכ' תוס' והרדב"ז שם גם כן בכוונת הרמב"ם אם כן ערך השני כיון דכבר נשתעבדו הנכסים ככל מה שהיה לו שיעריכו הכהן כפי אשר תשיג ידו היה ס"ד אם העריכו הכהן מקודם על ערך השני אף ממטלטלין לא יהיה מה שגבה גבה כיון דכוונת הנודר היה להעריכו אחר כך כשיעריכו על הראשונה והוי כמו בע"ח שלא התחייב רק אחר שיפרע החוב הראשון דבזה ודאי מה שגבה לא גבה כיון דעדיין לא נתחייב לשלם לכך כ' שהערכין אינו כחובות דמה שגבה גבה וכ"ז שלא העריכו הכהן על ערך הראשון אף דנשתעבד הכל לו וערך השני היה צריך להיות אחר ערך הראשון דכך היה נדרו והוי כחוב שלא נתחייב עדיין לשלם קמ"ל דמ"מ כיון שהעריכו על השניה קודם מה שגבה גבה והיינו הקדש מאוחר מה שגבה גבה דכיון שהעריכו וסלק קודם שהעריכו על הראשונה דיצא:

ומ"ש הקצוה"ח ליישב שיט' הסמ"ע דבמטלטלין ליכא דין קדימ' למה שכ' תוס' דהך דערכין איירי במטלטלין דמה"ת גם במטלטלין איכא דין קדימה אם ש"ד רק דחכמים עקרוה לשעבוד מטלטלין ולגבי הקדש אין להם כח לעקור שעבוד הקדש לא אבין הא גם הקדש לא יוכל לגבות ממטלטלין שמכר וכן מיתומים כמבואר מש"ס ערכין (דף ך') דמוקי המתניתין כשעמד בדין דאם לא כן מע"פ אינו גובה ודוחק לומר דהוא דוקא אם שעבודא לאו דאוריית' וכן מבואר מכמה מקומות דאף לענין הקדש מפקיע מידי שעבוד ועיין בראב"ד בהשגות (פ"א הכ"א) מערכין דכ' והשתא דקיי"ל מע"פ גובה מן היורשים דש"ד לא אצטרכינן להעמידה בדין ועיין ש"ך לעיל (סי' ל"ט) דכ' אף אי של"ד כיון דמלוה על פה גובה מן היורשים. וי"ל למה דכ' אחרונים הא דצריך ר"פ לומר הטעם משום נעילת דלת הוא משום דאי לאו מטעם נעילת דלת היינו אומרים כיון דיש בידו למכור ואינו גובה מלקוחות ליכא תו סמיכ' דעת ולא יגבה אף מן היורשים לכך קאמר

משום נעילת דלת אוקמי אדאורייתא אם כן י"ל לענין הקדש דליכא נעילת דלת אינו גובה דהוי כמקבל מתנה ויש לדחות דמ"מ כיון דמלוה על פה גובה בהקדש לא איכפת לן בסמיכת דעת ומ"מ משמע מכמה דוכתי דהקדש והדיוט שוין בזה. ויש להבין בדברי תוס' כתובות שם דכתבו דאם נימא דבמטלטלין גם כן מה שגבה לא גבה הא דערכין מה שגבה גבה משום דהוא מלוה על פה ומלוה הכתוב' בתורה לאו ככתובה בשטר הא על כרחך צ"ל דר"ת סובר דמה"ת מטלטלין משתעבדי כיון דשייך בו דין קדימה רק נגד לקוחות נפקע השעבוד ולא נגד בעל חוב מאוחר דלא נחית הבעל חוב על דעת זה כמו שכ' תוס' שם אם כן במלוה על פה נמי אף דלא כ' בשטר נמי חייל השעבוד דמה יוסיף תת כח השטר במטלטלין כיון דלא שעבד בפירוש המטלטלין וכמו בשטר דנגד בע"ח מאוחר אמרינן דמוקמינן על דאורייתא כמו כן במלוה על פה נמי נימא כן וצ"ל דהיינו דר"א בר אהבה סובר שעבודא לאו דאורייתא לכך ליכא דין קדימה והכריחו התוס' גם כן לומר דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר. ובקצוה"ח (ס"ק ג') כ' מדברי תוס' אלו דסברו דמלוה על פה לית ביה דין קדימה ולמה שכ' לא מוכח דעל כרחו מוכרח לומר דהוא רק אם שעבודא לאו דאורייתא:

אך זאת צריך להבין בדברי תוס' מה הקשו מערכין הא אף אם נאמר דגם במטלטלין שייך דין קדימה ומה שגבה לא גבה מ"מ היינו דוקא בגבה שלמ"ד הלוה דאינו דומה ללוקח דנחית לקנות מה שאין כן בעל חוב לא נחית אדעת זה וכמו שכ' תוס' שם והיינו אם גבה שלא מדעת הלוה ותפס למשכון אבל שם בערכין דנתן הנערך מדעת הכהן בעד ערך השני הוי כמו דהגבהו הלוה מעצמו למלוה אם כן דומה ללוקח או מקבל מתנה שקונה הגוף דאין בעל חוב גובה ממנו וכי גרע בעל חוב ממקבל מתנ' אחר שאינו יכול לטרוף ממנו וצריך לומר כיון דנתן על פי דעת כהן הוי רק כאלו גבה מעצמו:

וראיתי בפנ"י כתובות ר"פ מי שהיה נשוי ובק"א שם (סי' רכ"ט) שכ' דאף שהסמ"ע והד"מ כתבו שכל הפוסקי' חולקין על רמב"ן דאין דין קדימה במטלטלין הרבה מגדולים קדמוני' קיימי בהך שיטה כמדומה שלא ראיתי בכל גדולי הקדמוני' מי שכתב להדיא בהיפך זולת מה שנראה מלשון הרמב"ם (פי"ז) מאישות ואפשר דאיירי מיתמי והעלה לספיקא דדינא ותמהני הא מבואר בר"ן והרא"ה והריטב"א להיפך ובדברי רמב"ם הלכות מלוה (פ"ב ה"ד) כתב להדיא דאין דין קדימה במטלטלין ומחלקין ביניהן ומה"ט נדחקו בלח"מ וברדב"ז ז"ל בספר יקר תפארת בדברי רמב"ם דאיירי בקרקע [ויש להבין בדברי רדב"ז בתשובה (ח"ב סי' תשס"ב) שכתב על מלוה על פה קודמת ומלוה בשטר מאוחרת. ואין שם אלא מטלטלין ודאי דמלוה על פה קודמת דשעבודא דאורייתא ונשתעבדו

המטלטלין גם למע"פ והרי קדמה הא מבואר ברמב"ם להיפך ומה"ט מדחיק עצמו בדבריו בהלכות ערכין וכיצד כתב כן בלשון ודאי בלא מת הלוה מלוה על פה קודמת וצ"ע] ועוד הביא בתומים כמה גדולי הראשונים דסברו דאין בו דין קדימה. ואף דאם נידון בזה כמו שכ' הפנ"י לספיקא דדינא מ"מ זה הוא דוקא למאן דסובר שעבודא דאורייתא אבל אם שעבודא לאו דאורייתא ודאי אין בו דין קדימה. ואם כן למה דהעלה הש"ך (סי' ל"ט) לספיקא דדינא אם שעבודא דאורייתא או לא אף אם נידון לספיק' דדינא אם יש דין קדימה במטלטלין אין לדון בו כמו שכ' רמ"א (סי' קל"ט) היינו כיון דאין שניהם מוחזקין ויחלוקו שיקח המוקדם ג' חלקים והמאוחר רביעית דהוי ספק ספיקא חדא דלמא הלכה דשעבודא לאו דאורייתא ואז לכ"ע אין בו דין קדימה ואף אם נאמר שעבודא דאורייתא דלמא הלכה כפוסקים דמ"מ במטלטלין אין בו דין קדימה וכשאין אחד מהן מוחזק אזלינן בתר ס"ס לכן בודאי הדין ברור כמו שכ' הסמ"ע וכמו שהעלה התומים:

ואם כ' לשעבד קרקע ומטלטלין דגלי דעתו דסמך דעתו עליהן דעת התומים דיש בו דין קדימה ובנתיבות כ' דבעינן אגב כמו לגבות מיורשים בעינן שיכתוב בחיי ובמותי ועיין מה שכתבתי בזה דיני הלואה (סי' ב') ויש לעיין כיון דהיום הוא תקנת השוק שלא יגבה ממטלטלין שמכר כמבואר (סי' ס') אם כן שוב ליכא סמיכת דעת כיון שיכול למכרן ולמה יגבה מיורשין ויהיה בהן דין קדימה הא ליכא סמיכת דעת דכשמכרן אינו גובה מטעם תקנת השוק וראיתי בפנ"י כתובות (דף פ"ו) ובק"א שם (סי' רט"ו) דעמד על זה להמבואר מדברי תוס' שם כל דאינו גובה מלקוחות אין בו דין קדימה אם כן מה מועיל קנין אגב כיון דאינו גובה לדידן מלקוחות מטעם תקנת השוק וביותר קשה דאם כתב בהדיא לשעבד קרקע ומטלטלין דיש בו דין קדימה ולכ"ע אם כ' באגב ואמאי כיון דיש תקנת השוק ואינו גובה אם מכרן ליכא סמיכת דעת. וצריך לומר דעד כאן לא כתבו תוס' שם רק כיון דחזינן דאינו גובה מלקוחות הרי דלא תקנו חז"ל שיהי' משועבד מטלטלין רק מצד מצוה ולכך שניה' שוים וכן בדאקני שהביא תוס' שם דאף דמיני' אפילו מגלימא דעל כתפיה מ"מ לא שייך בגויה דין קדימה כיון דאם מכר אינו גובה וטורף מלוקח מזה נראה דלאו מצד שעבוד הוא רק מצד מצוה לכך לא שייך במקום דליכא שעבוד דין קדימה אבל בכ' לו מטלטלין אגב מקרקע או אף דמשעבד לו בפירוש מקרקע ומטלטלין דאז משועב' לו מן הדין אף כשמכר רק מצד תקנת השוק היה התקנה שלא יגבה מלוקח ומ"מ כשהוא ביד הלוה יש בו דין קדימה כיון דבא בכח השעבוד דהא יש כמה אופנים דלא שייך תקנת השוק ואף במקום דשייך תקה"ש אז הפקיע שעבודו כשיצא מרשותו ללוקח ולא נגד בעל חוב כששיעבד בפירוש דאז יש לו דין קרקע כמו במלוה על פה

בקרקע דיש דין קדימה ובמטלטלין הפקיע מיד השעבוד דלא עד"ז הלוהו ולא סמכה דעתו כ"ז שלא גילה דעתו:

הגם דיש דין קדימה אם כתב בשטר מטלטלי ומקרקע אף במטלטלין מ"מ אם תפס המאוחר אין מוציאין מידו ויש לחקור אם יש לראובן שטר אחד על מנה וכתב בו מטלטלין ומקרק' ולשמעון שני שטרות כ"א על מנה ואחד מאוחר על של ראובן ואחד מוקדם ואין ללוה רק מנה מקרקע ומנה מטלטלין ותפס שמעון המטלטלין ובשטרו לא כתב קרקע ומטלטלין וטוען דמנה המטלטלין לקח עבור חובו שבשטר המאוחר לשל ראובן דאף בשטרו של ראובן יש קרקע ומטלטלין מ"מ תפיסה מהני והקרקע טוען שיגבה עבור השטר השני המוקדם לשל ראובן וראובן טוען שמה שתפס המטלטלין יקח עבור המוקדם ויקח ממילא הוא הקרקע דנגד שטר השני של שמעון שטרו הוא מוקדם ולכאורה היה נראה דשמעון יכול לטעון כן לטובתו דדומה להמבואר (סי' פ"ג) באם הלוה משלם למלוה על חוב שיש לו ערב דיכול המלוה לתפוס הדמים שנתן לו הלוה על חוב אחר שחייב לו הלוה שאין לו עליו ערב וה"נ יכול לתפוס המטלטלין על חוב המאוחר. אולם ראיתי בתשובת מהרי"ט (ח"ב סי' ח') שדן על נידון כי"ב ומסיק שם לדינא באם מת והניח בעל חוב וכתובה דהדין דינתן לבע"ח ואם תפסה האשה דאין מוציאין מידה וכתב ברם צריכין אנו למילף אם האשה תפסה היא אומרת בעד עיקר ותוספת הם בידי ונדוני' אני תובעת והבעל חוב אומר כבר יש בידך שיעור נדוניא ועל עיקר ותוספות אני קודם ורצה לדמות להך דסי' (פ"ג) וכ' וז"ל ונראה דנהי דלגבי לוה יפה כחו של מלוה להחזיק על חוב שהוא רוצה לפי שיש ביד המלוה למשכנו בכל ענין שאם בא לב"ד שיתפסו לו בעד חובו תופסין לו לכתחילה ואפילו ערב עומד וצוח שיתפוס בעד חובו ואפילו החייב בעצמו אומר כן אין שומעין להן והיינו דיהיב טעמו הר"ן ז"ל משום דעבד לוה לאיש מלוה אבל לגבי בעל חוב אחר שאם היו הב"ד מגבין להם היו מקדימין לבעל חוב לא כל הימנ' לומר בעד תוספת תפסתי כל שלא היה שם פרעון גמור דמאן שם לך עכ"ל הצריך לענינינו. ואם כן ה"נ בנידון דידן דכוותיה אם היו באין לב"ד היו נותנין הכל למי שיש לו בשטר מטלטלין ומקרקע שוב לא מהני תפיסה של השני רק על חוב האחר המוקדם והקרקע גובה האחר:

אולם א"ל דזה דוקא אם תפסה מטלטלין דצריך שומא וכמו שסיים שם המרי"ט וכיון שעיקר הדין היינו משום דבבעל חוב שייך נעילת דלת ובאשה לא שייך כשאנו מגבין שבידה לנצ"ב שלה אין כאן נעילת דלת ומשמע כיון דעל הכתובה צריך שומא אין ביד הב"ד להגבותה אבל אם תפסה מעות דאינו צריך עוד שומא והוי כאלו כבר גבתה יכולה

לתפוס המעות על הכתובה ואם כן הכא נמי בנידון דידן אם תפס שמעון מעות יכול לומר שתפס על חוב המאוחר. אך יש להבין אם נאמר דעיקר טעמו דמהרי"ט הוא משום דהב"ד אינן יכולין להגבות לה המטלטלין בשומא על הכתובה משום נעילת דלת מ"מ תוכל לומר דתחזיק במה שתפסה המטלטלין על הכתובה בידה ומה ירויח הבעל חוב בזה. אולם י"ל למה שכ' הקצוה"ח (ס"ק ח') דדוקא בקרקע צריך שומא דבלא שומא אינו כלום אבל במטלטלין אף בלא שומא והחלט' מכי תפס את המטלטלין קונה אותם למשכון עיין שם בנועם דבריו ולפי"ז זה אתי שפיר בבא לגבות מן הלוה דיש שעבוד הגוף ובעל חוב קונה משכון בזה אף בלא שומא מהני תפיסה להחזיק במשכון והב"ד יגבהו אחר כך מה שאין כן בבא לגבות מיתומים דכשמת פקע השעבוד הגוף בזה לא שייך שקונה למשכון והוי כמונח ביד אחרים ולא אלם יותר מחבירו שכבר נשתעבדו בחיי הלוה ודומה לקרקע דכ"ז שלא גבה בשומא והחלטה אין לו בו קנין ול"א מה שגבה גבה. ולפי זה בנידון דמהרי"ט שפיר דן דאף שתפסה מטלטלין כיון דלא בא לה בשומא והחלטה אם הב"ד מגבין לה בעד הכתובה איכא נעילת דלת כיון דלא זכתה אף למשכון בלא שומה והחלטה דמנה אין כאן משכון אין כאן והוי כמונח ביד ב"ד וצריכין להגבות' על הנדוני' מה שאין כן בחיי הלוה כשתפס על חוב המאוחר ויש בו קנין משכון אין מוציאין מידו ואם כן בנידון דידן אם תפס שמעון מטלטלין גם כן יכול לומר שתפס על חוב המאוחר וצ"ע:

וראיתי בש"מ שחקר בהא דכ' בש"ע (ס"ג) דבמה שאין בו דין קדימה דאם קדם המאוחר וגבה אם המוקדם יתפס מידי המאוחר מוציא ממנו בב"ד אם המאוחר תפס מעצמו אם גם כן מוציאין מיד המוקדם שתפס ממנו כיון דכבר תפס המאוחר למשכון וכ' דלדעת הר"י הלוי דבעל חוב אינו קונה משכון אלא או במשכנם בשעת הלואה או בגוביינא דב"ד אבל שלא בשעת הלואה מנה אין כאן משכון אין כאן דמשיכה לשעבודא לא מהני אם כן הכא אינו מועיל אלא מצד תפיסתו יכול האחר לתפוס ממנו. וכבר כתבתי לעיל בדיני הלואה (סי' ע') דבתופס משכון כיון דנפקע שעבודו רק על משכון זה ויש כאן הנאת מחילת מלוה מהני אף שלא בשעת הלואה עיין שם בדברי ואם כן אם תפס המאוחר כבר קנה למשכון ולא מהני תפיסה בהחזרה או דיש לו בו קנין או מטעם דאינו חייב להחזיר עד שיקבל מעותיו וכמו שכ' שם. ומה שכ' בש"מ להוכיח מהא דמבואר באה"ע (סי' ק"ב) דבע"ח קודם לכתובה ואם תפסה האשה מוציאין מידה כשלא בגוביינא דב"ד הא כל הטעם דמגבינן לבעל חוב כיון דאם תפס הבעל חוב זכה בו מן הדין מגבין לו הב"ד ואם נאמר דלא מהני תפיסה בהחזרה אם כן אם תפסה האשה יקשה וכי בשביל טעמא

דיותר ממה שאיש כו' גוזלין אותה אלא ודאי דמהני תפיס' בהחזר' כשתפס שלא בב"ד ולכך מוציאין מידה גם כן. ואינו ראיה דדוקא על תחל' דין דאמימר קשיא ליה להר"ן כיון דהדין נותן שיחלוקו האיך גוזלין את האשה ונותנין לבעל חוב לכך כ' כיון דאם קדם וגבה מה שגבה גבה מן הדין אנו מגבין לבעל חוב משום טעמא דיותר מה שאיש ולאחר גבייתו זכה בהן מן הדין והיינו משום הך טעמ' הדין לתת לבעל חוב כיון דאם גבה מהני מסלקין לאשה משעבוד' דהך מטלטלין וכיון דנסתלקה שוב לא מהני תפיסה דמיד נקבע הדין שתסתלק מהנך מטלטלין אם לא יש רק כדי חוב לבד רק אם לא ידעו הב"ד מבע"ח והגבו להאשה קם דינא ואין מוציאין מידה אם נתודע אחר כך מבעל חוב ובלא גביית ב"ד מסלקינן לה לגמרי מהנך נגד הבע"ח כיון דאם יבא ליד הבעל חוב זכה בהן מן הדין וכיון דנסתלקה שוב לא מהני תפיסתה ומוציאין מידה דאין לה חלק במה שיש לבעל חוב ולא הוי כגזל כיון דמטעם דיותר משהאיש כו' פסקינן להגבות לבעל חוב נפקע שעבודה מזה מה שאין כן היכא דהדין הוא מתחילה אם באין לב"ד לחלק ביניהם ולא אסתלק כ"א משעבודו ואם תפס אין מוציאין מידו כיון דהכל משועבד לכל אחד י"ל דשוב לא מהני תפיסה בהחזרה ובכתובה נגד הבעל חוב מסתפק שם בספר הפלאה באה"ע די"ל אף בתפסה מעות מוציאין מידה אולם נראה שם מדבריו בתפסה לאח"מ אבל בגרושה שתפסה מחיים י"ל דאין מוציאין עיין שם בדבריו ולמה שכ' כיון דאם באו לב"ד מגבינן הכל לבעל חוב הפקיעו שעבודה דאשה מזה לגמרי מטעם דיותר מה שאיש רוצה והוי כנפסק הדין וי"ל דשוב ל"מ תפיסתה כלל:

היכא דיש מטלטלין אצל הלוה כפי חוב אחד ויש מאוחר ומוקד' ואחר הלואת המוקדם קנה הלוה קרקע ומכר דין זה נלמד ממתניתין דכתובות (דף פ"ד) מי שמת והניח אשה ובעל חוב כו' ינתנו לכושל שבהן ופירשו בש"ס לכושל שבראיה ופירשו למי ששטרו מאוחר כיון דהמאוחר לא יגבה מלקוחות והמוקדם יכול לגבות מלקוחות נותנים להמאוחר המטלטלין והמוקדם גובה מן הלקוחות ועיין שם בראשונים מירושלמי דקתני מלוה בשטר ומלוה על פה ינתן למלוה על פה אכן אם יש קרקע בני חורין בכה"ג וקרקע אצל לקוחות נגד בע"ח המוקדם מבואר שם בריטב"א דאין מגבין להמאוחר כי יפסיד המוקדם דא"י לילך אל הלקוחות דיאמרו הנחנו לך מקום לגבות. וצריך להבין הא גם במטלטלין יכולין הלקוחות לומר הנחנו לך מקום לגבות ואף דד' מהרש"א ז"ל ב"ק (דף ק"ט) דאף אם יש מטלטלין אצל הלוה לא יכול לוקח הקרקע לומר הנחנו לך מקום לגבות כבר כתב התומים (סי' קי"א ס"ק ג') דדבר זה לא מצינו בפוסקים לרבינו מהרש"א חבר בזה וכן מבואר להדיא בתשובת רשב"א דאין חילוק בין הניח קרקע או מטלטלין

ועיין כנה"ג (סי' ק"ד הגהת ב"י ס"ק ט"ו) ואי מה דמגבין לזה הוי כאשתדף גם בקרקע נימא כן. ונ' דהא בש"מ שם הקשה למה חשו חכמים לפסידא דהני ולא חשו לפסידא דלקוחות שהמוקדם יטרוף מהם וכ' כיון שהמעות מונח ביד ב"ד ויש להם לחלקן אין להם להשגיח אלא על אלו שלפניהם ואין לב"ד להפסיד בידים וללקוחות אין הב"ד מפסידין אלא גרמא בעלמא הוא ויקשה גם כן א"כ מה לנו לחלק בין קרקע למטלטלין וצריך לומר בשלמא במטלטלין דאין בהן דין קדימה ואם מכרן אינו גובה ולא נשתעבדו כשהב"ד מגבין לאחד הוי כאלו מכרן אבל בקרקע דאף אם מכרן לאחר נשאר בשעבודו ובעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה ואם כן אם יתנו הב"ד להמאוחר אין המוקדם יכול לטרוף מלקוחות דיאמרו הלקוחות הנחנו לך מקום לגבות לך וגבה חובך מן המאוח' אם כן הפוכי מטרתא למה לי לכך ליתא להאי דינא בקרקע מה שאין כן במטלטלין כשקדם וגבה אינו יכול לגבות ממנו ויהיה כאישתדף לכך מגבינן להמאוחר ולא משגיחין על פסידא דלקוחות ודומה למ"ש הר"ן פ' הכותב בהא דאי ליכא אלא חד ארעא לבעל חוב יהבינן ולא כתובת אשה וכ' הר"ן הטעם כיון דמהני תפיסה ואם קדם וגבה מה שגבה גבה מגבין הב"ד לבעל חוב תחילה משום טעמא דיותר ממה שאיש רוצה לישא ולאחר גבייתו זכה בהן מן הדין וה"נ כיון דאם היה המאוחר תופס לפנינו הי' זוכה מן הדין מגבין הב"ד לכתחילה לו כיון דאחר כן יזכה מן הדין וללקוחות אין ב"ד מפסידין אלא גרמא בעלמא הוא לכך אין להן להשגיח אלא על אלו שלפניהם. אמנם באמת אפ"ל אם הלקוחות הם בפני הב"ד ומוחין בידם שלא להגבות המטלטלין כולן להמאוח' הדין הוא דיחלוקו וצ"ע:

סימן ט

אם מכר הלוה בעצמו קרקע לפרוע לבע"ח המוקדם בעל חוב מאוחר טורף מלוקח כמבואר (סי' ק"ד ס"ט) ודין זה מתשו' הרשב"א שבב"י. ונראה אם מוכר לו להלוק' שהוא ישלם להמוקדם בזה הוי כבא מכח הבעל חוב וזכה בשעבודו ואין המאוחר יכול לטרוף ממנו כמו אם הב"ד מכרו להגבות להמוקדם דאין המאוחר יכול לטרוף מלוקח דהוי כבא מכח בע"ח המוקדם וכחו כמו בעל חוב המוקדם כמבואר ברשב"א ובש"ע והא דכ' הרשב"א אבל אם ימכור הלוה בעצמו כדי להגבות לשמעון דהמוקדם גובה היינו אם הלוה מוכר אף שהעדים מודיעים שמכר כדי להגבות והודיעו להלוקח מ"מ כיון שהוא מכר ויכול לעשות בהדמים כרצונו לא הוי כאלו זכות בעל חוב המוקדם קיים על הקרקע אבל אם מוכר לו שהלוקח ישלם להבעל חוב הוי כאלו מכרו בב"ד דזכות שמעון קיים על הקרקע וכן יש להוכיח מדברי תשובת הרי"ף (סי' צ"ה) דדן בשמעון שהיה לו

מעות בשטר אצל ראובן וראובן מכר מחצית קרקע שהיה לו ממושכן אצל לוי לחמותו שתפדה אותו מלוי וכתבה בשטר הלקיחה שנים בדמים שלקחה בהם ושמעון רוצה לטרוף על חובו וכ' רואין אם שטר חוב של שמעון קודם לשטרו של לוי יכול לטרוף מלוי ואם שטרו של לוי קודם לשטרו של שמעון אין לו ליטול ממנו עיין שם וקשה הא מ"מ היה ראוי שיטרוף שמעון אף אם שטר המשכנתא של לוי הי' קודם כיון דראובן בעצמו מכר לחמותו שלא עפ"י ב"ד ונמחל שעבודו של לוי ונגד שטר המכר שמכר לה שט"ח של שמעון קודם וכן ראיתי בספר מ"ש שכ' דמדברי הרי"ף נראה אפילו בלוה עצמו שמכר כל דהוי לפרוע חוב המוקדם ש"ד והניח בצ"ע ולמה שכ' אתי שפיר ואין כאן חולק על דינו של הרשב"א ז"ל דשם מכר בפירו' לחמותו שתפדה אותו מלוי ובכה"ג זכתה בזכותו וכחו של לוי:

והיכא דהגבה הלוה הקרקע למוקדם בחובו כתב הב"י (סי' ק"ג) משם רבינו ירוחם ז"ל דבעל חוב מאוחר א"י לומר משעת המכר נמחל שעבודך והרי הוא כמו שלקחת במעות ושטר שלי מוקדם ממקחך ואטרוף אותה כי לגבי זה שעבודו קיים כאלו גבה אותה בב"ד. ובספר ש"מ כתב לפקפק בזה כיון דקרע שטר הראשון וכ' לו שטר קנין מזמן שני מחל לו שיעבוד הראשון לגמרי ורצה לדמות להא דב"ב (דף קל"ב) בכ' כל נכסיו לאשתו ויצא שטר חוב מוקדם למתנה דקיי"ל דאיכא אומדנא דמחלה לשעבוד הכתובה מנכסים אלו ואף דכאן הוא מכר בפרעון חובו מ"מ כיון שנתן לו בפירוש הקרקע בפרעון חובו וקרע השטר חוב איכא אומדנא דמוכח טובא שמחל לו שעבוד הראשון לגמרי וכ' דאלו הר"י איירי שלא כ' לו שטר קנין כלל רק שטר גוביינא שנתן לו הקרקע בעד חוב אבל כשכתב לו שטר קנין בסתם מזמן שני אף הר"י מודה שמחל לו שעבוד הראשון לגמרי. ולא נראה מסברא לחלק בזה כלל דאין לנו לדון מעצמנו האומדנות ולדמות דהא גם בהך דב"ב בנתן כל נכסיו לאשתו ויצא שטר חוב מוקדם למתנה דקיי"ל תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה ונמצאת קרחה מכאן ומכאן מבואר בב"ש (סי' ק"ז) דנדוניא לא הפסידה ואף דכאן כ' לו שטר קנין בסתם ולא נזכרו החוב בשטר מכר ונקרע השטר לא נוכל לדון באומדנא הזאת להוציא ממון ולומר דנמחל שעבודו. ומצאתי בתשובת מבי"ט (ח"א סי' קי"א) דנשאל בדין כזה במכר לו בדמי החוב וכ' לו שטר מכירה ונקרע השטר ובא בעל חוב לטרו' ממנו והאריך הרבה בזה והעלה דלא אבד זכותו כלל ולבסוף הביא דברי רבינו ירוחם עיין שם בדבריו ולא עלה ע"ד לחלק בין אם הגבהו בחובו לבין אם כתב שטר מכר בסתם מזמן שני ונקרע השטר ועיין שם דכ' לדינא כן. ומה שכ' הש"מ דלפי פי' הש"ך (סי' קע"ה ס"ק ט') לדברי ריב"ש דאף בבעל חוב שבא לטרוף

מלוקח קרקע שאינו שוה כל חובו אין הלוקח יכול לסלקו בדמי שיווי הקרקע דיכול לומר לדידי שוה כל חובי מ"מ אם הבעל חוב קנה הקרקע מן הלוה בדמי חובו המצרן יכול לסלק בדמי שיווי החוב ואינו יכול לומר לדידי שוה כל חובי דהא כבר נפרע מחובו כשקנ' הקרקע בחובו הרי דבטל השטר הראשון לגמרי כיון שכבר נפרע ואינו אלא כקונה קרקע לבד ושמין רק שיווי החוב לבד ודלא כר"י. אינו ראי' כלל דיש לחלק דכאן יפסיד לגמרי אם יטרוף ממנו בעל חוב המוקדם לשטר מכר אמרינן דעדיין זכותו קיים שהיה לו חוב מוקדם ממנו אמרינן דהוי כאלו הב"ד הגבוהו בחוב דאין המאוח' יכול לטרוף ממנו ושעבודו מחובו נשאר על הקרקע כן נמי אם הגבהו בעצמו ומהיכי תיתי נאמר דנמחל שעבודו אבל לגבי מצרן כבר נמחל השעבוד כיון שהגבהו בעד חובו שמין רק שיווי החוב כיון דלא יפסיד בזה כלל ואמרינן דקנה הקרקע בשליחותייהו דהמצרן מטעם הישר והטוב ודמי למחליף קרקע במטלטלין כמו שכ' הש"ך שם ועיין שם בנתיבות (ס"ק י') וכיון שכבר קבל השדה וקרע השטר חוב ואין לו שעבוד כלל על חובו וזה הוא רק בלית ליה פסידא להבעל חוב מה שאין כן נגד בעל חוב מאוחר ממנו אם נאמר דנפקע השעבוד רק שבא מכח שטר מכר יפסיד לגמרי מחזקינן דנשאר כחו מהחוב המוקדם על הקרקע שקנה ועיין במה שכ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' פ"ה ס"ק ב') בדברי רבינו ירוחם הנז':

סימן י

בתשובת רשד"ם חאה"ע (סי' קפ"ד) דן במי שמת והניח מטלטלין וחייב למשכיר שכירת הבית ולאשה בכתובה ודן אף דיש לאשה בכתובתה מטאגמ"קאעפ"כ אין נזקקין לטרוף ממטלטלין המשועבדים מפני תקנת השוק והמשכיר קודם בתפיסה דחצר וביתו של אדם קונה לו והוא קדם בתפיסה יותר מן האשה ואעפ"י שלא אמר תזכה לי חצרי מהני והביא ראיה ממרדכי (פ"א דב"מ) ולזכות בהשעבוד א"צ ד"א מקנה לכ"ע זכתה לו חצרו ומתשובת הרא"ש (כלל צ"ב) דחצר המושכר הוי חצר השותפים והוי כב' שהגביהו מציאה הרי דהחצר זוכה לו ע"כ שורש דבריו. והנה דין זה אם בעל חוב מאוחר קדם וגבה ולהמוקדם נשתעבדו מטלטלין אגב מקרקע אם גם בזה נתקן תקנת השוק זה מחלוקה ישינה שהיה בין הב"י והמבי"ט ז"ל כמבואר (סי' ס') והש"ך הכריע נגד הרב ב"י והאחרונים החזיקו בדעת הב"י דהוי כלא שכיח ולא שייך בזה תקנת השוק וכבר כתבתי בזה לעיל דיני הלואה (סי' מ"ו):

אך אף אם לא הוי בכתובה שעבוד מטאגמ"ק צ"ע דינו דנימא דחצר המשכיר יזכה לו להשוכר בכה"ג אף דבש"ע פסקינן כדעת הרמב"ם דחצר דמשכיר זוכה לו מציאה

כמבואר (סי' שי"ג) כבר כ' שם הש"ך אף דאינו משתמר לדעתו מ"מ מיקרי חצר המשתמרת לדעת המשכיר כיון שהוא משומר והוא חצרו וכוונתו דהשוכר הוי כשלוחו ועיין תוס' גיטין (דף ע"ט ע"ב) בהא דזבל בתורי דאתו לו מעלמא דשוכר הוי כמו שומר ושלוחו של משכיר וזה אתי שפיר אם השוכר חי הוי כשלוחו אבל אם מת אף דהחצר הוא משומר לגבי אחרים ומ"מ אינו כשלוחו ובפרט אם אשתו נשארת בהבית בודאי אינה משתמרת בשליחותו דהמשכיר. ואף אם אחרים יושבים גם כן בהבית ומשתמר לדעת יש לדון דלא נוכל לומר דמשתמרת בשליחותו דהמשכיר דהוי במקום שחב לאחרים אף אם נאמר דלגבי חצר מהני אף בחב לאחרים כאשר יבואר אי"ה לקמן מ"מ לענין דמשתמר בשליחותו יש לומר דלא מהני במקום דחב לאחרים. ועוד אף דחצר דמשכיר קונה מציאה היינו מעלמא או מאחר אבל למשכיר משוכר אינו קונה דכל קונה בעינן הוצאה מרשות לרשות וכיון דהוא שכורה לשוכר עדיין לא יצא מרשות השוכר וכשהן ברשות מוכר והשכיר מקומן יצא מרשות מוכר לרשות לוקח כיון שהקרקע יצא מרשותו לקנין פירות וכן מבואר במחנה אפרים דיני קנין חצר (סי' ג') [ועיין נתיבות בפתיחה לסי' (ר') דלדבריו אין החצר קונה למשכיר רק במציאה דהשוכר לאו אדעתא דהכי אגרי' נקרא החצר חצרו של משכיר כיון שלא שכרו השוכר לזה אבל לשאר חפצים ששכרו השוכר חצרו של שוכר הוא ואין השוכר יכול להקנות על ידי חצרו למשכיר ולדבריו רק למציאה דלאו אדעתא דהכי אגרי' נקרא חצרו דמשכיר י"ל דאף מאחרים אינו יכול לקנות בחצרו להמשכיר ודלא כמח"א שם] אם כן בנידן דמרשד"ם הוי כאלו קונה על ידי חצרו מן השוכר ולא הוי הוצאה מרשות לרשות היינו מרשו' היורש שזכה בדירת הבית שמושכר למורישו להמשכיר. ובלא"ה יש להבין למה שכ' הש"ך שם דלמה שכ' הריטב"א דהיכא דאינו מושכר דק לדריסת רגל אין החצר קונה לו א"ל בזה דברי הרמב"ם בכך דמשמע דהרמב"ם איירי שהיא שכורה לכל דבר. ובלבוש שם משמע באמת דרמב"ם איירי בכה"ג. ואם הוא מושכר לכל דבר קשה דמ"מ כיון דאין רשות למשכיר להניח שם חפציו לא הוי כידו וכל מה דחצר הוי כידו הוא כמו שכ' הנ"י (פ"א) דב"מ דכל מה שיש לו מניח שם וזה לא שייך לגבי משכיר דאף דהגוף שלו מ"מ אין לו רשות להניח חפציו שם ואמאי יזכה במציאה ואף למה שכ' הנתיבות דלא השכירו אדעת' דמציאה קשה הא מ"מ אינו החצר כידו דאין לו רשות להני' חפציו שם:

גם צ"ע לדינא אף כי הש"ך הסכים לדעת רמב"ם מ"מ יש גדולי פוסקים החולקים על הרמב"ם הראב"ד והרא"ש והטור. שוב ראיתי בספר תשובת מאור הגולה רע"א ז"ל (סי' קל"ג) דהתוכח בדין כזה עם הגאון בעל בית מאיר ז"ל ולא הביא דכבר עמד על דין זה

במהרשד"ם ובעל ב"מ כ' להעיר להיפך די"ל דהוי לגבי אלמנה כתפיסה כיון דמונחים בחצרה ויש לה זכות דירה מתנאי ב"ד והיא כשוכר וכ' דהריב"ש מיירי בחפצים המונחים בבית בחדרים של"ה משועבדים לדירת אשה והגר"ע ז"ל כ' דדירת אלמנ' גרע לא מבעי לשיטת ר"ת ב"ב (דף נ"א) דדוקא שוכר דיכול להורי' זכותו ליורשיו הוי חצרו ואף להחולקים דוקא בנ"מ שלה דאם הבעל סלק עצמו מפירות הוי חצרה משום דבלא"ה ידה גם כן על גוף הקרקע ואף אם לא סילק מ"מ עכ"פ לא מיקרי חצרה להוציא הדבר מרשות בעלה על ידי זה אבל בדירת אלמנה דאין לה שום זכות ליתן זכותה לאחר לא להשכיר ולא להוריש רק לה בעצמה יש זכות מתנאי ב"ד י"ל דלא מקרי חצרה ואין לה זכות רק להניחה לדור בתוכה ולא לענין דבר אחר שיהיה לה פירות החצר לזכות בנפילת מציאה לתוכה עכ"ד. והמעיין ברמב"ן שם שכ' לחלוק על ר"ת וכ' דאם כן שאל לעצמו סתם לא תקנו לו יראה דאף היכא דאין לו זכות ליתן לאחר לא להשכיר ולא להוריש מקרי חצרו לזכו'. ולא עוד אלא גם לשיטת ר"ת י"ל דוקא בנ"מ דאם מתה בחיו נעשה לוקח למפרע מטעם תקנ' אושא וגם לקנות מבעל ל"ה הוצאה מרשותו כיון דיש לו זכות אבל לקנות מעלמא י"ל דמודה כיון דיש לו פירות לשמש קונה. אם כן בנידון דאלמנה להיות תפיסה בקנין כיון דליכא נ"מ ליתומים י"ל דהוי קנין מעליא לזכות בהמטלטלין בחצרה שיושבת בו ואף דיש ביד היורשים ליתן לה מדור אחר מ"מ כל זמן שלא נתנו לה הוי הבית ברשותה כמו ברשות היורשים והוי כחצר של שניהם ועיין ספר הפלאה אה"ע (סי' צ"ג ס"ק כ"ז) ואי דמ"מ ל"ה הוצאה מרשות לרשות אם כן עכ"פ לגבי משכיר גם כן ל"ה כהוצאה מרשות לרשות ודברי מהרשד"ם צ"ע להוציא מרשות אלמנה. עוד כתב שם הגר"ע ז"ל לפלפל אם מהני תפיסה על ידי חצר דהוי במקום שחב לאחרים ולא שייך מגו דזכה לנפשיה ומדברי הרשד"ם נראה דס"ל כסברת הגאון בעל בית מאיר ז"ל דלא שייך בחצר תלבע"ח במקום שחב לאחרים ועיין במ"ש בנתיבו' (סי' ק"ה ס"ק א') כנראה גם כן דעתו כן:

סימן יא

דעת הרבינו ירוחם ז"ל בלוה וכ' דאקני ולוה מאחר ולא כ' דאקני יחלוקו ובבעל חוב הטורף מלוקח היכא דלית ליה ללוקח דאקני דעתו דטורף הבעל חוב כל השבח ועמד על זה הש"ך (סי' ק"ד ס"ק ט"ו) ולכאורה יש לומר דעוד הקשה התומים על הר"י דהא הוא סובר דגם בדאקני אמרינן אחריות טעות סופר אם כן איירי דכ' בפירוש דלית ליה דאקני אם כן מחל השני שעבוד דאקני ובלוקח י"ל דלא קנה בשטר כלל וי"ל למה שכ' הש"ך (סי' קט"ז) דלא אמרינן שעבודא דאורייתא רק בהלו' מעות דעבד לוה לאיש מלוה אבל

באחריו' דמכר ל"א ש"ד אם כן אתי שפיר דברי ר"י דהוא סובר דמיניה דידיה משועבד דאקני מטעם ש"ד ומיניה דידיה אין חילוק בין היה לו הקרקע בשעת הלואה או קנה אחר כך וכמו שכ' התומים וכן הסכים הנתיבות (סי' קי"ב) דמיניה דידיה גובה מדאקני מטעם שעבוד דבעת שקנה והי' חייב נשתעבד. אך זה דוקא בהלואה דשייך ש"ד אבל בחיוב אחריות ממכר לדעת הש"ך דל"א ש"ד שפיר לראשון משתעבד דיש לו דאקני אך לפי זה יש להבין אם כן מיני' דידי' אף דלית ליה דאקני נמי נימא לקמא משתעבד הואיל דלזה משועב' מדאורייתא ולזה שלא לוה לא משתעבד ויש ליישב:

ויש קצת ראיה לדעת הקצוה"ח דלא חל השעבוד מן התורה על הקרקע שקנה אחר כך מהא דמבואר ירושלמי ס"פ מי שהי' נשוי פישר מן השני חזקה שהראשון בא וטורף פישר מן הראשון אמר ר' פנחס אתא עובדא קומי ר' ירמיה אמר פישר פישר היינו אם נתפשר עם הראשון אין המאוחר יכול לחזור על הלוה א"ר יוסי ולא כתב דאקני לא אתיא אלא ביורש אר"ח אפילו בבעל חוב אתיא היא בההיא דלא כתב כל דאקני או שאמר לו לא יהיה לך פרעון אלא מזה ופירש הפ"מ דשוי' אפותקי לראשון לכך אין השני יכול לטרוף מזה שלא נשתעבד לו מעולם ואינו מובן מ"מ אם פישר עם הראשון שעשה לו אפותקי אמאי אין השני יכול לטרוף וכי גרע מדאקני אם כ' לו וגם בכה"ג בעשאו אפותקי ופרע לראשון אף אם מכר אחר כך ולא כתב לשני דאקני מ"מ משועבד משעה הראשונה גם להשני דכי לא יכול אדם לשעבד קרקע אף לכמה וכמה בני אדם. ובק"ע מפרש דעשאו להשני אפותקי וכיון שטרפו בעל חוב הראשון כבר אבד זכותו של השני ועכשיו שקנה כשדה של אחר דמי. ובפשיטות משמע דאיירי מיניה דידיה שבא לגבות ולא מלוקח ואם כן מה לי דלא כתב דאקני הא מיניה דידי' גובה ואם נאמר דאף מיניה דידיה אינו גובה רק מטעם מצוה ולא מטעם שעבוד דנכסי דבר נש שהיה לו בשעת הלואה אינון ערבין בי' וכמו שכ' הקצוה"ח ולא מה שקנה אחר כך יש נ"מ טובא בגווני דלא נחתינן לנכסיו מטעם מצוה כגון בנשתטה הלוה וכדומה אבל אם נאמר דמיניה דידי' הוא מטעם שעבוד מה קאמר דלא כתב להשני דאקני הא מ"מ מיניה דידי' נשתעבד א"ו דלא נכנסו הנכסי' שקנה אחר כך בגדר ערבאין רק מטעם מצוה. גם משמע קצת מדברי הירושלמי הנז' דדאקני גם כן אחריות ט"ס מדכתב בלא כתב לו כל דאקני דבסתמא אחריות ט"ס ובש"ך כ' להכריע כשאמר דאקני מהני אף בלא כתב ואמרינן ט"ס ומתרץ בזה הוכח' המ"מ מש"ס ב"ב וליחוש דלמא דאקני אמר ליה ומירושלמי הנז' משמע קצת דבעינן שיכתוב להדיא דאקני:

סימן יב

יש מחלוקת הפוסקים אם כופין מדינ' דגמ' ליתומים לפרוע חובות אביהן כשירשו מטלטלין ודעת רשב"א דמצוה וכופין וכ"כ הבעה"ת (שער ס"א) דכן משמע דעת ר"ח שאם סרב שמכין אותו עד שתצא נפשו שמדמה אותן למלוה וכ' הבעה"ת אם איתא מאי איכא בין אבוהון ובין יתמי אי בתרוייהו כופין ועוד כי הגאונים הוצרכו לעשות תקנה להכריח ליתומים הא מוכרחים ועומדין משום מצוה דרמיא עלייהו אלא ודאי דלא כייפינן להו כ"א בתקנתא דבתראי ועיין תומים ובקצוה"ח הכריח כזאת מרמב"ם דאף אם רצו הב"ד לכוף אין כופין דאם לא כן למה שבח מה שכותבין במערב לגבות בחיי ובמותי וגובה בשביל התנאי יותר משל התקנה דאם לא ידע הלוה בתקנה אין כח בתקנה לחייב בהן יתומים ואמאי הא אם רצו כופין עיין שם:

ונראה דאינו ראיה דהא מבואר ב"י (ק"ז) משם תשובת רשב"א דדוקא כשהן גדולים דהו"ל בני מיעבד מצוה ושאין לאחרים עליהן חוב דכי הוה להו חוב מצד עצמן מצוה עליה' טפי לפרוע חובות עצמן מלפרוע חובות אביהן וכן נמי בשישנן כאן ולכופן בחובת הגוף אבל אם אינם כאן אין יורדין לנכסי' היינו דכתובות (פ"ד) ינתנו ליורשי' ולא אמרינן מצוה על היתומי' וכן (דף צ"ב) אנן מטלטלין שבק דהם בחדא מהני תלת אנפי דאמרו אינהו הא בגדולים ואיתנייהו הכא וליכא עלייהו חוב מחמת עצמן מפקינן מינייהו בשועי עכ"ל. ועיין תשובת הרשב"א (ח"ג סי' מ"ד ומ"ה וח"ד סי' קנ"ב) שם מבאר באורך דחוב של עצמן קודם ועיין שם עוד דסובר אם של"ד לא נחתינן לנכסיו מטעם עד שאת כופהו בגופו כופהו בממונא ועיין עוד בח"ג (סי' נ"ו) אם כן מיושב נמי דצריך לתקנת הגאונים דאחר תקנת הגאונים דמטלטלין משתעבדי נראה לכאורה דאם יש חוב עצמן וחוב אביהן דאין בידם לדחות לגמרי חוב של אביהן כיון דמשתעבד מטלטלין דיתמי ואפשר אף דבא רק בכח התקנה יש לו דין קדימה לגמרי ואף לדברי תשובת רשב"א שבב"י (סי' ק"ד) דהיכא דיש למאוחר בשטר שעבוד מטאג"ק יש לו קדימה נגד בעל חוב מוקדם שלא יש לו מטאגמ"ק דזה בא רק בכח התקנה לא אתיא תקנת הגאונים ומפקא ממלוה בשטר דנשתעבדו מדינא אם כן ה"נ נימא אף לאחר תקנות הגאונים מ"מ חוב עצמו יהיה קדם דמה"ד חייב לפרוע וכל נכסיו משתעבדין לו מ"מ י"ל דדוקא היכא דשני הבע"ח הם של המוריש דלא שייך בזה תקנה דנעילת דלת דאם כן נועל הדלת לבעל חוב האחר לכן נקטינן למיזל בתר הדין ושלא להפקיע שעבוד דבעל חוב האחר אבל נגד בעל חוב של היורש עצמו י"ל אחר התקנה בע"ח של המוריש קודם אף דהוא רק מצד התקנה אלם מטעם נע"ד ולא שייך לומר אתה נועל דלת בפני בעל חוב של היורש דאין

אדם מלוה על זה שיבא לו ירושה ממ"א וע' בתשובת מהר"ם אלשיך (סי' י"ד) ועיין נו"ב תנינא אה"ע (סי' ל"א) שחקר אם יש בע"ח וכתובת אשה לגבות ממטלטלין ויש לכתובה מטאג"ק וגובה מדינא ממטלטלין ולבעל חוב ליכא רק מעלת נע"ד אין כח נעילת דלת לדחות דין הש"ס נגד תקנת הגאונים עיין שם די"ל שיחלוקו. ותימא שלא הביא דברי תשובת רשב"א שבב"י (סי' ק"ד) ואולי סובר דדוקא לגבי שני בעלי חובות דליכא מעלת נעילת דלת בזה עדיף דינא דש"ס מתקנת הגאונים מה שאין כן בעל חוב נגד כתובה דיש מעלת נעילת דלת י"ל דשקולין הן ויחלוקו וא"כ כמו כן י"ל באם יש חובות עצמן דגובין מה"ד ויש גם כן לבעל חוב המורישׁ מעלת נע"ד דחולקין וצ"ע:

וקצת י"ל דתליא בטעמא דתקנת הגאונים המבואר בריב"ש (סי' שצ"ב) או מפני שראו מפני תיקון העולם לכופן במצוה ואף בשאר יורשים שאינן בנים לא פלוג או שעתה נכסי רוב העולם מטלטלין וסחורה והמלוה סומך עליהם כמו על קרקעות דומיא דאמרו בש"ס גמלים של ערביא דאשה גובה מהם פורנא עיין שם ואם נאמר כטעם הראשון אם כן לא העדיפו להשתעבד מטלטלין רק לכופן במצוה בכפיה בגביית מטלטלים בב"ד. אם כן אף השתא נמי כיון דרק מטעם מצוה אתינן עליהן י"ל דחוב עצמן קדם מה שאין כן לטעם השני דמטעם סמיכת דעת דמלוה אתי עליה חוב מורישׁן קדם כנ"ל. וראיתי בדברי משפט למ"ו זקני ז"ל (סי' ק"ז) שהוכיח מדברי תשובת רשב"א שבב"י (סי' ק"ד) הנז' דסובר דרק מטעם מצוה הי' התקנה דאם לא כן אף דלא שעבד לו אגב קרקע מ"מ משתעבד לו מדינא עיין שם ואינו מוכרח דמ"מ כיון דרק בתקנות הגאונים הוא שיגבה עדיף זה שיש לו בפירוש שעבוד מטאג"ק ודברי רשב"א שבב"י (סי' ק"ז) עד לזה דתקנת הגאונים עדיפא שיגבה מטעם שעבוד ולא מטע' מצוה לבד. וכן נראה דעיקר מטעם שעבוד מהא דמבואר אה"ע (סי' ק"ב) במת והניח בעל חוב וכתובת אשה ינתנו לבע"ח אף דליכא רק מטלטלין מנ"ל זה בשלמא מקרקע מבואר בש"ס דינתן לבעל חוב מטעם דכ' הרמב"ם דזה נתן דמים או מטעם שכ' הר"ן פ' הכותב משום נעילת דלת מגבינן ואחר כך הוי כתופס מעצמו ולא הוי כמפסדינן להאשה וזה הכל בקרקע דמשועבד לתרוייהו אבל מטלטלין אם נימא דרק מטעם מצוה כופין ליורשים יהיה הברירה ביד היורשים לתת למי שירצו אלא ודאי דעכשיו מטלטלין בתורת שעבוד גובה בעל חוב ואין הברירה ביד היורשין דהדר דינא כמו לגבי קרקע וממילא חוב אביהן קדם. ובס' מח"א דיני זכיה מהפקר כ' (סוף סי' ה') וז"ל ועוד דמלבד זה מספקא לי דע"כ לא תקנו אלא בבע"ח דאדעתא דהכי סמך דמטלטלי בזה"ז הוי כגמלי דערביא אבל בנד"ד שנתחייב הגר לזה שלא מחמת חוב נראה דלא שייך להאי טעמא עכ"ל ולא אבין הא זה מחלוקה קדומה

אם נזקין גובין ממטלטלי דיתמי אחר תקנת הגאוני' דדע' הרי"ף ב"ק דגובין ודעת רבינו אפרים דלא שכיח ולא תקנו הגאוני' והרא"ש כתב דבדורות הללו מטלטלין כמקרקע לכל מילי שעבוד מדינא דש"ס אף בלא תקנה דהוי כגמלי דערביא. ובש"ך (סי' תי"ט) כ' לדון דדוקא היכא דסמך דעתו מתחילה מועיל כיון דעיק' מו"מ הי' במטלטלין וזה לא שייך בניזקין ומ"מ כתב דדעת רוב הפוסקים כרי"ף ורמב"ם וש"ע שם דאף ניזקין גובין ממטלטלי דיתמי ואם כן כמו כן שטר חיוב לא גרע אף דלא סמך דעתו מ"מ לא פלוג עבדו התקנה:

ובנתיבות כתב לתרץ קושית התומים דאף דמצוה על היתומים לפרוע היינו לכוף ולשלם ואין ביד הב"ד לגבותו למלוה שיהיה שלו עד שיאמר רוצה אני עיין שם ואינו נראה דהא חזינן אף אם שעבודא לאו דאורייתא מ"מ נחתינן לנכסי מטעם כופין על המצוה ועד שאתה כופהו בגוף כופהו בממון כמבואר רמב"ן סוף ב"ב וריטב"א קידושין (דף י"ג) דהב"ד יורדין לנכסיו ומקיימין מצותו והיינו כיון דמוטל על קרקפתי דגברי לקיים המצוה יש בכח ב"ד להפקיר הנכסים וזוכה זה ממילא בכח הפקר ב"ד כמו כן היה בכח לתקן שיכוף ליתומים לקיים המצוה המונח עליהם ועד שאתה כופהו בגוף כופהו בממונא ועיין מה שכ' בזה בחלק ראשון בקונטרס התשובה (סי' ג') ואם כן שפיר הקשה התומים בתפיסה לאח"מ דמוציאין ממנו מדינא דגמרא למה יזדקקו ב"ד להוציא לבטל מ"ע ולמיספי' ליתמי איסורא דכיון דאם הב"ד רצו לכוף יש בכחם אם כן בכגון זה שייך לומר עביד אינש דינא לנפשיה. וצריך לומר על כרחך כמו שכ' הרשב"א דשם איירי בחד מהנך ג' אנפין דלא רמיא המצוה על היתומים אך כל זה לדעת רמב"ן וריטב"א ור"ן דמשום מצוה נחתינן לנכסיו אבל כנראה מד' רשב"א דאם של"ד כופין רק בשוטים ולא נחתינן לנכסיו וכמו שמבוא' להדיא בדברי הראב"ד שבבעה"ת (שס"א) וכן נראה מדברי רשב"א בטור (סי' רע"ח) ולדידהו א"ש תירוצו של הנתיבות דכל זמן דלא מגבי ליה נשאר בחיובו וגזל בידו ולכך לא מהני תפיסה רק מחיים:

וראיתי בספר בית מאיר (סי' ק"ב) שכ' לדון באם מת והניח יורשים ושני בעלי חובות ואין כאן כדי פרעון שתי החובות רק לאחד ולאחד יש שטר ולהשני אין לו רק מלוה על פה ואינו יכול לגבות מיתומים רק בעדים ותו"ז אולם הראשון יודע מחובו והודה שיודע שאביהם חייב לו חולק עמו דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים וכ' והוא חדוש המציאות דהיכא דהלוה הניח הרבה נפסד המלוה והיכא דהניח מעט נשכר. ולדעתי השפילה יש לפקפק בזה טובא. לא מבעי בהניח רק מטלטלין דלא משתעבדי מדינא דגמרא מיתמי יש לומר להטעם שכתב הריב"ש בתקנות הגאונים דמשתעבדי

היינו כיון דבלא"ה מן הדין מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהן כשירשו והתקינו שיהיו הב"ד כופין על זה. ואף ביורשים אחרים לא חלקו בזה אם כן דוקא היכא דידעינו מן חוב ברור אז איכא מצוה ותקנו הגאונים שיכופו אותן אף לשלם ממטלטלין אבל אם אין החוב ידוע להם ולא לב"ד אמיתת הדבר אינם חייבין לשלם כיון דליכא שום מצוה ושוב אין הודאת בעל חוב אחר שהודה שיודע מהחוב שחייב אביהן לבעל חוב השני מחייבו לשלם דהא אינו נאמן על שום דבר לחייבם לשלם דא"נ אף אם הוא כשר להעד דלא הוי אלא עד א' ואם כן אף אם כלפי שמיא גליא דחייב לו מ"מ כיון שאינו ידוע לב"ד וליתומים ליכא שום חיוב עליהם ואף סרך מצוה אין כאן מה"ת יפסיד הראשון מחלקו דאף דהודה ונאמן לחייב את עצמו עיקר הודאתו הוא רק שגם חובו על המוריש הוא אמת אבל מ"מ כיון דליכא שום מצוה על היתומים לשלם בכה"ג לא תקנו הגאונים שמטלטלין דיתמי ישתעבדו ולראשון כיון דיש מצוה וכופין יש שעבוד למה יפסיד בהודאתו כלום ואף לטעם השני שכ' הריב"ש הואיל דעכשיו משום נעילת דלת דעיקר המו"מ הוא במטלטלין תקנו שישתעבד היינו אם יוכל לברר שחייב לו אבל אם אין בידו לברר לא תקנו נגד בעל חוב זה שיודע שכלפי שמים ידוע דגם לו היה חייב והראשון יודע זאת שיפסיד הוא וגם אינו עושה שום גזל ודומה למה שכ' הר"ן בטעם הדבר דאם יש בעל חוב וכתובת אשה לבעל חוב יהבינן ולא לכתובה משום דיותר מה שאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא וכי בשביל זה נגזול להאשה וכתב כיון דתפיסה מהני אין כאן גזל כיון דאחר שבא לידו זוכה מן הדין ומשום טעמא דיותר מה שאיש רוצה לישא מגבינן לכתחילה לבעל חוב וה"נ כיון דלזה יש שעבוד ברור ולהשני אינו ידוע לא ליתומים ולא לב"ד רק הוא הודה מ"מ כיון דאם יגבהו הב"ד לא יהיה גזל בידו הדעת נותן שהב"ד יגבהו אף דאדם נאמן על עצמו מהפסק דכי הוא זה והב"ד כופין לקיים דבריו היינו באם הודה שהוא חייב אבל כאן הודאתו על חיובו של היורשים וע"ז א"נ וממילא נשתעבד הכל לראשון ולמה יפסידו בב"ד. ועוד הא עכ"פ מצוה מדרבנן על היתומים לפרוע חובת אביהן אף אם לא ירשו כלל וכאן אם לא יגבה הראשון כלל חובו לא יהיה שום מצוה על היתומים לפרוע לו אשר ילקח הבע"ח השני כיון שהם אינם יודעים משום חוב. ואם כן יפסיד הוא בהודאתו שהמוריש היה חייב גם לזה וכי הודאתו היה להפסיד זכותו הודאתו הוא רק שהמוריש חייב גם להשני אבל כיון שאינו נאמן ואינו גובה מן הדין יכול לומר להשני לאו כל כמינך להכס דיני זכותי שאם הב' דיגבו גם לך החצי לא יהי' לי שום זכות לתבוע על היתומים ולמה יפסיד לו הב"ד להגבות לו החצי ומה"ט אף בקרקע צ"ע אם החיוב על הראשון שיודע מחובו של השני שיפסידו

לו הב"ד בהודאתו זכותו שיפסיד זכות המצוה שיש לו חיוב על היתומים בהודאתו כיון שלא הודה על חיובו ולכן צ"ע בדין זה:

ולכאורה י"ל דנאמן לגבי חבירו אם אין כאן רק כנגד חוב אחד אף לחייב היורשים לשלם דהא מצינו בש"ס גיטין (דף נ"ה) בעד א' אף אם אינו נאמן נגד חזקה מ"מ כשיפסיד לעצמו בעדותו נאמן אף לגבי חבירו דמתוך שנאמן להפסיד לעצמו שכרו נאמן לפסול הס"ת ואם כן כאן נמי כיון דעכ"פ מפסיד לעצמו בהודאתו שהשני יקח מיד החצי ולו אם יהיה נאמן לא נשאר רק חצי חובו והחצי האחר לא יהיה לו מקום לגבות רק ישאר מצוה על היתומים לפרוע אף אם לא ירשו כלל ומתוך שנאמן להפסיד לעצמו יהיה נאמן גם לגבי יתומים. אולם בריטב"א שם ור"ן בחידושיו כתבו דדוקא באיסור אמרינן מתוך לפי שהדבר חוזר דעד אחד נאמן באיסורין אבל בממונא ודאי דלא מהימן משום מתוך שהאומר לחבירו אני ואתה חייבים לפלוני מנה אף שנאמן ע"ע א"נ על חבירו ובריטב"א כ' וזה מבואר. אך בבעה"ת (שער נ"א ח"ב) כ' במלוה דהאומר שטר אמנה דא"נ במקום דחב לאחרים דיש מורים אם השטר הוא על יותר ממה שחב לאחרים ומפסיד בהודאתו גם לעצמו דנאמן מטעם מתוך וכ' הבעה"ת דההיא סברא ליתא דכיון דחיישינן לקנוניא מהימן גבי דידיה ולא מהימן גבי חבירו דדלמא עביד קנוניא ול"ד להך דגיטין דשם ליכא חשש קנוניא וכבר כ' בהגהותי בד"ח דיני כתובה (סי' כ"ה) ולעיל בדיני עדות (סי' נ"ג) דמה"ט כ' הרמב"ם (פ"ב) מהלואה הדין דא"נ באומ' שטר אמנה במקום שחב לאחרים מטעם דשמא קנוניא עושה עיין שם ואם כן י"ל דכאן בנידון זה דאינו מפסיד לאחרים רק דבר מועט שישארו היתומים בחיובם מטעם מצוה י"ל דשייך סברת מתוך ומ"מ צ"ע אם לא נחוש בזה לקנוניא ולדינא צ"ע בפרע במטלטלין מהך טעמים שכתבתי למעלה לדון בזה שהב"ד ידון ביניהם דין יחלוקו:

והיכא דהניח אביהם מטלטלין אם יכול הבע"ח לומר ליתומי' אי אפשי בתקנת חכמים שתיקנו דאגבה ממטלטלי דיתמי ואטרוף מלקוחות קרקע שמכר אביהם לכאורה י"ל דיכול לומר אי אפשי ובש"ע אה"ע (סי' קי"ג סי"ב) בנכסים מעועים דהבנות יזונו ואחר תקנת הגאונים יד שניהם שוין ואם הניח קרקע שהן מועטים ועל ידי המטלטלין יהיו מרובים יירשו הבנים כתוב בח"מ וב"ש שם דתקנת הגאונים היה לטובת הבנות ומכ"ש היכא דאיכא טובת הבנים לכך א"י לומר א"א בתקנת הגאונים. ולפי זה בבע"ח דהתקנה היה רק לטובתו ולא מצינו שהיה לטובת הלוקח אם כן י"ל דיכול לומר אי אפשי בתקנת הגאונים:

וכן יש לומר הא דפריך הש"ס ב"ב מי אמר רבה הכי והא אמר רבה גבה קרקע י"ל ומה פריך דלמא אף אם של"ד מ"מ כיון דעכ"פ מדרבנן זכה אביהן בשעבודו הוי מוחזק ולמה לא יטול פ"ש הבכור וי"ל כיון דאף בלא שעבודו עכ"פ מצוה על היתומים לפרוע וכן ע"ע אם כן יכולין לומר אי אפשי בתקנת חכמים ואין אנחנו רוצים בשעבוד נכסי רק מטעם מצוה דפריעת בעל חוב אנו גובין ולא יטול מזה הבכור פ"ש. ועיין רמ"ה ב"ב שם דכ' וז"ל ומדקאמר רבה גבה קרקע יש לו אלמא ש"ד דאי לאו דאורייתא ולא זכי ביה בעל חוב אלא מעידנא דגביה הו"ל ראוי ואין הבכור נוטל בראוי ונהי דתקינו ליה רבנן שעבודו לבעל חוב שלא תנעול דלת בפני לוין אבל לזכיה ליה לבכור מאי דלא זכי ליה רחמנא לא תקינו דהא לא שייכא בהאי תקנתא עכ"ל ולכאורה אמאי הא אולי קנה אביהן דבר בקנין המועיל מדרבנן וזכי ביה ודאי ל"ה ראוי רק מוחזק לענין בכור הכי נאמר כיון דבכור לא שייך בהאי תקנת' לא יטול פי שנים זה ודאי אינו דמ"מ כיון דמדרבנן זכה בי' אביהן הוי מצוי ולא הוי ראוי ומ"ש שיעבוד ולמ"ש י"ל דיתר היורשים יכולין לומר אי אפשי בתקנת חכמים ומחלו השעבוד ולא אתו לגבות מטעם שעבוד רק מטעם מצוה. אולם י"ל דכוונת הרמ"ה כמו שכ' בש"מ שבסוף חידושי הרמ"ה משם הרא"ם דאי שעבודא לאו דאורייתא מעידנא דגבה ליה בעל חוב לקרקע הוא דזכו לי' בהאי קרקע אבל מקמי הכי לא דהא של"ד דהשתא הוא דזכו ביה אינהו ואביהן לא זכ' ביה מחיים דהא של"ד עיין שם ומשמע דס"ל דהא אי שעבודא לאו דאורייתא הטעם הוא דאין קנין לחצאין ולא מצינו שיחול שעבוד מה"ת על הנכסים וחז"ל לא עשאו שאינו זוכה כזוכה לענין זה דמה דלא אפשר שיחול שום קנין מן התורה לא רצו לעשות כזוכה רק מטעם הפקר ב"ד תקנו שיכול לגבות כאלו היה חל ע"ז שעבוד אבל קנין לא חל רק משעת גביה ואילך לא מעיקרא ואף דדנין דין קדימה בזה מ"מ לא זכה בו מחיים רק מהשתא ואי של"ד הוי ראוי:

גם י"ל להמבואר במרדכי כתובות (פי"ג) דל"א אי אפשי אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק וההו' דאיני נזונית ואיני עושה שהיא מוחזקת במעשה ידיה עיין שם ועיין בש"מ ב"ק (דף ח') ועיין מהרי"ט (ח"ג סי' ט' וי') אם כן י"ל ה"נ אף דהלוקח ל"ה בכלל התקנה מ"מ כיון דהבע"ח בא להוציא ולהפסיד ללוקח אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת הגאונים וע' ס' הפלאה (סי' ק'):

סימן יג

יש לחקור היכא דאביהם חייב רק לצאת ידי שמים אם גם כן שייך מצוה על היתומים לפרוע די"ל דוקא היכא דאביהם חייב מן הדין והיינו כופין אותו לשלם אז כשמת

ויורשיו יורשים ממונו המצוה מוטלת עליהם לפרוע חובות מורישיהן מה שאין כן היכא דאביהן לא הי' חייב מן הדין רק בדיני שמים אין לו כפרה עד שישלם בזה י"ל דוקא אם משלם בעצמו בחיו אבל כשמת אין על היורשים חיוב אף מצד מצוה ומצינו בריבית דכ' וחי אחיך עמך לדידיה אזהיר רחמנא לבריה לא אזהיר ומזה למדו הראשונים דלא נחתינן לנכסיו אף בריבית קצוצה דיוצאה בדיינים מ"מ לאו תורת שעבוד עליו רק מצד מצוה חייב לנתק הלאו ולא מצינו דבנו יהיה מחויב עכ"פ מצד מצוה להחזיר וע"כ כיון דהוא בעצמו לא קיים המצוה ולא מינתק הלאו בזה במה שבניו מחזירים אם כן אף בדיני שמים לקיים מצות כיבוד אב י"ל דאינו חייב וכמו כן היכא דאביהן אינו חייב בדיני אדם רק בד"ש כמו ארבעה דברים המבוארים ריש פרק הכונס י"ל דרק אם חי חייב לשלם בד"ש ולא מכפר ליה עד דמשלם ועיין רש"י גיטין (דף נ"ג) וחייב בד"ש פרעניות לרשעים לשלם שנתכוין להפסיד את ישראל. אבל כשמת במה שמשלמים בניו י"ל דלא מיכפר ליה וממילא אינם חייבים. או די"ל דרק ברבית כיון דנתן מדעתו רק התורה חייבו להחזיר בזה לברי' לא אזהיר מה שאין כן לשלם מה שהפסיד לחבירו י"ל דגם בניו חייבין מצד מצות כבוד אב לשלם:

ואם נאמר דפטורין יש ליישב קושית אאזמ"ו ז"ל בספר דברי משפט (סי' שפ"ה) בהא דאמר אביי גיטין (דף ל') המטמא ומדמע ומת לא קנסו בנו אחריו הא אביי סובר שעבודא לאו דאורייתא ולדידיה מלוה על פה אינו גובה מיורשים אלא כשעמד בדין כמבואר סוף ב"ב ואם עמד בדין קנסו אף לבנו אחריו כמבוא' בש"ך שם. וראיתי שכן הקשה גם כן בספר שער המלך הלכות מלוה עיין שם ולמה שכ' אתי שפיר דאם קנסו בנו אחריו ונעשה חוב גמור אף דלא עמד בדין ואינו גובה מיורשים מ"מ מצוה עליהן לפרוע חוב אביהן אבל אם לא קנסו בנו אחריו אז אמרי' דכיון דלא קנסו נשאר על הדין ומד"ת פטור אביהן בדיני אדם דהוי היזק שאינו ניכר רק מטעם קנס חייבהו חז"ל לשלם למיחת לנכסיו אבל לא נגד בנו וממילא נשאר על ד"ת ואינו חייב רק בד"ש ובזה אף מצוה ליכא על בניו כמו"ש:

וראיתי בס' חק"ל (סי' ע') שרצה לומר דדוקא בהלואה שעשה חסד עמו להלות בזה יש מצוה על היתומי' מה שאין כן במזיק וגזלן והוכיח כן מדברי בעה"ת מובא בטור (סי' ק"ח) ביתומים במת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה דאינו גובה אף מן הערב הואיל דחוזר על היורשים ואף בלא הניח להן אביהן מאומה הואיל דמצוה עליהן לפרוע חוב אביהן הואיל דעשה חסד עם אביהן אבל מלקוחות יכולין לטרוף דאדעתא דארעא נחית ועביד אינש דזבין ארעא ליומיה ואין מצוה על היתומי' אם כן במזיק ובגזלן גם כן דלא

עשו חסד עם אביהן ליכא מצוה עליהן לפרוע ולעומת זה הביא דברי הש"מ ב"ק (דף י"ד) משם הרב המאירי דגם במזיק יש מצוה ודברי ריטב"א קידושין (די"ג) דגם במלוה הכתובה בתורה איתיה וכן מדברי מרדכי ואגודה ב"ב (דקנ"ט). ולדעתי העני' ודאי לא ניתן להאמר דהיכא דלא עשה חסד עם אביהן לא יהיה מצוה אף בהניח להן מטלטלין דעיקר המצוה הוא מצד כבוד האב כדי שלא יקרא לוה רשע ולא ישלם וכמו שכתבו הראשונים אם כן ודאי גזלן ומזיק נקרא יותר רשע ממה שלוה ואינו משלם והסוברים דאף בלא ירשו כלל ג"כ מצוה איכא הוא מטעם זה ורק דלא כייפינן להו לקיים מצות כבוד אב בשלהן. ועיין תשובת הרשב"א (ח"ד סוף סי' קנ"ב) ודאי כמו כן במזיק וגזלן שמת וחל עליו החיוב תשלומין בחייו גם יורשיו חייבין לשלם ממטלטלין שהניח לדד"ג מטעם מצוה ואם לא הניח מאומה מ"מ בניו חייבין לשלם מטעם מצות כבוד אב דלא יהיה נקרא רשע רק אם בעל חוב טורף מן לקוחות אחר מיתת אביהן דלא נתחייב כלל אביהן בחייו אף דנתברר חיובו למפרע מזמן שמכר הואיל דקבל אחריות או אחריות ט"ס מ"מ כיון דבחייו לא נתברר עדיין חיובו סובר הבעה"ת דליכא מצוה ובערב אף דגם כן לא נתברר חיובו עד לאחר מיתה מ"מ כיון דעשה עמו חסד מצוה עליהן לפרוע מה שאין כן בלקוחות דעבד אינש דזבין ארעא ליומ' אף דקבל עליו אחריות סברא הוא דלא חל עליו החיוב רק כשהוא בחיים מה שאין כן אם טרף הבעל חוב לאחר מיתה לא חל החיוב וליכא מצוה על היתומים רק כשהניח נכסים טורף מטעם שעבוד אבל ודאי אם חל החיוב מן הדין על אביהן לשלם אף דלא עשה עם אביהן חסד מצוה עליהם מטעם כבוד אב כמו במלוה דעשה עמו חסד. ומה שכ' עוד שם דדעת בעה"ת כדעת רבינו אפרים בטור (סי' תי"ט) דתקנת הגאונים לגבות מטלטלי ליתיה בנזקין דל"ש ומינה גם כן להך דינא דמצוה על היתומים ליתיה וכבר חלקו עליו רוב הפוסקים וס"ל דבכל מין חוב ומינה נמי לדין מצוה דדמי ליה ולא אדע דעת ר' אפרים הוא רק מטעם דבלא שכיח לא תקנו הגאונים אבל דבר שהוא מצוה אף אם מדרבנן מ"מ השוו חז"ל מידותיהם דלעולם יש מצוה וגם מדברי הטור בעצמו שהביא דברי בעה"ת אף דלא ס"ל כדעת ר' אפרים משמע דלאו מטעם זה אתי עלה אלא ודאי דעיקר הטעם הואיל דלא נתברר חיובו בחיי אביהן אבל בנתברר החיוב בחיים כ"ע מודים דאם הניח מטלטלין דיש מצוה בכל מיני חוב ולהסוברים דאף בלא הניח יש מצוה מדרבנן בכל גווני ס"ל דיש מצוה מטעם כבוד אב. אולם היכא דלא נתחייב רק לציד"ש בזה צ"ע אם יש מצוה:

ויש להביא ראיה דבכל חיובי דאביהן אם ירשו חייבין עכ"פ משום מצות כבוד אב לשלם מירושלמי ריש חגיגה דמייתי המתניתין האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו

היורשין עולתה שמואל אמר במופרשת ר' יוחנן אמר אפילו אינה מופרשת מה אנן קיימין אם בשירשו קרקע בהדא אמר שמואל במופרשת אם בשירשו מטלטלין בהדא ר"י אמר אפילו אינה מופרשת מה נפק מן ביניהון ירשו קרקע ע"ד דשמואל ליתבע אין תובעין ולמשכון אין ממשכנין ע"ד דר"י אף למשכון ממשכנין ירשו מטלטלין ע"ד דר"י לתבוע תובעין ולמשכון אין ממשכנין ע"ד דשטוחל אף לתבוע אין תובעין והק"ע גרס בירשו קרקע ע"ד דשמואל לתבוע תובעין אבל אין ממשכנין וכן נראה מדקתני ע"ד דר"י אף למשכון ממשכנין משמע מדקתני אף דלתבוע מודה שמואל וע"כ הא דפריך אם בירשו קרקע בהדא אמר שמואל במופרשת היינו אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולא נשתעבדו הנכסים וכמבואר בש"ס דילן קידושין (דף י"ג) ע"כ הקושיא היה הא לא קתני במתניתין חיוב רק יבואו היורשין עולתה וכשירשו קרקע עכ"פ מצוה על היתומים לפרוע חובת מורשין ולמה אמר שמואל דוקא במופרשת ור"י דקאמר אפילו אינה מופרשת אי בירשו מטלטלין בהדא אמר ר"י היינו דסובר הירושלמי דמצוה הוא רק למ"ד של"ד ובירשו קרקע. ועיין רשב"ם ב"ב (דף קנ"ז) דכ' דבמלוה ע"פ ליכא מצוה וסותר לד"ע (שבדף קע"ד) וצריך לומר דסובר דלרב ושמואל דמלוה על פה אינו גובה אף מן הקרקע ליכא מצוה כלל במלוה על פה ולדידן דגובה דש"ד או משום נ"ד גם במלוה על פה איכא מצוה אבל רק מקרקע. ומסיק הירושלמי דבירשו קרקע לתבוע תובעין רק אין ממשכנין וע"ד דר"י אף ממשכנין דש"ד ובירשו מטלטלין ע"ד דר"י תובעין וע"ד דשמואל אף אין תובעין וסובר דבמטלטלין אף מצוה ליכא עכ"פ מבואר דלידידן דקיי"ל כר"י אף במלוה הכתובה בתורה דאף דלא עשה חסד עם אביהן מ"מ מצוה איכא על היתומים לפרוע. ומ"מ קשה לדעת רשב"א דס"ל בירשו מטלטלין מצוה על היתומים לפרוע וכופין אותם ואף בלא ירשו כלום מצוה איכא ואין כופין אם כן לענין לתבוע תובעין אף בלא ירשו כלום ובירשו מטלטלין למה סבר ר' יוחנן למשכן אין ממשכנין כיון דכופין אותן. ומוכח קצת מזה כהכרעות התומים (סי' ק"ז ס"ק א') דאין לב"ד לכוף כלל ודלא כמו שכ' הנתיבות שם דע"י המצוה יש חיובא דגופא ויש לב"ד לכוף עד שיאמר רוצה אני אם כן למה אין ממשכנין עד שיאמר רוצה אני וצ"ע לדברי רשב"א ואולי י"ל דאף דסברו דמצוה גם כן אף בלא הניח אביהן כלל מ"מ בחיוב קרבן דלא נקרא לוה רשע ולא גזלן ליכא מצוה עליהן לפרוע כשלא ירשו כלל ואף כשירשו מטלטלין מ"מ אין כופין בזה:

ועיין בחק"ל (סי' ע"א) שכ' לכאורה היה נראה ברור דאם תפס מהיורשים משלהם דמוציאין מידו אך מדברי רשב"א שפירש מה שכ' כתובות (דף צ"א) הני קמאי מצוה

עבידתו דאיירי בלא ירשו ואי לא מהני תפיסה אמאי אין אומרים אי טריף נמי קבילנא דיחזיר הזוזים שקבל אלא ודאי דמהני תפיסה והביא דברי המל"מ (פכ"א) ממלוה דכ' דלדעת רשב"א בתפס מצד מצוה מפקינן מיניה וממה שכ' בהך דקטינא מוכח להפך ולא אבין כלל דבריו ודאי גם לדעת הרשב"א לא מהני תפיסה מנכסי יתומים והך דקטינא איירי בלא הניח מטלטלין ולכך מצוה בלבד איכא בלא כפי' וכמו שכ' הרשב"א להדיא בתשובה ואביי אמר הני קמאי מצוה עבידתו הואיל דלא אמרו הני חמשין זוזי דמי ארעא קטינא סובר כיון דנתנו בסתם תלינן דמשום מצות כיבוד אב פרעו ולא נסתלק השעבוד על הקטינא על חמשין אחרים הואיל דנתנו לסלקו מן השעבוד אבל ודאי תפיסה שלא מדעת היתומים ל"מ מנכסי שלהן לכ"ע ועיין מ"ש לעיל דיני טו"נ (סי' ז) ועיין כנה"ג (סי' ק"ז סק"א) שכ' שמסופק אם יכול המוחזק לתפוס בדבר שאין לו חיוב אלא משום מצוה עיין שם ועיין מה שכ' לעיל דיני תפיסה (סי' מ"ז) ובודאי הוי כגזלן כיון דלא רמיא שום חיוב והב"ד אין כופין מוציאין מידו ועיימ"ש בח"ר בקונטרס התשובו' (סי' ג'):

ובדברי הירושלמי חגיגה הנז' מבואר דהפריש חגיגתו ומת אם היורשים יביאו אותה תליא בפלוגתא דשמואל ור' יוחנן ועיין שם בפ"מ ופירושו אינו מובן כלל כיון דפריש אם ממשכינן אותן מה תלי זה בזה וע"כ צריך לפרש כמו שפירש שם הק"ע דאם כופין היורשים להביא עולת חובת אביהן כ"כ מקריבין ביו"ט אפילו מת עיין שם וברמב"ם (פ"א ה"י) מחגיגה כ' גם כן בהפריש עולת ראייתו ומת היורשין חייבין להביאה ובכ"מ ובלח"מ שם כיון דגבי עולת חובה חייבים היורשים אע"ג דלא הפרישה מחיים דכבר נשתעבדו הנכסים למה צריך כאן הפרישה מחיים וע' שם בק"ע ולדעתי י"ל כיון דטמא פטור דכל שאינו בביאה אינו בהבאה ומבואר מתוס' חגיגה (דף ע') ובמהרש"א שם דאף אם הי' בביאה יום הראשון בעינן גם כן שיהיה בביאה בשעת הבאה אם כן כשמת אינו ראוי בביאה נפקע חיוב הבאה לכן דוקא אם הפריש חייבין היורשים להביא אבל אם לא הפריש מחיים פטורין ואכ"מ בזה:

סימן יד

הר"ן פ' מי שהיה נשוי הביא משם הרשב"א דכ' יש מי שאומר מי שמכר לשנים ולאחד פירש בשטר בה' בניסן ולשני כתב בניסן סתם דאין בעל חוב יכול לטרוף מא' מהם דכל אחד יכול לדחותו אצל השני ולומר הנחתי לך מקום לגבות והרשב"א חולק דאם כן כל אחד יערים ויעשה כן ויפסיד לבעל חוב אלא מהאי דכ' ניסן סתמא גבה והטעם משום דשדות שניהם משועבדים לבעל חוב אלא שהתקינו להם חכמים שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים ב"ח אם כן עליו לברר שהוא משועבד במקום

ב"ח ועליו הראיה הלכך זה שהוא סתם ידו על התחתונה עכ"ד. והנה בפשטות נראה דעיקר הטעם הוא הואיל דהלוקח לא אתי עלה אלא בכח תקנה ועליו לברר שזכה בכח התקנה היינו שהניח מקום לגבות. וכן נראה סברת הבעה"ת (ש"ד) דהבע"ח ודאי ולא אתי ספק להפקיע מידי ודאי דאין נפרעין במקום ב"ח ליתא אלא תקנתא ובס' לא תקון ועל זה הביא שהרמב"ן השיב לו דבכל מקום המוציא מחבירו עליו הראיה ויקשה שהרשב"א ודאי לא יחלוק על סברת רמב"ן דמ"מ שייך הממע"ה. ומלבד זה קשה הא תינח אם היה הבדל בין השדות בזה בא הלוקח רק מצד התקנה דאין נפרעין במקום שיש ב"ח אפילו הן זיבוריות אבל אם היה כל השדות שוות באין הבדל בזה לא היינו צריכין לתיקון עולם דבלא"ה אינו יכול לטרוף מן הלוקח דשייך לומר מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו וכשם שהברירה ביד הלוה לסלק באיזה שדה בינונית שרוצה כן זכה הלוקח בזכות זה לסלקי בהשדה שהשאיר ביד המוכר וכן מבואר להדיא בש"ס גיטין (דף נ') אב"ע בכולן שוין ועי"ש בפנ"י ועיימ"ש בזה אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ק"ב) באורך. אם כן כיון דבזה לא אתי הלוקח מכח תקנה רק מדינא אמא לא נימא הממע"ה וראיתי לאאמ"ו ז"ל בס' דברי חיים דיני גב"ח (סי' כ"ג) דעמד על זה וכן תמה בזה רבינו הגדול רע"א זללה"ה בדו"ח מס' כתובות:

והנה כוונתי בזה בעזה"י לדעת אאמ"ו ז"ל דמתחילה רצה לומר דאזלינן בתר עת הגוביינא ואם כן במכר בינונית ונשאר אצל הלוה בינונית ואחר כך מכר הלוה שדה השניה לאחר בזה כיון שהרחיק הלוה השעבוד א"י הלוקח הראשון לדחות אותו שילך דוק' אצל הלוקח השני מדינא כיון דאף אם היה אז אצל הלוה לא הי' יכול לדחותו ודומה להא דמבואר ב"ק (דף ח') בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ומכר הבינונית ללוי דרמז"ג ורמז"ג ואין שמעון יכול לדחותו שילך אצל לוי וכ' שם הרא"ש הטעם דיכול לומר אתה הרחקת שעבודו וה"נ דכוותי' אולם א"א ז"ל חזר מזה דשם קנה הוא כל שדותיו אבל בהניח בינונות והי' הדין על הבינונית שביד הלוה אף אם מכרן אחר כך אינו יכול לגבות מן הלוקח הראשון אף מדינא בלבד התקנה דתיקון עולם והביא ראיה מש"ס דגיטין הנז' דהא שם ל"ש התקנה דבמתנה לא עבדו רבנן תקנתא יאמר גם כן כיון דלא נשאר אצל הלוה אין אני רוצה להטריח א"ע ללכת אל השני עיין שם. ולענ"ד נראה דמשם יש ליישב ולומר דהא שם כבר מת הלוה והשאיר כל נכסיו רק נתן במתנה לראשון ואחר כך לשני והב"ד מקיימין למתנתו בזה רואין אנחנו כאלו באו כולם יחד לגבות הבעל חוב עם המקבלי מתנה ואם היו באין ביחד אז מה שנשאר אחר טריפת הבעל חוב היה נוטל הראשון ולא הי' נשאר להשני לכן גם בטרם שבא הבעל חוב מגבינן להמקבל מתנה

הראשון חלקו ומשיירין הבינונית השני בעד הבע"ח דהא אם הי' בא הבעל חוב ביחד עם מקבלי מתנה היינו נותנים לכ"א שדה אחד לכן כשלא נודע אז מבעל חוב מגבינן גם כן כאלו היה אז הבעל חוב כדי שבאם יבא הבעל חוב יגבה מהשני רק כ"ז שלא ידענו מן הבעל חוב מורידין הב"ד להמקבל השני בהשדה לא להרחיק שעבודו של הבעל חוב רק כיון שלא ידענו מן הבעל חוב וכשבא אחר כך הבעל חוב טורף מן השני ולא מן הראשון כיון דהשאיר לפניו אצל היורשין ומה שלקח המקבל מתנה השני היה בשביל שלא נודע אז מן הבעל חוב מה שאין כן היכא שקנה שדה מן הלוה ונשאר בינונית אצלו וחזר ומכר והרחיק שעבודו אצל אחר בזה לא שייך מה מכר כיון שאף אם הי' נשאר הראשונה אצל המוכר הלוה לא הי' יכול לדחות אותו אל בינונית שמכר ללוי ורק מכח תקנתא דאין נפרעין במקום שיש בני חורין אתי עלה הלוקח הראשון לכך כשיש לו שטר בניסן סתמא וזמנו אינו מבורר לא יכול לדחות את הבע"ח משעבודו:

ובזה יש לומר כוונה בדברי האלפסי ב"ק וכתובות כשהביא דברי רבא בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ומכר שדה אחת ללוי ובא בעל חוב דראובן רצה מזה גובה רצה מזה גובה כו'. ובינונית נמי לא אמרן אלא דלא שבק בינונית דכוותה גבי שמעון אבל שבק בינונית דכוותה גבי שמעון מצי אמר ליה הנחתי ובש"ס לא קתני הך שני תיבת גבי שמעון רק סתם דלא שייר בינונית דכוותיה רק בחלוקה אבל שבק בינוני' דכוותה נקט הש"ס גם כן גבי שמעון והרי"ף דייק שני פעמים גבי שמעון להורות דהוא דוקא אם נשאר הבינונית גבי שמעון הנכנס תחת שעבודו ולא מכר שוב הבינונית ליהודה אז יכול לוי לדחות להבעל חוב שילך אל שמעון דמה מכר כו' וכיון דאם היה בעת הגוביינא והטריפה של הבעל חוב שדה הזאת שרצה לטרוף מלוי אצל שמעון הי' שמעון יכול לדחותו אצל בינונות השני כן גם לוי יכול לדחותו אבל אם הרחיק שמעון השעבוד של בינונית ומכר ליהודה אז אם היה השדה שעתה הוא ביד לוי אצל שמעון לא הי' יכול לדחותו שילך אצל יהודה כיון שהוא נכנס תחת הבעלים והרחיק שעבודו כן נמי גם עכשיו גובה מן לוי ואינו יכול לדחות אותו שילך אצל יהודה רק כשנשאר אצל שמעון אז יכול לדחות אצלו מטעם מה מכר וז"פ:

ברם בעיקר הקושיא על הרשב"א הנז' י"ל בפשיטות דעד כאן ל"א מה מכר רק אם מסלק לו בדבר אחר אז כמו שהמוכ' היה יכול לסלק שעבודו משדה הזאת כן גם הלוקח יכול לסלקי אבל בנידון דרשב"א כיון דא"י לטרוף מן הלוקח שיש לו זמן בשטר דזה יכול כ"כ לסלקו מכח מה מכר ועיקר הדבר הנולד הוא בין שני הלקוחות מי שזכה מקודם בזכות זה דמה מכר לכך טורף מן זה שלא יש לו זמן מבורר בהשטר ואף דסברא הזאת

מן הריעות' דלא יש לו זמן משמע דמועיל דוקא לאוקמי ארעא כשאין אחד מהן מוחזק בהשדה כמו בעובדא דש"ס כתובות (דף צ"ד) הנהו תרי שטרי וכמו דמשמע מרמב"ם (פ"ב) ממכירה דאיירי היכא דאין שום אחד מהן מוחזק מ"מ הכא לגבי לטרוף מלוקח כיון דשד' אחת ודאי משעבוד יכול לטרוף מן זה שיש לו זמן שאינו מבורר. ולכאורה י"ל עוד ביותר סברת הרשב"א. דהנה היכא דיש ללוקח זמן שאינו מבורר ולהמלוה יש שטר בזמן מבורר העלה הנתיבות (סי' קי"ט) דהיכא דאין הלוקח מוחזק נותנין לזה שיש לו שטר שעבוד בזמן מבורר אמנם אם הלוקח החזיק בקרקע אין הבעל חוב יכול להוציא דהממע"ה ע"ש. בנתיבות ותימא שלא הביא דברי הדרישה שם דכ' להדיא דין זה דהלוקח צריך לברר זמנו ומשמע מדבריו דאף אם הלוקח הוא מוחזק ג"כ טורף. ואאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שבסוף ספר דברי משפט שם העלה גם כן די"ל דאף אם הלוקח מוחזק גם כן מוציא הבעל חוב שיש לו זמן מבורר. והביא שם דברי הרא"ה וש"מ כתובות שכ' להדיא כן באין שום אחד מוחזק על הלוקח לברר דקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראיה וביאור דבריו אף דעל גוף הקרקע אין אנו דנין רק על תשלומי החוב מ"מ לא אמרינן דהלוקח הוי מוחזק כיון דאם הלוה בעצמו היה בא לדון עם הלוקח והלוקח טוען שמכרו מתחלת ניסן ופירות השדה מונחים בסימטא או ביד אחר היינו מוקמינן הקרקע בחזקת בעלים והיה המוכר נאמן כן גם כן המלוה טוען כל זכות שיש להלוה המוכר יש לי ולפי זה אף אם הלוקח הוא מוחזק גם כן מוציאין מידו ליתן להמלוה ועיין שם בנועם דבריו לסלק ראיית הנתיבות מתוס' גיטין (דף י"ז). ואני דנתי לפניו ע"ד גם אם היינו באין לדון על הפירות אם היה הלוקח מוחזק בפירות למה לא יהיה נאמן בטענות ברי נגד החמר"ק דקרקע אשר איתרעאי וכבר יצאה מרשותו דמוכר ואדרבא חזקה דהשתא דכ"נ וכאן היה מסייע ליה ללוקח שלקחה בתחילת חודש ואף אם דנין על הקרקע חמר"ק עדיף ובכ"מ הפירות נגררין בתר הקרקע מ"מ הלוקח מוחזק איך נוכל להוציא מידו כיון דעכשיו הוא מוחזק ועיין תוס' ב"ב (דף ל"ג ע"ב) ד"ה ואי טען ובמ"ש בדיני תפיסה בד"ח (סי' ג') ובפרט לענין שעבודו דבעל חוב כיון דהלוקח הוא מוחזק ברי שקנה בתחילת חודש והבעל חוב טוען שמא חשיב הלוקח מוחזק ובפרט להסוברים דבו"ש מהני נגד חמר"ק כמו שכ' הראב"ד בש"מ ב"מ (דף ק') דלא כטור (סי' רכ"ג) ואף די"ל קרקע עדיף היינו אם אנו דנין על גוף הקרקע אבל נד"ד כיון דהקרקע קנויה בבירור ללוקח ואין בו ס' רק על שעבודו דבעל חוב יש ס' אם היה חל על הקרקע או לא ועיקר הס' אם הקרקע נעשה ערב לו מכח שהלוה להלוה או לא דכבר יצא מן רשות הלוה אז בזה י"ל לכ"ע בו"ש ברי עדיף בצירוף חזקת כנוכ"ה וגם

חזקת מר"ק דהלוה אינו יכול להועיל להמלוה ועוד יש לדבר בזה טובא אף דמדברי הדרישה נראה כדעת אאמ"ו ז"ל דמוציאין אף מן הלוקח דאין לו זמן מבורר מ"מ צ"ע. ועיין מ"ש בזה לעיל דיני הלואה (סי' י"ז) לברר בדין זה:

אך מ"מ זה דוקא היכא דיש ספק אם בא שדה הזאת של הלוקח להיות ערב ושעבוד דמלוה אבל אם גם בזה יש בירור שבא לידי ערב ושעבוד דהלואתו היה קודם שקנה הלוקח רק הלוקח שיש בשטרו ניסן סתמא טוען שקנה בטרם שקנה הלוקח השני והניח מקום לגבות מכח מה מכר ושהיה בידו לסלקו בהבינונית שקנה הלוקח השני אבל מ"מ מודה שהשדה שבידו נשתעבד למלוה רק שלדבריו נעשה השדה ערב שני דכל מלוה זכה בשעבודן של כל שדותיו של הלוה וכולהון אחראין וערבאין ובעת שמכר הלוה והניח בידו בינונות דכוותיה הוי כמברר נכסיו שמה שנשאר אצלו נעשה ערב הראשון ומה שמכר ללוקח ערב שני כיון דאם נשתדף השדה שנשאר בידו חוזר על הלוקח היינו הערב השני אבל מ"מ נשאר השדה בשיעבודו הראשון רק הספק אם נשתנה ונעשה בירור בין השדות שזה שלקח הוי ערב שני והנשאר ביד הלוה ומכרו אחר כך זה הערב הראשון או דלמא להיפך זה שיש לו זמן מבורר היה הראשון וזכה בבירור השדות וכיון דבין כך ובין כך עכ"פ שני השדות משועבדין להמלוה והס' על בירור השדות בזה מלבד חזקת מר"ק אמרינן שיש לו למלוה חזקה על השדה הזאת שנשאר בשעבודו דמעיקרא כיון דגם היום אף אם לו יהיה שזה שקנה בניסן סתמא הי' הראשון מ"מ בעיקר שעבוד ערבות נשאר והס' דלמא היה אחרון אבל בין כך נשאר בשעבודו לכך כתב הרשב"א כיון דעכ"פ שדות שניהן משועבדין רק שבא לזכות בתקנת חכמים וטוען בברי שהיה הראשון עליו לברר שהוא משועבד במקום בני חורין ונגד זכות דמה מכר גם כן עליו לברר כיון דשדות שניהן משועבדין רק שבא בכח וזכות חדש והואיל דיש לו ריעותא זמן שאינו מבורר וגם חמר"ק צריך לברר ועיין עוד במ"ש לעיל דיני הלואה שם:

סימן טו

יורשים שמכרו בנכסי אביהם מבואר בש"ע (סי' קי"א) דיש להן דין משועבדים ואין בעל חוב טורף מהם כשיש ב"ח דאביהם. ועיין קצוה"ח (סי' ק"ז) דהעלה דעל כרחך הוא מטעם מה מכר דהא גם על היורשין אינו בא אלא מכח טירפא בא הבעל חוב וכמו בב' לקוחות שקנו זה מזה דאין בו הך תקנה דאין נפרעין כמבואר ברש"יכתובות (דף צ"ב) ועל כרחך הטעם כיון דאינו גובה מיתומי' לעולם רק זיבורית אם כן מהנשאר בידן לעולם הלוקח מהן יכול לדחות אף בלא תקנה רק מטעם מה מכר והקשה לפי זה מהא דמבואר (סוף סי' רע"ה) דגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ויצא עליו בעל חוב האחרון

אחרון נפסד והא התם אינהו לאו בעלי חובות נינהו רק מדין טירפא בא עליהם ומאי שנא ראשון משני והניח בצ"ע:

ולי קשה גם ביורשים אף אם נאמר דבאם ירצו היורשים יכולין לסלקו גם בבינונית ואם כן גם אם הניחו הלקוחות בינוני' אצל היורשין יכולין לסלק לבעל חוב מטעם מה מכר וגם צריך לומר דלא אזלינן בתר סתמא דהיורשין ודאי היו מסלקין אותו בזיבורית ואם כן יש השעבוד אצל הלוקח ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני גב"ח (סי' כ') להשיג על הקצוה"ח מטעם זה. אולם אף אם נניח דלא אזלינן בתר סתמא רק כל מה שהי' ביד היורשים לעשות ולסלק זכה הלוקח מ"מ אם מכר בינונית ונשאר אצל היתומים עידיות דגם אם היה הבינונית ביד היתומים לא היו יכולין לסלק לבעל חוב משעבודו ולהגבותו עידיות וכן מבואר מדברי תוס' ב"ק (דף ח') ובמהר"ם שיף שם ועיין ספר שער משפט (סי' קי"ט) שהוכיח כן באורך אם כן גם היורשים לא היו יכולין לסלק לבעל חוב עם עדיות בציר פורתא וכיון דהיכא דבא מכח טירפא לא נתקן התקנה דאין נפרעין בזה הי' מהראוי שהבעל חוב יגבה מבינונית שקנה מן היתומים. אלא ודאי על כרחך צריך לומר דגם ביורשים נעשה גם כן התקנה והטעם דיש לו לבעל חוב עליהן שעבוד הגוף כיון דירשו ומצוה דאורייתא עליהן לפרוע חובות אביהן והמה באי כחו דמורישים וכן כ' הנתיבות ולכך לאו מכח טירפא בא עליהן ואף דעל כרחך צריך לומר כמו שהעלה הקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק כ"ג) דגם שעבוד נכסי דכל נכסים אחראין וערבאין אשר זכה הבעל חוב מכח אביהן גם כן לא נפקע כדמוכח מהא דטורף בעל חוב ממי שזכה בנכסי הגר דשם ליכא שום שעבוד הגוף על הזוכה ויקשה כיון דפקע השעבוד הגוף מן הלוה המת נפקע ממילא השעבוד נכסי גם כן צריך לומר כיון דלא נפקע בסיבת המלוה נעשין הנכסי' ערבאין גם על זה וכמו שכ' הקצוה"ח וכן הוכיח אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני הפקר (סי' א') וכן יש להוכיח ממה דנזקקין לנכסי יתומים קטנים אם מת תו"ז וכדומ' הא קטני' לאו בני מצוה נינהו ולא חל שום שעבוד עליהן נימא כיון דלא יש שעבוד הגוף נפקע השעבוד נכסי וכן אם לא ירשו כלום והמלו' מכר בחייו נכסיו ללוקח דבא בעל חוב וטורף מן הלקוחות נימא כיון דליכא שעבוד הגוף כלל נפקע השעבוד נכסי אלא ודאי על כרחך צריך לומר דהיכא דלא פקע השיעבוד הגוף בסיבת המלוה נשאר השיעבוד נכסי ואם כן אף במכרו היורשים קרקע ונשאר אצלם גם כן יאמר הבעל חוב שאינו טורף מכח גביה מצד השעבוד הגוף דיתומים רק מכח שעבוד נכסי דזכה בחיי אביהן על קרקע הזאת ולא יהיה ביד הלוקח לומר הנחתי. אלא ודאי דיורשים הבאי' בכח מורישיהן זכו להיות במקומן וגם כדי שיקנה מהן נכסי מורישיהן ולא יפחדו מבעל חוב דאביהן אמרינן

דהלקוחות יכולין לומר הנחתי מקום לגבות כשנשאר נכסי הלוה אצל היורשין. ובזכה בנכסי הגר י"ל הטעם דהא דהדין הוא בראובן שמכר כל שדותיו לשמעון ושמעון מכר שדה אחת ללוי דרצה מזה גובה רצה מזה גובה אם לא הניח בינונית דכוותי' אצל שמעון משום דלגבי לוקח שני לא עבדו רבנן תקנתא ושמעון זה נכנס תחת הבעלים וכל עוד שימצא משל ראובן אצלו גובה כיון דלקח כל השדות ועיין ש"מ כתובות שם היטב ואם טוב לו לבעל חוב לגבות בינונית אין לוי יכול לדחותו דלא זכה בתקנה הזאת לגבייהו כיון דאם הי' הבינוני' אצל שמעון היה גובה טורף ממנו. אולם שמעון קאי במקום ראובן ואף ראובן לא הי' בכחו לברר איזה מן השדות שיהיה בשעבודו להבעל חוב ולסלקו מיתר השדות כן נמי שמעון ואם נשאר בינונית אצל שמעון גם כן אינו יכול לטרוף מלוי כי זכה בזכות זה לברר שעבוד בינונית הנשאר אצל שמעון כמו לוה בעצמו יכול לברר ולהגבות איזה בינונית שרוצה ובגר נמי אם היה כל השדות בינונית כשזכה הראשון זכה בזכות זה לברר השעבוד דבעל חוב שיחול על שדות אחרות ובמקומו דגר קאי כמו דהגר היה יכול לברר ולמכור בינונית אחת ולסלקו משעבודו על שדה הזאת דהא אף דכל נכסי אחראין וערבאין הוי ב' שדות כמו שני ערבאין וביד הלוה שגוף השדה שלו לברר בכל עת איזה שדה יהיה ערב הראשון ואיזה ערב השני. כן הזוכה בנכסיו בא במקומו ובכחו לברר לו שדה שזוכה בו יהיה ערב שני והנשאר שיד כל אדם שוה בו לזכות בהגוף זה יהיה ערב ראשון ודומה ממש ללוקח ראשון שקנה מלוקח שני דזכה בזכות שהיה ביד לוקח ראשון לברר בין השדות כן נמי בזוכה בנכסי הגר זכה לברר שהשדה שזוכה בו הראשון יהיה ערב שני לכן האחרון נפסד ואין לו גובין משלפניו:

אולם זה אתי שפיר בשדות שוות אבל אם זכה הראשון בשדה בינונית ולא נשאר דכוותי' רק זיבורית בזה באמת היה נראה דגובה מן הראשון כיון דלא שייך תקנתא דאין נפרעין במקו' ב"ח. אך המעיין בתוספתא כתובות סוף פרק מי שהי' נשוי משמע דאף אם הראשון זכה בבינונית והשני בזיבורית ג"כ אינו גובה אלא מן האחרון וז"ל התוספתא גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו ויצתה עליו כתובת אשה ובעל חוב גובין מן האחרון שבהן אין להן גובין משלפניו ומדנקט כתובת אשה ובעל חוב משמע שבא להורות אף אם האחרון הוא זיבורית גם כן אינן גובין אלא מן האחרון. אולם ממה דלא הביא הש"ס גיטין (דף נ') דבעי ר"א בר אמי במתנה האיך תקנתא הוא דעביד רבנן משום פסידא דלקוחות אבל מתנה דליכא פסידא לא א"ד מתנה נמי אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה מתנה והלכך כי פסידא דלקוחות דמי ורצה הש"ס שם למיפשט מברייתא דשכ"מ שאמר תנו כו' ומתרץ ולבסוף מסיק ואב"ע דשוו כולהו להדדי והיינו בשדות שוות אינו

גובה מן האחרון דלא צריך לתקנתא רק דהב"ד מבררין איזה שדה יהי' ערב ראשון ואיזה הב' וע"ש בפנ"י ובמ"ש במ"א ויבואר לקמן אי"ה ולדידן לדעת הרי"ף והרמב"ם איפשטי איבעי' דגם במתנה עבדו תקנתא ובריטב"א שם העלה דבעיין לא איפשט' עיין שם וכן בתשובת מהר"ם בר ברוך הקצרות (סי' ק"ל) כ' דלא איפשט ואמאי לא הבי' הש"ס למיפשט מתוספתא הנז' דכמו בזוכה מנכסי הגר האחרון נפסד ומשמע אף אם האחרון הוא זיבורית וקמא בינונית וע"כ דמצד תקנה אתינן עלה וחזינן דאף דלית להו פסידא עבדו רבנן תקנתא ומכ"ש במקבל מתנה דיש מקום פסידא דאי לאו דאית לי' הנאה מיני' מה דלא שייך בזוכה מן ההפקר ואף אם נדחק דהתוספתא איירי גם כן בשוו ומטעם שכתבתי דבהניח בינונית יכול לברר מ"מ לתירוץ הראשון דש"ס דמתרץ דאיירי בבע"ח הי' יכול להקשות מן התוספתא הנז' ובהכרח צריך לומר דבהפקר הוא ענין אחר דכיון דיד כל אדם שווין בו וכל א' יכול לזכות אין עיקר סמיכת דעת הלוה על הנכסים רק על הלוה והנכסים ממילא נכנסין לערבאין ונשארין בשיעבודן והזוכה הראשון בידו לברר איזה שיהיה ערב השני ועיין רשב"א גיטין שם דכתב הא דמדינ' גובה מלקוחות בינונית אף דאין נפרעין מן הערב תחילה וכתב דגבי נכסי דלוה עיקר אסמכתיה עלייהו ולוה נמי בעידן מלוה גמר ומשעבד לכך אי לאו תקנתא גבי לקוחות הו"א כיון דעיקר שעבודיה אהאי בינונית הות אע"ג דשייר לוה זיבורית גבי מבינוני' עיין שם וזה היכא דתמיד לא יכול להפקיע שעבודו מן השדה מה שאין כן בנר ודוחק וצ"ע:

וקצת י"ל למה שכ' רשב"א גיטין שם דהא דאין נפרעין מנכסי יתומים רק מזיבוריות לא קאי רק על ניזקין דמד"ת דינו בעידיות צריך תקנה אבל בעל חוב לא צריך כלל לתקנ' כיון דדינו מד"ת בזיבורית רק משום נ"ד תיקנו שיגבה בינונית וזה דוקא מני' דידי' אבל לגבות מיתומים לא תקנו דלא שייך נעילת דלת דלא מסיק מלוה אדעתיה דמת לוה לכן הניחו על דינו בזיבורית אף לגבות מיתומים גדולים עיין שם ולפי זה אתי שפיר כיון דלא מסיק אדעתיה דמת לכך אף בנכסי גר אוקמי אדאוריית' שיהיה דינו בזיבורית וממילא ביד הזוכה הראשון לברר שיעבודו של הבעל חוב לכך אף אם לא הניח רק זיבורית אינו גובה רק מן האחרון. ובזה מדוקדק מאד דברי תוספתא דנקט בעל חוב וכתובת אשה ושבק נזקין כמו דקתני בברייתא ב"ק לגבי לוקח מכר לג' ב"א וכאן שבק ניזקין כיון דדינו מד"ת בעידיות בזה אף דלגבי לקוחות ומקבל מתנה תיקנו שלא יפרע במקום ב"ח אף מזיבורי' מ"מ בזוכה מן ההפקר לא תיקנו.

וראיתי בס' דברי משפט מאאזמ"ו ז"ל (סי' קל"ב) שעמד ע"ד הרשב"א גיטין הנז' מדברי הרשב"א בעצמו שם שהקשה לפ"מ דס"ד דבמתנה לא עבדי רבנן תקנתא ואמאי הא

נכסי דב"נ אינון ערבין וקיי"ל אין נפרעין מן הערב תחילה וכיון דיש ב"ח אצל לוה אמאי גובה ממשעבדי דמתנה ולמה לי תקנתא ותירץ כיון דתקנת חכמים היה דבעל חוב יגבה מבינונית אם לא הוי תקנה דתיקון עולם הי' גובה ממשעבדי אף דיש ב"ח אצל הלוה וא"ד לערב דשאני נכסי דב"נ כיון דעיקר סמיכת דעת דמלוה היה על נכסי דלוה והי' עיקר סמיכת דעתו על בינונית יאמר המלוה ללוקח שיעבוד דידי גבך הוא רק משום פסידא דלקוחות תקנו חכמים דאין נפרעין ממשעבדי במקום דיש ב"ח ואם כן לגבות מיתומים גדולים אף דלא אסיק דעתו דמלוה דימות הלוה כיון דסוף סוף בחיי הלוה היה שעבודא דמלוה על בינונית יגבה מבינונית כמו דהיה גובה מלוקח אם לא מצד תיקון עולם. והעלה בזה דדוקא יורשי' דיכולין לסלק במטלטלין דלהון כמו שכ' הסמ"ע (סי' ק"ז ס"ק י"ג) ועל כרחך דעדיף מלוקח דלוקח אף בכסף אינו יכול לסלק שעבודא דבעל חוב מקרקע שקנה רק מטעם דיאמר לדידי שוה ויתומים יכולין לסלק חוב אביהם מטעם דהם כרעי דאביהם ואיכא שעבוד הגוף עליהן לשלם חוב דאביהם ולכך אף במטלטלין יכולין לסלק מה שאין כן ללוקח. ולכך נמי יכולין יתומי' לסלק בזיבורית כיון דהם חייבין לשלם חובת אביהן ובזה לא הוי תקנה בבינונית אלו דבריו ז"ל. ולפי זה נכסי הגר הזוכין בקרקע של גר המת כיון דלאו כרעי דהמת הן רק כמו לוקח ואין שום שעבוד הגוף עליהן מן הדין היה שיגבה מבינונית כיון דעל זה שעבודא דמלוה הוא וסמיכת דעתו והדרא הקושיא לדוכתא מתוספתא הנז':

אך לענ"ד אם נאמר כן יקשה מיתומים גם כן כיון דעיקר שעבודא דמלוה הי' על בינונית יגבה מיתומים גדולים גם כן בינונית ואף דיש גם עליהן שיעבוד הגוף יאמר המלוה אני מוחל שעבוד הגוף שלכם אשר אתם נשתעבדו מחמת הירושה דאביכן ואני רוצה רק בשעבודי מה שנשתעבד לי בחיי אביכן ואף במיתת הלוה דפקע שעבוד הגוף מ"מ על זה נשאר השעבוד נכסי דע"ד זה נעשה ערבאין כ"ז דלא נפקע השעבוד הגוף מכח המלוה וכמו שכ' הקצוה"ח (סי' ס"ו) וכאשר הוכחתי לעיל מהא דגובה מנכסי הגר ממי שזכה בהן אף בלא נעשו כרעי דהגר ועל כרחך אף דנפק' השעבוד הגוף דהלוה מ"מ שיעבוד נכסי כדקאי קאי א"כ ביתומי' נמי נימא כן אף דנתוסף שעבוד הגוף מטעם כרעי דאביהן לפרוע חובות אביהן מנכסים דירשו מ"מ יאמר המלוה אני מוחל זאת ואני רוצה בשעבודי דבינונית מה שנשתעבד לי בחיי אביכן מכח אביכן ועל זה הי' סמיכת דעתי. ומה שכ' הסמ"ע דיתומים יכולין לסלק לבעל חוב ממטלטלין שלהן באמת דעת הב"י אינו כן כמו שכ' הקצוה"ח (סי' ק"ז) והסכים ע"י בנתיבות ואף דלא ראו דברי הסמ"ע בדרישה מאין הוכיח זאת ובאמת שם הוכיח זה מדברי הטור ולא ס"ל כהדוחק שכ'

הקצוה"ח וכן באמת נראה מדברי הבעה"ת דיכולין לסלקו במטלטלין היינו דירשו זכות זה שהיה לאביהן לסלק השעבוד מן מטלטלין כן נמי המה יכולין לסלק ועדיפן מלוקח. אבל מ"מ אם אינם מסלקין במטלטלי דכל מילי מיטב הוא רק בקרקע אמאי יתוסף כח יתומים לסלק בזבורי' אף דאלם כח הבעל חוב שגם הם נשתעבדו מ"מ יאמר המלוה דל אתם ושעבודיכם אני רוצה רק בשעבוד אביכם א"ו עיקר הטעם מה דאינו גובה רק מזיבורית הוא כמו שכ' הרשב"א שם והריטב"א משום דלא מסיק אדעתי' דמאית וכיון דכן אם נאמר דהיכא דמית ונפלי נכסים קמי יתמי שלא יפרע אלא מזיבורית כדינו ליכא נעילת דלת דמאן דמלוה לא נחית דמית לוה ויפלו נכסי קמי יתמי עיין שם והיינו כיון דמדאורייתא בזיבורית רק משום נ"ד תיקנו בבינונית לא הצריכו חכמים להאלים כחו דמלוה רק במה ששייך נ"ד ולא יותר וכיון כשיפרע מיתומים בזיבורית לא יהיה בשביל זה נ"ד לא סמך דעתו על בינונית רק כ"ז שיגבה מהלוה בחייו. אבל מלוקח אם לא מפני תיקון עולם היה שייך באמת נ"ד אם נאמר כשימכור בינונית לא יגבה מן הלוקח מה הועילו חכמי' לכך ודאי עיקר סמיכת דעת דמלוה על בינונית ומסיק אדעתו שימכור והי' נ"ד אם לא חזרו ותקנו מפני תיקון עולם שלא יטרוף במקום ב"ח ובמקום דלא שייך תיקון עולם אמרינן דעיקר סמיכ' דעת דמלוה על בינונית ולפי זה גם בנכסי הגר מי שזוכה בהן אין הבעל חוב טורף רק מזיבורית וכמו שכתבתי לעיל. וכן אף בלוקח אם בא בעל חוב לטרוף אחר מיתת הלוה ונשאר זיבורית אצל יתומים שהן בני חורין בזה גם כן לא צריך לתיקון העולם דכיון דלא אסיק אדעתא דמלוה דימות לוה ואם היה נשאר אצל היתומים אף מגדולים אינו גובה רק מזיבורית דרק הגובה בחי' הלוה תיקנו בבינונית ולא לאח"מ ממילא לא יכול לומר הבעל חוב ללוקח שעבודי גבך הוא וצ"ע:

ואם קנה הלוקח כל הנכסים בבת אחת ומת הלוה אינו יכול הלוקח לומר כיון דלא אסיק אדעתך על אחר מיתה לא זכית שיהיה עיקר השיעבוד בינונית ויאמר דלא יגבה רק מזיבורית דבזה לא תיקנו שיהיה אחר מיתה בבינונית ואוקמי' על דינא די"ל כיון דנכנס הלוקח בשעבודא דמלוה נכנס במקום הלוה וגובה מן בינונית וגם אינו יכול הלוקח לומר מה אפסידתך במה שקניתי דאם לא הייתי קונה היה נשאר ביד יורשי' ול"ה גובה רק מזיבורית זה אינו כיון דמ"מ יכול לומר שעבודי גבך הוא גובה כמו דגובה מלוקח במקום דיש נכסים ביד יתומי' קטנים כמבואר (סי' קי"א) ועיין מה שכתבתי בספרי חלק ראשון קונטרס התשובות (סי' י"ב אות ג') להשיג מזה על חידושי מהר"י מטראני כתובות (דף צ"ו):

ולמ"ש יש לעיין בלשון הש"ע (סוף סי' ער"ה) שכ' גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והיה עליו חובות כל מלוה שנגבית מיורשים ומהלקוחות נגבית גם מאלו שזכו בהם כו' היו רבים אחרון נפסד אין לו גובין משלפניו וכתב סתם הי' עליו חובות משמע כל חובות הכל שוין ליורשים ולקוחות. הא יש נזקין דגובה מן עידיות מן התורה וביתומים עבדו תקנתא וכן בלוקח אף דקנ' עידיות עבדו תקנתא דאין נפרעין במקום בני חורין ובזה אף דלא שייך תקנתא מ"מ כיון דבעל חוב מדינא בזיבורית ושימות לוה לא אסיק אדעתי' ממילא יכול לברר ולהניח זיבורית אבל נזקין דמד"ת בעידיות ותקנתא לא שייך בזה דרק במתנה אי לאו דעביד ליה נייח נפשיה מה שאין כן בזוכה מן ההפקר אם כן בזה יכול לטרוף ממי שיש אצלו עידיות והעד לזה דבתוספתא לא נקט ניזקין רק בעל חוב וכתובת אשה ואולי גם כוונת המחבר רק על חובות דהלואה ולא ניזקין:

סימן טז

לוקח המוחל להבעל חוב הבא לטרוף ממנו בשביל חוב המוכר שבועת הבא לגבות מנכסים משועבדין דלא יפרע אלא בשבועה נראה דאינו יכול לחזור שוב על המוכר מכח אחריות כיון דאפסיד אנפשיה במה שמחל השבוע' ויכול המוכר לומר ברי לי שפרעתי ומי יימר דהיה משתבע בשקר ואף די"ל כיון דמה"ד גובה הבעל חוב מלוקח בלא שבועה מטעם חזקת שטר רק חז"ל עשאו תקנה לטובת הלוקח ויכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים זה אינו דכבר כתב המרדכי כתובות דבמקום דחב לאחרים מלבד התובע שלו אינו יכול אי אפשי בתקנת חכמים ועיין ש"מ ב"ק (דף ח') בהא דאמרינן שם פשיטא מכר ללוקח בינונית וזיבורית דהקשה לאביי דלית ליה מה מכר אמאי לא יאמר הראשון ל"נ לי בתקנת חכמים וכתב דבמקום דחב לאחרים מלבד התובע שלו א"י לומר אי אפשי וכן כ' בנ"י שם ועיין מהרי"ט חחו"מ (סי' ח') בזה. וה"נ דכוותיה. וגם למה שכ' המהרי"ט שם דל"א סברא זו דלא ניחא לי רק היכא דנעשה רק לטובתו אבל אם נעשה גם לטובת חבירו א"י לומר ל"נ לי ועיין ש"מ ב"ק (דף ז') דאין הבעל חוב יכול לומר הב לי זיבורית טפי פורתא מטעם דלא ניחא לי בתקנתא דהוי להוציא וגם כיון דמשום נעילת דלת נתקן לגבות מבינונית הוי לטובת דלוה שלא תנעול דלת בפניו כן נמי י"ל בתקנה דהבא לגבות מנכסים משועבדין דלא יגבה אלא בשבועה נתקן אף לטובת המוכרן. ולא יכול לומר לא ניחא לי בתקנתא וגם דהוי להוציא מן המוכר. וביותר י"ל כיון דהמוכר ידע שהבא ליטרוף לא יפרע אלא בשבועה לכך פרע וסמך א"ע דאם יתבע הבעל חוב אותו יטעון אשתבע לי דלא פרעתיך ומן הלוקח גם כן לא יגבה אלא בשבועה וסמך א"ע דלא ישבע בשקר ולכך קבל עליו אחריות המכר נגד בעל חוב וע"ד שימחול

הלוקח השבועה לא קבל עליו אחריות. אך יקשה על זה מתוס' כתובות (דף צ"ב) דכ' שם הנ"מ בראובן דמכר שדה לשמעון באחריות ובעל חוב אתי למטרף דראובן יכול לדון עמו מטעם דמפקת מיני' עלי' דידי הדר דנ"מ אם מחל לו הלוקח השבועה ויקשה אם כן איך יהדר עליו:

וראיתי בהפלאה שם שעמד על זה ויצא לדון דהלוקח יכול לומר אי אפשי בתקנתא ולענ"ד כמ"ש ומד' תוס' אינו ראיה כלל דהא התוס' שם וב"ק כתבו דנ"מ לראיה אחרונה דאם הלוקח אומר אין לי ראיה [והיינו שטוען בבירור שהי' אצל הפרעון ולא נמצא עדים דפסל לכל העדים נגדו דאם לא כן לוקח הוי כמו יורש דמבואר בש"ס פ' ז"ב כיון דל"י במילתא דאביו יכול להביאם אלא ודאי דאיירי כנז' וכ"כ בש"מ ב"ק שם] ובזה ודאי יקשה כיצד יכול לחזור על המוכר כיון דיש עדים על הפרעון ואיהו דאפסיד אנפשיה לפסול להעדים וע"כ צריך לומר כמו שכ' בש"מ כתובות שם הא דאמר דמפקת מיני' עלי דידי הדר לא שזה יפסיד בויתורו של זה דאיהו לא ישלם כלום אלא אם כן זכה בו מה"ד אלא כיון שצריך לדון עמו אם זכה בו מחמת ויתורו זה יכול הוא לדון עם הבעל חוב עיין שם וה"נ הטעם במחל לו השבועה לא דיהדר עליו לשלם רק כיון שיהיה צריך לדון עם הלוקח הוי בעל דין ויכול לדון נגד הבעל חוב אבל מ"מ י"ל דאין הב"ד מחייבינן ליה להמוכ' לשלם דלא על זה קבל אחריותו. והדבר מוכרח שכן כוונת תוס' דאי ס"ד דראובן יהיה חייב בדין לשלם ללוקח אם כן אפי' משתעי' דינא בהדי שמעון אינו יכול לטרוף ממנו בשבועה כיון דעליה דראובן יהדר הוי כפרע שלא בפניו לגבי ראובן וכיצד יהיה ביד הב"ד להוריד לבעל חוב לנכסי דלוקח כיון דעליה דראובן יהדר דומה למה שכ' תוס' כתובות שם דא"ל דנ"מ דעדים המקיימין השטר דבעלי חוב קרובים לראובן ורחוקים לשמעון דאם כן אף אם שמעון משתעי דינא לא מקבלין העדות כיון דנוגע לראובן וה"נ דכוותי' אלא ודאי דמדין יהי' ראובן פטור מתשלומין כיון דאפסיד אנפשי' במה שמחל לו השבועה רק דקמ"ל דעכ"פ יכול לדון ולאישתעי דינא עמו מטעם דלא ניחא ליה למיקם בדינא ודיינא.

וכן באם הלוקח אומר אין לי ראיה להביא אם היה יכול לחזור על ראובן לא הי' צריך ראובן לאישתעי דינא עם הבעל חוב דהב"ד לא הוו מגבין לי' כיון דיש עדי פרעון וראובן לא פסלם א"ו דאינו יכול לחזור וכיון דאינו נוגע לראובן אם ישתעי דינא עם הלוקח היה טורף ממנו אף דאינו בא רק מטעם ערב דנכסי דבר נש ערבין ביה וכיון דאינו יכול לגבות מן הלוה הואיל דיש עדי פרעון אמאי גובה מן הערב צריך לומר דהוי כמו אם הלוה כופר והערב מודה דמבואר (סי' קכ"ט) דחייב הערב לשלם והא דמבוא' ש"ס בכורות

(דף מ"ח) גבי יוסף בן שמעון שקנה מיוב"ש דאינו טורף כבר עמד ע"ז בב"ח שם ועיין שם בד"מ לאאזמ"ו הגאון הצדיק ז"ל ישוב נכון לזה ומ"מ שמעון אף דחייב לשלם יכול ראובן לאישתעי דינא או מטעם אחריות דאינו רוצה למיקם עמו בדינא ודיינא או ללישנא בתרא מטעם דלא ניחא לי' דלהוי לי' תרעומות ואף דבאמת כיון שאפסיד אנפשיה במה דאמר אין לי' ראי' להביא לא שייך כל כך תרעומות מ"מ חשיב בשביל עולה כ"ד לבע"ד כיון דתובע שעבוד הגוף דראובן גם כן. ועיין מה שכתב אאזמ"ו ז"ל בד"מ (סי' ק"ל ס"ק א') והנלענ"ד כתבתי:

סימן יז

הא דראובן המוכר יכול לאישתעי דינא עם הבעל חוב אף אם מכר שלא באחריות מטעם דל"נ לי' שיהי' ללוקח תרעומות נראה דגם יורשי ראובן יכולין לאישתעי דינא עמו והוו בע"ד ל"מ אם הי' אחריות אביהן אף דלא ירשו מאביהן מ"מ מצוה דרבנן עליהן לשלם אלא אף אם מכר שלא באחריות מ"מ הוו בע"ד דלא ניחא להו שיהיה ללוקח תרעומות על אביהן וכן נראה מדברי הרא"ה בש"מ כתובות (דק"ט) שכ' בהא דקאמר שם בחד דאתי מכח ד' דאמר אי צייתת כו' דלא משום אימתא הוא דמפחיד להו אלא משום דינא הוא דאי דזבני מיני' באחריו' קמאי בעל דיניה דמפיק מיניה עליה הדר ושלא באחריות נמי בע"ד נינהו ודינא הוא דמשתעי דינא גביה וכדאמרינן לעיל והוא הדין ליורשי מוכר כו' עיין שם הרי דגם יורשים יכולין לאישתעי דינא מטעם תרעומות. וכן מבואר מדברי בעל המאירי המובא ש"מ ב"ק (דף ח') אשר יובא לקמן. ובס' שע"מ (סי' ק"ז) הקשה על הא דכ' שם בטוש"ע משם הבעה"ת דיורשים שמכרו קרקע של אביהן ובא בעל חוב לטרוף דאין ביד היורשים לסלק לו ללוקח בקרקע שלהן אף בעידיות והביא ראיה מדקאמר ש"ס ב"ק (דף ח') ביתמי ושמע מינה אפי' רצו אין מסלקין אותו בשלהן ומה ראיה הא התם אביהן מכר ולא הניח כלום ואינן חייבין לשלם חוב אביהן וגם תרעומות ליכא מה שאין כן אם הם מכרו לאחר מות אביהן הוו הן בע"ד דידי' וא"ל דמפקית עלי' דידי הדר וי"ל דיכול היורש לסלק אף בקרקע דידיה עיין שם ולא קשה כלל דאם באנו לומר דיכולין לסלק מטעם דהוי בע"ד מחשבי בע"ד אף על חוב אביהן אף אם לא ירשו כלל באחריות מטעם מצוה כנז' ואף שלא באחריות מ"מ לא ניחא להו בתרעומות על אביהן אלא ודאי דהבעל חוב יכול לומר מה איכפת לי באחריות אביכן או תרעומות אני רוצה בשעבודי וכמו כן אף אם מכרו הן גם כן אינן יכולין לסלקו עם קרקע שלהן שאינו בשעבודו וז"פ:

עוד כ' שם לדון אם היורש יכול לסלק במעות שלו ורצה לדמות להא דמבואר סי' רכ"ו) במתנה שלא באחריות דלא מחשב לבעל דין ואין הנותן יכול לסלק לבעל חוב היכא שעשאו אפותקי במעות עיין שם. ותמוהין דבריו איה ראה דין זה שם בטור כתב הנ"מ דראובן ישתעי דינא לסלקו בזוזי אף באפותקי ולנ"מ זה ע"כ הפירוש בגמרא היינו דאף דלוקח אין בידו לסלק והמוכר אין לו מעות רק דמקבל מלוקח והי' ס"ד דלא טוב עושה לסלקו מהקרקע שעשאו אפותקי קמ"ל דרשאי לעשות או משום אחריות רוצה להטיב עם הלוקח דעכ"פ ישאר הקרקע בידו או מטעם תרעומות אבל ודאי אף במקום דלא שייך תרעומות כמו במתנה שלא באחריות אם הנותן מסלקו במעות ודאי פרעון בעל כרחו שמיה פרעון וכיון דהמלוה בא רק בכח חובו מי יאמר דהלוה שהלוהו לא יהי' יכול לסלקו אתמהה. ודברי הרמ"א שם לא קאי על אפותקי רק נ"מ טובא אחרינא:

וראיתי בש"מ ב"ק שם שכ' וז"ל ומכאן אני אומר בערב שנשאר אחר מיתת הלוה ואין ליתומים נכסים לפרעו שגובה מן הערב בבינונית כמו שיתבאר מס' גיטין שיכול הערב ליתן זיבורית ליתומים לפרעו ממנה עכ"ל וקשה מאי ראי' מהא דהמוכ' או אף יורשי המוכר יהיו יכולין לסלקו היינו במעות דזה גם ביד היורשין לסלקו דפרעון בע"כ שמי' פרעון אבל ליתן קרקע ליתומים שהם יסלקו להבע"ח שלא מן הערב יכול הבע"ח לומר שיעבודי אני רוצה ושלכם איננו משתעבד לי כמבואר בבעה"ת משם הרמב"ן דאף ום אם ירשו קרקעו' א"י לסלק עם קרקע שלהן. ומכ"ש אם קנו קרקע מן הערב והיא זיבורית יאמר הבע"ח לאו בע"ד דידי אתון לסלק אותי מן שיעבודי. ואף להי"א בבעה"ת שם דיכול לסלק היינו בשדות שווין ולא לגרוע דינא דבעל חוב ומטעם תיקון עולם אתו עלה אבל בערב לא יש שום סברא דיהיה ביד היורשים לסלק לבעל חוב אם לא ירשו וגם ראיי' הרמב"ן מש"ס דב"ק דמוקי ביתמי אלמ' דאינם יכולין לסלק לבעל חוב עם זיבורית שקנו ומכ"ש בערב ואף די"ל דהנך הסוברים דיכולין לסלק לבעל חוב עם קרקע שלהם היינו דמוקי בש"ס ביתומים קטנים וכמו שכתב הרשב"א שם בחידושיו אבל ביתומים גדולים נאמר דיכולין לסלק לבעל חוב מ"מ לסלק השעבוד לנגד ערב אין מי שסובר כן דיהיה ביד היתומים לסלק עם קרקע שלהן שלא ירשו ודברי המאירי צ"ע:

סימן יח

קיי"ל עשה שורו אפותקי ומכרו אין בעל חוב גובה וכ' הסמ"ע (סי' קי"ז ס"ק י"ב) משם תשוב' רשב"א דהוא הדין אם נתן במתנה אין בעל חוב גובה ממנו ובתומי' הביא דברי תוס' כתובות (דף מ"ט) דדוקא מכרו אבל נתנו במתנ' בעל חוב גובה ממנו וכתב דראייתם מהא דכ' רש"י דהקדש מפקיע מידי שעבוד עשה שורו אפותקי והקדישו

קדושת הגוף וע"כ איירי בלא שיעבד לו מטא"ק דאי שיעבד מה צורך לאפותקי הול"ל סתם דישעבד לו מטא"ק והיה בתוכו בהמות והקדישן אלא ודאי דלא שיעבד ואעפ"כ דוקא קדושת הגוף ולא קדושת דמים וכי גרע ממתנה אלא ודאי דגם ממקבל מתנה גובה והר"ן ותוס' נדרים דכולם כתבו באפותקי ש"מ דס"ל לחלק בין מתנה למכר. ואינו ראיה חדא די"ל באמת דשיעבד מטאגמ"ק ורש"י נקט רבותא אף דעשה אפותקי מפורש דהי' ס"ד לומר דעדיף משיעבוד ואינו יכול להפקיע וכמו שכ' התומי' באמת לעיל מיני' (ס"ק ד') לפרש דברי רמב"ם דאם מכר ממכר עולם אינו מכורה דהו"ל כמוכר דבר שאינו שלו כי גוף השדה הוי כקנויה לבעל חוב רק תנאי שיכול לסלקו ואין המכר חל עיין שם ושם דבריו נפלאים הא לרבא דס"ל מכאן ולהבא גובה אף באפותקי מפורש סובר מכאן ולהבא גובה ול"מ אקדיש מלוה כ"ז דמחוסר גובייא הרי דבעי שיגבה ונקנה לו מעת גובייא לא למפרע ומה"ט מפקיע מידי שיעבוד כמבואר תוס' ורשב"א גיטין (דף מ"א) אם כן על כרחך דלא הוי כמוכר על תנאי ואף במקום דאינו יכול לסלק בזוזי גם כן מפקיע אם מהני מכירה כמבואר תוס' שם וגם כן מכאן ולהבא גובה מכ"ש במקו' דיכול לסלק בזוזי והקדש מפקיע מידי שעבוד על כרחך דלא הוי כמכר על תנאי ולא הוי כמוכר דבר שאינו שלו דאי דמר לאו דמר. אולם מ"מ רבותא הוא דאף בעשה אפותקי מ"מ מפקיע ואף דיפסיד הלוה לגמרי חובו דאמר ליה לא יהיה לך פרעון אלא מזו ורק מטעם מזיק שיעבודו יתחייב מהשתא לשלם כמו בעשה עבדו אפותקי ושחררו אבל החוב נפקע לגמרי והיה ס"ד דלא יפקיע מידי שעבוד קמ"ל דבכל אנפי מפקיע אבל לעולם י"ל דשיעבד לו מטאגמ"ק ולא הוצרך לפרש זאת דאם לא שיעבד לו מטאמ"ק ואז אף אם מכר מפקיע וליכא סמיכת דעת ואף ממקבל מתנה גובה מכ"ש מהקדש אי לאו דקדושת הגוף כיון דחל שעה א' תו לא פקע ועוד אף אם נאמר דאף בלא שעבד אג"ק גם כן גובה מקדושת דמים מ"מ י"ל דשאני הקדש ממקבל מתנה דמתנה דומה למכר דאי לאו דעבד לי' נייח נפשי' לא הוי יהיב ליה מתנה אבל גבי הקדש ליכא למימר הכי וכן מבואר סברא זו ברמב"ן יבמות (דף מ"ו) משם יש אומרים אולם סיים דלאו מילתא הוא דלא פלוג רבנן והעלה שם דגם ממקבל מתנה והקדש דמים לא גבי רק באקני לי' מטאגמ"ק. וכן מבואר מדברי בעה"ת שמ"ג ותוס' ב"ב (דף מ"ד) דהקדש מפקיע אפי' אקני ליה מטאמ"ק ואעפ"כ קדוש' הגוף מפקיע ולא קדושת דמים:

ולכאורה יש להביא ראיה דגובה ממקבל מתנה מהא דקתני בבריית' ב"ק (דל"ג) שחטו ונתנו במתנה מה שעשה עשוי ופריך בשלמא נתנו במתנה לרדיא אלא שחטו ליתי ולשתלם מבשריה ומתרץ ל"נ אלא לפחת שחיטה ואמר ר"ה בריה דר"י זאת אומרת

המזיק שעבודו של חבירו פטור. ומאי צריך לפרושי הכי הא י"ל דכיון דשחטו הוי כמטלטלי אחרים דתו לית ליה קלא כ"ז שהשור חי אית ליה קלא דתורא נגחנא הוא אבל בשחטו הוי כמו עשה שורו אפותקי דאין בעל חוב גובה ממנו דמים. ואשמועינן הברייתא רבותא דאף ממקבל מתנה אינו גובה. וראיתי בפנ"י שם דעמד על זה ומדחיק עצמו לפירוש זה למה נקט נתנו במתנה ולא הרגיש דזה תליא במחלוקת הפוסקים הנז' ויהי' מזה הוכחה דבאמת גובה ממקבל מתנה:

ברם שלא להרבות מחלוקת י"ל דהיכא דיתחייב הלוה עכ"פ לשלם מטעם מזיק שעבודו ויהיה מקום להמלוה לגבות בזה השוו חז"ל מידותיהם כיון דחשו לפסידא דלקוחות ואינו גובה מלוקח הואיל דלית ליה קלא כמו כן אינו גובה ממקבל מתנה אבל אם נאמר המזיק שיעבודו ש"ח פטור לשלם בזה די לתקנה שמלוקח לא יגבה אף דיפסיד על ידי זה לגמרי מה שאין כן ממקבל מתנה שפיר גובה ולמה יחושו חז"ל לתקנ' מקבלי מתנה יותר מתקנת המלו' שיפסיד לגמרי אם לא יגבה ממקבל מתנה וי"ל דבזה גם הרמב"ן ורשב"א מודים דגובה ממקבל מתנה. ואתי שפיר סוגית הש"ס הנז' דשם ס"ל המזיק שיעבודו ש"ח פטור. ויומתק בזה סוגית הש"ס שם דקאמר זאת אומרת המזיק שש"ח פטור ופריך פשיטא ומתרץ מ"ד התם הוא דאמר ליה לא חסרתיך ול"מ דא"ל זיקא בעלמא הוא דשקלי מינך אבל בעלמא ליחייב קמ"ל ויש להבין אם כן מנ"ל לר"ה דלא שני לן בינייהו ועיין שם בש"מ דכ' דר"ה מסבר' דנפשי' אמר זאת ולמה שכ' י"ל דר"ה הוכיח דאף בחפר בה בורות גם כן פטור ומה דמפרש רב שיזבי הברייתא לענין פחת שחיטה ולמה לא בפשיטות דשחטו ונתנו במתנה כיון דכבר לית לי' קלא לכך מה שעשה עשוי ואינו גובה כמו אלו מוכרו דאינו גובה ואשמועינן רבותא דאף מן מקבל מתנה אינו גובה אלא ודאי דסובר המזיק שיעבודו ש"ח פטור ואם כן בשור תם דאינו גובה אלא מגופו ולא נשאר שום חיוב על הבעלים ואם מצד מזיק יהי' פטור בזה לא יעשו חז"ל תקנה שלא לגבות ממקבל מתנה במקום פסיד' דבעל חוב ולכך צריך לאוקמי לענין פחת שחיטה:

גם י"ל אף אם נאמר דאף לדידן דמזיק שעבודו חייב מ"מ גובה ממקבל מתנה הטעם הוא משום דעכ"פ יפסיד הבעל חוב דנפקע שעבודו מזמן הראשון ונעשה חיוב חדש מצד מזיק וזה דוקא באפותקי מפורש דאם לא יגבה יפסיד ויהי' בעל חוב מאוחר אבל באפותקי סתם דמ"מ נשאר שעבודו הקדום רק דלא יגבה ממקבל מתנה בזה מודו תוס' דאינו גובה. אולם ממה דהוכיחו תוס' מדנקט רבא מכרו משמע דאף באפותקי סתם גם כן גובה ממקבל מתנה דאין זה סברא להעדיף אפותקי מפורש ועדיין צ"ע בזה:

סימן יט

אם עשה עבדו אפותקי ומת הלוה ושחררו היורשים מסתפק התומים אף דיד בן כיד אב מ"מ הואיל דלא מצי היורש לסלק לבעל חוב בזוזי באפותקי מפורש אין כאן שיור וברשותו דמלוה קאי בכל אופן והניח בצ"ע ולכאורה נראה כדבריו מדברי תוס' גיטין (דף מ"א) דהקשו בהך איצטלא דפרסי' אמיתנא אמאי קנייה מיתנא הא א"י לסלקה בזוזי דהדין עמה ומודה רבא דלמפרע גובה ותירצו דמ"מ כיון דמשתמשין באיצטל' לעשות בו כל חפצם ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזוזי אמרינן מכאן ולהבא גובה ובודאי עיקר כוונתם דחשוב כשלהן בשביל אם מכרוהו לא טרפה מלקוחות דבשביל שמשתמשין לחוד לא מגרע זכותה דאשה דהא שור תם אף דיש לו למזיק רשות להשתמש ומ"מ כיון דאינו יכול לסלקו בזוזי מודה רבא דלמפרע גובה ואין מפקיע מידי שיעבוד כמו שכ' תוס' שם אלא ודאי עיק' הטעם הואיל דאם מכרוהו לא טרפה מלקוחות בזה מפקיע מידי שעבוד ובמקום דטורף מלקוחות ואינו יכול לסלק בזוזי לא המוכר ולא הלוקח אמרינן למפרע גובה ואם כן מבואר דאינו ביד היורשי' להפקיע האפותקי בשחררו היכא דאם מכרוהו טורף מלקוחות ובעשה עבדו אפותקי ומכרו גובה מלקוחות דאית ליה קלא ושחרר דאדון מהני הואיל דיכול לסלקו בזוזי מה שאין כן היורשים אולם דעת רוב ראשונים לא כן הוא דעל כרחך תוס' סוברים כאן כדעת רמב"ם דהא דלא מהני מכירה בנכסי צאן ברזל דאשה הוא רק בקרקע ולא במטלטלין כמבואר בדבריו (פרק ל' הלכות מכירה) ואה"ע (סי' צ') אבל הרמב"ן ורשב"א ור"ן ויתר ראשוני' והרא"ש חולקים עליו וסברו דהמכנסת שום לבעלה סוגיא דיבמות (דף ס"ו) הוא גם במטלטלין ל"מ מכירה ובכל זאת מפקיע מידי שיעבוד וכמבואר שם בש"ס הטעם משום דמחוסר גובייגא וכל זמן דלא גבתה ברשותיה קאי:

אך מ"מ י"ל למ"ש רש"י שם הטעם דכל כמה דלא גבתינהו לאו ברשותה קיימי אלא שיעבודא בעלמא דהא אם נאנסו או אבדו חייב באחריותן אתי הקדש דאקדשו יתמי ומפקע לה לשעבודייהו ויהבי דמי וכ"כ הרי"ף והרא"ש שם טעם זה דמחוסר גובייגא הואיל דאם אבדו חייבין מזה נראה דהיכא דלא הוי כלל באחריותן של היתומים לא הוי ברשותי' דיתומים ואין בכח הקדש' להפקיע מידי שיעבוד ולפי זה באפותקי מפורש דאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים ואין באחריות עוד לשום דבר וגם אין בידם לסלק בזוזי אין בידם להפקיע מידי שעבוד. ולפי זה דוק' אם נשאר נכסי ליתמי שתוכל האשה לגבות חובה הנצ"ב ממ"א אז קניה מיתנא כיון דנשאר האיצטלא עוד על אחריות יתומים ולית לה לאשה על האיצטלא רק שעבוד אבל אם ל"ה נשאר נכסים מאביהם

כלל ואין לגבות ממ"א ולסלקה בזוזי אין בידם ואין כאן שום אחריות עוד על היתומים בזה מודה רבא דלמפרע גובה ואין בידם לאסור עליה. ואולי לזה כ' שם רש"י ויהבי דמי ומה בעי רש"י לזה מה נ"מ לן בזה אם יהבי דמי או לא ולמה שכ' אתי שפיר דרש"י בא לברר דרק כיון דעדיין באחריותם עכ"פ לכך לא הוי רק שיעבוד ול"א בזה למפרע גובה אבל אם לא ירשו כלום דשוב ליכא באחריותם כלל בזה אף לרבא למפרע גובה הואיל דאינו יכול למכרו ולסלקה בזוזי. ולפי זה אפשר לומר במת והניח עבדי צ"ב באלמנה לכהן גדול לא יאכלו בתרומה מיד שמת אם ליכא נכסים אחרים ובתוס' שם ד"ה גזירה כתבו דבעבדי צ"ב לא שייך למיגזר אפי' למ"ד הדין עמה דכ"ז שלא גבתה בב"ד אוכלין מכוחו ואחר שגבתה ושמו לה ב"ד הרי כאלו קנתה עבדים לאחר מיתת בעלה הרי דהוי כאלו קנתה אחר כך ול"א בזה למפרע גובה היינו דוקא אם נשאר נכסי בעלה וקאי באחריותן אבל אם לא נשאר עוד שום דבר ליכא חיוב אחריות בזה אמרינן למפרע גובה אולם י"ל דמ"מ לגבי נכסי צ"ב אף דלא נשאר כלום מ"מ אם מת העבד נשאר חוב על בעלה עכ"פ הואיל דכ"ז שלא גבתה הרי הן באחריות לאו דידה הוי ולית לה רק שעבוד על הנכסי צ"ב ויכולין להפקיע משעבודה כמובן. אולם באפותקי מפורש דלא נשאר שום שעבוד וחיוב רק על האפותקי וכיון דאין היורשים יכולין להפקיע ולסלק בזוזי כמו דלא מהני מכר אף קדושת הגוף אינו מפקיע מידי שיעבוד. ולפי דעת רוב הפוסקים (סי' קט"ו) דאפילו לא מסיק רק שיעור ארעא לבד נוטל כל השבח כי קרקעו השביח דאפותקי גופה של קרקע יש לו כמו שכ' הרי"ף בתשובה (סי' ר"ד) וע"כ אעפ"כ יכול להפקיע משיעבוד הואיל דיכול לסלקו בזוזי ושבח דיוקרא נמי של הלוה הוא מה שאין כן כשמת ואין ביד היתומים לסלקו בזוזי וגם שבח דיוקרא למלוה הוא שוב אין ביד היורשים להפקיעו ולשחררו:

והנה מדברי תוס' הנז' מוכח לכאורה גם כן דסברו דבאפותקי גובה מהקדש דמים וכדעת תוס' כתובות שהבאתי לעיל דדוקא מכרו אינו גובה אבל ממקבל מתנה גובה דאם לא כן למה צריך בש"ס יבמות גבי איצטלא לומר רבא לטעמיה הא אף אם קדושת הגוף לא יפקיע מן השעבוד מ"מ לא גרע מאם מכרו אלא ודאי כמו דממקבל מתנה והקדש דמים גובה. וראיתי בבית מאיר בצלעות הבית (סי' ו') דכ' דגם דעת הטור כדעת רמב"ם ותוס' דמהני מכירה בנכסי צ"ב וגם דעת הטור דאף מקדושת דמים אינו גובה מהקדש ממטלטלין ולכך כ' באה"ע (סי' פ"ח) הדין של איצטלא והוסיף לכתוב דין הקדש ולמה כתב דין שאינו נוהג בזמנינו והיש"ש הרגיש בזה אלא ודאי דאף בקדושת דמים מפקיע במטלטלין וכ' דהא דקאמר רבא לטעמי' הוא משום דרבא אמר קניה מיתנא משמעו

נמי בכל צד אפי' אין לאשה שוב ממה לגבות ואפי' יש לה שיעבוד מטאגמ"ק בכל אופן קני' מיתנא לכן בתר דמשני מי לא מודה רבא דברשותו קיימא ור"ל למכירה אם מכרו ממכרו קיים והיא צריכה לעול דמים מייתי דרבא לטעמי' דמשום זה קני' מיתנא לגמרי ואפילו לית להו זוזי לסלק אינו יכול לטרוף מן קדושת המת הואיל וחייל שוב לא פקע ואפי' היה לה שעבוד מטאגמ"ק בכל ענין אבל ודאי היכא דרוצים לתת לה הדמים בזה אין צריך לטעמיה דרבא דאף קדושת דמים נמי מפקיע עכ"ד:

ואני לא אבין ממנ"פ אם נחזיק כדעת תוס' דמכירה מהני היינו על כרחך מטעם תיקון עולם כמו בעשה שורו אפותקי ומכרו דאין בעל חוב גובה ובזה אף דלא נשאר ממה לסלק לבעל חוב ומפסיד הבעל חוב מ"מ אינו יכול לגבות ולא איכפת ליה ללוקח ואם נשתעבד במטלטלין אמ"ק דאית לי' קלא בזה נשאר האפותקי על חזקתו וא"י לסלק לו הלוקח והיתומים בזוזי ובודאי מה שכ' תוס' ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזוזי אמרינן מכאן ולהבא גובה ודאי אין הכוונה דוקא אם נשאר מקום לסלק ואם אין ממה לסלק יהיה הדין דטרפה מלקוחות זה דבר חדש שלא שמענו דחז"ל יעשו תקנה כדי דהיורשים לא יהיו יכולי' לסלק' בזוזי ומשום שבח בית אביה יכולה לומר כלי אני נוטל ואם ימכרו יהיה מהני מכירה ויהיה עדיף כח הלוקח מכח המוכר ובאפותקי הוא להיפך הבעלים יכולים לסלק בזוזי ולא הלוקח זה נגד הסבר' ואיה ראה תקנה הזאת לגבי נצ"ב דהיורשים לא יהיה בידם לסלק ואם אין ממה לסלק תהיה טורפת מלוקח ממנ"פ אם נאמר הואיל דלית ליה קלא אינו טורפת מלוקח כמו בעשה שורו אפותקי ומכרו ממילא לא איכפת ליה ללוקח אם ימצא לה ממה לסלק בדמים או לא ימצא וממילא אם כתב לה מטאגמ"ק כשטרפה מלקוחות א"י לסלקה בדמים דהוי כאפותקי לענין זה וכמו באם עשה שורו אפותקי מטאגמ"ק דגובה ואין הלוקח יכול לסלקה בדמים ובזה שוב אמרינן למפרע גובה ואף קדושת הגוף אינו מפקיע מידי שעבוד כקושית תוס' וע"כ דלית לה מטאגמ"ק איירי והואיל דלית ליה קלא אם מכרוה אינה טורפת מלקוחות ואם כן שוב למה צריך רבא לטעמי' וכבר הקשו כזאת בגד"ת (שמ"ג ח"ג) בשיטת ר"ה. ובאמת דעת התוס' גיטין שם כנראה דמקדושת דמים גובה אף בלית לי' מטאג"ק כמו שהוכיח במישור במח"א דיני גב"ח מדהקשו למה לא קאמר רבא נמי מכר כמו עשה שורו אפותקי ומכרו דאין בעל חוב גובה ממנו אם כן מוכח דהא דהקדש מפקיע איירי אף בלא שיעבד לו אגב קרקע דאי באגב הא בכה"ג במכר אינו מפקיע מידי שיעבוד ואפ"ה ס"ל דהא דקאמר רבא הקדש מפקיע הוא דוקא קדושת הגוף ולא קדושת דמים הרי דס"ל בפירוש דמהקדש גובה ממטלטלין אם כן צריך הש"ס יבמות לומר רבא לטעמי' רק הב"מ דחק

א"ע כדי להעמיד גם דעת הטור כדעת רמב"ם דבנצ"ב מהני מכירה במטלטלין והטור דסובר להדיא דכח הקדש דמים לא קיל ממכר לכן דחיק לי' לחדש פירוש רחוק אולם באמת מהיכי תיתי נאמר דהטור חולק על הרא"ש ורמב"ן ורשב"א וכהסכמת אחרונים שכ' בריב"ש מובא בב"ש דאף במטלטלין לא מהני מכירה והא דכ' הטור (סי' פ"ח) דין הקדש לא קשה כלל דודאי גם היום נ"מ בקדושת הגוף דמפקיע כגון ע"ז כמו שכ' תוס' והא דלא מפרש רבא גם כן ע"ז כבר כ' רמב"ן יבמות (דף מ"ז) דהיינו הקדש ובכלל הקדש הוא והטור סמך א"ע (דבסי' קי"ז) בח"מ פי' דוקא קדושת הגוף וכדומה:

סימן כ

אם עשה עבדו אפותקי ושיחררו דעת רוב ראשונים דקיי"ל כרשב"ג דרבו כותב לו שטר על דמיו דמזיק שיעבודו ש"ח חייב ויש להסתפק אם הוזל העבד ובשעת השחרור לא הי' שוה כדי כל החוב אם חייב לשלם כדי כל חובו או לא דכיון דאם מת העבד אינו חייב כלום רק מטעם מזיק אתי עלה המלוה ומה"ט מבואר ברמב"ם ובטור דטורף מזמן זה השטר שכותב לו עכשיו דשטר הראשון כבר נפרע אם כן אינו חייב רק כמו שהזיק. אולם מלשון רמב"ם (פ' ח"י) ממלוה דכתב והרי בעל חוב גובה חובו מן הלוה משמע קצת דגובה כל חובו. וביותר משמע כן מלשון פירוש משניות לרמב"ם גיטין דכ' שם לת"ק דעבד כותב שטר לרבו שני כ' וכותב שטר עליו בשויו ולא במה שיש לו עליו מן החוב אם היה החוב יותר מדמיו וזה מה שאמר כותב שטר על דמיו. ובדברי רשב"ג דאמר אינו כותב אלא משחרר כ' שהמשחרר הוא שיכתוב החוב עליו לפי שהוא הזיק שיעבודו ש"ח עכ"ל. ונראה דמדייק דכשהעבד כותב אמר רק על דמיו בשויו וכאשר הדין דהמזיק חייב אמר החוב עליו ומשמע כדי כל החוב [ובבעה"ת (שמ"ג) כ' והעבד כותב שטר על דמיו בכדי החוב שהיה לוה עליו וזה ודאי קשה אמאי יתחייב לשלם יותר משויו. וצ"ל דס"ל כיון דתקנו חז"ל כדי שלא יוציא לעז עליו ויאמר עבדי אתה שיפייס אותו בחיובו צריך לסלק כל חובו ויותר נראה דט"ס הוא בבעה"ת וצ"ל בכדי החוב שהי' לזה עליו היינו נמי כדי שויו ושלא לעשות מחלוקת בין הפירוש משניות לבעה"ת] ויש להבין במה יתחייב מזיק זה לשלם יותר ממזיק דעלמא דאינו משלם רק כפי שהי' שוה בשעה שהזיק ואף אם נתייקר הכלי אחר כן אינו חייב רק כשעת ההיזק ואמאי יתחייב כאן לכתוב שטר בכדי כל החוב וצ"ע:

ומכאן מבואר דאף דלא השלים הלוה התנאי והפסידו האפותקי מ"מ לא נתבטל שם אפותקי מההלואה הואיל דבידים הזיקו דמ"מ מה דהזיק הוי כמו מזיק אחר וחובו נפקע ונעשה חיוב חדש מצד מזיק וגובה מן העידית ול"א אדעתא דהכי לא הלוה לו ותמהני

מאד על הגאון בעל נתה"מ שכ' (סי' שי"ב) שאם אינו רוצה ליתן גוף האפותקי או שהלוה קלקל בעצמו ודאי דגם שאר נכסיו משועבדין עיין שם בדבריו ולפנינו מבואר בש"ס וכל הפוסקים דאף אם הלוה בעצמו קלקל הוי כמו אלו אחר קלקל או נאבד ונגנב דחוב הראשון נפקע ורק מצד מזיק חייב מחדש לשלם אם מזיק שעבודו חייב ואם פטור אז גם אם הלוה בעצמו קלקל ג"כ פטור ועימ"ש לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות ל"ב) בזה:

ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר בדעת הראב"ד דפוסק דמזיק שיעבודו דפטור וא"ד לשורף שטרותיו דבדחבירו עביד דקאי רק על אפותקי סתם דנשאר שיעבוד וחיוב הגוף של החוב רק דהפסידו במה שהזיק שיעבודו מקרקע הזאת או מן העבד הזה ובזה פליגו רבנן ורשב"ג אם מזיק שיעבודו כה"ג חייב ומתניתין איירי באפותקי סתם כמו שנראה מדברי רש"י במתניתין רק תוס' ור"ן הוכיחו דע"כ איירי באפותקי מפורש דאי לאו הכי אמאי פטור הרי עדיין חייב לו חובו ועיין שם ברשב"א דלא אמרו מזיק שיעבודו חייב אלא בשמזיקו לגמרי שאין לו שיעבוד אחר ובפנ"י שם כתב ליישב דברי רש"י דאף שצריך לפרוע' חובו אכתי נ"מ דאי מזיק שיעבודו חייב צריך ליתן מעידיות ואי מדין בעל חוב הוי בבינונית ודבריו סתומים הא מ"מ כיון דחייב לשלם חובו למה צריך עבד לכתוב לו שטר מה ירויח בזה יותר ממה שיכתוב לו רבו אי דנשא' חיובו הראשון היעלה עה"ד דהעבד צריך לכתוב לו לגבות מעידית כדין מזיק אף דלא עבד מידי ומה"ד פטור וגם באפותקי סתם דנשאר חיובו הראשון למה יוציא לעז עליו. אולם י"ל אף דהרשב"א כ' דדוקא כשמזיקו לגמרי חייב לא כשסילק שיעבוד אחד מ"מ מצינו דהרא"ה חולק על זה מובא בריטב"א מכות (דף ד') וז"ל מכאן דן מורי הרא"ה ז"ל במוכר שט"ח לחבירו והאריך לו זמן שזה בכלל מה שאמרו וחזר ומחלו מחול כו' חייב לשלם מה שהפסיד באריכו' זמן שאומדין כמה היה נותן וכן אם מחל לו זכות ערבות או שעבוד שום קרקע שמין כמה יפחתו דמי החוב מפני כן אם בא למכרו ומשלם לו עכ"ל הרי להדיא דאף באם נשאר חיובו של החוב בשלימות בחיוב הגוף ונכסי רק שסילק ממנו שיעבוד קרקע אחת ונפחת על ידי זה דמי החוב חייב לשלם מטעם מזיק מכ"ש בגווני דמתניתין דעשאו אפותקי סתם ואין לו ממ"א לגבות כמו דנראה דנקט וכותב לו המשחרר אם כן ודאי נפחת דמי החוב וזה חייב המשחרר לשלם לרשב"ג להשלים ההפסד במה שנפחת לו החוב ולת"ק דמזיק שיעבודו פטור מפני תיקון העולם שלא יוציא לעז על בניו כיון דאין לו עכשיו ממקום אחר לגבות וזה היה לו לאפותקי כופין לרבו שני לשחררו וכותב עבד שטר על דמיו היינו דמי ההיזק וכמו שפירש הרמב"ם דדמיו אין הפירוש כל החוב רק כפי שויו כן נמי לפירש"י דאיירי באפותקי סתם הפירוש על דמיו כפי מה שהיה

לו היזק על ידי שחרורו דנפחת דמי החוב ובכה"ג פוסק הראב"ד כת"ק דבכה"ג מזיק שיעבודו פטור הואיל דלאו בדחבירו עביד כיון דל"ה אפותקי מפורש ונשאר בחיובו אבל באפותקי מפור' י"ל דגם הראב"ד מודה כיון דאין לו ממקום אחר לגבות חובו חייב. ומיושב מה דהקשו על דברי הראב"ד שכ' הטור (סי' ק"ד) דיורש שהפסיד נכסי אביו דיורש חייב לשלם לבעל חוב של אביו דהוי מזיק שיעבודו של חבירו. ולמה שכ' אתי שפיר דשם כיון דאין לו עוד ממ"א ותקוה לגבות בזה הוי כאלו בדחבירו עביד מה שאין כן באפותקי סתם. וכן בשור תם ב"ק (דף ל"ג) דנראה שם גם הראב"ד מודה דחייב כמו שכ' שם בש"מ הוא גם כן מה"ט (ובסי' ק"ד ס"א) מבואר עוד יותר דאף בעל חוב מאוחר שגבה ומכר לנכרי ואין המוקדם יכול להוציא ממנו דחייב המאוחר לשלם מטעם גרמי ושם לא איירי באפותקי ואעפי"כ חייב מטעם מזיק משום דאין לו ממה לגבות ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני גב"ח (סי' י"ב) ובזה י"ל דגם הראב"ד מודה דחייב דעשה בדחבירו מה שאין כן בלוה עצמו שהזיק דעשה בדנפשו דהגוף שלו הוא וגם רשאי למכור דיכול לסלק בזוזי לכך פטור באפותקי סתם אבל באפותקי מפורש דקנה גופא י"ל דגם הראב"ד מודה דחייב כיון דלא נשאר עוד שום מקום לגבות:

ולפי"ז י"ל באמת לדעת רש"י וראב"ד אף אם עשה אפותקי מפורש נשאר חוב הראשון דאף דאם נשתדף ונפסד אפותקי נפקע החוב מ"מ כ"ז שהעכבה מן הלוה דהוא הפסיד האפותקי ולא השלים התנאי חייב לשלם או מטעם דכ' הנתיבות הנז' או מטעם דהוי אומדנא דמוכח דלא ע"ד זה הלוה לו שיפסיד האפותקי וצ"ע:

סימן כא

הגם דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד מ"מ מטעם דלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון פודה בדבר מועט ודמי הפדיון יוסיף על החוב ויגבנו מן הלוה. כמבואר ש"ס ערכין (דף כ"ג) וטור ורמ"א (סי' קי"ז) ולמד מזה הרא"ש כתובות פ' הכותב דכ"כ צריך הלוה לשלם שכר השליח כשאינו כאן וכן פסק הישו"ש ב"ק מובא בקצוה"ח (סי' י"ד) והקצוה"ח הקשה בזה הא זה שהקדיש נכסיו הזיק שיעבודו כמו יתומים שמכרו שיעבודו של בעל חוב דחייבים לשלם מש"ה דין הוא שיתחייב לשלם דמי הפדיון אבל במה דלוה לא פשע שהלך מביתו אף דלטובתו מ"מ אמאי יתחייב לשלם וכ' דהרא"ש לשיטתו בדוחף מטבע לים אם מצי בר אמוראי למשקלי' לא הוי רק גרמא כיון דלא הזיק גוף הדבר ופטור מההוצאה ה"נ כיון דמצי לפדותו אינו חייב מצד מזיק ואפ"ה חייב להוסיף על כרחך הטעם משום דהוא טובתו אם כן הה"ד בשולח אחריו שליח אבל להסוברים דחייב בדוחף מדד"ג אינו ראיה עיין שם עוד. ולענ"ד לא הוי מזיק במה

שהקדישו רק גורם דגורם ושאני דוחף מטבע דעשה מעשה בידי' בממונו של חבירו אבל כאן אף אם חפר בורות ומערות בגוף הקרקע גם כן לא הוי רק גורם וממילא אם צוה לחשו"ק לחפור פטור לדעת בעה"ת המובא בש"ך (סי' שפ"ו) בשורף שטרות על ידי גורם דפטור דגורם אינו חייב לשלם והכא נמי על ידי דבורו שהקדיש גרם למלוה שיצטרך לפדות מהקדש בדבר מועט אבל גוף השיעבוד עדיין קיים עליו אף בזמן שהוא של הקדש דקדוש' דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד ולא עשה שום דבר רק שגרם לו בדבורו שיפדה ומצד גורם ראוי שיהיה פטור ואעפ"כ חייב הלוה על כרחך משום דהוא לטובתו ועיין קצוה"ח (סי' כ"ה) דאף לדעת רא"ש דהיכא דקם דינא הוי מזיק ממש דדיבור הוי מזיק הא דמוכר שטר חוב וחזר ומחלו לא הוי רק גורם כיון דאין ללוקח בגוף החוב רק שיעבוד ומזיק שיעבוד הוי רק גרמי עיין שם אם כן אם לא הזיק ממש רק גרם לו דמי פדיון הוי רק גורם דגורם ואף לדעת רמב"ן דגורם דגורם חייב י"ל בכה"ג פטור. ומה שכ' עוד לוה שצריך לפרוע בשומת ב"ד אם כן כי הקדיש צריך הלוה להשלים איני יודע לכוון דבריו הא הקרקע שוה כדי החוב רק דמי פדיון חסר וזה לא נכנסת שומא דהוי באמת רק מלוה על פה ואינו גובה רק מבני חורין כמו שכ' בדרישה כאן:

גם בלא"ה דעת הרא"ש אף אם מכרו יתומים קרקע שירשו מאביהם לעכו"ם ואלם ואין הבעל חוב יכול לגבות אינן חייבין לשלם דלא הוו מזיק שיעבודו ש"ח דלא קלקלו גוף הקרקע כמבוא' בטור (סי' קי"ז) אם כן מכ"ש כשהקדיש קדושת דמים דיכול לגבות ושיעבודו קיים רק מטעם שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון צריך לפדות בדבר מועט לא יתחייב מצד גרמי. ברם אם הקדיש קדושת הגוף י"ל דגם הרא"ש מודה דחייב לשלם מצד מזיק דהא בשחרר עבד שהוא אפותקי מבואר דחייב ועל כרחך צריך לומר דזה חשוב קלקול גוף השיעבוד דנשתנה הגוף לגמרי ועיין רשב"א גיטין (דף נ"ג) דהוי היזק ניכר מה"ט דהוציא מרשותו וכן בקדושת הגוף דנפקע השיעבוד לגמרי הוי כמו חפר בה בורות ודוקא כשמכרו לגוי או אלם דשיעבודו נשאר רק דמצד אלמות אינו יכול לגבות ואף במלוה על פה כשמכר דהשעבוד נשאר רק דאינו רוצה לגבו' זה לא הוי רק גרמא ופטור לדעת הרא"ש אבל בקדושת הגוף דנפקע לגמרי השעבוד הגוף מודה הרא"ש דחייב לשלם:

וראיתי בס' ב"מ (סי' צ"ג) דהביא ראיה דהיכא דלא קלקל בגוף הקרקע לא הוי מזיק מב"ק (די"ג) נכסי' המיוחדי' פרט לנכסי הפקר אמר רבינא למעוטי נגח ואחר כך הפקיר וכן פסקינן בח"מ (סי' ת"ו) והיכי תנן נכסים המיוחדים למעט המזיק מתשלומין הא מזיק שיעבודא חייב וצ"ע על החולקים ע"כ דבריו ודבריו מוקשים הא בכה"ג דהוציא

מרשותי' לגמרי ונפקע השיעבוד גם הרא"ש מודה דחייב דהוי יותר מקלקול. אולם לא קשה כלל דהא דעת כמה מראשונים שם בש"מ דזה דוקא במועד וכמו דמשמע שם מרש"י ותוס' דבתם הואיל דיוחלט השור והקדישו אינו מוקדש רק מדר' אבהו כמבואר (דף ל"ג) ומכרו אינו מכור לגמרי לר"ע דיוחלט השור וממילא אין בידו להפקירו ועיין בבאר הגולה (סי' ת"ו) שם שהעלה ג"כ כן אם כן לא שייך כאן מזיק שיעבודו דכל נכסיו משועבדים רק גרם שלא יוכל לבא לידי גמר דין במה שהפקיר ולא עשה בשל חבירו כלל דאינו גובה מגופו' רק מן העליה ואף דגם שור זה נשתעבד לא הוי רק גורם שלא יבא לידי גבייה ובזה כ"ע מודים דלא הוי מזיק. ואף לדעת ראב"ד בש"מ שם דאף בתם אע"ג דלא קיי"ל כר"י לענין קטלא דשור לענין תשלומין מיהא אם הפקירו או הקדישו קודם העמדה בדין פטור דכתיב ומכרו את השור החי וחצו את כספו אלמא בדאית ליה בעלים בשעת תשלומין איירי. מ"מ בתם דקנס הוא ואינו חייב עד שעת העמדה בדין ולאחר העמדה בדין חל החיוב למפרע אם כן לא גרם רק שלא יחול החיוב ולא הוי רק גרמא. וראיתי בא"מ אה"ע שם שהרגיש בזה דא"ח עד שעת העמדה בדין והוי כמו עשאהו טמון באש. אולם לרוב ראשונים קאי שם במועד לא הוי רק גרמא בכה"ג כנז' ובלא"ה ל"ק דאף אם יהיה חייב לשלם בחיוב חדש מצד מזיק שיעבודו מ"מ אתי שפיר דקתני במתניתין נכסים המיוחדים פרט אם הפקיר דפטור מצד חיוב הנגיחה אבל מצד מזיק אם נתכוין לגרום היזק חייב חיוב חדש ונ"מ אם לא ידע דנגח וכדומה דהפקיר באונס ודעת רמב"ן דבגרמי לא מרבינן אונס כרצון. ולדעת ראב"ד דאף בתם אם הקדיש קודם העמדה בדין פטור הא דקתני (בדף ל"ג) הקדישו מוקדש מדרבי אבהו הרי דבתם מהני העמדה בדין אף אחר שהקדיש. ובגליון משניות מרבינו עק"א ז"ל עמד במס' ב"ק (אות מ"ה) על דברי רא"ש מש"ס ב"ק הנז' ותמהני שלא הביא דברי הבה"ג והראשונים דבתם לא בעי בעלים בשעת העמדה בדין. אולם ע"ד הראב"ד קשה ואולי דעת הראב"ד דוקא בקדושת הגוף דפקע שם בעלים לגמרי דלית לי' פדיון אבל קדושת דמים דאית לי' פדיון והדין הוא הקדש שוה מנה שחילל על ש"פ מחולל וכתבו תוס' מנחות (דף ע"א) דוקא הבעלים יכולים לפדות על ש"פ ולא אחרים הרי דיש עוד לבעלים זכות בהקדש דמים יותר מאחרים הוי ממילא כיש לו בעלים בשעת העמדה בדין אולם בהא דרבי יהודא ב"ק (דף מ"ד) לענין קטלא בנגח ואחר כך הקדיש דחשיב לית לי' בעלים איירי גם כן רק בקדושת דמים כמבואר שם בש"מ דפסול להקרבה הרי דל"ח בעלים אף בקדושת דמים כמו כן לענין תשלומין לדעת הראב"ד בתם ל"ח בעלים. אך י"ל כיון דיליף מדכתיב וחצו את כספו י"ל דוקא אם יש עוד צורך בו לבעלים דשוה יותר מחצי נזק של שור הניזק

אבל אם אינו שוה יותר כגון בשור שוה מנה שנגח שור שוה מאתי' בזה ל"ב בעלים הראשונים בשעת העמדה בדין:

נחזור לענינינו דודאי היכא דהפקיע לגמרי מרשות בעלים מוד' הרא"ש דחייב מצד מזיק ובתומים (סי' ק"ז ס"ק ז') העלה בדעת הרא"ש דדוקא במכר לגוי או לאלם דשעבודו קיים רק אריה דרביע עלה אבל במע"פ שאין למלוה זכות על הלוקח בדיני ישראל דומה למשחרר עבד. ועדיין קשה אם נאמר דהיכ' דהפקיע השיעבוד לגמרי חשיב מזיק נמי במכרו לנכרי יתחייב ודומ' לשורף שטרותיו של חבירו דשם ודאי מה"ד נשאר החיוב על הלוה שהי' חייב למלוה לשלם רק הואיל דאנן לא ידענו מה כתוב ביה לא יכול לברר הדברים בפני ב"ד ולהוציא בדיינים אבל כל חיובו שהי' לו כתוב בשטר נשאר בתוקפו ובכל זאת חייב השורף לשלם מדד"ג הואיל דסלק ממנו ראיותיו וגרם לו שלא יכול להוציא בדייני' מכ"ש זה שמכר לנכרי דסלק ממנו זכותו שהי' לו לטרוף ולגבות ועכשיו אינו יכול. ובאבני מלואים שם פשוט לי' בדעת הרא"ש דאף במע"פ שמכרו היורשי' ואינו יכול לטרוף מן הדין גם כן פטור וכ' הטעם דעדיין נשאר השיעבוד אף כשהוא ביד הלוקח רק חז"ל הפקיעו הטירפא וממילא יכול הלוקח לחפור בהשדה כיון שלא יבא לידי גוביינא אבל זה לא הוי מזיק דעדיין השיעבוד בשלימות רק מלוקח ליכא טירפא. ודבריו אינם מובנים לי כלל הא זורק מטבע ש"ח לים אף בצלולין דנראה לכל ולא הפקיעו מרשותו ובכ"ז אם אין בר אמוראה יכול למשקל חייב ואינו יכול לומר הא מונח קמך כיון דאינו יכול למשקל והוי כמו זוטו של ים דרחמנא שריא ואפקרה והפקיעו מרשות בעלים כן נמי בזה אף דנשאר שיעבודו קיים מ"מ כיון דאינו יכול לטרוף ולגבות שיעבודו ונשלל ממנו זכות זה למה ל"ה מזיק ומי גרע משורף שטרותיו אף דהנייר אינו שוה כלום מ"מ כיון דסלק ממנו ראיותיו חייב לשלם אף דשיעבודו נשאר קיים ק"ו כאן דמה"ד אינו יכול לגבות. ואף דכתב הרא"ש דבשלהם עשו ומכרו מ"מ אינו מובן כיון דקלקלו זכותו למה לא יתחייבו. וצריך לומר דס"ל כיון דמותר למכור דשלהם הוא ועיק' סמיכת דעת המלוה לא הוי דוקא על זה ואם רוצים לסלק בדמי' יכולים לכן לא הוו מזיקין במכירתם מה שאין כן בשיחרור הואיל דהוי אפותקי מפורש ועיקר סמיכת דעת המלוה הי' על זה ואסור לו למכור אף אם דעתו לסלק במעות כיון דעיקר סמיכת דעת המלוה היה על זה לכך חייב. מה שאין כן ביתומים דמכרו דבדידהו עבדי ואינם עושים איסור בזה אם רוצים לסלק בממון לכך אינם חייבים כלל. ואינו דומה לבעל חוב מאוחר שקדם ומכר לגוי כמו שכ' הב"ח לחלק בין יורש דבדידי' עביד ובתומים הכריח לחלק

בזה מדעת רמב"ן דסובר ביתומים שמכרו בנכסים מועטים דלא מקרו מזיקי שיעבודא ובבעל חוב מאוחר שמכר חייב מטעם מזיק וע"כ צריך לחלק כנ"ל:

ויש לחקור קצת אף לדעת רמב"ן ורא"ש דיתומים בדידהו עבדו מ"מ ודאי איסורא עבדו כמבואר מס' סוטה איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים. אם כן אם מכר אפוטרופס של היתומים אף דאינו חייב מטעם מזיק משום דבדידהו עבד כמו אם מכרו היתומים מ"מ י"ל כיון דאיסורא עביד אם שייך בי' לומר אשלד"ע להסוברים דבטל המעשה ואף דלענין תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דל"ק עדיף אפטרופס כמבואר (סי' ק"ה) מ"מ לענין דבר עבירה י"ל דשייך בי' דברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין. ולדעת כמה גדולים אף בעבירה דרבנן אמרינן גם כן אשלד"ע ובפרט בגרמי להזיק חבירו אף דפטור מדיני אדם מ"מ בד"ש חייב וכנראה עושה עבירה דאורייתא כמו שכ' והארכתי בזה דיני עדות (סי' ל"ד). אך בתשובת המיוחסת לרמב"ן (סי' מ"ט) מבואר אם אפוטרופס מכר קרקע של יתומים שירשו מאביהם ולא נשאר למזונות האלמנה דמעות הללו לא נשתעבדו עיין שם הרי מבואר דפשיטא ליה דהמכירה מהני כמו אם היה מכרו היתומים בעצמם ויש להבין מ"ט לא אמרינן בזה אשלד"ע ויתבטל המעשה המכירה וגם אף דמינו אותו הב"ד לאפטרופס נימא דעל דבר עבירה לא נתנו לו כח ואין זה זכות יתומים. ואולי כיון דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו ולגבייהו לא איכפת להו בהאיסור ועיקר העבירה הוא על האפטרופס לא שייך בזה לומר אשלד"ע כמו שכתבו בזה הנו"ב מהד"ת והקצוה"ח (סי' ק"ה) להוכיח מדברי תוס' גיטין דהיכא דאין העבירה על המשלח לא אמרינן בזה אשלד"ע ועדיין יש להתבונן בזה ואכ"מ:

סימן כב

אם מכרו היתומים נכסי אביהם ואין הבעל חוב יכול לטרוף מבואר ש"ע (ק"ז) דעת ר"ה גאון דגובה מן הדמים ודעת הרא"ש דאינו גובה דלאו הני זוזי שבק אביהן ומטעם מזיק פטורין גם כן לדעת הרא"ש ונראה דוקא אם כבר קבלו הדמים מן הלוקח וזכו בהם דכבר נגמר המקח וגם ההיזק אבל אם עדיין לא גבו המעות אף דנגמר המקח מ"מ אם עייל ונפיק אזוזי תלוי המקח בנתינת הדמים אם כן לא נגמר עדיין ההיזק ומבואר (סי' שפ"ו) דאף בגרמא דפטור מ"מ משמתינן לי' עד דמסלק ההיזק ולכתחילה ודאי הב"ד מוחין בידו. ועיין רמ"ה ב"ב ר"פ מי שמת שכ' בהא דיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין דוקא מקמי דידעי בהו ב"ד אבל אי ידעי בהו ב"ד מקמי מכירה מחייבי לממנעינהו עד דמפקינן מנייהו חולקא דבנות ואי לא ציית משמתינן להו עיין שם דדעתו כרבינו האי גאון והוסיף עוד דדוקא מכרו מהני אבל מתנה לא רק מכרו דאפשר דמהדרי להו זוזי

לב"ד דאי לא תימא הכי רק דאינו גובה מהדמים מה הועילו חכמים בתקנתם עיין שם. ואם כן אף לדעת הרא"ש דאינו גובה מהדמי' מ"מ כ"ז שלא בא ליד היתומים ונשאר ביד הלוקח אין מניחין הב"ד לגמור ההיזק כיון דעדיין יכול המקח להתבטל ונחשב עדיין כזכות אביהם בהקרקע וגם לא נגמר ההיזק מסלקינן הגרמא לכ"ע שלא יקבלו הדמי מקח ויגרמו היזק בזה להבנות או לבע"ח:

וראיתי בתומים דהוכיח כן דהבע"ח יכול לעכב אם עדיין המעות ביד הלוקח מד' ר"ן פ' מש"נ דמפרש דב' ירושלמי באלמנה דמוכרת למזונות וכתבה סתם אם בא מלוה בעדים תאמר למזונות ומלוה בשטר תאמר לכתובה ודבריו נפלאי' ואינם מובנים כלל דשם ל"ש כלל לתת שם מזיק לאשה דהקרקע קיים ויכול לטרוף וגם הא משועבד לה לכתובתה ומצאתי בס' ב"מ (סי' ק"ג) דהשיג עליו וגם חולק על גוף הדין זה ולענ"ד אף דאינו ראיה מ"מ הדין דין אמת כ"ז שלא בא ליד היתומים לא נגמר ההיזק ואין הב"ד מניחון לגרום ואפשר אף אם כבר זקפו במלוה להמבוא' בב"ח (סי' צ"ו) דיש דין קדימה לבעל חוב הבא לגבות מן סחורתו שמכר עיין שם אם כן נשאר עכ"פ זכותם של היתומים ושיעבודם על הקרקע שמכר דאם לא ישלמו יקדימו לגבות יכול הבע"ח לטרוף דעדיין לא נגמר ההיזק וצ"ע:

והנה דברי הר"ן כתובות הנז' צריכים ביאור כאשר עמדו על זה האחרונים חדא למה כתב דאם תמכור למזונות יבוא בעל חוב ויטרוף מן הדמים הא הדמים הוו כמטלטלין כמו דכתוב' אינה גובה כ"כ לא יגבה הבעל חוב. ועוד למה לא כתב דיבוא בעל החוב ויטרוף מהלוקח הקרקע ועל כרחך דאם יטרוף הקרקע תבא האשה ותטרוף מבעל חוב בעד הכתובה שמוקדמת למלוה בשטר ואף דמלוקח לא מצי טרפה דאחריות דנפשה קבילת עלה מ"מ מן הבעל חוב תטרוף כדין לכך נקט הר"ן דיטרוף מהדמים וק' ממנ"פ אם הוי כקרקע הואיל דבא ממכירת הקרקע למה יקדים הבע"ח ואם הוי כמטלטלין כמו שכ' הר"ן להדיא אף בעל חוב לא יגבה. ובס' אבני מלואים (סי' ק"ג) כתב כיון דדינא הוא דלוקח מצי לסלוקי בזוזי כשהלוקח מסלקו בזוזי תו לא מצי האשה לחזור על הבעל חוב לטרוף בכתובתה מפני שלא קבל אלא דמים ועל הלוקח לא תוכל לבא דאחריות דנפשה קיבלה עיין שם ויש לגמגם עובא בזה הא כיון דהדמים הוו כמטלטלין ואין בכח הבעל חוב לבא מכח טירפא למה לא תחזור האשה על הלוקח ואף דאחריות דנפשה קיבלה עלה מ"מ תוכל לומר את אפסידת אנפשך במה שסלקת להבעל חוב בזוזי דאם הי' טורף הקרקע הייתי חוזר עליו ואתה היית חוזר עלי והי' חוזר חלילה והיה הבעל חוב מתפשר עמי ובזה שסלקת שיעבודי מכל וכל שנתת לו הממון אני חוזר

על שעבודי כי אפסדת אנפשך. ורבינו עקיבא איגר ז"ל בתשובותיו (סי' קפ"ה) כתב בכוונת הר"ן דסובר כרה"ג דהבא מכח הקרקע הוי כאלו ירשו המעות ואם ימצא בעל חוב שיהיה לו שעבוד מטלטלין אגב מקרקע והניח קרקע ומכרו היתומים לדעת רה"ג גובה הבעל חוב מדמים אף לדינא דגמרא דהוי כאלו ירשו אותם וזה כוונת הר"ן דיבא מלוה בשטר שיש לו שעבוד מטאג"ק והמעות משועבד לו ולא לכתובה ואינה יכולה לחזור ולטרוף לא מבע"ח ולא מלוקח עיין שם. וגם בזה יש לדון דכבר הוכיח במישור בספר אבני מלואים דאף לרה"ג אם החליפו היתומים קרקע בקרקע מדינא דגמרא אין הבעל חוב גובה ואף דהי' בא מחמת השיעבוד מ"מ הי' ראוי דאל"כ יקשה מש"ס בכורות (דף מ"ח) אף דאחין שחלקו כלקוחות מ"מ הוי כהחליפו קרקע בקרקע א"ו דהוי ראוי ואין הבעל חוב גובה רק אחר תקנת הגאונים קאמר רה"ג דכמו דגובה ממטלטלין כ"כ גובה מן ראוי. גם דוחק לומר דהר"ן יחלוק על רמב"ן ורשב"א דחלקו על סברת רה"ג וסברו דלאו הני זוזי שבק אביהן כמבואר רמב"ן ב"ב שם ובתשובה מיוחסת לו (סי' מ"ט) ועיין מהרי"ט (סי' קכ"ח) וז"ל ואף רבינו האי ז"ל לא אמר שהבנות ניזונות מהדמים אלא לענין יתמי דבמקום אבוהון קיימי ומתקנת' דרבנן מטלטלי דידהו משעבדי לבעל חוב ולכתובה ולמזוני וכי היכי דאם מכרן בחייו היו הבנות ניזונות מדמים אף לאחר מותו ניזונית אבל מודה הוא דמדינא לא חל שעבוד בעל חוב על דמי המטלטלין והוי ליה נכסי דקנה בתר הכי ויחלוקו עכ"ל שם אם כן אף אם יש לו שיעבוד מטאגמ"ק מ"מ לא עדיף מדאקני וכיצד ישתעבד כיון שקנה לאחר מותו. ועיין בב"מ (סי' ק"ג):

וקצת נראה דהא מבואר דלר"ט דסובר מי שמת והניח מלוה או פקדון ביד אחרים ינתנו לכושל והטעם כיון דלא בא לרשות יתומים עדיין גובה ממנו בעל חוב וכתובה מבואר בר"ן פ' הכותב דאף מיני' דידי' מטלטלין לא משתעבדי לכתובה מדינא דגמרא ועל כרחך ר' טרפון סובר כר"מ דמטלטלין משתעבדי. ובתוס' שם הקשו הא מלוה הוי ראוי ואין אשה נוטלת בראוי והמעיין בש"מ שם ימצא דלר"ט גובה דלר"ט מה דלא בא ליד יתומים משתעבד ובאמת כל הטעם דאין בעל חוב גובה מראוי הוא משום דלא מצינו שבעל חוב יחול שיעבודו בב"א עם היורשים דרק שיעבודו קדם גובה ולא בבא ב"א ולר"ט עדיף לטרוף ממה דלא הוי ביד יתומים כן נמי לא קפדינין במלוה דהוי ראוי. ור"ע חולק דסובר דכבר זכו יורשים אף דלא הי' ברשותם בשעת מיתה מ"מ זכותם קדם והבע"ח בא בכח גבייה לכך ינתנו ליורשים וי"ל דוקא בממון שבא פעם אחד ליד אביהם אז סבר ר"ע דיורשים במקום מורישם קיימי וזכו בכל זכות שהיה למורישיהן אבל דבר שלא הי' מעולם בזכותו ולא בא ליד אביהם ולא ליד היורשי' מודה ר"ע דלא

מקרי מטלטלי דיתמי לענין שיעבוד בעל חוב. אם כן ודאי אם מכרו היתומים קרקע שירשו מאביהם וקבלו המעו' כבר זכו בהם ואף אם לא גבו עדיין המעות מ"מ כבר זכו בחיובו של הלוקח. ולדעת רה"ג הוי כמטלטלין שהניח אביהם ולדעת החולקים לאו הני זוזי שבק אביהן אבל בנידון דר"ן הנז' לאחר מיתת האיש הי' הקרקע נשתעבד לבעל חוב ולכתובה. ובכח ב"ד רשות לה למכור לצורך מזונות ונשאר הדמים ביד הלוקח להספיק לה מזונות והיורשים לא זכו בהן כלל אף לא בהחיוב הדמים שהן מיוחדין למזונותיה אבל חלף הקרקע הוא עכ"פ והוי כמו לר"ט דנשאר מלו' ביד אחרים דגובה הבע"ח מזה ואשה בכתובתה אינה יכול' לגבות לרבנן דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה כן בזה מודה ר"ע כיון דמעולם לא הוי עדיין שום זכיה בהדמים הללו ליורשים אם כן יבא הבעל חוב ויטרוף ויגבה מהדמים הללו אף שהם כמטלטלין ולאש' לא תוכל לגבות דהוי מטלטלי ולא משתעבדי לכתובה מדינא דגמ':

ואם מכרו היתומים מטלטלין כ' הסמ"ע דלכ"ע אינו גובה ועיין בש"ך ותומים (ס"ק ו') ותמהני הא מבואר בנ"י ר"פ מי שמת שכתב וכתבו האחרונים דאף עפ"י דהשתא ניזונות ממטלטלין כו' מ"מ אם קדמו ומכרו מה שמכרו מכרו ולא נימא מה לי מטלטלין מה לי המעות דדוקא מטלטלין דשבק אבוהון אבל המעות לאו הני שבק ודומה למלוה על פה כו' הרי דאף במטלטלין בתר תקנת הגאונים תליא רק בסברת הרא"ש אבל לרה"ג באמת חייבין היורשים לשלם וכ"כ שם הש"ג להדיא דלדעת רה"ג ה"נ כיון דבע"ח גובה ממטלטלין דיתמי גבי נמי מהדמים וקאי שם על מטלטלין שמכרו והיה לו מלוה בשטר ולא שיעבד לו מטאג"ק הרי דאין חילוק והבדל לדעתם. וכן נראה מדברי רמ"ה שם דמסכים לדברי רה"ג וכ' ומסתברא כותיה דאי לא תימא הכי מה הועילו חכמים בתקנתם. וכ"כ נמי לענין בעל חוב השתא דעיקר סמיכת דעת הבעל חוב על המטלטלין יאכלו היתומים וליחדו שימכרו כל המטלטלין ויפטרו ובפרט לדעת ר"ת בתוספות בכורות (דף נ"ב) דכ' תקנות הגאונים דאורייתא. והיינו דסובר כדעת רמב"ן ורשב"א דאם שיעבודו דאורייתא אף מטלטלין משתעבדו רק דלא סמך דעתו עליו והשתא עיקר סמיכת דעת הוא על המטלטלין אם כן למה לא נאמר דתמורת מטלטלין יש לו הדין כמו אלו מכרו קרקע. וכן למ"ש הריב"ש בתשובה טעמא דתקנות הגאונים משום דיש כח לב"ד לכוף על מצות עשה דמתן שכרו בצדו ואם ירשו מטלטלין חייבין מצד מצות כבוד אב לשלם לכך יפה כח התקנה לכוף לשלם אם כן אף אם מכרו ולאו הני זוזי שבק אביהן מ"מ מצוה רמיא עלייהו לשלם ואם כן למה לא נימא לדעת רה"ג וסייעתו דהוי כאלו הניח אביהן הדמים אף במכרו מטלטלין. ובקצוה"ח (ס"ק ז') כתב משם כה"ג דאף אם שיעבד

מטאנ"ק אם מכרו י"ל דאינו חייב לשלם מדינא דגרמי כיון דמד"ת לא חל השיעבוד והשיג עליו דכששיעבדן באגב נשתעבדו גם מדרבנן ומדאורייתא והביא מתשובת רא"ש דעבדים אף דלא נקנין באגב משתעבדי באגב ומאד תמוהין דבריו הרא"ש לא בא אלא להוסיף דאף דלא מהני בקנין אגב בעבדים דניידי מ"מ מועיל שיעבוד על ידי קול אבל מה דמהני קנין אגב ודאי לא גרע שיעבוד מקנין ומהני מה"ד אם קנין אגב הוא מה"ת מהני גם לענין שיעבוד מן התורה ואם מדרבנן מהני מדרבנן ובאמת המעיין בכה"ג יראה מסקנתו דחייב מטעם מזיק ולא אדע מקום ספק לזה אף אם קנין אגב ל"ה רק מדרבנן מ"מ הא המזיק ממון שזכה מדרבנן גם כן חייב לשלם וגזל גמור מדבריהם הוא וכמו במוחל שטר חוב שמכרו אף דמכירה לא הוי רק מדרבנן מ"מ למאן דדאין דד"ג חייב לשלם כל דמי שוי' השטר. והטור לא אמר רק מה דהוא תקנת הגאונים וגם בזה צ"ע כמו שכ':

סימן כג

אם עשה שדהו אפותקי אין המלוה יכול לכופו ללוה לשלם לו בזוזי אף אם אית ליה זוזי כן מבואר מדברי הראב"ד בריטב"א ב"מ (דף ס"ו) ובש"מ שם בהא דקאמר הש"ס אלא אפותקי דקאמר ר"פ מ"ה דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו וז"ל ואע"ג דה"נ דאי הוי דהא קיי"ל דמצי לסלוקי בזוזי אלא כיון דאיהו לא מצי למתבעיה זוזי וכבר מחל כל שעיבודו חוץ מקרקע כמאן דנחית מעיקרא אדעתא דארעא הוא כו' וטעמא מעליא הוא דהיכי מצי לשנויי לארעא אחריתי והוא מחל לשיעבודי שאר ארעתיה ואפילו זוזי לא בעי למתבעיה כו' עיין שם דמבואר להדיא אף באית ליה זוזי סלוקי סליק ליה מכל חיוב ובתשלומין לבר מאפותקי הזו. ובסמ"ע (סי' קי"ז ס"ק ט') משם תשובת רשב"א באם כתב לו אפותקי מפורש אע"פ ששיעבד לו גם כן שאר נכסיו בשטר אפ"ה דינו כשאר אפותקי מפורש ולא יוכל לסלקו בשאר נכסים וכ' האורים שם ובתשובת רשב"א (תתקמ"ב) דגם אי שטפו נהר אינו גובה משאר נכסים וצריך לומר הא דשיעבד לו שאר נכסים נמי לאיזה צורך חל השיעבוד הא אינו יכול לסלקו כלל בשאר נכסי ואם נשטף הפסיד דנ"מ אם ימצא אפותקי אינו שלו וגזילה הוא ביד הלוה דנשאר חובו כמו שכ' הרמ"א (ס"א) ועל זה שיעבד לו כל נכסיו אבל זולת זה אין כאן שיעבוד כלל על שאר נכסים עיין שם. ולענ"ד הרשב"א לא יחלוק על רבו הרמב"ן דסובר דאם נמצא שאינו שלו גובה משאר נכסיו כמובא בתומים שם אם כן לאיזה צורך שיעבד לו כל נכסיו דבשביל זה אם ימצא שאינו שלו אף אם לא שיעבד לו כל נכסיו גם כן חוזר עליו ברם בתשובת רשב"א שם מבואר דהמלוה יכול לכופו לפרעו במעו' אם אית לי' זוזי וקאי על השאלה

הנז' דשיעבד לו כל נכסי ובזה סובר הרשב"א דמה דשיעבד לו כל נכסיו לטפויי אתי להוסיף לו שיעבוד נגד שאר אפותקי דלא יכול לכוף אותו לסלק בזוזי אף באית ליה כמו שכ' הראב"ד וריטב"א בפשיטות מה"ת נעשה מחלוק' בזה ובודאי גם הרשב"א סובר כן רק בשיעבד לו כל נכסיו בזה אמרינן דלטפויי לי' זכות אתי אם יהי' לו זוזי שיסלקו בזוזי ואדרבא הרשב"א סובר בנמצא שאינו שלו חוזר עליו כרמב"ן דאם לא כן נימא יד בעל השטר על התחתונה ונאמר דבשביל זה הוסיף לו שיעבוד כל נכסים גם כן אם ימצא שא"ש וכמו שכ' האורים ואם כן למה יכוף אותו לסלקו במעות אם יש לו אלא ודאי דסובר כרמב"ן דלזה לא צריך להוסיף לו שעבוד ואם כן לא נשאר זכות בהוספ' השיעבוד מכל נכסיו רק אם יהיה לו זוזי דיכוף אותו לסלקו בזוזי אבל באם לא שיעבד לו כל נכסיו אינו יכול לכוף אותו אף באית ליה זוזי ולא נאמר דחולק בזה על הראב"ד וז"פ. וכן משמע מדברי הש"ע (סי' פ"ח ס' י"ג) דבאפותקי אף באית ליה זוזי אינו יכול לכוף אותו דאם לא כן בהודה לו חמשים אפותקי הוי הודאה ממין הטענה דאף הודאת אפותקי הוי כמודה בחמשים כיון דאם אית ליה זוזי חייב לשלם וכן בתובע לו אפותקי במנה והלה מודה בחמשים בהלואה גרידתא יהיה גם כן הודאה ממין הטענה אם יהיה הדין שיש לכוף לשלם בזוזי אם יש לו אלא ודאי דסילק כל שיעבודו מכל וא"י לבקש ממנו לסלק בזוזי רק הברירה ביד הלוה:

סימן כד

כתב בש"ע (סי' קי"ד ס"ו) אם בעל חוב ולוקח באים להוסיף כל אחד על חבירו נותני' השדה לאותו שמוסיף יותר ועיין בדרישה שכתב אף באפותקי שאינו יכול הלוקח לסלק בזוזי מ"מ אם הלוקח מעלה אותו עד דמי כל החוב אמרינן למלוה לא עשאו לך הלוה אפותקי לקבלו בפחות ממה שנותנין אחרים עיין שם. מבואר מדבריו דאף היכא דליכא טובת הלוה יכול לעלות בדמים דללוה ליכא כאן שום טובה כיון דבין כך ובין כך לא יכול המלוה לגבות המותר מהלוה דאף אם שטפה נהר אינו גובה ממ"א באפותקי וצ"ע אמאי יכול הלוקח לומר כן דיחזור על המוכר לגבות כפי מה שנתן למלוה ובאם יקבל המלוה בעד הסך ששמו הב"ד לא יחזור למוכר רק על הסך הנז' ששמו הב"ד ולא יותר. וצ"ל דאיירי דהוזל' הקרקע וקנה בעד ר' והב"ד שמו כעת על ק' והלוה עשאו אפותקי על ר' לכך בין כך ובין כך יחזור הלוקח על ר' להמוכר לכך יכול להוסיף ולסלק לבעל חוב ר' אך מ"מ ק' הלא הלוקח אינו יכול לסלק במעות לבעל חוב. וצ"ל אף דאינו יכול לסלק מ"מ הוי כאיש אחר דיכול לעלות בדמים.

אולם מדברי הריטב"א כתובות לא משמע כן דכ' להקשות על הא דמבואר כתובות (צ"א) טרפא בכמה כתבינן הלא על כרחך איירי בלית לי' למוכר נכסי דאם לא כן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין וכ' ול"ל בהאי ארעא הו"ל אפותקי דאם כן לכ"ע לא מצי הלוקח לסלוקי בזוזי כדאתי' פ"ק דב"מ ע"ש ולדברי הדרישה יכול להיות אף באפותקי רק דבא לעלות בדמים ויכול לעלות כמו אחר שרוצה לעלות על שומת ב"ד ושם בב"מ אינו מבואר רק היכא דאינו מסלק בזוזי רק כגון שהמלוה בא לגבות יותר מכפי חובו והלוקח רוצה גרבא דארעא משום דאי הו"ל זוזי הוי מצי לסלוקי' מכל ארעא לכך מוקי באפותקי והואיל דלית ליה מעות אם כן אינו יכול לקנות כיון דמסלק להבעל חוב בעד חובו בקרקע אם כן הבעל חוב אינו רוצה ליטול רק כפי שומת ב"ד אבל היכא דהלוקח יש לו מעות ובא בתורת עילוי למה אינו יכול לקנות הקרקע וצ"ל דהריטב"א סוב' דוקא אחר שרוצה לעלות מכפי שומת ב"ד יכול דעל זה הי' הכרזה ואולי יבא אחד וירצה ליתן הרבה [ומ"מ אין נפ"מ כי הבעל חוב לעולם יכול ליקח הקרקע בעד חובו וזה צ"ע באפותקי כי נ"ל באם א' רוצה ליתן ש' זוז והוא לא עשאו אפותקי רק על ר' הוי כעשאו קרקע שוה אלף זוז אפותקי בעד ק' דאינו גובה רק שיעור חובו ועיין ש"מ ב"מ (דף ק"י) גבי יתומים אמרו אנו השבחנו] אם כן יכול לעלות רק הבעל חוב יכול לעלות עד כדי חובו כי ליכא נפ"מ לו אבל הלוקח באם יבא בתורת עילוי ויאמר שהקרקע שוה אצלו ר' יחזור על המוכר על ר' כי יהיה כנתיקרה הקרקע אם כן יעלה תמיד יותר לבטל שומת ב"ד וזה אינו יכול. רק היכא דיכול לסלק בזוזי יש לו רשות אבל באפותקי דאינו יכול לסלק בזוזי ואם הוא יתן ר' ע"כ בא רק בתורת שהקרקע שוה יותר מכפי שומת ב"ד אם כן יחזור על הלוה כפי ששוה וזה אינו יכול לעשות כי לעולם יתן יותר בשביל שלא יהיה לו הפסד מה שאין כן בלא עשאו אפותקי דיכול לסלקו בזוזי נותנין למי שמוסיף שוב ראיתי בספר שער משפט מ"ש בזה ויש להתבונן בדבריו:

והנה מה שכ' בש"ע דהתוספת שמוסיף הלוקח צריך שיהיה כנגד כל דמי החוב כ' הסמ"ע (ס"ק ד') לחלק בין קודם הכרזה ולאחר הכרזה ובתומים העלה דלעולם א"י לסלק בלא עילוי דמים כמו שכ' תוס' והר"ן כתובות (דצ"א) והדבר צריך הבנה אמאי אינו יכול להוסיף יותר על השומת ב"ד אף שלא יסלק כל החוב ועיין ב"ח שכ' דבסעיף (ו') איירי דהבע"ח הוסיף קצת וזה הלוקח רוצה להוסיף יותר וכשמסלק כל החוב נח לו שיהי' לו בעל חוב א' אף שיפסיד על ידי זה מעט והדברים דחוקים לפעמים נפ"מ על סך רב באם הבע"ח מוסיף הרבה ואפ"כ לא השיג לכל חובו ואם הלוקח יוסיף עד

כדי כל החוב יחזור על הלוה על הדמים שנתן. ונ' דכוונת הרא"ש דהלא כשמכריזין הוא לטובת הלוה שמי שיתן יותר יתנו לו הב"ד הקרקע והיכא שלא נמצא מי שיתן יותר נותנין לבעל חוב כמו שכ' הרא"ש רק אם נמצא אחר שיתן יותר הוא לתועלת הלוה ובעינן דוקא שאחר יתן יותר אבל בלא זה מניחין הקרקע ביד המלוה דקדם בו שיעבודו ולפי מה דכ' התוס' והר"ן להדיא דלוקח גם כן אינו יכול לסלק בדמים רק להעלות יותר כמו אחר לכך סובר הר"י והרא"ש דדוקא היכא דמסלק כל החוב דיש תועלת ללוה על ידי עילוי כל הלוקח דלא יהיה לו ב' בע"ח יכול לסלק לבעל חוב דהוי זכות ללוקח וזכין לאדם שלא בפניו אבל היכא דאינו מעלה כנגד כל החוב דאז אין הלוה מייתר כלום דבין כך יהי' לו ב' בעלי חובות ומה שיתן הלוקח יחזור על הלוה אמרינן דהלוקח אינו נותן יותר לפי ששוה הקרקע יותר דבאמת אם היה קונה כעת הקרקע בעד מעות שלו ודאי לא היה רוצה לתת יותר מכפי שומת ב"ד רק כיון שכבר קנה ומה שיתן כעת לבעל חוב יחזור ויגבה מהמוכר חביב אצלו הקרקע להחזיק תח"י הקרקע לכך אין מבטלין שומת ב"ד כיון דזה אינו נותן יותר מצד שויי הקרקע רק לפי שחביב אצלו ואינו מפסיד מעות מכיסו ממילא לבעל חוב יש לו קדימה לקבל הקרקע אבל כשמסלק כל החוב יש תועלת ללוה שלא יהיה לו רק בעל חוב א' שומעין ללוקח אף שהלוה יש לו פסידא על ידי זה שהלוקח יחזור עליו על כל הדמים ואם הי' טורף הבעל חוב היה לו ריוח אותו הוספה שמוסיף הבעל חוב על שומת ב"ד י"ל דבאמת בזה אין הלוקח חוזר מאותו הוספה שרצה הבעל חוב לקבל כי בזה הפסיד ללוה וע"ז לא היה אחריות ואף שכתב הריטב"א שם דגבו ונפדה באם הלוקח סילק כל האלף דחוזר על אלף זהובים היינו באם הבעל חוב לא רצה להוסיף על השומא אבל היכא דהבעל חוב הוסיף מכפי שומת ב"ד י"ל דאינו חוזר על המוכר באם החזיק תח"י הקרקע הואיל דחביב אצלו והפסיד לו הוספת הבעל חוב אבל באם הבעל חוב אינו מוסיף כלל דאז כשסילק לו הלוקח יותר מכפי שומת ב"ד יחזור על המוכר הואיל דלא הפסידו במה שחביב אצלו הקרקע אם כן ליכא שום תועלת ללוה אינו יכול להעלות לבטל שומת ב"ד:

ולפי זה יש לומר באם הבעל חוב רוצה להעלות יותר מכפי חובו ולתת דמים אז אין הלוקח יכול להעלות יותר דבזה אינו מכוין רק להפסיד למוכר במה שחביב אצלו הקרקע. דבאם יחזיק אצלו הקרקע לא יתן למוכר כלל כיון שלא בא לידי בעל חוב אם כן אינו יכול להעלות הקרקע ואף אם הבעל חוב רוצה לקבל על החו' במילואו אינו יכול הלוקח להוסיף דבזה מכוון לתועל' עצמו ועיין ס' מו"מ לרב האי גאון שער כ"ז שכ' (בסעיף י"ג) דהלוקח יכול לפדות הקרקע מיד הבעל חוב וכ' יש על הלוקח להוסיף

על דמי הקרקע ויאמר אני אוסיף ואקננו בכך וכך דמים ואם בעל חוב אומר אני אוסיף עליו ואטלנו בדמים אלו שאומר הלוקח הדין עם הלוקח אבל אם יוסיף א' על חבירו עם אותו שיוסיף יהי' הקרקע ומה שאמרנו שיכול להוסיף הלוקח ל"א אלא שיגיענו לשיעו' חובו שיהיה לו על הלוה אבל שיוסיף וילך עד שיותר על החוב לא עכ"ל. והרא"ש ביאר דבריו דהלוקח צריך להוסיף דמי כל החוב והנה מדכ' בדין י"ג דיכול לפדות הקרקע מיד הבעל חוב משמע אף באינו בא בטענות עילוי רק כל זכות שהי' למוכר יש לו ויכול לסלק בזוזי ולכך בשוין הדין עם הלוקח ואם כן למה יוסיף הלוקח יותר מכפי חובו לענין מה הלא בשוה די. אך נראה דבאמת הא דכ' בדין י"ד יש על הלוקח שיוסיף הוא ביאור הדבר שכ' ברישא דיכול לפדות היינו על ידי עילוי ומה שכ' ואם בעל חוב אומר אני אוסיף עליו הדין עם הלוקח היינו כי הלוקח יכול להעלות יותר וליכא נפ"מ לו במה שמעלה בדמים לכך כ' דאם הבעל חוב רוצה להוסיף יותר מכפי חובו אז אינו יכול להעלות הלוקח יותר כי יהיה לו ללוה הפסד בעילוי של הלוקח:

ובספר שער משפט רצה לעשות ט"ס בדברי ר"ה גאון ולהוכי' מדבריו דהלוקח יכול לעלות. ולענ"ד כמו שכ'. ומה שכ' הוא מדבריו בשער ק"ח שכ' דאם הלוקח יש לו חימוד על הקרקע להוסיף דמים על מה ששוה כדי שלא יצא הקרקע מת"י אין לו על המוכר אלא דמי הקרקע שהי' שוה ואין לו עליו במה שהוסיף הוא כדגרסינן האי גברא כו' והוכיח מזה דאם מוסיף יותר מכפי שומת הקרקע לפרוע לבעל חוב אינו חוזר על הלוה דהוי כפורע חובו וממילא אף דאינו מוסיף נגד כל החוב שומעין לו דלא שייך לומר שנתכוין לתועלתו וכ' דעכ"פ אם פרע למלוה כל החוב שהיה לו על ב' שדות מודה ר"ה לדעת הריטב"א דחוזר לדבריו מה ראיה הביא מעובדא דתרי אפדנא וע"כ צ"ל דראיות רה"ג הוא מדחזינן דאם קיבל המלוה השדה בעד כל החוב לא מיחשב כנתיקר ואינו חוזר על המוכר רק כפי שומת ב"ד חזינן דהאחריות היה רק מה שיעלה עפ"י שומת ב"ד לכך אף שיש חימוד ללוקח ורוצה לתת יותר מכפי שומת ב"ד אינו חוזר על המוכר רק כפי שומת ב"ד אם כן אף באם סילק הלוקח בזוזי לגבי אפדנא לא יהי' חוזר דמה שמסלק בעד אפדנא אחד יותר מכפי שומת ב"ד על זה לא קיבל אחריות ובלא זה פטור דהוי פורע חובו של חבירו. אולם לענ"ד כוונת ר"ה שם על מה דאמר מעיקרא דבאפותקי אינו יכול הלוקח לסלק לבעל חוב בזוזי על זה קאמר דאם יש חימוד ללוקח לקרקע והוסיף דמים לבעל חוב למען לא יצא הקרקע מתח"י והיינו לסלק שעבודו מעל הקרקע וישאר ת"י והיה סברא לומר דכיון דקבל אחריות על עצמו אנא איקום ואשפי מהמעוררין אם כן נוכל לומר דהלוקח יש לו רשות לסלק מעל הקרקע כל עירעור וטוען אף באם יצטרך

ליתן להבע"ח יותר מכפי שעבודו על הקרקע קמ"ל רבינו האי גאון ז"ל דאין לו רשות דעיקר קבלת אחריות היה רק לסלק כל עירעור מקרקע כפי שומת ב"ד מדחזינן בעובדא דאפדנא דאף אם הבעל חוב קבל אפדנא בעד אלף לא נחשב כנתייקר ואינו חוזר על המוכר רק בת"ק אף דשוה אצלו יותר ממיל' מוכח דקבלת אחריות היה רק על פי שומת ב"ד כנלע"ד שלא לעשות מחלוקת רק כמו שכ' הרא"ש בדעת ר"ה ז"ל. ומ"מ מה שכ' לעיל להוכיח מדברי ר"ה דבאם המלוה רוצה לעלות יותר מכפי חובו אינו יכול הלוקח לעלות נלענ"ד ברור ועיין תומים (ס"ק ו') שביאר דעת רא"ש שכ' באם המלוה רוצה לקבל בלא שומת ב"ד בעד כל חובו והלוקח רוצה שישומו הב"ד דאין שומעין לו הואיל דיש פסידא ללוה והקשה הלא בלא"ה צריך לסלק כל החוב למה שכ' הרא"ש וביאר הנפ"מ שהלוקח רוצה לסלקו בכל החוב בעד תרתי אפדנא והבעל חוב רוצה ליקח אחד עיין שם דמבואר מדבריו גם כן דאין הלוקח יכול לעלות להפסיד ללוה. אכן ביאור דברי רא"ש המה דחוקים להמעיין ברא"ש ועיקר קושיתו לא הבנתי דלע"ד עיקר כוונת הרא"ש דהלוקח רוצה שיקח הקרקע עפ"י שומת ב"ד והבעל חוב רוצה ליקח בעד כל החוב הי' ס"ד דהלוקח יכול לעכב כמו הלוה בכה"ג קאמר הרא"ש כיון דיש פסידא ללוה אינו יכול וכן משמע מדבריו דקאמר אבל ביורש יכולים לעכב מטעם דנפ"מ לענין שומא הדרא וביורש יכול לעכב אפילו באין היורש רוצה לסלק במעות כמו שכ' הסמ"ע (סי' ק"ט סק"ה) ובש"ך שם לדעת הרא"ש דאינו יכול הבעל חוב לומר לדידי שוה:

ומדברי הרא"ש הנז' לגבי יורש דיכול לומר לשום הקרקע מטעם דשומא הדרא הקשה בס' הפלאה (סי' ק') על הח"מ וב"ש שם שהביאו דברי ר"ן לענין כתובה אם הקרקע שוה עשרה והוא רוצה לקבל בק' והיורשים רוצים לסלקה בעשרה הדין עמה והקשה הלא מבואר (בסי' ק"ט) משם הרא"ש דשומעין ליורש וי"ל למה שכ' המרש"ל מובא בש"ך (סי' ק"ג) דבכתובה לא אמרי' שומא הדרא אם כן הא דיורש יכול לסלק במעות לאשה בכתובה על כרחך מטעם דיכול היורש לומר לדידי שוה כמו לוקח דבשלמא בבעל חוב דשומא הדרא יכול גם כן בשעת טירפא לסלק מטעם זה כמו שכ' הקצוה"ח (סי' ק"ט) ועדיף מלוקח דאינו יכול לסלק רק מטעם דלוקח יאמר לדידי שוה אבל בכתובה דלא אמרינן שומא הדרא אם כן לא עדיף מלוקח ועיין קצה"ח (סי' ק"ד ס"ק ד') דמבואר מדבריו דיורש לא הוי כלוה לענין דיכול לסלק במטלטלין עיין שם וכיון דלא אמרינן גבי כתובה שומא הדרא דינא דיורש רק כלוקח וצריך לעלות בדמים ממילא שפיר כ' הח"מ וב"ש שם דהדין עמה. ועיין מה שכ' לעיל (סי' ז'):

ואם כשקנה הלוקח הקרקע היה שוה אלף ובשעת טירפא שוה ת"ק מבואר בש"ע (סי' קט"ז) דכותבין לו טירפא באלף ויש לחקור אם נשארו ב"ח אצל הלוה והמה זיבורית דהדין הוא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בני חורי אפילו הן זיבורית אם יכול הלוקח לומר כיון דאינו רק מטעם תקנה ל"נ לי בהאי תקנה ויטרוף ממנו הבעל חוב והוא יחזור על המוכר לגבות אלף אף שהוזלה הקרקע ואם נאמר כן היה מקום ליישב קושית תוספות סוגיא דשבח קרקעות איך שייך למתני גובה הקרן מנכסים משועבדים והשבח מב"ח הא אין נפרעין ממשועבדין במקום שיש ב"ח ולמה שכ' משכחת שפיר שיש ב"ח זיבורית והקרקע שקנה הלוקח הוזל ואומר ל"נ לי בהאי תקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום ב"ח ומגבי לבעל חוב הקרקע שקנה ושפיר קתני גובה הקרן ממשעבדי שהן גם כן זיבורית אף דמצד התקנה יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ל"נ לי בהך תקנה והשבח מב"ח אך י"ל דלא יכול לומר ל"נ לי במקום דחב לאחרים כמו שכ' במרדכי כתובות(פי"ב) ועיין במהרי"ט חאה"ע (סי' ח') דל"א סברא זאת רק היכא דהתקנה נעשה לטובת חבירו ואם כן י"ל בנדון דידן דהתקנה נתקנה רק לטובת הלוקח ויכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים או י"ל דנתקנה גם לטובת המוכר שיקנו ממנו קרקעות ולא יפחדו מטירפת הבעל חוב במקום שיש לו ב"ח וגם לטובתו נתקן התקנה הזאת ואם כן אין הלוקח יכול לומר אי אפשי בתקנה הזאת במקו' שחב למוכר וכן נראה:

סימן כה

א) התומים (סי' קט"ו ס"ק א') כ' לתרץ קוש' המחברים על הסוברי' דשבח ממיל' לא בעינן דאיקני מה פריך הש"ס ב"ב (קנ"ז) משבח קרקעות דלמא איירי בשבח ממילא וכ' דהוכרח הש"ס לומר ה"מ ר"מ הוא כדי שלא יקשה ממתניתין דבכורות דקתני אין הכתובה ניטלת בשבח וכולן אין נוטלין בשבח וקאמר בש"ס לאתויי שבח ממילא אם כן רישא איירי בשבח מחמת הוצאה ודוקא כתובה אינו גובה אבל בעל חוב גובה וכ' בנתיבות הא דנ"י כ' להוכיח ממתניתין דבכורות דמיתומים גובה שבח ממילא ע"כ כ' כן משם הרנב"ר והרנב"ר י"ל דסובר כשיטת דשבח היתר על הוצאה טורף מיתומים ומקבל מתנה רק דאיקני בעי ומ"מ אין בזה ליישב קושיא הנז' דנוכל לאוקמי הרישא בשבח היתר על ההוצאה ואף דהוי דאיקני הא דאיקני קנה והוריש לכ"ע משועבד למה דקי"ל מע"פ גובה מהיורשין וכל דבריו מוקשים מ"ש בדעת הנ"י משם הרנב"ר דסובר שבח יתר על הוצאה גובה מיתומים מבואר לפנינו בחידושי ר"ן ב"מ ובש"מ משמו דהר"ן חולק בזה על הרמב"ן וסובר דיתר על ההוצאה אינו גובה מיתומי' ומקבל מתנה ועל כרחך מה דכ' דאיירי בשבח ממילא במתניתין דבכורות היינו שלא מחמת הוצאה כלל ובאמת

בריטב"א ב"מ הקשה זאת מדסיפא בענין לאתויי שבח ממילא על כרחך רישא איירי מחמת הוצאה עיין שם. ומה דכ' דקנה והוריש לכ"ע גובה צ"ע הלא לשמואל דסובר מלוה על פה אינו גובה מן היורשי' ולדידיה דאיקני מהיורש לא משתעבד כמבואר ב"ב (דק"ז) אם כן שפיר כ' התומים דיקשה ממתניתין דבכורות דמשמע דאיקני משתעבד ועיקר בעיית דאיקני אם משתעבד בעי שמואל. וגם אף אליבא דידן מ"מ זה דוקא בקנה והוריש אבל במה דנפל לאחר מיתה אף מצוה ליכא כמבואר תוס' ב"ב (דקנ"ט) ומהרש"א שם אם כן נוכל להוכיח ממתניתין דבכורות דדאיקני משתעבד דאם לא כן איך יגבה בעל חוב משבח יתומים הלא הוי דאיקני. אולם בעיקר דברי התומים יש לומר דמשם ליכא הוכחה דבאמת הא דגובה מיתומים שבח מטעם כרעא דאבוהן הוא כמו שכ' התוספ' ע"כ דהוא מטעם נעילת דלת וכמו שכ' התוס' בכורות שם א"כ אין ראיה ללקוחות:

ב) והנה הטעם דבעל חוב גובה שבח מלוקח כ' הנ"י ורמב"ן דהוי כאלו קנה המוכר השבח וחזר ומכר ללוקח ולכך כ' הנ"י במת המוכר והשביח הלוקח דאינו גובה השבח וצ"ל הסברא במה נקנה להמוכר השבח אף אם השביח הלוקח אדעתא דמוכר מ"מ קנין בעי ודוחק לומר דהוא משום נעילת דלת כמו שכ' הרא"ש דהנ"י לא מזכיר זה כלל וגם הריטב"א והש"מ דהקשו למה ליה ללוקח לצרה זו לא יכתוב בשטר מכירה ולא יטרוף ממנו משמע דלאו מטעם נ"ד לבד הוא רק מדינה גובה דהו"ל כאלו קנה המוכר ומכר ללוקח. ונראה הסברא דכך הוא הענין הואיל דהשביח ע"ד המוכר ונכתב בפירוש שנתרצה הלוקח שהשבח יהיה שייך להמוכר שהבעל חוב יכול לטרוף ממנו השבח והלוקח נחית על זה בשביל שבח ממילא כמו שכ' הריטב"א או בשביל אפותקי אמרינן דהקנין שעשה הלוקח בהקרקע הי' עד זמן שנולד השבח וכשנולד השבח נפקע המכירה והדר חייל בכסף שנתן ויכול לעשות כן כמבואר ר"ן נדרים (דף כ"ט) משם הרשב"א ור"מ מקורטב' דכוותי' במוכר לחבירו קרקע עד שיעלה לירושלם ואחר כך יקנה גם כן מהני. ולפי זה נראה דזכה המוכר כשבא השבח לעולם בהשביח על ידו הקרקע דכיון דנפקע הקנין מהלוקח שוב הדר הקרקע למוכר [והא דשאר בעל חוב שלוה אחר המכירה של הלוקח אינו גובה היינו משום דרק ע"ד זה נפקע המכירה שיזכה רק בשבח לענין בעל חוב זה שיכול לטרוף הקרקע יטרוף גם כן השבח וכמו שכ' בקצה"ח] ואם כן י"ל דהלוקח שוב אינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל הואיל דזוכה המוכר בהשבח על ידי חצרו וכמו ביורד לתוך חצר של חבירו והשביח דאינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל כמבואר בנ"י ב"מ דחצרו זוכה לו ובנתיבות (ס"ק ד') כ' בפשיטות דיכול לומר עצי

ואבני אני נוטל דלא שייך שיזכה עם חצרו עיין שם ולע"ד אף אם נאמר דהוי רק תקנת חכמים היה שהקנין יהיה ע"ד זה שיפקע אז הקנין וממילא זוכה המוכר בהשבח מטעם חצר ואינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל ואחר כך חל הקנין מחדש ועל כרחך צ"ל דכך הוא דאם לא כן רק בפשוט הי' התקנה הלא כ' הש"מ והר"ן דכל הטעם דגובה השבח הוא הואיל דכ' וצבי זבינא דנן. ולמה לא יכול הלוקח לחזור אחר כך מזה אלא ודאי דהכוונה הוא שהקנין נעשה מיד על אופן זה. אולם אעפ"כ צ"ל דרק מטעם תקנה הוא דאם היה מדינא אם כן היה דוקא בקנה בכסף או על ידי שטר והוא בעולם אבל בקנה על ידי חזק' אינו מועיל על אופן זה שיופקע הקנין ויחול אחר כך כמבואר ר"ן נדרים הנז'. וגם במתנה שקבל עליו המוכר אחריות דעל כרחך לא הוי קנין כסף היה צריך שיהיה השטר בעולם אחר כך אלא ודאי דהוא מטעם תקנת חכמים שיפקע אז הקנין ויחול אחר כך מחדש על השבח והקרקע והאחריות קבל עליו אז בשעת מכירה הראשונה שיעבד גופו ונכסיו על אחריות מכירה זו:

ג) ובזה מיושב מה דנתקשתי על הא דמבואר במחבר במתנה שקיבל עליו אחריות דינה כמו לוקח והוא לשון הרמב"ם ומשמע דשווין ללוקח ואינו גובה רק חצי שבח. וקשה אמאי לא יטרוף הכל הלא כל הטעם דגובה רק חצי הוא משום דהו"ל לוה ולוה ואחר כך קנה דיחלוקו דהלוקח בא מטעם אחריות שלו אם כן נגד מקבל מתנה יהיה לבעל חוב דין קדימה כמבואר ש"ס כתובות (פ"ו) לענין כתובה ובעל חוב בע"ח קדם ומבואר ברמב"ם הל' אישות וש"ע א"ע (סי' ק"ב) הטעם הואיל דבעל חוב נתן מעות ולאשה הוא רק חיוב בלא מעות אם כן היה ראוי שהבע"ח יגבה כל השבח ממקבל מתנה כיון דשווין הן המקבל מתנה בחנם בא לידו והבעל חוב הלוה מעות ואם כן השבח יתר על ההוצאה יגבה הבעל חוב הכל ממקבל מתנה שקבל עליו המוכר אחריות וכן משבח ממילא. ולמה שכ' אתי שפיר הואיל דמכר לו להלוה הנותן בהחזרה הקרקע והשבח ואמרינן דהמקבל זכה בהשבח והדר נפקע הקנין ואחריות הוא משעת נתינה באם יבא בעל חוב ויטרוף השבח עם הקרקע על כרחך צ"ל דהי' נפקע אז המכירה והוא מחויב מעות אם כן מחויב בעד השבח אך מ"מ יקשה הואיל דנפקע אינו מחויב כלל לו רק מטעם אחריות כשטרף משועבד למפרע מ"מ הוי חיוב בחנם בלא נתינת מעות אם כן יהי' הבעל חוב קדם. לכך נראה הא דכ' הרמב"ם הטעם הואיל דלא נתנה מעות לכך הבעל חוב קדם היינו דוקא בכתובה דהוא דרבנן אבל במקבל אחריות על מתנה דמהני מד"ת שוה ויפה כחו כמו בעל חוב וחולקין. ובזה יש ליישב קושיית התומים והפנ"י סוגי' דשבח על ש"ס דבכורות דהקשה האמר שמואל בעל חוב גובה את השבח ומשני מקולי כתובה שני כאן

תפ"ל דלשמואל אינו גובה רק חצי שבח מטעם לוה ולוה ואחר כך קנה אם כן בעל חוב גובה במקום כתוב' כמו כן לוקח במקום כתובה הוי כבעל חוב דיהיב דמי ולמה שכ' אתי שפיר די"ל קושית הש"ס היה לרשב"ג דסובר כתובה דאורייתא אם כן תגבה האשה משבח לקוחות לפירש"י דאירי בשבח לקוחות. וקצת יש לעיין למה להרמב"ם הטעם דהאשה לא הפסידה תפ"ל כיון דליכא דין קדימה רק שיעבוד של שניהם חייל בשוה אם כן י"ל דלבעל חוב שמשועבד מדאורייתא עדיף דדברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין דומיא מה דמבואר ש"ס תמורה (דכ"ה) אמר על הלקט עם נשירת רובו יהיה הפקר דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ועיין מה שכ' ברש"י כיון דבהדי הדדי חייל ודאי דברי הרב שומעין וה"נ דכוותיה. וצ"ל כל מה דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון ויפה כחם כמו דין תורה וחייל בהדי הדדי והיה ראוי לומר חולקין לכך כ' הרמב"ם הטעם דהואיל דהוא נתן מעות עדיף. ואם כן במקבל מתנה שקבל עליו אחריות י"ל דזה משעבד הוא עצמו והבעל חוב הלוה לו מעותיו ושעבדו התורה אם כן יקשה דיגבה כל השבח דנאמר דברי הרב שומעין יותר מדברי התלמיד במה שמשעבד עצמו ועיין קצה"ח (סי' רנ"ב) בכה"ג וצריך לומר דחיוב עצמו הוי כמו שנתן מעות ושוין ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' ט"ו) בזה:

ד) עיין ש"ך שכ' הטעם דאינו גובה מפירות משום דהוי ליה מטלטלין שמכר דלא משתעבד לבעל חוב וכ' בתומים דלדבריו אם כ' מטאגמ"ק גבה מפרי אם כן צריך לכתוב פרי ונ' דהנה הרשב"ם ב"ב (ד' מ"ד) כ' הטעם דנמצאת שאינו שלו חוזר דלא חל המכירה כלל מה שאין כן דבעל חוב יאכל הפרי ולמה נקט הרשב"ם פירות שאכל דוקא. וי"ל דהרשב"ם כ' ליישב דאם כ' לו מטאגמ"ק דגובה פירות אם כן יקשה דיחזור עליו אולם הרשב"ם סובר כדעת הרמב"ן בתשובה מובא בש"מ ב"ק (דף ל"ג) היכא דכ' לבעל חוב מטאגמ"ק ומכר המטלטלין והלוקח הזיקו או שאכלו דדעת הש"מ שם דגובה מלוקח מטעם מזיק שיעבודו ודעת הרמב"ן דהוא לא הזיק רק המוכר שמכרן לו עיין שם אם כן מהני המכירה עכ"פ לענין זה שיכול לאכול הפירות ולא יצטרך לשלם אף אם יהיה לו לבעל חוב שעבוד מטאג"ק לכך נקט הרשב"ם דמפירות שאכל לא יגבה וכיון דמהני עכ"פ מכירה למקצת לא שייך לא שדי אינש זוזי בכדי. אולם לדעת הרמ"ה שם בש"מ דאף פירות שאכל חייב לשלם מטעם מזיק אם כן באמת באם היה לו לבעל חוב מטאגמ"ק דגובה אף מפירות שאכל אמרינן אף אליבא דשמואל אחריות ט"ס. ושפיר הקשה הש"ס ב"מ (ט"ו) אי בבע"ח מי אית לי' לבעל חוב פירות ואי דאירי דהיה לו מטלטלין אגמ"ק בשביל זה לא צריך למלך דכיון דלא חייל המכירה אף לענין פירות

שיאכל שוב אמרינן אחריות ט"ס כמו בנמצאת שאינו שלו. וראיתי בנתיבו' (ס"ק ו') שכ' בפשיטות לשיטת הש"ך בכ' לו מטאגמ"ק גובה פירות שהוא בעין אבל מה שאכל כבר אין צריך להחזיר דבעל חוב מכאן ולהבא גובה. ולמה שכ' אם גובה מה שהוא בעין מטעם שעבוד מטאגמ"ק יגבה גם ממה שאכל מטעם מזיק ותלי' במחלוק' הרמב"ן והרמ"ה כמו שכ'. ועיין ש"מ ב"מ שכ' בשם הרשב"א להדיא דאף בכ' לו ובפירותיהן לא טריף בע"ח דהו"ל מטלטלין ע"ש:

ה) עיין רא"ש ב"מ סוגיא דשבח שכ' קושית תוס' דמב"מ (דף ק"י) משמע דאינו גובה משבח יתומים וממס' בכורות משמע דגובה משבח יתומים וכ' תירץ התוס' דשם איירי באפותקי דא"ל אם לא אפרע לך עד זמן פלוני תהיה השדה קנוי' מעכשיו ועבר הזמן אחר מיתת אביהם. וצריך ביאור למה דוקא דעבר הזמן אחר מיתת אביהם אף אם עבר הזמן אחר מיתת אביהן נמי משכחת לטענת היתומים עם הבעל חוב הא שם איירי במסיק שיעור ארע' ושבחא. וגם מה שכ' אחר כך אבל אי אביהן השביח בחייו ולא הוחלט ואי בעי הוי מסלק לי' בזוזי הלכך שקיל ארע' ושבחא נמי יש להבין למה כ' בלא הוחלט הלא על כרחך איירי במסיק שיעור ארע' ושבחא אם כן אף בהוחלט למה לא יגבה דהא הני זוזי שבק אביהן. ומצאתי בתשובת ב"א א"ע (סי' ע"ח) שעמד ע"ז ע"ש שהניח בצ"ע. ולענ"ד בביאור דברי הרא"ש עפ"י מ"ש במ"א ליישב שיטת רש"י דסובר בלוקח מגזלן והכסיפה ביד הגזלן והלוקח השביח דטורף הנגזל ואינו נותן אף ההוצאות והוא תמהי' מאד מה לו ללוקח במה שהיה משובח בעת שגזל מהנגזל וכי מחויב הוא לפרוע חובת הגזלן. וברמ"א (סי' שע"ג) הביא דעת רש"י משם יש חולקין ובסמ"ע שם כ' הטעם כיון דאם נשאר בידו ל"ה צריך להוצאה זו יש לו דין הוצאה יתירה על השבח ואינו מובן הא אם אחד קלקל קרקע של חבירו ובא אחר ותיקן למה לא יהיה בעל הקרקע חייב לשלם ההוצאה ועיין ש"מ ב"מ סוגיא דשבח ולכאורה י"ל בכוונת רש"י ז"ל עפ"י שיטת הריצב"ש מובא בש"מ שם וז"ל בעל חוב גובה את השבח אפילו כנגד הוצאה ומשום תנאי כו' וכיון דכ' לי' האי תנאה הרי הוא כאלו נעשה הלוקח שלוחו של מוכר להוציא הוצאות בקרקע ולהשביחה וגבה להו בעל חוב כו' והקשה כיון דמשום תנאו גובה למה לי' ללוקח לצרה הזאת לא יכתוב ולא יגבה. וא"ת הך תנאי לוקח בעי לה משום נגזל הא לא אפשר דשבח נגד הוצאה מנגזל שקיל ליה כיורד לתוך שדה של חבירו ועוד שאף עם תנאי זה אי אפשר שלא יפרענו הנגזל שאף אם נאמר דהלוקח הוי שליח דגזלן במה שהוציא כיון שכתב ליה עם כל זה יש לנגזל לפרוע שהרי גם אם הוציא הגזלן היה חייב לפרוע הוצאות אבל בבעל חוב שאם הוציא מהלוה הי' גובה הכל יש לנו לומר

דהלוקח הוי כשלוחו עיין שם עוד בש"מ מבואר דסובר דעיקר התנאי לא שיקנה המוכר ואחר כך יקנה הלוקח כמו שכ' הנ"י רק מחמת התנאי יהיה הלוקח כשלוחו דמוכר בהוצאותיו רק על הנגזל ליתן הוצאותיו דאף דהוי כשלוחו מ"מ הא גם למוכר הגזלן היה חייב ודאקני אעפ"כ צריך למכתב דאף דהוי כשלוחו בהוצאותיו מ"מ הוי דאקני ועיין שם בש"מ באורך. ולפי זה שפיר בהכסיפו ביד הגזלן באם היה הנגזל מוציא מידו ל"ה חייב לתת לו הוצאותיו כיון דכשגזלה הי' משובחת לכך גם כשמוציא מיד הלוקח א"ח כיון דהוא השביח בשליחותו דמוכר ועיקר מה דלוקח נוטל הוצאותיו הוא משום דגם כשהי' מוציא מיד המוכר היה צריך ליתן אבל היכא דאם היה מוציאו מיד הגזלן ל"ה חייב ליתן אז פטור גם ללוקח כיון דבשליחותו דמוכר השביח:

ובזה יש קצת ליישב דעת תוס' סוגיא דשבח דכ' דאם עשאו אפותקי דבעל חוב גובה הכל ואפילו יתר על חובו ובמסי' כשיעור ארעא ושבחא אינו נותן לו אף ההוצאה דבשביל דעשאו אפותקי לא יגרע כחו ובריטב"א שם הביא שכן דעת הראב"ד דבאפותקי גובה כל השבח ואינו נוטל הוצאותיו וגם דאקני א"צ והקשה על זה הריטב"א ממנ"פ אם חשוב אפותקי כקרקע דיליה למה אינו נותן הוצאותיו כדין יורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות כיון דנוטל כל השבח וגם דאקני אין צריך מוכרח אתה לומר דהוי כארעא דילי' ולמה שכ' כיון דאף בלוקח מגזלן דודאי קרקע דנגזל השביח מ"מ אינו נוטל הוצאותיו רק היכא דנוטל הגזלן גם כן אם היה טורף ממנו כיון דהשביח בשליחותו ואם כן באפותקי אף דהוא כשדה של הבעל חוב מ"מ במסיק בי' שיעור כל השבח גם כן אינו נותן לו הוצאותיו כיון דגם ללוה לא היה נותן כלום כיון דמסיק בי' כשיעור והלוקח הוי כשלוחו דמוכר. אך מתוס' שם מבואר דאינן סוברים כדעת רש"י בזה ועיין נ"י דהבי' משם הראב"ד גם כן דחולק על רש"י וא"ל גם כן דהא הרי"ף הק' מ"ש מיורד לתוך שדה חבירו דנותן לו יציאותיו וכ' דהכא אשבח ארעתא דמרא ארעא ובש"ך (סי' קט"ו ס"ק ו') אם כן לוקח מגזלן אמאי נוטל יציאותיו נימא גם כן דאשביח אדעתו דמוכר ותירץ כיון דגם לגזלן היה חייב אמרינן מה מכר עיין שם אם כן בהכסיפו שפיר אינו נוטל כיון דהשביח אדעתו דמוכר ולו לא הי' חייב לתת הוצאותיו ז"א דהא באמת דברי הש"ך מוקשים דאם כן יקשה להפוסקים החולקין על דעת רש"י אלא ודאי דעיקר הטעם דביורד לתוך שדה חבירו נחית אדעתא דמארי' ארעא והבעל הקרקע קנה לכך חייב ליתן לו יציאותיו מה שאין כן בלוקח מגזלן אף דנחית אדעתא דמוכר מ"מ לא קנה השבח דקרקע נגזלת הוא ואינו שלו ועיין בדברי אמ"ו הגאון ז"ל בדברי חיים דיני גב"ח (סי' י"ט):

לכך נראה בדעת רש"י דהנה התוס' והרא"ש ב"ק (דף ק"א) כתבו דהיכא דממונו של חבירו נשבח שלא ע"י מעשיו א"ח לשלם רק היכא דגופו נהנה ע"י מעשיו או ע"י מעשי דאחרים או ממונו על ידי מעשיו ולא על ידי אחרים ועיין שם בישו"ש וכ' הש"ך (סי' שצ"א) וז"ל ומ"מ נ"ל דמיירי שתחב אוכלין של אחרים אבל אם תחב אוכלין שלו חייב לשלם לו דלא גרע מיורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשותו וטעמא דיורד כיון דנתכוון להשביח חייב לשלם לו יציאותיו ועיין במחנה אפרים ריש דיני נ"מ ובנתיבות (סי' ק"ה ס"ק ו') ועוד (סי' רל"ו ס"ק ז') שכ' גם כן באם קנה מן מסיקין ולא טען שנתכוין להשביח דאינו חייב לשלם משום דגופו אינו נהנה וביורד לתוך שדה חבירו אינו חייב רק בכוון להשביח ועיין קצוה"ח (סי' שנ"ו) וברא"ש ב"ק סוגיא דמבריח ארי. ולפי זה אמאי צריך לשלם ללוקח ההוצאה הא לא נהנה גופו דנגזל רק ממונו השביח וא"ד ליורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דנתכוין לטובת חבירו אבל בלוקח מגזלן אם א"י כלל דגזולה היא השדה וקסבר שלו הוא ודאי לא נתכוין להשביח של חבירו בשלמא הגזלן עצמו דיודע דהקרקע אינו שלו י"ל דנתכוין להשביח קרקע דנגזל אבל בלוקח דלא ידע כלל ודאי לא נתכוין להשביח ממונו של חבירו וצריך לומר מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו וכיון דחייב לשלם לגזלן ובפרט כיון דהשביח בשליחותו חייב נמי ללוקח אבל אם הכסיפו ביד הגזלן דלא הוי חייב לתת לו ההוצאה אז פטור מלשלם גם ללוקח כיון דלא יכול לומר לטובתך נתכונתי אך מ"מ אם הוא דבר בעין ויכול ליקח עצים ואבנים בזה אין לומר כן כיון דאף אם לא נתכוין לטובת חבירו מ"מ מה שהוא בעין יכול ליקח דלא הקנה אותו לגזלן ואם כן לא יתכן ליישב דעת רש"י בזה דהא כתב גם כן גדר ובזה יכול ליטול עציו ואבניו דהוא ממונו ואי דבאמת יכול ליטול רק על הוצאותיו פטור בלא"ה לא יקשה קושית רש"י לזה י"ל כיון דכ' סתם שבח משמע כל השבח אף בענין שאינו יכול ליטול עציו והשתא דפירש"י בהכסיפו ביד הגזלן יכול להיות כל השבח. והחולקים י"ל דסוברים דבירד לשד' של חבירו שלא ברשות דחייב לשלם הוצאותיו אינו מטעם דיכול לומר לטובתך נתכוונתי או כתירוץ השני שבתוס' ב"ק שם המובא בש"ך או דסוברים דל"ב רק שיתכוין להשביח השדה ולאו דוקא לבעלים ועיין נתיבות (סי' רל"ו) הנז':

ולפי זה י"ל דהרא"ש סובר דאם הגיע הזמן והוחלט לבעל חוב האפותקי שוב אינו חייב להמלוה כלל כיון דאמר לי' לא יהיה לך פרעון אלא מזו וכשבא הזמן ולא סלקו במעות נקנה הקרק' בעד כל החוב מעכשיו למלוה ועיין תומים (ס"ק ט"ז) בא"ל לא יהיה לך פרעון אלא מזו השבח הו"ל כשדה אחרת ועיין שם שכתב דבאפותקי לא שייך דאיקני כיון דא"ל לא יהי לך פרעון אלא מזו וא"כ שפיר נקט הרא"ש דעבר הזמן אחר מיתת

אביהם דאם הי' מגיע הזמן קודם מיתת אביהם ונפל המחלוקת אם אביהם השביח או היתומים אז אף אם השביח אביהם היה מחויב המלוה ההוצאה כיון דכבר הוחלט הקרקע ושוב אינו יכול לסלקו בזוזי א"כ הוי כיורד לתוך שד' חבירו שלא ברשו' דחייב לשלם לו ההוצא' הואיל שנתכוין להשביח קרקע חבירו מה שאין כן אם השביח הקרקע קודם שהגיע הזמן פרעון ולא הוחלט עדיין השדה ויכול לסלקו בזוזי אם כן לא נתכוין להשביח קרקע חבירו אז גובה הכל אף לא בתורת גוביינא רק מטעם דאינו מחויב לשלם כמו ביורד לתוך שדה חבירו כיון דלא נתכוין להשביח לחבירו רק לעצמו פטור לכך נקט הרא"ש הואיל דלא הוחלט ואי בעי הוי מסלק ליה בזוזי שקל ארע' ושבחא דאם הוחלט אז אף אם אביהם השביח אינו גובה השבח אף במסיק מטעם דא"ל לא יהיה לך פרעון אלא מזו ונסתלק על ידי גוף הקרקע מחובו והשאר מחויב לשלם ההוצאות דנתכוין להשביח לחבירו אבל בלא הוחלט הוא שלו עודנ' ולא נתכוין להשביח לחבירו רק לעצמו נוטל הקרקע בחובו והשבח הוא ממילא שלו כיון דלא נתכוין להשביח לחבירו פטור לשלם מה שנהנה ואם היורשי' השביחו אף קודם הגעת הזמן פרעון חייב לתת להם ההוצאות אף במסיק מטעם כיון דאינם יכולים לסלק במעות הוי להו כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ומה שכ' הרא"ש אחר כך דבלוקח גובה ארעא ושבחא באפותקי במסיק אבל בלא מסיק חייב ההוצאה אף דלא נתכוין לטובת הבעל חוב שם כיון דהשביח על דעת המוכ' שייך מה מכר ראשון וכמו באם השביח המוכר בלא מסיק היה חייב לו ההוצאה דיכול לסלק לו בזוזי וכיון דמגיע הזמן ואינו מסלק לו לא הפסיד בשביל חסרון מעות וכמו שכ' הריטב"א ב"מ ומה שכ' הרא"ש שם דדוחק במה שחלקו תוס' בין יתומים ללוקח באפותקי דביתומים אף במסיק חייב לשלם ההוצאות ובלוקח גובה הכל למה שכ' יש סברא טובה לחלק בדבר דביתומים הואיל דשוב אינן יכולין לסלק במעות השביחו לטובת חבירו המלוה וחייב לשלם ההוצאות אבל בלוקח דסובר דהמוכר יסלק בזוזי לבעל חוב לא השביח לטובת המלוה רק לטובתו אינו מחויב לשלם ההוצאות אך אם כן יקשה גם בלא מסיק יגבה הכל ולא יתן ההוצאות הואיל דלא נתכוין לטובת חבירו לדעת הש"ך הנ"ל וצ"ל הואיל דהשביח ע"ד דמוכר שייך מה מכר ראשון לשני ואם היה המוכר משביחו לא היה מפסיד בשביל חסרון מעות:

ו) עיין ש"ך מה שהאריך להסכים לדעת רש"י אף באפותקי אינו גובה יותר מחובו. ולכאורה יש להוכיח שיטת רש"י ז"ל דלמסקנא דמסיק דאיירי באפותקי גובה אף יתר מכדי חובו ממה שכ' רש"י הסברא לשמואל דסובר דלוקח מגזלן לית ליה שבחא דמחזי כרבית ובבעל חוב גובה הלוקח השבח דהוא משום דמכיר' מעליא הוא כל זמן שלא

טרפה ממנו שאם פרע המוכר מעותיו לבעל חוב הרי הוא מסולק מן הלוקח הלכך כי משלם יותר השתא הוא דהדר זבין מני' קרקע המכורה לו ולא מחזי כריבית עכ"ל ולמה לא נקט רש"י דהמכורה חל לענין גוף הקרקע רק דיש לבעל חוב שיעבוד על הקרקע והרי יש רשות ללוה לסלקו בזוזי ולמה נקט דיש ביד המוכר לסלק ולא נקט דהלוקח הי' יכול לסלק בזוזי. וגם איך שייך לומר דמחזי כריבית הלא הבעל חוב אינו גובה יותר מכדי חובו אם כן פורע חובו של חבירו ברצון חבירו כיון שקבל עליו אחריות ועיין רש"י (דף ט"ו סוף ע"א) דא"ל פרעתי את חובך אם כן מה מחזי כריבית שייך מה שיפרע לו מה שפרע בעדו חובו ברשיון חבירו א"ו דרש"י סובר דהמשנה איירי על כרחך באפותקי וכמו שכ' התוס' דאם לא כן יכול לטעון הנחתי ובאפותקי גובה אף יתר מכדי חובו אם כן שפיר הקשה דמחזי כריבית ולא היה יכול לתרץ דהלוקח היה יכול לסלק בזוזי כיון דאיירי באפותקי לכך תירץ רש"י דהמוכר היה יכול לסלק בזוזי ומוכח דשיטת רש"י אליבא דמסקנא דבאפותקי גובה יותר מחובו וכמו שכ' הר"ן בחידושיו בשיטתו. וקצת יש לעיין למה שכ' רש"י פסחים (דף ל"א) הטעם דבעל חוב גובה מלוקח דהוא משום דכיון דהי' משועבד לראשון היינו הבעל חוב הוי כאינו ברשותו ולא מהני המכירה. ועיין קצוה"ח (סי' קי"ז) ביאור הדבר דכשפודה הלוה דחל המכירה דהוי כאומר שדה זו לכשאפדנ' תקנ' לך דמהני המכירה עיין שם ועל כרחך הא דלוקח יכול לסלק לבעל חוב בזוזי היינו משום מה מכר ראשון לשני ומכר לו זכותו זה ואם כן הא תינח היכא דמסלקו בזוזי הו"ל מכירה אבל היכא דבעל חוב טורף השדה אם כן למפרע לא בא לידי פדייה והו"ל כמכר דבר שאינו ברשותו דלא חל המקח ומחזי כריבית ואף די"ל דלא מחזי כריבית דהבעל חוב מסלקו בעד החיוב שהיה לו לסלק להבעל חוב מ"מ לשון רש"י ב"מ שכ' דהו"ל כהדר זבין מניה דלוקח קשה על פי דבריו בפסחים ויש ליישב:

ז) בש"מ ב"מ (ק"י) מבואר משם הראב"ד שיטה שלישית דבש"ך לא הביא רק דעת רש"י וסייעתו דבאפותקי אינו גובה יותר מכדי חובו ודעת התוס' וסייעתו דגובה יותר מכדי חובו ובש"מ שם כ' דבאפותקי וכ' לו דאקני כיון דהשבח משועבד ליה דאי משתדפא או מיכספא ומצטרכא הוא ושבחא להאי מלוה שקיל ליה לכולה מיהא השתא דלא מיכספא דמי שבחא יהב מוכר ללוקח ושבחא יתירה שקיל ליה ברווח' דארעא דידיה אשבחא עיין שם והיא שיטה חדשה. ומבואר מדבריו דלא כסבר' קצוה"ח שכ' איזה פעמים דהיכא דיש סיפק לכדי גביית חוב מגוף הקרקע לא נשתעבד לו השבח דכל הטעם הוא משום תקנה ולא היה רק היכא דאין שיעור קרקע מספיק לכדי גביית חוב אבל היכא דיש בגוף הקרקע כדי גביית חוב לא משתעבד השבח כלל ונקנה ללוקח

בתורת מכר והרי לפנינו דעת הראב"ד אינו כן דכ' להדיא דמשתעב' הואיל דאם מיכסף הקרקע [ובאמת צ"ע באפותקי אף דנכסף איך שייך שמשועבד בחובו וכמו שהתפלא התומים על הש"ך וגם בריטב"א סוגיא דשבח משם הראב"ד מבואר דלעולם אינו ניטל יותר מכדי חובו] ומה שהוכיח הקצוה"ח סברתו מש"ס דהקשה למ"ד דמצי לסלק בזוזי לימא לי' הב לי גרווי דארעא בארע' שיעור שבח. והקשה למ"ד דלא מצי לסלק בזוזי מי ניחא הלא מסלקו בקרקע שקנה אם השבח משועבד לו גם כן. אתי שפיר למה שכ' בתומים (סי' קי"ז סק"ב) דהש"ס ב"מ לס"ד איירי גם כן באפותקי רק באפותקי סתם דיכול לסלק בזוזי ולמסקנא מסיק דאיירי באפותקי מפורש אם כן שפיר הקשה רק למ"ד דמצי לסלק בזוזי אבל למ"ד דלא מצי לסלקו בזוזי אף דיכול לסלקו בקרקע שמשעבד לו מ"מ מאפותקי סתם דהיינו הגוף הקרקע אינו יכול לסלקו רק בזוזי ולא בקרקע אחרת. אולם למה שכ' הש"מ בביאור קושית הש"ס אי הו"ל זוזי דהיינו מה שמגיע לי ממך זוזי קח בחובו יקשה שפיר קושית הקצוה"ח וס"ל כסברתו:

ח) דעת הרש"ל דהיכא דלא הניח ב"ח רק דאקני אינו יכול לטעון הנחתי לך מקום לגבות והקצוה"ח מיישב בזה קושיא הנז' אך הקשה על המהרש"ל דמ"מ אינו מתורץ בזה קושית תוס' דאיך קתני גובה הקרן מנכסים משועבדים והשבח מב"ח יטעון הנחתי עכ"פ על השבח דכמו כן השבח הוא גם כן דאקני כמו מה שהניח לגבו' ומה לי זה או זה. ולענ"ד נראה בסברת הרש"ל שלא יהי' דבריו כהלכתא בלא טעמא דהוא משום דכל הטעם מה דהלוקח יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות הוא משום תיקון עולם ולפי זה סוב' הרש"ל דזה דוקא אם חשש הלוקח והניח בשעת קניתו ב"ח לגבות עכ"פ אבל בלא הניח הואיל דהוא לא חשש לזה שיהיה מקום לבעל חוב לגבות כי מאין ידע שיקנה המוכר עוד שדה וכיון דלא חשש בעצמו לזה שוב טורף הבעל חוב כדינו ולפי זה י"ל דעד כאן לא קאמר רש"ל דינו רק בהניח ב"ח דאקני זיבורית והוא קנה בינוני' דבזה שייך סברא הנז' ויכול הבעל חוב לגבות כדינו מבינונית שאצל הלוקח ולא יכול לומר על הזיבורית ב"ח הנחתי כיון דלא חשש לעצמו להניח לו כדי גביה בשעה שקנה לא שייך תו תיקון עולם בכגון זה והדרינן לדינא דבעל חוב בבינונית אבל בקנה בינונית והב"ח המה גם כן בינונית דבכה"ג מדינא אינו יכול לגבו' מלקוחות במקום שיש ב"ח בינונית כמו דמוכח מש"ס ריש פ' הניזקין להדיא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שהי' לו וכמו שהיה ביד המוכר רשות לסלקו לבעל חוב באיזה קרקע שהיה רוצה כ"כ יש רשות ביד הלוקח וכמו שהאריך בזה אאזמ"ו הגאון ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ק"ב) אם כן בכה"ג אף שהב"ח קנה אחר מכירת הקרקע זו יכול לומר הנחתי ומודה הרש"ל

בזה והמרש"ל קאי רק לתרץ קושית תוס' מהנחתי וי"ל דאיירי דהשדה שאצל הלוקח עם השבח הוא בינונית והב"ח הוא זיבורית ובכה"ג שהוא דאיקני ולא הניח בשעה שקנה לא שייך תיקון עולם והדרינן לדינ' דבעל חוב בבינונית. ולפי זה לא קשה דכנגד השבח דהוי גם כן דאיקני לא יקח במקום שיש נכסים ב"ח כיון דלא שייך תיקון עולם בכגון זו הדרינן לדינא דבעל חוב בבינונית וזה נכון לענ"ד ומה שיש להקשות על רש"ל מסוגיא דפו"ט ב"ב אי דאית לי' ארעא אחריתא יש ליישב גם כן להמעיין היטב:

ט) בקצוה"ח (סק"ט) הקשה על הש"ך שכ' דמלוקח לא גובה רק חצי שבח היתר על ההוצאה וממקבל מתנה גובה כל השבח והקשה וכי עדיף כח בעל חוב מלוקח אם לוה משני' משועבד לשניהם וממקבל מתנה יגבה הכל עיין שם באורך שכ' כיון דלא חייל השעבוד רק כשבא לעולם ראוי שיהיה הכל למקבל מתנה דבעל חוב שלא קדם אינו טורף. והנה שיטת הש"ך מבואר בר"ן ב"מ בחידושיו ובש"מ שם משם הר"ן שהביא שיטת הרמב"ן כן דבשבח יתר על הוצאה יפה כח לוקח מכח מקבל מתנה דמלוקח גובה חצי וממקבל מתנה גובה הכל והר"ן שם באמת תמה עליו דכל מה שהשביח הקרקע מחמת המקבל מתנה ראוי ליטול ועוד כיון דמטעם דאיקני בא עליו הבעל חוב אם כן במקבל מתנה שאין לו על מי לחזור לא קנה המוכר מעולם עי"ש דחולק על הרמב"ן. וביותר קשה על דעת הרמב"ן דסותר דברי עצמו המובא בש"מ מס' כתובות (דף נ') באשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה והבעל מוציא מיד הלקוחות ונפלה לה אחר כך ירושה ממ"א דאינו יכול הלוקח לגבות המעות אף דיש לו דאיקני מ"מ כיון דבשעה שהשעבוד חל זוכה הבעל לא מצאנו דבעל חוב יגבה מלוקח רק היכא דשעבודא דבעל חוב קדם אבל לא היכא דבאו ביחד ע"ש אם כן ודאי קשה דכאן נמי נימא הכי כיון דעל כרחך השעבוד על השבח לא חייל רק כשבא לעולם ממה דאינו נוטל מלוקח רק חצי שבח אם כן לא יגבה ממקבל מתנה כלל דכיון דמיד שבא לעולם זכה בו המקבל מתנה ובאו ביחד קנין וזכות הבעל חוב עם קנין וזכות המקבל מתנה אם כן המקבל מתנה קדם ובנידון דרמב"ן ש"מ הנז' י"ל עוד דלוקח אינו גובה ונדחה מפני הבעל דדברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין כמו שכתבתי לעיל דהבעל בא בכח תקנת חז"ל והלוקח בא בכח קבלת אחריות במה שמשעבד לו ויש לחלק וכמו שכ' לעיל] וצ"ל דשיטת הרמב"ן הוא דשעבודו השביח והוי כירד והשביח שיעבודו של חבירו רק מ"מ הואיל דהוא רק שעבוד בעינן דאיקני ושניהם שווים דכמו דמשועבד לו כ"כ משועבד השדה ללוקח רק הוא קדם ליטול מ"מ מכאן ולהבא זוכה בגוף השדה ובמה שנשבח שעבודם שווים

תרוו'. אבל ממקבל מתנה טורף הכל כיון דטורף גוף השדה אם כן נשבח שעבודו אך לפי זה לא היה צריך הבעל חוב להיות לו דאקני ולא משמע כן משיטת רמב"ן:

י) לוקח שפירש בהדיא שאין לו אחריות על המוכר כ' הרמ"א דדינו כמקבל מתנה והוא מן מ"מ דכ' כן ועיין סמ"ע (ס"ק כ') ובש"ך (ס"ק ל"ג) כתב דהוא חידוש ולא נמצא בשום פוסק זולת המ"מ. ומצאתי בריטב"א ספ"א דב"מ דכתב להדיא דאף בפירוש שלא באחריות איהו דאפסיד אנפשי' עיין שם בארוכה בסברתו אליבא דכל הדעות כיון דמשום תנאי הוי הדרא מנהגא לדינא ואיהו דאפסיד אנפשי' ואם כן י"ל דדין זה הוי ספיקא דדינא אם חייב הלוקח ליתן השבח אף בפירש בהדיא לדעת הריטב"א או כדעת הרמב"ן שבמ"מ והלוקח הוי מוחזק אכן למה שכ' הש"ך (ס"ק ל"ו) דאף בלא אפותקי דינו שיטול הבעל חוב הכל במסיק בי' שיעור ארעא ושבחא בקרקע וא"נ הוצאה חצי שבח רק בדמים ועיין (ס"ק ל"ג) אם כן הוי הבעל חוב מוחזק כיון דבין כך ובין כך הקרקע הוא של הבעל חוב ואינו נותן רק הדמים אף אם חייב וע"ז הוי הבעל חוב מוחזק ולכאורה תליא כמחלוקת שבין הש"ע והסמ"ע והטו"ז (סי' ק"ג) בשומא דהדרא אם נופל הספק על הממון מי הוי מוחזק ויש לחלק משם כמובן ועיין מה שכ' לעיל (סי' ז') וצ"ע ועיין ש"ך (סוף ס"ק ל"ז) ואפי' תימא דהא נמי תלי בפלוגתא דלוקח דמ"ה לוקח לא מצי לסלוקי בזוזי הה"ד יתומים שדבריו אינם מובנים דהא ביתומים שומא הדרא לכ"ע וכולם מודי' בזה דיכולין לסלקו בזוזי כמו שכתב הרא"ש פ' מי שהי' נשוי ואולי היכא דבעל חוב אומר לדידי שוה יותר ל"א שומא הדרא ולא משמע כן:

יא) הרמב"ן הביא ראיה לדעתו דשבח יתר על היציאה הוי כשבח ממילא דאם לא כן מה הקשה בגמרא על שמואל מברייתא והא שמואל במה מוקי לה הא בלא שמואל נמי קשה אמאי נוטל הכל ואינו נותן לו רק היציאה אלא ודאי דשבח יתר על היציאה הוי כשבח ממילא ובש"ך הביא בארוכה ראי' זאת וי"ל לדעת הסוברים דלא הוי כשבח ממילא דהא הקשו על הרמב"ן בהא דהביא ראיה מברייתא והונא חברן מוקי לה במילא אחרה בלוקח מגזלן הא על כרחך איירי בשבח היתר על הוצאה אם כן יכול להיות אף בבעל חוב ובש"מ מתרץ דסתם שבח משמע כל השבח ואיירי דהנגזל אמר טול עצך ואבנך לכך חוזר על המוכר אבל בבעל חוב אינו יכול לומר טול כיון שברשות ירד וכמו שכ' הנ"י ואם כן אפשר לומר דוקא בשבח כנגד הוצאה אינו יכול הבעל חוב לומר ללוקח טול עצך כיון שברשות ירד אבל השבח יתר על הוצאה כיון דלא יפסיד כלל י"ל דיכול לומר לו טול אם כן י"ל בלא שמואל ניחא דאינו נותן לו רק הוצאה דאיירי דאמר לו טול עצך ואבנך וכנגד הוצאה אינו יכול לומר לו טול כיון דירד ברשות אבל ביתר על הוצאה

י"ל דיכול לומר לו טול אבל לשמואל אף הוצאה לא יטול כן י"ל בדעת הנ"י אבל הרמב"ן סובר דאף בשבח היתר על הוצאה כיון שברשות ירד אינו יכול לומר טול עצך ואבנך:

יב) הש"ך (סי' שע"ג) הביא משם הכלבו בראובן שקנה משמעון חומש אחד בזקוק והוסיף והוציא בנקודות ובמסור' והשביחו ועמד על ג' שנתייקר ואחר כך נמצא גזול ביד המוכר וטרפו הנגזל מהלוקח דין הוא שישלם שמעון ג' זקוקים כרב דאמר שבח יש לו והקשה הש"ך דשם הוא בקרקע אבל לא במטלטלין וכבר כתב שם אאזמ"ו הגאון הצדיק ז"ל בדברי משפט דעל כרחך איירי קודם יאוש דאחר יאוש נקנה ביאוש וש"ר וקודם יאוש לא עשו תקנת השבים לדעת הרמב"ם המובא (סי' שנ"ד) וקשה לכאו' להמבואר בתשובת מהר"ם מרויטנבורג (סי' תשס"ז) דאין הנגזל נותן הוצאות רק זקוק אחד ולמה גרע מיורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות דנותן לו יציאותיו עכ"פ שהוציא עליו ולמה יגרע מטלטלין בזה ולמה יתחייב המוכר לתת כל הג' זקוקין ואף דלא מצינו רק במקרקע דאינו נגזלת ולעולם הוא ברשות בעלים ולא במטלטלין דאינו ברשות בעלים לשום דבר בנגזלת הא מ"מ הגוף הוא דבעלים וכשמוציא אחר כך הנגזל מיד הלוקח עם השבח למה לא יתחייב ליתן ההוצאה עכ"פ במה שהשביח במעשיו. כל מה שכתבתי בסי' זה הוא מטל ילדותי הרשום אצלי וכעת לגודל טרדותי בעוה"ר לא יכולתי לחזור ולעיין על הדברים והנחתי כאש' כתוב אצלי בקונטרס ואם שגיתי ה' הטוב יכפר:

סימן כו

ברמ"א (סי' קי"ט ס"ה) י"א דאפילו קנה עידיות באחרונה דוקא כשמת המוכר אבל אם מוכר עדיין חי דיוכל להחזיר השטר הזיבורית למוכר ויצטרכו כולם לגבות מן המוכר. ובנתיבות כ' דאף בלא מת ל"א אי שתקי' משום דקם דינא אליבא דידן לכך על כרחך אף כשמת שייך לומ' קם דינא. אך עדיין הקושיא עומדת למה לרי"ף ורמב"ם הטעם דל"נ ליה בהך תקנה דאין נפרעין ולמה לא מטעם אי שתקית ועיין רמב"ן במלחמות ד' שכ' דלגרעיה דינא לא אמרינן אי שתקית רק לאוקמי דינא ואם כן קשה. ועיין בלח"מ ונראה דבש"מ ב"ק (דף ח') הק' הא כמו דניזקין גובין מעידיות כיון דהוא לגרעיה דינא לא אמרינן אי שתקית כמו כן לענין כתובות אשה הוי לגרעיה דינא כיון דלקח עידיות באחרונה כבר אשתעבד לה עידיות ואמאי יכול להפסידה מכח אי שתקית לכך י"ל דלדעת הרי"ף והרמב"ם דאם לא היה יכול הלוקח לומר אי אפשי בתקנה דאין נפרעין ממשעבדי במקום ב"ח אפילו הן זיבורית אז הוי אף לענין כתובות אשה לגרעיה דינא רק כיון דיכול לומר הלוקח אי אפשי אם כן מעולם לא חל השעבוד של הכתובה על עידיות רק כשהלוקח ירצה בתקנה אבל כשלוקח רוצה לומר אי אפשי וממילא המוכר

יכול לסלק הכתובה בזיבורית כיון דהלוקח מניח לגבות מזיבורית שלו אשר קנה [ומצד החזרת השעבוד אינה יכולה לומר לגבות מהמוכר חדא דמהרש"ל אינו סובר כלל הסברא דהרחקת השעבוד ועוד די"ל אף לדעת הרא"ש דיכול לומר ולגבות מהמוכר מצד הרחקת השעבוד היינו באין הלוקח כאן בפני ב"ד אז יכול המלוה לומר אין רצוני להטריח א"ע ולתבוע את הלוקח אתה חייב לי ויש לך לשלם אבל כשהלוקח עומד בפני ב"ד ואמר שרוצה שיטרו' ממנו ואי אפשי בהתקנה י"ל שהמוכר יכול לסלק בזה כדינו. ובזה יש ליישב מה שהקשו האחרונים למה להו להש"ס ב"ק שם ליתו כולהו וליגבו מעידיות דהא אחרונה היא ובינונית וזיבורית ליתנהו גביה דמצי למימר לה ל"נ לי בתקנתא דרבנן ולמה לא מטעם הרחקת השעבוד כיון דלדעת הסמ"ע (ס"ק ל') יכול לילך אף אל השני על כרחך תליא ברצון המלוה ועיין בתומים ולמה שכ' אף אם היה הלוקח כאן ורצה לסלק לו בקרקע זו מ"מ גובה מעידיות כיון דאחרונה היא וקנה שעבודו מה שאין כן באם לא הי' גובה רק מצד הרחקת השעבוד היה יכול הלוקח לבא לב"ד ולסלק לו עם בינונית שלו ולומר אי אפשי בתקנתא] ואם כן ניחא דהרי"ף הביא הך דינא דיכול לומר לא ניחא לי בתקנתא וממילא ל"ה באי שתקית לגרעי' דינא כיון דמעולם לא חל השעבוד רק על עידיות דהלוקח יכול לומר אי אפשי:

והנה הרשב"א שם בחידושיו יש שיטה אחרת דלא יכול לומר אי שתקית אם נאמר קם דינא כיון דמקודם הי' השעבוד של הבעל חוב רק על בינונית לכך קם דינא רק אם רוצה לגבות מעידיות שקנה באחרונה והבעל חוב אינו רוצה למיקם דינא דקודם לכן יכול הוא לומר אני אחזיר ותצטרך לגבות מזיבורית אבל כשבעל חוב רוצה בדינו דקודם לכן אינו יכול לומר אי שתקית דקם דינא והש"ס דהקשו אי הכי בעל חוב נמי ומתרץ בדיתמי היינו למ"ד ביבמות (דף ל"ז) הדר דינא לכך יכול לומר אי שתקית ואי לא אבטל דינא דקודם לכן אבל אליבא דידן דקיי"ל קם דינא אינו יכול לומר אי שתקית לבטל דין הראשון שלא יגבה מבינונית עיין שם ועד"ז נמי אתי שפיר דברי הרי"ף והרמב"ם. אולם יש להבין דברי הרשב"א דהא בש"ס יבמות שם כשהקשה ממתניתין דמי שאבדה לו דרך שדהו על המחלוקות אי קם דינא הקשה הרשב"א הא בספק ויבם ל"א קם דינא רק כשפליג אבל כשלא פליג לא ושם לא פסקו ב"ד כלל וכ' שם לתרץ דודאי בספק ויבם בעינן פסק דין או חלוקה דאם הוא של ספק הוי כפקדון והוא ברשותו וכפקדון ביד היבם אבל שם כל הקרקעות הן של לקוחות רק דרך אית ליה לזה וכיון דבהיו ד' ל"ה יכול למיקם דינא בהדייהו הוי כפסקו ב"ד כיון דהן מוחזקין ולכך לא בעי פסק דין עכ"ד שם ולפי זה כאן דבא הבע"ח להוציא אמאי שייך לומר בזה קם דינא בלא פסק ב"ד

ולמה לא יוכל הלוקח לומר אי שתקית ואם לא אחזיר זיבורית כיון שבא להוציא ממנו ובעל חוב מכאן ולהבא גובה ועדיין לא הוי פסק דין וצריך לומר בכוונת הרשב"א על פי דברי הריטב"א שם ביבמות וז"ל ונ"ל שאין זה קושיא דגבי יבם וספק שדינם בנכסים על ספק ומן הספק הם חולקין מפני שיד שניהם שוה כל כמה דלא פלגו על ספק זה אין לנו לומר קם דינא כשיעמדו בני היבם במקום היבם ודיינו לומר בתר דפלגו אבל בהאי דהתם הד' הראשונים כל אחד ואחד קם בשלו והוא ודאי מוחזק בשדהו וכאלו הדין כבר נפסק מהר סיני ומה צריך עוד לדין אחר הא ודאי כמאן דפליג דמי ודן עם התובע דמי עכ"ל שם כן י"ל ה"נ שייך קם דינא דהוי כאלו הדין נפסק ועומד מב"ד כיון דכך נפסק מהר סיני. ועיין בסוף ספר תקפו כהן ובתומים ובקה"ס מה שהשיג על התומים מדברי הרשב"א עצמו ועל פי דברי הריטב"א הנז' אתי שפיר ודברי רשב"א ב"ק הנז' הם לעד נאמן על זה ועיין מה שכתבתי מכבר בזה בדברי חיים דיני תפיס' סי' י'):

וקם דינא דאתי לידן אזכיר מה דהוא תמוה על הטור ורמ"א (סי' ר"פ) דכתב ואם ליתנייהו להני נכסי ולא הבא מחמתן אין ראובן נוטל כלום בראש אלא חולק עם שמעון בשוה וכן הביא הטור משם הרמ"ה. והדברים סתומין למה לא יקח ראובן בראש ממה שלקח לוי ממנו כיון דחלק לוי עכ"פ נשאר ביד שמעון לו יהי' דהלך ונאבד אצל לוי חלק ראובן מ"מ מאן פליג להו יאמר ראובן ממנ"פ אם אחינו הוא ואתה יורש אותו יש חלקו של לוי בידך בא ונחלק בשוה. וראיתי בנתיבות שכ' דהוא מטעם דאמרינן קם דינא כמו גבי ספק ובני יבם. ולא אדע היכן מצינו בדבר דעומד להתברר קם דינא הא לוי טוען ברי דאחיהם הוא וראובן הודה רק מטעם דשמעון אמר א"י לא נתחייב ליתן לו דהממע"ה ועד שיתברר הדבר הוי הוא יורש ודאי. אבל קם דינא לא שייך בזה בפרט למה שכ' תה"ד טעמא דקם דינא מטעם יאוש לא שייך בזה ועכשיו שראובן בא מכח ממנ"פ למה לא יקח השתות שהוא בגזל ביד לוי אולם בתוס' רי"ד ב"ב שם הקשה באמת מאי שנא מהך דספק ויבם דאמרינן אחר כך קם דינא וכ' וז"ל דהיכא אמרינן קם דינא ה"מ לאחזוקי בהדייהו מאי דנקטו ולא מצי ספק לאפוקי מידייהו אבל הכא דאחין לא נקטי מידי אלא הן באין לירש אותו האח ולירש גם אותו השדה שהיה בשל זה בחמס ל"א קם דינא להוציא וליתן להם אלא ממנ"פ אותו השדה של זה האח הוא עכ"ל:

וראיתי אור המאיר בדברי רמ"ה ב"ב (דף קל"ד) אשר משם העתיק הטור דבריו מבואר שם להדיא דבאמת אם נשאר אצל שמעון חלקו של לוי ודאי ראובן לוקח חלקו רק אם איתניס כולה ממונא אצל שמעון והוי הך ממונא דהספק בכלל ברשותי' דמריה איתניס דלא הוי שמעון כגזלן שיתחייב באונסין דהא אם לא ידעי דאחוהון הוא ואם נמצא חלקו

של ראובן או הבא מחמתו בעזבונו של לוי נוטל ראובן בהחזרה ולא אמרינן כיון דלוי כבר זכה בזה והנשאר ביד שמעון ל"ה שמעון כגזלן על זה ונאבד באונס אם כן יחלוקו בשוה רק אמרינן כיון דעכ"פ לא נתן שמעון חלקו ליקח ראובן בהחזרה אם הוא בעין או הבא מחמתו ובאינו בעין ולא הבא מחמתו אז חולקין בשוה אבל אם לא איתניס ביד שמעון חלקו של לוי ודאי אף בליכא אף הבא מחמתו בעזבונו של לוי מ"מ חייב לוי ליתן השתות לראובן ממנ"פ אם ירצה לחלק עמו וצ"ע בסתימת הטור ורמ"א והדברים מבוארים יפה בדברי רמ"ה שם:

סימן כז

כתב בש"ע (סי' ק"כ) אם זרק החוב בפני המלוה אפילו אמר זרוק לי חובי וזרקו ונאבדו חייב עד שיאמר זרוק לי חובי והפטר והוא מש"ס גיטין (דף ע"ח) וע' סמ"ע דמסתמא זרוק ושמור קאמר וכן הוא ברש"י שם מה שאין כן כשאמר והפטר ועיין ברא"ש ב"מ פ' המקבל דהוכיח מזה דמחילה אין צריך קנין ובפ"ח שם ובמל"מ (פט"ז) ממלוה ובמה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' כ' אות ח') ועיין תוס' רי"ד קידושין (דף ח') ובכולן אם אמרה ואקדש אני לך דהיא מקודשת דבכל לב קאמרה ליה ובכ"מ שיתנם בציוויה כאלו שם בידה דמי עיין שם וכמו כן כאן אם אמר זרוק לי חובי והפטר הוי כפרעון אף בלא מחילה. ולכאורה יש לדון כיון דאתינן עלה מטעם דזרוק ושומרו קאמר זה דוקא אם התחיל המלוה ואמר זרוק לי חובי אבל אם הלו' רוצה לפרוע חובו וליתן בידו ואמר לו המלוה זרוק או הנח לפני ל"ב שיאמר והפטר וכמו שכ' התוס' רי"ד שם דכשאמרה תנם על גבי סלע משמע שבכעס אמרה לו ואם היה סלע שלה משמע שבכל לב אמרה לו וכאילו שם בידה דמי כיון שנתרצית בכך ובסלע של שניהם שואל אם בדרך כעס אמרה לו או בכל לב. ואם בכל לב אמרה הוי נתינה מעליא א"כ כאן נמי אם הלוה התחיל בפרעון ואמר לו קח בידך חובך ממני ואמר הנח לפני הוי פרעון מעליא וכן למה שכ' המל"מ שם משם מהרש"ך בטעמא דלא נפטר כשלא אמר והפטר הוא משום דעבד לוה לאיש מלוה י"ל בכה"ג כשרוצה לתת לו בידו והמלוה אומר הנח לפני דנפטר בזה מחובו ועיין שם בריטב"א. ועיין בטוש"ע יו"ד (סי' קס"ט ס"ג) אם העמידו אצל עכו"ם ואמר הניחם עג"ק וכן עשה ונסתלק ולקחן השני משם מות' ובטו"ז וש"ך שם הקשו דבש"ס קאמר והפטר ומניין להטור לומר דוהפטר לאו דוקא ומ"ש מכאן ואם נאמר כמו שכ' דהיכא דהתחיל הלוה לשלם ורצה ליתן לו המעות ואמר הנח עדיף אם כן אתי שפיר שם כיון דהעמידו אצל העכו"ם וקבל הישראל עליו לשלם ודאי לא אמר בדרך כעס רק ברצון ול"צ לומר והפטר. אך י"ל זה דוקא לדעת התוס' רי"ד וריטב"א שם דסוברין דמטעם ערב

נתחייב אף בזרוק מנה לים ואף בלא הגיע הנאה לבן דעת יש לומר דהיכא דאמר ברצון טוב הנח לפני בכה"ג דהוא בלב שלם הוי כנתן בידו אבל לדעת הרא"ש וסייעתו המובא ברמ"א (סי' ש"פ) דבלא הגיע הנאה לבן דעת לא מתחייב מטעם ערב כאן נמי כ"ז שלא אמר והפטר לא נפטר מחובו:

ובהך דיו"ד י"ל למ"ש הרש"ך דהוא מטעם עבד לוה לאיש מלוה וכמדומה שראיתי דזה רק ישראל נגד רעהו ואם כן אתי שפיר שם דלא בעינן שיאמר והפטר גם י"ל דתליא אם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא ולמ"ש הרשב"ם ב"ב ידענו דש"ד מדכתיב והאיש אשר אתה כו' יוציא אליך העבוט ושם כ' רעך ואם שעבודא לאו דאורייתא למה שכ' רש"י כתובות דמצות פבע"ח הוא מהן שלך יהיה צדק אם כן אין חילוק בין הבטיח לשלם לרעהו או לעכו"ם אולם עם כל זה כיון דליכא שעבוד נכסי' רק לקיים דבריו י"ל אם רוצה לשלם לו ואמר הנח מיפטר כיון דליכא רק שעבוד הגוף לקיים דבריו ולמה שכ' הרמב"ן סוף ב"ב דהוא מדכ' יוציא אליך העבוט ודאי שם נאמר רעך. ואף למה שכתבתי בספרי ח"ר בקונטרס התשובות (סי' ג') דכוונתם על קיו' זמן פרעון ולפרוע חוב הוא מלא תעשוק מ"מ י"ל דזה נאמר שיפרעו אבל לא שיהיה באחריותו עד שיבא לידו אם מוכן הוא לשלם לידיו שלא יפטר עד שיבא לידו רק מטעם עבד לוה לאיש מלוה חייב עד שיבא ליד המלוה וכיון דליכא שעבוד נכסים כלל י"ל דיוצא י"ח בזה לגבי עכו"ם אולם אף דראיתי כמדומה כן בס' ברית אברהם דלגבי עכו"ם לאו שעבודא דאוריית' מ"מ מדברי תשובה המיוחסת לרמב"ן (סי' כ"ב) משמע דגם לגבי עכו"ם ש"ד דדן שם בכ"י מוקדם לעכו"ם ושטר מאוחר לישראל דמלוה על פה מיקדם קדם מטעם שעבודא דאורייתא אם כן אין לחלק בזה בין מלוה ישראל לעכו"ם:

וראיתי במהרי"ט (ח"ג סי' קי"ח) שהקשה אמאי אמרינן כאן זרוק ושמור ובפרק השואל גבי ושלחה לו ביד עבדו כו' אמרינן וכן בשעה שמחזירה לו א"ל שלח ומתה פטור ול"א שלח בחיובך שאתה חייב להחזירה במקום השאלה וכ' לחלק בין שמירה להלואה דהלואה זוזי דלוה הוא וא"ב המלוה לכך לא נפטר חיובו של מלוה עד שיאמר והפטר ושוב הקשה מדברי הטור(סי' קכ"א) כששלח לו חובו ברשות המלוה ונאבדו פטור וכתב הב"י שהוא מהא דקתני וכן בשעה שמחזירה הרי דאף בהלואה שלח והפטר קאמר וכ' דשם איירי בלוה שא"ח לשלוח המעות אצל המלוה אלא כאן לוה וכאן יחזיר לו אבל בפ' הזורק חייב הוא לפרוע בתוך ידו של מלוה וכל שלא הגיע לידו מעות של הלוה הם ואינו נפטר עד שיפרש זרוק והפטר. ובסמ"ע הקשה גם כן כקושית מהרי"ט ומחלק דלא מסתבר לומר דכוונתו היה שישלח וילך גם כן עמהן בדרך לשמור. ולכאורה נ"מ

לדינא דלסברת מהרי"ט אם היה חיובו של לוה להביא למקום המלוה אז אף שהמלוה ממציא לו שליח ואמר לו שלח לא מיפטר ובאחריותו של הלוה הוא עד שיבא ליד המלוה ולדברי הסמ"ע אף בכה"ג מיפטר דלא מסתבר שילך עמו בדרך לשמור:

ועיין נתיבות שכ' קצת בדרך אחר מסברת מהרי"ט וג"כ כמה נ"מ יש בדבר דלדבריו שהוא מטעם ערב כשנתנו על פי דבריו ואף כשנתנו לחשו"ק שאינם בני דעת מה שאין כן בזרוק לים או באומר הנח במקום הפקר דאינו חייב מדין ערב ל"ה מהני עד שיאמר והפטר היה נראה באם צוה לו שיניח במקום המשומר גם כן מיפטר ולדברי מהרי"ט עיקר הטעם הואיל דעדיין לא זכה בהמעות. גם לדבריו באומר תן חובי לחשו"ק פטור דהוי כמפרש שהוא מקבל ע"ע ועדיף מאתחייב לך דמהני מטעם ערב אם כן להפוסקים הסוברים דלא בעינן שיבא הנאה לאדם ואף האומר זרוק מנה לים ואחייב לך דחייב והרמ"א (סי' ש"פ) הביא ב' דעות אלו ולא הכריע א"כ הוי סד"ד ובחוב כשאומר זרוק חובי לים אינו מוציא ממון מיד הלוה א"כ אף באומר הנח במקום הפקר מהראוי שיהיה פטור ויקשה למה כאן לא מיפטר הלוה עד שיאמר והפטר אלא ודאי כמו שכ' רש"י והסמ"ע דזרוק ושמור קאמר או כמו שכ' מהרי"ט כיון דלא נעשים של מלוה עד שיגיעו לידו ואם הקדישם לוה מוקדשים לא נפטר חיובו של מלוה באומר זרוק סתמא עד שיאמר זרוק והפטר. ומה שהקש' הנתיבות על הסמ"ע דזרוק ושמור אם כן באונס היה לו ליפטר ודאי גם כוונת רש"י וסמ"ע כן דזרוק ושמור היינו כיון שאינו פוטרו בזה ונשאר הממון ברשות הלוה שמור אמר תשמור ממונך בכל מה שתוכל לשמור ואף אם נאבד באונס לא מיפטר מחיובו כיון דלא זכה המלוה עדיין בהם ועדיין חובו לא נפקע אולם דוקא באומר זרוק סתם אבל באומר זרוק לים אף דלא זכה המלוה בהמעות מ"מ כיון שהוציא הממון מרשותו אם אומר זרוק חובי לים תליא במחלוקת הפוסקים אם חייב מטע' ערב ולהסוברים דחייב ה"נ מיפטר מחובו וממילא כיון דהרמ"א שם לא הכריע בזה אין מוציאין מיד הלוה מה שאין כן בהנח דיכול לחזור וליקח דומה למה שכ' הנ"י מובא בש"ך (סי' ש"מ) דבהכישה במקל דפטור כיון שלא יצאה מרשות' דהבעלים עיין שם והכא נמי דכוותיה אבל אם הוציא לאיבוד ע"פ כיון דנתחייב מדין ערב כאן מיפטר בזה מחובו ועיין מה שכ' לעיל דיני טו"נ (סי' י"ד). ועיין קצוה"ח (סי' קכ"א) מה שהקשה מש"ס ב"מ (ד' ע"א) על דעת הטוש"ע באומר שישלח על ידי עכו"ם דג"כ מיפטר דמשם משמע כשאמר תן לישראל זה לא נפטר מאחריות והוי כאלו המעות של עכו"ם וה"נ כיון דחו"ש ועכו"ם לאו בני שליחות נינהו לא נפטר הלוה. ולמ"ש הסמ"ע דלא מסתבר שילך עמו ולכך נפטר אתי שפי' דבאומר שישלח עלי ידי חשו"ק ועכו"ם אף דלאו בני

שליחות נינהו מ"מ כיון שבא המעות ליד אדם מיפטר מחובו מטעם ערב מה שאין כן שם בש"ס ב"מ בשהעמידו אצל גוי י"ל דכוונתו הי' שיהיה באחריותו כמו שהי' מקודם כיון דלא אמר והפטר ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני העושה שליח (חי' א') ובש"מ ב"מ שם משם הרמב"ן כיון דלא מיפטר רק על ידי נתינתו ורק אחר הנתינה ובשעת נתינה הוי של ישראל לכך הוי שם ריבית עיין שם וזה דוקא שם לענין ריבית אבל באומר שישלח על ידי עכו"ם או חשו"ק חובו שפיר מיפטר מחובו מטעם ערב ואף שבש"מ שם הק' ע"ד רמב"ן מ"מ להמעיין בש"מ יש ליישב קושית קצוה"ח:

ואם אמר זרוק לי חובי והפטר אף דנאבד דפטור אם בא אחר וקדם וזכה בה כתב בש"מ ב"מ (דף ע"א) משם הרשב"א דכיון דהניחם איסתלק ליה וישראל לא זכה בהו וכי הדר שקלינהו ישראל שני מן ההפקר זכה בהו והלכך כי יהיב ליה בין קרן בין רבית מדינא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה עיין שם. וראיתי בס' תורת גיטין (דף ע"ה) שכ' למה שכ' הרשב"א שם אף דנתינה בעל כרחו הוי נתינה הוא רק לפטור הנותן מחובו אבל מ"מ המקבל לא זכי' בעל כרחו הוא הדין בפרעון בעל כרחו הוי פרעון אף דהמקבל המלוה לא זכה כ"ז שלא רצה אף דהלוה נפטר מחובו אין שום אדם יכול לזכות בהן דהמעות אינו הפקר והן של המלוה ומשועבדין הן להמלוה שהרי מקודם היה שעבוד המלוה על כל נכסי הלוה ועל גופו ובזריקת המעות אף שהמלוה לא רצה לקבלם מ"מ הלוה נפטר משעבוד גופו ומנכסיו אבל ממעות הללו שזרק לפניו בודאי לא אזיל שעבוד המלוה מנייהו ונשארין בשעבוד המלוה דאף דלא רצה לזכות שיהיו שלו לגמרי מ"מ לא מחל השעבוד שיש לו עליהן כמו שהיה מעיקרא השעבוד על המעות הללו והמעות נעשה עכשיו כאפותקי מפורש ולא הוי הפקר עיין שם ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות למד) והרי לפנינו דעת הרשב"א דאף בהניח ע"ג קרקע והיפטר אף דהמלוה לא זכי בהו הלוקח זוכה מן ההפקר וכי יהיב לישראל המלוה בין קרן בין רבית מדינא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה וגם סיפא שם בישראל שלוה לעכו"ם והעמידו אצל ישראל אחר משום חומרא הוא דאסור ומכ"ש כשזרקו לו בע"כ כיון דנפטר הלוה נעשה הפק' כיון דלא זכה בו המלוה ומהלוה נפקע הממון מרשותו. וע"כ אף דקודם היו כל הנכסים בכלל השעבוד היינו משום דגופו נשתעבדו כל נכסים אחראין וערבאין להמלוה וכשנפקע השעבוד הגוף ממילא נפקע גם כן השעבוד נכסי ואף דגר שמת וזכו אחרי' בנכסיו אף מטלטלין מ"מ גובה הבעל חוב כמבאר (סי' ער"ה) על כרחך דשם נשתעבדו הנכסים אז ונכנסו בכלל ערבאין אף דנפקע השעבוד הגוף ועד"ז נכנסו בערבות ועיין מ"ש אאמ"ו הגאון ז"ל בספרו ד"ח דיני הפקר (סי' א') ובמ"ש אני הצעיר שם אבל כאן כיון דנפקע

כל השעבוד במה שהפקיעו הלוה או במה שנתנו לו בעל כרחו או במה שפטרו המלוה באומר הנח והפטר כבר נפקע השעבוד גם ממעות הללו כיון דנפקע השעבוד הגוף ודוחק גדול לחלק בין אם נפקע בסיבת דבריו של המלוה שאומר הנח והפטר ובין אם נפקע על ידי פרעון בעל כרחו בסיבת הלוה והמלוה שא"ר לזכות כמובן:

ועיין לבספר דברי משפט ממר אאזמ"ו הגאון ז"ל (סי' קכ"ג) שהקשה על רשב"א שבש"מ הנז' מדברי תלמידי רשב"א שבב"י יו"ד (סי' קס"ט) וש"ך שם (ס"ק ט"ז) דמדינא אסור אם ישראל המלוה אמר לכותי הלוה תנם לישראל שני בשבילי והלוה הכותי אמר לישראל השני זכה בהם ולא מחמת שליחות אלא כיון דרוצה ליתן מסתלק וישראל שני זוכה מהפקר דהא כיון דזכה מהפקר מה דנתן לישראל הראשון מתנה הוא דיהיב ליה עיין שם בדבריו ואפשר לומר דוקא כשאמר הנח והפט' דכבר נפטר העכו"ם בהנחתו ויצא מרשותו אף דהנכרי עשה זאת בצוואתו של הישראל הראשון מ"מ נעשה הפקר ממש ושוב גם הקרן שנתן לישראל הראשון הוי כמתנה מה שאין כן כשנתנו לישראל השני בשביל הישראל הראשון כיון דהשני מקבלו בשביל ישראל או דסובר דיכול לזכות בשביל ישראל ול"ב שלוחו של בעל הממון ודלא כתוס' שם או אף אם יסבור דאינו יכול לזכות אף אחר שנעשה הפקר מ"מ כיון דמיד העכו"ם הלוה בא לידו בשביל ישראל נשאר שעבודו ע"ז כיון דזה פרעון חובו ובא לידו בשביל פרעון החוב מה שאין כן כשנפק' החוב בשביל שאמר הנח על גבי קרקע ואחר כך קבלו הישראל בזה שפיר כתב הרשב"א דמה דיהיב ליה אחר כך הוא מתנה מה שאין כן אם מסרו ליד השני במצות ישראל הראשון אף דהוי הפקר כיון דהעכו"ם כבר אסתלק מ"מ נשאר שעבודו של ישראל על זה ורק גוף המעות הוי הפקר אבל הזוכה חייב לישראל ועיין שם בחות דעת (ס"ק ח') בסוף דבריו:

ומדברי ריטב"א קידושין (דף ח') מוכח גם כן באומר זרוק דיכול לזכות מן ההפקר והאומר לחבירו תן על גבי סלע שהוא מקום האבד ואתחייב אני לך ונתנו ע"פ חייב והוא שלא חזר ונטלו משם דאם לא כן לא עבד כלום ובמה נשתעבד אבל אם הלך לו והניחו לאבוד במקו' שאינו משתמר ואחר כך נטלו חייב דהוי כמציאה ועיין שם דתליא בפלוגתא דרשב"א ורבנן פ' אלו מציאות אם הוי יאוש או לא וביאור דבריו בס' אבני מילואים אה"ע (סי' למד ס"ק י"ב) דלכאורה כיון דמקום אבוד הוא אליבא דכ"ע וזה הוציא על פיו למקום האיבוד למה לא יתחייב הערב וכ' דהערב לא מתחייב אלא אם לא יבא ליד הבעלים ובהלואה אם הלוה משלם אין הערב משלם כ"כ אם הוציא למקום איבוד על פיו אם בא אחר כך ליד הבעלים אינו חייב רק כשנתנו למקום הראוי ליאוש

דאז כבר יצא מרשות הבעלים וכי הדר וקניה מהפקר זוכה והוליד מזה דין חדש דגם בערב אם נתייאש המלוה מחוב במקום הראוי ליאוש ומהני יאוש בחוב אם המלוה הוא עכו"ם והדר פרעיה מהפקירא קא זכי והערב חייב לשלם. והדברים מתמיהים לכל המעיין. הא הערב לא נשתעבד רק באם לא יגבה חובו מן הלוה היינו כשהלוה לא ישלם לו אבל באם הלוה משלם אף כשלא קבל המלוה על חובו רק מן ההפקר מ"מ נפקע חיובו של הערב דע"ז לא נשתעבד מה שאין כן בנידון דריטב"א דליכא שום שעבוד על אחר רק כיון דהוציא ממונו למקום האבוד עפ"י ומחייב א"ע לשלם בעד זה וכשעשה על פיו דנתחייב בההיא הנאה כמו דנתחייב הערב ואם כבר היה במקום האיבוד כבר נתחייב לשלם וכשזכה זה בו מהפקירא קא זכה ונשאר חיוב הראשון אבל אם נתחייב בעד הלוה אף שכבר נתיאש מן הלוה מ"מ חיובו היה רק אם הלוה לא יפרע על חובו ואם הלוה יפרע לא יתבע ממנו וכיון דפורע על החוב אף דא"ח כיון דכבר אתייאש מיניה מ"מ אם מסלק על חובו הקדום נפקע חיובו דערב ועוד כיון דמ"מ על ידי שקבל המלוה חובו מן העכו"ם שוב לא יכול הערב לתבוע ממנו שפרע בעדו נפטר מחיובו ואף אם כבר פרע הערב בעדו ואחר כך פורע העכו"ם הלוה להמלוה י"ל דחייב להחזיר להערב ואכ"מ בזה. עכ"פ בדין הנז' כשאומר הנח לפני והפטר כיון דכבר נפטר הלוה והמלוה לא זכה לא נשאר שעבודו דמלוה על מעות הנז' ויש לדון דהוי כהפקר וצ"ע:

סימן כח

אם שלח חובו על ידי שליח ויש הכחשה בין המלוה והשליח לא נעשה בעדי' אין השליח נעשה עד כיון דצריך לישבע כמבואר בש"ס קידושין ופוסקים וראיתי בתשוב' רדב"ז (ח"א סי' ר"ח) דנשאל על ראובן ששלח לשמעון שיבנה לו חורבתו ואחר כך אומר שלא ברשות ירד וידו על התחתונה ושמעון טוען אתה שלחת לי שאבנה לך ותן לי שכרי והשיב אם שלח על ידי עכו"ם אפילו יש עדים ששלח אינו חייב דאין שליחות לעכו"ם ולא הוי ליה לסמוך ומשום גילוי דעתא לא מפקינן ממונא ומ"מ משביעין אותו שלא היה כוונתו בשעה ששלחו לתת לו רשות לבנות ואם אין שם עדים ששלחו אפילו משבועה זו פטור שאין עליו טענות ודאי ואם השליח ישראל ואין שם עדים והשליח בפנינו ואומ' שלחני לשמעון נשבע שבועת התורה להכחיש העד שהרי השליח אינו נוגע בדבר כלל עיין שם בדבריו דאם יש ע"א מצטרף עם השליח מוציאין ממון. ולא הבנתי אמאי ל"ה השליח נוגע בדבריו למה דמבואר ברא"ש בתשובה (כלל ק"ד) בראובן שהלך לאומן וא"ל עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו ממך למחר והוא עשה אותו דבר ולמחר אמר לו טול הפעולה שאמרת לעשות שאם לא תטלנו תפסד וראובן אמר כבר לקחתי מאחר

דחייב ראובן לפרוע כל ההפסד משום דינא דגרמי מידי דהוי אהלכו חמרים ולא מצאו דנותן לו שכרו משלם שעל ידו הפסיד מלאכת היום וה"נ על דבורו הפסיד וכן פסקינן בש"ע (סי' של"ג ס"ח) ועיין (סי' של"ו) ובמה שכ' הנתיבות שם ואם כן אם הטעהו השליח ואמר שפלוני שלחהו אליו שיבנה חורבתו או שיטע גינתו ולהד"מ ודאי חייב לשלם מלאכתו שעשה מטעם גרמי דהוא עשה הפעולה על פי דבורו של השליח ואם ענהו בו בשקר חייב לשלם מכיסו ואם כן כיון דאם יאמר שלא שלחו יצטרך לשלם הוי נוגע ממש ובע"ד דאם יודה שלא שלח לו המשלח יתבע הפועל ממנו ויתחייב לשלם מצד גרמי ואם יכפור שלא ציוה לו המשלח ולא הגיד לו כלל יהיה חייב עכ"פ שבועה ככל כופר הכל ואם כן הוי נוגע כמו דשליח לא נעשה עד אחר שנתקנה שבועת היסת ועיין תשובת רע"א ז"ל (סוף סי' קל"ד) ובמה שכ' לעיל דיני דיינים (סי' כ"א) ודוחק גדול לחלק בין אם אומר שיעשה מלאכה ויקנה ממנו לאם אומר פלוני שלחני אליך שתעשה לו מלאכ' דלמה לא יתחייב מטעם גרמי דגרם לו להפסיד עפ"י שהשטה בו ולא יכול לומר השליח דלהשטות נתכוין ולא היה לו להאמינו ששלחו דמה"ט לא יאמין לו וכיון דסמך ע"ד ששלחהו נראה דחייב לשלם הפסידו ואם כן הוי השליח נוגע ובע"ד ולא נעשה עד ודברי רדב"ז צ"ע:

גם מה שכ' אם שלחו על ידי עכו"ם דמשום גילוי דעתא לא מפקינן ממונא ומ"מ משביעין אותו שלא היה כוונתו בשע' ששלחו לתת לו רשות לבנות יש להתבונן הא הוי טענת שמא ואיזה רגלים לדבר יש כיון שכ' קודם לכן דאפילו גילוי מילתא ליתא מדשלח גוי ולא ישראל אם כן למה יתחייב לישבע היסת ועוד אף אם כוונתו היה לתת לו רשות אז אם אחר כך לא ניחא ליה בלב במה יתחייב כיון דאף אם היה ניחא ליה אז בלב אם אחר כך לא ניחא ליה בשלמא כשאמר לו הבעל החורבא שיבנה כ"ז שאינו מגלה לו דעתו ואומר לו שלא יבנה הוי כעושה פעולתו עפ"י דבריו הראשונים וחייב לשלם אבל בשולח לו דבריו על ידי עכו"ם דלאו בר שליחות הוא אף אם אז הי' ניחא ליה אם אחר כך ל"נ ליה הוי כיורד שלא ברשות כיון דדעתו של אדם משתנית:

ודומה קצת למה שכתבתי במקום אחר בביאור דברי ר"ן גיטין ר"פ התקבל שפירש המתניתין שם לפיכך אם אמר הבעל אי אפשי שתתקבל אלא הולך ותן לה אם רצה לחזור יחזור היינו דס"ד דכי תנן באומר תתקבל אם רצה לחזור יחזור היינו משום דחוב הוא לה אבל כשעשאתו היא שליח לקבלה סד"א שאעפ"י שאמר הבעל לשליח שאין רצונו שיקבלנו מחמת שליחות אלא שיזכה בו מיד מחמת הבעל דסגי ונימא דאם רצה לחזור לא יחזור קמ"ל שאם אמר הבעל אי אפשי שתקבלנו כלומר בשליחותה אלא

הריני מזכה על ידי הולך ותן לה כמ"ד הולך כזכה אי נמי דאמר ליה הילך דלכ"ע כזכה אפ"ה אם רצה לחזור יחזור אע"ג דגלי דעתה דניחא לה וכטעמא דאמרינן בירושלמי הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה עכ"ל ובגליון משניות תוספ' רבינו עק"א ז"ל עמד ע"ד הא גם ענין זכיה הוא מטעם שליחות ומה הפרש בין שליחות ממנה לבין תורת זכיה וגם מה נ"מ לו לבעל בזה בענין הגירושין כיון דבין כך ובין כך מתגרשת מיד ומה היה ס"ד לומר שכוונת הבעל שא"ר שיקבלנה בתורת שליחות דידה אלא שיזכה וגם אף דמבואר בירושלמי בצווחת להתגרש לא מהני היינו דחיישינן דחוזרת מזה אבל בעשאתה שליח בפירוש שיקבל לה הגט הרי שרצונה בכך ואם קבל השליח היה מהני ולא חיישינן לחזרה כ"ז שלא שמענו דחזרה וכיון דבאותו רגע שמוסר הגט לשליח אנו דנין דנתרצית שיעשה שליח שליחותה לקבל הגט וכיון דחזינן דניחא לה להתגרש ועומד' בדעתה אם כן ממילא הוי זכות דמה לה אם מקבל בשליחותה אם בדרך זכיה ואחר כך ראיתי שגם בספר דברי אמת התפלא בזה ע"ד הר"ן:

ולדעתי שפתי הר"ן ז"ל ברור מללו דודאי נ"מ רבתי לבין אם מקבל בשליחותה או אם הבעל אינו רוצה רק בתורת זכיה דאם קבל בתורת שליחותה מתגרשת מיד ואף דאח"כ כשנודעת שקבל השליח הגט צווחת שאינה מתרצת בזה לא איכפת לן כיון שכבר עשה השליח שליחותו ויד שלוחה כידה כ"ז שלא בטלו אבל אם הבעל א"ר ליתן רק בתורת זכי' אז כשצווחת אחר כך לא מהני אף דידענו אז בשעת הקבלה דזכות הוא לה כיון שבא בתורת זכיה לא מהני אף בזכות גמור כשאמר אחר כך דל"נ ליה דאף בזכות גמור כשיודע לו יכול לבטל הזכיה ולומר שא"ר כמבואר רמב"ם ובמ"מ (פ"ד) מזכיה וכה"ג כ' ריטב"א (פ"ב) דקידושין הא דבעינן קרא דמהני שליחות אף דידענו דזכי' מהני דנ"מ אם צווח אחר כך שא"ר אם בתורת שליחות הוא לא מצי לבטל אחר כך ובתורת זכיה יכול לבטל. אם כן כיון שאמר הבעל אי אפשי שתקבל לה בתורת שליחות שכבר יהיה נגמר הדבר אלא הילך היינו בתורת זכיה שיהיה עוד הברירה ביד האשה ותליא ברצונה כשיודע לה והיה ס"ד דעכ"פ כשתרצה בקיום הגירושין אחר כך יהי' מועיל בתורת זכיה קמ"ל דלא מהני ועל זה מביא הר"ן ראיה מירושלמי. ומה שהקשה מרן ז"ל דהא על אותו רגע שמוסר הגט אנו דנין דהתרצה. גם בזה דברי הר"ן נכונים מאד דהא באמת כבר הקשה הב"ח אה"ע (סי' ק"מ) למה ל"ח בגט אף בעשאה שליח לקבלה דחזרה כיון דחוב הוא לה וכתב דבעינן ביטול שליחות בפני עדים וביתר ביאור דאם עשאה שליח שהוא כמותה מוקמינן על החזקה דלא ביטלה השליחות בפירוש וכ"ז שלא ביטלה בפירוש השליחות אף דבאמת אם הדרה בה ולא ניחא לה בלב קבלת הגט כיון דחוב הוא לה

דברים שבלב אינם דברים כ"ז שלא בטלה השליחות הוי ידה כידו אבל בצווחת להתגרש חיישינן לשינוי דעתה דלמא השתא ל"נ לה בלב והוי חוב ועל רצון בלב לא שייך לאוקמי על החזקה דדעת בני אדם משתנה ובזכייה אף דיכולה לבטל אחר כך מ"מ בעינן דוקא שיהיה בעצם הדבר זכות ולא בדבר שהוא חוב אף דהברירה ביד הזוכה אם לקיים או לבטל מ"מ אם בעצם הדבר הוא חוב לא מהני אף אם מתרצה אחר כך כמבואר מדברי הרמב"ם שם ובגט כיון דחז"ל ירדו לסוף דעתן של נשים דחוב הוא לאשה לא מהני אף בצווחת מטעם זכי' אף דהברירה בידה לבטל אחר כך מ"מ כיון דבשעת מעשה אמרינן דלא ניחא לה ובודאי חזרה וכיון דאמרינן דחוב הוא לה ובלב לא ניחא לה לא מהני אף אם כששמעה ניחא לה ואם עשאתה שליח שהוא כידה אף אם בלב לא ניחא לה בקבלת השליח לא איכפת לן כ"ז שאינה מבטלת בהדיא השליחות ועל ביטול מוקמינן על החזקה וכיון דאמר הבעל אי אפשי שתקבל ולא יהיה אז הברירה אם לבטל המעשה או לקיים רק בתורת זכיה שוב כיון דלא מהני בתורת שליחות אמרינן כיון דגט חוב הוא לה דלמא בשעת הזכיה לא ניחא לה בלב ואין חבין לאדם אלא בפניו וז"ב בביאור דברי הר"ן:

אך לפי זה יש להבין קצת בדברי הרשב"א והר"ן גיטין ר"פ הזורק דכתבו אם אמרה האשה זרוק לי גטי בחצרי ותזכה לי חצרי דמגורשת אף באינה עומדת בצד החצר דחצר לא גרע משליחות ובשליח דכוותיה מגורשת בממנה שליח לקבלה וברשב"א שם כתב דגילוי דעתה לא מהני כמו שכ' הירושלמי באם צווחת להתגרש רק אם ממנה החצר לשליח לקבלה הא ודאי החצר לא הוי שליח רק במידי דזכות וניחא להו לבעלים אז בשעת הזכיה אבל בדבר דל"נ לבעלים בשעת מעשה לא מהני אם כן מה מועיל כשמינתה לחצר' לשליח לקבלה אם בשעת מעשה מחזקינן דלא ניחא לה וכמו בצווחת להתגרש דלא מהני דאמרינן שמא חזרה בה כן נאמר בחצר בשלמ' במינתה שליח כ"ז דלא ביטלו בפירוש ליד השליח הוא כידה קבלתו ולביטול לא חיישינן ואז אף דלא ניחא לה בלב מהני גם כן כיון דכבר מסרה כחה לשליח בר דעת אבל החצר בעצם לאו בר דעת הוא רק במידי דזכות לא גרע משליחות ואם בשעה שהגיע הגט לחצרה ל"נ לה מהיכי תיתי נאמר דמהני בתורת שליחות בדבר החוב והארכתי בזה במקומו עכ"פ דברי הר"ן פ' התקבל מבוארים יפה ומסולק כל הערותיו של מרן הגאון ז"ל.

וראיתי בספר קרבן נתנאל סוף יבמות שהביא דברי תשובת פנ"י דאף אם עשאו האשה להביא לה גיטה לא מהני הזכיה וכתב דאם עשאו שליח לקבלה י"ל דמהני דבשליח להולכה איכא למימר דלא ניחא לה מיד שליח לקבלה פן ינחם היא או בעלה עד שיגיע

לידה הגט אבל אם היא עשאו שליח לקבלה אית לן למימר דמהני אם זיכה לה הבעל על ידי אחר ובאשת מומר אם שלחה מתחילה לקבל הגט בזה ברור דמהני אם זיכה לה עיין שם ותמהני דהדבר מבואר בדברי הר"ן דלא מהני בשום פנים כשזיכה לה אף אם עשאתו שליח לקבלה והטעם כמו שכ' ואם כן אם לא מהני זכיה אף באשת מומר משום טב למיתב ואמרינן דחוב הוא לה לא מהני אף בעשאתו שליח לקבלה ע"י זכיה כנז' [ובמקומו עמדתי ע"ד הר"ן דהא קתני במתני' אי"א שתקבל אלא הולך אם רצה לחזור יחזור ומבואר דרק לחזור יכול הבעל אבל אם כבר הגיע הגט לידה מתגרשת ואמאי הא לדברי הר"ן אף באם אינו חוזר והגיע הגט לידה לא מהני כיון דהבעל לא מסר לשליח בתורת שליח לקבלה ושליח להולכה נמי לא עשאו אותו הבעל רק שיזכה בעדה וכיון דזכיה לא מהני בגט אף בכי האי גוונא אם כן לא בא הגט לידה מכח הבעל וכתבתי במ"א בעזה"י הרבה בזה ליישב גם זאת] ואכ"מ ולא הבאתי הדברים כאן רק לדוגמא ע"ד רדב"ז דדוקא אם שלח בתורת שליחות שמצוה לו שיבנה חורבתו אז אף דאחר כך ל"נ ליה יד הפועל על עליונה מה שאין כן באם שלח לו על ידי מי שאינו בר שליחות אף דגילוי דעת הוי דניחא ליה אז מ"מ לא נתחייב וידו על העליונה אם אינו רוצה אחר כך ואף דפסקינן דלא כרמב"ן ואם שלח לו על ידי חשו"ק לגבות החוב מהני אם מסר לו ונאבד ואין אחריותו על הלוה היינו דנפטר מחובו כיון דעשה רצונו אף שבא לו הידיעה על ידי מי שאינו בר שליחות אבל לחייבו לשלם על פעולתו לא מהני רק אם שלח על ידי מי שהוא בר שליחות שהוא כמותו וכאלו עשה על פי המשלח אבל שלא על ידי מי שהוא בר שליחות לא ואם כן אף אם נאמר דהוי גילוי דעת דניחא ליה אז אם אחר כך לא הי' ניחא ליה לא יתחייב ולמה יתחייב לישבע על זה וצ"ע בדברי רדב"ז בכל מה שכתבתי]:

סימן כט

מלוה שעשה שליח בעדים לתבוע חובו מהלוה דעת הש"ע דא"ח לתת שיש לחוש שמא מת המלוה ואם יאנס בדרך יהי' חייב לשלם והש"ך (סי' קכ"ב סק"ד) כ' דאם אין לו שום טענה חייב ליתן ועיין שם בתומים וברא"ש ב"ק פ' הגוזל כ' בהא דיכול לומר הלוה לאו בעל דברים דידי את כ' וצריך טעם לדבר כיון דידעינן דשויה שליח ואם ימסור לו יפטור מאחריות הדרך ושלוחו של אדם כמותו בכל דבר היאך מצי למימר ליה לאו בע"ד דידי את הלא פי השליח כפי הבעלים לכל דבר שנעשה שליח ועשייתו כעשייתו ולמה יתנו חכמים יד לזה לעכב ממון שלא כדין וכ' משום חשש מיתה או ביטול השליח ועיין באחרונים ביאור דברי הרא"ש והרמב"ן כ' שצריך להיות בעלים דוקא שיהיה יכול

לתבוע דבלא"ה מצי למימר לאו בעל דברים דידי את וכיון שאינו יכול להקנות הלואה שיהיה נקרא בעלים וכיון דלאו בעלים הם על החפץ מצי למימר לא בע"ד דידי את. ובש"מ ב"ק (דף ע') כ' משם הרז"ה דלא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את דשלוחו של אדם כמותו ומשם המאירי דנהי דהוי שלוחו לענין שיפטור אם מסרו ליד שליח מ"מ יכול לסרב ויכול לומר לאו בעל דברים דידי את:

ולכאורה י"ל דתליא בחקירה הנודעת בסוג שליחות דגלי לנו התורה דשלוחו של אדם כמותו באיזה בחינה הוא אם נאמר דידו של השליח נעשית כיד המשלח או דשליח מוסר כחו וידו להמשלח או דהמשלח מוסר כחו ורשותו להשליח והשליח נעשה שליט על עסק השליחות ובכמה ענינים כתבתי בזה ואיזה ענפים בזה אבאר כאן:

[**ויען** בקונטרסי הארכתי הרבה בענינים שונים ואנקוט כאן ללקט באמרים אנתח לנתחים לסדר באותיות נפרדות]:

א) הקצוה"ח (סי' קפ"ח) חקר היכא דהיה פיקח בשעה שעשאו שליח וקודם גמר השליחות נשתטה המשלח מי אזלינן בתר מעיקרא ועומד במקום המשלח או אזלינן בתר גמר השליחות ובטלה שליחות ותלה הדבר במחלוקת הרמב"ם והטור אה"ע (סי' קכ"א) באם הבעל היה בריא בשעת מינוי השליחות על הגט ואחר כך אחזו שטות דמה"ת הגט כשר רק מדרבנן פסול שלא יאמרו שוטה מגרש ואם כן לגבי ממון אזלינן בתר מעיקרא ולדעת הטור וכן ריא"ז הגט פסול מה"ת והיינו דבעינן כח הבעל בשעת כתיבה ונתינה והא דאין השליח יכול לגרש כשמת הבעל לדעת הרמב"ם אף מה"ת הטעם הוא משום דאין גט לאחר מיתה והטעם משום דכבר מותרת משום מיתת הבעל ותו לא אגידא ביה כלל לכך אף שכבר קבל השליח כח הבעל מ"מ כיון שמת כבר הותרה על ידי מיתה ועיין שם בקוצה"ח שכתב שכן מבואר מדברי רש"י גיטין (דף ט' וי"ג) דאין שחרור לאח"מ דנפקא לי' רשותי' מיני' וחייל עליו רשות יורשין והוכיח דדעת רש"י כרמב"ם מדלא כתב לאחר מיתה ליכא משלח אלא ודאי דשליחות לא נתבטל אף לאחר מיתה דנכנס השליח במקומו רק כיון דכבר יצאה מרשות הבעל עיין שם. ובאמת ראיתי מבואר ברש"י גיטין (דף כ"ח) במתניתין נותן לה בחזקת שהוא קיים דכ' ולא חיישינן שמא מת ובטל שליחותו הרי דרש"י נקט נמי הלשון דנתבטל שליחותו ודוחק לומר דהואיל דמת וכבר אינה אשתו נתבטל שליחותו דלא שייך לשון ביטול שליחות על זה ויותר נראה דהכל הוא טעם אחד באמת כבר הותרה מאישה ובשיחרור וממון כבר זכו היורשים ואין המוריש בע"ד רק נקט ביטול שליחות גם כן ונ"מ אם נשתטה אף דהמשלח הוא הבע"ד מ"מ נתבטל השליחות כיון דשליח הוי כמו יד של

המשלח והיינו דהשליח מוסר כחו וידו להמשלח וכיון דהמשלח אינו בכחו לעשות המעשה גם השליחות נתבטל וכדעת הטור ועיין בפ"ח ובג"פ אה"ע (סי' קכ"א) דכתבו בדעת הרמב"ם דאזלינן בתר מינוי השליחות והיינו דהמשלח מוסר כחו לשלוחו וכיון דאכתי אגידא ביה אף כי נשתטה הבעל יכול השליח לגרש מה"ת ובס' בית מאיר שם הקשה ע"ד מהא דאין גט לאח"מ אע"ג דמינה בחייו המגרש לשליח וכ' וא"ל דשאני מית' דקודם שהגיע הגט לידה יצאה מזיקתו ואיך יחולו הגירושין דז"א דהא לנ"מ זו דלא יתננה לאח"מ היינו כדי לפוטרה מיבום עדיין זיקת בעלה מכח קידושיו עליה. ודבריו מוקשים מלבד דכבר האריך במהרי"ט (ח"ב סי' ח"י) בכמה ראיות דקדושי הבעל נפקע לגמרי במיתתו ולא דאקליש איסורא דא"א רק אשה הקנו לו ליבם מן השמים ואם כן אין מקום לגט שיהיה כורת אחר מיתתו דכבר נתפרדה החבילה במיתת הבעל. ובמ"א עמדתי בזה עכ"ד מהרי"ט שם והבאתי דברי רש"י סנהדרין (דף נ"ה ע"ב) בהא דבן ט' שנים וי"א הבא על יבמתו קנאה ואינו נותן גט עד שיגדיל כ' רש"י שהרי על ידי קדושי אחיו גדול נאסרה וגירושין של זה אינן חשובין להפקיע קדושי אחיו דקטן הוא ואינו בן דעת עכ"ל מוכח דמכח קדושי אחיו זקוקה לו ולא נפקע לגמרי ואשה הקנו לו מן השמים ואכ"מ בזה מ"מ אף אם נאמר דעדיין זיקת בעל' מכח קידושיו עליה אין הגט כורת דכתיב אשה גרושה מאישה וכשמת הבעל אינו עוד אישה ואין הגט פועל בזה אף אם נאמר דאזלינן בתר שעת מינוי השליחות ומה שכ' הב"מ להוכיח מגיטין (דף כ"ט ע"ב) דאמר מר בר רב אשי אלו מת הבעל מידי משש' אית בהו כולהו מכח בעל קאתו איתיה לבעל איתניהו לכולהו ליתא לבעל ליתניהו לכולהו וק' היכי מוכח דמכח הבעל קאתו דלמ' הטעם כיון דמת כבר יצאה ממנו במיתה א"ו דמזיקת יבום מוכח דמכח בעל קאתו אף בשעת נתינה ומפני שמת ופסק כחו דאיהו לא מצי לגרשה אף נפסק כח שלוחו ואף שקבלה בחייו. אינו מוכרח דהיה לו לומר אם נשתטה הבעל או נעשה גוסס להסוברים דלא מצי לגרש ועוד אף אם עדיין זקוקה ודאי לא חל גירושין של הבעל כמו שכ' דאשה גרושה מאישה כתיב וגם מה זה ראיה לענין כולהו מכח הבעל קאתו לענין שליח שני מכח מי קאתי א"ו עיקר ראייתו כיון דעיקר המעשה הנעשית על ידי שליח צריך שיהיה נקרא על שם הבעל אמרינן דשליח שעשה שליח שני נמסר כל כחו להשני ועיין קצוה"ח שם דהביא ראיה להיפך ממה דשליח הראשון יכול לבטל לשליח שני ובכ"ז כשמת לא נתבטל השליחות ויש לחלק דמ"מ אינו ראיה מזה ועיין במל"מ הל' גירושין ובמכתב מאליהו בדיני ביטול הגט (סוף סי' כ"ה) והדברים עתיקים בזה:

ב) והנה הב"ש אה"ע (סי' קכ"א ס"ק ד') יצא לדון דאף הטור דחולק על הרמב"ם וסובר דמדאורייתא בטל הגט הוא דוקא אם ל"ה שפוי בשעת הכתיבה בזה ס"ל להטור והש"ג בשם ריא"ז דאף ריח הגט לא הוי ואם ל"ה שפוי בעת הנתינה י"ל דגם הטור מודה. והדברים צ"ע דהא הטור כ' היה בריא בשעה שצווה לכותבו ואחר כך אחזו החולי אין כותבין בעודו בחליו ואם כתבו ונתנו בחליו אינו כלום וכן הוא לשון הריא"ז שבש"ג ואם כתבוהו ונתנו כשהוא משועמם פסול מדברי סופרים כדברי הרמב"ם וכבר ביארתי בקונטרס הראיות בראיות ברורות שהוא בטל מה"ת ואף לכהונה אינו פוסל ומדכלל יחד כתיבה ונתינה ע"כ דאו או קתני הן אם כתבהו בעת שהוא משועמם הן אם כתבהו בהיותו בריא רק הנתינה הי' כשהוא משועמם וכן כ' להדיא בדו"פ שם דאו או הפירוש בדברי הטור דודאי אף אם בשעת הנתינה היה משועמם בטל מן התורה וכן ראיתי בכ"י ריא"ז על נשים כמו שהעתיק הש"ג ממש הדברים ובכ"י אחד ראיתי שכ' בו ואם כתבו וחתמו בעודו משועמם פסול מדברי סופרים לדעת רמב"ם וכבר ביארתי כו' שהוא בטל מה"ת ואף לכהונה אינו פוסל וכנראה מה שכ' וחתמו הוא ט"ס וצריך לומר ונתנו כמו שהעתיק הש"ג ודברי הטור הם לעד נאמן על זה דאין חילוק בין כתיבה לנתינה וכמו שמבואר להדיא בפרישה אולם הרשב"א ר"פ מ"ש הביא משם התוס' דעיקר הקפידה על שעת כתיבה שאז צריך שיהיה המשלח שפוי בדעתו ועל שעת נתינה לא איכפת לן ותמה על זה בספר ג"פ דמ"ש שעת כתיבה משעת נתינה ובפנ"י ג'יטין שם כ' בטעם הדבר דהכתיבה צריך להיות בשעה ששפוי בדעתו להפוסקים דלא בעינן שליחות לכתיבה ולא שייך לומר כל מאי דאיהו לא מצי עביד שלוחו ל"מ עביד כיון דלא בעי שליחות הטעם דכתיב וכתב ונתן שיהיה ראוי לנתינה בשעת כתיבה ובת"ג שם כ' דהרשב"א סובר דדוקא בתחיל' מינוי השליחות בעינן דמצי המשלח למיעבד אבל כשכבר נעשה שליח בשעת בריו אף דבשעת נתינה לא מצי עביד המשלח שלוחו מצי לגרש אך הקשה אם כן באומר כתבו ותנו דכבר נעשה שליח להולכה בשעת בריו הרי ראוי להתגרש בשעת כתיבה כיון דהשליח יכול לגרש. ועיין בחידושי רע"א ז"ל על אה"ע שם שכ' בדעת הרמב"ם דאפשר דוקא באומר כתבו ותנו דבשעת כתיבה ראוי לנתינה כיון דמינה שליח גם על הנתינה אבל כתבו ואחזו קורדייקוס וכ' הסופר ונשתפה ונתן הבעל הגט י"ל דבטל מדאורייתא דבעינן וכ' ונתן דבשעת כתיבה ראוי לנתינה וזה ל"ה בגט בשעת כתיבה כשאחזו קורדייקוס ראוי לנתינה וזה כסברת הפנ"י:

וקצת נראה דמה שכ' הפנ"י הדרש מכתב ונתן דבעינן שתהי' ראויה להתגרש בשעת כתיבה לא נראה כן מדברי הש"ס והראשונים יבמות (דף נ"ב) דשם אמרינן באומר

לסופר כתוב גט לאשה דעלמא לכשאכנסנה אגרשנה דלא מהני וכתבו תוס' שם הטעם דהוי שליחות על דבר שלא בא לעולם. ולשיט' הסוברים דלא בעי שליחות לכתיבה על כרחך הטעם דפסול משום דלא הוי לשמה כיון דהאשה אינה ראוי' אז לגירושין וכמו שכתב הרמב"ם (פ"ג) מגירושין מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין וכן משמע מדברי רש"י שם. ובאומר כתוב ליבמתי בעי שם רמב"ח כיון דאגידה בי' כארוסתו דמיא א"ד כיון דלא עבד בה מאמר לא ועיי"ש ברא"ש דהאבעיא היא משום דיכול לבא עליה בעל כרחה ואז יכול לגרשה תלוי הדבר בו וחשיב בידו לגרשה וזה אתי שפיר אם החסרון הוא מטע' דשלבל"ע ולא הוי לשמה או משום שליחות ובידו יש לומר מסלק הדשלבל"ע אבל אם נאמר דגזה"כ הוא וכתב ונתן דבשעת כתיבה בעי שיהיה ראוי לנתינה מה מהני בידו כיון דמ"מ אינו ראוי לנתינה בשעת כתיבה. אך י"ל למה שכ' תוס' שם דלאשה דעלמא אינו גט אף דכתוב בו זמן דאחר נישואין כיון דאין בידו לגרשה בשעה שעשאו שליח וכתבו דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל למ"ד אדם מקנה הוי גט דבידו לגרשה כמו בשיחרור דמהני בלוקח עבד על מנת לשחררו וכ' לו לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו:

וראיתי במח"א (פ"א) מגירושין שכ' דבריהם קשים לשמוע דהתם בעבד באותו כתיבה זכה מעכשיו העבד והוי דבר שלא בא לעולם אבל כאן אין כאן הקנאה ואם ירצה שלא לגרשה רשות בידו עכ"ל. אולם דברי תוס' ברורים המה דהא בכ"מ כשמצוה לכתוב הגט ולמסור בידו בכל עת שירצה לגרש יגרש בו מהני השליחות על הכתיבה ואף בארוסה באומר ומצוה לכתוב לכשאכנסנה אגרשנה מהני אף דאינו מוסר היום הגט מ"מ כיון דיש בידו למסור היום וחל הגירושין יכול לעשות שליח מה שהוא יכול לעשות כן אף באשה דעלמא למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע ויכול לגרשה היום בגט זה ולתת לשם גירושין שיהיה חל לכשיכניסנ' ממילא יכול לעשות שליח על הכתיבה כיון דבידו לעשות עכשיו ורק די"ל דלענין גט דבעינן כתיבה לשמה כיון דעכשיו לאו בת גירושין היא שיחול עתה לא מהני לזה מביא תוס' ראיה משטר שחרור דבעינן גם כן לשמה ומהני למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כשכותב הג"ש אף קודם שקנה אותו מהני נמי בגט אשה וכיון דבידו לעשות עכשיו מעשה הגירושין יכול לעשות גם כן על ידי שליח. וז"פ והא דבעי ביבמתו אם בידו מהני לסלק הדשלבל"ע כבר כתבו תוס' נזיר (דף י"א) בטעם הדבר דהואיל דמחוסר מעשה י"ל דגרע ועיין מה שכ' אאמ"ו הגאון ז"ל בד"ח דיני קידושין (סי' ל"ג) בהבנת דבריהם דאף דבידו מסלק הריעות' ממה דהוי דשלבל"ע מ"מ אינו חל מעכשיו וי"ל דגרע גם כן לענין זה דאינו יכול לכתוב עכשיו כיון דלא הוי לשמה וממילא

אינו יכול לעשות על ידי שליח ולפי זה י"ל גם כן אף להסוברים דל"ב שליחות לכתיבה מ"מ לא מהני דבעינן וכתב ונתן שיהיה ראוי לתת בשעת כתיבה וביבמתו הספק אם בידו מסלק הדשלבל"ע והוי כמ"ד אדם מקנה דבר שלב"ל או לא:

ועפ"י דברי הפנ"י הנז' י"ל דמה שכ' הטור אה"ע (סי' קל"ב) דברי הרמב"ם בצוה לכתוב גט לאשה דעלמא לגרש בו לכשיכנסנה אינו גט וכ' וא"א הרא"ש ז"ל כ' דאפילו לאשה דעלמ' הוי גט למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע ומנ"ל לטור דדעת הרמב"ם אינו כן דלמא גם הרמב"ם סובר למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע מהני באמת וי"ל כיון דהרמב"ם נקט הטעם משום דלא הוי לשמה דלאו בת גירושין היא ולמה ליה לטעם זה הא כיון דלאו בת גירושין הוא לא מהני מצד גזה"כ דבעינן וכתב ונתן שתהיה ראוי ליתן בשעת כתיבה ובזה כיון דאינו ראוי ליתן בשעת כתיבה לא מהני אלא ודאי דהרמב"ם דכ' הטעם משום דלאו בת גירושין היא בא להורות דאף למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע גם כן לא מהני מטעם דלא הוי לשמה ואינו דומה לעבד דעכ"פ בר שיחרור הוא בעצמו אף דזה עדיין אינו רבו מ"מ כיון דאדם מקנה דשלבל"ע הוי לשמה גם כן משא"כ באשה פנויה דעלמא דלאו בת גירושין הוא השתא כלל לא הוי לשמה אף למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע לכך כתב הטור דדעת הרא"ש אינו כן והנ"מ מזה לדינא כבר כתבו האחרונים בכמה אנפי.

אך מ"מ דברי הפנ"י המה דברים חדשים לדרוש מעצמו גזה"כ ועיין בחידושי מהרי"ט קידושין (דף ס"ב) דוגמא לזה דכל גט שנכתב קמי דחיילי קידושין לאו כלום הוא דרחמנא אמר כי יקח איש אשה כו' וכתב לה ספר כריתות מ"מ לא מצינו דרשות האלה וכן ראיתי כ' משם הגאון מוהר"ח כהן ראפאפרט ז"ל ע"ד פנ"י הנז' שנתן טעם מסברא דנפשיה כמאמר חז"ל יושב ודורש כמשה מפי הגבורה שלא נמצא דרש זה בפוסק ראשון ואחרון עכ"ל. ובמרדכי יבמות שם כ' דברי הר"י דלאשה דעלמא אינו גט מטעם דל"מ משוי שליח וכ' ואפילו שכח הסופר ולא כ' עד שכנסה אינו גט כיון שעשאוהו שליח בשעה שלא היה בידו לגרש וכ' ואע"ג דמשמע בגיטין דבכתיב' גט ל"ב שליחות כו' אפי"ה דעת הבעל בעינן משום וכתב לה לשמה וכיון דאין כתיבתו כלום אלא מדעתו הוי כשלוחו לגבי האי מילתא דבעינן דההיא שעתא מצי כתבו עכ"ל הרי דסובר להדיא דאף אם כתבו הסופר אחר שכנס' גם כן ל"מ ולא מטעם דלא הוי שלוחו דל"ב שליחות לכתיבה רק כיון דלא הוי לשמה עד שישמע מפי הבעל וכיון דבשעת צוואתו לא מצי כתבו לא מהני ודומה ענין זה לשליחות ועיין במל"מ (פ"ו) מגירושין ובס' בית מאיר (סי' קל"ב) כ' להסוברים דל"ב שליחות לכתיבת הגט י"ל דמהני כשכותב הסופר אחר שכנסה ועיין שם ובת"ג והרי מבואר הדבר לפנינו במרדכי דאף אם כתב אחר שכנס' לא

מהני הואיל דבשעה שציוה אינו יכול לכתוב ואף אם לא בעי שליחות לכתיבת הגט מ"מ לא הוי לשמה. ולפי זה י"ל כ"כ אם בריא מצוה לכתוב הגט ונשתטה הבעל אחר כך דלא מהני דאף דל"ב לשליחות ולא שייך לומר דהואיל דהמשלח לא מצי עביד בשע' מעשה לא מהני מ"מ כיון דצריך ציווי הבעל וצריך שיהיה בידו לעשות בשעה שעושה השליח שליחותו והיינו דבעת שכותב על פי דבורו דבעל ומצוה לכתוב אנחנו רואין הציווי של הבעל כאלו מצוה היום בשעת הכתיבה ועל ידי זה נכתב לשמה. לכן אם נשתטה הבעל אחר כך פסול והוי כאלו מדבר ומצוה כעת בשעת שטותו והוי כנכתב שלא לשמה. אולם לענין נתינה יש לומר דסובר הרשב"א דכשר כיון דנעשה שליח דבעל היינו הבעל מוסר כחו ועשה אותו שליט על ענין זה וקבל כח הבעל לעשות במקומו כיון דצריך לנתינה שליחות וכבר נגמר הדבר אזלינן בתר התחלה וכדעת הרמב"ם אבל לענין הכתיבה כיון דלא בעי שליחות לא קבל כח הבעל ולא נעשה במקומו שיהיה כאלו מסר לו הבעל הכח ומעשה הכתיבה נקרא על שם הכותב ולא על שם המצוה רק כשלא ציוה לא הוי לשמה ואם כן כיון דאינו יכול לצוות לכתוב מה שאין בידו לעשות עכשיו כיון דצריך לכתוב מדעתו הוי כשלוחו לגבי האי מילתא המתחיל בשעת כתיבה וכמו שכ' המרדכי כמו כן הוי לענין זה שלוחו דבעינן שיהיה המצוה ראוי לעשות בשעת כתיבה דהצוואה של קודם לכן חזינן כאלו מצוה עכשיו ואם בעת הכתיבה אינו בדעתו והוא משועמם הוי כאלו כתבו שלא מדעתו אבל לענין נתינה סבר הר"י שהביא הרשב"א דכשר כיון דכבר קבל כח הבעל ובא במקומו:

וא"ל דנאמר דגם שליחות הנתינה מתחיל משעת נתינה. דכבר כתב אאמ"ו ז"ל בספרו דיני קידושין שם לדון דאם לא חל השליחות מהשתא אי אפשר שיחול אחר כך דכבר כלתה אמירה של עשיית השליחות וא"ד לקידושי כסף או שטר לאחר ל' דמהני דשם מחמת קנין כסף או שטר שהוא בעינא לאחר ל' הוי קידושין אבל בשליחות דנגמר על ידי אמירה והאמירה גומר ענין שליחות וכבר כלתה אמירה ובאומר סלע זו לצדקה לאחר ל' דמהני הוא משום דאמירה לגבוה הוי ככסף בהדיוט ואם כן בשליחות דלא שייך לומר כן אם ממנה אותו שיעשה שליח לאחר זמן כבר כלתה אמירה וכשממנה אותו לעשות לאחר זמן נעשה שליח מהשתא עיין שם בדבריו ויבואר עוד לקמן בזה וזה אתי שפיר בנתינה דבעינן שליחות אינו חל רק אם גומר מהשת' שמוסר לו הכח שיעשה לאחר זמן אבל לענין לשמה דאינו צריך לשליחות ואינו נותן לו כח אף שכבר כלתה האמירה שמצוה לסופר מ"מ נמשכו דבריו עד שכותב אז מכח צווי הבעל וחזינן כאלו

מצוה השתא ובעינן שיהי' בריא בשעת כתיבה כנלע"ד בדברי הרשב"א די"ל דס"ל כדעת הרמב"ם דאם כבר קבל השליח כח מבעל בא במקומו לגבי נתינה משא"כ בכתיבה:

ג) ולכאורה י"ל הא דמבואר בטוש"ע אה"ע (סי' ק"כ) דאף אם שלוחו כתבו צריך שיהי' הקלף משל בעל והטור כתב משם הרמ"ה דא"צ לזכות לו הנייר אלא אע"ג דכתבו מדידהו ויהבו לה כיון דבשליחותו קעבדי מצו יהבי לה בשליחותו דבעל כמאן דיהבו לבעל והדר בעל ויהיב לאתתא דמי דכיון דמזכו לאיתתא בשלוחותייהו אקנויי אקני לבעל לגרושי ביה ונמצא זכיית הבעל וגירושין באין כאחת. ובפ"ח כתב לדון דלא איצטרך למימר דמזכו ומקנו לבעל דאי משום דכתיב ונתן דבעינן שיהיה הגט משלו ה"מ כי קמגרש איהו אבל כי עביד שליח למכתב גיטא ולמיהב לאתתיה הרי השליח נכנס במקומו דשלוחו של אדם כמותו ולא בעי תו דלהוי הגט מבעל אלא כיון דהוי משל שליח סגי לן בהכי דכי היכי דוכתב הוי איהו או שלוחו אע"ג דלא כתב איהו מידי ה"נ ונתן הוי איהו או שלוחו אע"ג דלא קיהיב איהו מדידי' מידי וכי קאי ונתן אשליח מצי למהוי הגט מהשליח דהא ונתן קרינן בי'. וי"ל דתלי בזה אם השלי' קבל כח הבעל וכדע' הרמב"ם שפיר י"ל דונתן קרינן ביה כיון דהוא בא בכח הבעל שקבל אבל לדעת הטור וסייעתו דסובר דמינוי שליחות דבעל היינו שהשליח מוסר כחו וידו להבעל לכך אם הבעל נשתטה בשעת נתינה בטל הגט מה"ת ואף לכהונה לא נפסלה כיון דלא בר גירושין הוא אף ידו של הבעל אינו יכול לגרש ועל כרחך סובר דסוג שליחות דרבת' התורה הוא שכח של השליח נמסר למשלח ולדעת הרמב"ם הוא להיפך ולדבריו אתי שפיר דברי הפ"ח והח"מ שכיון שנמסר כח הבעל לשליח ואף אם נשתטה הבעל כיון דהיא אשתו יכול שליח לגרשה וכיון דבא השליח בחריקאו יכול לגרש אף אם אין הבעל זוכה בהגט כיון שהשליטו על אשתו לגרשה והתורה נתנה לו כח זה שיכול למסור להשליח שפיר בא במקומו ויכול לגרשה על ידי נתינתו אף שאינו של הבעל. אבל לדעת הטור דהשליח נעשה ידו של המשלח א"ש שצריך הבעל לקיים ונתן בידה ואם אין הנייר שלו אינו מקיים ונתן בידה:

ובספר בית מאיר שם כ' להשיג על סברת הפ"ח מקידושין (דף ז) הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני ופירש רש"י והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו ולסברת הפ"ח מה צורך ללמוד מעבד כנעני דל"ב דליהוי חסר המקדש במידי ומה בגט דכתיב ונתן משלו אמרינן דמה שנותן השליח חשוב כמו שנותן המשלח מכ"ש בקידושין אף אם נאמר דצריך המקדש להיו' חסר במידי מ"מ כיון דשלוחו נחסר נימא דהוי כאלו המשלח נחסר אלא ודאי דלא שייך שליחות במידי דהקפידה שיהיה משלו ולדעתי יש

לסלק ראיה הזאת דקידושין הוא ענין אחר דילפינן קחה קחה משדה עפרון שאשה נקנית בכסף והאשה מבטלת רצונו ונעשית כהפקר כמו שכ' ר"ן נדרים (דף ל') והבעל קונה אותה על ידי כסף הקידושין ולא ידענו שאדם יכול לקנות שום דבר אם לא יהיה חסרון כספו דבלעדי זאת אין סומך דעת הקונה וצריך למילף מעבד כנעני דעיקר הקנין במה שהמקנה קונ' ומקנה רק הגט כורת ממילא ענין האישות וכיון דשלוחו כמותו ומוסר בידו הספר כורת אף שאינו משל בעל. ומה שכ' ונתן משלו לא אדע הא אף כתבו על איסורי הנאה כשר וקרא דונתן לא קאי רק על הספר הכורת כמבואר גיטין (דף כ') ולדעת הרשב"א וסייעתו איסורי הנאה אינו שלו ויכול כל א' לחטוף ממנו ואעפ"כ כשר ועל כרחך הא דכתיב ונתן דלא בעי רק שלא יהיה של אחר ואף באומר הרי זה גיטך והנייר שלי כ' הרמב"ם (פ"ח) הטעם דא"ז כריתות והיינו כיון דנשאר זכות הבעל בהגט אבל אם לא יש שום זכות להבעל בהגט הוי כריתות. אם כן כיון דשלוחו כמותו על סוג דנמסר לו כחו של הבעל להיות שליט על אשתו לגרשה ולעשות הכריתות מהני נתינתו של השליח במקום הבעל כיון דלא נשאר שום זכות בהגט לו ולבעל וי"ל דהא דצריך להיות הנייר משל בעל ושהסופר יקנו להבעל דאל"כ נשאר זכות של אחרים בהגט ואינו כורת ולא דבעינן שיהיה דוקא משל הבעל רק הנתינה צריך שיהי' מכח הבעל וכמו שכתבתי:

ומ"ש הב"מ דהריטב"א קידושין שם סובר כהפ"ח כי כתב דאיירי דאין הנותן שליח אלא שנתן משלו כדי שתתקדש בו לפלוני והיינו דאתינן עלה מצד ע"כ ומשמע מניה הא על ידי שליח לא צריך לדון מעבד כנעני וכן ברמב"ן חמש שיטות כתב דכשם דאין אשה מתקדשת בשלה אלא בשל בעל או שלוחו כן אינ' מתגרשת אלא בכך וכתב אבל צ"ע כי באמת בקידושין אף בדבר שנתן לה אפילו לא היה זה שלוחו מתקדשת מדין עבד כנעני אלו דבריו. הנה מדברי הריטב"א אינו ראיה רק דלא צריך שליחות רק לענין אמירה אבל לא דנימא מצד הסברא דממון של המשלח יגמור הקנין להמשלח דתליא בסמיכת דעתו ואם לא נילף מעבד כנעני לא נדע שהקונה יקנה דבר בלא חסרון כיסו וממון של חבירו יעשה קנין אף שהוא שלוחו. ומה שכ' רמב"ן גיטין בשל בעל או שלוחו דוקא אילו קאי על קידושי שטר דהנייר צריך להיות של בעל או שלוחו אבל בקידושי כסף מהני מדין עבד כנעני וע' מה שאבאר אי"ה לקמן בקונטרס הקנינים בקנין מצד ע"כ:

ולמ"ש דבגירושין דלא בעי רק נתינת ספר ושלא יהי' אגד לגבי אחרים זכותם או לגבי בעל י"ל דהדין עם הפ"ח והג"פ דעמדו על הש"ע אה"ע שם (ס"ב) בגזל נייר דלמה אף בלא שינוי מעשה כלל רק אם היה יאוש בלבד לא יהי' מועיל גם כן מצד יאוש ושינוי רשות כמו בקדשה בגזל דאחרי' דמקודשת [ובתו"ג שם כ' דאישתמיט מני' דג"פ דברי

הר"ן קידושין דכתב הא דקדש' בגזל אחר יאוש מהני הוא מטעם דהאשה קנתה אף דהמקדש לא יהיב לה מידי מדידי' מ"מ כיון שהנאה בא לה מחמתו מקודשת. ולא אדע הא עיקר סמיכתו של הג"פ הוא על דברי המ"מ וכן כתב הרשב"א גיטין (דף נ"ה) דקניית הגזלן וקנין של הלוקח באין כאחד מהראוי שיהני גם כן בגט ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בד"ח בדיני גניבה (סי' י"א)] אולם אף אם נאמר דאין הלוקח זוכה מכח הגזלן מ"מ לגבי גט אפשר דמהני דלא בעי רק נתינת ספר וכיון דעל ידי היאוש כבר יצא מרשות הנגזל ובפרט למה שכתבו תוס' ב"ק (דף ס"ט) דמצד הנגזל יכול כל אחד לזכות מהפקירא רק מצד קנין של הגזלן מעכב לזכות אם כן הספר שכתב על הנייר הוי שלו ואין בו שום שיור וזכות לאחרים כשבא ליד האשה מנ"ל דבעינן ונתן משלו ובב"מ כ' דצריך דוקא שיתן דבר שהוא שלו ולא ידעתי מנ"ל כיון דגם כתבו על איסור הנאה כשר. אולם אם מגרש בעל כרחה בזה צ"ע אם מהני על ידי שינוי רשות כיון דאינה רוצה לקנות נשאר עדיין זכות של הנגזל ולא הוי כריתות או דנימא כיון דאם תהיה מגורשת נקנה לה הנייר על ידי הכריתו' ויהיה ממילא השינוי רשות ויבואר אי"ה לקמן אם הגירושין מסבב הקנין של הגט או הקנין מסבב הגירושין:

גם בדברי רמ"ה דנראה מדבריו דלא אתי עלה מטעם דהשליח במקום הבעל קאי רק דזכיית הבעל וגירושי אשה באין כא' יש לחקור בסברתו אם נאמר דהוא כמו שכ' הראשונים בקנין סוד' של העדות דהוי כאלו הקנו הסודר להקונה על ידי המקנה כמו שכ' בש"מ ב"מ סוגיא דחליפין משם הרמ"ך וברשב"א קידושין (דף ח') משם הירושלמי בתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דאותו פלוני זוכה בעדה ואחר כך מחזיק לעצמו וכמו שכתבתי בזה בהגהותי בד"ח דיני מכירה (סי' ב') והבאתי דברי ירושלמי (פ"א) דקידושין דנראה דקנין עבד כנעני ג"כ מטעם זכייה אתינן עלה יעיין שם כן ה"נ האשה זכתה בהגט בשביל בעלה ומחזקה לעצמ' משל בעל וזכיית הבעל וגירושיה באין כאחד וכן ראיתי אחר כך בספר דברי אמת (דף ס"ג ע"ב) שלומד כן בדברי הרמ"ה ורמ"ך שבש"מ ב"מ הנז' דהוא על דרך הירושלמי הנז'. ולפי זה היה נראה באם מגרשה בעל כרחה לא מהני גם לדעת הרמ"ה בנייר של השליח וכן במגרש לקטנה גם כן ל"מ דאינה יכולה לזכות בעד הבעל [אם לא לדעת הרא"ש קידושין (דף י"ט) דאף דאין שליחות לקטנה לזכות לעצמה בשליחות אביה מהני ועיין באבני מילואים (סי' ל"ז ס"ק ג') דקטן נעשה שליח כל שהוא לטובתו ועיין מה שכתבתי בזה בהגהותי בדברי חיים דיני גביית חוב (סי' ז')] ומסתימת דברי הרמ"ה משמע דבכל גווני מתגרשת בהנייר של השליח ועל כרחך דסברתו אינו דהאשה זכתה להבעל רק כיון דהשליח יהיב להאשה בשליחותיה דהבעל

אקנוי אקני לבעל לגרושי ביה וזכיית הבעל בא במה שהשליח קעביד בשליחותיה ולא בעי שהבעל יעשה בו מצד קנין רק ממילא נעשה שלו כיון דמגרש בזה לאשתו דבעל הוי כמאן דיהבי' לבעל והדר בעל ויהיב לאיתת' ואף דאין אדם זוכה בשלו לאחרים היינו כיון דליכא הוצא' מרשו' לרשות אבל אם מוציא הדבר לרשות אחרים בשליחותיה ממילא נעשה של אחרים מצד הקנאת השליח אף בלא מעשה קנין של הזוכה כיון דאינו זוכה ממש רק שיהיה חשוב כאלו הזוכה זוכה ממנו לענין זה מהני. ועוד אם נאמר כמו שכ' בספר דברי אמת דהאשה זכתה מקודם לבעל אם כן בשעת נתינה לא הוי של בעל ומה מהני מה שמחזקת אחר כך לעצמה בתורת גירושין דומ' לטלי גיטך מעג"ק דלא מהני מטעם דבעינן ונתן בידה כאן נמי כיון דבשעת נתינה לאו של בעל הוא ל"ה ונתן ואף די"ל דבא ביחד מ"מ בפשיטות נראה דלאו מטעם זכיה אתינן עלה ועוד יש להאריך בענין זה אכ"מ. הדרן לדברינו דלכאורה לדעת הרמב"ם בסוג דשלוחו של אדם כמותו דלא איכפת לן במה דלא מצי למיעבד אחר כך המעשה מן התורה דשליח כבר קבל כח הבעל יש מקום לדברי הפ"ח הנז' דסגי לגרש בנייר של השליח. אולם הב"י בש"ע אף דפוסק (סי' קכ"א) כדעת הרמב"ם סובר דמ"מ אף דנעשה שליט על אשתו לגרשה הנייר צריך להיות משל בעל המשלח דמ"מ אף דבא בחריקאו עיקר המגרש הוא שתהיה גרושה מאישה צריך שיהיה משל בעל:

ד) ויש לדון דגם הא דנחלקו הפוסקים אם יכול לעשות שליח שלא בפניו כמבואר בר"ן סוף פ' התקבל ועיין תוס' רי"ד קידושין (דף ח') תלי גם כן בזה אם נאמר כשיטת הרמב"ם דהמשלח מוסר כח לשליח שיהיה במקומו ובחריקאו כל מה שיעש' אתי שפיר אף בממנה לפלוני שליח בפני אחרים או בפני ב"ד וכשנודע לאותו פלוני מהני השליחות למפרע משעת מינוי השליחו' דא"ל דנגמר השליחות כשיודע לו דאם כן כבר כלתה הדיבור וכמו שכתבתי לעיל משם אמו"ז ז"ל דאינו יכול למנות השליח רק שיהי' נעשה שליח מהשתא דאל"כ ל"מ דכבר כלתה אמירה ועיין מה שכ' בד"ח בהגהותי בדיני גיטין (סי' ל') ליישב על פי זה דברי תשובת רשב"א דכ' באשה שאמרה כל מי מכם שירצה בעלי לתת לו הגט יהי' שליח לקבלה שלי אפשר שנאמר בזה אין ברירה כענין לאיזה שארצה אגרש בו. וכולם תמהו בזה דלא תליא בברירה רק במקום שצריך שיחול למפרע אבל שיחול אחרי שיתברר אז לא צריך לברירה וי"ל דהרשב"א מסתפק בזה די"ל דאם נאמר דכוונתה דלמי שיברר הבעל יהיה שליח לקבלה מאז לא חל כלל דכבר כלתה אמירה ועל כרחך כוונתה דממנה לשליח שיהי' מהשתא את שיבחר בו הבעל אם כן תלי שפיר בברירה עיין שם ואם כן גם אם מינה לשליח שלא בפניו צריך על כרחך

לומר דמהשתא חל דאל"כ רק לאחר שיודע לו ויקבל שליחותו כבר כלתה אמירה וע"כ דחל מהשתא משעת אמירה אף דלא ידענו אם יתרצה לקבל השליח שליחותו מ"מ חל מהשתא וכן כתבתי שם בהגהותי בדיני קידושין (סי' ל"ג) והבאתי שכן מבואר גם כן בס' חמדת שלמה אה"ע (סי' ס"ט) שהבליע בנעימות דבריו דמהשתא נעשה שליח שלא בפניו אף דאינו יודע כלל משום דבר ואף דלא כ' טעם הדבר ואם כן זה אתי שפיר אם נאמר דהמשלח מוסר כחו לשליח ובזה נגמר הדבר ויש סברא דאף שלא בפניו מוסר כחו ולכשיתרצה חל למפרע אבל אם נאמר דהשליח נעשה ידו של המשלח קשה להבין כ"ז שלא נודע לו להשליח אם רוצה בכך איככה יזכה המשלח בידו וכחו ואף דגם אם המשלח מוסר כחו לשליח מ"מ אם אינו לפנינו במה יזכה מ"מ י"ל כיון דגלי לן קרא דיכול בדיבור בעלמא למסור כח לשלוחו שיעשה בחריקאו אז בדבורו מזכה לו אף שלא בפניו דוגמ' בדעת אחרת דל"ב כוונת קנין אבל שיזכה המשלח ביד וכח השליח כשהוא שלא בפניו ולא ידע כלל מזה ועכ"ז יהני מהשתא קשה להבין מצד הסברא:

גם הא דנראה מדברי הר"ן גיטין ר"פ הזורק דשליח יכול להקנו' קרקע שלו לאחר ואגבו המטלטלין של המשלח [ועיין בספר מקו"ח הלכו' פסח (סי' תמ"ח) שכתב לדון כן מצד הסברא והדברי' מבוארים בר"ן גיטין הנז'] יש לומר גם כן דהוא רק כיון דהשליח בא בכח המשלח דהמשלח נותן לו כחו דאז שפיר הוא המקנה הקרקע ואגבן המטלטלין אבל אם נאמר דהשליח נעשה ידו של המשלח אם כן כיצד יזכה אגב קרקע דשליח שמקנה לפלוני המטלטלין של המשלח הא הוי כאלו המשלח מקנה והוי כאלו אחד מקנה קרקע ואחר מטלטלין. ואולם במקנה קידושין (דף כ"ז) כ' דגם בכה"ג קונה באגב ויבואר אי"ה במ"א:

ובטור אה"ע (סי' ק"מ) כ' בשליח קבלה שמינתה האשה לקבל הגט מספקא לן אם דינו כדין האשה לכל דבר לענין שאם זרק לחצרו או לתוך ד"א של השליח שתהיה מגורשת ומסתבר' שדינו כדין האשה לכל דבר. ומזה גם כן נראה דהשליח קבל כח המשלח לכך חצרו וד"א זוכה לו כיון דבא בכח האשה ובחריקא' קאי אבל אם נאמר דנעשה יד וכח של המשלח מה מהני שבא לחצרו של השליח הא השליח אף דמסר לה ידו מ"מ בחצרו וד"א לא זכתה ועיין מל"מ (פ"ז) מגירושין דהביא דספק זה מסתפק לי' לירושלמי גיטין ועיין שם בספר בית מאיר וכתבתי בזה במ"א. גם בשליח לתבוע החוב י"ל גם כן דתלי בזה דדעת הרא"ש דסובר דמן הדין יכול לתבוע מצד דשליח של אדם כמותו ופיו כפיו היינו דסובר דשליח נעשה ידו של המשלח והוי כאלו המשלח תבעו וכן לדעת הרז"ה והרמב"ן כ' דיכול לומר לאו בע"ד דידי את היינו דסובר דיכול למסור זכותו לשליח

שיהיה במקומו ובחריקאו שליט על דבר זה כדעת הרמב"ם לכן כיון דבכ"ז לא זכה בהחוב יכול לומר לאו בעל דברים דידי את:

אך יותר מסתבר לומר דגם הטור סובר דשליח כמותו היינו דבא בחריקאו ובכחו של משלח ומ"מ סובר אם נשתטה המשלח אף דאכתי אגידה ביה בהבעל מ"מ אין השליח יכול לגרש דסובר כל מידי דמשלח לא מצי עביד שליח לא מצי עביד בעינן שיהיה המשלח יכול לעשות בשעת מעשה דשליח עושה:

וי"ל דזאת הוא הבחינה המחלקת בין כח זכיה לכח שליחות דלכאורה יקשה להסוברים זכיה לאו מטעם שליחות הוא אמאי יועיל בגט אשה ובש"ס סוף יבמות איבעיא לן במזכה גט לאשה במקום יבם אם זכות הוא לה או חוב הא לו יהיה זכות הוא לה הא בגט אשה קרא כתיב ונתן בידה ושליחות גלי לן קרא דמהני דשליח של אדם כמותו ויד שליח כמשלח אבל זכיה הוא רק קנין בפני עצמו דגלי קרא דיכול כל אחד לעשות קנין בעד אחר בדבר דזכות הוא לו לפי דעת בני אדם דדבר זה זכות הוא להאחר אז כשיתרצה כשיודע לו מהני למפרע וכמבואר בנ"י יבמות שם וברמב"ם (פ"ד) מזכיה ומ"מ עכשיו לא הוי רק כמו קנין בלבד ומה מועיל לגבי גט אשה דכתיב ונתן בידה וכמו דלא מהני לגבי גט ברצון המתגרשת קנין סודר או אגב שיזכה בהגט כמבוא' בר"ן ורשב"א פ' הזורק ועיין תו"ג (סי' קל"ט) משום דבעינן לקיים ונתן בידה או לרשותה אם כן אף זכיה לא עדיף משאר קנין. וראיתי בתשובת מרן רע"א ז"ל בדברי בנו הרה"ג מוה"ש ז"ל שעמד בסתירת דברי הר"ן הנז' דכ' דאגב לא מהני בגט ולמה בגיטין (דף י"ג) מדחיק הר"ן א"ע בטעם הדבר דל"מ מעמד שלשתן בגט הא בפשיטות כיון דאין הגט ברשותה ולא הוי רק קנין כמו שאר קנינים לכן אינו מועיל דבעינן ונתן בידה ולא ידעתי למה לא עמד להקשות מזכיה דמבואר בש"ס דאם זכות הוא לה מהני בגט ולהסוברים דזכיה לאו מטעם שליחות הוא הוי רק כקנין בעלמא ואמאי מהני וכן עמד על זה גם כן דודי הרב הגדול הצדיק המנוח מ' אליעזר זללה"ה וא"ל דזכיה אף דלאו מטעם שליחות הוא וזכין לקטן מ"מ לא גרע משליחות גם כן ז"א דמבואר להמעיין ברשב"א רפ"ב קידושין יראה דס"ל דלא עדיף משליחות רק דהוי קנין בפ"ע מדהביא ראיה דזכיה מטעם שליחות מדאמרינן (פ"א) דב"מ חצר משום ידה איתרבאי ולא גרע משליחות גבי מתנה דזכות הוא זכין לאדם שלא בפניו. וקשה ודאי בנותן מתנה לחצר חבירו לא נוכל לומר מטעם זכיה דחצר לאו בר דעת הוא ועל כרחך דהוי כשליח של בעלים אבל לא נוכל לומר דהנותן מזכה על ידי חצרו שיזכה בעד בעל החצר לכך נקט הש"ס שליחו' דהוא כח ויד של בעל החצר אבל מ"מ נוכל לומר דזכיה עדיף משליחות ובמקום דל"מ מצד שליחות

כגון לזכות לקטן מ"מ מהני מטעם זכיה אלא ודאי דסובר דאי זכיה לאו מטעם שליחות הוא לא הוי כשליחות כלל רק קנין בפ"ע [ובדברי הרשב"א שם שהביא ראיה מנדרים בתורם משלו על של חבירו דסותר לכאורה לדבריו שבנדרים (דף ל"ה) יש בזה לדבר טובא לבאר דבריו ואכ"מ] עכ"פ מבואר מדבריו דאי זכיה לאו מטעם שליחות הוא רק כקנין בפ"ע וכ"ז שלא עשאו אותו הבעלים לשליח לאו שלוחו הוא דבעינן מדעת רק זכיה גלי לן קרא דאחד יכול לזכות בעד חבירו שלא מדעתו ומהני כשמתרצה הזוכה בו ואינו מוחה כששמע ואם כן כיון דלא הוי רק כקנין בעלמא אמאי יועיל לגבי גט שיזכה בהגט בעד המתגרשת אם זכות הוא לה דהא ונתן בידה כתיב או לרשותה וע"י זכיה עדיין לא בא לידה ולרשותה:

ולמ"ש י"ל דההבדל בין שליחות לזכיה הוא דשליחות רבי לן הקרא שהוא כמותו דהמשלח מוסר לו הכח ונעשה במקומו ובחריקאו על אותו שמרשה לו וממנה אותו לשליח ועשייתו כעשיותיו של המשלח לא שהשליח ימסור כחו ושיהיה ידו של המשלח מה שאין כן זכיה רבי לן רחמנא שזה שעושה מעשה הזכיה ועומד במקום הזוכה ומכוין לזכות בעדו מהני מטעם דזה שעושה מעשה הזכיה מוסר ומזכה רשותו וידו להבעלי' שרוצ' לזכות בעדו ולכך סברו דמהני אף בקטן דיכול לקנות בד"א מקנה ויכול הזוכה לזכות בעדו דמוסר לזכותו רשותו. ולפי זה בגט נמי אם זכות הוא לה מהני כיון דזה שזוכה הגט בעדו מקנה ידו ורשותו למעשה הזכיה הזאת להאשה והוי כאלו בא הגט לרשות'. וא"ל אם כן מה הקשה הר"ן רפ"ב דקידושין על הסוברים דזכיה הוא מטעם שליחות מרשב"א דסובר דשיחרור לא מהני רק על ידי אחרים ומה מהני הא אף להסוברים דלאו מטעם שליחות הוא מ"מ צריך שלא יהי' על ידי קנין בלבד ועל כרחך צ"ל דזכה כמו דהי' מהני בגט אשה משום דהזוכה מזכה ידו ורשותו להא כן נמי בג"ש ומה מהני הא מה שקנה עבד קנה רבו ושוב ליכא הוצאה מרשות. זה אינו דאף אם העבד זוכה ברשות האחר המזכה לו רשותו לזכות בהג"ש מרבו כיון דזה אינו מזכה לו רק לענין שיזכה בהג"ש ושיבא לרשות ולא שיזכה בו רבו. ולפי זה כן נמי במעמד שלשתן שפיר צריך לומר דלא מהני בג"ש משום דלא שייך לומר מגו דזכי לנפשי' כמו שכ' הר"ן דבלא זה שפיר היה נקנה השטר שחרור להעבד אף דבשאר קנינים לא מהני בגט מ"מ הא זכיה מהני וקנין דמעמ"ג הוי כמו זכיה דזה זוכה בעד זה:

וקצת היה נראה דאף הסוברים דזכיה מטעם שליחות היינו דזה שעושה מעשה הזכיה מקנה רשותו לזה שזוכה בעדו ולא בכל מקום שהשליח בא בכח המשלח שמסר לו כחו ובחריקאו בא אבל כשלא נעשה שליח מהמשלח רק במידי דזכות הוא לו לא נוכל לומר

דבא בחריקאו כיון שלא ידע מזה רק הזוכ' מקנה רשותו לפלוני שזוכה בעדו ובד"א מקנה ל"ב כוונה לקנות ולפי זה היה מיושב קושית הר"ן הנז' דאף אם נאמר לרשב"א דאין עבד יכול לעשות שליח הואיל דליתא בדנפשי' היינו למסור כחו להשליח שיבא בחריקאו זה א"י כיון דכחו הוא של האדון ובעינן בג"ש שיצא מרשותו דומיא דגט אשה אבל במזכה להעבד שטר על ידי אחרים אף דזכיה מטעם שליחות הוא על כרחך היינו דהזוכ' מקנה להעבד הרשות שלו דלא נוכל לומר דהעבד מוסר כחו לזה שזוכה בעדו דבעינן דעת מקנה והעבד אינו בפנינו ועל כרחך דזכיה עדיף דרשות זה שעושה הזכיה הוי כאלו נעשה רשותו של העבד וזה מהני דיכול להקנות רשותו על מנת שלא יהיה לרבו רשות בו ואם כן יצא השטר שיחרור מרשות האדון מה שאין כן כשעושה העבד אותו לשליח הוי כמוסר לו כחו לשליח ולא יצא הג"ש מרשות רבו ועיין היטב בזה:

ח) ועיין תוס' קידושין (דף מ"ב) ד"ה ודילמא שכתבו אבל לשוי' שליח היכא דליכא שותפות מנ"ל וא"ל דאה"נ בלית ליה שותפות לא מצי משוי שליח דהא תנן הרי שאמר לו רבו כו' והקשה בשעה"מ דלמא שאני עבד דידו כיד רבו כמו דמבואר ש"ס ב"מ (דף צ"ו) דאף דלעניו שאלה בבעלים לא מהני שלוחו של המשאיל מ"מ באומר לעבדו צא והשאיל עם פרתי מסתברא יד העבד כיד רבו דמיא חזינן דעבדו עדיף מטעם דידו כיד רבו. ולמה שכ' לעיל דסוג שליחות הוא להיות כמותו היינו דמוסר לו כחו ומוקי גברא בחריקאו לעשות מעשה הזאת ויד השליח נעשה כיד משלחו אם כן כל זמן דלא ידענו דיש כח לאדם לעשות שליח ושיהיה גברא בחריקאו לענין שחיטת קדשים ממילא אף אם עבדו שוחט אף דהוי ידו כיד רבו מ"מ הא שחיטת קדשי' בעו כוונה ולא מהני כוונת העבד לשחוט הק"פ לו יהא דידו כיד רבו מ"מ הא אף אם רבו שוחט בלא כוונה שחיטתו פסולה וע"כ מצד שליחות הוי והמשלח יכול למסור כחו במעשה הזאת להשליח שיהיה כאלו המשלח בעצמו עושה וכוונת השליח גם כן מהני מה שאין כן לענין שאילה בבעלים אף דילפינן מקרא דשלוחו אינו פוטר רק אם בעליו עמו מ"מ כשעבדו שאול עמו עדיף דידו כיד רבו ממש והוי כאלו בעליו עמו דידו כיד רבו. אך יש להבין הא לגבי מציאה גם כן בעינן כוונת קנין ואף עפ"כ אף אם מגביה מציאה לחבירו להסוברים דלא קנה חבירו מ"מ פועל עדיף דידו כיד רבו כמבואר ב"מ (דף י') ויבואר בזה אי"ה במ"א:

ו) ודע דאף לדעת הרמב"ם בעשאו שליח כשהוא בריא ונשתט' אח"כ דמהני מן התורה מטעם דכבר נעשה שליח בזמן דמצי למיעבד וכבר קבל כח הבעל וכיון דאף דנשתט' מ"מ האישו' לא נפקא ואגידה ביה יכול הגט הנמסר מן שלוחו דבעל לעשות הכריתות מ"מ לענין הקידושין בכה"ג וכן לקנות איזה דבר אם עשאו שליח לקדש כשהוא בריא

ואחר כך נשתטה י"ל דגם לדעת הרמב"ם מה"ת ל"מ הקדושין. והטעם ע"פ מה שבארתי בהגהותי לס' ד"ח מאמ"ו הגאון ז"ל דיני שילוחין (סי' א') דאמ"ו ז"ל יצא שמה לדון בדבר חדש דאף אם נאמר כהן שיאמר לשלוחו צא וקדש לי אשה גרושה דאינה מקודשת מצד דאשלד"ע ובטל המעשה די"ל דזה דוקא אם מקדשה בכסף דהשליח צריך שיאמר הרי את מקודשת בזה שאני נותן לך לפלוני וכיון דאשלד"ע בטל המעשה משא"כ כשמוסר הכהן שטר קידושין שמקדשה בשטר ושלח ישראל למסור לה השטר קידושין בזה י"ל דחלין הקידושין דהא גוף הקידושין לא עשה השליח רק הכהן המקדש והשטר הוא המקדש ובפרט אם מהני טלי קידושך מעג"ק כמו שכ' ב"ש (סי' כ"ז) ואינו דומה לקידושי כסף דשם השליח עושה כל הקידושין בדבריו שאמר שתהי' מקודשת לפלוני כהן בשליחותו מה שאין כן בשטר והביא סעד לדבריו מדב' הר"י מיגאש ז"ל המובא ברשב"א ור"ן גיטין (דף כ"ג) בהא דאין עבד נעשה שליח לקבל גט אשה דסובר דדוקא שליח לקבלה אינו נעשה כיון דבהגיע הגט ליד שליח נתגרשה שייך למיפסל משום דאף דעבד בר שליחות הוא ליתא בתורת גיטין אבל יכול להיות שליח להולכה כיון דלא נתגרשה עד שיבא הגט לידה וכיון דעבד איתא בתורת שליחות יכול להיות שלא יהיה כטלי גיטך מע"ג קרקע וה"נ לענין קידושין בעבירה והניח בצ"ע:

ואני הצעיר כתבתי שם לדון לחלק בין קידושין לגיטין דהא הש"ע אה"ע (סי' ל"ה) סתם דעבד פסול להיות שליח לגבי קידושין והב"ש (ס"ק י"ד) שם הקש' הא (סי' קמ"א) הביא ד' הר"י מיגאש ז"ל דכשהוא שליח להולכה בגט הוי ספק ולמה לענין קידושין כ' דפסול. ובספר א"מ כ' שם דבגט אין צריך שליחות רק לנתינה ואין צריך מדאורייתא שיאמר הרי זה גיטך מה שאין כן קידושין אף בקידושי שטר צריך שיאמר המקדש וכמו שכ' הב"ש (סי' קל"ו) הואיל דאינו ניכר אם גם דעתה לקידושין וכיון דעבד אינו בר קידושין אינו נעשה שליח לאמירה זו ולפי זה בנידון דאמ"ו ז"ל שייך גם כן בקידושי שטר לומר אשלד"ע. אולם דברי האבני מילואים תמוהין דהא דכתב הב"ש דבקידושין צריך אמירה הוא רק למען דעת דעתה שתתרצה לקבל בתורת קידושין ובעסוקין באותו ענין גם כן מהני ואם גילתה דעתה שתתרצה גם כן מהני אם כן אין האמירה של השליח הוא מצד שליחות רק לגלות דעתה שרצונה בזה ולמה אין עבד נעשה שליח כמו גבי גט לדעת הר"י מיגאש ז"ל. ברם בגוף החילוק בגט בין שליח לקבלה לשליח להולכה יש להתבונן למה שכ' הב"ש (סי' קל"ו) דאף דאין צריך לומר הרי את מגורשת מ"מ צריך הבעל לתת הגט לשם כריתות אם כן שליח להולכה שהוא במקום הבעל צריך גם כן שימסור לשם כריתות ואמאי יהיה עבד כשר כיון דאינו בתורת גיטין וע"כ צריך לומר דלדעת הר"י

הלוי ז"ל א"צ שום כוונה מהשליח ולפי זה יש לחלק טובא בין קידושין לגירושין דהמקד' ודאי צריך שיכוין המקד' לקנות האשה על ידי הכסף קידושין או השטר ואם אינו מכוין לקנות אף אם האשה מכוונת להקנות א"ע אינה מקודשת ואף אם בשאר קנינים בד"א מקנה לא בעי כוונת קנין מ"מ בקידושין לא מהני ד"א מקנה דהאשה אינה מקנית א"ע רק מבטלת דעתה כמו שכ' הר"ן נדרים (דף ל') דוכי יקח איש אשה כתיב ולא כי תלקח אשה לאיש ולא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל רק כיון שמסכמת היא מבטלת דעתה ורצונה ומשווה נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו. אם כן ודאי בעינן כוונת הבעל לזכות בה ואם עושה שליח לקדש לו האשה הן בכסף הן בשטר גם כן נראה דהשליח צריך שיכוין לזכות בה בעד המשלח ואף אם בממון כששלח הקונה המעות ליד המקנה והמוכ' מקבלו לא בעי שום כוונה ואף שליחות לא צריך דאף על ידי חשו"ק מועיל דהוי מעשה קוף בעלמא כמו שכ' הנתיבות (סי' קפ"ב) היינו כיון דיש ד"א מקנה והכסף עושה הקנין אבל בקידושי אשה כיון דליכא דעת מקנה אם שלח לה השטר על ידי שליח צריך שיהיה בר שליחות ושיכוין השליח לזכות בהאשה בעד המשלח ואף במקדש אשה שיחול הקידושין לאחר ל' יום חל הקידושין סוף ל' אף דאז אין המקדש מכוין לזכות בהאשה היינו דהכוונה בשעת נתינה מועיל על סוף חלות הקידושין אבל כשמוסר לשליח להוליך לה בשעת המסירה להשליח ודאי לא מהני אז כוונת המשלח דליכא אז שום התחלות קנין קידושין ובשעת גמר הקנין כשבא השטר ליד האשה אז צריך כוונה לקנות ואז אין המשלח מכוין לזכות בהאשה דאינו בשעת קידושין ועל כרחך דצריך השליח לכוין לזכות בה בעד המשלח והוא במקום המשלח (ועיין קצוה"ח סי' ער"ה) ובנחיבו' שם ובדברי משפט ובדברי חיים דיני גניבה (סי' ו') ואם שלח על ידי קוף השטר אף אם נאמר דטלי קידושיך מעג"ק מהני מ"מ זה דוקא היכא דהבעל כאן בעת שנטלה האשה השטר ומכוין לזכות בה על ידי שטר זה אבל בשולח על ידי קוף ואין הבעל שם בעת שמגיע לידה השטר דאינו מכוין לקנות אינה מקודשת:

ולפי"ז מיושב קושית הב"ש על הש"ע די"ל דהמחבר סובר דבגט אף דכתיב ונתן לה ספר כריתות היינו דספר כורת ולא בעי כוונת נתינה לשם כריתות לדעת הר"י מיגאש ולכך גם עבד יכול להיות שליח להולכה וגם כוונה להקנות האשה לעצמ' ל"ב בגט אשה רק דהספר כורת וזכתה בעצמה אף בע"כ וכן מצאתי מבואר ברדב"ז (ח"ג סי' ר"ח) דאינו אלא כמסלק רשות מעליה שהרי אין גופה קנויה לו ועיין שם שכ' דמטעם זה אף הר"ח דסובר דגוסס לאו בר הקנאה הוא מודה דיכול לגרש דבגט סגי בכח כ"ד ועיין מה שכ'

בהגהותי בד"ח דיני מתנה (סי' י"ד) מה שאין כן בקידושין דבעינן שהשליח יכוין לקנות האשה בעד המשלח וכנז' לכך עבד דלאו בר קידושין הוא א"י להיות אף שליח להולכה: **וראיתי** בספר קהלת יעקב מהגאון בעל ח"ד ז"ל (בסי' ל') שהביא בשם המהר"ל להוכיח דטלי קידושיך מעג"ק ל"מ דאל"כ מי שיש לו מעות במ"א שהאשה שם וכתב לה שתטול הקידושין ותהא מקודשת בהן תתקדש ואם כן למה לן הא דרבי רחמנא שליחות לקידושין הא מבואר באה"ע (סי' קמ"א) דאם שלח כתב ע"י עכו"ם וממנה ישראל בכתבו להיות שלוחו ליתן גט לאשתו דמהני דעכו"ם מעשה קוף בעלמא הוא דעביד ואם נאמר דטלי קידושיך מעל גבי קרקע מהני למה לי הא דשלוחו של אדם כמותו אפילו לא יהא כמותו כיון דאמר לה האיש שהבעל צוה לאמר לה הרי את מקודשת וכן אמר בביתו או שכתב כן לה הרי את מקודשת לי במה שתטול הקידושין תתקדש דהא לא יהא השליח אלא כקוף בעלמא שהביא לה אמירת או כתיבת הבעל והיא נהנית במה שנטלה המעות אלא ודאי בעינן נתינת המעות מיד הבעל ליד האשה עיין שם ולמה שכ' לא אבין הא רבי לן רחמנ' דמהני כוונת השליח לזכות בעד המשלח דבלא כוונת קנין א"מ וכמו שכ': **ומעתה** בנידון דאמ"ו זצללה"ה כיון דבעי לענין קידושין שהשליח יכוין לקנותה בשטר זה בעד המשלח שוב בכהן שאמר לישראל הולך השטר קידושין לאשה גרושה שייך לומר אין שליח לדבר עבירה כיון דבעי כוונת השליח והשליח עושה מעשה העבירה שמכוין לקנותה עבור הכהן המשלח. גם אם נאמר דכוונת הבעל מהני אם כן בקידושי כסף גם כן יהא מהני על ידי שליח אף לדבר עבירה כיון דעסוקין באותו ענין מהני אף אם שתקה אחרי כן עיין ב"ש אה"ע (סי' כ"ז ס"ק ו') אם כן האמירה אינו מטעם שליחות רק לדעת דעתה וגם המסירה אינו מטעם שליחות כיון דטלי קידושיך מעג"ק מהני אם כן אין השליח עושה העבירה אלא ודאי כיון דהשליח מכוין לקנות האשה בעד המשלח הכהן עושה השליח עיקר העבירה ואם כן הוא הדין בשטר נמי כיון דבעינן כוונת השליח לזכות האשה הגרושה בעד המשלח הכהן עושה העבירה שייך לומר אשלד"ע. ע"כ דברי שם בד"ח בעזה"י:

ולכאורה מלשון תוס' רי"ד קידושין (דף ט') שכתב דגט אשה נמי שכותב הבעל מפני שהוא המקנה והאש' נקנית וכותב לה הרי א"מ ממני ומקנה לה גופה אבל הכא הבעל קונה והאשה מקנה את עצמה לו עכ"ל משמע דהבעל מקנה את האשה. אולם אינו מוכרח די"ל כוונתו על סילוק רשותו מעליה אבל לא בעי כוונת מקנה והא ראיה דלגבי קידושין נמי נקט האשה מקנה ובאמת אינה מקנת את עצמה רק מבטלת דעתה והבעל מכניסה דכי יקח כתיב וכמו שכ' הר"ן נדרים והא דמבואר בש"ס ריש קידושין דפריך

מ"ט לא קתני האיש מקנה ומתרץ משום דאיכא מיתת הבעל ואי נימא דעל ידי גט לא בעינן כוונת הקנאה רק סילוק רשות מאי פריך דאי הוי קתני האיש מקנה היינו סוברים דבעינן כוונת מקנה וקונה ובאמת אינו כן לכך קתני וקונה א"ע יש לומר הא דידעינו דאין צריך לגבי גט כוונת הקנאה דאיתקש יציאות אהדדי וכמו דיוצאת במיתת הבעל אף בלא כוונת הקנאה כן נמי בגט הנתינה בלבד כורת אף בלא כוונת הקנאה וזה תירץ הש"ס דהא איכא מיתת הבעל דקונה א"ע לכך אף על ידי הגט לא שייך לומר האיש מקנה דאיתקיש יציאות אהדדי. וקצת י"ל בכוונת הש"ס ר"פ האיש מקדש דקאמר מה לגירושין שכן ישנה בע"כ והקשו המפרשים נילף משליח דידה דיכולה לעשות שליח לקבל גיטה נילף ג"כ מזה לענין קידושין ששניהם יכולין לעשות שילוחין ולמה שכ' י"ל דכוונת הש"ס מה לגירושין שכן ישנו בע"כ וכיון דהוא בע"כ ע"כ אין כוונת קנין והקנאה רק בנתינת הגט במקום הראוי לקנין מתגרשת לכך יכול גם כן לעשות שליח על מעשה הנתינה והאשה גם כן תוכל לעשות שליח על הקבלה שיה' ידו של השליח כידה משא"כ בקידושין שהשליח של המקדש צריך לכוין לזכות בהאשה בעד המשלח וכן האשה נתנה להשליח רשות לבטל רצונה וזכותה כדי שיזכה בה הבעל מנ"ל דמהני לענין זה שליחות ואם כן גם משליח קבלה שלה לגבי גט לא נוכל למילף כיון דאין האשה המתגרשת צריכה לשום כוונה והא ראיה דמתגרשת אף בעל כרחה לכך יכולה לעשות שליח על עצם הקבלה מה שאין כן בקידושין:

ובזה מיושב מה ששמעתי מקשין על ספר נו"ב דס"ל דאף מדינא דגמרא אינו יכול לגרש בעל כרחה על ידי שליח מטעם דאינו יכול לעשות שליח במקום דחב לאחרינא אם כן מה פריך הש"ס הנז' הא נוכל למילף שליח לקידושין מגירושין בע"כ ממה דשליח עושה שליח אף דאינו יכול לעשות שליח לגרש וגם השליח הראשון אינו יכול לגרש בע"כ ואף עפ"כ יכול לעשות שליח חזינן דאף מה שאינו יכול לעשות בע"כ יכול לעשות על ידי שליח כך שמעתי ובאמת ל"ק למה דמסיק ש"ס גיטין (דף כ"ט ע"ב) אמר מר בר רב אשי הא דאבא דקטנותא הוא אילו מת בעל מידי משמא אית בהו כלהו מכח בעל קאתו איתיה לבעל איתנהו לכולהו ליתא לבעל ליתנייהו לכולהו חזינן דלא בא מכחו של השליח הראשון ונעשה רק שלוחו של הבעל ולמסור זכותו ונסתלק הראשון אחר כך לגמרי זה יכול לעשות והבעל יכול לעשו' בעל כרחה אבל אכתי מנ"ל בקידושין דבא מכח משלחו שאינו יכול לעשות בעל כרחו שיועיל שליחות. אולם למה שכ' בהבנת דברי הש"ס שכן ישנו בע"כ דמזה ידעינן דלא צריך כוונת קנין רק כוונת נתינ' ומזה לא נוכל למילף קידושין דבעי כוונה אתי שפיר כמובן:

ז) והנה להמתבאר דבגט לא בעי כוונת הקנאה נראה להבין דברי בעל ספר מחנה אפרים הלכות שליחות (סי' ח') שכ' בדברי רמב"ם הל' זכיה ומתנה (פ"ד ה"י) וז"ל המתנה כגט שאינו יכול למסור דברים לשליח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוה לפלוני אין זה כלום ואם אמרו כו' לא קנה וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנהו לפלוני אינן יכולין לומר לסופר לכתוב אלא הן עצמן כותבין כמו בגט עכ"ל ומדקדק בעל מ"א כיון שכ' דבאומר אמרו המתנה בטילה מה צריך לכתוב וכן אם אמר דהא כ"ש באומר כתבו ותנו לכך כתב דע"כ לא כתב הרמב"ם דבאומר אמרו המתנה בטילה רק באומר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו ויתנו הם דהראשונים לא עבדי שום מעשה אלא מילי היא דמימסרו להו אבל אם עשאו שליח לאחד וא"ל אמרו לפלוני שיכתובו ותן אתה כה"ג לא שייך לומר מילי לא מימסרן לשליח שהרי השליח הראשון הוא שמקנה אותו שלוחו של אדם כמותו ומש"ה בכתבו ותנו אי לאו טעמא משום דקפיד דאמר כתבו היו יכולים לומר לאחרים שיכתבו שהרי השליח מקנה אותו והביא ראי' מדברי רמב"ם שסובר (פ"ג) מאישות דיכולין לכתוב שטר קידושין לדעת שלוחה וה"ט כיון דשליח מקנה אותה ידו כידה ע"ש עוד:

ולכאורה קשה ע"ד הא בסוגיא דגיטין (דף ס"ו) דספיקא דשמואל מיירי באומר כתבו ותנו ועשאו את השליח כבע"ד ליתן את הגט ואפי"ה באמרו לסופר לכתוב פסול כיון דצריך שליחות על הכתיבה או שישמעו מפיו של הבעל המגרש לא יכול למסור אף באומר אמרו ואם כן כיון דבאומר אמרו הוי ספק בטל אף בעשאו שליח על הנתינה ממילא גם במתנה ל"מ לדעת רמב"ם וכן השיג עליו אאמ"ו ז"ל בחידושיו לח"מ שבסוף ספר דברי משפט (סי' רמ"ד) והאריך בזה להוכיח מש"ס שם דאף בתני פסול באומר אמרו וכן הא דנרא' מדברי המח"א דבאומ' כתבו דאינו יכול לומר לאחר הטעם משום קפידא תמה דהא מילי דלא מימסרן לשליח לאו משום קפידא הוא עי"ש בדבריו הנעימים:

ולמ"ש י"ל דא"ד מתנה לגט לענין זה דבגט כיון דאין צריך רק נתינה וגלי לן התורה דהבעל יכול לעשות שליח שיהיה נתינת השליח כנתינתו אבל אין כאן כוונת הקנאה רק סילוק רשות ממילא והגט הוא המגרש והשליח הוא רק על הנתינה ולא צריך להשליטו על אשתו לגרשה כיון דאינו צריך שום כוונת הקנאה לכך אין השליח עומד במקום הבעל לצוות לכתוב הגט ואף לדע' הרמב"ם דסובר בנשתטה הבעל אח"כ יכול השליח למסור וסובר כיון דכבר קיבל כח הבעל לא איכפת לן אם נשתטה והוי הגט רק בעל מדרבנן מ"מ היינו רק כח נתינה קיבל מהבעל אבל לא להיות שליט על אשתו מה שאין כן במתנה

דהשליח ממש שליט על נכסיו להקנות לאחרים שמצוה לו המשלח ואף השטר יכול לכתוב שהשליח הקנה את הקרקע לפלוני בכח שהיה לו מהמשלח בזה דעת המח"א כיון דהשליח הוא המקנה וידו כיד הבעלים יכול לצוות לאחרים לכתוב רק היכא דאמר להם כתבו וחתמו ותנוהו בזה הוי קפידא דהם יכתבו אבל בזולת הקפידא כיון שאמר להם שיתנהו השטר מתנה ועשאן כבעלים להקנות יכולין לכתוב מדעתן ולא מיפסל מטעם מילי לא מימסרן כיון דהם הבעלים וכן בשטר קידושין דמסרה להשליח הכח לעשותה כהפק' לגבי המקדש לכך כותבין מדעת השליח מה שאין כן בגט דלא מסרה כח רק לקבל הגט או להוליך הגט במקום המשלח בזה לא הוי רק מילי ולא מימסרן לשליח. וכן נראה מדברי רש"י מסכת גיטין (דף כ"ט) דכ' שליח מתנה שאמר בעה"ב לב' עדים כתבו שטר מתנה לפלוני כו' ולמ"ד מילי לא מימסרן הני נמי לא מימסרן עכ"ל הרי דנקט רש"י רק שאמר כתבו ולא תנו אבל באמר תנו לא הוי מילי כיון דעשאן כבעלים להקנות ועיין קצוה"ח (סי' רמ"ד סק"ב) ובנתיבות שם ובמה שכ' במ"א בדבריהם ועיין מח"א (פ"א) מהלכות גירושין דהקשה באומר כתבו ותנו גט לאשתי שכותבין ונותנים הא בעינן שליחות לנתינה והשתא לא מצי עביד דעדיין לא נכתב הגט עיין שם ובנתיבות (סי' רמ"ג סק"ו) כתב הטעם דעושה אותן שלוחין להיות כבעל דשליח של אדם כמותו ונעשו כבעל ממש לגרש האשה כאלו היא אשתו והאשה היא בעולם וכן בכתבו ותנו על המתנה עשאן כבעלים על שדהו ליתנו במתנה ועיין שם ולמה שכ' בגירושין ודאי לא שייך לומר דעשאן כבעלים על אשתו כיון שאינו צריך להקנותה ולא כוונת קנין רק נתינה והא ראיה דאינו יכול למימסר לשליח מטעם דלא הוי רק מילי ובמתנה אתי שפיר כדבריו אבל בגט ע"כ צריך לומר היא הנותנ' דלא איכפת לן במה שהגט אינו עדיין בעולם כיון שאין צריך כוונ' הקנאה רק נתינה במקום הבעל וגופו במקומו משא"כ בכל עניני שליחות דבעי כוונת הקנאה או בחלה לתקן העיסה שיקרא שם חלה אבל בגט רק כוונת נתינה והבעל הוא המגרש ובמתנ' עשאו באמת כבעלים על שדהו להקנות ואי"ה יבואר עוד במקום אחר בזה.

הדרן לדברינו כיון דביארנו דהשליח צריך שיכוין ליקח האשה בעד המשלח וזה עושה גמר קנין וכיון דשוטה לאו בר קידושין הוא אף שממנה לשליחו בעת בריאותו מ"מ אם נשתטה אחר כך בשעת קידושין של השליח י"ל דגם לדעת הרמב"ם לא מהני הקידושין. ואף לדעת הרמב"ם דאחר יכול לזכות עבור שוטה כמבואר ש"ע (סי' רמ"ג) מ"מ היכא דממנה שליח בעת בריאותו וברצונו שיקדש בשליחותו גרע וכמבואר בתוס' רי"ד קידושין (דף כ"ג) בהא דאין עבד יכול לעשות שליח לקבל ג"ש מיד רבו אף דיוצא

בשטר על ידי אחרים דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו אם כן מה נ"מ ועיין שם בריטב"א ותוס' דהנ"מ אם הרב אומר בפירוש דאינו מזכה לו השטר על ידי האחר רק בתורת שליחות ותוס' רי"ד כ' דאם העבד עשה שליח מיגרע גרע דסומך רבו דיד השליח כיד המשלח וכיון דל"מ בתורת שליחות הואיל דיד עבד כיד רבו לא מהני עיין שם וה"נ דכוותיה כיון דעשה שליח ליכא זכיה ואין האשה מבטלת דעתה שתתקדש בתורת זכיה וגם נ"מ אם אחר כך לא ירצה בזכיה יכול לבטל הקידושין ומלבד זה כבר כ' המח"א והקצוה"ח (סי' רמ"ג ס"ק ו') דאין זכין לשוטה רק בעתים חלים דדומה לקטן דאתי לכלל דעת ולא בחרש ושוטה גמור [ועיין שם בקצוה"ח ובמקומו כ' דא"ד לנכרי דהשתא ד"א ולהסוברים דזכין לקטן מן התורה מכתוב נשיא אחד אף שהיו אז בישראל קטנים נאמר גם כן היו חו"ש ועיין ב"מ (דף ח') חרש קנה דקא מגביה ליה ב"ד ואכ"מ] ואם כן אם נשתטה אחר שמינו לשלוחו לקדש י"ל אם מקדשה בשעת שטותו ולא הדיר בריא דל"מ וכמו שכ'. שוב ראיתי בספר חתם סופר אה"ע (ח"ב סי' ק"נ) דסובר דלדעת הרמב"ם קידושין וגירושין שוין לענין זה בממנה שליח בבריאותו ונשתטה עיין שם בדבריו ופשיטתא דידי' לדעתי העניה צ"ע לדינא: ח) והיכא דשלח שליח והשליח קבל עליו לעשות השליחות ואחר כך חזר בו השליח ואמר בפני ב"ד או עדים שאינו רוצה להיות שליח ושוב נמלך ורוצה לעשות השליחות אם חוזר וניעור השליחות לכאורה י"ל דתליא גם כן בסוג זה אם כחו של המשלח נמסר לשליח ולכך לא איכפת לן לדעת הרמב"ם אם נשתטה אחר כך כיון דנמסר לו לעשות בשליחותו בעת שהי' בן דעת וכמו שכ' הפ"ח והג"פ י"ל אף דשליח ביטלו ואינו רוצה בכח זה מ"מ כיון דהבעל מסר לו כחו עד שיגמור השליחות יכול לחזור ולהתעורר הכח זה כששוב חוזר השליח מביטולו אבל אם נאמר דלדעת הטור וסייעתו דבנשתטה לא מהני מן התורה והיינו דהשלי' נעשה כיד אריכתא דמשלח וכיון דכבר ביטל השליח כח זה במה יחזור ויתעורר שיזכה המשלח בידו של השליח כיון שפעם אחד נתבטל. וראיתי בספר בית מאיר (סי' קנ"ד) בסדר גט שלישי מיד שליח הבעל ליד אשה שכ' דאפילו חזר בו בפני עדים ואמר שאינו רוצה לילך עם הגט וגם שלא לעשות שליח כל שחזר ונתרצ' הרי זו מגורשת עיין שם בדבריו שיש לנמגם בהם טובא:

וראיתי שכבר ישב על מדוכה זו רבן של ישראל בעל מגיני שלמה ז"ל בתשובת (פ"י ח"ב סי' פ"ה) הנדפס מחדש דנשאל על זה בשליח המביא גט והבעל עשאו שליח להולכה וקבלו מידו כראוי וטרם שהגיע לידה חזר בו השליח בפני ב"ד שאין רוצה להוליכו ועתה נמלך ורוצה להוליכו אי צריך שיחזור הבעל ויעשנו שליח או רשאי ליקח אותו מעצמו

ולהוליכו והשיב דבר זה מתורת פוסקים הראשונים לא למדנו גם הרב ב"י לא הזכירו כ"א בסדר גיטין של מהר"י מרגליות ז"ל הזכיר לשאול לשליח אם לא ביטל שליחותו ולא כתב מה דינו אם ביטל בנתיים ובלי ספק דאין כאן בית מיחוש דהפה שאסר הוא הפה שהתיר כיון שהבעל ששלחו עשאו שליח עד שיגיע גט לידה והוא עומד על עמדו ולא הדר ביה אם כן אם השליח מצ"ע חזר ביה ועתה נמלך בו ומה לנו ולבטולו הא הבעל לא ביטל שליחותו ומצד הבעל אין בו פגם והבעל נ"ל עד דתתגרש והוי ממש דוגמא לאם היה השליח שפוי ונשתטה וחזר ונשתפה כל שתחילתו וסופו בדעת כשר אע"ג דבנתיים נתבטל השליחות ונדחה כי חזר ונראה כשר כ"ש הכא דגברא מיחזי חזי ובידו לתקן ואפילו נאמר דאנוס עדיף דלא נתבטל השליחות כלל אלא דאינו יכול ומשמיא רדפי ליה אבל הכא שביטל השליחות צריך לעשות שליח מחדש יש ראיה מסדר הגט דשאלינן ליה אם לא מסר מודעא על השליחות ואם מסר יבטל הרי דביטול מודעא מהני, אף שלא קבל השליחות מעולם ק"ו היכי דקבל ונעשה שליח רק שחזר בו עתה שנתרצה לית דין ולית דיין. והנה בספר שני מאורות הגדולים בח"ב שם בתשובת פני יהושע מהגאון מהר"י חנדאלי ז"ל (סי' ל"ה ל"ו) דן שם בפשיטות דכמו אם המשלח ביטל השליחות כיון שחזר בו וביטל הביטול מהני השליחות אף שהשליח אינו כאן כמו כן אם ביטל השליח שליחותו ונתרצה אחר הביטול חוזר ונראה. ובאמת גם דין זה אם ביטל המשלח וחזר מביטולו דין זה הביא הב"י אה"ע (סי' קמ"א) משם תשובת רשב"א שמסופק בזה וסיים להחמי' ובש"ע השמיטו וחפשתי למצוא תשובה הזאת ברשב"א ומצאתיו (ח"ד סי' פ"ד) ושם כתוב בשאלה דלא אשכחן אתי דיבור ומבטל דיבור אלא בדבר שבידו לקיי' ולבטל ולחזור ולקיים אבל הכא דבידו לעקור השליחות ואין בידו לחזור ולעשות שליח אא"כ ברצונו נמצא כשביטל עיקר השליחות ביטל וכשנמלך לא הי' בידו לחזור ולעשותו שליח אלא ברצונו ונראה זה מהא דהבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי אלו דברי השואל ומדברים אלו יש ללמוד אף אם נאמר דדיבור הקיום לא אתי לבטל דיבור הביטול אם המשלח מבטלו היינו כיון דאין בידו בלא רצון השליח כמו שכ' אבל אם השליח ביטל דתלי ברצונו ובידו לחזור אתי דיבור הקיום ומבטל דיבור הביטול וכמו שכ' הני תרי אפי רברבי. אולם מדברי תשובתו של הרשב"א ז"ל שם יש לדון להיפך דכ' דלא שמענו בשום מקום בדיבור של ביטול מעשה דליתי דיבור של קיום ומבטל דיבור של ביטול ולעיקר דינא לכשתמצא לומר דאתי דיבור של קיום ומבטל דיבור של ביטול אינו דומה לראיה דהבא לי גיטך כו' דש"ה דהשליח ביטל השליחות לגמרי שאינו רוצה לטרוח ולהבי' ואינו נעשה שליח להולכה בשעת קבלת

הגט אבל זה שעשאו שליח להולכ' ובשעה שקבלו נעשה לו שליח להוליך ועדיין לא שמע שביטל המשלח שליחותו י"ל שעדיין שליחותו במקומו עומד הנה מדבריו אלו נראה דאם שמע השליח מביטולו ונדחה משליחותו אינו עומד במקומו וצריך שימנה אותו הבעל מחדש ואם כן אם השליח ביטל לשליחותו דכבר נדחה אינו חוזר אף אם התרצה אחר כך לגמור השליחות וצריך מינוי מחדש מהבעל אם לא נאמר כמו שכתוב בשאלה דשאני משלח דאינו בידו אם לא ברצון השליח משא"כ שליח עדיף הואיל דלא שמע הבעל ובידו לחזור מעצמו וכמו שכ' בעל מגיני שלמה ז"ל ודוחק הוא דלא משמע כן מדברי הרשב"א בתשובתו לחלק בזה וגם דכבר כתב דלא שמענו בשום מקום דדיבור של קיום יבטל דיבור של ביטול רק מסברא כ' כ"ז שלא שמע שביטל המשלח דאז י"ל שעדיין שליחותו במקומו עומד משמע דעיקר תלוי בידיעת השליח מביטולו ואם כן אם השליח ביטל כבר נדחה משליחותו ואינו חוזר ונראה רק על ידי מינוי הבעל מחדש. [ומה שכ' הפנ"י מהא דשפוי ונשתטה וחזר ונשתפה כשר כל שתחילתו בדעת כבר כ' בעצמו דשה לא דחי ומבטל השליחות בידים ועיין בג"פ (סי' קכ"א) דהביא באמת ראיה לדעת הרמב"ם כשנשתטה המשלח מדאורייתא יכול השליח ליתן הגט דאם לא כן נימא כשנשתטה המשלח פסק שליחותו ואמאי א"צ לאמלוכי ביה ונכדו ז"ל בהגהת מל"מ (פ"ב) מגירושין כ' ע"ד וצריך לדעת מה בין זה להא דכל שתחילתו וסופו בדעת כשר והתם נמי כל שנשתטה השליח נתבטל שליחותו ופסק כחו של בעל ואם נתנו לה אז בעודו שוטה אינו גט כלל ואפ"ה לכשישתפה נותנו לה ואין צריך שיחזור הבעל לחדש השליחות כמבואר והח"ס אה"ע (ח"ב סי' ד') כ' דשם לא יהיה אלא קוף בעלמא ואלו אדם מוסר גיטו לשליח והשליח מניחו על הקוף ומייתי להתם ושם לוקחו מהקוף ונותנו להאשה וה"נ אם נשתטה וחזר ונשתפה הוי ליה כקוף בנתיים אבל כשנשתפה המשלח אי ס"ד דאז פסק כח השליח אם כן איך ובמה יחזור אחר כך בלי שנמלך בהמגרש אחר כך והוא ראיה ברורה לרמב"ם עכ"ד. ואני שמעתי ולא אבין אם מניחו על הקוף כ"מ שמונח ע"ד מונח והשליחות כדקאי קאי ובידו ליטלו ולמסור לה אבל כשנשתטה ונפסק כח השליח זה ענין אחר דכבר פסק כחו ואין לו עוד כח השליחות ועל כרחך צריך לומר דלא נפסק הכח כשחזר ונראה וכשנשתטה המשלח דאז אף דביד השליח ליתן מ"מ שייך לומר אז כיון דצריך לבא בכח המשלח ומידי דלא מצי המשלח לעשות אז לא מצי שליח למיעבד וכשחזר ונשתפה דכח השליח נשאר במקומו שוב לא צריך שימלך בהמגרש ולמה שכ' לקמן מדברי תשובת רשב"א דמדמה לכל השומע קולי ואף

כשנתבטל לא צריך למלוך כשמתרצה בודאי אתי שפיר לדעת הטור דבטיל מן התורה אם נותן בשטות המגרש וכמובן].

עוד כתב הפנ"י בעל מגיני שלמה ז"ל לראיה ברורה מהא דר"פ האומנין ור"פ התקבל הבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי אר"נ אמר רבה ב"א א"ר אפילו הגיע הגט לידה אינה מגורשת ופריך שמעת מינה דאדיבורי' דידיה קא סמיך דאי אדיבו' דידה מכי מטא גיטא לידה מיהא מגורשת ומשני ר"א בשלמא אי איתמר איפכא כו' אלא הכא משום דעקרי' שליח לשליחותו דאמר שליח לקבלה הווינא להולכה לא הווינא ופירש"י ז"ל דלקבלה ניח' ליה טפי דלית ביה טורח ואע"ג דנמלך אחר כך והגיע הגט לידה מ"מ שליח שלא ניתן לגירושין הוא דכשקבל לא קבלו על מנת כן וכ"כ הטור אלא שהוסיף בלשונו שהבעל לא עשאו שליח להולכה והוא עקר לשליחותה ואע"ג דנמלך כו' וקשה מה הקשו ואע"ג דנמלך גם למה תירצו שלא קבלו ע"ד כן תפ"ל שאפילו חזר בו אחר כך ואמר הוינא שליח להולכה מ"מ כיון שהבעל לא עשאו שליח להולכה אלא הסכים לדעת אשתו הן אדיבורה דידה קסמך דר"ל מהימנת לי דהכי אמרה הן דאדיבורה דידה קסמך ר"ל יהי' איך שיהיה הנני מסכים ונותן על דעתה אם כן תלה הכל בדעת' והוא לא עשאו שליח מחדש וכמו שכ' הטור בהדיא שהבעל לא עשאו כו' ר"ל שלא תלאו אלא בדבור אשתו שאם הוא עשאו שליח להובאה הוא נותן עד"ז וכ"כ הריב"ש (סי' תע"ב) הרי שאם לא רק שהסכים לשליחותה ואם שליחותה נתבטל כיון דעקרא אפילו נמלך לא מהני עד שתעשהו מחדש כיון דהבעל לא עשאו שליח וש"מ דברור לרש"י דנמלך מהני לכך פירש דמתחילה לא קבלו ע"ד כן וכיון דל"נ שליח מעולם לכך הו"ל שליח שלא ניתן לגירושין וכי יהיב לה אינה נוטלת הגט לא מיד הבעל ולא מיד שלוחה והו"ל כטלי גיטך מעג"ק כמו"ש הרשב"א זה תורף דבריו:

ולכאורה יש קצת להשיב על ראיה הזאת דכנראה השוו בעיניו דברי רש"י ורשב"א והטור בפירושו דהך מילתא דרב אשי ולקוצר דעתי רחוקין הן דברי אלו מאלו. ועיין בריטב"א גיטין שם דהביא פירש"י לא קבלו השליח אלא בתורת קבלה ואע"ג דאחר כך מוליכו נמלך הוא אבל מעיקרא לאו אדעת' דהכי קבליה ול"א הוכיח סופו על תחילתו. וכ' וא"נ איכא לפרש דהבעל לא יהביה ניהליה אלא בתורת קבלה ולאו משום דבעלמא לא אמרינן אדיבורה דידה סמך אלא משום דהבעל חישב הכא דאיהו לא יקבלנו אלא בתורת קבלה משום דהוא סבר דהשליח כיון דעקר לשליחתו לא יוליכנו לה וכיון שכן הכא אדיבורו דשליח סמך ולפי פי' זה אפילו הוליכו לה שליח מיד דהשתא נראה דאיהו לא ע"ד לעקור לשליחותו הוא דאמר הכי אפ"ה ל"ה גיטא משום דבעל לא יהביה ניהליה אלא

בתורת קבלה ומטעמ' דפרישית אבל באידך פירוש שהשליח מוליכו לה לאלתר היה לנו לומר דלא עקרו והוכיח סופו על תחילתו עכ"ל וכן בש"מ ב"מ שם הביא פירש"י דבעל אדיבורה דידה קסמיך דאף הבעל עשאו שליח להולכה כדברי האשה מיהא תלוי ברצון השליח והשליח עקר לשליחותו וא"ר להיות כו' וכ' ובתוס' פירשו אלא הכא טעמא כו' כלומר לעולם בעלמא אדיבור דמשלח סמיך והא דסמיך כאן אדיבור דשליח משום דאמר הבעל בנפשי' אם איתא דהיא לא אמרה אלא הבא לי והוא אומר התקבל לי עוקר לשליחותו שאינו רוצה להיות שליח להולכה ואם כן למה אעשנו שליח להולכה מוטב שאסמוך על דיבורו כי אולי אומר אמת עכ"ל וכן נראה גם כן קצת בכוונת הרשב"א דהוי טלי גיטך מעל גבי קרקע כיון דהשליח עקר לגמרי וכן מצאתי בספר מכתב מאליהו (דף פ') שהביא פירוש התוס' דהבעל אינו עושה רק סומך על דיבורו וכתב שכן גם כן כוונת הטור ועיין שם שדבריו דחוקים קצת בלשון הטור. עכ"פ בדעת רש"י י"ל דאי אדיבורה דידה קסמיך עשאו שליח להולכה וכמו שנראה מלשון רש"י גיטין דכ' דא"נ אדיבורה דידה סמיך ושויי' שליח להולכה כו' וכן בר"פ האומנין דאף הבעל עשאו שליח להולכה כדברי אשה והוכרח רש"י לומר דאף אם נמלך אחר כך אז אף אם מצד מינוי דאשה נתבטל השליחות כיון שכבר עקר השליח לשליחותו מ"מ יהיה מועיל מצד מינוי של הבעל לכך כתב רש"י דמכל מקום לא מהני כיון דמעיקרא לא קבל עליו להיות שליח של הבעל. ועיין תשובת ריב"ש (סי' שכ"ט) שכתב וגם מפני רצון השליח להיות שליח הולכה לא נתבטלה שליחות הקבלה דאי הוי שליח הולכה כ"ש דהוי שליח לקבלה דהא אי אפשר להולכה בלא קבלה ואם כן כשחזר הבעל ועשה שליחו' קבלה ע"ד שליחות אשה לקבלה עשאו ומכי מטא גיטה לידי' דשליח מגורשת עכ"ד משמע קצת מדבריו דאם השליח הי' אומר בפירוש דאינו רוצה להיות שליח לקבלה לא היה יכול שוב להיות שליח לקבלה דכבר נתבטל ואף שהבעל מוסר לו אחר כך ואומר התקבל גט זה לאשתי ל"ה מהני כיון שכבר נתבטל וע"ש היטב בד' הריב"ש:

וראיתי במכתב מאליהו שם שכתב לדון לנ"מ בין פירש"י ותוס' בהא דאמר רב אשי דעקריה השליח לשליחותו היכא דשויה בעל שליח הולכה והשליח לא רצה אז להיות שליח ואמר שאינו מקבלו כי אם בתורת פקדון ואחר כך נמלך ונתרצה להיות כמו שאמר לו הבעל אלא שהבעל אינו כאן דלפירש"י אינו יכול להיות שליח השתא כיון דבשעת קבלה לא קבלו על דעת שליחות והוי ליה שליח שלא ניתן לגירושין ולדעת התוס' מצי למיהוי שליח הולכה בכה"ג כיון שהבעל מעיקרא עשאו שליח בהחלט והעיכוב לא בא אלא מצד שליח כל דהדר להיות נאות לשליחותיה דבעל דעיכוב מעיקרא הו"ל כמאן

דליתא ומקרי שליח שניתן לגירושין כיון שאין שום גרעון בשליחות מצד הבעל עכ"ד. ולי ההדיוט צ"ע בזה מנ"ל לומר כן בדעת התוס' דהם פירשו כיון דהשליח מיעקר קא עקר לשליחותו ואינו רוצה להיות שליח להולכ' אף שהבעל אינו מוסר לו להולכה דנימא אם נמלך השליח אחר כך שיועיל כיון דבשעת מעשה לא רצה השליח לקבל בתורת שליח להולכה במה יהיה מהני אחר כך כיון שכבר כלתה אמירתו ובשע' אמירה לא רצה. ועוד דניחוש שמא חזר בו הבעל דדעתו של אדם עשוי להשתנות ובכל שליחות מוקמינן אחזקה וכמו שכ' (סי' הקדום) אבל אם השליח לא התרצה אז להיות שליח ואחר כך שממילא נעשה שליח נימא שמא כבר חזר בו ומניין לן לומר דכוונת הבעל היה שבכל עת שיתרצה השליח יחול השליחות ובפרט למה שכ' לעיל אות (ב') לדון די"ל כבר כלתה אמירה וצ"ע:

עוד כתב שם בתשובת פנ"י להביא ראיה דאף אם ביטל השליח לשליחותו חוזר ונראה מהא דכ' בסדר גיטין דשאלינן לשליח אם לא מסר מודעא על השליחות ואם מסר יבטל המודעא בפנינו ושם אם כן לא קבל השליחות מעולם ואפ"ה אם מבטל המודעא חוזר לשליחותו ק"ו כשקבל הגט ונעשה שליח אלא שחזר בו עתה שנתרצה מהני ושוב תמה מה מועיל ביטול המודעא על שליחותו כיון דכבר עקרי' לשליחותו וקבל באונס ול"ה חפץ מיד בשעת קבל' לשליחותו וכ' דאפ"ל דאפילו אנסוהו להיות שליח הוי שליח כמו דקיי"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי אף דחצר בע"כ מותיב בה ש"מ שליחות בעל כרחו הוי שליח והשאלה הוא רק לחומרא. ומבואר מדבריו דכל היכי דבשעת מעשה כשמינה אותו הבעל לשליח ולא רצה אף שהתרצה אחר כך לא מהני. אולם מה שכ' דיכול אף בעל כרחו למנות לשלוח זה דבר תימא הא בכ"מ מעשה הנעשה באונס בלא רצון לא יש לה קיום. והראי' מחצר הוא ג"כ תמוה שם אינו בר דעת כלל והוא ממונו ויכול לעשות בו מה שרוצה ואף שאין להחצר דעת גלי רחמנא דמהני אבל מניין לנו לומר אדם שהוא בר דעת ואין לחבירו עליו כלום שיהי' בכח חבירו להכריחו שיקבל עליו לעשות מעשה בשליחותו ושיקבל כחו של המשלח בעל כרחו או שיעשה ידו של המשלח שלא לרצונו רק בהכרח ושאני חצר דהוא קנין כספו ועדיף הואיל דבעל כרחו מותיב בו דמהני אף לד"ע אבל מה לו על חבירו שיהיה בכחו להכריחו באונס שיעשה מעשה בשליחותו וכבר כתבתי מזה לעיל דיני הלואה (סי' כ"ב):

עוד כ' הרשב"א שם בתשובה וז"ל עוד אפשר לומר דכל שחזר בו והגיע הגט מיד שליח זה לידי האשה הרי זו מגורשת שהרי הגיע לידה מרצונו ומיד האיש שנתנו לו שכל מקום שצריך שליח לדעת המשלח בכתיבת הגט וחתימתו ובתרומה אינו צריך ליחד

שליח אלא כל שאומר סתם כל מי שרוצה לתרום יתרום או כל מי שישמע קולי יכתוב ויתן כל מי שעמד ותרם תרומתו תרומה וכל מי שכתב ונתן הרי זו מגורשת כו' וכיון שכן זה שעשאו לחבירו שליח אעפ"י שביטל שליחות של זה אילו אמר כל הרוצה ליטול וליתן לה יטול ויתן ועמד אחר ונתנו לה הרי זה גט אם כן אף זה בשעת נתינתו כבר חזר בו המשלח ונתרצה שיתן לה וסיים וזה קרוב בעיני אלא שראוי להחמיר והדברים צריכים ביאור דא"ד לאומר כל מי שרוצה ליטול יטול ויתן דשם נעשה זה שליח בדיבור שאמר כל הרוצה אבל כאן דעשאו הבעל שליח ונפסק כחו בביטולו אף דהתרצה אחר כך שיתנו בשליחותו שעשאו קודם לכן מה מועיל כיון דכבר נתבטל כח השליחות ועל כרחך צ"ל כיון דחזר בפירוש מן ביטולו והיינו שאמר כן בפני עדים או בפני ב"ד מהני אף שלא ייחד השליח וכאילו אמר כל השומע קולי וזה אתי שפיר אם ביטל המשלח אבל אם ביטל השליח את שליחותו וחזר מביטולו והבעל אינו ממנה אותו מחדש מניין לנו שחוזר וניעור. וגם הרשב"א לא דן רק אם אין הבעל מבטלו בפניו אבל אם מבטלו בפניו י"ל דא"ח ונראה בלי מינוי מחדש וגם על הכל כ' הרשב"א שראוי להחמיר. ואם כן ק"ו אם השליח מבטל שליחותו דנתבטל אף ששוב חזר בו ונתרצה דראוי להחמיר ועיין טו"ז (סי' קמ"א ס"ק מ"ז):

ועיין בריש פרק השולח ברשב"א הגיעו לא קתני כו' ולא אמרי' לצעורי קא מכוין דפירש"י ול"א אין בדעתו לבטלו אלא לצעוריה בעלמא חודש או חדשים וכתב ותמיהא דא"כ מאי נפקא לן בין שמתכוין לבטלו או לעכבו מליתנו עד שיאמר לו לשליח עכשיו דבין כך ובין כך אינו רשאי ליתנו עד שיאמר לו לשליח עכשיו אני רוצה עיין שם ואם נאמר דכשמבטלו אין דיבור של קיום מבטל דיבור של ביטול נ"מ טובא דאם לא ביטל שליחותו לגמרי אלא שאמר לו איני חפץ ליתן עדיין כשיאמר לו עכשיו אני רוצה סגי כיון דהשליח עומד בשליחותו במקומו משא"כ כשביטלו לגמרי אינו חוזר ונראה עד שיתמנה שנית ממנו ועיין מה שכתב אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני גיטין (סי' ח"י) ולמה שכ' דנרא' מדברי תשובת רשב"א הנז' דאם מבטלו בפניו ל"מ ודאי נ"מ טובא:

ט) ויש לראות לדעת הרמב"ם בנשתטה המשלח דהשליח יכול לגמור הנתינה מן התורה הא צריך למסור לה בפני עדי מסירה בשעת כריתות הגט ואז מעידין על השוטה דאשתו של המשלח מגורשת ממנו ושוטה הוי כשלא בפניו ומה מהני דכבר השליח הוא במקומו כמו שכ' הפ"ח והג"פ הא העדות הוא על שוטה ועיין רמב"ם (פ"ג) מגירושין דאין קטנה עושה שליחות לקבל גיטה מיד בעלה דשליח לקבלה בעי עדות ואין מעידין על הקטן שאינו בן דעה גמורה ועיין שם במ"מ ובלח"מ ובקצוה"ח (סי' קפ"ח) ביאור

דבריו דאף במופלא סמוך לאיש דתרומתו תרומ' ולא ממעטינן מאתם גם אתם ל"מ מטעם דאין מעידין על הקטן ויקשה כיצד יכול השליח לגרש כשנשתטה המגרש הא אין מעידין על השוטה ובמ"א עמדתי לדברי הרמב"ם דאין מעידין על הקטן איך מהני קידושי יעוד לר' יוסי ב"י קידושין (דף י"ט) דמעות הראשונים לאו לקידושין ניתנו ואין יעוד אלא מדעת ובעינן דעתה ודעת רש"י ורמב"ם דלא מהני בעל כרחה ודעת תוס' שם דאף בעל כרחה מהני רק דבעינן להודיע לה שמייעדה ואיך מהני עדים לקטנה וכן באומר אדם לבתו הקטנה צאי וקבלי קידושך דמקודשת כמבואר שם וש"ע אה"ע (סי' ל"ז) ומה מהני העדים על קבלת הקידושין שקבלה מדעתה וכיצד יעידו על הקטנה והא דמהני באומר לבתו צאי וקבלי קידושיך מבואר ברא"ש שם דהוא מטעם שליחות ועיין ב"ש שם ובעל כרחה לא מהני וכ"כ המקנה שם [ומה שכ' שם דלשיטת הראב"ד והרמב"ן דמטעם ערב מהני אף בעל כרחה דנתינה בע"כ שמיה נתינה יש לדון לשיטת רמב"ן בר"ן (פ"א) דקידושין דתן על גבי סלע לא מהני וכן בתן לחרש כשלא הוציאו החרש דאינו מחויב מטעם ערב כמבואר חידושירמב"ן שם (דף ט') רק בזרוק לים או תן לכלב מהני מטעם ערב א"כ אף כשנתן עפ"י לקטנה בע"כ אף דנתינה בע"כ שמיה נתינה מ"מ המקבל אינו זוכה בעל כרחו כמבואר רשב"א גיטין (דף ע"ד) וכיון שלא זכתה בהכסף קידושין בע"כ ממילא אין האב מחויב בתורת ערב אלא ודאי דבעינן מדעתה וכיון דבעינן דעתה ורצונה כיצד יעידו על הקטנה והא ודאי דצריכים לדעת מזה דאם לא כן הוי כמקדש בלא עדים: **וראיתי** במהרי"ט צאהלן (סי' רמ"ז) דתמה על הב"י אה"ע (סי' קמ"ח) דכ' הא דאמרינן הן הן עדי יחוד עדי ביאה שגם היא צריכה לראות את העדים דאם לא כן אמרינן כיון דידעה דקידושין בלא עדים לאו כלום נינהו נתיחדה עמו לשם זנות וכן כ' בתשובת הרשב"א כו' וכתב מהריט"צ מה לי אם לא ראתה עדים כיון שהוא רואה ובועל לשם קידושין מה לנו ולכוונת' והרשב"א והר"ן פרק מי שאחזו ופרק המגרש לא כתבו אלא שהוא צריך שיראה את העדי' אבל היא לא הוזכר כלל והרשב"א בתשובה שכתב שכל שלא ידעו הם לאו דוקא רק כוונתו עליו ואף דהמקדש בעל כרחה אינה מקודשת דוקא בעל כרחה לא מהני אבל בסתם והיא שותקת ולא אמרה בפירוש שאין רצונה להתקדש והוא ראה העדים ובעל לשם קידושין מהני ועוד האריך בזה. ותמהני הא להדיא כתב המ"מ (פ"ג) מאישות משם הרשב"א דאם הטמין לה עדים אחורי הגדר דלא מהני דדלמא אי ארגשה בהן לא מקבלה אלא השתא דסברה דליכא סהדי קבלתן דמידע ידעה דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין ורצתה לשחוק בו ושפיר כ' רבינו ב"י בש"ע (סי' מ"ב) שצריך שיראו המקדש והמתקדשת את העדי' וכן מבואר בריב"ש (סי' רס"ו) ובס' אבני מילואים (סי'

כ"ז ס"ק ו') כ' עמ"ש בש"ע שם אם הבינה דבריו דמקודשת דמשמע אפילו אין העדים יודעים אם הבינה כל שהיא אומרת שהבינה הוי קידושי ודאי וקשה הא הוי כמקדש בלא עדים והעלה כיון דעיקר הקידושין הוא מצד הבעל כדכתיב כי יקח איש והאשה רק מבטלת דעתה כמו שכ' ר"ן נדרים אם כן עיקר דבר שבערוה מצד הבעל הוא לכן לא בעינן עדים רק לגוף הקידושין שישמעו מן המקדש אבל על רצון האשה ל"ב עדים וסגי בהודאתה והביא ראיה ממה דהוכיח הש"ס קידושין (דף נ') דדברים שבלב אינן דברים ממתניתין דאעפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש ותפ"ל דהוי מקדש בלא עדים אלא ודאי דעל רצון אשה ל"ב סהדי ותמהני הא להדיא מבואר (סי' מ"ב) שגם המתקדשת צריכה שתראה את העדים ואף על דעתה ורצונה צריך לעדים ומה שכ' הא"מ ראיה מהא דאף עפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש כבר עמד על זה המקנה שם במתניתין וכ' דאיירי דגילתה דעתה קודם לכן ואעפי"כ לא מהני לכך הוכיח הש"ס דדברים שבלב אינן דברים ועיין במקנה (סי' כ"ז ס"ב) הטעם דאף דעדים לא ידעו שהבינה הלשון קידושין דמהני משום דאף בסתם הוי ספק מקודשת לכך נאמנת עיין שם ובמקומו כתבתי בזה הרבה בעזה"י והברור דאף על רצונה ודעתה לענין קידושין ג"כ בעינן עדות וגם על זה נאמר אין דבר שבערוה פחות משנים ואם כן בקידושי קטנה איך מהני לדעת הרמב"ם הנז' דאין מעידין על הקטן:

וכן ביבום לדעת רש"י קידושין (דף י"ט) קטן בן ט' ויום א' שבא על יבמתו קנאה ולא ממעט קרא רק מחיוב מיתה להבא עליה אבל מ"מ הוי קנין מן התורה. ועיין נו"ב מהד"ק (אה"ע סי' נ"ד) שהוכיח שכן גם כן דעת הרמב"ם ובמ"א כתבתי גם כן הוכחה מדברי רמב"ם הלכות סוטה שכ' שאם קטן קינא לאשתו דאינה שותת ועל כרחך איירי בקטן שבא על יבמתו דאם לא כן אין קידושין לקטן ועל כרחך דסובר דהוי כאשתו מה"ת אם כן להמבואר ריטב"א קידושין (דף י"ב) דאף ביבום צריך עדי ביאה ועיין בבית מאיר (סי' קס"ו ס"ב) שהביא קושית חכם א' מסוטה (דף כ"ד) דכוותה ש"י ומה שמתרץ שם וכתבתי על הגליון לשיטת מהרי"ט בב"ש (סי' מ"ב) וכן כתב ריטב"א דעדי הכמנה לא מהני בקידושין עדיין קשה הא יכול להיות שיש עדים שבא עליה היבם רק הם לא ראו העדים דעדיין לא נגמר הקנין ויש ליישב. וראיתי בספר חמדת שלמה שכ' די"ל דלענין הקנאה לא צריך עדים כיון שקונה בעל כרחה ובאונס ולא צריך דעתה אינו דומה לקידושין ובאמת אנן אין מאמינים שבא עליה שיחייב הבא עליה אחר כך בחנק כיון דהוי דבר שבערוה אבל היבם שיודע האמת ודאי אסור בקרובתיה אם מתה אחר כך ויש לומר כיון דכתיב יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה צריך שתהיה אשתו בביאה

זאת ושתהיה קנויה לו כמו אשה דעלמא וצריך עדים אף לקנין כיון שעל ידי זה נעשית אשתו ובפרט למה שכתב הפנ"י דמטעם אין אישות לחצאין אתינן עלה אם כן צריך לגוף הקנין עדים כדי שתהיה אשתו לכל דבר. ומצאתי בתשובת רשב"א (ח"ד סי' שכ"ח) דדעת השואל דצריך עדים ועמד על הש"ס יבמות (דף נ"ח) דכוותה גבי שומרת יבם כו' דהא מצי לאוקמי כגון שבא עליה בלא עדים ומתרץ הרשב"א שם דאכתי לאו בעל הוא שהרי לא קנאה וכ' וז"ל ומיהו לא כן אני מדמה שתהא יבמה צריכה עדים אלא אפילו בא עליה בינו לבינה קנאה דזו אשה היא שהקנוה לו השמים וכדמוכח נמי ממתניתין דיבמה שאמרה לא נבעלתי ומהא דאתמר עלה בגמרא עכ"ל ולא אבין ראיה הזאת דהא סגי בעדי יחוד כמו כל מקדש בביאה דאינם צריכים לראות כמכחול בשפופרת ולעולם איירי דיש עדי יחוד והטענות ביניהם אם בא עליה ביחוד הזאת ולעולם בלא עדות לא נעשה אשת איש לחייב מיתה הבא עליה ועיין באבני מילואים אה"ע (סי' ל"ח ס"ק י"ז) דאף נישואין צריך עדים וכשם דמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין משום דילפינן דבר דבר מממון ה"נ נשואין הו"ל דבר שבערוה דכל עניני אישות צריך עדים ולכמה דברים נשואה שאני מארוסה דארוסה בסקילה ונשואה בחנק עיין שם בדבריו ומכ"ש בזקוקה ליבום אף דאשה היא שהקנוה לו מן השמים מ"מ אינה לשוק רק בלאו ועל ידי ביאת היבום נעשית כאשתו לכל דבר והוי כדבר שבערוה דלא סגי בלא עדים ועיין יש"ש יבמות פרק ר"ג (סי' כ"ה) ודעת ריא"ז דיבום וחליצה צריך עדים ואכ"מ להאריך בזה ואי"ה יבואר במקומו] ויקשה ג"כ איך מעידין עדים על קטן:

יוד) ונראה דבלא"ה הקשה הפנ"י גיטין (דף ס"ה) לדעת הרמב"ם דאין מעידין על הקטן האיך קטנה מתגרשת בגט הא בעי ע"ח ועמ"ס. אולם לא קשה כיון דמתגרש' בעל כרחה ואין צריך עדים רק על קבלתה ושבא הגט לידה ולרשות' מה"ת לא תועיל עדותן מה שאין כן לעשות שליח שהוא דבר שצריך דעתה ורצונה למנות שליח בזה כיון דצריך שיעידו עדים על זה בזה כתב הרמב"ם דאין עדות על קטן ועיין תומים (סי' צ') דעדי קידושין וגיטין צריך שיהיה בראיה וידיעה בלא ראיה לא מהני מגזה"כ וכן נראה קצת מדברי רשב"א קידושין (דף ה' ע"ב) שכ' הא דלא מהני בקידושין נתן הוא ואמרה היא אף אמרה לו תן לי דינר ואתקדש אני לך גם כן לא מהני הוא מטעם דאעפ"י שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן וכמו שפירש דמי מ"מ העדת עדים בעי דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין וכיון שלא פירש ואפשר שלשם מתנה נתן ולא לשם קידושין אעפ"י שהוא מודה דלשם קידושין נתן כמו שאמרה מ"מ אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה לשם עדות אלא שהם דנין כוונת הלב ואין כאן עדות מבואר אף דמראין הדברי'

דלא נתן לשם מתנ' רק לשם קידושין כיון דעפ"י דיבורה נתן לה מ"מ כיון דיש חשש רחוק לומר דבמתנה נתן לה כל שלא פירש הוי כמקדש בלא עדים כן נמי דעת רמב"ם דאף אם קטן יכול לעשות שליח במה דאית' בדנפשיה מ"מ כיון דאפשר במחשבתו אינו כן אף דדברים שבלב אינן דברים לסתור המעשה היינו לבטל מעשה בן דעת אבל לבטל מעשה קטן אם אינו מתרצה בלב לא מהני ויש בכח מחשבתו לבטל מעשיו רק מהיכא תיתי נחוש לזה נימא מסתמא גמר בדעתו שיהי' זה שליח ע"ז כ' הרמב"ם כיון דצריך עדים לקיום הדבר וצריך שיהיה עדים בראיה ממש וכיון שאינו בן דעה גמורה אין מעידין על הקטן והא דמהני בקידושין ולא חיישינן דלא התרצה בלב אף שקבלה ועל כרחך כיון דעושה מעשה וקטן יש לו מעשה אין המחשבה מבטל המעשה אף דבעינן ביעוד דעתה ורצונה וכן באומר לבתו צאי וקבלי קידושך דשם מ"מ ברשות אביה היא ואבי' המקנה אותה ועיקר העדות הוא שנעשה גם מרצונה ומ"מ אין העדות עליה רק על זכות האב וסגי במה שאומרת שהוא ברצונה. וכן בעשה שליח כשהוא שפוי ונשתטה בשעת נתינה אף דצריך עדי מסירה לגמור הדבר שקבלה הגט משליח שמינה אותו עיקר העדות הוא על מעשה השליח לא על מעשה המשלח בגמר הדבר וכן ביבם קטן כיון דלא בעי שום דעת רק על המעשה יכולין העדים להעיד על מעשיו מה שאין כן למנות שליח דצריך דעת ורצון בלב לקבל השליח כחו לכך כיון דאין לו דעה גמורה אין מעידין על קטן. הנה נא הארכתי בענין שליחות בסוגו מענין לענין באותו ענין ועוד נשאר בזה כו"כ פרטים ולמען לא אהיה למשא להמעיין כי יאריכו הדברים הפסקתי באמצע הענין ואולי אזכה אי"ה להדפיס חידושי על אה"ע יבואר כ"א במקומו וגם אפס קצהו יבא לקמן אי"ה בקונטרס הקנינים:

סימן ל

אם אמר תן אי הוי כזכי כתב בש"ע (סי' קכ"ה ס"ז) די"א דהוי כזכי והוא שנותן לו עתה החפץ בידו ואמר לו תן זה לפלוני אבל אם מתחילה לא בא לידו ע"מ לזכות לזה ואחר כך אמר תנהו לא קנה וי"א דאינו כזכי ויכול לחזור כ"ז שלא הגיע לידו ובש"ך (ס"ק כ"ט) כ' משם מבי"ט דכל היכא דהשליח הוליכו למקום המקבל דהוי כזכי כיון שהיה יכול המקבל ליטלו וכ' ולא נהירא עיין שם. והנה במבי"ט היה השאלה באחד שנתן לחבירו סחורה ואמר לו תתן מן המעות שתקח מן הסחורה סך כך ללוי בתורת מתנה דרך חסד וצדק' וכשבא למקום לוי התחיל לתת לו ולא השלים הסך שאמר לו מפני שלא נמכרה עדיין הסחור' ונפטר לוי ואחר כך כ' לו המשלח שמה שלא השלים לתת יתן לאחר ואלמנת לוי תובעת שיתן לה מה שנשאר בידו כי מי ששלח היה קרוב שלה

וגם אין לה כדי כתובתה וע"ז השיב המבי"ט דאף לדעת ר"ת דתן לאו כזכי דלוי הוא ב"ת ומשום מצוה דעץ חיים למחזיקים בה שלחו לו א"י לחזור והולך נמי כזכי לכ"ע אם הוא עני וא"י לחזור וכיון דא"י לחזור בו יתנו ליורשיו אם מת המקבל. וכתב וכ"ש אחר שהגיע למקום לוי ואמר לו שהיה לו בידו מעות מראובן לתת לו והתחיל לתת ומפני שלא נמכרה עדיין הסחורה שבידו לא השלים לתת לו דנראה אף לדעת ר"ת דתן לאו כזכי הכא בנ"ד הוי כזכי כיון שבא אצלו ואמר לו שיתן לו סך מעות ואם הי' רוצה לקחת מן הסחורה כדי המעות הי' נותן לו וא"כ הוי כמו שהניח עתה לוי בידו והוא זוכה בה ללוי מכח לוי עכ"ד:

ולכאורה יש לדון אף לדעת רמב"ם דתן הוי כזכי היינו כשאמר לו תן החפץ אבל כשמסר לו סחורה למכור ואמר לו שיתן מהמעות לפלוני כיון דלא אמר לו ליתן החפץ רק מדמי מכירה יש לומר דכיון דלא בא לעולם עדיין הדמים לכ"ע לאו כזכי וצריך לומר כמו שכ' המבי"ט בסוף דבריו דאם היה לוי רוצה לקחת מן הסחורה כדי המעות היה נותנו לו סובר דיש לו רשות גם כן לתת לו סחורה במקח כפי דמיו לכך להסוברים דהוי כזכי זכה לו ועל זה דן דהוי כמו שהניח לוי בידו והוא זוכה בה ללוי מכח לוי והש"ך חולק על זה דחזרה תלוי בכל זמן שלא הגיע ליד המקבל. ואאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני גביית חוב (סי' ז') כ' להעמיד דברי המבי"ט על פי דמבואר גיטין (דף י"ב) מדברי רשב"א ומהרש"א דכל היכא דיכול לעשות החוב בענין אחר מהני הזכיה במקום שחב לאסרים ואם כן למה שכ' הר"ן שם (דף י"א) בהא דאמרינן שם התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים קנה אף דליכא חוב אלא לאדון והוא אמר תן ורוצה בשליחותו דכוונת הש"ס דהשליח עושה לעצמו לשליח קבלה עבור העבד רק אם תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה חבירו אין בידו לעשות את עצמו שליח לקבלה להעבד כיון שהוא חב להאדון שלא יהיה יכול לחזור בו. ולכך במתנה אם יאמר השליח לזכות בעד הזוכה אף דא"י כיון דהוי חב להמשלח שלא יהיה בידו לחזור לכן באם הביא למקום המקבל ובידו למסור ליד המקבל ולעשות החוב שוב יכול להיות שליח המקבל לזכות בעדו כיון דבידו ליתנו לו ועיין שם מה שכ' ליישב על פי זה כמה דברים וקושית המח"א (סי' ד') בדיני שילוחין בש"ס גיטין (דף ס"ג) באמר השליח הילך גיטך אמרה לי' להוי בידך ואיבעיא להו שם אי מהני דלא חזרה שליחות אצל הבעל ותיפוק ליה הא זכיות השליח עבור האשה הוי כתלבע"ח במקום שחב לאחרים דחב לבעל שלא יהיה בידו לחזור בו וכ' כיון דבידו למסור לה תו לא הוי חב לבעל וכ"כ במתנה באופן זה כשבא אל המקבל יכול השליח לזכות עבור המקבל רק בגט הואיל דלא חזרה שליחות אצל הבעל דהוי

כטלי גיטך מטג"ק. ואני כתבתי שם דלהסוברים דבעינן שלוחו של בעל הממון אם כן עכ"פ לא הוי שלוחו של בעל הממון וע"כ לא כ' הר"ן גיטין הנז' דיכול להיות שלוחו של העבד רק בג"ש דילפינן לה לה מאשה ובאשה גלי לן קרא דיכולה לעשות שליח כמבואר בירושלמי ר"פ התקבל תמן התורה זיכה לה ולא בממון ודברי אאמ"ו שם נאמרים או דל"ב בממון להיות שלוחו של בעל הממון או דזכיה עדיף כמבואר שם:

ומ"ש שם אאמ"ו ז"ל דדוקא אם נאמר מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבריה אז במקום שיכול לעשות החוב ובידו הוא נמי מצי זכי לחבירו אבל אם ל"א מגו והיינו דעכ"פ במה שהוא חב לאחרים אין לו כח להיות שליח כן נמי אף בידו לעשות החוב ואף במקום שאף אם לא יזכה חבירו יהיה החוב נעשה כגון במגביה מציאה לחבירו דלדעת רש"י אם לא זכה חבירו יזכה המגביה מ"מ מה שהוא חב לאחרים אינו יכול לעשות שליח כתבתי שם דאם כן תיהדר קושית המח"א בהך דגיטין (דף ס"ג) דאמרה ליה תהוי בידך ואי לאו דלא חזרה שליחות הי' מהני ואמאי הא חב לבעל והך עובדא שם אתי לקמי' דרב נחמן ור"נ סובר ב"מ (דף י') המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו וסובר ע"כ דל"א מגו דאי בעי זכי לנפשיה ורבא דפריך שם הא לא חזרה שליחות יקשה גם כן תפ"ל דהוי חב לאחרים ועיין תוס' ב"מ דמסופקים בזה אי רבא קבלה מר"נ ובש"מ שם כת' דרבא סובר דאמרינן מגו דאי בעי זכי לנפשיה וכן מבואר מדברי ר"ן נדרים (דף ל"ז) אך ר"נ סובר בפירוש דל"א מגו ואם כן אמאי אמר שם בגיטין אם איתא לדר"ח הא הוי תופס במקום שחב לאחרים גם למה שכ' הרמב"ן בש"מ ב"מ שם וכתובות (דף פ"ד) לתרץ קושית תוס' על ר' יוחנן דסובר התלבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה וסובר המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאינו מטעם מגו רק כיון שלא זכה בה אדם לאו חובה הוא לו מה שאין כן בבעל חוב [ומה שכ' שם בכתובות הש"מ שכן הוא דעת רמב"ם כבר כתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גניבה (סוף סי' י"ג) דמוכח מדברי רמב"ם הלכות מתנות עניים (פ"ב ה"ט) דאף מניעת ריוח הוי חב לאחרים עיין שם בדברי] כיון דחייב לו ונכסוהי אינון ערבין ביה זה הוי חב מי שמוציאין מרשותו אם כן לא תלי במגו ויקשה מש"ס דגיטין. וע"כ צריך לומר דעד כאן לא כ' הר"ן פ"א דגיטין דזה הוי חב לאדון שלא יהיה יכול לחזור בו אם יזכה בו השליח בעד העבד רק שם לס"ד דתן לאו כזכי ואם כן מדלא אמר המשחרר להשליח לזכות בעד העבד חזינן דרוצה שלא יזכה בעדו כדי שיהי' עוד בידו לחזור ושפיר הוי חוב להאדון אם השליח יזכה בעדו. אבל בגט אשה דלא היה יכול לעשות באופן אחר דחוב הוא לה וא"י רק לשלוח על ידי שליח להולכה אמדינן דעתו ודאי כששולח שליח לגרשה רוצה בגירושין ואינו רוצה עוד לחזור בו לכן לא הוי

חב לבעל כשהאשה עושה לו לשליח גם בעדה אם לא מטעם דלא חזרה שליחות והוי כטלי גיטך מעג"ק אם כן ליכא הוכחה מש"ס דגיטין הנז' לדינו של המח"א דהיכא דבא השליח למקום המקבל שיכול לזכות בעדו אם לא מטעם שכ' אאמ"ו ז"ל לדידן דאמרינן מגו כמו כן במקום שיכול לעשות החוב יכול לזכות גם כן בעדו:

ובספרי א"ב ח"א דיני תו"מ (סי' י"ז) העירותי בזה ממתני' דפאה (פ"א) שבולת של לקט שנתערבה בגדיש מעשר שבולת אחת ונותן לו אמר ר"א וכי האיך העני הזה מחליף דבר שלא בא לרשותו אלא מזכה את העני בכל הגדיש ומעשר שבולת אחת ונותן לו ועיין שם בר"ש וברע"ב דר"א לדבריהם דרבנן קאמר להו לדידכו דפלגיתו עלי בעשיר שליקט פאה לעני שאני אומר זכה לו ואתון אמריתו דלא זכי לו האיך העני הזה מחליף דהא אין בעל השדה יכול לזכות לו אלא לדבריכם מזכה את העני בכל הגדיש על מנת להחזיר. ולמה צריך לזכיה באם העני הוא שם בהגדיש סגי דשוב יכול בעל הבית לזכות בעדו כיון דיכול לעשות החוב שיזכה הוא בעצמו שוב לא איכפת לן בחב לאחרים וכמו שכ' המבי"ט והמח"א ואאמ"ו ז"ל וצ"ל דר"א שמע מחכמים דיכול לעשר שבולת אחת אף כשאין העני שם ונותן לו אחר כך ועוד דקדקתי בזה שם:

אגב אבאר במה שכתבתי שם בביאור דברי הירושלמי שם במה דקאמר ת"ק סבר אינו מזכה את העני בכל הגדיש אלא שבולת אחד ותניא אחרא סברו מימר מזכה את העני בכל הגדיש וקאמר תניא קדמיא סבר מימר מזכה מימינו לשמאלו ות"א סבר אינו מזכה מימינו לשמאלו ופירש המפרש דפליגי אם צריך לזכות כל הגדיש במעמלה"ח לפי שמעורב עם שאר שבולים ומה דקאמר מימינו לשמאלו היינו אם מתעמלה"ח שמיה מתנה ושם דקדקתי על פירושו של המפרש [וטעות נזדקר לי שם דכתבתי דרבא דאמר מתעמלה"ח שמיה מתנה אמר הלכתא כר"ל לבר מתלת ואגב שטפי כתבתי כן דביבמות (דף ל"ו) קאמר רבא הלכתא כוותיה דר"ל בהני תלת ות"ח לידידי הרב המופלג החריף מ' העשיל נ"י מק' טעלז יע"א שהודיעני השגיאה הזאת וכן קרה לגדולים וטובי' אשר קטנם עבה ממתני] דלא גרס והתניא ואין זכיה לפי שמעורב עם שאר שבולים וכדאיתא פרק קמא דקידושין יעיין שם במה שגמגמתי. וגם לא מצאתי פרק א' דקידושין מזה. וכן ראיתי אחר כך בספר קהלת יעקב מהגאון מהריט"א ז"ל דמדחי פירוש המפרש ומפרש דברי הירושלמי מ"ש מימינו לשמאלו דאין ברירה ותלי הדבר בברירה עיין שם (באות ע') עשו שאינו זוכה כזוכה ואני בעניי כתבתי לפרש דזכיה בעצם שיזכה בגוף איזה דבר לא שייך רק אם יכול ליהנות ממנו ולעשות בהו כרצונו אבל אם אין לו תועלת מגוף הדבר כמו שם אם מזכה לו רק שבולת הזאת שנתערבה ואינה ידוע וניכרת ואינו

במציאות שיכירנה ויזכה בה לא שייך בזה זכיה כלל בגוף השבולת רק שיהיה לו חלק בגדיש שיש לו השבולת שנתערב מ"מ בגוף השבולת עדיין לא זכה ומחליף מה שלא בא לרשותו כיון דלא ישיג בקנינו הדבר הנקנה בשום אופן לא שייך בזה זכיה והבאנו סעד לזה מדברי תוס' גיטין (דף מ"ב) דעבד מוכה שחין דאינו שוה כלום רק לקנס ל"ש בו זכיה. וכיון דהשבולת לא יצא עדיין מיד בעל הגדיש רק שהעני יהיה שותף עמו על שבולת אחת הוי כמזכה מימינו לשמאלו כיון שלא יתברר לעולם בזכית השבולת של לקט. וע' שם בדברי בביאור דברי הירושלמי:

וכתב אלי רב מופלג גדול להעיר על זה משם בנו שיחיה דמוכח ממתניתין דר"פ כל הזבחים דהוי קנין בכה"ג מדתנן נתערב בחולין ימכרו לצורך אותו מין והא ליכא לברר המקח איזה הוא של חולין שיקנה הלוקח רק שיקנה בסתם כל התערוב' באחד מדרכי הקניה על מנת שיזכה באחת. והשבתי שכמה תשובו' בדבר דיש לחלק בין דעת אחרת מקנה כמו שם דנתערב לבעלים או לציבור והאחד הקדש והשני חולין אם כן יכול להקנות שיהיה הלוקח שותף עמו ולשם זה יקריב אחד והשני לשם השני משא"כ בשבולת אם אינו מקנה לו רק השבולת הידוע שהי' לקט ליכא דעת אחרת מקנה כלל דאינו מבורר ולא יתברר ולא בא ליד העני שיהי' בידו להחליפה. ועוד ל"מ למה שהעלה הגאון מאוה"ג בעל ח"ס ז"ל באו"ח (סי' ק"פ) דלא כתיב לכם שיקחנו לעצמו שיהא שלו רק קרבנו ולא של אחר וכל שאין לאחרים אע"ג דגם לו אין בו קנין לא אימעט רק היכא דכתיב קיחה שיקחו לעצמו צריך שיהיה לו בו קנין אם כן שפיר יכול למכור להקריב על שמו לצורך אותו מין כיון דהבעלים נסתלקו ומתרצים בזה. ואף שאני הפעוט גמגמתי בזה כמו שיראה המעיין בספרי ח"ר בדיני פסח (סי' ב') ד"ה ודע מ"מ הא מבואר ברמב"ם (פ"ו) מפסולי מוקדשין בנתערב קדשים מין במינו דיש תקנה שיתן אחד חלקו לחבירו ורבינו ע"א ז"ל בתוספותיו זבחים (פ"ח) תמה ע"ז הא הרמב"ם פוסק המוכר עולה ושלמים לא עשה כלום ואיך יכול להקנות לחבירו ועל כרחך צריך לומר דאם בא אחר כך מקרה שירד הקרבן מקדושתו וירעו עד שיסתאב וגם יפסידו בזה גם רבנן דפליגי פסחים (דף צ') על רבי דסובר על מנת כן הקדישו ישראל את פסחיהן דבכה"ג רשאין ליתן כ"א לחבירו כדי שישארו בקדושתן וכ"כ אם נתערב בחולין יכול למכור של חולין למי שצריך לאותו מין ויכול למכור אף מחלקו כדי שיהיה תקנה שיזכה הקונה להיות שותף עמו ועדיף טפי שלא יהיה הפסד וכ"א יקריב האחד בעדו ויחלוקו ביניהם ובזה ודאי חל הזכיה להקונה והמוכר עולתו לחבירו לא מהני אבל כשנתערב עם חולין של חבירו או שלו יכול למכור לחבירו שישתתף עמו וכ"א יהי' לו עולה אחת וחל הקנין

שיקריב על שמו וכשיסתאב יהיה הוא הבעלים לפדות. ובלאו הכי לא מצינו מבוא' אם מביא אדם קרבן בעד חבירו שצריך לזכות לחבירו בגוף הקרבן דאפשר כיון דדרשינן בש"ס תמורה (דף י') מלבד אשר תשיג ידו דמתכפר בקרבן חבירו בפשטות משמע דאין צריך לזכות לחבירו ואני בעניי בספרי ח"ר דיני פדיון הבן (סי' ג') צדדתי הרבה בזה לומר דצריך קנין שיזכה בו המתכפר ולא העלתי בזה דבר ברור אולם אם נותן לזה ממונו י"ל דאין צריך לזכות בו בקנין ויכול חבירו להקריב בעדו אף דאין לו להמתכפר קנין ממש בו המועיל בדרכי קנין אם כן שפיר בנתערב בחולין יכול למכור היינו שיהיה להקונה זכות זה שיקריב בעדו ע"כ אינו ראיה משם כלל לומר שחל קנין על עצם הדבר שלא יתברר מעולם:

וכבר כתבתי בספרי דיני פדה"ב (סוף סי' ח') לדון כמו כן דאם פודה אצל כמה כהנים בב"א ומניח לפניהם הה"ס ואמר שפודה אצל הכהן שגלוי וידוע כלפי שמים שהוא הכהן והוא יזכה בדמי פדיון ואחר כך מחלקין ביניהם כיון דאינו מבורר מי הוא ולא יתברר ל"ש בזה זכיה כיון דאינו יכול לעשות בהה' סלעי' מה שירצה דאינו מבורר מי הוא הזוכה האמיתי יעיין שם בדברי ועמדתי על זה מהא דכתב הרע"ב (פ"ז) דשקלים על מתניתין בין קינין לגוזלי עולה כו' מחצה על מחצה יפלו לגוזלי עולה ופריך בירושלמי האשה הזאת במה היא מתכפרת ומשני אמר ר"י תנאי ב"ד הוא המספיק את הקנים הוא מספק את הפסולת ומפרש הרע"ב הממונים לוקחי' משל ציבור כפי אותן מעות שנמצא ומקנין אותן לבעלי המעות שנמצאו ומקריבין מהן קינין על הס' והחטאת לא תהיה נאכלת ושם אי אפשר לברר ולא יתברר אם נפל מהתיב' של קינין או מהתיבה של גוזלי עולה וגם מאיזה אשה הוא כי נתערב ולא יתברר וכיצד שייך זכיה להקנות לה המעות. וע"כ דב"ד שאני או דלהקנות לאו דוקא על ידי אחר לזכות רק דמקריבין בעדה בכל מקום שהיא דיכולין להביא חטאת בעד אחר ובפרט כיון דכבר נתנה מעות לצורך קרבן. ובאמת בירושלמי לא נזכר רק שהוא מספיק הפסולת וברמב"ם (פ"ג הי"ד) משקלים השמיט התקנה הנז' וכבר עמד שם על זה הכ"מ ויש להאריך בזה בפילפול ואכ"מ:

ומ"ש מעכ"ת נ"י לפרש מה דקאמר ר"א מזכה את העני בכל הגדיש היינו עצה טובה קמ"ל מקום הגדיש באחד מדרכי קנין והגדיש עצמו במתנה על מנת להחזיר בתורת חצר זוכה המעיין בירושלמי יראה דאין לפרש כן וגם לא נזכר מקום הגדיש וגם מ"ט דמ"ד דאינו מזכה את העני בכל הגדיש אלא שבולת אחד אם אינו מגביה במה זכה בתורת חצר מלבד דאינו משתמרת לדעתו כמו שכ' מעכ"ת נ"י יש עוד ספק דלמא מונחת על השבולת של בעה"ב ומפסקת ותליא אם אויר החצר קונה והיה מקום לומר אם מזכה לו

מקום הגדיש יכול להקנות לו השבולת לא בתור' חצר רק בקנין אגב למ"ש הקצוה"ח (סי' ער"ה) להוכיח מדברי רש"י ורשב"א דגם הפקר נקנה באגב אף דל"ה דע"א מקנה אם כן גם השבולת של לקט אם מקנה לו מקום הגדיש יכול העני לקנות בקנין אגב והנתיבות משיג בזה על הקצוה"ח ואכ"מ בזה ע"כ הי' תשובתי בענין הזה לכבוד הרב הנז':

סימן לא

והולך בחוב קיי"ל דהוי כזכי וחייב הלוה באחריותו עד שיגיע ליד המלוה. ובש"ס (סוף פ"א) דגיטין פליגי בזה רב ושמואל רב סובר חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר ושמואל אמר מתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר וקאמר לימא בהא קמיפלגי דמר סבר הולך כזכי דמי ומ"ס הולך לאו כזכי דמי לא דכ"ע הולך כזכי דמי מ"ס אמרינן מגו ומר סבר לא אמרינן מגו. וברא"ש הקשה בהא דקאמר דפליגי אם הולך כזכי נהי דהולך לאו כזכי וכי גרע מתופס לבעל חוב דקני אפילו בעל כרחו כ"ש מדעת ואם כן אמאי יכול לחזור ותירץ הרא"ש דהתם נמי מצי אמר לו קבל עליך אחריות או החזיר לי מה שתפסת ואפילו רב מודה בזה כיון שתפס שלא מדעת הלוה דמצי למימר ליה את לא מהימנת לי. וראיתי בגד"ת (ש"נ ח"א) דהקשה מאי תירץ הא אע"ג דבתופס לבעל חוב מצי א"ל קבל עליך אחריות אכתי תקשי מי גרע הולך מתופס לבעל חוב כי קבל עליו אחריות ולשמואל למה דס"ל דהולך לאו כזכי ויכול לחזור אף בקבל עליו אחריות והשתא לא ידע דפליגי אי אמרינן מגו. ונראה ליישב דבתופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים דקני אף בע"כ אם אינו רוצה לקבל אחריות יכול להחזיר ואינו חייב התופס כלל להמלוה אם העני הלוה ואין לו אחר כך לשלם משא"כ בהולך לרב אם כזכי דמי כבר זכה בו המלוה ואם החזיר להלוה והעני ואין לו לשלם יכול המלוה לגבות מהשליח דלא הוי לו להחזיר כמבואר בטוש"ע (סי' קכ"ה) ועיין ש"ך (ס"ק ז') דאף בלא העני יכול לתבוע ממי שירצה ואם כן אף לס"ד דס"ל לשמואל דהולך לאו כזכי דמי יכול לחזור היינו מדבריו שרצונו היה להוליך ואם המוליך אינו רוצה להחזיר לו רק שתופס בעד המלוה ומקבל עליו אחריות בפירוש מודה שמואל דאינו יכול לחזור ועיין בטור (סי' ק"ה) דמשמע מדברי הרא"ש בתופס דבסתם אינו חייב באחריות דלא ס"ל כבעל העיטור דכ' התופס לבעל חוב חייב באחריותו דשוי' נפשיה עבד לוה לאיש מלוה וכ' הב"י בבדה"ב דאפשר לומר שאינו חולק על בעל העיטור דהרא"ש איירי לענין לכופו שיקבל עליו אחריות בפירוש מדעתו אבל אה"נ אעפ"י שלא קבל עליו אחריות בפירוש שהוא חייב באחריותו ולכאורה יש לדייק דלא ס"ל כבעה"ע דלסברת בעה"ע מעיקרא לא קשיא מידי כיון דכל תופס חייב באחריות וכ"כ בספר ע"פ ולמה שכ' י"ל דאתי שפיר

דברי הב"י דהא לס"ד דהולך לאו כזכי ס"ל לשמואל ומש"ה יכול לחזור ואם אינו רוצה להחזיר רק דבא בתורת תופס בזה צריך לקבל בפירוש אחריות. ועיין בריטב"א דהקשה גם כן כקושית הרא"ש דהאיך חוזר והרי תופס לבעל חוב הוא דקני וכ' דל"א דתלבע"ח קנה אלא כשמכוין לתפוס אבל הכא חבירו הוא שמתפיסו וכיון דהולך לאו כזכי הרי הוא כאלו אומר לו יהא בידך מעות אלו בשבילי ואע"ג דגבי עבד בעינן למימר לעיל קודם דס"ד דתני כזכי דהוי תופס לבעל חוב ולא יהא יכול לחזור בו התם שאני דכיון דיש הפסד לעבד בחזרתו אף זה היה מתכוין לתפוס בשבילו עכ"ד. וצריך ביאור הא אף בליכא הפסד מהני תפיסתו כמו שכ' כל הראשוני' ואולי כוונתו למה שכ' הרא"ש תירוץ ר' משה מאייבר' דבליכא פסידא לא מהני תפיסה דאם לא כן לא שבקת חיי וכתב הרא"ש דגם תירוץ זה אמת וע"כ דהא דהקשה בב"מ על האלפסי דבאינו חב מדינא קנה ולא מטעם תקנה היינו כמו שכ' הב"ח (סי' ק"ה) דלרי"ף מדינא לא מצי תפיס כל עיקר אלא מצד תקנה מצי תפיס היכא דאיכא פסידא ולרא"ש איפכא דמדינא קנה בכל גווני אלא דחכמים תקנו דבליכא פסידא לא מהני תפיסה דאם לא כן לא שבקת חיי ועיין שם בב"ח הנפ"מ בזה ואולי זה כוונת הריטב"א במה שכ' דל"א תולבע"ח קנה אלא שמכוין לתפוס היינו במקום פסידא. עוד אפ"ל דכוונתו דבעינן תפיסה שיש בו קנין כמו שכ' הריטב"א לעיל (דף י"א) והיינו כשמכוין לתפוס בעד חבירו אבל כשאמר לו הולך כיון דלאו כזכי דמי הוי כאומר לו יהיה מעות זה בידך בשבילו ושוב צריך תפיסה עם קנין ועייקריטב"א כתובות (דף פ"ה) ובמה שכ' בביאור דבריו לעיל דיני הלואה (סי' נ"ז):

והנה למאי דמסיק הש"ס דכ"ע הולך כזכי דמי מר סבר לא אמרינן מיגו ומר סבר אמרינן מיגו וטעמא דשמואל מתוך שחייב באחריותו אם בא לחזור חוזר וכ' הרמב"ן דשמואל סבר אעפ"י שהוא כזכי יכול לחזור בו דאי אפשר לזכות בו מאחר שברשות זו עומדין והוא חייב באחריותן ואפילו אמר בפירוש זכי ורב סבר ל"א האי מיגו ולהודיעך כחו דרב פליגי בהולך וע"כ דלשמואל לא שייך זכיה רק אם יצא מרשותו לגמרי. ולפי זה הא דא' ר"י התלבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה הא באינו חב קנה ואמאי לשמואל כיון דאף בזכי יכול לחזור הואיל דעומד באחריותו דלוה יכול לחזור. וליקח מן הזוכה מדעתו כ"ש מן התופס שלא מדעתו ומדברי הרא"ש מבואר דשמואל אינו חולק על זה דתופס לבעל חוב קנה ומתרץ דנ"מ אם הולך לאו כזכי צריך שיקבל הזוכה עליו אחריות אם בא לזכות בתורת תופס ואם כן למסקנא דהולך כזכי סובר שמואל רק אף בזכי כשהוא באחריות הלוה יכול לחזור אם כן בתופס כשהוא באחריות הלוה ודאי דיכול לחזור וליקח מן התופס. ויש ללמוד מזה להוכיח כשיטת הב"ח מובא בש"ך (סי' ק"ה

ה') דנפטר הלוה לגמרי והש"ך חולק עליו וכ' כיון דחוב נמשך מיד שלא יוכל לגבות מהלוה עצמו ובזה ודאי אינו חפץ המלוה ועוד דהכא מאן לימא דזכות הוא לו שמא המלוה חפץ שיהי' אצל' הלוה ולא אצל התופס ולמה שכ' מדשמואל נשמע לרב דהא לשמואל על כרחך צריך לומר דנפטר המלוה דאם לא כן לא עדיף מזכי דיכול לחזור ק"ו בתופס הה"ד לרב י"ל דנפטר. ומה שכתב הש"ך דהמלוה חפץ שיהיה אצל הלוה אינו מובן הא איירי במקום דאיכא פסידא לבעל חוב. ועיין כנה"ג (סי' ק"ה) שהביא דברי ע"ש והסמ"ע דלא נפטר הלוה ודברי הב"ח דלדעת בע"ה נפטר לגמרי ואין המלוה חוזר עליו וכ' והכי נקטינן והוא לשון הב"ח ונרא' דהלו' יכול לומר קים לי ואין להוציא ממנו ואם תפס המלו' אין מוציאין מידו ועיין בדברי משפט (סי' ק"ה):

והא דהתופס צריך לקבל עליו אחריות מסתימת הפוסקי' משמע דאף אחריות אונסין חייב לקבל עליו כמו דהלוה הי' חייב להוליכו וכל אחריות הלוה עליו וכן משמע מלשון בעל העיטור שהביא הטור שכתב דשוי נפשיה עבד לוה לאיש מלוה וכן כתב הנתיבות (סי' ק"ה ס"ק ד') דפלוגתייהו לאחריות אונסין דלענין שמירת שו"ש חייב לכ"ע למאן דס"ל פרוטה דר"י עיין שם ויש להבין בלשון הרא"ש שהביא הטור שכ' דמצי אמר לוה לתופס או קבל עליך אחריות או החזיר לי מה שתפסת ואפי' רב מודה כיון שתפס שלא מדעת הלוה דמצי למימר ליה את לא מהימנת לי דמה תלי אונס בנאמנות אם האחריות הוא אף על אונסין גם כן לא תלי כלל בנאמנות ואי דאינו מאמין לו על הפרעון שאם יארע אונס דלא ישלם לו והוא יהיה נשאר חייב להמלוה לדעת הב"י והע"ש והסמ"ע והש"ך מה תועלת זה לקבלת אחריות דהא לא מצינו שיצטרך להעמיד ערב על הקבלת אחריות רק דחייב באחריו' מה זה שאמר את לא מהימנית לי הא אף אם הוא נאמן אצלו ורגיל להפקיד אצלו גם כן לא יועיל רק שיקבל עליו כל אחריות ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר דזה כוונת הטור דפליג הרא"ש אביו ז"ל על הבעל העיטור דמה שכ' הב"י בבדה"ב דהרא"ש איירי שאומר קבל עליך אחריות בפירוש כבר הש"ך כ' (סק"ו) דצריך ביאור דכיון דחייב באחריות למה צריך שיקבל בפירוש ומה שכ' הש"ך דכוונתו שיקבל בפירוש כדי שיהא לו בפירוש על התופס מלוה בשטר גם כן דוחק דלא מזכיר זאת הרא"ש כלל שיצטרך לתת לו שטר. לכך י"ל דהא הבעהע"ט כ' דשוי נפשי' עבד לוה לאיש מלוה מדבריו מבואר דחל עליו כל אחריות כמו שלוה היה מחויב כ"ז שלא בא ליד המלוה ואף אם נאבד באונס גמור גם כן חייב התופס לשלם על זה כתב דמדברי הרא"ש יראה דאינו חייב באחריותו דמדכתב שתפס שלא מדעתו יכול לומר לא מהימנת לי משמע דתליא בנאמנות וע"כ דעל אונסין פטור ויכול לומר דאינו מאמין לו אף בשבועה

אבל אם יברר בעדים או דהוא רגיל להפקיד אצלו וידוע דהוא איש נאמן אצלו ואינו יכול לומר דאינו מאמין לו פטור מאחריות אונסין. ולפי זה י"ל דאחריות של שו"ש מודה הרא"ש דחייב אף בלא טעם דפרוטה דר"י כיון דתפס ממנו בעל כרחו לאו כל כמיניה להמעיט שמירתו ממה שהבעלים יכולין לשמרו ובזה אף הרא"ש מודה ולא פליג על בעהע"ט רק במה דכ' דשוי נפשי' עבד לוה לאיש מלוה דמזה נשמע דחייב אף באחריות אונסין:

ותן במתנה אי הוי כזכי מביא בש"ע שני דיעות לדעת הרמב"ם הוי כזכי ודעת ר"ת וסייעתו דלא הוי כזכי והא דבשחרור כל האומר תני כזכי משום דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה ל"ה משחרר ליה והוי כחוב וכ' הפנ"י גיטין שם דהא במתנה נמי מרינן בכמה דוכתי דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוי יהיב לי' וכבר כ' הרא"ש סופ"א שם להקשות כזאת מגיטין (דף נ') וכ' דלא דמי דרגילות הוא כמה פעמים שאדם נותן לקרוביו או לאוהביו אע"ג דלא עבד ליה נייח נפשיה מעולם אבל אין דרך אדם לשחרר עבדו אי לאו דעביד ליה נייח נפשיה מעולם. וקצת י"ל דבמתנה אם טוען הנותן ברי שלא היה כוונתו למה שאומר תן לזכיה כי לא משום דעביד ליה נייח נפשיה נתן לו נאמן דבו"ש היכא דל"ה להוציא ברי עדיף ואף כשמת טוענין ליורשין טענות ברי ולכך לא הוי כזכי דלא יהיה אלא ספק אי שלח לו משום דעביד ליה נייח נפשיה או לא מוקמינן על חזקת מר"ק מה שאין כן אף אם הוי רק ספק העבד מוחזק בעצמו כמו שכ' כמה מחברים בספק לגבי עבד הוי מוחזק בעצמו ואף אם טוען ברי דל"ה כוונתו על זכיה עד שיבא לידו אינו נאמן להוציא העבד ממה שהוא מוחזק בעצמו. אולם יש בזה מבוכה אם העבד חשיב מוחזק בעצמו כמו שכתבו תוס' גיטין (דף י"ז) וכבר כ' בזה במ"א ועיין לעיל דיני הלואה (סי' י"ז וכ"א) ועוד בשאר מקומות ובקצוה"ח (סי' פ"ח) וצ"ל דבשחרור הוי בירור גמור כיון דמוסכם בדעתו לשחררו ולהכניסו תחת כנפי השכינה בפרט למה שכ' האחרונים דאם לא כן אין שליח לדבר עבירה בודאי עביד ליה נייח נפשיה והוא זריז להקדים לזכות השחרור להכניסו תחת כנפי השכינה ועיין טורי אבן מס' מגילה (דף כ"ו ע"ב) בהא דפליגי ר"א ורבינא במתנה חד אוסר וחד שרי והקשה הא על כרחך ר"א אוסר ורבינא שרי דר"א לחומרא ורבינא לקולא ובב"מ (ט"ז) בגזל שמכר וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דאמרינן מה מכר כו' יהבי נהליה במתנה פליגי בה ר"א ורבינא ח"א מתנה כירושה ח"א מתנה כמכר והתם דמתנה לאו כמכר הוי לקולא וקשו אהדדי עיין שם ולמה שכ' דהא דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוי רק כספק יש מקום ליישב כמובן למעיין ואכ"מ בזה:

והגם אי תן הוי כזכי או בזכי ממש מ"מ היכא דעושה עבירה בזכייתו לא מהני להסוברים דזכיה הוא מטעם שליחו' לא מהני דאין שליח לדבר עבירה אלא אף אם זכיה עדיף משליחו' מ"מ בדבר עבירה לא מהני. וראיתי במהרי"ט (ח"א סי' קי"ו) שכתב כיון דזכיה מתורת שליחות הוא וקיי"ל דאשלד"ע ומעשיו בטילין עיין שם. ובספר קרית מלך רב (ח"ב דף מ"א ע"ד) כ' שזה אפשר למה שכ' הר"ן דזכיה מדין שליחות אתי אבל רמב"ן ורשב"א ס"ל דזכיה לאו מדין שליחות הוא ואם תעיין עוד אפשר שגם הר"ן מודה הכא כיון דיש לו שליחות בעלמא עכ"ד בזה והדברים מתמיהים למה שכ' בש"מ ב"מ (דף ע"א) דלכך אין זכין לנכרי אף דלית לן מיעוט ע"ז מה"ת לומר דגלי לן רחמנא זכיה לנכרי כיון דלא מצינו ללמוד דמהני זכיה בכה"ג לא מהני וכמו שכ' הטעם דאשלד"ע. וקצת ראיה מב"ק דלא משכח' בור של ב' שותפים ואם נאמר דמטעם זכיה עדיף ומהני אם כן שפיר משכחת ואין לדחות דלא שייך זכיה רק בזוכה בדבר חדש כמו שכ' הקצוה"ח (סי' רמ"ג) מדברי הרשב"א נדרים (דף ל"ו) דכבר כתבתי בזה במ"א ללמוד מכמה דוכתי דזכיה מהני אף באינו זוכה בדבר חדש. ועוד וכי ס"ד באומר לחבירו שיגנוב ויתכוין לזכות בעדו לא בתורת שליחות רק בתורת זכיה יהיה נקנה לו הגניבה זה לא יעלה עה"ד ועוד יש כמה ראיות דזכיה בדבר עבירה לא מהני. [ובילדותי אמרתי ליישב קצת דברי רש"י ב"מ (דף יוד) בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דלא קנה דכ' אדם הבא מאליו ותופס ממון ולא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס והוציא מזה התוס' דדעת רש"י דבעשאו שליח קנה והקשו הא אפילו לא עשאו שליח שלוחו הוא דזכיה הוא מטעם שליחות וגם מפרק הכותב גבי יימר בר חשו דא"ל לשלוחו דיש לומר דוקא בתפס מעות מהני בעשאו שליח על פי מה שכ' הפנ"י דטעם דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה הוא מטעם דאשלד"ע וכבר השיג ע"ז בקצוה"ח (סי' ק"ה) כיון דלמשלח ליכא עבירה לא שייך לומר אשלד"ע והוכיח כן מדברי תוס' גיטין (דף י"ב) וכן כתוב בנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' קי"א) [ומה שכ' שם עוד בתירוץ הראשון דשפיר הקשו תוס' למ"ד אי עביד מהני משום דלדעת התוס' בלא ידע יש שלד"ע ולמה לא קנה אם היה שוגג דבריו מופרכים ממה שכתבו תוס' ב"מ (דף קט"ו) דבשוגג אם הי' יודע שהוא אסור לא היה חובלו הוי זכיה בטעות ואף אביי מודה דאי עביד לא מהני ועל כרחך קושית תוס' גיטין היה אם ידע ובלא"ה דבריו שם תמוהין] אך י"ל כיון דעבירה הוא לשליח שיתפוס בעד זה ויהיה חב לאחרינא אף דמהני בעשאו שליח ולא נתבטל מטע' דאשלד"ע כיון דליכא עבירה למשלח אבל בתופס מעצמו לזכות בעד חבירו י"ל דאף דזכיה הוא מטעם שליחות הוא דוקא בזכות גמור דאנן סהדי דנ"ל והוי שליחות לדעת כמו שכ' בתה"ד

(סי' שכ"ח) וכאן כיון דהשליח עושה עבירה בזכייתו בעד חבירו לחוב לאחרים י"ל דלא הוי זכות גמור למשנת שיעשה זה שלוחו ויעשה עבירה בזכייתו ול"ה שליחות לדעת. אך י"ל דמ"מ זכות הוא לו כיון דאין כאן עבירה להמלוה. אולם י"ל ולחלק בין תפס מעות לתופס חפץ דהא אינו רשאי לתפוס משכון כמבואר (סי' צ"ז) וע' שם בקצוה"ח (סק"ג) ואם הוא בעצמו תופס אי עביד מהני אבל אם השליח תופס י"ל דאין שליח לדבר עבירה כיון דלמשלח גם כן הוא עבירה וזה דוקא בתופס מטלטלין דאינו יכול לגבות לגוביינא דמאן שם לו ועיין שם בקצוה"ח. אבל בתופס מעות לגוביינא ליכא סרך עבירה לכך כ' רש"י דבזה מהני אם עשאו שליח ומעצמו אינו יכול לזכות לחוב לאחרים אבל במטלטלין לא קנה אף בעשאו שליח אך יש להשיב ע"ד דבמקום פסיד' עביד אינש דינא לנפשיה ובהך דיימר ב"ח כתובות דהי' ר"פ ור"ה תופסין בשל יתומים הוי במקום פסידא כמו שכ' בתומים (סי' ד' סק"ב) ולמה ל"מ ויש להאריך בזה וליישב ע"ד פלפול וקצרתי]:

ולדעת הרמב"ם דתן הוי כזכי במתנה הקשה בב"ש אה"ע (סי' ק"מ ס"ק ט') דלדבריו בגט נמי תן הוי כזכי דהא גט לא גרע ממתנה ולמה פסק בגט דתן לא הוי כזכי וכ' דאפשר מה שכ' שם בש"ע אם אמר הולך ותן לה לא הוי כזכי היינו שאמר שניהם יחדיו הולך ותן אבל תן לה לבד הוי כזכי ובת"ג שם כ' כיון דדעת רמב"ם גבי שחרור באומר תן לעבדי אף דא"י לחזור גיטא לא הוי עד דמטי לידיה ומשום דהוי כתנאי והא דל"א במתנה ג"כ דתן הוי כתנאי משום דשם לא סגי דיקבל אמרינן דתנו לא הוי כתנאי רק כיון שנותן לו במתנה ע"כ יתנוהו לידו אבל בשחרור אם כוונתו היה שיזכה מיד ל"צ שיבא לידו וע"כ דקאמר תן הוא לתנאי ובזה מפרש שם כל דברי המחבר דדוקא באומר אי אפשי שתקבל אלא הולך וגם שם כ' ונעשה שליח להולכה ובהולך ותן לה כ' דלא נתגרשה עד שיגיע גט לידה אלא לגבי אי אפשי נעשה רק שליח להולכה ויכול הבעל לחזור בו אבל בלא אי אפשי ואמר תן דלדעת הרמב"ם ל"ה רק כתנאי וא"י לחזור ומ"מ גיטא לא הוי עד דמטי לידיה כמו בשחרור ומיירי באומר הולך ותן ודבריו מגומגמים בדברי המחבר שם להמעיין ועיין ספר מכתב מאליהו (דף ע"ד) מה שכ' בביאור דברי הרמב"ם ויש ללמוד מדבריו באומ' זכי והולך שליחות להולכה הוא לגמרי ואם רצה לחזור חוזר גם במתנה ויש בזה אריכת דברים ואם אזכה אי"ה יתבאר בחלק אה"ע. ויש מקום לומר דבד"מ אע"ג דמזכה ליה לגמרי בלי שום תנאי שייך שפיר למימר שיוליכנו ויתננו לו כדי שיחזיק בשלו:

ואם השליח מחזיק בידו המעות ואומר שהמלוה חייב לו והמשל' מת ואין הדין רק בין השליח והמלוה כ' בש"ע (ס"ד) ויש מי שאומר דאם בא השליח להחזיק דאינו יכול

ועיין בש"ך (ס"ק כ"ג) דהביא משם הב"ח דקאי על אין לו נכסים והמלוה שחייב לשליח וכ' דנ"מ אם המלוה חייב גם לאחרים דכיון שלא זכה בהן השליח ולא יצא מרשות המשלח כל בעלי חובות חולקין בחוב זה ולסברא ראשונה כבר זכה בהן השליח ואין לב"ח אחרים זכות בהן והשיג הש"ך על זה דהא עיקר הטעם לסברא ראשונה משום דאף אם הי' ביד הלוה היו מוציאין מידו מדר' נתן ואם כן כשיש בע"ח אחרים ודאי לא הוי מוציאין מידו מדר"נ ואמאי לא יהיה לבע"ח אחרים שום זכות בהן והקשה בנתיבות הא במטלטלין מהני תפיסה וכמו דמהני תפיסה מלוה עצמו כמו כן יהיה מועיל תפיסה מבע"ח של בעל חובו וכ' דשאני הבעל חוב עצמו שהוא חייב לכ"א ק' זהוב' כפי הלואתו מה שאין כן הבעל חוב של הבע"ח שאינו חייב רק כפי שחייב לבע"ח ק' והוי כמו שחייב לכ"א רק כפי ערכו אם שלשה יש חייב לכ"א שליש מדר"נ לכך אינו יכול לתפוס כל הק' כיון שהוא אינו חייב לו רק שליש. והדברים צ"ע הא להדיא מבואר (סי' קי"א סכ"ג) דאם היה ללוה שני מלוים דיחלוקו ואם תפס אחד מהם זכה בתפיסתו ועיין שם בש"ך (ס"ק כ') ואמאי כאן אינו יכול לתפוס כל הק' כמו אם תפס מן הלוה. ועיימ"ש אאמ"ו ז"ל בזה בדברי חיים דיני גב"ח (סי' ו'):

סימן לב

א

אם המחה לחבירו חוב במעמד שלשתן ונמצא הלוה עני ואין לו חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו כן הוא בש"ע (סי' קכ"ו ס"י) ומשמע אף בלא ידע ראובן חוזר עליו ועיין בש"ך. (ובסי' ס"ו) במכירת שטרות בכה"ג ל"ה מק"ט במוכר שטר חוב והיה עני רק בכלל אונאה ואין אונאה בשטרות. והבעה"ת (שנ"א) כ' בזה די"ל דהוי מקח טעות במוכר שטר חוב א"ד לוקח היה לו לפרש וכשלא פירש י"ל כי לפי מזלו קנהו וכתב ולזה יש קצת ראיה מירושלמי ראובן היה חייב לשמעון סמכוה לגבי לוי אפרסן לוי לית ראובן חייב וכ' ולזה יש לבעל הדין להשיב ולומר שאין זה דומה לזה כיון שהממחה אומר תן לזה מעותי והוא אומר הן אתן בודאי אם הוא עני ועשו ערמה ואין לו אין לך טעות גדול מזה שהטעהו אבל לוקח כיון שמכר לו השטר וקבלו ממנו אינו מפרש שיהיה באחריותו אם לא מצאם ללוה מסתמא ניחא לי' דלהוי ליה אידך לוה דידיה ואין רצונו שזה יתחייב לו כלום ואף זה אינו מטעהו דדלמא קנה נכסי היום או מחר ונ"ל בהכי כי היכא דלהוי נקרא עבד דידה ועיין בקצוה"ח דמוכח מזה דלא הוי כמום במקח ואינו אלא בכלל אונאה ואין אונאה לשטרות רק על סברת בעה"ת לחלק בין מוכר שטר חוב לבין המחהו במעמד ג' כ' ואכתי לא איתברר לנא. והוליד מזה חדשות דבמע"פ שהוא

גופו ממון יש בו דין אונאה וכבר כתבתי בזה בכמה מקומות דהוא דבר זר לומר דהא מ"מ לא הוי דבר המטלטל ולא עדיף מקרקעות והא דצריך לומר יצאו שטרות שאין גופו ממון הוא משום דהוי דבר המטלטל אבל במלוה על פה כבר אתמעט דל"ה דבר המיטלטל ועיין לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות כ"ב):

ב

אמנם להבין דברי בעה"ת לחלק בין מוכר שטר חוב להמחהו מע"פ במעמד שלשתן י"ל דבמוכר שטר חוב כיון דאינו קנה רק השעבוד והחיוב ואף דהוא עני מ"מ יש להמוכר שעבוד עליו והלוקח זוכה שכל נכסיו אף שהוא עני שישתעבדו לו ואינו חסר בקנינו כלל [ולא מבעי אם כ' בשטר דאקני ישתעבדו הנכסים שיקנה אחר כך. הגם דראיתי למרן זקני הגאון הצדיק זצל"ה בדברי משפט (סי' ס"ו ס"ק ב') שהעלה במוכר שטר חוב שיש בו דאקני דאין הלוקח השטר חוב טורף מנכסי דאקני דהלוקח לא זכי בדאקני הכתוב בשטר חוב דאף דשעבוד עדיף מקנין ומהני קנין דאקני שיחול השעבוד אף דהוי דבר שלא בא לעולם מ"מ לענין מכירה הוי דשלבל"ע ולא נקנה ללוקח השטר חוב ובמ"א דנתי אם כן אמאי שטרי המאוחרין כשרין אף דכתוב בו דאקני ניחוש דלמא ימכור המלוה השטר חוב והלקוחות לא יהיו נזהרין מלקנות כיון שהלוקח לא זכה בה דאקני וכשיבא לב"ד יטרוף הלוק' דלא נדע שהוא מאוחר הגם דיש לחקור גם בזה אם יכול המלוה למכור השטר חוב קודם זמן הכתוב בשטר די"ל כיון דהורע כחו של בטל השטר דאינו טורף רק מזמן השטר ולא מתחיל השעבוד רק מזמן הכתוב בשטר אם כן קודם הזמן הוי רק כמלוה על פה ואין השטר רק כמו שטר ראיה דאינו נקנה בכומ"ס מ"מ יש לדון דמחוסר זמן ל"ה דשלבל"ע דזמן ממילא אתי כן נמי בזה כיון דודאי יבא הזמן הכתוב בשטר ויחול השעבוד יכול למכור מהשת' בכומ"ס אם כן אם נאמר דהלוקח לא זכי בדאקני יכול לבא לידי קלקול שיגבה שלא כדין וי"ל כיון דאם היה נשאר השטר חוב אצל המלוה היה טורף היה ללקוחות להיות נזהרים להשאיר לגבות להמלוה כיון דהבריר' ביד הלוקח השטר חוב לחזור ולמכור להמלוה ואז המלוה טורף אף מדאקני כיון דזכות הדאקני לא הוי במכיר' נשאר אצלו עם שעה"ג ממילא כשחזר וקנה השטר יכול לגבות אף מדאקני ואף להסוברים דיכול למכור אף שעה"ג מ"מ נראה דאם חזר וקנה מהלוקח כיון דמדאורייתא לא הי' מועיל המכירה ונשאר אצלו השעבוד הגוף רק מדרבנן היה מהני המכירה כשחזר וקנה טורף אף מדאקני והיה ללקוחות ליזהר ולכך שטרי מאוחרין כשרין. אולם מ"מ אף אם נאמר דהלוקח השטר חוב לא זכה בזכות הדאקני אף אם לא כתב כלל בהשטר דאקני מ"מ מיניה דידיה משתעבד והקונה השטר

חוב קנה זאת לכך אף שנמצא שהי' עני מ"מ הקנין שקנה זכות השטר חוב יש וישן אבל בממחה לו חובו במעמד ג' זה היה שיזכה בהחוב לתקנת סוחרים שזה רוצה לגבות ממנו חובו אף דהיה לו כבר שעבוד על ראובן מ"מ רוצה לגבות ממנו החוב בפרעון ואינו רוצה בשעבוד בעבד לוה דהא בלא"ה יש לו שעבוד על הראשון ואפוכי מטרתא ל"ל לכך הוי טעות בגוף הקנין ואנן סהדי דלא על השעבוד ושיהיה זה לו לעבד היה דעתו ולכך כ' הבעה"ת כיון דהממחה אומר לזה תן מעותי והוא אומר הן אתן בודאי הוי כמום במקח דדעתו היה לקבל ממון מזה ולא שעבוד היה דעתו וכיון דנתברר דאין לו אז אין טעות גדול מזה. ולפי זה היה נראה דזה דוקא היכא דהמחהו בשביל חוב שחייב לו אבל אם מכרו לו חוב בעל פה במעמד ג' דומה למוכר שטר חוב דאין אונאה בזה כיון דזכה בחיוב ושעבוד שקנה. אך יש לדון דהבעה"ת כ' בהוא אומר הן אתן דודאי אין לך טעות גדול מזה ובעה"ת לשיטתו דמעמד ג' ל"מ בע"כ כמו שכ' משמו הש"ך (ס"ק כ"ח) אבל לדעת הש"ע דמהני אף ע"כ אם כן אם קנהו בעל כרחו שלא אמר אתן י"ל דאם היה אז עני לא הוי מקח טעות ומדברי המחבר כאן משמע דבכ"מ חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו וי"ל דעיקר קנין מעמד ג' כיון שהוא מתקנת הסוחרי שיצטרך לסלק לזה מעות ואין לו אם כן נתקן רק שזה יקבל החוב בעד סחורתו ולא נחית לקנות השעבוד על לוי ולכך הוי כמום בגוף המקח משא"כ במוכר שטר חוב:

ג

דעת הש"ך הנז' דמעמד שלשתן אינו בע"כ רק ברצון שלשתן לדידן יראה דהוי ספיקא דדינא ויש לדון כיון דעיקר תקנתא הוא משום תקנת הסוחרים ואם הסוחר לא יסמוך דעתו בטלה עיקר התקנה ומטעם זה דעת הר"א ממיץ גבי חובת עכו"ם כיון דלא סמכה דעתו דאשר פיהם כו' הסוחר לא יסמוך דעתו להכי לא תקנו בחובת עכו"ם וכמו שכ' הקצוה"ח (ס"ק ה') אם כן כיון דלדידן יש ספק אם מהני בע"כ וממילא אין בידו להוציא בב"ד מן הלוה השלישי כשלא נתרצה שוב אין הסוחר סומך דעתו וי"ל דשוב לא מהני אף אם תפס שמעון ממנו אף דיכול לומר קים לי דהתקנה היה שיועיל אף בעל כרחו מ"מ כיון דהשתא לדידן יש ספק להב"ד ואין מוציאין שוב לא סמכה דעתו ובטלה עיקר התקנה ומה"ט יש לומר בלוה שאמר למלוה רבית קצוצה שיש לי בידך תנהו לפלוני דלא מהני בזה מ"ג כיון דאין ב"ד יורדין לנכסיו י"ל דלא סמכה דעתו ולא שייך בזה קנין מעמד שלשתן דלא תקנו רק שיסמוך דעתו ובזה שלא נחתינן לנכסיו לא סמכה דעתו וע' בחידושי רע"א ז"ל שנסתפק בזה די"ל כיון שאין עליו שום שעבוד רק קיום מצוה דמה"ט אין הב"ד יורדין לנכסיו י"ל דלא שייך בזה קנין מעמד ג' והניח בצ"ע ולמה שכ'

י"ל גם כן אף אם בליכא שעבוד חל קנין מ"ג מ"מ כיון דאין יורדין לנכסיו לא סמכה דעתו על זה ולא נתקן בזה קנין מע"ג:

ברם י"ל דבמקום שהוא ספיקא דדינא אף דליכא סמיכת דעת מ"מ מהני תפיסה כיון דאם היה ידוע ליה שנתקן מ"ג אף בעל כרחו היינו יורדין לנכסיו ממילא מספק אין מוציאין מיד התופס ודומה לכל הקנינים במקום שהוא ספק אף דכל קנינים תליא בסמיכת דעת וכיון דמספק א"מ מהמוחזק נאמר דלא יועיל תפיס' דכל דלא מוציאין ממנו ליכא סמיכת דעת ומ"מ מהני תפיס' כמו דמצינו נגבי ספק שהוא בקנין אגב (סי' ר"ב) וכדומ' במשיכ' בכל ספיקות בקנינים מהני תפיסה ולא אמרינן כיון דמספק אין מוציאין ליכא סמיכת דעת ולא מהני שוב הקנין השתא אף לענין תפיסה כן נמי בספק אם נתקן קנין מ"ג בע"כ מ"מ מהני תפיסה:

וראיתי בספר שער משפט שכ' לדון לחלק בין אם הגבהו בחוב לאם נתן לו החוב או פקדון במתנה דבמתנה יכול להחזיר להממחה אבל אם המחהו בעד חוב אינו יכול להחזיר להממחה וחילו ממה שכ' הרשב"א ר"פ התקבל בהא דקאמר בש"ס שם דספוקי מספקי ליה לרב אם הולך כזכי או לא גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא הרי היכא דמספקא לן אם זכי או לאו אין לשליח להחזיר לבעלים הראשונים כיון דעכ"פ חייב למי שנשתלחו לו אבל במתנה כיון דהוי ספיקא דדינא אם זכה המקבל במ"ג בע"כ מוקמינן ליה בחזקת בעלים הראשונים. ולדעתי יש לחלק מדברי הרשב"א גיטין הנ"ל דכ' דל"ד לחוב ופקדון דכיון דמה שיש בידו משל אחרים הוא דמשדר ליה ספיק' לקולא דבעלים הוא והיינו כיון דהספק אם לאו כזכי הוא צריך השליח לקבל עליו אחריות וכמו שכ' הרא"ש שם דלשמואל אף דיכול לתפוס במקום דאינו חב לאחרים מ"מ אם אינו מקבל אחריות יכול לומר את לא מהימנת לי וכמו שבארתי לעיל (סי' ל"א) ואם כן אף אם נאמר דרב דאמר אינו יכול לחזור הוא מספיקא אם הולך כזכי הוא או לא מ"מ כיון דעיקר הספק הוא אם יצטרך השליח לקבל אחריות ועל זה השליח הוא מוחזק לכך ספיקא לקולא דבעלים הוא כיון דלא שייך לאוקמי בחזקת בעלי' הראשוני' מה שאין כן בנידון זה בהמחהו במעמד ג' בעל כרחו כיון דספק' הוא אם זכה המקבל או לא מוקמינן לה אחזקת בעלים הראשון וגם חובו של הבע"ח על חזקתו דעדיין לא נפרע:

ד

ראיתי בס' המקנה קידושין (דף מ"ח) דהקשה אמאי הוי מעמד ג' כהלכתא בלא טעמא למה לא משתעבד להנמחה מטעם עבד כנעני ותירץ דמלוה אינו קונה ואכתי יש לדקדק הא נוכל לומר דמשתעבד מצד הנאת מחילת מלוה שזה מוחל לו החוב כדי שישתעבד

לזה. ונראה ליישב דבשלמא בנותן לו דבר בעין ובהאי הנאה יקנה האחר השדה שפיר קונה אף דקבל מאחר אבל כאן מה הנאה חדשה יש לו הא מה דמוחל לו צריך שישתעבד כנגדו להנמחה הא זה שמוחל לו צריך שישתעבד להאחר ואי במה דנשתעבד לו זה מלוה חדשה ויש לו הנאה דמוחל לו המלוה ישינה זה קאמר בש"ס וקאמר אלא מעתה כו' דכפתי ושקלי לאלתר ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ס' דברי משפט (סי' קכ"ו סק"א):

ה

ואם יכול הראשון שהמחהו לבע"ח שלו למחול דנחלקו הפוסקי' הרבה בזה אם אלים כחו דמע"ג ממוכר שט"ח לחבירו או לא והש"ך (ס"ק י"ב) האריך בזה וכ' ואפילו תאמר דאינו יכול למחול ולא מצי למימר קים לי בכה"ג וכמו שהכרעתי (סי' ס"ו ס"ק כ"ד) מ"מ לענין קידושין אין תלמיד כמוני מכריע בין ההרי' הגדולים ופשיטא דיש להורות דאינה מקודשת אלא מספק וסיים ודלא כמהר"מ יפה שכ' בפשיטות דהוי מקודשת. ויש להבין הא כיון דפסק דאינו יכול למחול ומוציאין ממון איזה ריעות' וגרעון יש במקדשה במע"פ שביד אחרים הא קנתה המלוה וא"י למחול ומוציאין ממנו אף אם מחל לו המקדש אם כן שוב סמכה דעתה ואין ריעותא רק דלא סמכה דעתה כמבואר בש"ס פ' האיש מקדש שהביא הש"ך שם ואם כן כיון דלעולם מוציאין מן הלוה אף אם מחול מה"ת לא תסמוך דעתה ולפי פסק הש"ך דהכריע דמוציאין ממון אם כן שוב סמכה דעתה ודוחק גדול לומר כיון דיש פוסקים דמהני מחילה שוב לא סמכה דעתה דמה"ת נאמר כן ודברי מהר"מ יפה נכונים בזה כיון דפוסק דאינו יכול למחול למה לא תהיה מקודשת בבירור. ובתומים הביא משם מהר"ם גלאנטי דלמ"ד במעמד ג' אין האשה מתקדשת אף בקרקע לא קנה כי תליא זה בזה והשיג עליו כיון דכל הטעם הוא דלא סמכה דעתה ואף דיצטרך לשלם באשה לא אפסדיה או דהאשה בושה לתבוע בעלה בב"ד על הנזק וזה לא שייך במקח שדה. ומה דפשוט ליה תמהני הא הש"ך (סי' ק"ץ) כ' בפשיטות להיפך דבקרקע לכ"ע לא קנה ובקידושין אבל באניש אחרינא כ"ע מודו עיין שם ועיין שם בקצוה"ח דחולק על הש"ך מתוס' ב"ב דכ' משום דאשה בושה לבא בב"ד לתבוע מבעלה ולכך לא סמכה דעתה ממילא בקרקע כה"ג קנה בשטר חוב דאין המוכר מתבייש לתבוע ללוקח במה דמחל. וקצת י"ל לדעת הש"ך דהוכיח מדברי רש"י דלא קנה דודאי לא סמכה דעתה ומה לו למיקם בדינא ודיינא ולהכניס את עצמו בזה רק באשה דיותר ממה שאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא מכנסת א"ע אף בתגר זה רק כיון דבושה לתבוע מבעלה לא

סמכה דעתה דאין כאן כסף קידושין כלל ומ"מ כבר הסכימו האחרונים דבקרקע קנה בשטר דאחרים:

ובתומים (סי' ס"ו) כ' לראיה ברורה דאינה יכולה למחול מב"ב (דף קמ"ח) דשכיב מרע שאמר הלואתי לפלוני דמהני הואיל דאיתא בבריא במעמד שלשתן ואם כן יהיה היורש יכול למחול אלא ודאי דאינו יכול למחול אף בבריא ולא אבין הא להסוברים דמכירת שטרות הוא רק מדרבנן וגם כן מהני בשכ"מ ואין היורש יכול למחול מטעם שלא תטרוף דעתו א"כ כ"כ במע"פ אם ליתא כלל בבריא שפיר ל"ה מהני בשכ"מ לכך אמר רבא אמר ר"נ הואיל דאיתא בבריא במעמד ג' דמצינו דחל הקנין מהני נמי במתנת שכיב מרע כמו במלוה בשטר ושוב בשכ"מ שלא תטרוף דעתו שוב אין היורש יכול למחול כמו בשטר חוב ושני הדיני' אמר רבא אמר ר"נ. ובאמת י"ל דגם במעמד ג' היו מתקנים מפני תק"ה דלא יהי' יכול למחול רק כיון דבשטר חוב מצינו דיכול למחול לא רצו חכז"ל לאלם כח מלוה על פה ממלוה בשטר להסוברים דגם במע"ג יכול למחול כמו שכ' הפוסקים הסוברים כן אבל במתנת שכ"מ כמו דמצינו בשטר חוב דלא מהני מחילת היורש משו' שלא תטרוף דעתו דשכ"מ כן במלוה על פה לא מהני שוב מחילתו כיון דעכ"פ גוף עצם הקנין מהני בבריא וז"פ לענ"ד ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סי' ס"ג אות ל"א):

1

הטור הביא ד' תשובת הרא"ש ראובן קנה סחורה משמעון וא"ל אעמידך אצל לוי שאני עושה לו מלאכה ונותן לי כך וכך לשנה ולכשיגיע הזמן יתן לך שכרי במקומי והעני מי שהיה חייב ליתן לו המעות אם חייב הלוקח ליתן לו המעות והשיב שחייב שזה לא נתחייב לו עדיין מעות ללוקח בשעה שקבל עליו ליתנם שעדיין לא נעשה המלאכה דאינו מתחייב במעמד ג' אלא אם כן היה בידו מעות משל מי שמצוה לו וכיון שקנה ממנו הסחורה נגמר המקח וחייב הלוקח ליתן לו ועיין בפרישה ובתשוב' הרא"ש (כלל ס"ט) והסמ"ע (ס"ק כ"ג) דכ' הא דלא חייבו הרא"ש רק מפני של"ה בידו משעת המחאה הא בלא"ה לדעת הרא"ש לא מיפטר ולא נסתל' חיובו של הראשון הוא משום דאמ' לו הלוה מזלך גרם שהעני וכבר השיג על זה הש"ך (ס"ק מ') כיון דהיה יכול לחזור עליו קודם לכן לאו ברשותו העני עיין שם ובס' נה"מ על רבינו ירוחם (דף פ"א ע"ב) וראיתי במהרי"ט (ח"א סי' קכ"ב) שהוכיח מדברי הרא"ש הנז' באם ראובן אמר לשמעון תן לי סחורה ואעמידך אצל לוי בעל חוב והמחהו אצלו דבהא לכ"ע אין שמעון יכול לחזור ולתבוע מראובן דמי הסחורה שיאמר אלמלא לא נתרצית לקבל מלוי לא הייתי מתחייב לך עיין שם באורך ולכך דן הרא"ש כיון שעדיין לא היה חייב לך הוי אונאה אבל בלאו

הכי היה הלוקח יכול לומר לא לקחתי אלא על דעת שתקח מלוי המעות וכן כתוב בספר תפארת שמואל דהוי כאלו התנה הלוקח עמו דאדעתא דהכי הוא לוקח הסחורה שיטול המעות מלוי ובאם לאו אינו חפץ לקנות וכן משמע בתשובה להדיא. ולכאורה יקשה מדברי תשובת הרא"ש שם (סי' ז') בראובן שקנה תבואה משמעון בממון ידוע וכ' על הממון שטר חוב וקודם שקנה מידו שאל מי יתן לו התבוא' אמר יהודה יתן לך ובאותו מעמד קבל יהודה על עצמו לתת התבואה לראובן ואחר כך קנו מיד ראובן על השטר חוב קנין גמור ויהודה טוען אחר כך שלא היה בידו משל שמעון שום דבר והשיב כיון שלא רצה לחייב א"ע ולהשתעבד באלו המעות עד שיהודה אמר לו ליתן התבואה הוי ליה תן לו ואני נותן לך דהוי כקבלן וממי שירצה יפרע הרי דלא נפטר שמעון בזה. אולם ל"ק דבהך דתשובת הרא"ש (סי' ה') איירי באמר לו אין לי מעות שאתן לך אבל אעמידך אצל פלוני וכן בדין דמהרי"ט לא נתחייב ראובן כלל רק שיתן לו סחורה שיעמידהו אצל לוי בעל חובו לכך אינו יכול לחזור על ראובן דכבר סילק לו דמי הסחורה ועד"ז קנה שלא יתחייב לו מה שאין כן (סי' ז') שראובן קנה משמעון התבואה ונגמר המקח ביניהם רק בטרם שקנו מן ראובן על הדמים שבשטר חוב שאל מי יתן לו התבואה העמידו אצל יהודה לכך אף דיהודה נתחייב מטעם תן לו ואני פורע כיון דלא רצה להשתעבד את עצמו לחייב במעות עד שיהודה אמר לו ליתן התבואה הוי קבלן וממי שירצה יפרע כיון דכבר נגמר המקח בין ראובן ושמעון וכבר נתחייב ליתן לו התבואה דאף ביצא השער מהני אף באם אין התבואה בידו מ"מ קנין צריך ומה שכתב לו שטר חוב זה אינו עושה קנין דכבר כתבו האחרונים (סי' ל"ט) דלא כמבי"ט שהביא הש"ך שם דשט"ח אינו עושה קנין כלל ואם כן על כרחך עובדא דהרא"ש איירי דכבר הי' קנין המועיל על העמדת התבוא' ורק בטרם שקבל קנין על חיוב והשתבעדות השטר שאל מי יתן לו התבואה והעמידו אצל יהודה שפיר כ' הרא"ש דממי שירצה יגבה מה שאין כן בהך (דסי' ד') דלא נגמר חיובו מקודם כיון דהוי כאלו התנה הלוקח דאדעתא דהכי הוא לוקח הסחורה שיטול המעות מפלוני שעשה אצלו מלאכה וכמו שכ' שם בשאלה בפירוש דאמר לו אין לי מעות שאתן לך אבל אעמידך אצל פלוני ולא נתחייב מקודם לכך לא יכול לחזור אצלו ודן הרא"ש דחוזר מטעם אונאה שהי' סבר שזה יתחייב לו המעות ולא נתחייב לו ומדמה להא דאמר מכור לי באלו אע"ג דאמר באלו משמע הן רב הן מעט כיון שהזכיר מכר נתקיים המכר וצריך להחזיר אונאה ה"נ כיון שקנה ממנו נגמר המקח ואם הבעל מלאכה לא יתן חייב הלוקח ליתן הדמים. אך יש להבין בדברי הרא"ש שמדמה להא דמכור לי באלו ובמכור לי באלו מספק' ליה להרא"ש בפסקיו פ' הזהב אי הלכה דקנה

ומחזיר אונאה או כר' אבא דאמר משמיה דר"ה קנה ואין לו עליו אונאה וכן הביא הטור ורמ"א דעתו (סי' רכ"ז ס' י"ט) ועיין שם בסמ"ע וטו"ז וכאן כ' הרא"ש כיון שהזכיר מכר נתקיים המכר וצריך להחזיר אונאה ואיך פסק דה"נ כיון שקנה ממנו נגמר המקח ואם בע"מ לא יתן חייב הלוקח ליתן הדמים ואמאי מחייבו כיון דבשעת חיוב העמידו אצל זה שעובד אצלו וכנראה העני אחר כך אף דלא קנה אז החיוב של בעל המלאכה כיון דעדיין לא נתחייב לו מ"מ אחר כך כשגמר המלאכ' אצלו ונתחייב לו רק שהעני איזה אונאה יש בדבר כשמכר לו בעד חוב זה. וצ"ל דאיירי עובדא דהרא"ש דהואיל דהעני לא נגמר אצלו המלאכה ולא בא לידי חיוב לכך הוי אונאה בהמקח ומה שכ' הרא"ש כיון שקנה ממנו נגמר המקח לאו דהי' קנין כבר דאם כן כבר נתחייב הקונה ובלאו אונאה יכול לחזור עליו לדעת הרא"ש רק שכיון שנזכר המקח לא יכול לומר אדעתיה דהכי לא קניתי וכיון שקבל הסחורה יכול לתבוע מדין אונאה ועדיין צריך עוד ביאור הדברים:

ז

גם בחוב שלא הגיע זמן פרעון יש בו דין מעמד שלשתן כמו שהאריך הש"ך (סק"א) ודלא כמו שכ' בתשובת מהרשד"ם. ובתומים כ' ראיה דיש בו דין מעמד ג' מהא דרב מרי בר רחל בש"ס ב"ב (דף קמ"ח) דאיסר גיורא דהוי ליה תליסר אלפי זוזי בי רבא דאמר רבא היכי נקניהו רב מרי אי במעמד ג' לא אזלינן ומה כל החרדה ימנה שליח בעדים להביא שלו מרבא וצריך לומר דהוי פקדון ביד רבא בזמן ועל היתר תשמישו והו"ל הזמן לטובת הנפקד גם כן ואינו יכול לתבעו תוך זמנו ואינו יכול לכופו להחזירו תוך זמנו במה שהוא לטובתו ועל תנאי זה קבלו ותקנו משיכה בשומרים דלא למיהדר ביה תוך זמנו ומבואר משם דאפילו תו"ז שייך מעמד ג'. ולא אבין אם היה ביד רבא פקדון בזמן ועל היתר תשמישו אם כן אף קנין סודר אף אם תאמר דמטבע נקנה בחליפין לא מהני דיכול רבא לקנות בהלואה וכן אגב לא מהני ולא מבעי לדעת הש"ך (סי' רצ"ב) דאין הנפקד חייב להחזיר למפקיד אותן מעות ויכול ליתן מעות אחרים תחתיהן ודאי לא שייך להקנות בקנין סודר ואגב. ואף דהח"צ בהגהות טו"ז (סי' ע"ג) משיג עליו דלדידן דקיי"ל כר"נ נאנסו לא חייב להחזיר אותן מעות מ"מ כיון דאיירי בנתן לו רשות על זמן וכ"ז שירצה אין צריך להחזיר לי כי יכול להשתמש בו והוי כאלו נתן חפץ בידה שהברירה יהיה בידו כל זמן שירצה יהיה קונה דכ"ז שאינו רוצה אין לו בו קנין ולכך אינו חייב באונסין וכשירצה קונה אותו בעל כרחו של הנותן אם כן יכול רבא לומר שירצה לקנות והוי כמלוה ואינה נקנה לא בחליפין ולא באגב [ועיין נתיבות (סי' רצ"ב) שמיישב בדרך זה דברי הש"ך דכוונתו גם כן על דרך זה וכבר כתבתי לעיל דיני טו"נ (סי' ט"ו) דלא

יתכונו דבריו למה שכתב הש"ך (סי' מ"ז וצ"ט) לענין בעל חוב כשאומר הלוה ממון שיש בידו שהם פקדון דאינו נאמן כיון דיש לו רשות להשתמש הוי כשלו הרי דסובר דאף כשאינו רוצה להשתמש בהן סובר הש"ך דהוי כשלו ועיין תשובת שארית יוסף (סי' כ"ה) שהביא דברי האלפסי היכא דאיתא פקדון גבי חבריה וכי תבע מניה יהיב לי' כמקרקע דמי דקיי"ל כל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא וכ' דמלשון הנ"י משמע שהאלפסי אינו מדבר רק בפקדון מטלטלין ולא במעו' פקדון דכ' ומיהו מטלטלי דפקדון יכול להקדיש כו' והטעם נ"ל לפי שמעות פקדון יכול הנפקד להוציא דישתמש בהן ולפיכך חייב בגניבה מה שאין כן במטלטלין עכ"ד וזה נוטה כדברי הש"ך אולם דבריו תמוהין מעובד' דאיסר הנז' דמבואר דפקדון זוזי יכול להקדי' ולהקנות. ואולי ס"ל דשם היה מעות צרורין ביד רבא ודוחק] וצ"ל לדעת התומים דרבא לא רצה לזכות בו דאז יהי' חייב באונסין דיהיה כלוה ואם יחיה מרי בר רחל ויתבע ממנו יהי' חייב באונסין אולם מ"מ זה דוחק דהיה רבא יכול לזכות בהן בתשמיש על תנאי אם ימות איסר יזכה בהן מעכשיו ולא יחול על זה קנין סודר ולא קנין אגב ואם יחיה יתבטל זכייתו ולא יתחייב באונסין ויש לדחוק לדבריו דמ"מ הש"ס נקט בפשיטות דמטבע לא נקנה בחליפין ולית ליה ארעא ודוחק ומקושיתו דהיה לו לשלוח שליח אין להכריע בזה די"ל גם כן דהיה לו לאיסר שטר מרבא ולא הי' מצוי בידו אז וכדומה אולם בלא"ה דעת כל האחרונים דאף בחוב שהוא תוך זמן יש קנין מעמד ג' ואינו דומה לכתובה דשם אפשר שלא תבא לידי גביה לעולם אבל חוב שהוא ברור שיבא ליד גביה לכ"ע יש בו קנין ע"י מעמד ג':

ח

עוד הביא הש"ך ד' מהרשד"ם בשמעון שקבל עליו במעמד ג' לשלם לראובן בעד לוי מסחור' של לוי שבידו אחר שיקבל ממנו פרעון חובו שחייב לו לוי כיון דאפשר שתזלזל הסחורה ולא יעלה לסכום חוב שמעון דומה לכתובה ולא הוי מנה לי בידך וכ' הש"ך דאייריי שלא היה הסחורה שוה בבירור בשעת מעמדות כדי חוב שניהם והיה הדבר בספק אבל אם אז היה שוה כדי חוב שניהם קנה מדין מע"ג אף שהי' אפשר שתזלזל אחר כך ובקצוה"ח כ' כיון דלוי אינו יכול לכוף לשמעון שיקח לו מהסחורה כדי חובו והשאר יחזיר לו דכל זמן שלא פרע חובו אינו יכול לכופו להחזיר לו כמבואר (סי' ע"ג) ואם כן כיון דאינו יכול לתבוע עכשיו לא הוי מנה לי בידך עכשיו דיכול להיות דבזמן הגביה אם תזלזל הסחורה אין לו כלום ומשום הכי אין בו דין מעמד ג'. ולכאורה י"ל כיון דעכשיו שוה כדי חוב שניהם ואם לוי יסלק לשמעון חובו במעות כפי חובו יכול לעשות כן אם כן זכות זה זכה בו ראובן וכיון דיכול לסלקו במעות שלוי חייב לשמעון

והוי כמו שיש לו עכשיו דבר ברור בידו עכ"פ ולמה לא יזכה אף אם לא סילק לו ראובן אם נמכר הסחורה על ידי שמעון ונשאר מותר מכפי חובו שחייב לוי לשמעון ואינו דומה לכתובה דאפשר שלא יבא כלל לידי גביה אבל כאן אף דאפשר שתזלזל הסחורה ולא יהיה מותר ביד שמעון מ"מ כיון דעכשיו שוה כדי חוב שניהם הוי כמו שיש לו עכשיו זכות אצלו מה ששוה בבירור ובידו לסלקו חובו וכפי ששוה עכשיו ידענו שיש לו אצלו ואז אף אם לא מסלקו הוי עכ"פ כמו שיש לו אצלו עכשיו רק שממושכן אצלו והוי כמו אם ראובן השכין משכון אצל שמעון ששוה מאה על חמשים ושוב העמיד ללוי מהמשכון ישתעבד גם ללוי על חמשים דאף אם תזלזל המשכון ולא יהיה שוה רק חמשים לא יגבה לוי כלל מ"מ נראה דאזלינן בתר השתא הואיל דשוה מאה עכשיו ואם השוי' של המשכון כמו עכשיו דנראה דזכה לוי אחר שקבל שמעון חובו וה"נ דכוותיה כיון דעכשיו שוה בבירור זכה ראובן בהמותר מה שאין כן בכתובה דגם עכשיו אין לה על בעלה כלל ושעבוד הוא רק אם יבא לידי גוביינא. ואף דזכות זה שוה ממון למכור בספק בעד טוה"נ מ"מ שום חיוב ליכא עליו אבל בסחורה שלו רק שראובן לא יקבל רק אחר שיגבה שמעון חובו מ"מ עכשיו הוא סחורתו ויכול לסלקו מכל וכל אבל כשאין הסחורה שוה בבירור עכשיו כפי חוב של שניהם ל"ה חוב ברור לכך א"ב דין מע"ג:

ט

אם המחהו שיתן לו הבעל חוב מעותיו כדי שיקנ' בעדו סחור' הביא הש"ך משם מהר"ם אלשקר לא קנה מדין מעמד ג' ולא הוי אלא שליח וכ' הש"ך הטעם כיון דנשאר זכות לראשון לכך לא מהני וכ' הקצוה"ח דהיינו דוקא שיקנה לו סחורה דעדיין יש כח לראשון בו ולא הוי אלא שליח אבל אם המחהו שיתן לו מעותיו בהלואה כיון דמלוה להוצאה ניתנה הוי כמתנה וצריך ליתן למי שהמחה. וראיתי בנתיבות משפט הספרדי (דף פ') שהביא כן משם מהר"ש חיון דאף בדרך הלואה קנה מדין מע"ג וכ' דמדברי מהר"ם אנשקר נראה שחולק על זה ואף דיש לחלק דשם שליח שוויה מ"מ מתוך המשך דבריו שם (סי' ס"ג) נראה שסובר דאף באותו נידון של מהרש"ח א"ב דין מ"ג. ובתומים (סק"ב) כ' להביא ראיה מש"ס ב"מ (דף ע"א) דפריך בנכרי שלוה מישראל והעמידו אצל ישראל לתת לישראל השני בריבית דאסור בשלמא זה לחומרא אלא ריש' דישראל שנותן במעמד הנכרי מעותיו לישראל השני דקתני מותר כיון דאין שליחות לנכרי איהו שקיל ריבתא ושם יש מעמד ג' ונסתלק הלוה וקנה הנמחה וכיון דהלוה פטור בזה נסתלק הישראל ומכ"ש ברישא דנכרי היה הלוה פשיטא דישראל השני נעשה לוה לראשון והנכרי נסתלק לגמרי ואסור ומה חומרא יש בזה עד שהתוס' שם כתבו במסקנא ל"א לחומרא

ובלא נו"נ ביד מותר וקשה הא באופן זה לכ"ע מ"ג קונה אפילו שאינו ישראל אלא ודאי כיון דנותן רק בהקפה ועדיין יד ראשון הממחה בו לא שייך בו מעמד ג'. ובאמת לטעם הש"ך בנידון דמהר"ם שיקנה לו סחורה אתי שפיר דלא הוי רק כשלוחו כיון דאף אם נאמר דקבל השליח כבר יכול גם כן לבטל שליחותו אם כן המעות שקבל השני מעות דראשון הוא מה שאין כן בהלוא' אם נאמר דזכה כבר נסתלק הראשון לגמרי דמלוה להוצא' נתנה ואם כן למה לא יקנה בהלואה דלדידן מלוה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה ואם כבר העמידהו שיתן לו בהלואה למה לא נאמר כאלו כבר זכה בו ונסתלק הראשון לגמרי. ובאמת היה נראה לחלק דדוקא באם ממחהו לתת לקנות סחורה בעדו בחנם דאין לו שום זכות וקנין בממון זה אז לא הוי רק כשליח ולא נסתלקו הבעלים מחוב זה כיון דאף אם קבל הממון יכול לבטל השליחות. אבל אם המחהו לתת להאחר ושיקנה בעדו סחורה ובשכר שירויח כך וכך דבזה אם כבר קבל המעות וחוזר בו ומבטל שליחותו וחוזר דאינו יכול לחזור כיון שכבר זכה בהמעות לעשות שליחות בו וצריך שישלם לו מה שהבטחהו בזה י"ל דמהני דדומה להלואה והיכא דאם כבר קבל א"י לחזור הוי כנסתלק לגמרי:

וראיתי בפרישה יו"ד (סי' קס"ט) שכ' שם על דברי הטור שכתב בישראל שחייב לאינו ישראל בריבית ובקש להחזירם מצאו חבירו ואמר תנם לי ואני אעלה לך כו' ואפילו העמידו אצל האינו ישראל ואמר לו הא"י תנם לישראל זה והפטר כו' אסור דכיון דקיבל מיד ישראל נראה כנותן ריבית לא"י בשליחו' וכתב הפרישה מה שכ' נראה אע"ג דאין שליחות לנכרי מ"מ א"ב ריבית ממש שהרי זה המקבלו אינו מקבלו אלא בשביל הנכרי וכ' שם בהגהו' בנו והעיקר דבכה"ג קנהו במעמד ג' כמו שכ' בח"מ (סי' קכ"ו) דכשהנכרי הממחה זוכה ישראל המקבל מישראל המומחה עכ"ל. הרי מבואר דפשיטא ליה אף דמקבל רק בהלוא' ועדיין יד הראשון הממחה בו שייך בו דין מעמד ג' וכשיטת הר"ש חיון ז"ל והקצוה"ח. ובקושית התומים בנכרי שחייב לישראל הא הוי ריבית גמור י"ל למה שיש לדון דהיכא דנעשה על ידי קנין דמעמד ג' איסור לא תקנו חז"ל בזה שיועיל הקנין דומיא למה שכ' הרמ"א (סי' רל"ה) משם הר"ן בתשובה דאף בפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר מ"מ אם מכרו בנכסים מועטים לא מהני הקנין ה"נ לא תקנו היכא שנעשה איסור על ידי קנין זה לא מהני וכיון דאם נאמר דישראל השני נעשה בקנינו לוה לישראל הראשון איתעביד ביה איסור בזה לא תקנו חז"ל שיועיל קנין דמעמד שלשתן. שוב ראיתי בספר שע"מ (ס"ק ד') שכ' גם כן דבדבר האיסור לא תקנו דלקני וכמו בפעוטות והגם דיש לחלק דבנידון דתשובת הר"ן וכן בנידון שדן השע"מ דגוף הקנין הוא באיסור מה

שאין כן בזה דגוף הזכיה אינו באיסור רק מה שהתנה על הריבית מ"מ י"ל כיון דמעמד ג' הוא הלכתא בלא טעמא וגם בגוף הקנין החסרון דלא שייך בזה קנין במלוה על פה ומשום תק"ה תקנו כן במלתא דאיסורא לא תקנו דליקני ולקמן אי"ה בקונטרס הקנינים יבואר בדין זה דבאיזה אופן נאמר דבאיסורא לא תקנו. ועיין בספר חות דעת (סי' קס"ט ס"ק ח') ויש בזה להאריך טובא בש"ס דב"מ וראשונים המובא בש"מ שם והוכרחתי לקצר כאן ועיין מה שהבאתי לעיל דיני הלואה (סי' מ"ו) שהבאתי דברי ריא"ז כ"י גיטין שכתב על קנין דמעמד ג' שהוא הלכתא בלא טעמא הללמ"ס וכן דברי רמ"ה ב"ב (פ"ט סי' פ"ג) שכ' דקנין מעמד ג' הוי קנין דאורייתא ואינו יכול למחול ודברי מבי"ט בספר קרית ספר עיין שם בק"ס (פ"ו) ממכירה ובפרק (ט"ז) ממלוה ובמה שכ' שם ויבואר עוד אי"ה בקונטרס הקנינים ועל כרחך כוונתם דאלם קנינו כמו הללמ"ס ואם כן יש לדון דגם במלתא דאיסורא מהני קנינו מ"מ מדברי כל הראשונים מבואר דקנין קליש הוא והבו דלא לוסיף י"ל דבמילתא דאיסור לא מהני וכיון דאין ראיית התומים מוכרעת כ"כ לדינא בהמחהו בהלואה י"ל אם תפס המקבל מן הבע"ח הממון דמהני תפיסה ויכול לומר קים לי כשיטת הר"ש חיון והגה' אין שום הפרישׁ והקצוה"ח דמלוה להוצאה נתנה ואם כבר קנה השלישי שוב יד להממחה בזה רק דנתחייב גופו לשלם ונכסיו מצד הלואתו:

ו

כשלא היה אצל שמעון ממון דלא קנה במעמ"ג כ' הרמ"א (ס"ב ואפילו מחל המלוה ללוה יכול לחזור בו כ"ז שלא קנה בקנין ועיין בש"ך (ס"ק ט"ז) כשפטר המלוה את הלוה לגמרי פשיטא דמהני אף בלא קנין ודלא כסמ"ע. ובאורים כ' דאם פטרו בפירוש בין יתן בין לא יתן ודאי דמתחייב הב' מתורת ערבות רק בפטרו בסתם שלא יחזור בזה מחולקים דדעת הסמ"ע דצריך קנין ודעת הב"ח והש"ך דהה"ד בלא קנין והניח הדין בצ"ע. ומצאתי בתשובת הרמב"ם (ח"א) הנדפס בלייפציג (סי' ר"ז) שנשאל על ראובן שהיה טוען על שמעון בחוב י"ד דינרים והיה מודה במקצת עד שבא לוי ואמר לראובן ארצה בטובתך שתמחול לשמעון הי"ד דינרים שאתה תובע לו ותתפוש לו קנין על זה מחילה גמורה ואני אתן לך מכאן ועד כו' ששה דינרים וג' זוז ומתוך כך נתרצה ראובן עם לוי על זה ותפס קנין לוי לראובן על זה ושטר בקנין ועדים ובהגיע הזמן תבע ראובן מלוי ענה אותו ואמר איני נותן לך כלום אלא אם יתן לי שמעון שבשבילו עשיתי לך שטר זה ענה ראובן ואמר אין לי על שמעון כלום שכבר תפשת אתה קנין ממני שמחלתי לו הכל בשביל הששה שתתן לי והשיב שאעפ"י שלא הודה לוי לראובן שהיה שמעון מודה לו במקנת הרי יש לראובן להשיב את שמעון שאין לו בידו כלום מאותן י"ד דינרים ועכשיו שאמר

לוי מחול לי התביעה כולה ואני נותן לך ששה דינרים ומחל לו בקנין ונקנה מן לוי על כך הרי לוי נשתעבד לראובן ואלו לא קנה ממנו על כך הי' יכול לחזור בו ולומ' לו חזור על בעל דינך שלא חסרתיך עד עכשיו כלום שלא היה לך עליו אלא שבועה הנה הוא לפניך לך והשביעו כי אותה מחילה בטעות הוא שלא מחלת לו אלא על מנת שאתן לך אני ועכשיו שאין אני נותן לך הרי מחילתך מחילה בטעות לך חזור אליו והשביעו אלא כיון שקנה ממנו על כך הרי שעבד עצמו באותו החוב ואינו יכול לחזור עיין שם ומדבריו יש ללמוד דעל ידי מחילה סתם לא נתחייב ויכול לחזור וכדעת הסמ"ע:

יא

כשהמחהו אצל אחר והודה הנותן שטעה אם במתנה הוא אינו נאמן אף ביש לו נכסים וצריך ליתן להמקבל וחוזר וגובה מנותן בש"ע (סי"ד) ובש"ך (ס"ק ס"ז) תמה ע"ז דלמה יתחייב לשלם הא יכול לומר אלו ידעתי שיש טעות לא ציותיך ליתן ולא הוי אלא גרמא וגם שאתה גרמת לעצמך שלא נזכרת וטעית וכמו שאתה הית טועה כן גם אני ואתה התחייבת בעצמך שהודית ולא נזכרת בטעות ועיין בתומים מה שכתב בזה. ולענ"ד אפשר לומר דלא צריך לחייבו מדין מזיק רק כיון שהיה לו להנותן טובת הנאה ליתן להמקבל מתנה חייב לשלם הואיל שזה נתן על פיו מה שהודה בעצמו שלא היה לו אצלו. ודומה קצת להא דמבואר ירושלמי פ' הנזקין בראובן שמכר שדה באחריות והלוקח נתן במתנה לאחר ואחר כך טרף ממנו דיכול הלוקח לחזור על המוכר אף דלא אפסיד ליה כלום יכול למימר ליה בעי הוינא מיתן וישלם לי טובו עיין שם וברשב"א קידושין (דף כ"ו) וכן פסקינן בש"ע (סוף סי' רמ"א) וכאן נמי כיון דרצה ליתן במתנה לחבירו ולקבל טובה ממנו הרי נהנה מחסרון של חבירו ולכך חייב לשלם לו אף אם לא הי' רק גרמא ואף דיש לחלק מד' הירושלמי מ"מ נראה שכן ד' בעה"ת והטור:

אמר המחבר אחרי ראיתי הענינים מתרחבים ומתפשטי' לכמה ענפים וההוצאה מרובה וגם שלא יהיה ספרי זה גדול הכמות הוכרחתי כי פה תהי' שביתתי ולהפסיק בין הפרקים ולא אביא הפעם עוד רק מעט מקונטרס הקנינים אשר לי בעזה"י כי גם רמזתי בכמה מקומות עליו וחשבתי לסדרו בדיני מו"מ ויען גם את זה אפס קצהו אביא ולא כולו קראתיו שם בפ"ע. ואם אזכה להוציא לאור כסדרן עפ"י הלכות הש"ע חה"ג אשלם חובתי בל"נ. וד' יחזקני ויאמצני לתורה ולתעודה אכיה"ר:

תמו דיני גביית חוב כל תשא עון וקח טוב:

קונטרס הקנינים

סימן א

הא דקרקע נקנה בכסף כ' הסמ"ע (סי' ק"צ סק"א) היינו דוקא כשנותן בעד שיווי המקח ונותן בעד תחילת פרעון והשאר זוקף במלוה או היכא דכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה אבל אם אינו נותן בעד שיווי המקח אלא שנותן לקנין לא מהני דבשדה עפרון היה בעד שיווי המקח ובטו"ז חולק מהא דאשה נקנית בש"פ ואינו אלא לקנין דשיווי המקח לא שייך באשה:

אולם בפרישה כ' הסמ"ע דמהיכא ילפינן דאין כסף פחות מש"פ קונה מאשה כמו שכ' הב"י ואשה ילפינן משדה עפרון ושם היה דמי שיווי עיין שם משמע דסובר דאשה מקודשת גם כן מטעם שיווי ולא מטעם קנין וכן משמע מדברי הרא"ש סוף פ"א דב"מ שהוכיח דמוכר שטר חוב וחזר ומחלו דאינו חייב לשלם רק דמים שנתן ממה דמבואר בקידושין במקדש בשטר חוב דאחרים דלא סמכה דעתה וימחול ועל כרחך אף דיצטרך לשלם אינו משלם אלא דמים שנתן וקידושי אשה אינו אלא פרוטה עיין שם מבואר דשווי דאשה לא הוי אלא פרועה לכן סובר הסמ"ע דאם מקדש במנה ולמען שיחול הקידושין מקדשה בפרוטה באמת אינה מקודשת רק היכא שנותן הפרוטה על תחילת הפרעון. אך קשה לכאורה אם ילפינן משדה עפרון נימא דלא נקנה קרקע רק היכא דנותן כל דמי השיווי ומנ"ל דנקנה בפרוטה אף כשנותן מתחלת פרעון וכן באשה נימא גם כן שיצטרך ליתן כל דמי השיווי. וצריך לומר כיון דבאמת ילפינן קנין כסף בקרקע מדכ' שדות בכסף יקנו כמבואר בקידושין (דף כ"ו) משם גמרינן דנקנה בכסף אף היכא דאינו נותן כל דמי השיווי מדכ' סתם שדות בכסף יקנו. אך אם כן נימא דעושה קנין גם כן אף כשאינו נותן לשיווי המקח רק לעשות קנין ועיין שם בתוס' ד"ה אמר קרא שכ' הא דלא אייתי מקרא דכ' גבי עפרון משום דדלמא ה"מ מנכרי וכיון דעיקר מה דגמרינן דבישראל גם כן נקנה בכסף מדכ' שדות בכסף יקנו ומשם לא משמע שיהיה החיוב בקנין כסף שיהיה דמי שיווי ופרעון המקח:

ובאמת יש לתרץ בזה קושית תוס' לדעת הטו"ז דלא בעי שיווי מקח לכן יליף הש"ס מדכתיב שדות בכסף ולא מייתי משדה עפרון דהיה משמע שבעינן שיהיה שיווי מקח. אך י"ל דשפיר הקשו התוס' לדעת הטו"ז דאשה דמתקדשת לא שייך גבה שיווי וכיון דזה ידענו מגז"ש דקיחה קיחה כי יקח איש מקיח' דשדה עפרון דאשה מתקדשת בכסף אף דלא שייך לגבה שיווי ממילא ידענא דגם קרקע נקנה בכסף אף היכא דאינו נותן דמי שיווי רק לקנין. ולדעת הסמ"ע דבאשה גם כן מצד שיווי מתקדשת ולא בתורת קנין

צריך לומר כיון דילפינן באשה דמתקדשת בכסף משדה עפרון ושם הוי מצד שיווי שוב ילפינן דקרקע גם כן אינו נקנה רק מצד שיווי המקח ולא מצד קנין [ועיין ב"י דכ' הוכחת המ"מ שכתב דבש"ס פ"א דקידושין מבואר דקרקע אינה נקנת בפחות משוה פרוטה מש"ס (דף ג') ודבריו צ"ע הא מבואר להדי' שם (דף י"ב ע"א) כשם שאין אשה נקנית בפחות משוה פרוטה כך אין קרקע נקנית בפחות משוה פרוטה ועיין שם בתוס' וכבר עמדו ע"ז בס' קמ"ר ובס' שמחת יו"ט]:

ועיין בספר אבני מילואים אה"ע (סי' כ"ח ס"ק ט"ז) שכ' בדעת רמב"ם דמלוה קונה במכר ובקידושין אינה מקודשת אף דבש"ס קאמר ואי אמרת מלוה להוצאה ניתנה במה קנה דשם הוא לרב ורב לא ס"ל הג"ש דקיחה קיחה משדה עפרון וכיון דגם כסף קידושין לאו משדה עפרון ילפינן לא מצינן לחלק בין קידושין למכר אבל לדידן שפיר מחלקינן בין קידושין למכר דקדושי כסף משדה עפרון ילפינן והתם הי' כסף בעין מה שאין כן שדה דמקני' בכסף משדות בכסף יקנו ומלוה נמי חשיב כסף. ויש בזה ליישב קושית תוס' קידושין (דף ד' ע"ב) ד"ה כתב דצריך למילף קיחה קיחה דנדע דנתינת כסף ממש בעינן. אך כ' שם להקשות אמאי בפדיון הבן ל"מ מלוה וי"ל דשם בעינן נתינה ולקיחה מדכתיב פרשת במדבר ונתת הכסף לאהרן ועיין רמב"ם (פ"א) מבכורים דמשם ילפינן גם לדורות דדוקא לזכרי כהונה צריך ליתן דמי פדיון וכמו כן ילפינן משם דצריך נתינה ולכך אף דמלוה הוי כסף מ"מ נתינה לא הוי. אך קשה אם נאמר דמלוה הוי כסף ובקידושין צריך שיהיה כסף כמו בשדה עפרון אם כן למה תהיה מקודשת באומרת שחוק לפני רקוד לפני ובשאר הנאות ואכ"מ להאריך בזה:

והנה לכאורה לדעת הסמ"ע היכא דרוצה אחד לתת במתנה לחבירו קרקע והמקבל נותן לו פרוטה לקנין שיקנה בזה הקרקע היה נראה דל"מ כיון שאינו נותן לו דמי שיווי קרקע רק לעשות קנין. אך נראה דאעפ"כ מהני כיון שמקנה לו הקרקע בעד הפרוטה הוי שיווי הקרקע ועיין תוספת רי"ד קידושין (דף י"ג) שכ' כי תניא ההיא בחליפין אבל בתורת דמים בעינן פרוטה ומכי יהיב ליה פרוטה קנה כל השדה ושאר המעות זוקף עליו במלוה כו' א"נ אם רצונו ליתן שדהו מתנה לחבירו וא"י לכתוב לו שטר וגם היה השדה רחוק ממנו שלא היה יכול להחזיק בו וירא שמא יחזור בו מקבל ממנו פרוטה ואמר לו הרי שדי קנוי' לך בפרוטה זו דקרקע נקנה בפרוטה עכ"ל הרי מבואר דאף בכה"ג שרוצה ליתן לו במתנה והפרוטה עושה רק הקנין מ"מ נקנה. וכפי הנראה התוס' רי"ד ס"ל כשיטת הסמ"ע דבעינן שיהיה כסף שיווי ולא כסף קנין וכאשר ביאר כן בס' אבני מילואים אה"ע (סי' כ"ט סק"ב) באורך שיטת תוס' רי"ד ריש קידושין דסובר דאש'

מתקדשת בחליפין בתורת כסף רק היכא דמקדשה בחליפין שיהיה לקנין לא מהני ע' שם בדברים נכונים. ועל כרחך צריך לומר כיון דליכא כסף אחר רק כסף קנין הוי הפרוטה גם כן דמי שיווי המקח רק כשאומר בפירוש דאינו נותן תמורת המקח רק לשם קנין בזה דעת הסמ"ע דלא מהני. ועיין עוד בתוס' רי"ד קידושין (דף כ"ז) בהא דמבוא' שם יפה כח חזקה מכסף דבמכר לו עשר שדות בעשר מדינות החזיק בא' מהם קנה כולן משא"כ בכסף וכ' אם נתן לו דמי שדה אחת ואמר לו קנה כולן בדמים הללו אעפ"י שזקפן עליו במלוה לא קנה אבל בשדה אחת אעפ"י שלא נתן לו כל הדמים אלא מקצתן והשאר זקף עליו במלוה קנה עיין שם ולכאורה הא יכול להקנות ב' קרקעות בפרוטה אחת א"כ אם נתן דמי שדה אחת ואמר לו קנה כולן בדמים הללו וזקף עליו במלוה אמאי אינו קונה ועל כרחך צריך לומר כיון דנותן לו דמי שדה זו וזקף השאר במלוה הוי כסף משדה זו רק דמי קנין על שדות האחרות לכך ל"מ וכדעת הסמ"ע ויש עוד להתבונן בזה:

ומדברי הירושלמי ריש קידושין המובא ברי"ף שם בשטר הדא דתימר בשטר שאינו יפה ש"פ אבל בשטר יפה ש"פ ככסף הוא ועיין שם בר"ן ביאור דברי הירושלמי. ולשיטת הסמ"ע דבעי כסף שיווי אבל כסף קנין לא מהני אף בקידושי אשה רק כשנותן לפרעון או לתחילת פרעון אם כן הנ"מ בפשיטות ולעולם י"ל דשטר בעינן שיהיה שוה פרוטה רק באופן שמקדשה במנה ונשאר חייב ורוצה שיתקיים הקנין קידושין מקדשה בשטר דבזה מהני קידושי שטר אבל מתורת כסף ל"מ כיון דלא הוי כסף שיווי ותחילת פרעון אלא ודאי דגם כסף קנין מהני בקידושי כסף אף כשאינו כסף שיווי ותחילת פרעון:

[**וראיתי** בס' עצי ארזים אה"ע (סי' ל"ב סק"י) שהוכיח מדברי הר"ן הנז' דאם מקדשה בשטר ואמר על מנת להחזי' דגם בשטר לא מהני ודלא כמו שכ' הח"מ וב"ש שם דבקידושי שטר מתקדשת בעל מנת שתחזירי לי דאם לא כן לעולם י"ל דבעי בשטר שיהיה שוה פרוטה רק בשטר מהני אף באומר על מנת שתחזירי לי את הנייר ובכסף לא מהני יעיין שם ואינו ראי' דודאי אליבא דאמת דלא בעינן בשטר שיהיה שוה פרוטה ולא בעי תורת כסף בשטר ודאי גם בעל מנת שתחזירי לי מהני אבל אם הי' הדין שגם בקידושי שטר יהי' צריך תורת כסף ושיהי' שוה פרוט' אם כן ודאי גם בשטר לא הי' מהני על מנת שתחזירי לי כמו דלא מהני בכסף או לשיטת הרמב"ם דלא הוי הנאה או לשיטת רש"י ותוס' דמחליף בחליפין ומטעם גזירה וז"פ. ובס' המקנה (דף ט') כ' דלהסוברים דאף לר"א דעדי מסירה כרתי אפי"ה סגי בעדי חתימה לחוד אם כן נ"מ דבקידושי שטר לא בעי עדי מסירה וכ' דאתי שפיר לדעת הסוברים כיון דעל ידי השטר בעדי חתימה נודע שבא מידו לידה הוי ליה כאילו היו עדי מסירה אם כן אפילו אם מטעם כסף נמי

יועילו הע"ח להיות כאילו מקדש בפני עדים עיין שם. וצ"ע דבעל כותב השטר אם כן אם מקדשה בתורת כסף לא הוי תיקון השטר והוי לענין זה מפי כתבם ולאו עדות הוא רק אם מתקדשת בתורת שטר שפיר מהני דהוי כתיקון השטר והוי העדי חתימ' כעדי מסיר' ולא הוי מפי כתבם אבל אם מקדש' בתורת כסף ולא הוי ידענו מתורת שטר כזה שיועיל לענין קידושין הוי מפי כתבם ולא מהני אף שידענו ע"י ע"ח שבא מידו לידה לא ידענו רק מפי כתבם והדר' הקושיא לדוכתא ואכ"מ בזה]:

סימן ב

אם קנה קרקע והניח משכון על הכסף מבואר דלא מהני מטעם מנה אין כאן משכון אין כאן. ושיט" רמב"ן ורשב"א קידושין (דף ח') כיון שהמנה אינה בעין ואגיד לגביה הלוקח וברשותו הוא לא מהני במקום כסף. ולפי זה אף אם מחייב את עצמו מקודם בכסף ונתן משכון על המנה גם כן לא מהני כיון דאגיד גביה ולא יצא מרשותו. אבל שיטת הרא"ש דכ"ז שלא נתחייב גופו לא נשתעבדו נכסיו דאינהו ערבין וכל דליכא שעבוד הגוף ליכא ערב ולדבריו היכא דחייב את עצמו במנה מהני וכבר האריכו האחרונים בזה. וראיתי בס' אבני מילואים אה"ע (סי' כ"ט סק"י) שכ' וז"ל ולשיטת הרמב"ן והרשב"א דמפרשי משום דאגיד גבי' אבל במתנה מהני אם נותן לחבירו מנה ונותן לו משכון עליהם זוכה במשכון לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המנה. והקשה האיך מהני במתנה כיון דאמרינן בש"ס דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין וכל היכא דלוה פטור ערב נמי פטור יעיין שם. ותמהני ולא ידעתי היכן ראה זאת ברמב"ן ורשב"א דמהני במתנה בלא נתחייב גופו על המנה אי משום דהם פירשו מטעם אגיד גביה מזה אינו ראיה דהם סברו אף במקום שחייב את עצמו מקודם במנה ונתן משכון גם כן לא מהני מטעם כיון דאינו בעין ולא יצא מרשותו לא הוי כסף לקנות על ידו הואיל דאגיד גביה אבל באם לא מחייב את עצמו מקודם מודים הם דלא הוי קנין כלל בגוף המשכון כיון דאינו מקנה לו רק לשעבוד מנה ואינו חייב לו כלום ודאי אינו קונה המשכון לשעבוד היכא דליכא שעבוד הגוף. וכן מבואר להדיא בחידושי רמב"ן קידושין שם שמסיים אבל אומר לחבירו הרני חייב לך מנה מכיון שמשך קנה הכל לשעבודא. עיין שם שמבואר להדיא מדבריו דבלא חיוב הגוף אינו קונה המשכון כלל:

ומ"ש הא"מ שם מדברי הרשב"א בתשובה המובא ברמ"א ח"מ (סי' קכ"ט) במי ששאל חפץ מחבירו ואמר לו אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך כך וכך והעמיד לו ערב בעד הדמים אע"ג דלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור הערב חייב לשלם וכ' אע"ג דאמרו אין נפרעין מן הערב תחילה הוא היכא דהלוה מתחייב אבל זה הרי חייב עצמו במה

שהשואל לא היה חייב ומש"ה נמי ס"ל להרשב"א דבמתנה משתעבד למשכון אע"ג דליכא לוה יעיין שם שהאריך בזה ליישב קושית הב"ח שם מש"ס בכורו' (דף מ"ח) דשם כיון דלא נתערב תחילה רק במקום לוה אבל הכא דבתחילה נעשה ערב במקום דלא הוי לוה חייב. והנה מכל זה אינו ראיה שיהיה מועיל לקנות משכון לשעבוד מנה היכא דלא מחייב את עצמו דוקא בערב דיכול לשעבד ולחייב א"ע מהני אף במקום דליכא לוה אבל היכא דליכא שום חיוב אף דנכסיו של אדם אינון ערבין מ"מ מי מחייב שיזכה זה בנכסיו. ובגוף דברי תשובת הרשב"א יעיין בתשובת גאוני בתראי (סי' ד' ה') שהב"ח ז"ל נתווכח בזה עם הסמ"ע דעת הסמ"ע כיון דמתחילה ידע הערב דיחזור עליו תחילה דאשואל לא יכול לחזור דהוי אסמכתא אמרינן דגמר ומשעבד נפשיה לגבות ממנו יע"ש דדעתו שאינו גובה מן הערב רק בכדי דמיו דערב נשתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה והיינו דוקא בכדי דמים שהימנו ולא יותר. או דאיירי בכליו של בעה"ב שאין בו אונאה. ודעת הב"ח דבלא קנין אינו חייב כיון דהשואל א"ח וכ' וז"ל ותו דפשיטא אעפ"י שאדם יכול לשעבד עצמו להתחייב בדבר שאינו חייב בלי תנאי מדין הודאה אעפ"י שאינו בלשון הודאה משוינן ליה כאלו הודה בכך וכך וחייב מדין הודאה וכדנפקא לן מאיסר גיורא כו' מ"מ היכ' דאיכא תנאה באם יהיה כך אתחייב לך מנה מנ"ל דמתחייב ומשתעבד עצמו בדבר דאינו חייב דשמא אינו מתחייב אפילו בקנין שהרי א"ל בזו דמתחייב מדין הודאה כיון שהוא על ידי תנאי אם יהיה כך יעיין שם וצ"ע להבין היעלה על הדעת דאין אדם יכול לשעבד את עצמו בקנין על תנאי אם יעשה כך שיחול החיוב למפרע ודאי כשאמר ואחייב אני לך באם יהי' כך זה לא מהני דהוי כקנין אתן והוי קנין דברים אבל באם אומר שמחייב את עצמו מעכשיו באם יהיה כך מבואר בכמה דוכתי דמהני וכל השעבודים מתוספת כתובה המה על דרך זה עיין תוס' ורא"ש ר"פ אעפ"י וגם מה שכ' דיכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב מדין הודאה אף שכ' כן בכ"מ כאשר כ' בזה באורך בקצוה"ח (סי' מ') היינו בלא קנין אבל בקנין הוי ככל דברים הנקני' על ידי קנין סודר כן יכול לחייב ולשעבד את עצמו ממילא יכול לחייב ולשעבד את עצמו שיחול מעכשיו החיוב באם יתקיים התנאי וכן מערב דמחייב את עצמו בדבר שאינו חייב מזה למד הרמב"ם (פי"א מהלכות מכירה) דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב חזינן דאף על תנאי יכול לחייב א"ע ועיין מה שכ' לעיל דיני הלוא' (סי' נ"ב) ועיין תומים (סי' קכ"ט סק"ז) דסובר בדעת הרמ"א דחייב לשלם אף יותר מכפי שיווי החפץ משום דלדידן יכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב. ובאמת לא אדע למה לא יכול לחייב א"ע בהאי הנאה דמהימן לי' ומשאיל החפץ ובעד הנאה

הזאת דחשיב ככסף למה לא יהיה בידו לחייב א"ע אף על יותר מכדי שיווי דדומה לקונה חפץ השוה ה' בעד יוד ומשך החפץ במקום דלא הוי הנאה הכי נימא דלא יהי' מחויב לשלם והסמ"ע שכ' דאיירי בכליו של בעה"ב דאין בו אונאה צ"ע הא אונאה לא הוי רק דרך מקח וממכר ועיין ש"ע (סי' רכ"ז) דבחליפין שוה בשוה לא הוי דין אונאה וכ' בתשובת ר"ף מובא בש"מ ב"מ דחליפין אין בהם אונאה וכתבו ת"ר הטעם משום דהתורה מעידה על זה באמרה וכי תמכרו ממכר בממכר הוא דאזהיר רחמנא בבל תונו אבל בחליפין לא יעיין שם ובמח"א דיני אונאה (סי' י') אם כן בזה היכא דחייב את עצמו לשלם בעד הנאה שמשאיל לחבירו אמאי לא יהיה מהני החיוב אף בלא קנין דאין בזה דין אונאה. אך י"ל אם מחייב את עצמו הא הוי אסמכתא רק דהתורה חייבו להערב מטעם בההיא הנאה דקא מהימן ליה וזה מסלק האסמכתא ועיין מח"א דיני ערב (סי' א') שזה מסלק האסמכתא ובההיא הנאה גמר ומשעבד לכן לא מהני רק נגד שנהנה ובעד זה יכול לחייב את עצמו אף ביותר ומ"מ לא גמר ומשעבד את עצמו רק לפי ערך הנאה ואף לדעת הסוברים דרק על ידי הנאה משתעבד דאם לא כן הוי דברים לחוד מ"מ הא הוי אסמכתא גם כן ורק נגד מה שהיה לו הנאה גמר ומשעבד את עצמו. וקצת י"ל דדין זה תליא במחלוקת הפוסקים באומר לחבירו זרוק מנה לים ואחייב אני לך דלשיטת הסוברים דחייב כיון שהוציא ממון על פיו אף דלא מטי הנאה לבן דעת אם כן עיקר החיוב של הערב מטעם דהי' לו לערב הנאה לכך יכול לחייב את עצמו אף ביותר כיון דהכל הוא אסמכתא אף על שיווי החפץ ובכ"ז מהני וחייבו התורה כן יכול לחייב את עצמו אף על יותר מכפי שיווי החפץ. אבל לשיטת הסוברים דערב חייב הואיל דבא הנאה לבן דעת אבל באומר זרוק מנה לים פטור כמבואר בח"מ (סי' ש"פ) עיין ראשונים קידושין (דף ט') מטעם דלא בא הנאה לבן דעת אם כן היכא דמחייב את עצמו על יותר מכדי שיווי החפץ אינו מחויב רק כפי מה שבא הנאה לבן דעת ולא יותר כיון שלא חייב את עצמו רק שאמר ואני ערב או ואתחייב אבל באומר שמחייב את עצמו אפשר דחייב לשלם אף יותר מכפי שיווי החפץ. ועיין מהריב"ל (ח"א דף קמ"א) דנראה מדבריו שם דפשיט ליה דאם המלוה אינו רוצה להלות עד שיכנס לוי עצמו לערב על כל החובות שהיה לו על הלוה מקודם דהוי כערב בשעת מתן מעות יעיין שם וכן משמע מש"ס כתובות ר"פ הנושא שמסתברא מילתיה דרב בבתו נערה דקא מטי הנאה מינה דכסף קידושיה לאביה הרי דבשביל זה גמר ומשעבד נפשיה לכל הנדוניא ועיין שם בש"מ משם תר"י ובס' מחנה יהודה (סי' קכ"ט) ואכ"מ ועיין נתיבות (סי' ר"ז ס"ק י') דפשיט

ליה אם אומר לחבירו זרוק מנה לים ואתן לך ר' דאף להסוברים דחייב אף בלא מטי הנאה לבן דעת מ"מ אינו חייב יותר ממה שזרק וצ"ע אמאי:

ועיין חות דעת (סי' קע"א סק"ט) שכתב וז"ל ועוד אפ"ל דנתחייב בכל כשהוציא משכון על פיו אפילו אינו שוה כל חובו וכמו אם אומר תן חפץ זה לפלוני בעד עשרה ואנכי ערב והחפץ אינו שוה רק ה' דודאי נתחייב העשרה דלדידיה הי' שוה עשרה ה"נ במשכון כיון שלא רצה להחזיר רק כשנתערב לו בעד כל חובו יעיין שם וכן ראיתי בתשובת רדב"ז (ח"ג סי' תר"ג) וכ' כיון דחזינן דלוה מהדר לפדותו הרי שחביב בעיניו וכשמהדר לו המלוה ע"ד הערב נתחייב הערב בכל יעיין שם ותמהני שלא הביא דברי תשובת רשב"א ורמ"א הנז' שערב משתעבד אף על יותר מכדי שיווי החפץ ולפי דעת הב"ח אינו משתעבד. ולמה שכ' י"ל דשם הוי כבא הנאה לבן דעת כיון שהלוקח מקבל החפץ בער עשרה וצ"ע בכל זה. ולמה שכ' הקצוה"ח (סי' קכ"ט) משם הרשב"ם דערב משתעב' דהמלו' הלוהו בשליחותו וי"ל דאינו מתחיי' ביותר דלא יהיה רק כשלקח הערב בידים החפץ ונתן ללוקח או להשואל דאינו מתחייב לשלם רק כפי שיווי החפץ. אך במ"א כ' בזה הרבה להקשות על סברא הזאת דערב יתחייב מטעם שליחות מערב דכתובה ועימ"ש בזה לעיל דיינים (סי' י"ז):

[**הלום** ראיתי בקצוה"ח (סי' ר"ד ס"ק ב') שהביא שם קושית הש"מ על דעת הרי"ף דלדידן דפסקינן כר"י ד"ת מעות קונות אינו עובר במש"פ רק היכא דהוי קנין מד"ת אבל בקונה מטלטלין והניח משכון על הדמים כיון דמנה אין כאן משכון אין כאן והוי כדברים וליכא בהדייהו מעות לא קאי באבל וביאר שם הקצוה"ח דלר"י כיון דנשאר הזכות להמוכר דיכול להשתמש בהמעו' ראוי למיקם במי שפרע. וכ' ולשיטת הרמב"ן והרשב"א דזוכה במשכון והא דאמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן משום דאגוד גביה אינו ראוי לקנין במשכון נמי קאי במי שפרע ועיין שם ודבריו אינם מובנים הא כיון דאינו מחייב את עצמו בקנין רק שניתן משכון על דמי המקח והמקח אינו נקנ' ללוקח אף מד"ת כיון דכסף קנין בעינן שלא יהיה אגוד לגבי הלוקח וכיון שאין הלוקח קונה המקח ממילא אין המוכר זוכה בהמשכון דלא יהיב ליה רק על דמי המקח ועיין שם בש"מ ב"מ (דף מ"ז) שהביא לשון הרמב"ן להדיא שהביא ראיה לדעת הרי"ף מדברי הירושלמי דעל ידי משכון לא קאי באבל]:

סימן ג

אם המוכר מקנה ללוקח חפצים המופקדים ביד הלוקח מכבר כ' הטו"ז (סי' קפ"ט) בדעת הטור שם דאין רשותו של הלוקח קונה לו למה שכ' רשב"ם ב"ב (דף פ"ה)

דחצר ורשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוי רשותו של המפקיד ובקצוה"ח שם הביא משם המרי"ט להשיג על זה חדא במה נקנה רשותו של הנפקד להמפקיד. ועוד אם לא ייחד לו מקום אין מקום זה קנוי לו. ועוד דנימא חצרו ומתנתו באין כאחד. והקצות כ' דלשאלה לתשמיש קונה בתשמיש לבד אף להפוסקים דאכילת פירות לא הוי קנין מ"מ זה דוקא לקנות הגוף אבל לתשמיש בלבד מהני וכבר האריך בזה במח"א דיני שכירות (סי' א') להביא כמה ראיות לזה דבשכירות קרקע מהני השימוש להיות קנוי לו על ידי זה. ובנתיבות (סי' ר') כ' דלענין שיהי' חצרו לקנות על ידו לא מהני שאלה לתשמיש עד שיהיה לו קנין ממש בגוף החצר יעיין שם ולא אדע הא הוא עצמו הביא שם דברי המח"א דהקנאה בעינן הוצאה מרשות לרשות ואם חצרו של לוקח שכורה למוכר לא יצא מרשות המוכר ול"מ אם כן אף דלא נקנה להמפקיד רק לשימוש מ"מ לא הוי הוצאה מרשות מוכר לרשות לוקח. ומה"ט אתי שפיר נמי מה שכ' הקצות דאף דלא ייחד לו מקום מ"מ כיון דאושלו מעיקרא לכל מקום שיניח נקנה להמפקיד וכ' הנתיבות דמ"מ כיון שיש לו רשות להפקיע זכותו ממקום זה הוי חצרו דנפקד ולמה שכ' מ"מ כל זמן שלא הפקיע לא הוי הוצאה מרשות לרשות והקצות הקשה מש"ס קידושין (דף מ"ז) התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך אם נשתייר שוה פרוטה מקודשת ובמה קנתה האשה הפקדון יעיין שם וזה לאו ראיה מוכרחת די"ל דפקדון היינו חפצים וכדמשמע מלשון אם נשאייר שוה פרוטה משמע דלאו מעות הוא רק חפצי' אם כן י"ל דהי' מקנה לה המטלטלין על ידי קנין סודר ומקדש' בזה ועיין ב"ש אה"ע (סי' כ"ט סק"ב) משם הרש"ך דבכה"ג שמקנה לאשה הטבעת של קידושין בקנין סודר מקודשת וליתא בכה"ג גזירה דקנין חליפין יע"ש:

אך אני תמה על הטו"ז הא מבואר להדיא בטור (סי' רמ"א) דפקדון כשהוא ברשות הנפקד קונה מיד בלא שום קנין וז"ל הטור אבל המוחל לחבירו דבר שהוא חייב לו אין צריך קנין כו' וכתב הרמב"ם וכן הדין בנותן פקדון לחבירו שהי' מופקד בידו קנה מיד ובלא קנין ועיין שם בב"י דאין לך משיכה גדולה מזו מבואר דמה שכ' הטור (סי' קפ"ט) אבל אם היה לו פקדון בידו וכוון לקנות בסכום ידוע שאמר ליתן לו למפקיד לא קנה או כמו שכ' הבדה"ב דהי' ביד אחרים או כמו שכ' הטו"ז דאיירי שהמוכר לא אמר לו רק שגילה דעתו בלבד. ועיין תשובת מהרש"ח (ח"א סי' כ"ב):

ובגוף דברי המח"א והקצוה"ח שכ' דהיכא דאינו קונה רק לשימוש מהני התשמיש שיהיה נקנה לו מתורת חזקה כבר העירותי קצת בזה בהגהותי לד"ח דיני חזקת קרקעות (סוף סי' י"ד) מדברי הרשב"א קידושין (דף ג') שהקשה שם כיון דילפינן קנין קידושי

אשה קיחה קיחה משדי עפרון תהיה אשה מתקדשת בחזקה וכ' ויש מתרצין כיון שאין אשה גופה קנוי לא שייך בה חזקה וכ' וקשיא לי הא עבד כנעני עד שלא טבל אין גופו קנוי ולא קני ליה אלא למ"י ואפ"ה נקנה בחזקה ושמא מכיון שעל ידי חזקה זו אפשר לבא לידי קנין הגוף שאם הטבילו לשם עבדות גופו קנוי חזקה נמי שייכא ביה מה שאין כן באשה דלעולם אין גופה קנויה מבואר מדבריו דהיכא דלא נקנה הגוף לא מהני בי' קנין חזקה ועיין שם בריטב"א ועל כרחך הא דשכירות קרקע נקנה בחזקה היינו כיון דנקנה הגוף לפירות בית לדירה וגם כיון דקנין חזקה מהני לקנות הגוף אם מקנה לו הגוף לחלוטין מהני ביה חזקה לחצאין גם כן היינו לקנין פירות אבל באם אינו מקנה לו רק לשימוש ואינו עושה חזקה המועלת לקנות הגוף בזה לא מהני השימוש שיקנה על ידי השימוש כיון שעל ידי חזקה הזאת אינו קונה הגוף אף אם מקנה לו לא מהני קנין חזקה כזו לקנו' השימוש ועיין ריטב"א קידושין (דף מ"ז) דשימוש לא הוי שום קנין בשאלה ושכירות וכן משיכה לא מהני מן הדין הואיל דאינו מקנה לו גוף הכלי והא דאמר ר"ה השואל קרדום מחבירו בקעו בו קנאו הוא מתקנת חכמים כדי שיהיה קיום לדבריהם שלא יחזור בו בחצי מלאכה של זה ויפסיד לו וכ' מיהו לית הלכתא כר"ה אלא כר"א כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרין אף דמה"ד לא מהני משיכה כיון דאינו קונה הגוף מ"מ מהני מן התקנ' יעיין שם ומשמע נמי מדבריו דלדידן דתיקנו משיכה ל"מ קנין השימוש במטלטלין ועיין נתיבות (סי' שמ"א סק"ח) שכ' דאף לדידן מהני התחלת מלאכה לענין שאלה יע"ש וכן משמע קצת מדברי הרמ"א חו"מ (סישפ"א) [ועמ"ש לעיל דיני הלואה (סיפ"ב)] ומד' הריטב"א משמע דלדידן ל"מ רק משיכה ומ"מ י"ל דרק במטלטלין ל"מ אבל בקרקע מהני שימוש גם כן לקנות לשימוש אבל מדברי הרשב"א וריטב"א ריש קידושין הנז' משמע קצת דלא מהני והא דשביל של דרכים דנקנה בהלך כבר כ' שם אאמ"ו ז"ל להשיג על הנתיבות והביא דברי הראשונים דשם נקנה הגוף ג"כ ועיין שם במח"א שהביא ראיה מדברי הרא"ש ריש פסחים שכ' בישראל שהפקיד לנכרי חמצו דהישראל עובר דכיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינא בי' ביתו יעיין שם ולכאורה לו יהיה דשימוש הוי כחזקה לקנות הקרקע לשימוש מ"מ זה דוקא אם מונח בקרקע אבל אם מונח בדבר המטלטל אם כן המטלטלין שהפקדון מונח בו אינה נקנה להמפקיד לדעת הריטב"א דהתחלת מלאכה לא מהני במטלטלין ולא תקנו רק שיקנה במשיכה כנז' א"כ כיון שהמטלטלין שמונח בו הפקדון לא נקנו לבעל הפקדון על ידי השימוש ממילא לא נקנה לו ביתו דמפסיק המטלטלין ואיך נקנה חצרו דנפקד למפקיד. גם יש להעיר הא ישראל מנכרי אינו קונה בחזקה כמבואר בש"ע (סי'

קצ"ד) ואף דכ' שם הרמ"א דשכירות קרקע נקנה בכסף מ"מ בחזקה לא מצינו וצריך לומר דלענין שימוש מהני גם לקנות מן הנכרי בחזקה זו שמשמש שיקנה חצרו לשימוש. ויש ליישב קצת בזה דברי הש"ס פסחים (דף ה' ע"ב) דהקשה יכול יטמין כו' ת"ל לא ימצא הא אמרת רישא שלך אי אתה רוא' ומה קושיא דלמא מנכרי אינו רשאי לקבל פקדון חמצו כיון שאינו נקנה לנכרי בלא קנין וע"י שימוש אינו קונה קרינן ביה ביתו של ישראל והא דאמר שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים היינו של ישראל וכיון דנקנה המקום להמפקיד לא קרינן ביה ביתו של ישראל אלא ודאי דאף לנכרי נקנה בחזקת שימוש לשימוש וה"ד ישראל מגוי ואולי בשביל זה הקדים הסוגיא לפרש הא דנכרי שכיבשתו דלרבא של אחרים קאי על נכרי ולכך הקשה אחר כך הא אמרת שלך אי אתה רואה ועיין שם בצל"ח שדקדק בזה דהוי ליה להקשות קודם לכן ולהנז' אתי שפיר. ומה שהק' שם המח"א על הרא"ש מש"ס ביצה (דף מ') דהקשה הש"ס על רב דסובר כרגלי המפקיד ממתניתין דקתני ואם עירב הוא פירותיו כמוהו ומשני כשייחד לו קרן זוית ופירש"י דאושלי' ביתו הלכך ברשות המפקיד הוא הרי כשלא ייחד לו קרן זוית ברשו' הנפקד הן ולא משאיל מקום עיין שם במח"א וי"ל כמו שכ' המח"א שם דרב ס"ל אפילו בסתמא קבל נטירותא לכך בעינן ייחד וסברת רש"י כיון דייחד לו מקום ולא קבל שמירה שפיר הוא ברשותו ויכול לילך ולבא עמהם בכל מקום שירצה אבל בקבל שמירה אף דבאמת בכ"מ שמונח הוא ברשותו דמפקיד מ"מ כיון שהשומר צריך ליקח הדבר ולשמור מההכרח שיהיה כרגלי הנפקד ועיין שם בצל"ח ביצה ובמ"ש בספרי ח"ר דיני פסח (סי' ד'):

והנה מה דנראה מדברי הריטב"א קידושין הנ"ל דלענין לקנות בשאלה לא מהני קנין חזקה וסודר קשה קצת מדברי עצמו שכ' בקידושין (דף ט"ז) דלא אשכחן בשום דוכתא שהוקש עבד עברי לקרקע דאם כן היה נקנה בחליפין או בחזקה יעיין שם. והא עבד עברי אף דגופו קנוי מ"מ לא הוי רק למעשה ידיו ועיין שם בריטב"א דאף למעשה ידיו מהני מחילה רק להפקיע קנין איסור שבו לאסרו בשפחה צריך שטר או כסף אם כן אף אם הוקש לקרקע מ"מ אינו נקנה בחזקה והא דמבואר בש"ס קידושין שם ואימא אבל נקנה הוא בקנין עבדים ומאי ניהו חזקה אמר קרא והתנחלתם אותם לבניכם אותם בחזקה ולא אחר בחזק' ומה פריך הא חזקה לא מהני מד"ת כשאינו קונה הגוף י"ל דמזה ילפינן דאינו נקנה בחזקה ועיין קצוה"ח (סי' קצ"ה ס"ק ח') בכה"ג שמתרץ דממה דאין עבד עברי נקנה בחליפין ילפינן דל"מ רק לקנות גוף הדבר ועיין שם בנתיבות שכ' גבי ע"ע שהרי גופו קנוי וחשוב ממון בגוף החפץ יעיי"ש אולם לדעת הריטב"א והרמב"ן

שם דמהני מחילה לקנין ממון שיש לו בעבד עברי חזינן דאין גופו קנוי ממש ובודאי רק לשימוש יש לו לבעלים קנין על העבד ולא מהני קנין חזקה וחליפין ועיין פנ"י קידושין (דף י"ד). אך מה שכ' שם הקצוה"ח דע"ע כיון דאינו נקנה בחליפין אינו יוצא בחליפין וכמ"ש הריטב"א (דף י"ד) הריטב"א כ' שם זאת רק לס"ד. ובגוף הסברא דהוי דבר החוזר בעבד עברי יש לפקפק למה שכ' הריטב"א דכל מה דע"ע גופו קנוי הוא רק קנין בגוף במה דרבו מוסר לו שפחה כנענית להוליד לו בנים ואף במוכר עצמו ברצונו מותר אם כן זה לא הוי דבר החוזר כיון דקונה מזרע שלו להוליד לרבו בנים ועיין שם ברשב"א ובריטב"א גיטין (דף ל"ח) שעמד על זה אם כן במוכר עצמו לגוי ודאי לית ליה לרבו קנין זה ואיך אמרו בב"ק (דף קי"ג) דע"ע גופו קנה ועיין במקנ' קידושין ואכ"מ בזה:

סימן ד

קיי"ל באומר הילך מנה ושדך תהיה קנויה לפלוני דמהני מדין עבד כנעני. ויש לחקו' במטלטלין כה"ג דמטלטלין אינן נקנין בכסף רק לענין מי שפרע אם חוזר המוכר למי חייב להחזיר הכסף אם לאותו פלוני או דנאמר כיון דנתבטל המקח במה זכה הפלוני בהכסף וכן בקרקע בכה"ג באתרי דכתבי שטרי דל"ק עד שיכתוב השטר ויכול המוכר לחזור למי מהדר הכסף. ולכאורה היה נראה בפשיטות דחייב להחזיר להנותן אך י"ל למה שכתבתי בהגהותי לספר ד"ח מאאמ"ו ז"ל דיני מכירה (סי' א') לדון דקנין עבד כנעני הוא שהמקנה זוכה להכסף בעד הקונה ואחר כך מחזיק לעצמו מרשות הקונה יעיין שם י"ל כיון דכבר זכה בעדו להכסף אף אם חוזר אחר כך מן המקח מ"מ כבר הקנה הכסף לאותו פלוני והמקנה זכה בעדו. אולם כבר הוכחתי שם מדברי הירושלמי פ"א דקידושין דמדין זכייה אתינן עלה דזה זוכה בהמקח בעד פלוני ולפי זה נראה כשחוזר המוכר מן המקח מחויב להחזיר הכסף להנותן ולא לאותו פלוני. ושם בהגהותי הבאתי דברי תשובת משאת בנימין דכ' בפשיטות דמטע' עבד כנעני מהני אף בנכרי וכעת מצאתי ברמב"ן חידושי יבמות (דף מ"ו) דנראה דמהני אף באומר הילך כסף זה ויקנה עכו"ם הקרקע שכ' שם לחקור בקונה עכו"ם שקונה גופו ולא טבל עדיין לשם עבדות במה יצא לחירות דלית ליה יד וכתב דמהני כסף על ידי אחרים שקבלת רבו גרמה לו ויוצא הוא אפילו שלא לדעת ועיין שם חזינן דמהני כסף על ידי אחרים אף שיקנה הנכרי דשם אינו יכול לזכות להעבד דאין זכיה לעכו"ם ואף מדעתו לא מהני אמנם דברי הרמב"ן שם צ"ע להבין דכתב שם דעל ידי שטר לא מהני לקבל בעצמו דידו כיד רבו רק בעבד דהוא בתורת גיטין וקידושין גמרי לה לה מאשה וגיטו וידו באין כאחד אבל עכו"ם היכי מקבלו ליה דידו כיד רבו וכ' כאן דקרוי הוא קנין הגוף כעבד דמי שצריך שטר וקונה

עצמו בשטר על ידי אחרים דקיי"ל זכות הוא לעבד שיצא מתחת יד רבו ואע"ג דליתא בתורת שליחות כלל הך זכיה לאו מדין שליחות נתרבה והכי משמע בקידושין (דף כ"ג) עיין שם ואינו מובן מ"ש הך זכיה לאו מדין שליחות הא מ"מ מבואר בש"ס ב"מ (דף ע"א) דאין זכיה לעכו"ם ואף אם זכיה לאו מתורת שליחות הוא וזכין לקטן מדאורייתא מ"מ לכ"ע דוקא קטן דאתיא לכלל שליחות אבל לעכו"ם לא מצאנו זכיה על ידי אחרים ומה שהביא מקידושין (דף כ"ג) היינו לס"ד שם דאין עבד יכול לעשות שליח לקבל גיטו מיד רבו ומ"מ מהני בשטר על ידי אחרים ועיין ר"ן ר"פ ב' דקידושין אולם זה הכל בעבד מהני זכי' אבל בעכו"ם לא מצאנו שיהני זכיה על ידי אחרים וצ"ע היטב:

והנה דעת הר"ן רפ"א דקידושין בדעת הרמב"ם דלא הביא גבי ממון הקנין של מדין עבד כנעני דלא מהני רק לגבי קידושין גמרינן מע"כ דעבד ואשה כהדדי נינהו דעבד גמר לה לה מאשה אבל לענין ממון אין למדין מעבד כנעני. ולכאורה קשה מדברי הירושלמי שהבאתי שם דמבואר דמהני גם גבי ממון דבאומר הא לך כסף זה שתצא שדך לחירות דיוצאת לחירות רק באומר תצא שדך להפקר לא מהני דלא זוכה לבן דעת. וכן יקשה ממה דמבואר בש"ס גיטין (דף י"ג) דהיה ס"ד דמעמד ג' מהני דנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ובמה זוכה הלה בשעבודו על כרחך על ידי נתינת כסף של המלוה מבואר דמהני גם בממון מתורת עבד כנעני ועיין שם בריטב"א. וכבר עמד על זה בס' מהרי"ט אלגזי על רמב"ן הלכות בכורות. ונראה ליישב קצת דהא מבואר בש"ס קידושין גבי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דילפינן מערב ערב לאו אע"ג דלא אתי לידו משעב' נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא יהיב לה מידי קא מקנה נפשי' מבואר דמצד הסברא לולי דידענא מדין ערב היה החסרון מן הקנין מצד המקנה דלא בא לידו מאומה אף שהנותן הוציא הכסף מ"מ כיון שלא בא ליד המקנה אינו יוצא מרשותו לעשות קנין. ובהילך מנה ותתקדשי לפלוני קאמר הש"ס ע"כ לאו אע"ג דלא יהב מידי קני לנפשיה קידושין נמי אע"ג דלא חסרה למידי קני להאי איתתא והיינו באם ל"ה ילפינן מן ע"כ הריעותא מן הקנין היה בשביל שהקונ' לא יהב מידי ולא מצאנו קנין שיקנה בלי שום מעש' קנין והחסרון מן הקנין הוא מצד הקונה דלא עשה שום מעש' קנין וקשה אם כן מנ"ל מדין עבד כנעני דמהני לגבי קידושין דלמא באמת לא מהני כיון שהמקדש לא נתן מאומה רק בעבד כנעני מהני למה שהעלה בס' חמדת שלמה חלק או"ח (סי' א') להוכיח דבכל קנינים העיקר תלוי בדעת המקנה והיכא דאנן סהדי דמקנה בלב שלם ואין הריעותא בגוף המקח רק בהקנין העיקר תליא במי שרוצה להקנות להוציא דבר מרשותו צריך להיות גמר ומקנה וע"כ הוי ממילא נגד הקונה קנין והביא ראיה ממה דאיבעי לן

בש"ס קידושין (דף כ"ו) גבי קנין אגב שדה לאחד ומטלטלין לאחד אם מהני חזינן די"ל דמהני אגב שמקנה הקרקע לזה מקנה לזה המטלטלין ואם נימא דבעי גם כן דעת קונה מה"ת שיהני הואיל דחבירו גומר ומקנ' הקרקע לחבירו יקנה זה המטלטלין יעיין שם. א"כ י"ל לכך מהני בעבד שיצא לחירות הואיל שהאדון קבל הכסף מן אחרים גמר ומקנה והעבד קונה את עצמו ממילא דלא בעינן דעת קונה שיסמוך דעתו רק כיון שהמקנה גומר ומקנה הקונה ממילא קונה אף שלא גמר בדעתו ואינו סומך דעתו הואיל שלא הוציא כספו מ"מ קונה את עצמו כיון שהמקנ' גמר בדעתו להקנות. אבל לגבי קידושין דכי יקח אישה אשה כתיב וכל הקנין אישות הוא מצד הבעל וכמבואר בר"ן נדרים (דף ל') דאין האשה מקנה את עצמה רק שעשאת את עצמה כהפקר שיקנה המקדש על ידי קנינו ולא כי תלקח אם כן מה מהני שקבל' הכסף מן אחר ועי"ז גמרה ומבטלת דעתה מ"מ איך יקנה אות' המקדש כשאינו עושה מעשה קנין ואינו גומר וקונה. ואולי בשביל זה פירש"י דאותו פלוני עשאו שליח ואז שפיר מהני דהקונ' עושה מעשה קנין דשליח של אדם כמותו רק דלא ידענו אם יכול אדם לקנות דבר בלי שום חסרון כסף זה שפיר ילפינן מדין ע"כ אבל עשאו שליח י"ל דלא מהני ולא נוכל למילף מדין ע"כ ודלא כמו שכ' הריטב"א שם:

אולם למה שכ' הרמב"ם וכל הפוסקים דאף בלא עשאו שליח גם כן מהני שפלוני מקדשה על ידי נתינת חבירו יקשה איך נוכל למילף קידושין דבעינן כי יקח ולא כי תלקח מדין עבד כנעני דתליא בדעת האדון אם גומר ומקנה. לכן על כרחך צריך לומר דילפינן מעבד כנעני מגז"ש דמהני בקידושין וכמו שכתב הר"ן אבל לענין קנין באמת לא מהני כיון דבעי סמיכת דעת ודעת קונה. והפוסקים הסוברים דמהני אף בממון סברו דלא תלי' קנין בדעת קונה רק אם המקנה גמר ומקנה קונה ממילא וכמו שכ' הח"ש. אבל הרמב"ם י"ל דסובר דאף בקנין בעינן סמיכת דעת הקונה לקנות וכדעת הגאון בעל מקו"ח שם בס' ח"ש ובלעדי סמיכת דעת הקונה אף אם המקנה גמר בדעתו להקנות לא מהני [והראיה שהביא שם בעל ח"ש מקנין אגב י"ל להמעיין ומ"ש שם דא"ל דהא גופא מספקא לי' לגמרא אם תלוי בהקונה או לא דאם כן עכ"פ במתנה היה לו לקנות. לא אדע כוונתו הא במתנה גם כן יש לומר דלא מהני מה"ט הואיל דאינו סומך דעתו לקנות כיון שאינו עושה שום מעשה קנין] ולכך לא מהני לגבי קנין אם לא מטעם זכיה רק בעבד כנעני מהני כסף על ידי אחרים כיון דשם לא בעינן סמיכת דעת של העבד רק סילק רשות האדון וזוכה בעצמו ממילא. ולפי זה י"ל בירושלמי דבאומר ותצא שדה לחירות או להפקר מהני דשם לא בעינן מעשה קנין רק סילק רשותו ושעבודו וזה מהני

כמו שמהני בעבד כנעני. אבל לקנות דבעי שיעשה מעשה קנין להכניס לרשותו כל זמן שאינו עושה מעשה קנין אינו גומר בדעתו לקנות ואינו סומך דעתו ואז אף שגומר ומקנה לא מהני אבל לסלק רשותו ושיעבודו מהני דזה תלוי רק בדעת המוציא מרשותו. וכן נמי באומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתיך מהני הואיל דהלוה קבל הכסף וכתב השטר לשעבד את עצמו ובזה לא בעינין סמיכת דעת לקנות השעבוד דממילא קונה מי שנשתעבד לו דהא אדם יכול לשעבד את עצמו לחבירו אף שלא מדעתו חזינן דבזה לא בעי רק סמיכת וגומר בדעת המשעבד. ושאר פוסקים הסוברים דגם לענין ממון בעי סמיכת דעת הקונה ובכל זה ילפינן מדין עבד כנעני שיוצא בכסף על ידי אחרים וצריך להבין הא מבואר בש"ס קידושין (דף כ"ג) כסף קבלת רבו גרמה. ועיין שם ברש"י הרי דלא בעינן שום סמיכת דעת העבד ויקשה מה יליף רבא דמהני כסף ע"י אחרים לקנות מעבד כנעני הא שם לא בעי סמיכת דעת העבד משא"כ באשה ועיין פנ"י קידושין (דף י"ט) דפירש קבלת רבו גרמה לו שר"מ סובר המפקיר עבדו יוצא לחירות ואין צריך ג"ש ועל ידי שמקבל הרב הכסף נסתלק זכותו מן עבדו וממילא יצא לחירות וקשה איך למד מזה רבא דמהני לענין קידושין שם אף שנסתלק הבעלים מזכותם במה תתקדש לפלוני וכן בשדה. ונראה דבאמ' לאו כוונת הש"ס דקבלת רבו גרמה דמהני מטעם המפקיר עבדו רק מטעם קנין כמו דמהני בשטר הבא לידו אף בעל כרחו של עבד מ"מ משתחרר ויוצא על ידי שטר שיחרור כן נמי ע"י כסף באם מקבל רבו כסף מן אחרים יוצא לחירות באם מקנה לו רבו שיוצא לחירות ואף שאינו רוצה והוכחת רבא היה דעל כרחך זה קנין המועיל בכ"מ אף כשאין הקונה עושה שום מעשה קנין דאם לא היה שום קנין באופן זה למה יצא על ידי זה העבד לחירות בשלמא אם הוא קנין המועיל באם רוצה לזכות בנפשיה שפיר בעבד יוצא לחירות בעל כרחו דהאדון אינו משועבד לעבדו שלא יוציאנו לחירות אבל אם נאמר דבכ"מ הקונה צריך שיעשה מעשה קנין ובלא זה אף באם הקונה רוצה לקנות אינו מועיל באיז' קנין יצא העבד לחירות ועדיין צריך התבוננות בזה:

ויש לחקור קצת בישראל הקונה מן בן נח ונותן לו פחות משוה פרוטה אם מהני הקנין כיון דלהנותן לא הוי ממון יש לומר דאינו קונה או דלמא כמו דמהני באם אחר נותן הכסף חזינן דלא בעי מעשה קנין מן הקונה רק דעת מקנה אם כן י"ל כיון דהמקבל יכול להקנות בעד פמשו"פ דלב"נ הוי כסף דבן נח נהרג על פמש"פ מהני הקנין. וראיתי בס' אבני מילואים (סו"ס ל"א) שכ' דמהני כמו דמצינו במס' עירובין (דף ס"ב) דשכירת רשות מן העכו"ם מהני אף בפמש"פ יעיין שם שכ' דאף לשיטת הר"ן בדע' הרמב"ם דלענין ממון לא מהני נתינת כסף מאחרים מ"מ היכא דהקונה נותן חצי פרוטה ולהמקנה חשיב

כסף אזלינן בתר מקבל יעיין שם. ותמהני הא המעיין ברמב"ם (פ"ב הי"ב) מה' עירובין יראה דסובר באמת לא מהני קנין ישראל מן העכו"ם בחצי פרוט' שכ' וז"ל שוכרין מן העכו"ם ואפילו בשבת שהשכירות כביטול רשות הוא שאינו שכירות ודאית אלא היכר בלבד לפיכך מהני בפחות משוה פרוטה יעיין שם חזינן דבקנין ממש לא מהני. ואולי באמת מזה ראיה לשיטת הר"ן בדעת הרמב"ם דסובר דקנין מטעם עבד כנעני לא מהני גבי ממון אבל לשאר פוסקים דמהני בכסף על ידי אחרים לא גרע מאם נתנו אחרים כסף. או יש לומר דאף דבכסף על ידי אחרים דמהני מ"מ הוציא האחד כסף על מקח זה אבל בנותן פמש"פ לכ"ע לא מהני ובהכרח אם נאמר בדעת רמב"ם דסובר גם בקנין ממון מהני קנין דעבד כנעני והא דצריך לגבי עירוב מטעם קולא הוא משום דלא הוציא שום אחד דבר חשוב וממילא בנידון דרדב"ז המובא בסא"מ שם בנתייקר י"ל דלכ"ע אינה מקודשת ודלא כמו שכ' הא"מ וצ"ע:

סימן ה

יש לחקור בהא דקיי"ל דחז"ל עקרו לקנין כסף במטלטלין ושניהם יכולין לחזור קודם שמשך הלוקח המטלטלין שקנה. אם בעינן במשיכה הזאת שלאחר נתינת הדמים כוונה לקנות או לא ואף דבכל מקום צריך דעת קונה וכוונה לקנות זה דוקא בלא נתן הדמים דליכא רק קנין משיכה בלבד אבל היכא דנתן הדמים דדבר תורה כסף קונה ונקנה להלוקח בכל מקום שהמטלטלין הם רק דחכמים עקרו מטעם שלא יאמר נשרפו חיטך בעליה לכן אם הוציא מרשות המוכר ששוב לא שייך לומר נשרף חיטך קונה עם הכסף. או נאמר כיון דעקרו לקנין כסף צריך כוונה לקנות עם המשיכה. ולכאורה מוכח מהא דמבואר בש"ע (סי' קפ"ג ס"ג) בשליח שקנה לעצמו במעות המשלח די"א אף אם אמר המשלח בפני עדים שחוזר בשליחותו בכל ענין הוא של המשלח והטעם כיון דהמעות של המשלח הוא דעת המוכר להקנות לבעל המעות ועיין שם בסמ"ע (ס"ק י"ב). וצריך להבין ניהו דדעת המוכר להקנות לבעל המעות הא מ"מ השליח ביטל שליחותו ולא נתכוין לקנות בעד הלוקח רק לעצמו אם כן אף דשליח לא קנה מ"מ גם המשלח לא יקנה ויהיה ביד המוכר לחזור. ועל כרחך צריך לומר כיון דלא שייך הטעם דנשרפו חיטך בעליה מעות קונה וכיון דמשך השליח החיטין אף דלא נתכוין לקנותו להמשלח מ"מ כיון שאינו ברשות המוכר המעות קונה וכן כ' שם בנתיבות סק"ד. אך מ"מ יש לחלק ולומר דוקא שם דמ"מ השליח מתכוין לקנות ולהוציא מרשות המוכר וכן המוכר מתכוין להקנות לכן אף דהשליח לא התכוין לקנות להמשלח מ"מ כיון שהמוכר מקנה לבעל המעו' וזה מתכוין עכ"פ לקנות ולהוציא מרשות המוכר אף כיון דהמוכר מתכוין

להקנות לבעל המעות ולכן אין השליח קונה מ"מ קונה הלוקח המשלח כיון דעכ"פ התכוין השליח לקנות ולהוציא מרשות המוכר וגם המוכר התכוין להקנות לבעל המעות בזה אוקמו אדינא דכסף קונה כיון דעכ"פ נעשה קנין משיכה גם כן ובכוונ' לקנות אף שהשליח לא התכוין לקנות בעד המשלח מ"מ התכוין להוציא מרשות המוכר ולקנות עכ"פ לעצמו אבל היכא דלא התכוין המושך לשם קנין כלל אף דהוציא מרשות המוכר ולא שייך לומר נשרף חיטך בעליה מ"מ אשכחן לענין כמה דברים דלא פלוג אמרינן וכיון דעקרו לקנין כסף צריך שיעשה הלוקח קנין המועיל לקנות אף אם לא היה נותן המעות ואף דהוציא מרשות המוכר ולא שייך נשרף חיטך בעליה מ"מ כ"ז שלא התכוין לקנות באותו קנין ולא הי' קנין המועיל לא מהני. וראיה לזה דהא אף אם קנה מקצת מן החפץ דהמוכר הוא שותף עם הלוקח וטרח ומציל אפ"ה לא קנה כמבואר במס' חולין (דף פ"ג) בד' פרקים בשנה כו' אפילו שור שוה אלף ואין לו ללוקח אלא דינר אחד כופין אותו לשחוט לפיכך אם מת מת ללוקח מטעם דבד' פרקים העמידו על ד"ת מבואר דבשאר ימות השנה אם מת מת למוכר אף דאין לו ללוקח בהשור רק דינר אחד מ"מ אף דלא שייך כל כך לומר נשרף חטיך בעליה מעות אינו קונה. [ובנתיבות (סי' קצ"ח) כ' דאפילו אם לא נתן רק מקצת דמים דלא שייך לומר נשרף חטיך אפ"ה ל"ק והביא ראיה מהך דחולין בשאר ימות השנה ל"ק בנתן דינר. ובאמת בנתן מקצת מעות דלא קנה מבואר מש"ס דב"מ (דף מ"ח) דערבון כנגדו הוא קונה אינו אלא במטלטלין כיון דאינו קונה רק למש"פ. ובש"ס דחולין אינו מקצת מעות רק כל המעו' שלא קנה יותר מדינ' רק מ"מ ראייתו א"ש כמו דאינו קונ' מקצת מן החפץ כן אילו קונה כשנתן מקצת מן המעות וראיתי בס' מטה שמעון (סי' קצ"ח באות ה') שהביא משם ס' בני דוד להסתפק בנידון זה ולענ"ד הדבר מבואר מש"ס חולין הנז'] ואף בשכירות מטלטלין דמבואר בח"מ (סי' קצ"ח) משם י"א דנקנה בכסף רבו על זה חולקין יש הנ"י פרק השואל כ' כיון דשכירות כמכירה אין לחלק וכ' שכן הסכימו אחרונים וכן בש"מ שם כ' שכן דעת רש"י ב"ק. ואף לדעת רמב"ן דנקנה צריך לומר דשכירות מלתא אחרית' היא אבל במכר לא פלוג חז"ל בתקנתן:

וראיה לזה מדברי הרמב"ם (פ"ג מה' מכירה) שכ' שם (ה"א) דדבר תורה משנתן את המעות קנה ואין אחד מהן יכול לחזור אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה או במשיכת דבר שאין דרכו להגביה עכ"ל מבואר מדבריו דדבר שדרכו להגביה א"ק במשיכה ואמאי הא דבר תורה מעות קונות רק חכמים חששו שלא יקנו מטעם דיאמר נשרפו חיטך בעלי' וכיון שהוציא מרשות המוכר נוקמי' אדין תורה ויקנו המעות

ואמאי לא מהני משיכה בדבר שדרכו להגביה אלא ודאי כיון דחז"ל עקרו לקנין מעות לא מהני רק בעי קנין הראוי לו דבר שדרכו להגביה בעי קנין הגבהה ושדרכו למשוך מהני משיכה וכן כ' שם (ה"ד) וז"ל נמצאת למד שהלוקח מטלטלין אעפ"י שנתן כל הדמים יכול לחזור בו וכן המוכר יכול לחזור בו עד שיגביה או ימשוך דבר שאין בו הגבהה או ימסור המוכר ללוקח דבר שאין דרכו להמשיך כו' יעיין שם מבואר מדבריו דדבר שדרכו בהגבהה אינו קונה אף אם נתן מעות ומשיך ואמאי נימא כיון דמ"מ הוציא מרשות המוכר ולא שייך החשש דשמא יאמר נשרפו חיטך בעליה יקנו לו המעות אלא ודאי כיון דחכמים עקרו לקנין כסף בעינן שיעשה הלוקח קנין המועיל לקנות שיהיה קונה בו אף אם לא הי' נותן הדמים ונתינת דמים אינו עושה קנין רק למש"פ:

ולפי"ז נראה באם שולח כסף על ידי חשו"ק או על ידי נכרי שאינן בני שליחות ונתן להם כסף שיקנו בעדו מטלטלין אף אם הוציאו המטלטלין מרשות המוכר מ"מ לא נקנו לבעל המעות ועדיין שניהם הלוקח והמוכר יכולין לחזור ואף דהמוכר מקנה לבעל המעות מ"מ כסף אינו קונה רק למש"פ ואף שהוציא מרשות המוכר מ"מ אינן בני שליחות לקנות בעד הבע"מ ולא נשאר רק קנין כסף לחייבו במש"פ ועיין נתיבות (סי' קפ"ב ס"ק ב') שכתב וכן אם נתן לשליח כסף לקנות קרקע קנה המשלח אף אם נתן הכסף לאותן שאינן בני שליחות דמעשה קוף בעלמא עבדי להוליך המעות למוכר לקנות בו יע"ש זה דוקא בקרקע דכסף לבדו קונה אבל לקנות מטלטלין אינו קונה בכה"ג רק לענין מש"פ כל זמן שלא נעשה קנין המועיל שיועיל אף אם לא הי' מוסר לו הכסף לכן אף שהוציאו מרשות המוכר אינו קונה:

ובזה יש לי לבאר דברי הש"ס קידושין (דף מ"ב ע"א) דפריך שם הש"ס על הא דאין שליח לדבר עבירה והדתניא שליח שלא עשה שליחותו שליח מעל עשה שליחותו בעל הבית מעל כי עשה שליחותו דבט"ב בעה"ב מיהא מעל אמאי נימא אין שליח לדבר עבירה ועיין שם ברש"י שליח שלא עשה שליחותו גבי הקדש קאי שהיה אצלו מעות הקדש וטעה כסבר שהן של חולין ומסרו לשליח ליקח בהן חלוק וקנה בהן טלית שליח מעל ולא השולחו שבדבר זה אינו שלוחו אבל אם עשה שליחותו בעה"ב מעל יעיין שם. וקשה חדא אמאי קתני דתניא ופריך מברייתא אמאי לא פריך ממתניתין דרפ"ו דמעילה השליח שעשה שליחותו בעה"ב מעל לא עשה שליחותו השליח מעל ומפורש שם כיצד ושם לא איירי בשלח לו לקנות כמו שכ' רש"י ועל זה יפרך אמאי בעשה שליחותו בעה"ב מעל נימא אשלד"ע ואף אם נשבש הגירסא ונגרוס דתנן וכן ראיתי אחר כך בהגהות הב"ח דכ' לגרוס דתנן דמשנה הוא במעילה. אולם מדפריך הש"ס מן שליח שלא עשה

שליחותו שליח מעל עשה שליחותו בעה"ב מעל ובמתניתין דמעיל' קתני בריש' שליח שעש' שליחותו מבואר דאין כוונת הש"ס על מתניתין דמעילה וקשה אמאי. גם דברי רש"י צריך ביאור דדחק לפרש דפירכת הש"ס הי' באם הי' אצלו מעות הקדש ושלח ע"י שליח לקנות לו חלוק ולמה לא נפרש פירכת הש"ס על משנה הראשונה הנז'. ולמה שכ' י"ל דהנה הפנ"י עמד על קושית הש"ס דפריך דגבי מעילה נימא אשלד"ע הא מבואר במתניתין דמעילה שלח ביד חשו"ק אם עשו שליחותו בעה"ב מעל ומבואר שם בש"ס אף דלאו בני שליחותא נינהו מ"מ בעה"ב מעל דהשליח מעשה קוף בעלמא עביד והואיל דאיתעבידא שליחותיה דבעה"ב מעל ומה פריך דנימא אין שליח לדבר עבירה הא לאו מצד שליחות אתינן עליה שימעול הבעל הבית רק הואיל דאיתעביד מחשבתו וכ' דקושית הש"ס לא היה שיפטור המשלח רק כיון שאין דין שליחות בדבר עבירה הוי ליה פיקח כאדם אחר העושה מעצמו ויש לחייב השליח וממילא יפטור הבעה"ב דשני מעילות על דבר אחד לא מצינו יעיין שם. [ועיין מה שכתבתי בהגהותי בדברי חיים דיני גו"ג (סוף סי' ו') עפי"ז לפרש דברי פירוש המשניות לרמב"ם מס' מעילה (פ"ו) דכ' בעה"ב מעל הואיל והוא ציוה סמך זה למה שנאמר ואשמה הנפש ההיא רומז אל מי ששגג תחיל' ודימה שזה חולין ובתוס' יו"ט שם תמה על זה הא ילפינן מגז"ש דחטא חטא מתרומה דבמעילה יש שלד"ע וי"ל דהרמב"ם והרע"ב הביאו הקרא דלמה לא ימעלו שניהם עיין שם] והנה זה אתי שפיר לשיטת הסוברים דבכ"מ בשוגג גם כן אשלד"ע וכדעת הריטב"א אבל לשיטת התוס' דבלא ידע יש שלד"ע וכ' התוס' דקו' הש"ס הי' דאם עשה שליחותו דבעה"ב מעל אף אם נזכר השליח והיה מזיד יעיין שם בתוס' ולדבריהם ליכא למימר כמו שכתב הפנ"י דהא השליח היה מזיד וליכא ביה דין מעילה ולכן הבעה"ב מעל הואיל דאיתעביד מחשבתו וכן שיטת רש"י דבשוגג יש שלד"ע ועל כרחך קושית הש"ס ממעילה היא כמו שכ' התוס' בנזכר השליח דהיה מזיד נימא דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין ועל זה קשה שוב הא לא גרע מאם שלח על ידי חשו"ק דלאו בני שליחות הן ואפ"ה מעל המשלח הואיל דאיתעביד מחשבתו. אולם למה שמבואר מדברי תוס' ב"מ (דף י' ע"ב) דהא דאמרינן אין שליח לדבר עבירה המעשה בטל והוי כאילו עשה השליח מאליו ועיין בנו"ב חאה"ע שהאריך לבאר את זאת ולדעת כל הפוסקים אמרינן דהמעשה בטל:

ולפי"ז בשלמא בשולח לקנות על ידי חשו"ק דלאו בני שליחות נינהו ולא התכוין המשלח רק שיקנו מן החנוני ושהחנוני יקבל הכסף מאתם אבל לא שהמה יזכו בהמקח בעד המשלח דלאו בני זכיה נינהו שיזכו בעד אחרים וע"כ ל"ה כוונתו רק שהחנוני יקבל

מהם הכסף וישלים תנאו שימסור המקח להם בעד הכסף וחנוני זוכ' תיכף בהכסף לכך מעל הבעל הבית דאיתעביד מחשבתו ושליחותו דרק בעד זה ציוה לתת להחנוני הכסף הואיל שימסור המקח להחשו"ק ואף אם לא קנה המשלח המקח והחנוני יכול לחזור מן המקח וליקח בהחזרה המקח מ"מ כוונת המשלח נעשה אבל בשולח על ידי פיקח שהוא בר שליחות לקנות כוונתו הי' שיזכה הפיקח בהמקח בעד המשלח והחנוני מקנה לבעה"מ ובמשיכת השליח זוכה המשלח בהמקח פריך הש"ס שפיר נימא אשלד"ע דאז המעשה בטל ונתבטל השליחות והוי כעשה מאליו לקנות בעדו דלא מהני. לכן לא הי' הש"ס יכול להקשות מן מתניתין דרפ"ו דמעילה דשם מפרש המתניתין כיצד אמר לו תן בשר לאורחים ובזה אף אם נאמר אשלד"ע ובטל השליחות מ"מ המשלח מעל הואיל דאיתעביד שליחותו ומחשבתו והשליח מעשה קוף בעלמא עביד ולא גרע משולח על ידי חשו"ק כקושית הפנ"י לכן פריך הש"ס מן ברייתא ופירש"י דקאי באם היה אצלו מעות הקדש ושלח לקנות לו חלוק והיינו דבזה צריך שיתקיים השליחות ובאם לא יתקיים השליחות לא נקנ' המקח להמשלח ולא איתעביד מחשבתו לכן שפי' פריך הש"ס נימא אשלד"ע ונתבטל השליחות ולא איתעביד שליחותו דמשלח דכוונתו הי' שהשליח יזכה בהמקח בעדו ולא יהיה ביד החנוני לחזור מן המקח ושהוא יקנה ויזכה בהמקח ואם נאמר אין שלד"ע והוי כעשה מאליו לא זכה המשלח בהמקח ולא איתעביד מחשבתו. ואינו דומה לשולח על ידי חשו"ק דשם עיקר שליחותו הי' שימסור המעות ליד החנוני ושהחנוני ימסור לו החפץ אף שלא יקנה הוא בזה ובזה נעשה רצונו ומחשבתו וזה ברור:

ובזה יש ליישב מה שהקשה רבינו הגדול מרן עק"א ז"ל בגליון משניות מס' מעילה (פ"ו) בהא דשלח ביד פיקח ונזכר הבעה"ב [וגם השליח] החנוני מעל כשיוצא. וע"כ דבקבל' המעות אינו מעל כיון דאיכא דעת נותן שמוציא מרשותו יכול המקבל לומר דאיסורא לא ניחא ליה דלקני אם כן מה שאל רב אחא ברי' דר"י לר"א בנדרים (דף ל"ה) ככרי עליך ונתנו לי במתנה מי מעל למעול מקבל יכול לומר איסורא לא ניחא ליה דלקני הא משנה מפורשת היא דהמקבל לא מעל בקבלתו יעיין שם שהניח בצ"ע. ובאמת ביותר קשה על דברי הרא"ש נדרים שם דכ' מקבל מעל לכשיוציא דכל דבר של הקדש אינו יוצא עד שימעול וכ' הכי אמרינן במעילה האומר לשלוחו תן דינר לחנוני ונזכר בעה"ב חנוני מעל לכשיוציא הרי שהזכיר הרא"ש מתניתין דמעילה וכתב דהטעם הוא משום דאיסורא ל"נ לי' דלקני וקשה מה שאל ר"א ברי' דר"י. ולמה שכ' י"ל דבאמת י"ל במתניתין הטעם דהחנוני לא מעל תיכף במה שקבל וזכה בהמעות דבאמת לא זכה כיון דהמשלח והשליח נזכרו ומזידין הן שוב הוי כמו בכל התורה כולה דאמרינן אשלד"ע

והמעשה בטל ולא זכה המשלח בהמקח עדיין במשיכת השליח הואיל דאשלד"ע בטל השליחות ואין קיום להמעש' וכיון שלא זכה המשלח בהמקח על דעת זה לא הקנה המעות להחנוני ולא יצא עדיין המעות מרשות ההקדש לכך לא מעל החנוני בקבלת הכסף אף אם לא נאמר איסורא לא ניחא לי' דלקני מ"מ דעת מקנה אין כאן להקנות רק לבע"מ וכיון שאינו קונה הבעל הבית החפץ במשיכה זו דאשלד"ע והמעשה בטל ממילא החנוני לא קנה המעות לכך אינו מועיל עד שיוציא אמנם זה תליא בדברי הש"ס ב"ק (דף ק"ב) מחכו עלה במערבא לר"י אליבא דר"י וכי מ' הודיע לבעל חוטין שיקנה חוטין לבעה"מ ובחוטין וחיטין שליחותיה קא עביד. והנה מבואר בש"ע ח"מ (סי' קפ"ב) בעבר השליח על דברי משלחו אם לא הודיע שהוא שליח של פלוני נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין משלחו והטעם אף דנתברר בעדים שהמעות הוא של המשלח ולמה לא יהיה הברירה ביד המשלח לבטל המקח כשעשה השליח שינוי בשליחות ויהיה מקח טעות והמעות כגזל ביד המוכר וכן הקשה המח"א הלכות שלוחין (סי' י"ב) והנתיבות (סי' קפ"ג וסי' קפ"ה) כ' הטעם כיון שהמשלח מסר המעות ביד השליח העמידו תחתיו סמך דעתו עליו אף אם יעשה עיות מ"מ לא יהיה לו דבר עם המוכר רק עם השליח וכבר כתב אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני שילוחין (סי' ג') שזה דוקא אליבא דידן דלא פסקינן כבני מערבא רק לעולם מקנה המוכר לבעה"מ ואף שעשה השליח שינוי בשליחותו מ"מ תמיד מקנה לבעה"מ וכיון שסומך המשלח על דעת השליח שפיר נקנה המקח והמשלח יש לו דין ודברים רק עם השליח אבל לבני מערבא דסברי מי הודיע ובשלח לקנות חיטין וקנה שעורים נתבטל המקח וחוזר המעות להמוכר ודאי אף בלא הודיע שהוא שליח מ"מ נתבטל המקח כיון דלעולם לא קנה המשלח כשעשה שינוי מטעם דמי הודיע למוכר שיקנה לבעה"מ ואין המוכר מקנה רק להשליח והשליח אינו קונה גם כן כיון שלא התכוין לקנות הוי מקח טעות ועיין שם בנועם דבריו. ולפי זה בנידון דידן נמי בנזכר בעה"ב וגם השליח דאם נאמר דהמוכר התכוין להקנות להשליח אזי נתבטל המקח כיון דלא היה באמת מעותיו של השליח לכך אין החנוני מעל עד שיוציא ולא היה להש"ס נדרים לפשוט דאיסורא לא ניחא ליה דלקני ממתניתין הנז' די"ל דרב אשי סובר כבני מערבא דאמרינן מי הודיע ואם כן אין המוכר מקנה לבעה"מ רק להשליח ובאמת לא היה מעותיו והמשלח אינו רוצה לקנות כיון דנזכר וביטל השליחות ונתבטל המקח וגם דכיון שנזכר הוי מזיד ואשלד"ע והמעש' נתבטל לכך י"ל דאינו מעל עד שיוציא אבל בככרי עליך אין סברא לומר דאיסורא לא ניחא ליה דליקנו לכך קאמר מסברא דמ"מ הסברא נותנת דאיסורא לא ניחא ליה דלקני ואליבא דידן דפסקינן דלא כבני מערבא

ובכ"מ אף ששינה בשליחותו אמרינן דהמוכר מקנה לבעה"מ ממילא לא נוכל לומר כיון דנזכר בעה"ב נתבטל השליחות דאף לו יהיה דנתבטל מ"מ כיון שהמוכר מקנה לבעל המעות והברירה בידו ליקח המקח אמרינן דכיון שהעמידו במקומו דעתו שלעולם כל מה שיעשה השליח עם המעות יתקיים ואם כן לעולם דקנה המוכר המעות מיד לכך כתבו הרא"ש והרמב"ם הטעם דלא מעל החנוני עד שיוציא משום דאיסורא ל"נ ליה דלקני וזה נכון בעזה"י:

אגב אזכיר במה שהתוכח אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני גניבה וגזילה (סוף סי' ה') עם הנתיבות (סישמ"ח) דכ' לפי ד' הש"ך (סי' רצ"ב) דאף במקום שיש שליח לדבר עבירה לא חידשה התורה רק לחייב את המשלח לא לפטור את השליח ובמעילה כיון דמעל המשלח נפיק לחולין ומיישב הנתיבות בזה קושית הקצוה"ח (סי' שמ"ח) בש"ס ב"ק (ל"ב) במוסיף השליח ב"ד רצועה אחת ומת הרי זה גולה ובטעה הדיין במנינא ובלא ידע להסוברים דיש שלד"ע אמאי השליח ב"ד גולה ואם נאמר דלא לפטור השליח אתי שפיר דחייב גלות ואאמ"ו ז"ל כ' למ"ש רש"י חגיגה (דף י') דלכך בנזכר בעה"ב ולא נזכר שליח שליח מעל דאנן סהדי דל"נ ליה לבעה"ב והוי כביטל השליחות ולמה לזה הא כיון דאין מעילה במזיד ממילא השליח מעל וכן הביא שם מדברי רמב"ם מעיל' (פ"ז ה"י) ואני בנעיי כתבתי שם דמד' רמב"ם שם (ה"ה) משמע דלא מטעם ביטול שליחות רק כיון דהיה מזיד השליח מעל. ושוב ראיתי ראיה נכונה לדברי אאמ"ו ז"ל שם דאל"כ אמאי בשלח על ידי שליח לקנות לו בעד פרוטה נרות וקנה לו בעד חצי פרוטה נרות ובעד ח"פ פתילות לא מעלו שניהם כמבואר במתניתין דמעיל' וברמב"ם שם נימא אף דשליח עשה שליחותו בחצי פרוטה שקנה נרות מ"מ כיון דהמשלח לא מעל ממילא לא נפיק לחולין וימעול השליח לצרף הח"פ שקנה נרות להחצי פרוטה דפתילות אלא ודאי דגז"ש דחטא חטא מתרומה הוא שיהיה כמעשה המשלח לבד ובנזכ' המשלח מטעם ביטול השליחות אתינן עלה:

ודע דיש להתבונן הרבה ולהבין בהא דמבואר שם בש"ס חגיגה דמעילות ה"ה כהררין התלויין בשערה לכדתניא נזכר בעל הבית ולא נזכר שליח שליח מעל שליח עניא מאי קא עביד ובמוציא מעות הקדש לחולין התם מידע ידע דאיכא זוזי דהקדש איבעי ליה לעיוני הכא מי ידע ועיין שם ברש"י שהרי קרוב הוא לאונס יותר מן השוגג והיינו ע"כ דבכל אנפי אין יוצא מעות הקדש לחולין בלא מעילה ואמאי בטעה בדבר מצוה פטור ממעילה כדאמ' ר' יוסי מס' סוכה (דף מ"ב) עולת העוף שנמצאת בין הגפיים וכסבור חטאת העוף הוא ואכלה פטור דהו"ל טעה בד"מ ופטור מקרבן מעילה ופריך בש"ס

מאי קמ"ל דטעה בדבר מצוה פטור היינו הך עיין שם והא כל הטעם דטעה בדבר מצוה דפטור הוא משום דהוי כאונס. הא לענין מעילה אף שוגג הקרוב לאונס גם כן חייב כמו בנזכר בעה"ב דשליח עניא מאי קא עביד הא סמך על בעל הבית דחזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו וחזקה אלימתא הוא ומי ידע ושפיר יכול לסמוך על החזקה ובכ"ז אף שקרוב לאונס יותר מן השוגג חייב במעילה כ"כ י"ל במעילה כיון דהקדש א"י לחולין בלא מעילה חייב כמו כן י"ל דבמעילה חייב גם כן דלא הוי אונס גמור ועיין תוס' פסחים (דף ע"ג ע"א) ד"ה שחטו ובתוס' ר"פ החולץ ד"ה ונמצאת מעוברת ובדברי ס' חמדת שלמה חיו"ד (סי' א') מה דשו"ט בענין זה דשוגג קרוב לאונס ויש בזה אריכות דברים אולי אזכה לבאר במ"א:

סימן ו

הגבהה דקונה בכ"מ מבואר בש"ע (סי' קצ"ח) מחלוק' הפוסקים אם בעי שיהי' מוגבה ג"ט או סגי בטפח ועיין שם סמ"ע שכ' כיון שהוא בידו הרי הוא כאלו ברשותו ובנתיבות תמה עליו דודאי כשלקחה בידו אפי' ליכא טפח קנה דידו קונה מטעם חצרו כמו שכ' תוס' ב"ק (דף כ"ט) רק באם לא הגביה בידו רק מכחו בזה פליגא אם סגי בטפח וכן מה שבולט לצד ידו אינו קונה מטעם יד רק מטעם הגבהה יעיין שם. ומצאתי ברמ"ה מס' ב"ב (דף קמ"ב ע"ב) שכ' וז"ל והגבהה קונה בכ"מ דכיון דאגביה ודאי אפקיה מרשותא דהוי קאי בגויה ועיילי' לרשותא דנפשיה דאי למ"ד חצר משום יד איתרבאי לא תהא ידו קלה מחצרו ואי למ"ד משום שליחות איתרבאי לא יהא עצמו קל משלוחו וסברא נמי הוא שאין לך דבר שנכנס לרשותי' של אדם יתר מהבא לידו כו' עכ"ל הנה מבואר דהגבהה מטעם רשות קונה ובאמת קשה הא ודאי אם מוגבה מכחו עדיין לא בא לרשותו. וגם אינו דומה לחצר דשם מונח הכל ברשותו אבל אם חצי מונח בחצרו וחצי חוץ לחצרו מנ"ל דקונה:

ובקצוה"ח (סי' רס"ח) הביא דברי מהרי"ט דכ' דיד קונה שלא מדעתו מכ"ש מחצר וכ' דתליא במחלוקת רש"י ותוס' כתובות (דף ל"א) דרש"י כ' דהגבהה אפילו בידו בעינן ג' טפחים ותוס' שם הקשה דהא תנן זרק לתוך קלתה מגורשת ובש"מ שם כ' דאפילו ידו הוצרכו ללמוד שיקנה מהא דאמר רבא לענין שבת ידו של אדם חשובה משום דלא מצינו בדרכי קניות אלא הגבהה ומשיכה ומסירה והלכך אין למידין מגיטין לדרכי הקניות ועוד כ' שם דס"ל לרש"י דאע"ג דלענין גט כתיב ונתן בידה שמא היינו דוקא כשמגביה ג"ט מן הארץ והאי דקלתה שאני משום דהוי הכלי שלה וקניא מדין רשותה. וכיון דלרש"י מוכח דידו אינו קונה מדין רשותו דרשותו לא בעי הגבהה ג' וידו בעי הגבהה ג' וכיון דאינו אלא

בתורת קנין הגבהה אינו קונה שלא מדעתו אלו דבריו. ולענ"ד דבריו מוקשים דודאי הא דכתב הש"מ אדרבא משם מבואר להיפך דגם דעת רש"י דיד קונה מטעם רשות דכ' זאת לתרץ דברי רש"י דכ' על הא דאמר רב אשי כגון שצירף ידו למטה מג' כדרבא ופירש"י כי היכי דלענין שבת חשוב מקום לענין מיקני נמי חשוב מקום למיקני כאלו הגביה למעלה מג' ובתוס' הקשו דלענין שבת דבעי מקום חשוב הוצרך רבא לאשמועינן דידו הוי מקום חשוב ול"א דהוי כלבוד ובטל אגב ארעא אבל לענין קנין א"צ שום ראיה דונתן בידה כתיב ועל זה כ' הש"מ דאע"ג דלענין גט כ' ונתן בידה שמא היינו דוקא כשמגביה ג' טפחים מן הארץ [היינו לא שתהיה האשה צריכה להגביה דזה לא כתיב בתורה רק שמא כשידה מוגבה מקודם למעלה מן הארץ אז הוי רשות בפ"ע אבל כשידה למטה מג"ט מן הארץ בטל אגב ארעא דהוי כלבוד] והאי דקלתה משום דהוי הכלי שלה וקנאה מדין רשות אבל כשידה סמוך לארץ הו"א כלבוד דמי ובטל אגב ארעא עכ"ל הרי מבואר דגם לרש"י ידו של אדם קונה רק דהו"א דוקא כשידו הוא למעלה מג"ט ואז אף כשלא הגביהה מ"מ קונה מטעם יד אבל כשהיד היא למטה מג' טפחי' היה ס"ד דבטל אגב ארעא על זה הביא ראיה דידו של אדם חשוב ולא בטל. אולם ממה שכ' רש"י לעיל מניה שם דאי בעי גחין ופירש"י למטה מג' דלא הוי הגבהה ותירוצו של הש"מ דכ' דוקא גט קונה ידה צ"ע דאם כן איך ילפינן מציאה מגט לענין חצר דקטנה במס' ב"מ (דף י"א) הא חצר לא הוי רק כיד ובגט דיד קונה גם חצר קונה אבל לענין קנין ממון דבעי דרכי קניות לקנות בהגבהה מה יועיל שמונח בחצרה אלא ודאי דגם לענין קנין ממון שוה כמו לגבי גט. וצ"ל דאליבא דאמת לתירוצו דר"א ידו קונה מטעם רשות ולא מטעם הגבהה ורש"י כ' זאת בטרם שגילה לנו ר"א זאת דידו חשוב יותר ולא בטל והוי כאלו הגביהה למעלה מג' דאז ודאי קונה מטעם רשות כ"כ לא בטל אגב ארעא ושם בב"מ קאי אליבא דאמת. ואם כן דברי מהרי"ט נכונים דיד לא גרע מחצר וקונה שלא מדעתו אמנם למה שכ' בפסקי תוספות רי"ד פ"א דב"מ הטעם דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משום כל אדם שיש לו חצר דעתו בשעה שזכה בהחצר כל מה שיבא לחצרו יזכה לו חצרו י"ל דהבא לידו אינו קונה שלא מדעתו דהוי כעודר בנכסי הגר כיון דלגבי יד לא שייך כוונה דמעיק' כמובן:

וראיתי בס' מג"ש שם ופנ"י שכתבו דונתן בידה דגט אינו ראיה דהתם בעל כרחה מתגרשת וכן מוכח מהא דכ' תוס' ב"ב (דף ע"ה) דמטלטלי ל"ק במסירה אם מסר אחד לחבירו עד דאיכא משיכה ואפי' מוסר לו מידו לידו יעיין שם מה שכ'. ובפנ"י הוסיף לומר דלענין מו"מ אף אליבא דאמת י"ל דלא מהני מה שתופסו בידו ולא הגביהו דבעינן

דוקא דברים שדרכן בכך שיהא ניכר כוונת קנין והיינו דאמרינן בכ"מ דבעינן משיכה או הגבהה או מסירה אבל במה שלקחו בידו אין ניכר כוונ' קניה שדרך התגרים ליטול ולהחזיר עד שיבררו מקחן כדאשכחן מתניתין דדמאי (פ"ג מ"ה) גבי הלוקח ירק. והנה מ"ש מגט הואיל דהוי בע"כ כבר כתבתי דבמס' ב"מ קאמר הש"ס דילפינן מציאה מגט ומ"ש ממסירה תמהני הא במסירה אף אם מסר מיד ליד נ"מ היכא דגוף הדבר אינו מונח בידו וכמבואר ב"ב שם כיצד במסיר' אחזה בטלפה בשערה באוכף שעליה כו' אבל כשמוסר ובא לידו י"ל דיד קונה ועיין רמ"ה (דף קמ"ב) שכ' דהא דדבר דבר משיכ' והגבהה אינו קונה במסירה ה"מ אם לא מסר המקנה ליד הקונה אלא דאמר ליה לך חזק וקני אבל היכא דמסר ליה מקנה גופיה בידיה לקונה ע"ד דאקנויי קני כמבואר פ"א דב"מ מוסירה מחבירו קנה ובהא ל"פ תנאי ועיין שם ואולי זה גם כן דעת רמב"ם שכ' פי"ז מהל' גזילה בהמה של הפקר אינה ניקנית במסירה משמע דוקא בליכא ד"א מקנה ובהל' מכירה (פ"ב) משמע דל"ק במסירה ועיין שם בלח"מ (ה"ה) ולדעת הרמ"ה י"ל דהיכא דמסר להמקנה גופיה קונה ומה שהביא הפנ"י ממתניתין דדמאי מבואר שם בפירוש המשניות לרמב"ם הי' עומד ולוקח שקנה ולא נטל אותם בידו אבל היה המוכר מונה ומיחד אותם לקונה הרי מבואר דדוק' כשלא נטל הלוקח בידו אבל כשנטל בידו ודאי קונה וכן מבואר לכאורה מש"ס ב"ב (דף פ"ח) הלוקח ירק מן השוק ובירר והניח אפילו כל היום כולו ל"ק כו' גמר בלבו לקנותו קנה ונתחייב במעשר ופריך אטו משום דגמר בלבו לקנות קנה ומתרץ הכא בירא שמי' עסקינן מבואר דדוקא משום דגמר בלבו בלבד ל"ק אבל אם פירש קונה במה שלקח בידו אולם י"ל דשם איירי דאגביה מדעתא דמוכ' לקנות רק הברירה ביד הלוקח ועיין שם ברמ"ה (דף קנ"ד). ועל מתניתין דשם קשה קצת דקתני מותר להחזיר מפני שלא משך וכן כ' הרמב"ם (פי"א) ממעשר הא סתם ירק הוי דבר שדרכו בהגבהה ולא נקנה במשיכה כמבואר ב"ב (דף פ"ו) ועיין שם תוס' ד"ה אבל:

ולמ"ש הנתיבות וכ"כ בס' מח"א דמה שחוץ לידו אינו קונה י"ל כוונת רש"י דאי בעי גחין ואכיל למטה מג' טפחים ויאחוז רק מעט בידו ואז לא נקנה לו מטעם יד מה שחוץ לידו ובאמת הא דאמר ר"ח בגונב חלבו שהוא חייב היינו על מה שהי' חוץ לידו. ועיין מה שכ' בתו"ג (סי' קל"ט) דחקר אם מהני בגט שאר קנינים וכ' דבע"כ ודאי לא מהני דבעינן כוונת קנין וגט ל"ח ד"א מקנה יעיין שם ואם כן על כרחך מוכח דגט קונה מטעם יד ורשות דאם לא כן לא משכחת גט בעל כרחו ועיין שם דהבי' מדברי רשב"ם ב"ב (דף פ"ה ע"ב) שכתב שקלתה תלוי' בה דדמי להגבהה שקונה בכ"מ ותמה על זה הא

בקשורה אעפ"י שאינה תלויה והיינו שנגררת על גבי קרקע לאו מטעם הגבהה הוא ועל כרחך הטעם דבקשורה הוי כיש לה רשות להניח וקלתה קונה וה"נ בתלויה עיין שם וכדבריו מבואר בריטב"א גיטין (דף ע"ז) דבקשורה או בתלויה לא בטל אגב רשות. אולם בירושלמי ר"פ הזורק מבואר כפי' רשב"ם וז"ל ר"ל אמר בקשורה לה אמר ר"י ובמגבהה מחמתה ועיין שם בפ"מ וצ"ע:

וקצת נראה דלמה שכתבו הש"ס וכדרבא היינו דהיה דוחק לאוקמי בכיס קטן שכל הכיס מונח ביד לכך אמר וכדרבא דידו של אדם חשובה והיינו דלעניין שבת ודאי חייב אף אם בולט הדבר שמונח ביד חוץ לידו מן הצד ואף אם מה שמונח תוך הפס יד הוא פחות מכשיעור עד שצריך לצרף את הבולט מן הצד מ"מ מצטרפין דידו של אדם חשובה וכ"כ קונה גם כן אף מה שבולט חוץ לידו ודלא כמו שכ' בנתיבות ובס' מח"א בסוף הספר להוכיח מדברי רמב"ן דמה שאינו נתפס תוך היד אינו קונה מדין רשות וצ"ע וכן נראה דהא הרמ"א אה"ע שם כ' גם יהיה ידיה גבוהות מן הארץ ג' טפחים וכ' שם התו"ג הא יד קונה אף למטה מג' אלא ודאי הטעם הוא דחיישינן שמא יהיה הגט קצתו חוץ לידה ואז בעינן שיהיה גבוה ג' טפחים שתקנה הגט בהגבהה ולא אבין אם מטעם זה אתי הרמ"א עלה מה מהני אף אם ידי' גבוה ג' טפחים ול"ה כלבוד אם אינה מגביה היד אחר כך הא ודאי אם יהיה ידו גבוה ג' טפחים מן הארץ אינו קונה מדין הגבהה עד שיוגבה מכחו אחר כך כשבא החפץ לידו ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' רכ"ב אות כ"ג) דכ' דהגבהה לגבי גט לא מהני ובעי שכל הגט יהיה בידה ואף הבולט למעלה אינה כמונח ברשותה וזה ודאי ל"נ וכמו שכ' התו"ג רק הבולט לצד בזה צ"ע. ובאמת לדעת הרמב"ן וריטב"א הסוברים דגם במקום דלא שייך מעות אין משיכה והגבהה קונה רק רשות מדאורייתא אם כן גם קנין הגבהה לא מהני לגבי גט מד"ת ובודאי צריך שיהיה הגט מונח כולו בידה ומזה נראה דהרמב"ן סובר דאם מקצתו מונח תוך היד נקנה אף מה שחוץ לידה ועדיף יד מן חצר וצ"ע עדיין וקצת ראיה דאם לא כן יקשה למה צריך הש"ס לרבות חצר גבי גניבה הא כתיב בשור ישלם שנים ואיך משכחת מדאורייתי' קנין לגבי גנב בשור דאי אפשר שיהיה כולו בידו אם לא על ידי רשות אלא ודאי דהיה ס"ד דחצר אינה קונה כלל רק יד ואף אם מקצת בידו מ"מ כיון שיכול לנתקו ולהביא אצלו חשוב כאלו מונח הכל בידו ואף לדידן דחצר קונה ובודאי המונח חוץ לחצר לא נקנה לבעל החצר היינו משום דל"ש יכול לנתקו. ועיין טו"ז או"ח (סי' שס"ו ס"ק ו') שכ' אם הניחו על ידו התלויה באויר צריך שיגביה ידו טפח מבואר מדבריו דמטעם יד א"ק עד שיגביה

טפח וע"כ כוונתו באם אינו כולו בתוך ידו דאז לא שייך קנין יד לכך צריך להגביה ואף שידו למעלה מג' מקרקע לא הוי הגבהה עד שיגביה אחר כך ידו וצ"ע:

ודע דהגבהה אף דעדיף מן משיכה מ"מ אינו קונה מד"ת דדבר תורה רק כסף קונה והגבהה אינו קונה רק מדרבנן וכן מבואר להדיא בר"ן פ"א דקידושין (דף כ"ו) במתניתין דנכסים שיש להן אחריות וז"ל עיקר תקנתא במשיכה הוא אלא דאמור רבנן דתקני ליה הגבהה ומסירה משום דכיון שמסרה ליה או הגביהה ודאי שיוציאנה משם ויביאנה לביתו כו' עיין שם וכתבתי זאת לפי שראיתי במשובב נתיבות (סי' ע"ב ס"ק ל"ד) בהגה שם דכ' דמסירה והגבהה לא פליג ר' יוחנן דהגבהה קונה בכ"מ ודבר תימא כ' אף דקונה בכ"מ מ"מ ל"ה קנין דאורייתא רק מדרבנן כמבואר להדיא בר"נ פ"א דקידושין וכ"כ בפשיטו' המבי"ט בקרית ספר (פ"א) ממכירה:

סימן ז

לעיל הבאתי דעת הרמ"ה ב"ב הא דדבר דבר משיכה והגבהה הוא אינו קונה במסירה הוא דוקא אם לא מסר המקנה ביד הקונה אלא דאמר ליה לך חזק וקני אבל אם מסר לו המקנה גופיה בידיה להקונה על דעת דאקנויי קני וכתבתי דיש לומר דזה גם כן דעת הרמב"ם. ויען שכתבתי בחידושי להלכות גיטין בזה והעליתי שם כן בדעת הש"ע אעתיק כאן מה שכ' שם וז"ל אה"ע (סי' קכ"ד ס"ב) ועל יד העבד ועל קרן הפרה ומוסר לה העבד והפרה כו' ובטור וברמב"ם ונותן לה העבד והפרה ולכאורה קשה על הש"ע בתרתי חדא הא בש"ע ח"מ (סי' קצ"א) פסק דבהמה דקה אינה נקנית במסירה רק במשיכה. ועוד הא אף אם נקנית במסירה הא בירושלמי גיטין (פ"ב) ז"ל ר' זעירא בעי קומי רבי מנא מסר לה במסירה מהו מדת הדין את אמרת נקנה המקח והכא את אמר הכין או שנייא הוא דכתיב ונתן בידה עד שיהא כולה בידה עכ"ל הרי דלא איפשט' האיבעיא אם מהני קנין הבהמה שיסבב הגט ע"י הקנין שקנתה הפרה או דלמא בעינן לגבי גט שיהא כולה בידה ולא מהני קנין. ובש"ע סתם דקנין מסירה לא מהני לגבי קנין ואעפ"כ לגבי גט מהני שהגט מסבב הקנין:

ונראה דדעת הש"ע כמו שכתבתי בקה"ק (סי' ו') משם הרמ"ה ב"ב (דף קי"ב) שכ' דהא דדבר דבר משיכ' והגבהה אינו נקנה במסירה ה"מ אם לא מסר המקנה ליד הקונה אלא דא"ל לך חזק וקנה אבל היכא דמסר לה מקנה גופיה בידיה על דעת דאקנויי קני כמבואר פ"א דב"מ מוסרה מחבירו קנה ובהא ל"פ תנאי יעיין שם וכ' די"ל דזה גם כן דעת רמב"ם שכ' (פי"ז מגזילה) בהמה של הפקר אינה ניקנית במסירה משמע דוקא הואיל דליכא דעת אחרת מקנה אבל אם איכא דעת אחרת מקנה קנה במסירה ובהלכות מכירה (פ"ב)

משמע דלא קנה במסירה ועיין שם בלח"מ ולדעת הרמ"ה י"ל דהיכא דמסר המקנ' גופיה קונה במסירה אם כן כיון דמהני בגט ממילא מתגרשת. והא דנשאר בירושלמי לאיבעי' דלא איפשטא אם בגט מהני י"ל דאיפש' האיבעי דהא כ' שם בירושלמי מ"ט דרבנן (דאכשרי לכתוב ע"ד שיש בו רוח חיים) ספר מה ספר שהוא בתליש אף כל דבר שהוא בתלוש וכ' בחידושי רמב"ן גיטין (פ"ב) ובריייתא בספרי ובתוספתא ותני לה בן בתירא ומיהו בגמ' דילן לא דרשי הכא ספר כלל ומשמע דלמאן דדרש לא נפקא ליה ממחוסר קציצה כשנתן לה אילן וקרקע דדמי למניח גט בחצרו וכ' לה מתנה עליו ואפ"ה פסול ומחוסר קציצה פסול אחר הוא אתלוש נמי כתיב עכ"ל הרמב"ן הרי דאי לאו דכתיב בספר הי' מהני אף בכותב על האילן והקנה לה הקרקע עם האילן ע"כ דס"ל לירושלמי דקנין מהני לגבי גט והפסול דמחובר רק משום דכתיב בספר הא לא"ה הי' מהני אף דלא מקיים ונתן בידה ע"כ דזה מקרי בידה מה שנקנ' לה הגט וא"כ כיון דמסיר' קונה להפר' ממילא מגורשת. ועוד ראי' מדברי ירושלמי ר"פ הזורק דקתני במתניתין לתוך חיקה או לתוך קלתה הרי זה מגורשת וקאמר בירושלמי ריש לקיש אמר בקשורה לה אמר רבי יוסי ובמגבהת מחמתה וכן בש"ס ב"ב (דף פ"ב ע"ב) ור"ל אמר קשורה ואע"פ שאינה תלויה ועיין שם ברשב"ם דלכך קונה לה קלתה דדמי להגבהה שקונה בכ"מ ובס' ת"ג (סי' קל"ט) תמה על דברי רשב"ם דהא בקשורה ואעפ"י שאינה תלויה והיינו שנגררת על גבי קרקע לאו מטעם הגבהה הוא ועל כרחך הטעם דכשקשורה בה הו"ל כיש לה רשות להניח והקלתה קונה לה אם כן י"ל דה"נ בתלויה עיין שם ודברי הרשב"ם מבוארים בירושלמי עכ"פ מבואר דהיכא דנקנה לה הגט אף דכליו של לוקח ברשות המוכר בטל הכלי לגבי רשות ולא קניה מ"מ קנתה מטעם הגבהה הרי דקנין הגבהה גומר הגירושין והוי ליה כאלו בא לידה כמו כן מסירת הפרה כיון דקנתה הפרה במסירה הזאת הו"ל כאלו בא לידה ומתגרשת:

וראיתי בספר הפלאה כתובות (דף פ"ו) שכ' לפרש דברי המ"מ בהלכות גירושין שכ' בטעם הרמב"ם דפוסק במשוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר למד דבעי מעכשיו ולגבי גט ל"ב מעכשיו וכ' המ"מ דלגבי גט בנתינה מתגרשת והוא במקום קנין וכתב הפלאה דאין לדמות קנין גט לשאר קניינים דנימא כיון שהיא קנתה הגט ממילא מתגרשת דהא קונה הגט בעל כרחה כשמגרשה והגט שלה ולא מצינו קנין בע"כ וכן להיפך אם מקנה לה הגט בחליפין על ידי קנין סודר לא קנתה הגט כיון שלא נתגרש' בה ועוד ראיה דהא בכתבה על קרן הפרה שנותן לה הפרה והרמב"ם והש"ע כתבו לשון מוסר לה את הפרה משמע במסירה לבד שנתן לידה מתגרשת אע"ג דקיי"ל אין בהמה נקנית במסירה אלא

ודאי כיון דקרינן בו ונתן בידה שמתגרשת בו ממילא הוא שלה הכא נמי בלאחר ל' יום אע"ג דלא הוי דרך זכיה במתנ' בלא מעכשיו מ"מ בגט מקרי ונתן בידה כיון דקבלה בידה ונתנה בסימטא והוא שם בעת שמתגרשת בו והשיג על הב"י שכ' (בסי' קכ"ד) כיון שקנתה העבד באחד מדרכי הזכיה דמשמע דצריך להקנות לה כמו בשאר קנינים וכבר הוכחנו דאין ענין זה לזה וכן כ' הר"ן ר"פ הזורק דלא מהני קנין אגב בגט עכ"ל עיין שם עוד בהפלאה. ולענ"ד יש להתבונן בדבריו הרבה דמנ"ל אף היכא דלא קנתה תהיה מגורשת דמה שהביא ראיה ממסיר' דפרה כבר כתבתי. ובאמת ברמב"ם לא קתני רק כלשון המשנה ונותן לה הפרה רק בש"ע וכבר כתבתי דבמוסר מיד ליד לכ"ע קונה. ומה שכ' דלא מצינו קנין בע"כ זה גילה לנו הקרא דונתן בידה דמהני על ידי נתינה שבא לידה מתגרשת אבל מ"מ בעינן שיקנה לה הגט דבעינן שיבא לידה ויהיה בידה לקנות אבל אם אינו מקנה לה רק בנתינה לבד שתתגרש זה לא מהני והרי זה גיטך והנייר שלי לא מהני דאותיות פורחות באויר וברמב"ם (פ"ח) מגירושין כ' הטעם דאין זה כריתות כיון דנשאר הדבר להבעל ומכ"ש במקום דאינו מקנה לה רק שהגירושין יסבב הקנין מנ"ל. וכמו דלא מצינו קנין בע"כ כן מצינו בנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בו כל הקודם זכה כיון דהנותן נסתלק והזוכה לא רצה לזכות כן בגט נמי כיון דלא רצתה לזכות מנ"ל זכיה בע"כ אף דמתגרשת על ידו לדבריו אלא על כרחך צ"ל דכיון דהתורה כתבה ונתן בידה ממילא נעשית שלה אם כן מנ"ל דהגירושין מסבבין הקנין דלמא הקנין מסבב הגירושין והיינו כשהקנה לה אף בעל כרחה מ"מ גלי לן קרא דמתגרשת בזה אבל מ"מ בעינן שתעשה מעשה קנין ומה שכ' בקנין חליפין על ידי קנין סודר לא קנתה הגט כיון שלא נתגרש' זה מטעם אחר דלא נתגרשה כיון שלא בא לידה וכמבואר מס' ב"ב (דף קנ"א ע"ב) מה גט לאו בר קנין יעיין שם אבל בבא לידה ודאי צריך שיהי' לה קנין שמסבב הגירושין לא שהגירושין יסבבו הקנין ובחליפין אף דקנתה מ"מ לא מהני אף לדעת רש"י ר"פ הזורק דמתגרשת על ידי קנין אגב מ"מ על ידי קנין סודר לא מהני משום דבגט כתיב ונתן וחליפין דרך מקח וממכר הוא וכמו שכ' בקצוה"ח (סי' ר"ב) אבל אף בבא לידה בעינן שיהי' דבר הנקנה והא ראיה דהא בירושלמי קאמר במסירה מדה"ד את אמר נקנה המקח והכא נמי או שניא היא דכתיב ונתן בידה הרי להדי' דעכ"פ בעי שיהיה קנין המועיל בדרכי קנינים אבל שתהי' מגורש' בנתינה אף של"ה קנין זה אינו מועיל וראיה לזה מדברי תוס' וראש גיטין (דף כ"א ע"ב) דכ' דאין אשה קונה את הגט שכ' על העלה של עציץ נקוב במשיכת העציץ או בהגבהתו כ"ז שלא פסקה יניקת העציץ כדאמרינן בסמוך מכר בעל זרעים לבעל העציץ ל"ק עד שיחזיק בזרעים אבל במשיכת

עציץ ל"ק דאכתי חשיבה מחוברין בשעת משיכה ולדעת הפלאה דכיון דנתן בידה אף שלא מהני לענין קנין מ"מ מתגרשת וממילא קנתה הגט מה ראי' מהא דל"ק עד שיחזיק בזרעים שם הוא לענין קנין אבל לענין גט לא גרע ממסירה דפרה דלדידיה לא קנה לגבי ממון ואעפ"כ מתגרשת אלא ודאי דזה בלתי אפשר שתתגרש רק על ידי קנין המועיל ומ"ש על הב"י כשקנתה העבד באחד מדרכי הקניה דמהני כן נמי מתבאר מדברי רמב"ן חידושי גיטין הנז' דלדברי הירושלמי אי לא הוי כתוב ספר היה מהני כשכתב באילן והקנה לה הקרקע עם האילן דהוי הנתינה על ידי הקנין:

אולם בס' תי"ג הוכיח דלא מהני קנין חזקה לגבי גט מהא דכ' תוס' גיטין (דף הנז') ד"ה יצא משם הר"י דמסתבר דאין אשה קונה את הגט שכתוב על העלה של עציץ נקוב במשיכת העציץ או בהגבהה כ"ז שלא פסק יניקת העלה כדאמרינן בסמוך כו' והא דמכשיר אביי משום דשקיל לי' ויהיב ליה היינו דהניחתו במקום שפוסקת היניקה דהשתא הוי רבותא טפי דמכשיר אביי בעציץ נקוב דלא גזרינן דיהיב ליה בפסיקת אטו בלא פסיקת וקמ"ל נמי אע"ג דצריך ליתן במקום פסיקת היניקה לא חשיב מחוסר קציצה בהכי והקשה דמנ"ל לתוס' דמיירי בהכי דלמא במקום שאינ' פוסקת רק דמיירי בעשתה קנין חזקה דבכך גם כן מתגרשת כמבואר בב"ש (סי' קכ"ד ס"ק י"ב) והעלה מתוך כך דהך דרשא דמפיק לה דאין מגרשין במחובר אפי' נותן לה כל המחובר מקר' דונתן בידה שיהיה דבר הניתן מיד ליד אין הכוונה שיהיה דבר שמגרשין בה יוכל להנתן מיד ליד כמו שכ' הב"ש רק הכוונה הוא כמו שדורש בב"מ שמשיכה מפורשת מן התורה דכתיב מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד דהיינו משיכה דוקא אבל חזקה אינו מועיל במטלטלין כיון שקנין זה אינו דבר הניתן מיד ליד וכן הוא ממש הדרשא בגט דכתיב ונתן בידה שיהיו הגירושין נגמרין בקנין הניתן מיד ליד דהיינו משיכה והגבהה כמו קנין מטלטלין משא"כ קרקע ובקנין חזקה שאינו קנין של דבר הניתן מיד ליד אינה מגורשת בזה עיין שם באורך ובחידושיו על אה"ע (סי' קכ"ד ס"ק ז'):

ולענ"ד מבואר להיפוך מדבריו בחידושי ריטב"א גיטין שם דכ' בדברי ירושלמי דסובר הטעם דאין כותבין במחובר משום דדרש ספר וכ' דלפום גמרא דילן אינו משום האי טעמא דספר לספירת דברים ועוד להאי טעמא בעלה של עציץ לכ"ע אסור דדינו כמחובר בכ"מ ובגמרא דילן שרי ונראה דלפום גמרא דילן טעמא משום דכתיב ונתן בידה ולאו משום דידה משמע דבר הניתן מיד ליד כדאמרינן גבי אונאה או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד דאם כן הו"ל למעוטי עבדים כי התם והכא על ידו של עבד כשר ועוד דהתם לא דרשי הכי אלא משום דשני קרא בדבוריה דהול"ל או קנה מעמיתך מה מיד

דוקא דבר הנקנה מיד ליד אבל הכא לא שני קרא בדיבוריה כו' אלא הכא טעמא משום דבעי לקיומא קרא כפשטיה דכתיב ונתן בידה אי אפשר אלא בתלוש שאי אפשר לתת דבר מחובר בידו של חבירו ממש אלא אם כן קצצו והא כתיב וכתב ונתן בידה מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה עיי"ש הרי דלא דרשינן כלל מונתן בידה דעל ידי קנין הניתן מיד ליד דאם כן הו"ל למעט גם כן עבדים כמו דממעטינן שם באונאה אף דהוי ניתן מיד ליד מ"מ הואיל דנתמעט קרקע ממעטינן עבדים גם כן דהוקש לקרקע ובכאן כשר וע"כ כמו שכ' הריטב"א דבעי לקיומי קרא כפשטי' שאי אפשר לתת דבר מחובר בידו של חבירו ממש ולפי זה בעציץ נקוב דאפשר לתת ומחוסר קציצה לא איכפת לן בזה וכמו שכתב הר"ן שפיר מתגרשת אע"ג דאינה קונה רק בחזקה דרחמנא לא חייבו רק דבעינן שיהיה יכול לקיים ונתן בידה ובשאר מחובר בלתי באפשר דמחוסר קציצה ובעציץ כיון שלא הוי מחוסר אז שוב מהני בכל אופן שמקנה לה והפירוש בגמרא דקאמר דשקיל לי' ויהיב לי' ניהליה היינו כיון דיכול למשקל ולמיהב לכן מהני כל קנין שאפשר וכמו שכ' הב"י גבי עבד כן נמי בזה כיון שיכול לתת בידו אז מהני גם כן שאר קנין והא דכתבו תוס' דבעי שיתן בפסיקת היניקה היינו דבאמת מהני שאר קנינים גם כן אבל מ"מ עיקר הטעם כיון דאפשר לקיומי קרא כפשטיה וכמו שכ' הריטב"א ולמישקל ולמיהב בעי שיתן בפסיקת היניקה דאם לא כן לא קנתה אע"כ דנותן בפסיקת היניקה וזה לא הוי מחוסר קציצה ושוב לא איכפת לן באם מקנה ע"י חזקה אף בלא פסיקת היניקה:

ומ"ש הת"ג דמרמב"ן דמבואר דמהני קנין חזקה ובר"פ הזורק פלי"ג על רש"י וס"ל דקנין אגב אינו מועיל בגט אפשר דהוא מטעם דס"ל קנין אגב הוא מדרבנן לכך אינו מועיל בגט. ותמהני הא מבואר בש"מ ב"מ סוגיא דמעות קונות דרמב"ן סובר דמשיכה אינו קונה לר"י מה"ת אף לגבי מתנה א"ק ומתנה נקנה על ידי ידה או אגב הרי דסובר דאגב הוא מדאורייתא. גם יקשה על הרמב"ן הא טלי גיטך מעג"ק לא מהני דבעי ונתן ובקנין חזקה כשקונה הקרקע והאילן הוי טלי גיטך מעג"ק והא דמהני בנתן גט לחצרו ונתן לה שטר מתנה עליו ע"כ או כמו שכ' תוס' ר"פ הזורק ד"ה ותיזל כיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאילו נתנו לה וכמו שפירשו האחרונים שם שרשות הבעל מוסר לה. או כמו שכ' הב"מ (סי' קל"ט) כיון שנתן לה שטר מתנה נתינת שטר מתנה חשיב כנתינת הגט אבל באם לא כ' שטר מתנה רק על ידי חזקה בלבד תקנה הוי טלי גיטך מעג"ק:

לכן נראה על כרחך הא דכ' הרמב"ן דלמאן דדרש ספר כשנתן דרו לה אילן וקרקע דדמי למניח גט בחצרה וכ' לה מתנה איירי ע"כ בכתב לה שטר על האילן וקרקע דבזה יש נתינה וכמו שכ' הב"מ אבל על ידי קנין חזקה בלבד לא משכחת דהוי טלי גיטך מעג"ק

רק בעציץ שפיר משכחת בהגבה הבעל מן הקרקע ונתן לה שתעשה חזקה ובלא פסיקת היניקה בזה שפיר כ' הב"ש דמהני ולא גרע מעריק לה חרציה ושלפתיה וראיתי בס' אבני מילואים (סי' קל"ו סק"ב) שכ' להוכיח שיטת החולקים על רש"י דקנין אגב לא מהני לגבי גט מהא דכתבו על מחובר דלא מהני דמחוסר קציצה הא יכולה לקנות על ידי קנין חזקה וכתבו דטעם פסול מחובר הוא משום דהוי טלי גיטך מעל גבי קרקע משום דליכא נתינה. ותמהני הא מבואר ברשב"א וריטב"א הנז' דהפסול הוא מדכ' ונתן בידה דבר הניתן מיד ליד וכבר כתבתי דהיכא דאפשר לקיים קרא כפשטיה ובמחובר בלתי באפשרות אבל בתלוש דאפשר לקיומי ממילא מהני הקנין באיזה אופן אף כשלא נתן מיד ליד וכמו"ש מדברי ריטב"א:

ובספר ג"פ העלה בדעת רמב"ם וטור הואיל דלא כתבו דיתן העציץ במקום פסיקת היניקה סברו דזה הוי מחוסר תלישה ולא מהני מידי רק דקנתה במחובר בחזקה יעי"ש ותמהני דאם כן אמאי פסול בכל מחובר הא יכול להקנות הכל על ידי חזקה אלא ודאי מטעם דבעינן עכ"פ שיהיה יכול לקיים קרא כפשטיה ונתן בידה ובמחובר אי אפשר לכן לעולם פסול הואיל דמחוסר קציצה ואם גם לגבי עציץ יהיה חשוב מחוסר קציצה איך אפשר שתתגרש על ידי קנין חזקה אם אי אפשר לקיים ונתן ועוד הא בגמרא מבואר דשקיל ליה ויהיב ניהלה הרי דמהני על ידי נתינה ועל כרחך דוקא בפסיקת היניקה וכמו שכתבו תוס' וברא"ש. ובעיקר דברי הרמב"ן הנז' דכ' על דברי ירושלמי דדרש פסול דמחובר מדכ' ובספר ומחוסר קציצה בתלוש נמי פסול רק שמוסר המחובר י"ל דלא כ' כן רק ע"ד הירושלמי אבל בש"ס דידן דלא דרשינן ספר רק ספירת דברים ודרשינן מונתן בידה יש לומר דמודה דקנין חזקה לא מהני רק במקו' דיכול לקיומי קרא כפשטיה כגון בעציץ נקוב וכדעת הב"ש והג"פ וסמיכתם על הב"י דמהני' זכיה גבי עבד:

והנה אף דסתם המחבר ומוסר לה הפרה והעבד ולא כ' באיזו' קנין להמתבאר דבגט בעינן לכ"ע שיהיה נתינה הראויה לקנין. אם כן אף דכתבתי דבמסר מיד ליד הוי מסירה קנין בבהמה גסה מ"מ מידי ספיקא לא נפקי אם רק מוסר לה או אף על ידי משיכה למה שכ' הרמב"ן מובא בש"מ ב"מ סוגיא דמעות קונות וכן נראה דעת ריטב"א בש"מ ב"מ (דף צ"ט) דלר"י דסובר מעות קונות מד"ת ולא משיכה אף מתנה אינו קונה במשיכה רק מטעם יד כשכולו בידו או רשותו או אגב קרקע והאריך בזה אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני מו"מ והעלה שם (סי' יו"ד) שזה גם כן דעת הרמב"ם וגם אני בעניי כתבתי בזה בכמה מקומות בדיני מו"מ אם כן לדעתם אף גט אינה קונה רק כשכולה בידה או ברשותה ולא במשיכה מד"ת ולהסוברים דקנין דרבנן לא מהני רק מדרבנן ולא מדאורייתא וכמו

שהביא הב"י אה"ע (סי' כ"ח) משם רבינו ירוחם וכן מדעת רמב"ן עצמו בחידושיו לב"ב דהוכיח דמכירת שטרות מדאורייתא מדקתני בקדשה בשט"ח דאחרים דמקודשת משמע מדאורייתא וכבר האריכו בזה כל האחרונים אם כן בגט לא מהני משיכה והגבהה ומסירה דכל אלה תולדות דמשיכה הוא ואינו קונה רק מדרבנן כמבואר בר"ן מס' קידושין דהגבהה גם כן רק מדרבנן קונה והיינו כשאינו כולה בידו. ולא קנתה הגט רק מדרבנן ולדעתם ע"כ צריך שיבא הפרה והעבד לרשותה אז תהי' מגורשת מדאורייתא והא דמבואר בירושלמי דמסירה מהני היינו אליבא דרל"ק דמשיכה מפורשת מן התורה וכן בירושלמי ר"פ הזורק קאמר רל"ק בקשורה ואמר ר' יוסי ובמוגבהת מחמתה היינו אם משיכה קונה מד"ת אבל אליבא דידן דמשיכה אינו קונה מן התורה ולדעתם אף במתנה ומקום דלא שייך קנין כסף גם כן אינו קונה במשיכה צריך שיבא הגט לידה או רשותה אם כן בעבד ופרה ע"כ דמוסר לרשותה. וצ"ע בזה. ע"כ כתבתי שם:

סימן ח

היכא דקנה מחבירו מטלטלין ונתן המעות ועדיין לא משך ומכר אחר כך הלוקח לאחר וזה הלך אל המוכר וקבל ממנו החפץ ולא נתכוון לזכות רק לעצמו אם אחר כך המוכר הראשון רצה לחזור מן המקח יש לעיין אם יכול לחזור או לא. ולכאורה היה נראה להמבואר במתניתין דב"ק (דף ע"ט) נתנו לבכורת בנו או לבע"ח לשו"ח כו' והי' מושכו ומת ברשות הבעלים פטור הגביהו או שהוציא מרשות הבעלים ומת חייב ופירש"י נתנו הגנב וחייב בקנין שלוחיו ובס' קצוה"ח (סי' ער"ה) הוכיח מזה דאם אחד עשה שליח לגדור בנכסי הפקר כדי לקנו' על ידי זה והשליח סבר שהוא של המשלח דמ"מ קנה המשלח במעשה שלוחו וכוונתו לקנות דאם לא כן אכתי אמאי חייב הגנב במשיכת השומר אף דנתכוין לקנות מ"מ הא על כרחך שם איירי דהשליח לא ידע דאם לא כן אשלד"ע וכמו שכ' תוס' שם. אולם אאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני גניבה (סי' ו') כ' דאדרבא משם מוכח להיפוך דפירשו הא דבעי אמימר תקנו משיכה בשומרי' היינו דהמשאיל אינו יכול לחזור אחר המשיכה ופשיט ממתניתין מדחייב הגנב במשיכת השומר ש"מ דאינו יכול לחזור ומאי ראיה דלמא לעולם דשומר אינו קונה במשיכה כיון דלא זכה בגוף הפרה ומ"מ הגנב חייב כיון דמתכוין לקנות במשיכת השואל אלא ודאי כיון דהשומר אינו מתכוין לקנות בעד הגנב לא מהני כוונת המשלח רק אי מהני משיכה ואין המשאיל יכול לחזור הועילו מעשיו של הגנב ונכנס ברשותו להתחייב באונסין אבל אם לא תקנו משיכ' לא הועילו מעשיו לא נכנס לרשות הגנב להתחייב באונסין. וכן מוכח שם מפרש"י דבעיית אמימר הוא אי בעי משיכה לענין חיוב אונסין והקשו התו"ח

והפנ"י אם כן מאי הוכיח הש"ס מהא דמת ברשות בעלים פטור הא מ"מ הגנב ודאי דבעי משיכה ואינו מתחייב אלא במשיכת השומר בשליחותו. אולם הפירוש הוא כמו שכ' בש"מ שם דהש"ס הוכיח דע"כ בעי משיכה לענין חיוב השומ' דאם נאמר דחייב באחריות שמירה אף בלא הגבהה או משיכה יתחייב הגנב גם כן כיון דהועילו מעשיו שנכנס לרשותו מדחייב השומר באחריותה ומדקתני פטור מכלל דבעי משיכה יעי"ש:

ולפי"ז היה נראה נמי בנד"ד לסברת הקצוה"ח מהני גם כן משיכת הלוקח השני עם כוונת הלוקח הראשון. וכן נמי לדעת אאמ"ו ז"ל דלא מהני כוונת המשלח עם מעשה השליח רק שם הואיל והועילו מעשיו של הגנב בזה נכנס לרשותו כן במכר אפ"ל נמי דשוב אין המוכר יכול לחזור וכמו שם דנתנו לבעל חוב או לבכורת בנו אף שלא נתכוונו לזכות בעד הגנב רק לעצמו מ"מ כיון דהועילו מעשיו של הגנב נכנס בזה לרשותו והוי כאלו קנה הוא כ"כ לענין זה כיון שקנה הלוקח ונתכוין לזכות לעצמו ממילא הוי כאלו משלחו זכה ושוב אין המוכר הראשון יכול לחזור. אמנם נראה דזה אינו די"ל דוקא בגנב אמרינן במה דנתן לשומר והשומר נתכוין לזכות לעצמו הועילו מעשיו של הגנב ונכנס לרשותו להתחייב באונסין דלא גרע מאם שימש הגנב שלמ"ד בעלים דהוי גזלן ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני שומרים (סי' טי') אולם גנב שלקח חפץ ושימש אף דלא עשה מעשה קנין מ"מ כיון שנתכוין לקנות והא דגזלן חייב באונסין הוא מטעם דלא גרע משואל כמבואר סנהדרין (דף ע"א) אם כן אם שימש בדבר ורצה לזכות בו קאי ברשותו כדי שיתחייב באונסין דגנב אינו קונה גוף הדבר שגנב רק לענין אחריות אונסין והוי כמו אכילת פירות דהוי קנין לשימוש אבל לא הוי קנין לקנות גוף הדבר. ולפי זה דוקא לענין חיוב אונסין לגבי גנב הוי זה קנין אבל לענין לקנות גוף הדבר ודאי זה לא הוי קנין כ"ז שאינו מתכוין לקנות בעד חבירו וכן אף לדעת הקצוה"ח נראה דלא מהני דדוקא אם המגביה עושה עכ"פ שליחותו של המצוה ומגביה בשביל המשלח לו אף שלא ידע שאינו שלו וסבר ששל המצוה הוא מ"מ כיון דעכ"פ מגביה בשביל המשלח מצרפינן הגבהתו לצורך המשלח עם כוונ' המשלח והטעם יבואר לקמן אי"ה. אבל בנידון דמתניתין ב"ק הנז' אין המגביה מושך ועושה מעשה בשביל המצוה רק מתכוין לקנות לעצמו אם כן כיצד נצרף כוונת הגנב לקנות עם המעשה שעושה הכהן או הבעל חוב או השומר אשר עושים לעצמן ובשבילם אף שעושים עפ"י רשות המשלח עם כוונת הגנב כדי שיקנה על ידו ועל כרחך צ"ל דשם הואיל דהועילו מעשיו נתחייב הגנב לאוקמי ברשותו לענין חיוב אונסין וכמו שכ' אאמ"ו ז"ל ודלא כמו שכ' הקצוה"ח בזה. אמנם אף ששפיר מדחי בזה ראיות הקצוה"ח מ"מ מה שכ' אאז"ל להוכיח להיפך משם

כדעת הקצוה"ח למ"ש אינו מוכח כיון דשם אי אפשר לצרף מעשה הקנין של הכהן ובעל חוב ואינך לכוונתו של הגנב לכך על כרחך נתחייב הגנב רק מטעם הואיל דהועילו מעשיו על ידי מעשיהם אבל במקום דעושה השליח המעשה הקנין בעד המשלח י"ל דמהני וכמו שכ' הקצות. ואף דתוס' כ' שם ובב"מ להוכיח משם דבלא ידע השליח יש שלד"ע ולמה שכ' דשם על כרחך עיקר קנין הגנב לאו בתורת שליחות הוא כיון דאינם עושים הקנין בעד הגנב רק בשביל עצמן רק החיוב בשביל דהועילו מעשיו של הגנב הוא. על כרחך צריך לומר דכוונת תוס' דכיון דאף אם עושה בשליחותו של הבעלים לא מהני מטעם דאין שלד"ע מכ"ש בזה לא עדיף מה דעושין בשביל עצמן מאם היו עושין בשביל המצווה הגנב והוי כאילו נעשה בטעות דאם היו יודעים שעל ידי קניינם מה שעושין בשביל עצמן נגמר העביר' קנין של הגנב לא היו עושין אלא ודאי כמו דבשליח אמרינן בלא ידע יש שליח לדבר עבירה ולא הוי בטעות כן נמי בזה מהני אבל מ"מ עיקר הקנין של הגנב לאו בתורת שליחות הוא כיון דעושין מעשה הקנין בשביל עצמו:

ובזה לא אדע מה שכ' מרן זקיני ז"ל בספרו דברי משפט (סי' ער"ה) וכן אאמ"ו ז"ל שם בספרו להוכיח מדברי הראב"ד שם המובא ברשב"א דלא כמו שכ' הקצוה"ח מדכ' לפרש המתניתין בענין אחר והקש' על פירש"י דאף למ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו התם מתכוין לזכות למי שהגביה לו אבל הכא לא לזכות לגנב מגביה אלא לשמירה בעלמא ובמה קנה הגנב ועל כרחך דלא כמו שכ' הקצוה"ח ולמה שכ' לא אדע די"ל דכוונת הראב"ד כיון דהגביהו לצורך עצמן זה לזכות ושומר לשמור במה קנה הגנב אבל ודאי אם השליח עושה עיקר המעשה בשביל המשל' יש לומר דמהני לצרף מעשה של השליח עם כוונת המשלח. וראי' לזה ממה שכ' הראב"ד בש"מ ב"מ (דף פ' ע"ב) דהקשה בשומר כי אמר הנח לפני אמאי חייב הא לא משך וכ' דכי א"ל הנח לפני כמו שאמר לו הכישה במקל והיא תבוא דהוי משיכה ובסימטא עסקינן דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותי' דידי' כמי שמשכה היא דמי א"נ ד"א דידי' בסמטא כחצר דמיין לכ"ד עכ"ל. והנה זה כלל גדול דאין אדם זוכה בשלו לאחרים כמבוא' מש"ס עירובין (דף ע"ט) ומוכר אינו יכול לזכות ללוקח ואיך מהני משיכת הבעלים בשליחות של השומר למיחשב כאלו משך השומר אי כוונת הראב"ד דמעשה המשיכה נעשה בשביל השומר ואף דאינו יכול לזכות בשלו לאחרים מ"מ מצטרפינן כוונת השומר למשיכת הבעלים כנז', ואם כן אמאי כ' הראב"ד דלא מהני משיכת השומר או הכהן ובע"ח בעד הגנב אלא ודאי דעיקר קושית הראב"ד היה כיון דאף גוף המשיכה אינם עושין בשביל הגנב בשליחותו רק בשביל עצמן לזכות ואיך נוכל לצרף כוונת הגנב עם מעשה של המושך

שעושה בשביל עצמו אולם בכל זה אין להוכיח מדברי הראב"ד המובא בש"מ ב"מ הנז' כסברת הקצוה"ח שיועיל היכא דהשליח עושה מעשה בשליחותו עם כוונת המשלח לקנות די"ל דוקאי לענין חיוב שמירה דלא בעי קנין גמור להכניסו לרשות השומר רק לחייב להשומר כדינו על ידי משיכה זו וכמו שכ' תוס' ב"מ (דף צ"ט) דמה"ט סגי משיכה אף ברה"ר. ואף להסוברים דלא מהני היינו ברה"ר דלאו מקום קנין הוא כלל אבל מ"מ בסימטא מטעם שליחות מהני משיכת הבעלים גם כן אבל היכא דרוצה לקנות ממש דצריך קנין גמור להוציא מרשות אחרי' ולהיות כשלו בזה לא מהני משיכתן של אחרים לצרף עם כוונת הרוצה לזכות. וגם י"ל דשם בשומר כשמושך הבעלים בשליחות השומר הוי כהתחלת מלאכה וכאלו שימש בו השומר לצורך שמירה ונתחייב עי"ז משא"כ לקנות ממש א"ק:

ובגוף חקירת הקצוה"ח הנז' נראה לכאורה דתליא במה שיש לחקור בענין שליחות דקיי"ל שלוחו של אדם כמותו. אם אמרינן דהמשלח מוסר כחו להשליח וכל מה שהשליח עושה הוי כאלו המשלח עושה ואין השליח נקשר עם המשלח. או דנאמר דהשליח מוסר כחו וזכותו להמשלח והשליח נעשה כיד המשלח. ולכאורה תליא זה במחלוקת הרמב"ם והטור אה"ע (סי' קכ"א) באם עשה שליח לגרש אשתו ואחר כך נשתטה המשלח דלדעת רמב"ם הגט פסול רק מדרבנן ומדאורייתא יכול השליח לגרש כ"ז שהבעל חי כיון דאגידה לגביה ועיין קצוה"ח (סי' קפ"ח) אם כן י"ל דסובר דהמשלח מוסר כחו להשליח שיכול לעשות בחריקאי מה שיעשה והשליח עומד במקום המשלח לכך אף שבשעת מעש' אין ביד וכח המשלח לגרש מ"מ כיון שכבר בעת מינוי השליח הי' בכחו לעשות ונעשה במקום המשלח יכול גם כעת לעשותו לגרש. אולם דעת הטור שם דפסול מדאורייתא י"ל דסובר הא דחדת לן התורה דיכול לעשות דבר על ידי שליח הוא שהשליח נותן כחו ורשותו להמשלח והוי כיד אריכתא של המשלח לכך כשהמשלח לאו בר גירושין הוא שנשתטה הוי כאלו השליח עושה המעשה בשטותו כיון דכל כחו של השליח הוא שנעשה יד המשלח ומה שאין בכח המשלח לעשות אף שהשליח יש לו דעת בפ"ע מ"מ הוי כאלו ידו של המשלח עשה וכיון שהמשלח אין לו דעת ל"מ. ולפי זה בנידון דהקצוה"ח אם אמרינן כדעת הטור דהשליח נעשה ידו של המשלח נוכל לצרף כוונת המשלח עם מעשה השליח וכיון דהמשלח מכוון לקנות בהגבהתו של השליח הוי כאלו ידו ממש הגביהה. אבל לדעת הרמב"ם דהשליח במקום המשלח עומד י"ל כיון דהשליח לא כוון לזכות לא מהני כוונת המשלח לצרף כיון דאך המעשה שעושה מצד עצמו מועיל וכשהשליח אינו מכוין לזכות אינו זוכה המשלח.

אולם י"ל דאף דעת הטור הוא שהשליח עומד במקום המשלח ומ"מ לא מהני בגירושין אם נשתטה המשלח דבעי שיהיה המשלח בר מעשה בשעת גמר המעשה אבל היכא דהמשלח בר מעשה הוא באמת אמרינן דהשליח עומד במקום המשלח ומה שהיה יכול ועל המשלח לעשות יכול לצוות להשליח שיעשה בחריקאו לא שהשליח נעשה כיד המשלח. ואם כן אם השליח עושה בלא כוונת זכיה לא מהני כוונתו של המשלח לזכות ועימ"ש לעיל דיני גב"ח (סי' כ"ו):

והנה המב"ט (ח"ב סי' קמ"ה) כתב וז"ל וכן אם אמר להמוכר משוך פרה זו שאתה מוכר לי לרשותי או לסימט' מרה"ר כדי שאחזיק בה נראה דקנה דנעשה שלוחו להוציא החפץ מרשותו לרשות הקונה דכיון דקונה ע"י שליח מה לי הוא מה לי שליח דעלמא. ולכאורה נראה דודאי הוא רק בצירוף כוונת המשלח דאם הלוקח המשלח לא מכוין לקנות כיצד יועיל כוונת המוכר הא אין אדם זוכה בשלו לאחרים. ועיין תשובת מהרי"ט (סי' קכ"ז) לענין אם עשה שליח למכור דאין יכול לזכות ללוקח כמו בגט אשה דאין שליח להולכה יכול לעשות שליח לקבלה כמו בגט אשה דלא מהני כיון דבשעה שנעשה שלוחו של המקבל עדיין לא זכה כלום ולאחר מכאן פסקה שליחותו של הנותן ושוב אינו יכול לזכות לזה מכח שליחות הנותן יע"ש ואם המוכר בעצמו יכול לזכות להלוקח אמאי השליח לא יהיה יכול לזכות אלא ודאי דגם המוכר אינו יכול לעשות רק המעשה הקנין בשליחותו של הלוקח כיון דבכ"מ שלוחו של אדם כמותו ונקרא המעשה על שם הלוקח ובכוונ' הלוקח זוכה על ידי מעשה המוכר. ובספר חקרי לב ח"מ (סי' קמ"ד) חקר בנתן לשליח מטלטלין למכור ועומד בבית השליח ומכרו לאחר וקבל עליו השליח שחצרו יזכה להקונה אם קנה הלוקח כמו אם היה מונח בפקדון ביד השליח דמהני כמבואר בטור ח"מ (סי' ר') או די"ל דהשליח דינו כמוכר עצמו והביא ראיה דלא מהני הזכיה ממה דמבואר ר"פ הזורק תיזיל איהי ותיחוד ותפתח וכפי דברי הרמב"ן ור"ן וריטב"א שם היה הגט מונח בחצירו של השליח להולכה ואם כן לא הי' צריך רבא להורות דליקנייה בקנין ועיין שם דעמד בצ"ע על שיטת הרשב"ם דגבי מוכר נמי סגי בדיבור גרידא. ותמהני עליו הא גבי גט ודאי לא מהני דהוי טלי גיטך מעג"ק וגם לא חזרה שליחות אצל הבעל כמבואר (סוף פ"ב) דגיטין וכמו דשליח להולכה א"י לזכות בהגט בשביל האשה כ"כ חצרו של השליח לא עדיף מכחו ועיין ש"ך (סי' קפ"ה) ובמ"ש המח"א דיני שלוחין והביא דברי הרא"ה דדוקא לגבי גט דטלי גיטך מעג"ק ל"מ אינו יכול לזכות אבל בממון מהני ובמח"א שם דבמכר השליח הוא המקנה ואי פסקה שליחותיה מי מקנה לו ועיין

מה שכ' אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני שלוחין ודיני מכירה (סי' י"ג). אמנם אם הלוקח מתכוין לקנות ודאי לא גרע ממוכר עצמו דמהני לדעת המבי"ט:

וראיתי בס' שער משפט (סי' ר') שהביא דעת המבי"ט וכ' דתליא במחלוקת הראשונים שהבאתי לעיל לענין שומ' אם מהני הכישה במקל וכמ"ש הש"מ משם ראב"ד דמהני בשליחותו של השומר כ"כ בקנין מו"מ ולהסוברים דשם החיוב הוא מטעם ערבות הרי דלא מהני. וכבר כתבתי לעיל דלענ"ד י"ל דבמכירה להוציא מרשות הבעלים ולהכניס לרשות הלוקח י"ל דלא מהני מעשה הקנין של המוכר אף בצירוף כוונת הלוקח מה שאין כן לענין חיוב שמירה. וגם י"ל להיפך אף להחולקים שם על הראב"ד וסוברים דלא מהני רק בסימטא ומטעם ד"א או מטעם ערבות היינו כיון שעיקר המשיכה בשומרים אינו להוציא מרשו' הבעלי' רק להוציא לענין זה להכניס לרשות השומר לחייבו בשמיר' בזה צריך שיעשה בעצמו או שלוחו שבזה מסולקים הבעלים משמירתן ונכנס לרשות השומר לחיוב שמירה אבל משיכת המשאיל בשביל השומר אף שעושה בשליחותו של השואל או השומר ואף דמתכוין השואל או השומר להתחייב מ"מ כל זמן שלא בא לרשותו על ידו או על ידי שליח אחר בסילוק בעלים לא מהני משא"כ לענין קנין י"ל דמהני וכמו שכ' המבי"ט. וראיתי למי שכתב שנראה לו דבר חדש דע"כ ל"כ המבי"ט דקונה הלוקח על ידי משיכת המוכר רק היכא שעשה המשיכה לרשותו של הלוקח אבל כשמשך בסימטא לא מהני דהא הוא רשות לכל אדם להכניס שם חפיציו וא"כ במה יקנה הלוקח והחדש מפני ישן תוציא דלא עיין כלל בדברי המבי"ט דלהדיא מבואר בדבריו דאף אם אמר להמוכר משוך פרה זו שאת' מוכר לי או לסימטא מרה"ר דמהני דנעשה שלוחו להוציא החפץ מרשותו לרשות הקונה יעיין שם בדבריו. וכמו שכ' דמצטרפינן מעשה המוכר בשליחותו של הלוקח עם כוונת הלוקח:

ומ"ש אאמ"ו ז"ל שם בדיני גניבה להוכיח מדברי המרדכי שכ' בפ"א דב"מ משם המהר"ם אם אמר אחד קח לי שור שבבית פלוני שהוא שלי ונמצא אחר כך שלא היה שלו אלא לגנוב נתכוין חייב הגנב במשיכת השליח ומובא ברמ"א (סי' שמ"ח) והקשה הוא ז"ל על הרמ"א הא התוס' והראב"ד חולקין וע"כ סוברים דלא מהני רק היכא דהועילו מעשיו ונעשה שומר וכמו שכ' באורך הנה כבר כתבתי די"ל היכא דעיקר מעש' נעשה בשביל המשלח י"ל דמהני בצירוף כוונת המשלח מה שאין כן בהא דנתנו לבכורת בנו נעשה המעשה הקנין לצורך עצמן לכך לא מהני. וגם מה שכ' דמדברי המרדכי נראה כמו שכ' הקצוה"ח י"ל גם כן דרק לענין חיוב אונסין מהני הצירוף כוונת הגנב עם מעשה של השליח אבל לקנות ממש י"ל דל"מ וצ"ע בכ"ז:

אגב אזכיר מה שכתבתי בדיני שומרין ליישב דברי הטור (סי' רצ"א) שכתב דעת הרמב"ם דבשומרין בעינן משיכה ובמקום שמשיכה קונה וקשה הא בש"ס כתובות (דף ל"א ע"ב) ר"א מתני הכי רבינא מתני לעולם דאפקי' לרה"ר וברה"ר נמי קנה והתוס' שם כ' משם הר"י הא דמשיכה קונה ברה"ר היינו לענין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהיה שלו לגמרי. ובמל"מ (פ"ב) מגניבה כתב ואף דרב אחא פליג עליה אפשר דהלכתא כרבינא אך מסתימת דברי הפוסקים נראה דס"ל דחיוב הגנב אינו אלא במקום דמהני קנין. ולכאור' קשה על המל"מ מדברי הרמב"ם (פ"ג ה"ב) שהביא הדין דהי' מגררו עד שהוציא מרשות הבעלים שהוא רה"י לרה"ר ומדלא כ' לסימטא מבואר דברה"ר מהני קנין לגבי גנב. ומצאתי בס' שער המלך שהעיר בזה דמדברי הרמב"ם משמע דמשיכה ברה"ר מהני לגבי גנב ולעומת זה הביא דברי הרמב"ם פירוש המשנ' ב"ק דמבואר דלא מהני וכן בשומרין והעלה כדברי הרמב"ם בפסקיו ומכח זה תמה על דברי טור דלמה יגרע שומר מגנב כיון דגם שומר אינו קונה רק לחיובו. והניח בצ"ע:

ולענ"ד יש לחלק בזה ולומר דאף לדעת הר"י דבגנב מהני משיכה ברה"ר לחייבו באונסין מ"מ בשומר לא מהני דהא אנן פסקינן כר"י דדבר תורה מעות קונות ומשיכה לא מהני רק מדרבנן ומבואר בתוס' דבמתנה כיון דליכא קנין מעות משיכה קונה מה"ת והיינו דר' יוחנן סובר אף דמשיכה הוי קנין המועיל מן התורה לא מהני רק לקנות החפץ אבל שיתחייב על ידי זה במעות זה לא מהני שיתחייב במעות מן התורה אבל משיכה הוא בעצם קנין המועיל והא ראיה דאם לא כן במה יקנה המוכר בהמעות דמי המקח וכן כ' בס' המקנה קידושין (פ"א) ואאמ"ו ז"ל בחידושיו שבסוף ספר דברי משפט (סי' קצ"ח) אם כן הא דכתבו תוס' דלענין להתחייב באונסין הוי משיכה ברה"ר קנין לגבי גנב הטעם כיון דרצה לקנות סגי בקנין כל דהוא ודוקא במקח וממכר במקנה לחבירו שהדבר הנמשך יוצא מרשות הבעלים לגמרי בעינן משיכה בסימטא אבל לא ברה"ר דלא יצא בזה עדיין מרשות הבעלים אבל בגנב דבאמת לית ליה קנין הגוף בהחפץ רק הואיל שרוצה לקנות ושולח יד בחפץ חבירו חייבו התורה באונסין ועיין סנהדרין (דף ע"א) וברש"י שם לכך מהני משיכה כ"ד. אבל בשומר דכתבו התוס' כתובות (ד' נ"ו) דחייבתו התורה ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה ונגמר החיוב ע"י הקנין לכ"ע י"ל דבעי קנין המועיל במקום הראוי לקנין גבי מקח וממכר כיון דעל ידי משיכה זו מחייב את עצמו לשלם אם יאבד החפץ. ועיין קצוה"ח (סי' ע"ד) דכל חיובו של השומר אינו על שמירה רק על חיוב תשלומין שחייבו התורה ולכך לא שייך בזה דין פועל יכול לחזור ולכך בעינן קנין המועיל במקום הראוי לקנין. וביותר למה שכ' הריטב"א קידושין (דף

מ"ז) בשומרין לא מהני המשיכה מן התור' כלל רק מצד תקנת חכמים י"ל דלא העדיפו חז"ל הקנין רק במקו' המועיל לגבי מקח וממכר. אך זאת קשה על הרמב"ם דמשמע דמהני משיכה ברה"ר לגבי גנב הא הכלל הוא כל היכא דפליגי ר"א ורבינא ר"א לקולא וקיי"ל כר"א וכאן הוי לקולא דלא מהני משיכה לחייב את הגנב באונסין ועיין תוס' ב"מ (דף צ"ה) ד"ה איתמר ובמה שכ' לעיל דיני גב"ח (סי' ז') וה"נ איך נוציא ממון לחייב הגנב באונסין ודוחק לומר דנ"מ נמי לענין שיקנה הגנב הגניבה על ידי שינוי ועיין סמ"ע (סי' שמ"ח ס"ק ח') דפשיטא ליה דל"מ משיכה ברה"ר והארכתי בזה במקומו:

סימן ט

והנה לדעת המבי"ט הנז' דאף משיכת המוכר בשליחותו של הלוקח מהני וכמו שכ' דעל ידי כוונת הלוקח בצירוף. נראה הא דקיי"ל דחצר השותפין אינו קונה זה מזה אבל מיד אחרים יכול כל אחד לקנות והטעם דכ"ז שכל אחד משתמש נעשה כשלו וכמו שכ' הר"ן נדרים ר"פ השותפין אבל זה ניחא דיכול לקנות מן אחרים כיון שהוא רוצה לשמש הוי כשלו אבל לקנות שותף אחד מן חבירו אין כאן הוצאות מרשות לרשות. אולם אם אחד מוכר לחבירו ואמר הלוקח להמוכר תן ותניח על חצר השותפין בשליחותי י"ל דקונה דחשבינן שזה משמש בהחצר בשליחותו של הלוקח והוי כאלו הלוקח משמש. וע' קידושין (דף ח') התקדשי לי במנה תנה על גבי סלע כו' בעי רב ביבי סלע של שניהם מהו תיקו ופירש"י דאם הסלע שלה מקודשת דחצירה קונה לה והקשו בתוס' אם כן מאי בעי סלע של שניהם פשיטא דאינה קונה כיון דהוא חצר של שניהם וחצר השותפים א"ק זה מזה ועיין רמב"ן ור"ן שם די"ל כיון שרצונו לקדשה אושיל לה מקום וקשה דאפילו אם גילה דעתו במה קנה המקום וכן הקשה המח"א דיני קנין חצר (סי' ו') וכ' כיון שיש לכל א' מהם רשות בחצר לאישתמושי ביה בדבור בלבד יכול להקנותו לענין שאלה והעלה דהא דחצר השותפין אינם קונים זה מזה היינו כשהיה שם כבר החפץ וליכא הוצאה מרשות לרשות אבל כל שהבי' עכשיו והניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חבירו קנה וה"ט כל היכא דגילה דעתו שמשאיל לו מקומו עכ"ד וכבר השיג על דבריו בס' נתיבות (סי' קע"ו) דמבואר להיפך מש"ס ב"ב (דף פ"ה). ועיין ס' המקנה אה"ע (סי' ל') שכ' לענין קידושין הוי ס' אי יש ברירה כשמשמש זה ויכול לקנות כמו גיטה וחצירה באים כאחד ודבריו אינם מובנים אם כן בממון כשקנה זה מזה היה מהראוי שיועיל תפיסה מס' אלא ודאי דדוקא לענין גט אמרינן גו"י באין כאחד ולא לענין קנין ממון כמו שביאר הקצוה"ח (סי' ר') ובס' ד"מ באורך:

והנה בירושלמי ר"פ השותפין מבואר לכאורה כמו שכ' המח"א דשם איתא ר' יוחנן בשם ר' ינאי השותפין קונין זה מזה בחצר כו' א"ר בון בר כהנא באומר צבור ואקנה אבל אם צבורין לא קנה עד שיטלטל. הרי משמע דחולק על ש"ס דילן דמשמע דוקא במודד לתוך קופתו. אולם למה שכ' אתי שפיר דודאי אף כשהביא המוכר עכשיו לתוך חצר השותפות לא קנה דכ"ז שלא קנה החפץ אינו משמש בשלו אבל אם הלוקח אומר למוכר צבור ואקנה הוי השימוש בשליחותו של המוכר והוי כאלו הלוקח משמש בהחצר וקונה לו החצר ועדיף מאם המוכר מושך בשליחותו של הלוקח דמהני לדעת המבי"ט. ואולי זה בעייתו של רב ביבי. ולפי זה היה נראה דבגט בכה"ג אם מתרצה האשה שהבעל יניח הגט תוך חצר השותפין שיש לה עם הבעל אף ספק גירושין לא הוי כיון דעיק' הקנין יהיה על ידי שימוש מה שמשמש' האשה בהחצר ע"י שימוש שהבעל משמש בשליחותה הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע ועיין מ"מ (פ"ד ה' כ"א) מהלכות אישות ובספר בית מאיר (סוף סי' קל"ט) והארכתי בזה בדיני גיטין:

סימן יוד בש"ע (סי' קצ"ט ס"ב) אם היה עליו חוב מחמת מכר נקנין אותן המטלטלין אעפ"י שלא משך שזה דבר שאינו מצוי ולא גזרו בהו רבנן ובסמ"ע (סק"ג) אף דאין המעות בעין עשאו חז"ל כאלו המכר הראשון הוא בעין. ועיין בנתיבות הטעם דכשמכר לו בעד מזומן ואינו רוצה לסלק לו במעות רשות ביד המוכר לבטל הקנין וכיון שיכול לבטל המקח הוי כחליפין ולפי זה בעינן שיהיה החפץ הראשון בעין עיין שם וגם אם נתאנה אחד מהם בהמכר דהשתא לא היה שייך בו דין אונאה כיון דהוי רק חליפין:

אולם בס' מח"א דיני קנין מעות (סי' ד' וסי' ז') כ' דלא דמי למלוה דכיון דאמר על מנת שיתן הדמים מיד הוי כאלו המקח עדיין ביד המוכר וכשאמר הלוקח לתת חטים בדמי החפץ הוי כאלו נתן לו החפץ בעד החטים וכמו שכתבו תוס' יבמות (דף צ"ג) במקדש אשה לאחר ל' דמקודשת אעפ"י שנתאכלו המעו' דאינו דומה למלוה דאי חזרה צריכה להחזיר הדמים כמו שהוא וכ"כ סובר בנותן דמים ליתן לו חטים ואח"כ אמר המוכר שיתן יין אף דליתא להני מעות בעין קנה כיון דמעיקרא נתן המעות ע"ד שיתן לו חטים ואם לא יתן החיטים צריך להחזיר המעות כמו שהם דאף שיש רשות להמוכר להשתמש בהמעות בכ"ז אם חוזר המוכר המעות פקדון הם אצל המוכר וכיון שכן אפי' הוצי' חשוב כאלו איתנייהו בעינייהו ולא למלוה דמי ואאמ"ו ז"ל בספרו ד"ח (סי' י"א) כ' דמדברי רוב ראשונים כתובות (דף ע"ב) נרא' להיפך דכ' בהא דקאמר שם ל"ת כו' אחולי אחלה לתנאה תפ"ל מה מועיל המחילה כיון שנמצא בה מומין נתבטלו הקידושין והכסף שמסר לה כבר הוי מלוה עיין שם תוס' ור"ן ורשב"א הרי אף דבא לידה לשם

קידושין ונתבטלו בשביל שהיה על מנת שאין לה מומין וצריכה להחזיר הכסף אפ"ה אמרינן דהוי כמלוה עיין שם בדבריו:

ולע"ד לכאורה עיקר סברת הר"י מגאש שהביא שם המח"א על פי מה שכ' הר"ן קידושין ר"פ האומר בטעם הדבר דמקודשת אעפ"י שנתאכלו המעות וכמו שביאר דבריו בספר א"מ (סי' מ') דהוא נתן לה הכסף לשם קידושין מיד ואינו רשאי לחזור ואם היא חוזרת צריכה להחזיר לו הכסף אם כן לאחר למד לא הוי מלוה כלל והו"ל כמקדשה בהאי הנאה שלא יהיה עליה חוב כלל וכיון דאם חוזרת יהיה עליה מלוה ובנתרצית לא יהיה עליה חוב כלל כיון דיהיב לה מעיקרא לגמרי הכסף ומעולם לא היה אצלה פקדון וחוב כלל. וזה נמי כוונת תוס' יבמות כיון דלא יהיב לה לא לחוב ולא לפקדון ואם חזרה צריכה להחזיר הדמים כמו שהוא לכך מקודשת דהוי כמקדשה בהנאה שלא תתחייב ולכך נמי היכא דנתן כסף על חטים לא נתן לו בהלואה להוציא ולא בפקדון רק ע"ד שיתן חטים ואם אינו נותן חיטים היה מחויב להחזיר המעות בעינא לכן אם התרצה הלוקח על יין נקנה היין בהאי הנאה שלא יתחייב למפרע דמי החטים וכן במוכר ע"ד שיתן לו כסף אם אינו נותן מחויב להחזיר בעינא אם כן כשמוכר לו דבר אחר בעד זה נקנה בהאי הנאה שלא יתחייב בדמי החפץ בתורת גזל כיון דאם אינו נותן לו הכסף מחויב להחזיר המקח בעינא ואף שכבר אינו בעין מ"מ אם אינו נותן הדמים בגזל הי' בידו למפרע לכן בהאי הנאה שלא יהיה כגזלן ובע"ח למפרע נקנה המקח. מה שאין כן בכתובות בקדשה על תנאי כיון דיודעת דיש בה מומין או נדרים ולא חלין הקידושין כלל ואם הוציאה הכסף קידושין כבר נעשה מלוה אם כן הוי כמקדש בהלואה ממש כיון דאין בידה לקיים הקידושין שיהיה למפרע הכסף קידושין שלה דכיון שיש עליה נדרים או מומין לא הי' לה רשות להוציא הכסף והי' אצלה או פקדון או מלוה מיד אם כן מקדשה במלוה. מה שאין כן בנידון דהר"י מיגאש מקנה כדי שלא יעשה מלוה למפרע כיון דבידו לעשות שלא יהיה או לוה או גזלן למפרע דאם נותן דמי השור או חיטים בעד הכסף שקבל לא נעשה למפרע גזלן על השור ולא לוה על דמי החיטים אם כן כשמוכר חמור בעד דמי השור או יין בעד החיטים עושה שלא יתחייב למפרע ובהאי הנאה נקנה. אולם בדין דהש"ע במכר מטלטלין ונתחייב בדמים ואחר כך נאבדו המטלטלין באונס י"ל כיון דלא שייך לומר דנעשה למפרע כגזלן הוי החוב שנתחייב שמעון כשאר מלוה כיון דמה שאין בידו להחזיר בעינא המטלטלים שקנה הוא באונס וכבר נתחייב בדמים והוי כמלוה ובזה לא שייך לומר דמקנה כדי שלא יתחייב למפרע מצד ביטול המקח כיון דנאבד באונס. אבל באם אכל או מכר המטלטלים שפיר נקנה כדי שלא יתחייב

למפרע מצד גזלן. אולם למה שכ' הר"ן הטעם כיון דהוא אינו יכול לחזו' דאם היה יכול לחזור לא הוי מתקדשת והטעם דאם אינו יכולה לחזור מתקדשת אף בנתאכלו דמעיקרא מיקנה נפשה בהא דיהב לה ועיין מקנה קידושין (סי' מ') ובמה שכ' בהגהותי בס' ד"ח דיני מכירה (סי' ל"ה) אם כן בנידון דהר"י מיגאש ומח"א דמעיקרא לא הקנה מטלטלין בעד הכסף ל"מ. אך למה שכתב הרשב"א שם דבאותה הנאה שלא תתחייב היא מתקדשת כמו שמתקדשת בהנאת מלוה מה שאין כן במלוה דעלמא הואיל ובשעת מ"מ לא נתנו לקידושין אלא להלואה עיין שם נראה שזה סברת הר"י מיגאש ותוס' יבמות הנז' דחשיב כאלו היא בעינא להתקדש בו. ולפי זה מבואר דהר"ן חולק ואפשר לדחוק. אולם בתשובת הרי"ף המובא בש"מ ב"מ (דף ע"ו) מבואר להדיא דאף בבא לידו המעו' בתורת מכר אף על אותו קרקע ונתבטל כיון דעייל ונפיק אזוזי אינו יכול להקנות אחר כך באותן מעות שנתן אף אם היא בעינ' עיין שם. ואולי יש לחלק בין אם מחויב לקבל מי שפרע לבין אם אף במי שפרע לא קאי מקנין ראשון ועיין בש"מ ב"מ (דף מ"ז) בלשון הר"ן דכ' ואפשר דליכא מי שפרע בקרקע. ועיין ב"י (סי' קצ"ח) ויבואר בזה לקמן. אך י"ל דאף דרי"ף סובר דהוי כפקדון המעות וכמו שהביא הטור משמו היינו אם המוכר חוזר ואינו משלים המקח בזה אמרינן אדעתא דהכי לא נתן הלוקח את הכסף להוציא. ובזה שפיר דעת הר"י מיגאש אם נתרצה הלוקח להיות נקנה לו מטלטלים אחרים קונה בהאי הנאה שהמוכר לא יהיה כגזלן למפרע. אבל אם הלוקח חוזר ואינו משלים המקח בזה אמרינן דודאי מ"מ הכסף נתן ע"ד לאשתמושי בי' ועיין בספר ד"ח דיני מכירה (סי' ג') ובחי"וד (סי' נ"ו) משם הרשב"א בתוה"ב ולכך סובר הרי"ף דבעייל ונפיק אזוזי דל"ק ודאי המעות שקבל הוי כהלואה לכך א"ק אף כשנתרצה אח"כ:

אך מה שכתב המח"א שם שכן דעת הטור ג"כ כמו שכתב הר"י מיגאש. תמהני הא הטור כתב להדיא (סוף סי' קצ"ח) דבין אם חוזר בו לוקח או מוכר לעולם הן עליו כמלוה עד שיחזירם. ואם כן כיון שכבר נעשה המעות כמלוה כיצד יקנה על ידו. ועיין במח"א הלכות גזילה (סי' כ"ד) שכתב להדיא שדעת הטור הוא היפך סברת הר"י מיגאש. ועי"ש מ"ש וכן נרא' ממה שכ' המ"מ (פרק כ"ב) אישות דכל דהניח זוזי מסתמא אמרי' דאינהו נינהו והוי ליה כעין פקדון דאיגלאי מילתא דממכרה בטל למפרע ומעות כעין פקדון נינהו. ולא אדע אם כן יהיה דברי הטור סותרים זה את זה דבח"מ הנז' כ' דהוי כמלוה ובאה"ע (סי' צ') כתב דאשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה דאם המעות בעין הלוקח גובה דהוי כמו פקדון. אלא ודאי דאינו דומה זה לזה דשם ע"כ איירי דלא קנה הלוקח הטוה"נ דאם ימות הוא קודם יהיה מקחו קיים ואם תמות היא יתבטל המקח דאם כן אין לו

ללוקח שום תביעה ועל כרחך איירי דקנה הקרקע בבירור ועל תנאי מצד אומדנא דמוכח וכמו שכ' שם בס' הפלאה. ואם כן שם על כרחך כיון דנחית הלוקח לזה שאם תמות היא ויתבטל המקח יקבל בהחזרה מעותיו על כרחך דהי' כתנאי שאם יתבטל יהיה כפקדון כיון דאם נאמר דיהיה לה רשות להשתמש בהמעו' ויהיה כמלוה למפרע לא יוכל לגבות כלל מן הבעל לכך על כרחך האומדנא הוא שאם יתבטל המכירה יהיה כפקדון למפרע כדי שיהיה בידו לגבות מה שאין כן ביהיב זוזי על המקח אף שהדר ביה מוכר סובר הטור דכל לוקח נותן דמי מכר להמוכר להוצי' ולהשתמש בהן ואם יתבטל המכר יהיה כמו הלואה למפרע כיון דלא יפסיד בזה מה שאין כן בלוקח נכסי מלוג מן האשה וכמ"ש:

ולכאורה יש להביא ראיה לדעת תוס' ב"מ (דף מ"ג) דלגבי מוכר לא הפקיעו חכמי' לקנין כסף וקנה לאשתמושי ביה מדברי ירושלמי מס' שבועות (פ"ח) על מתניתין דשם כל שאינו מיוחד לא לאוכל אדם ולא לאוכל בהמה כו' חישב עליו לעצים הרי הוא כעצים גרסינן בירושלמי שם תני המוכר מוכר לאוכלין והלוקח לוקח לעצים לא כל המינו כו' המוכר מוכר לעצים והלוקח לאוכלין וחישב עליהן לעצים כו' אלא כי אנן קיימינן בשנתן לו מעות ואחר כך משך פלוגתא דר' יוחנן ורשל"ק ע"ד דר"י זו אמר מעות קונות דבר תורה דמי אוכלין נתן לו ע"ד דרשבל"ק זו אמר אין מעות קונות דמי עצים נתן לו כן הגירסא הנכונה וכ"כ בס' בני יעקב (דקפ"ה ע"ג) ובס' קה"י מכ' הגאון מהרי"ט אלגזי ז"ל עיין שם והבנ"י הוכיח מזה דאף דחכמים עקרו לקנין מעות מ"מ כיון דמד"ת מעות קונות הוי דמי אוכלין ולא כל הימנו לחשוב אחר כך לעצים וכן כ' האלגזי ז"ל דבמקום איסורא לא העמידו דבריהם אולם הקשה דנהי דלהקל לא העמידו חכמים דבריהם ומשו"ה כיון דמדאורייתא מעות קונות דמי אוכלין נתן מ"מ היה לפרש דדוקא להחמיר לאסור הדמים אחר זמן ביעור אבל מ"מ כיון דחכמים עקרו לקנין מעות נחמיר מדרבנן לענין קידושין דאם קדש אשה בדמים תהיה מקודשת עיין שם אולם לדעת התוס' אתי שפיר כיון דלגבי מוכר לא הפקיע הקנין וקנה המעות בתור' מכר לאשתמושי ביה אף דביד שניהם לבטל המקח ואף אם נתקיים המקח אינו חל למפרע רק מעת שמשך וכמו שהוכחתי בהגהותי לד"ח דיני מכירה (סי' ט') ובספרי ח"ר (סי' ג') בקונטרס התשובות ולעי' (סי' ה) מ"מ כיון דבא לידו בתורת מכר וחלופי דמי אכילה נתן נתפס המעות בקדושת שביעית. אף דעדיין לא נקנה המקח כיון דלגבי מוכר לא הפקיעו הקנין מעות ונשאר על קנין דאורייתא ולרשל"ק כיון דלא חל שום קנין מדאוריית' לא על החפץ ולא על המעות ממילא דמי עצים נתן. וקצת יש להתבונן לר"ל אף אם לא חישב הלוקח אחר

כך לעצים הי' ראוי להיות הדמים מותרי' ולא יתפסו בקדושת שביעית כיון דמשעה הראשונה מ"מ אית למוכר רשות לאפקינהו לאו דמי אוכלין נתן לדעת הרשב"א בתוה"ב המובא בטיו"ד (סי' קל"ב) דישראל שמוכר ע"ז או יי"נ לנכרי אם נתן דמים ואחר כך משך למ"ד משיכה בנכרי קונה ולא דמים אותן דמים מותרים דאע"ג דלא נקנית המעות לישראל עד שימשוך ויגמור המקח מ"מ כיון דמשעה הראשונה אית לי' רשות לאפקינהו דסתמא דמלתא להוציאם יהבינהו כזכה בהם מעיקר' לגמרי דמי ואותו שעה לא נקנה המקח ולאו דמי יי"נ וע"ז נינהו דאין ההתפסה חל רק בשעת נתינת המעות וכל שזכה הישראל מקודם שמשך בהמעות שוב אינו נתפס האיסור על הדמים ע"ש אם כן כאן נמי אף לר"ל דאין המעות קונות להמקח מ"מ כיון דמשעה שנתן לו הדמים אית ליה למוכר רשות לאפקינהו ואז לא חל הקנין ולאו דמי אכילה הן ואף שמשך אחר כך וקאי הלוקח במחשבתו שחישב לאכילה מ"מ אינו נתפס האיסו' על הדמי' בשלמא לדעת הטור שם ותוס' ורמ"א שם אתי שפיר דכמו שם שהדמים אסורים כיון דס"ל דנתפסים בעת חלות הקנין ורואין כאלו היו המעות בעין בשעת משיכה לכך גם כאן צריך שהלוקח יחשוב אחר כך לעצים דאז בשעת חלות ההתפסה ליכא קדושת שביעית אבל אם קאי במחשבתו שחישב מקודם לאכילה חל אז ההתפסה אבל לדעת הרשב"א קשה [וראיתי בקה"י שם שהקשה מירושלמי הנז' ע"ד התוס' וטור והוכיח כדעת הרשב"א ולא אדע לכלכל דבריו ואדרבא לדעת הרשב"א צריך להבין למה דוקא בחיש' הלוקח אחר כך לעצים דמי עצים יהיב הא אף בקאי במחשבתו הראשונה נמי דמי עצים יהיב וכמו שכ':

וע"כ צריך לומר דע"כ לא כ' הרשב"א דאדעתא להוציאם נתנו לו המוכר ולא חל ההתפסה אחר כן רק היכא דלא חל הקנין כלל בשעת נתינת המעות לשום דבר כמו ביי"נ ובע"ז שקבל המעות מנכרי בטרם שמשך דנתינת הדמים אינו עושה שום התחלת קנין אבל היכא דקנה מישראל אף דמעות אינו קונה לר"ל מ"מ מודה דדברים ואיכא בהדייהו מעות קאי באבל וכיון דעכ"פ קאי במש"פ אז אמרינן היכא דנגמר המקח ע"ד שנתן המעות חל על הדמים ההתפסה ולכך דוקא באם חישב הלוקח אחר כך לעצים אז הדמים מותרים כיון דבעת גמר הקנין נשתנה המחשבה אבל אם לא נמלך ממחשבתו הקודם שחישב לאכילה חזינן כאלו אז נגמר ההתפסה וחל על הדמים קדושת שביעית כיון דעכ"פ קאי במש"פ על ידי נתינת הדמים שנתן הלוקח וחישב לאכילה ורואין כאלו המעות בעין אז בשעת חלות הקנין ונתפס בקדושת שביעית כיון דהנתינת המעות היה גורם לגמור הקנין דאם לא כן קאי באבל מה שאין כן בקנה הנכרי יי"נ ונתן המעות

דנתינת המעות אינו גומר גמר הקנין וכיון דכבר נתן הנכרי המעות לאפקינהו ואם אינו רוצה בקיום המקח לא קאי באבל לכך הדמים מותרין:

סימן יא

ברמ"א (סי' ר"ד ס"י) אפילו לא מחל לו לגמרי רק שהרויח לו זמן הפרעון וא"ל יקנה לי החפץ שלך בהאי הנאה הוי כנותן לו מעות. ומפשטת דברי הרמ"א משמע דהוי קנין לענין מי שפרע וכבר הקשה על זה בס' קצוה"ח הא הוי רבית קצוצה כמו שכ' תוס' קידושין (דף ו) ואף לשיטת רש"י מ"מ בקנין מטלטלים ודאי מודה רש"י דהוי ריבית אם כן הוי מקח שנעשה באיסור דאין בו מי שפרע וכמו שכתב הרמ"א (סי' ר"ט ס"ו) ולכאורה י"ל דוקא שם בפוסק על הפירות דמדאורייתא לא הוי קנין דהוי דבר שלא בא לעולם רק חז"ל עבדו שיעבור על מי שפרע לכך אמרינן דבאיסור לא תקנו אבל היכא דהוי קנין גמור דד"ת מעות קונות רק חז"ל עקרו לקנין מעות והשאירו הקנין לענין מש"פ בזה י"ל דאף דנעשה באיסור מ"מ קאי במי שפרע כיון דמקח הנעשה באיסור הקנין קיים. וכן ראיתי באיזה ספר שכתב כן ליישב דעת הרמ"א. אולם מדברי השו"ע יו"ד (סוף סי' קע"ה) מבואר דאף היכא דהוי מד"ת קנין מ"מ אם נעשה באיסור לית ביה מי שפר'. לכך נראה דהא הרמ"א לא כתב לענין מי שפרע רק דהוי כנותן מעות ונ"מ טובא כגון אם התנו בהדיא דמעות יקנו דקנו לדעת הרמ"א (סי' קצ"ח) וכן בשכירות מטלטלים דנקנה בכסף:

וראיתי באבני מילואים (סי' כ"ח ס"ק כ"ג) שכ' דאם לוקח חוזר מן המקח דאינו יכול לומר להמוכר שיחזיר לו המעות מיד דהרחבת הזמן הוא המעות דאע"ג דחוזר ורוצה לקבל מי שפרע מ"מ למה שכ' תוס' ב"מ דלא הפקיעו כח שיש להמוכר במעות והוי ליה כלוה ואם כן הכא כיון דכבר קנה המוכר רק החיוב להחזיר מעות אחר ומה דארווח ליה זימנא הוי המעות ואין לו דמים דהוי ליה ריבית קצוצה עיין שם. ולכאורה למה שכ' המל"מ (פ"ח) ממלוה והמח"א דאם הלוה על ריבית ואחר כך נודע להמלוה שהתנאי הוא בטל ותובע מעותיו דיכול המלוה לבטל ההלואה וכן העלה בח"ד (סי' קס"א סק"ה) דיכול לומר לא הלויתיך רק אדעתא דרבית וכיון דאסור לי ליקח ריבית תחזיר לי מעות והביא ראיה מהא דמבואר מס' ע"ז בנותן טלה באתננה אף דהיא אומרת אנא הא קאימנא קיים תנאך ובעל אותי מ"מ כיון דאי אפשר לו לקיים תנאו מחמת האיסור צריכה להחזיר הטלה וכן אם יתן א' חפץ לחבירו בשכירות שיעשה לו מלאכה האסורה ודאי כשלא עשה צריך להחזיר החפץ עיין שם ואם כן ה"נ דכוותי' אף דהלוקח אומר קח לך החפץ מ"מ כיון דאי אפשר לו לקיים תנאו מחמת איסור צריך להחזיר דמי המכר וכיון דאי

אפשר לתת דמי הרווחת הזמן משום ריבית נתבטל הקנין מן הרווחת הזמן ואף דכ' תוס' דהוי המוכר לוה על המעות וכ"כ הטור הבאתי לעיל דאף אם המעות בעין הוי רק כלוה היינו היכא דיכול לתבוע מעות אחרים אבל באם אינו יכול לתבוע מעות אחרים מחויב להחזיר אותו המעות ממש כמו שהוכחתי לעיל מדברי הטור אה"ע (סי' צ') וה"נ דכוותי' כיון דלא מהני טענת המוכר הלוה לומר אנא הא קאמינא קח החפץ דהוי איסור ריבית ממילא לא נתקיים התנאי וחייב להחזיר המעות וכיון דא"א להחזיר גם מה ששוה הרווחת הזמן נתבטל ההרווחת הזמן וחייב לשלם מיד דמי ההלואה:

אך יש לומר למה שכ' המל"מ (פ"ה) מאישות באם מכר חפץ לחבירו וקבל דמיו ועדיין לא משך אם קידש המוכר אשה בחפץ הזה די"ל דראוי לחוש לקידושי שני כיון דמן התורה קידשה הראשון בגזל ועיין שם שכתב דצד זה נראה בעיניו ועיין מה שכ' בס' א"מ (סי' כ"ח ס"ק ל"ג) ובד"ח דיני קידושין (סי' ח') ובספר מח"א. וי"ל ג"כ דלענין זה כתב הרמ"א הדין דהרווחת הזמן הוי הנאה שיקנה ע"י מטלטלים לא לענין מי שפרע רק כיון דהנאה הזאת הוי ככסף ונקנה לו המטלטלים מדאורייתא נ"מ לענין אם קידש המוכר אשה בחפץ הזה שנחוש לקידושי השני גם כן וכנז' ולפי זה י"ל דבנידון הזה אף המל"מ והמח"א מודים דאין המלוה יכול לבקש המעות בהחזרה כיון דמדאוריית' עשה פעולה לענין שקנה החפץ על ידי ההלואה או הרווחת הזמן אף שאינו יכול לקיים התנאי בפועל משום איסור ריבית מ"מ כיון דמד"ת עשה קנין המועיל וקנה החפץ נתקיים ההלואה אי הרווחת הזמן וקצת ראיה לדבר מהא דמבואר כתובות ר"פ הנושא כתב לכהן חייב אני לך ה' סלעים דחייב ליתן ואין בנו פדוי משום גזירה שמא יאמרו פודין בשטרות. ויקשה נימא דלא יהיה חייב ליתן הה' סלעים כיון דנתן רק אדעתא דפדיון בנו וכיון שאין בנו פדוי יהי' מאיזה טעם שיהיה אף שאין העכבה ממנו מ"מ למה יהיה חייב ליתן. אלא ודאי כיון דהפדיון עשה הפעולה עכ"פ מן התורה חייב ליתן אף דנתברר לו אחר כך שלא פעל כלל מדרבנן. וה"נ דכוותי' כיון דמן התורה עשה הקנין פעולה שיקנה המלוה הלוקח החפץ בעד הרווחת הזמן אף דחז"ל הפקיעו הקנין מ"מ נתקיים המקח לענין שזכה המוכר הלוה בדמי המקח היינו הרחבת הזמן. אולם לא נהירא דע"כ לא כתב המל"מ לדון דאם קידש המוכר בהחפץ בטרם שמשך הלוקח החפץ דחוששין לקידושי שני רק היכא דאף דחז"ל הפקיעו הקנין תורה מ"מ נשאר הקנין לענין מי שפרע אז שפיר כיון דמדין תורה הוי של לוקח חוששין לומר דמדאורייתא הוי כקידשה בגזל. אבל היכא דאף לענין מי שפרע לא נשאר זכות להלוקח מקנין מעות בזה י"ל דגם המל"מ מודה דהוי כשלו ממש ואם כן בנדון דידן הכא כיון דאף לענין מי שפרע לא הועיל הקנין כיון

דאסור לקיים המקח נשאר להלוקח כשלו ממש ועיין מה שכ' אאמ"ו ז"ל שם בדברי חיים לדון דלעולם שייך למוכר מטעם יאוש רק דהוי כמו באיסורא אתי לידו כיון דקאי במי שפרע. אבל במקום דלא קאי במי שפרע לא פעל מאומ' בהכסף שנתן ונשאר של המוכר. וממילא לא קנה אף הכסף היינו ההרוחת הזמן ויכול לתבוע מיד ההלואה כן נראה לכאורה:

אכן בגוף דינא דמל"מ ומח"א והח"ד הנז' יש לעיין טובא דלכאורה מהא דכ' לכהן חייב אני לך חמש סלעים דדבר תורה בנו פדוי ולכך חייב ליתן וכמו שכ' וכן היה נראה לי מכבר לתרץ בזה דברי תוס' חגיגה (דף ו') דכתבו הא דפאה אין לו שיעור למ"ד יש לו שיעור למטה אם פיחת מס' מה שנתן נתן ואינו פטור מפאה וזכה העני ומחייב במעשר עד שישלים שיעור ששים בב"א דלא הוי פאה אם לא שילם לו בב"א עיין שם והקש' במהרי"ט אלגזי ז"ל בהלכות יו"ט כיון דלא יצא ידי פאה עד שיחזור ויתן פאה שלימה אמאי זכה העני מה שנתן הא איהו לא נתן אלא לצאת ידי פאה וכל שלא יצא אדעתא דהכי לא נתן והוי הפקר בטעות ודומה להא דב"ק (דף ק"י) ש"מ כסף מכפר מחצה. ולמה שכ' אתי שפיר דבפאה דומה להא דכתב לכהן חייב אני לך ה"ס בפדיון בני דאף דרבנן אמרו דאין בנו פדוי גזירה שמא יאמרו פודין בשטר מ"מ כיון דעכ"פ מדאורייתא עשה וקיים מצות פדיון חייב ליתן ואף דרבנן אמרו דאין ב"פ ליכא עליו רק מצוה דרבנן לכך חייב כיון דעכ"פ הפדיון נתקיים מדאורייתא ואינו דומה להא דכסף מכפר מחצה דשם אם אינו מכפר לא פעל מאומה בהכסף שנתן. וכמו כן בפאה אף דחז"ל החמירו שלא יצא ידי חובת פאה עד שיפריש שיעור שלם מ"מ מה שנתן נתן דעכ"פ מדאורייתא פעל בנתינתו לקיים המצוה מן התורה. אמנם הדרנ' בי ממה שמבואר בתוס' סוכה (דף ג') בהא דלא קיימת מצות סוכה מימיך דמבואר מדבריהם דבכל מקום שתקנו חז"ל תנאים למצוה דאורייתא אם לא מילא אחריהם ולא עשה מצוה כתיקונם לא קיים אף מצוה דאורייתא אם כן גם כן בפדיון הבן ובמצות פאה אם לא עשה כפי תקנת חז"ל לא קיים אף מצוה דאורייתא וישאר הקושיא אמאי חייב לתת בפדיון הבן לכהן הה' סלעים שחייב א"ע נימא אדעתא דהכי לא התחייבתי וכן בפאה אמאי זכה העני במה שנתן נימא אדעתא דהכי לא נתן כיון דנשאר עליו החיוב כמקדם. אולם נראה דבאמת בלא"ה אינו דומה להא דכסף מכפר מחצה דשם הוי אומדנא טובה דאדעתא שלא יתכפר לא נתן רק ע"ד שיביא אחר כך הקרבן וכיון דנולד סיבה אחר כך שמת שפיר בזה חייב הכהן להחזיר להיורשים אי לאו דמכפר מחצה אבל בנידון דפאה ובפדיון הבן דלא נולד חדשות וגם אז בשעת נתינה נודע דחז"ל אמרו שאין פודין בשטרות וכן דחייב לתת

פאה אחד משישים בב"א ואפ"ה עשה הוא לכן מה שעשה עשה לא יכול לומר אחר כך אדעתה דהכי לא התחייבתי או לא נתתי הפאה כיון דלא נולד חדשות מה שלא היה בשעת הפרשה ובשעה שכ' לחייב את עצמו הה' סלעים וכבר כתבתי מזה בספרי ח"א דיני תו"מ (סי' א'). ולפי זה נראה בנידון הנז' כשלוה על ריבית אינו יכול לומר אחר כך אדעתא שלא לקבל ריבית לא הלויתי תחזור לי מעותי כיון דהידיעה הזאת נודע אף בשעת מעשה שהלוה לו ולא נולד חדשות אחר כך שיהיה יכול לומר אדעתה דהכי לא הלויתי. ומה שהביא הח"ד מהא דמס' ע"ז גבי אתנן. הדבר מבואר' בריטב"א שם וכבר עמד על זה גם כן אאמ"ו ז"ל בד"ח חיו"ד (סי' ל"ב) דהקשה הא כיון דמשכתיה קניתיה והבעילה אינו אלא הדמים וכל שמשך ופסק דמים קנה אף שלא פרע ואין המעות אלא חוב אצל הלוקח וכ' לתרץ דבעלמ' גמר והקנה דסומך שיפרע לו הלוקח ואי לא פרע ליה כייף ליה בדינא דלא כסיפא לי' מילתא למתבעי אבל הכא דכסיפא ליה למתבעיה לביאה אנן סהדי דלא מקנה כלל אלא שיהיה בפקדון אצלה עד שיבעול עיין שם ואם כן בהלואה כיון דנתן להוציא את המעות ולא שייך לומר דנתן לפקדון קנה הלוה המעו' אף דאסור ליתן הרבית יעיין מה שכתבתי בדברי אאמ"ו ז"ל. אמנם י"ל לפי זה דזה דוקא היכא דמלוה מעותיו על ריבית אבל כשכבר הלוהו והגיע זמן פרעון והרויח הזמן על תנאי שיתן לו תוך איזה זמן חפץ בעד הרווחת הזמן בזה י"ל באמת כיון דכסיפא ליה מלתא למתבעיה לבד וגם לא יכול לכוף אותו בב"ד בזה אינו מרווח לו הזמן רק על תנאי שיתן לו החפץ וכשאינו רוצה ליקח לא יכול לומר אנא הא קאמינא קמך וצ"ע בזה.

ובאמת י"ל אף דנראה מד' הריטב"א ע"ז דקנת' הטלה לולא מטעם כסיפא ליה למיתבע היינו דלריטב"א הי' ק"ל דמ"מ קנתה גוף הטלה כיון דהקנה לה והמעות אינו אלא חוב ואף דיכול לבטל ולומר דאינו רוצה לעשות איסור מ"מ כיון שכבר מכר בעד שכר ביאה אין הביאה רק חוב עליה ותהיה חייבת לשלם דמי הטלה כיון דמ"מ נתרצה למכור הטלה ולתת בעד דמי ביאתה אם כן קנתה ודמי ביאתה הוא חוב עליה וכ"כ במלוה על רבית אף דנתן להוציא המעות מ"מ כיון דלא התרצה ללוות בחינם רק בעד דמי שכר ריבית וכיון דאסור ליקח הריבית יכול לומר דיחזיר לו המעות כיון דלעולם אינו יכול להשלים התנאי מה שאין כן באתנן יכולה להשלים התנאי ולתת דמי הביאה לכך צ"ל משום דכסיפא. ולפי זה י"ל במ"ש הח"ד שם בנותן לו חפץ בעד שכירות שיחרוש לו בשבת דחייב להחזיר החפץ י"ל אם נאמר דבזה לא שייך כסיפא כ"כ ממילא קנאו להחפץ רק עליו החיוב או לחרוש לו או לשלם דמיו ויכול עכ"פ לזכות בהחפץ ולשלם לו רק דמי חרישה וצ"ע בזה:

וקצת יש לומר אם המעות הוא בעין שקבל בהלואה על ריבית דיכול המלוה לחזור מן ההלואה דאף דקיי"ל מלוה ברשות בעלים לאו לחזרה ניתנה כמבואר קידושין (דף מ"ז) מ"מ מבואר שם בריטב"א דדומה ממש לתקנו משיכה בשומרים דמדאורייתא לא מהני משיכה לגבי שואל לענין שלא יהיה ביד הבעלים לחזור דמשיכה אינה קונה הואיל דלא קנה גוף הדבר לחלוטין רק לשימוש והשימו' אינו בא מגוף הדב' א"ד לדקל לפירו' יעיין שם וכן בהלואה כיון דאינו קונה גוף המעות דהא מחויב להחזיר ולא קנה רק מדרבנן ועיין תומים (סי' ע"ב ס"ק נ"ד) דמה"ט י"ל בישראל המלוה לגוי כ"ז שהוא בעין הוי כפקדון וברשות ישראל הוא לחזור בו דלא מצינו שיתקנו חז"ל תקנה לגוי וליגרע כח ישראל יעיין שם ואם כן י"ל דהיכא דעושה איסור בהלואה במה שזוכה בהמעות כגון דמלוה לו בריבית גם כן לא תקנו חז"ל תקנה שיקנה ואף דבמקום אחר הוכחתי מדברי הש"ע יו"ד (סי' קס"ט סי"א) אם ישראל השאיל לגוי ועיין שם בטור משם הרמב"ן ובב"י משם הבעה"ת דדוקא אם קנאו הגוי במשיכה אבל בלא משך אסור ואם נאמר דמשיכה לא מהני לענין שאלה בגוי לדעת הש"ע וכמו שכ' התומי' מה מועיל משיכה שעדיין לא קנה הגוי ואף שכבר השכין הגוי המשכון מ"מ גם שימוש לא קנה אף בישראל רק מדרבנן וכמבואר בריטב"א קידושין שם. א"ו דד' הש"ע דמשיכה קונה בכ"מ ודלא כמ"ש בתומים שם. ועימ"ש לעיל דיני הלואה (סי' פ"ב) וכן להמבואר בד' ריטב"א שבש"מ ב"מ (דף צ"ט) דט' דר"ה דא' בקע בו קנאה משום דס"ל דמשיכה אינו במטלטלין מד"ת וכי תקנו דוקא במכר ומתנה שהוא קה"ג אבל בשאלה דל"ל לשואל אלא ק"פ לא תקנו לה משיכה עיין שם דמבואר מדבריו דקאי בשיטת רמב"ן דגם מתנה אינו קונה במשיכה ולדידיה ע"כ דרשות הוי קנין מועיל בכל מקום כמו שכ' הרמב"ן דאם לא כן מדאורייתא במה קונה ואף דהקצוה"ח (סי' קצ"ח) התפלא על רמב"ן מ"מ כבר ביאר אאמו"ו ז"ל בספרו ד"ח דיני מכירה (סי' יו"ד) עפ"י דברי רש"י בכורות (דף י"ג) דרשות וכן הבא לידו ממש קונה לכ"ע וכן ביאר בס' ח"ס חיו"ד בארוכה ולפי זה למה שכ' הריטב"א דאם היה משיכה קנין מדין תורה היה מהני אף בשאלה אף דאין לו רק ק"פ רק הואיל דמשיכה לא הוי רק קנין דרבנן בשאלה סובר ר"ה דלא תקנו אבל הכנסה לרשותו ממש בזה ודאי הוי הקנין מדין תורה ועל כרחך מצד ההכרח צ"ל הא דאמר ר"ה לא בקע בו לא קנאה היינו אם לא הכניס החפץ לרשות השואל ובא ללמדינו דהתחלת מלאכה הוי קנין אבל הכניסה לרשותו דמועיל בכ"מ במכר ומתנה מדין תורה מהני גם בק"פ ואם כן מכ"ש במלוה מהני מה דהכניס לרשותו להיות לו בו קנין גמור ולאו לחזרה ניתן [ובאמת צריך ביאור לד' הריטב"א ורמב"ן כיון דרשות קונה בכ"מ איך שייך במלוה

לחזרה ניתנה וצע"ק] מ"מ הא מבואר מדברי תוס' מס' ע"ז (דף ע"ב ע"א) בהא דהוכיח שם הש"ס דמשיכה קונה בעכו"ם מהא דב"נ נהרג על פחות משוה פרוטה הא בגזילה דליכא דמים הוי כמו מתנה דמשיכ' קונה וכתבו דאי במקח אינו קונה אף בגזל לא תקנו דלא דמי למציאה ומתנה דבהיתרא אתי לידו אבל גזל דבאיסורא אתי לידי' אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל. ועיין קצוה"ח (סי' שס"א). ולפי זה י"ל לדידן דדבר תורה מעות קונות ומ"מ לענין שיהיה הלוה קונה ההלואה אף דקונה במשיכה מ"מ היינו דוקא בהלואה דהיתרא אבל בהלואה דאיסורא כגון שהלוה על ריבית בזה לא קנה במשיכה ועדיין ברשות בעלים לחזור ועיין מה שכתב בס' דברי חיים דיני אונאה (סי' ו') לדון על פי דברי התוס' הנז' ובמה שכ' שם בהגהותי. ואם נאמר כן יש ליישב קושית הקצוה"ח (סי' ל"ח) לר"ל דסובר חייבי מלקות שוגגין פטור מתשלומין שטר שיש בו ריבית אמאי גובה את הקרן הא הלוה עובר על לאו דלא תשימון ויהיה פטור מתשלומין ואף אם איתא בעין מ"מ מלוה להוצאה ניתנה. ולמה שכ' לא קנה הלוה המעות כ"ז שהוא בעין דמשיכה לא מהני במקום שעושה איסור:

סימן יב

כתב בש"ע (סי' קצ"ח ס"ה) לפיכך אם הי' ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר מושכר למוכר העמידוהו על דין תורה שהרי מצוי הוא אצל ביתו ויכול להציל יעיין שם. ולכאורה היה נראה אף דהעמידוהו על דין תורה שכסף יהיה קונה מ"מ גם קנין משיכה מהני בכה"ג שיתחייב הלוקח בדמי מקח כשמשך דכיון דחז"ל תקנו משיכה הוי קנין בפ"ע ואף במקום דאוקמי אדאורייתא דמעות קונות מ"מ לא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים אולם מלשון הרמב"ם (פ"ג מה"מ ה"ז) שכ' על דין זה באם היה מושכר למוכר וז"ל לא תקנו לו חכמים משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן את הדמים נקנה המקח כו' משמע דבכה"ג כיון דלא שייך לומר נשרפו חיטך ואוקמו אדאורייתא שכסף יהיה קונה לא תקנו חכמים משיכה וכן מבוא' להדיא בספר החינוך פרשת בהר (סי' של"ו) שבצד זה לא יקנה במשיכה אלא בכסף כדין תורה יע"ש. ובנתיבות המשפט שכתב להיפך מזה בפשיטות (בסי' קצ"ו) שמביא קושית הפנ"י אמאי עבד כנעני נקנה במשיכה הא לא שייך הטעם דנשרפו חיטך וכ' ודאי אף במקום דלא שייך הטעם מ"מ לא עקרו רבנן קנין משיכה ולא פלוג רבנן יעיין שם שהוכיח מסי' (קצ"ח) דבמקום דמהני קנין מעות וכי לא יועיל בהו משיכה אלא ודאי דקנין משיכה לעולם לא בטל והרי לפנינו דברי בעל ספר החינוך שסובר באמת כן דל"מ בכה"ג קנין משיכה וכן נראה מלשון הרמב"ם כמו שכ'. ועיין נתיבות (סוף סי' קצ"ט) שכתב הא דאמרינן גבי הקדש משכו

במאתיים לא יהיה כח הדיוט חמור מהקדש אף דבהקדש לא שייך נשרפו חיטך מ"מ כיון שכבר עשו משיכה לקנין גבי הדיוט לא פלוג רבנן ותדע דאפילו במקום דלא שייך נשרפו חיטך מ"מ משיכה קונה עיין שם ולמה שמבואר לפנינו דבאמת אינו קונה ע"כ צ"ל דחז"ל העדיפו לכח הקדש לחייבו הואיל דמצינו בהדיוט דחייב ושם בלא"ה ע"כ ליכא קנין משיכה כי מי הקנה לו דבר של הקדש וגם לא שייך כלל משיכה דבכ"מ שהוא ביה גזא דרחמנא הוא כמו שכ' תוס' בכורות וכיון שלא קנה הלוקח החפץ במה נתחייב אלא ודאי דשם חייבו חז"ל מטעם דלא יהי' כח הדיוט חמור. ובאמת היה נראה לכאורה ברישא דברייתא דקתני משכו במנה כו' עד שעמד במאתים נותן ר' על כרחך הפי' אם הלוקח רוצה לזכות במקחו אבל אם הלוקח אינו רוצה לזכות אין מוציאין ממנו בעל כרחו כיון דלא התחייב את עצמו במשיכתו רק ק' כן נמי י"ל במשכו במאתים נותן מאתים אם רוצה להחזיק במקחו אבל אם הלוקח רוצה לבטל המקח כיון שהוזל י"ל דיכול דבמאי מתחייב במשיכתו כיון שלא קנה עדיין החפץ במשיכתו. אולם מדברי רש"י ור"ן קידושין (דף כ"ט) לא משמע כן וצ"ע בזה:

ומ"מ לקושטא כבר כתבתי בספרי ח"ר דיני יו"ט (סי' כ"א אות יוד) דמוכח מדברי טוש"ע דגם משיכה קונה מדכתיב בש"ע (סי' קצ"ח) שכירות מטלטלין י"א דנקנה דליכא למיחש שיאמ' לו נשרפו חיטך כיון שהגוף שלו טרח ומציל ועיין שם בסמ"ע (ס"ק י"ב) שיאמר לשמעון עליך להציל שהרי אין לשמעון בו אלא תשמיש מעט זמן עיין שם וכבר עמדו המחברים על זה למה המחבר לא הביא דעת החולקים ה"ה רש"י ז"ל ב"ק (דף ע"ט) וכן הנ"י ב"מ פרק השואל כ' כיון דשכירות כמכירה אין לחלק וכן כ' הרשב"א ז"ל והסכימו האחרונים לבד דעת הרמב"ן המובא בש"מ ב"מ שם דכיון דמצינו במלתא דלא שכיחא אוקמו אדאורייתא דמעות קונות אם כן בסוג שכירות למה נשוה למכירה כיון דתמיד לא שייך החשש דנשרפו חיטך יעיין שם. וכן נלע"ד מדברי הטור (סי' ש"ז) להדיא שכ' אבל המשכיר יכול לחזור בו עד שימשוך השוכר במקום הראוי למשיכה או שיעשה קנין אחר הקונה בלוקח עיין שם ובש"ע שם כ' שיכולין השוכר והמשכיר לחזור עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקנין עכ"ל ומשמע אם משך ואחר כך תפס ממנו המשכיר דמוציאין מידו דאחר משיכה אינו יכול לחזור עוד ואמאי הא יכול לומר דלמא מעות קונות בשכירת מטלטלין ולא תקנו בזה משיכה א"ו מ"מ משיכה גם כן הוי קנין המועיל ואף דשם לא שייך כלל לקנות במשיכה מן התורה כיון דאינו קונה הגוף רק לתשמיש הוי כמו אותיות וכמו שכ' בריטב"א קידושין (דף מ"ז) ומ"מ כיון שתקנו חז"ל דמשיכה הוי קנין המועיל מהני אף במקום דמועיל קנין כסף. ואולי יש

לחלק דשאני ענייני שומרי' כיון דבשאר שומרים תקנו משיכה לא פלוג עשאו דבכ"מ קונה משיכה וצ"ע:

עוד השיג הנתיבות (סי' קצ"ו) על הפנ"י קידושין במה שכתב דלכך עבד כנעני נקנה במשיכה אף דכקרקע הוא מ"מ בקרקע אי אפשר במשיכה אבל עבד דאפשר במשיכה נקנה במשיכה והקשה הא מבואר בש"ס גיטין (דף כ"ב) גבי עציץ נקוב דאינו קונה הזרעים במשיכה יעיין שם וכן השיג בס' המקנה שם גם כן על הפנ"י. וגם בזה תמהני ובפרט עמ"ש המקנה דרק להתחייב על ידי משיכה לא מהני אבל במתנה באמת מהני כמו דמהני בכתב גט על עלה של עציץ נקוב ונתן לה העציץ עם הזרעים דכשר מדאורייתא כמבואר גיטין שם ועל כרחך משום שאין שום דבר שמתחייבת כנגדו אבל בעבד דמתחייב במעות נגד משיכת העבד לא מהני. ולא ידעתי כל דבריהם הא להדיא מבואר בתוס' גיטין שם (דף כ"א ע"ב) ד"ה יצא דגם בגט לא מהני כל זמן שלא פסקה יניקת העלה כמו במכר בעל זרעים לבעל העציץ ל"ק עד שיחזיק בזרעים אבל במשיכה ל"ק דאכתי חשיבי מחוברין בשעת משיכה והא דמכשיר אביי משום דשקיל לי' ויהיב לה היינו דהניחתו במקום שפוסקת יניקת העציץ יעיין שם בתוס' היטב הרי מבואר דגם בגט לא מהני אם קבלה במקום שאינו פוסקת יניקת העציץ דאז לא מהני משיכת העציץ כיון דלא משכה היניקה דעל זה לא שייך משיכה רק אם הניחתו במקום שפוסקת יניקת העציץ בזה מהני גם במכירה דהוי שוב כמטלטלין ואתיין דברי הפנ"י על נכון דאף בעציץ נקוב לא שייך משיכה כיון דאינו מושך היניקה כל שאינו פוסק היניקה לא שייך משיכה לכך אינו קונה הזרעים במשיכת העציץ אבל במקום דשייך משיכה מהני אף בקרקע לכך מהני בעבד וזה ברור ופשוט ועיין תוס' ב"ק (דף י"ב ע"א) ד"ה למה דמבואר מדבריהם דעבד כפות נקנה בתורת חצר אף אם עבדו כמקרקע יעיין שם היטב. ובס' קרית ספר (ס"א ממכירה) כ' ג"כ דלהכי נקנה עבד במשיכה כמטלטלין משום דהוי הוא גופיה מטלטל ע"ש:

וראיתי בס' המקנה קידושין (דף כ"ז) שכ' בטעם הסוברי' דאף בשכירות מטלטלים שייך לומר נשרפו חיטך בעליה משום דקיי"ל שוכר כשומר שכר אם כן אם יקנה השכירו' בכסף נעשה השוכר עליו מיד שו"ש משעה שנתן הכסף אף שלא משך והוא בביתו של משכיר הו"ל כחזר והפקידו אצלו והמשכיר אינו אלא כש"ח עליו אם כן אף אם ישרף יצטרך השוכר לשלם ולא יטריח המשכיר להציל דלא מיירי בדליקת אונס גמור יע"ש. ולענ"ד שלשה תשובות בדבר חדא דנראה אף להסוברים בסילוק רשות הבעלים בלבד עדיין לא חל החיוב שמירה רק דבעי קנין כמבואר (סי' ש"ז) אבל מ"מ אף בעשה

השומר משיכה לקנות ולהתחייב בשמירה כ"ז שלא סלקו הבעלים מרשותם לא חל על השומר החיוב שמירה. ועיין מח"א סוף הלכות שומרים דסתם שמירה הוי כשמסלקין הבעלים החפץ מרשותם לרשות הנפקד והכי איתא במכילתא וכוונתו על המכילתא שהביא (סי' א') לשמו' עד שיפקיד ויאמר שמור לי ואף דמסיק שם דהיכא דמוכח' מילתא דלשמירה נתכוין חייב מ"מ היינו בהוציא מרשותו. אבל בשוכר דעיקר חיובו בשמירה הוא רק מטעם כיון דבגוף החפץ משתמש ולהנאתו הוא אצלו שצריך לקחת לרשותו כדי להשתמש הוי כש"ש והתורה ירדה לסוף דעתו של אדם שרוצה להתחייב א"ע בגניבה ואבידה כמו שכ' תוס' כתובות (דף נ"ו) דכל החיובין של השומרי' הוא מטעם זה והיינו כשנסתלקו הבעלים מן החפץ אבל כל זמן שלא נסתלקו אף שנעשה קנין המועיל לשכירת החפץ מ"מ לא מצינו שהתורה חייבו בשמירה בשביל הקנין כ"ז שלא בא לרשותו ושע"ז ג"כ ירדה התורה לדעת ב"א שאף שעדיין לא סלקו הבעלים משמירתן יתרצה השוכר לחייב את עצמו בשמירה. אדרבא כנרא' דעת ב"א אינו לחייב א"ע בשמירה טרם שבא החפץ לידו. ואף די"ל אם מפרש ומתחייב מחויב הואיל דהיה קנין מ"מ סתם שוכר דלא קבל בפירוש לשמור רק ממילא מחייב בחיוב לא עדיף בחיובו יותר מסתם שומר דבעינן שיתן לו לשמור וכל זמן שלא נסתלקו הבעלים א"ע לא חל עליו עדיין החיוב שמירה דעיקר הקנין הי' בכסף שיהיה הדבר נקנה לו בשכירות אבל חיוב שמירה החל ממילא לא נתחייב בטרם שבא החפץ לידו. ולא מבעי כששכר הפרה על יום מחר בודאי דלא נעשה היום ש"ש ובזה י"ל דגם בעל המקנה מודה רק אף אם שכרה לקחת בכל עת שירצה השוכר מ"מ כל זמן שלא סלקו הבעלים שמירתן ל"נ השוכר ש"ש ואינו דומה לחזר והפקידו שם כבר בא לידו ונסתלקו הבעלים כמובן. ועיין במקנה אה"ע (סי' כ"ח ברמ"א ס"ג) שכ' שם בעצמו להקשות על רשב"א דסובר בהלוה על משכון ועדיין לא משך המלוה המשכון דל"ק והקשה דמנ"ל דל"ק בכסף כיון דלא שייך לומר נשרפו חיטך בעליה כיון דאין אחריות המשכון על המלוה בטרם שבא לידו אפילו למ"ד המלוה על המשכון שו"ש עיין שם הרי דסובר אף דכבר קנה המשכון מ"מ לא הוי שו"ש עד זמן שיסלקו הבעלים את עצמן משמירת החפץ וכמו שכתבתי:

שנית אף אם נודה לסברת המקנה דהוי כחזר והפקידו מ"מ ממילא הוי המשכיר גם כן כשו"ש דהא במשכון כשחזר המלוה והפקידו ללוה דמבואר (סי' ע"ב) דהלוה לא הוי רק שו"ח יש להבין הא הלוה יש לו היתר תשמיש בהמשכון ולמה ל"ה כשו"ש בשביל זה. וראיתי בתומים שם דעמד על זה והעלה דאיירי דוקא היכא דהמשכון אינו שוה רק כנגד החוב וכשישתמש יפחת המשכון יעיין שם. ועיין מה שכ' לעיל בדיני הלוואה

(סי' ס"ט) ואם כן בסתם מטלטלין כשהשכירן ועדיין לא לקח השוכר לביתו ונשאר ביד המשכיר בודאי אף שקנה השוכר בקנין המועיל להקנין פירות מ"מ כ"ז שנשאר ביד המשכיר יכול לשמש בו אם כן אף אם יהבינא לי' להמקנה סברתו דהשוכר נעשה מיד שו"ש מ"מ שוב המשכיר הוי גם כן כמו שו"ש הואיל דיש לו בו היתר תשמיש. ובאמת דדברי התומים שם (ס"ק ט"ו) יש להתבונן קצת דמ"מ יש רשות ללוה לשמש אף אם יפחות דמיו מ"מ יכול לשלם הפחת וצ"ל דכיון דאין לו רשות לפרוע לחצאין כמבואר (סי' ע"ד) בש"ע אם כן אם מפחת וישלם הפחת יכול המלוה לעכב ואם ישלם הכל בזה לא הוי ליה ללוה הנאה ולא נעשה בשביל זה שו"ש. וקצת דוחק לומר דהש"ע (סי' ע"ב) איירי דוקא כששוה המשכון רק כדי חובו וגם שעל ידי מה שישתמש הלוה יפחת דמי שוויו של המשכון. ובקושית התומים דנימא דהלוה הוי שו"ש י"ל קצת למה שכ' שם הקצוה"ח (סק"ח) לדין דהיכא דהמלוה מחזיר להלוה המשכון אסור המלוה לקבל שום דבר עבור זה דהוי כריבית ועיין שם בנתיבות דאף היכא דהמלוה קנה המשכון מדר"י אסור עכ"פ מדרבנן. ועיין תוס' ב"מ (דף ק"ד ע"ב) ד"ה אהני שהקשו שם כיון דאם לא כ' לו הלוה פטור מן הגירעון אם כן מצוה הוא שלא יקחנו והאיך הוא מותר על ידי הכתיבה ומה איסור יש בזה כיון דהלוה מחייב א"ע כשמחזירו על ימים רבים והתוס' בתירוץ הא כתבו דהלוה מקנה לו ואין עוד בידו בתורת השבת העבוט אלא בתורת שאלה ולמה להו לזה דמקנה לו הלוה. אלא ודאי כל זמן שנשאר ביד המלוה בתורת משכון כשמחזירו ללוה אם יש לו שום צד הנאה בזה הוי ריבית דרבנן עכ"פ וכמו שכ' הנתיבו'. ועדיין יש לעיין שם בדברי התוס' אכ"מ. ולפי זה יש לומ' בחזר והפקיד המלוה המשכון ללוה לא הוי כש"ש בשביל היתר תשמיש דהוי כריבית כמו שאסור לתת שום דבר להמלוה בשביל דמחזרו לו אף דלוקח רק בעבור קנינו מ"מ אסור מדרבנן כן נמי כיון דבאמת גוף החפץ של הלוה הוא ומשמש בשלו רק קנין שעבוד משכון יש להמלוה ואם יהיה שו"ש על גוף החפץ בעד השימוש אפשר דהוי כריבית. וכן נראה שם דעת הנתיבות במשה"כ (ס"ק ח"י). ולפי זה בשוכר פרה מחבירו על זמן אף דיש ביד השוכר לקחת הפרה מן המשכיר בכל זמן שרוצה מ"מ ודאי כ"ז שנשארה הפרה ביד המשכיר יכול לשמש בה אם כן הוי כשומר שכר בעד שכר שימוש ולא נוכל לחייבו להשוכר בגניבה ואבידה.

ואין להקשות על דברי התומים הנז' הא הש"ך (סי' ע"ב) כתב דנפ"מ בשומר שכר שחזר והפקידו ביד הבעלים דהבעלים הוי כשו"ח והשו"ש חייב בגניבה ואמאי הא מהראוי שהבעלים יהיה גם כן כשו"ש בשביל היתר תשמיש וכמו שכ' במשכון. זה אינו דהא שם הבעלים משתמשים בשלהם ואין להם שום תוספת הנאה במה שהפקיד השו"ש אצלו

בהחזרה דבכל עת וזמן שרוצה לשמש בשלו יכול לקבל בהחזרה מיד השומר מה שאין כן במשכון דמשמש תמיד בדבר שיש להמלוה קנין ושעבוד עליו ובשל חבירו משמש. וכן במשכיר אף דבשלו הוא משמש מ"מ נעשה שו"ש על זכות השוכר כיון דמשמש בהקנין שיש לשוכר בהחפץ:

ואין לומר דמ"מ ל"נ המשכיר כשומר כיון דלא עשה שום קנין לשמירה ולכמה פוסקים בעי שהשומר יעשה קנין אף לחיוב שמירה ולא מהני סילוק שמירה של הבעלים וכמבואר (סי' רצ"א) ז"א דאם כן אף בשומר חנם דגם כן בעי שיעשה קנין וכיצד יעשו הבעלים שוב כמו שומר חנם עכ"פ באם השומר שכר חזר והפקיד ביד הבעלים. אלא ודאי על כרחך צריך לומר דודאי אם מכניס הדבר לביתו וחצרו אין צריך עוד שום קנין כיון דהבעלי' סלקו שמירתן ונשאר ברשותם. וכל ענין קנין של שו"ח וש"ש הוא לא שיהיה להם קנין בגוף הדבר דהא כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא רק מטעם התחלת מלאכה דהוי קנין אצל פועלים וכמבואר בנמ"י פרק השואל משם הרמב"ן ועיקר התחלה הוא מכי משכן לרשותן ועיין קצוה"ח (סי' ש"ז) ואם כן אף דלא שייך קנין אצל הבעלים כיון ששלהן הוא מ"מ כיון שהכניסו תוך רשותן וביתן הוי התחלת מלאכה לשמירה ועיין מה שכ' אאזמ"ו ז"ל בספרו דברי משפט (סי' רצ"א) דמסופק דאפשר אף כשהכניס לחצר שאינו משתמרת גם כן הוי קנין עיין שם לתרץ קושית המח"א ולדברי הרמב"ן הנז' דבריו יתכוונו. ובמ"ש לא ידעתי מקום לקושית הקצוה"ח (סי' רצ"א סק"ה) דל"ל קרא למעוטי שטרות משומרין הא תפ"ל דבעי משיכה בשומרין ואלו בשטרות משיכה ל"ק עיין שם ובנתיבות מדחיק לתרץ ועדיין אף לפי תירוצו יקשה על הקדשות ל"ל מעוטי הא לא שייך קנין וכמו שכתבו תוס' בכורות (דף י"ג) דמשיכה לא שייך בהקדש דכל היכ' דאיתא ביה גזא דרחמנא איתא. ולמה שכתבתי אתי שפיר דאם הביא החפץ לביתו ודאי עדיף מקנין והוי התחלת מלאכה ממש ואם לא היינו ממעטינן לשטרות לפי שאינו גופו ממון ולהקדשות היה מתחייב בשמירה כהביא לביתו וז"פ. ועיין תשובת רשב"א בח"א (סי' ש"מ) מובא בש"מ ב"ק (סוף פרק ג') דהוכיח שם דהיכ' דעשה הלוה אפותקי מפורש לא הוי כשומר עליו ולכאורה איך שייך שיתחייב בשמירה כיון דלא שייך קנין ולמה שכ' אתי שפיר דמ"מ כיון שנשאר בביתו הוי התחלת מלאכה לשמירה ועיין מה שכ' בס' דברי חיים דיני נ"מ (סי' י"ד) לפלפל בדברי הרשב"א הנז'. ואם כן במשכיר נמי דכוותיה דמ"מ כיון דנשאר בביתו והוי כשו"ח וכמו שכ' המקנה מהראוי שיהיה כשו"ש בשביל היתר תשמיש וכמ"ש:

שלישית י"ל כיון דגם בעל המקנה מודה דהוי המשכיר עכ"פ כשומר חנם. אם כן ממילא לא נתחייב עדיין השוכר כשו"ש דהא לעולם המשכיר הוי כמו בעלים עמו בשעת שמירה והוי שמירה בבעלים וגם בדין הש"ע (דסי' ע"ב) בחזר והפקידו יש להבין איך יתחייב הלוה כדין שו"ח הא הוי כמו שמירה בבעלים כיון דהמלוה הוי כשו"ש. ועיין בנתיבות (סי' ש"ה ס"ק ג') שכתב ליישב על הא דשו"ש שמסר לבעלים דהשומר שכר חייב בגניבה והבעלים בפשיעה אף דהשו"ש עדיין חייב לשמור מגניבה כיון דמ"מ אין השומר שכר עמו במלאכתו שהרי אינו שומרו רק שחיוב הגוף מוטל עליו לענין גניבה. ועוד הא השומר אינו בעלים של החפץ ודמי להא דסי' (שמ"ו סי"ז) בהגהה עכ"ל והנה טעם השני אינו מובן דאינו דומה לדברי רמ"א (דסי' שמ"ו) שם כיון דהשואל כל הנאה שלו מתחייב באונסין על גוף הפרה ואף דהגזלן המשאיל היה עמו במלאכתו מ"מ כיון דאין הגוף הפרה שלו רק של הנגזל מתחייב באונסין להנגזל בעלים אמתים משא"כ בשומר שחזר והפקיד כיון דלענין גניבה נשאר החיוב שמירה של השו"ש וזה דנתחייב על שמירות פשיעה היא על חיובו של השו"ש ואם כן על זה הוי כבעלים אמתים עמו במלאכתו. גם מה שכ' כיון דאין עמו רק חיוב הגוף לענין גניבה מוטל עליו ל"ה כעמו במלאכתו מבואר בטו"ז (סוף סי' רצ"א) להיפך דסובר שו"ש שחזר והפקיד אצל הבעלים הוי כבעלים עמו כיון דנשאר על השומר החיוב שמירה מן גניבה ואבידה ואם כן אף אם נאמר כמו שכ' הש"ך (סי' ע"ב) דשומר שהפקיד אצל הבעלים לא הוי שמיר' בבעלי' מ"מ בשוכר מחבירו אף שעשה קנין המועיל כיון דעכ"פ המשכיר הוי כשו"ח הוי כבעלים עמו אצל השוכר ופטור מגו"א כיון דבשע' שנעשה השוכר שומר שכר נעשה הבעלים המשכיר שו"ח ומשועבד אל השוכר לשמור. ולפי זה אף אם נאבד בגו"א מ"מ השוכר פטור ועיין מח"א הלכות שומרים (סי' ל"ח) וע' בהעיטור במאמר שכירות דכ' דמסתברא דשכירות מטלטלין דאינו נקנה אלא במשיכ' ולא במעות משום גזירה שמא יאמרו נאבדו ולא טרח ומשמע קצת דהטעם לא משום דלא פלוג רק דיאמר נאבד ויהיה לו טו"ת ואף דלא יצטרך השוכר לשלם מ"מ יפסיד דמי שכירתו וצ"ע להבין דבריו הא עיקר הטעם משום דלא טרח ובכאן יהיה טורח להציל הגוף ולדברי המקנה יש פנים לדבריו אולם למה שכ' דהשוכר פטור קשה להבין דבריו:

סימן יג

הר"ן פ"א דקידושין הביא משם הר"ח באומר לאדם חשוב הילך מנה ויקנו לך נכסי דקונה אף מטלטלין דהאי הנאה מחשבא ככלי דיהיב הקונה למקנה וקונה בו בתורת חליפין. והקשה בקצוה"ח הא הנאה לא הוי ככלי ולא עדיף מפרי דלא עבדי חליפין.

וכ' בנתיבות דהר"ח סובר כר"ת דחליפין שוה בשוה קונה אף בפירות ואם מקנה בעד הנאה זו ואין צריך ליתן שום דמים יותר קונה כמו שכ' הר"ן וכ' דלא מצינו חולק עליו. ולא אדע דהא מוכח להדיא מדברי הר"ן דסובר דהנאה הוי ככלי אף לקנות בחליפין שאינו שוה בשוה כמו על ידי קנין סודר דהא הקשה לרב דסובר דוקא בכליו של קונה ולא מהני בשום פנים כליו של מקנה הא באדם חשוב הוי הנאה. ופלוגתא דרב ולוי הוא על קנין סודר שאינו חילופי שוה בשוה ואם כן מה הקשה הא הנאה לא הוי כלי ואינו עושה חליפין אלא ודאי דהר"ן סובר דהנאה חשוב ככלי. ומ"ש דלא מצינו חולק עליו תמהני הא להדיא מבואר ברשב"א קידושין דהרמב"ן חולק על זה וכ' איני רואה בשמועה זו זכר לכלי וחילופין אלא למעות וכסף שקונין באשה ובקרקע. והרשב"א כ' ולא ירדתי לסוף דעת רבינו בקושיא זו דאטו באשה ובקרקע הנאה זו כסף ממש היא הנאה יש כאן כסף אין כאן. אלא כדי לקיים כוונת המקנה ודעתו אנו רואין הנאתו כאלו יש לה ממש שיתקיים דעתו עליו והלכך לגבי אשה שהכסף קונה בה אנו רואין אותו כאלו הוא כסף קבלתן היא ומתקדשת בו ובמטלטלין שאין הכסף קונה בו כאלו הנאתו כלי וקבלו בחליפין עיין שם עכ"פ הרמב"ן חולק על הר"ח וכן מבואר שם בחידושי רמב"ן. וכמו כן בש"מ ב"מ (דף מ"ז) בלשון הריטב"א דהקשה קושית הר"ן על רב ולוי אמאי לא מהני לרב בכליו של מקנה באדם חשוב וכ' דפליגי בקרא ואין חילוק בין אדם חשוב ואינו חשוב משמע מדבריו דלעולם לא מהני. ואפשר באמת כוונתו דמטעם קנין סודר לא מהני אבל שוה בשוה מודה דמהני וכמו שכ' הנתיבות. וראיה דהא בריטב"א ב"מ(דף ט"ז) גבי חזר ולקחה מבעלים הראשונים כ' בההיא הנאה דלא אמר ליה ולא מידי הוי ליה כחליפין. אך שם מבואר דהוי כקנין סודר דאגב סודר מקני ליה עיין שם ועיין ריטב"א קידושין שם שנראה דחולק על הר"ח שכ' מתחילה דבאדם חשוב ומפרש שדי מכורה לך בהנאה שקבלת ממני חליפין אלו ודאי קנה וכ' עוד ותו דהתם בדין קנין חליפין איירי שקונה במטלטלין ואלו באדם חשוב ומפרש בההיא הנאה אין כאן קנין מתורת חליפין כלל אלא מתור' כסף ואינו קונה במטלטלין ובדין קנין כסף לא אייריגן התם עכ"ל משמע דאף בחלופי שוה בשוה אינו קונה במטלטלין:

וקושית הקצוה"ח כבר נתיישב מדברי רשב"א דהנאה עדיף וכמו שכדי לקיים כוונת המקנה ודעתו אנו רואין הנאתו כאלו יש לה ממש שיתקיים דעתו עליו ובמקום שכסף קונה אנו רואין כאלו הוא כסף וקבלתן כמו כן במקום שאין כסף קונה הוי כאלו הנאתן כלי וקבלו בחליפין. מה שאין כן היכא דמקבל פירי או מטבע בחליפין לא חשבינן הנאת הקבלה כלל רק שמקנה בעד מה שקבל ואלו אין עושין חליפין ועיין בדברי חיים דיני

מכירה (סי' ב') שכ' כעין זה והוסיף שם דבעי עכ"פ שיהיה נתינה דבר מה ולא הנאה בלבד והוספתי שם דברים בהגהותי ורמזתי על הירושלמי המובא ברשב"א קידושין (דף ס"ג) שכ' על מתניתין על מנת שאדבר עליך לשלטון ר' בא בשם רב והוא שיחדה לו סלע במגדול במה קדשה כההיא דתנינן תמן כל שנעשה דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו וכ' הרשב"א ובמה קנאה גרסינן כלומר אעפ"י שיחדה לו סלע עוד היא צריכה במה קנאה לסלע כדי שתתקדש לו בו ומתרץ כההיא דתנינן כלומר כיון שעשה שליחותה וזכתה היא בשכרה זכה הוא בסלע שהוא חליפיו וסובר דנעשה חליפין יעיין שם הרי מבואר דאף שלא הוי נתינ' כלל זוכה בשכרו על ידי פעולתו שעשה בשליחותיה בחליפיו מטעם קנין חליפין ע"כ. אולם אאמ"ו ז"ל שם שפיר הוכיח מש"ס דילן מס' ע"ז (דף ס"ג) דהיכא דאין כאן שום נתינה ל"מ:

ובמה שכ' הרשב"א הנז' בטעמא דר"ח מיושב מה שהקשה בס' שעה"מ הל' מכירה על הר"ן דכ' דרק באדם חשוב קני לענין ממונו כמו בקידושין הא הר"ן כ' שם ללוי דהנאה הוי בכל אדם לכך מהני מדין חליפין דלא בעי ש"פ אם כן לענין ממונא באומר הילך מנה ותקנה לך שדי ליקני מדין חליפין ומניין לנו לומר דרב פליג אדלוי בהא נמי היכא דמקבל מתנה גמורה דל"ח באדם שאינו חשוב לשום הנאה עיין שם ועיין קצוה"ח (ס"ק ד') ולדברי רשב"א אתי שפיר דדוקא בהנאה ש"פ מהני גם לרב דכמו דאנו רואין כאלו הוא כסף כן אנו רואין כאלו הוא כלי וקבלו בחליפין אבל במקום דאי אפשר לראות ככסף כן נמי לא הוי כלי ובודאי גם הר"ן מודה דרב ולוי לאו בסברא פליגי רק בדרשא דקרא אי בועז נתן לגואל או גואל נתן לבועז רק לרווחא דמלתא נקט ההוא טעמא וכמו שכ' הריטב"א קידושין שם לתרץ כן קושית ר"ן ובש"מ ב"מ הנז' דעיקרא דמלתא גזירת הכתוב הוא בין לרב בין ללוי רק דכל חד וחד יהיב טעמא קצת לקראי יעיין שם והר"ן הוסיף רק לתרץ מאי סברא וטעם יש ללוי באדם שאינו חשוב ומחשב הנאה לכך כתב דהנאה פמש"פ יש ומ"מ לרב לא נוכל למיחשב הנאה כזאת לכלי. וכן לרב אמאי לא ניחא ליה למימר ולהודות לסברת לוי עכ"פ באדם חשוב כ' לתרץ דשם עמלה"ח הוא אבל היכא דנותן במתנה גמורה חשוב הנאה אבל רק באדם חשוב אבל באינו אדם חשוב לא חשוב הנאה להיות במקום כלי ול"מ. ועיין שם עוד בשעה"מ דהניח בצ"ע לשיטת הרמב"ן הא ללוי קונין בכלי של מקנה מטעמא דמההיא הנאה דמקבל מני' ואפי' במטלטלין הרי דההיא הנאה חשיבה כחליפין עיין שם ולא קשה כלל דהא ללוי עיקר מגזה"כ הוא והא ראיה דהא בעינן דומי' דנעלו דקרא וממעט דבר שאינו מסוים רק דלוי יהב טעמא קצת לקרא וכמו שכ' הריטב"א אבל כלי בעינן גם כן ללוי ואם כן

מנ"ל דהנאת קבלת אדם חשוב לבד יעשה קנין ולרב אף אם נותן לא מהני מטעם חליפין דקונה בעי שיתן למקנה והנאת הקבלה סובר הרמב"ן ל"ה ככלי וז"פ:

ודע דמדברי הר"ח ורמב"ן ורשב"א ור"ן וריטב"א נלמד דאף דחז"ל במלתא דלא שכיח לא עקרו לקנין כסף ודמים קונים מ"מ לא נוכל לומר מדעתנו לדון במלתא דלא שכיח רק מה שמצינו להדיא דהא מי שיתן לחבירו כסף ויקנו לו עוד נכסים בהאי הנאה שמקבל ממנו הכסף אין מלתא דלא שכיח יותר מזה ואפי"ה מצד קנין כסף אינו קונה המטלטלין אם לא לד' הר"ח מצד דהנאה חשוב ככלי ועושה קנין חליפין ולדעת הרמב"ן לא הוי ככלי רק ככסף ואינו קונה וזה דלא כמו שכ' המח"א דיני קנין מעות (סי' ב') לדון דהיכא דקנה מטלטלין ואמר לי' המוכר תן הכסף לפלוני ויקנה המטלטלין לך אף דלדעת תוס' מה שנותן לאותו אחר על פיו הוי כאלו באו לידו ממש ולא הוי רק קנין כסף מ"מ אפשר דבזה קנה קנין גמור דכה"ג דהוי מילתא דלא שכיח לא גזרו בי' רבנן והדמים קונים. והא קמן דדעת הראשוני' הנז' לא כן הוא לדון במלתא דלא שכיח רק המבואר בש"ס. ומה שהביא שם המח"א ראיה מע"ז (ס"ג) והאמר רבא האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה נכסי לך קנה מדין ערב ומטלטלין הוי בכלל נכסי אינו ראיה דרבא אמר סתם דקנה כמו אלו נתן לו הכסף ממש אבל לא דעדיף יותר רק דקנה בקרקע קנין גמור ובמטלטלין לענין מי שפרע. ומה שכ' וגם ממאי דאמר ר"פ התם דההיא ברייתא דאמר להם צאו ואכלו ואני פורע חושש משום שביעית כו' דאיירי כגון שהקדים לו דינר משמע דכל שהקדים לו דינר כדי שיתן יין וכיוצא לפועליו מיד נקנה היין לבעל המעות לא אדע כוונת דבריו דמדינא ודאי לא קנה באם נותן מעות על יין דבזה לא שייך הנאת חליפין וגם לא הוי מלתא דלא שכיח. אלא ודאי דשם לאו מטעם קנין גמור הוא ועיין תוה"ב (בית ה' ש"ב) שכ' יש דברים שהן כאלו קנה ישראל מבואר מדבריו דאף בהקדים לו דינר מ"מ אינו קונה ממש. ועיין טו"ז יו"ד (סי' קל"ב סק"ח) היטב ובמה שכ' בהגהותי לדברי חיים ממר אמ"ו ז"ל דיני מכירה (סי' כ"ג). וראיתי בס' מוצל מאש ח"ב (סי' י"ו) שכתב לדעת ריטב"א דהה"ד אם א"ל הילך מנה ושדי מכורה לך דמהני באדם חשוב יש להסתפק אם גם במטלטלין דמעות קונות דבר תורה ובמקום שהעמידו דבריהם על דין תורה אם בכה"ג מהני וגם בכ"מ י"ל דלא הצריכו משיכה בכה"ג משום דלא שכיח והניח בצ"ע ולא אדע ודאי מד"ת מהני גם במטלטלין לקנות בהנאת קבלת אדם חשוב ולדעת הר"ח הוי כחליפין ולהחולקים מבואר דבתורת כסף ל"מ ולא נוכל לומר דלא שכיח רק מה דאמרו חז"ל בהדיא כמבואר מדברי הראשונים הנז':

ויש לדקדק בדברי רשב"א קידושין הנז' דכ' הנאה יש כאן כסף אין כאן הא מסברא ידענו דהיכא דמתרצה בשוה כסף הוי ככסף ממש וכמו שכ' הרשב"א ריש קידושין ומה ק"ל א"ו כוונתו דשוה כסף הוי ככסף מה ששוה לכל העולם והא ראי' דהא אין אשה מתקדשה בפחות מש"פ אף דלדידה ניחא לה ומתרצ' ואם כן אם מתרצית להתקדש בהנאה שמקבל ממנה האדם חשוב ליכא רק הנאה אבל כסף אין כאן דאינו שוה לכל העולם. ועל כרחך צ"ל כיון דמתרצית אנו רואין כאלו הוא כסף והנאה הזאת לא תשיג בלעדי ש"פ הוי כאלו קבלה כסף כמו כן הוי כאלו הנאתו כלי וקבלו בחליפין מה שאין כן במקנה בעד פרי מקנה בעד השוה כסף לכל העולם לא נוכל לחשוב ככלי. ומה"ט נראה דאם מוכר לחבירו מטלטלין בעד הנאת מחילת מלוה לא נוכל לומר דיקנה בתורת חליפין כיון דהנאה הזאת שוה לכל העולם ולא יצטרך לומר אנו רואין כאלו הוא כסף כיון דלכל העולם שוה הנאה הזאת של מחילת מלוה לשוה כסף מקנה בתורת כסף השוה ההנאה הזאת לכל העולם מה שאין כן בהנאת קבלת אדם חשוב אנו רואין הנאה כאלו הוא חשוב אצלו המתרצה ומבקש הנאה זאת לכך נוכל להחשיב גם ההנאה לכלי גם כן ועיין היטב ועיין ס' דברי משפט מאאזמ"ו ז"ל (סי' ר"ד) שכ' לדון דהנאת מחילת מלוה יהיה מהני לקנין גמור בתורת חליפין וכמו שכ' המח"א דאם אמר תן מנה לפלוני ותקנה המטלטלין דמהני וקונה בתורת חליפין. ולענ"ד י"ל כמו שכתבתי עפ"י ד' הרשב"א הנ"ל וראיה לזה מש"ס ב"מ (דף מ"ו) לר"נ דאמר פרי לא עבדי חליפין מאי כיצד ה"ק יש דמים שהן כחליפין כו' סבר לה כר"י דאמר ד"ת מ"ק מילתא דלא שכיחא לא גזרו הא שם כיון דעיקר הקנין הוא בהנאת מחילת מלוה וכמו שכתב הה"מ (פ"ז) ממכירה וכמו שכ' הרשב"א קידושין (דף כ"ח) ואם נחשיב להנאת מחילת מלוה דהוי ככלי ויכול להיות בתורת חליפין דהוי ככלי אם כן מצי לתרץ מתניתין כר"נ ולמה צריך לומר כר"י הא ר"ל אף דסובר משיכה קונה מודה בקנין חליפין ועיין שם בריטב"א דכ' דבהנאה דמחל החוב מקנה וכ' ולא נהיר' דאם כן היכי מייתי עלה מלתא דר"י דמעות קונות ואולי כוונתו שיועיל ההנאה להיות ככלי ושיקנה בחליפין ובש"ס קאמר מטעם דמעות קונות אלא ודאי דלא שייך חליפין בזה דדוקא בתן מנה לפלוני דצריכין אנו להעריך הנאה הזאת לשוה כסף לגביה דנין דהוי ככלי אבל הנאת מחילת מלוה דהוי הנאה השוה לכל העולם לא נוכל לחשוב הנאה הזאת לכלי ועיין במה שכ' אאזמ"ו הגאון זצ"ל (סי' ר"ד ס"ק א') לדון שם בדברי המח"א דהיכא דל"ה מלת' דלא שכיחא גם בחליפין שייך לגזור על נשרפו חיטיך ועפ"י דבריו יש קצת ליישב ראיה הזאת ומ"מ יקשה הא לר"נ אליבא דרל"ק יכול לאוקמי ומטעם דלא שכיח וקונה מטעם חליפין:

סימן יד

על קושית תלמידי הרשב"א דלמה צריך לתקן משיכה בסימטא ולמה לא מטעם ד"א י"ל דנ"מ שיועיל משיכה במקצת החפץ להכניסו לסימטא מרה"ר ועיין מה שכתב אאמ"ו ז"ל בספרו דיני מכירה (סי' ח') ולכאורה ממה שכ' הרב האי גאון בס' מו"מ (שער י"ג) להוכיח דמשיכה שקונין בה צריך שיוציא החפץ ממקומו כמו שכ' וימשכו את יוסף משמע כוונתו היינו דלא סגי עד שיוציא כל החפץ ועד שיבא ראש השני לסימט' לא קנה ועיין ספר רביד הזהב פ' וישלח על פסוק וימשכו. גם נ"מ אם קדם המוכר לבא לסימטא ועיין נתיבות (סי' ר' ס"ק נ"ד) וכן כ' להדיא הנ"י ב"מ לחד גירסא יע"ש:

ומ"ש הת"ר לנ"מ אם קדים הכלי יקשה מ"מ נימא דהמוכר אינו רוצה לזכות בהד"א כמו שמבואר מדברי נ"י ב"מ דמד"א גופיה יכול לסלק ולומר אי אפשי בתקנת חכמים וכן בגט אף אם קדם הבעל יהיה מועיל כיון דבודאי אינו רוצה לזכות בהד"א. וכבר ראיתי בס' פה"ב שהעיר בזה. וזה שנים רבות שהיה נלע"ד מחלוקת בין הראשונים באיזה אופן תקנו חז"ל קנין ד"א אם מצד חצר היינו שחז"ל נתנו כח וזכות שיזכה בהד"א מטעם הפקר ב"ד לזמן [ואף להסוברים דבעי שיעשה הזוכה קנין ואין כח בחז"ל לתת לזה וכמו שכ' בהגהותי בד"ח משם ש"מ ב"ב וישש גיטין מ"מ לשימוש בלבד מהני קנינו ע"י שימוש וכמו שכ' הקצוה"ח (סי' קפ"ט)] או מצד הפקר ב"ד על החפץ היה תקנת חז"ל שהחפץ המונח תוך ד"א יהיה קנויה לו להסוברים דהפקר ב"ד הפקר הוא אף להוציא מזה להכניסו לזה כמו שכ' רשב"א גיטין פרק השולח דמדברי רמב"ן גיטין פ' הזורק שכ' דלכך מהני בגט ד"א מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש משמע דסובר דתקנתם ז"ל היה שיזכה בהחפץ דאם היה התקנה שיזכה בהד"א היה מהני שוב הגט מדאורייתא כיון דכבר נקנה לה הד"א מתגרשת שפיר בתורת חצר כמו אם היתה קונה חצר שיהיה שלה מדרבנן וזרק לה בעלה גט לתוך חצרה דמתגרשת מדאורייתא כיון דלא נולד הדרבנן על הגירושין וקנין דחצר היה קודם לכן ומסתעף אחר כך ענין הגירושין כמו שכתבתי בזה בספרי ח"א דיני יו"ט (סי' כ"א) משם הנו"ב מה"ת אה"ע (סי' נ"ד) ויבואר עוד לקמן אי"ה אלא ודאי דסובר דלא תקנו חז"ל שתקנה הד"א לה רק שקונית מה שמונח בד"א [ובס' אבני מלואים (סי' למד) הקשה על דברי רמב"ן הא לדבריו הא דמהני בקידושין קנין ד"א ע"כ לא הוי רק קידושי דרבנן אם כן הא דתנן במתניתין פ' הזורק קרוב לה מגורשת מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת וקתני וכן לענין קידושין ומה נ"מ בין קרוב לה למע"מ כיון דבשניהם הוי רק מדבריהם ובכל קידושי דרבנן אם נתקדשה אחר כך לאחר תפסו בה קידושי שני וליכא נ"מ רק להצריכה גט מראשון מדרבנן ובמחצה

על מחצה נמי צריכה גט מדרבנן ולא קשה כלל דנ"מ אם קידשה אחר על ידי ד"א שלה והיה קרוב לה דאם קידושי הראשון היה קרוב לה אינה מקודשת לשני כיון דגם לשני לא הוי רק קידושין דרבנן וכבר חלו קדושי הראשון אבל אם קידושי הראשון הי' על ידי מע"מ שוב חלין גם כן קידושי שני אם הי' קרוב לה וזה פשוט]:

והר"ן כ' שם כיון דרבנן תקנו ד' אמות ואמרו שיהיה קונות הרי הקנום לו ועשאוהו כחצר והפקר ב"ד הפקר מבוא' דסובר באמת דחכמים תקנו רק שהד"א יהיה שלה ואחר כך קונה מדאורייתא אך יש להבין איך מהני בגט בעל כרחה על ידי ד"א הא האשה אינה רוצה לקנות בהד"א ואיך מצינו קנין בעל כרחו לגבי ממון. ואולי באמת מה"ט כ' הרמב"ן דמטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מהני בגט. ובאמת לענין קידושין י"ל מודה הרמב"ן דמהני מטעם חצר כיון דמדעתה מתקדשת רצתה לזכות בהד"א ושוב קונה לה הד"א בתורת חצר. מה שאין כן בגט דבעל כרחה מתגרשת על כן צריך לבא מטעם כל דמקדש. ולפי זה היה מקום לומר לכאורה להסוברים דהפקר ב"ד בעי קנין מדאורייתא הא דמהני ד"א בקידושין הוא דוקא באם מקדש לגדולה דבת קנין היא וקנתה הד"א בהשימוש אבל באם מקדש את הקטנה כשאמר לה אביה צאי וקבלי קידושיך אם זרק לה קידושין תוך ד"א שלה דלא מהני שתקנו רבנן לה קידושין רק בתורת ד"א ובכח חצרה שזיכו לה חז"ל מצד הפקר ב"ד ובקטנה דאינה בת קנין לא מהני אף דקתני במתניתין וכן לענין קידושין משמע דשוין לגמרי מ"מ הא ע"כ לדעת הרמב"ן אינם שוין דבגט מטעם כל דמקדש אתינן לה ובקידושין מטעם חצרה. ואפשר לומר דבקידושין בכה"ג בקטנה דלא זכתה רק מדרבנן גם כן מהני שיהיו קידושין דרבנן:

גם נ"מ למה שכ' במל"מ ה' גירושין משם הירושלמי להסתפק אם יכול לגרש על ידי חצר שליח דקבלה של האשה [וצד הס' י"ל למאי דמבואר בגיטין (דף כ"ט) כולהו מכח הבעל קאתו ואף אם מת השליח איתא לשליח השני אם כן חזינן דעיקר שליחות צריך שיהיה במקום המשלח הראשון י"ל דוקא היכא דהי' יכול המשלח לעשות לשליח השני שיהי' במקומו מהני ואף כשמינו השליח הראשון נעה שלוחו של הבעל דבר המשלח הראשון א"כ בחצרו של השליח לו יהיה דהוא שלוחו של השליח הא מ"מ לא הי' בכח המשלח למנות חצרו של פלוני לשלוחו כיון דלאו חצרו הוא לכך י"ל דלא מהני ועיין טור אה"ע (סי' ק"מ) ובב"י שם ובב"מ. ועיין מה שכ' לעיל דיני גב"ח (סי' ט' אות ד') בטעם הספק י"ל באם זרק לתוך ד"א של השליח אם מתורת חצר הוא גם כן לא מהני אבל אם הוא רק תקנת חכמים לגוף קנין המטלטלין המונח בד"א של אדם ומטעם כל דמקדש י"ל דמהני וי"ל דמ"מ לא עדיף מחצרו של שליח ממש וצ"ע בכ"ז:

ומדברי הנ"י ב"מ שכתב כיון דנפל גלי דעתו דהוא מטעם אי אפשי בתקנת חכמים נראה גם כן כמו שכתבתי דבתורת חצר הוא דהא צריך לומר למה לו לזה הא בפשיטות אף שזוכה בהד"א מ"א אם אינו רוצה לזכות על ידי חצרו ממש אינו קונה בע"כ. וע"כ צריך לומר דסובר אם כבר זכה כשבא לתוך הד"א ורצה עכ"פ לקנות ממילא זוכה לו חצרו וכן כתוב בתשובת רע"א ז"ל לכך צריך לומר דגלי אדעתיה דאי אפשי בתקנת חכמים לזכות בהד"א וכן מצאתי מבואר בתשובת מוהר"י אבן מיגאש ז"ל (סי' ק"ו) דכיון שגילה בדעתו דלא ניחא ליה דליקני ליה ד' אמות דידיה איגלאי מילתא דהני ד"א לאו חצרו הן כלל כדי שתקנה לו לפי שלא תקנו שד"א של אדם קונות לו בכ"מ אלא אם כן היתה כוונת אותו אדם שיהיו לו אותם ד"א כחצרו אבל אם אינו מתכוין לזה ואינו מתרצה בו הנה חזרו להיות ד"א הללו שאין לו בהם זכות כלל והם לגביה כמו שהם לגבי שאר בני אדם שאינם עומדים בהם ועל כן היה מה"ד שלא יקנו לו תדע שכן הגע עצמך אם היתה מציאה בחצרו ונפל עליה האם היינו אומרים שכיון שנפל גלי אדעתיה דלא ניחא ליה דתקנה לו החצר אין ספק שלא נאמר וחצרו קנתה לו עכ"פ והנפילה שנפל עליה הוא דבר נוסף עכ"ל. [ועיין שם בש"מ ב"מ דהקשה הא אף אם מד"ת הוי קנין אינו קונה בעל כרחו ועוד דהוי כעודר בנכסי הגר דל"ק. ולא קשה למה שכ' רש"י ביצה (דף מ') דר"נ דסובר מגביה מציאה לחבירו דלא קנה חבירו מ"מ קנה זה שהגביה והקשה תוס' איך יקנה בע"כ בלא כוונה וכ' הש"מ ב"מ סוגיא דהיה רוכב דל"ד לעודר בנכסי הגר דשם לא נתכוין לזכות כלל אבל במגביה מציאה עכ"פ נתכוין לזכות רק בעד חבירו וכיון שאין חבירו קונה זכה בו המגביה עיין שם ואם כן בזה מכ"ש מה התם שלא נתכוין לקנו' בעד עצמו מ"מ אמרינן כיון דעכ"פ נתכוין להוציא מרשות הפקר אף דחבירו לא זכה קונה הוא מ"מ מכ"ש היכא דעכ"פ התכוין לקנות לעצמו רק על ידי קנין שאינו מועיל שפיר קונה בקנין המועיל] אך יקשה כיון דהגילוי דעת הוא שלא יקנה בהד"א למה צריך האחר להחזיק בה יקנה האחר בהד"א שעומד בהם כיון שזה שנפל גלי דעתיה שאינו רוצה לקנות בהד"א ולמה קתני במשנה ובא אחר והחזיק בה והארכתי בזה לדון כיון דרק על ידי הנפילה היה הגילוי דעת תליא אם הוכיח סופו על תחילתו או דתליא בברירא והארכתי בזה דרך פלפול ליישב דברי הרמב"ם דפסק דברה"ר לא תקנו ד"א וגם הסברא כיון דנפל גלי דעתיה ולפי שהוא דרך רחוק לא כתבתי:

סימן טו

בענין קנין שקונה מדרבנן שיש בזה מבוכה גדולה בין הפוסקים אם מהני לענין הנוגע מן התורה כתבתי בזה בעזה"י בכמה מקומות בהגהותי לספר דברי חיים לאאמ"ו ז"ל בפרט

בדיני קידושין שם (סי' ח') ובשאר מקומו'. ובספרי א"ב ח"ר ובפרט בדיני יו"ט (סי' כ"א אות ח' ט' י') בכמה פרטים והערות רבות ושם הבאתי דברי הנו"ב מהד"ת אה"ע (סי' נ"ד) דדוקא היכא דפגעו ביחד הקנין דרבנן לענין דאוריית' כמו במקדשה במלוה על פה דאחרים במעמד ג' בזה כיון דבא הקנין ביחד עם הקידושין כיון דלא קנתה רק מדרבנן אינה מקודשת מן התורה אבל אם כבר קנה המקדש מקודם לכן הדבר שמקדשה בו אף דלא הוי רק קנין דרבנן כיון שהוא שלו מהני לקידושי תורה ופקפקתי שם ע"ז וכתבתי לבאר הדברי' ע"נ דהיכא דהחסרון בעצם הקנין מה"ת לא מהני מן התורה מה שאין כן בדבר שאין כאן חסרון מצד הקנין מן התורה ובעצם הדבר הוא קנין מועיל כמו משיכה וכדומה זה מהני אף לד"ת והעליתי שם ליישב הכל ע"נ בעזה"י. ולחלק בין קטן הקונה ומקנה מדרבנן דהחסרון בעצם הקנין מן התורה מצד קטנותו שאין לו דעת לבין קנין שעשאו חז"ל לקנין דבזה י"ל דגם הרמב"ם מודה ע"ש בדברים נכונים:

ובזה מובן הא דכתבו תוס' ב"ק (דף י"ב) גבי קנין אגב דהוי מדרבנן וקרא דערים מצורות אסמכתא בעלמא הוא ולכך אין מטלטלין נקנין עם עבדים דלמילי דרבנן עבדי כמטלטלין וקשה לכאורה מי הכריחו לומר דכל קנין אגב אסמכתא הוא דלמא כח קנין אגב הוא כמו משיכה וכמו דלר"י משיכה הוי קנין המועיל לגבי מתנה רק לגבי מכר לא מהני וכנז' ואתו חז"ל ותקנו גם לגבי מכר כן נמי קנין אגב הנאמר בקרא לא נאמר רק לגבי מתנה מדכתיב ויתן להם אביהם ערים מצורות כו' וזה מהני באמת מדין תורה רק לגבי מכר ליכא סמיכת דעת של המוכר ואינו גמר ומקנה רק בכסף. אך נראה דהכריחו זאת מקושית הש"ס שם שני בריתות אהדדי מכר לו עבדים ומטלטלין החזיק בעבדים לא קנה מטלטלין והתניא החזיק בעבדים קנה מטלטלין ואי ס"ד דקנין אגב הוי קנין דאורייתא לגבי מתנה אתי שפיר דהא דקתני דלא קנה קתני להדיא במכר לו עבדים ומטלטלין דבזה אינו קונה באגב מדין תורה דלא עדיף מן משיכה ורק מדרבנן קונה באגב ולגבי מילי דרבנן עבדי כמטלטלין דמי ולכך הוי כקונה אגב מטלטלין. והא דתניא קנה מטלטלין איירי במתנה דשם הוי אגב קנין דאורייתא ולגבי מילי דאורייתא עבדי' כקרקע דמי א"ו מוכרח לומר דכל קנין אגב לא הוי רק דרבנן אף לגבי מתנה. אולם מ"מ יקשה על הש"ס מה פריך:

אכן למה שכתבתי אתי שפיר דכיון דקתני לגבי מכר דמהני קנין אגב קרקע רק על ידי עבדים לא מהני ע"כ דכל קנין אגב הוי רק מדרבנן דאי הוי במתנה קנין דאורייתא רק לגבי מכר דלא מהני מדאורייתא ע"כ דאין הריעותא בגוף הקנין רק כיון דלא נתן מעות לא סמך דעת המוכר ולא גמר להקנו' וכיון שתקנו שיהיה מהני גם לגבי מכר כמו דמהני

משיכה ונסתלק הריעותא מן סמיכת דעת של המוכר וכיון שגמר ומקנה שוב הוי אגב קנין דאורייתא גם לגבי מכר ולא שייך לומר דלענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלין כיון דנקנה על ידי עבדים בקנין אגב במתנה ממילא גם במכר הוי מילי דאורייתא דעבדי כקרקע ולמה לא יהני גם במכר כיון דמהני על ידי קרקע גם במכר הטעם דתקנו שיהי' קנין וגומר ומקנה הוי כמילי דאורייתא שיהיה לעבדים דין קרק'. אלא ודאי על כרחך צריך לומר דכל עצם קנין אגב לאו קנין דאורייתא הוא רק מדרבנן וכל קרא אסמכתא בעלמא הוא והוי רק לענין מילי דרבנן ולא נקנו מטלטלין אגב עבדים. וראיתי בס' קה"י ממהרי"ט אלגזי שמדחיק א"ע בד"ת שיסברו דקנין אגב לגבי מכר הוי קנין דרבנן ועל זה כ' דקרא אסמכתא אבל לגבי מתנה הוי קנין דאורייתא כמו משיכה ולענ"ד הברור כמו שכ' והא דהכריחו לומר דתוס' יסברו דלגבי מתנה הוי קנין אגב מד"ת מהא דכתבו תוס' ב"ק (דף ק"ד) בהא דפ' הזהב גבי היה עומד בגורן דפריך וליקני ליה אגב ארע' ולמה לא מהני מטעם הודאת בעל דין דאית ליה ארעא משום דמדאורייתא בעינן דאית ליה ארעא דאי לית ארעא לא הוי קרוין מעותיו מדאורייתא שיכול לפדות בהן עיין שם ועל כרחך דסברו דקנין אגב מדאורייתא דאם לא כן לא הוי מעותיו מדאורייתא לפדות. וכן הקשה בס' שעה"מ ובקצוה"ח (סי' קצ"ד) אולם נראה דמתוס' אינו ראיה דקנין דרבנן לא מהני מדאורייתא די"ל דסברו גם כן כיון דהוי ממון שלו מדרבנן מדאורייתא נעשה שלו ויכול לפדות בהן ולחלל הפירות של מעשר שני או מטעם שכ' הנו"ב כיון דכבר קנה מקודם דאתינן לדון על דין דאורייתא אינו דומה למקדש במלוה על פה במעמד ג' או מטעם שכ' המח"א דהיכא דבא ליד אחר נקנה לו בכח שינוי רשות וממילא אם הודה בהמעות הנקנה לו מדרבנן חל על המעות קדושת מעשר עכ"פ מדרבנן ונשתנה מרשות הדיוט לרשות גבוה ועיין שם בש"מ דאתיא אליבא דר"מ דמעשר שני ממון גבוה הוא אם כן ההקדש קונה מדאורייתא על ידי שינוי רשות. והתוס' בב"ק שם הקשו רק על הא דמשני דלית לי' ארעא דיודה דאית ליה ארעא ע"ז כתבו שפיר כיון דאם באמת לית לי' ארעא לא קנה המעות וכיון דכלפי שמיא גליא דלית לי' ארעא אף אם באו לב"ד דנין הב"ד על ידי הודאתו שהודה שיש לו ארע' והקנה לו ועי"ז נקנו המעות בקנין אגב היינו משום דלב"ד הודאת בע"ד מהני לדון על זה ונאמר דהיה לו ארעא וכיון דגמר והקנה לו הקרקע קנה באגב המטלטלין. אבל אם באמת לא הוי לו קרקע ולא הי' חל כלל שום קנין מקרקע ממילא לא נגרר המטלטלין אחר הקרקע וזהו כוונת תוס' דאי ל"ל ארעא לא הוו קרוין מעותיו מדאורייתא שיכול לפדות בהן דאף דהב"ד דנין בזה להוציא ממון מ"מ בטרם שהוציא לא הוי ממון שלו דכיון דהוי דבר שבינו לבין קונו ואם באמת

לית ליה קרקע לא הוי דבר שיגרור קנין אגב. מה שאין כן היכא דבאמת יש לו קרקע ומקנה המעות על ידי הקרקע בקנין אגב אף דלא הוי רק קנין דרבנן י"ל דיכול לפדות בהן אף מד"ת או מטעם דהפקר ב"ד מהני אף לדאורייתא או מטעם ש"ר כמו שכ' לעיל והא דבאמת לא הקשו התוס' בב"ק דליקנינהו המעות שבביתו על ידי קנין הודאה וכמו שהקשו תוס' בב"מ י"ל דשם אזלו לסברת דל"מ הודאה או בעדים וכמו שכתב הריטב"א ב"מ שם ובמהר"ם לובלין גיטין (דף צ"ג) ובקצוה"ח (סי' מ') או כמו שכתב הריטב"א שם משם רבינו משה כהן כמו שהבאתי דבריהם לעיל דיני הלוואה (סי' ט"ז):

ובמ"ש בכוונת תוס' ב"ק דאין הכוונה דקנין דרבנן לא מהני רק כיון דאין לו קרקע לא מהני י"ל דהסוברי' דקנין דרבנן לא מהני לגבי דאורייתא אף אם קנה מקודם מ"מ אתי שפיר קושית הגמרא דפריך וליקנינהו באגב והיינו דסוברים כמו שכ' הת"ש בס' בכור שור מס' פסחים דלא מהני הערמה בדאורייתא רק בהא דתנן מערימין על מעשר שני איירי במעשר דרבנן עיין שם ולדבריו הך מתניתין דהיה עומד בגורן איירי גם כן במעשר דרבנן אם כן שפיר מהני קנין דרבנן לכ"ע והא דכתבו תוס' דאודיתא לגבי קרקע לא מהני כוונתם כמו שכ' דלאו דוקא משום דאודיתא דרבנן הוא רק כיון דבקושטא אין לו קרקע לא מקנו המעות באגב:

ובספר ד"ח שם כתבתי להוכיח מדברי רמב"ם (פ"ז הט"ו) מתרומות שכ' חשו"ק שקנו להם עבדים אינן אוכלין אבל אם קנו להם ב"ד או אפוטרופס או שנפלו להם בירושה הרי אלו אוכלים וכתבתי דאף דבדעת אחרת מקנה הקטן זוכה מד"ת מ"מ כיון דיכול לחזור כשיגדל לכך אינו אוכל דדלמא יחזור הקטן כשיגדל ויתבטל המכר למפרע. והקשיתי דבהגיעו לעונ' הפעוטו' דמקחן מקח במטלטלין ועבדים לענין זה כמטלטלין למילי דרבנן כמבואר מדברי רש"י גיטין (דף מ' ע"ב) וכיון דמקחן מקח למה לא יאכלו בתרומה וכתבתי דמזה מוכח דקנין דרבנן לא מהני לענין דאורייתא והקשיתי דלדעת רמב"ם דתרומה אינו נוהג מדאורייתא בירושה שניה למה בפעוטות לא יאכלו ודוחק לומר דהרמב"ם לא איירי בקטן שהגיע לעונת הפעוטות עיין שם ובאמת אף בדוחק אי אפשר לומר כן דהא בחרש תקנו חכמים גם כן שיהיה מקחו מקח במטלטלין ואם כן בחרש שקנה עבדי' למה לא יאכלו ועתה זכיתי שמצאתי בס' קה"י (דף י"ב) שעמד עכ"ז והאריך בזה וכ' להוכיח מזה דקנין דרבנן לא מהני לדאוריית' לכך אינו אוכל ובקנו על ידי אפוטרופס סובר הרמב"ם דאפוטרופס מהני מדאורייתא אולם לא הרגיש דעכ"פ בתרומה שמדרבנן הי' מהראוי שיאכלו. וגם כ' הא דל"מ על ידי דעת אחרת מקנה כמו בקטן שקנה קרקע הוא מטעם כיון דיכול לחזור הוי ספק לכך אינו אוכל בו דדלמא יחזור

כשיגדל ויתבטל למפרע והוי עבד זר שאכל תרומה ושמחתי שכוונתי לכל דבריו כמעט מאז. אולם לכאורה עדיין קשה כיון דעבדים למילי דרבנן כמטלטלין דמו ומהני הקנין של החרש וקטן שהגיע לעה"פ ואף אם יגדל אינו יכול שוב לחזור עכ"פ מדרבנן ולא יחזיר לו המוכר הדמים אם כן כיון דמהני הקנאתו של המוכר מטעם זכיה והקטן זוכה מדאוריית" בדע"א מקנה והוי זכות גמור להקטן שיזכה מדאורייתא כדי שיאכל העבד בתרומה דזיל יותר מחולין כיון דלעולם אף כשיגדל לא יהיה יכול לחזור אחר תקנת חכמים דמקחן מקח במטלטלין ולא יתחייב המוכר להחזיר לו המעות שקבל ממנו לענין מה יחזור מהמכירה כדי שיתבטל הקנין מדאורייתא כיון דלא יתבטל עכ"פ מתקנת רבנן דמקחן מקח אנן סהדי דהוי זכות גמור וחשוב ממש לענין זה כמתנה שמועיל הקנין מדאורייתא ולמה לא יאכלו בתרומ' ועיין רשב"א קידושין (דף כ"ג) דזכות גמור דליכא צד חוב עלה ע"ד לומר דאף בעומד וצווח שאינו רוצה לא מהני ואף דחזר מזה ועיין מ"ש המח"א הלכות זכיה ומתנה (סי' ו') ומה שכ' בזה בהגהותי בד"ח דיני קידושין (סי' ך') וזה דוקא בעומד וצוח דאינו רוצה לא מהני בעל כרחו אף שהוא זכות גמור בלי שום צד חוב אבל בקטן שיש לו דעת והגיע לעונת הפעוטות כיון דצווח דרוצה בקנין ובזכיה שע"י ד"א מקנה מחזקינן בודאי שלא יבטל אחר כך הקנין דאורייתא כיון דלעולם לא יתבטל המכירה עכ"פ מדרבנן. וצריך לומר דהא הרמב"ם לא כתב אם יתנו להם אחרי' דיאכלו בתרומה ואמאי דוקא בנפלו להם בירושה הא בדעת אחרת מקנה קטן שהגיע לצרור וזרקו אגוז ונטלו זוכה לעצמו מן התורה. וכן בחרש זוכה גם כן לעצמו בדעת אחרת מקנה וע"כ כיון דאם הגדיל הקטן וחוזר מזכייתו מהני החזרה דאין חבין לאדם אלא בפניו לכך אין עבדים אוכלין בתרומה דלאו קנין כספו המיוחד לו הוא כיון דהברירה עדיין בזה הקטן כשיגדל שיאמר שחוב הוא לו ואינו רוצה לזכות בהעבד ובפרט במתנ' דהוי צד חוב דכתיב שונא מתנות יחיה וכיון דיכול הקנין להתבטל על ידי דעתו ורצונו לא הוי כספו המיוחד לו שיאכיל אותו בתרומה ולפי זה גם במכר דאף דתקנו רבנן דמהני הקנין למטלטלין בהגיע לעונת הפעוטות וכן בחרש מ"מ אם הגדיל הקטן או נתפקח החרש ובשגם אחרי שהגיע לדעת גדול אינם רוצים בזכיין שזיכה להן המוכר על ידי ד"א מקנה מ"מ זה דברים הנוגעים בלב ודעת אדם ואם יתחרטו על מעשיהם ממילא נתבטל הקנין דאורייתא של דעת אחרת מקנה ואף דהמוכר לא יצטרך להחזיר הדמי קנין אחר שתקנו חז"ל שמקחן וממכרן יהיה מקח וממכר וממילא הוי שלו ממש היינו רק מדרבנן אבל מדאורייתא לאו קנין כספו הוא אם מתחרט בלב על מעשיו שעשה בקטנותו ולכך סובר הרמב"ם דאינו אוכל בתרומה דחיישינן על כל הצדדים שיוכל להתבטל הקנין דאורייתא

רק עד שיהיה קנין כספו בבירור מבלי שום סבך ספק. ולכך לא כתב הרמב"ם רק בנפלו להן בירושה דבזה אין בכח היורש לבטל ירושתו דאינו יכול לומר יורש דאורייתא אינו יורש ואינו נוטל רק בכור לבד כמבואר בטור (סי' רע"ח) דמתנה קריא רחמנא אבל לא יורש ולכן כיון שלא יש לנו שום צד ספק בזכייתו אוכלין בתרומה ולא באופן אחר דבעינן קנין כספו המיוחד לו בבירור. ואף דעכ"פ מקחן מקח מדרבנן ולמה אינו אוכל להסוברים דמה דזכה מדרבנן מהני מדין תורה יש לומר דאף דתקנו רבנן דמקחן מקח משום כדי חייהם מ"מ כמו דמבואר מדברי רש"י גיטין (דף מ') שכ' אפוטרופס מוקמינן לעיין בתקנתו לשומו בדמים מעולים הרי אף לדעת רש"י דעבדי כמטלטלין למילי דרבנן הוא דוקא לענין שיהני ממכרו אבל לשומו בדמים צריך על ידי אפוטרופס כמו כן יש לומר אף דיכול לקנות עבדי' מ"מ כיון שהוא דבר הצריך שומא צריך להיות השומא על ידי אפוטרופס לכך כ' בתוספתא דאין עבדים אוכלין בתרומה רק אם קנו להן ב"ד או אפוטרופ' ועדיין צ"ע בזה כי ל"מ שמטלטלין הצריכין שומא לא יהי' ביד חרש וקטן שהגיע לעונת הפעוטות לקנותן בלא אפוטרופס:

עוד ראיתי במח"א דיני משיכה שהקשה מהא דב"מ (צ"ט) דא' ר' אמי השואל קרדום מחבירו של הקדש הרי זה מעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה הרי אף דהשואל ל"ק אלא מדרבנן כדאמרינן תקנו משיכה בשומרין ומ"מ קנה לגמרי ובתוס' ב"ק (ע"ט) כתבו דר"א ס"ל משיכה קונה מן התורה אבל הרמב"ם דפוסק בהלכות שכירות דמשיכה בשומרים א"ק אלא מדרבנן ואף עפ"כ כ' (פ"ו) ממעילה כר"א דמותר לבקע בו לכתחילה עיין שם ולא קשה כיון דעכ"פ מדרבנן קנה ויצא מרשות הקדש הקנין לשמש בו וזה המשאיל נהנה בזה שמשאיל לחבירו כמבוא' מדברי הרמב"ם פירוש המשניות מס' מעילה דבכל מקום שמוציא מרשות הקדש אינו מועיל עד שיהנה והא דנתנו לחבירו מעל דכבר נהנה בנתינתו לחבירו עיין שם ועיין מה שכתבתי בספרי ח"ר דיני פסח (סי' כ"ב) וכבר כתבו המחברים דאף לדעת ר"י דסובר במקדש במע"פ במע"ג לא הוי רק קדושי דרבנן זה דוקא אם מקד' בכסף אבל אם מקדש בהנאת קנין דרבנן ודאי מקודשת מדאוריית' דמה שקנתה מדרבנן לא גרע משאר הנאות כמו שחוק לפני רקוד לפני ועיין בס' א"מ (סי' כ"ח) ובד"ח דיני קידושין (סי' ז') וה"נ לענין מעילה עכ"פ נהנה המשאיל על ידי הקנין דרבנן שקנה השואל ומדרבנן קנה השואל לכך מותר לבקע בו ועיין ש"מ ב"מ שם משם הריטב"א דמטעם הפקר ב"ד הוא. ולכאורה יש להבין הא אין הפקר לחצאין וכמו שכ' בירושלמי מס' גיטין במפר' מהיום ולאחר ל' דאי אפשר שיהיה גופה מופקר מהיום ושיור בפירות כמבואר בפ' מי שאחזו ברשב"א אם כן כאן נמי כיון דלא הוי

הפקר רק לענין שימוש וצריך לומר כמו דמצינו דיש כח לחז"ל לעשות הפקר אף דלא הוי הפקר לכל וכמבואר בירושלמי מס' פאה (פ' ה') כן נמי אף לענין שימוש ובלא"ה כבר כתבתי במ"א להוכיח דמהני אף לענין שימוש בלבד הפקר ומגוף שמיטה מוכח דאפקרה רחמנא לשדהו ללכת ללקוט הפירות כמבואר מס' נדרים פרק השותפין הרי דמהני הפקר אף לשימוש בלבד:

שוב הקשה המח"א שם אמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחיל' הא באיסורא לא תקינו ליה רבנן שיקנ' במשיכה כמו דאמרינן ב"מ (דף צ"ו) גבי בעל בנכסי אשתו מי מעל נמעלו ב"ד כי עבדו רבנן תקנתא בהתירא באיסורא לא עבדו ליה רבנן תקנתא. והא דקאמר נמעל בעל בהתירא נ"ל כו' ואמאי לא קאמר דלא תקנו רבנן דלזכו בנכסי אשתו כבר נדחקו התוס' שם בזה. ולענ"ד ודאי אחרי שתקנו רבנן דמשיכה יהיה קנין לא גרע מסטימת' דקונה מטעם מנהג והוי קנין המועיל ואף דעבד איסור' לא נפקע הקנין על ידי זה כיון דהמנהג הוא לקנות במשיכה רק זה דוקא היכא דעושה מעשה קנין מהני בכ"מ ולכך בשואל קרדו'כיון דהמנהג הוא לקנות במשיכה גם במקום איסור קונה רק בבעל בנכסי אשתו כיון דהבעל אינו עושה שום מעשה קנין וגם האשה לא הקנת' לו שום דבר רק בכח ב"ד ותקנתם שהבעל יזכה בפירות נ"מ של האשה בזה כתבו תוס' דלא תקנו לו חכמי' לקנות באיסור כיון דהקנין יבא ממילא על ידי הנשואין שיזכה בכח תקנתן של הב"ד ואף מנהג ואסטימתא ליכא רק ממילא בא. מה שאין כן אחרי שהיה תקנת חז"ל שיקנה במשיכה בזה אף דאתרמי במקום איסור קונה ג"כ ואף דמבואר בריטב"א קידושין (דמ"ז) דמשיכה לשימוש לא הוי מועיל שום קנין כיון שאינו קונה הגוף הוי כמו אותיות ולא מצינו קנין סטימתא באותיות ועיין נתיבות (סי' ר"א) מ"מ כיון דחז"ל עשאו לקנין משיכה שיהיה קנין המועיל אף לשמוש לא גרע מסטימתא ומהני אף באם איתרמי במקום איסור ואינו דומה למה שכ' הר"ן בתשובה דלא תקנו חז"ל בפעוטות דמ"מ וממכרן ממכר רק בהתירא ולא באיסורא כמבואר ברמ"א (סי' רל"ה) דשם קטן לאו בר הקנאה הוא רק משום כדי חייו תקנו שיהני בזה לא תקנו במקום איסור כיון דאין בכחו להקנות רק בכח תקנתן אבל היכא דהחסרון הוא מצד מעשה הקנין לא גרע מסטימתא דמהני ולא פלוג רבנן.

ועיין רמב"ם (פ"ט מזכיה) דשכיב מרע המצוה לתת לנכרי מנכסיו הוי כמצווה לעשות איסור מנכסיו ואין שומעין לו. ובמל"מ שם העיר ממס' בבא בתרא בנכסי לך ואחריך לפלוני דאסור לכתחילה להראשון למכור ואם מכר מה שעשה עשוי ואמרינן שם ומודה רשב"ג דאם נתנם במתנת שכ"מ ל"ק מ"ט מתנת שכ"מ אינו אלא לאחר מיתה וכבר

קדמו האחרים ותפ"ל דמתנת שכ"מ אינו אלא מדרבנן והיכא דעבד איסורא לא תיקון עיין שם עוד בדבריו ובשה"מ שם כ' להקשות עוד ממתנת שכ"מ שכתב כל נכסיו לבנו בין הבנים או לבת בין הבנות דכ' הרמב"ם (פ"ו) מנחלות דמתנתו מתנה הא אמרו הכותב כל נכסיו לאחרים אין רוח חכמים נוחה הימנו ואיסורא נמי איכא ובירושלמי אמרו על זה ותהי עונותיו על עצמותיו עיין שם שכתב דוקא במקום איסורא דאורייתא כמו בנותן מתנה לנכרי לא תקון אבל באיסורא דרבנן הם אמרו והם אמרו. ועוד יש להעיר דמהראוי שיגבה בעל חוב ממטלטלין שנתן במתנות שכ"מ דאין עבירה גדולה מזה להזיק שעבודא של חבירו שאחרים יקחו הנכסי' אחר מיתת הלוה והמלוים הנושים בו ילכו בפחי נפש ובאמת מחלוקת הפוסקים בזה כמבואר אה"ע (סי' צ"ג). לכך נראה דודאי כל מה שתקנו חכמים שהמעשה או דיבור יהיה קנין אז אף אם איתרמי במקום איסורא קיים הקנין רק בשכ"מ שצוה לתת להגוי הא בלאו הכי מצינו בב"ק פ' הגוזל דתקנתא לגוי לא עבדינן בפרט ליגרע כח הישראל ואם כן נגד נכרי לא תקנו חז"ל שיהיה דברי שכ"מ ככתובין ומסורין ועיין נתיבות (סי' ס"ו ס"ק ל"ה) דהיכא דלא מהני בדיניהם לא מהני בנכרי על פי תקנת חז"ל דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן [ובודאי אמירתו של שכ"מ ל"מ בדיניהן ולכך לא מהני] רק דהיה ס"ד דהא דעבדו חז"ל לדברי שכ"מ ככתובין ומסורין הוא מטעם תקנת השכ"מ שלא תטרוף דעתו אם כן היה מהראוי לקיים דבריו אף אם צוה לתת לגוי כדי שלא תטרוף דעתו דישראל לכך כ' הרמב"ם דהוי כמו שצוה לעשות עבירה מנכסיו דאין שומעין לו ולא חיישינן במקום איסור לטריפת דעתו ושוב לא נשאר רק לקיים דבריו שיהיה כקנין המועיל אף במקום איסורא דלא פלוג חז"ל בתקנתן ובזה אמרינן שוב דתקנתא לגוי לא עבדינן אבל בשאר ענינים נגד ישראל חבירו בזה אמרינן דברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי אף במקום איסורא דלא פלוג חז"ל בתקנתן רק בפעוטות כיון דהריעותא הוא מצד דעת המקנה דאין לו דעת להקנות בזה חידש הר"ן דלא מהני במקום איסורא כיון דהחסרון מצד דעת המקנה ובמקום דעושה שלא בדעת למיעב' איסור ואין כאן כדי חייו לא תקנו וכן היכא דהקנין הוא ממילא כמו בעל בנכסי אשתו דאינו עושה שום מעשה קנין רק שבא לזכות בנכסי אשתו בכח תקנתן של ב"ד בזה במקום איסורא לא תקנו וז"פ וברור. [שוב ראיתי בנתיבות (סי' רל"ה ס"ק ב') שכ' כן בפשיטות לחלק דרק בקטן שהקנין לא מהני רק משום כדי חייו לא תקנו שיחי' עצמו בדבר איסור אבל בגדול מהני קנין דרבנן אף במקום איסור ומה"ט יש לפקפק במה שכ' לעיל דיני גב"ח (סי' ל"ב) לדון שלא יועיל קנין מעמד ג' במקום איסור אך י"ל דשם ג"כ הי' רק מטעם תקה"ש וי"ל דבמקום איסור לא תקנו]:

ובמ"ש בדברי רמב"ם דלכך בשכ"מ שמצוה לתת לגוי אין שומעין דהוא מטעם דתקנה לנכרי לא עבדינן הי' נראה דאם מצוה לתת למומר דאעפ"י שחטא ישראל הוא שומעין לו דלא פלוג חז"ל בתקנתן ועיין כנה"ג חו"מ (סי' רנ"ו אות ז') שכ' משם מהר"א גליקו ז"ל דמהני לגבי מומר וכ' כנה"ג הטעם דלא כ' הרמב"ם אלא לעכו"ם גמור אבל מומר נותנין לו דיש תקנה אולי יחזור ליהדות עיין שם ולמה שכ' אתי שפיר בפשיטות דלא מצינו רק לנכרי לא עבדו תקנתא אבל לא נגד מומר וצ"ע בזה ואכ"מ להאריך:

אמנם נראה בזה אף דתקנתא לעכו"ם לא עבדינן מ"מ מה שתקנו לקנין המועיל בין אדם לחבירו זה ודאי אף בעכו"ם מהני כאשר מבואר מדברי רבינו ירוחם המובא בקצוה"ח (סוף סי' קכ"ג) דמהני בקנין אגב להקנות לעכו"ם ודלא כמו שכ' התומים שם [ואף דהר"י כ' זה לענין הפקעת קדושת בכור להקנות אוזן העובר בקנין אגב והר"י סובר דקנין דרבנן לא מהני לעניני דאורייתא צריך לומר דוקא במקדש במלוה על פה דלא שייך קנין המועיל רק על ידי מעמד ג' ומדרבנן בזה לא מהני מדאורייתא אבל דבר דבר קנין הוא כיון דתקנו חז"ל לקנין אגב לקנין המועיל מהני אף להפקיע איסור דאורייתא או כיון דהקנה לעכו"ם בקנין אגב דרבנן בטרם שבאנו לדין ופגענו באיסור דאורייתא נעשה של העכו"ם ומועיל שלא יחול קדושת בכור כשיולד וכמו שהבאתי לעיל סברא הזאת משם הנו"ב לחלק אבל הרבינו ירוחם לא יחלוק על הרא"ש רבו דמבואר בדבריו מס' ב"ק (דף י"ב) דקנין אגב לא הוי רק קנין דרבנן] הרי מבואר דקנין דרבנן מהני אף לנכרי וכן מבואר מדברי רשב"א בתוה"ב (בית ה' שער שני) דקנין אגב מהני לעכו"ם לקנות מישראל עיין שם אף דסובר גם כן בחידושיו לב"ק שם דקנין אגב לא הוי רק קנין דרבנן. ותמהני על הקצוה"ח דכ' (סי' קצ"ד) דמשיג על אמונות שמואל דכ' לענין מכירת בהמה להפקיע מבכורה להקנות בקנין אגב הא לדעת ר"י לא מהני ואיך לא זכר דברי עצמו של רבינו ירוחם אשר הביא לעיל דמהני. וגם מה שכ' דלדעת הע"ש והסמ"ע (סי' ס"ו) דאם מכירת שטרות מדרבנן עכו"ם אינו קונה בתקנת' דרבנן עיין שם. ולפנינו דעת ר"י ורשב"א דקונה.

והא דמביא (סי' ס"ו) ראי' מש"ס דב"ק (דף צ"ו) תקנתא לעכו"ם לא עבדינן נראה לחלק דשם אין הנגזל מקנה השבח גזילה להנכרי רק מפני תקנת השבים ראו חז"ל להקל על השבים שלא יצטרכו להחזיר לכך אם מכרו לנכרי מוציאין מן הנכרי דבאופן זה לא תקנו שהנכרי יזכה ודומה למריש הגזול שבנאו בבירה דאם בא להשיב אינו חייב להחזיר בעינא רק מסלקו בדמים ואז זכה בו אבל אם נסתר הבנין ממילא חייב להחזיר בעינא כן נמי בזה אף אם היה בא הנגזל להוציא מן הגזלן היה זוכה בשבח מפני תקנת השבים

מ"מ אם מכרו לנכרי בטרם שהשיב ובא הנגזל להוציא מן הנכרי בזה לא תקנו תקנה לנכרי. וביותר דהא אף מן הדין אם היה הגזלן חפץ לצאת ידי שמים ולהחזיר אף השבח ודאי תבא עליו ברכה דחז"ל לא הקנו לו רק להקל על השבים ולכך כשבאנו להוציא מן הנכרי מוציאין אבל מה דתקנו רבנן לקנין המועיל אזי מהני אף לגבי עכו"ם מישראל כיון דיש דעת אחרת מקנה וזה גומר להקנו' וזה לקנות ואינו חסר רק מעשה קנין מה שתקנו חז"ל למעשה קנין המועיל יד ישראל ועכו"ם שווין בזה. וראיה דהא ודאי אם ישראל קנה מחבירו דבר בקנין דרבנן ומכר אחר כך לעכו"ם ודאי דאין מוציאין ובשבח גזילה אינו כן אלא ודאי דרק שם כיון דליכא דעת מקנה רק הפקעת זכות ישראל לגבי הגזלן מפני תקנת השבים בזה לא עשינו תקנתא לעכו"ם ואף הסוברים דאם מכירת שטרות דרבנן לא תקנו שיהני מכירה לעכו"ם יש לומר דוקא במכירת שטרות דבעצם לאו בתור' קנין המה וליכא שום דבר שיהני הקנין מדאורייתא רק רבנן תקנו שיועיל קנין וגם השאירו בשביל זה זכות לגבי המוכר שיכול למחול וכיון דהריעותא הוא מצד דבר הנקנה בזה לא הוי רק תקנה ולא תיקנו לעכו"ם. וכן במתנות שכ"מ דמקנה על לאחר מיתה בשעה שהריעותא מצד המקנה או בשביל שאינו בחייו או משום דכבר יצאו הנכסים מרשותו ובחזקת יורשיו המה ולאו ממון דידיה הוא וכמו שכ' רש"י גיטין (דף ט' ע"ב) דחייל רשו' יורשין ורק מתקנת חז"ל תקנו שיהיה דבריו ככתובין ומסורין בזה לא תקנו לעכו"ם וכמו שכתבתי בביאור דברי הרמב"ם. אבל היכא דהדבר הנקנה היא בר קנין וגם הקונה והמקנה בני קנין המה רק הריעותא במעשה הקנין בזה מהני אף לגבי עכו"ם שיקנה וכמו שמבואר מדברי רבינו ירוחם ודברי רשב"א:

ואם מהני קנין אסטימתא להפקיע מקדושת בכור היכא דמכר לנכרי. להסוברים דקנין דרבנן לא מהני להפקיע איסור דאורייתא ודאי דלא מהני דסטימתא לא עדיף מיתר קניני דרבנן ולאו דאורייתא הוא וכן כ' הנתיבות (סי' ר"א) בפשיטות דלא הוי רק קנין דרבנן ומצאתי לו תנא דמסייע רבינו הרמ"א בתשובה (סי' פ"ז) שכתב כן להדיא דלא הוי רק קנין דרבנן ודלא כמו שכ' בס' ח"ס יו"ד (סי' שי"ד) לחלוק על הנתיבות מסברא דנפשיה וסובר דכל שהנהיגו הסוחרים הוי ליה כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים מן התורה ול"ד לקניני דרבנן הנעשה בעל כרחו ומטעם הפקר ב"ד עיין שם ואילו ראה דברי הרמ"א בתשוב' ודאי לא היה חולק לנו השוים ולא יהיה כהנית כפונדקית כל תקנת חז"ל קיימנו וקבלנו עלינו לאשר ולקיים ולדעת הרמב"ם ז"ל נתחייבנו מן התור' מדכתיב לא תסור וככל אשר יורוך ואף לרמב"ן החולק מ"מ התורה נתנה רשות וישראל כשרים מקיימים טובים דודיך מיין חביבין דברי סופרים ובכל קניני דרבנן כופין עליהן ואף נחתינן לנכסי

עיין מה שהבאתי בהגהותי לדברי חיים דיני קידושין (סי' ח') משם תשובת רדב"ז ואף נעשה מנהג קבוע על ידי תקנתם ובכ"ז לא מהני לענין דאורייתא מכ"ש מנהג שהנהיגו הסוחרים מעצמן לעשות שאינו זוכה כזוכה דלא עדיף מקנין שהתקינו חז"ל ואף הנהיגו כך. ומה שכ' הח"ס שמבואר בתשובת המיוחסת (סי' רכ"ה) דסוגיא דבכורות דבדיניהם שקבעו להם תורה איירי באתרא דלא נהיגי במשיכה אבל היכי דנהיגי במשיכה פוטר מבכורה מטעם סעימתא. המעיין בדברי המיוחסת יראה שאינו ראיה דהא כתב שם דלר"י לעמיתך בכסף ולנכרי במשיכה ישראל הנותן מעות לנכרי בבהמתו פטורה דהא לא משך ואפילו נהגו לקנות בכסף ונכרי משקל מסתלק ליה מ"מ ברשותי' דישראל לא קאי להתחייב בבכורה שהוא דאורייתא אבל ודאי לחייב הנכרי לתת להישראל בהמה זו שקנה ממנו חיובי מחייבינן ליה בב"ד דכדיניהם דייניו ליה עיין שם והיינו דשם איירי רק במה שנהגו ביניהם דאשמועינן הרמב"ן דמחייבינן לי' לנכרי ומזכינן לי' לישראל כמנהגיהם ואעפ"כ הישראל לא זכה עדיין להתחייב בבכורה דלא אזלינן ע"פ מנהגיהם להחמיר על הישראל רק כייפינן להם לקיים מנהגיהם אף נגד ישראל כמו דנהגו נגד חבריהם אבל מ"מ עד שיעשה הישראל מעשה קנין לא קנה. אבל שיהיה מועיל מנהג להפקיע מחיוב בכורה אינו מבואר מדברי רמב"ן שם רק חידש דישראל אינו מחויב לקיים מנהגיהן שנהגו ביניהם רק לזכותו דיינין להו על פי מנהגיהן ואעפ"כ עדיין ל"ק להתחייב בבכורה עיש"ה. וראיתי בס' קרמ"ר ח"ב הלכות מכירה שכ' לפרש דברי התשובות רמב"ן באופן אחר וכנראה פירושו זר והמעיין בדבריו שם יבחר. גם י"ל אף אם מהני מצד המנהג קנין מיד אינו ישראל דמועיל ביותר מאשר יהני לנכרי מישראל או מישראל לגבי ישראל חבירו ויש בזה להאריך וקצרתי:

סימן טז

כבר הבאתי לעיל דדעת רמב"ן דקנין אגב הוי קנין דאורייתא וכ"כ ריטב"א קידושין משם מורו ועיין נמוקי יוסף ב"ק (דף י"ב) ובש"ך (סי' שס"ג). וכן כ' הרב המביט בספר קרית ספר הלכות מכירה (פ"ב) וז"ל ואפשר דהלכתא גמירי לה ואסמכוה אקרא כדאמרינן בעלמא עכ"ל ועיין בדברי חיים שהכריח אאמ"ו ז"ל שם בדעת רמב"ם דסובר דלר"י אף במתנה אינו קונה משיכה וכדעת רמב"ן וריטב"א. ואם נאמר דסובר דאגב הוי קנין דאוריית' יש ליישב קושית הלח"מ(פ"ג הי"ג) ממכירה דלמה לא כתב הרמב"ם שם במקנה בהמה וכלים שע"ג דלא קנה והיה לו לפסוק ככל תיקו דגמרא דאי תפס לא מפקינן מניה וכמו שכתב לעיל גבי הקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר דל"ק ואם תפס מהני והיינו הואיל דהוי בעי' בש"ס ולא איפשיט'. ולהנז' י"ל להמבואר מדברי המ"מ

בכמה מקומות דהיכא דהוי ס' בתקנת' דרבנן מוקמינן על דאורייתא וכ"ז שלא ידענו בבירור כח תקנתן של דרבנן הדרינן לדינא ואף תפיסה לא מהני בספק בתקנה כן נמי בקנין משיכה כיון דמד"ת רק מעות קונות ואף במתנה לא נקנה על ידי משיכה רק או על ידי רשות או אגב אם כן במשך בהמה לקנות כלים דהוי ספק להש"ס אם הוי משיכה המועיל לקנין בכה"ג או לא הדרינן לדין תורה ומד"ת לא הוי משיכה כלל קנין ולכך א"ק ולא מהני תפיסה אבל גבי קנין אגב דהוי קנין המועיל מדין תורה וכמו שכ' המבי"ט דהלכתא גמירי לה ואסמכוה אקרא ולכך כל הספק לנו בקנין זה הוי כמו שאר ספיקות בבעי' דלא איפשיט' ומהני תפיסה ועיין במל"מ (פי"ט) מהלכות מלוה ובתשובת פמ"א (סי' י"ב):

והנה דעת רש"י גיטין ר"פ הזורק נראה גם כן קצת דקנין אגב הוי מדין תורה דכ' בהך עובדא דשכ"מ דכתב גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתביה ולמחר תקף ליה עלמא דאמר רבא ליקני' ניהלה להההוא דוכתא דיתיב ביה גיטא ותיזל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה ופירש"י דקא יהיב לה חצר וגיטה בתוכו ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות משמע דקנין אגב הוי מדאורייתא להתגרש דמהני לגבי גט ודוחק לומר דמהני מטעם כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כמו דמהני קנין ד' אמות וכמו שכ' הראשונים מדלא מצינו מבואר זאת בש"ס. ומה שהקשה שם הר"ן ורשב"א דאם איתא דנקנה גט באגב למה הקפיד רבא דליקניה נהליה להאי דוכתא דיתיב ביה גיטא הא אגב לא בעי צבורין ואפילו דוכתי אחרינא נמי אע"כ דרבא מתורת חצר קאמר עיין שם. נראה ליישב דהא גם כן צריך להבין לדברי רש"י דמטעם אגב קנתה הגט מה פריך שם רב עיליש לרבא מה שקנתה אשה קנה בעלה הא זה דוקא אם היתה מתגרשת בתורת חצר שפיר לא יצא מרשות בעלה כיון דאף דנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות מ"מ כיון דאם מכרה ונתנה אינו קיים חשיב כאלו הוי רשות דבעל וכמו שכ' תוס' שם משם ר"ת או כיון דאיירי בשאלה דלא אלימא כמו מתנה וכמו שכ' תוס' שם אבל אם מתגרשת בתורת קנין אגב מה איכפת לן אם הבעל אוכל פירות הא אם מקנה בשכירות קרקע ואגבן מטלטלין קנה גם כן ואף אם הבעל אוכל פירות מן המתנה או דלא מהני המכירה היינו שיש לבעל פירות מנכסי אשתו אבל הגוף שלה הוא וכיון דקרן הדבר שמקנה לה הוי שלה קנתה הגט בקנין אגב ומה פריך רב עילש. וצריך לומר דהא התוס' הקשו שם למה לא הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע וכתבו כיון שבא הגט מרשות הבעל לרשותה הוי כאלו נתנו לה ופירשו המפרשים כיון דחצר הוי כמו יד דבעל אף שהאשה עשתה הקנין בקרקע מהני כיון דמה שנעשה חצר

של האשה הוי כאילו חצר ויד דבעל נותן לחצר ויד דאשה עיין שם בתו"ג. ולפי זה כמו כן לרש"י גם כן יקשה כיצד תתגרש בקנין אגב הא כיון שהאשה עשתה הקנין הוי כמו עלי גיטך מעל גבי קרקע דלא מהני וצריך ג"כ לומר כיון דהוי רשות של הבעל במקום שהגט מונח או דמונח ברשותו או דאיירי שהיה הגט מונח אצל השליח וכמו שכ' שם הר"ן ועל ידי שעשת' חזקה בהדוכתא דיתיב ביה גיטה וזכתה בהרשות הוי כבא מרשו' דבעל או שלוחו דבעל לרשותה ולא הוי טלי גיטך מעל גבי קרקע ולכך פריך רב עיליש מה שקנתה אשה קנה בעלה ולא הוי רשות של האשה ואף דקנתה גוף הגט על ידי קנין אגב מ"מ כיון דהרשות לא הוי שלה רק של בעל הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע. ולפי זה אתי שפיר קושית הר"ן ורשב"א דלכך אמר רבא להההיא דוכתא כיון דהיה סובר דלא הוי רשות של הבעל מה שקנתה אשתו או כמו דאגלאי מילתא דארוסה הוי לכך מגורשת ולא הוי כטלי גיטך מעג"ק כיון דבא מרשות הבעל לרשות האשה אבל אם היה מקנה לה מקום אחר אף דאגב לא בעי צבורין וקנתה הגט מ"מ אינה מתגרשת בזה דהוי טלי גיטך מעג"ק כיון דלא בא לרשותה מרשות הבעל ואף דקנת' על ידי קרקע שתחזיק להגט המונח במ"א מ"מ לא קרינן ביה ונתן בידה כיון שנעשה רק על ידי קנין של האשה וזה נכון לענ"ד:

מדברי הר"ן דכתב שם דהגט היה בבית של השליח דבעל ורבא אמר לשליח דלקני להאשה מקום הגט הי' נרא' קצת להוכיח דשליח המקנה קרקע שלו ומטלטלין של המשלח ע"י קרקע שלו קונה בקנין מטלטלין אג"ק וכן כתוב בס' מקור חיים (סי' תמ"ח) דלא בעינן דוקא אגב קרקע של בעל הממון ולכאורה תלי' במ"ש במקום אחר לחקור אם השליח נעשה יד המשלח היינו שמסר כחו וידו להמשלח י"ל דלא מהני מה שהשליח מקנה קרקע שלו אבל אם כח המשלח נמסר להשליח שפיר מהני. והארכתי בזה במ"א ולעיל דיני גב"ח (סי' כ"ט) וראיתי בח"ס או"ח (סי' קי"ו) שגמגם מתחילה על דין זה מצד הסברא דיד שליח כיד של בעה"ב אבל מטלטלין של המשלח אינם שייכים להשליח עיין שם ולמ"ש הסברא נכונה כמו שמצינו בגט לדעת הפר"ח אה"ע (סי' ק"כ) דהשליח נעשה כמו הבעל ויכול לכתוב על נייר שלו ועיין לעיל שם. וה"נ דכוותי' כיון דכח המשלח נמסר להשליח יכול להקנות על ידי קרקע שלו וכמו שמצינו דיכול להקנות קרקע לאחד ומטלטלין לאחר והיינו דאזלינן בתר גמר דעת המקנה והואיל וגמר ומקנה הקרקע מקנה גם המטלטלין כן נמי בשליח הואיל דגמר ומקנה קרקע שלו מקנה גם כן המטלטלין שהשליטו המשלח להקנות ואף דשם הוא ספק אם מהני קרקע לאחד ומטלטלין לאחר היינו משום דיש שני קונים אבל בקונה אחד לא יש ספק בדבר. ומה

שכ' הח"ס שם להביא ראיה מש"ס ב"ב (דף מ"ד) דלית ליה ארעא מעולם וניחוש דלמא שלוחו לוה לעצמו ושיעבד להמלוה קרקעו ואגב נמי מטלטלין של משלחו ולוה בעדו מהמלוה וכמו שהקשה רמב"ן בקרקע שאולה והש"מ במתנה על מנת להחזיר וכ' עוד די"ל דסמך אשינוי קמא דקנה ומכר לאלתר ואי משום דאקני כיון לכשיקנה הפו"ט כבר נסתלק השליח משליחותו שוב אינם נקנים הפו"ט למפרע אגב קרקע של השליח שכבר נסתלק ליה עיין שם ולא אדע למה הא להסוברים דדאקני מהני למפרע ואינו יכול לחזור דמההיא שעתא חייל שעבודא ועיי"ש ברמב"ן ה"נ כיון דזה קנה הקרקע של השליח ומשעבד לו המטלטלין של המשלח באגב מהאי שעתא חייל שעבודא של המטלטלין. ברם י"ל דאינו יכול לעשות שליח לשעבד לחבירו דאקני דהוי כמו מילי דלא מימסרן לשליח להסוברים אף בשליח ראשון ועוד י"ל כמו שכ' הרמב"ן דאין חוששין על זה דידעו ורגילו בהדיה טפי אילו הוי ליה אופן להקנות הוי ידעו ונכלל בכלל דלא הוי ליה ארעא מעולם היינו להקנות על ידי קנין מטלטלי אגב מקרקע:

יותר מזה ראיתי בס' המקנה קידושין שיצא לדון בדבר חדש דאף בשני מקנים המקנים לאחד זה קרקע וזה מטלטלין קונה למטלטלין בקנין מטאגמ"ק אף שאינו קונה מבעל המטלטלין שום דבר מ"מ אם מקנה בקנין של קרקע של האחר המקנה מהני ג"כ ומכ"ש בשליח שיכול להקנות. ועיין חידושי ריטב"א גיטין (דף נ"ט) בהא דהפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין דוקא כשהוא מקנ' במשיכ' או בהגבהה אבל באגב לא דהא לאו בר אקנויי קרקע הוא ולכאורה אם נאמר כדעת המקנה דאף בשני מקנים האחד קרקע והשני מטלטלין מהני אגב קנין קרקע של האחד שיקנה מן האחר המטלטלין אם כן אף דקטן לאו בר אקנויי מקרקע הוא מ"מ אם האחר מקנה הקרקע יהיה הוא יכול להקנו' המטלטלין ואולי יש לומר כיון דהוא גופו לאו בר אקנויי מקרקע הוא אין נגרר אחריו מה שהאחר מקנה הקרקע. ובקצוה"ח (סי' ער"ה) כתב בפשיטות מסברא דלא מהני בכה"ג ודלא כמקנה ומ"מ בשליח י"ל דמודה:

וראיתי בתוספת של רבינו עק"א ז"ל מס' מע"ש שהתפלא על המהרי"ט והפה"ב דסוברים דאף דקרקע בשכירות ומטלטלין במסירה נקנה אגב קרקע זה דוקא אם היה הקרקע של המקנה בקנין גמור ולא אם הוא רק מושכר להמקנה ותמה הא להמבואר בש"ס דמעשה דר"ג וזקנים שהיו באין בספינה ואמר עשור כו' ומקומו מושכר לו איירי דהקנה בקנין מטאגמ"ק אם כן בסיפא דחזר ר"י ואמר לראב"ע מושכר לו הרי שאגב קרקע שהיה לו לר"י רק בשכירות הקנה לראב"ע מטלטלין ע"ש. ולדעת המקנה י"ל דמה דאמר ר"י עישור כו' נתון לראב"ע ומקומו מושכר לו יש לומר דר"ג השכיר גם כן המקום לראב"ע

ואגב זה הקנה ר"י לו המטלטלין או אף אם נאמר דלא כדעת המקנה י"ל דר"י השכיר לו לראב"ע בשליחותו של ר"ג ואגב שכירת קרקע הזאת הקנה לו ר"י מטלטלין שלו דזה מהני כמו שכ'. ולשיטת המקנה ודאי יש להעיר ביותר מסוגיא דפו"ט הנז' דדלמא הקנה לו אחר קרקע ואגב זה שיעבד לו זה שמעיד המטלטלין וצריך לומר דשם לענין שיעבוד עיקר הדבר תליא בקול שיגבה מן הלקוחות וזה דוקא אם זה שמשעבד לו המטלטלין משעבד או מקנה לו הקרקע מפקי העדים לקלא מהנעשה בפניהם אבל לא כשזה מקנה לו קרקע וחבירו משעבד המטלטלין ודוחק. שוב מצאתי בס' דברי אמת (קונטרס ז') אריכות גדול ע"ד המרי"ט הנז' דקרקע השכור' לו אם משכיר לאחר אינו קונה מטלטלין על ידי זה ותמה גם כן מסיפא דמתניתין וכ' מעין שכתבתי ושמחתי ועיין קצוה"ח (סי' שי"ג) שלמד בדברי מהרי"ט בפשיטת דדעתו דקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה לא מהני ותמה מרישא דמתניתין והברור בכוונ' מהרי"ט כמו שכ' בספר דברי אמת והגרע"א ז"ל גם מצאתי בס' עין זוכר מהרב חיד"א ז"ל (בדף ח"י ע"ב) שהביא מס' חידושין לקידושין לא' מן הראשונים שלא נודע למי שסובר גם כן כדעת המרי"ט וכ' דמסיפא דמתניתין אינו ראי' דשאני הכא שלא הוצרך ר"י להקנות לראב"ע אלא טובת הנאה ועיין ס' קה"י שהביא גם כן דברי חידושין הללו וכ' דאף אם טובת הנאת ממון מ"מ כיון דגוף הממון ממש אינו שלו קלישׁ קניינו ונקנה אף על ידי קרקע המושכר לו אבל להקנות גוף ממון שלו על ידי שכירות קרקע המושכר אצלו כיון דלא מהני להקנות גוף הקרקע לגמרי ואינו בידו לא מהני להקנות לגמרי המטלטלין ולא עדיפי מטלטלי ממקרקע גופיה עיין שם. ומעתה שפיר התעורר הגאון בעל פה"ב ז"ל בקנין מכירת חמץ הנהוג על ידי קמטאגמ"ק דלא מהני בקרק' המושכר לו וכדעתו סוברים כן כמה גדולים וראוי לחוש לצאת ידי כולם ולהקנות בקנין המועיל לכל הפוסקים:

סימן יז

אם קונה דבר הפקר בקנין אגב האריך בזה בקצוה"ח (סי' ער"ה) דאם היו המטלטלין צבורין בתוך הקרקע של הפקר שהחזיק בו קונה המטלטלין ובנתיבות שם (סי' ר"ב) העלה דאינו קונה דקרא דנלמד מיניה אגב במתנה כתיב דהוי דעת מקנה ומניין לנו בהפקר. ולכאורה י"ל דתליא במחלוקת הנז' אם אגב הוי קנין דאורייתא אז י"ל דאין חילוק לבין אם דעת אחרת מקנה או לא דכיון דמן התורה הוי זה קנין המועיל להוציא מרשות הבעלים ולהכניס לרשות הזוכה אדרבא מצינו דלגבי הפקר דלא הוי רק הכנסת רשות לא צריך קנין אלים כ"כ דאיכא מ"ד הבטה בהפקר קונה כמבואר סוף ב"מ ואף לגבי הפקר של בעלים ואליבא דר"י דסובר דאין צריך לחזור ולזכות בו ועד דאתי לרשות

זוכה לא הוי הפקר ומ"מ היה ס"ד דהבטה בהפקר קונה וגם בדבר דלא שייך דעת אחרת מקנה כגון בנכסי גר דלכ"ע לא הוי כדעת אחרת מקנה רק הפקר ממילא היה ס"ד דהבטה בהפקר מהני חזינן דלקנות מן ההפקר לא צריך קנין חזק רק קנין קלוש סגי וממילא כיון דהמטלטלין המה צבורין על הקרקע שמחזיק בה קונה גם כן המטלטלין ובמהרי"ט בחידושיו לקידושין הקשה בהא דלמד הש"ס קנין חזקה בקרקע מקרא דוירשתם אותה דלמא הפק' שאני דהבטה בהפקר קונה עיין שם ובודאי כוונתו דהא איכא מ"ד דהבטה קונה הרי דלקנות מן ההפקר די בקנין קלוש והא דמכר לו עשר שדות בעשר מדינות דצריך דוקא דעת אחרת מקנ' ובשל הפקר לא מהני היינו משום דלא סמך דעתו כל זמן שלא עשה חזקה בגוף השדה אף דסדנא דארעא חד הוא מ"מ לא סמך דעתו ובמכר כשנתן דמים ומשתעבדי כולה סומך דעתו כמבואר מדברי רשב"ם ב"ב (דף נ"ד ודף ס"ז). ואף להסוברים דבמתנ' לא קנה כמבואר ברמ"א (סי' קצ"ב) מ"מ אם אמר לו קני מהני וגם במכר בלא נתן דמים אם אמר לו בפירוש קני קנין גמור השאר בחזקה זו קנה כמבואר בחידושי רשב"א קידושין (דף כ"ז) [ודבריו היה בהעלם עין הבדולח בעל המקנה שם דפשיטא ליה דקני לא מהני עיין שם] והכל מטעם דבדעת אחרת מקנה סמכה דעתו מה שאין כן בהפקר דיכול אחר לחזוק בהשדות אחרות לכך ל"ק אבל באגב וצבורין י"ל דקונה אף מן ההפקר ובפרט למה שכ' המבי"ט הבאתי לעיל דקנין אגב הלכתא גמירי לה ואסמכוה אקרא אם כן אינו ראיה מן הקרא לחלק בין דעא"מ או לא כיון דסומך דעתו לקנות. אבל להסוברים דקנין אגב לא הוי רק מדרבנן י"ל דלא תקנו רק בדעת אחרת מקנה כיון דלא מצינו בהדיא דקונה ולא יהי' אלא ספק בתקנת חז"ל מוקמינן אדינא כנ"ל:

ומה שהביא הקצוה"ח ראיה מדברי רשב"א ב"ק דכ' כל מי שהחזיק בקרקע יכול להוציא השטר מידו דהמחזיק בקרקע קנה השטר בכ"מ שהוא דשטרא אפסרא דארעא הרי דקונה באגב מן ההפקר ושטרא אפסרא דארעא עדיף ואין צריך לומר קני עיין שם ובנתיבות כ' דשטרא עדיף דהוי כמחובר לקרקע ונקנה עם הקרקע. אולם לכאורה הא הרשב"א מס' קידושין שם הניח בס' בהא דאמרינן שם כיון שהחזיק בקרקע נקנה שטר בכ"מ שהוא אם צריך דוקא שיאמר לו מוכר קני לך שטרא אגב קרקע או כיון דשטרא אפסרא דארעא עדיף והניח בצ"ע ובכ"מ במחזיק בנכסי גר פשיטא ליה דקונה השטר בכ"מ שהוא הרי דכיון דאין צריך להוציא מרשות אחרים רק להכניס עדיף וקל קניינו ביותר ממכר ומתנה. אולם בכ"ז אינו ראיה מבוררת דמהני בשאר מטלטלין. גם י"ל דשם בקידושין דאיירי בשטר מכר ויש בהשטר גם כן שעבודא ועיין שם רשב"א דקני לך

היא וכל שעבודא בעי למימר לכך מסתפק אבל גבי נכסי גר דודאי כל שעבודא שהיה בהשטר פקע מיד במיתת הגר והשטר אינו רק לראיה בעלמא בזה עדיף והוי אפסרא דארעא כיון דאליו צריך לראיה ואין שוה כלום לאחרי' מה שאין כן במטלטלין י"ל כל זמן שלא החזיק בהן לא קנה על ידי קנין אגב וכן כ' בנו"ב תנינא או"ח (סי' ס"ג) בפשיטות דאינו קונה מן ההפקר בקנין אגב עיין שם והראיה שהביא הקצוה"ח מדברי רש"י ב"ק דגזלן קונה לגזילת מטלטלין אגב קרקע כבר כ' אאזמ"ו ז"ל בדברי משפט (סי' ער"ה) די"ל כמו דמהני משיכה בגנב ברה"ר כיון דאינו רק להתחייב באונסין כן נמי מהני קנין אגב עיין שם ואף להסוברים דלא מהני משיכה ברה"ר להתחייב באונסין י"ל כיון דלא הוי בשום קנין במקום אחר לכך לא נעשה גנב להתחייב באונסין אבל היכא דגנב קרקע לר"א דקרקע נגזלת ומטלטלין צבור ומונח שם דזה הוי קנין המועיל בכל מקום היכא דהוא דעת אחרת מקנה מהני קנין זה גם כן לגבי גנב להתחייב באונסין:

סימן יח

בדברי הריטב"א קידושין שהבאתי לעיל דסובר קנין אגב הוא דאורייתא כתב שם וז"ל ובב"ק (דף י"ב) מוכח קצת שאין דין אגב מדין תורה אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא ומשו"ה אין מטלטלין נקנין אגב עבדים דניידי אעפ"י שהם כקרקעות מן התורה מיהו לאו ראיה גמורה הוא דאיכא למימר דאגב דאורייתא ואפי"ה אין מטלטלין נקנין אגב עבדים משום דהוי קרקע דניידי ובעינן דומיא דערי' מצורו' וליכא וזה דעת מורי עכ"ל. ובס' שעה"מ הל' מכירה תמה עליו להך לישנא דאמרינן התם דכ"ע עבדי כמטלטלי ולכך החזיק בעבדי ל"ק מטלטלין ולא ס"ל טעמא דהו"ל קרקע דניידי תקשי הא: בכל התורה עבדים כקרקעות ועל כרחך צריך לומר דלענין אגב דרבנן הוא הוי כמטלטלין וכן עמד ע"ד הריטב"א הרב מהרי"ט האלגזי ז"ל בס' קה"י והוסיף להקשות דמאי פריך לימא כתנאי לר"נ ועולא דפליגי אם גובין מן עבדים מיתמי הא כ"ע מודים דלמילי דאורייתא עבדים כקרקע רק בשעבודא לאו דאורייתא פליגי אם בדרבנן דינם כמטלטלין ואם כן הנך בריתות דפליגי באגב דהוי דאורייתא לא הוי תיובתייהו ול"ש בפלוגתא דר"נ ועולא ועוד האריך שם להקשות בזה:

ולענ"ד שיטת מורו של הריטב"א הוא הרא"ה המובא בנ"י פרק הגוזל דאף אם נאמר דר"נ סובר שעבודא דאורייתא מ"מ אין דעתו של הלוה סומכת עליהן דומיא דמטלטלין לפי שיכול להבריחן וכן בדינא דאגב דאפשר דהוי דין תורה דמפיק לה מקרא אף הוא תלוי בדעתו של אדם שאדם סומך דבר המטלטל על הקרקע שהוא עיקר לעולם שאדם סומך בו ולפיכך עבדים כיון שאין אדם סומך עליהן אי אפשר לסמוך מטלטלין עליהם

עיין שם. והיינו דסובר דעיקר תלוי במה דדעת בני אדם סומכות עליהם זה העיקר וגורר הטפל היינו דבר המטלטל שיהי' נקנה על ידי קרקע שאדם סומך עליהן מה שאין כן עבדים אף דלכל מילי דאורייתא הוי קרקע מ"מ אינו סומך עליהן שיהיה לעיקר והמטלטלין טפלין אליהן ולשיטה הזאת הסכים הש"ך (סי' שס"ג) עיין שם. והא דפריך הש"ס לימא כתנאי היינו דכמו דפליגי ר"נ ועולא אם דעת בני אדם סומך על קרקע הזאת היינו עבדי' כיון דיכול להבריחן או לא ואינו גובה מיתמי כן נמי אינן נקנין עם עבדים דכיון דאינו סומך עליהן אינם חשובין כעיקר להיות המטלטלין טפלין להן כן נמי לענין שיגבה מיתמי אין אדם סומך עליהן ומתרץ הש"ס בתרי לישנא או דכ"ע כמקרקע והיינו לכל מילי דאדם סומך דעתו עליהן והדתניא ל"ק בעינן קרקע דומיא דערים מצורות דלא ניידי ולשון הב' דכ"ע עבדא כמטלטלין היינו אף דלמילי דאורייתא כמקרקע מ"מ התלוי בסמיכת דעת חשוב כמטלטלין והא דתניא ל"ק שפיר היינו דלא הוי עיקר שיחשב לגבי' המטלטלין לטפלין וזה פשוט הברור בדעת הריטב"א משם מורו דכוונתו על דברי הרא"ה רבו המובא בנ"י ואינו מוכח מסוגי' דב"ק דאגב לא יהיה רק קנין דרבנן:

וראיתי בס' שער משפט (סי' ר"ב) דיצא לחלוק ולעורר על הש"ע דסתם כדעת הרא"ש ב"ק שם דאם החזיק בקרקע קנה עבדים העומדין בתוכה מדין אגב אף היכא דל"ק מדין חזקה דלדעת הרא"ה והש"ך כיון דעבדי כמקרקע דמי אין קרקע נקנה אגב קרקע דא"ל דלא סמך דעתו על העבד כיון דיכול לברוח דאדרבה מה"ט אין לו לקנות כלל דכל הקניות היכא דלא סמכה דעתיה אינו קונה כלל ועל כרחך דסובר הרא"ה דעבדים אינן נקנים אגב קרקע בתורת אגב אף בעומדין בתוכן ולענ"ד הברור דדעת הרא"ה דקנין אגב תלוי בדעת וסמיכת בני אדם וחז"ל למדו מקרא דערים מצורות דמטלטלין הטפלין אשר אין אדם סומך עליהן נגררין אחר הקרקע שיהיו נקנים אגבן ולכך עבדים דאין אדם סומך עליהן לית להו מעלה הזאת שיהי' מטלטלין נגררין אחריהן ושיהיו טפלין וממילא כיון דלדעת בני אדם שאינן סומכין על עבדים הואיל דיכולין לברוח לית להו מעלה וחשיבת הקרקע נעשין שוב טפלין לגבי הקרקע להיותן נגררין אחריה ונקנים עם הקרקע כשעומדין בתוכה בתורת אגב כיון דבדעת בני אדם עבדים נסמכין על הקרקע וכמו דבשביל זה אין מטלטלין נקנין אגב עבדים אף דקנין אגב דאורייתא מ"מ אין מטלטלין טפלין לגבייהו ממילא שוב עבדים טפילין לגבי' קרקע ואין חולק על הרא"ש בזה דכן מוכח בש"ס שם דאם עבדי' כמטלטלין נקנין אגב קרקע בעומדין בתוכה לכן אף דהש"ך (סי' שס"ג) תופס לעיקר שיטת הרא"ה בפ"ז (סי' ר"ב) הסכים לדין זה דנקני' בתורת קנין אגב:

ומה שעמד שם לתמוה על הש"ך במה שדחה דברי תוס' ב"ק שכתבו דהה"ד דהוי מצי למיפרך למ"ד נמי עבדי כמטלטלין דמי ל"ל עומדין בתוכה דבלא"ה פריך שפיר שהוא דוחק הא אף לשיטתו דקנין אגב דאורייתא רק מטעם דלא סמכא דעתיה לא נקנה אגב עבדים קשה גם כן קושית תוספות דאף למ"ד כמטלטלין לענין קנין אגב מ"מ לענין קנין חזקה למה אין העבדים נקנין עם הקרקע מדשמואל עיין שם. למה שכ' הרא"ה בטעם הדבר דקנין דאגב הוא מטעם דעיקר הסמיכת דעת דאדם על הקרקע וקרקע גורר המטלטלין בקנין אגב. כן נמי בקנין חזקה אף דאמ' שמואל החזיק באחת מהן קנה כולן מ"מ לענין עבדים אם לענין קנין אגב כמטלטלין דמי דאין מטלטלין טפלין להן והן טפלין לקרקע לקנות בתורת קנין אגב על ידי קרקע שוב אין עבדים נקנים בתורת קנין חזקה על ידי מה שהחזיק בקרקע כיון דלאו סוג קרקע הוא כמו שדה אף דלכל מילי דאורייתא עבדי' כקרקע ואף נקנה בחזקה מ"מ על ידי חזקה שעושה בקרקע אינו נקנה דאינו מסוג זה שאין דעת בני אדם סומך עליהן לחשבן כקרקע והא ראיה דאין נקנין בתורת אגב על ידי עבדים ועבדים נקנין על ידי קרקע בתורת אגב דטפלין לגביה קרקע וזה פשוט:

סימן יט

פועל או שכיר אינו ישראל של בעה"ב העוש' קנין הגבהה או משיכה לקנות איזה דבר מבואר לכאורה מש"ס ב"מ (דף יוד) דאף למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו שאני פועל דיד פועל כיד בעה"ב ולכך מציאת פועל ששכרו ללקוט מציאות לבעה"ב וכן כ' בס' מח"א דיני מכירה (סי' ט"ו) אולם הקשה הא הוי חצר מהלכת וכמבואר גיטין (דף כ"א ודף ע"ח) דאם נתן גט ביד עבדה לא מהני רק אם עבד כפות וישן ובלא"ה אינה מגורשת דהוי חצר מהלכת. ובנתיבות (סי' קפ"ח) העלה דדוקא בגט דלא מהני הגבהה כשלא נטלה בידה לכך לא מהני יד עבדה דהוי כחצר מהלכת וידה מינח נייחא וממטי לה עם גופה ולכך ביד עבדה לא מהני רק מטעם חצר והוי חצר מהלכת אבל בקנין דל"ב ידו ממש וסגי אם מוגבה מכחו ואף גורם להגביה מהני לכך מהני אף על ידי פועל וכן קנין משיכה סגי אף בגרמתו כמו אם שיסה כלב על הבהמה ופועל ל"ג מגרמתו אבל אם פועל א"י מושכה לרשות עצמו בשליחותו לא מהני כיון דאין שליחות לא"י ולא מהני רק יד פועל כיד בעה"ב אבל רשות פועל לא הוי כרשות בעה"ב וכן אם לא הגביה הפועל המציאה רק נטלה בידו והחזיקו סמוך לארץ ולא הגביה ג"ט דליכא קנין רק מטעם יד ל"ק בעה"ב כיון דיד פועל הוי חצר מהלכת עיין שם:

וקצת יש להבין בזה דברי ש"ס דבב"מ שם נקט הש"ס שאני פועל דידו כיד בעה"ב ובסוף ב"ק (דף קי"ו ע"ב) בהא דשיירא שהיה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה קאמר שם רבא

אמר הכא בפועלים עסקינן וכדרב פועל יכול לחזור כו' וכמה דלא הדר ביה כברשותיה דבעה"ב דמי וכי הדר ביה טעמא אחרינ' כו' למה נקט שם הש"ס כברשותיה דבעה"ב ושם לענין קנין מציאה נקט הש"ס ידו כיד בעה"ב ולמה שכ' הנתיבות אתי שפיר דלענין מציאה בעינן שיעשה הזוכה קנין לזכות ועל ידי פועל דמהני אף דשליחות לא מהני להסובר המגביה מציאה לחבירו לא קנה ממילא ידו ורשותו דפועל לא מהני שיקנה בעה"ב על ידי זה רק על ידי הגבהה או משיכה מכחו לכך נקט הש"ס ידו כיד בעה"ב היינו הגבהה מכחו מה שאין כן שם בב"ק דמציל מן הלסטים דלא צריכים הבעלים לעשות קנין כיון דשל עצמן הוא וכבר כתבו כמה אחרונים דעל ידי יאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה וכל זמן דלא בא לרשות זוכה כשנסתלק האונס והיאוש חזר הדבר לרשות הבעלים אם כן שם בב"ק כשמציל פועל דבעלים לא צרכינן לקנין בשביל הבעלים רק לעכב קניות הפועל לעצמו ואף אם לא הוי קנין הגבהה רק שבא לרשות הפועל גם כן הוי ברשות בעלים כיון דאז נסתלק היאוש חזר ממילא לרשות בעלים רק אם היה יכול הפועל לזכות לעצמו היה זוכה וכיון דאמרינן כל זמן דלא הדר ביה ידו כרשות בעלים שוב כבר חזר ממילא לבעלים. כן י"ל אם נחזיק לומר דיאוש לא הוי קנין עד דאתי לרשות זוכה ואינו כהפקר ממש. אולם כבר כתבתי בהגהותי בד"ח דיני גניבה (סי' י"ג) להוכיח דאין כן דעת הראשונים ובפרט ברמב"ן שבש"מ ב"מ שם מבואר להדיא להיפך. גם בלא"ה לפי דרכו של הנתיבות יש להתבונן בשכרו ללקט. מציאה לו יהיה שהגבהה מכחו מהני היינו אם נתכוונו הבעלים לזכות בהגבהתו אבל אם לא היה להבעלים כוונת קנין הא קיי"ל העודר בנכסי הגר וסבר ששלו הוא דאינו קונה ומה מהני הגבהת פועלים כיון דאין הבעלים עומדין שם וצריך לומר דמצטרפינן הכוונה שהיה להם בשעה ששוכרן ללקוט מציאות והיה להם כוונה שמה שיגביהו או ימשכו הפועלים יזכו הם בו. גם השיג ע"ד אאמ"ו ז"ל בד"א דיני שלוחין (סי' ך') דאיך יפרש מתניתין דמציאת עבד כנעני לרבו דהרב לא ידע משום מציאה ובזה ל"ש שמוגבה מכחו וגם מבואר בש"ס ב"מ (ד' י"ב) דלרחב"א אר"י גם בע"ע שאינו נוקב מרגליו' כל מציאתו לרבו אף דלא שכרו ללקט מציאות ובזה ל"ש שיקנה רבו מטעם מוגבה מכחו כמובן:

גם מדברי רמ"ך בש"מ ב"מ (דף ו') מבואר להדיא דלאו מטעם קנין מוגבה או משיכה מכחו זוכה במציאת פועל כששכרו ללקט מציאות רק אף באם בא לרשותו דפועל גם כן קנה בעה"ב שכ' מיהו אם הדר בי' משכירתו כל מה שימצא אחר כך הוא שלו כו' מיהו נראה לומר דאם ראה את המציאה קרוב לו בתוך ד' אמו' אעפ"י שחזר משכירתו קודם שנטלה לא זכה בו הפועל והרי הוא של בעה"ב עכ"ל הרי מבואר דאף מציאה הבאה

לרשותו דפועל ששכרו ללקוט מציאות גם כן של בעה"ב הוא ושם לא שייך לומר דזוכה מטעם שליחות לדידן דפסקינן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו כיון דטרם שראה לא נתכוין לקנות עבור הבעלי כשראה חוזר מן השכירות ואעפ"כ אמרינן דאף קודם שחזר אף דלא אתכוין לקנות לבעה"ב מ"מ פועל עדיף דידו כיד בעה"ב ואף מה שזכה הפועל על ידי מה שבא לרשותו או חצרו או על ידי קנין ד' אמות גם כן זוכה בו הבעה"ב ואאמ"ו ז"ל בספרו שם העלה כמו שכ' המח"א הלכות שלוחין דפועל עדיף ואף עכו"ם יכול להיות שליח. והא דלא מהני בעבדה לענין גט רק בכפות הוא משום דאי אפשר להיות בתורת שליח כיון דאינו בתורת גיטין ולכאורה א"כ יקשה למ"ד דסובר המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו אמאי מציאת עבד כנעני לרבו הא בשליחות לא מהני מטעם דחב לאחרים רק מטעם ידו כיד בעה"ב ולבעה"ב לא הוי כוונה. וצ"ל דגם מטעם חב לאחרים עדיף:

ברם במח"א שם כ' דפועל עדיף משליח מטעם דשליח צריך שיכוין לזכות בעד חבירו המשלח אבל פועל הנשכר לכל מלאכה אפילו למציאה אפילו אם בשעה שהגביה המציאה לא היה בדעתו לזכות אלא לעצמו ה"ה של בעה"ב כל כמה דלא הדר ביה משום דידו כיד בעה"ב דשכירות ליומיה ממכר הוא ודמי לעבד כנעני ומבואר ב"מ (דף צ"ו) לענין שאילה בבעלים אף דלא אמרינן בי' שלוחו של אדם כמותו למיפטר ליה להשואל מ"מ באומ' לעבדו צא והשאל עם פרתי יד עבד כיד רבו דמי ויד פועל נמי כיד בעה"ב דמי והביא מדברי תשובת רשב"א דפועל הנשכר לכל מלאכת בעה"ב אף אם לא היה בדעתו לזכות רק לעצמו יד עבד כיד רבו עיין שם. ונראה לבאר הטעם דבעבד כנעני מה שקנה קנה רבו דהוי כידו ממש והכוונה לזכות לעצמו ובכ"ז זוכה רבו דמה שקנה עבד קנה רבו ואף בנותן לעבד על מנת שאין לרבו רשות בו פליגא ר"מ ורבנן קידושין (דף כ"ג). ובירושלמי פ"א דב"מ על מתניתין דמציאת בנו מה בין עבדו ושפחתו העברים לעבדו ושפחתו הכנענים אמר ר"י העברים הואיל ואינו רשאי לשנותו ממלאכתו מציאתו לעצמו הכנענים הואיל ורשאי לשנותן ממלאכ' מציאתו לרבו והיינו ע"כ דיד עבד גופו קנוי ליה לרבו ודעתו ומחשבתו וכוונתו ומה שקנה עבד קנה רבו וברשב"א קידושין שם משם הראב"ד בהא דאמר ר"ש דר"מ ורבנן פליגי דר"מ סובר יד עבד כיד רבו לזכות לו לאדון אמרינן אבל לא לחוב לו הלכך ס"ל לר"מ כיון דאמר לו קני קנה עבד וקנה רבו דכשנתנו לעבד כאלו נתנו לרבו ממש וכשהתנה עם העבד כאלו התנה עם אחר ואין זה כשאר תנאים דעלמא דמתנה עם מקבל מתנה בעצמו ורבנן סברו דמעיקרא קני עבד אלא דלכי זכי עבד זכי רבו מכח זכיית העבד וכשהתנה עם העבד הו"ל כשאר תנאים

בעלמא דמתנה אם מקבל מתנה בעצמו ור"א סבר דלכ"ע אין יד לעבד כלל ואין לו קנין בלא רבו ואפילו לרבנן עיין שם ואנן קיי"ל כן עיין ש"ע יו"ד (סי' רס"ז) דלא מהני באומר על מנת שאין לרבו רשות בו דאין קנין לעבד בלא רבו ולכך קונה בעה"ב במה שזוכה העבד אף דמטעם חצר לא שייך דהוי חצר מהלכת מ"מ קונה מטעם יד אף דלא הוי בסמיכה מ"מ זה דוקא במונח על בהמה או בכלי וכדומה דבר שאין בו דעת אינו קונה מטעם דהוי חצר מהלכת ואף דלגבי ממון לא גרע חצר משליחות ושליח מהלך הוא מ"מ כיון דאפקיה רחמנא בלשון יד דכ' אם המצא תמצא בידו בעינן דומיא דידו וכמו שכ' תוס' גיטין (דף כ"א) ובראש"ש פרק הזורק וזה בדבר שאין בו דעת אבל יד עבד דכיד רבו דמי ודעתו הוא גם כן של רבו הוי כמו ידו בסמיכה חלק מגופו כן נמי יד עבד כיד ארוכה דמי כיון דקני לי' לרבו ידו ודעתו ומה שקנה עבד קנה רבו:

אולם מ"מ בגט בעי דוקא שיהיה עבד כפות דאם לא כן אף דהוי כחלק מגופה דאשה מ"מ חלק זה אינו בתורת גיטין וקידושין וכמו דאין עבד נעשה שליח לגירושין הואיל דליתא בדנפשי' כן נמי אף עבד דידה אף שהוא כחלק מגופה כיון דאף הדעת שייך להאדון וכיד ארוכה דמי מ"מ חלק זה אינו בתורת גיטין לכך אינה מתגרשת רק בתורת חצר וחצר מיד ילפינן ובעי שלא יהיה חצר מהלכת. ועיין פנ"י גיטין שם בדברי תוס' ד"ה אטו דכתיב חצר כיון דמסברא אינו כמו שליח דלאו בר דעת הוא רק מריבוי דקרא דידה לכך צריך שיהיה דומיא דידה ובעבד גם כן צריך קרא כיון דלא מטעם שליח ממש דאינו בתורת גיטין ולדבריו היה מהני באמת בממון מתורת שליח ממש דבזה לא הוי ריעותא משאר שליח הואיל דהוי ב"ד ושליח מהני אף במהלך אולם מדברי הרא"ש משמע דאף בממון לא מהני כיון דאפקיה בלשון יד ובפרט למה שכ' הש"ך (סי' רמ"ג) לפרש הא דאמרינן בחצר לענין ממון לא גרעי משליחות לא דאית בי' באמת תורת שליחות רק דהך יד ל"ג מן שליחות. ובעבד נמי אף דהוא בן דעת מ"מ כיון דלא עשה אותו לשליח ורק דעתו וגופו קנוי לרבו בזה מהני רק מתורת יד והוי כמו יד בסמיכה כיון דזה חלקו של גופו דרבו ורק לענין גט לא מהני הואיל דליתא חלק זה בתורת גיטין:

וראיתי בספר המקנה בקו"א (סי' ל"ה ס"ו) דכ' אף לדעת רוב פוסקים דעבד פסול אף בשליחות הולכה בגט מ"מ בשולח ע"י עבדו דיד עבד כיד רבו מהני דהא קיי"ל בנתן גט ביד עבדו ונתן לה העבד במתנה מתגרשת מטעמא דיד עבד כיד רבו וכיון דבגט אין עיקר השליחות אלא בהולכת הגט עצמו אם כן כיון דהוא כגופו הוי ליה כאלו נתן מידו לידה עיין שם ודבריו תמוהין הא אף בנתן גט בחצרו ונתנו לה על ידי שטר מתנה מהני וע"כ הא דלא הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע או משום דנתינת שטר מתנה חשיב כנתינת הגט

או כיון שבא מרשותו לרשותה ובעבד ונתנו לה לא מטעם יד עבד כיד רבו וכן מבואר מתוס' גיטין (דף כ"ג) ולהדיא מבואר בש"ג סוף פ"ב דגיטין משם ריא"ז עבד שפסול לשליחות גט בין עבד של המגרש בין אם היה של האשה המתגרשת בין אם היה של איש אחר עיין שם וכיון דאינו בתורת שליחות דגט לא מהני אף דיד עבד כיד רבו כיון דחלק גוף זה אינו בתורת גיטין וכמו שכ'. מה שאין כן לענין קנין ממון מהני דידו כיד רבו ואף אם העבד מכוין לזכות לעצמו זוכה רבו כיון דגופו ודעתו קנוי לרבו וכן נמי אף פועל כששכרו ללקט מציאות כיון דלענין זה נקנה לבעה"ב כל זמן דלא הדר ביה ידו כיד בעה"ב הוא וכל שזכה במציאה מקמי דהדר ביה זוכה בעה"ב ואם בא לרשותו דפועל וידו זוכה בעה"ב ודלא כנתיבות. ומ"מ מה שהעלה כדעת התומים (סי' ק"ה) דלא כש"ך שם דסובר בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דמהני בפועל דידו כיד בעה"ב דלא מהני אתי שפיר אף למה שכ' דאף דידו כיד בעה"ב ותפיסתו ודעתו לזכות הכל קני לבעה"ב מ"מ כיון דאין לו שייכות לזכות לנפשיה אף דהוי ידו כיד בעה"ב מ"מ אליו אין הלוה חייב כלל וצריך שיכוין לזכות לבעה"ב המלוה וזה לא מהני מה שזוכה לו מטעם דאין בכחו לעשות שליח במקום שחב לאחרים וכמו שכ' התומים שם [ודבריו שם מה שכ' בתחילה דאם נאמר דפועל אינו יכול לזכות לעצמו כלל ול"ל יד לזכות כ"כ דלא הדר ביה רק לרבו דאם נימא דיש לו יד רק הואיל דאדעתא דהכי נשכר מחויב לתת לרבו מה קפריך הש"ס מהא דמציאת פועל דיש לומר דזכה לעצמו וקמ"ל דמחויב ליתן לרבו כי כך היה תנאי וע"ז שכרו וע"כ צריך לומר דפועל דשכרו רבו ל"ל יד כלל בעצמו לזכות רק לרבו ואם כן לית ליה מגו כלל והאריך שם בזה ואינם מובנים לי הא מ"מ שייך מגו דיכול לחזור. ובודאי מה דפריך הש"ס לא נוכל לומר דזכה לעצמו רק דמחוייב ליתן לרבו מצד תנאי דאם כן הוי כמקנה לו דשלבל"ע ובמה זכה ועל כרחך דהש"ס סבר דכ"ז דלא הדר זוכה מטעם שליחות ופריך דש"מ זכה חבירו ומתרץ דשאני פועל דידו כיד בעה"ב ומ"מ לא שייך לומר כיד בעה"ב רק מה דיש לו זכות לזכו' בעצמו ולא לתפוס לבע"ח במקום שחב לאחרים]:

ומ"ש הנתיבות (סי' ק"ה) להקשות על הש"ך דאם נאמר דפועל עדיף אם כן אף אותן דלאו בני שליחות נינהו כגון חרש שוטה וקטן שהן פועלים גם כן מקנה מציאה לבעלים אלא ודאי כמו שכ' התומים לא אדע איך יש שייכות שיקנה הבעה"ב ידו דפועל שהוא חשו"ק אם לא בפקח ונשתטה או שנתחרש. וגם למה שכ' הואיל דלאו בני דיעה נינהו הוי כבהמתו והוי כחצר מהלכת רק במקום דקנו הבעלים גם דעתן של הפועלים בזה אמרינן ידו כיד בעה"ב. ומה שכ' המח"א מדברי הראב"ד והא"ח שבכ"מ (פ"א) דתרומות

דפועל ידו כיד בעה"ב וכמרחן הבעלים דמי והביא מדברי ירושלמי פאה כבר כתבתי בזה בספרי ח"ר בקונטרס התשובות (סי' י"א). וראיתי בראב"ן (דף צ"ח ע"ג) וז"ל ואם שולח לאשתו על ידי עבדו או על ידי עבד חבירו אינו גט משום דלא שייך בתורת גו"ק כו' מבואר גם כן דלא כמו שכ' המקנה שהבאתי לעיל. ועוד כ' שם וז"ל האומר לעבדו צא וגנוב חייב האדון וכן האומר לעבדו צא וחבול בפלוני חייב האדון אבל חבל או גנב שלא מדעת רבו פטור אדונו ולא מן הדא [צ"ל מן הדין] דיד עבד כיד רבו אלא תקנת חכמים הוא שמא יקניטנו רבו וילך וידליק גדישו ש"ח ונמצא מחייב את רבו עכ"ל ולכאורה יש ללמוד מדבריו דכמו דאמרינן דיד עבד כיד רבו עדיף משליחות ואף במקום דלא מהני מצד שליחות כמו למ"ד מגביה מציאה לחבירו דלא קנה חבירו מ"מ יד עבד עדיף וכן לענין שאילה בבעלים אף דלא מהני שליחות מ"מ יד עבד עדיף כן נמי לענין אין שליח לדבר עבירה עדיף יד עבד דכיד רבו ממש הוא וחייב רבו מצד שליחות. אולם י"ל כוונתו דהא מצד הדין היה רבו חייב על היזקו כמו דחייב על נזקי בהמתו רק מטעם שלא ילך כשיקניטנו רבו וידליק גדישו של חבירו ויפסיד לרבו לכך פטרו חז"ל משום שיש בהן דעת ואינו יכול לשומרן וכמו שכ' הרמב"ם פי"א) מנ"מ ולכך זה דוקא אם הזיקו מדעת עצמן פטור רבו אבל אם צוה לו רבו חייב עליו דידו כיד רבו והוי כמו אם שורו הזיק. אולם מ"מ יקשה מש"ס דב"ק (דף נ"א) הא משכחת בור של שני שותפין כשציוו שניהם לעבדם שהוא של שותפות שיכרה להם הבור. וגם אף אם נאמר דמ"מ כיון דלא נתחייב רבו על הזיקו דעבדו אף אם מצוה לו גם כן אינו חייב דשייך לומר דברי רב ודברי תלמיד דברי מי שומעין מ"מ משכחת בעבד חשו"ק שלא יש להן דעת כלל מהראוי שיתחייב הרב אף על הזיקן של עצמן שעשו מדעתן דשמירתן על רבו כמו בהמתו ומדברי הרמב"ם הלכות נ"מ הנז' דעבדו החשו"ק שאין להם דעת רבו חייב בנזקו כמו על שורו. ויש לומר דבדבר עבירה לא אמרינן יד עבד כיד רבו רק מטעם מזיק חייב היינו כשאומר לו להזיק כמו גנוב או חבול בפלוני אבל לכרה בור זה לאו מזיק בידים הוא רק התורה חייבו ואוקמי ברשותו זה דוקא בכרה בעצמו או בשליחותו אבל לא על כריית בהמתו ע"ז אינו חייב דכי יכרה איש בור כתיב ולא שור בור. ועיין רמ"א (סי' שפ"ח סט"ו) ובש"ך שם ובקצוה"ח מה שהקשה על זה דאף במוחזק לעשות שייך אין שליח לדבר עבירה אולם המעיין ברשב"ץ יראה דלאו מטעם שליחות אתי עלה רק מטעם מזיק והוי כמו השולח הבערה ביד חשו"ק ואמר לו להזיק דחייב כמו שכ' הריטב"א בש"מ ב"מ (דף י') וביד פקח דפטור משום דלא הוחזק שיעשה אבל בהוחזק חייב מטעם מזיק ועיין מח"א דיני נ"מ (סי' א') וכן מוכח מדברי רמ"א עצמו דבא"ע (סי' ה') לגבי סירוס דתרנגולת והא

הנכרי הוחזק לזה אלא ודאי אף דהוחזק מ"מ גזה"כ הוא דאשלד"ע רק לגבי מזיק חייב אף שלא נעשה בשליחותו מ"מ חשוב מזיק ממש ואכ"מ בזה. כן נמי י"ל לגבי עבד אף דידו כיד רבו מ"מ לענין דבר עבירה גזה"כ דאשלד"ע בכל גווני רק מטעם מזיק חייב כשאומר לו רבו שיגנוב או יחבול בחבירו אבל לא לענין בור שאינו עושה ההיזק ממש רק שכורה הבור וגורם שיבא ההיזק אחר כך בזה כיון דלא שייך לומר שכרה בשליחותו דאין שליח לדבר עבירה בכ"מ ממילא אינו חייב על כריית עבדו:

סימן כ

אם שלח ישראל לישראל חבירו מעות על ידי מי שאינו בתורת שליחות כגון עכו"ם או חשו"ק במקום שמעות קונות והמוכר יודע מזה מבואר בס' מח"א הל' שלוחין (סי' ט"ו) דקונה אף דאינם בני שליחות מ"מ הא ל"צ שיזכה השליח רק ממילא קבלת כסף גורם הקנין כמו דמבואר מס' קידושין גבי עבד בכסף על ידי אחרים דקבלת רבו גרמא לו ומקנהו מאליו והשליח רק מעשה קוף בעלמא עביד להוליך הכסף ולהודיע להמוכר שהוא לצורך הלוקח וכ"כ בפשיטות הנתיבות (סי' קפ"ב) אם נתן לשליח כסף לקנות קרקע קנה המשלח דהשליח מעשה קוף בעלמא עביד להוליך המעות למוכר לקנות בו. אולם לכאורה נראה שהוא דוקא אם הלוקח מכוין לקנות בהמעות הזה שהמוכר קבל ומקנה לו דאם הלוקח אינו יודע כשמקבל המוכר המעות כיצד יקנה הלוקח במעותיו כשאינו מתכוין אז לקנות ואם חוזר המוכר קודם שנודע ללוקח ומכוין לקנות י"ל דמהני חזרתו. ואף דבדעת אחרת מקנה ל"צ כוונת קנין כמו שכ' הראב"ד ב"ב (דף מ"א) וברשב"א גיטין (דף כ') י"ל דהוא כשהי' ברשותו אבל בלא"ה לא מהני אולם יש לומר כיון דהמוכר מקבל המעות ורוצה להקנות ללוקח זוכה הלוקח בקנין כסף אף דאינו מכוין כלל למה שכ' הקצוה"ח דדעת אחרת מקנה הוא מצד זכיה דזכין לאדם שלא בפניו ואף דאין אדם זוכה בשלו לאחרים מ"מ כיון דמעשה קנין יש מהני כוונתו דמוכר וכן מצאתי בדברי רמ"ה ב"ב (דף מ"א) ז"ל דעת אחרת מקנה שאני דקיי"ל זכין לו לאדם שלא בפניו וכ"ת מי דמי התם ההוא דמזכי ליה ע"י קא מכוין למזכי ליה הכא ליכא מאן דמכוין למזכי ליה חצרו תוכיח דלית ליה דעתא למזכי וזכי ליה במתנה אפילו שלא בפניו עכ"ל ומשמע שהוא מצד זכיה וכמו שכ' הקצוה"ח ואם כן י"ל אף בקנין כסף שבא ליד המוכר ע"י חשו"ק אף דלא שייך בהו שליחות מ"מ קבלת כסף גרמה לו שמקנה לבעל המעות וקונה. אולם אם כן בנכרי דליתא בזכיה יש לומר דלא מהני וכמ"ש שם הקצוה"ח דבעכו"ם דלא מהני זכיה לא מהני דעא"מ:

ומה שהקשה שם הקצוה"ח בסתירת דברי הראב"ד דהטור(סי' ר') כ' משמו גבי הכניס הלוקח את החמרים דאפילו מדד הלוקח על החמרים ל"ק שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדיד' זו דלמדידה בעלמא נתכוין הא הראב"ד ס"ל דמהני בדעת אחרת אפילו בלא כוונה וכמו שכ' הנ"י בשמו לא קשה להמעיין בש"מ ב"ב (דף פ"ד) שכ' משם הראב"ד דאפילו כשהלוקח מודד לפי שהמדידה וההגבהה הזאת אינו עושה אותה הלוקח לצורכו אלא לצורך שניהם וכל שאינו עושה לצרכו לא קנה עיין שם. וכבר העירותי בזה בהגהותי לספר דברי חיים לאאמ"ו ז"ל בדיני חמץ (סי"ד) אלא שנדפס שם בטעות שכתבתי מה שדחק להקצוה"ח לחדש שדע"מ לא מהני בא"י כדי לתרץ דברי הראב"ד שלא יסתור א"ע ועל זה הבאתי דברי הראב"ד שבש"מ. וזה לא שייך לזה רק לתרץ דברי הטור שבח"מ (סי' ר') לדברי הטור יו"ד כתב הקצוה"ח לחלק בין ישראל לא"י ודברי הראב"ד לתרץ שהן שני ראב"ד ועל זה הבאתי דברי הראב"ד שבש"מ דלעולם בדעת אחרת מקנה סובר דקונה בלא כוונה רק במדידה אף שהלוקח מודד כיון שהמדיד' והגבהה ההוא אינו עושה אותה הלוקח לצרכו אלא לצורך שניהם וכל שאינו עושה לצרכו לא קנה והיינו כיון דהמעשה לקנין שעושה הוא לצורך שניהם אין בזה הוצאה מרשות המקנה. אך בש"מ ב"ב שם כשכתב דברי הראב"ד הנז' העתיק דברי הרשב"א שכ' ע"ד הראב"ד וז"ל ולי היה נראה דכל שאינו מתכוין לקנות בה לא קנה דומה למה שאמרו המחזיק בנכסי הגר וכסבר שלו הן דלא קנה. ועל זה שפיר קשה דסותר לדבריו שבגיטין דבדעא"מ ל"ב כוונת קנין בזה צריכין לבא החילוקים של הנה"מ (סי' ר' ס"ק י"ד) בין מתנה למכר דאומר הלוקח עדיין אינו רוצה לקנות וברשב"א בתוה"ב (בית ה' ש"ב) כ' אעפ"י שאי אפשר למדידה בלא הגבהה אפ"ה אינו קונה באותה הגבהה לפי שאינה לדעת קניה אלא לידה כמה מדות יש בו וכדאמרינן מדד ולא משך לא קנה וי"ל דכוונתו גם כן דאולי אינו רוצה לקנות עדיין ומדברי רשב"א בש"מ ב"ב (דף מ"א) בהא דרב ענן שקל בידקא בארעא דחברי' דמשם הביא הראב"ד והרמ"ה והנ"י שם להוכיח דבדעא"מ ל"ב כוונת קנין סיים שם הרשב"א וז"ל ומסתברא שלאחר שבנו ונודע לו לרב ענן החזיק בו קודם שמיחה חבירו הלכך אם היה מכיר בו חבירו הו"ל כמ"ד ליה לך חזק וקנה כו' משמע קצת דאף במתנה לא מהני בלא כוונת קנין וי"ל דאף אם הוי ידע והי' דעא"מ מ"מ כיון דלא נודע לכל הוי דברים שבלב ועיין סמ"ע (סי' רס"ט ס"קא) במגביה מציאה לחבירו צריך שיאמר שמגביה כדי לזכות בו חבירו ועיין שם בקצוה"ח דלזכות לחבירו צריך דיבור ומחשבה לא מהני ואם כן י"ל דדוקא היכא דהוי דברים שבלב דכל אדם דכוונתו של המקנה להקנות אז מהני לדעת הרשב"א אבל היכא דאינו

דברים שבלב דכל אדם אז לא מהני ובפרט למה שכ' הקצוה"ח והבאתי סמוכין לדבריו מד' הרמ"ה ב"ב שם דדעא"מ דמהני בלא כוונת קונה מטעם זכיה אתינן עלה י"ל דסובר הרשב"א דלכך לא מהני ודעת הראב"ד והג"י והרמ"ה כדעת הש"ך שם. או דהרשב"א הוסיף דמכאן אין כ"כ ראיה:

ודעת הריטב"א מצאתי ביבמות (דף נ"ב) דכ' בלשון אפשר ויען שיש ללמוד שם טובא מדברי הריטב"א אביא כאן דבריו אף שאין צורך כ"כ לענינינו. בהא דאיתא שם בסוגיא דרבי אומר החולץ ליבמתו וחזר וקדשה אם קדשה לשום אישות צריכה גט לשום יבמות אינה צריכה גט אמר ר' יוסף מ"ט דרבי עשאוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דל"ק א"ל אביי מי דמי התם לא קא מכוין למיקני הכא קמכוין למקני הא ל"ד אלא לעודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא דקני אלא אמר אביי הכא במ"ע כגון דאמר לה התקדשי לי במאמר יבמין ר' סבר מאמר עילוי זיקא קא רמי ואתאי חליצה אפקעתא לזיקא ורבנן סברו האי לחודיה קאי והאי לחודיה קאי מעיקרא אילו אמר לה התקדשי לי במאמר יבמין מי לא מהני השתא נמי מהני עיין שם בסוגיא ובריטב"א כ' בדברי רב יוסף דאמר כעודר בנכסי גר פירש וחלוצה זו ודאי נכסי הפקר הוא יצאה לשוק בחליצה ומיהו כשבא היבם וקדשה לשום יבמות כסבור הוא שיכול ליבמה עדיין כ"ז שלא נשאת והוא מתכוין לקנותה מצד זה ולא מצד המקדש יבמ' חלוצה לשוק הלכך ל"ק דמדין עצמה אין לו בה קנין ולהתפיס לה קדושין בחייבי לאוין לא נתכוין במדור שלו למקני כלום פי' וכיון דכן ל"ק בנכסי הפקר דליכא דעא"מ ולאפוקי היכי דאיכא דעא"מ דאע"ג דלא נתכוין לקנות אפשר שהוא קונה בחזקתו וכדפריך ב"ב בעובדא דרב ענן אבל הכא הא מכוין למקני פירש דאפי' תימא דבהא דעת מקנה דיבמה לא מהני כלום דבדידיה תלא רחמנא מ"מ הרי נתכוין הוא לקנות לקנותה בקידושין אלו ואמאי לא קניא ובהא דאמר אביי לדמות לכסבור של גר אחר כתב דהא נמי דכוותי' הוא דחלוצה זו נפטרה לשוק והיא כנכסי גר שראוי לכל אדם ויבם זה שקדשה לשם יבמות סבר כי עדיין הם נכסי אחיו ואגידא ביה מחמתיה שיכול ליבמה כל זמן שלא נשאת ואעפ"י שאינו כן מ"מ כיון דקידושין תופסין לו בחליצתו דתופסים בחייבי לאוין הרי הוא קונה מכיון שנתכוין לקנות בשום צד עיין שם עוד בריטב"א והנה מבואר בדעא"מ דקונה בלשון אפשר ועוד מבואר דאינו סובר דדע"א מקנה הוא מטעם זכיה דאם לא כן נימא אשלד"ע כיון שבאמת אסורה עליו בלאו ועיין ב"מ(דף י') ותוס' יבמות (דף י') וכבר בררתי לעיל דיני גב"ח (סי' ל"א)] דבדבר עבירה לא מהני זכיה. והא דלא אמרינן דהוי קידושי טעות כיון דלא ידע נימא אולי ידע לא היה מקדשה כיון דסבר רק לקדשה בתורת יבמין זה אינו דכבר

מבואר בנו"ב תנינא אה"ע (סי' נ' וסי' פ') דאף בלא היכר בחייבי לאוין תופסין הקידושין וצריכה גט ומצאתי בתשובת הגאונים שבשם שערי צדק יכונה(ש"ג) בתשובת ר"ש גאון ז"ל דכהן שקדש גרושה ולא הכיר בה דמעות קידושין לטיבוען ניתנה דקידושין תפסו וצריכה גט וא"ת מעות חוזרין אתי למימר שלא תפסו בה קידושין ומתירין אותה לאחר בלא גט או שמתירין לו אחות' ומה שיש לעי"ש אכ"מ ויבואר אי"ה במ"א:

וראיתי בח"ס אה"ע (סי' ק"ו) שכתב להביא ראיה מש"ס יבמות הנז' דמה"ת סגי בחליצה בכוונת אחד מהם כמו שכ' הב"מ (סי' קס"ח) דאם לא כן איך יצוייר שקדשה ע"ד זיקת יבמין שהיה סבר בחליצה לא פקעה זיקה אם כן לא נתכוין בשעת חליצה להקנותה לעצמה ולא הועילה כלל החליצה אלא על כרחך דכוונה דידה סגי ואירי דהיא ידעה ונתכוונה להפטר והו' לא נתכוון וחזר וקדשה והקשה לפי זה אם כן נהי דהוא סבר שלו הוא מ"מ היא ידעה וכשנתרצי' להתקדש לו לשם אישות נתכוונ' והו"ל כדעא"מ דמועיל וכ' ודוחק לחלק בין אשה לשאר דעא"מ ומשום דכתיב כי יקח ולא כי תלקח וכמו שכ' הר"ן נדרים דמ"מ סיים שם הר"ן והאשה נמי מכנסת עצמה לרשותו קצת ודבריו ל"נ דאי אירי דהוא לא כיון אם כן מ"מ מדרבנן פסול החליצה ועדיין זקוקה לו. וכפי המבואר בדברי ריטב"א הנז' דמבואר בפירוש דודאי הוי חליצה כשרה והוא נתכוין לפטרה ולהתירה להנשא לשוק רק שטעה וסבר שיכול לחזור וליבמה כל זמן שלא נשאת וגם הרגיש דבקידושי אשה ל"ח דעא"מ וכן כתבו האחרוני' בנו"ב תנינא ובא"מ והדברים ברורים דבאשה ל"ה כדא"מ. ונחזור לענינינו דעכ"פ לא ברור הדבר להריטב"א דבדעא"מ לא בעי כוונת קונה ואף אם כן הוא דלא בעי כוונת הקונה י"ל שהוא מטעם זכיה ולגבי נכרי לא מהני ואם כן יש לגמגם בדינו של המח"א הנז' בנכרי ששלח כסף ע"י ישראל אף דקבלת הכסף גרמה מ"מ כיון דהנכרי לא קמכוין לקנות אז כשמקבל הכסף י"ל דל"מ:

ועוד יש לעמוד בדברי המח"א בראייתו שהביא מקידושין דאפילו ר"מ דס"ל חוב הוא לעבד שיצא לחירות עם כ"ז קונה עצמו בכסף על ידי אחרים אפילו שלמ"ד דקבלות רבו גרמה לו. מלבד דשם עשה הרב לצורך עצמו ומקנהו מאליו והעבד ממילא זוכה בעצמו הא גם שם לדעת הרי"ף והרמב"ם כמו שכ' הר"ן שם דינו כמו בשטר דבע"כ לא והעבד יכול לחזור דמטעם זכיה הוא ובעל כרחו לא ושוין כסף ושטר ורבא אמר כן רק לר"מ רק דעת הרשב"א והרא"ש והטור יו"ד (סי' רס"ז) דרבנן ל"פ בזה על ר"מ ועיי"ש בש"ע (סעיף כ"ו) ובש"ך שם (ס"ק מ"ג) אם כן יש לדון אף דמקבל הכסף על ידי אחר בעד המקח אם אינו בתורת שליחות וזכיה כיון דיכול לחזור בו לא נתקיים המקח ואף

המוכר יכול לחזור ועיין מ"ש המח"א בהגהותיו לרמב"ם (פ"ה) מעבדים ובדיני ממונות אין להכריע מכאן להוציא ממון ואם יהי' סד"ד י"ל שם העבד מוחזק בעצמו. ועוד יש לחלק משם הרבה כמובן:

אך י"ל דאף בלא דעת אחרת מקנה מהני אף בעכו"ם ששלח המעות אף דליתא בתורת שליחות מ"מ כיון דקבלת הכסף גומר הקנין מהני אף דלא נתכוין אז בשעה שקבל הכסף בכוונת קנין מ"מ מהני כוונה הראשונה כשמסר המעות לקנות וכשמצוה לו שיתן בעד קנין החפץ בדבר דכסף עושה הקנין ודוגמא לזה מצינו בחצר דקונה שלא מדעתו בפסקי תוספות רי"ד ב"מ הבאתי לעיל (סי' ו') הטעם משום דכל אדם שיש לו חצר דעתו בשעה שזכה בהחצר כל מה שיבא לחצרו יזכה לו חצרו הרי דהכוונה שיש לו אז מועיל על להבא לאחר מכן ה"נ אף דלא מכוין כלל בשעה שמקבל המוכר הכסף שיקנה מהני המחשבה והכוונה שיש לו לקנות בשעה ששולח המעות ואף שיש לחלק מדברי תוס' רי"ד. וגם יש להעיר על דבריו דלדבריו הכי נימא אם לא ידע כלל שזכה בהחצר המשתמרת כגון שנפל לו בירושה וכדומה ועדיין אינו יודע שהחצר הוא שלו נימא שלא יזכה בהמציאה שנפל בו בטרם שנודע לו מזכית החצר. גם מה מהני כוונתו ע"ד שלא בא לעולם ועיין מה שכ' לעיל (סי' י"ט) מ"מ מצינו כמה פעמים דמחשבתו של עכשיו מהני שיזכה אחר כך וכן מצינו להסוברי' כדעת רש"י דהפקר הוי כדעא"מ וכמבואר ש"ך (סי' רס"ח) אף בשעה שמפקיר א"י מי שיזכה ואינו מבורר למי ומי שיזכה ובשעה שזוכה אינו מקנה כלל מ"מ מצד מחשבתו בשעה שהפקיר חשבינן לדעת אחרת מקנה גם בנד"ד י"ל כמו שכ' המח"א והנתיבות דמהני קבלת הכסף לקנות אף ששולח על ידי מי שאינם בני שליחות ואף במקום דלא מהני דעת אחרת מקנה רק על ידי הכוונה לקנות בשעה ששולח:

ולכאורה קשה על דבריהם מהא דמבואר עירובין (דף מ"ט) דשמואל סובר עירוב משום קנין וקאמר בש"ס דנ"מ קטן ומפ' רש"י דא"י לעשות הקטן שליח לערב עליו עירובי חצרות דלאו בר מקנה ואקנויה הוא הרי דאינו קונה אם שולח על ידי קטן ונראה דדוקא אם שולח לו הכסף שיקנה לו המוכר אז מהני אבל אם עושה לו שליח שיערב עבורו היינו שיהיה בתור' שליחות גרע ולא מהני דומה לזה כתבו תוס' קידושין (דף כ"ג) ותוס' רי"ד שם דאף דיכול לזכות האדון השטר שיחרור על ידי אחרים מ"מ אם אין עבד יכול לעשות שליח לקבל גיטו מיד רבו אם עושה שליח ורבו מוסר לו שיהיה משוחרר בתורת שליחות לא מהני וגרע מאם לא היה עושה אותו שליח דאז מה שרבו מזכה לו מהני אבל אם עשה שליח אינו נותן בתורת זכיה רק בתורת שהוא שלוחו של העבד וכיון דאינו

יכול לעשות שליח לא משתחרר וה"נ דכוותי'. דנחזי אנן דיש נ"מ רבתי לבין אם מהני המקח מצד שליחות לבין אם מהני מצד הקנאת המוכר דאם הלוקח אומר בפני עדי' בטרם שבא הכסף ליד המוכר שאינו מתרצה בזה ואינו חפץ לקנות אז לא מהני המקח אבל אם מהני בתורת שליחות אז כל זמן שלא ביטל השליחות אף שאינו חפץ במעשה השליח ומגלי דעתו דחובה הוא לו מ"מ יד ומעשה השליח כיד ומעשה המשלח כל זמן שלא ביטל בפועל השליחות כמבואר בס' המכריע (סי' ג"נ) דמה"ט לא מהני בגט אם הבעל מזכה לה על ידי אחר אף אם עשתה האשה לשליח לקבלה דמאן לימא לן שלא נתחרטה בדבר ובטל הרצון ההוא מה שאין כן בעשתה שליח אז אף אם נתחרטה וחוב הוא לה מ"מ כל זמן שלא ביטלה ממש השליחות מהני וה"נ דכוותיה דאף דמהני בשולח הכסף על ידי קוף מ"מ זה דוקא אם נתרצה אז אבל אם נתחרט ובטל הרצון לא מהני מה שהמוכר מקנה דחוב הוא לו לכך כשממנה לשליח רוצה שיהיה פעולת הקנין בתורת שליחות ואז בעי דוקא שיהיה בר שליחות:

ולפי"ז יש ליישב קושית תוס' שם דהא אמר ר"ה קטן גובה העירוב ועוד דשמואל גופיה קאמר בגיטין דקטן זוכה לאחרים בשיתופי מבואות דרבנן ולהנז' אתי שפיר דודאי קטן גובה עירוב אם אינו עושה אותו לשליח מהני ושם בגיטין איירי דהבעה"ב מזכה את החביות שיהיה לו חלק בו ומזכה על ידי קטן ואחר כך בעד זה מקנה לו רשות בעד הכסף דזכות הוא ולא בעי זכיית הקטן רק שיזכה בהחביות בעדו ובזה הקילו בעירוב אבל באם שולח על ידי קטן שיערב בעדו גרע כיון דרוצה בתורת שליחות וקטן לאו בר שליחות הוא:

[**יען** דברתי סי' הקדום מן הסוברים דהפקר הוי כדעא"מ ובנתיבות (סי' רע"ג) וכן רבים גדולי מחברים הקשו על זה וכבר נדפס בשמי בס' התבונה תירוץ נכון על קושיתם ואיידי דזוטר מירכס אמרתי להעתיק כאן כאשר נדפס שמה].

סימן כא

הרמב"ם (פ"ח הי"ז) מהלכות עבדים מכאן אני אומר שהמשחרר עבדו בכל לשון והוציא דברים מפיו שמשמען שלא נשאר לו עליו שעבוד כלל כו' כופין אותו לכתוב לו גט שחרור אעפ"י שעדיין לא כתב וצריך להבין הא אף בעבד עברי מבואר קידושין (דף ט"ז) דגופו קנוי ואינו יוצא לחירות בדברים ועל כרחך צ"ל דסובר דלשון סילוק מועיל לגבי עבד כמבואר בריטב"א קידושין (דף ו') וז"ל גבי עבד שהוא בן דעת ויש לו יד לזכות בעצמו כיון שאמר אין לי עסק בך וסילק ידו ורשותו ממנו זכה העבד בעצמו וזכה בו שמים אבל גבי שדה הרי אין חבירו זוכה בו אלא בהקנאה או בהפקר ולשון אין לי עסק

בך אינו לשון הקנאה ולא לשון הפקר עכ"ל וכן כ' הר"ן כתובות ר"פ הכותב דעבד כיון שראוי לזכות בעצמו אם הוא גדול ואם הוא קטן זוכין בו שמים עיי"ש:

ולכאורה קשה מש"ס גיטין (דף ל"ט) אמר עולא אמר ר"י המפקיר עבדו יצא לחירות וצריך ג"ש איתבי' ר"א לעולא גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והיה בהן עבדים בין גדולי' ובין קטנים קנו עצמן ב"ח אבא שאול אומר גדולים קנו עצמן ב"ח קטנים כל המחזיק בהן זכה בהן וכי מי כתב ג"ש לאלו. וקש' הא כשמואל נמי לא אתיא לדברי הר"ן והריטב"א ואמאי סובר אבא שאול קטנים כל המחזיק בהן זכה משום דאין להם יד לזכות בעצמן הא כיון שנסתלק רשות רבן מהם זכו בהן שמים ומצאתי בספר מחנה אפרים הלכות שכירות (סי' ט') שהקשה כן יעיין שם. אולם לקושטא דמלתא נראה מדברי הריטב"א להדיא דג' בחינות יש בעבד לשון מתנה והקנאה ולשון הפקר ולשון סילוק לשון מתנה והקנאה אינו מועיל בלא שטר כיון דגופו קנוי רק על ידי שטר שיחרור גיטו וידו באין כאחד כמבואר בש"ס ולשון הפקר מהני לקנין ממש רק היכא דיכול לזכות בעצמו וכיון דיצא מרשות בעלים בהפקרן ויש זכות לכל העולם לזכות בו זוכה העבד בעצמו אם הוא גדול וקטנים הואיל דלית להו יד לזכות בעצמן כל המחזיק בהן זכה ולא אמרינן בזה דזכו בהן שמים כיון דהאדון הפקירו לכל העולם ויד כל אדם בו צריך שיהיה בר זכיה לזכות בעצמו מן ההפקר ובקטנים רשות רבו עליהן קרינן בהו וכ"כ הרשב"א להדיא בגיטין (דף ל"ט) שם ולשון סילוק הוא שרבו סילק ידו ממנו כדי שיזכה בו בנפשיה הוא לבדו ואין לזרים אתו לזכות בו בזה כיון שרבו כבר סילק עצמו וכחו ממנו אף בקטנים זכו בהן שמים כיון דלא אפשר לאחרים לזכות בהן ולאו רשות רבן עליהן. וראיתי הדברים מבוארים ביותר בחידושי הרמב"ן המכונה לרשב"א ז' שיטות ר"פ הכותב וז"ל מה שאין כן בעבד שאם אמר אין לי עסק בך הוא מסולק ממנו והרי הוא משוחרר שבין גדולים ובין קטני' קנו עצמן ב"ח כיון שזה עצמו סילק זכותו ממנו שלשון זה אינו לשון מתנה אלא לשון סילוק זכותו מן הדבר כדי שיקנה הלה ולפיכך גבי שדה ל"א כלום דלאו לדידי' יהיב ליה ואפקורי נמי לא מפקרי' עכ"ל הרי לפנינו ההבדל בין סילוק להפקר דבהפקר כיון דיד כל אדם בו לזכות צריך שיהיה בר זכיה לזכות בנפשי' מה שאין כן קטנים ולא אמרינן בהו זכו בהן שמים כיון דרשות רבן עליהם כמו שכ' הרשב"א גיטין הנז' מה שאין כן בסילק יד רבו מהן ולא הפקירן כדי שיד כל אדם יהי' לזכות בהן רק רשותו לבד סילק שיזכו בעצמן בזה אמרינן זכו בהן שמים. ואף אם הפקירן על כרחך צ"ל דיצאו מרשות רבן מ"מ תיכף רשות כל העולם לזכות בו וצריך לבא בכח זכיה שזוכה בנפשיה וקטנים לית להו יד לזכות ובאמת לר' יוסי דסובר הפקר כמתנה ול"ה עד דאתי

לרשות זוכה אין עבד יכול לזכות בעצמו בדבור לבד כשהפקירו רבו דידו כיד רבו רק לרבנן דהפקר לא הוי כמתנה ותיכף בדיבורו יצא מרשות בעלים ונסתלק זכותו נשאר לו יד לזכות בעצמו וכן כ' הפנ"י גיטין שם ונפלאתי על הנתיבות המשפט ח"מ (סי' רע"ג) שנתקשה על הטוש"ע שם דכתבו דהמפקיר עבד קטן כל הקודם בו זכה ואמאי הא בש"ס אינו מבואר רק בגר שמת דממילא נעשה הפקר אבל באם מפקיר בפיו לדעת רש"י וסייעתו וכ"פ הסמ"ע והש"ך (סי' רמ"ג) וכן דעת הטור שם דהוי דעת אחרת מקנה אמאי לא זכה הקטן בעצמו הואיל דהוי הפקר מדעת הוי כדעת אחרת מקנה. והלום בעיר הקודש תובב"א ראיתי גדולי חכמי ורבני ספרד שנסתבכו מאד בקושיא הזאת כמו הגאון מהרי"ט אלגזי ז"ל וספר חקרי לב ויתר גדולי מחברים ואין פותר להם במשור. ואני נפלאתי הא לא עדיף מאם מקנה לו במתנה ממש בפירוש לא מהני גבי עבד דידו כיד רבו רק על ידי גט שיחרור מהני מטעם דגטו וידו באין כאחד ורק מטעם הפקר יכול לזכות אחרי שכבר יצא מרשות בעלים אזי יש לו יד לזכות בנפשיה כיון שכבר נסתלק ממנו כח ורשות רבו וכשאין לו יד לזכות בנפשו ובאנו לאלם כח זכות הקטן מצד הקנאות רבו ולומר כשהפקירו הוי כדעת אחרת מקנה זה לא נוכל לאלם יותר מאם היה מקנה לו בפירוש לבדו דלא מהני [ובלא"ה במ"א הארכתי להבין ענין דעא"מ בהפקר מאימתי הוא על כרחך צריך לומר בשעה שמפקירו והיינו מי שזוכ' אז דאח"כ נסתלק רשותו ובעבד בודאי לא מהני רק מצד סילוק רשות והפקר לא מצד הקנאה דליכא הוצאה מרשות לרשות וז"פ]:

הדרן לדברנו דסילוק עדיף ביותר כיון שלא נעשה הפקר לכל העולם לזכות בהן בזה מהני אף בקטן וזכו בהן שמים ועיין רמב"ם (פ"ה ה"ג) כיצד בשטר כותב לו על הנייר כו' הרי את ב"ח או ה"א של עצמך או אין לי עסק בך כו' הרי זה יוצא לחירות שהרי גיטו וידו באין כאחד אמר לו שלא בכתב ה"א ב"ח ה"א של עצמך כו' עדיין לא נשתחרר ועיי"ש בכ"מ דדבריו מכווני' ממש לדברי הריטב"א והר"ן הנ"ל דלשון סילוק מהני לגבי עבד ואף בקטנים זכו בהן שמים יע"ש. והנה מבואר גלוי לעין הרוא' ומדקדק בדברי הרמב"ם שברישא בכ' בשטר נקט ג' לשונות וא' מהם אין לי עסק ובסיפא באמר לי השמיט הרמב"ם באומר אין לי עסק בך דל"מ ולמה פרט דוקא באמר ל' הקנאה ה"א ב"ח ה"א של עצמך והיה לו לומר דאם אמר אחד מלשונות אלו לא נשתחרר. מזה מבואר בעליל דעתו דלשון סילוק באמת גם באמירה עכ"פ נסתלק האדון ממנו ויצאו לחירות בין גדולים בין קטנים רק שצריך גט שחרור להפקיע קנין האיסור שבו וכמו שמבואר מדבריו (פ"ח) הנז'. ובהיות כן צל"ע בדברי הטור וש"ע יו"ד (סי' רס"ז) שכ' הטור וז"ל

וקונה עצמו בשטר שכ' לו ה"א בן חורין או ה"א לעצמך או אין לי עסק בך וסיים אמר לו אחד מלשונות אלו בע"פ אינו כלום ועיין שם בב"י דמוכח דאמירה לא מהני מהא דאמר רבא קידושין עבד עברי גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אינו מחול יעיין שם ומבואר מדברי הטור דאף כשאומר לשון סילוק אינו כלום באמירה בלבד ולהלן שם הביא דברי הרמב"ם (שבפ"ח) הנז' ומשם מוכח דלשון סילוק מהני ולכן דקדק הרמב"ם ופרט איזה לשונות שלא מהני באמירה ולא כתב אמר אחד מלשונות אלו דלא מהני כיון דלשון אין לי עסק בך באמת מהני וכן בש"ע שם (סע' מ"ב) שכתב כלשון הטור אמר אחד מאלו הלשונות בע"פ אינו כלום וקאי אף על לשון אין לי עסק בך דהוי סילוק ומ"מ לא מהני כלום ומלבד שהוא נגד דעת הרמב"ן ור"ן וריטב"א הנ"ל קשה (שבסעיף ע"ג) כתב ככל דברי הרמב"ם (שבפ"ח) הנז' אשר מבואר מדבריו דלשון סילוק מהני אף באמירה לענין קנין ממון. ומה שכ' הב"י ראיה לדברי הטור מעבד עברי כבר כתבו תוס' קידושין שם דרק לשון הכתוב בשטר לא מהני אבל באומר לשון הפקר מהני וכן לשון סילוק גם כן מהראוי שיהני עכ"פ לענין להפקיע מרבו קנין ממון ולכופו שיכתוב ג"ש וכמ"ש הרמב"ם וצ"ע:

סימן כב

כתב בש"ע (סי' ק"צ ס"ז) בד"א שקנה בכסף לחוד כו' אבל במקום שדרכו לכתוב שטר ל"ק עד שיכתוב את השטר וכ' בסמ"ע הן בשטר קנין הן בשטר ראיה ולכאורה משמע דדעת הש"ע והסמ"ע דבכל אנפי לא מתחיל הקנין עד שיכתוב השטר אולם יש בזה מחלוקה בין הראשונים דדעת הריטב"א קידושין (דף כ"ו) דיש לומר דקונה בשעה שנתן הכסף דהו"ל כאומר קנה בכסף על מנת שאכתוב את השטר ולכשת"ל דלא קנה אפילו בכסף אלא מכתיבת השטר ואילך נ"מ לקנות בכסף במקום שכותבין שטר ראיה דלא קני בשטר וקני בכסף ואי שטר מקנה הוא קונה בכסף לחוד אם פירש לי' דלקני בכסף לחוד ולא בשטר משמע דמסתפק ליה אם קונה למפרע הן בשטר מקנה הן בשטר ראיה אם קנה למפרע. והר"ן הביא בשם איכא מאן דאמר דדוקא בשטר קנין אינו קונה אלא משעת השטר ולא משעה הראשונה דכל שיש לפניו שתי קניות אין דעתו לקנות אלא בקנין שיותר מועיל ושטר מועיל לקנין ולראיה אבל במקום שכותבין שטר ראיה לאלתר קונה בכסף והא דב"ב (דף נ"ד) נכסי כותי כמדבר איירי בשטר קנין דבמקום שכותבין שטר ראיה כי כתב ליה שטרא קני ישראל הראשון למפרע משעת נתינת כסף. והר"ן כתב דודאי שם בשטר קנין עסקינן מיהו בשטר קנין תולה קנייתו של השטר ואינו קונה משעת נתינת הכסף והיינו דב"ב הנז' אבל במקום שנוהגין לכתוב שטר ראיה אי

אפשר ללוקח שיתלה קנייתו בו שהרי אינו קונה בו אלא כשנכתב קונה בכסף משעה הראשונה וכ"ז שלא נכתב אינו קונה משום דלא סמכה דעתיה. והנה אף דכאן מספקי לי' לריטב"א אם קונה למפרע או לא מ"מ מדבריו חידושי גיטין (דף י') משמע דפסיקא לי' דקונה למפרע בהא דכל השטרות העולין בערכאות דקאמר בש"ס קפסיק ותני ל"ש מכר ול"ש מתנה בשלמא מכר כי יהיב זוזי קמייהו קנה ושטר אינו אלא לראיה ואע"ג דקיי"ל במקום שכותבין את השטר ל"ק עד שיכתוב השטר לאו למימר דבשטר קני אלא דלא סמכי דעתייהו עד דכתבו שטרא וכי כתב קני למפרע במעות שנתן הרי דפסיק' ליה דבמכר לעולם כשיש כסף קנין קונה למפרע:

והר"ן שם כתב דמצי להקשות גם על שטר מכר כגון דהוי ליה זוזי הלואה שאין הקרקע נקנה בהו ול"ק אלא בשטר' רק משום דסתם שטר מכר לראיה נקטינהו וה"ק בשלמא שטר ראיה שפיר אלא שטר קניה אמאי והא דלא נקט נמי גווני בשטר מכר במקום שכותבין שטר קנין דאינו חל למפרע ותולה קנייתו בשטר י"ל דשם כיון דידע דשטרא דילהון לענין קנין חספא בעלמא הוא אינו תולה קנייתו בו ונקנה על ידי הכסף לכך נקט רק דבאם קונה במלוה. והא דהר"ן הביא ראיה מב"ב ומוקי דוקא בשטר קנין ותולה קנייתו בשטר דכבר כתבו תוס' ב"ב שם דאנן סהדי שלא הוי בדעתו אלא כמות שהוא רגיל לקנות עם ישראל דהיינו בשטר מדלא פירש אי בעינן בכספא איקני והיינו דוקא אליבא דאמת דשטרו' מהני נמי לקנין מן הכותי מצד דינא דמלכות' דעתו כמו שהוא רגיל ולא יעשה ע"ד כיון שהכותי יסתלק למה יניחנו להיות הפקר ותולה קנייתו בהשטר מה שאין כן שם בגיטין לס"ד דלא ידע מזה דדינא דמלכותא דינא ויודע שהשטר הוא חספא אינו תולה קנייתו בהשטר כמו באתרא דכתבו שטר ראי' ולדעת הריטב"א דס"ל די"ל אף בשטר קנין אינו תולה קנייתו בו וקונה למפרע צריך לומר הא דהוי שם ב"ב הפקר נימא כי כ'ליה שטרא קני ישראל הראשון למפרע צריך לומר כיון דסתם כותים אנסים הם אין בדעתו לקנות בלא שטר ואינו עולה ע"ד שעל ידי זה יהיה הפקר ובזה תולה קנייתו רק על השטר. וכן מוכח מדברי ריטב"א הנעתק בתשובת פמ"א (ח"א סי' ק"ו דף קפ"א ע"ד) דכ' כשטרח הראשון והחזיק נתכוין למהר ולקנות ואף על פי שלא נתן כסף וכ"ש כשנתן כסף ועל כרחך איירי במקום דאין כותבין שטר שלא יסתור לדבריו בקידושין וכמו שכתב שם הפמ"א רק שאין דעתו סומכת שמתירא שיחזור הכותי לכך מהני חזקה אבל בלא חזקה אין דעתו סומכת ואף שכותב לו אחר כך שטר אינו קונה למפרע:

והא דחידש הר"ן דקונה בכסף משעה הראשונה בהחלט בשטר ראיה משום דאי אפשר שיתלה הלוקח קנייתו בו מ"מ מאן יימר דילמא כיון דלא סמכה דעתיה אינו רוצה לקנות

רק משעה שנכתב השטר יש לומר דכיון דאי אפשר ללוקח שיתלה קנייתו בו שהרי אינו קונה בו ורק על ידי כסף צריך שיחול הקנין ואם יהיה הקניה חל משעת כתיבת השטר אם נתאכלו המעות אינו קונה דהוי כמלוה ואף אם קונה במעות על אחר למד ונתאכלו המעות חל הקנין מאז בהכסף ואינו דומה למלוה הואיל דבא לידו בתורת מכר היינו הר"ן לשיטתו ר"פ ג' דקידושין דבקידושין מעיקרא מקני' בהני זוזי ואם הוא חוזר בו אינה חייבת להחזיר דאם לא במאי מקדשה הרי אינם קנוים לה עד סוף ל' והרי נתאכלו בנתיים והה"ד במכר. ואם כן כאן דהדין הוא במקום דכותבין שטר ראיה דשניהם יכולין לחזור הלוקח הואיל דלא סמכה דעתי' וגם המוכר כיון שיודע דהלוקח לא סמכה דעתיה לא גמר ומקנה ולא יצא מרשות המוכר ואם הלוקח חוזר חייב המוכר להחזיר לו הכסף אם כן אם לא נאמר דכשכתב השטר חל המכירה למפרע כיצד יחול אחר כך בשטר ראיה אינו קונה ובכסף אם נתאכלו המעות הוי כמלוה כיון דאינם קנוים לו למוכר עד שיבא השטר והוי כמלוה אם נתאכלו המעות ולכך על כרחך צריך לומר כשבא השטר חל למפרע הקנין על ידי הכסף. והריטב"א קידושין דנראה דמספקי ליה אף בשטר ראיה אם חל למפרע משום דס"ל שם בקידושין במקדשה על לאחר ל' דמקודשת אף אם נתאכלו הכסף משום דבא לידה בתורת קידושין והוי כמקדשה בהנאת מחילת מלוה ולעולם אף אם הוא חוזר אף אם נאמר דצריכה להחזיר הכסף קידושין מתקדשת אם כן בשטר ראיה יכול לחול הקנין מאז מכתיבת השטר ולא למפרע ועיין טו"ז (סוף סי' קצ"א):

גם יש לדון דאינו יכול לחול הקנין אחר כך בהכסף להמבואר מד' ר"ת שבתוס' כתובות (דף צ"ג ע"א) ד"ה עד דאף דיכול לחזור במקום שכותבין שטר מ"מ אינו רשאי ומשמע שם דקאי במי שפרע ועיין ב"י (סי' ר"ד) משם תלמידי הרשב"א שלא מצינו בקרקע מש"פ ומשם הר"ן דמסתפק בדבר ואחר כך העלה דליכא מי שפרע אלא במידי דקני מדאורייתא כגון מעות לר' יוחנן ולפי דעתו אם נתן כסף לקנות קרקע והוא במקום שכותבין שטר אם בא לחזור בו איכא מש"פ ומשמע דס"ל דהא דלא קנו בכסף לחוד במקום שכותבין את השטר הוא רק מדרבנן וכנראה מד' הרשב"א קידושין (דף כ"ו) בהא דשמואל דשטר מכר אינו קונה עד שיתן דמים לאו משום דכסף מעכב בקניית שטר דהא אי פריש פריש אלא דרבנן הוא דתקון משום דאפשר דלא סמכה דעתיה וקרא דינא ודשמואל תקנתא דקם אדעתא דאינשי. וכמו כן נמי בכסף אינו מעכב השטר רק מדרבנן הוא דתקון משום דליכא סמיכת דעת ושם מבואר בש"ס דאי פריש פריש יש וקרא דינא ודרב תקנתא וכיון דמדאורייתא הוי קנין המועיל קאי במי שפרע ועיין בד"מ (סי' ק"ץ) [ועיין תשובת רע"א ז"ל (סי' קל"ד) שכתב וחידוש בעיני (דבסי' ק"ץ ס"ז) דלא

נזכר בשום פוסק דצריך לקבל מי שפרע וכוונתו על פוסקי הש"ע דלפנינו מבואר בב"י משם הר"ן] ואם כן כיון דהכסף עושה קנין מה"ת מהשתא ואף דמדרבנן יכול לחזור מ"מ קאי במי שפרע שוב א"י הכסף לעשות אחר כך קנין המועיל שלא יחזור עוד אם לא שיחול למפרע. ועיין רשב"א נדרים (דף כ"ט) כעין זה וכיון דכסף זה עשה קנין לענין מי שפרע שוב אינו עושה קנין אף כשכתב השטר לכך כ' הר"ן דקונה למפרע:

וראיתי בתשובת מהרח"ש (ח"א סי' י"א) דכ' לדון בזה כמו דמהני אם התנה הלוקח ואמר אם ארצה אקנה בכסף מסתברא דאין חילוק לבין אם גלו דעתייהו בתחילת מקח או אחר כך דכיון שגלו דעתייהו לבסוף דסמכא דעתייהו נעשה המקח מתחילה משעת נתינת הדמים ואף אם נאמר שלא נגמר המקח מתחילה לפחות אחר כך נגמר המקח כיון דגמרו דעתייהו ואף אם כבר נתאכלו המעות אפ"ה מהני כיון דמתחילה קבל הדמים בעד המקח ולא בתורת הלואה וכמו במקדש לאחר ל' הואיל דבא לידה בתורת קידושין וכן במקח מהני אף אם נתאכלו וכ' תוס' דבכסף לא בעי שיאמר מעכשיו שאם לא תתקדש חייבת לשלם הוי כאלו הכסף בעין לאחר ל' ה"נ אף שלא נגמר המקח עד דגמרו בדעתייהו לגמור בלא שטר אם גמרו אחר כך קנה כיון דאם לא יתקיים חייב בדמים הוי כאלו המעות עתה בעין וגם מעיקרא לא נתנם לו בתורת הלואה אלא כדי לקנות השדה ע"כ תורף דבריו:

ולענ"ד הדבר צריך תלמוד דמבואר בש"מ ב"מ (דף ע"ו) משם תשובת הרי"ף דכשהיה המוכר עייל ונפיק אזוזי יורה שלא גמר להקנות לו בעת שקבל המקצת אבל קבל כדי שישלים עליו השאר ואז יגמר המכר וכשלא השלים היה אותו מקצת שקבל מהדמים אצל המוכר כדין מלוה שהוא מחויב להחזיר להבעלים וכשנתרצו אחר זה לגמור המקח ושיהיה הדמים שנשאר חוב לא יספיק להם בזה במה שקבל מהדמים קודם לפי שהיה אצלו כדין המלוה לפי שלא קבל אותם ממנו ע"ד שיקנה בהם וכבר ידעת שהמלוה אינו קונה הקרקעות והאריך בזה וכתב שאפילו אם המעות הוא בעין ביד המוכר גם כן לא יגמור המקח דהוי כמלוה ממש אם כן מבואר דדוקא במקנה המעות על לאחר ל' דבא לידו בתורת מכר ומקנה מהשתא שיחול הקנין על ידי כסף שמקבל כעת על אחר ל' בזה מהני אף בנתאכלו אחר כך דמקנה השת' על אחר ל' וכמו שכ' הר"ן קידושין פ' האומר הנ"ל ובאופן שאם חוזר הוא אין צריך להחזיר הכסף אבל היכא דהכסף ע"ד קנין שיקנה מעכשיו ובכל זה לא קנה כיון דעייל ונפיק המוכר אזוזי לא מהני כשגמרו בדעתייהו לקנות אחר כך דכבר נעשה הכסף מלוה ואם כן כמו כן במקום דכתבי שטרא דלא נגמר המקח בהכסף רק כשכותב השטר אם לא חל למפרע לא יכול לעשות הקנין על אחר כך

אם נתאכלו ואם גמרו דעתייהו אחר כך שיקנה מהשתא בלא כתיבת השטר לא מהני אף דבא לידו בתורת מכר ולא בתורת הלואה דכיון שבא לידו ע"ד שיקנה מאז בשעת נתינת המעות וכיון שאינו קונה מאז דלא סמכה דעתו של הלוקח מה מהני כשגומר דעתו אחר כך לקנות בלא שטר מ"מ כבר נעשה הכסף מלוה ואינו קונה מחדש וגם למה שכ' הרשב"א פ' האומר הא דמהני אף בנתאכלו הוא משום דאם לא תרצה להתקדש לו נותן לה הכסף ולא הוי מלוה לה כלל מתקדשת בהנאה שנפטרת ממנו בנידון דעייל ונפיק אזוזי ובנידון דמהרח"ש ל"ה חפץ מיד לגמור המקח רק עד שיכתוב את השטר וכן המוכר לא גמר להקנות עד שמקבל כל דמי המכר לכן כשאינו משלם נשאר בהלואה כיון שלא בא לידו שכסף זה לבד יגמור הקנין.

ברם יש לדון מטעם אחר דמהני אם התרצה אחר כך שיגמור המקח בלא שטר למה שכ' הריטב"א שם דלכך קונה למפרע דהוי ליה כאלו אמר קנה בכסף על מנת שתכתוב את השטר אם כן בכל תנאי שבממון יכול לבטל התנאי ולומר הריני כאלו התקבלתי או כמו שכ' הר"ן כתובות דכל התנאי הוא אם לא יקפיד ושפיר קונה מאז משעת נתינת הכסף. ובספר המקנה קידושין שם כ' דמלשון הש"ע משמע דאין הקנין אלא בשעת כתיבת השטר ולא למפרע דאי הוי כע"מ שתכתוב אם כן ל"ה מצי הלוקח לחזור בו כדקיי"ל בכל תנאי דעל מנת כשזה מקיים התנאי מתקיים המעשה למפרע ודוקא כשמתנה המוכר על מנת שתכתוב לי השטר חוזר בשטר וחוזר בשדה מה שאין כן הכא דשניהן יכולין לחזור. ולא קשה דאף דהריטב"א כ' דהו"ל כאלו אמר קנה בכסף על מנת שתכתוב את השטר ובאמת כשכתב השטר קונה למפרע בקנין כסף מ"מ כיון שלא דברו בפירוש ובהחלט בזה ליכא עוד סמיכת דעת לקנין ורפיא ביד הלוקח לכך שניהם יכולין לחזור ואינו דומה לשאר תנאים שדברו בפירוש ונכנס הלוקח ע"ד זה שיהיה הוא קשור בהתנאי שאם יתקיים יחול למפרע אבל כאן כיון דלא דברו מהתנאי וליכא סמיכת דעת דלוקח שיתקיים המקח אין זה דרך מכירה שהמוכר יהיה לו הברירה ולא הלוקח ושיהיה קשור בו שהוא לא יהיה יכול לחזור ממקחו ושיהי' תלוי בדעת המוכר וכיון דהקנין רפיא בידו הוי כאלו התנה דהברירה יהיה בידו עוד לחזור כמו ביד המוכר רק באם יתקיים התנאי ויחפוץ גם כן במקחו יחול למפרע והמוכר גם כן יכול לחזור כיון דהקנין רפיא ביד הלוקח ולא נכנס עד"ז שהוא יהיה תלוי בדעת המוכר ולא יהיה בידו לחזור ואינו גומ' וקונה המוכר גם כן אינו גומר ומקנה ושניהם יכולין לחזור ומ"מ נחיתו עד"ז שבאם לא יחזורו יחול למפרע והוי כאומר קנה בכסף על מנת אם לא תחזור ויכתוב השטר.

ומ"מ אם אומר אחר כך שאינו מקפיד על השטר שפיר י"ל דחל הקנין למפרע אולם שיקנה בכסף זה שנתן מהשתא כמו שכ' המהרח"ש זה צ"ע לדעתי כמו שכ':

ועיין תוס' כתובות (דצ"ג) ד"ה ומאימת הוי חזקה דהקשו וכי אכתי ל"א דיני חזקה וכתבו דהכי בעי ומאימת הוי חזקה היכא דיהיב כבר זוזי מאימת מהני חזקה מכי דייש אמצרי אע"ג דגריעי מנעל וגדר הוי' חזקה הואיל ואיכא כסף כדפרישית ומשמ' דאף במקום שכותבין את השטר מהני חזקה גריע' דגלי דעתו דסומך על מקחו ואף דעל ידי חזקה כזאת אינו קונה מ"מ כיון דכבר נתן הכסף נקנה בכסף ולא צריך רק גילוי דעת דסמכה דעתו [ובספר שער משפט (סי' קצ"ב) כ' דיראה לו דבמקו' דכותבין שטר וקנה בכסף דמהני אחר כך כל שהחזיק הלוקח באכילת פירות וכי"ב אז סמכה דעתו ונקנה בכסף לבד וכ' אלא שלא מצאתי גילוי לדין זה בדברי הקדמונים. ולענ"ד הדברים מבוארים לפנינו בתוס' הנז'] ומשמע לכאורה דגם דעת התוס' דקונה למפרע כיון דגלי דעתו דסמכא דעתו מכי דייש אמצרי אף דלא מועיל קנין זה כלל דהכסף בא לידו לא שיקנה מאז וכנז' אם לא דנדחק דתוס' איירי בחזקה דדייש אמצרי בשעת נתינת הכסף דגם צריך שיהי' החזקה מדעת המוכר דאם לא כן אם המוכר לא ידע מה מהני הסמיכת דעת דקונה כיון דעל ידי כסף לבד שניהם יכולין לחזור במקום שכותבין שטר וכמו שכ' לעיל הטעם כיון דהמוכר יודע דהלוקח לא גמר דעתו לקנות אינו גומר ומקנה וכמבואר מדברי ש"ס ב"ב (דף נ"ג) דכ"ז שלא אמר לו לך חזק וקני אינו מועיל אף חזקה גמורה אף דכבר קבל המוכר הדמים קודם לכן וק"ו חזקה גריעי אם כן י"ל דאיירי בשעת נתינת הכסף דאז נגמר המקח על ידי כסף דהלוקח ס"ד והמוכר יודע מזה. אבל שיחול אחר כך המכירה למפרע אינו ראיה מדברי תוס' הנ"ל:

ויש להוכיח מדברי תוס' ב"ב (דף נ"ד) דחולקין ע"ד הר"ן הנז' דלדעת הר"ן דסובר הא דשם נכסי כותי ה"ה כמדבר וכל המחזיק בהן זכה מכי מטא זוזי לידו איסתלק ליה ישראל ל"ק עד דמטי שטרי לידיה איירי על כרחך בשטר קנין לדעת הר"ן דתלי המכר עד שיגיע לו שטר קנין אבל בשטר ראיה דקונה למפרע יכול לכתוב אחר כך השטר מהכותי ותוס' שם כתבו דאין ישראל קונה קרקע מכותי בשטר וכתבו שהיו עומדין במקום שכותבין את השטר ומשמע דאף במקום שכותבין רק שטר ראיה גם כן הוי הפקר וכתבו הא דלא אמרינן דהוי כאלו פירש אי בעית בכספא איקני דלמה לא יגמור בדעתו לקנות ויניחנו להיו' הפקר הוא משום דאנן סהדי שלא היה בדעתו אלא כמות שהוא רגיל לקנות עם ישראל דהיינו בשטר מדלא פירש אי בעינן בכספא איקני ואם נאמר דבשטר ראיה קונה למפרע אם כן אם רגיל לקנות מישראל במקום דכותבין שטר

ראיה ואין השטר עושה קנין אמאי יהיה הפקר ואף אם נדחק דמה שכ' תוס' דהיו עומדין במקום שכותבין את השטר איירי בשער קנין מ"מ בנכרי לדעת התוס' ידוע דשטר אינו עושה קנין וכיצד נאמר דאנן סהדי שלא היה בדעתו אלא כמו שהוא רגיל. שוב מצאתי במהרשד"ם ח"מ (סי' רכ"ז) שכ' דלדידן השתא דכל שטרי ראיה הן כיון שכ' הכותי שטר ונתן ביד הלוקח קנה הוא למפרע ולא יועיל חזקה שהחזיק אחר. אולם מדברי הפוסקים לא משמע כן דכולם פסקו דין זה דהרי הן כמדבר ולא חילקו בין מקום שכותבין שטר ראיה או שטר קנין ולדעת הריטב"א דמסתפק די"ל אף בשטר קנין קני למפרע וכבר כתבתי לעיל דעל כרחך צריך לומר דסובר דכיון דסתם כותי אנס תולה קנייתו רק על השטר ולא חל למפרע ולכך הוי כמדבר. שוב ראיתי בספר תשובת תורת חסד (סי' קע"ח) שהעלה ג"כ דלא כמהרשד"ם וכל הפוסקים לא ס"ל סברת הר"ן עיין שם במה שיש לדון בדבריו על פי מה שכתבתי ועיין מה שכת' לעיל דיני הלואה (סי' י"א) ומה שכ' שם מדברי רמב"ן ב"ב ושאר פוסקים דאם יכתוב שטר לראשון קודם שהחזיק בו אחר אינו כלום על כרחך אף בשטר ראיה איירי דאלו בשטר קנין דוקא קאמר בדברי הר"ן כיון שכ' לו שטר קנין ונתן בידו אין כח ביד ישראל להחזיק לפי שכבר קנה הלוקח בכתיבת השטר אלא ודאי לית להו סברת הר"ן כנראה הוא ט"ס וצ"ל כיון שכ' שטר ראי'. אולם זה אינו ראיה דלעולם ישראל אינו עושה אלא כמות שהוא רגיל ולדעת הר"ן על כרחך איירי שם במקום שכותבין שטר קנין ותולה קנינו בהשטר ולכך כבר אסתלק הכותי. ועיין רמב"ן שם דכ' ויש לדקדק אם חזר וכ' אחר כך שטר האיך יקנה לוקח ראשון כיון דהכותי שקיל דמי אסתלק ואם שמא לעולם ל"ק עד שיכתוב שטר קודם שיתן כסף ומשמע מדבריו דלעולם איסתלק ונ"מ שיכתו' שטר דאינו קונה למפרע אולם י"ל כמו שכ' הר"ן דאיירי במקום שכותבין שטר קנין וכמו שכ' הר"ן וכן נראה קצת מדברי רמב"ן גיטין (פ"א) הנז' דכ' בהא דקאמר הש"ס בשלמא מכר מדיהיב זוזי קמייהו הא במקום שכותבין את השטר ל"ק עד שיכתוב ואין זה שטר להקנות בו לא תטעה בזה דהתם ה"ט משום דלא ס"ד עד דכתבו שטרא לראי' אבל כשנכתב בכסף קנה הילכך אף כאן קנה בשטר ערכאות עכ"ל וכ"כ שם ברשב"א ומשמע דקונה למפרע היכא דיש שטר ראיה. אולם י"ל דסובר דקונה בכסף מהשתא כשכתב השטר ויכול כסף זה שקבל לעשות הקנין מהשתא אף דשניהם יכולין לחזור ודלא כמו שכ' לעיל מדברי הר"ן קידושין פ' האומר דבמקום ששניהם יכולין לחזור לא מהני ועיין שם בחידושי מהרי"ט:

וראיתי שם בתורת חסד (סוף סי' קע"ט) שכ' להסתפק לדעת האומרים דבאתרא דכתבי שטרא ל"ק בחזקה לחוד עד שיכתוב שטר אם היינו דוקא בחזקה דלאלתר אבל אם

החזיק שני חזקה בקרקע ומה גם אם הוציא הוצאות במה שהחזיק איכא למימר דודאי יש הודאה ומודעא רבה שגמר וסמך דעת הקונה לקנות אפילו בלא כתיבת השטר והעלה שאין כ"ז מספיק לקיים המקח דמאחר שגם המוכר לא סמך דעתו לגמור המכר עד שיכתוב השטר מה מועיל שהקונה סמך דעתו לקנות ולגמור המקח ואף המוכר גומר בדעתו לגמור עד שיכתוב השטר וכתב שזה נרא' פשוט ומפשיטו' דבריו איירי בנתן הכסף ואם כן כשהחזי' שני חזקה על כרחך כיון דלא מחה המוכר וידע מזה לדעת הר"ן דחל למפרע י"ל דנגמר המקח ואף להחולקים על הר"ן דעת מהרח"ש הנ"ל דסגי בגילוי דעת הלוקח וכמו שכ' לעיל. עוד כ' שם שאם מכר המוכר לאחר וכתב לו שטר השני קנה ולא הראשון אעפ"י שכ' אחר כך שטר לראשון וכ' והוצרכתי לזה לפי שכ' הכ"מ (פ"א) ממכירה דקנה למפרע בכסף ונראה דל"ק למפרע דאין זה דומה לתנאי דאין שם מכר כיון דליכא ס"ד עיין שם בדבריו והכל הולך לשיטתו דחולק ע"ד הר"ן:

ברם אף לדעת הר"ן כשכתב השטר זכה למפרע בקנין כסף יש לדון דמ"מ כשמכר המוכר להשני וכתב לו שטר זכה השני אף אם כתב שוב שטר מכר להראשון להמבואר בדברי ראשונים ר"פ האומר בקידושין אם קדשה על לאחר ל' ובא אחר וקדשה תוך ל' דמקודשת לשני ודעת הרמב"ן דאם מת השני תוך ל' או גרשה חזרו קידושי הראשון ודעת הרשב"א דכל שקדשה אחר הרי חזרה בה מקדושי הראשון ובאותה שעה נפקע לגמרי ושוב אינם חלין ואין לך חזרה גדולה מקבלת קידושי שני וכן דעת הרא"ש שם ועיין טור אה"ע (סי' מ') והר"ן שם נו"נ בזה ודחי ראיית הרשב"א וכ' והאיך נקיל לדחות הירושלמי אלא ודאי ראוי לחוש ולהצריכה גט משמע מדבריו דרק מפני חומר א"א החמיר ולפי זה בנד"ד אף אם נאמר דחל קנין כסף למפרע כשכותבין השטר הא מ"מ עד שנכתב השטר שניהם יכולין לחזור כמו הלוקח כן המוכר וכמו שהוכחתי לעיל וכיון דהמוכר מכר מקודם לאחר בקנין המועיל אין לך חזרה גדולה מזו ונתבטל המקח של הראשון לגמרי ולדעת הרשב"א והרא"ש נראה בפשיטות דמכירה לאחר הוי חזרה מן הראשון ובד"מ י"ל דגם הר"ן מודה לדבריהם רק בקידושין החמיר ואף לדעת הרמב"ן יש לדון לחלק משם ובזה נראה הדין ברור דאין לך חזרה גדולה מזו דשם י"ל דדעת האשה שאם ימות או תתגרשה מן השני יחול קידושי הראשון אבל כאן כיון שמכר להשני בקנין המועיל שוב לא ישוב אליו הקרקע בודאי חזר מהראשון לגמרי ושוב אינו חוזר וניעור הקנין של הראשון אף אם יכתוב לו שטר ואין בידו לבטל קנין של השני כיון דכבר נתבטל קנין של הראשון וז"פ לדעתי העניה כיון דכבר הוכיחו כל המחברים מש"ס דאמר אם פירש אי בעינא בכספא איקני דאי בעיתו למיהדר לא מציתו הדריתו מוכח דבלא פירש כמו שהלוקח

יכול לחזור כן גם המוכר יכול לחזור וכמו"ש בתשובת בעל כנה"ג ח"מ (סי' קל"ו) וכן מבואר בתשובת הגאונים שבספר שערי צדק (ש"ו מח"ה סי' ח"י) בתשו' רב נטרונאי דאינה יוצאה מת"י מוכר עד שכותב שטר ללוקח אם הוא במקום שכותבין שטר אף דיהיב דמי ומבואר דגם לגבי מוכר ל"ה קנין אם לא פירש לוקח אם כן אם קודם שכתב השטר מכר לאחר אין חזרה גדולה מזו:

והנה אם מוכר שדהו מפני רעתה אם מהני בכסף בלא שטר אף בלא פירש הלוקח מסתפק במהריב"ל ומהרי"ט (ח"ג סי' ס"ה) פשיטא ליה מסברא דלא מהני דבשלמא בשטר בלא כסף דלא מהני רק במוכר מפני רעתה הטעם כיון דהריעותא הוא מצד דמוכר לא סמכה דעתיה בלא קבלת דמים איכא למימר במוכר מפני רעתה גמר ומקני אבל בכסף בלא שטר דהריעותא הוא משום דהלוקח הוא דלא סמכה דעתיה במוכר מפני ריעותא יש לומר דכ"ש דקפיד שנתן הכסף ואפילו חספא לא יהבי ליה והביא דבריו הרב בנה"מ וכנראה מסכים בזה לדברי מהרי"ט. ובעניי ראיתי שיש בזה מחלוקת הראשונים ז"ל דבחידושי רמב"ן קידושין שם נראה כסברת מהרי"ט שכתב שם בשער השני קנין חזקה שכתב שם דבמקום שכותבין שטר לעולם לא קנה עד שיכתוב לו השטר לא בכסף ולא בחזקה אבל אם פירש קנה ואם לא פירש אפילו במוכר מפני רעתה ל"ק עד שיכתוב לו את השטר דלוקח לא סמכה דעתיה ואיהו לא מפני רעתה לקחה עכ"ד הרי כסברת מהרי"ט דלגבי לוקח לא מאלם הסמיכת דעת אף אם מוכר מפני רעתה. אולם בשיטה לא נודע למי לאחד מראשונים חידושי קידושין שם כתב וז"ל ונראה לומר במוכר שדהו מפני רעתה דקני בכספא אפילו במקום שכותבין את השטר כדאמרינן לקמן בשטר בלא כסף קני לה אע"ג דבעלמא במכר לא קנה עד שיתן דמים עכ"ד מבואר דס"ל דמימרא דרב שאמר על כסף דהריעותא הוא מחסרון סמיכת דעת דלוקח שוה למימרא דשמואל שאמר על קנין שטר שהריעותא הוא מחסרון סמיכת דעת דמוכר ובמקום דזה קנה זה קנה וה"ט דזה ל"א שהלוקח לא יסמוך דעתו שהמוכר לא יקיים המקח ואף דמים לא יחזור לו דאטו בשופטני עסקינן ובפרט אם יש עדים בדבר רק דכל מוכר קרקע מוכר שלא ברצון והמוכר עציב ומוכר מוכר מאיזה סיבות בהכרח אין הלוקח סומך דעתו שלא יחזור בו המוכר ואינו גומר לקנות עד שיבוא השטר לידו וכן המוכר כשכבר כתב השטר מ"מ אינו גומר ומקנה כשלא קבל עדיין הכסף. ולדעת הראב"ד מובא ברשב"א סגי בקבל מקצת הכסף והרשב"א חולק כיון דהטעם משום דלא סמכה דעתי' הוא ולא משום קניה לכן עד שיתן כל הדמים ל"ק ודעת ראב"ד כיון דהלוקח הוציא אף מקצת דמים סומך דעתו שלא יחזור ממקחו ובמוכר מפני רעתה גומר ומקנה אף כשלא קבל

עדיין הכסף וכמו כן בשכבר קבל הכסף כיון שמוכר מפני רעתה סומך הלוקח דעתו שלא יחזור בו המוכר וגמר וקונה כיון דניחא ליה במקחו.

וכן נראה שהוא ד' הריטב"א שם שכ' דהא דרב קאי בין אכסף בין אחזקה שלא קנה בחד מהם ולא בשניהם יחד במקום שכותבין את השטר עד שיכתוב את השטר ובדין חזקה שם כתב במקום שכותבין ל"ק עד שיכתוב אבל במתנה או במוכר שדהו מפני רעתה קונה ועיין עוד שם בסוף דין הרביעי בקנין החזקה. אך יש לדון בדברי הריטב"א מדלא כתב הדין במוכר שדהו מפני רעתה רק בקנין חזקה דמהני ולא כתב כן בדין קנין כסף קודם לכן יש לומר דדעתו דרק בקנין חזקה וכשלא נתן הכסף דהריעותא הוא מצד דמוכר לא גמר ומקנה כשלא קבל כסף בזה מהני במוכר שדהו מפני רעתה אבל אם נתן כסף בלא שטר באמת לא מהני כיון דהלוקח הוציא כספו אף שעשה חזקה לא מהני וליכא סמיכת דעת לגבי לוקח ואף שמוכר מפני רעתה וכ"כ בכסף לחוד לא מהני. אולם מדכתב בתחילת דבריו דהא דרב בין אכסף בין אחזקה קאי שלא קנה בחד מהם ולא בשניהם יחד במקום שכותבין משמע קצת דאף בשניהם יחד במוכר מפני רעתה מהני כמו דכ' דבחזקה לחוד בלא כסף דמהני במוכר שדהו מפני רעתה וצ"ע בדעתו וע' ברמ"ה ב"ב (פ"ג סי' ר"ג) שכ' בשטר מכר ל"ק עד שיתן דמים או במוכר מפני רעתה והה"ד נמי בחזקה דל"ק במכר עד שיתן דמי' או במוכר מפני רעתה דאידי ואידי חד טעמא הוא עכ"ל וי"ל נמי דרק לענין סמיכת דעת דמוכר מהני אם החזיק אף דלא נתן הדמים אבל בנתן דמים גרע ולא מהני אף במוכר שדהו מפני רעתה וכיון דבדברי רמב"ן מפורש דלא מהני במוכר מפני רעתה לגבי סמיכת דעת דלוקח י"ל דהכי נקטינן ודלא כשיטה הנ"ל:

ועיין מהרשד"ם חאה"ע (סי' קס"ד) שדעת הפוסק שם גם כן שלא הזכיר דין זה דמפני רעתה אלא גבי קנין שטר בלא כסף אבל לגבי כסף בלא שטר לא וכתב אף דהוי ספק קרקע בחזקת בעליה עומדת והרשד"ם חולק עליו וכל ראיותיו שם מש"ס ופוסקים מפרק השוכר את האומנין דאידכר לגבי כסף לבד מבואר בראשונים דשם איירי במקום דאין כותבין את השטר אבל במקום שכותבין את השטר י"ל דאף במוכר שדהו מפני רעתה אין הלוקח סומך דעתו וכמו שכ' הרמב"ן ואם נאמר לדון לסד"ד י"ל קצת למ"ש הרשד"ם (סי' רמ"ג) גבי בן שמכר בנכסי אביו פחות מבן ך' ועמד ביד הלוקח אחר שהגדיל קצת ולא מיחה בו דאיכא פלוגתא דרבוותא אם יכול עוד למחות והוא מחלוקת הרמב"ם ורבותיו כתב הרשד"ם שנראה בעיניו טעמא רבה שכיון שמן הדין אחר י"ג וב"ש הוא גדול ומועיל המכירה ולא נאמר בן ך' אלא מדרבנן כיון דהוי ספק דרבנן אמרינן קולא לנתבע אם כן ה"נ כיון דמן הדין גמור כסף קונה רק מדרבנן י"ל קולא לנתבע אם הלוקח

מוחזק ויושב בקרקע אולם כבר כתבתי די"ל כאן אף מה"ת שוב לא מהני הקנין כיון דלא סמכה דעתיה ואף די"ל דגם שם כיון דתקנו חז"ל דקודם בן ך' לא מהני ויכול לחזור כיון דקודם בן ך' מיקרבא דעתיה אזוזי ויכול לחזור אחר כך שוב ליכא סמיכת דעת וגם שם לא ראיתי מבואר אם חייב וקאי אחר כך במי שפרע אם מוחה אחר כך ויבטל המקח וכאן קאי במי שפרע אם אינו כותב השטר וחוזר ממקחו וכמו שהבאתי לעיל מ"מ ראינו דכאן לא חל לכמה פוסקי' למפרע מה שאין כן שם וכיון דשם כ' הרשב"ם לקולא דאין מוציאין מלוקח כ"כ י"ל לדון בספק דלא נאמר קרקע בחזקת בעלים. אולם גם שם כבר כ' בתשובת פמ"א (ח"א סי' י"ב דף ל"ז ע"א) להקשות על דברי מהרשד"ם ושהוא סותר לדבריו (סי' שמ"א) וגם שזה דוקא אם מוחזק הלוקח שכבר החזיק כמה שנים אחר שהוא בן ך' עיין שם בדברי טעם וכן משמע מדברי פוסקים דלעולם מוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא ואם כן כיון דדברי הרמב"ן מפורשים דלא מהני מוכר מפני רעתה בכסף לחוד במקום דכותבין את השטר י"ל דכך נקטינן. ועיין בדברי אמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני חמץ (סי' ב'):

עוד ראיתי שם במהרשד"ם שחולק עם הפוסק דדעת הפוסק דחזקה אלימתא מקנין ודעת הרמב"ן דלא מהני חזקה בלא שטר כ"ש שלא יועיל קנין שהוא חלוש יותר בלא שטר ודעת מהרשד"ם דקנין עדיף דקנין לכתיבה עומד עיין שם וכן מצאתי מבואר ברמ"ה ב"ב דס"ל דחזקה לא קנה במכר עד שיתן הדמים וכמו שהבאתי דבריו לעיל וכן מבואר בדבריו פרק גט פשוט (דף קס"ז ס"ט) ולגבי קנין העלה שם בשטר דאית ביה קנין אע"ג דלא יהיב דמים נמי קנה עיין שם בדבריו ובמה שכ' ע"ד לעיל דיני הלואה (סי' י"א):

עוד הביא שם המרי"ט משם מהריב"ל להסתפ' אם מהני בפירש שיקנה בשטר לחוד כמו בכסף בלא שטר דמהני בפירש והביא על זה דברי המ"מ (פ"א ממכירה) דמהני ומהרי"ט הביא ראיות דלא מהני וכבר השיב על ראיותיו בנה"מ. ובאמת הדברים מבוארי' בחידושי רמב"ן שם להדי' (בשער הג') דשטר קונ' במוכר שדהו מפני רעתה ואם פירש יעשה כפירושו וכן מבואר שם בדברי הריטב"א והרשב"א דפירש מהני דכל תנאי שבממון קיים. וז"ל הרשב"א דהא דבשטר מכר לא קנה לאו משום דכסף מעכב בקניית שטר דהא אי פריש פריש אלא דרבנן הוא דתקון משום דאפשר דלא סמכא דעתיה וקרא דינא ודשמואל תקנתא דקם אדעתא דאינשי עכ"ל ומבואר דפריש מהני כיון דעצם הקנין מועיל מן התורה ואף דיש לומר הא דכ' הרשב"א דרבנן הוא דתקון ודשמואל תקנתא דקם אדעתא דאינשי לא תידוק דמן התורה קנה גם אחר דקם שמואל אדעתא דאינשי די"ל דכיון דקם אדעתא דאינשי שוב לא מהני אף מן התורה הואיל דליכא סמיכת דעת

ולא גמר ומקנה והוי דברים שבלב דמוכח שוב אינו קונה אף מן התורה מ"מ אם פריש מהני כיון דבעצם הוי קנין המועיל וכיון דפריש דסומך דעתו קונה אף השתא וכמו במוכר שדהו מפני רעתה משום דס"ד דמוכר להקנות כן נמי אם פריש ובתוס' רי"ד כ' נמי כן להדיא דמהני בפריש וכ' דכ"ש הוא ממוכר שדהו מפני רעתה ומה שכ' המהרי"ט לראיה דלא מהני פריש דאם איתא בפריש מהני בלא דמים מ"ט של הסוברים דקנין סודר לא מהני הא קנין סודר כמפרש מעכשיו דמי דלאחר זמן הדרא סודרא למאריה ומה"ט כ' תוס' פרק א"נ דלא קניא אסמכתא אפילו במפרש מעכשיו דהא ק"ס כמעכשיו ול"ק. הנה לפנינו מבואר דעת הריטב"א דקנין סודר גם כן אינו קונה עד שיכתוב את השטר דלא עדיף כח קנין מכח כסף וחזקה כמבואר מדבריו בד"ה בכסף מנא לי' עפי"כ כתב בד"ה אמר שמואל בדפירש דליקני בשטרא לחוד קונ' בשטר ועל כרחך אף דקנין סודר הוי כמעכשיו מ"מ יש לומר דלא הוי כפירש שיקנה לגמרי מהשתא רק כשיקבל הכסף יקנה למפרע מה שאין כן פריש מהני לגמרי שגומר הקנין מהשתא ואינו דומה כלל לאסמכתא דשם לא גמר ומקנה אבל כאן אף אם נאמר דלא גמר ומקנה כל זמן שלא קבל הדמים ויכול לחזור ולבטל הקנין מ"מ אם קבל הדמים חל שפיר הקנין למפרע כמו שכ' הריטב"א בקנין כסף במקום שכותבין שטרא דחל למפרע ה"נ בקנין חליפין לדעתו דס"ל דאף קנין לא מהני מ"מ מודה כשקבל דמיו והלוקח השטר חל הקנין למפרע אף דיכול לחזור. מה שאין כן בפירש להדיא חל מהשתא אף שלא יכול לחזור ונקטינן כדעת כל הפוסקים הנז':

ואם נשבעו שניהם שלא יחזרו העלו האחרונים דהוי סמיכת דעת ושוב אינם יכולין לחזור וכדעת מהריב"ל ומהרי"ט ועיין מל"מ (פ"א) ממכירה ומשמע אף אם מת המוכר אין היורשים יכולין לחזור הואיל דאיכא סמיכת דעת ומורישם לא היה יכול לחזור ואינו דומה למוכר בנכסי אביו קודם בן כ' דיש סוברים אף שנשבע שלא יחזור מ"מ כשמת יכולין היורשים לבטל המכירה לדעת הסוברים דמעשיו בטילין מעכשיו אפילו בלא חזרת הקטן יכולין היורשים לומר מעיקרא המכר אינו מכר אלא שהקטן לא היה יכול לערער מפני השבועה אנו לא נשבענו וקם הקרקע ברשותינו ועיין כנה"ג (סי' רל"ה) ובתשובותיו ב"ח (ח"ב סי' קנ"ו) דשם לא תליא בס"ד מה שאין כן כאן דתליא בס"ד כיון דבעצם הוא קנין כסף קנין המועיל רק מפני דלא ס"ד וכשנשבעו סמכה דעתיה ומשמע דאף היורשים אינם יכולין לחזור:

ודע הא דבמקום שכותבין ל"ק בכסף עד שיכתוב את השטר ראיתי בכנה"ג (סי' ק"ץ) משם מהרש"ך דאעפ"י שלא בא השטר לידו זכה כיון שנכתב ונחתם. ובמהרש"ך ז"ל

כ' דתליא במחלוקת אם בשטר בעינן מטי לידו וכיון דקיי"ל כרוב הפוסקי' דלא בעינן מטי לידו הה"ד כאן ויש להעיר כיון דבאמת קונה בכסף לחוד רק עיקר הטעם דהלוקח לא סמכה דעתיה בעוד שאין השטר בידו לראיה י"ל דאף כשנכתב ונחתם כ"ז שאינו ת"י אינו סומך דעתו ובאמת בש"ס לא קתני רק עד שיכתוב השטר וכן בל' הראשוני' לא הזכירו רק הכתיבה ולא הנתינה ת"י משמע כיון שכבר ציוה המוכר ונעשה מעשה רב לכתוב ולחתום את השטר סומך הלוקח דעתו שלא יחזור בו עוד ונגמר המקח מאז או למפרע לדעת הר"ן ומ"מ אם אמר כתבו השטר ותנו לידי דיכול לחזור ועיין בבעה"ת (שער נ"ב) בזה י"ל דעדיין לא סמכה דעתיה דלוקח ובלשון הרמב"ן כ' כ"פ עד שיכתבו לו את השטר משמע דעכ"פ צריך שיכתבו לו את השטר ולא שישאר ביד המוכר דבזה ליכא עדיין סמיכת דעת:

סימן כג

בהא דלמכור בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים דדעת הרמב"ם והש"ע (סי' רל"ה סי"ד) דאם כשנעשה בן ך' לא מיחה שוב אינו יכול למחות והמ"מ כ' דלמד דין זה במה שאמרו במתקדשת למיאון כיון שגדלה שעה אחת ולא מחתה שוב אינה יכולה למחות ובקצוה"ח שם הקשה על הש"ע הא שם לקדושי תורה בעינן בעל דוקא וגם למה לא כ' המחבר דהוא דוקא אם נשתמש בפניו עיין שם. ולפי ענ"ד י"ל כיון דמן התורה הוי קנין כשהוא בן י"ג ויום א' והביא ב' שערות רק דרבנן תקנו עד שיהיה בן ך' לכך באם הגדיל ולא מיחה הוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים וממילא חל הקנין למפרע כל שאינו חוזר ולא בעינן שיעשה עתה מעשה קנין מחדש וסגי בגלוי דעת דאי אפשי בתקנת חכמים והמחבר אינו מדמה זה כלל לקדושי קטנ' דלא חל כלל מן התורה ובפרט למה שכ' לעיל משם מהרשד"ם ופמ"א. גם דעת המבי"ט (סי' קכ"ב) דהלוקח אינו יכול לחזור לדעת הרמב"ם דלא כתשובת רשב"א המכונה שהביא הב"י וכך הי' התקנה שרק הוא הבריר בידו לחזור ולא הלוקח וכשאינו חוזר ודאי חל למפרע ולדעתו צריך לומר דאם כן ליכא סמיכת דעת דלוקח דרק במקום שכותבין השטר מדלא פירש אינו סומך דעתו אבל כאן ירד לקנות עד"ז שיהיה הבריר ביד המוכר אם לקיים המקח או לבטלו לכך אם לא מיחה מיד ושתק אחר עשרים שוב אינו יכול לחזור אף בלא שום מעשה קנין דחל למפרע:

ובזה יש לסתור דברי הקצוה"ח (סי' קמ"ט) במה שמתרץ שם קושית המל"מ בהא דאין מורידין קרוב בנכסי קטן דבהיה קטן ממש שאינו מועיל מכירתו אף מן התורה אף אם שתק אחר כך אינו מועיל ולעולם יכול לחזור וקצת ראיה לזה מעובדא דבר שטיא

כתובות (דף ך') דאמרינן ולא אמרן אלא דאית ליה חזקת אבהתי אבל לית ליה אמרינן כשהוא שוטה זבין ויקשה נימא נמי כיון דהשתא הוא חלים מהני קנייתו למפרע כמו במוכר קודם בן כ' ושתיק אחר כך ולא מיחה כן נמי בשוטה שקנ' ואחר שנשתפה שתיק המוכר ולא מיחה שיהי' מועיל אלא ודאי דלא מהני רק במכר בנכסי אביו קודם בן כ' דקניינו מהני מה"ת ובימי חורפי אמרתי ראיה להרמב"ם מש"ס ב"ב (דף קנ"ה) עובדא דבני ברק דהקשה הרמב"ן מה מהני הבדיקה דאחר כך דלמא הביא שערות אחר המכירה וכ' דאיירי דמת מיד והרא"ש בתשובה הוליד מזה דנעשה גדול למפרע ולדעת הרמב"ם אתי שפיר. ושוב ראיתי בתשובת הרשב"א (ח"ו סי' קי"ג) שחולקים שם על הרמב"ם והבי' כדמות ראיה כזאת ומדחי יעיין שם שהעלה שלעולם יכול לחזור:

וקשה לי על הרמ"א שם (סי' רל"ה) דלא הביא דעת החולקי' על הרמב"ם ושם (סט"ו) כתב דברי רשב"א בתשובה המובא ב"י שם דאם אין לו דמים הלוקח גובה ממנו מב"ח ומשמע דקאי גם כן על מוכר בנכסי אביו קודם בן ך' כמו שכ' הרשב"א דאינו גובה מהמשועבדי' שכל שאין עיקר המקח מקח חזרו המעו' להיות כמלוה על פה כדאסיקו במעשה דפרדיסא פ' חה"ב. וק' הרשב"א לשיטתו דכיון דקתני לא עשה כלום וסובר דלעולם יכול לחזור אתי שפיר דלא ניתן השטר לכתוב כלל אבל לדעת הרמב"ם ומחבר כשלא מיחה דשוב אינו יכול למחות אם כן ניתן השטר לכתוב ולא גרע מנמצאת שאינו שלו דודאי לא היה שם שם מכיר' ואעפי"כ גובה הקרן מנכסים משועבדים מטעם דניתן לכתוב דלא ניחא ליה דליקר' גזלנא או דליקום בהימנותי' כמבואר ש"ס ב"מ (דף ע"ב) וש"ע (סי' שע"ג) וכאן עדיף טפי כיון דמן התורה חל המכירה לגמרי רק תקנת חכמים עד שיהי' בן ך' וכשלא מיחה אחר שהגדיל דשוב אינו יכול למחות אם כן ניתן לכתוב ובפרט למאי דמשמע מדברי הרמב"ם והמחבר שם דאף בהכיר בה שאינו שלו גם כן גובה הקרן ממשעבדי אף דבזה לא ניתן לכתוב כלל וכבר עמד על זה בתשובת חות יאיר מובא בתומים (סי' קט"ז) ועיין שם מה שמתרץ ולדבריו למאן דסובר שעבודא דאורייתא לא בעינן כלל ניתן לכתוב ויקשה כאן למה לא יגבה ממשעבדי. שוב מצאתי בבעה"ת סוף שער (מ"ז) וז"ל וכן פחות מבן ך' שמכר בנכסי אביו חזרה מעות המקח הכתובין בשטר המכר בהלואה בשטר על המוכר וגובה ממשעבדי כמסקנא דשמעתא דפרדיסא דכל מוכר מדעתו טרח ומוקי המכר מקח לגבי הלוקח הלכך כל מוכר שלא באונס ע"ד להעמיד המקח ביד לוקח מכר וזוזי מלוה בשטר הוי ועוד דלא צריכא לגמ' להנך טעמים אלא משום דאחרים מבטל המכר כמו בפרדיסא וגוזל אבל במכר קרקע שלו דבר ברור הוא דע"ד מכר גמור עביד ולא עביד אינש לשווי' נפשיה רשע ומן מחוסרי אמנה ועוד

ניתן לכתוב נמי הוא כיון דארעא דידיה הוא ותרוויהו נ"ל בזיבונא ולית ביה איסורא ניתן לכתוב הוא עכ"ל הרי מבואר מדבריו הרבה טעמים דגובה ממשעבדי ומכ"ש לפסק המחבר כדעת הרמב"ם וצ"ע על הרמ"א אם לא נדחוק דלא קאי רק על קטן ממש ועיין נתיבות (סוף סק"א):

[**עוד** ראיתי שם בבעה"ת דאף במכר דבר שלא בא לעולם כיון דשלו הוא ומדעתו מכר ניתן לכתוב דלא יהי' רשע ומחוס' אמנה וגובה הדמים ממשעבדי ועוד דבפירות דקל מהני אם שמיט ואכיל. וזה דלא כמו שכתב הנתיבות (סי' ס' ס"ק י"א) בפשיטות בדשלבל"ע והלוקח ידע כיון דלא מהני חזר ולקחה הוי המעות מע"פ ועיין מל"מ (פכ"ב) ממכירה ובתוס' ב"ב (דף קנ"ט) ובדברי משפט ממר זקני מ"ו ז"ל (סי' רי"א)]:

ואם ב"ד יכולין למכור בנכסי אביו קודם בן עשרים כ' הנתיבות דאין לב"ד להעמיד אפוטרופס למכור לצורכו כי אפוטרופ' לדיקנני לא מוקמינן וגם הב"ד אין להם כח אולם בתשובת מבי"ט (ח"א סי' קכ"ב) פשיטא ליה דבהסכמת ב"ד יכול למכור ומהני. אולם הכנה"ג העלה בתשובותיו ב"ח (סי' קנ"ו) דאף על ידי ב"ד לא מהני. עוד העלה המבי"ט דאף דיורשיו יורשים זכותו שיכולין לבטל המקח אם נשארו לו יורשים קטנים אחר שהשלים המוכר פחות מבן כ' ובא לעשרים בקבר אף דיורשיו לא הגיעו לעשרים שוב אינו יכול למחות שאין להם זכות יותר מן מורישם כיון שהוא אינו יכול למחות אחר עשרים לדעת הרמב"ם ולא אלימא תקנה זו כולי האי והבו דלא לוסיף עלה. ואם כי כך הורה הזקן לדין יש להרהר דאף לדעת הרמב"ם הוא רק אם שתק ולא מיחה אבל ודאי אם נאנס ולא מיחה מיד יכול למחות אחר כך ואם כן כשמת וכבר זכו יורשיו למה לא יוכלו למחות עד שיגיעו לעשרים ומה שכ' דמצינו כי"ב גבי שומא הדרא לעולם שאם שמו להמלוה שהי' חייב לאחר ושמו ב"ד לאחר ובא הלוה הראשון לתת המעות לקחת מן השני לא יהיה כח השני יותר מכח הראשון שהיה חוזר השומ' כ"כ לא יהיה כח היורש גדול מכח המוריש והחילוק מובן מאליו דשם כל כחו לא הוי שהב"ד שמו לו רק מכח הלוה המלוה הראשון אבל בנידון זה כיון שמת נסתלק וזכו היורשים בזכות של מורישם שיש לו בקרקע למחות עד עשרים וכיון דזכו י"ל דהוי הלוקח כבא מכחם מה שיושב בקרקע אולם המבי"ט ז"ל דעתו רחבה מדעתינו דס"ל דאינם יורשים יותר מכח מורישם וכשיבוא זמן שלא היה יכול למחות עוד גם היורשים אינם יכולין למחות עוד:

ויש להסתפק אם חייב לבע"ח ואין לו לשלם אם הבעל חוב יכול לבטל המקח אף שלא מיחה המוכר וכגון שמכר קודם שהלוהו. ויש לומר למה שכ' האחרונים בכנה"ג יו"ד (סי' קס"א) להסוברים דאינו חייב להחזיר הריבית עד שיתבענו הלוה דמ"מ כופין את

הלוה לתבוע בכדי שיהיה לו במה לפרוע משום דפריעת בעל חוב מצוה ועיין קצוה"ח (סי' ט') ובטו"ז (סי' צ"ט) משם הריב"ש בכתב בשטר שיפרענו כל זמן שיתבענו המלוה כשחייב לאחרים יכולים להוציא ממנו אעפ"י שהמלוה אינו רוצה לתבוע ומחלק הקצוה"ח דשם כיון דחייב ממש רק תלוי בזמן הפרעון שייך שדר"נ אבל היכא דהחיוב הוא על ידי התביעה כל זמן שלא התחיל החוב והשעבוד לא שייך שדר"נ ויש לדון דכאן לדעת רבותיו של הרמב"ם דאין במעשיו כלום ואף אחר כ' מוציא כל הפירות שאכל יכול הבעל חוב גם כן לבטל המכירה אבל לדעת הרמב"ם כשלא מיחה נתקיימה ביד הלוקח דשם מכר עליו כשרוצה י"ל דאף קודם ך' חל שם מכר ויכול לחזור ולבטל וכל זמן שאינו חוזר הוי כאומר אי אפשי בתקנת חכמים וכנראה מדברי בעה"ת הנז' דמחוסר אמנה הוא אם חוזר י"ל כל זמן שלא חזר ממקחו לא חל השעבוד דבע"ח ע"ז ועיין ש"מ ב"מ (דף י"ט) משם תלמידי הר"פ ובדריש' (סי' ת"ב) מובא בד"מ (סי' פ"ו) ובמ"ש בכמה מקומות בנידון כזה ומ"מ כאן י"ל כנז' דלא נשתעבדו לבעל חוב כיון דהוי מחוסר אמנה אם חוזר כמו שכתב הבעה"ת:

סימן כד

קטן בהגיעו לעונת הפעוטות דמ"מ ומקחם מקח במטלטלין ואם ירש מאביו שט"ח דינו כמטלטלין ויכול למכרו או ליתנו לאחר כמבואר ש"ע והוא מדברי הרא"ש בתשובה (כלל פ"ה) והשואל שם כ' אף דהוי שעבוד קרקע מ"מ כיון דחזינן דשטר נקנה באגב על כרחך דהוי כמטלטלין דאם לא כן הוי קרקע בקרקע והא דאין נשבעין על שטרות היינו לענין שבועה והרא"ש כ' דבלא"ה בר מכירה הוא דלא עדיף ממטלטלים דגופן ממון. ובב"ש אה"ע (סי' קי"ג) בפרנס' הבת הביא פלוגתא בין המרדכי להרשב"א באם הגיעה לעונת הפעוטות להמרדכי מהני מחילה בפירוש ולהרשב"א לא מהני ובר"ן ס"פ נ"ש כ' טעמ' משום דפרנסה אינו אלא מקרקע שאינו מועיל עד שתגדיל ואפילו בנכסי עצמה וסברת המרדכי דמחילת זכות לא נחשב אלא כמטלטלים וכ' שם הב"מ דע"כ צ"ל כיון דאין לה אלא שעבוד על קרקע ואי בעו מסלקו בזוזי נחשב מטלטלים והק' ממה דקיי"ל אין נשבעין על כש"ק דכפיר' ש"ק חשיב ככפיר' קרקע עצמ' עיין שם בדבריו הנ"מ לדידן דהבנות נזונות ממטלטלים דכ' הר"ן מחילה בפירוש פשיטא דמהני. ולפנינו מבואר בהרא"ש דלענין קניה מטלטלים חשוב ממה דנקני באגב. וד' הרשב"א אף דשטר נקנה באגב היינו שט"ח דגובה אף מן המטלטלים אבל מזונות ופרנסה לדינא דגמרא אין גובין ממטלטלים הוי השעבוד כקרקע וי"ל אף הרשב"א לא אמר שם רק ביתומים דליכא שעבוד הגוף רק מקרקע שנשאר מאביהם חייבין ליתן ואם נשתדף הקרקע אין לה כלום

ועיקר החיוב רק על קרקע של אביהן לכך הוי שעבוד כגוף הקרקע ולא מהני מחילתה אבל בשט"ח כיון דיש כאן שעבוד הגוף ועל כל נכסי הלוה ל"ה כקרקע ומודה להרא"ש דמהני מכירתה ועיין תשובת רשב"א (ח"ב סי' רי"ט) בענין שטרות שנתנה בת פעוטות שדן שם כ' ועוד אפשר לומר שהשטרות דין קרקע יש להן לכל דבר. הרי דמסופק בזה ולגבי מזונות הבת פשיטא ליה דיש לו דין קרקע ולמה שכ' אתי שפיר כמובן וי"ל דזה כוונת הרשב"א שהביא הר"ן שם דכ' מזונות ופרנסה שאני דכיון דאינן אלא מן הקרקע הו"ל כמקרקע היינו כיון דלא יש שעבוד הגוף ואף להסוברים דיש על היורשים שירשו שעבוד הגוף מ"מ אינו רק בשביל נכסים שירשו ואם נשתדף פטורין לכך הו"ל כמקרקע. וראיתי בתוס' רע"א ז"ל (פ"ו אות ז') בכתובות דכ' דמדברי תוס' כתובות (דף פ"ו) ד"ה תיזל מבואר דחולקין ע"ז וס"ל דאף בנגבית רק מקרקע מהני מחילת פעוטות וכן ציין ע"ד תוס' הנז' בהגהותיו לח"מ ואני לא אבין הא שם כיון שכבר מכרה אמה כתובתה ולא נשאר להבת רק שעה"ג בלבד לכך ל"ה כמקרק' ומה שכ' שם מדברי המרדכי דכתב דל"ל משום דפרנסה לא גבה אלא מקרקע ומש"ה לא הוי מחילה כדקיי"ל למכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים דאם כן מאי איריא קטנה אפילו בוגרת נמי והקשה הב"מ הא מחילה דומה למתנה ומהני ול"ק כיון דכתבו לה במאה או בחמשים הוי כמכירה ודעת הרשב"א אף דסובר דשעבוד הוי כקרקע ביתומים דליכא שעבוד הגוף מ"מ לענין פרנס' כיון דהיתומים יכולין לסלק בזוזי לענין למכור בנכסי אביו לא הוי כקרקע ול"ה בזה התקנה דלמכור בנכסי אביו עד שיהיה בן ך' דחשב זמן רב וז"פ:

ובמטלטלים דתקנו חז"ל דמקחן מקח וממכרן ממכר בפעוטות משום כדי חייו כתב בש"ע כשמשך או המשיך וכן אם קנו מיד הקטן או השכיר מקום המטלטלין וחזר בו לא קנה לוקח שאין מוציאין מיד הקטן בדין וכ' הסמ"ע (ס"ק כ"ג) שהוא טעם למה שכ' שאין הקנין מועיל משום שהמטלטלין עדין הם תחת ידו מה שאין כן כשכבר משך הלוקח שוב אין צריך להוציא מיד הקטן ובנתיבות חולק על הסמ"ע בפירושו בדברי הרמב"ם והוליד מזה כמה דינים שלא כדעת הסמ"ע. א' דאם הוא באופנים שהמעות קונות קנין גמור קונה אף בקטן. ב' דחליפין שוה בשוה דתליא במחלוקת הפוסקים אי בעי נעל. ג' דלהשכיר קרקע לקטן דהוא חיוב מהני מקטן לגדול. ואני בעניי תמהני ולא אבין כל דבריו שם דהא מבואר (סי' רמ"ג סי"ט) דחיוב לקטן לא מהני כיון שאינו ת"י ועיין שם בסמ"ע משם הר"ן גיטין. ובדברי הריטב"א שם (דף ס"ד) וז"ל שם ודעת רבותי דקטן כשזוכה דוקא במטלטלין אבל לא בקרקעות דאין לו יד לקנות והוא אינו בדרכי הקנאה כלל וחזקתו אינו חזקה ואפילו במטלטלין נמי אינו זוכה אלא בדבר שהוא ת"י

אבל בחליפין לא שהוא אינו בדרכי הקנאה כלל לא לקנות ולא להקנות והלכך אין אדם זוכה במטלטלים דקטן אעפ"י שמקחו ממכר במטלטלים כשהגיע לעונת הפעוטות אלא אם כן מחזיק בהם הקונה דכיון דברשותו מחזיק בהן נתנו לו רשות לזכות בהן כדי חייו ולפי זה מי שמתחייב לו במנה בשטר אינו זוכה כיון שאין הדבר ת"י אלא אם כן במזכה להם על ידי אחר עכ"ל שם. הרי מבואר כמו שכ' הסמ"ע ומבואר נמי דאין לו יד לזכות אלא בדבר שהוא ת"י וכן להקנות ומשמע דאף חילופין שוה בשוה לא מהני רק ביש תחת ידו כמו כן אינו יכול להקנות והה"ד במקום דכסף קונה כ"ז שלא הוציא הקונה מתחת ידו יכול לחזור. ומה שהקשה דאם נאמר דקטן אינו יכול לשכור למה להרמב"ם הטעם דאין חצר לקטן י"ל דכמו לדברי הרמב"ם במוכר קרקע לקטן אין המוכר יכול לחזור רק הקטן הלוקח כן נמי בשוכר קרקע ואם היה לקטן קנין על ידי חצר היה זוכה על ידו כיון דאין המשכיר יכול לחזור ועיין במ"מ (הי"א) שכ' על השגת הראב"ד שם דאין תפיסה ע"ע דאעפ"י שהשכיר לו הלוקח מקום המטלטלין יהיה השכירות קיים מ"מ לא קנה בכך המטלטלין לדעתו ז"ל לפי שחצרו מדין שליחות הוא ואין קטן עושה שליח. ומה שכתב בביאור דברי הרמב"ם והש"ע שכתבו ולא יהיה הקנין או שכירות המקום גדול מחצרו שהוא כיון דלאו בכל ענינים עשאוה כגדול לא תקנו רק משיכה ולא שאר קנינים אמנם בקטנה דחזינין דילפינן מדרבנן מציאה מגט יש לנו לומר דלכולה מילתא שווינהו כגדולה ומשמע מדבריו אף אם קנו מידה להקנות לאחרים סובר בדעת רמב"ם דמהני. והמעיין בדברי רמב"ם יראה רק דמדייק דקטנה שנתרבתה חצרה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה או בשכירת מקום ומדייק דרק דיש לה יד לקנות בקנין אבל לא להקנות ע"י קנין. וכן מבואר בתשובת מהר"ם גלאנטי (סי' ע"ב) דאף לדברי הרמב"ם אפילו הקטנה לענין קנין שוים והביאו הכנה"ג. ואף דברמב"ם כ' אם קנו מידה על כרחך דט"ס הוא וצ"ל מידן וכן בטור כ' אם קנתה מידן ועיין בפרישה ובסמ"ע ס"ק כ"ח) ובכנה"ג:

ובקרקע אף קרקע שניתן לו במתנה או שקנאו לו אפוטרופסים אינו כלום כמבואר בטוש"ע וראיתי בדרישה על הא דכ' הטור משם הרמב"ם שקטן שנתן דמים בעד קרקע והחזיק שתעמוד בידו אעפ"י שאין ממכרו ממכר בקרקע דקטן כאלו אינו בפנינו חשוב וזכין לו שלא בפניו מדלא כ' הטור שיש חולקין בזה על הרמב"ם משמע שהכל מודים לרמב"ם בזה ולמה כתב כאן דל"מ מכירה בקרקע שנתנו לו במתנה או שקנאו לו אפוטרופסים דמשמע דלא משכחת לו קרקע בענין אחר ובדידי' עצמו משמע דלא שייך קנין והעלה דבכה"ג כשקנה מעצמו כיון דלא הוי קנין גמור ויכול לחזור אם ירצה הוי

קרקע זו שבידו כאלו היה מעותיו בידו שהרי אם רוצה צריך המוכר להחזיר לו מעותיו כ"ז שירצה ולכן ניתן במתנה דלאו שם קרקע עליה אלא שם ממון כיון דהיה יכול לתבוע מעותיו מתי שהיה רוצה:

ובזה י"ל להבין דברי הרמ"ה שברא"ש (פ"ב) דכתובות בהא דבר שטיא זבין נכסי כו' ול"א אלא היכא דאית לי' חזקה דאבהתא אבל לית ליה חזקה דאבהתא אמרינן כשהוא שוטה זבין וכשהוא שוטה זבן דנכסים שנתנו לו במתנה הם ברשותו אם הקנו לו על ידי אחר דקנאם קנין גמור ואין מכירתו בהן כלום אבל קנה נכסים אפילו זיכו לו על ידי אחר לא זכה בהן זכיה גמורה דזכיית המקח אינו באה מכח המוכר בלבד עד שיהא גם הלוקח ב"ד וראוי להקנאה כי צריך להתחייב לו בדמים ואדעתא דהכי קא מקני ליה ואם אין בו דעת להתחייב בדמים שיוכל המוכר להוציאן ממנו בדין לא גמר ומקני ליה אבל מתנה זכין לו שלא בפניו ואית לי' זכיה לשוטה מידי דהוה אקטן דאית לי' זכיה הואיל ואתי לכלל דעת גם זה הי' עתים חלים עכ"ל. ולכאורה משמע מזה דחולק ארמב"ם ובסתם שוטה ל"מ זכיה וכבר עמד ע"ז בקצוה"ח ומ"ש בזה לחלק בין קטן לשוטה דאית ליה דעת בנתינת דמים מתקנת פעוטות בקטן משא"כ בשוטה כבר השיג עליו הנתיבות דבקרקע לעולם אינו בתקנת פעוטות וגם מה שכ' לחלק בין מזכה שלא בפניו למזכה לשוטה בפניו אין סברא לחלק דכמו דשלא בפניו דעת הרמב"ם במזכה במכר ע"י אחר דהמוכר אינו יכול לחזור רק הלוקח כן נמי בקטן כשמוכר לו אם מזכה על ידו. ובהא דבר שטיא אם זיכה לו על ידי אחר כמו שכ' הרמ"ה שם נימא גם כן דהמוכר אינו יכול לחזור ונימא אם קבל המעות ממנו לא יצטרך לחזור לו בעת שטותו ואם לא קבל ירד עד"ז שיהיה הברירה ביד בר שטיא בעת שיהיה חלים:

אולם למה שכ' הדרישה כיון דיש ביד הלוקח בכה"ג לחזור ולתבוע מעותיו ושיבטל המקח לאו שם קרקע עליה אלא שם ממון י"ל לענין הדין אינו חולק הרמ"ה על הרמב"ם דג"כ מודה דהברירה רק ביד הלוקח אם בקטן לקיים המקח או לתבוע הממון ולא למוכר דזכין לאדם שלא בפניו וכן בשוטה בזיכה לו על ידי אחר אם הוא עתים חלים אין המוכר יכול לבטל המקח רק הלוקח כשהוא חלים ונודע לו ורוצה לקיים המקח. ועיין רמ"ה ב"ב (פ' ג"פ סי' ט') במוכר שזיכה לו על ידי אחר בקנין סודר בלא נתינת דמים אפי' אמר בהדיא דניחא ליה לא מיחייב למיתב דמי' וצריך לעשות קנין בהקרקע וחל למפרע ואם כבר קבל הדמים כשהי' שוטה י"ל דלא צריך עוד שום קנין דאף אם שתיק ולא מיחה יש לומר דמהני דגלי דעתי' דניחא לי' בזכייתו. ויש לדון למה שכ' הרמ"ה ב"ב שם באם מכר וזיכה לו שלא בפניו על ידי קנין סודר כיון דהקנין הי' מדעתי' דלוקח נהי דאהני לי'

ללוקח דאי ניח' לי' ללוקח בהני זביני לא מצי מוכר למיהדר ביה ואיגלאי מילתא דמכי קנו מיני' דמוכר קנה לוקח אלא כיון דאי בעי לוקח למימר לא ניחא לי בהני זביני לא קנה ואפילו לרבנן דאמרו זיכה לו על ידי אחר ושתק ולבסוף צוח קנה בעלמא מכי ידע שזיכה לו על ידי אחר ושתק קנה הני מילי גבי מתנה דלא מחייב מקבל מתנה ולא מידי אבל גבי מכר דמחייב למיתב דמים דהשתא לא עביד ולא מידי אמאי קא מחייבת ליה אשעת קנין וזיכוי ההיא שעתא שלא מדעת הוה הלכך אי עביד ביה בתר הכי חד מאנפי הקנא' מחייב ואי לא לא מחייב וכי אהני ליה קנין דמעיקרא דלא מצי מוכר למיהדר ביה ואהני ליה נמי דאי אחזיק בתר הכי א"נ מטי שטרא לידי' א"נ יהיב ליה דמי איגלאי מילתא למפרע דמעידנ' דקנו מניה קני לוקח לאחיובי בדמי דילה למוכר וכיון דמהני האי חזקה דהשתא לקיומינהו לזביני קנין גמור דלא מצי לוקח למיהדר ביה נמי לקנות השטר אגב ארעא דהא ל"ק לוקח עד השתא קנין גמור ע"כ דבריו וכבר הבאתי דבריו לעיל דיני הלואה (סי' י"א) יעיין שם ויש לומר בשוטה נמי אף אם בהדיא אמר דנ"ל מ"מ לא נגמר הקנין כיון שנתן לו הדמים בעת שטותו אף דהמוכר אינו יכול לחזור רק הוא מ"מ הלוקח יכול לחזור כשהוא חלים עד שיעשה קנין. ואם כן בהך דבר שטיא דהי' תו"ת חד כת אמרו כשהוא שוטה זבין וחד כת אמרו כשהוא חלים והלוקח הי' מוחזק ואמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא ועל זה אמר רב אשי דאם ליכא חזקת אבהתי' אמרינן כשהוא שוטה זבין וכשהוא שוטה זבן וע"ז דן הרמ"ה ז"ל דמשכחת אף בלית ליה חזקת אבהתיה רק במתנה שזיכה לו על ידי אחר גם כן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא אבל במכר כיון דכל זמן שהי' שוטה לא הוי קנין גמור ומתלי תלי הקנין עד שיהיה חלים ויתרצה בהמקח אם כן אז ל"ה ע"ז שם קרקע וכמו בקטן דחל המתנה בכה"ג כמו שכ' הדרישה כן נמי לגבי תו"ת לא הוי ע"ז שם קרקע ול"א בי' אוקי ארעא בחזקת בר שטיא ומהני תפיסת הלוק' אף דעכשיו מתרצה בר שטיא בהמקח ואינו רוצה לחזור בו ולתבוע מעותיו מן המוכר הראשון מ"מ אז כשקנה הלוקח ממנו ל"ה ע"ז שם קרקע אלא שם ממון כיון דהי' יכול לתבוע מעותיו מן המוכר לו וכיון דיש כאן תו"ת ותרי אמרו כשהוא חלים זבין שפיר מהני תפיסה דל"ה אז שם קרקע כשמכר ואף דיש לחלק מנידון של הדרישה דבפעוטות אזלינן בתר השתא ואנו דנין לענין מכירתו שפיר כיון דיכול לבטל המקח ולתבוע מעותיו ל"ה שם קרקע רק שם מטלטלין מה שאין כן בנידון דרמ"ה הנז' עכשיו הוא ודאי קרקע כיון דעתה הוא חלים ורוצה לקיים במקחו שזיכה לו המוכר בעת שטותו אף דגם לדברי העדים המעידים שהיו חלים בשעה שמכר ממילא העידו שהיה אז בחזקת בר שטיא וגם השתא ראינו שהוא חלים וממילא מתרצה

בקניית הקרקע שזיכה לו על ידי אחרים אף אם הי' אז שוטה וכת אחרת האומרת כשהי' שוטה מכר והשתא חוזר וחפץ בזכיה שזיכה לו המוכר הראשון מ"מ כיון שלא ידענו אם נעשה קנין בעת שהיה חלים לא נגמר קנייתו דדלמא קודם שמכר לא נגמר עדיין קנייתו וכיון דיכול למיהדר מהזכיה ולבטל הקנין הוי כמטלטלין ומהני תפיסת המוכר ואין לדון בזה לאוקמי קרקע אחזקת מר"ק ושוב מהני תפיסת הלוקח. והרמ"ה והרא"ש אינם חולקין על דינו של הרמב"ם דהמוכר שמכר לקטן וזיכה לו על ידי אחר אינו יכול לחזור ומהני הזכיה על ידי אחר שיהיה הברירה ביד הלוקח לחזור ולא להמוכר ועיין נתיבות (סי' קצ"ה):

וראיתי שם ביש"ש כתובות הנדפס מחדש שהביא גם כן דברי הרמ"ה הנז' משם הרא"ש וכ' ודברים של טעם הם ושם הניף ידו הגדולה להשיג על הר"ן שסובר דאם באו בעלי' הראשוני' שקנה בר שטיא מהם הקרקע מוציאין מן הלוקח כדי להחזיר להן שאף מבר שטיא היו מוציאין אם קנה בכסף או בחזקה דאם קנה בשטר הו"ל חזקה דאין עדים חותמין ול"ה מפקינן מחזקת ב"ש והוי מוקמינן בחזקת ב"ש בעדות מוכחשת והקשה עליו דאם כן אמאי אמר רב אשי ולא אמרן אלא היכא דאית ליה חזקת אבהתי' הו"ל למימר ל"א אלא שקנה בשטר וק"ו באית ליה חזקת אבהתי' לכך פירש דהמוכרים שלו א"י להוציא ממנו דחזקה אין עדים חותמין אלא כשבדקהו יפה שהיה חלים ואזלינן נמי בתר האי חזקה ולומר מכירתו מכירה אפילו היכא דאיכא עדות מוכחשת ואמרינן כשם שקנה כשהיה חלים גם כן מכר כשהיה חלים והעדים אחרים טעו שלא דקדקו יפה ואם הבעלי' הראשוני' מודים שמכרו לו כשהי' חלים ל"א כשם שהם מכרו לו בעת שהי' חלים מסתמא כך מכר הוא דל"א הכי אלא כשנוכל להפוך הענין ולומר ומה עתה כשהוא שוטה מכר דלמא נמי כשהוא שוטה לקח ולא דקדקו העדים יפה ואם באו הבעלים הראשונים אוקמינן על החזקה ומסתמא לא מכר אלא כדי שיתחייב בדמים ובודאי דקדקו עם עדים של אותו המכירה שהיו מכריו יפה ול"ה שוטה וגם לאו כל כמינם לומר שוטה הי' בעת שמכר לו דאם כן שויו נפשייהו כרשעים להוציא ממנו ממון שלא כדין ואם אחר כך כשלא נצרך למעותיו יחזיר לכך אם אין המוכר לפנינו בין שקנה בשטר בין שקנה בחזקה הוי מוקמינן בחזקת הלוקח והבעלים הראשונים לעולם אין יכולין לחזור ולומר שוטה היה כשקנה ממנו אפילו בלא שטר ע"כ תורף דבריו. והדברים קשים לשמוע ולהבינם אם נאמר כשהמוכר לב"ש א"נ לומר דמכר לו כשהוא שוטה ואינו יכול להוציא מידו דמוקמינן על החזקה אם כן הוי כמו שידענו בבירור שהוא שלו וקרקע בחזקת בעלים עומדת ולמה לא נוציא מן הלוקח ממנו כשיש תרי

ותרי. ועוד באם המוכר לו מודה שמכר לו בעת שהיה חלים מה תוסיף כח לו יותר דאז מוציאין מיד הלוקח ממנו הא המוכר לא עדיף מעד א' וגם כיון דבלא"ה אין מוציאין מיד הלוקח מטעם דכשם דקנה בשטותו כך מכר האם בעדותו של מוכר שלא עדיף יותר מעד א' וגם ההכרח לו שיאמר שלא עשה כרשע למכור לשוטה כמו שכ' בעצמו מה יעדיף באמירתו באם א"נ לומר להיפך. ודברי הר"ן כשמערער המוכר דמוציאין כן כ' גם כן הרא"ה ז"ל מסברא כיון דלית ליה חזקה מנפשיה ואמרינן כשהוא שוטה זבן ורק כל היכא דלא אתו בעלים הראשונים לערער א"מ מיד הלוקח מספק דהא לא קים לן אי זבין כשהוא שוטה או כשהוא חלים וכ' שכן דעת רבו. וקושיתו על הר"ן דלמה נקט ל"א אלא דאית לי' חזקת אבהתי' גם לדבריו יקשה למה לא אמר לא אמרן אלא כשמוכר לפנינו ומודה שמכר לו כשהיה חלים וידענו מכ"ש כשיש לו חזקת אבהתי' כמו דהקשה על הר"ן דלמה לא אמרינן כשיש לו שטר מכר דשייך חזקה דאין חותמין אא"כ נעשה בגדול ועיין מה שכ' לעיל דיני הלואה (סי' ל"ב) בדברי הר"ן הנז' ולא הבאתי כאן דברי הישׁ"ש רק לסעד לדברינו כמובן. וראיתי שם בש"מ משם הר"י מיגאש ז"ל שכ' כשלית ליה עדי אבהתי' אלא ב"ש עצמו קנא' לקרקע זו יש לו לומר ששוטה הי' כשקנא' וכיון שכן אפי' נתברר ששוטה היה כשמכר' מכירה הוא שכשם שקנא' בשטות כך מכר' בשטות והא דמיא לחרש שנשא פקחת כשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה. ולא אבין דבריו אם נתברר שמכרה בשטות מה לו ללוקח בשדה זו ובא בלא טענה להוריד בנכסיו וזה נוטה קצת לדעת הישׁ"ש אבל הדברים צריכין ביאור והבנה:

ומדברי הרא"ש כתובות הנז' כשהביא דברי רמ"ה ז"ל במזכה לשוטה על ידי אחר במתנה דמהני סיים ואית ליה זכיה לשוטה מידי דהוה אקטן דאית ליה זכיה הואיל ואתי לכלל דעת וסיים גם זה היה עתים חלים הוכיחו בספר מחנה אפרים דיני זכיה ומתנה (סי' ל"ב) והקצוה"ח (סי' רמ"ג) דס"ל לחלק בין שוטה לקטן כיון דבקטן אינו אלא משום דאתי לכלל שליחות וכמבואר בש"ס ב"מ פ' א"נ וזה לא שייך בשוטה וזה שלא כדעת הרמב"ם (פ"ד) מזכיה דכ' סתם המזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה ואינו מחלק שיהיה דוקא בעתים חלים ועתים שוטה וכן הטוש"ע פסקו בסתם שוטה דמהני לו זכיה על ידי אחר. והנה בהגהותי לספרו של אאמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני מכירה (סי' א') הרגשתי להביא דברי הירושלמי (פ"א ה"ג) דקידושין הא לך כסף שתצא שדך לחירות א"ל יוצאת שתצא שדך להפקר א"ל לא יוצאת מה בין זה לזה זה זוכה לבן דעת וזה לא זוכה לבן דעת הגע עצמך שהיה חרש א"ל איש הגע עצמך שהיה קטן א"ל דרכו להגדיל ופירש הפ"מ איש כתיב בזכיה ואפילו לחרש והרגשתי מזה הא לדברי הרא"ש לא מהני זכיה

לשוטה רק בעתים חלים דהוי כמו קטן דאתי לכלל שליחות כמו קטן ולא בשוטה גמור וההי"ד לחרש דתרווייהו שוין הן וגם כיון דא"ל כבר דאיש כתיב ומהני מה שאל עוד על קטן לכן פירשתי לדעת הרא"ש איש כתיב וכיון דחרש לאו איש הוא אינו יכול לזכות בעדו ושאל תו על קטן ועל זה אמר דרכו להגדיל וכמו בש"ס דילן פ' א"נ הואיל דאתי לכלל דעת. אמנם באמת שגיתי בזה דמאיש לא מצינו דממעט חרש ושוטה ומאיש לא ממעטינן רק קטן וכמבואר בירושלמי ריש מס' תרומות דבר אל ב"י ויקחו לי תרומה כו' מאת כל איש פרט לקטן אשר ידבנו לבו פרט לחרש ולשוטה הרי אף דממעטינן לקטן מאיש צריך למעט עוד חו"ש מאת אשר ידבנו לבו ועל כרחך דחרש ושוטה בכלל איש הוא [ועיין שם בפירש רא"פ ז"ל הא דלא ממעט קטן נמי מאשר ידבנו לבו משום דבא למעט אף אם הגיע לעונת נדרים שיש בו דעת לנדב ור"י ס"ל אשר ידבנו לבו אפילו קטן ויש לדקדק בדברי רש"י ב"מ (סוף דף ע"א ע"ב) קטן לית ליה שליחות דכי כתיב שליחות גבי גדול כתיב בראוי לתרום שיהא הקדשו הקדש ודיבורו חל דגבי הקדשות ובנדרים איש כתיב וגבי תרומה מאת כל איש אשר ידבנו לבו ובספרי ח"ר דיני תרומות (סי' ח') הוכחתי קצת דדעת רש"י דלתקן טבל לא מהני אף בהגיע לעונות נדרים] וכיון דחזינן דשוטה בכלל איש הוא וההי"ד חרש בכלל איש הוא ויכול אחר לזכות בעדו:

ויש להוכיח מדברי ש"ס ב"מ (דף ח') דקאמר חרש קנה דקא מגביה ליה בן דעת הרי דמהני זכיה לחרש ואין לנו לחלק בין מגביה מציאה דשייך מגו דזכי לנפשיה זכה נמי לחבריה ואין צריך להוציא מרשות אחר לזכיה בעדו ולהוציא מרשות בעלי' כמובן מאליו. ועיין קצוה"ח (סי' רמ"ג ס"ק י"א) דגדול הזוכה לקטן הוא אפילו במציאה דליכא דעא"מ הוא משום דהגדול הוא דעת אחרת וכ' וכן מוכח להדיא ב"מ בשלמא חרש קנה דקא מגבה ליה בן דעת מבואר דגם במציאה כשזוכה בעדו גדול מהני משום דעת הגדול ודוקא חצר לא כיון דליכא דעת המזכה כלל בזה הוא דלא מהני בקטן. ואמאי לא הרגיש דמשם מוכח דזכין לחרש על ידי אחר ומ"ש חרש ומ"ש שוטה אם נאמר דאין זכיה לשוטה כיון דא"ד לקטן דאתיא לכלל דעת ממילא שוין הן ואף דעל ידי עצמו שיזכו בדעת אחרת מקנה מצינו דיש חילוק בין שוט' לחרש כמו שכ' הרמב"ם (פ"ד) מזכיה אבל החרש זוכה לעצמו כמו שביארנו הלכות גזילה ופירש הסמ"ע (ס"ק ל"א) כשאחרים מקנים לו כדין קטן ועיין בב"ח. אף שהוא דוחק דהא כ' שביארנו בהלכות גזילה ושם הוא רק מפני דרכי שלום וכמו שכ' הלח"מ שם על דברי המגדול עוז מ"מ על כרחך כוונת הרמב"ם לחלק בין חרש לשוטה. מ"מ כנראה לענין זכיה על ידי אחר אין לחלק בין חרש לשוטה ולא מצינו לחלק רק בחרש תקנו משום כדי חייו שמקחן מקח

וממכרן ממכר במטלטלין כמו בקטן בפעוטות כן בחרש רומז ונרמז ואולי גם לזכות ע"י אחר יש גם כן לחלק בין שוטה לחרש. אך מירושלמי הנז' דשאל מקודם על חרש והשיב איש אם כן שוטה דכוותיה איש הוא ומה דשאל אחר כך על קטן שלא הגיעו לעונת הפעוטות וא"ל דרכו להגדיל היינו אף לקטן בן יום אחד גם כן זכין מטעם זה וכמו שכ' הרמב"ם אבל חרש ושוטה שנקראים איש שוין הן לזכות על ידי אחר:

ומ"ש הקצוה"ח וא"ל דאתי לכלל שליחות לכשישתפה דא"כ נכרי נמי לכשיתגייר א"ו מחוס' מעשה לא חשיב אתי לכלל ודוקא קטן דאתי ממילא לכלל שליחות ז"א דהתם מעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת ועיין תוס' גיטין (דף כ"ב ע"ב) דקטן ושוטה חשיבי בני כריתות אם הגדיל הקטן ונשתפה השוטה ובש"מ כתובות (דף פ"ב) כתב משם מצאתי כתוב ודוקא זבין איהו אבל יהבי לי' במתנה לא מידי דהוי אקטן דאמרו קטן מקני קני אקנויי לא מקני ושוטה כקטן לכל דבר הוא עכ"ד ובאמת מצינו דעת הרמב"ם וש"ע (סי' רמ"ג) לחלק דבקטן מהני דעא"מ ולרוב הפוסקים וכן המ"מ בדעת הרמב"ם הוא מדאורייתא ובשוטה לא מהני דעא"מ דאין לו יד כלל רק בזכיה על ידי אחרים שוין הן ולהסוברים דזכיה בעד קטן הוא דאורייתא מדכתיב נשיא אחד אם כן כמו דהיה אז קטנים ג"כ לא יבצר שהיה אז בישראל חרשין וקטנים והא דקאמר בש"ס פ' א"נ קטן אתי לכלל שליחות עכו"ם לא אתי לאו דוקא כיון דקטן אתי ממילא מה שאין כן חו"ש. ובנתיבות (סי' רמ"ג) הוכיח דהוי בכלל דאתי לכלל שליחות אף בשוטה דהא מן התורה שוטה מתגרשת ואמאי הא בעינן ויצאה והיתה כמבואר גיטין (דף פ"ה) א"ו דשוטה הוי גם כן אתיא לכלל הויה כמו קטנה והדברים מוכרחים בלא"ה מדברי תוס' גיטין הנז' וכן הרמב"ם הל' גירושין כ' דעבד פסול דלאו בני כריתות הוא וחשו"ק משום דלאו בני דיעה נינהו ועיין ב"ש (סי' קכ"ג ס"ק ה') ועיין טוש"ע או"ח (סי' רס"ו) במי שהחשיך לו בדרך דיתן כליו לחשו"ק שוטה וקטן יהבינן לשוטה דקטן אתי לכלל דעת ומבואר דשוטה גרע מקטן. וצ"ל דודאי קשה לצייר דכל השוטים יבאו לכלל דעת רק דבאמת כל השוטים יש סיבה המסבב לבלבול המוח לשבש דעתו ומביא אותו לשטותו בסוגים פרטים ואם נעמוד על הסיבה המסבב שטותו יש בודאי תרופה לרפאותו ומפרט הלזה חשיב אתי לכלל דעת ומ"מ יכול להיות שלא נעמוד על סיבת שטותו וישאר שוטה כל ימי חייו לכן לענין שבת קטן עדיף משוטה דקטן ודאי יבוא לכלל דעת ולכך יהבינן לשוטה אבל לענין זכיה מהני כיון דעכשיו איש נקרא ואם נעמוד על הסיבה אתי לכלל דע' על ידי תרופה אף דהוי מחוסר מעש' ושאני עכו"ם דהשתא כו' לכשיתגייר דעת אחרת כמובן מש"ס קידושין (דף ס"ב) ועיין ת"ש יו"ד (סי' א' ס"ק נ"א) דפתי הוא הנולד כך וזה באמת

נגד השכל והמוחש שימצא לו תרופה ובש"ע (סי' רמ"ג) כלל כל מיני שוטים ומשמע אף פתי בתולדה מהני לו זכיה על ידי אחר. ועוד יקשה הא שוטה שיש לו שכל כמו הפעוטות דמבואר יבמות פ' החרש דיודעת לשמור גיטה דדבר תורה מתגרשת אף באם אינה יודעת לשמור עצמה דיש לה יד ומ"ש זאת מקטנה דיש לה יד ויש לה חצר והי' מהראוי לומר דמהני לענין זכיה לקטנה כמו דיש לה חצר ועיין פנ"י גיטין (דף ל"ט) לענין קטן שהגיע לצרור וזרקו אגוז ונוטלו דהוכיח בזכות דמהני דעא"מ מן התורה דהא לענין שיחרור ילפינן לה לה מאשה והה"ד בעבד קטן עיין שם בדבריו ואם כן נימא בשוטה כזה דיודע לשמור א"ע כיון דמבואר לענין גט אשה דכתיב ונתן בידה דיש לה יד יהני גם כן במזכה אותו אף שלא ע"י אחר רק בדע"א מקנה ומדכ' הרמב"ם והטור סתם שוטה משמע דכללו כל מיני שוטים המבוארים בהלכות עדות שהן בכלל שוטים לא מהני בהו דעא"מ. ובסמ"ע (סי' רמ"ג ס"ק כ"ט) כתב הטעם לחלק בין קטן לשוטה דקטן דמעשיו קיימין במטלטלין הוא דזוכה לעצמו כשאחרים מקנים לו מה שאין כן שוטה. ובאמת הא דמהני במטלטלין הוא אינו מן התורה רק משום כדי חייו ודעא"מ דקונה לרוב הפוסקי' הוא מן התורה וכיון דמהני בקטן למה לא מהני בשוטה כשיש לו יד:

ובע"כ צריך לחלק בזה טובא דעל כרחך לא חשוב שוטה לדברים אחרים לבד מן לקבל עדותו רק אם עושה מעש' שטות בדבר אחד מן הדברים המבוארים בש"ס חגיגה אבל בדברים אף שהוא בפתיות ביותר לא נחשב לשוטה לענין זה שלא יזכה בעצמו ע"י דעא"מ וכן משמע מדברי המ"מ (פרק כ"ט) ממכירה דכתב ובפ"א דחגיגה נתבאר איזה שוטה והוא כל שעושה מעשה זר דרך שטות הרי דנקט דוקא עושה מעשה דרך שטות ולא נקט דעתו משובשת ביותר ואם כן הא דלשוטה ל"מ דעא"מ וכן מו"מ דשוטה דלא מהני ובקטן דמהני לענין שלא יכול המוכר לחזור היינו דוקא שוטה שעושה מעשה זר דרך שטות ושוטה כזה לאו בר מצוה הוא כלל והוי כבהמה כמבואר ברמב"ם (פ"ט) מעדות לכך אין לו יד ולא מהני דעא"מ אבל מי שהוא פתי ביותר לאו בכלל זה הוא ואף דהזכירו רמב"ם בהלכות עדות הוא רק לענין קבלת עדות. וכבר כ' הג"פ (סי' קכ"א ס"ק י"ב) משם מהרי"ט דלענין עדות כיון שצריך להעיד על מה שעבר כבר יש לחוש שמא נראה לו באותו שעה שהדבר כן ואינו כן ונתחלף לו אבל כשבאין לקיים דבר כגון מו"מ וקידושין וגירושין ומסברי ליה וסבר ואנו מכירין שהבין הדבר כגון זה לאו שוטה הוא והוא כפקח בכל מה שיעשה לפנינו [ועיין ח"מ אה"ע (סי' קי"ט) שהביא דעת רבינו שמחה לענין קבלת גט לא בעינן דעתה צלותא כמו בקטנה ודעת ר"א וראב"י דגדולה שא"ב דעת גרוע מקטנה דאתי לכלל דעת ובמ"מ (סוף פרק י') מגירושין כ' ועיין מה

שכ' בפ"ב דדין הקטנ' שכל שאינה מבחנת בין גיטה לדבר אחר אינה מתגרשת והוא פי' מה שאמרו אינה יודעת לשמור א"ע כמוש"ש ומפני שידוע ההיקש השוטה לקטן בכמה דברים לא ביאר רבינו בכאן עכ"ל ומ"ש יודעת לשמור א"ע הא יש הפרש והבדל בין לשמור את גיטה ובין לשמור את עצמה ואם זה יהיה השיעור של יודעת לשמור את עצמה מה הוא השיעור של לשמור את גיטה דתהיה גרועה מקטנ' ואם סגי בצרור וזרקו אגוז ונטלו דהוא שיעור פחות ומבחנת ושוטה גדולה עדיפא מקטנה וכמו שכ' בתשובת רש"ל (סי' ס"ה) המובא בח"מ שם הא המ"מ (פ"ד) מאישות כ' גירסת הרי"ף גיטין (דף ס"ה) ואם כן סגי בקטנה גם כן אגוז ונוטלה ועיין ב"י (סי' קמ"א) ואם כן מה עדיפות דשוטה דפחות מזה ודאי לאו בכלל יודעת לשמור את עצמה היא ואם אגוז ונוטלה יהיה בכלל יודעת לשמור את עצמה מה הוא בכלל יודעת לשמור את גיטה אם כן הכל שוין ואולי ט"ס הוא בדבריו וצריך לומר יודעת לשמור את גיטה עכ"פ מבואר מדבריו דשוה השיעור לקטנה וכן כ' הב"ח שם והארכתי בזה בשו"ת בימי ילדותי לאאמ"ו ז"ל) ומ"מ אף חרש ושוטה גמור יוכל להיות דאתי לכלל דעת ומהני זכיה ע"י אחר:

ומ"ש הקצוה"ח לדחות ראיית המ"מ מהא דמבואר בש"ס יבמו' פ' החרש פיקח שנשא חרשית אפילו כ' לה מאה מנה כתובתה קיימת מפני שרצה לזון בנכסיו דכיון דבשעת נשואין כותב לה כתובתה זכתה אפילו על ידי עצמה דזה אינו מתנה אלא כמו שכר שפחה לשמשו כמו שכ' בש"ס שם והמעיין בש"ס שם יראה דאפילו כ' לה מעצמו לא בשביל שכר גם כן זכתה ובפרט להרי"ף והרמב"ם הל' אישות דגרסי ליזק בנכסיו. וכן בדברי רמב"ן מלחמות כתובות (דל"ו) לענין טענת בתולים כ' דהוי כתובת' כמתנה. ואיירי בזיכה לה על ידי אחר דדעא"מ ל"מ להתחייב כמבואר בר"ן פ' התקבל ובש"ע דמה שאינו ביד הקטן ל"מ להתחיי' לו ול"ה כדעא"מ שיועיל רק במה שהוא בידו ורק על ידי שיזכו אחרים בעדו מהני הרי על כרחך מוכח דמהני זכיה על ידי אחר אף בחו"ש. וראיתי במח"א בחידושיו על הרמב"ם שכ' על ראיות המ"מ דהתם אינו אלא חיוב שמתחייב עצמו כמו שמתחייב לעובר ואינו מובן כלל דשם גם כן הוא רק מדרבנן וגם חיוב גרע דלא מהני אף בקטן בדעא"מ רק על ידי אחרים. ולמה שכ' בקצוה"ח ונתיבות דלקטנה יכול לחייב א"ע בשטר אם כן שם י"ל דאף על ידי עצמה יכול לחייב לה מ"מ שפיר מוכח משם דמהני עכ"פ זכיה גם בחו"ש ולקטן מהני במזכה על ידי אחר בק"ס. ומה שכ' המח"א בדיני מתנה הנז' ואם היינו מחלקים ולומר דמה שזיכה לו במתנה על ידי אחר זכה השוטה אפילו היכא דלא אתי לכלל דעת מטעם דזכיה כי האי לאו מדין שליחות המקבל הוא דא"ז שלוחו של מקבל אלא שלוחו של נותן הוא. ולא אבין

הא לו יהי' דשלוחו של בעל הממון הוא מ"מ כיון דצריך לזכות בעדו ואין לו יד לזכות בעצמו מ"מ בעינן כח למי שיזכה בעדו שיהיה לזוכה ואולי כוונתו דעכ"פ כיון דמצינו קנין של זכיה מן התורה שיכול לזכות בקנין בעד חבירו יכול לזכות גם בעד חו"ש רק לנכרי ל"מ ועיין בש"מ פרק א"נ משם הרשב"א דכ' הא דאין זכיה לעכו"ם מנ"ל וכתב כיון דאשכחן בשליחות דמחלק הכתוב בין ישראל לנכרי אף בזכיה כן ועיין מה שכ' בספרי ח"ר דיני תרומה הנז' בביאור דבריו. עכ"פ כנראה דעת כל הראשונים והב"י דלא הביא מחלוק' בזה דמהני זכיה לחו"ש כמו דמהני לקטן ועל ידי אחרים והמעיין בש"מ כתובות שהביא דברי רמ"ה בהך דבר שטיא יראה שלא סיים הדברים שכ' הרא"ש גם היה עתים חלים ומשמע מדבריו דפשיט ליה להרמ"ה ז"ל דבכל אנפי אף בשוטה כל ימיו יש לו זכיה על ידי אחר ומהני ואולי הרא"ש ז"ל כתב זאת להוסיף דאף אם ירצה מי לחלק ולומר דצריך להיות אתיא לכלל דעת גם כן שם הדין כן אבל לענין דינא בלי ספק גם דעת הרא"ש דמהני אף בשוטה גמור ודברי בנו הטור ז"ל לעד נאמן:

סימן כה

בהא דחרש ופקח אם שניהם מגביהים מציאה דאמרינן מתוך שלא קנה פקח ל"ק חרש כמבואר בש"ס ב"מ ובש"ע (סי' רס"ט) מסתפק הקצוה"ח בחו"פ שהיו שניהם רוכבין או מנהיגין אם הוי כהגביהו שניהם דל"ק כלל או דוקא בהגבהה דהוי כמונח על גבי קרקע אבל רוכב דהוי קנין דאזל' מחמתיה לא מבטל אחד קנין חבירו וקנה פקח כולו ועיין שם בדבריו מה שכ' בזה ויען בילדותי כתבתי בזה בסוגי' דרוכב ומנהיג אמרתי להעתיק כאן הגם כי לא יכולתי כעת לעיין היטב בזה וזה דברי מאז הנה דברי רש"י דכתב ש"מ רוכב קנה שלא במקום מנהיג ובמקום מנהיג פליגי דאף דרוכב לבד קונה מ"מ י"ל במקום מנהיג דלא ועיין במהרש"א וי"ל דרש"י אזיל בשיט' הריצב"א המובא בש"מ דל"א בש"ס דרכיב לחוד אינו קונ' רק ברוכב עליה והבהמה עומדת במקומה אבל כשהולכת אין ספק דקונה דהוי כמשיכה ועפ"י דרך זה הוא שיטת רש"י מעיקרא אמר בסוגיא אם רכיב לחוד ומנהיג לחוד היינו ברוכב לחוד והבהמה עומדת במקום' אך כשיושב עליה קפצה ממקומה כמבואר בתו"ח ורוכב כזה גרוע ממנהיג דהוא כמשיכה ולכך פשיטא דרוכב אינו קונה ושפיר כ' רש"י דבעינן שתעקור יד ורגל והיינו אף דקפצה ממקומה מ"מ אין זה משיכה אלא רכיב במקום מנהיג ובזה שפיר כיון דהולכת רק דלא ידענו מחמת מי הולכת אם מכח הרוכב או מכח המנהיג ועיקר הספק הוא כמו שכ' ש"מ משם הריטב"א דדלמא א' מבטל כח חבירו שלא תלך מחמתו ולא ידענו מי מעכב על חבירו דיהי' עדיף אבל באם עשו שניהם קנין שניהם קונין דאין קנין של א' מבטל קנין חבירו

וקנו שניהם רק כאן דמבטל כחו ובעי אף ביושב לחוד ואינה הולכת והיינו רוכב לחוד אינו קונה מ"מ במקום מנהיג עדיף דכיון דהולכת גם כן יש להסתפק שמא מחמת הרוכ' אזל' ולא מחמת המנהיג ופשט מיושב בקרון והיינו כיון דשם ר"מ מחייב ע"כ איירי באזל' מחמתו מעט דאם לא כן אמאי חייב ואעפ"כ פטרו רבנן ממלקות ואם כן בלא אזל' כלל מחמתו פשיטא דמנהיג עדיף כיון דחזינן דאף באזל' מעט מחמת היושב מ"מ כיון דעיקר ההליכה הוא מחמת המנהיג לא חשיב ההילוך מחמת היושב מכ"ש כיון דרוכב בלא מנהיג אינה הולכת כלל דעיקר ההילוך הוא מחמת המנהיג דאינו קונה וזה דקאמר ש"מ רכיב לחוד ל"ק ומכ"ש במקום מנהיג והיינו דבמקום מנהיג גרע מרוכב לחוד כיון דכאן אזל' מעט מחמתו ולא חשוב ההילוך במקום מנהיג מכ"ש בלא אזלי מעט מחמתו וקאמר אביי היכי פשיט רכיב מיושב יושב לא תפיס במוסרה ואולי תפיס במסירה הוא סניף לקנין ונאמר מוסרה אינו קונה ואחר כך פשט ממשנה דרוכב לחוד קונה וממילא במקום מנהיג יחלוקו דהוי כשנים שעשו קנין שאין מבטלין זה את זה ומתרץ במנהיג ברגליו ולאו דוקא ברגליו רק דאזל' מחמתו כמו שכ' בש"מ משם הרשב"א. ואחר כך פשט מאחד רוכב חמור ואחד תופס במוסרה דמשמע דרכיב ולא אזל' כלל ואם כן כיון דהוי לחוד קנין ממילא במקום מנהיג יחלוקו דלא מבטלין זה את זה וכמו בב' שעשו קנין דיחלוקו ומתרץ במנהיג ברגליו והיינו שהלכה כנז' ודברי רש"י מזוקקין היטב:

ובזה יש לומר בשיטת רש"י דפירש לעיל דהש"ס רצו להוכיח ממתניתין דב' רוכבין דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ופירש"י דהיינו דכ"א קונה בעדו ובעד חבירו ומשמע לכאורה אף דכ"א עשה קנין המועיל נמי בעינן למיגו. ולכאורה יקשה אמאי ועיין בש"מ שם משם הריטב"א דפירש באמת פירוש אחר. ובקצוה"ח שם שהוליד מזה בחרש ופקח שרכבו על הבהמה דשניהם לא קנו. ולמה שכ' י"ל דרש"י סובר דסוגי' היה סובר דרוכב לבד קונה בלא הילוך כנז' ואם כן עיקר הקנין הוא התפיס' שיושב עליה וקפצה ממקומה ואף דאינו יושב על כל הבהמה מ"מ הוי כמו קנין משיכה ואם כן בזה שפיר בעינן שלא ישב עוד אחר עליה כיון שעיקר הקנין הוא הישיבה וכיון דלא עשה קנין שלם אם כן צריך לבא מכח המגביה מציאה לחבירו כמו בב' שהגביהו מציאה ומתרץ הש"ס אף לדידך לא שמעינן רק דרוכב קונה ושפיר פירש"י אף דאינה זז ממקומה מה שאין כן אליבא דידן דישיבה לחוד אינו קונה רק רכיבה עם הליכה אם כן לא איכפת מה שהחרש נמי יושב כיון דכל הבהמה אזלי מחמת הפקח וממילא קונה:

ועוד י"ל אף לפי שהבין הקצוה"ח שם יש לחלק משנים שהגביהו מציאה דשם כל אחד שהגביה הוי מה שהגביה כל א' כאלו חציה השני מונח על גבי קרקע כיון דקנין של כ"א

אגוד על גבי חצי חבירו ולא הוי הגבהה מה שאין כן אף דרוכב אינו קונה כ"א חצי כיון דחבירו גם כן רוכב קונה חצי ואם כן אגיד בחצי של חבירו ולכך תלוי בהמגביה מציאה לחבירו ובפקח וחרש רכוב י"ל דהא החרש באמת אינו קונה רק מתקנת חכמים י"ל אף אם המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו מ"מ לא תקנו רק דהוא גם כן יקנה אבל לא לבטל קנין הפקח ודוקא בב' פקחין רוכבין צריך לבא לדין המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאל"כ אין אחד מהם קונה דכ"א מבטל קנין ש"ח מה שאין כן בפקח וחרש דקנין דחרש אינו קונה רק מתקנת חכמים וכיון דבין כך ובין כך לא יקנה הניחו עד"ת ואין קנין שלו כלל וממילא קונה הפקח כיון דעשה קנין שלם דרכב עליה וא"ד לטלית באם הגביה חו"פ דכל אחד לא עשה קנין שלם כיון דאגיד על גבי הפקר אם החרש לא יקנה חלק הפקח אגיד [וע' רש"י ב"מ (ד"ט ע"א) ד"ה אלא תפס במוסר' דהגבהת הפקר לא קנה עד דעקר לכולי' ומשמע קצת אף אם יכול לנתקו ולהבי' אצלו בהפקר לא קנה וע' ש"ך (סי' קצ"ה ס"ק ו') דסובר דדא"מ עדיף ואכ"מ בזה] משא"כ כאן אם החרש לא יקנה הא גם בלעדי רכיבת החרש הוי הקנין של הפקח קנין שלם ואף אם לא נאמר דהניחו על ד"ת בכה"ג עכ"פ יחלוקו כמו בב' חרשין מטעם דלא אתו לאנצויי וצ"ע בזה:

גם זאת נראה אף אם נאמר כמו שכ' הקצוה"ח בד' רש"י מ"מ זה דוקא בבהמה אבל בקרקע בכה"ג ל"א כן כיון דלגבי כל הקרק' הפקח שהחזיק עושה קנין שלם ובשנים שהחזיקו כל א' במקום א' קונה כל א' החצי וקצת ראיה מדלא הביא הש"ס התוספתא דב"ב המובא ברמב"ן ב"ב (דף נ"ה) נעל א' וגדר א' כו' נעלו שניהם כו' וברמב"ן שם הקשה על היש מפרשים דפירשו דנעילה מבטל לקנין גדירה מרכיב ומנהיג. ולא אבין הא כאן עיקר הספק הוא איזה קנין עדיף ומבטל קנין חבירו אשר לנגדו אינו כלום ועיין גיטין פ' הזורק בענין שניהם יכולין לשמור ובראשונים שם במה שיש להעיר מענין זה:

סימן כו

לעיל בקונטרס הלזה (סוף סי' ד') שסיימתי בנידון דרדב"ז בזרק קידושין שלא היה שוה פרוטה ולא הספיקו להגיע לידה עד שנתייקר ועמדו על פרוטה דאם בתר מקבל אזלינן והא איכא פרוטה דכ' דקנה מדין עבד כנעני והא"מ כ' ראיה מהא דשוכרין מנכרי בפמש"פ וכתבתי דלדברי רמב"ם יש לומר דלקנין ממש לא מהני ויש לומר דבנתיקר גם כן לא מהני ובאמת בנידון דרדב"ז כפי שהביא המל"מ (פ"ה) מאישות דבריו אין כאן ספק כיון דנתייקר ברשות המקדש ואם לא יחול הקידושין הוא של המקדש י"ל דהוי כמתקדשת משלו וא"צ לבא לדין עבד כנעני ובמל"מ שם הביא תשובה אחרת מדברי הרדב"ז באשה חולה וצריכה סמנין לרפואה והביא לה ראובן סמנין שאסורין בהנאה

וקדשה בם וכ' אעפ"י שמותרין לה ושוין אצלה ממון מ"מ איהו לאו מידי יהיב לה ואינה מקודשת אא"כ מקדשה באותה הנאה וכתב דלכאורה נראה דסותרין זה לזה. וכדברי רדב"ז מבואר בריטב"א (סוף פ"ב) דקידושין ועיין באבני מילואים אה"ע (סי' כ"ח ס"ק נ"ה) שהביא דבריהם וכתב דבאיסור הנאה אף לאשה אין בה דין ממון אע"ג דהיא חולה וראוי' ליהנות לא עדיף ממעשר שני למ"ד ממון גבוה אינה מקודשת אף דאוכלת ונהנית בהן כיון דאין הממון שלה ומשולחן גבוה קא זכי ה"נ איסור הנאה לאו ממון הוא והא דאוכלת הוא משום דהתורה נתנה רשות משום וחי בהם אבל אין לחולה בהם דין ממון דתורת ממון ליתא באיה"נ ונ"מ בדין זה אם גם לענין קנין כסף לדברי הא"מ אף דהמוכר רשאי ליהנות בו אינו עושה קנין. ויש לגמגם בדבריו ולחלק דבמעשר שני הטעם כמו שכ' הרמב"ם שאין לו לעשות שאר חפציו בו עד שיחלל שנאמר לה' הוא ומצד קדושת ה' שחל עליו לאו ממון הוא לקדש בו מה שאין כן באיסור הנאה הא דאין בו דין ממון אינו משום איסור חפצא רק איסור גברא על ישראל ליהנות בו כמבואר בר"ן נדרים וריטב"א קידושין דכל איסורי תורה הוא איסור גברא ואינו איסור חפצא ומשום דאסור עליו מליהנות בו ממילא אף דלנכרי מותר מ"מ לאו דין ממון בו וכל אחד רשאי לחטוף ממנו להסוברים דלאו שם בעלים עליו אבל בחולה הצריך לזה שוב יש לו ממילא זכיה דאין אחר יכול לגזול ממנו ועיין מ"ש אאמ"ו ז"ל בספרו דברי חיים דיני קידושין (סי' י"א) דאף דהיא חולנית מ"מ זכיה לית לה בו ובעיני הדברים צע"ג כיון דמותר לה מן התורה ואין אחר יכול ליקח ממנה למה לא שייך בו קנין [ובמ"א כתבתי בביאור דברי המכילתא פ' משפטי' ע"פ אם המצא תמצא וז"ל שבעה גנבין הן כו' למעלה מהן גנב איסורי הנאה פטור מלשלם הא זה פשיטא ואיסור הנאה אין בו דין ממון ולא שייך בו קנין ולאו שם גנב הוא וי"ל באיסו' הנאה והוא חולה ושרי לי' מ"מ מתשלומין פטור כיון דאף אם נאמר דהוי שלו ומתקדשת בה מ"מ אסור למוכרו ליהנות ממנו שאר הנאות ואסור לו לקבל חילופיו אף דחילופי איסורי הנאה מותר כבר מבואר בירושלמי שהוא לפי שאין זה דמיהן לכך קמ"ל דהגנב פטור מלשלם אף דהפסידו. מיהו בלא"ה יש לפרש כמו דגונב שור הנסקל מבית השומר דמאן דס"ל דגורם לממון לאו כממון דמי פטור מלשלם]:

אבראי הא"מ שם (ס"ק נ"ז) האריך טובא לבאר דברי תוס' ע"ז ר"פ השוכר דכ' דאף דשוה שלכדה"נ או אפרן מ"מ כיון שכ"ז שהוא בעין אסור למוכרו כ"כ אסור לקדש בו אשה דהוי כמו מכירה חשובה ויש בו הנאה כשמקדש את האשה דגמרינן קיחה משדה עפרון שראוי לקנות בו חפץ או שאר הנאות וביאר כיון דחלופי איסורי הנאה אין ביד המוכר אלא או גזל או מתנה ואין זה דמיהן לכך אינו תופס לקידושי אשה דאינו קונה בתורת

כסף ומה"ט אף דהיא רשאי ליהנות שהיא חולה מ"מ כיון דהוא אינו רשאי למוכרן אין זה כסף קידושין כמו דאין רשאי לקנות בו שדה ואין זה דמיהן ואינו נקנה בתורת כסף. אולם בריטב"א הנז' מבואר דאם מקדשה בהנאה מקודשת הרי דל"א סברא הזאת דכסף קידושין צריך להיות ראוי שיכול לקנות בו חפץ ושיהיה דמיהן כמו שכ' הא"מ. ועוד לדבריו מהראוי לומר במודרת הנאה מן המקדש דאינה מקודשת כמבואר ברמ"א אה"ע שם מתשובת רשב"א משום דלא קנתה הכסף אבל במקו' דזכתה או באומרת תן מנה לפלוני דמקודשת בהאי הנאה בכה"ג יש לדון דתהיה מקודשת כיון דהנאתה כבר עברה ועל כרחך הטעם משום דלא זכתה בכסף הקידושין וכבר כתבו המפרשים להקשות על תוס' הא דהקשו על הסיפא במכרן וקדש בדמיהן דמקודשת דמשמע בגוף הערלה אסור לקדש ולמה לא הקשו מדקתני המקדש בערלה אינה מקודשת אמאי הא יש בו הנאה שלכדה"נ או באפר והיינו במקום שרשאי ליהנות שלכדה"נ ועל כרחך דסברו דבגוף הערלה בתורת כסף קידושין לא מתקדשה דלא זכתה בו כלל רק בתורת הנאה דבא לידה בגללו על זה הקשו מדקתני רק מכרן וקדשה בדמיהן דגם כן רק מתורת הנאה מתקדשת לדעת רש"י דאסור להמוכר ורק בתורת הנאה שגורם לה למה לא תתקדש גם בערלה ועל זה תירצו כיון דלא הוי דמיהן בעד הערלה בעינא אינו דומה לקיחה דשדה עפרון וזה שייך מה דאסור לכולי עלמא אבל דבר המותר להמקדש ורק לה אסורה ליהנות מטעם הנדר למה לא תתקדש בהנאה שיש לה כמו צחוק לפני או רקוד לפני כיון דכבר עברה הנאה ואיסור דעבדה כבר עביד מהני בפרט באיסור שבדה מלבה ומשמעות דברי הרשב"א הוא דאף בדיעבד לא יש אופן שתתקדש בכסף כשמודרת הנאה רק בשטר מפלפל. ואולי יש לומר כיון דעיקר קידושי כסף ילפינן קיחה קיחה משדה עפרון ושם הוי כסף העובר לסוחר ממש רק כל הנאות דמתקדשת בהן הוא דהוי שוה כסף ואם בלתי באפשרות שתתקדש בכסף ממש כמו בנודרת הנאה שוב אף בהנאת כסף אינה מתקדשת רק בשטר שהוא ענין אחר מהיקש הויה ליציאה. והארכתי בפרטי דברים אלו באה"ע לבאר הכל ע"נ בעזה"י:

[**ובזה** אמרתי ליישב קצת ד' רשב"א ריש יבמות התמוהין למאד שכ' שם לענין המגרש אשתו בעל מנת שלא תנשא לפלוני ונישאת לאחיו של פלוני ומת ונפלה לפני הפלוני ליבום אם נפטרות הצרות וכ' דאף היא עצמה חולצת ואין אני קורא בה כל שאינה ראוי ליבום דזה הוי איסור אחר גרם לה כיון דאין האיסור אלא מחמת התנאי וה"ז כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דכופין אותו לחלוץ אף דאינו ראוי ליבום דקיימי עליה בלאו ועשה ואפ"ה הוי עולה ליבום משום דדבר אחר גרם ואינו מובן הא מבואר בש"ס שם

(דף כ') דריבה הכתוב יבימתו לחייבו עשה ול"ת דליבעי חליצה כמו אלמנה לכה"ג מן הנשואין דאיסורו מחמת עצמו ולא רמיא ליבום מה"ת ומ"מ בעי חליצה וכמו במודרת הנאה דלא הוי רק עשה ול"ת מ"מ בעינן חליצה מריבוי דיבמתו ועיין שעה"מ הלכות יבום דהניח בצ"ע ובאבני מילואים (ח"ב סי' קע"ז) העמיק והרחיב לתרץ והמעיין לא ימצא מרגוע ולמה שכ' י"ל קצת דהא כבר כ' הרשב"א והריטב"א שם בהא דקאמר בש"ס מסתברא חייבי לאוין תפסי בה קידושין חייבי כריתות לא תפסי בה קידושין ופירש"י לכך חייבי לאוין קרינן בי' לקחת את יבימתה בדיעבד ומפרשי כיון דבעלמא קרינן ביה לקחת בדיעבד שפיר קרינן ביה כאן לקחת למיעבד בה זיקה ולהצריכה חליצה מה שאין כן בחייבי כריתות דלית בה שום לקוחין לא בעלמא ולא ביבמה עיין שם אם כן כיון דכל מה דמרבינן מיבימתו הוא במקום דקרינן בה לקחת דבדיעבד תפסו בה קידושין בזה מיעבד בה זיקה להצריכה חליצה ובחייבי כריתות דלא תפסי מעולם לא קרינן בה לקחת ואם כן י"ל דלכך במודרת הנאה דלא יש באפשרות לקדשה בכסף אף דאם קדשה בשטר או בביאה יש לה בה לקוחין מ"מ קיחה דכתיב בקרא היא קיחה דשדה עפרון דהוי כסף ובנודרת ל"מ קידושי כסף אף דמצד איסור תפסי בה קידושין דלא עדיף מחייבי לאוין מ"מ לא משכחת לקדשה בכסף דלא זכתה בהכסף שוב סובר הרשב"א דלא מרבינן מיבימתו דיש זיקה בחייבי לאוין כיון דלא יש מקום לקדשה בכסף כיון דמרבינן מלקחת צריך שיהיה שייך בה לקיחה וקידושי כסף תפסו לא מרבינן כמו דלא מרבינן חייבי כריתות לכך אתי שפיר דברי הרשב"א דהא דמרבינן בנודרת הנא' הוא רק מטעם דאיסור דבר אחר גרם לה ומטעם דבעצם שייך בה קידושין רק בשביל שאסרה על עצמה כמו כן היכא דתנאי גרם לה חילצת והארכתי בענין זה הרבה בחידושי לאה"ע אין עת האסף כאן]:

הדרן לדברינו למה שכ' המל"מ והרדב"ז דמדין עבד כנעני מתקדשת שפיר היכא דשוה אצלה פרוטה ובמל"מ שם האריך בזה דכל הפוסקים מודים לדברי רש"י דסובר חילופי איסורי הנאה אסור למחליף עצמו ואעפ"כ מתקדשת כדקתני מכרן וקדשה בדמיהן דמקודשת אף דהם חולקין וסברו דחלופי איה"נ מותר גם למחליף מ"מ מודים אף דאינו של המקדש מ"מ כיון דאצלה הוא ממון מתקדשת. אך לדעת רש"י דחילופי איסורי הנאה אסור למחליף עצמו הא דהנאה הנמשכת לאחר קידושין מבואר מדבריו ע"ז (דף נ"ה) דמחלק בין קידושין לשאר הנאות ועיין מל"מ שם באורך בזה ולפי"ז לדעת רש"י אם קנה קרקע בכסף שהוא חלופי איסור הנאה אף דשרי הכסף להמוכר מ"מ י"ל דהלוקח לא קנה כיון דאסור ליהנות ממנו וי"ל דאי עביד לא מהני ויש בזה אריכת דברים אכ"מ

וראיתי בכנה"ג ח"מ (סי' ק"ץ ס"ק ג') וז"ל מכר איסורי הנאה וקנה בדמיהן הן קרקע והן מטלטלי קנה מורי הרב ז"ל בתשובה כ"י עכ"ל ולא זכיתי לראות הדברים בביאור ולכאור' תליא בדעת רש"י והחולקים ועיין מה שכ' בספרי ח"ר דיני פסח (סי' י"ג) ויבואר ברצות ד' באה"ע אם אזכה:

ועיין קידושין (דף ז') בעי רבא שתי בנותיך לשני בני בפרוטה מהו בתר נותן ומקבל אזלינן והא איכא ממונא או דלמא בתר דידהו אזלינן והא ליכא תיקו וכ' תוס' דוקא בבנות קטנות דאי בגדולות ומקבל בתורת שליחות לא עדיף שליח ממשלחו דבתר נותן דקאמר לאו דוקא שהנותן על כרחך בתורת שליחות בניו בא ואי בתר נותן אזלינן הוי בעי ב' פרוטות כאלו הבנים בעצמם מקדשים ובתוס' רי"ד כ' כיון דהשליח נותן הכסף מדידי' וליכא אלא נותן אחד הו"ל נותן ומקבל אחד ובעי רבא אי סגי בפרוטה ועיין ש"ע אה"ע (סי' ל"א) ובח"מ שם. ובחידושי מהרי"ט שם כ' דבב' בני אדם שנתנו לאב פרוטה אפילו אי בתר מקבל אזלינן כל חד וחד אין קניינו כלום וכן במוכר ב' קרקעות לב' בני אדם צריך שכל א' יתן שוה כסף אבל באב שנותן מעות בשביל ב' בניו דמהני מדין עבד כנעני ואיהו שליח דידהו אע"ג דעיקר הקדושין לצורך שנים מ"מ בתר מקבל אזלינן ומקבל ש"פ ולא בא לידו לחצאים וממונו דחד הוא דאין הנותנים גופים מחולקים כו' ואם נאמר בדין ע"כ דאם נתן אחד פרוטה בעד ב' עבדים לרבם דמקנו תרוייהו לעצמן דחשיב ממון לגבי נותן גם בנותן פרוטה בעד שליחות שני בניו לגבי דידיה חשיב ממונא אז דייק שפיר בתר נותן ומקבל דבין לגבי נותן בין לגבי מקבל חשוב ממונא ולא מספקא ליה הכא אלא בשביל בנות אי נאמר דלא מקדשה כל חדא בפמש"פ ובס' א"מ אה"ע שם כ' דלדבריו הה"ד דבנות נמי מצינו למימר בגדולות אלא דאינהו אמרו להנותן שהוא האב של הבנים שיתן הקידושין לאביהם דמהני מדין ערב והאב של הבנים הנותן והאב של הבנות המקבל ומדין שניהם דין ערב ודין ע"כ והו"ל נותן חד ומקבל חד וכ' לדון דבכה"ג אפילו אם אזלינן בתר דידהו דהיינו הבנות כיון דאתינן עלה מדין ערב הו"ל כאלו קבל' כל אחת פרוטה שלימה לדעת רמב"ם בב' שעירבו לאחד דהמלוה יכול למפרע מכל אחד מהם שירצה דאין השעבוד חל לחצאין רק כל א' נכנס בשעבוד הלוה בכולו וצ"ל דהוי כאלו הוציא מעותיו כולו עפי"ז וכולו עפי"ז וה"נ כל א' נעשה ערב בכולו וכאלו הוציא המקדש פרוטה כולו עפי"ז וכולו עפי"ז ואם כן אפילו נימא בתר דידהו אזלינן נמי מהני ליה כיון דהמקדש הוציא פרוטה על ידי כל אחת ואחת משניהם מקודשות בפרוטה אחת מדין ערב:

ולע"ד הדברים מוקשים הא ניהו דהערבות כיון דהוא לבטחון ולמשכון ואין השעבוד חל לחצאין אלא כל א' נכנס בשעבוד הלוה בכולו מ"מ סוף סוף אין הערבין חייבין לשלם בכפל רק כל א' החצי ואף דכל א' נכנס בשעבוד הלוה היינו דיכול לגבות הכל ממי שירצה ומ"מ השני חייב להחזיר לזה הראשון ששילם בעדו החצי והמלוה אינו גובה רק ממון אחד ואם כן לגבי קידושין סוף סוף אף דהוי כהוציא פרוטה על ידי כל אחת ואחת משניהם סוף סוף כיון דלא הוציא אלא פרוטה אחת אף דעל ידי ממון אחד יכולין שניהם להשתעבד אבל לענין קידושין לא נוכל לומר דכ"א ואחת קבלה פרוטה. ומלבד זה באינו נותן אלא פרוטה אף באש' אחת אם אמרה תן מנה לפלוני דמתקדשת וכן בקרקע דקונה כיון דהוי מדין ערב אם אינה אומרת רק תן פרוטה תליא במחלוקת הראשונים אם מתקדשת בגוף הפרוטה או רק בטוה"נ כמו שהבי' הרב מח"א דיני ריבית (סי' י"א) דמדברי רש"י וריטב"א קידושין נראה דלא חשיב כאלו הגיע אותו הממון לידה רק בההיא הנאה דש"פ דנהנית וכמו שכ' הרמב"ם דצריך לומר הא"מ בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך אם כן באם אינו נותן רק פרוטה אין הטוה"נ שוה פרוטה ועי' שם במח"א ובמה שכ' בהגהותי לדברי חיים (חיו"ד סי' ל"ג) ובספרי ח"ר דיני פדיון הבן (סי' ה') ולדעת הטור דלא הוצרך לומר באותה הנאה רק באומר באותו מנה שנתתי לפלוני דמה שנתנו לאחר ע"פ חשיב כנותן בידה מ"מ פרוטה אחת לא נוכל לחלק לחצאין שיהיה כאלו כל אחת ואחת קבלה פרוטה שלימה ואף לענין לגבות משני ערבין בפרוטה אחת צ"ע.

והנה מד' מהרי"ט נרא' דמדמה הדברים דקידושין לקנין קרקע וממילא אם אחד נותן פרוטה שיקנו שני אנשים כ"א קרקע תליא ג"כ בדין דקידושין ולכאור' י"ל כמו דבפרוטה א' יכול להקנות ללוקח אף כמה קרקעות כמבואר בירושלמי כתובות פרק אעפ"י שכן אדם קונה שתי קרקעות בפרוטה ואין אדם קונה שתי נשים בש"פ. ובממון כשנותן הכסף שיקנה חבירו דקונה מדין עבד כנעני אם כן מה לי אם הוא בעצמו קונה בשני קרקעות או שני בני אדם ויש לחלק בין קידושין למכר דבקידושין ושין כתיב כי יקח איש אשה ותלוי בדעת המקדש והיא רק מבטלת דעתה ורצונה ושויה נפשיה כהפקר כמבואר בר"ן נדרים וכן אב אף דכתיב את בתי נתתי לאיש קרי' רחמנא נתינה מ"מ אינו כמקנה ומכניסה לרשות הבעל רק מבטל דעתו והבעל קונה לכך מסתפק' לי' להש"ס אף דהמקבל הוא חד מ"מ כיון דמקדש לשתי נשים נפרדות לשני בני אדם הוי כמכניס לכל בעל בעד חצי פרוטה משא"כ בנותן לאחד פרוטה שימכור שני קרקעות לשני בני אדם במכר תליא בדעת המוכר המקנה וכמו דיכול להקנות לאחד כמו כן יכול להקנו' לשנים

שכל א' יזכה בקרקע אחד כיון דהנותן נתן ממון הראוי לקנות והמקבל קבל כ"כ כסף הראוי להקנות י"ל דכל א' זוכה במה שמזכהו ואף לפי מה שהוכחתי מדברי הרמב"ם הל' עירובין לעיל (סי' ד') דאף מב"נ א"י לקנות בעד חצי פרוטה אף דאצל המקנה הוא כסף מ"מ י"ל כיון דלגבי הקונה אין כאן כסף לא נעשה מעשה קנין כלל מה שאין כן היכא דהנותן נותן פרוטה שהוא כסף הראוי לקנות ע"י והמקבל קבל כסף הראוי לקנין ויכול להקנות לו להקונה י"ל דאף לשנים יכול להקנות שכל א' יקנה שדה אחת. וצ"ע בזה לדינא:

סימן כז

הנה לעיל (סי' ז') הבאתי דעת הגאון בעל הפלאה ז"ל דס"ל לחלק בין שאר קנייני ממון לקנין דגט אשה דקנין ממון צריך דרכי קנין ובגט אע"ג דלא הוי דרך זכיה במתנה בגט מקרי ונתן בידה ומשיג על רבינו ב"י דס"ל דצריך להקנות לה כמו בשאר קנינים. ואני בענייי כתבתי שם מה שיש להתבונן בדבריו הרבה. שבתי וראיתי שבדרכו זה הלך גם כן הקצוה"ח (סי' ר') ואחריו אחז צדיק דרכו ה"ה אאמו"ז הגאון הצדיק זצ"ל בדברי משפט (סי' קצ"ז) אמרתי לכתוב בזה כפי מה שהשיגה עכשיו ידי הכהה. הנה כל חילו דהקצוה"ח הא דאמרינן גבי גט אשה גטה וחצירה באין כאחד וכן בשטר שחרור דעבד גטו וידו באין כאחד. ובל"ס אם נתן ביתו לאחר וכ' עליו שטר מתנה ונתן השטר תוך הבית ואמר לו הנני נותן לך הבית עם השטר מתנה שבתוכו דודאי לא קנה כיון דלא יצא עדיין השטר מתנה מרשותו ועל כרחך הא דמהני בגט דלא בעי שיזכה דרך זכיה והקנאה כיון דהוא בעל כרחה רק בעינן ונתן בידה ומה"ט כתבו על איסורי הנאה כשר אף דלית ביה תורת זכיה לכך אמרינן ביה גיטה וידה באין כאחד משום דלא בעי רק נתינה ולדעתי השפילה ראיות אלו אינן מכרעות ואדרבא בלשון הראשונים מצינו כמה פעמים דשוין הן גט אשה למתנה ואף דמהני בעל כרחה ואין זכיה בעל כרחו ועל כרחך דסגי בנתינה זה מטעם אחר כמו שכתב הרשב"א גיטין (דף ע"ה) כיון שאין בעלה קנוי לה ואין הרב קנוי לעבד אלא שיש להן שעבוד כשהוא בא לסלק שעבודו מעליו אם אתה אומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעתן אתה מחייב את שלו בעל כרחו לכך הוי נתינה אבל ודאי דצריך דרכי הקנאה להגט ואף בעל כרחה זכתה האשה והעבד בהגט כיון דכורת הדבר נעשה הנייר שלהן ואדרבא גט חמור דצריך שלא יהי' אגוד בו זכות הבעל כלל אבל מ"מ בעינן שיהי' בדרכי זכיה וקנין דמהני במתנה והא דגלי לן רחמנא דאמרינן גיטו וידו באין כאחד הוא משום דאף דעבד הוא כספו של אדון מ"מ יש לו דעת והוא אדם בנפש והנפש אינו של האדון רק דידו כיד רבו בזכייתו וגלי לנו הגז"ש

דלה לה מאשה כמו דאשה מתגרשת בגט אף דידה גופו לא קני ליה הבעל והוי הוצאה מרשותו דבעל לרשותה דאשה כמו כן בעבד אף דגופו דיד הוא של אדון מ"מ כיון דבעל נפש הוא באין גיטו וידו כאחד מה שאין כן במניח השטר מתנה בתוך ביתו לא שייך לומר כלל שבאין כאחד בדיבור בעלמא דליכא הוצאה מרשות והכנסה לרשות כמובן אבל לעולם אף דהוא בעל כרחו דעבד מ"מ צריך שיהיה הכנסה לרשותו בדרכי הקנאה כמו במתנה דצריך דרכי קנין:

ועיין ש"מ ב"מ (דף י"א) בלשון הרמב"ן בהא דאמרינן שם בש"ס והרי גט דדעת אחרת מקנה וז"ל ומשמע דרב שימי איפכא ס"ל דקסבר דגבי הפקר קני אף בזכיה כ"ד וגבי מתנה וגט בעינן קניה אלימתא. וכן בסוגיא שם דקאמר לענין קטנה דיש לה יד ויש לה חצר ופליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ומר סבר לא ילפינן ומסיק דפליגי אי ילפינן קטן מקטנה. הרי דמדמינן קנייני דגט לקניינים דממון וכמו דקטנ' אית לה חצר לענין גט גבי מציאה נמי אית לה ואי נימא דגט סגי בנתינה לבד אם כן אף דגלי קרא דסגי בנתינה לחצרה מניין לנו דכיון דהוי רשותה דחצרה קונה לה מה שהיא עצמה אין לה כח לקנות. ועיין פנ"י גיטין (דף ל"ט) דמאן דיליף מציאה מגט הוא משום דגט דהוא בעל כרחה וחוב הוא לה לא חשיב דעא"מ מש"ה יליף דוקא בקטנה ולא בקטן אף דנוכל למילף משחרור דשם כיון דזכות הוא חשוב דעא"מ וכל היכא דשייך דעא"מ ילפינן מגט ושחרור עיין שם הרי מוכח על כרחך דגט ושחרור לא סגי בנתינ' לבד רק בדרכי קנין המועיל בממון. ועיין ריטב"א ב"מ(דף י"ב) בהא דאויר שאין סופו לנוח שכ' הא דמס' גיטין בנשרף דרך עלי' אינה מגורשת משום דאין סופו לנוח כו' וכתב דגבי גט פשיטא לן דכה"ג לאו כלום הוא אע"ג דנכנס בתוך רשותה אלא י"ל דשאני גט כיון דהוי בעל כרחה בעינן שיהא סופו לנוח בחצרה ואי לא"ה לא מיגרשה אבל גבי מתנה דזכות הוא לו ומדעתו משו"ה מיבעי' לי' ואם הי' ס"ל דגט סגי בנתינה לבד הי' לו לומר דבאויר לאו שם נתינה הוא אלא ודאי דנתינה גם כן צריך לקנין לכך מחלק בענין אחר ומכל זה משמע דאף דכתיב בגט נתינה מ"מ אם יש בו דין ממון צריך שיהיה נקנה לה בדרכי קנין כמו בשאר זכיית ממון ואדרבא אף בגט בידה ומשיחה בידו אינה מגורשת אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו משום דבעינן כריתות וליכא כמבואר ש"ס ב"מ (דף ז') וברש"י שם הבדלה שיהיו מובדלים זה מזה ואם אינו מקנה בדרכי הקנאה יש כאן שיור ואף די"ל כיון דמתגרש' אף בעל כרחה ממילא שוב זכתה בהגט ויש כריתות מ"מ מניין לנו לומר שהגט והכריתות יסבב הקנין אלא ודאי אף דכתי' נתינ' מ"מ צריך שיהיה באופן אם תרצה מדעתה לקנות יהיה לה בו צד זכיה וקנין וכמו שכ' לעיל (סי' ז') [וראיתי לכבוד

הגאון המנוח בעל ז"ר ז"ל (ח"ב סי' ל"ו) שכתב גם כן דגבי גט אשה אין צריך לקנות הגט כלל כמבואר מדברי רש"י עירובין (דף צ"ב ע"ב) בד"ה אינה מתגרשת כו' דגט אינו קנוי לאשה עיין שם בדבריו ובעניי לא ראיתי שם מדברי רש"י שום משמעות לזה כאשר ישפוט כל מעיין ואדרבא יש להוכיח מדבריו דבעינן קנין ממש ויש לי אריכת דברים בענין יכול לנתקו בדברי ש"ס ב"מ הנז' ותוס' כתובות (דף ל') ובדברי הש"ך (סי' קצ"ה) אין עת האסף פה]:

והא דכתבו על איסורי הנאה דכשר הוא משום דנתינה גם כן סגי ואין צריך שיהיה בו דין ממון כמו שכ' תוס' גיטין (דף כ') אבל לעולם אם יש בו דין ממון צריך להקנות גם כן וראיתי בקצוה"ח בספרו אבני מלואים (ח"ב סי' קל"ט ס"ק י"ג) שכ' שוב שנית ביתר ביאור דבריו דשטר מתנה והקנאה כתבו על איסה"נ פסול משום דכ' ואקח את ספר המקנה. ולא ידעתי אמאי הא כמו דנתינה מקרי אף שהוא פחות משוה פרוטה ואף איסה"נ כן נמי קרינן ביה ואקח את ספר ומש"ש דאף להסוברים דבאיסור הנאה אית ביה משום זכיה מ"מ אסור הוא לזכות בו וכל שאינו רוצה לזכות בו לא קרינן ביה ואקח גם זה אינו מוכרח כאשר יבואר לקמן. ומה שהקשה שם בתוס' ב"מ (דף מ"ז) דקונין בכלי אעפ"י שאין בו שוה פרוטה משום דונתן לרעהו נתינת מנעל ולא נתינת ממון כמו גבי גט אם כן מ"ש גבי גט דכתבו על איסה"נ דכשר ולגבי חליפין לא מהני באיסורי הנאה אלא ודאי מה"ט דגבי גט לא בעי זכיה בגוף הגט אלא נתינה סגי כיון דאיתא בע"כ אבל חליפין בעינן שיקנה המקנה את הסודר מן הקונה כדי להקנות לו ואיסורי הנאה אין בו קנין וכבר כ' שם המהרש"א בתוס' ב"מ הטעם בפשיטות יותר דאע"ג דלא בעי בחליפין גם כן נתינה [היינו שיש בו ממון] מ"מ ממעטינן איסור הנאה מדכתיב נעל ע"ש. והיינו דבעינן דבר מסויים וחשיבות דכלי ואיה"נ לאו חשיבות הוא אף אם שוה הרבה:

עוד כ' שם דמה"ט שטר קידושין פסול כתבו על איסורי הנאה אע"ג דבגט כשר ואיתקש הוי' ליציאה כיון דקידושין ליתא בע"כ ובעינן מדעתה איתא נמי בתורת זכיה כמו שאר שטרי הקנאה ופסול אם כתבו על איסורי הנאה וציין לעיין ברמ"א אה"ע (סי' כ"ח וב"ש וסי' ל"ב) הנה באמת מדברי רמ"א וב"ש שם נראה דאין לחלק בין שטר קידושין לגט וגם הרשב"א בתשובה כ' רק מצד חומרא חשש לדברי ירושלמי (פ"א) דקידושין דאין בו ש"פ כשר הואיל דראוי להשלים ולא נמצא בתשובת רשב"א הטעם דבקידושי שטר בעינן שיהיה נמי בתורת זכיה.

ויען בחידושי לאה"ע כתבתי בעזה"י הרבה בזה ובמקדש באיה"נ בתורת כסף אביא כאן אפס קצהו השייך קצת לענין זה וזה דברי שם במ"ש האחרונים שם במקדש בדבר שהוא

ס' אם אפרן מותר או לא דהוי ספק קידושין וכן ראיתי מכבר בתשובת יד אליהו דהעלה בעור ושיער דמת ישראל דהוא סד"ד אם אסור בהנאה דלענין קידושין הוי ספק ואמאי הא כיון דמס' אסור אין כאן כסף וכתבתי לדון למה שכ' הא"מ בטעם הדבר דבדבר שעיקרו מדרבנן דחוששין לקידושין לדעת הרא"ש דל"ג ממקדש במעמלה"ח דאי לאו מטעם גזירה היתה מתקדשת אף דלית לה הנאה שוה פרוטה דהיכא דיש כאן כסף לא בעי שיהיה לה הנאה אם כן יש לדון גם כן בספק איסור דלהך צד דשרי יש כאן כסף אולם הבאתי שם כו"כ ראיות דאף הנקרא כסף אם אין כאן הנאה אינה מתקדשת ויבואר אי"ה במקומו באורך ואינו ראיה כלל ממתנה על מנת להחזיר דשם תנאי מילתא אחריתא הוא. שוב הבאתי דברי בעל חות דעת ז"ל בספרו קה"י שכ' דלמה שכ' ריטב"א סוכה לגבי אתרוג דאיסה"נ חשוב שלו ע"כ אף דאסור לו למחות בהבא לזכות בו ומייאש נפשיה מזה מ"מ כל שלא בא ליד זוכה הוי שלו לענין שלכדה"נ וגם אם ילוה מנכרי ויגבה חובו מזה אינו חייב לפדות רק למכור אסור דזה הוי דרך הנאתו ובעבר ומכר לא מהני מטעם כל מילתא דאמר רחמנא ל"ת אי עביד לא מהני וזה כוונת תוס' ע"ז ר"פ השוכר דכשם שאסור למוכרו אסור לו לקדש בו אשה ואף בדיעבד אי עביד לא מהני ובדבר שאין לו עיקר מה"ת לא אלם כ"כ לומר אי עביד לא מהני ודבריו נפלאים דנראה אף לדעת הריטב"א סוכה היינו דבר שהיה כבר שלו אבל לזכות באיסו' הנאה ושיהיה שוה ממון זה לא שמענו וברשב"א נדרים מבואר דאף ירושה ממילא לא חל והא דקתני במתניתין דב"ק (דף ק"ט) לוה ובעל חוב באין ונפרעין כ' דבעל חוב מהפקר זכה ועיין בש"מ ב"ק שם אבל ירושה לא שייך והר"ן דסובר שם דיורש גוף הדבר מ"מ מודה דקנין לא חל עליו וכבר האריך בזה אאמ"ו ז"ל בד"ח דיני חמץ (סי' א' וח') ובריש דיני לולב. גם לא אדע לכוין דברי הקה"י וכן מה שכ' בנתיבות (סי' ער"ה) דכיון דלדעתו כ"ז שלא זכו אחרים הוי שלו לענין תועלת לוה ובעל חוב נפרע למה הוי הפקר שמתייאש בשביל דאינו יכול לעכב על אחרים מלזכות למה יתייאש כיון דמה"ד הוא שלו שוב יהיה אסור לאחרי' לזכות דגרמו לו היזק וכי משום דאסור הוא למנוע באחרים יהיו רשאין לזכות אם נאמר דנשאר זכות לבעלים. וראיתי למי שכ' דהריטב"א אינו חולק עם הרשב"א נדרים (דף פ"ה) דדוקא באוסר בקונם עליו דלאחרים ראוי הוא נפקע זכות הבעלים בשביל שאינם יכולין למחות כדי שלא יהיה להם הנאה מה שאין כן בערלה דאסור בהנאה לכל רשאי למחות בחבירו הבא ליטול דאין הנאה במחאתו דמצוה קעביד למנוע בחבירו שלא יעבור איסור ומצוה לאו ליהנו' ודברים אלו אין להם שחר כלל הא עכ"פ אינו ישראל ראוי לו ויכול ליקח ואינו רשאי למחות. אולם גם להך צד אם נאמר

דנשאר לו זכות ותועלת לענין שלכדה"נ וללות למה לא יהיה בידו למחות בחבירו או בא"י שרוצים לזכות דמונע אותם מעבירה דגזל הוא בידם דיגרמו לו הפסד אלא ודאי דלא נשאר לבעלים שום זכות ובדעת הר"ן דסובר דקונם הוי כהפקר ובירושה ממילא סובר דיורש על כרחך סובר לחלק בין אוסר על נפשו דגלי דעתו לבין אם אביו אסרו עליו אבל לזכות בקנין לתועלת זה מודה הר"ן דא"י:

והא דמבואר רשב"א קידושין (דף נ"ו) דהמקדש בערלה וכה"כ דאף דהוא מהנשרפין ואפרן מותר ויש באפרן שוה פרוטה מ"מ אינה מקודשת וכ' משום דהשתא מיהא לית לו דמים דאסור למוכרן ואי משום אפרן הא אינו בעולם ולכי קלי ליה הוי ליה כגופא אחרינא ולאו זה מה שקדשה בו ואע"ג בלאחר שאתגייר אמרינן כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי התם אין הגוף משתנה אבל כאן הגוף משתנה לגמרי לא ועוד דהתם דוקא באומר לכשיהי' ובלא"ה לא עיין שם ומשמע מזה דיש לו בעלים מדלא כ' בפשיטו' כמו שכ' ריטב"א שם משם מורו דכיון דהשתא לית בהו דין ממון אינה מקודשת דכי שרף להו לבערינהו לאו דידיה נינהו וכל הקוד' זכה באפרן משמע דרשב"א סובר דאפרן של בעלים הוא ויש לו זכיה באיסורי הנאה וכבר העיר בזה אאמ"ו ז"ל שם דיני חמץ. ברם י"ל דרשב"א דייק שהוא מהנשרפין והיינו דעומד לשרוף ולעשות המצוה וסובר דמי שהוא בידו אף דאין לו זכיה באיסור הנאה מ"מ לאחר שנעשה מצותן האפר ממילא שלו או באמת אינו שלו רק אחר שיזכה ומ"מ אף דאסור למכור כשהוא בעין טוה"נ מבחוץ יש לו שבידו לשרפן ולזכות באפרן ותתקדש בהנאה הזאת שיהיה בידה לשרוף וליהנות ולזכות בהאפר וע"ז מתרץ דלכי קלי גופא אחרינא הוא ולאו זה מה שקדשה בו והוסיף עוד דאף אם אמר לכשיהיה אפר לא מהני כיון דלא מקדשה בזה ואף אם אומר שתתקדש בהנאה הזאת שיבא לה אחר כך ויחול הקידושין על אחר כך כיון דבידה להביא לה הנאה הזאת מ"מ עכשיו לא מתקדשה בזה. וראיתי בס' קרמ"ר (פ"ה) מאישות דהקשה על הריטב"א וז"ל דמאחר דבידו לשורפן בחצרו וחצרו זכי לי' דל"ש השתא לומר כל הקודם זכה אם כן דין ממון אית לי' ודבר הגור' לממון כממון דמי אמאי אינה מקודשת:

ולע"ד דברי הריטב"א עם דברי הרשב"א מותאמים יחדיו ידבקו ושניהם סוברים דאיסורי הנאה אינם של בעלי' ורשות לכל א' לזכות והאפר הנעשה אחר כך ומותר אחרי שנעשה מצותה אף דבא מסיבת איסורי הנאה מ"מ אחר שנעשה מצותן מותר כמבואר סוף תמורה מ"מ בעי זכיה מחדש רק דקושיתם היה שתתקדש אף דלא יש עכשיו נתינת כסף מ"מ יש הנאה למי שיש בידו לעשות מזה תועלת שאחר שישרף יזכה בהאפר וע"ז קאמר רשב"א כמו שכ' למעלה דלכי קלי גופא אחרינא הוא ואם מקדשה בגוף

הערלה אף די"ל כמו דמצינו מס' בכורות (דף י"א) במקדש בפטר חמור וידעה האשה מזה תקדש במה דביני ביני דיכול לפדות בזה ואף דפ"ח אסור בהנאה מ"מ יכול למכור זכות זה לדעת רא"ש וטור יו"ד (סי' שי"א) והטעם דאינו נהנה מגוף האיסור רק שמוכר התועלת שהיה לו בזה שיפדה בשה וכנראה דמכירה מהני מעכשיו ודלא כמו שכ' בס' המקנה קידושין (דף נ"ה) וכבר כתבתי בזה בספרי (ח"ר סי' ד') דיני תו"מ דזה לא חשיב כנהנה באיסורי הנאה וכמו דיכול למכור קדשים קלים לר' יוסי הגלילי עיין שם וכן מבואר שם בש"ס בגונב פ"ח ש"ח דמשלם כפל וכ"פ הרמב"ם אף דקיי"ל דבר הגל"מ לאו כממון דמי מ"מ זה עדיף דבידו לעשות כל שעה ורגע ואין צריך להמתין זמן וכמו שכ' אמו"ז ז"ל בדיני חמץ (סי' א') ואם כן נימא דערלה גם כן כיון דיש לו זכות זה עכ"פ לשרוף וליהנות מן האפר אינו כמוכר האיסור הנאה ונהנה ממנו כיון דאינו מכר רק צד ההיתר שיש לו שיעשה ממנו אפר וע"ז כ' ריטב"א דהשתא לית ביה ממון והתועלת לעשות אפר שווין בו כל אדם ולאחר קיום המצו' כששורף לאו דידיה נינהו וכל הקודם זכה היינו כיון דבעינא בלתי אפשר להנו' רק כשיעש' גוף אחר לית זכיה בזה לבעליו יותר מאחרי' כיון דאין גופו ממון והוי רק כגור' לממון וכמו שטר ואף אם גל"מ כממון כדסוב' ר"ש והגונב קדשי' שחייב באחריו' חייב כפל וכ' רמב"ן דהוי ככיס מלא מעות מ"מ בשורף שטר פטור כמבואר ב"ק (דצ"ח) דאינו עיקרו ממון כן נמי איסור הנאה ואף דבשור הנסקל הנגנב מבית שומר דהיה יכול לומר הרי שלך לפניך חייב כפל משום דעכ"פ הוי כממון לגבי השומר דיכול לסלק כמו שהוא בעינא לבעלים ולומר הרי שלך לפניך. אבל דבר שאסור בהנאה אף שיש לו תועלת לעשות אפר מ"מ בעינא אין בו תועלת לכן לית ליה זכיה בו וכשנעשה אפר הוי גופא אחריתא כל הקודם זכה ואף דקאי בחצרו וזכי ליה מ"מ עכשיו יכול כל א' לזכות דאינו בעולם ולא הוי גול"מ ולומר שתתקדש בהנאה זאת שיהיה עכ"פ בידה לשרוף ולזכות באפר אינו מקדשה בהנאה הזאת. ובאם אומר לכשיהיה אפר ותזכה בה תהיה מקודשת ע"ז קאמר הרשב"א דכיון דהוי גופא אחרינא ל"מ בידו ועוד אף אם לא נרצה לחלק בזה מ"מ דוק' באומר לשיהיה ובלא"ה לא לכן קתני המקדש בערלה אינה מקודשת היינו עם גוף הערלה אבל אם אומר שמקדשה בהנאה הזאת שיהי' בידה לעשות מזה אפר ולזכות אפשר באמת שמתקדשת אחר כך:

ואף דמבואר ברשב"א בתשובה (סי' תר"ב) באם נדרה הנאה מראובן ואח"כ קדשה דאינה מקודשת כיון דבשעה שקבלה א"י לזכות ואינו שלה אין לה בו זכות ואע"ג שנשאלה אח"כ כיון דבשעת נתינ' לא זכת' שוב א"י לזכו' והוי לה כסף קידושין כפקדון

בידה כאותו שאמרו המקדש אחותה עיין שם וברמ"א היינו שם כיון דמקדשה שתתקדש מעכשיו וזה בלתי באפשר אבל באמת אם היה אומר שתתקדש לאחר שתשאל על נדרה ונשאלה אחר כך מתקדשת. אבל בקדשה סתם בלתי אפשר לחול דהוי כפקדון ואף דנשאלה אחר כך על נדרה ודעת רשב"א נדרים דאם אוסר עליו פירותיו אף דהוי הפקר וכל הקודם זכה מ"מ אם אחר כך נשאל על נדרו חייב להחזיר דחכם עוקר הנדר מעיקרא מ"מ לענין קידושין כיון דלא קדשה רק שיחול הקידושין עכשיו ועדיין לא נשאלה נעשה הכסף פקדון ושוב אינו חל למפרע אף אחר התרת הנדר אבל באומר שתתקדש בהנאה הזאת שאם תשאל יהי' למפרע כסף קידושין שלה אפשר שמודה הרשב"א דמהני כמו באם אומר לכשיהיה אפר דמספקא ליה אם מהני ואף אם באומר לכשיהיה אפר דל"מ מטעם דכי קלי גופא אחרינא אבל בנידון דתשובת רשב"א ז"ל אם אומר שתתקדש אף בגוף כסף קידושין שתזכה למפרע אחר שתשאל על נדרה י"ל דמהני ואף דעכשיו אי אפשר לזכות מ"מ אחר התרת נדר מהני זכייתה למפרע וצ"ע בזה:

והנה למה שכ' הקה"י בכוונת תוס' ע"ז דלכך ל"מ הקידושין באיסורי הנאה מטעם דאי עביד לא מהני לכאורה י"ל למה שכ' תוס' תמורה דלגבי איסור שבדה מלבו כמו נדר ושבוע' אי עביד מהני ועיין סמ"ע (סי' ר"ח) מה דהקשה שם על רמ"א דכ' בנשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר דמהני מדברי רמ"א יו"ד (סי' ר"ל) ובאחרונים שם אם כן לגבי כסף קידושין אם שניהם יודעין מהאיסור ובכ"ז קדשה ונתרצה לזכות נימא אי עביד מהני ולמה לא חשש הרמ"א להחמיר בקידושין אלא ודאי דסובר דלא יש שום זכיה אף בעבר ולא מטעם כל מילתא דאמר רחמנ' לא תעביד אי עביד לא מהני דמה"ט הי' לנו להחמיר לגבי איסור שבדה מלבו ורציתי לומר דהא בלא"ה יקשה אם נאמר בכוונ' תוס' ע"ז דמטעם אי עביד לא מהני הוא אם כן יקשה לאביי דסובר אי עביד מהני יקשה ממתניתין דמקדש בערלה דאינה מקודשת וכן הקשה בס' א"מ. אך י"ל למה שכ' בס' טורי אבן ר"ה (דף כ"ח) בהא דס"ד דמצוה ליהנות ניתנו אם תקע בשופר של עולה לא יצא דלאו מטעם מצוה הבא' בעבירה הוא רק מטעם אי עביד לא מהני ואף לאביי מ"מ כיון דלא אזהיר רחמנא להדיא שלא לתקו' בהן רק דאזהיר שלא להנות מן ההקדש ואם נאמר דלא יצא אין כאן איסור כלל וכסברא הזאת כתב הרמב"ן ורשב"א יבמות (דף ק"ג) דאם נאמר דהנאה שיש לה מן החליצה אסורה לכתחילה היה לנו לומר דאף בדיעבד לא מהני כמו בתקע בשופר של הקדש וכוונתו דאביי דסובר דכיון דלוקה הואיל דעבר אמימרא דרחמנ' לכך מהני אבל היכא דנוכל לתקן האיסור מכל וכל דאם נאמר דלא מהני לא יהיה שום איסור ואף על מימרא דרחמנא לא עבר מודה אביי דלא מהני כדי

שיתוקן האיסור מכל וכל ועיין מה שכ' בהגהותי בדברי חיים דיני מכירה (סי' כ"ט) בסופו בזה דדוקא כשנשבע שלא ימכור ולא יגרש דהיינו על שם מכר וגירושין בזה כתבו תוס' דלגבי איסור שבדה מלבו אי עביד מהני כיון דאף אם לא יהנו מעשיו מ"מ כבר עבר אמימרא דרחמנא והמעשה דהיינו הקיום הדבר איננו מתועב בעצמותו משא"כ אם נשבע שלא יתקיים הדבר בזה כיון דאם לא יהני לא יעבור על שבועתו בזה אף לאביי אמרינן דלא מהני ואם כן י"ל במקדש באיסור הנאה כיון דכל מה דאסור הוא שלא ליהנות מאיסור הנאה וקידושין הוי כמכר בזה אף אביי מודה דלא מהני כיון דכל עיקר הנאה הוא בקיום הקידושין וכשנאמר דלא מהני ואינה מתקדשת בזה לא עבר כלל אף על מימרא דרחמנא. ולפי זה גם בנודרת הנאה מהמקדש לא מהני גם כן אף לאביי ואף דהוי איסור שבדה מלבו כיון דיתקן האיסור מכל וכל דאם לא מהני ממילא ליכא שום איסור. שוב ראיתי בס' דו"ח לרבינו עקיבא איגר ז"ל במערכה (י"א) דכתב כן בכוונת תוס' ע"ד הנ"ל עפ"י סברת הט"א הנז' דבכה"ג אף לאביי לא מהני דאם אינה מקודשת ממילא לא נהנה והביא דברי הגהות מל"מ (פ"ה) מאישות דהקשה אמאי בכ' גט על איסו' הנאה כשר נימא גם כן דאינה מגורשת שכן נהנה וכ' דל"ק למה שכ' תוס' תמורה שם דבגט לא שייך כלל סברא דאי עביד לא מהני דבכל ענין מתיר דאתקש למיתה וכ' עוד דלפי דעת הסוברים ברמ"א (סי' ל"ב) בכתב שטר קידושין על איה"נ דמקודשת על כרחך דלא ס"ל סברת התוס' ע"ז הנז' ע"ש:

אך לענ"ד נראה דסברת הט"א אין ענין לדברי תוס' ע"ז ולא למקדש בשטר מאיה"נ. דהא באמת דברי רמב"ן יבמות וט"א הנז' צריכין ביאור דמה איכפת לן במה דלא מהני גבי מעיל' דהקדש הא בכל איסור הקדש דהוא בשוגג נימא דלא מהני ולא קנה וממילא לא מעל וכבר עמד ע"ז בס' ח"ש. אולם הדבר פשוט וכמו שכ' גם כן באמ"ו ז"ל בדברי חיים דיני ר"ה דדוקא אם נתכוין להוציא מרשות בזה חייב על כוונת הזכיה אבל בתוקע בשופר דתקיע' בעצם לא הוי שימוש ואין מעילה בקול רק הואיל דרוצה לצאת בתקיעתו ידי חובת מצוה בזה הוי שימוש מעליא לכך כיון דאם נאמר דלא יצא לא עביד כלל בשימושו אמרינן דאינו יוצא לסלק האיסור מכל וכל וכן בחולצת סנדל של ע"ז דלא הוי הנאה בעצם רק מה דמתירה ואם אין החליצה מתירה לא הוי שימוש של הנאה מה שאין כן בנתכוין להוציא מרשות בזה אף דאם נאמר דלא קנה מ"מ נתחייב על מחשבתו. וכן באמת מבוא' מדברי תשובת רשב"א (סי' קע"ח) בהא דאמרינן בע"ז דמדאגבהה ישראל קנה ונעשה ע"ז ש"י וכן בנתכוין לזכות בחמץ בפסח דעובר על בל יראה ובע"ז זכה בו ליאסור בהנאה לעולם ואף דאי אפשר לזכות בו לכתחילה ואין אני קורא בו חמץ של

ישראל מ"מ כל שרוצה לזכות בו זכה בו לאסור בהנאה ולעבור בו וכן בע"ז כל שדעתו לזכות בה ע"ז דישראל קרו ביה עד שיבטלה גוי עד שלא הגביה ישראל לזכות בה עיין שם וה"נ דכוותיה כל שנתכוין לזכות מעיל וממילא הה"ד לגבי קידושין כיון שנתכוין לזכות בה על ידי איסור הנאה והוי כמוכר איסור הנאה דעובר מן התורה אף דהמכירה לא מהני כלל והא ראיה דהא אין זה דמיהן ואם מכר לישראל הוי גזל וכ"כ אם מכר לנכרי ולא זכה בהמעות ומ"מ אסור למכור וכמו כן אף אם נאמר דלא מהני הקידושין מ"מ עבר אמימרא דרחמנא ומהראוי לומר לאביי דאי עביד מהני ושתתקדש לו דבזה לא מסלקינן האיסור מכל וכל דאף אם נאמר דלא מהני מ"מ עביד איסור שהוציא איסור הנאה בתורת כסף וכמוכר איסור הנאה ורק לרבא שייך לומר אי עביד לא מהני ואם כן ממילא שוב י"ל במודרת הנאה דהוי רק איסור שבדה מלבו דבזה אי עביד מהני דכמו כן תתקדש כיון דיש לה תועלת בזכייתה באיסור הנאה אלא ודאי דמצד דלא מהני גוף הזכי' ולא יש שום תועלת לזכייתה ולא הוי כסף קידושין.

ולפי מה שהעליתי דכיון דנתכוין להוציא ולהקנות האיסור הנאה אף אם נאמר דאי עביד לא מהני מ"מ כבר עבר אמימרא דרחמנא שוב י"ל גם כן הא דמהני בשטר קידושין על איסורי הנאה הטעם כיון דגלי לן רחמנא לגבי קידושין דאי עבד מהני כמו אלמנה לכה"ג מדכתיב לא יקח ולא יחלל דתפסי בה קידושין כמבואר תמורה שם ומה"ט אמרינן בכל איסורין דגבי קידושין דאי עביד מהני כיון דגלי קרא נילף מיניה כמו שכ' רשב"א קידושין (דף ס"ז) ועיין נו"ב תנינא חאה"ע ואם כן כמו שכ' רבינו עקיבא איגר ז"ל דלכך לגבי גט כתב על איסור הנאה כשר ולא אמרינן אי עביד לא מהני מטעם כיון דאיתקש גירושין למיתה והיינו אף דכאן החסרון הוא בגוף הגט מ"מ לא גרע האיסור מזה ממה דגוף ועצם הגירושין הוי איסור כמו באונס שגירש דאעפי"כ מהני מטעם דאיתקש למיתה כן נמי בקידושין כיון דגלי קרא דאף שיש בעצם וגוף הקידושין איסור מ"מ אי עביד מהני כן נמי ממילא היכא דאיסור הוא מצד איסור הנאה אם אינו החסרון בכסף קידושין רק שהוא מצד דאסור בהנאה אמרינן אי עביד מהני כיון דגלי קרא אלא ודאי דאין הטעם מטעם דאי עביד לא מהני רק בעצם לא הוי ממון שיזכה בו:

והנה לכאורה יש להבין בדעת רמ"א דבנדרה הנאה אם קדשה בשטר הוי קידושין ובב"ש ביאר הטעם כיון דאנן קיי"ל בגט כתבו על איסורי הנאה הוי גט אף באיסורי הנאה דאורייתא ודלא כירושלמי למה נאמר לחלק בין גט לקידושין. ויש להבין הא כמו דאם קדשה בכסף לא מהני ואף אם הותר הנדר אחר כך ונעקר למפרע לא מהני וכ' הרשב"א בתשובה כיון דלא הי' מהני בשעת נתינה הוי פקדון והיינו דאף לזכות אינה יכולה

באיסורי הנאה וכדעת הרשב"א בכמה דוכתי אם כן מהראוי לומר אף בגט דאם כתבו על איסורי הנאה דכשר היינו אף דלא שייך זכי' באיסורי הנאה מ"מ מתגרשת בספר דברים הכתוב עליו מ"מ אם הוא דבר שאסור להאשה בהנאה ולבעלה מותר בהנאה מהראוי לומר דלא תהיה מגורשת כיון דנשאר שיור לבעל בגוף הגט והוי כמו במגרשה על מנת שהנייר שלי דלא מהני או מטעם שכ' רש"י גיטין (דף כ') דהוי כאותיות פורחת באויר או כמו שכתב הרמב"ם (פ"ח) מגירושין דאין זה כריתות כיון דיש להבעל זכות בגוף הגט אם כן בזה נמי אף דאינו אומר על מנת שהנייר שלי מ"מ כיון דממילא לית לה זכיה בדבר האסור לה בהנאה ולהבעל המגרש הוי ממון המותר נשאר זכייתו בהגט מהראוי לומר דלא תתגרש כיון דהוי כמו שיור בגוף הגט וכן לא תתקדש בו דכמו"כ בקדשה בשט' ואמר לה על מנת שהנייר שלי אינה מקודשת כמבוא' רמ"א (ס"ס ל"ב) וה"נ דכוותיה כיון דאסורה ליהנות בהשטר ולא שייך לה בזה קנין כיון שנדרה הנאה ממנו ונשאר זכות המקדש בהנייר. אולם אם נאמר כן כל אשה תוכל לידור הנאה מבעלה ומנכסיו הכי נאמר דאין ביד הבעל לגרשה בעל כרח' מדינא דגמרא כיון דלית לה זכיה בהנייר ונשאר זכות הבעל והוי כאומר על מנת שהנייר שלי ואף דבכ"ז יש כ"כ ביד הבעל לאסור בנדר גם על עצמו בקונם הנייר שהגט כתוב עליו ואף לדעת הסוברים לענין גט דדוקא כתבו על איסורי הנאה בדיעבד מתגרשת אבל לכתחילה אסור לכתוב לה הגט על איסורי הנאה ועיין תוס' גיטין (דף כ' ע"ב) ובגט פשוט (סי' קכ"ד) ולפי זה בגט אם האשה תאסר ע"ע בקונם אם נאמר דאינה מתגרשת דהוי כעל מנת שהנייר שלי שוב אם הבעל יאסר ע"ע כמו כן הנייר בקונם לא יהיה יכול לגרש בו לכתחילה מ"מ יש ביד הבעל לאסור ע"ע בקונם שיחול האיסור עליו כשיגיע לידה ולא מקודם לכן. וכמו כן יש מקום לומר במקדשה בשטר שיאסור גם כן המקדש עליו הנאות שטר קידושין כשיגיע לידיה בתורת קידושין ושוב לא יש לו שיור בהשטר:

אולם לא משמע כן בתשובת רשב"א ולא ברמ"א שיצטרך לזה שיאסור המקדש עליו הנייר וי"ל הטעם דדוקא באומר על מנת שהנייר שלי אין זה כריתות דנשאר זכות המקדש בהשטר וכמו בגט דלא מהני מטעם הי' כ"כ בקידושין אבל במקדש באיסורי הנאה אף דאם מקדשה בכסף כ' הרשב"א דהמעות הוא פקדון היינו כיון דלא מהני הקידושין דלא מצי זכיה בהכסף קידושין דאסרה עליה בזה נשאר הכסף להמקדש אבל במקדשה בהשטר כיון דמתקדשה שפיר אף דלא מצי זכיה בהשטר כמו דמתגרשת בגט של איסורי הנאה שוב לא יש להמקדש זכות בהנייר כיון שסילק ידיו מזה לתת לשם קידושין וגם הא נצרך לה השטר לראיה אף דאסורה ליהנות מ"מ זה לא הוי רק גרם

הנאה ואין לאחר ליקח מאתה ומכ"ש המקדש וכן המגרשה אף דאסור לה ליהנות מן הגט שנדרה הנאה ממנו מ"מ לא נשאר זכיה להבעל כיון דעכ"פ בתורת גט נתן וגם הועיל בנתינתו לשם גירושין שתתגרש שוב נסתלק קנין של הבעל מן הגט וגם אחר אינו יכול לחטוף ממנה דצריכה ליה לראיה וזה ליכא איסור דנהנה באיסור הנאה דל"ה רק גרמא בעלמא להיות לה לראיה שנתגרשה.

וראיתי בס' המקנה שכ' באמת דזה טעמא דרשב"א אף דגבי מודרת הנאה דממון שלו הוא מקרי נתינה מ"מ כיון דאיכא עבירה בנתינה אין הנתינה כלום מטעם כיון דאסרה הנכסים הוי כהקדש והמקבל מעל כשיוציא כמבואר נדרים (דף ל"ה) והקדש במזיד אינו מתחלל אין הנתינה כלום וברשות הבעל הוא ובמה תתקדש. ולא אדע היה לו להקשות בפשיטות כיון דלבעל הוי נתינה מעליא ומותר לו בהנאה והיא אין בידה לזכות בהנייר הוי כאומר ע"מ שהנייר שלי וע"כ צ"ל הטעם כיון דא"צ לזכות בהנייר ונגמר הקידושין ע"י שבא לרשותה הספר אף שהוא אסור בהנאה וכיון דחל הקידושין שוב נסתלק רשות הבעל מן השטר א"כ אף דהקדש במזיד אינו מתחלל מ"מ שם נתינה הוי ולא נשאר לבעליו שום זכות. ובמה שכתבתי לעיל דלא כקצוה"ח שיצא לדון דשטרי קנין פסולין בכ' על איסור הנאה הראה לי הרב הותיק חריף ושנון מ' צבי מיכל נ"י חד ממופלגי תורה ויראת שמים פה עה"ק תוב"א שכן מבואר ומוכח מדברי ר"ת שבתוס' קידושין (דף ג') ד"ח ואשה דאין צריך שישוה השטר פרוטה כדאמרינן גיטין כ' על איסור הנאה כשר ודבריו נכונים. ובאמת לכאורה למה צריך הר"ת להביא ממרחק הא ברייתא מפורשת בקידושין (דף כ"ו) וב"ב בשטר כיצד כתב לו על הנייר או על החרס אעפ"י שאין בו שוה פרוטה שדי מכורה לך כו' ולמה הוצרך להביא מכ' על איסור הנאה אלא ודאי להורות דלא בעי כלל שיהיה ראוי להשלים רק נתינה וקיחה הוי אף דאין בו דין ממון כלל וכמו שכתבתי למעלה. וכבר עמדתי באמת למה נקט הברייתא נייר או חרס שאין בו שוה פרוטה ולא נקט דעל איסור הנאה כשר יותר רבותא ובתוס' שם תמהו מה רבותא דאעפ"י שאין שוה פרוטה דהמוכר נותן השטר וכתב משום דכתיב ביה נתינה אחריתי ספר המקנה ס"ד דליבעי שוה פרוטה משום דמוכר מקנה שדהו ללוקח קמ"ל דלא בעי ולמה לא נקט הברייתא רבותא יותר דאף איסה"נ כשר. אולם נראה דדעת תוס' כיון דבגט כשר ובאמת פלוגתא הוא בירושלמי בשטר קידושין דמעשה בא לפני רבי ואמר ה"ז מגורשת ר' אליעזר אמר אינה מגורשת מה בינה לשטר שאינו יפה ש"פ תמן אינו ראוי להשלים עליו ברם הכא ראוי הוא להשלים עליו ועל כרחך דמאן דמדמה איסה"נ לאינו יפה ש"פ סובר דאין זה סברא ושניהם שוה פחות משוה פרוטה עם איסור הנאה

וליכא רבותא יותר באיסה"נ. גם י"ל כיון דמ"מ אסור לכתחילה ליהנות מאיסוה"נ לכך לא נקט איסור הנאה. ובאמת לרבא דאי עביד לא מהני יש לדון למה שכ' לעיל דבגט ושטר קידושין לכ"ע אי עביד מהני אבל בשטר מכר ומתנה נאמר אי עביד לא מהני ויש לומר דאף בדיעבד ל"מ המכירה. והארכתי הרבה בענינים הללו בעזה"י בחידושי לאה"ע ד' יזכני לסדרם ולהוציאם לאור. ומ"מ ולדאתינן עלן דבר זה צ"ע גדול להכריע ולומר דבגט סגי בנתינה בלא קנין ויבואר עוד אי"ה:

וכעת הפסקתי בין הפרקים קונטרס הקנינים. ברוך הנותן כח לאין אונים. וזכיתי בחלק הזה להשלים מאמרים. כמספר שמי וארבעים לבינה נאמרים. בעמקי הלכות מפז ומפנינים יקרים ויעלה לרצון בהקרבת אלים ופרים. הוא יחזקני ויאמצני ליישר ההדורים. וליישר לפני המסילח ולהסיר המכשלים ביתר הלכות בח"מ ואה"ע האמורים. אשר אקוה ביוצר הרים. כי יעלה לרצון הורים ומורים ושוחרי אמת ימצאו דברים ברורים. בזכית אבותי בסייעת אדון האדונים:

כי מציון תצא תורה. א"ר לוי כל פעולות טובות ונחמות שעתיד הקב"ה ליתן לישראל אינם אלא מציון. עוז מציון שנאמר מטה עוזך כו'. ישועה מציון שנאמר מי יתן מציון כו'. ברכה מציון שנאמר יברכך ד' מציון. טל וחיים מציון שנאמר כי שם צוה כו'. עזר וסיוע מציון שנאמר ישלח עזרך מקודש ומציון יסעדך. תורה מציון שנאמר כי מציון תצא תורה [ילקוט ישעיה (סי' רנ"ט) ובש"ט תהלים (י"ד) בשינוי לשון קצת]: