הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · חידושי הרימ

חידושי הרימ על שולחן ערוך חושן משפט חלק ב

רבי יצחק מאיר מגור [אלתר]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי הרימ על שולחן ערוך חושן משפט חלק ב

רבי יצחק מאיר מגור [אלתר]

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/חידושי-הרימ-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

הלכות טוען ונטען 4
סימן עה 4
סימן עו 82
סימן עז 86
סימן עט 94
סימן פב 97
סימן פח 101
סימן צא 181
הלכות גביית מלוה 211
סימן צז 211
סימן צח 225
סימן צט 232
סימן קב 241
הלכות גביית חוב ממשועבדים 253
סימן קטו 253
הלכות העושה שליח 254
סימן קכא 254
הלכות הרשאה 265
טור חו"מ סימן קכב 265
חו"מ הלכות הרשאה סימן קכב 278
טור סימן קכה 283
חו"מ סימן קכה 293
הלכות חזקת מטלטלין 296
סימן קלג 296
הלכות חזקת קרקעות 300
סימן קמ 300
סימן קמא 383
סימן קמב 414
הלכות מקח וממכר 420
סימן קפט 420
סימן קב 422
סימן קצה 431
סימן קצח 466
סימן רג 495
הלכות פקדון 509
סימן רצה 509
הלכות גניבה 554
סימן שמח 554
חידושים לש"ס על סדר השולחן ערוך
לחו"מ 569
סימן א 569
לסימן ו 588
לסימן יב 594
לסימן יג 598
לסימן כ 604
לסימן כא 608
לסימן כב 616
לסימן כה 625
לסימן כח 687
לסימן ל 701
לסימן לא 719
לסימן לו 720
לסימן לז 744

הלכות טוען ונטען

סימן עה

סעיף א

(א) **התובע** כו'. ש"ך ס"ק א' תמה למה השמיטו טור וש"ע כו'. והנה דין א' וב' אין נ"מ כ"כ לדידן דרש"י ז"ל פי' שם אטענו כו' כדי שאגלגל מה שאינו מודה לי במקצת או עבדים וקרקעות. וטעם א' לא שייך דהא יכול לטעון הטענה אחרת עם מנה זו ויהי' מודה מקצת כדין. וע"כ פרש"י למ"ד ט"ח ושעורין והל"ב מהם פטור או לראב"ד דמלוה ופקדון והודה בא' פטור משא"כ לדידן. רק קרקעות וכה"ג. וכיון דתקנו היסת בל"ז יכול להשביעו היסת. ואם שיוכל להפכו. הא גם עתה יתבענו אחר תשלומין וישביע לתובע היסת. ואי שהנתבע מסופק ויהי' משאיל"מ הוי גזל שמוציא ממון שלא כדין למ"ש הכה"ג דספק גזל התירה תורה ופטור מן הדין. ואי שהתובע מסופק על מה שרוצה לגלגל הא אם לא ישבע וישלם הוי ס' גזל דשמא אינו רוצה לישבע אמת ומשלם כיון שהוא א"י. ומה"ט נראה דלא נקטו רבותא אפי' במסופק אין כדאי לטעון ודאי כדי להשביע ויותר רבותא ממה שתובע ודאי שקר כדי להשביע. ולמ"ש אדרבא מה תועלת רק שלא ישבע וישלם והא ס' גזל כו' ואסור בלא מדבר שקר תרחק. אך בלאו כל הנ"ל הא לדידן לקמן סי' פ"ז דמחרימין על המשביע חנם א"כ אין נ"מ כלל דחמור מאיסור דמדבר שקר תרחק ולא צריך רק לדין הש"ס ולכך הרמב"ם הביאו משא"כ בש"ע. וכן דין הב' אין תועלת בכפירתו דעדיין ישביעו היסת. ואם א"י על הגלגול א"כ חייב ע"פ דין. ואי לא אמרינן מתוך בגלגול יאמר האמת שא"י. ובל"ז יצטרך לישבע היסת שא"י. ודין הג' נראה דהא קשה למה צריך למדבר שקר. הא בש"ס פרק ב' דכתובות גבי עדים אומרים פסולי עדות היו חשבינן להו תרי ותרי והיינו דעדים המעידים סתם חשבינן להו כאלו העידו בפירוש שכשרים הם ולכך הוי תרי ותרי כשאחרים מעידים פסולים היו. וכן כשבעצמם אחר שהעידו אומרים נוגעים היינו או פסולים חשוב חוזר ומגיד. וא"כ בג' שותפים שיהי' א' בע"ד וב' עדים נהי דגוף העדות אמת מ"מ מה שמעידים סתם ומעידין ממילא שהם עדים כשרים זה הוי עדות שקר גמור כיון שבאמת נוגעין ותיפוק לי' מלא תענה כדפריך התם אדין הד'. אך י"ל הא דחשבינן להו כסתם כאלו העידו שהן כשרים ומנא לן זה הא לא אמרו כלום. רק כיון דהדין הוא דאסורין להעיד סתם משום מדבר שקר תרחק שגורמין לעות הדין וממילא מה"ט שוב חשוב כמעידין שהם כשרים דאל"ה לא היו רשאין להעיד ושוב באמת עוברין אלא תענה והוצרך שפיר בברייתא לטעמא דמדבר שקר דאל"ה לא הי' כלל כמעידין שכשרים. אבל עכשיו דילפינן מדבר שקר שוב האיסור משום לא תענה

כנ"ל. דנראה דגם פסול המעיד שקר כשאינו ידוע פיסולו ומועיל דעובר, בלא תענה. ואף דלענין הזמה אמר פ' מרובה דכי איגלאי מילתא דפסולין הוו לא מיחייב היינו לענין תשלומין משום דהגמר דין הי' בטעות וכלא נגמר הדין דמי שאין משלמין משא"כ לענין לא תענה. ויש להסתפק קצת וע"ש לעיל סי' ל"ז דאין נאמנים לומר אחר שהעידו נוגעין היינו. ודין הד' מבואר בש"ס דעובר אלא תענה רק תא וקאי התם ע"ש. וזה הובא בטור ובש"ע לעיל סי' כ"ח בהג"ה ע"ש:

(**ב**) **ב"ד אומרים לו ברר כו'**. בסמ"ע שנלמד מעדים במשנה האיך אתם יודעים כו'. אין זה רק סמך בעלמא דבעדים בעי מה"ת דרישה וחקירה ואף מדרבנן עכ"פ צריך שיעידו ברור שחייב. רק ע"ז יש ראי' כמו דאמרינן התם שמא טועין ולא אמרינן דמסתמא דינא גמירי. כן יש לחוש על התובע שמא טועה בדין ונשביע בחנם. אבל כשאומר אני יודע ברור שחייב וא"י אם בהלואה ופקדון או ע"י היזק ודאי דמשביעין ופשוט לטעם הנ"ל. רק כשיש חשש רמאות גם בזה אין משביעין. אמנם כשאומר אני זוכר בבירור שנתחייב לי אך איני זוכר האיך. בזה י"ל דאין משביעין אף שאין רמאות דשמא באמת טעה בדין ונתברר לו שחייב לפי דעתו ובאמת אינו כן. אף שהנתבע אומר להד"ם הוא משום שהי' מילתא דלא רמיא עליו כיון שלא נתחייב. ואף דבעדים נראה לכאורה דהאיום ובדיקה הנ"ל הוא רק לכתחלה וכשהעידו פלוני חייב לפלוני מנה והלכו למד"ה דנין ע"פ ואין חוששין שמא טעו. דלא מצינו בפוסקים שלא יועיל כה"ג. וכן שטר שכתבו סתם שחייב לו אין סברא שלא יועיל. מ"מ י"ל דוקא כנ"ל דמסתמא לא היו מעידין סתם אם לא שחקרו היטב שחייב ע"פ דין. אבל אם הם לפנינו ומעידים שזוכרים שנתברר אצלם שחייב וא"י היך י"ל ג"כ דלא מהני שמא טעו. וקצת ראי' לזה דהא פ' רמב"ם ז"ל וש"ע סי' מ"ו כשמקיימין השטר זה כ"י אבל אין זוכרין הלואה הוא כחרס אף שיודעין שבודאי כשחתמו הי' מבורר להם שחייב. וא"כ נהי דהשטר הוי מפי כתבם יועיל עדות זה וע"כ דלא חשוב עדות כה"ג. ויש לדחות. ובאמת חזינן גבי אודיתא דלא כ' ואמר לנו כתבו דחיישינן שטעו בדין וכה"ג בכמה דוכתי ומכש"כ על התובע שיש לחוש שמא טעה בדין:

אמנם לקמן ס' כ"א אמר לי אבא שיש לו מנה בידך דמשביעו. ולמ"ש הא לא בירר דבריו ושמא טעה בדין וסבור שחייב. וכן ס' כ"ב מצאתי בפנקסו של אבא שחייב אתה לו כו'. ודוחק לומר דלאו דוקא נקטו רק שאמר לו או כתוב. בבירור היך שלוה או הפקיד וכה"ג ודוחק. ובהודאה שהודה שחייב לו ודאי דאינו יכול לומר אח"כ טעיתי בדין אף שלא בירר היך חייב לו. דבש"ס פ' הנושא נקיט סתמא חייב אני לך. וכן פרק השולח נתתי

שדה פלוני דחיישינן שמא זיכה ע"י אחר ולא חיישינן בהיפוך שמא טעה וסבור דהי' קנין המועיל ובאמת לא מהני ולכך אומר האחר לא נתת דלא רמי' עלי'. אך י"ל כל דלא טעין לא טענינן לי'. אך לא מצינו שיהי' נאמן כן אח"כ. וכן בש"ע לקמן במודה חייב אני לך והלה אומר ודאי שאינך חייב לי דאין אומרים שמא טעה. וצ"ל בהודאה אם לא חקר היטב ע"פ דין שחייב לא הי' מודה משא"כ בתובע לענין היסת וצ"ע אם יוכל להשביע כה"ג. ובחכם נראה מדברי הש"ע דמשביעין כה"ג שכ' רק אין לך הפסד כו'. אבל כשא"י לא חיישינן שטעה בדין אף שאין אדם רואה חוב לעצמו:

בש"ך ז"ל כששניהם אין מבררין הוי כאלו ביררו שניהם ואין נזקקין להם ע"ש. ונראה קצת ראי' לזה מש"ס ריש ב"מ זה אומר אני מצאתי' כו' דפריך והאמר רבנאי ומצאת' דאתי לידי' משמע ומשני מיהו תנא לישנא דעלמא נקיט ומדחזי לה אמר אנא אשכחת' ופי' רש"י ז"ל דה"א דהתנא סבר דראי' קונה ע"ש. והא יש לפרש בפשיטות כיון דלישנא דעלמא לומר מצאתי על ראי' קמ"ל דלא משבעינן באומר אני מצאתי' לחוד דשמא טועה דראי' קונה וצריך לברר דבריו ולומר כולה שלי דהיינו הגבהה. וכן דפריך התם ליתני כולה שלי לחוד והא י"ל דקמ"ל דלא סגי בכולה שלי להשביע דצריך לברר דבריו איך הוא שלו וצריך לומר אני מצאתי' וקמ"ל שפיר במתני' דצריך לברר דבריו. ומוכח כדברי הב"ח וש"ך ז"ל דהתם כיון ששניהם אומרים כן חזר הדין כאלו ביררו ולא היו צריכין לברר כלל והוצרך שם לשינוי' כו' ויש להקשות להפ' דצריך לברר דבריו דאמר בש"ס ב"מ ד' ו' דאמר אביי שמא ס' מלוה ישנה כו' ופריך לאו אמרת תפיס ממונא מספיקא משתבע נמי מספיקא כו'. ומאי קושיא בשלמא לענין ממון אף שאומר לא הפקדת בידי ובאמת הפקיד מ"מ אינו גזלן כשיש לו מלוה אף שמשקר בודאי. אבל שבועה שישבע לא הפקיד אף שיש לו מלוה הוא שבועת שקר בודאי ואינו ספק כלל ובמתניתין התם בטלית שיברר בשבועה שעכ"פ מצא חצי' הוא שקר ודאי אף שיש לו מלוה. וע"כ דאינו מברר רק נשבע שאין לו בידו. אך ז"א דבמשנה אין חולק שנשבע כלשון האמור שם שיש לי בה ואין לי בה פחות מחצי' ואינו צריך להזכיר איך יש לו בה אם במציאה וכה"ג. והטעם י"ל ג"כ כנ"ל כיון ששניהם אין מבררין ונשבעין סתם הוי כאלו ביררו כמ"ש ש"ך הנ"ל. ופריך שפיר משתבע נמי מספיקא כיון דלא תחמוד בלא דמי משמע להו וסובר שקונה כפי המלוה שיש לו עליו כנ"ל:

ובהג"א ריש ב"מ כ' אם השיב לא אפרש דברי אלא כך טענתי שאיני חייב לך כלום השיב ר"ת שיש עליו לפרש כו' מדאמר הכא כגון דאסהידו דבשעתא דכפירה איתא לפקדון בביתי' ואם איתא שנשבע בסתם שאינו חייב לו אמאי פסול שמא מלוה ישינה יש לו

עליו אלא ודאי צריך לבאר שלא הפקיד בידו כו'. ולכאורה תמוה דהא איירי בכפירה בלא שבועה ואף שאומר לא הפקדת מ"מ אמאי פסול שמא מלוה כו'. וע"כ כמ"ש תוס' כיון שודאי גזלן בעדים לא תלינן במלוה כו'. ודוחק לומר דסבר כשערי ר' אלפס ודוקא בנשבע פסול. וצ"ל דדוקא כשאומר לא הפקדת והוחזק עכ"פ כפרן בבירור לא תלינן במלוה להכשירו כמ"ש תוס'. אבל כשאמר רק איני חייב לך א"כ אף שעדים מעידים דאיתא בביתי' לא הוחזק כלל כפרן ולא נתברר כלל בעדים שאומר שקר דשמא הי' כונתו שאינו חייב בשביל המלוה שיש לו עליו ושפיר לענין שלא יהי' כלל כפרן תלינן במלוה והוכיח שפיר כנ"ל. וע"ש בהג"א דעת רש"י וראבי' ור' יהודה וגם הוא פ' הלכה למעשה דאינו צריך לפרש אלא נשבע סתם שאינו חייב. והי' נראה דלענין למיחות לנכסיו בש"ד יכול לומר קים לי כשרוצה לישבע סתם שאינו חייב כנ"ל. ועי' לעיל סי' ט"ו בסמ"ע ס"ק י"ג. ובש"ך דכשאינו רוצה להשיב על מה ששואלו הדיין יכול לדון כאלו נתברר לו שהוא שקר ע"ש. ועי' במרדכי ריש ב"מ בשם ר"ת דמודה מדינא א"צ לברר רק כשרבו רמאין תקנו כן ע"ש ומצאתי גם ראי' הנ"ל מהא דס' מלוה ישינה ע"ש:

סעיף ד

(ג) **מנה לי בידך** כו' **ונשבע על השאר**. יש לעיין בתבעו מה שאינו אמיד אי חייב הנתבע שבועה דלענין שיהי' מתשאיל"מ מבואר ס' י"ט לקמן דדוקא טענו דבר שאמוד בו אף בהלואה וכן סי' רצ"ח בפקדון ג"כ לענין משאיל"מ. ולענין חיוב שבועה סתמו הפ'. הי' משמע דדוקא ממון אין מוציאין כיון דאיכא ריעות' שאינו אמוד אבל שבועה מיחייב הנתבע. ועי' ברא"ש פ' הכונס שכ' הטעם שאזלינן בתר אומדנא להחזיק הממון ולפטרו ע"ש. ולא מצינו לענין שבועה. ועי' ש"ך סי' צ' ס"ק י"ד שכ' דש"ס פליג אירושלמי. עוד י"ל דדוקא נגזל וטמון באש דמדינא לא שקיל בשבועה רק תקנה והיכא דלא אמיד לא תיקון ע"ש. ותמוה דלקמן סעיף י"ט וסי' רצ"ח מבואר גם בנ' ידענא ונ' לא ידענא דמה"ת חייב לשלם דילפינן לה משבועת ה' תהי' בין שניהם. ואעפ"כ באינו אמוד פטור. וממ"ש לקמן סי' צ' ס' א' דנשבע היסת אף באינו אמיד י"ל משום דאיכא ריעותא דנכנס למשכון משא"כ בשאר דוכתי. ולכאורה גם ברמב"ם וש"ע בעיקר הדין דמשאיל"מ לא הזכירו כלל והוא שיהי' אמיד בנ' ידענא כו' רק בב' דינים הנ"ל דלא איירי בעיקר דין מתוך רק לאשמעינן דחשוב הודאה ע"ש בזה התנו שיהי' אמוד. והי' נראה ממשמעות הפוס' דדוקא בהנך שיודע התובע שהנתבע אינו יודע ולא יוכל לישבע נגדו כמו בפקדון שיודע שאין הנפקד כלל יודע כמה הי' וכן במזיק ולקמן. ס' י"ט בהלואה גם כן איירי שאינו יודע כלל כמה לוה דבאמת בהנך דינים פליג הראב"ד דלא הוי מתוך ע"ש. וכן בנגזל

שיודע שלא יוכל לישבע ולכך באינו אמוד יש ראי' ששקר תובעו ואינו תובעו רק בשביל שיודע שיצטרך הנתבע לשלם כמה שיטען. משא"כ כשיודע שיוכל הנתבע להכחישו וישבע באמת אין זה ריעותא כ"כ במה שאינו אמיד דלא שייך שלכך תובעו כנ"ל דמה לו לכך הוא יוכל לישבע. ולכך גם כשאומר נ' ידענא ונ' לא ידענא ג"כ חייב אף באינו אמיד דלא ידע התובע שיאמר איני יודע שמא יכחישנו ברי וישבע. או י"ל דדוקא בלא הוי לי' למידע דנהי דסבר הרמב"ם דאמרינן מתוך היינו דאף דשמא שלו אינו גרוע מ"מ גם ברי של התובע אינו גרוע כ"כ משא"כ אינו אמוד דהטענה ריעא וא"י דנתבע טוב אבל בהוי לי' למידע שגם טענת הנתבע גרוע אמרינן מתוך. ודוחק וצ"ע. ואפשר דנכלל זה במ"ש בש"ע סי' פ"ז ס' ל"ח אם נראה לדיינים שהטענה מרומה אין להשביע ע"ש. וכיון שאינו אמיד הוי טענה מרומה והיכא דגם בנ' שמודה אין הלה אמיד י"ל דחייב שבועה בודאי דהא חזינן שהי' לו מה שאינו אמיד ויכול להיות שהי' לו ג"כ יותר או אפשר דמשיב אבדה הוי דלא שייך העזה שיהי' מסייע לו מה שאינו אמיד וכמו סלעין דינרין דמסייע לי' שטרא ואי אמוד להפקיד בידו או להלוותו י"ל דנאמן במיגו דשל אחרים למ"ש סמ"ע סי"צ הטעם דהוי מיגו להוציא י"ל דדוקא התם שטוען הגזלן ברי אבל נ' ידענא ונ' לא ידענא בברי ושמא כ' הפ' דאמרינן מיגו להוציא. ולמ"ש ש"ך שם ס"ק ט' דהוי מיגו במקום עדים גם בזה לא מהני ולענין חיוב שבועה תלוי בדעות הפוס' אי אמרינן מיגו לחייב שבועה או לא ע"ש סימן פ"ב. ולענין היסת יש להסתפק ג"כ אי חייב אי חשוב כטענה מרומה שפ' סי' פ"ז שפטור. דכיון שאינו רק תקנה הוי כמו בנגזל דלא תקנו באינו אמיד ע"ש. וצ"ע גם בנ' ידענא כו' שאינו מבואר בפוסקים דמש"ס אין משמעות כלל רק בנגזל וכה"ג שהי' תקנה. שוב ראיתי ברמב"ם ז"ל פי' המשנה שבועות פ' כ"ה משנה הנגזל כיצד כו' דחייב שבועה באינו אמיד. שוב ראיתי ת' מיימוני הובא ב"י בעני תובע לעשיר דוקא היסת אין להשביע ע"ש. ואפשר דהוא אינו מצריך אמיד גם לענין מתוך:

(ד) **ואם יש עד אחד שמסייע י"א שפטרו** כו'. מבואר באורך ברא"ש ריש ב"מ בשם מהר"ם ז"ל. ויש לעיין שכ' שם הטעם דסתמא אמר לכל ענין כו' הוא דאינו קם אבל קם לשבועה ובין לחיוב ובין לפטור בכלל. ועוד ק"ו כו' כח המוחזק מרובה. ואם מועיל לחייב כ"ש לפטור המוחזק כו'. והנה בש"ס פ' שה"ע פליגי ר"א בר"ש ורבנן משביע עד אחד אי חייב או פטור ומסיק דפליגי אי גורם לממון כממון דמי ופירש"י דרוב בני אדם אין נשבעי' לשקר ודאי ה' משלם אם הי' מעיד וחייב קרבן שבועה כאלו העיד על חיוב ממון גמור ע"ש. והנה לראבר"ש ודאי דליתא לדברי רא"ש הנ"ל דע"כ הא דעד

אחד מחייב שבועה אף דהוי גורם לממון דכממון דמי וע"כ דליתא דבשלמא בשבועת העדות כיון שהעד מודה שחייב באמת וא"כ הי' שבועת שקר ולא הי' נשבע והוי שפיר גורם לממון. משא"כ בכל שבועה אינו רק חיוב שבועה לחוד דממ"נ אם שקר חייב באמת לשלם בלא עדותו ואם אמת ישבע דשבועת אמת אינו גורם לממון. ולכך מה שמחייב שבועה לא מיקרי קם לממון. אבל לפטור את המחויב שבועה איך נאמין לו הא אם משקר העד א"כ לא הי' נשבע בלא עדותו והי' משלם דרוב אין נשבעין לשקר והוי גורם לממון וע"י עדותו נפטור אותו והוי קם לממון דבשלמא לחייב שבועה שפיר מאמיני' להעד דאף אי משקר ישבע הלה דאינו רק שבועה לחוד כיון שהוא שבועת אמת משא"כ לפטור כנ"ל. וגם הק"ו ליתא דאם מחייב המוחזק מ"מ אינו רק שבועה ולא לפטור ממון כנ"ל. ואף דאנן קי"ל כרבנן מ"מ היינו דדבר הגורם לממון לאו כממון אבל זה מודים דהוי גורם לממון עכ"פ. וא"כ ג"כ אין ראי' כלל מדמצינו דעד א' מועיל לשבועה לחוד שיהי' מהני לענין גורם לממון. וא"ל דהראי' הוא דחזינן בעד א' ואומר א"י דהדין מתוך שאי"ל משלם ואף דהוי גורם לממון שע"י החיוב שבועה צריך לשלם ומוכח דעד אחד קם לדבר הגורם לממון ומהני לפטור ג"כ. אך ז"א דהא זה מקרי קם לממון ממש דהא אמרינן התם הכל מודים בעד אחד דר"א שהי' משאיל"מ שחייב ואף לרבנן דגורם לאו כממון. וא"כ ע"כ במתוך דלא הוי גורם רק ממון גמור. וא"כ עדיין איך קם לממון דנימא מתוך. וע"כ דהעד אינו מחייב רק השבועה ואף שמחויב מצד שאומר א"י זה מלתא אחריתי דכיון שאמרה תורה דקם לשבועה ממילא כל שאינו נשבע משלם. אבל לענין לפטור דהפטור שבועה עצמו הוי גורם לממון שפיר לא מהני. והי' אפשר לומר הטעם כדאמרינן במשכון שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון. ולפיר"ח תהי' השבועה לבטלה שיתברר שהאמת כן בלא השבועה ע"ש (ב"מ ל"ד). וא"כ כשיש עד מסייע כיון דמשבועה לחוד שפיר פוטר רק דנימא הא שמא משקר וא"כ לא הי' נשבע והי' משלם ומממון אינו פוטר. וא"כ עכ"פ איך יכולין לפסוק שחייב שבועה הא אם ישבע תהי' השבועה לבטלה דכשנשבע א"כ איגלאי מלתא שלא הי' גורם לממון כלל ולא הי' רק חיוב שבועה ומשבועה באמת פוטר העד ואין כאן חיוב שבועה כלל. ונהי דאם לא ישבע אינו פוטר אבל כשישבע יהי' שלא כדין מה שהשביעו אותו. דבשלמא כל חיוב שבועה גם אחר השבועה עכ"פ הפסק הי' כדין שהי' חייב עכ"פ שבועה משא"כ כשיש עד ומש"ה סבר דפטור כנ"ל:

ובזה יש ליישב מה שהקשו הפ' למה כ' הרא"ש דעד אינו פוטר היכי דהוי מתוך שאי"ל משלם הא כמו דלחייב כשאומר א"י אמרינן מתוך ולא מקרי קם לממון דהעד אינו מחייב

רק השבוע' וממילא מחויב לשלם ולפטור נימא ג"כ כנ"ל דאינו פוטר רק מגוף השבועה וממילא לא הוי מחייב שאיל"מ. ולמ"ש מיושב דהא באמת אינו יכול לפטור מהשבוע' עצמה ג"כ דהוי גורם לממון אי משקר רק הטעם כנ"ל דאינו אפשר לפסוק שישבע דאם ישבע א"כ פוטרו והי' בחנם. אבל כשאומר א"י ולא ישבע כלל ומשלם א"כ אין העד פוטרו כלל מגוף החיוב שבועה ג"כ כנ"ל דלא שייך טעם הנ"ל דהא לא ישבע וכ"ז שאינו נשבע יש שפיר עליו החיוב שבוע' דגם מהשבוע' לחוד אינו, פוטרו כנ"ל. ושפיר אינו פוטר היכא דהוי מתוך משא"כ לחייב כיון שעכ"פ מחייב שבועה בודאי שוב כשאינו יכול לישבע משלם כנ"ל. ואף דהא גבי משכון אינו, מדינא רק תקנה. היינו משום דהוא רק חששא שמא יוציא ואין ענין להפסק דחיוב שבועה שהוא כדין עכ"פ. משא"כ בזה דכשישבע יהי' שלא כדין ושפיר אי אפשר לחייבו כשיש עד מסייע. ודוחק:

עוד י"ל דגם עד א' שאינו נאמן הוא רק משום גזה"כ וכמו קרובים., וא"כ כיון שהעד מעיד שהאמת כדבריו א"כ מעיד ע"ז עצמו שאינו גורם לממון כלל דכיון שאמת הי' נשבע גם בלא עדותו ומעיד ע"ז עצמו דמהני עדותו לפטור משבוע' ואינו גזה"כ כלל לפוסלו דלשבוע' קם ומעיד שלא פסלתו התורה לעדות זה. אך ז"א דהטעם בעד אחד אינו משום גזה"כ רק שמא שקורי משקר כדמוכח בכמה דוכתי בש"ס ופ'. עוד יש להקשות לכאורה כיון שהטילה תורה שבוע' עליו והיינו שצריך לברר ע"י השבוע' אם האמת כדבריו והוי כמלתא דאיכא לברורי דמבררינן. וא"כ מה ראי' ממה שהטילה התור' עליו לברר ע"י עד אחד שנאמר שיפטור אותו מהבירור הא גם ברוב וחזקה היכא דאיכא לברורי לא מהני ובטעם כל דהו מחייבין לברר. וזה נראה טעם הפ' דמיגו לפטור משבוע' לא אמרינן משום דאיכא לברורי לא סמכינן אמיגו לפטרו ודוקא לממון מהני. אך רא"ש ז"ל סבר באמת דאמרי' מיגו למ"ש ע"ש בשבועות פ' כ"ה. גם י"ל דראייתו הוא להפ' דגם בלא הוי לי' למידע אמרינן מתוך שאיל"מ והתם ליכא לברורי וע"כ דאף שאין ריעותא במה שא"י האמינ' תורה לגמרי לעד א' לשבועה אף שישלם ע"י כן והוי שפיר ק"ו לפטור דנאמן. אך סוף פ' הכונס פסק הרא"ש דלא אמרינן מתוך רק בהוי לי' למידע והיינו משום דריעא טענתי' דא"י. ונראה טעם סברתו דהא חזינן דכופר הכל פטור ולא חייבה תורה שבוע' רק כשיש איזה ראי' ואומדנא לדברי תובע כמו מודה מקצת ועד אחד. וזה ודאי דאין לחלק בין האומדנות שנאמר מודה מקצת וכה"ג הוי אומדנא יותר מעד אחד דליתא דבכל חיובי שבוע' שוים דאל"ה לא הוי יליף בש"ס מתוך שאיל"מ חד מחברי' משבועת ה' כו' ודלמא דוקא בנ' ידענא כו' וע"כ דשוים הם. וא"כ הא ודאי אם כמו האומדנא שיש לתובע הי' לנתבע ג"כ שוב סלק וכמאן דליתא ואין ראי' לתובע וא"כ

ממילא עד מסייע פוטר. דכיון דקם לחייב שבועה וא"כ שוה אומדנא דעד אחד למודה מקצת לחייב שבוע' וא"כ כשמסייע לנתבע א"כ ממש כמו האומדנא שיש לתובע יש לנתבע ושוב הוי ככופר הכל ואין כאן שבועה כלל ממילא. ושפיר הוי ק"ו אם ראי' כזו מהני לחייב כ"ש שעומדת נגד הראי' לפטור כנ"ל. ולטעם זה הי' נרא' כש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו דלא כת"ה במ"מ ועד א' ג"כ ויש לו עד מסייע אינו פוטר דאמרינן סלק ע"ש דלהנ"ל נשאר עכ"פ ראי' דמ"מ. אך להנ"ל א"כ גם במודה במקצת ושבועת שומרין לא יפטור עד א' דנהי דמסלק ראי' א' נשאר עוד אומדנא. ויש לדחות. גם מהיסת לכאורה בכ"ה לא יפטור דבזה חייבו חכמים אף בלא ראי' ושוב לא שייך טעם הנ"ל. אך ז"א דעכ"פ לא חייבוהו רק כשאין ראי' להיפוך משא"כ בעד מסייע דיש להיפוך ראי' הפוטר' מש"ד. ועוד דלא תקנו לאלם כח היסת מש"ד. גם יש להוכיח כש"ך הנ"ל מדאמר ק"ו כו' ואמרינן דיו להיות כנדון כמו שאין עד מחייב שבועה רק כשאין עד נגדו דכשיש עד מכחישו פוטרו כמו כן אינו פוטר משבועה רק ג"כ כשאין עד נגדו ולכך כשמ"מ אין העד פוטרו כשיש עד נגדו. ולטעם א' שכ' רא"ש דסתמא אמר קם לשבוע' בין לחיוב בין לפטור י"ל כת"ה דמה בכך שמ"מ ועד אחד מ"מ אין כאן רק חיוב שבועה ועד אחד קם לשבועה:

הנה לכאורה קרא כ' אם טרוף כו' יביאהו עד כו' לא ישלם. וקי"ל כל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרוט לך אחד ושם אין רק חיוב שבועה וצריך ב' לפטרו ומוכח דאין עד מסייע פוטר. אך י"ל דאיירי שאין השומר יודע אם נטרף דחייב לשלם ולא מהני עד אחד לפטרו ולכך צריך ב'. אמנם לרב ושמואל דלא סברי מתוך שאיל"מ א"כ בא"י פטור לגמרי וע"כ בברי ומוכח כנ"ל. ומיושב בזה קושית רא"ש ז"ל בשם ר"י מדאמר מכלל דתרווייהו ס"ל בשטר צריך להחזיר בעדים מוכח דא' אינו פוטר ודוקא ב' עדים ע"ש. ולמ"ש א"ש דלרב ושמואל דלא סברי מתוך מוכח מקרא דאין עד פוטר משא"כ לדידן. אך י"ל גם לדידהו אי משעת משיכה נשתעבד דהוי א"י אם פרעתיך ובלאו מתוך חייב להרבה פוסקים וצריך ב' לפטרו. או י"ל דאיירי אף במקום רואין דע"כ צריך ב' ואל"ה יש חיוב ממון ואין א' פוטר:

עוד י"ל דהא כללא הוא כל שב' מחייבין ממון אחד מחייב שבועה. ולכאורה הא לענין שבועה הוי עדות שאאי"ל דלא שייך כאשר זמם וא"כ ב' שלא הי' יכול להזימם לא היו מחייבין ממון ואיך יחייב א' שבועה ומה דמיקיים הזמה במלקות לרוב הפ' לא חשוב עשאי"ל. אך באמת קי"ל שומעין דבריו של זה היום וראוי להצטרף עם א' לחיוב ממון ויהי' יכול להזימו כשיצטרף עוד א' ומהני. כיון דיש אופן להזמה קרינן בי' יכול להזימו

כמ"ש תוס' סנהדרין פ"א ע"ש. אמנם לפטור משבועה דנילף מק"ו מדמחייב שבועה ואמרינן דיו כו' וא"כ לפטור משבועה לא אפשר כלל בהזמה דאין צורך לצירוף וא"כ אינו פוטר כלל דעד כזה שאאי"ל לא הי' מחייב כלל שבועה וממילא א"א ללמוד שיפטור כנ"ל. אמנם רא"ש ז"ל יליף שפיר לדידן דעכ"פ כיון דמדרבנן לא בעי בממון יכול להזימו ועד שאאי"ל מחייב ג"כ ממילא פוטר ג"כ כיון דמצד עצמו עד מסייע פוטר כמו שמחייב רק מה"ת לא הי' יכול להזימו משא"כ עכשיו. וא"כ מיושב הקרא דמה"ת שהי' צריך י"ל לא הי' פוטר כלל עד מסייע וצריך שפיר ב'. ואין ראי' לדידן. ואין להקשות דא"כ גם ב' לא יפטרו משבועה מה"ת שאאי"ל. ז"א דלפטור לא בעינן כלל יכול להזימו דאל"ה עדי הכחשה גבי חיוב מיתה לפטרו מאי הזמה שייך גבי' וע"כ דלא בעי לפטור כנ"ל. אבל עד א' לפטור דאין פוטר מצד עצמו רק ילפינן לי' מדמחייב ובעי שפיר מה"ת י"ל דאל"ה איני מחייב וממילא אינו פוטר:

עוד הביא ראי' דיליף בש"ס העדאת עדים מק"ו דפיו ועד אחד נימא מה להנך שאין שכשיוצא בהן פוטר משא"כ עדים ע"ש. ואינו מוכן דאף אי עד מסייע אינו פוטר, מ"מ משבועת עד א' פוטר דאמרינן סלק וכמאן דליתא עדות עד המחייב ומה ראי' שיפטור משאר חיוב שבועה. וי"ל דכוונתו בזא"ז דאי הי' הדין דעד מסייע אינו פוטר לא הי' מהני נגד עד א' לומר סלק כמ"ש הנ"י ריש ב"מ דכל מקום שהאמינ' תורה הרי כאן ב' ואין דבריו של אחד במקום ב'. אך מוכח דעד מסייע פוטר ג"כ וא"כ האמינתו תורה לפטור כמו לחייב ומהני גם בזא"ז והוכיח שפיר כנ"ל. שוב מצאתי בס' או"ת ס' פ"ז פי' ג"כ דברי הרא"ש כנ"ל. אך קשה הא בהודאת פיו ג"כ כיוצא בו פוטר היינו הודאה של התובע אם מכחישו ומודה שאינו חייב אזלינן בתר הודאת התובע לפטור כנ"ל כמבואר בש"ס ולקמן בש"ע. ואיך יהי' נקרא על הודאת פיו כיוצא בו אמירתו של אחר גרידא. וכיון דמצד הודא' אתינן עלה הוי כיוצא בו הודאתו של התובע.

עוד קשה שלע"ד אינו מובן כלל הפירכא הנ"ל. דבשלמא מאי דאמר בש"ס מה לפיו שאינו בהכחש' שפיר הוי מעלה נגד עדים דלמא דוקא פיו שנאמנות שלו אלים יותר מעדים שא"א להכחישו לכך חייב שבוע' משא"כ עדים אין נאמנות כל כך דכשמוכחשים בטל עדותם וע"ז דחה עד א' יוכיח כו'. אבל הפירכא של הרא"ש ז"ל שאינו בהכחשה בכיוצא בו מה מעלה הוא זה נגד עדים כיון שאם מוכחש מב' עדים בטל עדותו וא"כ אדרבה מה שכיוצא בו אינו פוטר הוא ריעותא דנאמנות שלו שאינו נאמן רק לחייב ולא לפטור וב' עדים נאמנים אף לפטור ואדרב' ק"ו הוא מה עד אחד שאינו נאמן לפטור נאמן לחייב שבועה ב' שנאמנים אף לפטור כ"ש שנאמנים לחייב

עכ"פ אין שום מעליותא לא' יותר מב'. דכמו שעד א' אינו פוטר בפיו ועד אחד כמו כן אינו פוטר בהעדאת עדים ושנים פוטרין בשניהם. ומאי סברא הוא בין הוא כיוצא בהן או לא. ואדרב' תורת הזמה הוי פירכא חשובה יותר דבעדים גזה"כ שיהיו נאמנים המזימין לחייבם לשלם משא"כ פיו ועד א' ואעפ"כ לא חשיב לה ר"ח דגם זה גורם הריעותא דעד א' ע"ש וצ"ע:

עוד הביא ראי' מדאמר היכא דמסייע לי' שטרא ואם סיוע שטר בעלמא פוטר מכש"כ עד א' ע"ש. כבר דחה הרמב"ן ז"ל במלחמות דמנ"ל דסיוע לשון השטר אינו טוב מעד א':

אח"כ הביא יש מקשים מדתנן השוכר פרה והשאילה לאחר כו' ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר ואמאי ישבע יהי' השואל עד מסייע ע"ש והנה לכאורה קשה הא שואל אף שמשלם צריך לישבע שאינ' ברשותו שמא עיניו נתן בה כדר"ה וא"כ הוי עד הצריך שבוע' ולאו עדות הוא. ואף דהשוכר יודע שמתה כדרכה מ"מ אי נימא שיפטור את השוכר משבועה א"כ יצטרך הוא לישבע נגד המשכיר שאינה ברשותו דשמא עיניו נתן בה ולא הוי עד וממילא צריך השוכר לישבע ואפשר כיון שהמשכיר לאו ב"ד דידי' רק המשאיל והוא מודה שמתה אין השואל צריך לישבע שאינה ברשותו. ואף דבחב לאחרים לא מהני הודאה מ"מ לא חייבו חכמים שבועה שא"ב רק נגד המפקיד משא"כ בזה דמפקיד שלו יודע. ודוחק דמ"מ הפרה של הבעלים ולמה יפטור משבוע' שא"ב. וכן מבואר להדיא ברש"י ל"ו גבי פעמים ששניהם בחטאת. והי' אפשר לומר דלא צריך כאן השואל לישבע שא"ב כלל למאי דאמר בש"ס (ד' ה') אהא דר"ה נימא מיגו דחשוד כו' ומשני לא תחמוד בלא דמי משמע להו ע"ש. וא"כ כאן הא אם הפרה באמת קיימת אינו משלם כלל למי שחייב דאז חייב להחזיר לבעלים הראשונים והוא משלם לשוכר. וא"כ לא שייך כלל לא תחמוד בלא דמי משמע וא"צ כלל לישבע שא"ב. ואף דקי"ל חשוד אממון לא חשוד אשבועה מ"מ הא כתבו הפוס' הטעם לתקנת ר"ה הא אין נשבעין על טענת ספק וכ' הטעם משום דמורי היתרא דלא תחמוד בלא דמי משמע להו וחייבו שבועה כמו שותפין כו' ע"ש וממילא כאן, לא שייך כנ"ל. אך אינו נראה שיפטר השואל משבוע' שא"ב בכה"ג כשאין השוכר נשבע כנ"ל. וברש"י ז"ל מבואר, להדיא דנשבע שא"ב לקמן ל"ו. וי"ל דקושייתם הוא למה תני דישבע שמתה כדרכה הא סגי בשבועה שא"ב דנהי דעל שא"ב אין השואל פוטר דע"ז הוי עד הצריך שבועה אבל ע"ז שמתה באונס ע"ז שפיר חשוב השואל עד דאינו צריך שבועה, רק שא"ב ולא בין מתה או נגנבה כיון שמשלם וזה שני דברים נפרדים ושפיר הוי עד מסייע ע"ז שמתה באונס ופוטר את השוכר. וא"ל דישבע שוב ע"י גלגול שמתה כדרכה. ז"א דגם מגלגול

עד מסייע פוטר ואף דקצת יש להסתפק אי פוטר מגלגול דכיון שאמרה תורה בכל דבר שפטור משבועה מ"מ ע"י גלגול חייב לישבע וי"ל דאף דהעד פוטרו מ"מ מגלגלין. אך ז"א כיון דעד קם לשבועה וחשוב כב' לענין שבועה הוי כב' עדים שפוטרין מגלגול ג"כ דבכל דבר שפטור אינו מצד בירור משא"כ בעד שפוטר מצד בירור שהוא כן. אך למ"ש לעיל שהעד שפוטר אינו רק משום שמסלק הראי' שחייבה תורה עליו שבועה א"כ יש להסתפק בגלגול דאף בלא ראי' אמרה תורה שמגלגלין וגם העד אינו פוטר כנ"ל אך מ"מ ז"א דנהי דמגלגלין אף שאין ראי' מ"מ לא מצינו כשיש ראי' לפטרו ולא עדיף הגלגול מהעיקר וכיון שאם הי' העד מעיד על העיקר שבועה הי' פוטר ממילא כשמעיד על הגלגול ודאי פוטר. ועוד דכיון דיליף לכל ענין כו' דקם לשבועה בכל שבועה פוטר כנ"ל. ומקשים שפיר ממתניתין הנ"ל:

אמנם קשה למאי דמבואר בש"ע ח"מ ל"ז וסי' ס"ו ס' כ"ב ראובן שמכר שטר כו' דהוי נוגע משום השני נח לי ראשון קשה כו' והוא מוסכם ע"ש. גם מבואר בש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"א דכשפשע שומר הב' יכול הבעלים הראשונים לגבות ממנו ולא יכול לומר לאו ב"ד דידי את וכמו גזל ולא נתיאשו דרצה מזה גובה כו' וא"כ הוי כאן השואל נוגע במה שאומר מתה כדרכה דמשלם לשוכר ואם יאמר נגנבה יתחייב לבעלים הראשונים ושייך השני נח לי כנ"ל. אך י"ל דהש"ך לא כ' רק לדידן דקי"ל כר"י אבל לרבנן אין דינו רק עם המשאיל כיון דנתנו לו רשות להשאיל. וגם אם יאמר נגנבה חייב הוא רק למשאיל ולא שייך השני נח לי כו'. ואף דעכ"פ משועבד מדר"נ להמשכיר מ"מ הא באית לי' נכסי לא שייך דר"נ וסתמא קתני כו' ומשום שמא יעני לא חשיב נוגע כנ"ל. או י"ל דדוקא התם בחוב שייך הב' נח כו'. אבל הכא דתני סתמא השואל ישלם לשוכר ומשמע אף שמשלם מיד מ"מ ישבע השוכר וכה"ג ודאי פוטרו דלא שייך הב' נח לי כיון שרוצה לשלם מיד וכמו נקיטא אגר ביתא פ' ח"ה כנ"ל:

והנה הרא"ש ז"ל דחה קושיא זו דמתני' דינא קמ"ל כו' לאפוקי מדר"י ואם יש לשוכר ראי' לפטור פטור ובהא לא איירי כו' ולא פסיקא לי' דפעמים שאין השואל יודע כו' ע"ש. וקשה דאם זה תירץ א"כ הא כל הוכחת ר"ת ז"ל דעד פוטר הוא ממה שמפרש קושית הש"ס ליחזי זוזי ממאן נקט נשאל המוכר ויהי' עד המסייע ע"ש. ומאי קושיא מתניתין דינא דחולקין אתי לאשמעינן דהדין חולקין בשבועה ואם יש לו ראי' לפטור פטור וג"כ לא פסיקא לי' דפעמים שהמוכר פסול לעדות או דליתא קמן והוי ממש כמו התם. וע"כ דלא שייך למינקט סתמא זה ישבע כיון שרוב פעמים יש עד וממילא ראייתם נכונה מהא דהשוכר ג"כ. וי"ל דשיהי' פסול באמת לא, שכיח. אבל התם שלא ידע השואל

שכיח. וכדמשני הכא ולא ידע הי מדעתי'. וע"כ דכה"ג שייך למינקט סתמא זה ישבע כיון דשכיח שאינו יודע. וכן בהא. דהשוכר:

עוד הביא הרא"ש ז"ל יש מקשין הבל מהא דשומר שמסר לשומר חייב משום את מהימנת לי בשבוע' כו' ואמאי חייב יפטרנו השומר הב' בעדותו. ולא קשה מידי דחיובא דראשון בשביל דאינו יכול לישבע הוא ואינו רוצה להאמין לשבועת הב' ונתחייב לו ראשון ממון ואין עד א' פוטר מחיוב ממון עכ"ל. והאמת כי אותן המקשין לאו קטיל קני כו' והוא מרן הרמב"ן ז"ל במלחמות ודבריו, מבוארין היטב דלאו מחויב שבועה הוא כלל וממילא אין כאן חיוב ממון ע"ש והיינו כמ"ש לעיל דכמו דקי"ל בעד א' ואומר א"י הוי מחויב שבועה ואי"ל משלם ואף שאין עד א' קם לממון מ"מ עיקרו אינו מחייב רק שבועה וחיוב ממון ממילא אתי כנ"ל. וכן לפטור כיון שפוטר משבועה ממילא אין כאן חיוב ממון כלל ואין זה לקרא קם לממון כלל. וכל הטעמים דיליף הרא"ש ז"ל דעד מסייע פוטר שייך גם בזה דכיון דילפינן לממון אינו קם כו' אבל קם לשבועה בין לחיוב בין לפטור. וממילא כמו שלחיוב יכול לחייב אף שא"י ומשלם בשביל עדותו כמו כן לפטור פוטר משבועה אף שנפטר ממילא ממון בשביל זה. וכן הק"ו שייך איזה כח מרובה כו' ואם מהני לחייב שבועה ולהוציא ממון כשא"י מכש"כ דמהני לפטור אף שפטור ממון כנ"ל. וכן ראי' ג' מהא דסלעין דינרין דסיוע שטר בעלמא דגרע מעד אחד פוטר כו'. ואטו יסבור הרא"ש דכשאומר הלוה א"י אם ב' או ג' חייב לשלם דהוי משאיל"מ ואף דסיוע השטר פוטרו משבועה אינו פוטר ממון זה דבר שאין לו שחר דכיון דסיוע השטר פוטרו משבועה ממילא לא הוי משאיל"מ כיון שאין עליו חיוב שבועה. וממילא עד א' דעדיף מסיוע שטר לדבריו שייך הק"ו של הרא"ש דודאי פוטרין מכה"ג דלא שייך משאיל"מ. גם ראי' הד' מפיו ועד אחד לדברי רא"ש ז"ל עדיין שייך הפירכא מה לפיו ועד א' שכן כשמחייבין שבועה ובא לידי חיוב ממון ע"י השבועה כשא"י אין כיוצא בהן פוטר משא"כ עדים היכא שבא לחיוב ממון ע"י השבועה מ"מ כיוצא בהן פוטרו כנ"ל. ואין לומר דהרא"ש ז"ל סובר טעם החיוב דשומר הראשון דהוי א"י אם פרעתיך דמשעת שמירה אישתעבד נכסיו ומזה ודאי דאין עד פוטר. ז"א דמבואר בדבריו משום שאינו נשבע כו'. ועוד דהא גם התובע טוען שמא ולא מחייב מטעם א"י א"פ רק משום מתוך שאיל"מ כמבואר בש"ע סי' רצ"א וסי' ע"ב ע"ש. ועיין מ"ש לעיל לישב קצת טעם הרא"ש ז"ל שאין עד אחד פוטר ממתוך שאיל"מ אף דלענין חיוב מחייב כנ"ל. אבל עכ"פ אין שום קושיא על הרמב"ן שסברתו פשוטה דנהי דאין עד א' קם לממון מ"מ איך יהי' משאיל"מ כיון שאם הי' טוען ברי לא הי' עליו חיוב שבועה כלל דמשבועה

שפיר פוטר ומאין יהי' משאיל"מ כשאומר א"י הא לא מצינו דין מתוך רק כשאם הי' טוען ברי הי' חייב שבוע'. ואין צורך כלל כאן שהעד יפטור אותו מדין מתוך רק ממילא לא שייך כלל דין מתוך כנ"ל. ועוד דהא הרא"ש עצמו סובר כתוס' ב"ק דהיכא דלא הוי לי' למידע לא אמרינן מתוך כו' ע"ש פ' הכונס שכ' דוקא בהוי לי' למידע דנראה טענתו ברמאות ע"ש. והיינו שנראה דאומר א"י כדי לפטור עצמו משבועת התורה וכשיש עד א' מסייעו הא לא שייך זה עכ"פ דאם יאמר ברי לא יתחייב כלל שבוע' ומה לו לומר א"י לפטיר משבועה כיון דבברי ודאי פטור וא"כ הוי כלא הוי לי' למידע עכ"פ דליכא מתוך כו' וא"כ בשומר שמסר לשומר דאת מהימנת לי בשבועה ע"כ האמינו או בשבועה או כשיהי' לו עד מסייע כיון שפוטר וממילא כיון שיש לו עד ובאופן זה הימני' לפטור. רק תירוץ הרא"ש ז"ל הוא דלא הימני' אלא בברי עם העד אבל בשמא לא שלא יפטרנו ממתוך וכיון דעכשיו שמא חייב וא"כ להנ"ל לא קשה דאף אם הי' טוען בעצמו א"י אם נאנסה הי' פטור כיון שהי' עד והי' כלא הל"ל כנ"ל:

ולכאורה קשה על ראית הרמב"ן דהא שומר הב' נוגע הוי וצ"ל דקושייתו מש"ש שמסר לש"ח למה חייב הא אינו נוגע כשאומר נאנסה דאף באומר נגנבה פטור. ואף דהא על שאינו ברשותו הוי נוגע והוי עד הצריך שבועה מה"ת. ונראה דראייתו מדברי הרי"ף והגאונים הביאו רא"ש לקמן פ' המפקיד דלא סגי בעדים שמתה רק דנטר כי אורחי' ע"ש וכיון שיש עדים שאינו ברשותו שוב יהי' שומר הב' עד מסייע. או דהראי' מש"ח שמסר לש"ש דכיון שמשלם אינו נוגע כמ"ש לעיל ואף דנשבע מדר"ה מ"מ על שלא פשע לא הוי עד הצריך שבועה ופוטר כמ"ש לעיל. ועוד דמינו מצוי שאין צריך לישבע מדר"ה ופטר את שומר הא' וסתמא קאמר דחייב. ואף דקי"ל כר"י דתחזיר פרה לבעלים הראשונים מ"מ הראשון פטור עכ"פ ואיך פסק רבא דשומר שמסר כו' חייב והיינו מצד עצמו שגובה ממנו ובאמת אינו יכול לגבות רק מהשני מטעמא דר' יוסי כנ"ל. שוב בא לידי ביאור הרב תוי"ט על הרא"ש פילפולא חריפתא והקשה כנ"ל דהוי לי' נוגע בש"ח שמסר לש"ש ותירץ דאחר שנשבע נאנסה לא הוי נוגע אף שאינו יכול לפטור עצמו בטענה אחרת כיון שמאמינים אותו בשבועה והביא ראי' מתוס' קדושין ע"ש ואיני מבין כלל דבריו איך יעלה על הדעת שבעל דבר גמור שאם לא יאמר כן ישלם וע"י השבועה נעשה עד ואין זה ענין כלל לדברי תוס' קדושין דהתם גם קודם השבועה כיון שמחויבים שבועה בין כך וב"כ אינם עוד נוגעין. ומ"ש ואין לחלק כו' הוא האמת. ומ"ש מה לי שיש להם שבועה אחרת או לא. הדבר פשוט דכשיש להם טענה. אחרת אינם נוגעין משא"כ כשאין להם כדאמר בש"ס להדיא התם. ומ"ש ועוד דיותר נח להם כו' שהלוה עשה להם

טובה כו'. איני יודע היך מצא נגיעה כזו לענין עדות ומ"ש שם ועוד דודאי הכא בשהשני רוצה לפטור משבועה עסקינן כדאמר האיך לא מהימן לי' בשבועה ע"ש אינו ראי' כלל דהפי' הוא אף שרוצה הב' לישבע לפטור שומר הא' מ"מ יכול לומר האיך לא מהימן לי. וכן מבואר ברא"ש שם וש"פ. גם מ"ש דיפטרנו שומר א' משבועה כו' גם זה ליתא דלא יועיל כלל פטור שלו לפטרו משבועה דר"ה שמא עיניו נתן בה כיון שהוא של בעלים ראשונים ואיך יועיל פטור של השומר א'. ע"ש שכל דבריו תמוהים:

עוד הביא הרא"ש ז"ל קושית הר"י מהא דמפקיד בעדים צריך להחזיר בעדים ומשמע ב' והתם לפטרו משבועה איירי כו'. ומה דקשה ע"ז דבמיגו לא מהני עד מסייע עיין מ"ש לקמן סי' פ"ז. ועוד הוכיח ממתני' פ' כ"ה אם יש עדים כו' ששטר זה אינו פרוע כו' דצריך ב' ודחה רא"ש ז"ל דעדים לאו דוקא רק עדות המועיל ולא דקדק בלשונו ע"ש. ותמהני למה שבקו משנתינו דאיירינן בה שנים אוחזין בטלית דמסיים בזמן שהן מודים או שיש להן עדים חולקין בלא שבועה ומוכח ג"כ דוקא ב' אבל א' לא הי' פוטר משבועה אי אמרינן דעדים דוקא כהר"י ז"ל. ואפשר קצת לומר דהא לכאור' קשה אף שיש ב' עדים שהוא של שניהן למה חולקין בלא שבועה הא כל א' מודה שהעדים פסולין דהא אומר כולה שלי ומודה שמעידים שקר על חצי הב' שהוא של שכנגדו ומהני הודאת כל א' שפסולין הן ולא מהני על החצי שמסייעין לו ג"כ. ואף דאין אעדים סמכינן מ"מ הא מבואר בש"ס ב"ב פ' י"נ באומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפרעו כולו נשבע כדין מודה במקצת משום דמודה שהם פסולין ע"ש בנ"י. וכן כאן למה יועיל עדותם לפטרו משבועה. אך י"ל כיון דהטעם חולקין משום דאמרינן אימר תרוייהו בהדי הדדי הגביהו כדאמר בש"ס וא"כ אנו פוסקין שהאמת כדברי העדים ושוב א"צ שבועה דהא אנן אעדים סמכינן והוי השבועה לבטלה ודוקא התם שבאמת אין מאמינים להעדים מחמת הודאתו משא"כ הכא. או י"ל כיון דאמר בש"ס דליכא רמאי כו' ופירש"י דתרוייהו בהדי הדדי הגביהו וכל א' טועה וסבור שהגביהו קודם א"כ אינו מודה כלל שהעדים פסולין כיון דאיכא למטעי וכמ"ש הר"ן ז"ל פ"ב דכתובות גבי קרוב לו ולה כו' שאינו פסול שהי' סבור שקרוב לו כו'. והטעם בפשיטות הוא שאין אנו פוטרין אותן כלל משבועה מחמת הסיוע של העדים רק כיון דאנן אעדים סמכינן אמרי' דודאי האמת שהגביהו שניהם כא' וכל א' טועה ולכך אין משביעין ועוד דכיון דהשבועה תקנת חכמים י"ל דלא תיקנו כה"ג כשיש עדים. וזה דוחק לומר שכל א' יש לו כת א' שחצי שלו וא"י על חצי הב'. דדוחק כיון דע"כ ראו שהגביהו שניהם כא' וע"כ כנ"ל. וא"כ י"ל דכה"ג לא הי' עד א' מסייע

פוטר כלל דבעד א' שייך שפיר כנ"ל דכל א' מודה שפסול. וגם זה דוחק כיון דלענין פטור שבועה חשוב כב':

עוד יש להקשות דלקמן פ' המפקיד דפריך אם איתא לדר"ה כיון דמשתבע היכי מצי מפיק לה ומשני רבה כגון שיש עדים שנשרפה כו'. וקשה ג"כ למה לי' ב' בחד סגי לפטרו משבועה שאיני ברשותו וע"כ צ"ל להרא"ש ז"ל דג"כ לאו דוקא וכוונתו גם עד א' כנ"ל. וא"כ קשה מה מתמה בש"ס א"כ מהיכי מייתי לה ודחה דברי רבה בשביל זה. והא מיתוקמא שפיר בעד א' שלא הי' צריך לישבע שא"ב ואעפ"כ חיישינן שמא יוציא הלה דאין מאמינים לעד א' לענין זה שבאמת נשרפה ושמא משקר ויוציא אח"כ ויפסלנו. אך י"ל דרא"ש ז"ל סבר דגם לענין זה עד, א' מהימן שלא נחוש לשמא יוציא. דכיון דהיכא דנשבע שא"ב לא סבר דניחוש שיטעון אחר שבועה מצאתיו משום דמסתמא נשבע אמת ממילא כיון שעד א' נאמן כאלו נשבע לא חשדינן ג"כ למשקר כנ"ל, ואדרבה יש לסייע קצת להרא"ש ז"ל מזה דתמוה איך טע' רבה בזה דעדים מעידין שנשרפ' יהי' שייך שמא יוציא הלה כו'. אך להנ"ל ניחא דהי' כונתו בעד א'. ואעפ"כ דחי מהיכא מייתי לה כו' דעד א' נאמן לענין זה דלא ניחוש שמא יוציא כו'. ויש להוכיח מזה לדינא להרא"ש ז"ל בעד א' מעיד שאינו ברשותו ופוטר המלוה משבועה הדין הוא דנשבע הלוה כמה הי' שוה ולא חיישינן שמא יוציא הלה כו' כנ"ל:

ואין להוכיח מהא דסוף האומנין דדייק הש"ס מדאיסי אין רואה כו' שבועת ה' כו' הא יש רואה יביא ראי' ויפטר כו'. ופי' הרי"ף ורא"ש דדייק דע"כ לאו פטורא אתי לאשמעינן דפשיטא דכי מייתי ראי' פטור ע"ש ולכאורה דלמא הא אשמעינן דדוקא אין רואה אפילו חד הא יש חד פוטרו משבועה ומוכח דעד אינו פוטר. דז"א דלרא"ש ז"ל גם לזה לא איצטרך קרא לאשמעינן דכבר כ' לא יקום כו' אבל קם לשבועה בין לחיוב בין לפטור. וע"כ דלחיובא אתי במקום רואין כנ"ל. (ובזה יש לישב דברי האיכא מ"ד שהביא רי"ף ז"ל דלפטורא אתי ותמוה ולמ"ש י"ל כנ"ל). ובמקום רואין באמת צריך ב' עדים דוקא דאיכא חיוב ממון עליו ולא שבועה כנ"ל. ורי"ף שכ' שם ואי איכא סהדי כו' י"ל ג"כ דגם בחד סגי כנ"ל ע"ש:

והנה דעת הרי"ף ז"ל נראה מבואר דעד מסייע אינו פיטר. מדמתמה ריש ב"מ אהא דאמר ולא ידע הא אף ידע לא מהימן כו' ונדחק הרבה ומסיים אבל אין מקחו בידו לא מהימן עד דמצטרף עמו אחר כשאר עדיות דעלמא. וא"כ איירי כשהמוכר עד כשר דמהני לאיצטרופי ואעפ"כ לא סגי בלא צירוף ומבואר דאינו פוטר. עד א' לחוד. וגם לא הי' צריך לדחוק כנ"ל דשפיר צריך לומד ולא ידע כשהוא כשר דהי' פוטר וע"כ דאינו

פוטר כנ"ל ע"ש. וכן נראה מדברי רמב"ם ז"ל בפי' המשנה שפי' ג"כ ולא ידע דאם המוכר יודע מחייב לשכנגדו שבועה דאורייתא ע"ש ולא כ' שזה יטול בלא שבועה ומסיים ולא יזכה יותר עד שיהי' ב' עדים ע"ש משמעות דבריו שאינו פוטר כלל כנ"ל:

ומדברי רש"י ור"י בתוס' אין להוכיח שסוברים דאינו פוטר מדלא גרס רש"י ז"ל ולא ידע ע"ש די"ל דסבר דלא איירי הכא מדין עדות דדלמא איירי שהוא פסול ולמה לי' למימר ולא ידע ואם כשר באמת מהני כשאר עד דמתני' דין חלוקה אתי לאשמעינן וכמ"ש רא"ש ז"ל על מתני' דהשוכר פרה כו'. אך מ"מ פשט דברי רש"י ז"ל אין מוכחין כן שכ' דאפילו ידע לא מהימן משמע דבכל גווני אינו נאמן והדין דזה ישבע אף שכשר אינו פוטר כנ"ל:

ודעת בעל המאור ז"ל מבואר להדיא דמשבועה דאורייתא אינו פוטר רק דלא תיקנו כשיש שבועת התורה ע"ש. והרמב"ן ז"ל מפרש גם דברי ר"ת כן דדוקא משבועת התקנה פוטר ולא משבועת התורה ובנ"י ריש ב"מ כ' גם מהר"ם מרוטנברג והר"ן ז"ל סוברים דאינו פוטר רק משבועת התקנה או נגד עד א' דאמרינן סלק אבל לא משבועת מודה במקצת או שבועת שומרין ע"ש. וכ"כ רשב"א בתשובה סי' תתקי"ד ובעה"ת וסמ"ג הובא ב"י סי' ע"ה. ונראה כמעט הרא"ש ז"ל יחיד בדבר שעד המסייע פוטר משבועת התורה. ובד"מ סי' זה כ' ולענין הלכה נראה כתוס' ורא"ש ומהר"ם וטור דפוטר ולכך כ' סי' פ"ז דנראה לו עיקר כן ע"ש בהג"ה. ובאמת מתוס' אין ראי' כלל שיפטור מש"ד דהא הרמב"ן ז"ל מפרש להדיא במלחמות דברי ר"ת דדוקא משבועת התקנה וכן מהר"ם ז"ל כ' בנ"י להיפוך דסבר שאינו פוטר מש"ד. ודעת כל גדולי הראשונים ז"ל נראה שאינו פוטר הרי"ף ורמב"ם ורז"ה ורמב"ן וסמ"ג ובעה"ת ורשב"א ור"ן ונ"י ותמוה למה פסקו נגדם ובאמת אין שום ראי' מכרחת שלא כדבריהם. ואף דבספק שבועה פ' הש"ך ז"ל דלא משבעינן מספיקא. מ"מ נראה לע"ד דדוקא בס' השקול אבל היכא שרוב הפ' חולקין נהי דבממון קי"ל דיכול לומר קים לי כמיעוט היינו מטעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב אבל לענין חיוב שבועה לא שייך זה וממילא לא יוכל לומר קים לי לפטור משבועה כנ"ל:

אמנם במרדכי ריש ב"מ הביא רבינו פרץ שמפרש הירושלמי אימת ש"ח נשבע כשאין עדים כו' במקום רואין ע"ש שמבואר שסובר ג"כ בדעת ר"ת כהרא"ש ז"ל דפוטר אף מש"ד. ודעת הראב"ד ז"ל ג"כ שאין עד המסייע פוטר כלל פ"כ מה' מכירה ע"ש והה"מ כ' בדעת הרמב"ם ז"ל שפוטר משבועת התקנה כבעה"מ ע"ש אבל לא משבועה דאורייתא. והכ"מ כ' שגם לזה אין גילוי בדברי הרמב"ם שיפטור. ובאמת מדבריו בפי' המשנה משמע להדיא שאינו פוטר. אכל עכ"פ דעת ראב"ד והה"מ ג"כ שאינו פוטר מש"ד כלל. ופ' ט"ז מטוען ונטען ה"ה כתב הרמב"ם ז"ל כשיש עד אחד שאכל ג' שנים ישבע ראובן

היסת שלא מכר ותחזיר הקרקע וישבע שמעון היסת שאינו חייב לו כלום בפירות שאכל ויפטר ע"ש. ואי עד מסייע פוטר למה לא יפטרנו מהיסת כיון שמעיד שאכל ג' שנים שני חזקה. ואף שגם הטור סי' קכ"ה כ' דישבע היסת ואיהו ס"ל להדיא דעד פוטר בכמה דוכתי מ"מ יש לדחוק דהא דכ' ובכולהו ישבע היסת לא קאי איש עד א' ע"ש ודוחק. אבל ברמב"ם ז"ל אי אפשר לפרש כן. אך מדגם בש"ע סי' קכ"ה מסתים לה ולא הגיה רמ"א ע"כ ס"ל לחלק דכאן אין פוטר. וי"ל:

והטעם פשוט דהא אינו מעיד שלקחה ואף ב' עדים שמעידים על שני חזקה עדיין צריך המחזיק לישבע כמבואר ברמב"ם (פי"א) ולא עדיף עד א' מב' ואיך יפטרנו מהיסת. שוב ראיתי שהבעה"ת שער כ"א סי' ה' הביא ראי' זו מהרמב"ם ז"ל שסובר דעד המסייע אינו פוטר מהיסת. ותמה הגי"ת דדבריו מרפסין איגרי כמ"ש ע"ש וכן במשנה למלך פ' י"א מטוען כ' שדברי בעה"ת שגגה הם דהא פ' להדיא דאף בעדי חזקה נשבע היסת ע"ש. אמנם לע"ד אין תימה כלל ודברי בעה"ת נכונים דהא מבואר ת' מהר"ם ז"ל בת' השייכים לס' משפטים סי' ס"א ובת"ה סי' של"ד דכללא הוא כמו דכל שב' מחייבין ממון א' מחייב שבועה כן כל מקום שב' פוטרין ממון א' פוטרו משבועה ע"ש. דהוכיח מכלל זה הת"ה דין שלו. ונראה דמוכרח לומר כלל זה משום קושית גי"ת דאיך עד נגד עד פוטר משבועה הא עדיין שייך כל שב' מחייבין ממון אף שיש אחד נגדם ממילא א' מחייב שבועה אף שיש עד נגדו ע"ש שהניח בתימה ולק"מ לדברי מהר"ם ז"ל הנ"ל דכלל זה עצמו הוא לפטור ג"כ ושוב שפיר פטור בעד נגד עד כנ"ל. וא"כ כאן כיון שאף כשחייב ממון היינו על גוף הקרקע הי' ב' עדים פוטרין אותו כשמעידים על שני חזקה. וא"כ ממילא נגד הפירות שאין כאן רק חיוב שבועה למה לא יפטור אותו עד אחד המסייעו הא שייך שפיר כלל הנ"ל דכל מקום כו'. ומה שתמהו דאי אפשר לעד א' להיות עדיף יותר מב' דג"כ חייב שבועת היסת. נראה פשוט. דהא לכאורה קשה בכמה דוכתי למ"ש הרא"ש ז"ל עיקר הטעם דעד פוטר דאם מהני עדותו להוציא ולחייב המוחזק שבועה לא כ"ש דמהני לפטור המוחזק משבועה וא"כ נראה ק"ו כשיש חזקה או ראי' המועלת לחייב ממון ולהוציא כ"ש שיועיל לפטור משבועה והק"ו יותר ברור לדעת מהר"ם ורא"ש ז"ל. דמה שמהני להוציא ממון ודאי דיותר טוב ממה שמהני להוציא ולחייב שבועה דהא עד א' אינו קם לממון כלל. וא"כ תמוה בכמה דוכתי בהא דחזקת ג' שנים דמשביעין היסת והא כיון דמהני חזקת ג' להוציא לא יועיל לפטור משבועה. וכן עד א' מעיד שפרוע כו' למה ישבע הא אם מועיל חזקה דשטרא בידי מאי בעי להוציא ממון כ"ש שיפטור משבוע'. וכן אומר פרעתיך תוך זמני דיכול לחזור ולהשביע היסת. ובאישתבע לי וכדומה הרבה

מאוד. דבשלמא להפ' דאין עד המסייע פוטר לא קשה כלל דנהי דמהני לממון מ"מ כיון שאינו בירור גמור הטילו לברר בשבועה דמה בכך אם אמת כדבריו ישבע. אבל לרא"ש ז"ל הנ"ל קשה דהא חזקות הנ"ל ודאי דעדיפי מעד א' וכן מסייע לשון השטר דסלעין דינרין שדייק דפוטר משבועה. שלעולם אין מועילין לממון כלל. וצ"ל לדבריהם דהא נהי דחזקה ג' שנים מהני להוציא מחזקת מרא קמא אבל שוב אין כאן ראי' לפטרו משבועה דהא עומד נגד החזקת ג"ש חזקת מרא קמא וכיון שכבר הועיל להוציא ממון שוב נשאר כאלו הי' מוחזק בלא ראי' הפוטרתו דהוי חזקה נגד חזקה ושפיר חייב היסת. וכן עד א' על השטר שפרוע וכה"ג נהי דחזקה דשטר בידו כו' מהני להוציא אבל כיון שכבר עמד להוציא ע"י החזקה שוב אין כאן ראי' לפטרו משבועה דנגד השטר יש החזקת ממון וכה"ג בכל דוכתי. וזה נראה לע"ד הטעם בש"ע סי' ק"מ דדבריו סותרין זא"ז לענין שבועת היסת בחזקת ג' שנים. וכ' הסמ"ע לחלק כשאין עדים דאבהתי' פטור אף מהיסת כיון שיש תרתי למעליותא שאין עדי אבהתי' וגם חזקת ג"ש. אבל כשיש עדים כו' חייב היסת ע"ש. ואינו מובן לכאורה הטעם לענין היסת ע"ש. ולמ"ש הטעם פשוט כנ"ל. דכיון שאין עדי אבהתא ומהימן לומר מצד עצמו שהיתה שלו מעולם וא"צ לראי' דג' שנים לענין הממון כלל. שוב מהני ראי' זו דחזקת ג' שנים לפטרו משבועה דמדהניחו לאכול ג' ודאי שלו. דמדמהני ראי' זו להוציא ממון כ"ש שיפטר מהיסת להפ' הנ"ל ואין שום חזקה נגדו. אבל כשיש עדי אבהתא וצריך לראי' דחזקת ג' לענין הממון שוב אינו פוטרו מהיסת דהא יש נגדו חזקת מ"ק וכמו בלא ראי' דחייב היסת. ולא סתרי כלל דברי הש"ע כנ"ל. וא"כ כאן לענין פירות שאכל דמבואר בש"ס (ב"ב ל"ג) שבלא הראי' דג' שנים ג"כ פטור דכשאמר לפירות ירדתי מהימן דלא חציף איניש למיכל פירי דלאו דלי' ופריך הש"ס א"ה ארעא נמי ומשני אמרינן לי' אחוי שטרך כו' ע"ש שמבואר לפי' התוס' נגד הקרקע לא מהימן כמו להבא אבל בפירות שאכל ג' שנים מהימן ממ"נ ע"ש. א"כ שוב מהני הראי' דג' שנים לפטרו משבוע' דאם יועיל להוציא ממון כ"ש שיפטור המוחזק מהיסת על הפירות. וכשיש ב' עדים על שני חזקה באמת אינו חייב היסת רק על הקרקע דיש חזקת מ"ק נגד החזקה אבל לא הפירות לטעם הנ"ל. אי אמרינן דגם מגלגול שבועה עד מסייע פוטר כנ"ל:

ולהטור ושאר פו' י"ל דס"ל דגם נגד הפירות צריך לראי' דג' שנים וסברי כסברת הנ"י פ' ח"ה דכשאין עדים על החזקה הי' לו להזהר בשטרו אף יותר מג' אבל אין קושיא על בעה"ת כנ"ל. דבאמת דברי נ"י תמוהים דא"כ ישלם בעד הג' שנים אף שאין עדים כלל

ע"י הודאתו כיון דאף אי אכל ג' ליכא חזקה כנ"ל. וגם הב"י סי' פ"ד הביא דברי בעה"ת הנ"ל להוכיח דרמב"ם ז"ל סובר דאין עד מסייע פוטר כנ"ל:

ובאמת קשה לרא"ש ז"ל למה באומר חפץ שבידך שלי הוא דחייב היסת הא מועיל חזקת מ"ק להוציא מחבירו שמוחזק בה בדברים העשוין להשאיל כו' שאין הוכחה ששלו הוא וע"כ עדיף מעד א' וסיוע לשון השטר כ"ש שיפטר מהיסת המוחזק. וצ"ל דמ"מ תחלת התקנה דהיסת הי' ע"ז שיהי' חייב כה"ג משום חזקה דאין אדם תובע כו'. ודוקא בעד המסייע שפוטר מש"ד לא אלמוה רבנן מש"ד דכעין דאורייתא תיקון:

ובמרדכי ריש ב"מ הביא שיש דוחין דברי ר"ת מהא דאיתא בירושלמי אימתי ש"ח נשבע כשאין עדים אבל יש עדים פטור אף משבועה. ומשמע אבל בעד א' לא מיפטר ותירץ בשם ר' פרץ דהאי דאיסי הוא וביש רואין קאי ואז צריך ב' אבל בלא"ה סגי בחד ע"ש. ומצאתי לשון זה ג"כ בתוספתא פ"ח דב"מ אימת אמרו ש"ח נשבע ויוצא בזמן ששמר כדרך השומרין נעל כראוי נתנו במקטורין כו' ואבד ה"ז נשבע ויוצא אם יש עדים שעשה כן פטור משבועה כו' ע"ש. ומדתני אם יש עדים שעשה כן מבואר דלא איירי מהאבידה רק אף שידוע שאבד צריך עדים ששמר כראוי ולא נאבד בפשיעה. וכ"כ הרא"ש ז"ל דף מ"ב פי' הירושלמי הנ"ל אימתי ש"ח נשבע כו' אבל איכא עדים דלא פשע פטור היינו דצריך עדים ששמר כראוי ע"ש. ובטור סי' רצ"ד דדייקי מכאן דשלא פשע לא גלגול הוא וא"כ לא שייך דחיית הר' פרץ דלענין השמירה לא איירי במקום רואין. ועוד בשלמא איסי דתני יביא ראי' ויפטר קמ"ל שפיר חיובא דדוקא כשיביא ראי' פטור. אבל ברייתא הנ"ל אי חיובא אתי לאשמעינן הוי לי' למימר דצריך להביא עדים ולא אמר רק אם יש עדים פטור משבועה. וצ"ל לדבריו דאיירי בכל גווני אם יש עדים פטור לעולם בין יש רואין או אין רואין ולכך נקיט ב' ולרא"ש ז"ל בל"ז עדות המועיל נקט ובחד סגי כנ"ל:

אך בש"ס ב"ק י"א ע"א דתניא יביאהו עד הטרפה יביא עדים שנטרפה באונס. ושם א"א לפרש בחד דכל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים. וצ"ל ג"כ במקום רואין כמ"ש לעיל. וכן משמע מתוס' שכ' שם דאיסי דיליף מאין רואה הא יש רואה יביא ראי' ויפטר משמעות דורשין איכא בינייהו ע"ש. אך י"ל דתוס' מפ' בהא דאיסי דפטורא אתא לאשמעינן כשיש עדים דפטור משבועה שלא שלח בה יד כמ"ש תוס' ב"מ ו' ע"ש. ולכאורה אי גם זה במקום רואין מאי מתמה סוף האומנין כמאן כאיסי כו' האגם רבנן דברייתא סברי הכי דיביא עדים וע"כ במקום רואין דאל"ה לא בעי ב' כנ"ל. ועוד גם לאיסי למה לי' תרי קראי להכי. אך לא קשה דהא קי"ל כאבא שאול דיביא עדודה לב"ד דטורח נבילה דמזיק ולא מוכח כלל מקרא דיביאהו עד וצריך איסי לקרא דאין רואה כו' ושפיר מתמה כמאן

כאיסי דכרבנן הנ"ל לא קי"ל ורק לטורח נבילה אתי כנ"ל. ומיושב בזה מאי דמפיק אבא שאול קרא מפשטי' משום דע"כ במקום רואין איירי ולזה לא צריך קרא דמוכח מקרא דאיסי דאין רואה כו':

ובלח"מ פ"ג מה' עדות דייק ג"כ מלשון הרמב"ם ז"ל דס"ל אין עד המסייע פוטר מדקאמר הרי כאן עד אחד כו' ע"ש. אולם למ"ש הש"ך ז"ל סי' מ"ו ס"ק ק"ט אין ראי' משם כיון שאינו מעיד שאינו חייב רק תנאי הי' ע"ש:

והי' נראה טעם הרמ"א ז"ל שפוסק עיקר כהפ' דעד מסייע פוטר משום אשכחן בבעה"ת ושאר פוסקים דיש סברא להיפוך דעד מסייע פוטר משבועה דאורייתא ולא משבועת התקנה דכיון שתקנו חכמים לחייב שבועה אף שפטור מה"ת אינו מועיל אף שיש עד דמאי בכך שפטור מה"ת מ"מ איכא התקנה לחייבו ע"ש. ודעת רמב"ן ורשב"א להיפוך ממש דמש"ד אינו פוטר ומשבועת התקנה פוטר ע"ש. וא"כ לדעת בעה"ת אין ראי' כלל מרי"ף ורמב"ם ובעה"מ שלא יפטור עד מש"ד דהם לא כ' רק אמתני' דשנים אוחזין והתם בשבועת התקנה איירי וכן גם קרקע לענין היסת וי"ל דמודים ג"כ דמש"ד פוטר. וא"כ פ' הרמ"א ז"ל שפיר דפוטר בין מש"ד ובין משבועת התקנה. דהיכא דאיכא ש"ד י"ל לפטרו דאינו מוכח דעת רי"ף ורמב"ם שלא יפטרנו כנ"ל ופ' שפיר כמהר"ם ורא"ש וטור ז"ל ובשבועת התקנה שוב יש לנו דעת רמב"ן ורשב"א ג"כ דפוטר ופטור שפיר מספק בשניהם כנ"ל. אך א"כ במודה מקצת וכה"ג ויש עד מסייע עכ"פ ראוי שיתחייב היסת דלענין שיפטור משניהם עכ"פ מוכח מפ' הנ"ל שאינו פוטר דממ"נ או דאינו פוטר מש"ד או שאינו פוטר מהיסת ואין לנו רק דעת רא"ש וטור ז"ל כנ"ל. אך י"ל דבמקום דאיכא ש"ד לא תיקנו רבנן היסת כלל וממילא כיון שהעד פוטר מהש"ד שוב פטור לגמרי דאין כאן היסת כלל. ובאמת מדברי מהר"ם שבהג"מ ס' משפטים סי' ס"א משמע דלא כפי' הנ"י בדבריו רק כהרא"ש ז"ל שאף משאר שבועות מודה במקצת וכה"ג ג"כ פוטר ולא משבועת עד א' דוקא ע"ש:

סעיף ג

(ה) **אמר מנה לאביך בידי ופרעתיו מחצה** כו'. הש"ך ז"ל הביא ד' רמב"ן ז"ל דאף שטוען אח"כ ברי ידעתי מזה ודעתי הי' לתבוע לך הכל מ"מ פטור מש"ד כיון שקדמה הודאה לתביעה וגזה"כ הוא שתקדום התביעה דכ' אשר יאמר עליו כי הוא זה כו' וכן לשון הש"ס מ"מ הטענה כו'. ולכאורה קשה נהי דעל ההודאה פטור מ"מ אם היו באים עדים אחר התביעה שהודה בפניהם הי' חייב שבועה מדר"ח קמייתא. וא"כ הא בראו ביום קי"ל לא תהא שמיעה גדולה מראי'. וא"כ כיון שהודה בב"ד קודם התביעה הב"ד עדים

אחר התביעה שהודה בפניהם ולא גרע משמיעה מעדי הודאה וליחייב מדר"ח. ובגווני שכ' הרמב"ן א"ש כיון שהי' משיב אבידה בשעת הודאה ויש ראי' שאומר אמת וראי' זו פוטרו משבועה גם עכשיו דבשלמא הודה בעדים חוץ לב"ד על מקצת אין המיגו דחוץ לב"ד פוטר משא"כ בב"ד וכדקי"ל בעדי ראה אף שטען בפניהם לא מהני כיון דכשבא לב"ד לית לי' מיגו משא"כ בטען בב"ד מיד כשהראה החפץ ע"ש בח"מ סי' קל"ג. וכן כאן כיון דבשעת הודאה בב"ד הי' לו מיגו וראי' הפוטר כנ"ל:

והי' מיושב בזה הש"ס דפ"ב דכתובות וליתני מודה ר"י באומר מנה לאביך בידי כו'. והא התם דין מיגו קמ"ל ולרמב"ן בל"ז פטור דקדמה הודאה לתביעה וכן בכמה דוכתי דפטור לי' משום מיגו. ולמ"ש א"ש דאי לאו המיגו הי' עכשיו אחר התביעה חייב משום העדאת עדים. רק משום המיגו גם אח"כ פטור דהועיל הראי' כנ"ל. אך מדברי רמב"ן ז"ל מבואר דאף היכא דלא מיפטר על ההודאה משום משיב אבידה מ"מ פטור משום קדמה הודאה לתביעה דאל"ה א"צ לגזה"כ וע"כ דאף דכיון שאומר אח"כ ידעתי א"כ י"ל דלא הוי מיגו דידע שודאי יתבענו מ"מ פטור משום דקדמה הודאה מגזה"כ. וא"כ קשה כנ"ל. וצ"ל כמ"ש הר"ן ז"ל בהא דמה שהנחת אתה נוטל דכיון שיצאה הודאה מפיו לפטור שוב לא מיחייבינן לי' אח"כ אף דעכשיו הוי דבר שבמדה כו' ע"ש פ' ש"ה. וגם כאן שנחייבו עתה אין מחייבין כיון שבשעת הודאה נפטר משום קדמה הודאה לתביעה שוב לא מחייבין לי'. שוב ראיתי שהר"ן ז"ל עצמו כ' דהא דקדמה הודאה פטור משום דיצאה מפיו בפטור:

אך מ"מ אינו מובן הטעם דהא מ"מ אנן סהדי עכשיו שחייב לו הנ' ולמה יגרע מהעדאת עדים. והי' נראה הטעם דהא קי"ל הודאה בב"ד גבי ממשעבדי. וגם היכא דאינו יכול לכפור הוי הילך. וא"כ בכל דוכתי דמחייבין לי' על שעת הודאה שפיר דאז הי' יכול לכפור וגם לא הי' אז שיעבוד קרקע משא"כ כאן כיון דבשעת הודאה הי' פטור רק עכשיו אחר התביעה נחייבו והא עכשיו כבר הוי שיעבוד קרקעות ואינו יכול לכפור עתה אחר התביעה כיון שכבר הודה בב"ד ושפיר פטור עכשיו מטעם הילך כנ"ל. ובהא דמה שהנחת אתה נוטל י"ל ג"כ כנ"ל כיון שבשעת הודאה לא הי' דבר שבמדה ממילא גם עכשיו שהב"ד רואין ונחייבו עתה כבר א"י לכפור והוי הילך ושיעבוד קרקעות כנ"ל:

ובזה מיושב מה שיש להקשות העדאת עדים דר"ח נהי דילפינן מהודאת פיו מ"מ הא הוי כקדמה לתביעה וע"כ דכיון שאין מעידים בב"ד עד אחר התביעה ועדותם הוא עיקר מה שמעידים בב"ד ומה בכך שידעו קודם. אך בהא דסלעין דינרין (ב"מ ד') לוה אומר ב' אף למ"ד הילך חייב ליפטר דהא עדים החתומים כמי שנחקרה בב"ד דמי א"כ קדמה

הודאה לתביעה דנהי דחשבינן העדאת עדים כפיו מ"מ פטור דכבר נחקרה בב"ד קודם התביעה. ולמ"ש א"ש דלמ"ד הילך חייב לא שייך למיפטרי' כלל משום קדמה הודאה דמ"מ עכשיו ידעינן שחייב אחר התביעה כנ"ל ודוקא לדידן דהילך פטור שייך כנ"ל. ובל"ז י"ל כיון דהודה ג"כ אחר התביעה א"כ אין דנין מצד העדאת עדים כלל רק על הודאתו שנים שהוא אחר התביעה ומיגו דכפר והי' פטור אין כאן שאינו רוצה להכחיש עדים כנ"ל:.

ויש להסתפק בהעדאת עדים שהעידו בב"ד קודם התביעה שחייב נ' אי מחייבין שבועה. דלכאורה לא עדיפי מהודאת פיו דילפינן להו מיני' וכמו הודאה אינו מחייבו קודם התביעה כמו כן עדים אין מחייבין כשהעידו קודם התביעה. אמנם לא מצינו בפוסקים שיחלקו בהעדאת עדים דר"ח בין העידו קודם תביעה או אח"כ. לכן נראה דאין חילוק וי"ל לש"ך ז"ל לקמן דהא דאינו יכול לכפור הוי הילך דוקא במודה משא"כ בכופר ולא מהני נגד העדים חייב מדר"ח ע"ש. וא"כ א"ש דממ"נ חייב אף שהעידו קודם התביעה למ"ש דטעם משום הילך וא"כ כשכופר חייב אחר התביעה דאנן סהדי ואלו באו עדים ואומרים ראינו עדים שנחקרו בב"ד מהני כמבואר בש"ע ובש"ס בשטר כו' ובתוס' ע"ש (כתובות כ' ב"ק צ"ח) וכיון דלא תהא שמיעה כו' א"כ כיון שהעידו בב"ד א"כ אחר התביעה הוי כמעידים עדים שנחקרה עדות עדים בב"ד ואנן סהדי עתה ולא מיפטר משום הילך כיון שכופר כנ"ל ושפיר נתחייב עתה אחר התביעה מדר"ח כנ"ל. ואם מודה א"כ לאו מדר"ח מחייבין לי' רק משום הודאתו דעכשיו כנ"ל ולכך לא חילקו הפוסקים:

ומיושב במ"ש הטור סי' פ"ח טענו חטין וקדם והודה שעורין ואח"כ אמר התובע גם שעורין כו' שפסק דפטור אף מתשלומין בכמודה כו'. ותמהו במעדני מלך ושאר פ' מנ"ל דלמא דוקא משבועה פטור משום דקדמה הודאה לתביעה כמבואר בר"ן ורא"ש שם אבל תשלומין חייב ע"ש. ולמ"ש א"ש דע"כ מוכח דפטור גם מתשלומין דאל"ה לא הי' פטור כלל משבועה משום קדמה הודאה כו' דהתם כיון שקודם שחזר התובע ותבע שעורין הי' פטור משעורין דהי' ט"ח והל"ב ורק אחר חזרת התובע ותובע שעורין נתחייב הנתבע בשעורין א"כ שפיר מיחייב אחר התביעה משום העדאת עדים ואין כאן הילך או יצאה הודאה מפיו לפטור דהא קודם התביעה לא הי' הודאה כלל ולא נתחייב אז וגם יכול לומר משטה כו' ונעשה החיוב עכשיו ומיחייב מדר"ח. ודומה למ"ש ר"ן ז"ל במשנה דמלוה על המשכון גבי חבלה ע"ש. והוכיח הטור שפיר דגם מתשלומין פטור ואין כאן הודאה כלל גם עכשיו כנ"ל:

אך מוכח דדעת ר"ן ורמב"ן ז"ל שהוכיחו משם דמשום קדמה הודאה פטור וע"כ דסברי דחייב בתשלומין א"כ משמע דלא ס"ל הטעם כמ"ש. אך אינהו לא ס"ל משטה ורק משום מחילה והודאה והמחילה הוא מה שאינו חוזר ותובעו שעורין אחר הודאתו של זה כמ"ש מהרש"ל. וא"כ כיון שחוזר ותובעו שפיר א"י לכפור אחר התביעה והוי הילך וכיון שבשעת הודאה הי' קודם לתביע' ופטור לא מחייב שוב עכשיו כנ"ל. או משום דיצאה בפטור כנ"ל. ומשמע דסברי דלא הוי משיב אבידה אף שאינו כמערים כיון שיודע שחבירו יכול לידע ולתבעו דאל"ה א"צ לקדמה הודאה דבל"ז יפטר בשעת הודאה קודם כשתבעו חטין והודה שעורין משום משיב אבידה וראי' זו פוטרתו גם אחר התביעה כנ"ל. וע"כ דדוקא ביורש הוי מ"א שיודע דמסתמא אין היורש יודע משא"כ גבי דידי'. אך בר"ן ורא"ש אינו מבואר הטעם. וי"ל דבאמת מטעם זה פוטרין כנ"ל. או משום דכיון דבשעת הודאה הי' כ"ה איכא חזקה דאין אדם מעיז כיון שהודאת שעורין לא הי' אז הודאה כלל כנ"ל. ועיין בש"ך ז"ל סי' פ"ח דגם אם תבעו נ' והודה ואח"כ חזר ותבעו עוד נ' וכפר פטור ג"כ משום קדמה הודאה לתביעה ע"ש. ובזה לא שייך טעמא דמשיב אבידה ומיגו ולא החזקה כנ"ל. רק י"ל דעכשיו שייך החזקה דאין אדם מעיז כיון שעל תביעה זו הוי כ"ה וגם טעמא דהילך ושיעבוד קרקעות שייך כמ"ש כנ"ל:

שוב ראיתי בר"ן ז"ל על משנה דמה שהנחת אתה נוטל שכ' להדיא דבהא דקדמה הודאה לתביעה הטעם משום שיצאה הודאה מפיו לפטור שוב לא מחייבינן לי' ע"ש. ומ"מ י"ל הטעם כמ"ש. וי"ל בזה קושית ר"ן על רמב"ן ז"ל במתני' דמלוה על המשכון כו' דכיון שקודם שבועת המלוה הי' רק גורם לממון הרי יצאה הודאה בפטור ע"ש. ולמ"ש מיושב דבשעת תביעה לאו הילך הוא דאינו חייב כל זמן שאינו נשבע המלוה וא"כ שפיר חייב אחר השבועה כנ"ל. ויש לדחות קצת. ומשמע מדברי ר"ן ז"ל כשהודה קודם תביעה ואח"כ תבעו וחזר והודה פטור ג"כ. ואף דלזה אין ראי' מש"ס שם די"ל דוקא כשאנו צריכין לדון מצד הודאה שקדמה לתביעה ולחייבו עלי פטור משא"כ כשחזר ומודה דאף בלא הודאה ראשונה חייב מצד הודאה דעכשיו שאחר התביעה מ"מ, משמע מדבריו שפטור שכ' אף שעדיין עומד בהודאתו ע"ש. וצ"ל כיון שכבר נפטר שוב לא מחייבינן לי' וי"ל הטעמים הנ"ל או דהראי' פוטרתו דאומר אמת כיון שהי' משיב אבידה או דהוי לי' הילך עכשיו בהודאה שני' דא"י לכפור כיון שכבר הודה כנ"ל:

אמנם נראה אם הודה ויצא מב"ד באופן שיכול לטעון פרעתי אחר ההודאה ואח"כ תבעו וחזר והודה שפיר חייב דחשיבא הודאה גמורה דעכשיו דמצד הודאה ראשונ' א"א לחייבו עתה ויכול לכפור והוי הודאה שאחר התביעה כנ"ל. דלא שייך טעם הנ"ל. ואם

באו עדים אחר התביעה נראה ג"כ דפטור כשהודה מקודם דלא עדיפי מהודאת פיו והא אנן סהדי ג"כ שחייב ומה יועילו העדים יותר ואף דבלא הודאתו הי' חייב שבועה משום העדאת העדים וא"צ לחייבו מצד ההודאה ראשונ' מ"מ פטור כנ"ל אך טעם דמשיב אבידה לא שייך בזה כיון שבאו עדים אח"כ כדתנן פ"ב דכתובות ואם באו עדים כו' דאף שבאים אח"כ לאו מיגו הוא. וא"כ כיון שאין כאן ראי' שאומר אמת שוב י"ל דנהי דלא נתחייב בהודאה ראשונ' שקדמה לתביעה מ"מ חייב שוב מצד העדים דר"ח כנ"ל. אך מטעמא דהילך שפיר פטור גם כשבאו עדים אח"כ דעכשיו. הילך הוא משום הודאה ראשונ' ועדיין עומד בה כנ"ל:

ובמ"ש מיושב החילוק שכ' ר"ה גאון בין כמערים או כמודה. דלכאורה אף כמערים יהי' פטור כיון דגזה"כ הוא דהודאה שקדמה לתביעה פטור. דבשלמא ט"ח וה"ב כמערים לענין תשלומין א"ש דאין ראי' שמחל או הודה ע"ש אבל לענין שבועה כיון דגזה"כ הוא יפטר כנ"ל. ולמ"ש א"ש דאינו משיב אבידה כיון דמערים ושוב חייב משום אנן סהדי דעכשיו וכן לטעם דהילך קי"ל בהילך כמערים חייב כנ"ל:

סעיף ד

כפר בכל ועדים מעידים שחייב לו ב' ישלם נ' וישבע מה"ת על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים כו'::

(ו) **ועדים** כו'. דין זה מוסכם מהראשונים ז"ל דהלכה כר"ח קמייתא וראייתם מדמוקי בש"ס למאן דפליג אר"ח כמ"ד ט"ח והל"ב חייב ומדקי"ל פטור ממילא הלכה כר"ח. אמנם בש"ס סוגיא דהאי רעיא משמע דאין הלכה כר"ח דאמר ר"ז אם איתא לדר"ח משתבע וכ' תוס' דמצינו כזה בכתובות ר"פ המדיר אם איתא לדר"ה כו' וקי"ל כר"ה דפסיק הלכתא הכי פ"ב דייני כו' וכ"כ המרדכי ושאר פ' דחי' זו. וקשה לע"ד דלא דמי להתם דפריך אהא דמשני נעשה ואם איתא לדר"ה כו' ושפיר י"ל דהוי מספקא לי' אי כר"ה ופריך דאם איתא לדר"ה א"כ קשיא המשנה דקונם שאני עושה כו' ומוכח או דליתא לדר"ה או דלא אמרינן נעשה ומשני באומר כו' ושפיר איתא לדר"ה ולכך פסיק שפיר אח"כ הלכה כר"ה דלמסקנא לא קשה אר"ה דבתרווייהו סתמא דש"ס קאמר לה ואטו לא הי' רשאי להסתפק מקודם אי הלכה כר"ה או לא ובתר דמשני פסיק שפיר הלכתא כר"ה. אבל הכא הי' בדין שבא לפניו אם הי' פשיט לר"ז דהלכה כר"ח מה לו לומר אם איתא לדר"ח הי' לו לומר משתבע מדר"ח ואין כאן קושיא וכדומה על ר"ח. וע"כ דעכ"פ ספוקי מספקא לי אי כר"ח או לא וכיון דלא מצינו שיפסוק הש"ס כר"ח מנ"ל לדחות ספיקא דר"ז. ועוד קשה מדאמר השתא נמי דליתא לדר"ח נחייבו מדר"נ כו'

ולשון כזה לא מצינו כלל בש"ס דאי באמת הלכה כר"ח שיאמר דליתא לדר"ח. וראיתי בריי"ף ז"ל שכ' רק השתא נמי נחייבו מדר"נ. ונראה דלא גרס הא דליתא לדר"ח והרא"ש ז"ל כ' אע"ג דסתמא דגמ' פריך השתא נמי כו' דמשמע השתא דליתא לדר"ח לא קשיא אפיסקא דידן דאהא דקאמר ר"ז אם איתא לדר"ח מתמה דהשתא נמי שהי' מסופק ר"ז א"א לדר"ח לא ימנע מלחייבו מדר"נ כו' ע"ש. ונראה שגורס ג"כ כריי"ף ז"ל ולא כספרים שלפנינו כו'. גם נראה מרא"ש ז"ל שמודה דמוכח מר"ז דמספקא לי' עכ"פ אי הלכה כר"ח וכ"כ להדיא מקודם ע"ש. וא"כ תמוה למה פסק בודאי כר"ח ולא כר"ז דמספקא לי' דבשלמא אי הוי מצינו בש"ס דהלכה כר"ח הי' תרוצו שפיר דאין הוכחה להיפוך אבל מאחר שלא מצינו מי שחולק אר"ז למה נפסוק דלא כוותי'. ומ"ש הרא"ש ז"ל שם ואע"ג דמספקא לי' לר"ז אי הלכה כר"ח נראה דהלכתא כוותי' דליכא מאן דפליג אר"ח אלא אבוה דר"א והוא סבר כר"ג ואנן קי"ל כרבנן ע"ש. ובאמת אין מזה הוכחה כלל כמ"ש תוס' שבועות מ"ו ע"ב דאפילו מאן דפטר בט"ח והל"ב מצי סבר דלא כר"ח משום דפריך תורת הזמה והוכיחו מר' יוחנן בירושלמי דפליג אר"ח אף דסבר דט"ח כו' פטור. ונראה לישב דהרא"ש ז"ל סבר דודאי מדנפשי' לא הוי פליג ר"ז אר"ח מסברא ובפרט לגרסת תני ר"ח לא מצי למפלג אברייתא ובסברא זו דלא פריך תורת הזמה ליכא מאן דפליג אר"ח דע"כ גם לאבוה דר"א אמרינן כן דאל"ה למה לי' קרא למעוטי. וא"כ ע"כ מאי דמספקא לי' לר"ז הוא אי הלכה כר"ח או כאבוה דר"א וממילא כיון דהש"ס תלי לה בפלוגתא דר"ג ורבנן וא"כ ממילא כיון דקי"ל כרבנן שוב ודאי דהלכה כר"ח ולא כר"ז דמספקא לי'. כיון דאי אפשר לתלות הספק דר"ז בפירכא דתורת הזמה דלא יחלוק על שני הברייתות. וע"כ או דמסופק אי הלכה כר"ג בט"ח והל"ב או דסבר פלוגתא דאבוה דר"א תלי' במלתא אחריתי וא"כ כיון דהש"ס תלי לה בהא כן הלכה כנ"ל:

אך מדברי ר"ח ותוס' לא משמע כן לכאורה דא"כ למה הוצרכו להוכיח דשייך לשון אם איתא אף דהלכה כן הא בל"ז כאן אף דסבר ר"ז כן מ"מ אידחי דר"ז מסתמא דתלמודא דתלי לה בפלוגתא דר"ג ורבנן כנ"ל. וע"כ דמודה הר"ח ותוס' דאי הוי מוכח מר"ז דאין הלכה לא היינו דוחין דר"ז וא"כ קשה עדיין כנ"ל. וצ"ל דראייתם הוא רק דלשון אם איתא לא הוי ודאי דאין הלכה כן וע"ז הוכיחו שפיר מהא דכתובות ולא קשה מ"ש לעיל דמ"מ אם הי' פשוט להש"ס דאין הלכה כר"ה איך פוסק כר"ה וע"כ דלשון אם איתא רק דמספקא לי' וגם כאן כן ושפיר י"ל דהוי מספקא לי' אי פלוגתא דר"ח ואבוה דר"א תלי בפלוגתא דר"ג ורבנן או לא וממילא כיון דש"ס תלי' לה בפלוגתא הנ"ל הלכה כר"ח. אבל אי הוי אם איתא ודאי שידוע דאין הלכה כר"ח לא הי' לש"ס להביא האי לישנא אי

באמת הלכה כר"ח. וע"כ (הוכיחו תוס') דמספקא לר"ז וממילא שייך כנ"ל. ומ"מ דחוק מאוד לשון הש"ס:

והי' נראה לישב דהנה הרמב"ם ז"ל ורוב הפ' דמחויב מקצת מתוך טענתו לא מיחייב מדר"ח אם טוען על מחצה א"י אם פרעתיך וכדומה ע"ש. וא"כ אביי לטעמי' דסבר בכל שבועה דמשבעינן לי' ולא אמרינן מיגו דחשיד אממון כו' הוא משום שמא ס' מלוה ישינה יש לו עליו והנה בהודאת עצמו שפיר רמי רחמנא שבועה עלי' שיודה דיש לו ס' מלוה ישינה כו' וחייב מדינא דהוי כא"י אם פרעתיך או כיון דזה גובה וזה גובה חייב כיון שמסופק דלא מהימן יש לי בידך כנגדו רק במיגו כנ"ל, אבל בהעדאת עדים על מקצת שנחייבו שבועה מדר"ח ונימא דאף דמיגו דחשיד כו' מ"מ נותנין לו שבועה משום דס' מלוה ישינה יש לו עליו ואיך נחייבו שבועה הא אם באמת יש לו ס' מלוה שוב פטור משבועה דאף אם יטעון כן נהי דחייב מ"מ שוב אינו רק מחויב מקצת מתוך טענתו ואין כאן העדאת עדים כנ"ל לחייבו שבועה ואם הי' מודה להעדים והי' טוען שיש לו ס' מלוה כנגד מה שמעידים הי' פטור משבועה על השאר שלא הי' רק מחויב מתוך טענתו וא"כ אף שכ' תוס' דלכך כופר בפקדון פסול לאביי דעל מה שיש עדים בבירור לא תלינן בס' מלוה כו' היינו משום דכיון דנתחזק בב"ד לפסול לא תלינן להכשירו מספק אבל לענין שבועה שפיר תלינן. וא"כ כיון דנחייבו שבועה על השאר ע"כ נחזיק שאינו כופר לגזול רק משום ס' מלוה ישינה וא"כ שוב לענין שבועה תלינן כל הכפירה משום ס' מלוה דאין שום סברא לתלו' שהשאר כופר בשביל ס' מלוה ומה שמעידים כופר לגזול דמה חילוק ובכופר בפקדון אין תולין כלל בס' מלוה משא"כ בחיוב שבועה דע"כ תלינן בס' מלוה וא"כ כיון שכופר הכל משום ס' מלוה ממילא אין כאן חיוב שבועה מדר"ח. וכיון דע"כ על מחצה יש לו ס' מלוה כמו שאפשר דעל מה שמעידים כופר לגזול והשאר בשביל ס' מלוה כן יכול להיות להיפוך דנגד מה שמעידים כופר משום ס' מלוה ועל השאר אומר אמת ואינו חייב שבועה דאינו רק מחויב מתוך טענתו כנ"ל. ועוד דאם יודה על המחצה שיש לו ס' מלוה ועל המחצה יעמוד בכפירתו שוב יהי' פטור משבועה דלא יהי' העדאת עדים ולא יתחייב ג"כ רק אותו המחצה שיאמר שס' מלוה כו' דאין יודעין אם זה חוץ ממה שאומרים העדים. וא"כ לא שייך דרמי שבועה על השאר כי היכי דלודי שיש לו ס' מלוה כו' כיון שאם יודה לא יתחייב כלל יותר מעכשיו וגם משבועה יהי' פטור. דלא שייך שע"י השבועה יודה גם במה שמעידים כיון שע"ז אין עליו שבועה. וממ"נ אין חיוב שבועה אם אינו כופר כלל לגזול רק על הכל יש לו ס' מלוה א"כ באמת אינו רק מחויב מקצת מתוך טענתו ופטור. ואם על מה שמעידים כופר לגזול והשאר בשביל ס' מלוה

א"כ לא שייך דלודי על השאר דמשום ס' מלוה דמ"מ יהי' פטור כיון שישאר בכפירת אותן הנ' שרוצה לגזול ועל נ' יטעון ס' מלוה כנ"ל:

וא"כ למ"ש הפ' די"ל דאביי לא סבר כלל טעמא דאישתמוטי לענין שבועה די"ל דלא חייבה תורה שבועה כלל כיון שבאמת רוצה לשלם רק אין לו זוזי עתה דהוי רק כפירת זמן. ולרבה צריכין לדחוק כמ"ש בשיטה מקובצת דחיישינן כיון שהתחיל לכפור לא יודה ע"ש. והיינו לרבה מוכרח כן מדחייבה תורה שבועה משא"כ לאביי י"ל דלא חייב רחמנא שבועה בשביל אישתמוטי רק משום ס' מלוה כו'. ולכך שפיר אביי לטעמי' לית לי' דר"ח קמייתא וכן ר"ז י"ל סבר כנ"ל אבל לדידן דקי"ל כרבה כדעת רוב הפ' דאין הלכה כתלמיד במקום הרב כו' ומשום אישתמוטי חייב שבועה שפיר איתא לדר"ח כנ"ל:

עוד י"ל בפשיטות דהנה תוס' כ' דלכך לאביי כופר בפקדון פסול ולא מכשירינן בשביל ס' מלוה דכיון שיש עדים לא תלינן בס' מלוה ע"ש. ולכאורה נימא גם לענין אישתמוטי חילוק זה דאף דחייב רחמנא שבועה היינו שאין עדים תלינן באישתמוטי משא"כ כשיש עדים אך מוכרח מדאמר כופר במלוה כשר ומנ"ל הא דלמא דוקא לענין שבועה שאין עדים תולין באישתמוטי. וע"כ דסבר לסברא פשוטה דאין חילוק לענין אישתמוטי בין יש עדים או לא. והנה בש"ס דפריך מה להצד השוה שלא הוחזק כפרן כו'. ואף דקי"ל הוחזק לממון זה אינו מוחזק כפרן לממון אחר מ"מ ללמוד חיוב שבועה הוי שפיר פירכא דלמא לא חייב רחמנא שבועה רק כשאינו מוחזק כפרן כלל משא"כ כשיש עדים דעכ"פ כפרן על מחצה ועכ"פ יש סברא יותר דאין נותנין לו שבועה מכשאינו כפרן כלל בעדים. וכמ"ש תוס' לעיל לענין מישתמיט דאף דכופר הכל אמרינן ג"כ אישתמוטי מ"מ אינו כ"כ כמודה במקצת וזה הי' כל הס"ד שלא יתחייב בהעדאת עדים כנ"ל ולכאורה מה דחי הש"ס ובמלוה מי הוחזק כפרן והא כופר במלוה כשר כו'. ומה ראי' זו נהי דכשר משום. דשייך ג"כ אישתמוטי ומוקמינן לי' אחזקת כשרות מ"מ עכ"פ גרע יותר משאינו כפרן כלל בעדים וא"א ללמוד מהצד השוה כו' כיון שכפרן בעדים וכסברת התוס' לענין ס' מלוה כו'. אך באמת דחי שפיר כיון דחזינן דאמר כופר במלוה בעדים כשר כו' ומנ"ל הכי הא אין ללמוד זה מחיוב שבועה דדלמא דוקא כשאין עדים. וע"כ דסברא פשוטה אצלו דאין לחלק לענין אישתמוטי בין יש עדים או לא. וא"כ ממילא לא הוי פירכא ג"כ דמה להצד כו' דאין חילוק לענין אישתמוטי כנ"ל. אבל לאביי דסבר דיש עוד טעם לחיוב שבועה משום ס' מלוה כו'. ולענין זה ע"כ יש חילוק בין כופר בעדים או לא דהא חייב שבועה בפקדון וכופר בפקדון פסול לעדות וע"כ החילוק כמ"ש תוס' בין כפר בעדים. וא"כ שוב אין ללמוד כלל חיוב שבועה גם במלוה בהעדאת עדים דמה להצד כו' שלא

הוחזק כפרן ומלבד טעמא דאישתמוטי שייך גם טעם דס' מלוה ישינה משא"כ בעדים דאין תולין בס' מלוה כיון שהוחזק כפרן ולא שייך רק טעם דאישתמוטי לחוד ומנ"ל דבשביל זה לחוד חייב רחמנא שבועה. ולא שייך הדחי' מדכופר במלוה כשר לעדות דאין ראי' דאישתמוטי באמת אין חילוק ומוקמינן לי' אחזקת כשרות משא"כ ללמוד חיוב שבועה י"ל דוקא משום ס' מלוה כנ"ל. ולא מצי למילף כלל לאביי דשייך פירכת הש"ס. משא"כ לדידן דקי"ל כרבה כנ"ל. אך הרי"ף ז"ל פוסק כאביי ולטעמי' אזיל דפ' בכל דוכתי כאביי נגד רבה כבתראי והרא"ש חולק עליו ע"ש פ"ק דב"מ:

עוד י"ל קצת דרך פלפול דהנה בש"ס פריך אר"ח מה להצד כו' שאין בתורת הזמה כו' ור"ח תורת הזמה לא פריך כו'. ולכאורה אינו מובן כלל הפירכא דתורת הזמה כמ"ש תוס' דהא מה דעד א' אינו משלם בהזמה אינו משום מעליותא דידי' רק משום גריעותא כיון דלא מהימן לחייב ממילא איך ישלם כשהוזם ומה פירכא הוא זו. ותוס' כתבו באמת דמשום הכי לא חשיב לר"ח פירכא. אך קשה על הש"ס איך חשיב לי'. גם לשון הש"ס ור"ח תורת הזמה לא פריך משמע כאלו הי' תלוי בפלוגתא וי"ל למ"ש לעיל דהא מה"ת כל עדות בעי דו"ח וגם עשאי"ל. ונראה דעד א' לחייב שבועה ג"כ צריך דו"ח מה"ת דדוקא כל שב' מחייבין ממון כו' ואם א"י החקירות אינו ראוי להצטרף. אך לענין עשאי"ל הא במה שמעיד לחייב שבועה לא נהי' בו דין הזמה כלל ואף שאם הי' ב' הי' יכול להזימם מ"מ עכשיו שמעיד לבדו הא גם אם הי' ב' שאי אתה יכול להזימם לא הי' מועיל לממון ולמה יועיל א' שאעי"ל לשבועה. וי"ל ב' טעמים או דכיון דקי"ל כר"נ שומעין דבריו של זה היום כו'. וא"כ עדיין ראוי להצטרף כשיבא עוד אחר ויהי' שייך בו דין הזמה וכיון דמשכחת באיזה אופן הזמה יכול להזימו קרינן בי' כמ"ש תוס' סנהדרין פ"א וכמ"ש לעיל. אך לרבנן לא שייך טעם הנ"ל דאינו ראוי להצטרף בעדות זה כלל ולעולם לא יהי' בו הזמה. ועוד דגם לר"נ קשה למאי דאמר בש"ס ב"ק כ"ד אטו מי ידעינן דאתו ומייעדו לי' אנן לחיובי פלגא נזקא קאתינא ולא שייך הזמה רק היכא דמרמזו רמוזי וכה"ג. וכל זה לא שייך בעד א' ועדות זה לא יוכל להזימו לעולם דאף שיבא עוד א' אח"כ ויוזמו יוכל לומר מי ידענא דאתי אנא לחייב שבועה קאתינא. וא"ל דא"כ לא יחייב שבועה כלל ושוב יכול להזימו דלא יהי' שייך לחייב שבועה באתי ז"א דמ"מ עכשיו דהדין הוא דמחייב שבועה לא יועיל כנ"ל. ובפלוגתא דר"נ כו' דמהני לממון שומעין דבריו כו' לא קשה דהוי עשאי"ל די"ל דמכשיר עכשיו דתיקנו רבנן דכשר בממון עשאי"ל. ומה"ת דיליף לה מקרא היינו רק בקרקעות וכה"ג דלא שייך לחייב שבועה באתי ויליף רק דמצד עצמו כשר שומעין דבריו כו' ושוב עכשיו כשר מדרבנן בכל גווני כו'. אבל מה"ת

לשבועה לא משכחת בי' הזמה כלל ולמה מהני. אך הטעם כמ"ש תוס' ריש מכות אהא דעדות בן גרושה דכיון דלא שייך בי' הזמה לעולם לא קאי עליו כאשר זמם כלל ולא בעינן בי' יכול להזימו ע"ש. וכן כאן בעד א' דאמרה תורה עד שקר העד כו' דהיינו ב' דמהכא ילפינן פ"ק דמכות דאין זוממין עד שיוזמו שניהם כו' ע"ש. וא"כ לא קאי אחד כאשר זמם כלל וכיון שחייבה תורה שבועה בחד שפיר לא בעינן יכול להזימו לענין זה וכמו עדות דבן גרושה כנ"ל. אבל ב' עדים שמעידין לממון וא"י החקירות וכה"ג שאאי"ל ודאי דאף שבועה אין מחייבין מה"ת כיון דקאי עלייהו כאשר זמם וא"א בהזמה הוי עדות, כיון כשאר פסולי עדות שאין מועילין כלום. וא"כ משכחת לה שעד א' טוב יותר מב' כשמעידין ביחד. וא"כ מיושב הפירכא דש"ס מה להצד כו' שאינן בתורת הזמה והיינו כיון דלעולם לית בהו הזמה ואעפ"כ כשר אף שאאי"ל. משא"כ עדים שישנן בתורת הזמה וממילא אם אי"ל פסול לגמרי והוי שפיר גריעותא דעדים כנ"ל. אך י"ל דאין זה פירכא דהא הק"ו הוא עדים שמחייבין אותו קנס ובעדים כשרים קיימינן דמהני עדותם לקנס ויכול להזימם ובאותן עדים ליכא גריעותא ואין זה פירכא במה שיש פסולין דמ"מ עדים כשרים ילפינן שפיר דעדיפי מפיו ועד א' וילפינן שפיר דכשרים שיכולין להזימם מעידים על מקצת מחייבין שבועה על השאר מק"ו כנ"ל:

אמנם גם לענין ממון כשמעידים על ק' ואין יכולין להזימם רק על נ' היינו שלא ישלמו בהזמה רק נ' גם הם אין מחייבין רק נ' דהזמה במקצת לא מהני על השאר. וא"כ עדיין שייך הפירכא דהא על הנ' אחרים שנחייבו שבועה ע"י עדותם ע"ז לא יהי' דין הזמה דלא ישלמו כיון שלא חייבו רק שבועה וממילא לא עדיף מאם הי' מעידים על כל הק' דאם לא הי' יכול להזימן לא הי' מועיל עדותם וממילא איך יחייבו שבועה. ואף שעל הנ' שמעידים יכול להזימו מ"מ על השאר דלא שייך הזמה לא יועיל דכיון שישנן בתורת הזמה וקאי עלייהו כאשר זמם ואינו מועיל כשאי"ל ממילא על השאר לחייב שבועה שאי"ל לא מהני. ופריך שפיר דפיו ועד א' שאין בתורת הזמה דאף שאי"ל מהני לכך מחייב שבועה. משא"כ עדים דישנן כו' י"ל דלא עדיף לשבועה ממה שמעעדין כנ"ל. אך י"ל דגם בעד א' היכא שמשלם ע"י שייך בי' דין הזמה כגון שאומר א"י קודם שבא העד או בנסכא דר"א. והא דעד שיוזמו שניהם דוקא כשמעידים ב' ילפינן מעד שקר. אבל עד א' היכא שמחייב ממון שפיר שייך בי' דין הזמה וכן משמע קצת בתוס' כאן וכמו בקרבן שבועה דאמר הכל מודים בעד א' דר"א ע"ש ושבועות ל"ב). וא"כ שוב מוכח מדמחייב עד א' שבועה אף דלשבועה לית בי' דין הזמה וע"כ חייבה תורה שבועה בעד א' אף שאי"ל ולא צריך יכול להזימו ומוכח דגם עדים מחייבין אף דלשבועה לא יכול להזימם

ששייך הק"ו ג"כ מה עד א' שאינו מחייב ממון אף שיהי' יכול להזימו אם יחייב מ"מ מחייב שבועה אף שא"י להזימו לענין שבועה עדים שמחייבין ממון כשיכול להזימם אין דין שמחייבין שבועה אף שא"י להזימם כנ"ל:

והנה תוס' כתבו דאף דקי"ל חשיד אממון לא חשיד אשבועה וא"צ לק"ו דר"ח מ"מ משמיענו גם מק"ו ע"ש ד"ה אבל כו'. וא"כ י"ל כר"ח מב' טעמים או מק"ו כר"ח או משום דקי"ל לא חשיד כו' ובלא הק"ו חייב כנ"ל ילפינן מק"ו אף שאאי"ל מהני כנ"ל. והנה מסברא נראה דכיון דבב' עדים צריך יכול להזימו א"כ נהי דלשבועה לא בעי יכול להזימו וכיון דעל נ' שמעידים הוי יכול להזימם שוב חייב שבועה על השאר וכמו בכל מקום בעד א' דמחייב שבועה אף שאינו י"ל. מ"מ בחשיד או שאומר א"י דהדין הוא מתוך שאי"ל משלם מחמת העדאת עדים שעל הנ' שוב לממון י"ל דבעי יכול להזימם דלא עדיף ממה שמעידים וכיון שלא ישלמו בהזמה לא מהני לחייב ממון. אך ז"א דממ"נ היכא דהוי מתוך ומחייבין לשלם כל הק' במה שמעידים על נ' שפיר ישלמו בהזמה ק' והוי יכול להזימם על כל הק' ומהני. אמנם בחשיד דהדין שכנגדו נשבע ונוטל דלא ישלמו בהזמה כלל דשייך מי יימר דמשתבע כדאמר פ' שה"ע לענין קרבן שבועה א"כ לא יתחייבו בהזמה על נ' האחרים וממילא לא יטול אף בשבועה דלא מהני עדות' נגד השאר כנ"ל ואף דבעד א' הדין דנשבע ונוטל י"ל משים דלא קאי עלי' כאשר זמם כנ"ל משא"כ בב' וא"כ אין הדין כלל דנשבע ונוטל. אך אי ילפינן מק"ו כר"ח א"כ כמו שעד א' אף שאינו קם לממון מ"מ כיון שמחייב שבועה ממילא משלם כשחשיד ולא אמרינן דעכשיו הוי ממון. כמו כן בעדים כיון שלענין שבועה שוב ממילא הדין כשהוא חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל כיון דעכ"פ שבועה ודאי חייב דאף שאאי"ל מהני מק"ו דעד א' כנ"ל. וא"כ מיושב הנ"ל דלא מספקא לי' כלל לר"ז אי הלכה כר' דעדים מחייבין שבועה רק מספקא לי' אי משום הק"ו דר"ח או משום דקי"ל לא חשיד כו' ולא ילפינן כלל מק"ו. ובזה מיושב לשון ר"ז דתמוה לכאורה דקאמר אם איתא לדר"ח משתבע והא גזלן הוא א"ל שכנגדו קאמינא ע"ש. והא אין זה עיקר הדין הי' לו לומר א"א לדר"ח משלם הרועה דזה מה שתליא בדר"ח דאל"ה פטור. ומדבריו משמע דאי ליתא לדר"ח לא משתבע שכנגדו ונוטל בלא שבועה הא אדרבה שאינו נוטל כלל. ולמ"ש א"ש למ"ש תוס' לחד תירוצא דמה"ת הוי משאיל"מ ונוטל בלא שבועה רק מדרבנן תיקנו שישבע שכנגדו ע"ש. וא"כ למ"ש דאם הדין דנשבע ונוטל לא יטול כלל דהוי עשאאי"ל משום מי יימר דמשתבע א"כ שוב נראה דנוטל בלא שבועה דהא לא תיקנו נגד הד"ת להפסיד התובע רק שישבע וכאן אם יהי' הדין דישבע לא יטול כלל אף בשבועה ושוב נשאר אדאורייתא

דנוטל בלא שבועה ומהני עדותם שפיר כנ"ל. וקאמר שפיר א"א לדר"ח משתבע היינו אי ילפינן העדאת עדים מק"ו ואף אם הדין נשבע ונוטל חייב שפיר משתבע שכנגדו משא"כ אם הי' חייב העדאת עדים משום דלא חשוד כנ"ל הי' נוטל בלא שבועה כיון דמדינא הוי משאיל"מ כנ"ל:

עוד י"ל דהנה בש"ס מוקי להא דאבוה דר"א כר"ג דט"ח והל"ב חייב. וקשה באמת מה מספקא לי' לר"ז דאין סברא לומר דסבר כר"ג. וי"ל למ"ש תוס' ב"ק סוף פ' המניח דע"כ הא דרב"נ דפטור אף מדמי שעורין הוא מסברא דהודה או מחל לו דא"ל דדייק מדפטור משבועה דדלמא דוקא משבועה מיעטי' קרא דהא איכא מ"ד דטחו"ש והודה בא' ג"כ פטור משבועה אף דודאי חייב בשעורין וע"כ דמסברא פוטרו משעורין ע"ש. והנה לכאורה קשה להיפוך כיון דפטור מסברא משעורין דהודה או מחל א"כ למה קרא לפוטרו משבועה הא אין כאן הודאה כלל כיון שפטור לגמרי דהא ודאי אם תובעו ק' והלה מודה לויתי נ' אבל מחלת לי דאין כאן הודאה במקצת וא"כ מודה שעורין שאנו יודעין שמחל לו השעורין א"כ הוי כמשיב לויתי ממך שעורין אבל מחלתם לי. ואיך ס"ד שיהי' נקרא מודה במקצת. ולפי' מהרש"ל ז"ל וביש"ש ס"פ המניח) שמפ' דהא דט"ח והל"ב פטור הראי' שמחל לו הוא מדלא חזר התובע אחר הודאתו של זה ואומר אמת שגם שעורין אתה חייב לי מוכח שמחל ע"ש. וא"כ א"ש דאין המחילה רק אחר הודאתו של זה ושפיר הי' ס"ד שחייב שבועה דבשעת הודאה הי' מודה במקצת גמור ואף שמחל אח"כ לא יפטר משבועה שנתחייב כבר וצריך קרא למעוטי' משבועה כנ"ל. אך דעת הפוסקים אינו כן רק דאף שבאמת חוזר התובע ואומר גם שעורין מ"מ פטור כשאינו כמערים ע"ש. וא"כ ע"כ המחילה והודאה הוא בשעה שתבעו חטין ולא שעורין וא"כ בשעה שמודה שעורין כבר אינו חייב ולא הוי מודה במקצת כלל ולא צריך קרא למעוטי. וא"כ מה צריך הש"ס לאוקמי אבוה דר"א כר"ג הא שפיר מצי סבר כרבנן רק דלא צריך קרא למעוטי כיון דע"כ מסברא פטור מדמי שעורין כנ"ל:

אמנם י"ל למאי דקי"ל בתפס התובע שעורין אין מוציאין כשהי' תפוס קודם שעמד בדין כמבואר סי' פ"ח והטעם דיכול לומר בשביל שהי' תפוס ועומד לא תבעו שעורין ואין הוכחה שמחל לו ע"ש. וא"כ צריך קרא למעוטי משבועה כה"ג כשתפס דשפיר מיחייב בשעורין ואעפ"כ פטרי' קרא משבועה דמ"מ אין ההודאה ממין הטענה כנ"ל:

אמנם הא כה"ג בל"ז פטור דהילך הוא דתפיסה אח"כ לא מהני רק תפוס מקודם כמבואר בש"ע שם וא"כ פטור משום הילך אך עכשיו לר"ח קיימינן דהילך חייב וא"כ שפיר צריך קרא כה"ג בתפוס. ואמר שפיר אליבא דר"ח דסבר הילך חייב דקרא אתי למודה

ממין הטענה. ואבוה דר"א מוקי לי' כר"ג היינו ג"כ אליבא דר"ח דלא בעי למימר דפליג אברייתא גם בהא דהילך וא"כ סבר גם אבוה דר"א דהילך חייב וע"כ אמר דסבר לה כר"ג דט"ח והל"ב חייב. אבל לדידן דקי"ל כר' ששת דהילך פטור א"צ כלל לאוקמי לאבוה דר"א כר"ג רק דסבר שפיר כרבנן ולא צריך קרא למעוטי כיון דפטור משעורין ובתפוס הוי הילך וע"כ אתי למעוטי העדאת עדים כנ"ל ומספקא לי' שפיר לר"ז בטעמא דאבוה דר"א אי סבר כר"ג או משום דלא צריך קרא לדידן כנ"ל. ומדוקדק לשון הש"ס אם איתא לדר"ח קמייתא כו' והיינו לא כבתרייתא בהא דהילך וכיון דקי"ל הילך פטור שפיר מספקא לי' כנ"ל. וא"כ גם לדידן לכאורה אין ראי' דהלכה כר"ח כנ"ל. כיון דקי"ל הילך פטור:

אמנם למאי דמבואר בש"ע סי' פ"ח באומר אח"כ אמת גם שעורין יש לי בידך רק אין בדעתי לתבעם עתה לא הוי מחילה וחייב בשעורין ע"ש ואעפ"כ משבועה פטור דהא קדמה הודאה לתביעה כמ"ש ר' האי גאון והרמב"ן ז"ל. והנה הא דהוי קדמה הודאה כו' היינו עכשיו דמיעט קרא דבעי הודאה ממין הטענה וא"כ על אותה הודאה לא נתחייב שבועה שלא היתה ממין הטענה ואף שתובעו עכשיו ע"ז קדמה ההודאה ופטור. אבל אי הוי אמרינן דאף הודאה שלא ממין הטענה חשוב הודאה א"כ בכה"ג שפיר הי' חייב שבועה דהא רואין שבאמת לא מחל לו וחייב בשעורין וחייב גם שבועה דהא קדמה התביעה דחטין להודאתו דשעורין וזה חשוב הודאה לחייב שבועה כנ"ל. וא"כ שפיר איצטרך קרא למעוטי הודאה שלא ממין הטענה כה"ג. וצריך לאוקמי אבוה דר"א כר"ג:

והש"ך ז"ל סס"י פ"ח כ' דר' האי גאון מוקי לפלוגתא דראב"י ורבנן בהא דקדמה הודאה לתביעה אי חייב או לא ופסק כחכמים ע"ש. וא"כ י"ל דמספקא לי' אי הלכה כראב"י וכמ"ש באמת כמה פוסקים ע"ש וא"כ חייב בקדמה הודאה וא"א לאוקמי קרא למעוטי כה"ג דבאמת חייב כמו טחו"ש והודה לו באחד וא"כ שוב אין הלכה כר"ח או כרבנן והלכה כר"ח כנ"ל. ולכך לדידן דקי"ל כחכמים ודייק לה מש"ס ע"ש שפיר הלכה כר"ח ולכך מוקי לה הש"ס לאבוה דר"א כר"ג דלרבנן צריך קרא כנ"ל:

ועיין בש"ס סוף פ' כל הנשבעין דייק הגמ' דאמר ר"נ אם איתא לדרב ושמואל איתא כו' מדקאמר אם איתא אלמא מספקא לי' כו'. ואף דאמר גם אם ליתא מ"מ בתוס' פ' השואל צ"ח ע"א למד הר"י ז"ל דלא דייק מאי ליתא רק מלשון אם איתא ע"ש. ומבואר דמלשון אם איתא מוכח דמספקא לי'. וא"כ גם כאן מוכח כהרא"ש ז"ל דעכ"פ מספקא לי' לר"ז אי הלכה כר"ח. ויש לדחות קצת. ובתוס' שבועות מ"ו משמע דר"י בר ברוך ס"ל דאין הלכה כר"ח ודחה הראי' מהא דט"ח והל"ב משום די"ל דפרכינן תורת הזמה לדידן כמו

ר"י בירושלמי דפליג אר"ח ע"ש. ובלח"מ (פ"ד מה' טוען) תמה על הרמב"ם שכתב זה בשם הסכמת הגאונים דהלכה כר"ח והא מבואר כן בש"ס כיון דקי"ל ט"ח והל"ב פטור ע"ש. ואישתמיט לי' דברי תוס' הנ"ל שדחו ראי' זו. אך מ"מ נראה דגם הר"י בר ברוך אינו חולק על הדין דהלכה כר"ח רק שדחה הראי'. ובאמת דחייתו תמוה לע"ד כמ"ש לעיל דהא בש"ס פריך מברייתא דאבוה דר"א על ר"ח ומשני ר"ח תנא ופליג. וא"כ בהא דלא פרכינן תורת הזמה ע"כ ברייתא דאבוה דר"א סבר ג"כ דלא פרכינן. דאל"ה לא צריך קרא למעוטי. וא"כ איך אפשר לחלוק אברייתא הנ"ל כיון שגם ר"ח סבר כן. שוב נראה לי לישב למ"ש תוס' ב"מ מ"א ע"ב ד"ה קרנא כו' דפירכא דמה לש"ח שמשלם בטוען טענת גנב הוי כפירכא דתורת הזמה דמחמת קולא הוא ע"ש וא"כ כ' ר"י ב"ב שפיר דר"י לטעמי' פריך תורת הזמה דגם שם חשוב לי' פירכא ולא קשה מר"ח ובריייתא דאבוה דר"א דגם בהא דשליחות יד פליג אתנא וסבר כברייתא דהכונס כמ"ש תוס' שם ע"ש:

(ז) **ועדים מעידים** כו'. לכאורה עכשיו דלאו מומחין אנן ומה"ת הוי כהעידו חוץ לב"ד רק מדרבנן משום נ"ד. וא"כ אין כאן שבועת התורה דאף שיש לנו דין ב"ד מדרבנן כאלו היו מומחין מ"מ הא על עדות זה שהעידו בפנינו גם מומחין לא היו מחייבין שבועה כלל מה"ת שאינו עדות המועיל מה"ת. וא"כ על השאר א"א לנו לחייב יותר מאלו הי' לפני מומחין. וא"כ לא יהי' שייך דיו מתוך שאיל"מ כיון שאינו חייב שבועה מה"ת כלל כנ"ל. דבשלמא בכל חיוב שבועה אף שג"כ אין לנו דין ב"ד לחייבו כלל שבועה מה"ת. מ"מ אמרינן שפיר מתוך דמ"מ הא יודעין עכ"פ שחייב שבועה מה"ת לפני מומחין רק שאין אנו ב"ד ממילא מדרבנן פוסקין הדין כמו מומחין דהוי מחוי"ש שאיל"מ דב"ד אנן משום נ"ד ובאמת הוא חייב לשלם. משא"כ בהעדאת עדים דבאמת הדין מה"ת שאינו חייב שבועה כלל ע"י העדות שהעידו בפנינו. ונהי דמהני העדות מדרבנן עכ"פ אינו חייב שבועה מה"ת ולא יהי' שייך מתוך. ואף דלכאורה גם במודה במקצת קשה הא הודאה חוץ לב"ד, לא מהני וא"כ אין כאן חיוב שבועה מה"ת. דז"א דאף הודאה בפני עדים היכא דהוי הודאה גמורה דלא שייך השטאה כו' מהני. וא"כ כיון שיש לנו דין ב"ד מדרבנן ולא שייך השטאה והשבעה. שוב מהני מה"ת הודאה זו כמו בב"ד מומחין וחייב שבועה דעכ"פ יודעין אנו שחייב. אבל העדאת עדים כיון שאינו מועיל מה"ת כלל עדותם בפנינו וא"י שחייב כלל אותו המקצת פטור מה"ת משבועה כנ"ל. וא"ל דכה"ג דעיקר השבוע' מה"ת אף שלא היו מחייבין אותו מה"ת מ"מ אמרינן בי' מתוך ודוקא כשגוף השבועה היא דרבנן מקרי תקנתא לתקנתא כו'. דז"א דהא בתוס' דייקי ריש ב"מ ופ"ב דכתובות דאי. הוי אמרינן מה"ת מיגו. דחשוד כו' רק מדרבנן לא חשוד איך אמר בנסכא דר"א

מתוך הא בשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך ע"ש. ומבואר דאף דגוף השבועה מה"ת מ"מ כיון שלא היו מחייבין אותו שבועה מה"ת לא שייך מתוך כנ"ל:

וצ"ל דהי' התקנת חכמים שיהי' לנו דין ב"ד כאלו הי' כל הדין לפני ב"ד מומחין ממש ולא יהי' חילוק וכיון שאם הי' הדין לפני מומחין הי' עדות המועיל וחיוב שבועה מה"ת והי' שייך מתוך. דנין גם אנחנו כן כנ"ל ואף דצריך ב' תקנות שיתחייב חדא שיועיל העדות וחדא אף שמועיל וחייב שבועה שיהי' מתוך בחשוד וכה"ג. מ"מ בתקנה זו שיהי' לנו דין ב"ד הי' התקנה בזה שיהי' לגמרי הדין כמו בפני מומחין כנ"ל. וכן צ"ל בכמה דברים בעדי גטין וכה"ג דנימא ג"כ שאין הקבלת עדות מועיל מה"ת. אך י"ל דגם עדות הקדושין אינו מועיל בפנינו רק מדרבנן. עוד נראה דהא כיון דחזינן דאמר בש"ס פרק שה"ע הכל מודים בעד מיתה כו' דאף שלא מהני עדותו רק מדרבנן מ"מ חייב קרבן שבועה מה"ת ע"ש. וא"כ נהי דכ' ועמדו כו' לפני ה' דחוק לב"ד אין מועיל קבלת עדות היינו דפסלה תורה שלא יועיל כלל וממילא לא מקרי עדות שקר כלל וא"א לסמוך על עדותם. אבל כשתקנו חכמים שיש לנו דין ב"ד עכ"פ מדרבנן שוב כשמעידין שקר ודאי דעוברין מה"ת אלא תענה כו' דלא גרע מעד מיתה כנ"ל וממילא הוי עדות כשר מה"ת לסמוך עליו. ואף ב"ד מומחין יכולין לסמוך מה"ת על עדות זה שהעידו בפנינו כיון שהי' כשר מדרבנן כנ"ל. וממילא חייב שבוע' מה"ת ושייך מתוך כנ"ל. ואינו מוכרח דהא ראבי' פוסק דלא בעי עמידה מה"ט עכשיו דלפני ה' כתיב ע"ש. ויש' לדחות:

אמנם לכאורה כשהעדים א"י החקירות דמה"ת אף ד"מ בדו"ח ולא מהני עדותם כלל מה"ת רק מדרבנן דלא בעי דו"ח וא"כ ודאי דאינו חייב שבועה מה"ת מדר"ח קמייתא דהא אין כאן עדים כלל כמו פסולין ורק מדרבנן ולא יהי' שייך מתוך כמו בשבועה דרבנן. ולא מיבעי' לדעת מהרש"ל ז"ל (פ' הכונס) דבדינא דגרמי וכה"ג שאינו חייב ממון רק מדרבנן ליכא שבועת התורה ודאי קשה כנ"ל. רק אפילו להחולקים. וכן מבואר ברמב"ם (פ' ט"ז מה' אישות) גבי בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה דאף דקי"ל כתובה דרבנן מ"מ חייב שבועת התורה ע"ש. היינו משום דכיון דהפקר ב"ד הפקר א"כ נעשה החיוב דרבנן חיוב דאוריית' דהא מחויב מה"ת לשלם מה שתקנו חכמים כנ"ל. אבל כאן בהעדאת עדים כיון שמה"ת אינו מועיל העדות וא"כ אין אנו יודעין שחייב ונהי דהפקר ב"ד הי' הפקר והיינו דמחויב מה"ת לשלם אף שאינו חייב אבל עכ"פ חיוב שבועה אין כאן דהא א"י כלל אם לוה מעולם גם הנ' שמעידים ואף שנתחייב עכשיו הוי כנתחייב עכשיו לפנינו בדבר שאינו חייב דלא הי' מחויב שבועה ע"י זה. ולא עדיף ממחויב במקצת מתוך טענתו כנ"ל. ואף שהר"ן ז"ל (פ' שה"ד) כ' גם בנ' דחבלה דחשוב

העדאת עדים ואף דאינו אלא תקנת חכמים שיהי' נשבע ונוטל מ"מ חייב שבועה מה"ת ע"ש. לטעמי' אזיל דגם מחויב מתוך טענתו מקרי מודה במקצת וכיון שתקנו דנשבע ונוטל עכ"פ הוי מחויב מתוך טענתו. משא"כ לדידן מחויב כו' לא מיחייב שבועה רק העדאת עדים דוקא. ועדים אין כאן מדאורייתא כנ"ל:

והי' מיושב בזה קושית תוס' שבועות מ"ו נגזל כיצד כו' למשכנו כו'. שתמהו בתוס' למה לי תקנת נגזל הא חייב שבועה מדר"ח קמייתא וכיון שחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ורצו להוכיח מזה דאין הלכה כר"ח ע"ש ולמ"ש מיושב דהא הרמב"ם ז"ל ה"ע (פ"ג) פסק כשאין העדים יודעין אם חבית יין או שמן הוי א"י החקירות ובטלה עדותן מה"ת דכיון דהוי מגוף העדות אף שאין הזמה תלוי' בו הוי חקירות ע"ש. וא"כ בהא דנגזל כיון שאין יודעין מה משכנו א"כ א"י החקירות ושוב בטל עדותן לגמרי מה"ת ואינו חיוב כלל אף הפחות ע"פ עדותם. רק מדרבנן דלא בעי דו"ח וא"כ אין השבועה רק מדרבנן ולא הי' שייך שכנגדו נשבע ונוטל אף דחשוד דהוי תקנתא לתקנתא כו' וצריך שפיר תקנת נגזל כנ"ל דמשום העדאת עדים הי' פטור כנ"ל:

אך לא אישתמיט חד מהפוסקים דנימא בהעדאת עדים דר"ח שיצטרכו העדים דו"ח לענין שיתחייב שבועת התורה. ומשמע דעדות המועיל בכל דוכתי בממון מהני גם בזה כנ"ל. וי"ל דהא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן היינו דוקא כשב' התקנות לענין שבועה. דהא לכאורה תמוה למה לא אמר בשבועה דרבנן מתוך הא דינא דמתוך לאו תקנתא הוא רק מה"ת מקרא דשבועת ה' כו'. ובשלמא בחשוד אינו אלא תקנה כמ"ש תוס' (ב"מ ה') כיון שהוא רוצה לישבע משא"כ באומר א"י וכה"ג. ועוד דגם בחשוד לחד תירוצא בתוס' שייך מתוך מה"ת רק התקנה הי' שישבע שכנגדו משום לא שבקת חיי ע"ש. וע"כ צ"ל הפי' בש"ס דנהי דתקנו חכמים שבועה בכ"ה לא תיקנו רק כשיכול לישבע אבל כשאינו יכול שישלם ע"ז לא הי' התקנה כלל. דעיקר התקנה לא הי' רק לישבע כשיכול רק דהי' להם לתקן עוד כשא"י שישלם ע"ז אמר דתקנתא לתקנתא לא עבדינן:

וא"כ בשאר תקנה שלא הי' לענין שבועה כלל כמו בעדות שאאי"ל שתקנו דמועיל וזה הי' התקנה לחייב ממון בעדות זה. א"כ נהי דמועיל רק מדרבנן מ"מ שייך בי' מתוך דהא לא הוי תקנתא לתקנתא כלל דממילא הוי משאיל"מ דזה דאורייתא ואין כאן רק תקנה א' שיועיל עדות כזה ככל עדות מה"ת לכל הדברים וכמו עדות המועיל מה"ת שייך ביה מתוך מה"ת על השאר כן בעדות זה מדרבנן כנ"ל. אך בחשוד לחד תירוצא בתוס' דאינה רק תקנה שישלם. וא"כ בעדות שאאי"ל שפיר הוי ב' תקנות כיון שגם אם הי' עדות מה"ת לא הי' מחויב לשלם רק מדרבנן וי"ל כנ"ל כיון שאין התקנה לענין שבועה רק

כולל בכל עדות י"ל דבכה"ג עבדינן ב' תקנות כיון שאינו על דבר אחד. דאל"כ עשאאי"ל לפני ב"ד דידן לא יועיל דהוי תקנתא לתקנתא דמה"ת אף עשי"ל לא הי' מהני דהדיוטות אנן וגם העדות הוא תקנה. וע"כ כיון שהם שני דברים נפרדים שתקנו חכמים לא מקרי תקנתא לתקנתא אף שמזדמנים ב' התקנות יחד וכן כאן כנ"ל:

אולם לדעת מהרש"ל פ' הכונס והש"ך ז"ל סי' שפ"ו דאי דינא דגרמי דרבנן אין שבועת התורה במודה מקצת כיון דמה"ת אין כאן הודאה ע"ש. א"כ יש להסתפק גם כה"ג כיון דמ"מ מה"ת אין העדות מועיל ואין כאן חיוב כלל וממילא השבועה מדרבנן ולא עדיף מהתם כנ"ל. ויש להוכיח מהרמב"ם ז"ל שפ' במלוה ולוה ושני שטרות דחייב ש"ד מדר"ח קמייתא ע"ש פ' כ"ב מה' עדות ובטור לעיל סי' ל"א. והא רמב"ם ז"ל (פ"ג) ס"ל דעדות שבשטר אינו מועיל רק מדרבנן משום נעילת דלת ומה"ת הוי לי' מפי כתבם ע"ש. וכן הוי עשאאי"ל דיכולין לומר איחרווהו כמ"ש הרמב"ם ז"ל להדיא (פי"ט) ע"ש. וא"כ מוכח דעדות המועיל מדרבנן מחייב שבועת התורה מדר"ח כנ"ל וממילא שייך בי' מתוך שאיל"מ ג"כ כנ"ל:

בט"ז לעיל ס' ל' כ' דעדות דהלוא' אחר הלוא' נהי דמצטרף אבל אינו מחייב ש"ד מדר"ח כיון דילפינן לה מק"ו עדים שמחייבין אותו קנס כו' וכיון דלא מהני עדות שע"י צירוף בקנס לא שייך הק"ו ולא מיחייב שבועה גם כן ע"ש ומסתימת כל הפוסקים מבואר להיפוך דעדות המועיל לחייב ממון מחייב שבועה. ולכאורה למסקנא לא צריך כלל הק"ו דתוס' ד"ה אבל העדאת עדים כ' דאף דקי"ל חשוד אממון לא חשוד אשבועה מ"מ גם התנא משמיענו מק"ו ע"ש. וא"כ למאי דקי"ל לא חשוד חייב בלא הק"ו כנ"ל. אך נראה הוכחה דגם לדידן צריך הק"ו ממ"ש תוס' שבועות מ"ו דטעמא דר"י בירושלמי דפליג אר"ח משום דפריך תורת הזמה ע"ש. והא ר"י סבר דחשוד אממון לא חשוד אשבועה פ"ק דב"מ ומוכח דגם לדידי' צריך הק"ו גם למסקנא. והיינו משום דנהי דהיכא דחייבה תורה שבועה אמרינן דלמא לא חשוד ואין לפוטרו. אבל דנימא מסבר' דחייב אין ראי' דדלמא לא חייבה תורה כלל שבועה בכה"ג שכ"ה ולא שייך אישתמוטי כיון דעכ"פ יש סברא לחלק בין הודאת פיו וצריך שפיר להק"ו כנ"ל:

ולכאורה דבריו תמוהים דלמה לא יועיל בקנס הלוא' אחר הלואה כמו בממון. וי"ל דסבר כיון דכ' הפ' דלא מיחייב בקנס אפילו לציי"ש בלא עדים וע"כ דהא דכ' אשר ירשיעון אלקים היינו דלא מיחייב על המעשה כלל כשא"א לב"ד לחייבו וא"כ אין העד מעיד על חיוב כלל דהא לא נתחייב וכמו בקדושין בלא עדים. אך א"כ בעד מעיד שהי' ב' עדים שוב שפיר מצטרף בקנס ושייך הק"ו. ועוד דמה שאינו מחייב אינו גריעותא דנאמנות

דידי' רק שאין כאן חיוב אף שנאמן כנ"ל. ויש ליישב קצת למ"ש תוס' מכות ו' ע"ב ד"ה בדיני נפשות שהקשה הרא"מ נילף ממשפט א' ותירץ דע"כ קרא לאו לממון אתי דהא עד א' קם לשבועה. וא"כ בקנס דאין נשבעין י"ל דילפינן ממשפט א' מדיני נפשות דלא הי' מהני עדות מיוחדת. אך ז"א דא"כ גם בקרקעות ושטרות לא יועיל. וע"כ דעכשיו דלא איירי קרא בממון שוב מקשינן ממון להדדי ולא מקשינן לד"נ. ואדרבה מש"ס שם משמע לא יומתו כו' דוקא בד"נ פסילי אבל בד"מ כשר ע"ש. ודיוק זה עצמו שייך גם אקנס דעכ"פ אינו דיני נפשות כנ"ל. ועוד דלמסקנא הק"ו מעד אחד כמבואר בש"ס וא"כ גם על עדות שבצירוף שייך הק"ו מה עד אחד שאינו מחייב ממון כו' עדי צירוף שמחייבין ממון כ"ש שמחייבין שבועה. ולכן נכון כמ"ש הש"ך שם דגם עדי צירוף מחייבין שבועה מדר"ח קמייתא. ומהטור אין ראי' כ"כ ע"ש:

(ח) **מעידים שחייב** כו'. נראה דעדים מעידים שהוד' בפניהם על נ' בהודאה המועלת ג"כ מחייבין שבועה מדר"ח. וכן מבואר להדיא בת' הרא"ש כלל צ"ד הובא ב"י לעיל סי' ל' דאפילו עדות מיוחדת הודאה אחר הודאה חייב שבועה מדר"ח קמייתא ע"ש ולכאורה מצד הודאת פיו אין לחייבו שבועה דיודעין אנו ע"י העדים שהודה והוי כהודה בפנינו שיתחייב שבועה על ההודאה ז"א דהא אותה הודאה הי' קדמה לתביעה והודאה כזו אף לפני ב"ד אינו מחייב שבועה. וע"כ משום העדאת עדים דר"ח נחייבו דיודעים העדים שחייב מחצה ע"י הודאתו. והא בזה לא שייך הק"ו דר"ח עדים שמחייבין קנס כו' דהא לא מחייבי קנס רק עדים שראו מעשה. אבל עדי הודאה אף דהודאה בקנס חוץ לב"ד אינה פוטרת אבל אינה מחייבת ג"כ כמ"ש הרמב"ן ז"ל וראב"ד ועיין ד"מ סי' א' וש"ך י"ד ה' עבדים. והוכיח מש"ס מרובה ר"ג חוץ לב"ד אודי ואעפ"כ אמר שאין לך עדים ע"ש. וא"כ אין ק"ו דעדי הודאה יחייבו שבועה ובל"ז לא שייך כלל לומר דעדים כאלו עדיפי מהודאת פיו דהא ודאי כשמודה בב"ד דאנן סהדי שהודה אלים יותר ממה שהודה בפני העדים כנ"ל. אך י"ל למסקנא ילפינן ק"ו מעד א' ושייך גם על עדי הודאה הק"ו מעד אחד שאינו מחייב ממון מחייב שבועה אף במעיד על הודאה כדקי"ל לקמן ס' פ"א כרמב"ן ואף לבעה"מ עכ"פ בעד מעיד שהודה בפני ב' מחייב שבועה ע"ש. עדי הודאה שמחייבין ממון כו' כ"ש שמחייבין שבועה כנ"ל. ומוכח מזה ג"כ דלא כט"ז הנ"ל בס"ק הקודם. ואף דודאי בלישנא דר"ח בש"ס לא נכלל כה"ג כיון דאמר שלא תהא הודאת פיו גדולה מעדים כו' ע"כ איירי בעדי חיוב דאלימי מפיו משא"כ עדים שהודה דגריעי באמת מפיו מ"מ למסקנא שפיר גם בזה חייב כיון דגם זה נקרא עדות דידיעה בלא ראי' כדאמר פ' שה"ע ע"ש. אמנם זה כשמכחיש לעדים שלא הודה בפניהם. אבל במודה

שהודה בפניהם רק טוען משטה או שלא להשביע. אף דהדין דלא מהימן כיון שאמר אתם עדי. מ"מ י"ל דלא מקרי רק מחויב במקצת מתוך טענתו כיון דאין העדות בבירור ואינו מכחיש רק טוען טענה שאינו נאמן בדבריו ולא מיחייב שבועה למאי שפ' הש"ע כרמב"ם ז"ל דמחויב מתוך טענתו לא מקרי העדאת עדים ופטור כנ"ל. ואף דהא גם מודה מקצת בב"ד יכיל לומר אח"כ משטה וכה"ג ואף שאינו נאמן יהי' נקרא רק מחויב מתוך טענתו. ז"א כיון שכבר נתחייב שבועה מיד על ההודאה. ממילא כיון שאינו נאמן אח"כ משטה נשאר החיוב שבועה על ההודאה כמו שהוא כנ"ל משא"כ בעדי הודאה כיון שכופר שאין כאן עדות כלל. ממילא לא הי' כלל עדות ברורה לחייבו שבועה כנ"ל. ואינו מוכרח. ויש להסתפק קצת כה"ג כנ"ל:

(ט) **אבל אם כתבו שטר או שיש כאן קנין כו' אין עדים מחייבין אותו שבועה דשטר הוי כהילך ויש חולקין.** והסמ"ע פי' דמחלוקתן הוא בשטר שיעבוד קרקעות. והש"ך ז"ל כ' דהיכא דהוי ש"ק לכ"ע פטור או משום דאין נשבעין על ש"ק או דהקרקע חשוב הילך. רק הרמ"א איירי בלית לי' קרקע או מחל. ואף דקי"ל דשטר הוי הילך אף בל"ל קרקע היינו במודה אבל כאן בכופר משום העדאת עדים לדיעה א' פטור דמ"מ חשוב הילך והחולקין משום כיון דכופר לאו הילך הוא ע"ש. ולכאורה יש להביא ראיה לדעת החולקין דהא זה דעת הרמב"ם ז"ל פ"ד מטוען דאינו יכול לכפור הוי הילך והה"מ כ' בדעת הרמב"ם פ"ד מה' גזילה דהגוזל בעדים צריך להחזיר בעדים ואינו נאמן החזרתי ע"ש. וא"כ קשה בש"ס דעובדא בהאי רעיא ריש ב"מ דאייתי סהדי דאכל תרי מינייהו א"א לדר"ח משתבע כו'. והא אינו יכול לכפור והוי הילך ופטור כיון דאיכא סהדי דגזל וא"י לומר פרעתי. ומוכח כדעת החולקין דנהי דא"י לכפור פטור היינו כשמודה משא"כ בכופר חייב מדר"ח כנ"ל. ובזה הי' אפשר לישב לדיעה הא' תמיהת תוס' ורא"ש והגאונים ז"ל איך אמר ר"ז אי איתא לדר"ח ואביי מהדר לי' השתא דליתא לדר"ח כו' והא באמת קי"ל כר"ח ע"ש. ולהנ"ל י"ל דהא בדר"ח קתני והעדים מעידים שיש לו בידו נ' זוז וכ' ריטב"א ז"ל וש"פ דהלשון משמע שמעידים עדיין חייב לו שלא פרע וכ"כ סמ"ע לקמן ס' פ"ז. וא"כ קשה הא א"י לכפור. וע"כ צ"ל או דר"ח לטעמיה דס"ל הילך חייב שפיר חייב אף שא"י לכפור. או כסברת החולקין הנ"ל דמ"מ כיון שכופר לא הוי הילך. וא"כ מיושב שפיר תמיהת תוס' הנ"ל דאמר ר"ז אם איתא לדר"ח קמייתא משתבע היינו דמספקא אם איתא לדר"ח כמו שאמר שהעדים מעידים שלא פרע עדיין ג"כ חייב שבועה. אי טעמא דידי' דאף דהוי הילך חייב כנ"ל. וא"כ לדידן דהילך פטור דלא כבתרייתא דר"ח ממילא בגווני דאמר ר"ח פטור ולא קי"ל כוותי' רק בעדים מעידים על הלואה לחוד והוא אומר לא

לויתי דהי' יכול לכפור. וא"כ בעובדא הנ"ל דסהדי, דאכל תרי דגזלן אינו נאמן פרעתי לא משתבע כנ"ל. או טעמא דר"ח אף לדידן וכהחולקין הנ"ל דכיון שכופר לאו הילך הוא. ומדוקדק הלשון א"א לדר"ח קמיית' היינו כיון דקי"ל בהא דהילך דלא כר"ח ורק בקמייתא כנ"ל. וע"ז אמר אביי השתא דליתא לדר"ח כו'. ואדרבה מוכח כדיעה א' הנ"ל. וכן מיושב קושית תוס' שבועות מ"ו ע"א דלמה ליה תקנת נגזל הא בל"ז מיחייב מדר"ח קמייתא ע"ש, ולהנ"ל א"ש דבגזילה הי' פטור משום א"י לכפור כיון דאינו נאמן פרעתי ומה שמתחייב ע"י העדים היינו הפחות א"י לכפור וצריך לתקנת נגזל כנ"ל. אמנם דעת רוב הפוסקים דגוזל בעדים ג"כ א"צ להחזיר בעדים ועיין ש"ך סי' שס"א:

או די"ל למ"ש הר"ן שבועות (ר"פ שה"ד) דהא דר"ח דוקא שמעידי' רק על ההלואה דא"י לגבות ממשועבדי' דטענינן להו פרעתי אבל אי מעידים שלא פרע הוי לי' שיעבוד קרקעות מה"ת כיון דקי"ל שיעבודא דאורייתא כו' ע"ש וא"כ י"ל דלא אמרינן מתוך כה"ג דאין כאן שבועה מה"ת רק מדרבנן. וא"כ בגזל אי צריך להחזיר בעדים כנ"ל ולא טענינן פרעתי גם ממשעבדי גבי מה"ת. ומספקא לי' אם איתא לדר"ח כה"ג. דאף שכ' תוס' דעכשיו שתקנו חכמי' דמלוה ע"פ לא גבי מלקוחות הוי כמחל השיעבוד ע"ש. מ"מ י"ל דהא לדעת הרבה פוסקים קנין דרבנן אינו מועיל להיות מה"ת ע"ש באה"ע ס' כ"ח. וא"כ עדיין הוי מה"ת שיעבוד קרקע. וצ"ל דכאן כיון שתקנו דלא גבי שוב הוי כמטלטלין מה"ת דלא סמיך עלייהו כיון שיכול להבריחן וממילא גם קרקע אחר התקנה במלוה ע"פ כיון שיודע שלא יגבה לא שיעבד כלל מתחלה וזה שדייקו תוס' פ"ק דב"מ דהוי כמחל לו ע"ש. וממילא כאן בגזילה וכה"ג דלא שייך זה שוב י"ל דהוי עדיין מה"ת שיעבוד קרקעות ושפיר מספקא לי' כנ"ל:

(י) **וי"א דוקא ע"פ אכל אם כתבו שטר** כו'. לברר דינים אלו הנה ז"ל הב"י כ' הג"מ פ' כ"ה דוקא בעדות בע"פ ובלא קנין אבל בשטר או בקנין הוי הילך עכ"ל ואינו נראה בעיני כו' ע"ש. ודברי הג"מ אלו הם משערי ר' אלפס ע"ש. ותמוה איך דחה הב"י מסברי דנפשי'. ובגי"ת שער ז' ח"ג תמה ג"כ על הב"י דהא העדאת עדים דילפינן לה מפיו לא עדיפי מפיו ובהודאת פיו נתבאר דמודה בשטר לא מיחייב והיאך נאמר שהעדאת עדים יהי' חמור מן העיקר ויחייב כה"ג ודחה דברי הב"י ע"ש. ובאמת הב"י לטעמי' שסתם וכ' סי' פ"ח ס' כ"ט בהודה בכ"י שיש בו נאמנות דאף שא"י לכפור לא חשוב הילך אף במודה כיון שאינו שיעבוד קרקעות ע"ש. וכ"ש בכופר מטעם העדאת עדים. וא"כ למ"ש ש"ך שם דעת הרב' פו' דא"י לכפור חשוב הילך י"ל דאין חילוק בין כופר למודה. אך הש"ך דייק לה דהא מ"מ כ' ב"י סי' פ"ח דשטר הילך הוא. אף דלית לי' קרקע רק

מטלטלין ובאין לו אף מטלטלין מספקא לי' אי הוי הילך ע"ש. וא"כ למה כ' כאן ואינו נראה כו'. וע"כ דמחלק בין מודה לכופר אמנם באמת דברי ב"י שם תמוהים כיון דסבר בכ"י בנאמנות אף שא"י לכפור לא הוי הילך וכ"כ להדיא סי' פ"ח ס' כ"ט כיון שאינו טורף ממשועבדים הוי כמלוה ע"פ כו'. וא"כ בשטר שאין לו קרקע למה יהי' הילך הא לא מצי למיטרף כלום. והש"ך ז"ל שם ס"ק מ"ט הסכים לדבריו וכ' שאף שפרש"י דשטר הילך שכל קרקעותיו משועבדים היינו באינו מודה אבל במודה פסק כב"י ע"ש. ג"כ תמוה דברש"י מבואר שם שאין חילוק כלל בין מודה דמחק הגירסא שטרא כיון דקא מודי בי' הילך הוא ע"ש:

והנה מדברי ש"ך ז"ל כאן משמע דלדעת השערים והג"מ לא משכחת דר"ח קמייתא רק במעידים על ההלואה לחוד והי' יכול לכפור ולומר פרעתי רק ע"י שאומר לא לויתי מחויב אז חייב שבועה מדר"ח. אבל במעידים שלא פרע ג"כ שלא זזה ידם כו' או שהוא תוך זמנו וכה"ג לא מיחייב שבועה אף דלית לי' קרקע מטעם הילך כיון שא"י לכפור ע"ש שפי' הוכחת הב"י מר"ן פ' ש"ה שכ' דלא מיפטר בעדים מעידים שלא פרע אלא משום שיעבוד קרקעות אבל לא מטעם הילך ע"ש. ומבואר דלשערים והג"מ הנ"ל במעידים שלא פרע פטור מטעם הילך. ולע"ד הדבר תימה דא"כ למה נקטו קנין ושטר הוי להו למימר במעידים שלא פרע דממילא גם בקנין ושטר דלא מהימן פרעתי פטור. ובגי"ת שער ו' תמה על ר' האי גאון שהביא הה"מ פ"ד מטוען דביש עדים שא"י לכפור מאי דמודה הילך הוא כו' ותמה דא"כ איך מיחייב בדר"ח קמייתא הא הילך הוא ולא עדיף מפיו כיון שאם הי' מודה הי' פטור ע"ש שהניח בצ"ע. ולק"מ דשפיר בדר"ח קמייתא כשמעידים רק על ההלואה כמ"ש הר"ן פ' ש"ה לענין ש"ק. ולהש"ך ג"כ לא קשה דשאני כופר ממודה ודר"ח דוקא בכופר כנ"ל. וטעם הש"ך ז"ל בין מודה או כופר ע"כ הוא דבמודה הוי כגבוי כיון שלא הי' מועיל כפירתו משא"כ כיון שכופר באמת לא שייך לומר שיהי' כגבוי. ותמוה לי מודה במקצת דכ' רחמנא היכא משכחת לה הא לעולם אחר שהודה שוב א"י לכפור וכיון דמה שא"י לכפור חשוב כהילך וכנקיט לי' מלוה בידו. וא"כ בכל הודאה נעשה מיד אחר ההודאה כנקיט לי' מלוה וכמו שנותן לו המקצת שפטור משבועה כן יפטור בכל הודאה וע"כ דליתא דדוקא בנותן לו שגם בלא ההודאה הי' כנקיט לי' פטור משא"כ בזה שע"י ההודאה נעשה זה ובזה חייב רחמנא. וא"כ העדאת עדים דילפינן דחשוב כהודאת פיו א"כ מה בכך שמעידים שלא פרע או תוך זמנו וכה"ג דא"י לכפור הא מה שא"י לכפור נעשה עכשיו אחר שהעידו ע"י עדותם וזה ממש כהודאת פיו שנעשה ע"י ההודאה א"י לכפור ואעפ"כ חייב שבועה. ודוקא שטר

או כ"י בנאמנות שקודם הודאתו הי' א"י לכפור משא"כ כנ"ל ובקנין דהיינו שהעדים מעידים שהי' קנין דקודם שהעידו הי' יכול לכפור הכל ורק ע"י עדותם לא מצי לכפור ואיך יהי' פטור מטעם הילך כמ"ש הש"ך וגי"ת הנ"ל הא הוי ממש כהודאה דשייך ג"כ כנ"ל. עוד קשה לי אף למ"ש דהיכא שהקרקעות משועבדים לכ"ע הוי הילך וכמ"ש רש"י ז"ל ובש"ע בכמה דוכתי. וקשה ג"כ הא הודאה בב"ד קי"ל דגבו ממשעבדי כמבואר סי' ל"ט ס' ט' היכא דידוע של פרע ע"ש. וא"כ מיד כשהודה בב"ד נשתעבדו הקרקעות והוי הילך דבשלמא לפוטרו מטעם אין נשבעין על ש"ק לא שייך כיון שבשעת הודאה עדיין לא הי' ש"ק כה"ג לא מצינו למילף כלל. שאין נשבעין אבל מטעם הילך כיון דזה מהני אף בשעת הודאה דהא כשנותן אחר הודאה מיד הוי הילך. והסמ"ע סי' פ"ז כ' דאף בנותן לו שטר בפנינו על מה שמודה הוי הילך ע"ש. וא"כ בכל הודאה כן הוא ובזה י"ל דאין הודאה בב"ד הי' טורף ממשעבדי רק אחר שפסקו הב"ד שחייב ע"פ הודאתו דאז נקרא מעשה ב"ד שהי' לו קול אבל הלקוחות שקנו אחר הודאה קודם שפסקו לא הי' טריף מהם דההודאה בעצמה עדיין לית לי' קלא וא"כ לא הוי הילך קודם הפס"ד כלל. אך בהא דא"י לכפור קשה כנ"ל. והי' אפשר לומר למה דאמר בש"ס פ' מרובה והלכתא שהעידו תוך כ"ד והוזמו כו'. ופי' תוס' כיון דיכולין לחזור בהן תוך כ"ד א"כ לא נפסלו עד לאחר כ"ד ושוב עדיין אותו העדות כשר ע"ש. וא"כ י"ל גם בהודאה כיון דתכ"ד שפיר יכול לחזור מהודאתו וא"כ תכ"ד יכול לכפור עדיין ולא נעשה אינו יכול לכפור עד לאחר כ"ד ושוב הוי הודאה דלא הוי הילך עדיין בשעת הודא' דאז יכול לכפור דלא נעשה הילך עד אחר כ"ד וכבר נתחייב שבועה על הודאתו דבשעת הודאה לא הוי הילך כנ"ל. וא"כ גם בהעדאת עדים שייך כנ"ל כיון שיכולין לחזור תוך כ"ד א"כ, בשעה שהעידו לא הי' עדיין הילך דיכולין לחזור כנ"ל. אך זה דוחק דלא נגמר העדות וההודאה עד אחר כ"ד ואז א"י לכפור עוד כנ"ל. ובט"ז סי' פ"ז הוכיח מטור דכ' הפטור בשטר משום ש"ק ע"כ דשטר לא הוי הילך למסקנא בש"ס ע"ש. וכן בש"ך ס"ק ו' נראה דמסכים לע"ש שכ' דלא מסתבר דשטר יהי' נקרא הילך דקשה להוציא אף בשטר ואף דבש"ס אמר דשטר הילך הוא היינו בדאית בי' שיעבוד קרקעות. ובסי' פ"ח כ' דהוי ספיק' דדינא אף בכת"י שאין בו נאמנות דא"י לכפור חשוב הילך ע"ש. ובאמת תמוה למה יהי' הילך מאי בכך שלא הי' יכול לכפור והא קי"ל דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי. ואף לדברי תוס' סוטה פ' ארוסה דהיכא שעומד לגבות בודאי הוי כגבוי מ"מ מבואר שם דדוקא בשטר דטריף ממשעבדי. וזה נראה באמת דעת תוס' פרק יש נוחלין (קכ"ח) שכ' להדיא דלא חשוב הילך כיון דלא טריף ממשעבדי דאנן אעדים סמכינן ע"ש. והיינו החילוק דהיכא דגובה

ממשעבדי הוי כגבוי כנ"ל. אך הפ' בכ"י בנאמנות וכן ר' האי גאון דאף בעדים הוי הילך וכן ב"י שפ' אף בלית לי' קרקע קשה כנ"ל. ובאמת ברמב"ם ז"ל פ"ד מטוען ז"ל אין מודה במקצת חייב עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו כיצד מי שטען חבירו ק' יש לי אצלך נ' שבשטר זה ונ' בלא שטר אין לך בידי אלא נ' שבשטר אין זה מודה מקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים בו ואפילו כפר בו הי' חייב לפיכך נשבע היסת ע"ש. ומזה למדו דעת הרמב"ם ז"ל דא"י לכפור הוי הילך. ובאמת קשה למה לא הזכיר כלל הרמב"ם ז"ל הפטור מטעם הילך כיון שלמדו מש"ס פ"ק דב"מ דהזכיר הש"ס בשטר טעמא דהילך ואין דרכו לשנות לשון הש"ס ולומר מה שלא נזכר כלל. עוד למה לא כ' האי דינא בפ"א שכ' דין דהילך פטור כנ"ל. לכן נראה לע"ד דהרמב"ם ז"ל כ' זה ע"פ ש"ס ערוך דאמרינן בשבועות פ' שה"פ ל"ז ע"ב דאמר רבה הכופר במלוה שיש עליו עדים פטור דהוי לי' כפירת דברים כיון שלא תועיל כפירתו וע"כ ישלם ואיתותב רבה ואח"כ אמר ר"י הכופר בממון שיש עליו עדים חייב שטר פטור אמר ר"פ מ"ט דר"י עדים עבידי דמייתי שטר הא מנח אמר לי' ר"ה בדר"י שטר נמי עביד דמירכס אלא אמר ר"ה ה"ט דר"י משום דהוי שטר שיעבוד קרקעות כו' עכ"ל הש"ס. וא"כ הא ודאי דלרבה גם בשבועת מודה מקצת כשיש עליו עדים שאין הכפירה מועלת לא הוי הודאה דהא הר"ן ז"ל פ' ש"ה יליף לענין גורם לממון דלא חשוב הודאה כמו דלאו כממון לענין קרבן שבועה דלא כבש עדות ממון כמו כן לא הוי הודאת גורם לממון לחייב שבועה דכל הני שוין הן ע"ש במשנה דמלוה על המשכון. וא"כ לרבה דאין זה רק כפירת דברים כיון שיש עדים אף שלא העידו עדיין ממילא ההודא' מקצת בדבר שיש עדים עליו הוי רק הודאת דברים ולא הודאת ממון כלל כיון שלא הי' מועיל כפירתו כלל ודאי דפטור. רק באמת אנן קי"ל כר"י דאיתותב רבה. אמנם לר"פ דאמר טעמא דר"י דוקא עדים דמייתי אבל שטר הא מנח. וא"כ בהודאה בשטר מבואר להדיא כדברי רמב"ם ז"ל דכיון דמנח ולא תועיל הכפירה הוי רק כפירת דברים. אך אף לר"ה ברי' דר"י דקי"ל כוותיה דדחי שטר נמי עביד דמירכס ולא מיפטר בשטר רק משום שיעבוד קרקעות נראה למאי דאמר בש"ס ב"ק פ' הגוזל ק"ה ע"ב שורי גנבת כו' ש"ח אני עליו כו' חייב. אלמא אע"ג דהא קאים כיון דאי מיגנב ממונא קא כפר השתא נמי ממונא כפר איתבי' ר"ע וכחש בה כו' א"ל תדורא כי תניא ההוא דקא"ל הילך כי קאמינא דקיימא באגם כו' ופרש"י ז"ל הילך וליכא למימר כיון דאלו מגנב כיון דקמי' קאי ושקיל לי' ע"ש. וא"כ בממון שיש עליו שטר היינו ממש כמו התם דדחה ר"ה ברי' דר"י דעביד דמירכס ומש"ה הוי כפירת ממון דאף דעכשיו דלא נאבד אין כפירתו מועלת מ"מ כיון דאלו מיגנב יהי' כפירת ממון חשוב

גם השתא כפירת ממון וכמו התם בש"ח אני עליו כנ"ל. וא"כ זה שפיר התם בכפירה לענין שבועת הפקדון כיון שלא הוציא השטר בב"ד הוי שפיר כפירת ממון בשעה שכפר ונשבע אף שהי' לזה עליו שטר משום אלו נאבד כנ"ל. וצריך לטעמא דש"ק אבל במודה במקצת שהמלוה מוציא השטר בב"ד דלא שייך כלל עביד דמירכס וכיון דאלו נאבד כו' דהא קמי' קאי וכמו בהא דאמר לי' הילך בש"ס דהגוזל א"כ גם לר"ה ברי' דר"י אין כאן הודאת ממון כלל כיון שלא הי' מועיל כפירתו בשעה שמודה שכבר הוציא השטר לפנינו ולא נאבד אינו רק הודאת דברים ואינו מחויב שבועה כמו לענין שה"ע ושה"פ דהוי כפירת דברים. וזה שדייק הרמב"ם ז"ל בשטר זה כו' היינו שמוציא השטר לפנינו וכ' שהרי לא תועיל כפירתו כו' והיינו ממש כש"ס הנ"ל. וכן מפרש ש"ס דריש ב"מ דמייתי סלעין דינרין דשתים הוי הילך היינו ג"כ כנ"ל דכמו דהילך שנותנו מיד וא"צ להודאתו לא חשיבא הודאה כמו כן בשטר אותו הודאה שמודה שתים כבר ידעינן מחמת השטר ולא הי' מהני אם הי' כופר כלל והוי הודאת דברים. וכ"כ הרמב"ם ז"ל מיד אח"כ בסלעין דינרין הטעם דא"י לכפור כנ"ל וזה נראה לע"ד ברור בדברי רמב"ם ז"ל. ולא קשה מ"ש הע"ש דשטר קשה להוציא ואיך הוי הילך כו'. דאין הטעם כלל שיהי' כאלו נתן לו המעות רק שאינו הודאת ממון ומה בכך שקשה להוציא הא גם אחר ההודאה עדיין קשה להוציא ולא ניתוסף בהודאתו יותר ממה שהי' מקודם. וכן כשאין לו קרקע ומטלטלין ג"כ פטור ואף שנסתפק ב"י דכיון דלית לי' אפשר דלא הוי הילך. ולמ"ש ז"א דמה בכך דלית לי' הא גם ע"י הודאתו עדיין לית לי' ואינו מוסיף שום חיוב בהודאתו. וכן הירושלמי וראש פ"ב דכתובות דכיון דכ"ע ידעו דאית לה מנה אין כאן הודאה כנ"ל. וממילא נראה דגם הרמב"ם ז"ל סבר כר' האי גאון דגם בעדים שהעידו שחייב ולא פרע עדיין לא הוי הודאתו שאח"כ הודאה במקצת כיון דהטעם בעדים דעבידי דמייתי כו'. וממילא כיון שכבר העידו בפני הב"ד ולא שייך טעם הנ"ל כלל וכמו בב"ק דקאי קמי' כו' ממיל' לא הוי הודאה אח"כ כלל וזהו כוונת ר' האי ג"כ כנ"ל:

ונתבאר מזה דמ"מ דוקא כשהוציא השטר או העידו עדים קודם הודאתו אז לא הוי הודאה שאח"כ הודאה כנ"ל כיון שלא הי' מועיל כפירתו אז. אבל בתבעו והודה במקצת ואח"כ מוציא השטר או באים עדים שפיר חייב שבועת התורה דבשעה שהודה הי' יכול לכפור והוי הודאת ממון דאף שיש לזה שטר בביתו עליו או עדים מ"מ הא שייך עבידי דמייתי ועביד דמירכס וכיון שנתחייב אז לא מיפטר אח"כ וכש"ס הנ"ל. ולא קשה מאי שהקשה ט"ז ושאר פ' למה להו טעמא דש"ק בשטר הא בל"ז פטור משום הילך ע"ש. ולהנ"ל ניחא דכה"ג שמוציא השטר אח"כ שפיר הי' חייב דהי' אז הודאה גמורה

ומטעם ש"ק כה"ג פטור דאיגלאי מילתא מ"מ שהי' שיעבוד קרקע אבל משום א"י לכפור שפיר הי' חייב כנ"ל. וממילא מטעם העדאת עדים דר"ח קמייתא אף שמעידין שלא פרע עדיין ודאי דחייב שבועה כיון דקודם עדותם לא הי' מחויב וא"כ דכיון דחשבינן עדותם כהודאת פיו ואז בשעת עדותם הוי עדות ממון דעי"ז נתברר החיוב בפנינו שפיר לרמב"ם ור"ה חייב כנ"ל. ור"ה לא קאמר רק דהודאה שאח"כ לא חשוב הודאה כנ"ל. והא דלא מיחייב בשטר מצד העדאת עדים דר"ח אף דאין הודאתו הודאה נראה משום דס"ל דהא קי"ל דקדמה הודאה לתביעה אינו חייב שבועה דגזה"כ הוא אשר יאמר עליו כ"ה זה כו' שתקדום התביעה להודאה כמ"ש רמב"ן ורא"ש ור"ן ז"ל פ' שה"ד ע"ש. וא"כ ממילא גם העדאת עדים שמעידים בב"ד על נ' קודם שתבעו אינם מחייבין שבועה דלא עדיפי מהודאת פיו ודלא כמו שכתבתי לעיל ע"ש. דכיון דגזה"כ לפטרו ודאי דדיו לבא מן הדין כו'. ורק כשמעידין אחר התביעה דאף שידעי מקודם מ"מ עדותם בב"ד מחייבת אותו וזה אחר התביעה משא"כ במעידים קודם כנ"ל. וא"כ א"ש דשפיר כ' ר' האי גאון דגם כשהעידו עדים שלא פרע ואח"כ הודה דלא מיחייב מצד הודאתו כיון שכבר העידו א"י לכפור ולא חשוב הודאה ומצד העדאת עדים פטור כיון שהעידו קודם התביעה כנ"ל. וכן בשטר כיון שמוציא המלוה השטר בב"ד אין לחייבו משום דר"ח דקדמה עדותו לתביעה. ומשום הודאתו פטור כיון שא"י לכפור כנ"ל אבל כשמעידים העדים אחר התביעה שפיר חייב כנ"ל. ובזה מיושב ג"כ מאי דאמר אביי השתא נמי דליתא לדר"ח כו' ואנן קי"ל כר"ח. די"ל דאביי בשטת רבה רבי' אמרה דסבר דכופר בממון שיש עליו עדים הוי כפירת דברים. וא"כ כיון שהעדים מעידים שלא פרע אף אם הי' מודה הי' פטור דאף שלא העידו בב"ד בשעת הודאה עדיין מ"מ כיון שיש עדים לא חשיב הודאת ממון רק דברים כנ"ל. וא"כ ממילא עדים לא עדיפי מפיו ולא מחייבי שבועה. וגם מיד בשעה שיש עדים נעשה א"י לכפור אף קודם שהעידו בב"ד והוי קדמה לתביעה ואמר שפיר דליתא לדר"ח. משא"כ לדידן דאיתותב רבה וקי"ל כר"י שפיר איתא לדר"ח כנ"ל. ויש להוכיח כמ"ש מלשון הנ"י ריש ב"מ שכ' מדאיצטריך להך טעמא דש"ק למיפטרי' שמעינן דמודה מקצת כי האי דא"א לכפור עליו חייב ובכת"י שיש בו נאמנות כו'. אבל הרמב"ם ז"ל כ' שאינו חייב עד שיודה בדבר שאפשר לכפור. ולפי דבריו הא דצריך לטעם ש"ק לר"ח דהילך חייב לדידי' אי"ל כהילך הוא ואין זה מחוור בעיני אחרונים ז"ל ע"ש ואי א"י לכפור הוי כהילך ממש א"כ וודאי דלא שמעינן מידי מש"ס הנ"ל דהא אמר להדיא דפטור משום הילך ואדרבה מבואר כהרמב"ם וע"כ דסבר נ"י ג"כ דמטעם אחר

פטור בא"י לכפור רק די"ל למ"ד הילך חייב גם בזה חייב. וזה שדחו האחרונים ז"ל כיון שא"י לכפור פטור גם אי הילך חייב הוי לן למיפטרי' וע"כ כמ"ש:

וטעם הרמב"ן ז"ל ושאר פ' בכת"י בנאמנות דחייב אף שא"י לכפור. ולכאורה קשה עליהם מש"ס הנ"ל דהוי רק כפירת דברים ופטור כנ"ל. וצ"ל דס"ל דר"ה ברי' דר"י דחה דברי ר"פ דא"א לומר הטעם בעדים דעבידי דמייתי דא"כ גם בשטר י"ל עביד דמירכס ולכך לא אמרינן כלל האי טעמא למסקנא רק דאף שיש שטר חשוב כפירה אי לאו משום ש"ק כנ"ל. ודוחק גדול דלא אמר בש"ס רק שטר נמי כו' ומשמע דנשאר בטעם זה ע"ש. או י"ל דרמב"ן לטעמי' אזיל שהביא הר"ן ז"ל במשנה דמלוה על המשכון דגם הודה בגורם לממון חייב. וע"כ ס"ל לחלק בין כפירה דשה"ע למלוה ע"ש. וא"כ למאי שדחה ר"ן ז"ל דבריו מוכח כהרמב"ם ז"ל כנ"ל. עוד הי' אפשר לומר דהרמב"ן ז"ל לא קאמר בכת"י בנאמנות רק כשלא נתקיים כ"י בב"ד עד אחר תביעתו וא"כ שפיר חשוב הודאה דאז הי' יכול לכפור ולומר מזויף ואף שבאמת יש עדים לקיימו לא מהני כמו התם דעבידי דמייתי וכמו מלו' שיש עליו עדים. וא"כ כיון שלא נתקיים עד עתה שפיר חייב שבועה דחשוב הודאה. ובזה שפיר כ' הרמב"ן ז"ל דמטעם הילך לא פטור רק בשטר דטריף ממשעבדי אבל כת"י דלא טריף ולאו הילך הוא והודאה שפיר חשוב כנ"ל אבל בהוא מקוים כשמביאו לב"ד והב"ד מכירין חתימתו י"ל דמודה רמב"ן דפטור כש"ס הנ"ל דלא חשיב הודאה כלל. וא"כ י"ל דאין כאן מחלוקת דגם הרמב"ם ז"ל מודה כה"ג דמקרי יכול לכפור ואף שיש עדים כנ"ל. ולפ"ז י"ל דגם בשטר הדין כן כשלא נתקיים עד אחר התביעה דבשעת הודאה הי' יכול לטעון מזויף ואף שיש באמת עדי קיום חשוב הודאה כנ"ל. ורק כשהוא מקוים והב"ד מכירין שפיר פטור כנ"ל. והי' אפשר לומר גם בשטר גמור דכיון דקי"ל באומר אישתבע לי דלא פרעתיך מחויב מלוה לישבע ואינו גובה בלא שבועה והיכא דצריך שבועה מבואר בש"ס פ' שה"ע דהוי רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע. וא"כ י"ל דהודאתו חשיבא שפיר הודאת ממון דהי' יכול לכפור ולומר אישתבע לי והי' רק גורם דקי"ל לאו כממון דמי ולכך פטור בשה"ע ושפיר ע"י הודאתו נעשה הודאת ממון דחשוב הודאה כנ"ל. דבשלמא כופר בממון שיש עליו שטר לענין שה"ע הוי שפיר רק כפירת דברים דכיון שאומר לא לוויתי א"כ גובה בלא שבועה ושוב אינו רק כפירת דברים משא"כ לענין שהי' יכול לכפור שפיר הי' יכול לומר אישתבע לי ולא הי' חיוב ממון עדיין כנ"ל אך תוך זמנו או בנאמנות לא שייך זה כנ"ל דנוטל בלא שבועה ועוד דיש לחלק דדוקא בחשוד קאמר הש"ס מי יימר דמשתבע כיון דמדינא אינו נוטל כלל וא"כ כל זמן שלא נשבע אין כאן חיוב ממון כלל משא"כ שבועת אשתבע לי

דמדינא נוטל בלא שבועה. אך מ"מ י"ל דאין חילוק כיון דמ"מ לא הי' נוטל בלא שבועה ואף דמהני תפיסה כמבואר סי' פ"ז מ"מ כל שלא תפס לא הי' נוטל. ואף דמה"ת הי' נוטל מ"מ הא זה תלוי בפלוגתא דר"פ וראב"י ריש פ' שה"ע חד אמר לאפוקי מלך וחד אמר משחק בקוביא דכיון דרבנן פסלוהו שוב לא מחייב מדאורייתא ע"ש. וכתב רשב"א ז"ל דאף דמהני תפיסה בפסול דרבנן אעפ"כ לא מיחייב ק"ש ע"ש. דלא נקרא אם הי' מגיד הי' מתחייב ממון כיון דמדרבנן הי' פטור ע"ש. וממילא גם כאן בשטר כן כיון דמדרבנן לא הי' נוטל בלא שבועה שוב גם מה"ת היי רק גורם לממון וע"י הודאתו נעשה ממון וחייב. ומ"מ יש לדחות כיון דבכפירה לחוד הי' נוטל בלא שבועה רק שהי' יכול לעשות פעולה אחרת לטעון אישתבע לי מ"מ הודאה מצד עצמה אינה הודאה דכיון שאינו טוען אישתבע לי אף שלא הי' מודה הי' חייב וכנ"ל. וכדאמר בש"ס בשבועות ל"ג ע"א השתא מיהת לא אודי בקנס כו' דאף שיכול לעשות פעולה לפטור ע"ש.

ובמ"ש יש לישב דברי הרמב"ם ז"ל פ' כ"ב מה' עדות במלוה ולוה וב' שטרות שכ' דחייב ש"ד ותמהו עליו דשטר הילך הוא ע"ש. ולמ"ש י"ל דהתם בתבעו מקודם ואח"כ הוציא השטרות בב"ד או שמקיים אותם אח"כ דכה"ג שפיר חייב ש"ד דלא הוי קדמה לתביעה דעביד דמירכס ולא נתברר החיוב עד אחר התביעה כנ"ל. ועל חילוק הש"ך ז"ל שמפרש שמ"ש הב"י ואינו נראה על הג"מ כוונתו דנהי דהודאת שטר הוי הילך משום א"י לכפור היינו דוקא במודה אבל בכופר שפיר חייב משום העדאת עדים היכא דלא הוי שיעבוד קרקעות כנ"ל. ותמהני עליו איך אפשר לפרש כן בדעת הב"י הא כ' בכ"מ שם פרק כ"ב מה"ע אהא דמלוה ולוה וב' שטרות שפ' הרמב"ם דחייב ש"ד ותמהו דהוי ש"ק ותירץ הכ"מ דכיון דא' פסול לא טריף ממשעבדי וכ' אבל אי קשיא הא קשי' דהא אם הי' מודה הי' פטור כיון שא"י לכפור כמ"ש פ"ד מטוען כו' ולא תהא הודאת פיו גדולה מעדים אמרו אבל לא שיהי' העדאת עדים גדולה מפיו והניח בצ"ע ע"ש. ומבואר דעת הב"י דאין חילוק בין מודה לכופר היכא שא"י לכפור ואיך יכתוב כאן ואינו נראה ע"ז. והש"ך ז"ל סי' ל"א כ' באמת דלא קשה דיש חילוק בין כופר למודה ע"ש. אבל עכ"פ בב"י א"א לפרש כן. גם גוף החילוק של הש"ך תמוה. דהא ע"כ אין הטעם במודה דהוי הילך דנעשה השטר כגבוי כיון דלית לי' קרקע כלל ואיך יהי' כגבוי. ואי דמ"מ ע"י הודאתו נעשה כגבוי אף במטלטלין א"כ כל הודאה במקצת הילך הוא דנעשה כגבוי וכמ"ש לעיל. וע"כ הטעם לב"י דהודאה זו הוי הילך דכבר בלא הודאתו כתוב בשטר הודאה זו. וא"כ קשה דל הודאתו מהכא וליחייב מצד העדאת עדים דבמאי מגרע הודאתו שלא

יתחייב מדר"ח. וע"כ דגם מצד העדאת עדים פטור כה"ג. וא"כ ממילא גם בכופר פטור דמאי חילוק לענין העדאת עדים כנ"ל:

לכן נראה לע"ד פשוט כוונת הב"י רק אקנין משיג דהעדים מעידים שהי' קנין דכ' הג"מ דהוי הילך וע"ז משיג כיון שבלא עדותם לא הי' שום שטר ולא נודע כלל א"כ איך חשוב הילך או א"י לכפור הא גם בהודאת פיו כה"ג אף שאחר ההודאה א"י לכפור עוד חייב רחמנא שבועה ממילא כן בעדים ג"כ. או דמשיג גם אכתבו שטר ומפרש דברי הג"מ שמעידים לפנינו שכתבו שטר אבל אין השטר לפנינו כלל וא"כ נתברר רק מצד עדותם שאחר התביעה ומשיג שפיר דחייב כה"ג. והביא ר"ן פ' ש"ה דבעדים מעידים שלא פרע לא חשוב הילך. ושפיר גם במודה כה"ג חייב דנהי דמצד הודאתו לא מיחייב כיון שכבר העידו וא"י לכפור מ"מ חייב משום דר"ח ואין הודאתו מגרעת כלום. ובהעידו העדים קודם התביעה תלי' בדעת הפ' בהא דא"י לכפור שהביא לקמן סי' פ"ז ובאה"ע סי' צ"ו ע"ש. וכמ"ש לעיל כיון שבשעת תביעה כבר העידו כנ"ל לא עדיף מהודאת פיו כנ"ל. והב"י הי' מפרש טעם הג"מ דאף דלא שייך ש"ק דלית לי' קרקע וכה"ג מ"מ כיון שמעידים שהי' שטר או קנין שהי' עומד לכתוב חשוב הילך וע"ז משיג שפיר כנ"ל:

אמנם באמת יש לפרש גם השערים דר"א והג"מ שמודים לזה רק הם איירי באית לי' קרקע וסוברים דלמסקנא דהילך פטור לא אמרינן טעמא דש"ק רק משום הילך או כמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות והה"מ (פ' ט"ז מה' אישות) דכיון דגובה גם מטלטלין לא חשוב כלל שיעבוד קרקע ורק מטעם הילך פטור בשטר וכתבו שפיר דכיון שמעידים שהי' שטר או קנין ומיד בשעת עדותם נודע שהי' יכול לגבות ממשועבדים אף מקודם עדותם חשוב הילך וכדעת התוס' דכיון דגבי ממשעבדי הוי הילך וכפירש"י ז"ל ריש ב"מ. וזה אמת גם לדידן אבל בלית לי' קרקע וכה"ג מודים שפיר כנ"ל:

והעולה ממ"ש נראה לדינא. דבמודה מקצת אף שאחר הודאה מעידים עדים שחייב ולא פרע באופן שא"י לכפור או שמוציא אח"כ כת"י בנאמנות או שטר דלית בי' משום ש"ק שלא הי' לו קרקע וכה"ג שפיר חייב שבועה כיון שבשעת הודאה הוי הודאה גמור' וכמו דחשוב כפירה בש"ס לענין שה"פ הוי הודאה ג"כ כנ"ל. וכן בכופר הכל ועדים מעידים שחייב ולא פר והעידו אחר התביעה ואף אם מודה ג"כ מ"מ חייב מדר"ח כיון שע"י עדותם נעשה מה שא"י לכפור וכן אף שמעידים שהי' בשטר או בקנין בגווני דלא הוי ש"ק לא מיפטר משום הילך בלית לי' קרקע ואף שמודה ג"כ מ"מ מחויב משום העדאת עדים דלא שייך כגבוי כלל כיון שאין לו קרקע כנ"ל. ובמוציא שטר מקיים בב"ד ואח"כ תובעו יותר או כת"י בנאמנות וכן עדים שהעידו קודם התביעה שחייב ולא פרע נראה

דפטור בין בכופר בין במודה אחר התביעה. דבשעת התביעה כבר א"י לכפור ולא עדיפי עדים מפיו ועל מה שקודם התביעה אין לחייבו דג"כ לא עדיף מפיו כיון דגזה"כ אשר יאמר עליו כו' שתקדים תביעה להודאה ואחר התביעה אינו עוד רק הודאת דברים וכמו שה"פ לענין כפירה כנ"ל. ועדיין צ"ע בזה כי לא מצינו בפ' שיחלקו בהעדאת עדים בין קדמה לתביעה או אח"כ. וכן ברמב"ם במלוה ולוה וב' שטרות משמע קצת אף שמוציאו מיד קודם התביעה. אך י"ל דלא הוצרכו לבאר זה כיון שכ' דדינו כהודאת פיו ממילא ידעינן דכל דין העדאת עדים כפיו והרי הכ"מ והגי"ת כ' זה לסברא פשוטה וכן בשערים דר"א כ' להדיא שדינו בכל דבר כפיו ולא עדיף ע"ש. וזה אין לומר דטעם הפטור בקדמה הודאה לתביעה הוא משום דסוברים כהפוסקים לקמן סי' פ"א דאף הודאה בב"ד בלא תביעה יכול לחזור בו ע"ש. ולכך לא חשיבא הודאה לחייבו שבוע' אבל עדים דגם בלא תביעה מהני עדותם שפיר מחייב דז"א דא"כ לא היו צריכין לומר דגזה"כ הוא ע"ש. ועוד דאנן קי"ל כהפ' דהודאה בב"ד מהני בלא תביעה ומ"מ אינו מחייב שבועה. ועוד דהא אף בתבעו נ' והודה ואח"כ תבעו עוד נ' פטור מטעם קדמה הודאה כמבואר בדבריה' ע"ש וכה"ג הודאה שעל הנ' הי' מועיל שהי' אחר התביע' וע"כ דמטעם גזה"כ וממילא גם בעדים כן. ובלא נתקיים השטר או הכת"י עד אחר שתבעו בב"ד יש להסתפק ג"כ אי מיפטר משום א"י לכפור כיון דעדים עבידי דמייתי ונודע החיוב אחר התביעה וכן בהודה קודם הקיום דאז הי' יכול לכפור וכש"ס הנ"ל. דאף דמה"ת לא צריך קיום מ"מ עכשיו שתקנו דבעי קיום שוב, מה"ת הוי הודאת ממון כמ"ש. וא"ל כיון דקיום ע"י דימוי מהני לא אמרינן עבידי דמייתי כל העדים המכירין החתימה וכל השטרות שאפשר לדמות ולא שכיח ודוקא התם בעדים על דבר מיוחד. ז"א דהא מהימן במיגו דמזויף ולהפ' דמיגו דלא שכיח לא אמרינן א"כ צ"ל דמזויף שכיח. ואף שבאמת יש בודאי עדים לקיימו או שטרות הדומים כנ"ל. אך יש לומר דהתם כיון שאינו מקוים לפנינו א"כ אנו רואין שעדות זה לא נמצא קיום עליו ושפיר מהני המיגו אבל כאן שבאמת נתקיים אח"כ לפנינו א"כ אגלאי מלתא דלא הי' שייך עביד דמייתי ומירכס דלא שכיח. וכן נראה מדלא חילקו הפוסקים כלל בין נתקיים אח"כ או מקודם בשטר:

אמנם בש"ס ב"ק ק"ה ע"ב באומר שורי גנבת ואומר שואל אני עליו חשוב ג"כ כפירת ממון שהרי פטר נפשי' במתה מחמת מלאכה ע"ש. והא ריש פרק המפקיד אמרינן דמתה מחמת מלאכה לא שכיח ע"ש. וא"כ גם כה"ג אף דלא שכיח חשוב כפירת ממון כיון שאפשר באיזה אופן שהי' כפירה כנ"ל. ואעפ"כ יש לחלק קצת בין שם שהי' פטור באמת ובין כאן שהוא רק לענין הבירור. ודוחק. ולדעת הסמ"ע סי' פ"ז אף דלית לי'

קרקע או מחל מ"מ פטור מטעם ש"ק כיון שמתחלתו נעשה השטר על ש"ק. וממילא גם אם מוציא השטר אחר ההודאה פטור משום ש"ק בכל גווני. רק בכת"י בנאמנות או בעדים נראה כנ"ל. ודברי ש"ך ז"ל לחלק בין כופר למודה אין שום פוסק שיסבור כן. וגם דברי הב"י סי' פ"ח דבלית לי' קרקע רק מטלטלין בשטר הוי הילך ובאין לו גם מטלטלין לא הוי הילך. ג"כ אין שום דיעה שסובר כן. דלרש"י ותוס' לא הוי הילך רק כשהקרקעות משועבדים כמבואר ברש"י ריש ב"מ בין בכופר ובין במודה. וכן בתוס' ב"ב פ' י"נ דדוקא היכא דטריף ממשעבדי הוי הילך ע"ש. ולהרמב"ם ז"ל בטעם דא"י לכפור אין שום חילוק בין אית לי' מטלטלין, או לא דמ"מ אין בהודאתו דבר נוסף על מקודם. ואי סובר דרמב"ם פ"ד מטוען דוקא קאמר והרי כל נכסיו משועבדי' ע"ש. א"כ דוקא באית לי' קרקע פטר לי'. דמטעם הילך שיהי' כגבוי ודאי לא שייך במטלטלין. וכן אי נימא דמה שגובה ממטלטלין הוי הילך מאי חילוק בין שטר או בע"פ הא אין תועלת בשטר לענין מטלטלין כנ"ל. הרי גם בהודאה ע"פ יגבה מב"ח ובשטר גם כן לא יגבה ממשעבדי. ואף שהש"ך ז"ל הסכים ג"כ לב"י סי' פ"ז מ"מ צ"ע לע"ד:

ובש"ס שבועות ל"ג ע"א פריך הא קיימא שני' וכ' תוס' שם דאף דאיתותב רבה היינו דוקא בממון שיש עליו עדים ואינו בפנינו אבל כשהם בפנינו גם לדידן פטור ע"ש והיינו כמ"ש לעיל. וכן משינוי' דש"ס מוכח דאף במלתא דלא שכיח חשוב כפירת ממון דמשני כגון שהיו נשותיהן גוססין מ"ד רוב כו' וג"כ כמ"ש. וברמב"ם ז"ל פ"ח מה' שבועות כ' להדיא טעמא דר"י במלוה שיש עליו עדים שהרי הועיל הכפירה בעתה דשמא לא יבאו או לא יתקיים כו' ופ"י הט"ו כ' כאיקומתא דש"ס שהיו קרובין כו' ואל"ה פטור. וכ' הלח"מ ג"כ דכיון דיודעין העדים ומתקיים עדותן הוי כפירת דברים כנ"ל וזה מוכרח ברמב"ם ז"ל ע"ש והיינו כמ"ש. וכן נראה עיקר כנ"ל:

(**יא**) **אבל אם כתבו שטר כו' ויש מי שחולק**. לש"ך ז"ל היינו בכופר. ואף דלרמב"ם ז"ל ומחבר סי' כ"ח דעדות שבשטר אינו מועיל מה"ת דהוי מפי כתבם ורק מדרבנן. וא"כ לש"ך ז"ל סי' שפ"ו דבחיוב דרבנן אינו חייב שבועת התורה. א"כ גם בזה כיון שכופר אין כאן עדות מה"ת רק דרבנן ופטור מש"ד. אך נראה כמ"ש לעיל ס"ק ו' דעדות דרבנן מחייב ש"ד. וכן מבואר מרמב"ם ז"ל גבי מלוה ולוה וב' שטרות דחייב ש"ד וכמ"ש לעיל. וכן מוכח מש"ס שבועות ל"ב ע"ב הכל מודים בעד מיתה דאף דלא מהימן אלא מדרבנן חייב קרבן שבועה דקרינן בי' אם הי' מגיד הי' מחייב ממון אף מה"ת כיון שתקנו דמהימן ע"ש. וממילא גם כאן כן דכיון דמהימני מדרבנן שפיר הוי עדות מה"ת לחייב שבועה דאוריי' כנ"ל:

ובטוען פרעתי על הנ' שבשטר פטור מש"ד להפ' דמיחייב מתוך טענתו לא מיחייב ש"ד ולהפ' דחייב גם בזה חייב לדיעה ב'. אמנם בטוען אישתבע לי א"כ גם מה שמחויב במקצת הוי רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע. מ"מ אחר שנשבע חייב כמ"ש הר"ן ז"ל גבי נ' דחבלה פ' ש"ה דאז נעשה העדאת עדים אחר השבועה ע"ש. וא"כ י"ל דגם לדיעה א' חייב כיון דלא נעשה העדאת עדים רק עתה כשנשבע אחר התביעה והוי כעדות ע"פ. ומ"מ אינו מוכרח וכמ"ש לעיל דיש חילוק בין שבועה דחבלה לשטר כו'. ולסמ"ע אין חילוק בין כופר למודה ודיעה ב' ס"ל דשטר לא הוי כלל הילך. אך תימה איך חולקין על הש"ס ריש ב"מ דשטר הילך הוא וכמ"ש סמ"ע סי' פ"ז ס"ק י' דש"ס מפורשת היא ע"ש. ואפשר דסוברים כמ"ש ט"ז סי' פ"ז דרק לס"ד הי' מוכרח לומר דשטר הילך הוא אבל למסקנא דהוי ש"ק לא אמרינן כלל דשטר הוי הילך ע"ש. ובאמת מלשון הרי"ף ז"ל ריש ב"מ שכ' מהא שמעינן כו' לא הזכיר כלל טעמא דהילך רק ש"ק משמע כנ"ל. וכן בטור סי' פ"ח לא הזכיר רק טעמא דש"ק. או י"ל דסוברים דהילך לא הוי רק היכא דאית לי' קרקע וגבי ממשעבדי וכמו שפירש"י ז"ל ותוס' ב"ב פ' י"נ. וא"כ אין נ"מ כלל למסקנא דש"ס בטעמא דהילך דלעולם פטור מטעם ש"ק והיכא דלא הוי שיעבוד קרקע גם הילך לא הוי ולכך לא הוצרכו להזכיר כלל טעמא דהילך כנ"ל. ומזה מוכח ג"כ דלא כב"י סי' פ"ח דאף אין לו קרקע שלא שייך ש"ק פטור מטעם הילך ע"ש. דא"כ שטעם הילך כולל יותר הי' לו לרי"ף ז"ל להזכירו גבי סלעין דינרין כנ"ל. או אפשר לומר דסברי הפוס' הנ"ל למ"ש תוס' דבשטר לא הוי הילך רק משום דגבי ממשעבדי. וא"כ י"ל כיון דקי"ל מנכסים משועבדים לא יפרע אלא בשבועה. וכשצריך שבועה לא הוי רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע וי"ל לדידן לא הוי הילך כלל. ולס"ד הי' צריך לומר דסברי כראב"ש דכממון דמי משא"כ למסקנא. או י"ל דהוי מוקי לה כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי דהכי מוקי בש"ס פ' כ"ה מתניתין כב"ש ע"ש. ולכך הוי הילך כיון שהוא כגבוי משא"כ למסקנא דפטור משום ש"ק מוקמינן שפיר כב"ה דלאו כגבוי ולאו הילך הוא. ולכך לא הזכירו רק ש"ק:

ובאמת פי' הסמ"ע א"א לומר בדברי ב"י שלכך דחה דברי הג"מ דאף שטר ש"ק לא הוי הילך דהא ב"י סי' פ"ח כ' להדיא דשטר הוי הילך אף דלית לי' קרקע ע"ש. ויש לתמוה על הש"ך ז"ל שדחה דברי סמ"ע מרמ"א סי' פ"ז שכ' דאפילו שטר חשוב הילך כו' דאין ראי' כ"כ שכ' רק לשון העיטור ואינו מוכח שאין חולק ע"ז. והי' לו לדחות מדברי ב"י עצמו שכתב להדיא להיפוך. ומ"מ נראה בזה דהוי ספיקא דדינא כשאין לו קרקע אם יפטור מטעם הילך אף במודה כיון שברש"י ותוס' מבואר להדיא דלאו הילך הוא וגם

מרי"ף ז"ל משמע כן ובטור ע"ש. ומ"מ משום א"י לכפור פטור וכמ"ש לעיל ולמ"ש לעיל י"ל ג"כ דלס"ד הי' צריך לאוקמי באמת במוציא שטר מקוים לפנינו שהב"ד מכירין החתימות דאז חשוב הילך משום א"י לכפור משא"כ למסקנא דהוי ש"ק מוקמינן בכל גווני ולכך לא כ' הרי"ף ז"ל כיון דבכל גווני פטור:

(**יב**) **בד"א** שתבעו מלוה כו'. וכ' ש"ך ז"ל משמע אף שראו בידו אותן מעות עצמם שהלוהו ג"כ לא הוחזק כפרן די"ל שצריך לו לעסק אחר. ובאמת מבואר כן בש"ס ריש ב"מ דמוקי הא דכופר בפקדון פסול בראו בידו בשעתא דכפרי' כו'. וא"כ כופר במלוה כשר ג"כ כה"ג אף שראו אותן המעות דאל"ה גם בפקדון כשר ואעפ"כ במלוה כשר כנ"ל. וכ"כ תוס' שבועות מ' ע"ב. ועוד כיון דקי"ל מלוה ברשות בעלים להוצאה ניתנה א"כ אין חילוק בין ראו אותן המעות למעות אחר. ואף דלכאורה י"ל כיון שתבעו והגיע זמן הפרעון ועדיין לא הוציא המעות י"ל דאין לו עוד רשות להוציאן דנהי דמלוה ברשות בעלים להוצאה מ"מ הא לא נתנו לו להוציאם רק על זמן שקבע וכמו מתנה לזמן אך ז"א דהא קי"ל מקדש במלוה אינ' מקודשת ואין שום חילוק בין הגיע זמן או לא אף שהן בעין. וע"כ דאף שהגיע זמן עדיין לא הוציא מ"מ הם שלו לגמרי ויש לו רשות להחליף וליתן לו מעות אחר ויש להסתפק קצת במכר לו חפץ ותבעו המעות ביומא דאוקמי זביני וכופר וראו עדים בידו החפץ שמכר לו אי הוחזק כפרן ואף דאינו תובעו רק מעות בעד המכר מ"מ כיון דעייל ונפק אזוזי לא קני א"כ כיון שכופר ואינו משלם לו שוב צריך להחזיר החפץ דלא קני והוי שוב כופר בפקדון ופסול. והי' חילוק בזה בין כשעדיין שהות ביום לשלם לו א"כ י"ל אישתמוטי עד שישלם לו עוד היום ושפיר יגמר המקח ובין כשאין שהות דבין כך וב"כ בטל המקח לא שייך משתמיט דהא בודאי צריך להחזיר לו החפץ אף שישלם אחר כך והוי כופר בפקדון. או אפשר דלא משמע להו לאינשי בהכי להיות כופר בפקדון כיון שישלם לו אח"כ וכמו לא תחמוד כו' כיון דבתורת מכר אתי לידי' ולא מיפסל כנ"ל:

ויש להוכיח קצת מקושית תוס' ב"מ ה' ד"ה למ"ד הילך פטור למ"ל למעוטי קרקע שתמהו דבל"ז לא שייך אישתמוטי כו'. ולהנ"ל י"ל כה"ג שמכר לו קרקע ועייל ונפק אזוזי כו'. ויש לדחות. ובש"ס ב"ק ק"ה משמע דכל כופר בפקדון פסול. אך י"ל דעדיף משני דקיימ' באגם ע"ש. וקצת מוכח מש"ך שכ' במעות מותרין דלא מיפסל משום משתמיט. והוא בעצמו סי' רצ"ג כ' באין לו מעות אחרות צריך להחזיר מעות שקבל:

(**יג**) **אבל אם תבעו חפצים**. בש"ך כ' דגם מעות צרורין כן רק מותרין דמותר להחליפן אף שעדיין בעין דינו כמלוה דשייך משתמיט אף שראו בידו וכמ"ש הש"ך ז"ל לקמן

סי' רצ"ב ע"ש והח"צ בהגהות הט"ז לעיל סי' ע"ג כ' על ש"ך ז"ל ששגגה גדולה שגג בזה דאדרבה מתוס' שהביא הש"ך מוכח להיפוך. דתוס' כ' שם דמוכח מדפריך (ב"מ מ"ג) ר"נ לר"ה דאמר אפילו נאנסה ושואל הוי מהא דהמפקיד מעות אצל שולחני אם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר וא"א אפילו נאנסו מאי אירי' הוציא לא הוציא נמי. והוכיחו תוס' (שם כ"ט) אי נימא דאינו יכול להחליפן מאי פריך הא שפיר דוקא הוציא דהא שואל קרדום אמרינן דבקע בו מעל לא בקע לא מעל. אלא ע"כ דאף שלא הוציאן עדיין א"צ להחזירן בעינא ורשאי להחליפן ופריך שפיר כו' וא"כ מוכח מתוס' להיפוך דזה דוקא לר"ה דאמר אפילו נאנסה ופריך ר"נ עליו מאי אירי' הוציא כו' אבל לר"נ גופי' דאמר נאנסו לא ורק ש"ש הוא דהוי ע"כ לא קשה דדוקא הוציא וקודם שהוציא צריך להחזיר אותן המעות עצמם דאל"כ גם לדידי' קשה. וא"כ למאי דקי"ל כר"נ מוכח דאינו רשאי להחליפן ע"ש. ולע"ד אין כאן שגגה ואם כהבנת הח"צ בש"ך ז"ל מה זה שכ' סי' רצ"ב שמוכח בתוס' דאפילו המעות בעין יכול להחליפן וכ"כ סי' רצ"ג ס"ק א' דמוכח מדברי תוס' כו'. וכי זה צריך להוכחה הלא כתבו כן להדיא ע"ש. אלא ודאי גם ש"ך ידע שכתבו זה לר"ה רק דמ"מ מוכח כן גם לר"נ כמ"ש וכן בפסקי תוס' מבואר ג"כ דין הש"ך מתוס' הנ"ל. דהנה באמת קשה על הוכחת תוס' דאי נימא דהוי שואל בהיתר תשמיש ולא לוה מה פריך כי לא הוציא נמי כו' ומוכח דהוי לוה שא"צ להחזירן כשהן בעין ופריך ר"נ שפיר לר"ה. ותמוה דמנין לו לר"נ אליבא דר"ה באמת דהוי לוה מדקאמר אפילו נאנסה. הא מבואר בש"ס פ"ב דקדושין דבעי למימר במלוה ברשות בעלים לחזרה וה"ה לאונסין קמיפלגי ודחה לאונסין כ"ע ל"פ דלא גרע משאלה רק לחזרה פליגי ע"ש ומבואר לרשב"א שם במלוה גמורה כשלא הוציא עדיין יכול מלוה לחזור בו ואעפ"כ חייב באונסין כיון שיכול להוציאן. והיא לא קנה אותן לענין חזרה רק כשהוציא וא"כ נהי דקי"ל מלוה ברשות בעלים להוצאה ניתנה היינו משום דמיד קנה את המעות קנין גמור. אבל במפקיד מעות מותרין דע"כ לר"נ דאמר נאנסה לא ואעפ"כ יש לו רשות להוציאן ונעשה אז לוה עליהן כמ"ש הרי"ף ז"ל וא"כ מאי קשיא לי' לר"נ הא סבר ר"ה שפיר דדינו כמו מלוה ברשות בעלים לרשב"א כיון שלא קנה מיד המעות דלאונסין ודאי ברשות לוה קיימא כיון שיכול להוציאן ולחזרה לא קנאו כמו התם ושפיר דוקא הוציא מעל כנ"ל דבשלמא אי לא הוי מצינו חילוק הי' שפיר כיון דאמר אפילו נאנסה ע"כ הוי לוה גם לענין חזרה ומוכח דלא הוי רק ש"ש. אבל כיון שמצינו להדיא גם במעות דאפשר שיהי' חייב באונסין ואעפ"כ ברשות מלוה קאי לחזרה מאי קשיא לי'. וכן בכל שואל סבר ר"ה דלא בקע בו לא קנאו לחזרה ולאונסין מיחייב לאלתר וכדאמר

בש"ס ב"מ צ"ט. וע"כ דהחיוב אונסין אף שביד המשאיל לחזור בו מ"מ חשוב כל הנאה שלו כיון שיכול להשתמש בו ולא יוכל לחזור בו. וא"כ גם במפקיד מעות י"ל לר"ה כן כיון שיכול להוציאן חייב באונסין ומ"מ ברשות מפקיד לחזרה קיימי ולכך דוקא הוציא מעל כנ"ל כמ"ש תוס'. עוד קשה למה אמר רבה התם בקדושין לאונסין כ"ע ל"פ דלא גרע משאלה רק לחזרה כו'. ואיך פשיטא לי' דלא גרע משאל' הא למאי דקי"ל כר"נ דנאנסו לא א"כ חזינן דאף שמותר ונתן לו רשות להוציאן כשירצה מ"מ כל שלא הוציאן לא הוי שואל רק ש"ש אף שבידו להוציאן גרע משאלה. וא"כ למ"ד מלוה ברשות בעלים לחזרה והוי רק כנותן לו רשות שיוכל להוציאן וא"כ כל זמן שלא הוציאן גם שואל לא הוי רק ש"ש וכמו לר"נ הנ"ל ואמאי פשיטא לי' דלא גרעא משאלה ושפיר י"ל דלחזרה וה"ה לאונסין קמיפלגי כנ"ל. וצ"ל בזה דהא קי"ל ב"מ פ"א ונדרים ל"א בלוקח כלי מאומן לבקרו כו' או לשגרן לבית חמיו אם מקבלין כו' נאנסה בהליכה חייב. וכן כדי למוכרן לאחרים פסק ר"נ גופא שם דאף בחזרה חייב כיון דאי הוי משתכח הוי זבין בהו ע"ש. ובש"ע סי' ר' דכיון דהי' בידו לקנותו אם ירצה חייב באונסין דהוי כל הנאה שלו ולכך אמר שפיר במלוה ברשות בעלים דלאונסין ל"פ דודאי חייב כיון שבידו הי' להוציאן ולא גרע מלוקח הנ"ל. רק במפקיד מעות מותרין דלר"נ פטור באונסין אף שג"כ בידו לקנותן ע"כ החילוק הוא דבלוקח הנ"ל גילה דעתו שרוצה לקנותן ואף שאינו מבורר אצלו שיקנה מ"מ חייב משא"כ במפקיד דלא גילה הנפקד דעתו כלל שרוצה לקנותן ולהוציאן כיון שקיבלן בתורת פקדון. משא"כ גבי מלוה כיון שהלוה לו אף שאינו ברור שיוציאן הוי כלוקח מאומן כנ"ל. ואהא דפריך אר"ה כי לא הוציא נמי. וקשה כמ"ש דלמא לר"ה הוי כמו מלוה ברשות בעלים לחזרה לרשב"א דחייב באונסין ואעפ"כ יכול לחזור כנ"ל. וע"כ צ"ל דזה סבר ר"נ לסברא פשוטה דכיון דקי"ל באמת מלוה להוצאה ניתנה ואף שלא הוציאן א"י לחזור בהן כמו כן במפקיד מעות מותרין גם כן המפקיד הקנה אותן קנין גמור מיד לגמרי רק דכיון שהנפקד לא גילה דעתו שרוצה להוציאן הוי כהקנה לו מעכשיו על מנת שאם ירצה להוציאן יהי' קנוי לו למפרע משעה שהפקידו וכשאר מלוה. ולכך א"ש דלא מיחייב באונסין לר"נ דמ"מ קודם שגילה הנפקד דעתו שרוצה להוציאן לא קנה אותן וכשנאנס פטור רק ש"ש הוא דהוי בהאי הנאה דאי בעי כו'. ולכך כי לא הוציא לא מעל דלא קנאו כל שלא נתקיים שרצה להוציאן. וממילא אין המפקיד יכול לחזור כמו בכל תנאי מעכשיו דיכול לקיימו בע"כ וא"י לחזור. ולכך פריך ר"נ שפיר אר"ה דאמר אפילו נאנסה א"כ ע"כ סבר דגם הנפקד במה שמקבלו מותרין הוי כגילוי דעת מיד שרוצה להוציאן דאל"ה לא הי' חייב באונסין וא"כ ממילא קנאו

כשאר מלוה ופריך כי לא הוציא נמי דהא קנאו מיד וכמו שאר מלוה דקי"ל לאו לחזרה ניתנה כנ"ל. וא"כ מוכח שפיר מדברי תוס' כהש"ך ז"ל דגם לר"נ א"י לחזור בו ורשאי להחליפן דאי נימא דיש סברא לר"נ דגם המפקיד לא הקנה לו מיד רק כשיוציאן א"כ לא הי' מקשה כלל לר"ה דהוי ממש כמו אי מלוה לחזרה ניתנ' ואין ראי' כלל ממה שמחייב שא לשלא יוכל לחזור בו. וע"כ דזה שלא יוכל לחזור פשוט אצלו בלא"ה דמצד המפקיד הקנה לו מיד רק מצד הנפקד פליגי וא"כ מוכח שפיר כנ"ל דגם לר"נ א"י לחזור כיון שהוא כתנאי מעכשיו רשאי להחליפן בע"כ כנ"ל:

אך מ"מ יש לדחות די"ל דר"נ סבר דודאי אם חשוב מה שמקבל הנפקד גילוי דעת מיד שרוצה להוציאן א"כ חשוב מיד כמלוה דגם המפקיד מקנה מיד רק דסובר דלא חשוב גילוי דעת מהנפקד וממילא גם המפקיד אינו מקנה לו מיד רק כשירצה להוציאן וכתנאי דאם או לאחר ויכול לחזור בו ג"כ מקודם. ופריך ג"כ שפיר אר"ה כיון דמחייב באונסין וחשוב גילוי דעת מהנפקד שרוצה להוציאן א"כ קנאו מיד ג"כ ותלי' בהא:

אך הש"ך ז"ל סובר דאם הי' סברא שאין המפקיד מקנ' לו מעכשיו א"כ גם גילוי דעת של הנפקד י"ל ג"כ שלא יקנה מיד רק כשירצה להוציאן והוי כמלוה לחזרה ניתנה דחייב באונסין. וע"כ דהמפקיד כיון שאינו בידו וביד הנפקד להוציאן ממילא מקנה לו מיד ומוכח שפיר כנ"ל גם לר"נ לדידן:

עוד נראה טעם הש"ך ז"ל דמוכח מתוס' כיון שתלוי זה בהא דאמר בקע בו קנאו כו'. וא"כ ע"כ כוונת תוס' דר"ה הכי ס"ל וא"כ לדידן דקי"ל פ' השואל דלא כר"ה בהא רק כר"א דכשם שתקנו משיכה בלקוחות כן תקנו בשומרין ובשואל אף לא בקע קנאו שלא יוכל לחזור בו דכיון שהשאילו שישתמש מתי שירצה קנאו מיד במשיכה לזה שיוכל להשתמש וא"י לחזור בו וא"כ ממילא גם במעו' מותרין כיון שיכול להוציאן ממילא אף שלא הוציאן קנאו מיד במשיכה שלא יוכל לחזור בו ויוכל להחליפן בע"כ. והא דפריך ר"נ לר"ה ולדידי' מי ניחא די"ל דסבר ג"כ כר"ה בהא דלא בקע לא קנאו ולכך כי לא הוציא לא מעל לדידי' דלא קנאו במשיכה משא"כ לדידן דתקנו משיכה שפיר אפילו לא הוציא וכדמתרץ ר"ה. והא הנ"י פ' השואל כ' בשם הר"ן ז"ל דגם שומר שכר קונה במשיכה ואין הבעלים יכולין לחזור מליתן לו שכר שמירה ע"ש. וא"כ כיון שבזה הוי השכר שמירה מה שבידו להוציאן א"כ קנאו במשיכה לזה ואינו יכול לחזור בו ורשאי להחליפן כנ"ל:

וכן משמע מדברי הרא"ש ז"ל פ' הזהב מ"ט גבי גברא דיהיב זוזי אשומשמי לענין מעות בלא משיכה אי יכול להשתמש בהן כו' וכ' דאין נ"מ בפסק זה לדידן לפי מה שפ'

ר"ת ז"ל דאנן חשובין כשולחני כו' ע"ש. והא לשטת הרי"ף ז"ל ודאי דיכול להחליפן וא"צ להחזיר אף שהן בעין דהא כ' דהוי לי' כהלואה גבי' כו' דדילי' אינן, ע"ש. וכ"כ תוס' שלא הפקיעו חכמים כוחו לענין המעות ע"ש. וא"כ עדיין יש נ"מ דמטעם שולחני צריך להחזיר אותן המעות. ומוכח דגם משום שולחני רשאי להחליפן. ויש לדחות ע"ש. ומרמב"ם ז"ל ה' מעילה מוכח כהח"צ שפסק דלא כברייתא הנ"ל ואפילו הוציא לא מעל ע"ש מה שפי' הכ"מ דבריו. ואם הי' נקנה לו אותן המעות לגמרי א"כ לא גרע משואל עכ"פ דפסק דמעל המשאיל. אך בל"ז אינו מובן טעם הרמב"ם ז"ל שם ע"ש:

ובמרדכי פ' האומנין בשם מהר"ם ז"ל מבואר להדי' כח"צ דלא כש"ך שכ' ומשמע פ' המפקיד דלמ"ד נאנסה לא אם לא הוציא לא מעל כו' דכל כמה דלא הוציאן מצי למיהדר בי' ולתבוע פקדונו ואפ"ה אמרי' דהוי ש"ש ע"ש. ומ"מ יש לישב דהא הש"ך ז"ל בעצמו כ' סי' רצ"ג דאין לו מעות אחר צריך להחזיר אותן המעות כשתבעו ודוקא לענין זה קנוי לו שרשאי להחליפן אבל עכ"פ צריך לשלם לו כשתובע פקדונו ע"ש. וא"כ הא ודאי דבשביל מה שיכול להחליף במעות אחר לא הוי הנאה להיות שומר שכר כמ"ש תוס' פ' האומנין דמלוה על המשכון לא הוי ש"ש בשביל שיכול לקדש בו דהא גם במעותיו הי' יכול לעשות כן ע"ש. וא"כ מהר"ם ז"ל שרוצ' להוכיח שם לענין סרסור דאף שיכול בעה"ב לחזור בו ולא יהי' לו שכר מ"מ חשוב ש"ש ע"ש. וע"ז שפיר מוכיח דגם בפקדון מעות מותרין ג"כ יכול לחזור בו עכ"פ שישלם לו ולא יהי' לו שכר דמה שמחליף אינו ש"ש. מ"מ כל כמה דלא חזר בו חשוב ש"ש כנ"ל. אבל מ"מ יכול להיות דסבר כהש"ך ז"ל שרשאי להחליפן כנ"ל. ודוחק קצת ועדיין צ"ע ולכאורה גם לש"ך ז"ל יהי' הוחזק כפרן במעות מותרין כיון שראו בידו אותן המעות דאיך שייך אישתמוטי הא כיון שאין לו עתה מעות אחר צריך להחזיר אותן מעות עצמן כמ"ש ש"ך ז"ל סי' רצ"ג וצ"ל דסבר דמ"מ כיון שקנו לו אותן המעות שייך שצריך לעסק אחר ואישתמוטי כמו במלוה שהגיע הזמן דג"כ חייב לשלם ומ"מ שייך אישתמוטי כנ"ל. והיכא שהפקיד לזמן מעות מותרין אפשר לומר דאף בכל פקדון יכול לתבעו תוך זמנו היינו משום שהוא רק לטובת המפקיד. משא"כ בזה שהוא טובת הנפקד ג"כ י"ל דאינו יכול לחזור בו תוך הזמן וכאלו הקנה לו לנפקד שתוך זמן הזה מתי שירצה יכול להוציאן ולהיות לוה עלייהו וכמ"ש תוס' ורא"ש פ' המקבל לענין פלגא פקדון דעיסקא דא"י הנותן לחזור בו כיון שהוא טובת הנפקד ג"כ ע"ש. ויש לחלק. דג"כ תלוי בהנ"ל דלהח"צ כיון שא"י להחליפן הוי כמקנה לו אחר ל' יום דקי"ל דיכול לחזור בו קודם וכן במותרין אינו מקנה לו רק בשעה שיוציאם ויכול לחזור בו קודם:

(יד) **חפצים**. בטור כ' גם במעות פקדון ופי' הש"ך ז"ל בצרורין כו'. ולכאורה למ"ש סמ"ע דאף לשערי ר' אלפס וריב"א דגבי מלוה לא מיפסל אף בשבועה מ"מ מודים בפקדון בכפירה בלא שבועה דפסול משום דבמלוה אמרינן שמא חייב לו ממקום אחר ומלוה ישינה יש לו עליו ואמת נשבע שאינו חייב לו אבל פקדון מאן שם לי' ע"ש ס"ק י"ג. וא"כ זה דוקא בחפץ אבל מעות פקדון דמבואר לעיל סי' ע"ב ובב"י כאן דיכול להחזיק לעצמו בחובו דא"צ שומא. וא"כ גם מעות צרורין לא יפסל בכופר לריב"א ושערי ר"א דשייך שמא מלוה יש לו עליו כנ"ל. אמנם י"ל למ"ש בעה"מ ריש ב"מ אהא דמלוה ישינה כו' הקשה לטעון ולימא הכי והוכיח דאינו נאמן ורמב"ן ונ"י תירצו דרוצה החפץ ואעפ"כ אינו חשוד דלא תחמוד בלא דמי משמע להו ע"ש. וא"כ במעות לא תלינן כלל במלוה ישינה דא"כ לטעון ולימא הכי דבמעות נאמן אף לבעה"מ ולא שייך תירוץ רמב"ן ז"ל כיון שהוא מעות ושפיר פסול בכופר בפקדון במעות. אך לשערי ר"א וריב"א ע"כ לא אמרינן זה דבשבועה במלוה ודאי קשה לימא הכי. וע"כ דסוברים כיון שאמר סתם ונשבע שאינו חייב י"ל כוונתו משום מלוה דגם זה נקרא שפיר שאינו חייב ומה צורך לו להוסיף ולטעון מה שאין צריך כי שאין חילוק. ואדרבה דוקא בחפץ הקשה בעה"מ שפיר דאם אין רצונו כלל לגזול ולהחזיק החפץ רק לתפוס בשביל מלוה יטעון האמת ומה לו לעבור עכ"פ בלא תחמוד ולשקר כנ"ל. אבל במעות מלוה שאינו משקר כלל במה שאומר איני חייב לך שייך שפיר כנ"ל לא מיפסל בשבועה וממילא גם בפקדון מעות שייך כנ"ל. ולא שייך לטעון ולימא הכי כיון שאין חילוק ואמת הוא שאינו חייב לו:

ובב"י סי' ל"ד כ' ג"כ טעם הריב"א לחלק בין שבועת מלוה לפקדון דבפקדון דרך להשביע שלא פקיד ואף שיש לו מלוה מ"מ נשבע לשקר אבל במלוה דרך לישבע שאינו חיוב לו וי"ל משום מלוה ע"ש. וקשה בכופר בפקדון בלא שבועה למה פסול שמא משום מלוה ואף שמשקר לא נפסל בשביל שמשקר בלא שבועה. וצ"ל ג"כ כנ"ל דסבר כתוס' ב"מ ו' דכיון שהוא גזלן לפנינו בודאי או כופר בפקדון לא תלינן בס' מלוה להכשירו אך דוקא כשבודאי משקר היינו שאומר לא הפקיד וכה"ג. אבל בנשבע שאינו חייב אף שעדים מעידים שלוה לא נתברר כלל שמשקר דכיון שיש לו מלוה באמת אינו חייב. ובחפץ בכופר בפקדון י"ל כיון דעכ"פ עבר אלא תחמוד איתרע חזקת כשרות ולא תלינן שוב כלל במלוה להכשירו ודוקא כשרואין שמשלם אמרינן לא תחמוד בלא דמי כו'. או לתלות במלוה היכא דיש לומר שלא עבר כלל כמו בנשבע במלוה שאינו חייב. אבל בכופר בחפץ דנימא מספק שמא יש לו מלוה ואז עדיין עבר בל"ת ואף שלא יפסל מ"מ אין תולין. וכמו ברואין שעבר דלא אמרינן שוגג הי' וכן הנ"ל. אבל במעו' פקדון דאי יש

לו מלוה לא עבר כלל י"ל דלא נפסל. ובכופר לא הפקיד או החזרתי י"ל דפסול משום דאי יש לו מלוה לימא הכי כמ"ש בעה"מ ולמה משקר וכמ"ש רש"י ז"ל ריש ב"מ אהא דכפירה במקצת ע"ש. אבל באומר איני חייב לך ולא בירר דבריו היך י"ל דאינו פסול כלל ואפשר דגם שאר פוסקים מודים לריב"א בהא אף בנשבע במלוה אינו חייב סתם דלא מיפסל. וכן כופר בפקדון מעות ואומר איני חייב לך סתם. אך מסתימת הפ' לא נראה כן. ומ"מ נראה דהטעם הוא דעכשיו דבאים עדים ומכחישים הי' לו לתרץ דיבורי' ולפרש דבריו דמה שאמר איני חייב הי' משום מלוה שיש לו עליו. ובזה י"ל דפליגי להשר"א וריב"א גם בזה לא מיפסל כיון שיש לתלות במלוה ובמה שאינו מפרש לא נוכל לפסלו. ולשאר פוסקים כיון שמעידים שלוה ולא פרע וחייב בודאי לא תלינן במלוה כשאינו מפרש. אבל במתרץ דיבורי' שמה שאמר איני חייב או אין לך בידי משום מלוה שיש לו עליו הי' לא נפסל דנהי דאינו נאמן כיון שאין לו מיגו מ"מ אינו פסול דהא רמ"א סי' ע"ב ס' י"ז כתב דיכול לישבע לכתחלה שאינו חייב לו סתם כשתופס מעות בשביל מלוה ע"ש. וא"כ איך נימא דהוא לא ידע שיש עדים ורשאי באמת לישבע שאינו חייב ואח"כ כשבאו עדים יהי' נפסל לעדות ולשבועה הא ודאי ליתא. לכן נראה כמו דבהנך שמבואר לקמן סי' ע"ט סעיף ו' שיכול לפרש ולא הוי חוזר וטוען ע"ש כמו כן בנשבע שאינו חייב או בפקדון מעות וכפר שאינו חייב ובאים עדים אח"כ ומפרש דיבוריה שבשביל מלוה אמר כן דלא נפסל כלל ואף שאינו נאמן מ"מ אינו חשוד להיות שכנגדו נשבע ונוטל ובחפץ נראה דלא מהני אם מפרש דבריו אח"כ בשביל מלוה כיון שמ"מ עבר אלא תחמוד גם לפי דבריו משא"כ במעות דמוקמינן אחזקת כשרות. אך מדברי הפ' בנסכא דר"א משמע שאם הי' ב' עדים דחטף הי' גזלן גמור ופסול אף שאומר דידי חטפי ואף דקי"ל עביד איניש דינא לנפשי' בדבר שהוא שלו ואם לא הי' עדים הי' מותר לו לתפוס לכתחלה חפץ שלו מ"מ כשיש עדים לא מהימן ויפסל. דאל"כ שום גזלן לא יפסל שיוכל לומר דידי' חטף. וכ"כ בת' רשב"א הובא ב"י סי' ל"ד שכ' וכן בגזילה כו' אין תולין אותו במלוה ישינה או דידי' חטף ע"ש. ומשמע אף שטוען כן מ"מ נפסל. ונראה הטעם דכ' בש"ע לעיל סי' ד' דדוקא באין עדים יכול לתפוס חפץ שלו כו' ע"ש. והיינו משום שיהי' נאמן עליו ע"פ דין. אבל בגוזל בעדים כיון שיודע שיש עדים ויתחייב להחזיר ע"כ דעתו לגוזלו ולא לתופסו ע"פ דין כיון שלא יהי' נאמן. וממילא גם בכופר בפקדון מעות או בשבועה במלוה כיון שיודע שיש עדים ולא יהי' נאמן לטעון שיש לו מלוה עליו ע"כ דעתו לגזול ופסול. אמנם נראה דאם עדים ראו מבחוץ וכה"ג שהוא אינו יודע שיש עדים לא נפסל דהא למה שהי' סבור שאין עדים שפיר הי' יכול לתפוס לכתחלה חפץ שלו

ומותר ולמה יהי' פסול אח"כ וכן בכופר כנ"ל בפקדון מעות. ולשערי ר"א וריב"א נראה דאף שידע מהעדים מ"מ לא נפסל בכופר במעות פקדון שאינו חייב לו וכמו בשבועה במלוה כנ"ל. ואף דבסמ"ע מבואר דבדין הש"ע מודים שערי ר"א וריב"א ובש"ע איירי שאמר רק אין לך בידי כו'. מ"מ היינו בחפץ אבל במעות נראה כנ"ל:

(**טו**) **והלה אומר אין לך בידי כלום ועדים מעידים** כו'. נראה לע"ד דדוקא נקט שכפר מקודם ואח"כ מעידים העדים אבל תבעו ק' והעידו על נ' ואח"כ כופר אין הדין כן. דהא קי"ל דפקדון הוי הילך ואם כן לכאורה למה חייב מדר"ח קמייתא בפקדון הא לא עדיף מהודאת פיו דהילך הוא. אך ז"א דפקדון הוי הילך משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא הוא אבל כיון שכפר דקי"ל כופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין בש"ס פ' הגוזל ע"ש. וא"כ שוב לאו הילך הוא דגזילה אינו ברשותו דקי"ל א"י להקדיש כו'. וזה שפיר במעידים אחר שכפר אבל אם העידו קודם שלא ידענו עדיין אם יכפור אף שכופר אח"כ מ"מ בשעה שהעידו הי' הילך ולא עדיף שעת עדותם מהודאת פיו שהי' פטור אם הי' אומר הילך ונתן לו ואח"כ חטפו ממנו בפנינו כיון שיצאה הודאה בפטור. וכמו כן בעדים כיון שבשעת עדותם הי' פטור דכל זמן שלא כפרו ברשותא דמרא קאי. ואף שאחר הכפירה עדיין עדותן קיימת ואם הי' תובע עכשיו ומעידים הי' חייב שבועה מ"מ הא משמע מדברי הר"ן ז"ל שבועות במתני' דמלוה על המשכון גבי נ' דחבלה דמשום שלא נעשה העדאת עדים רק אחר השבועה ולא יצאה מעולם בפטור ע"ש. אבל אם הי' העדות קודם השבועה שבשעת עדות הי' בפטור לא הי' מתחייב אח"כ וכמו גבי הודאה כשיצאה מפיו בפטור דלא מיחייב שוב אח"כ ע"ש. וא"כ הכא כיון שבשעה שהעידו הי' הילך ומפטר לא מיחייב שוב אח"כ אף שכופר ונעשה אינו ברשותו כנ"ל. ואף דלכאורה י"ל דהא דהילך הוי בפקדון היינו דכיון שניתנו לו אחר כך איגלאי מלתא דברשותי' דמרי' הוי קאי משא"כ כשכופר לבסוף ולא בא לידי גבי'. וכמו שכ' תוס' השולח (דף מ"א) באפותיקי מפורש דלמפרע גובה משא"כ כשלא גבאו לבסוף. וכן פקדון שא"א לסלקו בדבר אחר לא גרע מאפותיקי ולכך כי גבאו הוי ברשותא דמרי' לבסוף משא"כ כשכופר אח"כ. אך ז"א דבש"ס ב"מ ו' בתקפה ושתיק ולבסוף צווח דאי אמרינן אודויי אודי חל ההקדש כמ"ש תוס' שם דלא מיקרי אינו ברשותו כיון שהודה נעשה כפקדון ע"ש. והא התם עכשיו צוח וכופר ומוכח דמ"מ בשעה שלא הי' כופר הי' ברשותו כנ"ל. וכן במקדש בפקדון שביד חבירו דקי"ל מקודשת ולא חילקו אף שכופר אח"כ. וכן משמע מאותן ראיות שהביאו תוס' ב"ק ע' דפקדון ברשותי' דמרי' להקדישו מהא דגונב מהנפקד חייב כפל כו' ע"ש והתם ג"כ לא בא לידי גבי' לבסוף. וכן מהא שהוכיחו תוס' דלל"ק דלא

כ' אורכתא אמטלטלין היינו בגזילה ולא בפקדון ואי כנ"ל י"ל דאיירי שפיר בפקדון רק דאם יכפור לא יוכל להוציא ממנו בדין דלא הי' ברשותו להקנותו ולאו בע"ד דידי'. וע"כ דאו מ"מ כל דלא כפרי' ברשותא דמרי' קאי אף שכופר לבסוף והי' מועיל ההרשא' כנ"ל. וממילא גם הכא פטור כה"ג כיון שהעידו קודם שכפר. וממילא נראה הכא אם הנפקד אינו כופר כל רק אומר א"י על הכל אם הוא שלך ועדים מעידים על מחצה לא אמרינן דהוי משאיל"מ דכיון שלא כפר הוי הילך כנ"ל:

גם הי' אפשר לומר קצת דכיון שהעידו קודם ואחר כך כפר לא מיפסל כלל דאינו אלא כפירת דברים וכמו לרבה פ' שה"פ בכופר מלוה שיש עליו עדים ואף דלא קי"ל הכי היינו כשלא העידו בב"ד אבל בכבר העידו ונתקיים העדו' הוי רק כפירת דברים וכמבואר ברמב"ם ז"ל פ"י מה"ש ה' ט"ו ובתוס' שבועות ל"ג ע"ש:

אמנם נראה דדוקא לענין קרבן שבועה אבל לענין פסול י"ל דמיפסל דמאי בכך שאין כפירתו מועלת והב"ד יחייבוהו מ"מ אנו רואין שרוצה לגזלו ועדיין אינו מוכרח דכיון דלא גזלי' רק בכפירה זו נעשה גזלן כדאמר ב"ק ק"ה וא"כ י"ל דוקא היכא דחשוב כפירת ממון משא"כ כשאינו רק כפירת דברים י"ל דלא נעש' גזלן בהכי. דהא ר"ש בעי למילף לה דכופר נעשה גזלן מקרא דוכחש בה כו' ע"ש. ומשמע דוקא היכא דמקרי וכחש לענין קרבן. וא"כ כפירת דברים שאינו בכלל וכחש לא מיפסל ג"כ. וקצת יש להביא ראי' דמיפסל דהא לרבה כשיש עדים אף שלא העידו עדיין מ"מ חשוב לי' כפירת דברים לענין קרבן ע"ש שבועות ל"ז. וא"כ לדידי' היכא משכחת לה כופר בפקדון פסול לעדות הא ע"י עצמו לא מיפסל רק בעדים ושוב הי' כפירת דברים כיון שיש עדים וע"כ דלענין פסול פסול. וממילא כן לדידן כשכבר העידו אך ז"א דמנא לן דרבה סבר מימרא דר"ח ור"ש ושמא באמת לא מיפסל לרבה כופר בפקדון. ולדידן הא איתותב רבה ואין ראיה. אך קצת משמע מדאמר סתמא כופר בפקדון פסול דאין חילוק בין כבר העידו או אח"כ. וגם דהוי לי' לאוקמי מה דפריך ממתני' דא' שבועת הפקדון כה"ג שכבר העידו דאז לא מיפסל רק משום השבועה ויש לדחות דכה"ג לא מקרי כלל שבועת הפקדון. דהא לכך לא תני שבועת מלוה משום דקאי אקרא כמ"ש תוס' שם גם דיש להסתפק קצת במודה מקצת וכה"ג דמחויב שבועה ואח"כ נעשה חשוד קודם שנשבע אם הדין ג"כ שכנגדו נשבע ונוטל. ולחד תירוץ תוס' פ"ק ב"מ דמה"ת הוי ליה מתוך שאיל"מ רק משום לא שבקת חיי צריך תובע לישבע י"ל דכה"ג נוטל בלא שבועה כיון שנתחייב שבועה כבר ולא הי' שייך התקנה. והוי כאינו רוצה לישבע אחר כך דנחתינן לנכסיה. ולתירוץ הב' דכיון דרוצה לישבע לא חשוב מתוך כו' רק חכמים קנסו לחשוד. י"ל להיפוך דכה"ג לא שייך

התקנה כיון דקם דינא ואין לזה עליו רק תביעה מחיוב שבועה וזה אנוס שא"י לישבע שאין מניחין אותו וא"כ כאן כשהעידו עדים מקודם לא הי' אז חשוד כשהעידו רק אח"כ. אך ז"א דגם כה"ג שנעשה חשוד אח"כ הדין שכנגדו נשבע ונוטל. דעיקר התקנה שלא יהי' חוטא נשכר שע"י שהוא חשוד יהי' נפטר. זה שייך גם בנעשה חשוד אחר החיוב שבועה שלא יהי' נשכר ע"י שנעשה חשוד כנ"ל. וכן משמע בר"ן פ' כל הנשבעין דזה גרע כשכבר יש עליו חיוב שבועה גרידא ואח"כ נולד שא"י לישבע מהיכא שמיד אינו יכול לישבע ולא חלה עליו חיוב שבועה מעולם ע"ש. ומש"ס אין ראיה ממה דמדמה מת לוה בחיי מלוה לב' חשודין דהתם מ"מ בשעה שתובעו לדין כבר א"י לישבע ע"ש:

(טז) **שראו בידו כשנתבע** כו'. אבל לא ראו בידו אף דקיימא באגם לא מיפסל דאמרינן משתמיט עד דבחישנא ליה כו'. כדאמר בש"ס פ"ק דב"מ ופ' הגוזל. ורש"י ז"ל ריש ב"מ ה' אהא דמייתי תדע כו' כופר בפקדון פסול כו' ופי' הרי בעין כו' ואי אבד יטעון שאבד ויפטר כו'. ואף דלכאורה שמא אבד בפשיעה ומשתמיט כיון דחייב. וע"כ כמ"ש הש"מ דמ"מ יטעון אבד בלא פשיעה ועכ"פ יאמר אמת שאבד ומה לו להעיז להד"מ. ואח"כ מוכח ג"כ כן שפירש אמאי דפריך מד' שומרין צריכין כפירה במקצת נימא מיגו דחשוד כו'. ופי' בשלמא האי דנאנסה שמא פשע כו' אבל האי דכפירה ודאי כופר הוא כו' ע"ש וקשה ג"כ שמא פשע באמת. וע"כ דלטעון נאנסה ומדלא טעין ע"כ לגזול מכוון. וא"כ קשה למסקנ' דמשני דלמא אבד ומשתמיט עד דבחישנא ליה. ועדיין קשה א"כ יטעון שאבד ויפטר ומה לו להעיז ולומר להד"מ ולא יישב כלל הקושיא דפריך. ואם מסיק דלא אמרינן סברא הנ"ל מדלא טען א"כ לישני דשמא אבד בפשיעה כנ"ל. ונראה בפשיטות למ"ש תוס' ב"ק פ' הגוזל שהקשו לרב"ח ליהימן במיגו דאי בעי אמר אהך דכפירה ג"כ נאנסה והי' פטור. ותירצו דמיירי דהך דכפירה קמן וזה טוען שלי הוא דלא מצי אמר נאנסה ע"ש. וקשה תינח למ"ד לא חשוד אשבועה אבל למ"ד חשוד אממון חשוד אשבועה כדפריך הכא ולא משכחת לדרב"ח אלא בליתא קמן דמישתמיט עד דבחישנא כו'. וקשה קושית תוס' ליהימן במיגו וקשה ממ"נ באיתא קמן פטור דמיגו דחשוד כו' דלא שייך מישתמיט ואי ליתא קמן מיהימן במיגו כנ"ל. וא"ל דאמרינן דסבר מיגו לפטורי משבועה לא אמרינן דהא בש"ס שבועות ר"פ כ"ה סבר רב"ח דלא משכחת ש"ש רק באפקיד ליה בשטר ואף מיגו דהעזה אמרינן לפטור משבועה. ובל"ז להרבה פ' אמרינן מיגו לפטור משבועה בלא העזה. וע"כ צ"ל דאין כוונת תוס' דוקא האי דכפירה קמן רק שהטענה על פרה מסוי' שמכירין אותה וטוען הפקדתי אותה בידך והוא טוען אותה פרה שלי היא ולא הפקדת מעולם בידי ואעפ"כ לית' קמן עכשיו דשייך שפיר

מישתמיט עד דבחישנ' דשמא נאבדה וקיימא באגם. ואעפ"כ לית לי' מיגו דנאנסה דאם יטעון נאנסה ויודה ששלו הוא יצטרך להחזירה כשימצאנה משא"כ כשטוען שלי הוא ואף דלכאורה ממ"נ אם רצונו לגוזלה א"כ חשוד כו' ואי אבד ומישתמיט ע"ז אית לי' מיגו דנאנסה ואף שיצטרך להחזירה הא באמת רוצה להחזירו כנ"ל כשימצאנה. אך לא קשה דהא לכאורה איך מחייבין שבוע' בשביל מישתמיט עד דבחישנא ליה מאי בכך כיון שבאמת יחזירה לו אין כאן כפירה כלל. דבשלמא גבי מודה מקצת דאישתמוטי עד דהוי לי' זוזי הוי שפיר כפירה כמו כפירת זמן ע"ש ח"מ סי' ע"ג דמחויב לו עכשיו. אבל זה המשתמיט עד שימצאנו אינו כפירה כלל ולמה ישבע. (חסר סיום המאמר):

סעיף ט

(יז) **ישבע** היסת כו'. לכאורה למה ישבע היסת. שא"י הא אין נשבעין על טענת ספק וזה טוען רק ספק שמא יודע שחייב לו וא"כ מה שנשבע שא"י הוא רק על טענת ספק. וי"ל דהטעם דאין נשבעין על ספק דבשלמא בשבועה דאוריית' הטעם דהוי משיב אבידה משא"כ בהיסת לא שייך זה דגם בה חייב. רק הטעם דכל התקנה הי' משום חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו ובטענת ספק לא שייך זה ופטור כנ"ל. משא"כ כאן שטוענו ברי רק שא"י אם הנתבע יודע אם לא דמ"מ שייך החזקה דאין אדם כו' כיון שעל גוף הדבר טוען ברי ושפיר חייב לישבע היסת שא"י כנ"ל:

(יח) **לצאת ידי שמים**. הרמב"ם ז"ל לא הביא דחייב לצאת ידי שמים בא"י אם הלויתני ע"ש ותמהו שם למה ע"ש. וי"ל דהטעם דחייב לצי"ש הוא דהקשו הפ' למה ס' ממון לקולא הא הוי ס' איסור גזל וס' איסור לחומרא ותירצו דגם לגבי הב' יהי' ס' גזל. והקשו דבברי ושמא קשה דלגבי הב' לא יהי' ס' ע"ש. אך י"ל דמ"מ הב"ד אין יכולין להוציא דאנו אין יודעין האמת ושמא יהי' לב' גזל כנ"ל. אך לצי"ש שפיר חייב משום דלגבי' הוא ס' איסור גזל כנ"ל. אך י"ל דש"ס קאי למ"ד לא בעינן חתיכה מב' חתיכות וס' דאורייתא מדאורייתא לחומרא שייך כנ"ל. משא"כ למאי דפ' הרמב"ם דס' מדאוריי' לקולא י"ל גם לצי"ש אינו חייב דכאן לא שייך מדרבנן יתחייב דחכמים לא תקנו רק כשלא יהי' איסור וכאן אולי יעשה הב' איסור כנ"ל ופטור גם לצי"ש:

ועוד למ"ש ס' גזל התירה התורה והיינו היכא דבאמת פטור גם לצי"ש ואף אי באמת חייב התירה תורה אבל בס' כיון דחייב לצי"ש לא התירה כלל אבל אי אמרי' מדאורייתא לקולא א"כ למה יאסרו חכמים בשלמא בכל ס' אסרו דאף שמותר מה"ת מ"מ אולי הוא חלב ויעשה איסור משא"כ כאן אם מותר מן התורה התירה אף שהוא חייב באמת ולמה יאסרו ולכך פטור גם מדרבנן מלצאת ידי שמים כנ"ל כיון דפסק ס' דאורייתא

מדאורייתא לקולא כנ"ל. עוד י"ל דהטעם לחייב לצי"ש הוא משום דהא איכא חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו כדאמר בש"ס לענין היסת ע"ש. דהא לא ידע שיטעון א"י ואין אדם מעיז ליכא נגדו כיון שטוען א"י. רק דאין יכולין להוציא ממון בחזקה זו כנ"ל. אבל הנתבע עצמו שפיר צריך לשלם לצי"ש דהא יש ראיה שהוא אמת משום חזקה הנ"ל. ואף שאין יכולין להוציא מ"מ החזקת ממון אינה מבררת שאינו חייב כנ"ל. והנה הפ' פירשו הסברא דחזקה דאין אדם תובע כו' הוא דאלו הי' יודע שהוא שקר ובאמת אינו חייב א"כ למה תובעו בחנם הא ודאי יטעון האמת ויכפור ולא יוציא ממנו כלום ולכך החזקה דודאי חייב ותבעו שיודה כנ"ל. אך לכאורה עכשיו דתקנו רבנן היסת לכאורה לא שייך חזקה הנ"ל דאף שהוא שקר יכול להיות שתובעו דאף שיכפור יתחייב היסת וכשלא ישבע אף שהוא אמת ישלם לו ולא שייך טעם הנ"ל. אך מ"מ א"ש דאמר התם טעמא דתיקון רבנן היסת משום חזקה הנ"ל דאין אדם תובע כו' דהא אם לא היו מתקנים היסת הי' שפיר שייך חזקה הנ"ל ולכך תקנו היסת ואף דעכשיו לא שייך מ"מ איך נימא דיהי' הדין שיפטר בלא שבועה שוב יהי' שייך החזקה הנ"ל, אמנם לענין שיתחייב בא"י לצי"ש משום חזקה הנ"ל ממילא ליתא דהא עכשיו לא שייך כלל החזקה כיון שכבר תקנו היסת וממילא פטור גם לצי"ש. אמנם בש"ס אמר ר' יוחנן שפיר בא"י חייב לצי"ש דהא ר"י קודם דתיקן היסת איירי ושייכא החזקה כנ"ל אבל עכשיו דתיקון כנ"ל י"ל סובר הרמב"ם דבאמת פטור גם לצי"ש כנ"ל:

עוד י"ל דהא באמת למ"ש הפ' דלכך לא הוי ס' איסור גזל משום דס' גזל התירה התורה ואף אי באמת חייב מ"מ כיון שהוא ס' פטרה תורה וא"כ למה באמת יהי' חייב לצי"ש הא כיון שהוא א"י והוא ס' פטרה כנ"ל אך י"ל למאי דמבואר בש"ס גבי אמר לשנים כו' דבהפקידו בכרך אחד הוי ליה למידק ע"ש. והיינו דמה ששכח ואינו יודע הוי פשיעה כיון דהו' לי' למידע והוי כפשע בו ע"ש. והנה ריש פ' הכונס אמרינן דהיכא דשוויי' טמון באש היינו שהטמין כליו של הניזק ופטור המזיק חייב הוא בבא לצי"ש ואף דהתורה פטרה טמון באש מ"מ הא אתה הגורם שיהי' פטור במה שהטמין ולכך חייב בד"ש כנ"ל ע"ש. וגם חזינן במוכר שט"ח ומחלו אף במוחל לעצמו ג"כ חייב גרמת לי היזק שלא אוכל לגבות ממך ע"ש. וממילא נראה היכא דהמזיק עצמו הטמין כליו של הניזק גם כן חייב בד"ש דהא גרמת לי שפטרה אותך התורה מטעם טמון באש וחייב כנ"ל. וא"כ י"ל הטעם כאן דחייב לצי"ש בא"י דהא אף דס' גזל התירה התורה מ"מ מה בכך הא לא עדיף מטמון באש דפטרה תורה כנ"ל. וגם כאן כיון דמה שהתירה התורה הוא רק מחמת שאינו יודע ששכח והוא ס' וזה הוא ע"י פשיעתו דהוי לי' למידק וא"כ אף

שהתירה תורה מ"מ הא זה נעשה ע"י פשיעתו והוי כשווי' טמון באש שגם כאן גרם שהתורה פטרתו ע"י ששכח ואף שהוא לעצמו מ"מ הוי כמוחל לעצמו כנ"ל. וגם כאן גרם ע"י ששכח שיהי' פטור בעצמו כמו בטמון כנ"ל ולכך שפיר חייב בד"ש כנ"ל. ואף דלכאורה ז"א דהא כיון שא"י א"כ אי באמת לא לוה לא גרם לו היזק כלל ופטור רק אי לוה הוי פשיעה וא"כ זה עצמו הוא ס' גזל עדיין והתירה התורה ועדיין יהי' פטור כנ"ל. אך באמת ז"א דבשלמא לענין ההלואה אמרינן שפיר כיון שהתורה התירה פטור לגמרי גם לצי"ש דכיון דאף אי באמת לוה מ"מ כיון שהוא ס' פטרתו התורה ושוב אחר הפטור אין לנו עסק בו כנ"ל. אבל למ"ש א"כ אם באמת לוה ממנו שפיר חייב גם אחר שפטרתו התורה דהא מה שפטרתו הי' ע"י פשיעתו ששכח כנ"ל. ואף דנימא דגם זה ס' והתורה התירה. מ"מ הא גם זה הפטור הוא ג"כ ע"י פשיעתו. ואי נימא עוד כנ"ל הוא ג"כ מחמת פשיעתו ואין שייך לסלקו מהחיוב ולכך שפיר חייב לצי"ש דשמא באמת לוה ואף שהתירה התורה מ"מ חייב כנ"ל. ומ"מ אינו חייב בדיני אדם דגם בשווי' טמון כו' פטור מדיני אדם כנ"ל:

אמנם י"ל למ"ש הפ' דזרק כלים מראש הגג והי' תחתם כרים וכסתות וקדים הוא בעצמו וסילקן ג"כ פטיר דכשזרק לא הי' ראוי להשבר ולא הי' היזק עדיין ובהסילוק לא עביד בגוף הדבר ע"ש ובהנך דעיקר חיובו הוא לצי"ש י"ל דבכה"ג גם לצי"ש פטור וכן אף החולקין שם י"ל דמודים היכא דאינו חייב אלא לצאת ידי שמים ע"ש:

וא"כ למ"ש הר"ן דהיכא דשייך מי יימר דמשתבע לא הוי ממון כלל ומבואר בש"ס דלא מקרי היזק גבי משביע עד א' ע"ש. וא"כ דתקנו רבנן היסת וגם בטוען א"י צריך לישבע י"ל דלא שייך טעם הנ"ל דהא:

במה ששכח לא הי' עדיין גרם היזק שגרם שיהי' פטור ז"א דהא עכ"פ יצטרך לישבע ושייך מי יימר דמישתבע ולא הי' היזק אז רק עתה שנשבע ג"כ אינו עושה היזק בגוף הדבר דהא נשבע אמת כיון שכבר שכח ואף שבעצמו עשה שניהם מ"מ פטור כמו בזרק כלים וקדם וסלקן ולכך י"ל דפטור עכשיו גם מלצי"ש משא"כ בש"ס דאיירי קודם דתיקן היסת הי' אז ברי הזיקא מיד כששכח כנ"ל:

סעיף יא

אמר ליה חייב אני לך מנה והלה אומר ודאי לי שאינך חייב לי כלום פטור אף על פי שיודע בודאי שהוא חייב דהוי כאלו מחל לו::

(**יט**) **והלה אומר** כו'. בטור בשם הר"מ וכ' ב"י במרדכי כו' ובאמת גם הרא"ש הביאו שם פ' י"נ. אך משם מוכח רק הודאה דלא שייך מחילה כיון שאמרו לאו אחונא קודם שנפל

לו הירושה אינו מועיל סילוק וקנין ודוקא נחלה ממקום אחר מתנה ע"ש ריש הכותב ואה"ע סס"י צ"ב. ומשום הודאה. דכעדים. וכיון דסתרי הוי כתרי ותרי. וממילא האח שהוא ודאי ולגבי שאר תרי ותרי אם הם אחים אין ס' מוציא מידי ודאי כמו ס' ויבם (יבמות ל"ד). ואין הוכחה שיהי' כמחילה שלא יועיל תפיס' ושלא יצטרך לשלם לציי"ש: **ואפשר** די"ל הא דאין הבן יכול להסתלק מירושת אביו הבאה הוא לגבי אחרים אבל לגבי אחיו כיון דיורש הכל רק כשיש עוד יורש גם הוא י"ל דמהני סילוק דממילא הכל של אחיו. דמה"ט כ' תוס' ריש ב"מ לחלק בין ס' ויבם לחצי שלי ע"ש. וא"כ י"ל דההודאה דלא אחונא כמו אודיתא קנין כן נסתלק בהודאתו ונשאר של אחיו. אך א"כ ג"כ אין ראי' דלהיפוך הודאת זה שאחיהם הוא לא מהני להיות קנין אם אינו אחיהם דהוי דשלב"ל משא"כ חייב אני לך דכמו כן מהני הודאה לחייב א"ע כמו הודאה לפטור. ולכאורה אם באמת חייב לו א"כ מעולם לא נתחייב בהודאתו במה שאינו חייב ושוב התובע מחל בהודאתו שאינו חייב. ואם באמת לא חייב לו א"כ להיפוך זה לא מחל כלום בהודאתו דכן האמת וזה נתחייב במה שאינו חייב. וא"כ יהי' הדין בבאים עדים שחייב יהי' פטור ולהיפוך שאינו חייב יהי' חייב. ואין סברא מדלא כתבו הפ' חידוש כזה. ועוד דא"כ יוכל להשביעו היסת דהרי עתה חוזר ותובעו אין אתה חייב לי ושוב אתה חייב בהודאתך והלה כופר שחייב כו' ופטור. ואין לומר כשאומר ודאי שאינך חייב לי מחל גם זה החיוב שע"י הודאתו שאמר חייב אני לך כו' אף אם נתחייב במה שאינו חייב. דז"א דא"כ דוקא שזה אמר קודם חייב אני לך ואח"כ השיב ודאי כו' אבל אם זה אמר מקודם לא שייך כנ"ל. וא"כ מאי מייתי במרדכי מהא דט"ח והל"ב. הא שם ההודאה קודם שזה השיב שעורין וא"כ הרי נתחייב בהודאתו וזה החיוב לא נכלל בהודאה של הלה. ועוד כשהשיב לא לוית ממני וכה"ג לא שייך הנ"ל שנכלל. ולכך נראה לע"ד דהא מבואר בש"ס ופ' דהא דאודיתא קונה או מתחייב במה שאינו חייב רק דוקא בהודאה המועלת בתורת הודאה היינו באתם עדי ובשטר וכה"ג אז מתחייב וקונה ג"כ. אבל הודא' בלא א"ע שאין חשוב הודאה לנאמנות לא מהני להתחייב ולקנות ג"כ וא"כ לא מבעי' להמבואר בתוספתא הובא בש"ך סי' פ"ח דכשהודה בלא תביעה אף בפני ב"ד יכול לחזור בו א"כ פשוט דכאן הוי בלא תביעה דהרי אדרבה אומר שאינו חייב לו רק דגם להחולקים שם או שאומר חייב אני לך מנה ויאמר אתם עדי וכה"ג. מ"מ כיון שהלה אומר שאינו חייב והוי הודאה להיפוך לענין נאמנות ומסלוק עדים של המתחייב שוב גם לענין חיוב מה שאינו חייב לא מתחייב כלל כמו בלי א"ע כנ"ל. ושוב גם תפיסה לא מהני דמיד לא הי' חשוב הודאה להתחייב כמו בלי א"ע. משא"כ הודאה של זה למחילה א"צ א"ע כנ"ל:

אמנם לפי הנ"ל הי' דוקא או באמר זה מקודם חייב אני לך והלה השיב מיד תכ"ד שאיני חייב לו או שזה אמר מקודם שאינו חייב כמו ט"ח והל"ב אבל אם זה הודה שחייב לו ואמר א"ע. ואחר כ"ד אומר זה ודאי שאינך חייב לי. בזה י"ל דוקא לשון זה שאינו חייב דאז נכלל מחילה גם על החיוב חדש. משא"כ לא לוית וכה"ג לא נכלל מחילת חיוב מה שאינו חייב כנ"ל. דבשעת הודאתו הי' מועיל להתחייב ולא פקע החיוב למפרע ע"י הודאתו לא לוית. אולם מ"מ נראה דגם בזה פטור. דהא דהודאה קונה או מתחייב הוא ע"כ רק כמו שיש רשות לאדם להקנות מה ששלו כן יש לו רשות להאמין ולהודות שיהי' כמו שהי' כן ואף נגד עדים כיון דהודאתו חשובה יותר מעדים. אבל שיועיל יותר מהודאת שכנגדו שמצד נאמנות לא הי' מועיל הודאתו יותר משל שכנגדו אין חל חיוב ג"כ יותר וממילא אף שהודה שלוה ואחר כ"ד אומר זה לא לוית ממני כלל ג"כ פטור דע"ז לא הי' כלל חיוב שלו בהודאתו שיהי' חייב אף שהלה יודה להיפוך כנ"ל. רק תפיסה אפשר דמועיל שוב בזה כמו תרי ותרי אך גם בתרי ותרי להפוס' דדוקא בטענת ברי מהני. וכאן חשוב תפיסה בלא טענה דאדרבה אומר שאינו חייב לו כנ"ל. והי' מיושב מה דבט"ח והל"ב מהני תפיס' ובדין הנ"ל לא מהני. היינו משום דשם שוב הוי תפיסה בברי דהא טענו חטין בברי. משא"כ בהנ"ל שאומר ודאי שאינו חייב דאף דחשוב חיוב שיהי' תרי ותרי מ"מ הוי תפיסה בלא טענה דלא מהני כנ"ל:

(כ) **ודאי לא** כו'. בסמ"ע דדוקא לשון ודאי וש"ך חולק דהא ראייתו מהא דלאו אחונא וט"ח והל"ב ואף דלא אמר ודאי ע"ש. ומ"מ לשון ר"מ וטור מורה דדוקא ע"ש. וכן קשה דא"כ למה האריך כשהשיב וכו' שהי' לו להשים אל לבו ולדקדק כו' ודאי מחל ע"ש. והא בהנך ראיות שהתחיל התובע והודה שאינו חייב כמו ט"ח וכו' ואעפ"כ פטור גם דלא שייך שהי' לו לשים ללבו כו'. ונראה לע"ד דהנה קשיא לי הא מפורש בש"ס גטין פ' השולח מ' ע"ב אמר כתבתי ונתתי שדה פ' לפלוני והלה כו' הודאת בע"ד כק' עדים. ופי' רש"י ותוס' דסבור שקיבל ולא קיבל ע"ש. אבל האומר נתתי שדה פ' לפלוני והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר והך חיישינן הוא ודאי כמ"ש תוס' ורא"ש וטור וש"ע (סי' רמ"ה) דכיון דאפשר שזיכה לו והלה א"י הוי הודאת הנותן כודאי ואף להוציא מחזקתו ע"ש. וא"כ גם כאן כיון דמחייב א"ע במה שאינו חייב מהני בשטר וכשזיכה השטר ע"י אחר מהני להתחייב. וא"כ כשמודה חייב אני לך מנה אף דהלה אומר שאינו חייב לו נימא דזיכה לו ע"י אחר שט"ח ונתחייב לו והלה א"י כמו שם בלא נתן לי. דבשלמ' כשאומר בלשון לויתי ממך או הפקדת אצלי וכה"ג והלה משיב לא לוית כו' הוא כמו שם כתבתי ונתתי לך כיון שאומר שנתן לו מהני הודאת הלה כו'. אבל

באומר חייב אני לך הוי כאומר נתתי שדה כו' דאמרינן שזיכה לו כנ"ל. אמנם נראה לע"ד החילוק דהתם כשאומר לא נתת לי לא הוי כאומר שלא זיכה לו ע"י אחר דהא א"א לו לידע זה א"כ ע"כ הודאתו רק שלא נתן לו עצמו ושוב מהני הודאת זה ואמרינן שזיכה לו כנ"ל. אבל כאן דמהני מחילה בחוב א"כ אף אם זיכה לו ע"י אחר מהני הודאתו שאינו חייב לו דהיינו שמחל לו כל חיוב שיש לו עליו ואף חוב זה שזיכה לו כנ"ל. אך מנין לנו לפרש דבריו כן כיון דהתם מפרשינן לו לעצמו מה שנודע לו כן אפשר לפרש גם כאן רק על חיוב שיוכל לידע. בפרט דגם שם כשמוחה בזכות בטל הנתינה ג"כ:

ומה"ט נראה דדוקא כשמשיב ודאי לי שאינך חייב לי דאיך אפשר להיות ודאי לו כיון דיש חשש שזיכה לו ע"י אחר מה שאינו יודע וא"כ א"א להיות ודאי אצלו רק אם מחל לו כל החיובים. ושוב הוי הודאה גם ע"ז שאינו חייב אף אם זיכה לו כנ"ל. וא"כ שפיר דייק הר"מ ורא"ש וטור וש"ע לשון ודאי לי היינו בדין זה שאומר חייב אני לך והלה אומר אינו חייב כנ"ל. וגם הוצרך להאריך שכשאמר לו חייב אני כו' הי' לו לדקדק כו' וע"כ מחל לו כנ"ל. אבל בדין דט"ח והל"ב או לאו אחונא כו' שם א"צ כלל טעם הנ"ל. ולא צריך לומר ודאי לי דסגי בהודאת תובע לחוד כמו שם כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא נתן כו'. וממילא גם באומר לויתי ממך וכה"ג והלה אומר לא לוית וכה"ג א"צ כלל לשון ודאי לי כנ"ל. ובאומר חייב אני לך כו' דוקא שהשיב ודאי כנ"ל. ולע"ד ברור לדינא:

ובל"ז י"ל ג"כ החילוק דשם בט"ח או לאו אחונא דהי' הודאתו שאינו מגיע לו קודם הודאתו ושוב אין הודאתו מחייבת כלל כמ"ש לעיל ולכך גם בלא אמר ודאי כנ"ל. משא"כ בהודה מקודם חייב אני לך דהוי הודאה גמורה בשעת הודאתו א"כ אף שזה אומר אינו חייב אינו כולל חיוב הנ"ל. אא"כ אומר ודאי שמחל שהי' לדקדק כו'. והראיות הם רק דהודאת תובע מהני יותר. ובאמת קשה לי שלא הביאו הך דגטין דדמי יותר. ובש"ס ב"מ ס"ד באשכח טופינא בכדי שאין הדעת טועה ואינש אלמא כו' אמרינן דלמא מגזל גזלי' ואבלע לי' בחשבון ע"ש. ואף שיודע ברור שאין זה חייב לו א"כ למה לא נאמר גם כאן דלמא גזלי' וכה"ג ולכך מודה שחייב לו אף שזה אינו יודע מחיוב. וע"כ מטעם שלא הי' לו להשיב ודאי לו כו' אא"כ מחל כנ"ל:

סעיף יב

מנה לי בידך שהלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו או שאמר א"י אם פרעתיך הוה לי' מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם:

(**כא**) **מנה** כו' **א"י אם פרעתיך** כו'. תמוה מאוד בלא ע"א חייב והש"ך תירץ בטענו ספק ע"ש. וקשה הול"ל מיד גם בהלואה כשטוען שמא הלויתיך וע"א מעיד שהלוהו והלה

אומר א"י אם הלויתני ג"כ חייב דהוי משאיל"מ ולע"ד נראה הפי' שאמר א"י אם הלויתני ומודה שלא פרע או גם בסתם י"ל כמו אומר לא לויתי כאומר לא פרעתי כן א"י אם הלויתני הוי כאומר לא פרע בזה הוי מתוך שאיל"מ או אפילו אומר א"י אם פרעתיך ג"כ וקאי אדלעיל שע"א מעיד רק שלוה והוא אומר א"י אם הלויתני וג"כ מסופק אם פרע אף שלוה קמ"ל דג"כ חייב דעל הספק של הפרעון הוי א"י א"פ דחייב כיון דטענו ברי ועל הספק הלואה הוי משאיל"מ ושפיר רבותא אף דאין העד מעיד שחייב שלא פרע רק שלוה מ"מ חייב. וא"י למה כ' הש"ך ס"ק ל"ה שהעד מעיד שלא פרע. ונראה דכ' זה ע"פ פירושו דמפרש בטוענו ספק כו' משא"כ למ"ש כנ"ל. ויש להעמיס זה בלשון הסמ"ע דלפי דעת השערי ר' אלפס דא"י א"פ צריך הנוטל לישבע לא הי' דין מתוך בהנ"ל דהא ב' לא היו מחייבין ממון בלא שבועה וקמ"ל כנ"ל:

עוד י"ל דגם שאומר שזוכר שאינו חייב רק שא"י אם פרעתיך או לא לויתי והעד מעיד שלוה ג"כ חייב דא"י לישבע נגד העד שלא לוה דהא מסופק וכל שאינו נשבע להכחישו הוי כב' שלוה ושוב הוי א"י א"פ לחוד דחייב דהספק שלו שמא לא לוה לא משוי ספק כאלו היו ב' שלוה. וא"כ הפי' כנ"ל או שאמר א"י אם פרעתיך או שלא לוה כנ"ל. מ"מ יש להסתפק לדינא כיון שאומר שזוכר שאינו חייב ובלא עדים שלוה. א"כ שוב הוי ודאי שפרע אף שאינו זוכר אם פרע מ"מ הא זוכר שאינו חייב. וי"ל דתלי' בהא דצריך לברר אי גם דיעבד שיפסיד ע"י שאינו מברר ואינו מועיל שישבע שאינו חייב רק אי פרע וכה"ג וכן מוכח מהא דשמא ישבע זה ויוציא כו' והא אם ישבע שאינו חייב' לא יוכל לפסלו כלל וע"כ דצריך לישבע דוקא כמה הי' שוה ועי"ז אינו חייב ושם דיעבד שמשלם ע"י כן. גם אפשר דגם להפ' שא"צ לברר מ"מ כה"ג דכיון שיש עדים שלוה א"כ שוב כל הספיקות מחייבים אותו פרעון ומחילה ויש לו כנגדו וע"כ נאמר שמה שאינו זוכר אם פרע הוא ששכח ובאמת פרע ולכך זוכר שאינו חייב. א"כ שוב כיון דע"כ שכח א"כ שמא לא פרע ושכח וסבור שאינו חייב. והגם שקרוב יותר לישכח שיהי' ס' אצלו משישכח שיהי' ודאי אצלו כמ"ש תוס' (ר"פ כ"ה) גבי שכיר. מ"מ שוב החזקת חיוב וברי ושמא מסייע להנ"ל:

עוד יש ולפרש דהא פ' רמ"א לעיל ס' ט' באמר א"י א"פ וחזר אח"כ ואמר נזכרתי שפרעתיך נאמן ע"ש ואף דמחיוב לפטור א"י לחזור בו ע"כ החילוק כמ"ש ש"ך סי' ע"ט (ס"ק כ) דלטעון מחיוב לפטור טענה הסותרת שאז סי' שקר לא מהני אבל בזה שאומר נזכרתי ובאמת אז לא ידע דלא נתחייב בשביל שאינו נאמן רק שלא ידע ועתה נזכר כנ"ל., וא"כ באומר א"י ויש ע"א שהדין מתוך שאיל"מ ואח"כ חוזר ואומר נזכרתי ורוצה

לישבע נגד העד תלוי במחלוקת הפ' אי גם בלא הול"ל אמרי' ג"כ מתוך א"כ החיוב אף שבאמת א"י שפיר מצי הדר בי' לומר נזכרתי שלא הי' החיוב משום שאינו נאמן. אבל לתוס' דדוקא בהוי לי' למידע. ומשמע דמשום דלא מאמינים לו שא"י ואמרינן שכדי שלא ישבע טוען א"י. א"כ מה שנתחייב כשאמר א"י ויש ע"א הי' משום דלא מהימן ושוב לא מהני כשאומר אח"כ נזכרתי דמחיוב לפטור כה"ג שלא הי' נאמן א"י לחזור כנ"ל. וא"כ שפיר קמ"ל דגם שאומר א"י אם פרעתיך והעד מעיד שלא פרע חייב ג"כ מטעם מתוך שאיל"מ דמצד החיוב דא"י א"פ הי' נאמן לחזור בו אח"כ שיודע שפרע אבל מאחר שנתחייב משום מתוך נגד העד ולא הי' נאמן לא מהני אח"כ לחזור. שנזכר שפרע. וגם אי דלא כתוס' י"ל ג"כ חילוק הנ"ל כיון דכל שאינו נשבע להכחיש העד הוא נאמן כב'. וא"כ כשאמר א"י ופסקו ב"ד לשלם הוא מצד נאמנות כב' עדים שחייב וא"י לחזור אח"כ משא"כ א"י אם פרעתיך לחוד דהחיוב רק משום שא"י מהני חזרה כנ"ל שיודע. משא"כ בהנ"ל דמיד שהעיד העד הי' נאמן כב' עדים כיון שאמר א"י כנ"ל. ואפשר גם שלא פסקו. וכעין הא דאמרי' (כתובות כ"ב) כל מקום שהאמינה כו' כב' כו' וא"כ רבותא גדולה קמ"ל הטור וש"ע דלכאורה באומר א"י א"פ שחייב בלא העד י"ל דאין שם עדות כלל על העד כיון דבלא עדותו חייב וא"כ אינו חייב משום מתוך ויוכל לחזור כנ"ל. וקמ"ל דליתא דמ"מ שם עדות עליו כנ"ל ושייך מתוך כו' כיון שא"י. ולשון בעה"ת דהוי לי' למידק מורה על פי' זה דנתחייב משום דלא מהימן שא"י וא"י לחזור:

(**כב**) **מתוך שאינו יכול לישבע משלם**. בטור כ' בדין זה מנה הלויתיך כלשון הש"ע וסיים דכיון דע"א מסייע לתובע ברי ושמא ברי עדיף וה"ל מתוך שאיל"מ. והוא תמוה למה לי' הא דברי ושמא. וכן לשון בעה"ת (שער ל"ח) דטעין ק' כו' ואומר א"י כו' גם הר"י פ' דכיון דהוי לי' למידק שהרי הוא עצמו תובעו כו' ל"ש א"י אם לויתי ל"ש טען א"י אם פרעתיך כיון שע"א מסייע לתובע ברי ושמא ברי עדיף וה"ל משאיל"מ. ותמוה מיותר מה שהוסיף עוד הוי לי' למידק והאריך והא פשוט בש"ס דין משאיל"מ. וגם למ"ש לעיל מ"מ אינו מובן אריכות לשונו ונראה לע"ד דס"ל דכיון דע"א אינו קם לממון לכאורה למה נימא מתוך בשלמא כשהעד העיד מקודם שלוה ואח"כ אומר זה א"י א"ש דהעד בעדותו לא חייבו רק שבועה כשיכפור וע"י אמירתו א"י נתחייב וכמו שאינו רוצה לישבע אבל בטען כבר א"י ואח"כ מעיד דמיד מחייבו ממון בעדותו אי נימא דא"י לחזור בו שנזכר. ואיך קם לממון הא לא האמינתו תורה לממון ויכול להיות שמשקר כדי שישלם. ואי משום דא"כ לא ישבע ויפטר והתורה אמרה דקם לשבועה מ"מ מה עדיפות יש לזה שאמרה תורה דקם לשבועה ממה שאמרה תורה דאין קם לממון ואיך

נוציא ממון ע"י ובחשוד לא קשה דע"א מהני לממון חדא דאם יעשה תשובה אף לאחר שהעיד יוכל לישבע. ועוד כיון דשכנגדו בעי שבועה לא הוי רק גורם לממון מ"י דמשתבע וכמ"ש הר"ן סוף ש"ה ולא מיקרי קם לממון או דהי' תקנה בחשוד כמ"ש תוס' (ב"מ ה') משא"כ בהנ"ל. ולכך נראה דסבר כדעת תוס' הנ"ל (בס"ק כ')) ולכך כ' כיון דהוי לי' למידק ומה"ט אמרינן שמשקר מה שאומר א"י כדי לפטור משבועה דבשלמא ברי ושמא בלא שבועה מה חילוק בין אומר א"י לשהי' אומר להד"ם משא"כ כשיש חיוב שבועה. וא"כ ממילא שייך טעם זה גם בע"א כיון דמחייבו שבועה עכ"פ כשכופר שוב ברי עדיף דאמרינן שאומר א"י לפטור משבועה. ולא מקרי כלל שע"א קם לממון דההחיוב משום ברי ושמא כנ"ל. ומדויק כל לשונם ז"ל בעזה"י. ואף שהעד בא אח"כ מ"מ אמרינן שידע מהעד ואמר א"י כנ"ל. וא"כ בטענו בס' ע"פ עד י"ל דס"ל דבהעיד קודם שאמר א"י חייב ואמרינן מתוך דאז הי' שבועה. אבל באמר א"י ואח"כ ע"א לא אמרינן מתוך כנ"ל כיון דלא שייך ברי ושמא. וכן בלא הוי לי' למידע י"ל ג"כ חילוק הנ"ל דאם ידוע שא"א לו לידע כמו בניזק וכה"ג ל"א מתוך בע"א אף שהעיד מקודם דהא מיד עדותו לממון ואם אינו ידוע רק דלא הוי לי' למידע אז כשהעיד קודם שאמר א"י שקם לשבועה שייך מתוך וחייב וכשאומר מקודם א"י לא אמרינן מתוך בע"א דהוי לממון לא שייך טעם דברי ושמא כיון דלה"ל ואינו בחזקת משקר דהא מפורש בבעה"ת וטור דדוקא משום דהוי למידק כנ"ל וא"כ בחמשין ידענא ונ' לא ידענא אפשר דמודה דשייך מתוך גם בלא הול"ל. ובמ"ש יש לדחות ראיות הש"ך ז"ל דבלא הו"ל אמרי' מתוך ע"ש (סי' ע"ב ס"ק נ"א). והפוסקים החולקים וסתמו דבריהם דשייך מתוך בע"א ואף שאמר א"י קודם שבא העד ול"א שחשוב קם לממון. נראה לע"ד משום דס"ל שיכול לחזור בו ולומר ברי נזכרתי שלא לויתי וישבע להכחיש העד ושפיר נקרא קם רק לשבועה וממילא בעומד בדבריו שא"י משלם. ושוב י"ל דמה"ט גופי' אמרי' שיכול לחזור בו אף שהוא מחיוב לפטור דאם לא יוכל לחזור לא הוי חיוב כלל וא"כ אפשר דכשאמר מקודם א"י דוקא דאז הוי לפטור ואח"כ העיד ע"א שייך טעם הנ"ל משא"כ כשהעיד ואמר אח"כ א"י או בנ' ידענא כו' י"ל דאינו יכול לחזור בו כנ"ל:

וטעם בעה"ת הנ"ל הוא דס"ל דא"י לחזור והוא מטעם שכ' לעיל כיון דסבר דהוי לי' למידק כו' ובחזקת שמשקר שוב לא מהני חזרתו כמ"ש לעיל. והי' חשוב קם לממון רק שוב שייך טעם משום ברי ושמא כנ"ל. ומדויק שפיר הפי' שכתבתי לעיל דגם באמר א"י אם פרעתיך ובא עד אח"כ קמ"ל דחייב ג"כ משום מתוך וא"י לחזור בו אח"כ לומר שפרע דמשום א"י א"פ דחייב גם בלא הול"ל הי' מהני חזרתו כנ"ל להרבה פ'. וא"כ ס"ד

לא חשוב עדות כיון שהי' חייב בלא"ה. וגם ס"ד דגם דהול"ל מ"מ לא שייך שמשקר במה שאמר שא"י א"פ דהא מתחייב בדבריו ושוב יועיל החזרה קמ"ל דמ"מ חייב משום מתוך וא"י לחזור דאי נימא דע"י שאמר א"י א"פ מועיל החזרה שוב אמרינן שמשקר שיודע שתועיל החזרה אך הא יצטרך לישבע. וי"ל דמ"מ אמרי' שהוא סבור שאינו חייב עי"ז כמו בכל מתוך כנ"ל וא"ש:

סעיף יג

מנה הלויתיך והרי עד אחד והלה אומר כן הוא אבל פרעתיך או שאומר לו אתה חייב לי כנגד אותו מנה אם זה העד מעיד שלא פרעו אותו מנה כגון שלא זזה ידו מתוך ידו או שהוא מעיד שהוא תוך זמנו וכן אם טען תחלה לא הי' דברים מעולם ואחר כך הוציא עליו עד אחד וחזר ואמר לויתי ופרעתי בכל אלו הוה לי' משואיל"מ. (הג"ה אבל במקום שיכול לומר פרעתי או החזרתי לא אמרינן הוי לי' מחויב שבועה ואי"ל דנאמן במינו כו') טענו חטפתי חפין ויש לו עד אחד שחטפו והוא אומר ודאי חטפתי אכל שלי הוא הוה לי' מחויב שבועה ואינו יכול ל"מ כו' מנה לי בידך אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע מתוך שאיל"מ אכל אם השיבו נ' לויתי ממך ופרעתיך וג' האחרים איני יודע אם לויתי אם לאו ישבע היסת כו'::

(**כג**) **פרעתיך** כו'. תמוה מאד כמ"ש סמ"פ. ולישב ד' מרן ב"י שלא יהי' תמוה כ"כ. י"ל או דכמ"ש סמ"ע פי' תוך זמנו שמודה לוה שהוא תוך זמנו וטוען שפרע דנאמן רק במיגו והוי מתוך כו'. כן י"ל במעיד שלא זזה ידו מת"י גם כן הפי' שאינו מכחיש העד שהי' עמו ולא זזה כו' והיינו משעת הלואה עד עתה אבל טוען מ"מ פרעתי וזהו שכ' והלה אומר כן הוא היינו כמו שאומר העד ואינו מברר דבריו איך פרע אמרינן כיון שאינו מכחישו ע"כ מה שאומר שפרע הוא שקודם ההלואה ציוה לאחר כשילוה יפרע לזה או דיש לו כנגדו אצלו מקודם וחושבו לפרעון וכה"ג וכ' אח"כ או שאומר בפירוש אתה כו' כנגדו כנ"ל. עוד י"ל דהפי' לא זזה ידו היינו מקודם הגיע זמן פרעון עד עתה או שיאמר שעדיין תוך זמנו כו'. וא"כ בהנ"ל שמעיד לא זזה מן תוך זמנו עד עתה והוא אומר מ"מ פרעתיך ואינו אומר מתי פרעו או שא"י מתי. וא"כ במה שישבע שפרע סתם לא יכחיש העד שיכול להיות תוך זמנו וכל שאינו מכחישו הוי כב' שלא פרע מקודם זמנו עד עתה ושוב אינו נאמן על קודם דאאפ"ת זמנו כנ"ל. ורק במיגו והוי מתוך כנ"ל:

(**כד**) **אבל במקום כו' לא אמרינן הו"ל משואיל"מ**. לשון רמ"א ז"ל תמוה מה הוסיף על המחבר. גם מה צורך לכתוב כלל הא ודאי אם יש לו מיגו ולא הי' צריך שבועה איך שייך שיהי' משואי"ל. ואחר הדין דחטפתי ודידי חטפי הי' שייכות הג"ה זו כהפ'

דגוזל א"צ להחזיר בעדים ודוקא בראה ע"ש (בש"ך ס"ק מ"ג). אבל מד' סמ"ע נראה שנכתבה במקומה ע"ש. ונראה דהא רשב"א חולק הובא בש"ך (ס"ק ל"ח) דאמר להד"ם וע"א שלוה ואח"כ אמר פרעתי דל"א מתוך דאינו הוחזק כפרן רק ע"פ ב' לא על ע"א ע"ש. ואינו מובן לכאורה דא"צ להוחזק כפרן רק הודאתו לא לויתי כאומר לא פרעתי דמה"ט לא מהני אייתי סהדי דפרע כמבואר בש"ס (שבועות מ"א ע"ב) ומטעם הוחזק כפרן פשוט דמהני עדים. וא"כ כיון דהודאתו ראשונה כעדים וחייב. ורק משום מיגו דהי' עומד בטענתו ראשונה והי' חיוב שבועה ושייך מתוך. וע"כ דס"ל כיון דבאין עדים שלוה מצי הדר בי' וא"א לומר רק מטעם מיגו דהוי במקום עדים או נחשוב הודאתו לא לויתי בעדים שלא פרעו וע"כ דכל שאין חיוב בהודאתו לא אמרינן כלל הודאתו כעדים. ואף שאמר לא לויתי ולא הי' חיוב מ"מ כשבאו עדים שלוה נעשה חיוב בהודאתו ושוב א"י לחזור משא"כ בלא עדים. א"כ מחלקותם בע"א הוא דרמב"ם וטור ס"ל כיון דאמרינן מתוך א"כ כל שלא נשבע יש חיוב ממון עליו חשוב חיוב בהודאתו דכשבא ע"א שלוה נתחייב לשלם כשאי"ל ולא מהני חזרתו פרעתי. ורשב"א ס"ל דכל זמן שיכול לישבע לא חשוב חיוב וא"כ יהי' נעשה חיוב בשעת חזרה והא חוזר בו ומהני חזרתו. ועיקר הוא דהא תוס' (ב"ב ל"ד) הקשו ליהימן בשבועה דידי חטפי במיגו כמו החזרתי במיגו דנאנס' וכ' ב' תירוצי' או דלא הוי מיגו להעיז ולישבע. ותי' ריב"ם כיון דעכשיו משואי"ל לא מהני מיגו נגד העד כמו נגד ב' ע"ש. וא"כ בדין הנ"ל כיון דהיכא דשוה הטענה והחזרה מחיוב לחיוב או מפטור לפטור לכ"ע מהני. וא"כ שפיר נאמן בשבועה פרעתי במיגו שהי' עומד בטענתו לא לוה וכמו בהחזרתי כו'. וכאן כשיהי' הדין דנאמן בשבועה במיגו שוב א"צ למיגו דשוה כמו טענה ראשונה וממילא לא שייך מתוך כלל ולא שייך תי' הריב"ם כלל. וזהו שכ' רשב"א דנאמן בשבועה והיינו כנ"ל:

וא"כ לכאורה מ"מ זה דוקא החוזר ואומר פרעתי דהוי טענה להיות נאמן מצד עצמו רק משום שהודה מקודם לא לויתי ושייך טעם הנ"ל דכיון דיהי' נאמן בשבועה שוב א"צ למיגו רק מצ"ע בתורת חזרה. אבל כשחוזר ואומר מחלת לי או יש לי בידך כנגדו שאינו נאמן רק במיגו בזה לכאורה לכ"ע חייב דהו"ל משאיל"מ שאם הי' עומד בטענת לא לוה הי' שבועה נגד העד והוי כדידי חטפי גם לפי' ריב"ם. אך שוב נאמן בשבועה מיגו דפרעתי דאז לא הי' מכחיש לעד והי' נאמן בשבועה מצד חזרה לחוד כנ"ל. ושפיר לרשב"ם בכל הטענות שחוזר בין פרעתי ובין יש לי בידך כו' נאמן בשבועה. וזהו שכ' רמ"א אבל כשיש לו מיגו היינו לפי' הנ"ל ל"א דהוי משאיל"מ רק דנאמן בשבועה כנ"ל. עכ"פ הדין נראה אמת לרשב"א כנ"ל ודברי סמ"ע אין מובנים. גם מ"ש ש"ך ונאמן בהיסת

ג"כ אינו מובן דלא הי' לרמ"א לומר לא אמרינן הוי משאיל"מ מאחר שאין שבועה רק היסת. עוד י"ל בטענו בס' ע"פ עד ואמר לא לויתי ואח"כ חוזר ואומר פרעתי י"ל דמודה המחבר דנאמן מיגו שהי' נשאר בטענת להד"ם כיון שנגד העד כבר העיז. ובטענת פרעתי מעיז נגד מלוה שאומר שיודע שלא פרע ובשבועה. ושוב גם יש לי כנגדו נאמן כנ"ל:

(**כה**) **טענו כו' וע"א מעיד** כו'. לפי' ריב"ם כ' ש"ך ג"כ בדל"ל מיגו דוקא ע"ש. והנה תי' ריב"ם אינו מובן דבשלמא לענין שיהא נאמן נגד העד לפטור משבועה שפיר כיון דע"א קם לשבועה כמו ב' לממון ל"א מיגו כמו במקום עדים וצריך לישבע. אבל לענין ק' תוס' שיהי' נאמן דידי חטפי בשבועה מיגו דלא חטף כמו החזרתי מיגו דנאנסה ע"ז אינו מיושב התירוץ כלל מה בכך שהוא כב' לשבועה הא גם אם היו ב' והי' לו מיגו הי' נאמן א"כ עכשיו נאמן ג"כ במיגו דידי חטפי בשבועה דהא אית לי' מיגו. ואם הי' אמרינן דעל דידי חטפי אין להאמינו במיגו דחזקה מה שיש ביד אדם שלו אלים כמ"ש ש"ך סי' ס"ב (סק"י) וסי' נ"ו דלא מהני מיגו לומר של אחרים ע"ש. וא"כ ע"כ מה דנאמן דידי חטפי משום שהמיגו בעיקר החזקה שא"י שהי' ת"י זה רק על לפיו. וא"כ סברת ריב"ם שפיר כיון דכל שלא נשבע נגד העד הוי כב' א"כ חשוב ידוע שחטף וכמו מיגו דהחזרתי וכה"ג ואינו נאמן במיגו שהי' יכול לישבע לא חטף ולא הי' חזקה כיון דא"י לישבע והוי כב' כנ"ל. והי' מיושב לשון הגמ' כיון כו' הו"ל כגזלן שנדחקו מאד בפירושו ע"ש. ולמ"ש א"ש דכיון דמודה ואינו נשבע הו"ל ע"י העד כגזלן ע"פ ב' והוי כידוע שהי' ת"י הנגזל דחזקה כל מה שת"י שלו ולא מהני מיגו כנ"ל. אולם להרבה פו' מהני מיגו דהחזרתי וכן שם של אחרים נאמן במיגו להרבה פ'. וכן לקמן סי' צ"ט ב' דיעות אי מהני מיגו ע"ש. אך י"ל. כמ"ש תוס' פ"ק דב"ב דא"נ פרעתי ת"ז במיגו דפרעתי היום וכ' שם משום דהוי מיגו דהעזה וגם במקום חזקה ל"א דעכ"פ לגד החזקה צריך מיגו טובה שהוא ודאי משא"כ מיגו דהעזה שאינו ודאי דאפשר א"י להעיז כן נראה הפי'. וממילא י"ל דמצרף ריב"ם גם תי' א' דתוס' שהוא העזה לישבע שקר מה שהעד יודע ומיגו כזו לא מהני נגד החזקה דמה שת"י שלו כו' רק כשהוא בעיקר החזקה. ושוב אמרינן משאיל"מ דהוי העד כב' ולא חשוב בעיקר החזקה כנ"ל:

עוד נראה לע"ד עיקר דהא תמוה מה דמדמי הש"ס נסכא דר"א לשאר משאיל"מ או לא חשוב מיגו אינו דמיון לשאר. ותוס' הקשו זה ובכמה דוכתי הניחו בקושיא. ונראה דהא תוס' לא הקשו מסברא שיהי' נאמן בשבועה דידי חטפי מיגו דל"ח דכיון שנשבע שקר הי' יכול לישבע שקר לא חטיף רק הוצרכו לראי' מהחזרתי והיינו די"ל דעיקר הפלוגתא אי אמרינן משאיל"מ אמרה תורה במ"מ וע"א וכה"ג שיש עליו חיוב תשלומין

רק כשנשבע נתבע עי"ז נפטר אבל כל שלא נשבע חייב ולכך אומר א"י שאינו יכול לישבע ג"כ חייב. ולרו"ש דלא ס"ל מתוך הוא להיפוך דאין חיוב ממון כלל רק צריך לישבע ויתברר עי"ז ואם אין רוצה לישבע מורה דמשקר וחייב משא"כ א"י פטור כנ"ל. וא"כ באומר דידי חטפי תלי' ג"כ בהנ"ל דא"א להאמינו מיגו דלא חטיף דגם אז הי' עליו חיוב ממון כל שלא נשבע והא מודה דחטיף וא"י לישבע ואיך נפטור אותו במיגו כיון שגם בטענת לא חטפי הי' חייב לשלם. רק דנימא שישבע גם עכשיו ויהי' לו מיגו. למה לנו לומר כן כיון שאין עליו חיוב שבועה בטענת דידי חטיף כלל ויש עליו חיוב ממון ממילא למה נשביעו כדי שיחשב מיגו ושפיר חייב. דומה לזה מודה סומכוס היכא דאיכא ש"ד כדאמר פ' השואל ולא אמרינן בכ"ה נחייבו שבועה ויהי' בירור ולא יהי' הדין יחלוקו דלא עדיף כ"ה מן מ"מ כיון שהלה רוצה לישבע כדי שיפטר מהחצי ע"ש דמוכח דלא מהני כיון שאין חיוב שבועה מה"ת והדין דחייב מחצי' אין לחייב מעצמנו שבועה כדי שיפטר. וכן ממש בהנ"ל כיון שיש חיוב ממון כמו שהדין דאין עתה חיוב שבועה בטענת דידי חטיף כנ"ל. אבל לרו"ש דלא ס"ל משאיל"מ א"כ אין חיוב ממון עליו כלל גם כשיטעון לא חטפתי רק חיוב שבועה וממילא הדין עכשיו שטוען דידי חטיף דג"כ נאמן לפטור במיגו כנ"ל. רק דא"א שיהי' נאמן בלא שבועה דיהי' שייך אערומי קמערים כדאמר גמ' ריש ב"מ ונותנין לו גם עתה שבועה כמו התם כנ"ל ושפיר תליא דין נסכא דר"א בפלוגתא דמשאיל"מ. רק ק' תוס' הוא דהא חזינן דנאמן בשטר החזרתי בשבועה מיגו דנאנסה גם למאן דס"ל מתוך כו'. ע"כ דלא אמרי' סברא הנ"ל דגם שם נימא דהא עתה אין מיגו דגם בטענת נאנסה חיוב ממון כל שלא נשבע כנ"ל. וע"כ דמ"מ לא חשוב חיוב ממין כיון דיכול לפטור בשבועה וכמו בקנס דחשוב רק גורם אף דאכתי לא אודי ע"ש (פרק שה"ע) דמדמי שבועה לשם. וממילא גם בטענה דעכשיו ג"כ רק חיוב שיכול לפטור בשבועה והוי מיגו ולכך הקשו מהתם. וע"ז תי' ריב"ם לחלק בין הך דהחזרתי דגם בטענה נאנסה אינו ודאי חיוב רק חיוב דאפשר ליפטר משא"כ ע"א דהוי כב' כל שלא נשבע שפיר חשוב חיוב ממון כיון שלא נשבע ועוד כמ"ש ש"ך סי' פ"ב סוף כללי מיגו דלא עדיף מטענת המיגו וחשוב גם עתה רק חזקה ע"ש (אות י') שכ' ואין לעקש כו'. וא"כ י"ל כאן בשאר מיגו כמו החזרתי כו' דגם בטענת נאנסה אם הי' לו מיגו הי' נאמן בלא שבועה להפ' דאמרינן מיגו לפמ"ש. ממילא גם עתה טענת החזרתי נאמן ג"כ במיגו בשבועה דלא שייך כנ"ל שכל שלא נשבע נאנסה הי' חיוב ממון דמ"מ לא הי' רק חיוב שכשיש לו מיגו מהני לפטור מחיובו וגם עכשיו כן משא"כ מיגו דלא חטפי דאז הי' חיוב עליו כל שלא נשבע מה שאינו מועיל מיגו לפטור מחיובו נגד העד א"כ גם

עתה יש חיוב ממון עליו מה דלא מהני מיגו כסברת ש"ך ז"ל הנ"ל דלא עדיף מטענת המיגו כנ"ל:

שוב ראיתי בסמ"ע סי' שס"ד ס"ק ב' שכ' וא"י דליהימן דידי חטפי במיגו שלא נטל כו' לישבע או החזרתי דמיחשב כמיגו במקום חזקה כו' כה"ג משל בעה"ב נוטל וגם הוי מיגו דהעזה נגד העד עכ"ל. א"כ מבואר דמפרש כמ"ש לעיל וכולל ב' תי' תוס' ומפרש כוונת ריב"ם דאם ב' היו מעידים שחטף לא הי' מהני מיגו רק באין עדים ואינו מוחזק של אחרים רק על פיו מהני מיגו וכמ"ש תוס' ריש ב"מ דמיגו דא"ב שתיק מהני גם להוציא כיון שבלא דבורו לא הי' להוציא כנ"ל. וא"כ בע"א כ' ריב"ם שפיר. דהוי כב' דהא א"י לישבע והוי שוב להוציא מחזקת הנ"ל ולא מהני מיגו בשבועה וגם מיגו דהחזרתי לא מהני כנ"ל. אולם כאן לא כ' כן:

והש"ך פ' בכמה דוכתי דאינו נאמן של אחרים במיגו דאלים בחזקת מה שת"י אדם שלו סי' צ"ט וסי' נ"ו וסי' מ"ז ע"ש. ולמה פ' בחטף בעדים שיהי' נאמן דידי מיגו דהחזרתי ואף דעתה אין ת"י כיון דעדים ראו שחטף. ואם הי' חילוק מה פריך פ"ק דב"מ תקפה א' כו' אי צוח כו'. וכיון דהוא גזלן ודאי ופסול לעדות גם לענין קדושין וכה"ג ולא מהני אומר שלי. ואומר החזרתי תוך זמנו ודאי שאינו פסול אף נגד שטר ושאר חזקות וכיון דאלים כודאי למה יועיל מיגו. הא גם נגד חזקה דת"ז לא איפשיט. ואפשר דכיון שחטף יש חזקה דאחזוקי בגזלנא לא מחזקינן כמו ד' העשוי' להשאיל דא"נ לומר גנובין כו' נגד חזקת שלו כו' ומצטרף למיגו כנ"ל. גם י"ל דא"י אם שתק או צוח. ובשתיק וסוף צוח בשעת חטיפה נראה דלא הוי מתוך כו' דמעיד העד שהודה. וגם לפני עדים פ' הש"ך סי' קל"ח דהוי כהודאה לפני ב"ד. וא שהוא ע"א מ"מ כיון שאין לו רק זה העד שחטף הי' לו לצוח כנ"ל. ובא"י אם שתק ואומר ששתק י"ל דבעי משאיל"מ כמו טוען מחל או נתן לו. ואם הי' מקודם שלו החפץ אם עשוי להשאיל נראה דנאמן דידי חטפי מיגו שהי' יכול להוציא מידו. רק גם באין עשוי להשאיל י"ל ג"כ כמ"ש תוס' יבמות (קט"ז) דלא מהני רק להחזיק ומה"ט שטר צריך ראי'. וא"כ י"ל דנאמן דידי. ויש לדחות ובדה"ע להשאיל ואומר גנובים הי' בידו אפשר דנאמן מיגו דשאולים. ואף דבגנבי לא מחזקינן הא אותה חזקה גם לו כיון שחטף כנ"ל וי"ל:

(**כו**) **חטפתי חפץ ויש לי ע"א** כו'. כ' סמ"ע הא דא"נ מיגו דהחזרתי משום דגוזל בעדים צריך להחזיר בעדים. או בראו כו'. ולמ"ש לעיל די"ל דתי' תוס' שהוא העזה נגד העד אף דמיגו דהעזה אמרינן י"ל נגד החזקה דמה שת"י שלו ל"מ מיגו דהעזה כנ"ל. וא"כ י"ל דאף דגוזל בעדים צריך כו'. מ"מ יהי' נאמן החזרתי בשבועה מיגו דלא חטפי דאינו נגד

החזקה רק העזה לחוד. ושוב יהי' נאמן גם דידי חטפי בשבועה מיגו דהחזרתי דהוי רק גד החזקה לחוד כנ"ל. ולכך צריך ראו בידו דוקא ויתישב בזה היטב לשון רמ"א ז"ל סעיף זה שכ' אבל במקום שי"ל פרעתי או החזרתי ל"א הוי משאיל"מ עיין לעיל מ"ש. דכוונתו כנ"ל באין עדים שראו שוב גם להפ' דגוזל כו' א"נ החזרתי מ"מ יהי' נאמן בשבועה מיגו דלא חטף ושוב נאמן גם עתה בשבועה ול"א משאיל"מ כנ"ל. אולם קשה אף אם גוזל בעדים כו' מ"מ גוזל בע"א שיהי' צריך להחזיר בעדים לא שמענו גם למ"ד מלוה בעדים צריך כו' לא מצינו בע"א. ואפשר תלי' ברז"ה ורמב"ן בהודאה בע"א ע"ש סי' פ"א. אך י"ל דמיירי שהעד מעיד שהי' עוד ע"א עמו בשעה שחטף א"כ א"נ שהחזיר וממילא כשיטעון החזרתי יהי' ג"כ משואיל"מ דרק במיגו כנ"ל. וסמ"ע ס"ק ל"ד כ' ואף שאין העד מעיד דלאו שלו חטף כו' משמע דאם הי' מעיד דלאו שלו כו' פשיטא יותר דחייב. וא"י מנ"ל הא דגם בטענה דעכשיו מעיז נגד העד. ויש עליו חיוב ש"ד כמו בטענת לא חטפי. לא שייך תי' תוס' וי"ל דנאמן בשבועה כיון דסמ"ע (ס"ק ל"ג) ס"ל דדעת הש"ע אינו כפי' ריב"ם. ולומר דהעד נאמן מיגו דא"ב שתיק ל"א מיגו להוציא. ובהעיד מקודם ליכא מיגו כנ"ל. ומ"מ הוא נגד הסברא שכשהעד נגדו יהי' יותר פטור. וכשיהי' לו עד מסייע דדידי יהי' חייב דשוב לא הוי מיגו. אך בזה ודאי יש להאמין המסייע מיגו דא"ב שתיק. ואפשר דגם בהנ"ל נאמן העד מיגו דשתיק למ"ש תוס' ריש ב"מ דא"ב שתיק אמרינן מיגו להוציא ויש לדחו' דלא דמי להתם ע"ש. שוב ראיתי ת' מהרי"ט סי' ט' כ' בענין הנ"ל כשמכחיש העד גם עתה דתלי' בב' תי' תוס' הנ"ל ע"ש:

(**כז**) **ויש לו ע"א כו' ואמר** כו'. וכן לשון הש"ס חד סהד' דחטיף א"ל אין כו'. ולכאורה דוקא נקיט דכשהעיד הי' רק לשבועה משא"כ אם אמר מקודם דידי חטפי ואח"כ בא ע"א שחטף דעדותו לממון לא מהני. אי נימא דא"י לחזור בו ולומר לא חטפתי. אך מ"מ הא לית לי' מיגו דיצטרך לישבע ואף שאמר קודם שהעיד מ"מ כיון דאיגלאי שהי' עד ל"ל מיגו כנ"ל. אך זה שייך אם מודה החוטף שזה העד הי' כשחטף א"ש דאיגלאי שאינו מיגו אבל אם א"י כלל אם הי' העד שם או לא רק העד מעיד שראה למה נאמינו ע"ז נימא שלא ראה ומשקר כדי שישלם זה משום מתוך. וכשהעיד קודם שאמר דידי חטיף לא שייך זה דהא לשבועה קם. ועוד דגם אי משקר מ"מ אין לו מיגו כשאומר דידי דאי יאמר ל"ח יכחיש העד ויצטרך לישבע. משא"כ בבא העד אח"כ דאי משקר שפיר הי' לו מיגו ולא יהי' נאמן לחייבו. דנראה מ"ש הרא"ש דל"א מיגו להכחיש עדים פסולים ע"ש (בת' כלל ס"ו סי' ח'). דדוקא כשהפסולים אמרו בב"ד קודם טענתו דא"ל מיגו שאין נח להכחישם. אבל אם כבר אמר והי' לו מיגו ואח"כ באים הפסולין אם אינו מודה שהי'

שם אין נאמנים להפסיד מיגו שלו. אולם בקרובים אפשר דאין חילוק כמו לענין הי' יודע כו' ונעשה חתנו דא"צ ראו ע"ש (סי' מ"ו סל"ד) ומ"מ אינו מוכרח. ואמנם מוכח בש"ס דבע"א גם שמעיד אחר אמירתו דידי ג"כ הוי משאיל"מ בשבועות (ל"ב) הכל מודים בע"א דר"א דחייב ק"ש. וע"כ שכבר טעין דידי חטיף דאל"ה אין חיוב. וא"כ מוכח דגם אח"כ נאמן כנ"ל. והטעם פשוט כיון דאמרינן משאיל"מ דכל שלא נשבע להכחיש העד נאמן א"כ נאמן גם ע"ז שבאמת ראה ולא הי' מיגו לזה. ולא חשוב קם לממון רק שנאמן ע"ז שלא הי' לו מיגו משום דהי' צריך שבועה להכחישו כנ"ל. וי"ל דזה כוונת הש"ך שכ' לישב ק' תוס' דאף דל"ל מיגו כיון דרו"ש לא ס"ל. מתוך פטור ע"ש דאין לכאורה שום טעם לדבריו. ולהנ"ל מיושב היטב דאי לא ס"ל מתוך שלא חייבו תורה כלל ממון ע"י שאין נשבע רק כשיכול ואינו רוצה לישבע כנ"ל. א"כ שפיר עכשיו שטוען דידי חטף וא"צ לישבע נגד העד אמרינן שהעד משקר שלא ראה כלל והי' לו מיגו כשאמר דידי חטפי קודם שבא העד. עכ"פ מסתימ' הפ' דאין חילוק בין העיד קודם או אח"כ דחייב כנ"ל:

(**כח**) **מנה לי כו' נ' והשאר א"י מתוך שאיל"מ.** יש להסתפק אף שמבואר סימן פ"ז ס"ג באומר הילך אם כמערים חייב ע"ש. באומר נ' כו' והילך והשאר א"י כו' דאפשר לא מהני אומדנא דידן דכמערים רק לחייב שבועה לא לממון דלא קי"ל כר' אחא כו'. ועוד דאפשר שאפי' הוא כמערים פטור כיון שבאמת א"י ואינו רוצה לשלם בחנם ואין ללמוד מהא דט"ח כו'. ולע"ד דאין להוציא ממון כנ"ל. מש"ע וטור משמע דבלשון זה חייב אף דטענו סתם ק' לי בידך ומשיב סתם. והא יכול אח"כ לומר כוונתו ק' פקדון והוי הילך ופטור. דאין בלשון לי בידך יותר משמעות מלוה מפקדון. ובמשנה ריש פ' שה"ד ג"כ לשון כזה ובש"ע סי' פ"ח (ס"י) דיעות אי שוה רק במלוה אבל בפקדון דוקא או גם בפקדון ע"ש ובש"ך ס"ק מ"ז ואפשר כיון דלא הי' יכול להוציא ע"י הודאתו סתם שום דבר מיוחד דהי' יכול לומר מלוה. שוב לאו הילך הוי אף שהי' כוונתו פקדון. ואינו נראה דמ"מ כשמפרש מעות מיוחד הי' כוונתו צרורין וא"ל כשתבעו מלוה שוב לאו הילך דרק מטעם שינוי דעל גוף החפץ או מיוחד הוי ט"ח והל"ב. דמבואר שם בש"ך דגם תבעו מלוה ומידה פקדון הוי הילך גם י"ל דאינו נאמן אח"כ שתביעתו הי' מלוה אחר שאמר נ' כו' דהוי מתוך עי"ז. מ"מ באינו מפרש אח"כ שהי' הודאתו פקדון נראה דחייב:

(**כט**) **אבל אם השיבו ג' לויתי ממך ופרעתי ונ' א"י כו' ישבע היסת** כו'. א"י מה קמ"ל הטור וש"ע בזה מה חילוק בין אומר א"י לחוד דנשבע היסת וכן פרעתי לחוד ובין ב' יחד. ואפשר דגם שמודה דספק הזה אם לוה החמשים הי' לו גם קודם שפרע הנ' וא"כ

הי' אז הדין משאיל"מ קודם שפרע הנ' והי' נראה כמערים מה שפרע כדי לפטור קמ"ל דמ"מ פטור כיון שפרע קודם. או י"ל דקמ"ל אף שיש ע"א שלוה נ' דאם הי' רק תביעת נ' וא"י הי' מתוך. מ"מ עכשיו פטור בהיסת כיון שאומר פרעתי נ' אמרינן דהן אותן הנ' שמעיד העד. וגם אם הי' ב' עדים שלוה נ' הי' פטור. או דס"ד כיון דמסופק א"כ שמא לוה עוד נ' ואף שפרע הנ' שזוכר מ"מ רשות ביד מלוה ליקח על נ' האחרים א"כ ס' אם פרע אותן נ' שזוכר שלוה מ"מ לא חשוב א"י א"פ כיון דבא ע"י ספק הלואה כמו א"י אם חטין או שעורין כנ"ל דלא חשוב ס' מחילה כנ"ל:

סעיף יד

לא אמרינן משואיל"מ אלא בשבועה דאורייתא אבל אם מן התורה הוא פטור משבועה אע"פ שמדרבנן חייב לא הי' מקרי מחויב שבועה::

(ל) **אע"פ שמדרבנן חייב** כו'. לכאורה משמע ריש ב"מ (ד"ה) דפריך השתא נמי נחייבו מדר"נ ומשני תקנתא לתקנתא ל"ע. וכ' תוס' ומשאיל"מ לא הוי כדפי' כו' והיינו דבחשוד כו' לא חשוב אי"ל דהא רוצה לישבע רק תקנה שישלם ע"י שבועה שכנגדו וא"כ משמע דבאומר א"י דלאו תקנה רק מדינא משואיל"מ גם בהיסת חייב. וכל הפ' הסכימו דפטור. ונראה דהא כיון דמסיק (שבועות מ"א) דגם באינו רוצה לישבע היסת לא נחתינן לנכסי' רק שמתא ל' יום. וא"כ איך נימא בא"י לישבע שישלם. רק בחשוד שהי' תקנה כמ"ש תוס' שלא יהי' נשכר ע"י שחשוד שיפטור בלי שבועה. ושפיר ס"ד גם בהיסת יתחייב לשלם דלמה יהי' נשכר שיהי' נאמן בלי שבועה ע"ז משני תקנתא לתקנתא כו'. משא"כ שאר מתוך לא שייך בל"ז כנ"ל. ומ"ש תוס' הוא למידוק כתי' ב' שאין בחשוד דין מתוך דאי כתי' א' דשייך מתוך רק משום לא שבקת כו' לא הי' שייך לשון תקנתא לתקנתא והוי לי' לשנויי כנ"ל דלא ניתקן היסת שיהי' חיוב ממון כנ"ל כיון דלא הי' תקנה כלל לחיוב וע"כ כתי' הנ"ל. אבל לדינא כ"ע דאינו שייך מתוך כנ"ל:

סעיף טו

י"א דלא אמרינן בשבועה הבאה על ידי גלגול מתוך שאיל"מ כין שלא הי' יכול לישבע על עיקר השבועה כו' בין שיכול לישבע על עיקר דשבועה ושע"י גלגול אינו יכול לישבע::

(**לא**) **בסוגיא** דשאולה ושכורה הק' תוס' למה עסק שבועה הא מתוך ע"י גלגול ע"ש ומזה הוכיחו דל"א בגלגול כו'. ולע"ד י"ל פשוט כיון דמבואר להפ' דבאומר על העיקר א"י וחייב לשלם שוב אין גלגול רק באומר א"י על הגלגול וא"כ שם דהגלגול דבר א' עם העיקר איך נימא כיון דצריך לישבע כדרכה מתה יתחייב ל' ע"י גלגול דשכורה ואי"ל משלם הא אי יתחייב שלם אין כאן שבועת עיקר כלל דכדרכה מתה רק שבועה

שא"ב דרבנן מדר"ה והא בדרבנן ל"א מתוך כנ"ל. משא"כ טוען ברי על העיקר וא"י על גלגול ממון אחר דגם שיהי' מתוך ישאר העיקר שבועה י"ל דאמרינן מתוך כנ"ל. עוד י"ל דהא מה דא"נ נאנסה מיגו דלהד"ם והחזרתי הוא דמיגו לפטור משבועה ל"א. וא"כ לענין שיהי' ע"י גלגול משיל"מ שוב אינו חייב כלל עיקר דנאנסה דא"ל מיגו והוי לפטור מממון. בשאר דוכתי לא שייך גם באית לי' מיגו דמ"מ על עיקר הוי לפטור משבועה וכיון דחייב שוב יש גלגול ושייך מתוך וגם דהוי מממון לממון משא"כ גבי שכורה כו' דהוא על דבר זה עצמו ואותו ממון כנ"ל. והנ"י כ' דמיירי שיש עדים דמתה ואין כאן גלגול. ותמוה ז"א שאולה הא מוקי בש"ס (שם צ"ח ע"ב) ע"י גלגול וגי"ת שער ל"ח הניח בקושיא. ולע"ד דק' הש"ס ע"כ לר"ה ור"י כמ"ש רש"י ומוקי שפיר ע"י גלגול דלא קשה א"כ שיש גלגול גם משאיל אומר א"י ושואל ברי ישבע דבס' גם כן מגלגלין דלדידהו דברי ושמא ברי עדיף גם להוציא ממון כ"ש שפוטר משבועת הגלגול ועדיף מק"ו של הרא"ש בעד המסייע. והא כשלא ישבע וישלם יוכל להוציא כ"ש שפוטרו. והא דחייבה תורה שבועה נאנסה אף שהוא ברי ושמא ע"כ משום דהוי שמא טוב כו' וגם רגלים לדבר משא"כ לענין א"י אם שאולה דשמא גרוע וגם רגלים לדבר אין ודאי דפטור כנ"ל. אבל לר"נ דקי"ל כוותי' ליכא לאוקמי ביש גלגול דא"כ גם שמא וברי ישבע. וע"כ ביש עדים וא"ש ד' נ"י דמה"ט מוקי בנ' ידענא כו' וממילא גם ברי וברי לא משום גלגול. אך מ"מ קשה מנ"ל לש"ס למפרך לר"נ ור"י הא לא פליגי רק משום חזקת ממון א"כ דלמא לפטור משבועה גם לדידהו מהני ברי ושמא גרוע כמו עד מסייע. אך י"ל דעכ"פ קשה גם בשמא ושמא יהי' משאיל"מ כק' תוס' משום גלגול ואף דאם הי' טוען ברי הי' פטור מש"ד היינו שהי' בירור ע"י ברי ושמא וכמו עד אבל כשטוען שמא דליכא ראיה לסייע שוב שייך מתוך כו'. ומוכח דמיירי מתני' בעדים וכה"ג דליכא גלגול ומוקי בב' או בתלת כו' וגם ברי וברי השבועה כן. אבל לר"ה ור"י דברי עדיף לא ס"ל כלל מתוך כמ"ש תוס' דקרא דשבועת ה' כו' ע"ש. ואמר גמ' שפיר לדידהו דברי וברי משום גלגול כנ"ל:

(**לב**) **ע"י גלגול** כו'. הה"מ והרבה פוסקים מחלקים דכשהעיקר ע"י טענת ברי אמרינן בגלגול ולא כשהעיקר ע"י טענת שמא ע"ש. ואינו מובן החילוק וי"ל דטעמם דל"א בגלגול מתוך דבכל שבועה ע"כ יש איזה ראיה שחייב שבשבילה חייבתו תורה שבועה וכל שאינו נשבע משלם דמסתמא חייב כל שלא בירר ע"י שבועה שפטור. משא"כ גלגול דמצ"ע לא חייבתו תורה ואין שוב אומד רק ע"י שבועה גוררת שבועה. אמרינן דוקא כשיכול לישבע. אך לתוס' דדוקא בהו"ל למידע אמרינן מתוך דהוא דלא מהימן שא"י דנראה רמאות כדי שלא ישבע כמ"ש נ"י ובעה"ת. וא"כ מה"ט גם בגלגול שייך מתוך

שזה עצמו ראי' מה שאומר א"י ואף דא"כ יהי' די שישבע שא"י. זה קשה בכל משאי"ל לתוס' וע"כ דס"ל שאין מה"ת שבועה שא"י. וא"כ בגלגול בלא הו"ל למידע י"ל לכ"ע לא אמרינן מתוך:

וטעם הנ"ל הוא דלכאורה כיון דלהחזיק לכ"ע ברי עדיף אפי' נגד שטר (סי' נ"ט). וגם בשמא טוב כו' גבי זה אחי (ב"ב קל"ה) וגבי הנושא פ"ק דכתובו' וכן למ"ד ברי עדיף גם להוציא. למה חייבה תורה שבועת שומרין. וע"כ דמ"מ אין פטרו משבועה דהא איכא לברורי כמו מיגו לפמ"ש. ואם אינו רוצה לישבע שוב ראי' דחייב כנ"ל. ובא"י הוי משואיל"מ דשוב אין ברי ושמא. אבל כשטוען ברי נאנסה ועל הגלגול א"י שוב נהי דלא מהני הברי ושמא לפטרו מגלגול דחשוב איכא לברורי כנ"ל. אבל לפטרו ממון שא"י על הגלגול שוב מהני ברי עדיף שהי' פטור גם מהעיקר שבועה אם הי' חיוב ממון ע"י השבועה. ואין עליו רק חיוב שביעה שאינו מחיוב ממון באי"ל. ובחשוד יש באמת ספק בש"ש. רק משום תקנה שלא יהי' נשכר כנ"ל. א"כ נראה דגם בגלגול יש חילוק הזה דאף דעיקר שבועה על ידי טענת ברי מ"מ אם מגלגל בטענת ס' במה דהול"ל גם לתובע י"ל דלא אמרינן בנתבע מתוך דאין ריעות' מה שא"י כיון דגם התובע הול"ל וא"י. והיו מיושבים ד' הטור דכ' כאן דל"א בגלגול וסי' רכ"ג בעבדי' כסות פ' דאמרינן מתוך ע"ש. ולהנ"ל י"ל דכאן לא הזכיר קרקע רק סתם גלגול דהי' חייב מחמת הטענה בצירוף טענה זו וע"כ שהגלגול טענת ספק ופ' דל"א מתוך. משא"כ התם גבי עבדים דכ' בפי' בטענת ברי ע"ש י"ל דאמרינן מתוך כסברת תוס' כיון דהול"ל תלינן שמשקר כדי שלא ישבע ובאמת יודע דזה שייך גם בגלגול כנ"ל ועיקר נראה די"ל קים לי דל"א בגלגול מתוך. רק בטענת ברי על ב' הטענות והוי לי' למידע י"ל כש"ך דלא מצי עין ק"ל דל"י כ' שהסכימו ע"ש:

סימן עו

סעיף א

אחד שלוה מב' בב"א מזה ק' ומזה ר' והודיעוהו משל מי הי' הק' ומשל מי ר' וכשבאים לתובעו אומר כל אחד שלי הר' והוא א"י איזה כעל הק' כו' צריך ליתן לכל א' ר' אחר שישבע כל א' אבל אם הי' מלוה בשטר כו' והודיעוהו כו' נותן לזה ק' ולזה ק' והשאר יהא מונח כו' (דכיון כו' ויכול אותו שהשטר יוצא מת"י לגבות בלא הרשאה הרי לא פשע כו'):

(**א**) **והודיעוהו** כו'. כ' ש"ך דא"ל הוי כרך א'. וקשה דהא בלא הודיעוהו איך שייך למידק. ומשמע דסובר דאף שנתנו לו ב' כריכות כל אחד כ' וא"ל שא' ק' וא' ר' דהי' לו לראות

כל כ' כמה הוא שראה אז ממי נוטל כל כרך. ואעפ"כ כל שלא א"ל של מי הר' חשוב כרך א'. ומנ"ל הא די"ל דנקיט הודיעו משום דבכ' א' ממש מיירי. וכן במשנה זה ק' כו' דמשמע שהודיעו הוא לרבות' דאעפ"כ לא קפדי כנ"ל. ומ"מ נראה דחשוב כ' א' כש"ך ז"ל דשייך לא קפדיתו להודיע של מי. דעיקר הטעם הוא דחשוב כחלוקה כיון דאמר לי' של זה ק' וחייב אתה לזה כו"כ ולזה כו"כ משא"כ בלא אמרו של מי כנ"ל:

(**ב**) **וכשבאים** כו'. לא פי' הדין כשא' לבדו בא לתבעו דהא ודאי דבהודיעו של מי ר' יכול כל א' לתבוע שלו. דבפקדון הוי הילך משא"כ בהלואה דהוי משאיל"מ. ומה לו לזה מה שאומר שרוצה ליתן הק' לאחר. ובבאים בב"א שניהם לתבוע שייך סברת תוס' כיון דהוי כמו ב' שבילין דודאי שלא כדין לא' משא"כ בא לבדו. וא"כ למ"ש הרי"ף הטעם דפטור בלא הול"ל משום דקי"ל כר"נ דברי ושמא אוקי כו'. משמע מדבריו דאם הי' חייב לכל א' לבדו גם בבאים יחד הי' חייב דלא כסברת תוס' והגם דלר"ה ור"י ע"כ כן מ"מ לר"נ ור"י. הטעם כנ"ל. וא"כ היכא דשייך מתוך והי' חייב לא' לבדו גם ביחד חייב לשניהם כנ"ל. ואף בלא הול"ל וכן לש"ך החולק וס"ל דלרי"ף וש"פ גם הלואה בפקדון בזה בפני זה מ"מ בתבעו כל א' לבדו י"ל דחייב כנ"ל דסברת הש"ך ס"ק ד' דכיון דמ"מ ברי לו שאינו חייב רק ש' הו"ל כטוען ברי לענין זה ע"ש. דמשמע רק בתבעו שניהם משא"כ בא'. וכן משמע מש"ך דרק להתחייב שיחשב מתוך אבל שבועה חייב לכל א' כנ"ל:

אמנם נראה דכשמודה התובע שהלווהו שניהם בב"א א' ק' וא' ר' רק שתובעו שהוא בעל הר' א"כ ל"מ בפקדון דהוי שליש גמור דנאמן כל ששלישוחו בידו כיון דשניהם הימנוהו וכיון שאינו מעכב לעצמו א"צ שבוע' וכיון דהתובע מודה שהוא כדין שליש פטור משבועה. רק דאף בהלואה דהו"ל בע"ד מ"מ י"ל דחשוב כשליש כיון דאינו מעכב לעצמו ואף דשייך קנוניא מ"מ הא פ' ח"ה אמר דהשוכרים חשיבי עדים בנקוטי אגר ביתא ואמר למאן ליתבי ע"ש (דכ"ט). א"כ הו"ל עד גמור כה"ג שאינו רוצה לעכב לעצמו ואם זוכר נאמן בתורת עדות למי חייב מנה שלישית א"כ פוטר א"ע משבועה ויש לו דין שליש שפטור וכיון דאם הי' טוען שלזה התובע רק ק' הי' פטור מש"ד שוב כשא"י ל"א מתוך כנ"ל. שוב ראיתי בבעה"ת ש' ל"ט הנ"ל בשם הרמב"ן כ' להדיא הטעם דלא חשוב מחויב שבועה משום דהו"ל שליש כמ"ש. וא"כ למ"ש ש"ך סי' נ"ו ס"ק ה' דכשמכחישו שלא עשאו שליש רק לפקדון כו' דחייב שבועה דאורייתא וככל נתבע ולא מהני מה שאומר ששל אחר הוא דלא שבקת כו' והרבה ראשונים ס"ל כן א"כ כאן הוי משואיל"מ רק להפ' דבלהול"ל ל"א מתוך אפשר חשוב גם לענין זה להול"ל ואינו מוכרח דאם אמרו שלא לקנוס כו' כ"ש דלא מצינו שיהי' בלוה דין שליש שוב ראיתי בבעה"ת שכ'

רמב"ן להדיא כנ"ל דלענין מתון חשוב הו"ל למידע וכ"ש אם זה תובעו ר' ואינו אומר כצל מהאחר ולא מודה ליה דהלוהו בב"א דשייך מתוך כנ"ל רק כשתובעים שניהם יש להסתפק ג"כ דלד' הש"ך משמע רק מתוך לא חשוב דהוי כברי א"כ גם למאי שחולקין על רמב"ן עכ"פ ש"ד בעי. אך זה א"א כיון דמודה כל החיוב שתובעי' שניהם אין כאן כפירה שיהי' חייב רק על שא"י יוכל להשביע היסת. וכשתובעים שהלוהו בב"כ ובזא"ז והוא אומר שבכ' א' א"כ לפי טענתן מחויב לשלם לכל א' מאחר שא"י מ"מ הא טוען ברי שפטור שמניח ביניהם כו' ואין עליו ש"ד שהי' בכ"א כמ"מ. דהא אף יודה שהי' ב"כ לא יטלו בלא שבועה כנ"ל:

(ג) **צריך** ליתן כו'. כ' הסמ"ע החילוק בין פקדון דלא הול"ל בכ' א' או זה בפני זה דסבור מה שהניח כל א' יטול משא"כ הלואה הול"ל ע"ש. וק' לי למ"ש הרי"ף דאין הפשיעה מה ששכח דאונס הוא רק הפשיעה דהו"ל למכתב שמא דגברא על כ' שלו ע"ש. וזה שייך בפקדון אבל הלואה דלהוצאה ניתנה היכן יכתוב וע"כ שהי' לו לכתוב בפנקסו. וא"כ אם טוען שכתב ונאבד הפנקס יהי' פטור ועכ"פ יהי' נאמן בשבועה שאבד הפנקס דלא גרע מאבידת פקדון כנ"ל. ולא מצינו שחילקו הפ'. וש"ך ס"ק ט"ז כתב ג"כ שהי' לו לכתוב בפנקסו ודוחק שיהי' שיהי' פטור בהנ"ל:

וי"ל דרק בפקדון אין הפשיעה מה ששכח כ"כ בפרט דהרי"ף כ' רק על א' הפקיד. ולא הי' לו לחוש שישכח מי הפקיד ושכחה כזו דלא שכיח חשוב כאונס כרוח שאינו מצוי' וכ' דהו"ל למכתב אבל בהלואה מודה דחשוב פשיעה מה שלא שם אל לבו היטב שיזכור מי הלוה ר' ולא הי' שוכח. ורמב"ם פ"ה מה' שאלה כ' ג"כ פשע שהי' לו לכתוב שם כל א' על כיס שלו וכ' זה גם על ב' הפקידו ב' כריכות. ואין לומר דדוקא על פקדון דש"ח ופטור על רוח שאינו מצוי' והי' פטור גם נגד מי שהוא שלו רק דפשע לכתוב כו'. משא"כ הלואה דחייב באחריות דז"א דמ"מ פטור אי לאו הקנס דפשע. וצ"ל דמ"מ מודים בהלואה דהי' לו לזכור דהא חזינן בא"י היכן אותבינהו דפשיעותא הוא (ב"מ דל"ה) דהשכחה לחוד הוי פשיעה וע"כ לחלק בין שכחה זו להל"ל של מי הק'. וא"כ י"ל דבהלואה דמי לא"י היכן כו'. אולם ראיתי שבעה"ת ורמב"ן כ' ג"כ בב' שהפקידו דהי' לו לכתוב ע"ש:

אמנם קשה הא רמב"ן ז"ל בעצמו כ' משום דפשיעה בשל אחרים איסורא הוא ולכך קנסוהו ע"ש. וא"כ איך מוכח הלואה מפקדון דהי' הפשיעה בשל אחרים משא"כ הלואה דהוא שלו ומה ששכח הוא בשלו למי חייב. וצ"ל דכמו שורף שטרותיו ומזיק שיעבודו דחייב ואיסור איכא כן השכחה בחוב פשע בחוב של זה שחייב לו שע"י שכחה שלו

יהי' נפסד וקנסוהו כנ"ל. והי' מיושב בזה מאי דתמוה הא קי"ל (באה"ע סי' מ"ט) בקידש בביאה וא"י איזה קידש מניח ג"כ דלא עביד איסורא ולא מחייבינן משום דשכח למי קידש. ולהרמב"ן ז"ל הא דמי להלואה מא' וא"י ממי דחייב לכל א'. ובשלמא במקח אף דג"כ חוב כמו בלוה צ"ל כמ"ש נ"י ב"מ דסבור שמיד יבאו וא"צ לזכור ע"ש רק בקדושין קשה. ולמ"ש י"ל דהא לא שוה הכתובה רק ט"ה קודם שנותן גט א"כ מצד הפשיעה דשכחה בשט"ח הוא רק כשיוי ט"ה דכתובה שהוא דבר מועט. ורק בביאה צריך ליתן לכל א'. וא"ל דעכ"פ בקידש לחוד יתן לכל א' כשיוי ט"ה. ז"א דכה"ג לא עשו קנס כלל כיון דנותן גט לכל א' ויתן רק כשיוי ט"ה לא יצא מידי גזל ור"ע אמר לא יצא כו' עד שישלם לכל א' וא' היינו כשיתוקן במה שיתן לכל א' כנ"ל:

והנה יש הרבה חלוקים בין גזילה ופקדון להלואה דשם שייך הש"ל וי"ל דחשוב היזק שאינו ניכר וכמו בנהר דמנח קמך (ב"ק צ"ח) והא דאמר אגבה כו' י"ל ג"כ קנס כמו מטמא במזיד כו' וכדבעי למימר בש"ס פ' הגוזל וגם למסקנא דאין יכול ליטלו כו'. מ"מ י"ל מדינא מודה דפטור גם נגד זה שהוא שלו. דמה שא"י ליטלו הוי רק אינו ברשותו. והא איסור הנאה ג"כ אינו ברשותו בש"ס פסחים (ד"ה ע"ב) ומ"מ קי"ל גזל חמץ כו' אומר הש"ל וכן שומר כו' דאומרים בא"ה הש"ל ואף שנעשה א"ה ע"י פשיעתו ע"ש. וא"כ דאף דעיקר הגזילה מה שעשאו אינו ברשותו מ"מ מהני השבה שמצידו הוא ברשותו שמחזיר רק מצד אחר אינו ברשותו לכך מהני. ממילא כן בהנ"ל. משא"כ הלואה דהמעות דלוה וכל דלא מטי לידי' דמלוה לא מפטר. וגם דהוי כאנס בא כנגדו דאמר בש"ס ב"ק קט"ו ע"ב דאם יכול להציל ע"י הדחק חשוב ממון ברשותו ע"ש. גם בזה אותו האנס שטוען ר' שלו אפשר להציל עיה"ד דאינו ברור כיון דעכ"פ צריך שבועה ורוב ב"א אין נשבעין לשקר וחשוב גורם לממון וראב"ש משביע ע"א חייב דס"ל גורם כו' כממון ולדידן לאו כממון אבל גורם חשוב ע"ש. ממילא הוי השבה כנ"ל משא"כ בהלואה וגם בפקדון חשוב אתא הגזלן אדעתא דפקדון דא"צ ליתן לו שלו דאם הציל עצמו בשל חבירו חייב כנ"ל:

אולם כיון דחזינן במקח ובקדושין אף דהוא רק חיוב משלו כמו הלואה ומ"מ פטור מדינא רק משום קנס. וע"כ דאף שבאמת חייב לזה שמגיע לו מ"מ מאחר שהמצוה דפריעת בע"ח הוא מצוה שבממון אינו מחויב להפסיד משלו כלום רק לפרוע מה שחייב וכמו בהשבת אביד' דכשיפסיד שלו אף מעט פטור ע"ש (סי' רס"ה). והא חזינן למ"ד אין כ' שובר א"צ לשלם אף מחשש ס' שמא יאבד שוברו ויתבענו. ומה בכך יפסיד חשש ספק זה כדי לקיים פריעת בע"ח שמוטל עליו ובשאר מ"ע מחויב לבזבז חומש ממונו. וע"כ דמצוה שבממון שאני ועליו רק לפרוע ולא שיפסיד יותר ממה שחייב ואף ספק

הפסד. ואנן דקי"ל כ' שובר הוא משום דיכול לשמור כו' אבל להפסיד א"צ כנ"ל. ולכך מדינא פטור רק קנס. וגם בהלואה כן רק בכ"א לא פשע דאנתו גופיי' לא קפדיתו כו'.

סימן עז

סעיף א

ב' שלוו כא' או שלקחו מקח א' (או שקבלו פקדון, ביחד בין בשטר בין בע"פ) שניהם ערבים זה לזה אע"פ שלא פירשו כו'::

(**א**) **שקיבלו פקדון**. ש"ך ס"ק א' השיג על רמ"א בת' שכ' ב' שקיבלו שמירה כו' לא מיירי בסתם פקדון רק בהתנה בהדייהו בפירוש וכמו ששנינו מתנה ש"ח להיות כשואל וראי' מש"ס ב"ק מסר שורו לה' ב"א. ע"ש מה שהשיג עליו. ולע"ד ד' רמ"א ז"ל ברורים דהא ודאי דשנים שהזיקו ביחד כל א' משלם מחצה ואין יכול לגבות מטעם ערב מא' בעד חבירו דהא גם היכא דהאי כולא הזיקא עביד והאי כולי' פליגי ר"נ ורבנן בליכא לאשתלומי מהאי אי משתלם מהאי. וגם לר"נ אינו מטעם ערב כמ"ש תוס' ריש פ' הפרה מ"ו ע"ב ד"ה גלית. וכן לעיל סי' כ"ה ס"ג בטעו משלמין ב' חלקים וחלק הג' יפסיד הבע"ד ע"ש בטור וש"ע. וגם אין שום סברא שבמה נעשו ערבים זה לזה. וע"כ החילוק בין חיוב שבא שלא מדעתם רק שמתחייבים ממילא אין תורת שותפות רק כל א' משלם מחצה רק בהלואה וכה"ג כנ"ל:

וא"כ מזה נראה פשוט דחיוב שומרין שבתורה אין הפי' שמקבלין עליהם החיוב אחריות. דגם לרבי (ב"ק מ"ז ע"ב) אמר הלשון עד שיקבל עליו לשמור. וממילא כיון שנעשה שומר חייבתם התורה כל א' כדינו ש"ח בפשיעה וש"ש בגנב' ואבד' כו' ובבעלים פטור לגמרי ובקיבל אחריות חייב גם בבעלים וע"כ כנ"ל. וא"כ הא ודאי דפשיעה אין חיוב יותר ממזיק בידים שהוא רק גרמא אלא בשומר חייבו התורה על גרם זה. ומה"ט פסקו רוב הפ' כר"פ דחיובי' משעת פשיעה לא משעת פקדון ושאלה ע"ש (סי' שמ"א). וא"כ שפיר כ' רמ"א דשנים שקיבלו שמירה בסתם. לענין חיוב האחריות דפשיעה אינם ערבים כלל דכשפשעו ביחד בכל הפקדון כמו שם מסר שורו לה' ב"א ובלאו איהו כו' דאמר מאי קעביד להתחייב יותר מהשאר ע"ש הוי לענין הפשיעה רק כהזיקו ביחד שאינם ערבים כלל לזה וכל א' משלם חלקו. וזהו שכ' רמ"א רק בהתנה בהדיי' כמו ש"ש מתנה כו'. והיינו אם בפירוש קיבלו חיוב אחריות עליהם שוב הוי כשנים שלוו במה שחייבו א"ע ביחד בתורת חיוב הם ערבים כנ"ל. וכן ב' שקבלו פקדון לענין גוף הממון כשא' כופר וכה"ג הם ג"כ ערבים כמ"ש רמ"א כאן בש"ע אבל לא לחיוב פשיעה דבא ממילא הוי כמו היזק כנ"ל וממילא אין ראיות כלל מ"ש הש"ך מרמב"ן ורא"ש ור"ן פ'

שה"פ דמכחש כו' שותפין דמיירי כפירת גוף הפקדון ע"ש. ואפי' הראי' שהביא רמ"א מהא דמסר שורו כו' ג"כ נכונה לע"ד דמה שדחה ש"ך ז"ל דמטעם מזיק אינו חייב שיהי' שייך הכשרתי במקצת נזקו ככל נזקו ע"ש. די"ל דלא הוצרך רמ"א לראי' רק דלא נימא דעכשיו דכבר חייבה תורה דין שומרין שוב חשוב כקבלו אחריות בפירוש ואי נימא דמ"מ לא קיבלו רק כמו שהוא הד"ת כל אחד מחצה. מ"מ י"ל כיון דקי"ל כר"נ ובדליכא לאשתלומי כו' משתלם מהאי להרבה פ' ומשום דהאי כולא הזיקא עביד כו' ע"ש (סי' ת"י). וא"כ הוי כקיבלו עליהם שיתחייב כל א' הכל כנ"ל. ע"ז הביא ראי' דא"כ הי' שייך הכשרתי במקצת נזקו כהכשר כל נזקו דאף שעשה מקצת חשוב כאלו כולא הזיקא עביד ועי"ז חייב מדין ערב דמטעם מקצת נזקו א"ל דהוי ככל נזקו לא הי' מחויב מדין ערב כנ"ל. ונראה כנ"ל דלענין גוף הפקדון הן ערבים משא"כ לענין חיוב פשיעה או גו"א בש"ש דג"כ מחמת שלא שמר כראוי. אבל בשאלו ביחד לענין חיובו דמטעם כל הנאה שלו וזה קיבלו ביחד וממילא חייבים י"ל דחייב מדין ערב כנ"ל. ושפיר כתבו הפ' ראיות שלהם משותפין ששאלו ושילם א' כו' וכן נשאל לא' ע"ש בר"ן ז"ל (פ' שה"פ) דזה דומה להלואה כנ"ל:

לכאורה מוכח גם בפקדון ובע"פ מהא דאמר בירושלמי עלה דהן שלוחיו הן עדיו כו' בקדושין (דף מ"ג) הד"ת בשטר אבל בכסף נעשו נוגעין ע"ש לבתר דתיקון היסת. והא סגי בפרוטה וכיון דב' שלוחין אין כאן חיוב שבועה כלל על כל אחד שהוא פחות מש"פ וע"כ דערבים או לוים. וגם על חיוב אחריות יש הוכחה דא"כ הוי מצי למימר נאנסה ויפטרו משבועה כק' תוס' וכיון שכל א' פחות מש"פ לא יהי' חיוב שבועה כלל. אך ז"א דשבועה שאינו ברשותו עכ"פ ליבעי כיון דעל הכפירה ערבים והוי ש"פ. רק עכ"פ על כפירה יש ראי' דערבין ושם מיירי בלי שטר דהא תליא לה אי בעדים צריך לפרעו בעדים כו'. אך אפשר דבש"פ אם יהי' הדין חצי לוה וחצי ערב ג"כ לא יהי' חייב שום א' מהם דמצד לוה פחות משוה פרוטה ועל חצי ערב כיון שאין שיעבוד הגוף להוציא מצד לוה חצי פרוטה אין ערבות כלל ושוב אינו מצטרף כלל. וא"כ מה"ט גופי' י"ל דנעשו לוין כל א' על כולו כיון שמדין ערב לא יתחייבו ולא יוכל להוציא כלום והא רצה לשניה וע"כ נעשו לוים על כולו שיכול לגבות ממי שירצה. אך הא מפורש בר"ן ורא"ש פ' שה"פ שהביאו הירושלמי הפקיד לב' ש"פ ונשבע כו' יהי' חייב כל אחד ק"ש. והא כ' לאשמה בה פרט לפחות מש"פ ודחי דתמן אין שבועה חל על חצי פרוט' אבל כאן השבועה. על ש"פ כיון שיוכל לתבוע כל אחד הכל ע"ש:

עכ"פ מוכח מירושלמי הנ"ל או דבאמת הן לוים בש"פ או דאף דערבים מ"מ מצטרף חצי ש"פ דערבות עם החצי ש"פ דמשום לוה וכיון דשייך ק"ש ממילא גם לענין נאנסה והיסת ג"כ להפ' דא"צ ב"כ דלדידהו בל"ז קשה משם. וגם י"ל דלא מיירי הירושלמי בקידש בש"פ ואמר רק דבקדושי כסף נעשו כנוגעין היינו היכא שהם נוגעין לפ' הנ"ל בב' כסף ולש"פ ביותר מש"פ. אך אה"ע סי' ל"ב ס"ב ב' שלוחים כו' וכ' רמ"א בשטר ש"פ ספק משום נוגעין ע"ש. ונראה משום דמשמע לי' הוכחה מירושלמי הנ"ל עכ"פ או שהן לוין או שמצטרף כנ"ל. מ"מ י"ל דוקא כה"ג ששניהם קיבלו יחד בזה אף דרק ש"פ. וגם למאי דקי"ל חצי לוה ועל חצי ערב מ"מ יכול לגבות כולו מכל אחד אף קודם שתובע להב'. דאם יתן לו זה חצי פרוטה שמצד לוה שוב לא יוכל לגבות מהב' ח"פ ושוב יכול לגבות מזה שהוא ערב דאצלו מצטרף ויש ש"פ. וא"כ יכול לגבות מכל אחד כל הש"פ בלי תביעה להב' וממילא מה"ט חל הערבות גם כן כיון שיש צירוף כנ"ל. אבל אם ערב בעד אחד על פחות משוה פרוטה אף שהוא חייב עוד חצי פרוטה לא מצטרף דאין ערבות כלל על פחות משוה פרוטה דלא שייך בהנאה דמהימן לי'. ואפשר דחשוב דאין שיעבוד הגוף כיון דהוא פחות מש"פ ממילא אין ערבות. ורק בהנ"ל דבשניהם יש צירוף כנ"ל ואינו מוכרח:

(**ב**) **ערבים** כו'. יש להביא ראי' לזה מדאמר בירושלמי גבי הן הן שלוחיו כו' הדא דתימא בקדושי שטר אבל בקדושי כסף הם נוגעין כו' ע"ש. וא"כ אי אינם ערבין והא קדושי כסף הוא בפרוטה וא"כ אינם נוגעין כלל דהא על כל אחד אין תביעה רק על חצי פרוטה ואף שמחויב לשלם מ"מ אינו חייב שבוע' היסת כשכופר ולא הוי עד הצריך שבועה כו'. וע"כ דהם ערבין ואף שיש לחבירו ג"כ מ"מ כשכופר שוב התביעה עליו מפרוטה דכשיודה הוא יתחייב גם בחצי פרוטה שניי' כיון שחבירו כופר כמו בערב שמודה ולוה כפר כו' וחייב היסת כנ"ל. ועוד ראי' בב' שלוחין בהלואה למה הם עד הצריך שבועה הא כל א' הוי עד מסייע לחבירו שפוטרו כמבואר לקמן היכא דאינם ערבין וכיון שעל חלק חבירו אינו נוגע כלל. והתם משמע סתמא דאף שכל אחד מעיד גם על הכל לא מהני כו'. ואף דבה"ע כ' הח"מ דאף דאיכא עד מסייע לא מהני כיון שעדותו לבד לא מהני וצריך לעד הכשר הוא כמו עד הצריך שבועה ע"ש (סימן ל"ה ס"ק ג'). מ"מ זה דוקא בעד אחר עמו שאינו שליח הוי נכי ריבעא אפומא דחד כיון שהעד האחר א"צ לו והוא אינו מועיל כלום בלא העד אחר שהוא עהצ"ש זולתו ולא מהני כו'. משא"כ כששניהם שלוחים א"כ צריך כל אחד לחבירו ושפיר מהני וכמו אי על כתב ידם הם מעידים גבי קיום דמהני ע"ש:

(ג) **ערבים** כו'. הסמ"ע ז"ל תמה על הרמב"ם ז"ל והש"ע שפסק דב' שלוו לא הוי רק ערבים ולא קבלנים זל"ז. ובשנים שערבו לא' פסק שיוכלו לגבות מכל א' הכל אף אם יש לשני נכסים דמשמע שהם קבלנים זל"ז והנראה לפע"ד לפי מאי דקי"ל לקמן. ומבואר יותר בתומים סי' ק"ל ס"ק ז' דבערב על תנאי הוי אסמכתא אף דבכל ערבים הוי ספק אם יגבה ממנו. כי שמא יהי' ללוה נכסים. היינו כיון שאין שם אלא ספק א' משא"כ היכא שיש עוד ספק לא מעייל אינש נפשו לכמה ספיקות והוי אסמכתא ע"ש. ולפי"ז ממילא אם נימא דבשנים שערבו לא' אינם קבלנים זל"ז רק סתם ערבים ל"ז. והיכא שיהיה לשני נכסים לא יוכל לגבות ממנו רק החצי. וא"כ ממילא אף אם לא יהי' לשני נכסים ג"כ לא יוכל לגבות ממנו הכל ולא יועיל כלום הערבתו לשני. דהא לענין זה הוי שני ספיקות כיון שיוכלו להיות שיהי' ללוה לשלם הכל. ואם לא יהי' לו אולי יהי' נכסים לערב השני כיון שאינו רק ערב להערב. וא"כ ממילא שפיר פסק הרמב"ם שהם קבלנים. ואז אף אם יהי' לערב השני נכסים יוכל לגבות ממנו הכל. ולא הוי רק ספק אחד ודמיא למאי דאמרינן לעיל סי' מ"ב דהיכא שמתבטל ענין השטר לא אמרינן יד בעה"ש עה"ת. וגם כאן אם נימא שאינם רק סתם ערבים יתבטל כל ענין הערבות וכמ"ש. משא"כ בלוים שיתקיים הערבות גם בסתם ערבים אז שפיר אמרינן יד בעה"ש על התחתונה וא"ש:

סעיף ה

ראובן תבע משנים שלוו ממנו כאחד וכפר אחד והודה א' אין עדותו מחייב את חבירו שבועה::

(ד) **אין עדותו מחייב כו**'. עיין ש"ך ס"ק י"ג הביא שם דברי הב"ח ז"ל שתמה בזה ממ"נ אם יש למודה נכסים יגבה הכל ממנו. ואם אין לו נכסים הא לא הוי נוגע לדעת המחבר לעיל סי' ל"ז דלא הוי נוגע שמא יתעשר ע"ש. וכתב בתומים שלא הבין דבריהם ז"ל שהרי מבואר שם דהוי נוגע כי היכי דלא ליהוי לוה רשע וכו' וגם כאן יהי' לוה רשע כו' אם לא יעיד גם על חבירו כיון שאין לו נכסים ע"ש. ובפשיטות נראה שדבריה' מכוונין לפי מאי שהקשו שם. דהא איסור עדות שקר חמור מאיסור לוה רשע כו'. ואיך יהי' נוגע להעיד. שקר כדי שלא יעשה איסור לוה רשע כו'. ותירצו דאין הנגיע' בשביל איסור רק כדי שלא יחזיקוהו העולם כלוה רשע כו'. והנה לכאורה קשה כאן אמאי הוי נוגע והא אית לי' מיגו שהי' יכול לכפור בעיקר ההלואה. דע"כ מיירי הכא שאין לו שטר או עדים דאל"כ מה מועיל כפירת השני. וע"כ דתובעים בע"פ וא"כ יש לו מיגו כמו גבי הן הן שלוחיו וה"ה עדיו דלא הוי נוגעין היכא דאית להו מיגו דאהדרינהו. אך באמת יש לחלק דשאני הכא שלפי דבריו הוי בעל דבר דכיון שמודה שלוה הוי העדות על חבירו בע"ד דנותן לו

חלקו ואף שיש לו מיגו מ"מ לא נוכל להאמינו בתורת עדות. וכמ"ש הרא"ש גבי בקרא בכתובות (פ' הכותב) ע"ש. משא"כ התם שאם נאמנים לא הוו בעלי דברים כלל. וא"כ ממילא לפוסלו היכא שאין לו נכסים שיהא נוגע כדי שלא יהי' לוה רשע כו' שפיר לא הוי נוגע. דבשביל האיסור אין לפוסלו דהא עכשיו עושה איסור גדול מזה בעדות שקר. ורק כדי שלא יחזיקוהו אנשים ללוה רשע. דבזה ג"כ אינו נוגע לומר דמשקר בשביל כן שהרי יוכל לכפור בעיקר ההלואה ואז ג"כ לא יהי' לוה רשע וכו' כנ"ל. רק שנאמר דהוי נוגע כי שמא יתעשר אח"כ. ובמיגו אין להאמינו כמ"ש וע"ז שפיר הקש' הב"ח לדעת המחבר לעיל. אך י"ל דכשיכפור ההלואה יצטרך לישבע היסת והוי עד הצריך שבועה. אך י"ל בטוען שמא או דכשיכפרו שניהם יהי' חבירו עד מסייע עליו. אך גם הוא יהי' עד הצ"ש ולא יועיל. או כיון דאין לו לא יתחייב היסת על הכפירה:

עוד י"ל לפי מאי שפסקו קצת פוסקים. דטענו בחוב אביו והודה לו בחוב עצמו דהוי ט"ח והל"ב פטור. א"כ ממילא הכא שהוא תובע לשניהם ויוכל לגבות מכ"א החצי מטעם לוה והחצי הב' מטעם ערב. א"כ ממילא אם יאמר הלוה שהוא לבדו נתחייב בכל הוי ט"ח והל"ב על החצי השני שהרי הוא תובע החצי הנ"ל מטעם שנעשה לו ערב והוא מודה לו שנתחייב לו שלוה בעצמו והוי כמו טענו בחוב אביו והודה לו בחוב עצמו להפוסקים דפטור גם מהמעות ע"ש. וא"כ שפיר לא הוי נוגע מטעם לוה רשע. שהרי חלקו בין כך ובין כך. יתחייב לשלם. ועל חלק חבירו גם אם יודה למלוה שנתחייב בעצמו ג"כ יהי' פטור דהוי ט"ח והל"ב. אף דקי"ל דמועיל תפיסה בט"ק והל"ב וא"כ שפיר הוי נוגע דירא שמא יתפוס. מ"מ היכא שאין לו נכסים לא שייך זה. ורק שיהא נוגע שמא יתעשר ויתפוס ממנו וע"ז שפיר לא הוי נוגע לדעת המחבר כנ"ל וא"ש. אבל לוה רשע כו' לא יהי' כלל דהא באמת פטור יהי' ע"פ הדין רק מועיל תפיסה כנ"ל:

סעיף ו

שנים שלוו מאחד בשטר אחד ומחל לאחד מהם לא מחל אלא חלקו וגובה מחבירו חצי החוב::

(ה) **לא מחל אלא** כו'. ולכאורה לפי מאי שמביא רמ"א לקמן סי' רמ"א סעיף ב' מחלוקת הפוסקים דמוחל לחבירו חוב שיש עליו שטר. שדעת א' דלא מהני מחילה רק אם החזיר לו השטר. וא"כ לא הי' לסתום כאן דמהני המחילה לא' מהשותפים כיון שלא החזיר לו השטר. והנה לעיל בסי' ס"ו כ' הרב"י דהא דמהני מחילה בלא החזיר השטר במוכר שט"ח כיון שאין יכול ליתן לו שהרי אינו בידו שהוא ביד הלוקח. וא"כ גם כאן י"ל כן לדעת הפוסקים דלא מחל לחבירו חלקו. וא"כ לא הי' יכול להחזיר השטר שצריך

לתבוע מחבירו חלקו. אמנם לדעת הפוסקים דכל החוב מחול שפיר קשה כנ"ל. ונראה שהרי הטעם שאין המחילה מועיל לדעת הפוסקים הנ"ל בלא החזיר השטר מבואר לעיל משום דהשטר הנ"ל כגבוי שיוכל לגבות מהמשועבדים. וא"כ לדעת הרמ"א ז"ל סי' נ"ה דבשטר שנפרע מקצתו לא יוכל לגבות מהמשועבדים גם חצי השני מטעם גזירה. וא"כ לכאורה גם בשנים שלוו בשטר א' היכא שאינם שותפים ומחל לא' לא יוכל לגבות מהשני מלקוחות. אך זה אינו שהרי ממנו בלא"ה לא הי' יכול לגבות חצי השני ולא שייך גזירה כו'. אמנם היכא שהם שותפים ויכול לגבות מכל א' כל החוב חציו מטעם ערב וחצי הב' מטעם לוה ויכול לגבות כל החוב מלקוחות. לדעת הרמב"ם ז"ל באין להב' נכסים. ולדעת הרא"ש ז"ל אף ביש לו נכסים. וא"כ ממילא אם מחל לא' אף דלא יועיל מחילתו נגד הב' מ"מ לא יוכל לגבות מהשני מלקוחות מטעם גזירה כנ"ל וא"כ שפיר מועיל המחילה גם לחבירו אף בלא החזיר לו השטר שהרי השטר אינו כגבוי כיון שבלא המחילה לו ג"כ לא יגבה מהלקוחות. ויש. מכאן ראי' לדעת הרמ"א ז"ל הנ"ל. דהא הי' יכול לגבות גם החצי הב' ממנו מלקוחות מטעם ערב. ועתה כשמחל לא' עכ"פ אינו יכול לגבות מהב' רק חצי דחצי הב' כיון שמחל ללוה נפטר מהערבות א"כ גם עליו בעצמו הוי כנמחל מקצתו ושייך שפיר הגזירה שלא יגבה גם החצי של ערבות מלקוחות ואינו גובה כלום ושוב מהני המחילה לגמרי גם מב"ח דלא הוי כגבוי כיון שאינו יכול לגבות כלום ומשועבדים מחמת מחילה של הא' בלבד ועל הא' הי' מועיל דהא לא הי' יכול להחזיר השטר אז. אך מ"מ י"ל כיון שמוחל בב"א לשניהם א"כ עדיין אינו מועיל גם מחילה של הא' בלבד כיון שיכול להחזיר השטר, ובמוחל בזה אחר זה הי' שייך כנ"ל. ויש לדחות דגם בב"א מועיל:

סעיף ז

אחד שלוה משנים ומחל אחד מהם כל החוב אין חלק חבירו מחול (הג"ה אפי' שניהם כתובים בשטר אחד)::

(ו) **אפילו שניהם כתובים** כו'. עש"ך שחולק בזה וס"ל דמועיל מחילתו גם בעד חבירו דהוי כאלו כתבו הרשאה זל"ז רק שצריך לשלם לו מטעם גרמי ע"ש. והנה לפי מאי דקי"ל (סי' פ"ו) דבשיעבודא דר"נ אינו מועיל מחילה. וא"כ ממילא כאן כיון שחייב לשלם חצי החוב שמחל בעד חבירו א"כ ממילא משועבד חלק הלואתו לחבירו מטעם שיעבודא דר"נ וא"כ לא יועיל המחילה לחלקו כלום. ואף שהשיעבוד והמחילה באין כא' מ"מ אינו מועיל לדעת הר"ן ז"ל בר"פ המדיר גבי דברים גדולים ודברים קטנים כ' שם סברא שלא יועיל הנדר לדברים קטנים. אף שקודם הנדר לא נשתעבד לדברים הקטנים

מ"מ כיון שאחר הנדר יתחייב בהם ומשועבד לה לא מועיל הנדר בזה. וא"כ ממילא גם כאן אחר המחילה לחלק חבירו ישתעבד חלקו מדר"נ לא יועיל המחילה. והנה באמת קושי' זו לכאורה קשה בכל מוכר שט"ח למה יועיל המחילה לדעת הר"ן ז"ל הנ"ל כיון שחייב לשלם אחר המחילה מדדג"ר א"כ הלוה משועבד מדר"נ ולא תועיל המחילה אף שקודם המחילה עדיין לא נשתעבד מ"מ הרי גם שם אינו משועבד לדברים קטנים טרם הנדר ואעפ"כ אינו מועיל הנדר. אך באמת יש לחלק דשאני התם דאף דאין הנדר מועיל לדברים קטנים מ"מ חלות הנדר הוא על דברים גדולים שאינו משועבד בהם אף אחר הנדר משא"כ במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו היאך נאמר שלא יועיל המחילה מטעם שאחר המחילה ישתעבד מדר"נ שאחר המחילה אינו חייב כלום. משא"כ התם דאף אחר הנדר עדיין חלות הנדר קיים לדברים גדולים כמובן. וא"כ לכאורה כאן שבמחילת חלק חבירו משועבד מדר"נ אף שמחל חלק שניהם כאחד מ"מ לא יועיל המחילה רק לחלק חבירו וחלקו משועבד לחבירו מדר"נ ודמי ממש לנידון הר"ן ז"ל הנ"ל. ונראה לפי מאי שכתבו הפ' לקמן (סי' ר"ג) בקני את וחמור היכא שהקנה דברי' חלוקי' בקניינם בקנין א' דאינו מועיל גם לאותו שמועיל הקנין וא"כ לכאורה לדעת הפ' כאן דאין המחילה מועיל לחלק חבירו גם לחלקו לא יועיל. אך יש לחלק בין קנין שע"י הקנין יצא הדבר מרשותו לרשות חבירו ואינו מועיל בכה"ג ובין מחילה שמסלק עצמו מחיוב חבירו עליו. דאף שאינו מועיל סילוקו במה שלחבירו מ"מ הוא מסולק מהשיעבוד שיש לו על הלוה. וא"כ ממילא כאן לדעת הפ' שמועיל המחילה גם לחלק חבירו מטעם דהוי כמו שהרשהו אם נאמר שלחלקו לא יועיל מטעם שמשועבד מדר"נ גם לחלק חבירו לא יועיל מטעם קני את וחמור שבמחילת חלק חבירו לא שייך לומר שמסלק עצמו רק שמקנה לו שיעבוד שיש לחבירו עליו ע"י הרשאה וא"כ ממילא לא תועיל המחילה כלום. וא"כ שפיר מועיל המחילה גם לחלקו כמו בכל מכר שט"ח כנ"ל. דבשלמא בקנין שייך כשהוא מקנה ב' הדברים אינו רוצה רק שיועיל כל דיבורו משא"כ במחילה דהיינו שמסלק עצמו באמת כל דיבורו מועיל שהוא מסולק שלא יוכל לגבות כל החוב וקיים. רק דמ"מ הא חבירו לא מחל ויוכל לגבות ושפיר מועיל כנ"ל. משא"כ אם אינו מועיל על חלקו שפיר שוב לא יועיל גם לחלק חבירו דשייך כנ"ל. וא"כ אם נימא דהמחילה אינו מועיל על חלקו מטעם שיעבודא דר"נ א"כ אין כאן כלל שיעבודא דר"נ דגם על חלק חבירו לא יועיל כנ"ל ואינו חייב כלל מגרמי כנ"ל ולכך שפיר מועיל על הכל. וכן במוכר שט"ח ג"כ הטעם כנ"ל דאם נאמר דלא יועיל המחילה משום דר"נ א"כ אין כאן שיעבודא דר"נ דאינו גורם כיון שלא הועיל מחילתו משא"כ גבי המדיר כו' דמ"מ אף אם אינו מועיל על דברים קטנים

מ"מ נתחייב בהם ע"ש. וכן דאמר בבכורות אמר על יציאת רובו בבכור הרי זו עולה אף דבאים בב"א אמרינן דברי הרב ודברי תלמיד שומעין דברי הרב ולכאורה גם כאן כנ"ל שבאים בב"א מ"מ זה החיוב הוא דברי הרב ולא יועיל כנ"ל. רק דבשלמא התם אף אי לא יועיל דברי תלמיד מ"מ דברי רב קיים שהוא בכור. משא"כ אם נימא דלא יהיו דבריו קיימים גם דברי הרב אין כאן וכן כאן כנ"ל:

סעיף ח

שנים שהם ערבים בשביל אחד ופטר המלוה את אחד מהם מהערבות י"א שיכול לגבות כל החוב מהערב השני כו'::

(ז) **שנים שהם ערבים** כו'. והנה יש להסתפק אם יכול הערב לחזור ולגבות מערב השני החצי כמו בפרע א' מהם לעיל ועיין ש"ך סי' קל"ב בשם מבי"ט וחולק עליו ע"ש. ונראה דהטעם בפרע א' מהערבים יכול לחזור ולגבות מהב' י"ל ב' טעמים א' י"ל דהא לכאורה אינו מובן למה יגבה בשלמא בערב שפרע עבור הלוה שפיר חייב לחזור ולשלם מטעם פורע חובו דהא פרע לו חובו דהצילו כנ"ל. ואף דבכל מקום פטור משום שלא הי' מוכרח לשלם משא"כ כאן שהי' חייב לשלם צריך לחזור ולשלם שוב משום פורע חובו כנ"ל. אבל בב' ערבים לא' נהי דהי' יכול לגבות גם מהב' מ"מ כשגבה ממנו לא פרע כלל חוב של ערב הב' דהחיוב ערבות הוא כשלא יגבה וכשגבה ממנו אין חיוב כלל על הב' ולמה יחזיר וישלם לו כנ"ל:

ואפשר לומר דמ"מ הוי פורע חובו גם בזה כיון שהי' יכול לגבות גם ממנו והצילו מההפסד כנ"ל ולכך צריך לשלם כנ"ל אמנם כאן בפטר לא' וגבה מחבירו כל החוב שוב ממילא אינו יכול לחזור ולגבות כלל מהב' דכאן לא שייך פורע חובו דכיון שפטרו לא הי' יכול לגבות ממנו ולא הצילו מהפסד כלל ולמה יתחייב לשלם כלל כנ"ל. והוא כהמבי"ט כנ"ל:

והי' מיושב בזה קושית הגי"ת הביאו הש"ך ז"ל לטעם הרא"ש דלכך בב' לוים שמחל לא' אמרי' דמחל לשניהם משום דאם לא הי' מוחל רק לא' למה הי' צריך כלל למחול הי' לו בלא מחילה לגבות מא' והקש' גי"ת דא"כ גם בב' ערבים שפטר לא' נימא ג"כ דפטור גם להב' דאל"ה למה לו למחול הי' לו לגבות מא' בלא מחילה ע"ש. ולמ"ש מיושב דכאן שפיר י"ל שלא מחל רק לא' ומ"מ הוצרך להמחילה דבלא"ה אם הי' גובה מהא' הי' חוזר וגובה החצי מהב' ושפיר מחל לו ושוב לא יוכל לחזור ולגבות מהב' דלא שייך פורע חובו כנ"ל. אך י"ל דמ"מ קשה דהא קי"ל במוכר שט"ח ומחלו חייב לשלם מדינא דגרמי דהזיקו החוב שלו שלא יוכל לגבות וא"כ כאן כיון דאם לא הי' מוחל והי' גובה ממנו

הי' יכול לחזור ולגבות מהב' ובמה שמחל הפסידו כנ"ל וא"כ חייב מדינא דגרמי לשלם החצי וא"כ לא יוכל לגבות רק החצי. אך י"ל להפ' (סי' ס"ו) דמוחל לעצמו אינו חייב מדינא דגרמי משום דלא הי' כוונתו להזיק ע"ש וא"כ כאן לא הי' כוונתו להזיק במה שמחל להערב דהא לא פטרו רק שהוא עצמו לא יגבה ממנו דבשלמא מוכר שט"ח ע"כ כוונתו הי' להזיק משא"כ כאן כנ"ל:

אמנם שוב קשה שפיר קושית גי"ת דנימא שמחל לשניהם דאל"ה הי' לו בלא מחילה לגבות מא'. ואי"ל כמ"ש דהי' חוזר וגובה ולכך מחל כדי שלא יוכל לחזור ולגבות. ז"א דא"כ הי' שוב כוונתו רק להזיק כדי שלא יוכל לגבות ושוב לא יוכל לגבות כנ"ל דאם לא כיוון להזיק הי' לו בלא מחילה לגבות מהא' כנ"ל. אך י"ל דאינו חייב כאן כלל מדינא דגרמי דדוקא במוחל שמפסידו החוב שחייב כבר משא"כ כאן בשעה שמחל לא הי' הערב הב' חייב לזה הערב כלל כיון שעדיין לא גבה ממנו ולא נתחייב עד שגבה כנ"ל. אמנם כמו בטמון באש שראה אש באה וטמן הכלים באש חייב בדיני שמים דגרם שיהי' פטור ע"ש (סי' תי"ח) אף שלא הי' ההיזק כיון דידע שיבא ע"ש. וכן כאן דגרם שיפטר אחר שיתחייב וחייב ג"כ בדיני שמים וממילא להפ' דמהני תפיסה בכל חיוב בד"ש (עי' יו"ד ה' רבית) ממילא אינו יכול לגבות מן הערב רק חצי דעל חצי הב' חייב לו בד"ש ומהני תפיסה וכיון שהוא מוחזק פטור כנ"ל. ויש לדחות דכאן אין החיוב עד אחר שגובה כנ"ל. אך באמת נראה שאין טעם החיוב משום פורע חובו דבערב אין חיוב כלל כנ"ל. רק הטעם כיון שנתערבו יחד הוי כמו כל א' ערב בעד חצי ופש חצי ב' הוא ערב קבלן בעד חבירו וממילא כשפרע בעדו צריך לחזור ולשלם כמו בכל קבלן שפרע בעד הלוה כנ"ל אך עדיין קשה כאן למה יגבה מא' כל החוב במחל לא' הא בקבלן כשמחל ללוה אינו גובה מהקבלן וגם כאן לא יגבה רק חצי. וצריך לומר דב' ערבים הם נגד המלוה כל א' ערב על הכל רק דחוזרים ונעשים ערבים זה לזה על חצי שאם יפסיד הא' יתחייב לשלם לו החצי ולכך כשמחל לא' החיוב ערבות מ"מ גובה מחבירו דנגדו הוא ערב על כל החוב. אך לפ"ז ודאי חוזר וגובה מהערב מחצה דמה מועיל מחילת המלוה על הערבות שנתערב נגד הערב זה א"י למחול ושפיר חייב כדעת ש"ך והוא מוכרח כנ"ל:

סימן עט

סעיף א

טענו מנה הלויתיך וכפר בב"ד ואמר להד"ם ובאו עדים שלוה ממנו ופרעו והלה אומר לא נפרעתי ה"ז חייב לשלם כו'::

(**א**) **ואמר להד"ם** כו'. מבואר בש"ס (שבועות מ"א ע"ב) פלוגתא דאביי ורבא וקי"ל כרבא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כו'. וקשיא לי הא קי"ל למפרע נפסל ומבואר בש"ס ב"ק פ' מרובה (דע"ג) בהעידו על הגניבה ועל הטביחה והוזמו על הטביחה דבטל גם עדות דגניבה שהעידו תוך כ"ד כיון דלמפרע נפסל ע"ש. וא"כ כאן ממ"נ איך מחייבין אותו אם מעידי' אמת שפרע א"כ אינו חייב ואי מאמינים להודאתו שלא פרע א"כ העידו שקר שפרע וממילא פסולין במה שמעידי' על ההלואה ג"כ ואין כאן עדים שלוה ונאמן שוב במה שאומר לא לויתי כיון שאין עדים כשרים מכחישים אותו כנ"ל. ועוד דהא גם הודאת התובע מה שלחובתו כק' עדים דמי וא"כ כיון שאומר לא נפרעתי מודה שהעדים משקרים במה שמעידים שפרע ופסולין גם על ההלואה ומהני הודאת התובע לחובתו שהעדים פסולין וליהמן במה שאומר לא לויתי. והא מבואר בש"ם פ' י"נ ובש"ע סי' פ"ב בעדים מעידים שפרעו כולו והוא אומר פרעתי מחצה דנשבע ואין העדים פוטרין אותו משבועה על המחצ' כיון שמודה דפסולין שהעידו שקר על מחצה ומהני הודאתו לחוב שהעדים פס לין כמבואר בנ"י וש"פ שם. וא"כ גם כאן מועיל הודאת התובע לחוב שפסולין ולא מהני גם על ההלואה כנ"ל. ובש"ס לא קשה דרבא הא אזיל לטעמי' דסבר פ' מרובה דמכאן ולהבא נפסל. ומבואר בש"ס שם דאמרינן אמאי דאיתזם כו. אמאי דלא איתזם לא איתזם ע"ש. ולכך סבר שפיר כאן דחייב דאף שהעידו שקר על הפרעון מ"מ מהני עדותם על ההלואה. אבל לדידן דקי"ל כאביי ביע"ל קג"ם דלמפרע נפסל וא"כ אמאי חייב וקשה כנ"ל. ודוחק לומר דמיירי שהעידו שלוה ואחר כ"ד העידו על הפרעון דלא מיפסלי על עדות הלואה כיון שלא הי' תוך כ"ד. דז"א דהא סתמו הפוסק' שמעידים שלוה ופרע כו' דהיינו תוך כדי דבור בעדות אחת:

והי' אפשר לומר להפוסקים דהיכא דאינו מועיל עדות העדים לא מקרי עדות שקר כלל ולא מפסלי דאין ע"ז תורת עדות כשאינו מועיל כלום וא"כ י"ל כיון דהדין הוא דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ומהני הודאתו על הפרעון יותר מהעדים וא"כ אין עדותם מועיל כלום במה שאומרים שפרע וא"כ אף שהעידו שקר על הפרעון לא מיפסלי כלל על ההלואה כיון שלא הועיל על הפרעון נגד הודאתו כנ"ל ושפיר כשרין על ההלואה. וגם התובע לא הודה כלל שפסולין דאף ששיקרו כשרין כנ"ל. והי' מיושבים בזה דברי תוס' שהקשו שם הא יכול לתרץ דבורי' לא עמדתי בהלואה אלא פרעתי ונדחקו ע"ש. ומה קושיא דלמא באמת מהני כשמתרץ דבורי' ואיירי כשאינו מתרץ רק עומד בכפירתו דלא לוה. וגם בנ"י ריש ב"מ דייקי מזה דלא מהני כשחוזר ואומר פרעתי ומביא עדים שפרע מהאי דהכא ע"ש. ותמוה ג"כ מאי ראיה דלמא כשחוזר ואומר פרעתי באמת

מהימן כיון שיש עדים ודוקא בעומד בכפירתו כנ"ל. ולמ"ש מיושב דאי נימא דכשחוזר מהני וא"כ שוב הועיל עדות העדים במה שהעידו שפרע שכשיחזור ויאמר פרעתי יהי' נאמן. וא"כ כיון שהועיל עדותו שוב אף שאינו חוזר יהי' נאמן מה שאומר לא לויתי דממ"נ העדים פסולין כיון שהעידו שקר על הפרעון והועיל עדותם כנ"ל פסולין גם על ההלואה ומוכח שפיר דאינו מועיל אף שחוזר כנ"ל. אך בראב"ד ור"ן ז"ל גבי פלוני רבעני כו' (סנהדרין ט' ע"ב) מבואר יוד (חב) דדוקא העדות שמעיד על עצמו אינו בגדר עדות שנפסל כשמעיד שקר כו' דעל עצמו לא הוי עדות. אבל היכא שהוא בגדר עדות אף שאינו מועיל פסול ע"ש. ולעיל סי' מ"ו כ' הב"י בב"ה בשם רמב"ן וריטב"א גבי עד אומר תנאי כו' דאמרינן ממ"נ אי משקר פסול גם על הקיום ואין כאן קיום ע"ש וכן ממש כאן וקשה כנ"ל. וכ"ש להפ' דבאמת יכול לומר נזכרתי שפרעתי. וא"כ מועיל עדותם שעל הפרעון וכיון דאמרינן עכשיו שמשקרי' ממילא פסולין גם על ההלואה כנ"ל:

והי' אפשר לומר דהא למ"ש תוס' פ"ק דחולין גבי השוחט בשבת ובר"ן ז"ל דלא חשוב שחיטת מומר רק ממעש' זו ואילך אבל מעשה זו שנעשה מומר ע"י אינו פסול עדיין ע"ש. וכן בפסולי עדות בשעת מעשה עדיין לא יקרא שם פסול וכ"כ מהרי"ט ז"ל בתשובה. והא דאמרי' התם בהוזמו על הטביחה דפסול על הגניבה ואף דנהי דתוך כ"ד כדבור מ"מ הא בשעה זו שנפסל עדיין אינו פסול רק אחר שהעיד על הטביחה וא"כ עדות גניבה עדיין כשר אף דחשוב בב"א. רק הטעם שם משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דתוך כ"ד כדבור ובטל מקצת העדות בטלה כולה כנ"ל. וכן כאן מטעם פסול ממילא לא שייך דאף שהעידו שקר על הפרעון מ"מ לא נפסלו בעדות ההלואה אף שהוא תוך כ"ד כמו בשחיטת מומר כנ"ל דעדיין אין שם פסולין אז עליהם רק אח"כ כנ"ל. ועוד דהא אמר בש"ס שם פ' מרובה והלכתא שהעידו תוך כ"ד והוזמו כו' וכ' תוס' כיון דהיו יכולין לחזור בהן תוך כ"ד א"כ אינם פסולין עד לאחר כ"ד ע"ש. וא"כ מכש"כ שהעדות שהעידו מקודם תוך כ"ד שכשרים אז דהא הי' בידם עדיין שלא להעיד עדות השני ועכ"פ עדיף ממה שיכולין לחזור בהן כנ"ל. ורק דנימא שיתבטל העדות שעל ההלואה מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כיון שבטל על הפרעון כו'. והא דבטל על הפרעון הוא משום הודאת הלוה שלא פרע וכק' עדים דמי לחובתו. והנה קי"ל דמפטור לפטור יכול לחזור בו והטעם כ' הפוסקים דלא אמרינן הודאת בע"ד כק' רק כשהוא לחובתו. אבל הודאה שאינה מחייבת אותו כלום לא הוי כלל כעדים ולכך יכול לחזור כיון שהוא מפטור לפטור כנ"ל ע"ש. וא"כ מיושב דאיך נימא דהוי עדות שבטלה מקצת' על הפרעון משום הודאת הלוה שנאמן יותר מעדותם ובטלה כולה גם העדות שעל הלואה הא אי

נימא דבטל גם על ההלואה ופטור הלוה כשאומר לא לויתי א"כ שוב גם ההודאה שלא פרע אינו כעדים דעדיין הוי לפטור מה שאומר לא לויתי דלא מיחייב כיון שבטל ויכול לחזור בו אף שהודה שלא פרע כמו באין עדים שלוה שיכול לחזור ולומר פרעתי. וא"כ אי נימא שבטלה כולה שוב גם מקצתה לא בטלה דגם העדות שפרע לא בטל מחמת הודאתו שלא לוה כיון שהיא לפטור ולא הוי כק' עדים כלל ומאמינים להעדים שיב שפרע. א"כ לכך אמרינן שפיר שקיים העדות שעל ההלואה דא"א לומר בטלה מקצת' בטלה כולה דא"כ לא בטלה כלל דהוי כאין עדים שלוה וליכא הודאה שלא פרע ונשאר קיים גם העדות על הפרעון ולכך אמרינן דקיים העדות על הלואה ואף דעכשיו שאנו פוסקין דחייב וקיים עדות ההלואה שוב בטלה מקצתה מ"מ איך נימא דפטור. דאז יש כאן עדים על ההלואה ושוב חייב דלא בטלה כנ"ל. ומיושב בזה דעת בעה"ע שהביא ב"י דחייב לישבע היסת המלוה כשחוזר ותובע ממנו והוא תמוה מאד ממ"נ אם חוזר ותובעו שפרעו ב' פעמים מסייע למלוה הודאת הלוה שלא פרע דהא מטעם זה מחייבין. (חסר סיום הענין):

סימן פב

כללי מיגו

סעיף א

מלוה שהוציא שטר שאינו מקוים כו' פרעתי נאמן כו' דקי"ל מודה בשטר שכ' צריך לקיימו. והנה תוס' פ"ב דכתובות כתב הטעם דמ"ד א"צ. לקיימו דלא חשוב מיגו דייקא לומר מזויף פן יכחישוהו ע"ש. והקשה הגי"ת הא קשה באמת לדידן למה חשיב מיגו הא יודע שודאי אפשר לקיימו ע"י עדים או דימוי כיון שהוא אמת ולא יהי' נאמן מזויף ע"ש שער י"ז בבעה"ת. ובאמת לק"מ דגם עכשיו, שטוען פרוע אם יתקיים השטר אח"כ יתחייב לשלם ולא יהי' נאמן כיון שנסתלק המיגו. וממילא אין חילוק בין טענת פרוע למזויף והוי שפיר מיגו. רק טעם תוס' למ"ד א"צ לקיימו דאינו רוצה להיות מוכחש אף שאין חילוק לענין תשלומין. וזה לא קי"ל רק דהוי מיגו כנ"ל:

אמנם יש להקשות מפ"ק דב"מ ז' ב' אדוקים בשטר כו' דאמר במקום ד"ה יחלוקו כי פליגי באינו מקוים רבי סבר מודה בשטר שכ' צריך לקיימו ואי מקיים לי' פלוג ואי לא לא כו' ע"ש. וקשה דהתם אף כי לא מקיים לי' ליכא מיגו דאינו רוצה לומר מזויף פן ימצא עדי קיום ויצטרך לשלם הכל דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי משא"כ עכשיו אף שיתקיים אח"כ מ"מ יהי' הדין יחלוקו עכ"פ וגרוע מזויף מטענה דעכשיו פרוע ושוב אף בלא קיום יהי' הדין יחלוקו כיון דליכא מיגו כנ"ל וכיון דבמקום יחלוקו מגרע גרע

וגם בלא קיום יהי' הדין כן כנ"ל. ונראה לישב דהא אמר התם מחלוקת בשניהם אדוקים בתורף כו' אבל אחד אדוק בטופס ואחד בתורף זה נוטל תורף כו' ע"ש דחשבינן כאלו ב' אחרים היו תופסין בשטר כמו בטלית וכיון שזה תפוס בידו מה ששוה יותר וע"י זה גובין נוטל זה יותר ודוקא ששניהם תפוסין בשוה וגובין ע"י שניהם כו' ע"ש. וא"כ נהי דנימא כאן דלא מקוים נמי לא יהי' נאמן כיון דהדין יחלקו וליכא מיגו כנ"ל. מ"מ הא כיון דאמרינן מודה בשטר שכ' צריך לקיימו וא"כ אם הי' השטר כולו ביד המלוה לא הי' גובה בו כלל כיון שאינו מקוים ואית לי' שפיר מיגו ורק משום שגם הלוה תפוס בו וגם מקוים יחלוקו יהי' הדין גם בלא קיום שיגבה המחצה. וא"כ כל מה שגובין הוא מחמת תפיסת הלוה שתפוס בו ושוב הוי לי' כהי' אדוק בתורף שהי' נוטל תורף. דהא תפיס הלוה במה שכל הגבי' הוא ע"י תפיסתו דאם לא הי' תפוס לא היו גובין בו כלל ושוב ממילא הכל של הלוה מצד תפיסתו וכמו אם אחר הי' תפוס במה ששוה הכל שנוטל כולו. ושפיר אי אמרי' מודה בשטר כו' צריך לקיימו ממילא אי לא מקיים נוטל הלוה הכל אף דליכא מיגו מצד התפיסה כנ"ל:

ובזה מיושב קושית תוס' אהא דאמר מחלוקת בשניהם אדוקי בתורף כו' דאינו ענין כלל לפלוגתא דרבי ורשב"ג דפליגי במודה בשטר כו' ופירשו דהכוונה מחלוקת החלוק" ע"ש ולמ"ש א"ש דקאי שפיר אפלוגתייהו דמשום דהדין הוא בא' אדוק בתורף כו' דנוטל זה תורף לכך פליגי כאן אי מודה בשטר כו' בשניהן אדוקין דתלי' הא בהא דאי מודה א"צ לקיימו הוי כשניהן אדוקי' בטופס בשוה כיון שבלא תפיסתו הי' יכול לגבות. ולמ"ד צריך לקיימו הוי כא' אדוק בתורף כי' וא"ש כנ"ל. גם מיושב בזה מה דתמוה לכאורה דמוקי הש"ס פלוגתא דרבי ורשב"ג במודה בשטר שכתבו כו' ולמה להו לאפלוגי בשנים אדוקים בשטר שאין ענין כלל למחלקותם דהא לד"ה יחלוקו בזה והוי להו לאפלוגי בכל שטרות במודה שכתבו אי צריך לקיימו או לא ותמוה. ולמ"ש מיושב דקמ"ל שפיר דכיון דמודה כו' צריך לקיימו משום מיגו ממילא כאן בשנים אדוקים כו' אף דליכא מיגו כנ"ל מ"מ הדין יתקיים בחותמיו דזוכה מחמת התפיסה כנ"ל. וממילא שמעינן מינה ג"כ דא' אדוק בתופס ואחד בתורף (כ') זה נוטל תורף כו'. או די"ל דגם רשב"ג סבר בכל דוכתי דמודה כו' צריך לקיימו דאית לי' מיגו רק הכא משום דליכא מיגו כנ"ל סבר דיחלוקו אף שאינו מקוים. ולא סבר סברא הנ"ל דכיון דזוכה בשביל תפיסתו יהי' כאדוק בתורף כו' די"ל כמ"ש התוס' דבמה שאינו יכול לגבות כלל זולתו לא עדיף אחד מחבירו דכמו כן בלא הטופס אינו יכיל לגבות כלל ג"כ ודוקא זמן שהוא רק עדיפות שמין ע"ש. וא"כ גם בזה כיון שבלא תפיסת הלוה לא גבי כלל בלא קיום שוב לא אמרינן שיטול הכל מצד

התפיסה דגם בלא מה שתפוס המלוה לא הי' גובין כלום ושוב שוה זה כמו זה ויחלוקו ורבי סבר דכאן מגרע גרע דא' אדוק בטופס הוי רק מצד מה שכתוב בו וחשוב זה כזה משא"כ בזה שיזכה רק מצד מה שתפוס הלוה ממילא הוי כאין המלוה תפוס בכלום וכמו מיסרך סרוכי דלאו כלום הוא כנ"ל. או דכיון דאפשר למצוא קיום הוי כמו עדי חתימה בירושלמי שהכל הלך אחר העדים כו' כמ"ש תוס' ע"ש דכיון שאפשר למצוא עדי מסירה שוב שמין מה ששוה ע"י עדי החתימה וכן בהנ"ל לענין קיום וא"ש דפליגי רק בשני אדוקין אי צריך לקיימו או לא. משא"כ בכל שטר י"ל דסבר רשב"ג שפיר כדקי"ל צריך לקיימו. ומיושב פ"ב דכתובות דאמר ר"נ אי סבירא לך כר"מ ולא הזכיר רשב"ג דמודה כנ"ל. ומדוקדק היטב לשון הש"ס מחלוקת בשניהם אדוקין בתורף כו' היינו דאף דבזה פליגי אי חשוב כא' אדוק במה שגובין. אבל בא' אדוק באמת בתורף ד"ה זה נוטל תורף כנ"ל:

עוד י"ל דהא קשה למה ב' אדוקין בשטר יחלוקו הא:

בטלית הטעם דממון מוטל בספק חולקין ששניהם מוחזקין בשוה אבל בשטר שהלוה מוחזק למה יחלוקו הא קי"ל כרבנן דהמוציא מחבירו ע"ה ולמה ישלם מחצה מס' מה בכך שמוחזק המלוה ג"כ בשטר הא אינו מוחזק במעות ולענין החוב הוי מוציא כו'. וע"כ צ"ל כמו דקי"ל בשטר דלא חשוב מיגו להוציא משום דנהי דשטר עומד לגבות לאו כגבוי אבל גם הלוה לא חשוב מוחזק וכמו כן כאן חשוב כשניהם מוחזקין כיון ששניהם אדוקין בשטר וכאלו תפוסין בחוב כנ"ל. וא"כ באינו מקוים כיון דקודם תפיסת הלוה לא הי' המלוה יכול לגבות בו כלל ולא שייך שוב דכגבוי דמי. וא"כ עכשיו אינו יכול להוציא מספק דהמוציא מחבירו ע"ה ודוקא במקום שהי' יכול לגבות מצד עצמו כנ"ל. ומיושב ג"כ מאי דפליגי הכא בשנים אדוקין ולא בכל דוכתי דמודה בשטר שכ' כו' דקי"ל כאן דליכא מיגו כנ"ל מיגו להוציא בברי ושמא אמרינן. ר"ש ס' הכריתות עיין ש"ך באות א' וט"ו ע"ש, וכמו כן היכא דחזקה מסייע להמיגו אמרינן אף בלהוציא. הג"מ ויתר מחברים:

מקור דין זה בכתובות פ"א בהא דהנושא אשה ולא מצא לה בתולים דאמרינן בגמרא דנאמנת במיגו דמוכת עץ והקשה הר"ש הלא הוי מיגו להוציא ותירץ או דברי מסייע להמיגו אמרינן אף להוציא או דחזקת הגוף מסייע. והנה הב"ח הקשה מאי פריך הש"ס ריש פ' האשה גבי שדה זו של אביך מ"ש האי מיגו מהאי מיגו לישני דהתם הוי מיגו להוציא והכא להחזיק. ונראה לע"ד דהנה קי"ל בח"מ ה' עדות וגמ' ב"ק ד"ע ע"ב גבי שלשה כתי עדים שמעיד כל כת וכת על שנה אחת הוי חצי דבר אליבא דר' עקיבא ורבנן

פליגי עליו ובאחד בגבה ואחד בכריסה מודים רבנן ופריך הש"ס גבי עדי קדושין ועדי ביאה ומשני דעדי קדושין לא צריכי לעדי ביאה ע"ש. והנה הכא קתני במתניתין בדברי ר"י הרי זו בחזקת בעולה והטעתו עד שתביא ראי' לדברי וקשה הלא אף אם באים עדים לדברי' לא מהני דכיון דקי"ל דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות וא"כ הוי עדי קדושין והעדים שאומרין שנאנסה אח"כ חצי דבר דהעדי קדושין צריכים. לעדים אלו דזולתם הוי מקח טעות והעדים אלו צריכין ודאי לעדי קדושין. ואי"ל דצריכה להביא ראי' שהעדים ידעו גם מהקדושין ז"א דקתני לדברי'. אך י"ל דהנה שם כתבו תוס' טעם למה לא הוי לרבנן בחזקת שלש שנים בשלשה כתי עדים חצי דבר כמו באחד בגבה וא' בכריסה ותירצו כיון שהכת הראשונה פועלת מעט דהיינו שאם לא יבאו עדים על השתי שנים יצטרך לשלם הפירות שאכל בשנה זו. וא"כ גם הכא י"ל כך שהכת של הקדושין פועלת שאם לא יבאו עדים שנאנסה אח"כ תצטרך לשלם הכסף קדושין שלקחה דהוי מקח טעות וגם הנייר של הכתובה היא שלו וצריכה להחזיר לו דהחתן נותן שכר הסופר וא"כ פועלים הכת זו לחובתה כמו התם והוי דבר שלם. וממילא מיושב קושית הב"ח ז"ל דאם נימא דהטעם הוא מחמת מיגו להוציא וא"כ על הכסף קדושין ועל הנייר שהיא מוחזקת בו נאמנת במיגו אף אם אינה מביאה עדים וא"כ הדרא קושיא לדוכתי' דאף אם באים עדים לדברי' הוי חצי דבר. ואי"ל כמ"ש דהכת הראשונה של הקדושין פועלת שתחזור הכסף קדושין, ז"א כיון דעל הכ"ק והנייר נאמנת אף אם מעידין על הקדושין דהוי מיגו להחזיק והוי חצי דבר ממש ומוכיח הש"ס שפיר דאף מיגו להחזיק לא סבר ר"י. ועוד נראה לישב קושית הב"ח דהנה הב"ש באה"ע ה' קדושין סי' כ"ח ס"ק כ"ב כתב גבי המקדש במלוה דהנייר של השטר שיש ביד המלוה אף דהוא של הלוה הוי משכון עכ"פ. והנה מבואר בסי' פ"ז דעת הפוסקים דמשכון לא הוי הילך ע"ש. וא"כ הכא כיון שעל הנייר שהיא מוחזקת בו הוי המיגו להחזיק ונאמנת א"כ הוי מחויב במקצת מתוך טענתו לדברי היש נאונים שמביא הרמב"ם הובא בש"ך סי' ע"ה (ס"ק י"ט). וא"כ חייב לישבע על השאר וכיון שאומר אינו יודע הוי מחויב שבועה וא"י ל"מ כמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ולא הוי הילך דלא הוי רק משכון וא"כ פריך הש"ס שפיר מ"ש האי מיגו דאי סבר ר"י מיגו להחזיק הוי משאיל"מ ואעפ"כ הר"ש ז"ל בס' הכריתות מקשה שפיר דהוי מיגו להוציא וליכא למימר כמ"ש כיון דהש"ך כתב שם דמחויב מקצת מתוך טענתו הוי כמו העדאת עדים ולכך חייב שבועה. והנה ברישׁ מס' ב"מ גבי ר"ח קמיית' מביא הש"ס אבוה דר' אפוטריקי דפליג אר"ח וסבר דאין העדאת עדים מחייב שבועה ומייתי לה מקרא ופריך הש"ס אר"ח מהאי קרא ומשני דאתיא להודאה ממין, הטענה

ואבוה דר"א סבר דטענו חטין והודה לו בשעורין חייב. והנה מקשה הר"ש שפיר דקאמר הש"ס אר"ג דאית לי' מיגו קשה שפיר דהוי להוציא דא"ל כמ"ש דהוי משאיל"מ ז"א דר"ג סבר ט"ח והל"ב חייב וצריך לסבור דאין העדאת (עדים) מחייב שבועה מכ"ש מחויב מתוך טענתו:

סימן פח

סעיף א

אין מ"מ חייב לישבע עד שיודה לפחות בפרוטה ותהי' הכפירה לפחות ב' מעין כסף לפיכך אינו חייב עד שיתבענו ב' מעין ופרוטה והוא מודה בפרוטה וכופר בב' מעין אבל אם הודה ב' פרוטות כיון שאין הכפירה ב' מעין או הודה חצי פרומה פטור כיון שאין בהודאה פרוטה:

(א) **עד שיודה לפחות** כו'. משנה ר"פ שבועת הדיינין ונראה לע"ד דלא צריך למעוטי היכא דלאו בר השבה הוא כמבואר ברמב"ם ריש ה' גזילה מש"ס ב"מ נ"ה ע"ב. אבל הדיוט לא כו' ואין ב"ד נזקקין כלל דפשיט' דפטור דלא הוי הודאה כלל. ובפרט למאי דמשמע מש"ס סנהדרין נ"ז ורש"י שם ובה"ג ב"ק דפחות מש"פ מחיל איניש ומש"ה אין נזקקין להוציא דמסתמא מחיל וכ"כ בה"ג הנ"ל להדיא ע"ש. א"כ אינו מודה כלל רק דאשמעינן אף בגווני דחייב בהשבה וב"ד נזקקין כגון גזל ב' אגודות בפרוטה והחזיר א' דמחויב בהשבה החצי פרוטה מה"ת כדאמר בש"ס פ' הגוזל ק"ה וע"ש ברא"ש ז"ל לחד פי' ב"ד כופין אותו מ"מ כשמודה כה"ג לא חשוב הודאה לחייבו שבועה דבעינן ש"פ דוקא וכן במודה חצי פרוטה מטלטלין ופרוטה קרקעות וכה"ג דשפיר הב"ד נזקקין להוציא הכל פרוטה וחצי כמבואר ברא"ש ב"ק הנ"ל ושפיר מחויב בב"ד גם החצי פרוטה מטלטלין מ"מ לא הוי הודאה לחייב שבועה כיון דהודאות מטלטלין הוי פחות מש"פ. ונראה דזה שדייק רש"י ז"ל בלשונו במשנה הודאה ש"פ הודאה המחייבתו לישבע לא תהי' פחות מפרוטה ע"ש שהוא למותר. ולמ"ש מדוקדק דכה"ג עיקר הרבותא אף שמודה פרוטה קרקע ג"כ וכה"ג מ"מ בעינן שהודאה המחייבת שבועה יהי' הש"פ. וכן מוכח מהא דממעטין שטרות משבועה משום דאין גופן ממון והא גוף הנייר שוה פחות מפרוטה. ובזה שפיר ב"ד נזקקין גם על הנייר דהא באמת שוה יותר מחמת הראי' שבו ושוב יהי' הודאה פחות מש"פ דגוף הנייר ששוה מצד עצמו כיון שחייב בב"ד וע"כ כמ"ש דכיון שהודאה שמחייב השבועה הוי פחות מש"פ פטור כנ"ל. והטעם נראה או משום דכתיב כסף ועלה קאי כי הוא זה היינו שיודה שנתן לו רק כסף זה וכל היכא דכ' כסף אינו פחות מש"פ כדאמר בקדושין וכמה דוכתי. או משום דכ' כי יתן וקאי עלה כי

הוא זה שמודה בנתינה פחותה ממה שתובעו. ומבואר בש"ס פסחים ל"ב דאין נתינה פחות מפרוטה. ובתוס' ב"מ מ"ז דכל היכא דקאי נתינת כסף בעי ש"פ ע"ש. וממילא גם כאן בעינן הודאת נתינה שהוא ש"פ דוקא כנ"ל. ונראה לע"ד דזה טעם הגאונים ז"ל דכלי אף פחות מש"פ חייב שבועה דיצאו כלים למה שהן דכיון דכל הטעם דבעי ש"פ הוא כנ"ל מכסף או מכי יתן כו' והוא מבואר ש"ס ב"מ מ"ז דקונין בכלי פחות מש"פ אף דכ' ונתן נתינת מועל הוא וכן בגט נתינת גט הוא ע"ש בתוס'. וכן כאן כי יתן דקאי אכסף צריך ש"פ אבל אכלים דמה שהן נקרא כלי שפיר נתינת כלי היא ולא בעי פרוטה דמקרי נתינה גם פחות מש"פ כמו התם וכסף לא צריך דהא כ' כלים בהני עצמם מאיזה טעם לבעי פרוטה. ולא קשה קושית תוס' שם (ר"פ שה"ד) מנ"ל דיצאו כלים למה שהן הא צריך למה כלים ב' ואינו מיותר ע"ש ולמ"ש א"ש דאף שאינו מיותר מ"מ כיון דיצאו כלים מכ' בפני עצמם ממילא למה שהן דלא בעי ש"פ כיון דאין צריך ללמוד מכסף כנ"ל ופחות מש"פ נקרא ג"כ כלי חייב שבועה כנ"ל. וע"ש תוס' ד"ה מה משמע דסוברים ג"כ דמכלים לחוד ה"א אף פחות מש"פ רק דמקשינן לכסף לשיטתם ע"ש:

ובזה הי' נראה לע"ד מה שהרבה הרמב"ן ז"ל לתמוה על הגאונים הנ"ל חדא דאמר בירושלמי להדיא אהא דיצאו כלים כו' והוא שיהיו שוים ב' פרוטות. ועוד א"כ מצינו ישיבת הדיינים פחות מפרוטה בכלי. ועוד א"כ מצינו קדושי אשה בכלי פחות מש"פ ע"ש בחידושי רשב"א. ולמ"ש י"ל בפשיטות דגם הם ז"ל מודים לענין חיוב השבה בגזל כלי פחות מש"פ דאינו בר השבה ואין ב"ד נזקקין דמה בכך שהוא כלי מ"מ אינו ש"פ ושייך מחילה והא סתמא אמר בסנהדרין נ"ט והרי פחות מש"פ כו' וכן ברמב"ם ה' גזילה ע"ש ולא אישתמיט משום דוכתי למיתני זה החילוק רק כאן לענין שבועה וכן כאן ג"כ אם מודה רק חצי פרוטה כלי בגוונו דלא מיחייב בהשבה לא:

הוי הודאה כלל ופטור ממילא משבועה וקאמר ירושלמי שפיר והוא דשוים ב' פרוטות דאל"ה אינו הודאה כיון דאין ב"ד נזקקין כו' רק שמואל הכא דקאי אמשנה דהודאה שוה פרוטה והיינו בגוונו דמיחייב בהשב' כמו גזל ב' אגודות וכה"ג או כמ"ש שמודה פרוטה קרקע דחייב חצי פרוטה זו ג"כ רק שנפטר משבועה מקרא דכסף ע"ש שפיר אמרינן בכלים דהוי הודאה גם פחות מש"פ לחייבו שבועה כיון דיצאו כלים למה שהן ובמודה מחט מטלטלין ופרוטה קרקע וכה"ג דחייב הכלי שפיר חייב שבועה כנ"ל דמצד הודאה לחייב שבועה סגי שפיר בכלי פחות מש"פ אבל עכ"פ צריך שיהי' חייב בהודאה זו וכן בכפירה אם אינו ש"פ כיון שהודה השאר אין ב"ד נזקקין על הכפירה דפחות מפרוטה אף אם הי' עדים כמ"ש רא"ש ז"ל ב"ק ק"ה בהחזיר מדעתו ע"ש. ממילא אין חיוב שבועה

ג"כ ואמר הירושלמי שפיר ב' פרוטות כנ"ל. אבל כשכופר קרקע ג"כ וכנ"ל חייב ולא קשה כלל מישיבת הדיינים וקדושין כנ"ל דרק לענין השבועה אמרינן כנ"ל.

ומה שהקשה רמב"ן ז"ל מקדושין תמוה לי מאד דהתם לא כ' רק כסף דילפינן משדה עפרון כסף השדה כו' ואיצטרכינן התם ילפותא דשוה כסף ככסף והא איפליגו רבה ור"י בקדושין ח' בשיראי אי צריכה שומא דשוה דומיא כסף דקי"ץ ע"ש. וא"כ מה שמתקדשת בכלי הוא מתורת שוה כסף שהוא ככסף וא"כ ע"כ צריך שיהי' שוה פרוטה כיון דכסף היינו פרוטה וכלי אף שחשוב מ"מ כיון שאינו ש"פ א"כ אינו שוה כסף וא"א לרבויי מכסף ואטו הכא אמרינן דבכלל כסף הוא כלי פחות מש"פ רק כיון דכ' כלים בפני עצמם לא צריך שיהי' שוה כסף משא"כ התם:

ונראה דעת הרמב"ן ז"ל לישב לע"ד דסובר דלא שייך בהודאה פחות מש"פ למיפטרי' דלאו בר השב' דזה דוקא כשכבר גזל לא חייבתו התורה בהשבה. אבל כיון שאסור לגזול פחות מש"פ מה"ת כמ"ש הה"מ ריש ה' גניבה דהוי חצי שיעור דאסור מה"ת וא"כ במה שמודה שעדיין לא גזלו שפיר הוי הודאה דמחויב להשיב ושלא לגזול דאסור מה"ת כיון שלא גזלו עדיין. וכן במלוה כיון שלא כפרי' אפשר דמחויב להשיב. וכן משמע קצת בש"ס ב"מ כ"ז דאיצטריך למעוטי אבידה פחות מש"פ ע"ש. ומשמע דלא מחיל כנ"ל וכן בכפירה אם מודה פרוטה שוב נזקקין גם על החצי פרוטה לר' קטינא דאם הוזקקו כו' ולמה אמר בירושלמי והוא שיהי' שוים ב' פרוטות וע"כ דגם לחיוב שבועה בעי בכלים ש"פ והקשה שפיר. וכן בהא דישיבת הדיינים סובר ג"כ דאין זה מטעם מחילה רק אף בגווני דחייב אין נזקקין. וכן משמע ברא"ש ב"ק הנ"ל לחד פי' ע"ש. וכן משמע קצת בש"ס ב"מ נ"ה דבגווני דאינו מחויב בהשבה לא שייך שיהי' ב"ד נזקקין רק אפי' היכא דחייב והטעם. נ"ל למאי דאמר ריש סנהדרין ג' ע"ב דדיני ממונות בג' מדכ' ונקרב כו' אל האלקים כו' ע"ש דמזה ילפינן דין ב"ד בהודאו' והלואות וקרא קאי אכי יתן כסף או כלים כו'. וממילא כיון דאין כסף פחות מפרוטה ילפי' מזה עצמו דפחות מש"פ אין נזקקין דאין תורת ב"ד עליהם כלל בפחות מש"פ אף היכא שמחויב בהשבה כנ"ל. ולכך אמר דישיבת הדיינים בפרוטה וא"כ הקשה הרמב"ן ז"ל שפיר דאי נימא דכלים דכ' בהאי קרא יצאו למה שהן אף פחות מש"פ לענין שבועה א"כ ממילא קאי ונקרב אל האלקים גם אכלים ושפיר מוכח דיש תורת ב"ד בכלים אף פחות מש"פ ונזקקין היכא שמחייב וא"כ משכחת לה ישיבת הדיינים פחות מש"פ. והקשה שפיר כנ"ל והגאונים ז"ל סוברים דהא דאין ב"ד נזקקין הוא רק מטעם מחילה וכמ"ש בהלכות גדולות ב"ק להדיא וכ"כ רש"י ז"ל סנהדרין נ"ז והא דאסור לגזול הוא כדאמר בש"ס שם צערא בשעתי' מי לית

לי' ע"ש אבל אינו תביעת ממון כלל וגם במלוה ופקדון כשנאבד אין עליו חיוב השבה כלל וכ"כ רשב"א ז"ל גטין י"ב דאסור רק מדרבנן וכן משמע ממאי דפריך ב"מ נ"ה אר' קטינא מהא דהקדש הוא דבעי שלומי אבל הדיוט לא. ומה קושיא דלמא אמר נזקקין רק בגווני דחייב כמו גזל ב' אגודות כו' ומשמע דפשיטא לי' דטעמא דאין נזקקין משום דפטור והיכא דחייב לכ"ע נזקקין וא"כ לא קשה מירושלמי ומהא דישיבת הדיינים די"ל שפיר כמ"ש דלענין השבה אין חילוק בין כלי רק לשביעה כנ"ל.

ומה שהקשה רמב"ן ז"ל מקדושין נראה לפרש למאי דאמר פ"ק דקדושין דלא מיקני' בחליפין משום דפחות מש"פ לא מקני' ופי' תוס' דע"כ קנין סודר לאו בתורת כסף כיון דהוא פחות מש"פ ע"ש. וזה שפיר אי לא אשכחן חשיבות כלי פחות מש"פ. אבל אי נימא דלענין שבועה גלי קרא דכלי שחשוב למלאכתו אף פחות מש"פ לענין הודאה כמו כסף פרוטה וכן לענין ישיבת הדיינין כנ"ל. א"כ י"ל קנין סודר ג"כ בתורת כסף ואף דפחות מש"פ גלי ג"כ בקנין חליפין בכלי שיהי' אף פחות מש"פ חשוב כסף כמו לשבועה ומנין לנו לחדש קנין אחר. וא"כ שוב אשה תתקדש ג"כ בכלי פחות מש"פ דנילף משדה עפרון כיון שגם חליפין בכלי מתורת כסף הוא והקשה שפיר כנ"ל. והגאונים ז"ל י"ל דסברי כגירסת רש"י ז"ל בפחות מש"פ לא מקני' נפשה ע"ש ולא קשה כלל כמ"ש:

(**ב**) **לפחות בפרוטה**. יש להסתפק בהא דאמר פ' הגוזל בגזל אגודה בפרוטה והוזלה על חצי פרוטה דמחויב בהשבה ע"ש. אי מודה כה"ג אם מחויב שבועה. דאף למ"ש לעיל דגם היכא דמחויב בהשבה אין הודאה דפחות מש"פ מחייבו שבועה וממילא גם בזה אף דבשעת גזלה הי' ש"פ מ"מ בתר תביעה אזלינן לענין שבועה ופטור. או דכמו דאמר התם לענין קרבן שבועה מלתא דמיבעי' לי' כו' פשיטא לי' לרבה גם בגזל חמץ כו' כיון דאלו מיגנב משלם ממונא הוא דכפר לי' וכן בשורי גנבת והוא אומר ש"ח אני עליו משום אלו מיגנב כו' ע"ש ק"ה דחשוב כפירת ממון דאף כשהחמץ בעין אינו שוה כלום. וממילא גם לענין הודאה הוי הודאת ממון כמ"ש הר"ן סוף פ' ש"ה דמדמי אהדדי הך דחשוב ממון לענין קרבן שבועה הוי ג"כ כממון בהודאה וכפירה דמודה במקצת ע"ש. וממילא בהנ"ל כיון דאלו מגנב יצטרך לשלם ש"פ דמשלמין כשעת הגזלה כדאמר בש"ס שם ממילא הוי הודאת ממון דפרוטה. ואף שעכשיו כשהיא קיימת אינו ש"פ מ"מ מחייבתו שבועה היכא דקאי באגם וכה"ג דשייך אלו מגנב כדאמר התם ולאו הילך הוא בגזלה דלאו ברשותא דמרי' קאי כפקדון וכן במודה בגזלה. דחמץ שעה"פ אף שיכול לומר הש"ל מ"מ הוי הודאה ש"פ כיון דאלו מגנב כו'. וכן לענין כפירה שתי כסף אם

כופר בחמץ כנ"ל או כשהי' שוה בשעת גזלה ב"כ אף שהוזל חשוב כפירה ב"כ דממונא קא כפר כנ"ל:

אמנם הדבר תמוה איך חשיב לי' בש"ס כפירת ממון משום אלו מגנב כו' והא קי"ל כרבנן דר"ש פ' מרובה בקדשים שחייב באחריותן דגורם לממון לאו כממון דמי ואף שבאמת נגנב. ובש"ס ריש פסחים (ד"ו) לחד לישנא אמר דגם ר"ש מודה כשעדיין לא נאבד לא אמרינן משום אלו מגנב או מיתביד יהי' כממון.. ולכאורה הי' אפשר לומר דע"כ לא פליגי רבנן אלא לענין חיוב כפל וד' וה' דנימא משום כשחייב באחריות יהי' החפץ נקרא שלו זה לא אמרינן ואף שהגנב גורם לו היזק שבגניבה זו יהי' חייב לשלם מ"מ ע"ז אינו חייב רק בתורת מזיק אבל אינו גנב ע"ז החיוב והתורה לא חייבה כפל במזיק רק גנב וגוף החפץ שגנב אינו של הנפקד משום החיוב אחריות ולכך שפיר גם בחמץ תלי לה הש"ס בפלוגתא הנ"ל אי מקרי שלו. אבל זה י"ל שפיר דגוף הספק דאלו מגנב חשוב ממון גם לרבנן. אמנם הא הש"ס ב"ק צ"ח ע"ב אמר בשורף שטר הא דרבה מחלוקת ר"ש ורבנן כו'. ולהנ"ל א"כ שפיר גם לרבנן י"ל דחייב בגורם לממון רק שאין החפץ שלו. וע"כ דהא בהא תליא וכן אמר התם רבה עצמו בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ושרפו א' באנו למחלוקת ר"ש ורבנן כו' לרבנן דגורם לאו כממון פטור ע"ש. ומוכח דלרבנן לא מיחייב כלל ואף לענין קרן לא חשוב ממון:

שוב ראיתי תוס' כתובות ל"ד ע"א כתבו לחד תירוצא וי"מ דמש"ה קאמר כר"ש דר"מ אף דמיחייב בגרמי לא חזינן דמחייב אלא קרן אבל לא תשלומי ד' וה' אל ר"ש כו' ע"ש. ונראה דהטעם כמ"ש דע"ז אינו גנב רק מזיק כנ"ל והש"ך ז"ל סי' שפ"ו ס"ק א' דחה דבריהם מש"ס דב"ק הנ"ל ולע"ד נראה דלק"מ דודאי לרבה דפוטר התם שורף שטר ולא דאין דינא דגרמי מ"מ זה פשוט דאם נאמר כר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי. ובקדשים שחייב באחריות נקרא מבית האיש שגוף הבהמה הוא שלו ודאי דבלא דינא דגרמי שפיר חייב הגנב דהא גנב ממנו חפץ שלו השוה ממון בידים ולאו גורם לממון הוא. דדוקא אי לאו כממון דמי ואין החפץ שלו רק שגרם שיצטרך לשלם תליא בדינא דגרמי משא"כ לר"ש כנ"ל. וא"כ גם בשורף חמץ שעבר עליו הפסח בגזלן שפיר לר"ש ודאי חייב אף דלא דיינינן גרמי דהא חמץ זה שוה נגדו ממון וכיון דכממון דמי הוי חפץ השוה כ"כ וזה שרפו ממילא חייב כמו החפץ השוה לכל העולם דהא בשור הנסקל כה"ג אמר התם בכתובות דחייב כפל ודו"ה וע"כ דהוי כגונב שור שלו השוה כך אף שאינו שוה לכל העולם וכן בשורף ודאי חייב וכן בשורף שטר ג"כ כיון דשוה אצלו לגבות וגורם כממון חשוב נייר השטר כאלו שוה כל שיוי החוב ואף בלא גרמי חייב ולכך אמר

שפיר דתליא במחלוקת ר"ש ורבנן. אבל לדידן דקי"ל דינא דגרמי שפיר אף אי כרבנן דר"ש דגורם לאו כממון ואין השטר או החמץ נקרא שוה כ"כ מ"מ חייב מטעם גורם. וכ' תוס' שפיר דלר"מ אינו מוכח שיהי' חייב כפל דאף שחייב מצד גורם אין זה גנב כיון שגוף החפץ אינו שלו שיהי' שוה כך וזה פשוט. וכן מוכח להדיא מדברי רמב"ן ז"ל בדד"ג דפסק בשורף חמץ שחייב אף דלא קי"ל כר"ש ע"ש:

וא"כ י"ל שפיר כמ"ש דלכך בגזל חמץ כו' ונשבע עליו חשוב כפירת ממון דנהי דגוף החמץ לא מקרי ממון לרבנן דר"ש מ"מ חיוב הזה דאלו מגנב הוא חיוב השוה ממון וכמו טובת הנאה דכתובה שהוא ספק השוה ממון ולכך במה שכופר זה החיוב הוי כפירת ממון כנ"ל ואף דרבה לא דן גרמי מ"מ לגבי הגזלן עצמו חשוב כפירת ממון. ואף דקשה לכאורה למאי דאמר פ' הזהב דבעינן בשבועת הפקדון יחד כלי להלואתו ועשקו שיהי' כפקדון ע"ש. וא"כ כאן בגזל חמץ כו' כיון דקי"ל כרבנן ולא מקרי גוף החמץ שוה ממון רק מבחוץ החיוב דאלו מגנב ואין כאן יחוד כלי דמה שהחמץ בעין לא מקרי יחוד כלי כלל דאינו שוה ולאו כממון דמי והחיוב של ספק גניבה שכפר לו ע"ז לא הי' יחוד כלי כנ"ל. אך י"ל דאיירי ביחד לו כלי שכשיאבד החמץ יגבה זה החפץ וכמ"ש תוס' כתובות ריש פ' נערה ע"ש. וא"כ הי' נראה לפ"ז דצריך שיהי' הספק הזה דאלו מגנב שוה פרוטה. וכמו בט"ה דכתובה דשמין כו' וכן בזה כיון דגורם לאו כממון רק חיוב הספק שכופר וצריך להיות כפירה זו שוה פרוטה ולא מהני מה שהגזילה שוה פרוטה רק הספק כנ"ל. ואף דבכמה דוכתי אמר בש"ס דכיון דלא הוי ודאי ממון בשעת כפירה לא חשוב הספק ממון פ' שה"ע גבי משביע עד אחד אף דרוב ב"א אין נשבעין שקר הוי רק גורם לממון ע"ש. וכן בחשוד משום מי יימר דמשתבעת גם שבועת אמת וכן במשביע עדי קנס משום ספק דאי אודי חשוב רק גורם לממון ע"ש. ע"כ צריך לחלק דשם אין חיוב ספק רק ספק אם יש חיוב כלל בשעת כפירה דאם הי' נשבע לא הי' חיוב כלל וכן בקנס כנ"ל. משא"כ בהא דאלו מגנב זה החיוב הוא אמת שיש עליו חיוב אחריות שהוא ספק שאם יאבד יצטרך לשלם ואף שהוא ספק אם יאבד מ"מ עכ"פ בודאי חיוב זה עליו וחיוב זה שוה ממון, וזה מוכח מהא דמוקי למתני' דכפרה כת ראשונה כו' כשהיו קרובין בנשותיהן וגוססין מ"ד רוב גוססין כו' קמ"ל דהשתא מיהא פסולין וע"ש (דל"ג). וע"כ כיון דבשעת כפירה הוי חיוב גמור אף שיכול להיות שלא הי' הכפירה מועיל כלום חשוב כפירת ממון. וכן בכופר בפקדון שיש עליו עדים שם פ' שבועת הפקדון דאמר עבידי דמייתי ובשטר עביד דמירכס ע"ש. ופ' שה"ע בעדי סוטה דכתוב' אף שהוא רק טובת הנאה

מספק כדאמר ריש מכות מ"מ הוי כפירת ממון כנ"ל בעדי סתירה ואף דבלא עדותם ג"כ הי' רק ספק שמא תמות קודם. וע"כ כיון דחיוב הספק ברור חשוב כפירת ממון כנ"ל:
אך עדיין יש לעיין דנראה דאם הי' החיוב דאלו מגנב צריך להיות שוה פרוטה ומשום דספק זה שוה ממון שוב גם בש"פ לא הי' חיוב קרבן שבועה כמו שטרות דמיעט רחמנא אף דשוה ממון למכור כיון דאין גופו ממון וכן בהנ"ל כיון דאי לא יגנב ואיגלאי מלתא שלא הי' חייב ממון כלל רק בשעת כפירה הי' כופר בחיוב ספק השוה למכור וזה אין גופו ממון. אך בזה י"ל דכה"ג גם בשטרות חייבין כשכופר גוף החיוב וכמ"ש לקמן.
אמנם נראה דכה"ג לא מקרי ממון למאי דמוכח פ' החובל דדייק טובת הנאה לאשה דאי לבעל למה חייבין עדים זוממין דכתובה לימא מאי אפסידך כו' ואף דנהי דאינו שוה למכור מ"מ שוה נגד עצמה ספק הזה ממון והפסידוה. וע"כ דהיכא דא"א למכור הספק לא מקרי ממון כיון שהוא ספק וכמ"ש תוס' מרובה. דה"ט דשטרות חשוב ממון משום דשוה למכור לכל העולם ע"ש. וא"כ חיוב הספק דאחריות גניבה ואבידה ודאי דא"א למכור דהא אין קנין למלוה ע"פ רק מעמ"ש ובספק לא תקנו כמו כתובה להרב' פ' ומכש"כ חיוב אחריות דלא אישתעביד נכסיו עדיין שאינו יכול למוכרו וממילא לא הוי ממון בספק כנ"ל. אך לענין שבועת הפקדון א"ש. כיון דאיירי ע"כ ביחד כלי על הספק והוא קנין על תנאי ויכול למכור הזכות שבחפץ בעין. אבל לענין שבועת מודה במקצת שיהי' נקרא הודאה או כפירה משום החיוב אחריו ממילא לא מקרי ממון כנ"ל. ועוד דנראה דהתם אין הטעם משום דהספק אלו מגנב שוה פרוטה דפשטא דש"ס משמע אף דאין הספק ש"פ מיחייב דסתמא אמר בקיימא באגם חייב. וגם מדלא מוקי הברייתא דמודה בעיקר כשאין הספק ש"פ. ואף שי"ל דזה בכלל מה דמשני דאמר הילך כו' זה דוחק. וגם מלשון רש"י ז"ל משמע דהטעם משום שאפשר לבא לידי ממון ע"ש. ולא משום דהספק שוה ממון. וגם מסתימת הפוסקים משמע דאף שאין הספק ש"פ מחייב. ועוד דלשאר תירוצי תוס' כתובות ל"ד והפ' דלרבנן דר"ש גם מהקרן פטור אי אפשר לומר כנ"ל ולכך נראה דהטעם דוקא בגזילה דנתחייב מיד בהשבה או לשלם החפץ או דמי' וכדאמר בכמה דוכתי מדאגבי' קני'. וא"כ בזה שגזל חמץ קודם פסח וכפר ונשבע א"כ כופר לו חיוב ממון גמור דכל זמן שאינו מחזיר החפץ חייב ממון ודאי לשלם לו וכפרו רק שיש ספק אם הכפירה מפסיד להנגזל או לא דאף בלא הכפירה הי' בידו להחזיר החפץ ולא הי' מרויח הנגזל בזה אמרינן שפיר כיון דהי' אפשר אם יגנב או נאבד הוי נשאר החיוב והי' הפסד שוב חייב דכיון דהכפירה הוא כפירת חיוב ודאי רק הספק אם הי' יכול לפטור עצמו. וכן פ' שה"ע כופר במלוה שיש עליו עדים כו' דחייב משום

עבידי דמייתי כיון שכופר ודאי חיוב רק הספק אם מועיל הכפירה להפסיד לזה או לא וכיון שיש איזה אופן שיועיל חייב כנ"ל:

וכן בגנבת והוא אומר ש"ח אני עליו כופר ג"כ כל החיוב שאינו מחויב בהשבה כלל רק הוא פקדון בידו והיכא דאיתא ברשותא דמרי' הוא ואם ישנו ישנו ואם נאבד נאבד לו והחיוב שעליו כופר לגמרי כנ"ל. אבל אם הי' תובעו שומר שכר אתה עלי' והוא אומר ש"ח אני נראה דלא חשוב כפירת ממון כלל כיון שהחיוב עצמו הוא ספק ובין כך ובין כך לא אישתעבדי נכסי עדיין עד שעת אבידה א"כ עתה אין כאן ממון כלל ואף כשהספק שוה פרוטה מ"מ אינו רק גורם לממון וכשא"א למכרו ודאי לאו כממון דמי. וראי' מדנקיט בש"ס דוקא גנבת והוא אומר ש"ח כו' ולא בתובעו ש"ש אתה וכה"ג. ועוד מדכ' הרמב"ם ז"ל (פ"ג מה' טוען) בתובעו מנה. מלוה והוא אומר נ' פקדון דהוי מודה מקצת והא אף במודה כל הק' ואומר שהן פקדון בידו חשוב כפירה דאלו מגנב וכופר בהחיוב אחריות. אך באמת במלוה לא שייך תירוץ הנ"ל שדמי לגזילה שג"כ כופר כל החיוב שעל גופו וצ"ל כמ"ש לקמן:

ובשמעתין דזה אומר שאולה וזה אומר שכורה משמע מדברי הפ' שם דלא חשוב מ"מ ועוד מדקי"ל דמודה נ' פקדון הוי הילך אף דקיימא באגם משום כל היכא דאיתא כו'. ונימא דהוי הודאה משום החיוב אחריות דאלו מיגנב וזה לא הוי הילך כמו מלוה ולא חילקו כלום בין אם ספק הזה שוה פרוטה או לא. וע"כ כנ"ל כיון דעתה אין כאן חיוב כלל לא חשוב הודאה וכפירה. וממילא בדין הנ"ל לענין שבועת מודה במקצת נראה במודה שגזל חמץ רק אומר שעבר עה"פ או תרומה ונטמאת וכה"ג חשוב הודאה כיון דמודה שחייב לשלם לו בודאי וכל זמן שאינו מחזיר חייב בקיימא באגם בגווני דלא הוי הילך ואף דמחזיר אח"כ ולא נאבד מ"מ בשעת הודאה כבר נתחייב שבועה וככל הודאה אף שמחזיר אח"כ מה שהודה דחייב. וכן בהי' שוה פרוטה בשעת גזילה והוזל כיון שמודה שגזל פרוטה וחייב לשלם כל זמן שאינו מחזיר גוף החפץ הוי הודאה משום אלו מיגנב כנ"ל. אך זה יש להסתפק דאפשר פטור מטעם הילך אף דקיימא באגם ככל פקדון. ואף דגזילה לאו ברשותי' מ"מ הא אמר בש"ס פ"ק דב"מ בתקפה בפנינו דאם אודויי אודי חשוב ברשותי' ויכול להקדישו וע"ש בתוס' דנעשה כפקדון כיון שהודה. וא"כ גם בהודאה הנ"ל חשוב הילך אף דקיימ' באגם דברשותי' דמרי' איתא. אך מ"מ נראה דחייב מטעם אלו מיגנב דלא נפטר בהודאתו מאחריות. וחיוב זה לאו הילך הוא כיון שכבר נתחייב מחמת הגזילה כנ"ל. ועדיין יש לעיין בזה:

וכן לענין כפירה חשוב כפירת ב' כסף דכל זמן שלא החזיר הוי כפירת ממון גמור אף דנתברר שהי' יכול לפטור עצמו אם לא הי' כופר מ"מ כיון דאלו מיגנב כו'. ואף שאין הספק שוה ב"כ וכפשטא דש"ס הנ"ל. וכמ"ש תוס' והר"ן בכמה דוכתי דדמי להדדי הך שבועות כנ"ל. וזה דוקא בגזילה וגניבה אבל בפקדון שתובעו יש לי בידך שאתה ש"ש עליו והוא אומר ש"ח לא חשוב כפיר' כלל כיון שהוא רק גורם לממון ולא עדיף מהיכא דשייך מי יימר דמשתבעת שכ' הר"ן סוף פ' שבועת הדיינים דלא חשוב ממון לענין מ"מ ע"ש. ואף שהספק ש"פ מ"מ לא הוי כפירה ודאית וכן הודאה לא חשוב. ואף שבאמת נגנב אח"כ מ"מ יצאה הודאה מפיו בפטור וכדברי הר"ן ז"ל שם וכיון דאז לא הי' הודאה וכפירה ברורה פטור וגם לא עדיף ממה שהנחת אתה נוטל דלא מחייב דלא הוי דבר שבמדה. ופי' הראשונים ז"ל משום שלא היה ברור בשעת הודאתו שיש כאן כפירה כלל. ומ"מ כשהחיוב הספק דאלו מיגנב הי' שוה ב' כסף עדיין יש להסתפק אם חשוב כפירת ממון או רק גורם וכמו שטרות כמ"ש. ונראה דאין לחייב שבועה וכמ"ש. ובזה מיושב פ"ק דכתובות היא אומרת משארסתני כו' למ"ד כנסה בחזקת בתולה כו' אית לה מנה דיהי' משאיל"מ להפ' דגם בלא הוי ל"ל אמרינן משאיל"מ. ולמ"ש א"ש דאף דטובת הנאה חשוב ממון בעדים זוממין מ"מ הוי רק כשטרות ואינו רק גורם לממון ואין כאן שבועה דאורייתא כלל כיון דהוי ספק אם ימות קודם. ודוקא גבי האשה שנתארמלה פ' הרמב"ם ז"ל ש"ד דכבר נתגרשה משא"כ בהנ"ל:

ולמ"ש בחי' רשב"א שבועות ל"ג לחלק בין שבועת הפקדון דכ' וכחש כל דהו גם בספק וגורם מיחייב משא"כ בשה"ע ע"ש. א"כ גם גבי גזילה י"ל דלא הוי מ"מ לחייב שבועה משום אלו מיגנב דאין ראי' משה"פ כנ"ל. שוב ראיתי בס' קצה"ח סי' פ"ז שנסתפק גם כן באומר שאולה וזה אמר שכורה אי חשוב מ"מ לחייב שבוע' משום אלו מיגנב ע"ש. ובש"ס ב"מ נ"ח מייתי דדוקא לר"ש מחויב בשבועת הפקדון כקדשים שחייב באחריות ומבואר דלרבנן לא מיחייב משום אלו מיגנב וכמ"ש. אך יש לדחות דכיון דבעינן יחוד כלי א"כ דוקא לר"ש דדבר הגורם כו' נקרא גוף החפץ שלו הוי יחוד, כלי משא"כ לרבנן נהי דהוי ממון עכ"פ ליכא יחוד כלי כנ"ל:

סעיף ג

(ג) **ותהי' הכפירה ב' מעין** כו'. וילפינן מכסף או כלים מה כלים ב' אף כסף ב' ומטבע הפחותה שבתורה הי' מעה כסף ע"ש ר"פ שה"ד. והנה לכאורה קשה לי למאי דאמר פ' הזהב דאין מטבע נקנה בחליפין משום דדעתי' אצורתא וצורתא עביד' דבטל' ופי' הנ"י ושאר פוסקים דמשום דצורה עביד' דבטל' הוי לי' כשטרות שאין גופן ממון ואינו נקנה

בחליפין דבשאר קנינים דעתו אגוף הכסף וממילא נקנה הצורה שבו משא"כ בחליפין דעתו אצורה וזה אין גופו ממון ע"ש ופירושו מוכרח בש"ס. וא"כ קשה כאן כשיש ב' מעות כסף מטבע הא אותה השיוי שיש למטבע יותר מחמת טיבועו היינו מחמת הצורה שבו זה הוי כשטרות שאין גופו ממון וא"כ הוי לי' כפירת שטרות שאין נשבעין עליהן וחסרה לה טענה וכאלו תובע מעה ומחצה כסף וחצי מעה שטרות שלא הי' חיוב שבועה דאין כאן כפירה ב"כ מטלטלין המחייבין שבועה ואיך אמרינן דקרא איירי ב' מעות כסף מטבעות וא"כ הכסף עצמו הוי פחות מב' מעין וכמ"ש תוס' (שבועות מ') ד"ה בטוענו בדינר כו' דמסתמא שוה פרוטה הטיבוע של ב' מעין ע"ש. וא"כ בציר לה פרוטה מב' כסף שהוא כשטרות. דדוקא התם לענין קנין צריך לומר דעתי' אצורתא דאל"ה הי' נקנה גוף הכסף אבל הכא עכ"פ חסר מב"כ. ואין לומר דבהכי חייב רחמנא דא"כ נילף דבטענו משקל כסף ממש סגי בפחות מב' מעין וזה ליתא דצריך שיהי' שוה ב' מעין מטבע כמבואר בכל הפוסקים וקשה כנ"ל. וכן ב"ק פ' הגוזל אמר השף מטבע של חבירו פטור דאמר מה חסרתיך ע"ש. ואף להפ' דחייב היינו משום גרמי אבל לא עדיף משטרות ע"ש: **ונראה** ליישב דהנה לכאורה ק' למ"ש תוס' פ' הזהב דפליגי אי מטבע נעשה חליפין והקשו הא ר"נ סבר דבעינן כלי דוקא בחליפין ותירצו דמטבע חשוב כלי אי משום דיכול לתלותו בצואר בתו או בשביל שיוצא בהוצאה כו' ע"ש. וא"כ קשה כאן דקי"ל יצאו כלים למה שהן ולא בעי ב"כ ואף מחטין חייב א"כ למה בעי מטבע ב' מעין הא מטבע חשוב כלי כמ"ש תוס' וסגי אף בב' פרוטות כנ"ל. אמנם נראה דהא תוס' (שבועות ל"ט ע"ב) כ' הטעם דלא בעי בכלי ב"כ משום דכל כלי דבר חשוב הוא שצריך לפעמים למלאכה גדול' ע"ש ד"ה מה כלים כו'. וא"כ לפי טעם הב' שכ' תוס' שם דלכך חשיב מטבע כלי בשביל שיוצא בהוצאה וא"כ בשלמא לענין חליפין א"ש דחשיב כלי אבל לענין חשיבות דשבועה נהי דהוי כלי משום שחריף להוציאו מ"מ אין החשיבות מצד כלי שוה יותר ממה שיוצא בהוצאה והיינו כמו ששוה דא"א להוציאו ביותר ולא שייך טעם שכ' תוס' בכלי גמור במחט שצריך לפעמים למלאכה גדולה וחשוב יותר משויו משא"כ במטבע אין החשיבות דשם כלי עליו על יותר משויו שיכול להוציאן ולכך צריך שפיר ב"כ. וכן לטעם שיכול לתלותו כו' י"ל ג"כ כנ"ל דמ"מ אין חשיבות כלי עליו על יותר משויו כנ"ל. ועי' מ"ש ס"ק ד' וא"כ מיושב קושיא הנ"ל דהוי שטרות מה ששוה יותר מחמת הטיבוע מגוף הכסף כנ"ל. ולמ"ש א"ש דעל אותו השיווי ששוה בתורת מטבע שוב חייב מטעם כלי דלא צריך כלל ב' כסף דלענין זה הוי כלי שיוצא בהוצאה כמו ששוה עם הטיבוע

ולכך אף שגוף הכסף הוי פחות מב' מעין מ"מ חייב שבועה דנגד זה הוי כלי על כל הב' מעין וכמו מחטין על הרבה כן מטבע על מה ששוה עם הצורה ושפיר חייב כנ"ל:

ובזה יתישב תמיהת תוס' ורש"י ז"ל כיון דצריך קרא דמה כלים ב' אף כסף ב' מנא לי' דיצאו כלים למה שהן ע"ש. ולמ"ש מיושב דאי לא נימא כלים למה שהן רק דגם בכלי צריך ב' כסף א"א לומר כלל ההיקש דמה כלים ב' אף כסף ב' דהיינו מטבע ב' מעין דהא חסרה לה טענה דהוי שטרות דלא שייך תירוץ הנ"ל כיון שגם כלים צריך ב"כ ולעולם לא דמי מטבע לכלים דשוים מצד עצמם משא"כ מטבע אינו שוה רק מחמת הצורה והוי שטרות וע"כ דיצאו כלים למה שהן ואז יכולין לומר ההיקש דמה כלים ב' אף כסף שתים כנ"ל דאז חייב גם במטבע כנ"ל:

אמנם יש לדחות דעדיין קשה לשיטת תוס' דגם בכלי בעי עכ"פ ב' פרוטות הודאה פרוטה וכפירה ש"פ. וא"כ בטענו פרוטות מטבעות והודה בפרוטה לא יתחייב דבציר לה הודאה מפרוטה מחמת שיוי הטיבוע ולזה אינו מועיל כלל שהוא כלי לתוס' הנ"ל. ועוד דגם לענין שומרין דמיעט קרא שטרות קשה במטבעות לא יתחייב באחריות כ"א מה ששוים מצד הכסף שבו דעל שיוי הטיבוע הוי שטרות ואימעוט מדין שומרין כנ"ל. וזה לא מצינו והי' נראה לומר דהא דאימעוט שטרות משום דאין גופן ממון ואף דהא שוה כסף ככסף והשטרות שוים למכור לכל העולם ולמה לא יהי' כמו כל שוה כסף. וי"ל דהטעם הוא דהא אין נייר השטר שוה הממון רק החוב שבו שיש לו על חבירו רק השטר גורם שיוכל לגבותו. ולכך כשיגנב השטר או אבד פטור השומר דהא החוב לא נגנב רק הנייר הגורם וזה אין גופו ממון וכן לענין שבועה כשכופר שלא הפקיד בידו שטר אינו כופר רק בנייר הגורם וזה מיעט רחמנא. אבל אם הי' תלוי החיוב בנייר השטר וכשנאבד הנייר נאבד החיוב י"ל דנקרא גופו ממון דהחוב שוה כסף וכדאמר פ"ק דקדושין אי דכי, לי' שטרא אדמי היינו כסף. וא"כ במטבע נהי דהצורה חשוב כשטר חוב שהוא ע"י גזירת המלך מ"מ הא החוב תלוי בגוף הכסף וכשנאבד נאבד גוף החוב עמו ושפיר אית בי' דין שמירה וגם חיוב שבועה כנ"ל:

אך א"כ יהי' הדין בתובע לחבירו מכרת לי חוב דעל פלוני והוא כופר ויש עד אחד או מודה מקצת יתחייב שבועת התורה בהטענה במכירת. החיוב ששוה כסף. אך ז"א דגם בזה מה תובע ממנו הא החוב שמכר לו הוא שלו והכפירה רק נייר השטר הגורם וזה אימעוט כנ"ל. אך אונאה דאימעוט ג"כ שטרות והא התם מכר לו החוב השוה ממון בפחות או יותר ואעפ"כ אימעוט משום שאין גופו ממון. ולמ"ש תוס' פ' הכותב למאן דאית לי' מכירת שטרות דרבנן דהא אימעוט אונאה היינו הלוה למלוה עצמו א"ש דג"כ

אין ענין לגוף החוב כנ"ל. אך למ"ד מכירת שטרות דאורייתא דמשמע מתוס' שם דאתיא קרא כפשטי'. וי"ל כיון דלכך בעי מסירה משום שקנין הנייר גורר השיעבוד אבל בלא"ה לא הי' השיעבוד נמכר ע"ש בש"ע ס"ו דלכך בעי מסירה קודם כתיבה וא"כ שפיר הוי המכירה דבר שאין גופו ממון רק הגורם דעיקר הקנין על הנייר רק ממילא נגרר קנין החוב ושפיר אימעוט מדין אונאה כנ"ל:

אך א"כ במלוה ע"פ בקנין דמעמד שלשתן שנמכר רק גוף החוב יהי' שייך דין אונאה ולא משמע כן מהפוסקים. ויש לדחות כיון שהוא קנין דרבנן תקנו כמו הקנין דאורייתא כנ"ל ודוחק. ועוד בהא דשף מטבע דפטור מוכח שגוף השיוי של הטיבוע אינו רק כמו שטר דפטור בשורף. ונראה לומר דהא חזינן אף דאי שף מטבע פטור מ"מ בהזיקו כל המטבע חייב לשלם הכל גם השיוי שמחמת הצורה ואף דלא דאין דינא דגרמי ולא אמרינן דעכ"פ על השיוי של המטבע אינו רק מזיק שטרות דפטור וע"כ דז"א דכל זמן שהצורה על הכסף נקרא הכל גופו ממון שכסף שיש עליו צורה שוה הכסף יותר מבלא הצור' ואין הטיבוע דבר בפני עצמו רק שהכסף שוה יותר. ולכך שף מטבע פטור לרבה דנגד הכסף הוי היזק שאינו ניכר דהצורה בפני עצמו הוי דבר שאין בו ממש והכסף הוא כמקודם ואף דאינו שוה כ"כ הוי רק כתרומה ונטמאת לגבי הכסף עצמו דמצי אמר הרי שלך לפניך אבל הפסיד כל המטבע ממילא הפסיד כסף השוה כ"כ וכמו הפסיד תרומה טהורה ושפיר צריך לשלם הכל כנ"ל. וכן מבואר בש"ס ב"ק צ"ז ובתוס' ד"ה המלוה דמטבע שנפסל הוי כהוזל. ובש"ס שם דמדמי לה לתרומה ונטמא' ע"ש וע"כ דאין הכסף והטיבוע שני דברים נפרדים רק ששוה יותר הכסף עצמו כנ"ל. וממילא א"ש גם כאן דדוקא בחליפין דדעתו רק אצורה וכיון דעביד' דבטלי הוי הצורה עצמו דבר שאין בו ממש כמו שטרות. אבל לענין שבועה ושומרין דהתביעה הכסף שיש עליו צורה שפיר הוי גופו ממון דכסף כזה שוה כל כך לא קשה כלל כנ"ל. והא גבי הקדש דכ' ונתן הכסף ובפדיון הבן דכ' כסף וקמ"ל דאין פודין בשטרות וכן אין מחללין וא"כ בציר לי' שיעורא ומוכח כמ"ש. ובל"ז רש"י ז"ל פירש שם דלא כנ"י רק מטעם דבר שאינו מסוים ע"ש. אך הרשב"א קדושין ט"ו כ' ג"כ כטעם הנ"י הנ"ל ע"ש:

(ד) **ב' מעין** כו'. בקצה"ח כ' דמוכח מתוס' שבועות דחסר פחות משי"פ מב"כ מיחייב שבועה ותמה דהא כל השעורין הן בצמצום והניח בצ"ע. ולע"ד נראה פשוט דכוונת התוס' שם מ' ד"ה בטוענו בדינר שהקשו דא"א לפרש ב"כ שאינן טבועין דחסר מה שצריך לטבוע ודוחק לומר שאין בחסרון זה ש"פ ע"ש. היינו כמ"ש תוס' ריש פרק הזהב ד"ה אסימון שפי' רש"י שאין בו צורה וכתבו דאסימון הוא מעות שנעשו ברוחב ובעובי

ומשקל מטבע היוצא ובדבר מועט יטביעו הרבה מהם כו' ולכך מחללין לר' דוסא כו' ע"ש. וזה שפיר שם כסף עליו בחסר פחות מש"פ שכר הטיבוע דהא לר"ד מחללין עליו וכ"כ תוס' עירובין ל"א ע"ב. וכן משמע מש"ס שם דאמר דלרבנן אין מחללין על אסימון משום דבעינן וצרת הכסף שיש עליו צורה אבל אי לא"ה הי' בכלל כסף דקרא וכן כאן באסימון הוי בכלל ב' כסף דקרא כיון דחסרון הצור' דבר מועט כמ"ש תוס' שם. אבל כסף אחר או שוה סף ודאי פשוט דאף חסר פחות מש"פ לא מקרי ב' כסף לחייב שבועה כנ"ל. ומה שהקשה מש"ס דלוקי בהוד' מחט דלא חסרה לה טענה. בל"ז לק"מ דהא ב' כסף דקרא היינו מטבע וכשמודה מחט אין הודאה ממין הטענה וע"כ שמודה כסף א' וחסרה טענה. אך באמת הוא כנ"ל:

הנה כתבתי בס"ק הקודם דקשה הא כתבו תוס' פרק הזהב דמטבע חשוב כלי וא"כ למה לי ב' מעין הא כלי סגי בפרוטות. שוב ראיתי בקצה"ח הקשה ג"כ והניח בצ"ע ובס' נה"מ כ' דבעי כאן כלי חשוב ולא דמי לק"ס ע"ש. ובאמת מבואר ברא"ש ור"ן ריש פ' ש"ה ובתוס' בכורות (ד"נ) דהא דאמר מה כלי דבר חשוב היינו לאפוקי מוריקא כדאמר בהזהב מ"ז כו' ע"ש. ומבואר להדיא דלא אימעוט רק אותו כלי דאימעוט ג"כ בקנין סודר וכ"כ רשב"א קדושין ע"ש. והנה תירוץ שכתבנו לעיל הוא נכון לתירוץ תוס' הב' דפ' הזהב מ"ז דלכך חשוב מטבע כלי משום דיוצא בהוצאה. ואף דבפ' הזהב דחו טעם זה מ"מ בקדושין כ"ח כתבו טעם זה ולא דחו ע"ש. וא"ש כאן כמ"ש דאין עליו שם כלי על יותר משויו כיון דמה שהוא כלי הוא רק משום שיוצא בהוצאה ואינו יוצא יותר ממה דשוה. אולם לטעם האחר שכ' תוס' שם משום שראוי לשקול בו או לתלותו בצואר בתו קשה כאן והוא דוחק מ"ש לעיל:

אמנם באמת לא קשה כלל דאף שבפ' הזהב כ' תוס' דמטבע חשוב כלי מ"מ בקדושין כ' תוס' דהוי כעין כלי שראוי לתלותו כו' ע"ש כ"ח. ואין הכוונה כלל דמטבע נקרא כלי דזה א"א דהא משנה שלימה שנינו פי' י"ב דמס' כלים משנה ז' דינר שנפסל והתקינו לתלותו בצואר קטנה וכן סלע שנפסלה והתקינה לשקול בו טמא ע"ש. ומבואר להדיא דדוקא נפסל והתקינו לתלותו או לשקול חשוב כלי. אבל סתם מטבע הדבר פשוט דאין שם כלי עליו כלל ובתוס' ב"מ נ"ב ע"ב ד"ה והתקינה נסתפקו אי צריכה מעשה כמו חיתוך נקיט התקינה דוקא במעשה ואי אינה צריכה חיתוך יורד לטומאה במחשבה ע"ש. וזה בנפסלה אבל כשיוצא ודאי דבעי עכ"פ יחוד לכלי משא"כ בסתם מטבע לא חשוב כלי ודאי דאין חילוק בין כלי דכתיב בקרא גבי טומאה או כלים דכ' כאן. רק לענין חליפין דלא כ' כלי רק נעל וממעטינן מנעל דבעינן דבר הראוי להשתמש בו משא"כ פירי ולכך

כתב תוס' שפיר דמטבע הוי כעין כלי דהא בידו לתקנו לתלותו בצואר בתו או לשקול וכל שבידו ממילא הוי ראוי להשתמש בו וכ"כ רשב"א בחידושיו לקדושין שם דשור ופרה חיין ג"כ לאו פירי נינהו רק דומיא דנעל דראוין להשתמש בהן דע"כ נעל לאו דוקא דהא פליגי במטבע כו' והא אימעוט משום דלאו כלי כו'. וע"כ דדוקא פירי אימעוט דאין ראוי להשתמש בהן כו'. ואף בסוף דמסיק דצריך כלי כ' ג"כ בשם התוס' דמטבע כעין כלי הוא שראוי לתלותו ע"ש. והיינו דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי אבל כאן דכ' בקרא כלים ודאי בעינן שיהי' שם כלי עליו וכל שלא התקינה לאו כלי הוא ובעי ב' כסף כנ"ל. ולכך נראה לע"ד פשוט דגם מטבע שחתכה והתקינה באמת לתלותה או לשקול כו' דחשוב התם כלי. ממילא הוי גם כאן כלי ונשבעין עליהן בפחות מב' כסף. וכן נראה לי דכל הני דמבוארין במס' כלים דחשובים כלים לטומאה או לא חשיבי כן הדין לענין שבועה ג"כ במחט שניטל עוקצה או חודה ע"ש. כיון דבתרווייהו כתיב בקרא כלי ודאי שוים הן לענין הדין. והא דכ' תוס' ורא"ש מה כלים חשוב לאפוקי מוריקא. היינו דאף שזה כלי מ"מ כיון דחזינן דאימעוט בקנין סודר ואף דלא בעי כלי גמור מ"מ אימעוט מוריק' ממילא גם כאן אימעוט אף שנקרא כלי. אבל מה שאינו כלי אף שראוי להשתמש בו ומהני בק"ס מ"מ לא מהני כאן בפחות מב' כסף כנ"ל פשוט הנ"ל:

(ה) **עד שיתבענו ב' מעין ופרוטה** כו'. הנה כל הפ' פסקו כרב דכפירת טענה ב' כסף ואף דהלכה כשמואל בדינו מ"מ הא תני ר"ח לסייע לרב ע"ש ברי"ף ורא"ש ותוס'. אמנם מרש"י ז"ל נראה לכאורה דפוסק כשמואל דב"מ פ' הזהב נ"ה במשנה הטענה ב"כ כו' פירש להדיא כשמואל ע"ש. ותמה גי"ת שער ז' דאי משום דמתני' מפרשא טפי שפיר לשמואל הא ליתא דאדרבא בש"ס ריש שבועת הדיינין אמר מתני' דוקא כוותי' דר מדלא תני כפירת טענה בפרוטה כו' ומוכח דדעת רש"י ז"ל לפסוק כשמואל ע"ש. וכ"כ בתי"ט פ' ש"ה במשנה דדעת רש"י דק"ל כשמואל ואף דתני ר"ח כו' מ"מ מדר' אשי משני לשמואל מוכח דס"ל כוותי' ע"ש. ובאמת שאינו נוח לומר דדעתם ז"ל נגד כל הפוסקים. והי' נראה לע"ד לישב דלכאורה תמוה דאמר בש"ס דמתני' דייקא כוותי' דרב ולמה לא פריך מינה לשמואל כדפריך אח"כ כמה פירכות, וגם מהא דתני ר"ח למה לא פריך אשמואל כנ"ל. אמנם לכאורה מאי פריך דליתני כפירת טענה פרוטה כמו דתני הודאה בפרוטה והא לדעת הגאונים ז"ל דיצאו כלים למה שהן דאף פחות מש"פ חייב שבועה והנה למאי דקי"ל הילך פטור אמר בש"ס ריש ב"מ דלא משכחת הודאה במקצת בפקדון רק באמר חדא מתה בפשיעה כו' דאי איתנהו בעין הוי לי' הילך ע"ש. וא"כ לכאורה לא ק' כלל דיוקא דמתני' לשמואל דבשלמא הודאה תני שפיר בפרוטה דלא משכחת לה

בפחות דאף דכלי חייב בפחות מש"פ מ"מ ממ"נ אי אית לכלי בעינא פטור משום דהוי הילך ואי מודה שנאבד בפשיעה דלאו הילך דבעי לשלומי שוב לאו כלי הוא ובעי ש"פ ולכך תני שפיר מלתא דפסיקא הודאה בש"פ. אבל כפירה בפרוטה לא מצי למיתני דהא כפר בכלי אף מחט חייב בפחות מש"פ דבזה כופר המחט בעין ושפיר חייב ולכך לא תני כפירת טענה בפרוטה כנ"ל:

אמנם לרב י"ל דלא ס"ל כלל יצאו כלים למה שהן דהא איצטרך כלים לאורויי דכסף לכפירה הוא דאתי ע"ש בתוס' וגם לס"ד עכשיו דלא ידע ואמר שפיר דדייקא מתני' כוותי' דרב. אבל לשמואל לא קשה כלל כיון דסבר יצאו כלים למה שהן י"ל שפיר כנ"ל. וגם לא קשה מהא דתני ר"ח לסייע לרב. דר"ח לטעמי' ריש ב"מ דהילך חייב א"כ מוכח ממתני' כוותי' דרב מדלא תני כפירה בפרוטה ואי משום כלים הא גם בהודאה משכחת לה וע"כ דלא מיירי בכלים ולכך פי' ר"ח כרב. אבל למאי דקי"ל הילך פטור אין ראי' ממתני' כנ"ל. וממילא לא קשה מר"ח ג"כ אשמואל. והנה באמת הא דהטענה ב' כסף דייק יותר כשמואל כמ"ש הריטב"א ז"ל דלא תני כפירת טענה רק בש"ס הוכיח מדלא תני כפירה בפרוטה. וא"כ למסקנא דאין ראי' מזה כנ"ל מיפרשא מתני' שפיר טפי כשמואל ולכך פי' רש"י ז"ל במשנה אליבא דשמואל. ואעפ"כ הלכה כרב אף דלא דייקא מתני' משום דר"פ דהוא בתרא פסיק כרב כמ"ש תוס' והרא"ש ז"ל. וכן מבואר מדברי הר"ן ז"ל ריש פ' ש"ה שהוכיח מרש"י ז"ל דלא תליא פלוגתא דשוה ודוקא בהא דכפירה ב"כ מדפי' רש"י ז"ל במתני' הא דדוקא כשמואל ע"ש. ומבואר להדיא דסבר שדעת רש"י ז"ל ג"כ דהלכה כרב בהא דבעינן כפירה ב"כ כנ"ל. וע"ש בתי"ט במשנה שדחה ראיות הפוסקים כרב ע"ש. ולע"ד נראה ראי' ברורה מש"ס לקמן מ"ח ע"ב דאמר ר"נ והוא שיש ביניהם טענה ב"כ ופריך כמאן כשמואל והא תני ר"ח לסייע לרב ומשני אימא כפירה ב"כ כרב. ומבואר להדיא דסתמא דתלמודא פסיק כרב ומתמה אם יסבור ר"נ כשמואל. וע"כ דפשיטא לש"ס דהלכה כרב כנ"ל. ומהתימה על תוס' ורא"ש שלא הוכיחו מש"ס והנ"ל:

שוב מצאתי בה"ג ה' שבועה הביא מש"ס הנ"ל. אך יש לדחות דהא תני במשנה שם ג"כ הגוזל ש"פ וע"כ לא איירי בכלי דלהגאונים ז"ל גם בגזל בכלי לא בעי ש"פ וכין דלא מיירי בכלי מצי למיתני ג"כ כפירה בש"פ. אמנם למ"ש ס"ק א' דדוקא לשבועה מהני כלי פחות מש"פ ולא לענין גזל א"ש:

מ"ש רמב"ם ז"ל (פ"ג מטוען) ולפי שהוא מדבריהם נראה כוונתו כמ"ש רש"י פ"ק דקדושין אמאי דפריך וכללא הוא והרי טענה כו' ופי' דאי כסף ממון והיינו ממון חשוב

ולא פי' כמה מסר לחכמים כמה חשוב להשביע עלי' כו' והם ראו שאינו חשוב רק ב"כ אבל אי כסף מטבע כו' ע"ש. וממילא למסקנא דדוקא כסף קצוב הוי צורי כו'. ממילא כסף זה שאינו קצוב הוא ממון ולא פי' ונמסר לחכמים כנ"ל. ולכך כ' שהוא מדבריהם אבל אינו מחויב שבועה כלל מה"ת בפחות מזה כיון דבעי חשוב מה"ת כנ"ל. ולא כנראה מס' או"ת דרק מדרבנן בעי ב"כ ומה"ת סגי ב' פרוטות ע"ש דבש"ס פ' ש"ה מבואר דהוא מה"ת כנ"ל. ובאמת י"ל דאף דכסף הוי ממון ולא פי' כמה מ"מ הוי בכלל שיעורין דהלמ"מ. אך לשון רמב"ם ז"ל עשו אותו כו' לא משמע כן ע"ש:

מ"ש ש"ע וטור טענו ב' כסף ופרוטה כו' ומודה ב' פרוטות פטור. וקשיא לי הא פרוטה השני' הוי ט"ח והל"ב ופטור וא"צ ליתן רק פרוטה א' כמו שתבע ושוב יש כאן כפירה ב' כסף. ובש"ע י"ל לטעמי' דב"כ שוה אבל טור דס"ל דוקא קשה. גם בש"ע דהוי לי' לחלק בין פקדון דהוי דוקא ובהיו הניזקין ב' כו' (ס"פ המניח) מוכח דגם כה"ג הו"ל ט"ח כו'. וצ"ל דטענו שוה להדיא:

(ו) **שיעור פרוטה משקל חצי שעורה כסף כו'**. הוא קבלת הרמב"ם ז"ל מאביו והגאונים. ולע"ד יש לעיין איך נתנו שיעור קצוב במשקל הא דינר היינו מטבע וכן מעה הוי טבוע כמ"ש תוס' ריש ש"ה ורשב"א בחידושיו פ"ק דקדושין. ובב"מ ריש פ' הזהב דייק דדהבא טבעא הוי מדתנן פרוטה שאמרו א' מח' באיסר כו' עד דינר זהב ואי פירי הוי משער תנא במידי דאוקיר וזול כו' ע"ש. ולדידן דקי"ל כספא טבעא משערין הכל בדינר כסף דאף דהוזל או מתיקר בערך הזהב או פרוטות או הפירות אמרינן אינהו דזילו או נתייקרו וטיבעא כדקאי קאי כמבואר בש"ס ופוסקים שם ולכך מותר ללות דינרי כסף בדינרי כסף ולא הוי סאה בסאה דלא שייך במטבע כסף זול ויוקר. ומבואר בש"ס ופוסקים שם וי"ד ה' רבית דדוקא מטבע היוצא של כסף אבל משקל כסף במשקל אסור להלוות דשייך בהו זול ויוקר דאף דהדינר של כסף כדקאי קאי מ"מ הכסף שאינו טבוע פעמים הוזל ובעד דינר טבוע נותנין כסף יותר. וא"כ נהי דידעו הגאונים השיעור שהי' בימי משה הפרוטה א' מקצ"ב בדינר טבוע הי' משקל חצי שעורה כסף שוה כן ובעד צ"ו שעורות היו נותנין דינר טבוע אבל אין זה שיעור קבוע שכשהוזל הכסף שאינו טבוע אין זה שוה פרוטה ואיך משערי במידי דאוקיר וזול כדפריך בש"ס הנ"ל וסומכין ע"ז לענין קדושי ודאי ושאר דברים. והי' אפשר דכוונתם משקל חצי שעור שהוא טבוע וכמו פרוטה של נחושת שיהי' גוף הנחושת בלא הטיבוע שוה משקל חצי שעורה כסף וכיון שהוא טבוע לעולם שוה לפי ערך דינר טבוע. אך הא מבואר בש"ע וברמב"ם ז"ל דמשקל חצי שעורה לחוד הוי פרוטה ולא התנו שיהי' טבוע וכן בשאר דברים כ' דשמין אם שוה משקל חצי

שעורה כו'. גם אפשר דהי' ידוע ששכר הטבעה חלק א' מהכסף כמ"ש תוס' בכורות נ' ע"ב דשכר הטבעה א' מכ"ה ע"ש. וחשבו משקל חצי שעורה שאחר ניכיון שכר הטבעה נשאר השיעור א' מקצ"ב בדינר כנ"ל. אך ז"א דאטו שכר הטבעה לעולם שוה. ואם השכר נתייקר בציר לי' שיעורא דדינר שבימי משה שהי' בו כ"כ כסף יהי' שוה עתה יותר מקצ"ב חצאי שעורה וכיון דהדינר לא נתייקר והוזל הכסף אינו שוה פרוטה כנ"ל. ועוד דרמב"ם ז"ל בפי' המשנה בכורות פ' יש בכור כתב ששקלו הדינר שהוא צ"ו שעורות ע"ש דמשמע שלא חשבו כלל הטיבוע רק המשקל. שוב ראיתי בס' או"ת שכתב דצריך משקל חצי שעורה ושיהי' טבוע ע"ש. אמנם לשון הרמב"ם ז"ל בכמה דוכתי לא משמע כן שלא הזכירו כלל שיהי' טבוע רק המשקל ע"ש. וכן בש"ע אה"ע לענין קדושין וברי"ף וסמ"ג ג"כ הזכירו רק המשקל:

ונראה דהם סוברים כמ"ש תוס' קדושין י"א ע"ב סוף ד"ה והרי כו' ואומר ר"ת דגרה לא הוי מעה אלא משקל שהי' בימי משה שהי' שוה מעה ואח"כ עשו ממנו מטבע וקראוהו מעה ע"ש. ולכך שיערו שפיר הכל רק במשקל כיון דכ' עשרים גרה השקל הוי משקל חצי שעורה לעולם פרוטה שהי' בימי משה דלא הי' טבוע רק הכל הי' נחשב במשקל כנ"ל. וא"כ אם מטבע טבוע סגי אף דהכסף שבו פחות מעט רק שיהי' שוה עם הטיבוע משקל חצי שעורה כסף בלא טיבוע כנ"ל:

אמנם נראה דזה במחלוקת שנוי' דלדעת תוס' ריש פ' שבועת הדיינים נחשבו הב' מעות טבועים וצריך משקל חצי שעורה לבד שכר ההטבעה ע"ש. ובאמת קשה להגאונים ז"ל למה תני ריש קדושין וריש הזהב פרוטה שאמרו א' מח' באיסר כו' וגם איסר שאמרו כו' וכולהו לענין קדושין ע"ש וכן הא דשיער ר' סימאי בדורו כו' (קדושין י"ב) ולמה לא נתנו שיעור במשקל שהוא לעולם שוה ועיין פ' הגוזל גבי הוסיפו על המטבע ובשיטה מקובצת שם ועדיין צ"ע. וברמב"ם בכורות בפי' המשנה שם משמע דהא דצריך כסף נקי משום דאינו ידוע כסף צורי איך הי' ושמא הי' נקי ומשמע דרק מספק ע"ש. ובכה"ג הביא דעות דרביע שעורה הוי פרוטה ע"ש. וצ"ע לענין קדושין. וכה"ג וכן הביא ב"ח ובסמ"ע כ' דתלוי ביוקר הפירות ומשמע דגם לענין משקל חצי שעורה כסף דעתה שהקנינים ביוקר לא חשוב שיעור ש"פ. אך בפרישה הביא דבריו שבסמ"ע אלו ומפרש רק על שאר דברים שהכסף נתייקר אבל חצי שעורה כסף לעולם הוי שיעור פרוטה כן משמע מדבריו שם ע"ש. ולא הי' לו לתלות בסמ"ע בשער הפירות רק לעולם בעינן שיהי' שוה משקל חצי שעורה כסף ותלוי ביוקר הכסף כנ"ל. ובאמת מש"ס פ' הזהב דאמר דלא משער תנא במה דאוקיר וזול מבואר דע"כ שיעור פרוטה לעולם שוה וכן פ"ק דקדושין י"ב

מבואר דתלוי הכל בש"פ שהי' בימי משה. ואין סברא לומר דבעי שתיהן שיהי' שיעור פרוטה שבימי משה וגם שיהי' חשוב עכשיו ג"כ. דז"א דאין קצבה לדבר לידע שיעור החשיבות כמה ובש"ס וכל הפוס' מבואר דש"פ הנ"ל הוי חשוב. ובאה"ע סי' ל"א כ' ב"ש והד"מ דבפחות מחצי שעורה אין חשש שמא ש"פ במדי דא"א להיות שוה יותר ממה שהוא ע"ש. ונראה דגם זה אינו מוסכם דלהפוסקים ריש פ' הזהב כילדותא דרבי דדהבא טיבעא וכספא פירי וא"כ משערין הכל בערך הזהב כמ"ש תוס' שם דבכולהו נ"מ לענין קדושין. ואם כן אם הוקר הכסף יכול להיות פחות מחצי שעורה שוה פרוטה לפי ערך הזהב דדהבא כדקאי קאי וכספא הוא דאייקר ושייך שמא ש"פ במדי גם אפשר באמת ש"פ דאינו ברור לנו משקל דינר הזהב שהי' אז אם צ"ו שעורות כדינר כסף או משקלו כפול כמ"ש תוס' בשם ר"ת בכמה דוכתי. וגם כשאינם שוה כאן בערך שייך שמא ש"פ במדי כנ"ל. וראיתי במשפטי שבועות לר' האי גאון ושערים דר' אלפס כתבו ג"כ דפרוט' הוא רביע שעורה ע"ש ופשוט דיש לחוש בקדושין לדברי הגאונים ז"ל:

סעיף ב

(ז) **וכן אם כו' אלא סחורות כו' שמין אם יש בהודאה וכפירה שיעור כו'**. וכ' סמ"ע משום דישיב לרבות שוה כסף ככסף ע"ש. וא"כ הי' נראה דתלי' בפלוגתא דרבה ור"י קדושין ח' דלר"י דשיראי צריכה שומא אף אי אמר בכל דהו משום דשוה כסף ככסף מה כסף דקיץ אף ש"כ דקיץ ולא מהני השומא דאח"כ ע"ש. א"כ גם הכא לענין הודאה במקצת כיון שלא הי' קיץ בשעת הודאה לא מהני מאי דשמין אח"כ שהי' הודאה שוה פרוטה כיון דבשעת הודאה לא הי' ש"כ ככסף א"כ יצאה הודאה בפטור מפיו ולא מיחייב אח"כ אף שנישום רק משום דקי"ל כרבה לכך חייב כה"ג. אמנם לר' יוסף קשיא מתניתין דפ' ש"ה דאין נשבעין אלא אדבר שבמדה כו' בית מלא פירות והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל כו' למה לי' משום דבר שבמדה הא כיון דאינו ידוע כמה שוים. הפירות שמודה אף אם הי' במדה הי' פטור דלא הוי שוה ככסף כה"ג. בשלמא סיפא דעד הזיז ועד החלון י"ל דאיירי שידוע שיוי הפירות בשעת הודאה אבל ברישא דמה שהנחת כו' דע"כ אינו ידוע וא"כ בל"ז פטור אף שהי' אומר עד החלון ולא הי' ידוע כמה שוה משום דלא הוי ככסף כנ"ל. עוד קשה דא"ב איך מוכח דיצאו כלים למה שהן לר"י הא איצטריך כלים דאי מטעם שוה כסף הי' בעי קיץ דוקא שנישום קודם משא"כ כיון דכ' כלים באפי נפשייהו ואין בהם מטעם שוה כסף שוב אף דלא נישום מקודם חייב שבועה כיון דלא מטעם שוה כסף חייב רק מצד עצמם. אבל י"ל שפיר דלא עדיף מכסף ומקשינן דצריך שוה ב' כסף. אך בזה י"ל כיון דב"כ וב"כ אינו דומה לכסף דקיץ שוב אמרינן ממילא יצאו למה

שהן דלא מקשינן ולא בעי ב' כסף גם כן כנ"ל. אך משנה הנ"ל קשה. אולם נראה לי דלא צריך כלל כאן לרבות מישיב כמ"ש סמ"ע רק כדאמר בש"ס פ' הזהב וריש פ' מרובה דילפינן מכלל ופרט דשור וחמור כו' דקאי גם על שבועה כמ"ש תוס' שם. וא"כ אמרה תורה בהדיא שוה כסף ג"כ ולא ממעטינן רק עבדים וקרקע וכה"ג ע"ש. וממילא גם לר' יוסף לא בעי קיץ כיון שאין החיוב משום שהוא ככסף כנ"ל ולא קשה כנ"ל ובזה יש לישב מה דתני במתני' בית מלא פירות וכיס מלא מעות כו'. דבפירות הי' אפשר לומר דבאמת לכך פוטר כשאינו במדה משום שאין שומתו ידוע ולא הוי ש"כ ככסף וקמ"ל במעות דזה הוא כסף ומ"מ פטור משום שאינו במדה כנ"ל:

(ח) **שמין אם יש** כו'. נראה דתליא רק בשעת תביע' והודאה ואף אם בשעת הלואה לא הי' שוה ב' כסף ונתיקר אח"כ כיון דבשעת כפירה יש ב"כ מיחייב וכן מבואר להדיא בריטב"א ר"פ ש"ה דאף דכ' כי יתן כו' כסף כו' דמשמע בשעת נתינה מ"מ אזלינן רק בתר שעת תביעה ע"ש. אמנם לכאורה י"ל דתלי' במחלוקת הרמב"ם ז"ל שפ' בקרקע אף שתובע דמי הקרקע שחפר בורות כו' פטור משבועה ע"ש פ"ה מטוען וש"ע צ"ה. ונראה טעמו ממה דאמר בש"ס ב"ק ק"ו ע"ב דממעט נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מדכ' כי יתן איש כו' ופריך מאבידה ומשני דלא אתיא מכח בן דעת כו' דמבואר דכיון דבשעת נתינה הי' מי שאינו מחייב שבועה אף דעכשיו גדול פטור ממילא גם בקרקע כן כיון דכ' כי יתן איש כו' כסף כו' דממעט קרקע אף שעכשיו מטלטלין פטור דאימעוט מכי יתן כו' כנ"ל. וא"כ י"ל גם לענין ב' כסף כן כיון דכת' כי יתן כסף דהיינו שתי כסף וכיון דבשעת נתינה לא הי' שתי כסף לא מיחייב אף דעכשיו נתיקר. והריטב"א ז"ל לטעמי' דסבר כראב"ד ושאר פוסקים דדמי קרקע חייב ולא מימעט מכי יתן לענין התביעה רק נגד האדם כנ"ל. אבל לרמב"ם ז"ל דממעטינן הכל על שעת הנתינה ג"כ כדאמר התם שיהי' נתינה ותביעה שוין אם כן לענין ב' כסף י"ל דאימעוט כנ"ל ג"כ. אך נראה דגם לרמב"ם ז"ל חייב דדוקא בקרקע וכה"ג שהוא מין שאינו מחייב שבועה וכמו קטן כו' משא"כ פחות מב' כסף שגם אז הי' ראוי להצטרף שהוא מין המחייב שבועה וכמ"ש תוס' לחלק בשבועת עד א' דבקרקע פטור ופחות מב' כסף מיחייב לפי שהוא מין המחייב שבועה ע"ש פ' הכותב פ"ח ועוד דכיון דק"ל כרב דכפירה ב"כ בעינן וכסף כי אתי לכפירה כו'. והקשה ריטב"א ז"ל שם הא כי יתן כסף דהיינו ב' כסף וא"כ מעולם לא הי' רק ב"כ וע"כ דסגי כפירה והודאה ב"כ ותירץ דלא קאי אכי יתן ודייק מהא דפשיטא דלא אזלינן בתר שעת נתינה אם מעט ואם הרבה רק אשעת תביעה ע"ש. וא"כ י"ל גם לרמב"ם ז"ל עכ"פ מוכח כאן דהא דכסף דהיינו ב' לא קאי אכי יתן דהא צריך יותר ולא סגי בנתינה ב"כ רק

עם פרוטה וקאי רק אשעת כפירה. וממילא גם נתינה בפחות מב"כ סגי כיון שבשעת כפירה יש ב"כ כיון דלא קאי עלה כי יתן שיהי' בשעת נתינה כנ"ל ולא שייך למידרש כנ"ל דע"כ לא קאי כסף על שעת נתינה כנ"ל:

ובהלואה אין נ"מ בזה דכשנתיקר בל"ז אינו נותן לו כלל כשעת היוקר דקי"ל בהלואת סאה בסאה דנותן לי כשעת הלואה כשנתיקר משום רבית רק בפקדון יש נ"מ בנתיקר כנ"ל. אמנם אף דבהי' פחות מב"כ בשעת נתינה נאמר דחייב שבועה בנתיקר. מ"מ יש להסתפק כשהי' פחות מש"פ בשעת נתינה ונתיקר אי חשוב הודאה פרוטה דעכשיו די"ל דזה הוי כמין שאינו מחייב שבועה כיון דלאו ממון הוא כלל. דהא תוס' פרק איזהו נשך ס"א כתבו דכמו דאימעוט שטרות שאין גופן ממון מכלל ופרט כן אימעוט פחות מש"פ מכלל ופרט לרמב"ם ז"ל ודאי פטור כמו דמי קרקע. וא"כ גם בפחות מש"פ שאין גופו ממון אף דעכשיו נעשה ממון מ"מ בא מנתינה שלא הי' גופו ממון ופטור להרמב"ם כמו כשבא מנתינת קרקע ושטר. ולהראב"ד וש"פ חייב דאף דהש"ך ז"ל כתב שם דבשטרות לכ"ע פטור היינו כמ"ש שם דלא נשתנה דעדיין אין גופו ממון ע"ש ס"ק י'. אבל בנתיקר הוי עכשיו ממון כנ"ל. אבל להרמב"ם ז"ל י"ל דשפיר פטור דהא קרקע ג"כ נשתנה ואעפ"כ פטור כנ"ל. ואין להוכיח מהא דמבואר במשנה ריש כ"ה גבי שכיר דמחייב ב"ה שבועה דאורייתא במודה מקצת ובש"ס אומן אומר ב' קצצת כו' וכ' רז"ה בס' המאור דהוי ס"ד למיפטר כיון שבא משכירו' פועל יהי' דינו כבא מקרקע ודחי דעבד עברי ופועל אין דינן כקרקע ע"ש וברמב"ן ז"ל והא אמר בע"ז י"ט למ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף שכרו מותר דאימת מיתסר במכוש אחרון לית בי' שוה פרוטה ע"ש. דלעולם אין כאן פרוטה ביחד. וע"ש ברשב"א ור"ן קדושין מ"ח דלכך אינה מקודשת משום דאין כאן נתינת פרוטה ע"ש. וא"כ בשכירו' נהי דלא מקרי מסתעף מדמי קרקע מ"מ יפטר משבועה דמסתעף מנתינה שאין בה שוה פרוטה דישנה לשכירות כו' ולא הי' נתינת פרוטה לעולם כנ"ל. ומוכח דחייב כיון דעכשיו בשעת כפירה יש שוה פרוטה. אך באמת אין ראי' כלל מזה דהא ודאי מודה הרמב"ם ז"ל דבנתן לו בכמה פעמים חצאי פרוטה נהי דלא הי' אז נתינה בחצי פרוטה ראשונה מ"מ כיון שהי' ראוי להצטרף א"כ עכשיו שנתן עוד חצי פרוטה יש כאן עכשיו נתינה דפרוטה דכבר מגיע לו חצי פרוטה. דדוקא בקדושין דמלוה לא מהני וחצי פרוטה כבר נעשה מלוה משא"כ בחיוב שבועה מצטרף עכשיו עכ"פ ויש נתינת פרוטה ולא מקרי כלל שמסתעף מפחות מש"פ דהא אין חצי פרוטה השני' מסתעף מחצי פרוטה ראשונה רק שמצטרף כנ"ל ושפיר חייב וכן פ' הכותב בפוגמת פחות מש"פ ע"ש שפיר יש חיוב. משא"כ בלא הי' רק נתינה אחת

דפחות מש"פ ונתיקר ונעשה ש"פ דהש"פ דעכשיו מסתעף מנתינה זו עצמה דפחות מש"פ שלא הי' גופו ממון הוי שפיר כדמי קרקע ושטרות כנ"ל אך יש לחלק בין קרקע דלא חזי כלל להיות דבר המטלטל ובין פחות מש"פ דחזי לאיצטרופי מיד בשעת נתינה דאם יתן עוד חצי פרוטה יהי' גם זה בכלל הנתינה דכסף. ומה"ט כ' הה"מ ריש ה' גזילה דפחות מש"פ הוי כחצי שיעור ע"ש. וא"כ גם פחות מש"פ הי' מיד בכלל נתינה רק כל זמן שהוא פחות מש"פ אינה נתינה שלימה. אבל כשנתיקר וש"פ נעשה שפיר נתינה דכסף. ובשטרות אף דג"כ הנייר שוה עכ"פ פחות מש"פ ואעפ"כ פטור כששרפו וכה"ג לא דמי דהתם עדיין גוף הנייר פחות מש"פ משא"כ בנתיקר כנ"ל. וקצת ראי' לחילוק זה מש"ס גטין כדבעי למיפסל כולהו גיטי מדכ' ונתן ליבעי ש"פ כו' ואח"כ אמר דכ' על איסורי הנאה כשר ובעי לסייע ממתני' דעל עלה של זית כשר ואף דלא ש"פ ודחי שאני עלה זית דחזי לאיצטרופי ע"ש ומוכח דאף דנימא ונתן היינו נתינת ממון מ"מ יש חילוק בין פחות מש"פ דמקרי בכלל נתייה כיון שראוי להצטרף ובין דבר שאינו ראוי כלל כנ"ל וגם כאן י"ל כנ"ל. ואינו מוכרח דהתם רק דחי' דליכא למידק דלפי האמת אמר התם דרק משום דנתינת גט אבל אם הי' נתינת ממון לא הי' מהני פחות מש"פ ע"ש וגבי אבידה מצינו להיפוך דאמר פ' א"מ כ"ז אבידה פחות מש"פ שהוקרה פטור ואימעוט מאשר תאבד כו' כיון דלא הי' אז ש"פ לא הי' בכלל אשר תאבד ואף שהוקרה פטור כמו כן לענין כי יתן כנ"ל. וב"ק פ' הגוזל דאמר לשמא תייקר לא חיישינן וכ' בהג"א שם בשם רשב"א דאם נשבע אחר שנתיקרה על פרוטה חייב קרן וחומש ע"ש. וממילא גם לענין שבועה כן. אך י"ל דסבר ג"כ דלא כהרמב"ם בדמי קרקע דכיון שעכשיו ממון חייבין ולרמב"ם ז"ל באמת פטור. וע"ש וש"ע שס"ז מחלוקת הפוסקים, אי חייב בנתיקר להוליך למדי כיון שלא הי' ש"פ מקודם ע"ש:

אמנם נראה דאין נ"מ בזה דבהלואה לא שייך נתיקר כנ"ל ובפקדון שהפקיד בידו פחות מש"פ ונתיקר אם עדיין בעין הוי הילך דפטור ואי נאבד בפשיעה כשהי' שוה פרוטה נראה דחייב בודאי דהא חיוב זה כיון דקי"ל דרק משעת פשיעה אישתעבדי נכסי שומר א"כ חיוב ממון זה מסתעף מש"פ ולא דמי לדמי קרקע שחפר בה שמסתעף מקרקע משא"כ זה דכבר ש"פ בשעה שנאבד ודמי לאכלו כשהוא גדול ב"ק ק"ו ע"ב דחייב ע"ש. וגם בהנ"ל חיוב זה דנאבד מסתעף מדבר שכבר ש"פ. והיינו בקיבל בפירוש אחריות בלא"ה אין דין שומרין כיון שלא הי' ש"פ. אך לר' אשי התם במחלק בין אתי מכח בן דעת י"ל דגם כה"ג פטור כיון דמ"מ אתי מכח פחות משוה פרוטה כנ"ל:

ובזה יתישב מה דקשה לקמן להגאונים ז"ל דהודה בכלי חשוב הודאה לחייב שבועה אף פחות משוה פרוט' ע"ש. וקשה דממ"נ אם המחט בעין הוי הילך ואם נאבד בפשיעה אינו רק ממון ולא מיחייב בפחות מש"פ. וכן ראיתי אח"כ בס' קצה"ח שהקשה כן. ולמ"ש יש שפיר נ"מ בהפקיד מחט הפחות מש"פ ואח"כ נתיקר על ש"פ ונאבד בפשיעה דאי לאו כלי לא הי' מחויב שבועה כיון דמסתעף מנתינה דפחות מש"פ אבל כיון דיצאו כלים למה שהן וא"כ שפיר חייב דהא בשעת נתינה הי' כלי דחשוב נתינה אף בפחות מש"פ ועתה שנאבד כבר שוה פרוטה ושפיר הוי הודאה לחייב שבועה משא"כ אם הי' צריך בכלי גם פרוט' הי' פטור כנ"ל. ועוד נ"ל דמיירי שהלוהו מחטין להחזיר לו מחטין וכן שאר מין המצוי למכור ומ"מ חשוב כלי ואינו הילך כיון שהוא מלוה כנ"ל:

סעיף ג

בד"א כשתבעו פירות או מיני סחורה אבל תבעו ב' כלים והודה לו בא' מהן א"צ שיעור אלא אפילו הי' י' מחטין בפרוטה תבעו ב' והודה לו בא' מהם חייב טענו כסף וכלים הודה בכלים וכפר בכסף אם יש בכפירה ב' מעין חייב ואם לאו פטור הודה בכסף כו':

(**ט**) **תבעו** ב' כלים כו' הרשב"א בח' ריש פ' שבועת הדיינים הביא ד' הרמב"ן שחולק דגם בכלי בעי ש"פ מירושלמי דאמר והוא שיהיו שוים ב' פרוטות כו' דאם אי אתה אומר כן נמצא לעתים ישיבת הדיינים פחות מש"פ כו' וכן אשה מתקדשת בכלי שאין בו ש"פ כו' ורבינו האי ושאר הגאונים ז"ל אין דעתם כך כו'. ומ"ש הרב שא"כ מצאנו ישיבת הדיינים פחות מש"פ אין ראי' זו מכרעת דאפשר לומר דכל כלי כיון שראוי למלאכתו חשוב הוא כפרוטה ויתר ויושבין עלי' הדיינים ואפשר דאפי' לענין קדושין כן וכמו שקונין בכלי אע"פ שאינו ש"פ ואפשר דקנין משום כסף הוא ואת"ל דקנין לאו משום כסף וכן שאין אשה מתקדשת בכלי שאין בו ש"פ הכא שאני שהוציאן הכ' למה שהן כו' עכ"ל:

ובס' קצה"ח דחה דברי הרשב"א ז"ל מהא דאמר (ריש קדושין) למעוטי חליפין דאיתנייהו בפחות מש"פ ואיתתא בפחות מש"פ לא מקנייא נפשה כו' וחליפין כלי בעי ומוכח דלא מהני כלי פחות מש"פ בקדושין וכן מהא דאמר (שם י"ג) כשם שאין אשה נקנית פמש"פ כך אין קרקע כו' ופריך דתניא אע"פ שאין אשה כו' ומשני האי לענין חליפין דתני' קונין בכלי אע"פ שאינו ש"פ כו' ומוכח ג"כ כנ"ל. ובס' נה"מ מחלק דלענין קדושין בעי לרשב"א ז"ל כלי חשוב משא"כ בחליפין ע"ש. ולא ראה סיום דברי רשב"א ז"ל שכ' להדיא וכמו שקונין בכלי כו' ואפשר דגם קנין כו' ומבואר דאינו מחלק בין כלי דקדושין לקנין חליפין. וגם בעל קצה"ח העלים שדבריו אמורים בר"ן שם במקומו בקדושין שכ' וז"ל סד"א שקנין חליפין הוא בכלל קיחה הכ' בקדושין דחליפין בתורת

כסף מהני ואע"ג דהשתא נמי ס"ל דחליפין איתא פחות מש"פ אפ"ה אפשר כיון דבעינן בהו כלי ודבר המסוים דבר חשוב הוא אע"פ שאינו ש"פ כדאמרינן מה כלי דבר חשוב דטענו ב' מחטין חייב דיצאו כלים למה שהן כו' וכיון שכן איכא למימר דבתורת כסף קונה ובכלל כי יקח הוא ומשני דא"א דקנין חליפין בכלל כי יקח דאנן סהדי דאשה בפחות מש"פ לא מקניי' נפשה אפילו בכלי שלם הלכך ודאי כשאמר הכתוב כי יקח אין קנין חליפין בכללו שאלו כן הי' אף פחות מש"פ בכלל וזה א"א ומעתה בדמים דיבר הכתוב ולא בחליפין עכ"ל. ומבואר שמפרש הס"ד דהש"ס כדברי רשב"א הנ"ל ובמסקנא נדחה הנ"ל דאינ' נקנית בכלי פחות משוה פרוטה:

אמנם עכ"פ דברי רשב"א תמוהים מאד חדא דאם גם בתורת כסף מקניי' בכלי פחות מש"פ א"כ מה דחי הש"ס דחליפין איתא פחות מש"פ הא גם בתורת כסף איתא פחות מש"פ בכלי ואעפ"כ מיקנייא. ועוד לדבריו דקנין חליפין באמת בתורת כסף נשאר קושית הש"ס דיועיל חליפין בקדושין דהא בכלל קיחה הוא וזה מבואר בש"ס בכמה דוכתי דאין אשה נקנית בחליפין. וגם איך ממעט לי' ממתניתין דבכסף כיון שגם קנין מתורת כסף כנ"ל ובודאי שלא נעלם מרשב"א ז"ל סוגית הש"ס השגורה בפיו:

ונראה דלא קשה דרשב"א ז"ל בעצמו שם מפרש הא דאיתתא בפחות מש"פ לא מקנייא נפשה דאף שנותן לה הרבה מ"מ כיון שדינן של קנין חליפין קני עמ"ל הוא ולאו דידה הוא אפי' כי יהיב לה חליפין שוה הרבה מ"מ לא בגופן הוא נקנה אלא בדינן ודינן אפילו פחות מש"פ איתא וגנאי לה להקנות עצמה בקנין פחות כזה שעיקרה בפחות מש"פ ולא דמי לשטר כו' ע"ש בחידושיו במקומו. וא"כ הפי' בש"ס פשוט דהא כלי לא נקרא כלל לעולם בכלל פחות מש"פ לגאונים ז"ל וספיקו דהרשב"א הנ"ל. רק הכוונה חליפין איתא בפחות מש"פ דאף שנתן לה הרבה מ"מ כיון שהוא רק קני ע"מ להקנות ואינה נהנית כלום אנן סהדי דלא מקנייא נפשה. ולזה אן חילוק בין כלי או שאר דברים כיון שאינו נקנה לה רק לקנין. משא"כ בכסף שפיר אף בפחות מש"פ בכלי דהוי ש"פ ויותר כנ"ל ויש לה הנאה לא הוי כלל פחות מש"פ. ולטעמייהו אזלי הגאונים דגרסי קדושין ו' ע"ב גבי מתנה ע"מ להחזיר דאינה מקודשת הואיל ואינה נקנית בחליפין ולא משום גזירה רק כיון שאינה נהנית בהן מדינא לא מיקדשה כמ"ש הרמב"ם ז"ל שם דבקדושין בעינן נתינת כסף דאית לה הנאה. משא"כ בחליפין אף אי מתורת כסף מ"מ סגי בכלי ע"מ להקנות אף שאין הנאה. ואמר שפיר דחליפין איתנייהו בפחות מש"פ היינו אף דכלי הוי ש"פ מ"מ איתא אף שאינה נהנית בש"פ כמו ע"מ להקנות ואנן סהדי דלא מקניי' נפשה בלא הנאה משא"כ בכסף דמתורת הנאה כנ"ל. וכן הא דאמר אע"פ שאין אשה

נקנית בפחות מש"פ קרקע נקנית ומשני האי לענין חליפין דקונין בכלי כו' ג"כ הפירוש כנ"ל דאף שאין אשה נקנית לעולם היכא דלית לה הנאה ש"פ אבל קרקע נקנה בחליפין פחות מש"פ דתני' קונין בכלי אע"פ שאינו ש"פ ואשמועינן ב' דברים דאף שאין הכלי ש"פ. אך זה לא הוי צריך להשמיענו דאין כלל כלי שיהי' פחות מש"פ דלעולם דין שוה פרוטה עליו רק אשמעינן אף שהוא ע"מ להקנות שאין כאן הנאה של כלום קני בחליפין. ומוכח דאף שאין אשה נקנית כשאין לה הנאה ש"פ אבל קרקע נקנית בתורת חליפין:

ולע"ד מיושבים כמה תמיהות שם ופי' הנ"ל מוכרח לדעת הגאונים והרמב"ם ז"ל. דהנה בתוס' קדושין ו' ע"ב ד"ה לבר דחי גירסת רש"י והגאונים לפי שאין אשה נקנית בחליפין חדא דהא גם בסודר קי"ל דאי תפיס מיתפס. ועוד דא"כ במכר ופדיון הבן למה קני הא כסף כ' ולא חליפין ע"ש. והוא תמוה לרמב"ם ז"ל שפ' דאינה מקודשת מה"ת בע"מ להחזיר כגירסת רש"י והגאונים. והנה הב"י סי' ק"צ על מ"ש הטור דקרקע נקנה בכסף ואפילו ע"מ להחזיר קנה כ' שזה נלמד מש"ס הנ"ל בכולהו קנה כו' ובש"ע סתם כן. ובסי' קצ"ה בדין חליפין כ' ג"כ דין זה דעמ"ל קני. וכ' בשם הה"מ דנלמד ג"כ מגמ' הנ"ל וה"ה לקנין ע"ש. וכן כ' באמת הה"מ פ"ה מה' מכירה דין ז' ע"ש. ולע"ד נראה ברור בדעת הרמב"ם ז"ל דסובר דמדין כסף לא קני בע"מ להחזיר רק מדין חליפין דלדברי הה"מ שנלמד מהנ"ל ומפרש בכולהו קני לענין כסף וה"ה לחליפין א"כ למה פ"א מה' מכירה בדין קנין כסף לא הזכיר דין זה כלל שיהי' מהני אם נותן הכסף ע"מ להחזיר שזה עיקר דין המפורש בש"ס לדעת הה"מ. ופ"ה בדיני חליפין הזכירו שלא נלמד רק מקנין כסף להנ"ל. ומזה נראה דסובר באמת דלא קני כלל בתורת כסף ואין חילוק בזה בין קנין אשה לשדה בשניהם לא מהני מה"ת ע"מ להחזיר כלל. דלדברי הה"מ תמוה ג"כ כיון שפ' הרמב"ם ז"ל פ"ה מאישות ד' כ"ד דאינה מקודשת מה"ת בע"מ להחזיר איך אפשר לומר דבקרקע מהני והא ילפינן רק קיחה משדה וכקושית תוס' קדושין י"ג ע"א. וצריך לדחוק משום דלא מקני נפשה בסתם כשאין לה הנאה כנ"ל. וקשה פשטה ידה וקבלה מאי איכא למימר דתתקדש בעמ"ל כיון שהוא מתנה וצ"ל כמ"ש רשב"א ז"ל שם דכה"ג הוי קפידתה קפיד' ובטלה דעתה. וזה דוחק גדול. ולמ"ש א"ש הכל דבאמת לא מהני בשדה ג"כ. וטעמא דמלתא דבקנין קרקע דכת' נתתי כסף השדה דהיינו דמי השדה וכמ"ש בסמ"ע סי' ק"צ דכסף דקנין הוא מדמי שיוי המקח וכל שלא נתן לדמי שיוי המקח לא קנה רק זה מתורת חליפין הוא שנותן רק שיקנה ע"י החפץ שרוצה לקנות משא"כ כסף כנ"ל. וא"כ מה"ט לא מהני ע"מ להחזיר במכר בתורת כסף דנהי דע"מ להחזיר שמה נתינה אבל עכ"פ אין זה דמי שיוי המקח דהא אין למקבל בה הנאה של כלום ולענין

דמי המקח שהמוכר מקבל בעד החפץ שלו לענין זה לא הוי כסף עכ"פ ומה מועיל מה ששמה מתנה עכ"פ לא הוי כסף השדה והוי לענין זה רק כמתנה. ולא מהני זה רק בקנין חליפין דאין נתינת הכלי רק לקנות וגזה"כ דבעי נתינה וגם ע"מ להחזיר שמה נתינה כנ"ל. ולכך מהני בחליפין ע"מ להקנות וכה"ג. וכן בפדיון הבן ותרומה דלא כתיב בהו רק נתינה וכיון דע"מ להחזיר הוי נתינה סגי בזה. משא"כ בתורת כסף בקרקע. ולכך ממילא גם בקדושין אינה מקודשת מה"ת דילפינן מקרקע. וממילא לא מהני ע"מ להחזיר כיון שאינו זה בתורת כסף וחליפין לא מהני באשה דלא ילפינן לזה משדה דקיחה דקרא דכסף השדה רק בתורת כסף כמ"ש רשב"א שם. ולהנ"ל מיושב יותר דאמר בחליפין סד"א נילף משדה לגמרי אף לענין הקנין ומשני דחליפין איתא פחות מש"פ היינו עמ"ל ג"כ וזה אינו בכלל כסף השדה דאיקרי קיחה וכנ"ל. או כגירסת רש"י דכיון דאנן סהדי דלא מיקני' בפחות מש"פ א"כ לא איירי קיחה דקרא בחליפין כיון שאין הנאה וכמ"ש הר"ן ע"ש. והא דאמר ר' אשי בכולהו קני לבר מאשה היינו דמכר קני בתורת חליפין ופדיון הבן ותרומה מהני בתורת נתינה לבר מאשה לפי שאינה נקנית בחליפין ממילא לא מהני לעולם מתנה ע"מ להחזיר כיון שאין הנאה. וגם מכר בתורת כסף לא מהני. ואף דנקיט רבא מנה ומטבע בל"ז אינו נעשה חליפין מ"מ הוא אמר דלא קנה ולמסקנא דקני לא קאי אמטבע דלא נחית כאן לפלוגתא דמטבע אי נעשה חליפין ואמר ר' אשי דיש קנין בע"מ להחזיר במכר בתורת חליפין ומיושב הכל להרמב"ם ז"ל. ולכך מצריך בהילך מנה כו' שיאמר בהנאת מתנה זו כו' ובכל הנתינות בקדושין שם מצריך הנאה ע"ש משום דאל"ה אינו שיוי הקנין כמו כסף השדה כנ"ל. וגם מיושב מאי דאמר שם בש"ס י"ג כשם שאין אשה נקנית פחות מש"פ כך אין קרקע כו'. ותמוה מאד כמ"ש תוס' דאדרבה אשה משדה ילפינן. ולהנ"ל א"ש דהכוונה כשאין הנאה ש"פ אף שיש נתינה דזה פשוט יותר בקדושין דלא מהני דאנן סהדי דלא מקני' נפשה פחות מש"פ כיון שאין לה הנאה וכפחות מדינר לב"ש כך אין קרקע נקני' אף שיש נתינה מ"מ אינו דמי השדה כיון שאין הנאה ופריך הא תניא אע"פ שאין אשה כו' האי בחליפין כו' דזה מהני בלא הנאה. ומזה נראה דלמד הרמב"ם ז"ל דבתורת קנין כסף לא מהני עמ"ל דגם זה בכלל פחות מש"פ רק בתורת חליפין מהני כש"ס הנ"ל. וממילא אין כאן שום קושיא על הגאונים אם יסברו דכלי מהני בקדושין בפחות מש"פ דיש עליו דין ש"פ כמ"ש רשב"א ז"ל. ולמ"ש רשב"א דקנין אפשר בתורת כסף אין הכוונה דממש קנין כסף הוא דהא מטבע לא מיקני בחליפין וגם שאר חלוקים וגם הא חזינן דאימעוט מהיכא דתני קנין כסף. רק כוונתו דתוס' ב"מ מ"ו הקשו כיון דכתיב נעלו ונתן כו' למה מהני באין בו ש"פ

הא כל היכא דכ' נתינה היינו נתינת ממון ע"ש שתירצו דכאן נתינת נעל הוא ולא ממון כמו בגט דנתינת גט הוא ע"ש. ובאמת קשה דא"כ למה ממעט בש"ס שם למעוטי איסורי הנאה הא בגט דנתינת גט הוא קי"ל כתבו על איסורי הנאה כשר ומה חילוק כיון דגם בחליפין נתינת מנעל הוא ליתכשר באיסורי הנאה. וצ"ל לתוס' כיון דבעי בחליפין כלי וכיון דאסור בהנאה לא מקרי כלי דאינו ראוי להשתמש בו וקצת דוחק דהא ביבמות פ' מצות חליצה דבעינן ג"כ נעל שראוי להלוך בו ואעפ"כ חלצה באיסורי הנאה כשר ואפשר מטעם איסור הוא דלא מהני דאסור להקנות בו. דבחליצה טעמא משום מצות לל"נ ע"ש. ודוחק. ולזה כתב רשב"א די"ל שפיר גם בחליפין מה דכ' ונתן היינו נתינת כסף ואעפ"כ מהני פחות מש"פ משום דהוא כלי חשוב שוה פרוטה ויש כאן נתינת ממון אבל אינו בתורת קנין כסף כיון דמהני גבי' ע"מ להקנות ולהחזיר כנ"ל. רק שנותן הכלי לקנין וחשוב נתינת דבר הנקרא נתינת כסף דכלי לעולם יש עלי' דין שוה פרוטה כנ"ל. ואעפ"כ שפיר לא מהני קנין חליפין בקדושין שאין זה בתורת קנין כסף ולא איתקיש לשדה עפרון רק קיחה דקנין כסף בתורת דמי המקח דכ' כסף השדה כו' כנ"ל:

עוד יש לפרש דאף דבהא דכסף השדה דעפרון הוה מצינו לפרש דכולל גם קנין חליפין כיון שנקרא ג"כ נתינת כסף לרשב"א הנ"ל ואף שהוא גם בקני ע"מ להקנות מ"מ כיון דע"מ להחזיר שמה מתנה נכלל בזה דנקרא נתינת כסף. אך כיון דאיתקש קיחה קיחה קדושין שדה ושדה וקיחה דקדושין ודאי לא בקנין חליפין איירי דאנן סהדי דלא מקני' נפשה בקנין גרוע דע"מ להקנות שאין הנאה שוה פרוטה כמ"ש רשב"א וא"כ ע"כ קיחה דקדושין איירי רק בקנין תורת כסף לא בחליפין שאין הנאה וכמ"ש הר"ן ז"ל. ממילא איתקיש להיפוך דקיחה דשדה ג"כ איירי דוקא בכסף נתינה שיש בו הנאה ש"פ ולא בע"מ להקנות בתורת חליפין ונלמד שזה קנינים נפרדים דכסף השדה דעפרון היינו בתורת קנין כסף צריך דוקא נתינה שיש בו הנאה ש"פ כמו בקדושין שיהי' דמי המקח ואינו מועיל בזה ע"מ להחזיר כנ"ל. וחליפין הוא קנין בפני עצמו ג"כ נתינה דבר שנקרא כסף. אבל א"צ הנאה ש"פ רק גם ע"מ להקנות סגי ובזה לא מיירי כלל קיחה דקרא כנ"ל ומיושב היטב לשון הש"ס כשם שאין אשה נקנית פחות משו"פ כך אין קרקע נקנה והוא תמוה מאד איך תלו קרקע באשה אדרבא אשה משדה ילפינן כמ"ש תוס' שם. ולהנ"ל א"ש דאדרבא זה שלא יועיל בקרקע בתורת כסף נתינה שאין הנאה ש"פ נלמד רק מקדושי אשה דקיחה קיחה כנ"ל דבקדושין ודאי דוקא ביש הנאה כמ"ש הר"ן ז"ל ופריך והא תניא אע"פ שאין אשה כו' ומשני האי בחליפין איתמר דבזה א"צ הנאה ש"פ

וזה קנין אחר לא מכלל קיחה דשדה עפרון רק משלף נעלו כו' דזה אף דבאשה לא מהני אעפ"כ בקרקע מהני כנ"ל:

ומיושב ג"כ תמיהת הרשב"א ז"ל אהא דמשני בחליפין כו' בפחות מש"פ לא מקני' נפשה ותמה הא בל"ז כיון דלא איתקיש לקנין דשדה רק קיחה וכיון דקיחה דשד' לא מיירי בחליפין לא שייך לאקושי ע"ש. ולמ"ש מיושב דמה דידעינן דקיחה דשדה לא איירי בחליפין הוא רק עכשיו דבפחו' לא מקני' נפשה ואיתקיש לקיח' דקדושין משא"כ לס"ד דלא הוי ידעינן באשה שפיר גם בשדה הי' מהני עמ"ל נ"ל. אמנם עדיין קשה לי מש"ס קדושין ח' ע"א מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים ופריך היכא דמי כו' ומסיק דלית בהו ש"פ ואשמעינן אפילו תבואה וכלים דמיקרב' הנאתו לא מהני כו'. ומבואר להדיא דכלי שאינו שוה פרוטה לא מקרי כסף ושם מיירי בתורת כסף לא בחליפין ע"ש דאמר לר"נ דפירי לא עבדי חליפין כו'. וגם א"א לפרש כמ"ש דאיירי בע"מ להחזיר לכך מקרי אין בו ש"פ דא"כ לא שייך מקרבא הנאתו אך י"ל דהתם קרא יתירא קדריש דאף דבכל דוכתי כלי פחות מש"פ איקרי כסף מיעט רחמנא כאן מכסף. מקנתו דלא יועיל כלי. וקצת משמע כן דאל"כ למה איצטריך באמת כאן יותר למעט פחות מש"פ מבכל מקום דצריך כסף ולהנ"ל א"ש דלמעט כלי אתי דמקרי כסף לכמה דברים. ולמ"ש לקמן יש לישב זה ג"כ. אמנם נראה דגם הרשב"א עצמו סובר במסקנא דאין קדושי אשה בכלי פחות מש"פ שכן מסיים ואפילו את"ל שאין אשה כו' ואין קנין בתורת כסף. דבאמת קשה כמ"ש לעיל ס"ק א' דהיכא דכ' כסף רק דמרבינן שוה כסף ככסף ודאי דא"א לרבות שיהי' כלי נקרא שוה כסף כיון שנמצא לקנות בפחות מש"פ מה מועיל מה שהוא דבר חשוב מ"מ לא שייך בי' שוה כסף ככסף דהיכא מצינו בשוה כסף כזה יהי' ככסף מה שבאמת אינו שוה רק שנצרך לפעמים למלאכה וכאן לענין שבועה לא מכלל שוה כסף איתרבי רק מדכ' כלים בפני עצמם וגם פחות מש"פ נקרא כלי אבל לא מתורת כסף. ובהרמב"ן יש לפרש הקושיא כמ"ש לעיל דקושייתו מתורת חליפין משא"כ דנימא לפי האמת כן קשה. וצריך לדחוק דכיון דריבתה תורה כאן דיצאו כלים כו'. ילפינן מזה בכל מקום שיהי' כלי נקרא כסף אף פחות מש"פ. וזה דוחק גדול. ועוד למ"ש תוס' ריש קדושין דהא דשוה כסף ככסף בקדושין ילפינן מעבד עברי וא"כ הא בעבד עברי אימעוט להדיא מקרא דמכסף מקנתו כלי שאין בו ש"פ כדאמר בש"ס הנ"ל. וא"כ עכ"פ א"א ללמוד בקדושין שיהי' שוה כסף כזה ככסף מצד כלי וכיון דלא מהני בע"ע גם בקדושין לא מהני. וגם לתירוץ ב' של תוס' דילפינן מנזקין. ג"כ הא בעי מיטב רק דאמר בש"ס ב"ק פ"ק דמטלטלין כל מילי מיטב דאי לא מזדבן הכא מזדבין במתא

אחריתי ע"ש. וא"כ כלי שאינו ש"פ עכ"פ לא הוי מיטב משום דלא שייך מיזדבן כו' כיון דאינו שוה באמת ולא שייך למילף מנזקין כנ"ל. אך ע"כ ז"א דהא בקרקע מקודשת אף שאינו מיטב ע"ש בר"ן וע"כ לא מקשינן לענין זה לנזקין. אך בל"ז ודאי א"א למילף מתורת שוה כסף כנ"ל:

אמנם נראה לישב גם זה דהא אמר בש"ס לענין פדיון הבן דבעי ה' סלעים אי אמר הכהן לדידי שוה לי מהני בטלית שאינו שוה ע"ש קדושין ח'. ונסתפק הר"ן בחפץ שאינו ש"פ בקדושין אם יכולה האשה לומר לדידי שוה לי פרוטה דמה חילוק או כיון דלא ממון הוא כלל לשום דבר לא מהני לדידי שוה ע"ש. אך דוקא בדרכה להתיקר בחפץ זה ע"ש. וא"כ בזה י"ל שפיר בכלי כיון דחשוב שלפעמים נצרך למלאכה גדולה אף דאינו ש"פ כמ"ש תוס' א"כ שוב מהני באומרת לדידי שוה לי דזה מקרי דרכה להתיקר גם בסתם. בפרט למ"ש י"ד סי' ש"ה דגם באין דרכו להתיקר מהני ע"ש. וכיון שיש עליו דין כסף לכמה דברים שוב מהני לדידי שוה לי כמ"ש הר"ן לענין ש"פ במדי דמהני מה"ת משום לדידי שוה כנ"ל ע"ש. ולא ק' כל הנ"ל דבהנך דמדעתו ע"כ לא צריך לרבויא מישיב לרבות ש"כ דהא מהני קיבלו עליו הכהן בסודר שאינו שוה ואיך. וע"כ כמ"ש רשב"א ור"ן ריש קדושין דע"כ לא צריך למילף מישיב רק נזקין וע"ע דבע"כ אבל היכא דמדעתו מסברא מהני שוה ע"ש. ושפיר מהני בכלי בתורת קיבלה עלוי' וזה לא צריך ללמוד מישיב. גם מיושב ש"ס הנ"ל דממעט כלי שאין בו ש"פ דהתם לס"ד דלא ידע מהא דקיבל עליו מהני באינו שוה ע"ש ושפיר גם כלי לא מהני. דלכך מייתי התם קרא דישיב על שוה כסף. אף דבל"ז הא הקנין הוי מדעתו ואמר שפיר דלא מהני פחות מש"פ אף בכלי דליכא לרבויי מישיב. אבל למסקנא התם דקיבל מהני י"ל דמהני כנ"ל בכלי:

ומיושב מה דק' התם דפסקו רמב"ם ותוס' דאין ע"ע נקנה בחליפין מש"ס דהתם דאמר אינו נקנה בתורת תבואה וכלים דהיינו חליפין ע"ש ותמוה דהא מסיק דלר"נ דפירי לא עבדי חליפין ממעט רק תבואה וכלים שאין בהם ש"פ בתורת כסף ומנ"ל דלא מיקני בחליפין. ולמ"ש י"ל דהא למסקנא דמהני קיבל וא"כ א"א לומר דממעט תבואה וכלים דאין בו ש"פ דהא קנין דמדעתו מהני בכלי אף שאינו ש"פ וע"כ דממעט תבואה בתורת כסף אף דמקרבא הנאתו וכלי בתורת חליפין ומוכח שאינו נקנה בחליפין גם למסקנא כנ"ל. וי"ל דמ"מ בקדשה בליל' או שוי שליח מודה דלא מהני גם בכלי רק פשטה ידה וקבלה יועיל מתורת לדידי שוה. ומיושב ג"כ מה דקשה מקדושין מ"ח ע"ב בכוס של יין כו' דמבואר ג"כ דלא מהני בכלי פחות מש"פ. אך באמת אין נ"מ כ"כ לדינא בזה דבל"ז הוי קדושי ספק שמא ש"פ במדי. ומלשון רמב"ם ז"ל פ"ד מה' אישות וש"פ קידש

באוכל או בכלי מבואר דלא כרשב"א. וכן מתוס' ורשב"א עצמו קדושין מבואר דסבר למסקנא דאין קנין מתורת כסף וגם קדושין לא מהני. וכן כאן משמע סיום דבריו שסובר להלכה כנ"ל:

(י) **תבעו** כו' הנה לכאורה כמו דבפדיון הבן דכ' בהדיא נתינה דה' סלעים ואעפ"כ אם נותן לכהן דבר שדרכו להתיקר בו יכול לומר לדידי שוה לי ומיקרי נתינה דה' סלעים כדאמר ש"ס קדושין ח' ע"א. וא"כ כאן לענין שבועה אף דכ' כי יתן כסף דהיינו שתי כסף מ"מ אם תבעו שהפקיד בידו חפץ שדרכו להתיקר בו לכאורה יוכל המפקיד לומר לדידי שוה לי ב' כסף ומיקרי נתינה דב' כסף לחייב שבועה על הכפירה כמו שם דמיקרי נתינה דה' סלעי בפדיון. אך גם שם לא מהני מה שאצל הנותן דרכו להתיקר אם אינו שוה אצל הכהן דאל"ה לא מיקרי נתינה לכהן ה' סלעים דהוא לא קיבל. וכן כאן כי יתן איש אל רעהו כסף כו' וכיון דאצל הנפקד לא הוי ב"כ לא מיקרי נתינה. אמנם כיון דקי"ל כרב דכפירת טענה ב' כסף דכסף כי אתי לכפירה לא על הנתינה. וא"כ לענין הכפירה כיון שנגד המפקיד מיקרי שוה ב' כסף שוב הוי כפירה ב"כ דמה בכך שהוא לא קיבל מ"מ כופר להתובע ב' כסף ויתחייב שבועה. ואין לומר דזה מיקרי דבר שאין גופו ממון כמו שטרות כיון דאינו שוה רק נגד המפקיד ואין נשבעין כו' דז"א דהא קיי"ל ג"כ דאין פודין בשטרות ואימעוט ג"כ מכלל ופרט כדאמר בש"ס ואעפ"כ מהני לדידי שוה לי בפדיון. וע"כ דזה חשיב גופו ממון כנ"ל וגם לענין כפירה דשבועה. ואין לומר כיון דנגד הנפקד לא הוי כפירה ב' כסף לא מהני מה שנגד התובע הוי ממון דמוכח להיפוך ממ"ש הה"מ פ' כ"ג. מה' מלוה בלוה שתובע נייר השטר חייב המלוה לישבע היסת דאף שאין הנייר שוה פרוטה מ"מ שוה נגד הלוה יותר מפרוטה שיהי' השטר בידו אף שיש לו שובר ע"ש דמבואר כיון שנגד התובע שוה ממון אף דנגד הנתבע לא חשוב מ"מ הוי ממון להשביע נ"ל. ומוכרח ברמב"ם שם והובא בש"ע סי' נ"ד. ואף שכ' הש"ך ז"ל שם ס"ק ד' דזה רק מדרבנן דאי הוי חשיב ש"פ ממש גם בשטרות הי' להיות נשבעין ע"ש. היינו דגם זה ודאי התם כיון דכל השיווי פרוטה מצד הראי' הוי ש"פ זה שטרות שאין גופו ממון ואין נשבעין מה"ת אבל היסת נשבעין על שטרות וזה פשוט. וממילא כאן היכא דהוי ב' כסף לגבי התובע וחשוב גופו ממון כדמוכח מפדיון ממילא הוי כפירה לענין שבועת התורה גם כן וא"כ למאי שפסק הרמב"ם וש"ע יו"ד סי' ש"ה סעיף ה' דאף שאין דרכו להתיקר כיון ששוה ה' סלעים לשום אדם שדרכו להתיקר שוב מהני גם לזה שאין דרכו ואף שאינו אומר בפירוש לדידי שוה רק קבלי' בסתם וע"ש בש"ך ס"ק ה' וא"כ בכלי כיון שכתבו תוס' ורא"ש דלכך חשוב שלפעמים נצרך למלאכה גדולה ושוה יותר

מב' כסף ע"ש. וא"כ אף היכא שעכשיו אינו נצרך מ"מ שייך שוב לדידי שוה כיון דשוה לפעמים לשים אדם. ואף בלא קרא דיצאו כלים למה שהן הי' חייב שבועה בכפירת כלים כשאומר התובע לדידי שוה כנ"ל ואפי' בסתם שאינו אומר יהי' לכאורה כאומר כמ"ש רמב"ם וש"ע בפדיון דאף באינו אומר מהני אמנם ז"א והחילוק פשוט דשם אף בסתם שאינו אומר מ"מ כיון שמקבלו הכהן בעד ה' סלעים דפדיון הוי הקבלה בשתיקה כאומר לדידי שוה דאל"ה לא הי' מקבל, משא"כ כאן בתביעה דאף שאינו שוה ב' כסף ג"כ יש לו לתבוע א"כ אין הוכחה מתביעתו ששוה אצלו ב' כסף ולכך כל זמן שנא אמר לדידי שוה לא הי' חשוב כפירת הכלים ב' כסף וצריך שפיר קרא דיצאו כלים למה שהן גם בסתם כנ"ל:

אמנם בפחות משוה פרוטה שתבעו ב' מחטין שאין שוים פרוטה וקי"ל דכל פחות מש"פ מחיל איניש וא"כ שוב זה עצמו מה שתובע המחטין הוי בסתם כאומר לדידי שוה לי פרוטה דאל"ה לא הי' תובע והוי שוב ממש כמו בפדיון דהקבלה סתם חשוב כאומר וכן בזה בתובע בסתם ממילא אומר דשוה אצלו פרוטה שאינו מוחל. וממילא כיון דלפעמים שוה באמת פרוטה כשנצרך למלאכה שוב מהני לדידי שוה אף שאינו נצרך. וא"כ לדעת הר"ן ריש קידושין דגם בפחות מש"פ שייך לדידי שוה להחשיבו ממון בדרך להתיקר יע"ש. א"כ ממילא חייב כאן שבועה בפחות מש"פ ולא צריך כלל קרא דיצאו כלים למה שהן דאדרבה לא צריך הקרא רק לענין פחות מב' כסף כששוה יותר מפרוטה דאז בסתם לא הי' חייב משא"כ פחות מש"פ שפיר בל"ז חייב כנ"ל. ומיושבים שפיר דברי הגאוני' ורמב"ם ז"ל בטענו ב' מחטין אפי' י' בפרוטה כו' דהקשו מנ"ל מקרא דיצאו כלים שאף בפחות מש"פ דילמא לא מרבה רק פחות מב' כסף אבל לא פחות מש"פ. ולמ"ש מיושב דלענין פחות מש"פ בל"ז חייב בלא קרא דיצאו כלים דלענין זה מהני בסתם כאומר לדידי שוה כנ"ל כיון שהכלי לפעמים שוה לשום אדם כנ"ל. וגם מיושב גוף סברתם דלפעמים נצרך דאינו מובן מה בכך כיון שעתה אינו שוה ולמ"ש א"ש:

ובזה נתישב לי תמיהת תוס' וכל הפוס' על הגאונים דהא אמר בירושלמי להדיא אהא דשמואל טענו ב' מחטין כו' אמר והוא שיהי' שוה ב' פרוטות כפירה פרוטה והודאה פרוטה. ומה ראי' מצאו לחלוק על הירושלמי ע"ש. ובמ"ש מיושב שפיר דכבר כתבנו דאף דנגד הנפקד לא חשוב כפירה מ"מ מהני מה שכנגד הנותן חשוב. אמנם זה אי אמרינן דכסף לכפירה הוא דאתי וא"כ לא קאי על הנתינה רק על הכפירה וכיון שנגד התובע שוה הוי כפירה. אבל לשמואל דסבר הטענה ב' כסף וכסף קאי אכי יתן שיהי' הנתינה ב"כ ממילא ודאי דלא מהני מה שאומר המפקיד התובע עכשיו לדידי שוה

דמ"מ לא נתן לו ב' כסף שהוא לא קיבל ב' כסף שאצלו אינו שוה וכמו בנתינה לכהן כשאינו שוה להכהן דגם כאן דכ' יתן אל רעהו כמו התם כנ"ל. רק לרב דכסף לא קאי על הנתינה רק על הכפירה מהני לדידי שוה דהוי כפירה נגדו כנ"ל. וא"כ לשמואל עצמו דסבר דלא בעי כפירה ב"כ וקאי כסף אנתינה ולא מהני לדידי שוה ממילא אמר שפיר בירושלמי דאף דאמר שמואל יצאו כלים כו' מ"מ צריך שוים ב' פרוטות דלא שייך טעם שכתבנו דלשמואל אינו מועיל כלל לדידי שוה אף בפירוש כיון שנגד המקבל לא קיבל ממון כנ"ל. אבל לדידן דקי"ל כרב בהא דכפירה ב' כסף בעינן וכסף כי אתי לכפירה כו' ממילא פסקו שפיר דלא בעינן כלל שיהיו שוים ב' פרוטות כיון דאמרינן יצאו כלים למה שהן כשמואל מהני לענין פחות מש"פ מטעם לדידי שוה אף בסתם כנ"ל. ולא קשה כלל מהירושלמי דאמר להדיא אשמואל גופי' משא"כ לדידן דקי"ל בהא דכפירה כרב כנ"ל וסתם מה שהוא ממון נגד התובע כנ"ל:

ומיושב ג"כ לשון הגמ' קראי כוותי' דשמואל כסף או כלים מה כלים ב' אף כסף ב' ומה כסף דבר חשוב אף כלים ופי' התוס' דבעי חשוב היינו שיהי' ש"פ עכ"פ. ולהגאונים ז"ל א"א לפרש כן דבאמת לא בעי ש"פ בכלי וע"כ כגירסת רש"י. ולשתי הגירסות אינו מובן למה לו להש"ס לאתויי כלל הא דמה כסף דבר חשוב הא מזה לא דייק כלל כשמואל ע"ש. ובמ"ש מיושב שפיר כגירסת תוס' והגאונים אף כלים דבר חשוב דמזה עצמו דייק כשמואל דקאי כסף על הנתינה ולכך ממילא בעי בכלים דבר חשוב שיהי' ש"פ עכ"פ דאל"ה לא מהני דלא שייך לדידי שוה כנ"ל. אבל לרב דקאי כסף על הכפירה ולא אנתינה וסגי בכפירה נגד התובע א"כ לעולם לא בעינן בכלי דבר חשוב דאף שאינו ש"פ מהני ולא שייך מה כסף דבר חשוב אף כלים ומייתי לה שפיר דדייק כשמואל כנ"ל:

גם מיושב מה דקשה דאמר רב התם כסף לכפירה דאתי דאל"ה לכתוב כי יתן כלים ואמינא מה כלים ב' כו' כסף למה לי כו'. ולהגאונים קשה דאי הוי כ' כלים לחודי' עכ"פ הי' צריך פרוטה כמו בכל דוכתי והא דלא צריך ש"פ הוא רק מיתורא דכ' כבר כסף ושפיר צריך כסף דנדע דכלים למה שהן אף פחות מש"פ. ולמ"ש א"ש דשפיר דייק רב דכסף לכפירה דאתי דאי נימא דלאו לכפירה רק קאי אנתינה שוב באמת יצטרך שוה פרוטה בכלים גם כן כמו לשמואל ושוב הוי סגי בכלים לחוד ולא בעי כסף ומוכח דלכפירה דאתי ושוב לא צריך בכלים ש"פ כנ"ל דתלי' הא בהא. והי' אפשר דתוס' לטעמייהו אזלי דגרסי גבי פדיון דדוקא באדם שדרכו להתיקר מצי אמר לדידי שוה כו' ולכך גם כאן באדם שאין הכלי נצרך לו למלאכה ואינו ש"פ למכור לא מצי אמר לדידי שוה כו' שיהי' חייב שבועה. משא"כ הגאונים ורמב"ם ז"ל דפסקו שם דגם בסתם אדם מהני בפדיון כיון

דשוה לשום אדם כמבואר ש"ע י"ד ש"ה גם כאן בכלי מהני כנ"ל. וא"כ י"ל דגם לתוס' ורא"ש היכא שהתובע זה עצמו צריך לפעמים לכלי זו למלאכה מודים דמחייב שבועה במחטין אף דאינו ש"פ דמצי אמר לדידי שוה כיון שדרכו להתיקר כמו התם. אך תליא. בספיקו של הר"ן ז"ל פ"ק דקדושין אי מהני לענין קדושין לדידי שוה בדרכה להתיקר בחפץ שאין בו ש"פ דאפשר דוקא לענין ה' סלעים דאף דאינו שוה ה' סלעים מ"מ יש עליו תורת כסף ומצי אמר לדידי שוה יותר משא"כ באינו ש"פ שאין עליו תורת כסף לא מהני לדידי שוה למשוי כסף ע"ש. וגם כאן אפשר דלא מהני באין בו ש"פ. אולם גבי שמא ש"פ במדי הכריע הר"ן ז"ל דמהני לדידי שוה מה"ת כיון דש"פ במדי ויש עליו באיזה מקום תורת כסף ע"ש וממילא גם בכלי כיון שלפעמים ש"פ כשנצרך למלאכה שוב יש עליו תורת כסף לענין לדידי שוה לי אף דאינו נצרך עכשיו כמו התם כששוה במדי. אולם תוספ' לשיטתם דסברי דגם בש"פ במדי לא הוי קדושי תורה וע"כ לא ס"ל כר"ן הנ"ל שיועיל לדידי שוה לשוי' תורת כסף מה"ת לכך גם כאן לא מהני משא"כ לר"ן והרמב"ם ז"ל ושאר פוסקים שם דהוי קדושין מה"ת כששוה באיזה מקום גם כאן מהני כנ"ל:

אמנם נראה דגם לתוס' ורא"ש שם דנימא דלא מהני התם פחות מש"פ לדידי שוה לשוי' כסף מ"מ כאן מהני בכלי. דהא גם תוס' מודים דכיון דכתב כלים בפני עצמם לא איצטריך לרבויי מטעם שוה כסף וגם פחות מש"פ נקרא כלי רק הטעם דבעי שוה פרוטה כמ"ש תוס' והר"ן ז"ל מפרש דבריהם דילפינן מה כסף דבר חשוב היינו דלאו כל דהו שנקרא כסף דהיינו ש"פ רק בעי כסף חשוב ב' כסף כמו כן כלי לאו כל שנקרא כלי רק כלי חשוב ובעי שיהי' שוה פרוטה ע"ש. וא"כ כיון שבאמת נקרא כלי פחות מש"פ ג"כ רק דצריך שיהי' כלי חשוב ש"פ שוב לזה מהני לדידי שוה לי. דהא גם גבי הנך דמהני בתורת כסף דהיינו בפדיון דמטעם שוה כסף ככסף מהני ואעפ"כ מהני לעשותו ה' סלעים. וא"כ בתורת כסף ג"כ אף בכסף כל דהו דהיינו ש"פ מהני לדידי שוה לעשותו כסף חשוב שיהי' נקרא שוה יותר משום לדידי שוה כיון דבל"ז יש עליו תורת כסף ש"פ. וא"כ גם בכלי כל דהו דהיינו אף פחות מש"פ שיש עליו שם כלי שוב מהני לדידי שוה להיות כלי חשוב כיון שבל"ז יש עליו שם כלי והוא ממש כמו בכסף כששוה פרוטה בל"ז שנקרא כסף דמהני לדידי שוה כנ"ל. כיון שא"צ בכלי מטעם שוה כסף רק מצד עצמם דיצאו כלים כו' רק דילפינן מכסף כנ"ל ושפיר מהני לדידי שוה כמו בסודר לענין ה' סלעים וכמו שהי' מהני בחפץ דלאו כלי שהוא מתורת שוה כסף בדרכו להתיקר וש"פ שיהי' נקרא ב' כסף דהיינו כסף חשוב משום לדידי שוה כנ"ל:

עוד נראה לי ראי' למ"ש לעיל בשם הה"מ דהיכא דחשוב כפירה לגבי התובע חשוב ממון לחייב שבועה אף דלגבי הנפקד לא חשוב ממון מהא דאמר בש"ס ב"ק (ע"א) וכתובות (ל"ד) בהועד בבית שומר ונגמר דינו וגנבו מבית שומר דמחייב כפל ודו"ה למ"ד גורם לממון כממון דמי כיון שהי' השומר יכול להחזירו ולומר הרי שלך לפניך ע"ש ומבואר דאף דלגבי הגנב לאו ממון הוא כלל דאיסורי הנאה הוא אעפ"כ כיון דלגבי השומר הנגנב חשוב ממון הוי גניבת ממון דחייב כפל ודו"ה. וכפל ושבועה מחד קרא ילפינן ומאי דחשוב ממון לזה חשוב לזה כמבואר שם פרק הזהב ופ' ש"ה. וממילא חשוב כפירה כיון שהוא ממון נגד התובע לחייב שבועה ומהני לדידי שוה כיון דזה נקרא גופו ממון דהא מהני פדיון וכיון שהוא גופו ממון לגבי התובע אף דלגבי נתבע לאו ממון הוא מ"מ חייב שבועה דהוי כפירה כנ"ל:

אמנם אני מסתפק בהך מלתא דלדידי שוה לי. דבאמת אינו מובן מאיזה טעם מועיל זה גבי פדיון הא לא מהני רק מטעם שוה כסף ככסף כמ"ש תוס' ריש קדושין. וא"כ כיון דבאמת אינו שוה ה' סלעים למה יועיל אמירתו לדידי שוה. ולרמב"ם וש"ע גם בלא אמירה הא אין זה שוה כסף והיכן מצינו כה"ג שיהי' שוה ככסף כיון דבאמת אינו שוה אף דשוה אצלו. הא כתבו תוס' פרק מרובה גבי קדשים שחייב באחריותן דקי"ל לאו כממון משום דאינו שוה לכל העולם רק לזה ע"ש דכה"ג לאו ממון הוא. וצריך לחלק דהתם גם לגבי דידי' אינו רק גורם משא"כ כאן דלאדם כזה שוה באמת כן וגופו ממון הוי שוה ככסף לגבי דידי' אך אם באמת אינו שוה אצלו מה מהני מה שאומר לדידי שוה נהי דהודאה מהני בממון והוי כמודה שקיבל ה' סלעים במה שאומר לדידי שוה מ"מ הא ודאי דאם מודה הכהן שכבר קיבל ובאמת לא נתן זה לא יצא ידי פדיון דאין כאן נתינה ופדיון ומה מועיל וכמו אם מחל לו הכהן דאין כאן פדיון. וא"כ כשבאמת אינו שוה לו לא מהני אמירתו משום הודאה כנ"ל. ואם נימא דמהני מצד נאמנות דעד א' נאמן באיסורין ומהימן דשוה לדידי' והוי פדיון. ז"א חדא דאיתחזיק איסורא. ועוד דא"כ הכהן שיודע באמת שאינו שוה עכ"פ לא יהי' רשאי לקבל ולומר לדידי שוה לי. ועוד לרמב"ם וש"ע דמהני אף באינו אומר לדידי שוה וגם אין דרכו להתיקר רק שוה לשום אדם מאיזה טעם יועיל. ואם בשביל דשוה לשום אדם נקרא שוה ה' סלעים א"כ בע"כ יהי' מהני ולמה לי קיבל עליה כיון דנקרא כסף. ואפשר לומר דיש ב' דברים בפדיון מצות הנתינה וגם חיוב ממון דחשוב מלוה הכתובה בתורה דגובה. ואמרינן פ"ק דב"ק כולן כאבות לשלם ממיטב. רק דמטלטלין כל מילי מיטב דאי לא מזדבן הכא מיזדבן במתא כו'. וא"כ י"ל דכיון דשוה לשום אדם יש עלי' תורת שוה כסף כמ"ש הר"ן ז"ל רק

זה מועיל להיות יוצא ידי נתינה אבל החיוב שיש לכהן דצריך לשלם מיטב אן מטלטלין הוי מיטב. וא"כ שוה כסף זה שאינו שוה לכל רק לשום אדם א"כ הא לאו מיטב הוא דאי לא מיזדבן לזה לא יוכל למכרו ולכך כיון דחייב לשלם מיטב צריך לשלם שיהי' שוה לכל ולא מהני בע"כ של כהן דאף דנקרא שוה כסף מ"מ לאו מיטב הוא. אך כשהכהן מרוצה דלענין החוב יכול למחול ומהני מחילתו ונשאר רק מצות הנתינה להנ"ל. שוב מהני מה ששוה לשום אדם דיש עלי' תורת שוה כסף ה' סלעים ויוצא ידי נתינה דגם כשאינו מיטב נקרא שוה כסף רק דילפינן מנזקין שחיוב התשלומין יהי' מיטב. אבל לא שאינו נקרא כסף אי לא הוי מיטב ע"ש ובתוס' ריש קדושין. ולכך חיוב זה שפיר יכול למחול ומהני הנתינה כיון דשוה לשום אדם. והוצרך שפיר בפדיון שתיהן שיהי' שוה לשום אדם דאל"ה לא מהני קיבל עליו שאין כאן נתינה ואף ששוה צריך קיבל עליו ג"כ כמ"ש. אמנם ברמב"ם ז"ל לא הזכיר כלל שיהי' שוה לשום אדם:

נראה לע"ד דעיקר הטעם הוא דהא אי לאו דכתבה תורה דין אונאה אם הי' מוכר חפץ שוה י' בך' הי' נתפס המקח וכן קרקע נקרא שוה כל כסף דכיון דלית בי' דין אונאה אף אי מכר ביותר משויו והחזיק בקרקע מחייב לשלם כל דמי המקח ונקרא הכל דמי המקח ואין זה מטעם מחילה דהא לא ידע ואעפ"כ חייב. וכן מבואר בש"ס פ' הזהב בהקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה כיון דאין אונאה להקדש מהני ע"ש. וא"כ כיון דאמר בש"ס ב"מ נ"א ע"ב בד"א בסתם אבל במפרש מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני בו שאינו שוה אלא ק' ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה כו' ע"ש והכי קי"ל ש"ע סי' רכ"ז. ונראה לע"ד דאין הטעם בזה משום מחילה דמחל לו הק' זוז שנתן יותר משויו דהא משמע התם דהמקח קיים ואף דלא נתן לו המעות עדיין מ"מ כשמשך החפץ מיחייב לשלם לו ר' כמו בכל מקח. ואי מטעם מחילה הוא כל זמן שלא נתן לו יכול לחזור בו ומה מחילה שייך. וגם לשון הש"ס דאין לו עליו אונאה מה זה ענין לאונאה הא ודאי יכול ליתן את שלו במתנה. אלא נראה דהמקח. קיים דלא אמרה תורה דין אונאה רק כשאין זה יודע אבל במפרש ויודע אין כאן דין אונאה והוי כקרקע וכה"ג ונתחייב כל המאתים בעד החפץ כיון שהמקח קיים ואף שלא נתן מחויב לשלם כיון שמשך דנעשה מהכל דמי המקח כיון שקנה כך. ומדוקדק לשון הש"ס שם דאין לו עליו אונאה ע"ש. וא"כ בפדיון כיון שהכהן יודע דאינו שוה ומקבלו בעד ה' סלעים ממילא מהני דכיון דכשיודע אין בו דין אונאה הוי כהקדש שוה מנה שחיללו על ש"פ דמהני משום דאין אונאה להקדש הוי כנתן כל דמיו. וכן אם הי' מהני פדיון בקרקע דהי' מהני אם נותן קרקע שוה סלע בעד ה' כיון דאין אונאה לקרקע ונקרא שוה כל כסף. וממילא

גם בסודר וכלי כיון שיודע שאינו שוה דלית בה אונאה ומקבלו נעשים כל ה' סלעים דמי המקח ושפיר מהני כנ"ל. ולכך לא הוצרך הרמב"ם ז"ל כלל שיהי' שוה לשום אדם דאף שאינו שוה מהני כיון שקיבלו. ולא גריס בש"ס החילוק בין גברא רבא כמ"ש הש"ך ז"ל יו"ד סי' ש"ה. או דאף דגריס סבר החילוק זה דוקא בלא אמר מקודם שנותנו לו בעד ה' סלעים רק סתם בזה יש חילוק דאם אינו שוה לו הוי ביטול מקח כיון דיותר מכדי אונאה והיכא דשוה לו לא הוי אונאה משא"כ דאמר בפירוש שאף שאינו שוה נותנו בעד ה' סלעים מהני כנ"ל. ולכך בברייתא לא מחלק ותני עגל זה כו' בה' סלעים מהני ע"ש וברש"י ז"ל פ' הזהב (דנ"א ע"ב) מבואר להדיא דאף בלא נתן הלוקח המעות עדיין מ"מ חייב ליתן כשהמקח קיים ע"ש שדקדק בלשונו לא אתן לך כו' ע"ש. ומיושב דברי הרמב"ם ז"ל כפשטי' וכ"כ הטור יו"ד סי' ש"ה ולא חילק בין שוה לשום אדם וכ"כ ב"ח שם. והא דהשמיט הרמב"ם החילוק דלדידי שוה בגברא דבעי סודר כו' יש לומר דסבר דזה תליא בפלוגתא דר"י ורבנן גבי מרגליות שרוצה לזווגן וכן חרב וסוס במלחמה שם פ' הזהב דסבר ר"מ דאין בו אונאה ואנן קי"ל כרבנן דגם בזה יש בו אונאה וביטול מקח ומוכח דאף דשוה לזה הקונה מ"מ הוי אונאה ומאי חילוק בין גברא רבא דבעי סודר או זה שצריך לזווגן או במלחמה כו' דג"כ שוה לו. ולכך לא חילק כלל הרמב"ם ז"ל בין לדידי שוה. ומה דאמר ר' כהנא לדידי שוה היינו שלכך קבלו בכך אף שאינו שוה אבל לא שמהני בשביל זה ששוה לו רק דמהני משום דידע שאינו שוה ואין בו אונאה כנ"ל. ולכך יש להסתפק בקדושין כשנותן לה חפץ שאינו שוה פרוטה ואומר בפירוש דאף שאינו שוה נותנו לה בעד פרוטה ומקבלתו אפשר דמהני אף דאינו שוה בשום מקום ולשום אדם וכמו בכהן לענין ה' סלעים דמה חילוק לדעת רמב"ם וטור. והא דצריך לשמואל לחשש דשמא ש"פ במדי היינו בקדשה בתמרה סתם ולא אמרה בפירוש שמקבלתה בעד פרוטה. ואף שאין כ"כ נ"מ דבל"ז קי"ל כשמואל מ"מ יש נ"מ בקדשה א' מקודם בחפץ שאין בו ש"פ סתם ואח"כ קנה אחר החפץ הזה וקדשה בו ופירש דאף שאין בו ש"פ נותנו לה בעד פרוטה וקבלתו דלחשש' דשמואל קדושי ב' ממ"נ לא מהני. ולהנ"ל עדיין יש ספק. אך בל"ז יש ספק שמא אז לא הי' שוה במדי ואח"כ שוה. ויש לחלק קצת בין פחות מש"פ להא דכהן כמ"ש הר"ן לטעם שלו ע"ש ועכ"פ לרמב"ם הנ"ל לא שייך כאן לענין לחייב הנתבע שבועה שיוכל התובע לומר לדידי שוה לי דכיון שאינו דרך מקח לא מהני כלל מה ששם לעצמו ביותר משויו כיון שבאמת אנו שוה פרוטה. ואף לר"ן ז"ל בדרכו להתיקר י"ל ג"כ דהוא מטעם הודאה שמודה שהקנין קיים כיון דאומר ששוה לו ואין בו אונאה מודה שקיים המקח בעד ה' סלעים משא"כ בזה לחייב שבועה

י"ל דאין התובע נאמן ששוה לו ולא מהני לחוב לאחריני ואינו מוכרח ויש לדחות. שוב ראיתי בריטב"א קדושין ח' דדייק מהא דכהן דהיכא דשוה לדידי' לית בי' דין אונאה ע"ש וצ"ע מהא דמרגליות וזיין כנ"ל:

(**יא**) **ב' כלים** כו' דאף דפחות מש"פ לאו ממון הוא מ"מ כלי חשוב גם שאינו ש"פ. וקשה הא אמר בש"ס ריש ב"מ דכל פקדון הילך הוא ולא משכחת לה הודאה במקצת רק בנאבד בפשיעה וכאן אם נאבד בפשיעה אינו שוב כלי רק תשלומין וממון לא מיחייב בפחות מש"פ ולא משכחת לה כלל יצאו כלים למה שהן בפחות מש"פ ופשטא דקרא בפקדון אייר. וראיתי אח"כ בקצה"ח שתמה ג"כ כנ"ל וכבר קדמו באו"ת. ובס' נה"מ תירץ דאיירי ששלח בו יד וגזילה לאו הילך הוא דאינו ברשותו דלכך אינו יכול להקדיש וכ"כ סי' פ"ז ס"ק א' דאף דאמר ב"ק ק"ד כיון דאודי לי' כמו דאמר יהי' לי בידך דמי הא כ' תוס' שם דדוקא כששתק והלך לו ע"ש. הנה מ"ש בשם תוס' אינו אמת שהתוס' רצו לומר כן דאיירי בפניו ואח"כ דחו ואינו נראה דבפניו אפי' נשבע לא מחייב רק אייר שלא בפניו ואעפ"כ בלא נשבע חשוב כפקדון ע"ש שכ' תוס' כן להדיא ומבואר לקמן ש"ע ס' שס"ז ובש"ך שם ע"ש. וכן בש"ס ב"מ ו' דבעי הקדישה בלא תקפה מהו אי אמרינן אודויי אודי וכ' תוס' דכיון דאודי שוב הוי כפקדון ומהני הקדישו דברשותי' דמרי' קאי וכ"כ תוס' אהא דאייתי קרא בב"ב (פ"ח) דאי לא קייצי דמיו הי' מועיל ההקדש ע"ש. וא"כ גם בגזילה כיון שמוד' נעשה ברשותו דמרי' מיד והוי הילך. אמנם מ"מ נראה לפע"ד בגזילה דהדין אמת דלא הוי הילך בעומדת באגם ולא מטעמי' רק דהא לכאורה קשה למה בפקדון חשוב הילך אף דקיימא באגם הא אמר בש"ס ב"ק ק"ה ע"ב דחמץ ועבר עליו הפסח או באומר ש"ח אני עליו דחשוב כפירת ממון משום דאלו מיגנב ומיתביד מחייב לשלם וכשכופר חיוב זה שאפשר לבא לחיוב ממון הוי כפירת ממון ורק באומר הילך מיד לא שייך אלו מיגנב ופטור אבל בקיימא באגם דשייך אלו מיגנב חייב ע"ש. וכיון דחשוב כפירת ממון חשוב הודאת ממון ג"כ. וא"כ בקיימא באגם בפקדון נהי דהודאת גוף החפץ כל דאיתא ברשותא דמרי' הוא מ"מ החיוב אחריות שמודה לאו הילך הוא דהא מודה שאם יגנב או יאבד יהי' חייב לשלם וזה לאו ברשותא דמרי' וזה חשוב ממון דאלו מיגנב כיון דקיימא באגם. אך בפקדון דאין החיוב רק משעת אבידה לא הוי הודאה דעדיין אין חיוב כלל. אבל בגזילה דמשעת גזילה נתחייב באונסין שוב לא חשוב הילך דאף שמודה מ"מ כיון שלא נפטר מאחריות עדיין נהי דנעשה החפץ ברשותי' דמרי' הוי הודאה משום אלו מיגנב דזה לאו הילך כיון דעומד באגם וכנ"ל ועמ"ש לעיל ס"ק ב'. וכ"כ ש"ך ז"ל סי' פ"ז במשכון דלכך לאו הילך משום דאם יגנב יהי' חייב לשלם כנ"ל

אמנם כאן שאין הכלי שוה פרוטה דאם יגנב או יאבד לא יהי' חייב לשלם כלל דממון פחות מש"פ לא מיחייב וא"כ שוב אם הוא בעין גם בגזילה חשוב הילך דגוף הכלי כיון דאודי הוי לי' כפקדון וברשותי' דמרי' איתא. ואלו מיגנב לא הוי כלל הודאה בזה דחיוב זה הוא תשלומין דפחות מש"פ דלאו כלי ולא הוי הודאה ואין כאן חיוב שבועה ונדחה תירוץ הנ"ל. ועוד דממ"נ אם יש עדים דשלח יד הוי חשוד. אי אין עדים רק שמודה מ"מ לכאור' אין לחייבו שבועה דאף דאין נעשה חשוד ע"פ עצמו מ"מ כאן כיון דאם לא גזל אין כאן חיוב שבועה כלל דהוי הילך וא"כ אין החיוב שבועה רק אם באמת גזל ושוב הוי חשוד וממ"נ אין חיוב שבועה. אך ז"א דבמודה אף שגזל לא הוי חשוד דמקרי עבד תשובה כמ"ש תוס' ריש ב"מ (ד"ה ע"ב). אך הא אית לי' מיגו דאי בעי שתיק ולא הי' מודה בשליחות יד דהי' פטור משבועה. ויש לדחות כיון שהי' הילך הוי העזה כמו כופר הכל. ודוחק:

עוד תירץ דכמו שכ' הרמב"ם בחפר בורות כו' דאף דהודאה במעות מ"מ כיון שנצמח מקרקעות פטור כמו כן כאן כיון שנצמח מכלים חייב ע"ש. וליתא דאדרבא טעם הרמב"ם ז"ל כמ"ש לעיל ס"ק ח' דכמו דאמר בש"ס ב"ק ק"ו לענין נתינת קטן דאימעוט מכי יתן כו' דבעי נתינה ותביעה בדבר שמחייב שבועה וכמו כן לענין קרקע כיון דהנתינ' הי' בדבר דאימעיט משבועה. וא"כ כאן כיון דבשעת תביעה הוי פחות מש"פ ודאי דפטור וכמו תבעו קטן כמ"ש תוס' כתובות פ"ב (די"ח) ד"ה אלא כו' וכ"כ ריטב"א ז"ל להדיא שבועות דלא תליא רק בשעת תביעה. ועוד לדבריו א"כ לרמב"ם ז"ל כמו חפר בורות דמגיע לו מטלטלין בעד הקרקע פטור. א"כ גם להיפוך כשמגיע לו קרקע בעד המטלטלין יהי' חייב שבועה כיון שנצמח ממטלטלין. וא"כ היך חשיב הש"ס שטר שיעבוד קרקעות הא ע"י שהלוה לו המעות נשתעבדו הקרקעות ומסתעף ממטלטלין. וכן ב"מ ק' בדמי עבד גדול ע"ש ברש"י ותוס'. וע"כ דליתא דאדרבא להרמב"ם בעי גם הנתינה בדבר ששייך בו חיוב שבועה אבל בשעת תביעה ודאי בעי כנ"ל. ובש"ע סי' ש"א ס' ט' חולין ואחר כך הקדישן דפטור ע"ש. וכבר כתבתי לעיל ס"ק ח' דלרמב"ם ז"ל י"ל כאן להיפוך דמשכחת לה שבעת הנתינה לא הי' כלי ש"פ ונתיקר על ש"פ דאי לאו מטעם כלי הי' פטור כיון דבשעת נתינה לא הי' ש"פ משא"כ אי יצאו כלים כו' חייב שהי' כמו ש"פ ועכשיו באמת ש"פ כשנאבדה ע"ש מהשיש לדחות:

עוד כ' תירוץ ג' כיון דאם ימצא הכלי הוא של המפקיד מקרי הודאה בכלי ע"ש. וגם זה הבל דא"כ גם ש"ח שטוען נגנבה יהי' מודה במקצת דאף דפטור מ"מ אם ימצא יהי' של

המפקיד. ובש"ס ב"מ ד' אמר להדיא דוקא בפשיעה ובכמה דוכתי בש"ס ופוסקים וע"כ דליתא וגם כאן כיון דעכשיו אינו משלם כלום לא הוי מ"מ כנ"ל:

והנה יש לישב דהא על קרא דכלים לא קשה דהא איצטרך לכפירת כלים שאין בהם ש"פ. רק על הש"ס דאמר טענו ב' מחטין והודה באחת מהן חייב כו' וקשה היכא משכחת שיהי' חייב בהודאת כלי שאינו ש"פ כנ"ל. וא"כ י"ל כיון דקי"ל בטוען נגנבה או נאנסה חייב מה"ת שבועה שאינו ברשותו רק במודה שפשע אינו חייב רק מדר"ה מדרבנן שמא עיניו נתן בה משום דכיון דמשלם שוב אינו כפירת ממון. וא"כ כאן בכלי שאינו ש"פ שוב אף מודה שפשע חייב לישבע מה"ת שבועה שאינו ברשותו דהא יצאו כלים כו' ואם ישנו בידו מחויב כנ"ל. ובמה שאומר שנאבדה הוי כפירת ממון דפחות מש"פ אינו תשלומין כלל ואינו חייב בהשבה. וא"כ שפיר כיון דיצאו כלים למה שהן חייב שבועה שא"ב על מחט שמודה וחייב על הכפירה ממילא ע"י גלגול מה"ת. ואמר שפיר בב' מחטין הודה בא' וכפר בא' חייב שבועת התורה כנ"ל. משא"כ אם הי' צריך גם בכלי ש"פ הי' פטור גם משבועה שאינו ברשותו דאף אם ישנו בידו אין כאן חיוב שבועה רק משום דיצאו כלים חייב כנ"ל. ואף דמיירי מדין מודה במקצת מ"מ הא לא נחית כאן לדין הילך וגם צריך לענין כפירת כלי ונקיט סתם דחייב דהדין אמת גם בהודאה ג"כ כנ"ל עכ"פ מטעם גלגול שבועה כנ"ל:

עוד נ"מ לענין העדאת עדים דכיון שהוא כופר לאו הילך הוא אף שהוא בעין כמ"ש ש"ע סימן ע"ה. ועוד למ"ש הנ"י ב"מ ק' דהיכא דיכול ליתן איזה שירצה לא הוי הילך ע"ש ג"כ משכחת לה בקנה ממנו ב' מחטין ויכול ליתן איזה ב' שירצה ע"ש. ועוד למ"ש הש"ך לקמן סס"י צ"ה וסי' שפ"ז דבמזיק לו כלי ואפשר לתקן הכלי מחויב המזיק לתקנו ע"ש. וח"כ א"ש בפשיטות כה"ג שאף דאין בתקון הכלי שוה פרוטה מ"מ כיון דיצאו למה שהן חייב כיון דהתביעה וההודאה הוא שמחויב לתקן הכני והילך לא הוי כלל כיון שאינו רק חיוב עליו כנ"ל:

אמנם עיקר נלע"ד דהנה קשה לי לדעת רשב"א ור"ן להגאונים ז"ל דבכלי חשוב לכל הדברים כשוה פרוטה לישיבת הדיינים וגזל וכל הדברים. א"כ למה אמר פ"ג דמכות דלא משכחת בטלו ולא בטלו בלאו דגזל משום דאף אם שרפו מ"מ מחויב עליו בתשלומין ומקיים עשה דוהשיב. והא משכחת לה בגזל כלי שאינו ש"פ דעבר אלא תגזול דגוף הכלי שהי' בעין דינו כש"פ ועבר עלה וכששרפו שביטלו כנ"ל ביטל עשה דוהשיב דלענין תשלומין לא הוי פחות מש"פ השבה כלל כמבואר בש"ס פ' הגוזל דבפחות מש"פ אינו מקיים מצות השבה כלל גבי אגודה ע"ש ובלא טעמא דמחיל איניש אינו השבה כלל

וא"כ ביטל העשה בידים כששורפו. ולא דמי לגזל הגר דאמר התם גברא בר תשלומין דכאן אינו כלל בתורת תשלומין כנ"ל ואף למ"ש רש"י ז"ל סנהדרין (נ"ז) בפחות מש"פ דלכך ליכא הלאו דלא תגזול משום דדוקא היכא דאיכא עשה דוהשיב איכא לא תגזול ע"ש. מ"מ כאן הא בשעת הגזל הי' שייך עשה דוהשיב גוף הכלי דחשוב השבה אף שאינו ש"פ וכששרפו ביטלה וחייב מלקות. ולכאורה אפשר לומר דכמו דחצי שיעור אסור מה"ת ואעפ"כ למלקות צריך שיעור שיעורין הלכה למשה מסיני לענין העונשין כמו כן בכלי אפשר דנהי דהוי גזל לענין האיסור וישיבת הדיינין מ"מ מלקות לא מחייב עלה דלענין מלקות צריך שיעור כמו כזית באיסור. ועוד דאף לר"ש דכל שהוא למכות מ"מ כאן לא חזי לאיצטרופי לענין מלקות דאם יצטרף לפרוטה שוב יהי' ניתק לעשה ויהי' ניתן לתשלומין ולא יהי' חייב מלקות ושוב גם עכשיו ליכא מלקות. אך ז"א דאי יצאו כלים למה שהן הי' דינו כמו נמלה ואבר מן החי דמשום דהוי ברי' חייב מלקות פחות מכזית וכמ"ש תוס' הטעם כיון דאסרה תורה אבר זה או ברי' זו ביחוד וכל מה שהוא נקרא ברי' אף פחות מכזית לוקה ע"ש בחולין צ"ז ובזבחים ע"ב. וכן ממש כיון דכלים למה שהן ונקרא כלי גם פחות מש"פ ואסרה תורה הגזל לקי אף בפחות מש"פ. ויש לדחות דלא העדיפה התורה הכלי מדבר שיש בו ש"פ רק דגלי קרא שכלי דינו ככסף ש"פ וכיון דבכסף ש"פ ליכא מלקות גם כלי פחות מש"פ לא עדיף כנ"ל. ודוחק דגם בש"פ אם הי' משכחת ביטול העשה הי' בו ג"כ חיוב מלקות ובזה שביטלו למה לא יתחייב כנ"ל:

וגם אין לומר דכמו דאמר בש"ס ב"ק ק"ה גזל ג' אגודות בפרוטה והוזלו כו' וכן בפרוטה א' והוזלו דחייב להחזיר לו אחרת ודייק מגזל חמץ ועבר עליו הפסח דאי ליתא בעינא מיחייב לשלומי אף דעכשיו לאו ממונא כיון דבשעת גזילה הוי ממון כנ"ל ע"ש ובתוס'. ונימא גם בגזל כלי כיון שבשעת גזילה הי' כלי שדינו כש"פ אף ששרפו חייב כנ"ל. דז"א דדוקא התם שהי' בשעת גזילה שוה פרוטה וא"כ כיון דבכל גזילה מחייב באונסין והיינו דנתחייב מיד כשגזל או בהשבת החפץ או דמיו ולכך כשהוזל כל שאינו מחזיר גוף החפץ ממילא מחויב בדמיו שנתחייב בשעת גזילה שהי' שוה פרוטה דהא כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה. ולכך ממילא מחויב להחזיר דהא כל זמן שאינו מחזיר יש עליו חיוב דשוה פרוטה וש"פ מחויב בהשבה ואף דאם יחזיר הדבר בעין אינו ש"פ מ"מ שפיר מחויב להחזיר דאם לא יחזיר גוזל שוה פרוטה שנתחייב בשעת גזילה. ומייתי שפיר מהא דגזל חמץ כו' כנ"ל, אבל בגזל כלי שאינו ש"פ מעולם לא נתחייב כלל בהשבת דמיו כיון שאינו ש"פ ואם לא יהי' בעין לא יתחייב כלל ולא הי' עליו רק חיוב השבה

דגוף הכלי כל זמן שהוא בעין ולא דמי' כשיאבד וא"כ עכשיו שנאבד איך יתחייב הא בתשלומין לא נתחייב כלל מעולם כיון דאינו ש"פ רק גוף הכלי והא נאבד כנ"ל. שוב ראיתי בס' קצה"ח כ' כן לדינא דגזל כלי ונאבד חייב לשלם אף שאינו ש"פ מש"ס הנ"ל דג' אגודות כו' ע"ש. ולע"ד הדבר פשוט וברור דליתא כמ"ש שאין ענין לשם כלל. וכמו דאמר בסנהדרין פ' בן סורר בבא במחתרת ונשבר אח"כ דפטור דאף דכשהי' חייב מיתה הי' החפץ בעין ולא הי' המיתה פוטרו מ"מ כיון דהמיתה פוטרת מתשלומין לא נתחייב מיד בשעת גזילה בתשלומי דמיו דמחיוב אונסין כשלא יהי' בעין פוטרתו המיתה אז בשעת גניבה ע"ש. וממילא גם כאן לא נתחייב מיד כלל בתשלומי דמיו כנ"ל כיון דאינו ש"פ וכשנאבד אח"כ פטור מהשבה ממילא כנ"ל. וגם מה שנסתפק בקצה"ח בפקדון אין מקום ספק דמבואר במשנה סוף המפקיד דלא מיחייב רק כמו ששוה בשעה שנאבד בלא שלח בה יד ואף למ"ד משעת משיכה אישתעבד נכסי מ"מ לא נתחייב רק כמו שיהי' שוה בשעת אבידה וזה לכ"ע. גם זה שכתב עוד דכיון דחיוב עליו בפחות מש"פ רק שאין ב"ד נזקקין הוי מודה מקצת ע"ש. פשוט דליתא דכמו אלו לא הי' כלי דלא הי' הודאה לחייב שבועה בפחות מש"פ כן אינו מועיל מה שהי' כלי כיון דבשעת תביעה והודאה לאו כלי הוא וכמ"ש לעיל כמבואר בריטב"א ובש"ע לקמן סימן ש"א בחולין ואחר כך הקדישן דפטור כיון דעכשיו הקדש הוא ואימעוט כנ"ל. אך י"ל דבזה הטעם כדאיתא במכילתא הובא בהה"מ (פ"ב מה' שכירות) ישלם לרעהו:

אמנם נראה לע"ד דלדעת הגאונים ז"ל בגזל כלי או הפקיד בידו ונאבד בפשיעה אף שלא הי' שוה פרוטה מ"מ חייב להחזיר לו כלי אחרת כמו שהי'. דהא אמר בש"ס ב"מ צ"ט ע"ב הני שקולאי דתברי חביתא דחמר' ביומא דשוקא שוי ה' ובשאר יומי ד' אהדרי לי' ביומא דשוקא מהדרי לי' חביתא דחמר' בשאר יומי מהדרי לי' ה' כו'. ולפי' הרי"ף ורמב"ם וש"ע סי' ש"ד ס' ה' למאי שפי' הה"מ הובא לקמן שם בסמ"ע שהסבלים יש להם לעולם לשלם לו חבית של יין כו' ע"ש דמבואר דכמו דגבי בע"ח דקי"ל דיני' בזוזי משום זוזי אוזפי' וזוזי משלם אף שאינן אותן המעות עצמם שהלוהו כמו כן בנזקין ופשיעה הי' ראוי להיות הדין שמשלם לו אותו הדבר שהפסידו. רק משום דגלי קרא ישיב לרבות שוה כסף ככסף אמרינן דסגי בהשבת דמי החפץ שיוכל לקנות חפץ כזה וכדאמר בגטין פ' מ"ש גבי דמי איצטלית דהוי כאיצטלית. וכן מבואר בראש ונ"י פ"ק דב"ק וכן ב"מ צ"ז ע"א גבי האי דשאל נרגא ואיתבר אמר רב שלים לי' נרגא מעליא ואמרי ר"כ ור' אסי לרב דינא הכי ופי' רש"י ז"ל שישלם לו כלי עשוי ומתוקן והתנן גבי נזקין תשלומי נזק מלמד שהבעלים מטפלין בנבילה ששמין לו הנבילה כו' ועלי' מוסיף ומשלם דמיהן ה"נ

ישימו לו שברי הראשון ועליהן ישלם דמיו וזה ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר עכ"ל. ע"ש דמבואר דאי לאו דגלי קרא והמת יהי' לו הי' מוטל על המזיק לקנות לו כלי כמו שהזיק רק דגלי קרא שיהי' סגי בהשבת דבר השוה כמו הכלי והטורח מוטל על הניזק לקנות לו החפץ. והיינו היכא דמיקיימא השבה בזה ג"כ שייך הרבוי ישיב לרבות השנה דשוה כסף ג"כ. אבל בכלי שאיני ש"פ להגאונים ז"ל כיון דדמי הכלי פחות מש"פ אינו בתורת השבה כלל כדאמר בש"ס פ' הגוזל השבה אין כאן ואינו נכלל בכלל ישיב ממילא כיון שהזיקו כלי שהכלי עצמה יש בה דין ש"פ שפיר מחויב להחזיר לו כלי כמו שהפסידו דזה עיקר החיוב עליו ובזה מקיים השבה דלא שייך שישלם לו דמיו והוא בכלל ישיב כו' דהא אם אינו משלם גוף הכלי אינו משיב כלל שוה כסף ואף שרוצה להחזיר מ"מ הא אין זה השבה כלל דדמים פחות מש"פ לא מקרי השבה כנ"ל. דלא ריבתה התורה רק דהשבה דדמי החפץ הוי כהחפץ אבל לא כשאין בדמיו השבה כלל א"כ מחויב בהשבת חפץ שהפסיד כנ"ל. ושפיר לא משכחת בגזל בכלי בטלו דאף ששרפו עדיין מחויב לקנות כלי כזה ולהשיב. ובגזילה ודאי הדין כן דלשון הרא"ש ונ"י פ"ק דב"ק אהא דאין שמין לגזלן כ' ואע"ג דאמר לעיל ישיב כו' שאני הכא דכ' אשר גזל כו' צריך להחזיר לו או גזילה או דמיו דמה לי הן ומה לי דמיהן כי באותן דמים יכול לקנות חפץ כאותו שגזל אבל דבר שצריך למכור כדי לקנות חפץ כמו שגזל אינו יכול ליתן לו עכ"ל ע"ש. וא"כ השבת דמים כשאין החפץ בעין הוא ג"כ רק מטעם דגם זה חשוב השבה כמו החפץ כיון שיכול לקנות כנ"ל. וא"כ כשאינו ש"פ דאין הדמים השבה כלל מחויב לקנות כלי כמו שגזל ולהשיב דמחויב לקיים והשיב ובזה מקיים כנ"ל אף שאינו אותו הכלי שגזל וכמו בדמים דמה לי הן כו' דשוה כסף כזה שהוא ג"כ כלי הוי שפיר השב' ככלי שגזל משא"כ דמיו שלא יהי' השבה ובזה ודאי כנ"ל וא"ש. רק אפילו בשומרין בפשיעה דקי"ל שמין לשואל כו' מ"מ הדין כנ"ל. דעיקר החיוב לשלם החפץ שהפסידו רק דאיתרבי דמי החפץ ג"כ מקרי השבה משא"כ כשלא יהי' השבה באופן אחר מחויב להחזיר לו כלי כמו שהפסידו ומוטל הטורח ג"כ עליו לקנות הכלי כיון דלא יקיים בל"ז השבה כנ"ל ועיקר החיוב ג"כ עליו לשלם אותו הדבר שהפסידו ממש כמבואר מדברי הרב המגיד הנ"ל. ומיושב קושיא הנ"ל דלאו הילך הוא גם בנאבד בפשיעה כיון שהוא רק חיוב עליו לקנות כלי ולהחזיר לו ואעפ"כ הוי שפיר תביעת כלי כיון דמחויב להחזיר לו כלי כנ"ל:

ונראה מוכרח כמ"ש דהא להגאונים ז"ל דאמרינן יצאו כלים למה שהן אף פחות מש"פ וא"כ עלה קאי בקרא שבועת ה' כו' אם לא שלח ומוכח דחייבה תורה בפשיעה ושליחות יד בכלים פחות מש"פ דהא הר"ן ז"ל פ' ש"ה כ' הטעם דמחייבינן בדין שומרין על פחות

מב' כסף משום דגבי פרשה דש"ש לא כ' כסף וכלים וילפינן דחייב בפחות מב"כ ע"ש. אבל עכ"פ חיובא דשומר חנם דקאי על כסף או כלים מוכח דחייב בהו בדין ש"ח והא אינו אלא ממון ומוכח כמ"ש דמחויב להחזיר הכלי ולקנות כנ"ל. דזה דוחק לומר דגזה"כ הוא שיהי' חייב לשלם אף פחות מש"פ בכלי כשנאבד בפשיעה.. דאין טעם לדבר למה יהי' עדיף משאר חיוב דפחות מש"פ מחיל איניש כשאינו כלי ומה בכך שהי' כלי כיון דעכשיו הוא כשאר חיוב. וע"כ כמ"ש:

ובב"ק סוף פ' הגוזל גבי גזל הגר שאין לכל א' שוה פרוטה פי' רש"י ז"ל דמחויב להשלים משלו שיגיע לכל אחד ש"פ כיון דגזל ש"פ וכתיב האשם המושב שיהי' כדי השבה ע"ש. וכן בגזל א' מחמשה ולהוליך למדי הי' מחויב להוציא הוצאות יותר מהגזילה כדי לקיים השבה רק הא דמהני לר"ט מניח ביניהם ומסתלק משים דמקיים בהכי השבה דהרי שלך לפניך כיון שנותנו לב"ד כנ"ל. אבל בגזל הגר כשלא יגיע ש"פ שלא יקיים בזה השבה מחויב להשלים משלו כדי שיקיים. ומכש"כ הכא בגזל כלי פחות מש"פ ושברו שמחויב לטרוח ולקנות כלי להחזיר כיון דבלא"ה לא יקיים השבה כנ"ל. ואף דעל חיוב פשיעה דשומרין אין ראי' מגזל מ"מ נראה כמ"ש דיש עליו חיוב גוף הדבר שהזיק כנ"ל. וזה אפשר טעם הרמב"ם ז"ל בטוענו היזק קרקע שחפר בורות כו' דפטור משבועה דאף דטוען דמים מ"מ עיקר החיוב להשלים הקרקע שהפסידו רק מטעם שוה כסף מהני החזרת המעות. וא"כ עיקר הטענה הוי קרקע דפטור משבועה ולא עדיף שוה כסף מכסף כנ"ל. ולענין פשיעה עדיין צ"ע בכלי פחות מש"פ אם הדין כמ"ש:

(**יב**) **כלים והודה לו בא' א"צ שיעור** כו'. בתוס' דחו דברי הגאונים מירושלמי דאמר אהא דשמואל אמר ר"ח והוא שיהי' שוים ב' פרוטות שיהי' הודאה פרוטה וכפירה פרוטה. ולע"ד י"ל בפשיטות דלא קשה למ"ש לעיל דקשה איך אפשר לומר דכלים דקרא מיירי בפחות מש"פ איך כ' דיני שומרין בקרא הא בפשיע' ושליחות יד לא מיחייב כלל דאינו כלי שוב רק תשלומין. ואי לא נימא כמ"ש לעיל צ"ל ע"כ כיון דקי"ל עירוב פרשיות וקאי כסף או כלים רק אהלואה דבזה דין מודה במקצת דכי הוא זה כו' ולא קאי עלה דין שומרין כלל דרישא דקרא לא מיירי רק בהלואה ולא בפקדון וגם הילך לא הוי בהלואת כלים כנ"ל. וא"כ הא אמר ריש סנהדרין דשמואל דסבר שנים שדנו דיניהם דין סבר דלא אמרינן עירוב פרשיות ולכך לא בעי ג' כן פירש"י ז"ל שם להדיא. וא"כ ממילא לשמואל א"א כלל לומר דיצאו כלים למה שהן אף על פחות מפרוט' כיון דאין עירוב פרשיות וקרא כפשטי' דמפורש דחייב בפשיעה ושליחות יד שהוא רק ממון. וע"כ דכלים לא יצאו רק על פחות מב' כסף אבל צריך ב' פרוטות. ואמר שפיר בירושלמי דקאי אשמואל ע"ש

והוא דשוים ב' פרוטות. משא"כ לדידן דקי"ל עירוב פרשיות אמרינן שפיר דכלים למה שהן ממילא אף פחות מפרוטה נקרא כלי ואין לנו הוכחה שיצטרך ש"פ ופסקו שפיר דלא צריך ש"פ כנ"ל וי"ל דתוס' לטעמייהו דריש סנהדרין דחו דברי רש"י וכתבו דשמואל מצי סבר ג"כ עירוב פרשיות ע"ש והוכיחו שפיר מירושלמי הנ"ל משא"כ לגאונים ז"ל לא קשה כנ"ל. אולם הרמב"ם ז"ל עדיין לא יתישב בזה דהוא פסק כר' אחא דמה"ת חד נמי כשר. ופסק דעירוב פרשיות כו' וע"כ סבר כשיטת התוס' דלא תליא הא בהא ועדיין קשה מירושלמי הנ"ל:

עוד י"ל לפי קושיא הנ"ל דהודאה דפקדון הוי הילך ולא משכחת רק בפשיעה כדאמר להדיא פ"ק דב"מ ופחות מש"פ לא מיחייב בפשיעה בכלי. ובשלמא בש"ס י"ל דאיירי בהלואת כלים אבל קרא דמיירי בפקדון עכ"פ ג"כ כמ"ש רמב"ן ורשב"א ז"ל דאף דעירוב פרשיות מ"מ לא אמרינן עיקור פרשיות ופשטי' דקרא בפקדון ע"ש וא"כ לא מצינו למימר כלל דאיירי קרא דכלים פחות מש"פ דלא שייך בי' הודאה במקצת כנ"ל. אמנם לרב דכפירה ב' כסף וקאי קרא דכסף או כלים על הכפירה וכי הוא זה דכתיב אחר כך לא קאי אדלעיל שהודאה הוא מזה כיון דכסף היינו ב' כסף לבד ההודאה הוא. רק פי' הקרא כשמודה איזה הודאה חייב שבועה על הכפירה דכסף הכתוב למעלה כמ"ש רשב"א ע"ש. וא"כ שפיר כלים ג"כ איירי אף פחות מש"פ דלענין כפירה שפיר חייב בכפירת כלים פחות מש"פ וקאי אח"כ כשאומר הוא זה היינו שמוד' הודאה אחרת חייב שבועה אכפירת כלי וכמו אכסף כנ"ל אבל לשמואל דטענה ב' כסף ומפרש לקרא כי יתן כסף כו' דהיינו ב' כסף וע"ז עצמו קאי ההודאה דכי הוא זה מזה שהתחיל וא"כ א"א כלל לומר דכלים היינו פחות מש"פ ועלה קאי כי הוא זה היינו הודאה בכלי פחות מש"פ דהא לא משכחת לה דבפשיעה פטור וכשהוא בעין הוי הילך וע"כ מיירי כלים בש"פ רק דלא בעי ב' כסף ואמר שפיר בירושלמי אשמואל ע"כ שיהי' שוים ב' פרוטות. משא"כ לדידן דקי"ל כרב בהא דכפירה ב' כסף אמרינן שפיר כפשטי' דכלים למה שהן אף פחות מש"פ וקאי אכפירת כלים דשפיר חייב שבועה אף שאינו ש"פ וההודאה לא קאי על זה רק בדבר אחר כנ"ל:

ובזה מיושב מה דיש לתמוה הא אמר לשמואל לפיכך יצאו כלים למה שהן ופירש"י דיתורא דכלים קא דריש דהוי לי' למכתב רק כספים ע"ש. וא"כ זה שפיר לשמואל אבל לרב דסבר כסף לכפירה דאתי וזה לא מוכח רק עכשיו דכתוב כלים דאי הוי כ' כספים או כסף וחפצי' לא הוי ידעינן כלל כסף לכפירה דאתי כמ"ש תוס' ל"ט ע"ב ד"ה מה כו' וא"כ לא מיותר כלים דצריך לכפירה ב' כסף וא"כ מנ"ל דכלים יצאו למה שהן וקשה

לדידן דקי"ל כרב מנ"ל הא דיצאו כלים כיון דלא מצינו רק לשמואל ומשום יתורא כנ"ל. ולמ"ש מיושב דהא ודאי אף בלא יתורא רק פשטי' דקרא דכתיב כלים בפ"ע מהיכי תיתי דליבעי שיעור הא גם פחות מש"פ נקרא כלי וממילא למה שהן וכמבואר בש"ס גבי ברי' דלא בעי כזית ושיעור מה"ט כיון דכ' בפני עצמו. רק לשמואל דטענה ב' כסף וע"כ לא איירי קרא דכלים בפחות מש"פ דלא משכחת לה הודאה כנ"ל. וע"כ בעי ש"פ עכ"פ וכיון דאינו למה שהן לגמרי דצריך שיוי ממון. שוב י"ל דצריך ב' כסף דזה הוא השיוי לענין שבועה שיהי' חייב. ואיצטרך יתורא דכלים דא"כ מיותר ומזה מוכח דעכ"פ לא בעי ב' כסף ואמר לפיכך יצאו כו'. אבל לדידן דקי"ל כרב וקאי קרא אכפירה ושפיר י"ל דלא בעי ש"פ גם כן רק כמה שהן לא איצטרך כלל יתורא דבל"ז כיון דכ' כלים ממילא כמו שהן חייבין דנקרא כלי עכ"פ וא"ש לדידן כנ"ל:

ובזה נתישב לי פי' הש"ס שם מ' ע"ב דאמר ר"פ טענו כלים ופרוטה הודה בכלים וכפר בפרוטה כו' חדא כרב וחדא כשמואל חדא כרב דכפירת טענה ב"כ חדא כשמואל דט"ח ושעורין והודה בא' חייב כו'. וקשה מה שייכות לב' דינים אלו ביחד. ועוד למה לא אמר גם בהא כשמואל דיצאו כלים למה שהן והוי לי' למינקט מחטין כנ"ל. ולמ"ש מיושב דהא אי נימא דט"ח ושעורין והודה בא' פטור א"כ גם לרב א"א לומר דכלים למה שהן בפחות מפרוטה דא"כ כיון דע"כ בקרא מיירי דהודאה בדבר אחר חוב שלא יהי' הילך והכפירה כלים א"כ הוי ט"ח ושעורין והודה בא' דפטור וע"כ מיירי קרא דכלים שנאבד והכפירה ג"כ ממון ושוב ע"כ מיירי בפרוט' וממילא לא מוכח כלל דיצאו כלים למה שהן דלרב אינו מיותר ושוב ליבעי ב' כסף ג"כ כנ"ל. ולכך רק משום דאמרינן טענו חטין ושעורין כו' חייב וטענו כלים ופרוטה והודה א' חייב וא"ש קרא כפשטי' דהכפירה כלים בעין והודאה בחוב ושפיר יצאו כלים למה שהן. ומדויק שפיר דאשמעינן ר"פ דנקיט סתם כלים כלישנא דקרא והיינו למה שה ואמר חדא כרב דכפירה ב"כ וממילא כלים למה שהן בלא יתורא וע"כ אידך כשמואל דטענו חטין ושעורין והודה לו בא' חייב ושפיר תליא הא בהא וממילא לא איצטריך לאשמעינן דכלים למה שהן דלא צריך כלל שום יתורא כנ"ל. ופסקו הגאונים ז"ל שפיר כר"פ בכל הג' דינים דלא בעי ש"פ לדידן בכלי וטענו חו"ש חייב וכפירה ב"כ כנ"ל וא"ש:

(יג) **ב' כלים והודה לו בא' א"צ שיעור** כו'. זה דעת הגאונים והרמב"ם ז"ל והש"ך ס"ק ב' כ' שהרא"ש וטור חולקין וכן דעת התוס' בשבועות וקדושין כו'. ולע"ד נראה ברור לא לבד שאין משמעות בדברי תוס' כהרא"ש רק אדרבא נראה מוכח דסוברים ג"כ כדעת הגאונים ז"ל שכתבו שם ד"ה מה כו' וא"ת לרב דמוקי כסף לכפירה דאתי מנ"ל דבעינן

דבר חשוב וצ"ל דכולה מכלים דריש ונפקא לי' דבר חשוב מכלים דאפילו מחט שאין בה שוה פרוטה מ"מ חשיבות גדול יש בו שראוי לעשות בו מלאכה גדולה כו' ואח"כ כתבו אע"ג דאליבא דשמואל כו' י"ל דודאי מכסף ילפינן שיהא בכלי שוה פרוטה דלא תימא גזה"כ בכל הכלים אף שאין ש"פ וה"נ אמרינן בירושלמי כו' והדר מקשינן כסף לכלים להצריך כסף יותר מפרוטה דמה כלים דלאו כל דהו אלא כלי חשוב אף כסף דלאו כל דהו אלא כסף חשוב דהיינו מעה כו' ולמה שהן דקאמר היינו אע"פ שאינו שוה ב' מעין כו' ע"ש וכ"כ תוס' בכורות נ' ע"ב ג"כ כנ"ל. והנה התוס' מודים דמכלים לחוד ה"א אף פחות מש"פ דנק' כלי רק דמקשינן לכסף דבעי ש"פ. וזה עיקר הפירוש שפירשו מה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב דמכסף ילפינן דבכלים בעי ש"פ. וא"כ כל זה לשמואל אבל לרב שכתבו להדיא דמכלים לחוד שמעינן דבר חשוב דאף כלי שאינו ש"פ מקרי דבר חשוב וא"כ ודאי דלא בעי ש"פ בכלים דאי נימא לרב ג"כ דילפינן מכסף אם כן איך מוכח לרב דכסף לכפירה דאתי הא איצטרך למה כסף דבר חשוב שיהי' כלי ש"פ דוקא. וגם לא תירצו קושייתם דלרב מנ"ל דבר חשוב כיון דגרסי מה כסף כו'. ועוד למאי דייקו תוס' בלשונם לרב דאפי' כלי שאין בו ש"פ יש בו חשיבות כיון דבאמת צריך ש"פ. ועוד דא"כ גם בכלים ליבעי תביעה ג' כלים שיהי' הכפיר' ב' כלים דהיינו ב' דברים חשובים כמו כסף כיון דילפינן לה מכסף. אלא ודאי הפי' הפשוט בדברי תוס' לרב דכולה ילפינן מכלים והיינו דאף אי לא הוי ב' כסף רק כלים לחוד הוי ידעינן טענה ב' כסף דאף דכלים הם אף שאין בה ש"פ כיון דלא הוי כתיב כסף מ"מ יש בו חשיבות גדול והוי ידעינן דבכל דבר בעינן ב' מעות כסף דהיינו טענה ב' דברים חשובים ולמה לי' כסף וע"כ כסף לכפיר' דאתי והיינו דבשאר דברים לבד מכלי בעינן הכפירה ב"כ. אבל בכלי הוא כפשטי' דאף שאינו ש"פ חייב אף במודה א' וכופר א' דעלה קאי כי הוא זה דלא מקשינן כלל לכסף וכסף כי אתי לכפירה דאתי כנ"ל. והיינו שכ' תוס' קדושין י"א ע"ב דגרסינן התם מה כלים שנים כו' ומה כלים דבר חשוב כו' והיינו לרב דתרווייהו מפיק מכלים כו'. ואח"כ כתבו דלשמואל אמרינן דכסף לא מייתר דמכלים לא הוי שמעינן דבר חשוב דכיון דהוי אמרינן דכלים אף שאינו ש"פ סובר שמואל דלא מקרי דבר חשוב ולא הוי ידעינן בין בכסף ובין בכלים דבר חשוב ולכך איצטרך כסף דעכשיו ילפינן מכסף דבעי גם בכלים דבר חשוב דהיינו שיהי' ש"פ. ושוב מקשינן כסף לכלים דלאו כל דהו רק ב' מעות ולא מייתר כסף לכפירה. וע"ז הביאו תוספ' הירושלמי דלשמואל בעי שיהי' שוים ב' פרוטות והיינו דיליף מכסף דבעי גם בכלי דבר חשוב. ובזה עצמו פליגי רב ושמואל דלרב גם כלי שאינו ש"פ מקרי דבר חשוב וידעינן טענה ב"כ מכלים לחוד ואייתר כסף לכפירה

כנ"ל. וא"כ מוכח מדברי התוס' דלדידן דקי"ל כרב דכפירה ב"כ בעינן ממילא בכלים אף שאין בהם ש"פ חייב דלא מקשינן כלל לכסף ולכך בעינן רק ב' מחטין וסגי בכפירה מחט א' ולא ב' וכדברי הגאונים ז"ל. ואדרבא אין שום קושיא עליהם מגמ' מירושלמי דאמר אשמואל והוא שיהיו שוים ב' פרוטות כו' דלשמואל ודאי כן דבזה עצמו פליגי ולמאי דקי"ל כרב לא בעי ב' פרוטות כנ"ל כן נראה פשוט בתוס' לע"ד דלא כהש"ך ז"ל. הגם שמדברי הרא"ש נראה קצת ג"כ שכ' לדינא דבעי כלי ש"פ שהוציא כן מדברי תוס' מ"מ לא הזכיר תוס' בדבריו וי"ל דסברא דנפשי' קאמר דעכשיו דכבר כתיב כסף לכפירה ילפינן מינה כלים דג"כ בעי דבר חשוב שיהי' ש"פ. ובאמת גם דבריו ז"ל תמוהים דמנ"ל לרב דכסף לכפירה מדלא כתיב כלים הא צריך למה כסף דבר חשוב ולמה מפיק קרא מפשטי'. ולמ"ש לעיל יש לישב דבריו דאי לא הוי אמרינן כסף לכפירה והי' קאי אכי יתן ממילא הוי אמרינן דכלי בעי ג"כ ש"פ דאין נתינה פחות מש"פ ושוב הוי ילפינן בכל ש"פ דבעי דבר חשוב דהיינו ב' מעין ולא איצטרך כסף וע"כ לכפירה דאתי. ושוב כיון דאתי לכפירה לא קאי אנתינה ושוב מצינו לומר דלא בעי בכלים ש"פ ושוב ילפינן לי' מכסף מה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב דבעי ש"פ אבל אי לא הוי כ' כסף בל"ז הוי ידעינן כנ"ל. ודוחק. ופשט דברי תוס' נראין כמ"ש. ולרא"ש ז"ל שכתב במחטין דכיון דכל א' שוה פרוטה וראוי למלאכ' חשוב כשאר דבר ששוה מעה כו' נראה דסבר דבעינן באמת כפירת ב' מחטין דלא עדיפי מב' מעין לדידן דקי"ל כרב. ולטעמי' אזיל דגריס במלתי' דר"פ הודה בפרוטה וכפר בכלים כו' וי"ל דדוקא נקיט כפירת ב' כלים אבל הרי"ף ז"ל גריס כפר בכלי ע"ש. וממילא ע"כ סבר כמ"ש וכדעת הגאונים ז"ל:

אמנם על הטור יש לתמוה שכ' בדעת הרא"ש דסגי בכפירת כלי א' שיהי' ש"פ ע"ש. ומלשון הרא"ש נראה להיפוך דהוי כפירת כלי ככפירת מעה וממילא לרב לא סגי בכפירת כלי א' כנ"ל וצ"ע ועיין מ"ש לקמן. גם מה שהעיד הש"ך ז"ל בשם הטור שפוסק כהרא"ש. איני יודע שום הכרע בדברי הטור שהביא דעת הגאונים ורמב"ם ודעת הרא"ש ולא הכריע כלל ע"ש. אמנם ראיתי ברבינו ירוחם שכ' דעת רא"ש בשם התוס' ונראה דמפרש כדברי הש"ך ז"ל בתוס' ע"ש וג"כ צ"ע. וטור וב"י לא הביאו דעת תוס' נראה שלא הי' להם הכרע בדעתם כנ"ל.

ולכאורה מלשון הש"ס למה שהן מוכח דא"צ אף שיעור פרוטה דהא אמר בש"ס ב"ב ק"נ דכל היכא דתני כל שהוא לית לי' שיעורא כלל ע"ש ואין חילוק במה שהן או כל שהוא. אך י"ל כדמשני הש"ס התם גבי חמש רחלות איידי דתני שיעורא רבה נקיט כל שהוא אשיעורא זוטא כו' וע"ש בתוס'. וי"ל גם כאן כיון דבשאר דברים יש שיעור גדול

ב' כסף קרי לשוה פרוט' מה שהן כנ"ל ואין ראי'. ולכאורה ראי' ממשנה ב"מ כ"ז אף השמלה הי' בכלל ולמה יצאה כו' והא אי הוי בכלל כל הדברים הי' צריך שוה פרוטה וצריך לגופי' דיצא למה שהוא דבגד נקרא כלי ואף שאינו ש"פ חייב להחזיר וכדדרשינן הכא יצאו כלים כו'. אך י"ל דהא להגאונים דילפינן בכל מקום מהכא דכלי חשוב כש"פ לענין גזל לא צריך שמלה דבלא"ה ידעינן. ועוד דהא אמר התם אשר תאבד ממנו פרט לאבידה שאין בה ש"פ וא"כ קאי על כל הני דכ' לעיל ואף אשמלה דצריך ש"פ וגלי הכא דבעי שוה פרוטה דוקא. ויתישב בזה מה שהקשו תוס' למה צריך הכא קרא למעט פחות מש"פ שאינו ממון לשום דבר ותירצו דס"ד לרבות מכל אבידת אחיך. ובש"ס שם ל"א מצריך לכל אבידת אחיך לאבידת קרקע ע"ש. וצריך לדחוק דתרווייהו הוי מרבינן. ולהנ"ל י"ל דאתי אשר תאבד למעט כלי שאינו ש"פ אף דחשוב לענין גזל מעטו מהשבה. או י"ל דדייק מדלא נקיט קרא כלים סתם ונקיט שמלה יליף דיש לה סימנים כו'. ובדברי טור הנ"ל שכתב להרא"ש דסגי בכפירת כלי אחד השוה פרוטה אף דמשמע מדבריו להיפוך נראה דמפרש שמ"ש הרא"ש ז"ל במחטין דכיון דשוים ב' פרוטו' וראוי למלאכה חשוב כב' מעין כו'. כוונתו ג"כ לישב איך למד רב דכסף לכפירה דאתי הא איצטרך לדבר חשוב וע"ז כתב דמכלים לחוד הוי ידעינן ב' מעין דב' מחטין חשובין כב' מעין ולכך ע"כ כסף אתי לכפירה דבשאר שוה כסף צריך כפירה ב"כ לבד ההודאה אבל בכלים נשאר קרא כפשטי' דמהב' כלים יהי' הכפירה והודאה ורק בכסף גלי קרא. ומ"ש הרא"ש כב' מעין היינו דבלא כסף הוא ג"כ ידעינן כנ"ל. וגלי כסף לכפירה ובכלים סגי כנ"ל. ואף דלכאורה עדיין מנ"ל בטענו מחט ופרוט' והודה פרוטה וכפר במחט שיהי' חייב הא הוי רק כטענו מעה ופרוטה. ונהי דבכלים נשאר כפשטי' עכ"פ לא מוכח רק בתבעו ב' כלים שהוא כטענה ב' כסף. ז"א דכיון דקי"ל כרב וסגי בהודאת פרוטה והקפידא רק על הכפיר' ב"כ וא"כ כיון דכ' כלים בטענו ב' כלים וההודאה מהן וסגי בכפירת כלי א' שוב ממילא גם בהודאה פרוטה וכפירת כלי א' חייב דהא הכפירה כלי ובהודאה אין חילוק בין כלי לפרוטה כנ"ל. ולשמואל י"ל באמת דלא סגי בטענו כלי ופרוטה והודה בפרוטה כו' דכיון דכ' כלים היינו טענת ב' כלים שהיא כטענת ב' כסף ואין הוכחה שיהי' סגי בטענה כלי א' ופרוטה כיון דהקפידא על כל הטענה דיהי' ב' כסף כנ"ל. אבל לדידן דקי"ל כרב כתב הטור שפיר להרא"ש ז"ל דסגי בכפירת כלי א' דזה מוכח מקרא דכלים דסגי בכפירת כלי א' ממילא סגי בטענה כלי ופרוטה כנ"ל וא"ש. והפי' בדברי תוס' נראה שהרא"ש ז"ל מפרש דאין צריך למעט כלי פחות מש"פ מהקישא דכסף דגם אי הוי כ' כלים לחודי' הוי אמרינן ג"כ דבעי כלים ש"פ מסברא אף דפחות נקרא ג"כ

כלי מ"מ כיון דפחות מש"פ לאו ממון הוא בכל מקום גם כאן ודאי דבעי ש"פ. רק עכשיו דכתיב כסף וא"כ כלים מיותר כמ"ש תוס' דהוי לי' למיכתב כסף או חפצים כו' ומוכחינן מהא יתורא דיצאו כלים למה שהן ושוב הי' סברא לומר למה שהן לגמרי אף פחות מש"פ דנקרא כלים וע"ז כ' תוס' דעכשיו דכבר כתיב כסף שוב ילפינן מהקישא דצריך גם בכלים עכ"פ ש"פ ולמה שהן היינו רק פחות מב"כ. ובהא פליגי רב ושמואל דרב סבר דאף בלא כסף גם כן הוי ידעינן כיון דמסברא בכלים בעי ש"פ וממילא חשובין כב' מעין והוי ילפינן דצריך ב' מעין וע"כ כסף לכפירה אתי ובכלים נשאר כפשטי' דסגי בכפירת כלי א' כנ"ל. ושמואל סבר דאי לאו כסף לא הוי ידעינן מכלי דבר חשוב דאף דש"פ מ"מ לא הוי אמרינן מסברא דחשוב כב' מעין ולא היינו מחלקין בין כלים לשאר דברים וה"א דסגי בכל דבר בב' פרוטות ולכך צריך כסף וילפינן מה כלים ב' כו' ועכשיו כ' כסף הוי כלים מיותר וילפינן דיצאו למה שהן דלא בעי ב"כ רק ב' פרוטות ואשמעינן זה החילוק דחשובין כב' מעין בשביל שראוי למלאכה. ולכך פוסק הרא"ש ז"ל שפיר דגם לרב בעינן בכלים ב' פרוטות כיון דזה מסברא כנ"ל וגם סגי בכפירת כלי א' כנ"ל. וגם הרמב"ן ז"ל ע"כ מפרש בש"ס כנ"ל. ומ"מ בדברי התוס' עצמם אין הכרע ויש לפרש שפיר כמ"ש שסוברים ג"כ כהגאונים ז"ל לדידן דקי"ל כרב דכן משמע לשונם דאפי' מחט שאינו בו ש"פ כו' שכתבו לרב כנ"ל:

והנה דעת רוב הפוסקים ז"ל דבכלי חייב שבועה אף פחות מש"פ הגאונים ורמב"ם ז"ל וגם דעת הרי"ף נראה כן שסתם בהא דיצאו כלים כו' ולא הביא הירושלמי דוהוא שיהיו שוים ב' פרוטות משמע דלא ס"ל. וכן ברשב"א והר"ן וגם הרא"ה בס' החינוך פסק כן וסמ"ג והה"מ פ"ג מטוען ובעה"ת ואגודה. וגם בהרא"ש אפשר שמסופק שכ' אי נמי בכלי בעי ג"כ ש"פ כו'. דללשון ראשון שפי' כלי דבר חשוב לאפוקי מוריקא אינו מוכח שיצטרך ש"פ בכלי ע"ש מ"מ אפשר דמצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן ורא"ש ז"ל. וגם הריטב"א בחידושיו לשבועות פסק כהרמב"ן ע"ש. ואף דאפשר לומר דבחיוב שבועה אין לומר קים לי כמיעוט שהוא מטעם אין הולכין בממון אחר הרוב כמ"ש הפוסקים ובחיוב שבועה לא שייך זה. אף דבספק כ' הש"ך ז"ל סי' פ"ז סק"י דלא משבעינן היינו בספק השקול משא"כ נגד הרוב כנ"ל. מ"מ אינו מוכרח די"ל למ"ש הרא"ש דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דשבועה ממונא הוא דאי לא משתבע משלם ע"ש והובא בטור סי' צ"ג א"כ גם בחיוב שבועה י"ל דשייך אין הולכין כו' ועכ"פ לא מצינו למיחת לנכסיו כשאינו רוצה לישבע. ועוד דלא שייך כלל החיוב שבועה שיודה דהא אף שיודה לא נוכל להוציא ממנו בפחות מש"פ מספק דגם לענין גזל וישיבת הדיינים תלוי במחלוק'

הנ"ל אי נזקקין בכלי פחות מש"פ. אך כשההודאה והכפירה פרוטה דאז יהי' שפיר ש"פ ואין הספק רק לענין השבועה. דאף דאין ההודאה ש"פ ואין נזקקין להוציא מספק מ"מ להפוסקים הנ"ל דחשוב הודאה אף דאין נזקקין מספק מ"מ חייב שבועה כיון שבאמת הוי הודאה כנ"ל ובל"ז נגד הכפירה דכלי אף שאינו ש"פ מ"מ אם יודה נראה דמוציאין ממנו ולא מצי למימר קים לי כהמיעוט למ"ש תוס' סוף פ"ק דכתובות דלא שייך באבידה אין הולכין בממון אחר הרוב כיון שאין הממון שלו ע"ש. וכן בזה דאף פחות מש"פ אסור דאינו שלו רק שאין ב"ד נזקקין ולזה מהני הרוב דלא שייך חזקת ממון כיון דאינו שלו. אך בהלואת כלי שאינו ש"פ. ולמ"ש בהלכות גדולות ה' ב"ק ופשטא דש"ס סנהדרין דאמרינן דמחל לי'. ומשמע דאף דאומר שאינו מוחל לא מהימן כלל דבטלה דעתו ובזה דהוי תפיסה ברשות מצי אמר קים לי כנ"ל. והי' נראה לע"ד לפסוק בגווני שכתבתי ס"ק א' כשב"ד נזקקין לאותו חצי פרוטה שמודה לכ"ע כמו גזל ג' מחטין הש"פ והוזלו כו' או שמודה פרוטה קרקע או שטרות וחצי פרוטה כלי דאז הב"ד נזקקין על החצי פרוטה ג"כ דיש כאן פרוטה וחצי וכר' קטינא בב"מ פ' הזהב ע"ש. רק דחיוב שבוע' ליכא בפחות מש"פ מטלטלין. ובזה נראה דיש לחייב שבועה במחט דיצאו כלים למה שהן דע"ז אין ראיית הרמב"ן ז"ל מכרעת כלל כיון שבל"ז הב"ד נזקקין ולשבועה ריבתה תורה. ורק היכא שאין כאן רק התביעת מחטין דפחות מש"פ. בזה נראה דמצי אמר קים לי דבאמת לא מצינו דין זה דבכלי פחות מש"פ יהי' הב"ד נזקקין רק בר"ן ז"ל והגאונים והרמב"ם ז"ל לא נקטי הדין רק לענין שבועה ואפשר דאיירי בגווני דמחויב בהשבה כנ"ל. אך סתימת דבריהם לא משמע כן גם נראה דכשאינו רוצה לישבע על כפירת כלי פחות מש"פ לא מצינן למיחת לנכסיו כמו בכל שבועה דאורייתא דהא לא נוכל לגבות רק ממונו וזה פחות מש"פ דאין נזקקין. רק הדין כמו בהיסת וא"כ מצינו ש"ד דלא נחתינן לנכסי כנ"ל. אך י"ל דמשמתינן לי' עד שיחזיר לו כלי דלא שייך קושית הש"ס נקטי' כו' לגלימא כו' כדאמר פ' שבועת הדיינים דהא דין ש"ד למיחת לנכסי ולענין תורת כלי נזקקין. עוד י"ל דהוי כהוזקקו לש"פ דגומרין על פחות מש"פ כיון שנזקקו לשבועה על גוף הכלי ושפיר נחתינן לנכסי אף על פחות מש"פ כנ"ל. וראיתי אח"כ הרשב"א שהביא רמב"ן שכן דעת מקצת רבותינו הצרפתים ג"כ דבעי ש"פ בכלי. ומזה נראה שהאמת כפי' הש"ך בדברי תוס'. וכן הבינו סמ"ע וב"ח. שוב ראיתי בכה"ג סי' כ"ה דגם בחיוב שבועה מצי אמר קים לי כמיעוט נגד הרוב ע"ש:

(יד) **אם יש בכפירה ב' מעין חייב ואם לאו פטור**. לכאורה כמו דמחלקינן (סי' פ"ז) בהילך בין כמערים או כמודה דחייב כשרואין שהוא כמערים לפטור משבועה במה

שאומר הילך חייב. וא"כ כמו דאמר בש"ס פ"ק דב"מ גבי חצי שלי אי נימא דפטור משבועה אערומי קא מערים דאי אמינא כולה שלי בעינא אשתבועי כו' ע"ש (ד"ח). וא"כ חזינן דגם בהודאה שייך שמודה מחצה כדי לפטור משבועה. וא"כ גם לענין ב' כסף כשמודה פרוטה יותר שלא ישאר הכפירה ב' כסף דשייך גם כן כמערים שמודה הפרוטה לפטור משבועה וממילא יש לחייבו כנ"ל. אך מסתימת הפוסקים נראה דבכל גווני פטור. וי"ל דלא אמר התם בש"ס איערומי כו' רק דא"א לפטרו מטעם משיב אבידה. דא"כ יהי' טענה זו טובה יותר ואין כאן מיגו וא"א לפטרו משא"כ בזה מ"מ אין כאן כפירה ב' כסף. ובהילך י"ל משום שהוא דבר נוסף על ההודאה מה שנותנו מיד חשבינן לנתינה זו שמערים כמאן דליתא ומחייבינן לי' על ההודאה שבועה כאלו לא נתנו משא"כ כאן שמודה וע"כ צריכין לחייבו שבועה ע"י הודאתו ואיך נחשוב מקצת הודא' כמאן דליתא ומקצת להודאה לחייבו שבוע' וכמו בחד דבור דלא פלגינן דבורא. ואף היכא שהודה מקודם או העידו עדי' על מקצת שנשאר עדיין ב"כ והוא חזר והודה עוד פרוטה עד שלא נשאר ב"כ דבזה שפיר י"ל כנ"ל שהוא כמערים ומחייבינן על ההודאה שמקודם. מ"מ י"ל דלא מיחייב דהא מה שמחייבינן אותו שבועה הוא שאנו אומרי' שחייב הכל א"כ הודאתו אמת מה שהודה. ובאמת הודה מה שחייב ואיך נחייבו הא לא נשאר בכפירה ב' כסף כיון דעל השאר הודה מה שחייב והי' ראוי לו להודות ול שייך ערמה רק בהילך שלא הי' מוכרח לעשות כן ליתן מיד או בהודאה קודם לתביעה משא"כ בהנ"ל ושפיר פטור בכל גווני:

ויש להסתפק למאי דאמר בש"ס פ' שה"ע מנין לתובע את חבירו ק' וחייב נ' שלא יאמר אכפרנו בב"ד שלא אתחייב לו שבועה ויגלגל עליו ממקום אחר כו' דאסור מדבר שקר תרחק ע"ש. אם הדין כן כשתבעו ק' והוא חייב לו פחות ב' כסף ומתירא שיתחייב שבועה ויגלגל עליו אם רשאי להודות פרוטה יותר כדי שלא ישאר הכפיר' ב"כ ויפטר משבועה כיון שמודה לחובתו. או שייך גם בזה מדבר שקר תרחק שמחויב לומר האמת דג"כ גורם לעוות הדין כיון שחייב שבועה אם יטעון האמת. ואף דאדם רשאי להודות שחייב היינו שרשאי לחייב עצמו בדבר שאינו חייב ג"כ. אבל כאן אם הי' הב"ד יודעין שכופר החיוב של התובע ב' כסף רק שמתחייב לו עכשיו בפרוט' הי' שפיר חייב שבועה דאין זה שנותן לו מתנה עכשיו מגרע הכפירה. וא"כ מה שיפטרו אותו מהשבועה הוא רק מצד שנתפוס הודאתו לאמת שחייב וזה שקר ושייך בי' כנ"ל:

וקצת ראי' דשרי ממה שכ' תוס' ב"מ (י"ב ע"ב) אהא דכותבין שטר ללוה בלא מלוה דהא דלא חיישינן למחזי כשיקרא משום שהוא לחובתו לא שייך מחזי כשיקרא ע"ש. וגם

כאן כן כיון שהוא לחובתו כנ"ל. ומ"מ אינו מוכרח דשם אין חילוק בין מצד נאמנות או שמתחייב דרשאי להתחייב וליכא שקר משא"כ בזה דנפטר רק מצד נאמנות כנ"ל. אך להפוסקים דאודיתא אינו קנין רק מצד נאמנות דהאמינה תורה כק' עדים וא"כ מוכח דשרי מדיהיב עצה בש"ס (ב"ב קמ"ט) לאיסור גיורא דלודי דהני זוזי דר' מרי כו' והא יסמכו ע"ז מצד נאמנות. ובאמת אינו כן ושם ג"כ מפסיד בהודאה זו לרבא שהי' נפקד. וע"כ כיון דרשאי לעשות בשלו מה שירצה והדין דהודאה כק' עדים רשאי להודות אף שאינו כן דהא מה שיסמכו הב"ד יהי' כדין דבאמת הדין דהודאה כעדים כנ"ל. וכן בזה רשאי להודות דאינו גורם כלל לעוות הדין דכיון שיודה בפרוטה יפסקו כדין דהא ההודאה מהני כק' עדים והוא רשאי להודות בשלו אף שמגיע הפסד לזה ולא שייך מדבר שקר תרחק כנ"ל:

סעיף ד

הא דבעינן כפירת ב' מעין. דוקא מ"ם אבל כופר בכל ועד אחד מכחישו אפילו לא כפר אלא בפרוטה חייב:

(**טו**) **הנה** תוס' שבועות (ד"מ) תמהו על זה דכמו דקרקעות ושטרות דלא אימעוטי ג"כ רק מכלל ופרט דכסף או כלים ואעפ"כ פטרינן גם בעד א' וע"כ ילפינן מהדדי א"כ גם לענין כפירה ב"כ אף דכתיב במ"מ נילף גם עד אחד. ולכך רצו לדחות דין זה מהלכה דזה דוקא שמואל לטעמי' דסגי בכפירת פרוטה משא"כ לרב באמת גם בעד אחד בעי כפירה ב"כ ע"ש. ובכתובות פ"ח תירצו דיש חילוק בין מין המחייב שבועה ע"ש. ואינו מובן היטב החילוק כיון דמ"מ מעטי' קרא משבועה ואי ילפינן מהדדי נילף גם לב"כ ואי לא ילפינן מנ"ל למעט קרקע ג"כ. ונראה לע"ד לישב בפשיטות דלשון הש"ס ג"כ תמוה דאמר אבל העדאת עד א' כו' אף בפרוטה חייב דכ' לא יקים כו' אבל קם לשבועה ותנן כל שב' מחייבין ממון כו'. והא בירושלמי הקשה והרי קרקע והרי קנס כו' ומשני שניא הוא שאין נשבעין על הקרקע כו' ופי' הר"ן ורא"ש דהכלל הוא רק היכא דשייך חיוב שבוע' אז כל שב' מחייבין כו' משא"כ בהנך שאין נשבעין. וא"כ גם לענין ב' כסף י"ל כן דכיון דעל פחות מב' כסף לא חייבה התורה שבועה לא שייך כללא כו' ומה ראי' מייתי מהא דכל מקום כו'. וצ"ל דהראי' דאל"כ למה לי' הכלל דכל, מקום כו'. ודוחק. ועוד דצריך לטענת ספק לדידן ונראה דלכאורה כיון דבכל מקום חשוב פרוטה ממון ולמה נשתנה לענין שבועה שיצטרך יותר. אמנם י"ל הטעם פשוט דהא אין ב"ד נזקקין על פחות מש"פ אף היכא דחייב כמ"ש רא"ש ב"ק פ' הגוזל ואין להם תורת ב"ד ע"ז. והא ודאי דאם תובע מחבירו שטר שעל כמה פרוטות ואינו שוה למכור כ"א פחות מפרוטה

מחמת הספק אם יבא לגובייא דג"כ אין ב"ד נזקקין דמ"מ אינו שוה פרוט' וא"כ אין לדמות כלל שבועה לשאר דברים דאף דכשמביא עדים נזקקין על פרוטה להוציא מיד זה דזה הוא ש"פ. אבל מה שיחייבו הב"ד שבועה שהוא על הספק אם האמת כדברי הנתבע אי לא א"כ לגבי הב"ד ספק זה אינו כלל שוה פרוטה והטלת הבירור ע"י שבועה לא הוי ידעינן כלל מסברא על כמה שיהי' כמו ש"פ בודאי דהא חיוב שבועה חשיב בש"ס פ' שה"ע רק דבר הגורם לממון דשמא ישבע א"כ מה שזה תובע שהב"ד יחייבו שבועה להנתבע וזה הגורם לממון אינו ש"פ וגלי קרא דדוקא כשהכפירה ב' כסף אז השבועה שעל ב' כסף זה הספק חשוב להשביע עליו שזה הוא כמו ש"פ בודאי ונזקקין להשביע כנ"ל. ובזה נתישב לי פי' המשנה שבועת הדיינים הטענה ב' כסף דמה ענין להזכיר בזה שבועת הדיינים כמו שתמה הרשב"א ז"ל וגם עד א' הוי שבועת הדיינים ע"ש. ולמ"ש מיושב דמזה הטעם בעי ב"כ לפי שהוא שבועת הדיינים דכ' ונקרב בעה"ב אל האלקים דצריך דין ב"ד ופחות מב"כ בשבועה הוי כפחות מש"פ בודאי שאין נזקקין וקי"ל ישיבת הדיינים בפרוטה כנ"ל. אמנם בעד אחד דכ' תוס' בכמה דוכתי דלא מהני מיגו נגדו משום דהוי כשני עדים כל זמן שלא נשבע דכ' לא יקים כו' דקם לשבועה והוי כב' עדי' שמחויב ממון כל זמן שלא נשבע והוי כמיגו במקום עדים כו' ע"ש ב"ב פ' חיה. וא"כ מיושב שפיר הטעם דבעד אחד אף בפרוטה חייב שביעה דהא הוי כב' עדים ויש כאן ודאי חיוב ממון כל זמן שלא נשבע נגדו דאמרינן דאומר ודאי אמת כב' עדים ושפיר נזקקין על פרוטה. ושוב ממילא מחייבינן לי' שבועה ג"כ דהוי כהך דר' קטיל פ' הזהב דאם הוזקקו לש"פ גומרין אף על פחות מש"פ וכן כאן דכל זמן שלא נשבע הוי ודאי חיוב והוי פרוטה ונזקקין וממילא מחייבין שבועה ג"כ דגומרין אף על פחות כנ"ל. ומדוקדק שפיר לשון הש"ס אבל העדאת עד אחד אפילו פרוטה דכ' לא יקים כו' ותנן כל מקום שב' מחייבין כו' והיינו דהוי כב' כל זמן שלא נשבע וממילא חייב שבועה על כפירת פרוטה כמו שנזקקין בב' להוציא וכמו ב' כסף בשבועת מ"מ כנ"ל:

ומיושב ממילא קושית תוס' דבקרקע ושטרות דמיעט קרא משבועה ודאי דאין חילוק בין מ"מ לעד אחד דאין שום טעם כלל לחלק משא"כ לענין ב' כסף. ואפשר להעמיס זה בכוונת תוס' בין מין שאינו מחייב שבועה כו'. ומיושב דעת הפוסקים והרמ"א פ' כן סעיף שאח"ז דבשבועת שומרין בעינן ב' כסף ע"ש. ולכאורה אין טעם לחלק בין עד אחד לשבועת שומרין דג"כ לא בעי הודאה כמו בעד א'. ולמ"ש א"ש דדוקא בעד אחד שייך טעם הנ"ל משא"כ שבועת שומרין לא עדיף כלל משבועת מ"מ שג"כ אינו אלא ספק ובעי שפיר ב"כ כנ"ל:

עוד י"ל דהנה בעד אחד על פרוטה בהלואה דמחייב שבועה כשכופר. אם מודה בחצי פרוטה יהי' פטור מתשלומין וגם משבועה דאין כאן כפירה רק חצי פרוטה ואין נשבעין וחצי פרוטה לאו בר השבה הוא ולרוב הפוסקים הטעם דמחיל לי' א"כ אינו חייב כלום לגמרי וא"כ למה יתחייב שבועה בכופר הא אית לי' מיגו שהי' מודה חצי חצי פרוטה והי' פטור. דבשלמא במודה מקצת וכופר ב' כסף ליכא מיגו שהי' מודה עוד חצי פרוטה ולא הי' כפירה ב' כסף דז"א דהא הי' ההודאה פרוטה וחצי והיו נזקקין גם על החצי פרוטה ואין כאן מיגו כיון דהי' צריך לשלם יותר. אבל בעד א' דכשהי' מודה חצי פרוטה הי' פטור לגמרי שפיר המיגו כנ"ל. ואף להך תירוץ תוס' ב"ב הנ"ל דלא אמרינן מיגו נגד העד לפטור משבוע'. מ"מ בידו עדיף ממיגו דאמרינן גם נגד חזקה אלימתא כמ"ש ר"ן קדושין פ' האומר ע"ש וכאן עדיין בידו להודות עוד ויהי' פטור כנ"ל. אמנם לא קשה דהא לדברי העד שחייב לו פרוטה שלימה א"כ לא מחל כלל ובמה שמודה ואומר שלא לוה רק חצי פרוטה ומחל לו אינו חייב כלום אף אותו חצי פרוטה. וא"כ בזה גופי' מכחיש העד על כל הפרוטה ושפיר יש כאן כפירת כל הפרוטה וכמו שטוען בפירוש פרוטה הייתי חייב ומחלת לי והעד מעיד שלא מחל דהי' כפירה לחייב שבועה וכן בהנ"ל הוי ממילא הכפירה שהעד מעיד פרוטה ולא מחל כלל והוא אומר חצי וממילא מחל ושפיר יתחייב שבועה ואין כאן מיגו כנ"ל. והנה אם נימא דבעד א' בעי ג"כ כפירה ב' כסף א"כ יקשה ג"כ כנ"ל דאית לי' מיגו שהי' מודה חצי פרוט' דגם חצי פרוטה מגרע שיעורא דב"כ כמ"ש לעיל ס"ק ד' והי' פטור משבועה וממין דבשלמא מ"מ שיש הודאה אינו מיגו דהי' חייב גם הח"פ כנ"ל משא"כ בעד אחד כנ"ל. וע"כ ג"כ כנ"ל דגם אם הי' מודה חצי פרוטה הי' כפירה דחייב שבועה. אמנם לרב דבעי כפירה ב"כ דכסף אתי לכפירה דכ' עלה ונקרב כו' אל האלקים כו' דהשבועה תהי' על ב"כ דוקא ולכך צריך דוקא כפירה ב"כ כמ"ש הראשונים ז"ל. וא"כ נראה דהי' פטור כה"ג כשמודה חצי פרוטה דנהי דהוי כטוען מחל מ"מ השבועה אינו אלא להכחיש העד על פחות מב"כ חצי פרוטה דכשנשבע על ב' כסף פחות חצי פרוטה שלא לוה ממילא הוי מחילה על חצי פרוטה הנשאר וא"כ אין כאן כפירה להשביע עליו רק ב' כסף פחות חצי פרוטה ואין כאן שבועה כנ"ל. וא"כ שוב אף שכופר לגמרי כל הב' כסף יהי' פטור במיגו הנ"ל שהי' מודה חצי פרוטה. וא"כ אי אפשר לחייב שבועה רק בתובעו והעד מעיד על ב' כסף ופרוטה. ושוב אינו דומה למודה במקצת דשם סגי בכפירת ב"כ ובעד אחד אם נאמר דבעי ב"כ ממילא יצטרך ב"כ ופרוטה כנ"ל. וכיון שמ"מ אינו דומה שוב סגי בפרוטה כמ"ש תוס' להדיא כתובות פ"ח לשמואל כיון דע"כ לא ידמה לגמרי למ"מ לא ילפינן וחייב בפרוטה ע"ש. וממילא לרב

א"א לומר שיהי' דומה כנ"ל ושפיר שוב סגי בפרוטה. ודוקא לשמואל הי' ק' דלא שייך כנ"ל דהא עכ"פ טענה מב"כ יהי' אף שיודה בחצי פרוטה. אבל לרב בל"ז לא קשה כנ"ל. משא"כ לענין שטרות וקרקעות שפיר ילפינן שבועה דעד א' ממ"מ לפטור דאין טעם לחלק כנ"ל:

(**טז**) **אלא בפרוטה חייב**. הסמ"ע כתב דלרמב"ם והגאונים בעד א' בכלי פחות מש"פ ודאי מחייב שבועה דלא גרע ממ"מ עכ"פ. והב"ח והט"ז חלקו עליו דדוקא במ"מ גלי קרא דיצאו כלים למה שהן משא"כ בעד א' דלא גלי אמרינן דפחות מש"פ אינו ממון. והש"ך ז"ל ס"ק ד' השיג על ב"ח וכ' שאין מקום לדבריו דהא כיון דבמ"מ חייב שבועה על כפירת מחטין ע"כ דחייב אלו הודה או באו עדים שחייב לו כלי שאינו ש"פ ולמה לא יחייב עד א' שבועה ע"ש. ולכאורה באמת אין טעם לדבריהם כלל. אמנם נראה לע"ד דהם מפרשים דברי הגאונים ורמב"ם ז"ל דמודים שאין ב"ד נזקקין להוציא אף כלי שאין בו ש"פ דסתמא אמרינן בכל דוכתי ישיבת הדיינים בפרוטה ומה"ט לא כ' הרמב"ם וש"ע ה' גזילה וה' דיינים דכלי פחות מש"פ יהי' דינו כש"פ רק כאן. רק דסוברים דחיוב השבה יש לעולם גם על פחות מש"פ כיון דאסור לגזול כל שהוא דח"ש אסור מה"ת כמ"ש הה"מ ריש ה' גזילה. וממילא גם בהלואה ופקדון פחות מש"פ מחויב להחזיר מה"ת כדי שלא יגזול חצי שיעור רק שאין לנו דין ב"ד על פחות מש"פ להיות נזקקין להוציא וסוברים דכשיש עליו חיוב ממילא כשכופר יש לחייבו שבועה כיון דאם יודה יתחייב אף שאין לנו דין ב"ד לכופו וכן משמע קצת בראב"ד פ"א מטוען גבי חבלות ע"ש. רק דפחות מש"פ נתמעט מכסף דאין להשביע על כפירה והודאה פחות מפרוטה. ולכך בכלים דיצאו למה שהן שפיר חייב שבועה על כפירת מחט ואף דגם אם יודה לא נהי' נזקקין לכופו דלענין זה אין חילוק בין כלי לשאר דברים. מ"מ הא עכ"פ יהי' עליו חיוב לשלם ורמי שבועה עלי' דלודי. וזה גלי קרא דוקא במ"מ לשבועה זו יהיו נזקקין משא"כ בשבועת עד א' דכללא כל שב' מחייבין ממון כו' היינו דוקא ש"פ שיש תורת ב"ד שהוא ממון משא"כ פחות מש"פ אף שהוא כלי מ"מ כאן דלא. גלי אין הב"ד נזקקין כלל להשביע על פחות מש"פ דגם בב' לא היינו נזקקין להוציא ולא עדיף עד א' לשבועה מב' לממון כנ"ל:

ונראה לי שגם הרמב"ן הביא כן בדברי הגאונים כמ"ש ס"ק א'. וכן מורה לשונו הובא ברשב"א שכ' א"כ מצינו לעתים ישיבת הדיינים פחות מש"פ בטענו ב' מחטין ע"ש ומה לו להזכיר ב' מחטין הא גם במחט א' נזקקין ע"כ כיון דכלי הוי כש"פ דמחייב שבועה על כפירת מחט א' ע"כ שאם יודה יתחייב כמ"ש הש"ך. וע"כ דמפרש כנ"ל וקושיתו

הוא דא"כ דגלי קרא עכ"פ במ"מ דנזקקין להשביע א"כ מצינו ישיבת הדיינים בטענו ב' מחטין ומוד' בא' דנזקקין ב"ד להשביע על מחט א' כנ"ל. אך א"כ לא הי' עולה מה שמקשה הרמב"ן אח"כ דאין אשה מתקדשת בכלי שאינו ש"פ וקנין כו' דהא בזה לא גלי קרא כנ"ל. ונראה דקושיתו בדרך את"ל ועוד דאף אי נימא דכלי לעולם דינו כשוה פרוטה לכל הדברים משום דחשוב ואז אין קושיא מישיבת הדיינים דאין כלי נכלל כלל בכלל פחות מש"פ דילפינן מהכא דלעולם חשוב ש"פ ע"ז הקשה דא"כ גם בקדושין וקנין יועיל בכלי שאינו ש"פ וע"כ דדוקא הכא גלי אבל לכל הדברים הוא בכלל פחות מש"פ ושוב נשאר הקושיא דמצינו ישיבת הדיינים בפחות מש"פ כיון דגם כלי נקרא פחות מש"פ. וזה מדוקדק בלשון רמב"ן ז"ל למעיין שם. וא"כ ממילא למאי דמסיק הרשב"א ז"ל שאין אשה מתקדשת בכלי שאינו ש"פ וכן קנין לאו מתורת כסף ושאני הכא שהוציאן הכתוב למה שהן ע"ש א"כ נשאר הפירוש בדברי הגאונים דדוקא בזה גלי קרא. והוא כדברי הב"ח וט"ז כנ"ל. אך בר"ן ז"ל משמעות לשונו כהש"ך שכ' דלדעת הגאונים כי אמרינן דאין ב"ד נזקקין לפחות מש"פ דוקא בממון אבל בכלי נזקקין ע"ש הגם שיש לדחוק בדבריו דכוונתו דבכלי משכחת לה דנזקקין במודה במקצת לענין שבועה כנ"ל. אך פשט לשונו אינו מורה כן רק דלעולם כלים יש להם דין ש"פ להיות נזקקין להוציא. וכן מלשון הרמב"ם ז"ל בסף או כלים כל הכלים הן ככסף ע"ש פ"ג מה' טוען:

אמנם למאי שסובר הב"ח ז"ל בעצמו לעיל סי' פ"ז גבי אתנן דאינו חייב שבועה היכא דכרת או מיתה פוטרתו מתשלומין ע"ש הובא בש"ך (ס"ק נ"ח). והא קי"ל דחיובא רמי עלי' היכא דקם לי' בדרבה מיני' דאתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו רק שאין ב"ד יכולין להוציא מידו, וכיון דסבר דכה"ג לא מחייב שבועה כיון דאם יודה לא יהי' ב"ד נזקקין להוציא אף שחייב. א"כ לא הי' אפשר לו לפרש דברי גאונים כאן רק בהש"ך ז"ל דאל"כ למה יתחייב שבועה על כפירת כלי כיון שלא יהיו נזקקין וע"כ דנזקקין כנ"ל. אך מ"מ יש לישב דבריו דסובר דשייך שבועה אף שאין ב"ד נזקקין. רק התם בחייבי מית' כיון דאמרינן כדי רשעתו דאין יכולין לחייבו ב' רשעיות א"כ גם החיוב שבועה אין הב"ד יכולין לחייבו דחיוב שבוע' הוי כממון כמ"ש רא"ש ז"ל פ' כ"ה. וחיוב שבועה שהב"ד יחייבו אותו א"א כיון שחייב מיתה אין יכולין לחייבו כנ"ל. אבל אם הי' אפשר לחייבו שבועה הי' שפיר חייב אף שגם אם יודה לא יהיו נזקקין להוציא כיון דמ"מ חייב. ולכך שפיר כאן דגלי קרא דנזקקין לשבועה שפיר משבעינן בכל אף דאין נזקקין להוציא כנ"ל כיון דחייב עכ"פ משא"כ בעד א' דלא גלי:

אך א"כ הי' נראה כהש"ך ז"ל למ"ש ס"ק א' דמוכח מש"ס ב"מ נ"ה הא הדיוט לא כו' והרמב"ם ריש ה' גזילה דגוזל פחות מש"פ אינו מחויב להחזיר כלל וכן מבואר בהלכות גדולות ב"ק וש"ס סנהדרין נ"ז דלכתחלה אסור לגזול כ"ש דצערא בשעתא אית לי' אבל בתר הכי מחיל ע"ש. וא"כ הא קי"ל דכופר בפקדון נעשה גזלן מיד בש"ס ב"ק פרק הגוזל. וא"כ כיון דלא אמרינן עיקור פרשיות וקרא איירי בפקדון במודה מקצת וא"כ בכלים כשכופר פחות מש"פ כבר גזלו בכפירתו ואיך נחייבו שבוע' הא גם כשיודה עכשיו לא יהי' חייב בהשבה כלל דכבר מחיל לי' ומה ענין להשביעו כיון דאם יודה יהי' פטור. ומוכח כדברי הש"ך ז"ל דגבי כלי דין ממון עליו ויצטרך להחזיר כשיודה או יש עדים כנ"ל. אך אין זה ראי' דהא קי"ל היכא דלא נקיט לי' בידי' בשעתא דכפרי' לא נעשה גזלן דאישתמיט עד דאזילנא ומייתינא לי' כדאמר בש"ס שם (ק"ה). וא"כ שפיר יש לחייבו שבועה על הכפירה עדיין לא גזלו כלל בכפירתו דמישתמיט. וממילא כשיודה יהי' חייב להחזיר הפקדון ושלא לגזלו כיון דאסור לגזול פחות מש"פ. וכן בהלואה פחות מש"פ כיון שהוא בכלל עושק כשאינו משלם כמבואר בטור סי' שנ"ט ג"כ חצי שיעור אסור. וכשמודה אסור לו לעשוק ויש עליו חיוב לשלם. דדוקא כשכבר גזלו או עשקו מחיל לי' משא"כ במלוה או בפקדון כשעדיין לא גזלו לא מחיל על שלו עדיין והוא מחויב. והא דדייק ב"מ נ"ה מהא דאת אשר חטא מהקדש ישלם לרבות פחות מש"פ הא דהדיוט לא. והא גם בהדיוט דומיא דהקדש כשאינו בר מחילה חייב. י"ל דמרבה בהקדש דכופין והב"ד נזקקין וא"ש דפריך אר' קטינא. דלכאורה מאי פריך נהי דהדיוט לא מ"מ א"ש דנזקקין היכא דחייב בהשבה כמו בג' אגודות דפ' הגוזל ולהנ"ל א"ש דמוכח דאף הדיוט היכא דמחויב אין נזקקין דזה עיקר המיעוט הא הדיוט לא אף דומיא דהקדש דחייב מ"מ אין נזקקין כנ"ל. וממילא י"ל שפיר כדברי הב"ח וט"ז. אך משמעות דברי הר"ן כהש"ך: **אמנם** נראה לי דלהר"ן ז"ל ודאי י"ל כדבריהם. דהוא כתב על המשנה סוף ש"ה אהא דאין נשבעין על העבדים וקרקעות כו' ותמה כתמיהת תוס' הנ"ל דלמה לענין קרקע וכה"ג אף דכתיב במ"מ ילפינן מינה עד א' ולענין ב' כסף לא מדמינן אהדדי ואף בפרוטה חייב בעד א'. ומסיק דהטעם הוא דזה ודאי כללא דכל שב' מחייבין ממון כו' אך בקרקע ושטרות דאימעוטי שומרין ויש חילוק ביניהם לשאר ממון אף בב' עדים שמעידים עליו שפשע או נגנב דבשאר ממון חייב ובקרקע ושטרות פטור וכשם שהורע כוחן של ב' עדיה בהן לענין תשלומין אם פשע כך הורע כוחו של עד א' לשבועה ואי אתה יכול להטיל בו ריעות' אחר' בעד א' רק שלא יהי' חייב שבועה ולכך פטור משא"כ בב' כסף דאף בפחות אין ריעותא בב' שפיר מחייב שבועה מכללא דכל שב' כו' ע"ש. וא"כ בכלי

פחות מש"פ נהי דהוי כש"פ כל זמן שהוא בעין דחשוב אבל כשפשע או נאבד דאז הוא תשלומי ממון ופטור דאינו שוה פרוטה דהתשלומין לאו כלי הוא וא"כ לא שייך בהו דין שומרין וא"כ אף שהכלי בעין וכופר אין עד א' מחייב שבועה דלא שייך כל שב' מחייבין ממון כו'. דהא זה הממון דפחות מש"פ בכלי הוי ממש כמו קרקע דגם בב' הורע כחו משאר ממון שאינו חייב עליו בפשיעה ודין שומרין ואם מעידים ב' שפשע הי' פטור במחט. ושוב אין עד א' מחייב שבועה דממון זה דפחות מש"פ שפיר הורע כחו בב' ג"כ וממש כמו בקרקע ושטרות. דדוקא בפחות מב' כסף והוא שוה פרוטה שייך טעם הר"ן ז"ל. משא"כ בכלי ממילא פטור משבועה דעד א' וכהב"ח וט"ז הנ"ל אף דלא מטעמייהו. אולם למ"ש לעיל ס"ק י"א דבכלי שאינו ש"פ להגאונים חייב בפשיעה להחזיר כלי אחר לא שייך טעם הנ"ל. אולם אין זה מוכרח. והאחרונים שתפסו בפשיטות דאינו חייב בפשיעה. לא הי' להם לדחות דברי ב"ח וט"ז כנ"ל. אך אפשר דע"כ לא קאמר הר"ן ז"ל רק בקרקע דמצינו שהורע לענין שומרים וגם הורע לענין שבועה במ"מ תלינן דמשום זה פטרה תורה משבועת מ"מ בשביל שהורע כו' ולכך פטרינן גם עד א' דאינו בכלל כל שב' כו' דדוקא בממון טוב שלא הורע כו'. אבל כלי פחות מש"פ דאף דהורע בפשיעה מ"מ לא הורע בשבועה דמ"מ. ודוחק:

אך לתוס' כתובות דחילוק בין מין המחייב שבועה ובין קרקע שהוא מין הפטור ע"ש. א"כ י"ל דגם כלי אף דפחות מש"פ מ"מ הוי מין המחייב שבועה. ועמ"ש לעיל ס"ק א' לחלק בין שכירות דג"כ יש בו פחות מש"פ גופו ממון. עוד הי' נראה כהב"ח וט"ז דאיך נאמר כמ"ש הש"ך דגם בכלי פחות מש"פ שייך כל שב' מחייבין ממון דנהי' נזקקין משום שהוא כלי וחשוב אף שאינו ש"פ כמ"ש הר"ן ז"ל ולכך עד א' מחייב שבועה. והא קי"ל דמה"ת בעי עדות שאתה יכול להזימו ואל"ה לא הוי עדות כלל ולהש"ך ז"ל סי' ל"ג גם מדרבנן בטל עשאאי"ל. וא"כ כאן בכלי שאינו ש"פ אין מועיל ב' עדים דהוי עשאאי"ל דאם יוזמו לא ישלמו כלל דנגדם אינו כלי רק תשלומין ופחות מש"פ לאו ממון ואין נזקקין ועדים זוממין קנס דכשאין ב"ד נזקקין אין חיוב כלל עליהם אף לצי"ש דאשר ירשיעון אלקים כתיב. וא"כ לא מהני כלל עדותם על כלי פחות מש"פ אף דכלי חשוב כפחות מש"פ מ"מ אין עדותם מועיל מה"ת כיון דלא ישלמו בהזמה כנ"ל שיהי' פחות מש"פ. וממילא אין עד אחד מחייב שבועה מה"ת ולא שייך כל שב' מחייבין ממון כו'. ואין ראי' ממודה מקצת דהודאה שפיר מהני ואם יודה נהי' נזקקין משא"כ עדות עדים כנ"ל. ואף דלכאורה גם בשוה פרוטה ג"כ יהי' אצל העדי' כשיוזמו על כל אחד חיוב דפחות מש"פ דמשלשין בממון ולא יהי' נזקקין. אך ז"א דכיון דהאי כולא הזיקא

עביד והאי כולא כו' מחויב כל אחד כל הפרוטה ועדיף משותפין שלוו פרוטה דמבואר בירושלמי הובא בר"ן ורא"ש סוף פ' שהפ"ק דהי' חייבין קרבן שבועה. ואף אי נימא דיש חילוק דלהפ' בב' שלוו שעל מחצה הם ערבים וא"כ בקנס כיון שעל חצי פרוטה אין הב"ד מחייבין ושוב אינו כאן חיוב הגוף וממילא אין כאן חיוב ערבות ממילא וכמו בהך דב' יב"ש שמכר אחד לחבירו בש"ס בכורות פ' י"ב וש"ע סי' מ"ט. וממילא אף שיש על כל א' חצי פרוטה חיוב הגוף וחצי ערבות פטור לגמרי דכיון שאין חיוב הגוף בפחות מש"פ בקנס כיון דאין ב"ד נזקקין ממילא אין כאן ערבות ואין כאן רק פחות מש"פ ופטור. מ"מ לא קשה חדא די"ל דאם יהי' נזקקין יהי' ממילא חיוב על שוה פרוטה שיהי' גם הערבות כנ"ל. שוב שפיר נזקקין דלא אמרינן אין נזקקין לפחות מש"פ רק היכא שגם אם יהי' נזקקין לא יהי' רק פחות מש"פ משא"כ בהנ"ל. ועוד דאף אי נימא דאין נזקקין גם כה"ג ואינו רק פחות מש"פ חיוב הגוף כנ"ל. מ"מ הא אמר בש"ס מכות ה' דהטעם דאין משלשין במכות וחייב כל אחד מלקות ומיתה כמו שרצו לחייב הנידון ובממון משלשין ולא אמרינן שישלם כל אחד הכל כיון דקאי על כל אחד קרא דועשיתם לו כאשר זמם כו'. ואמר הטעם משום דממון חזי לאיצטרופי ועכ"פ נוטל הנדון הכל אבל אי לא"ה הי' חיוב על כל אחד מהעדים לשלם הכל ע"ש. וא"כ בפרוטה דאי נימא שאין על כל א' רק חצי פרוטה לא ישלם כלל שוב לא חזי לאיצטרופי ויכול לתבוע מכל א' הכל וכמו במלקות. ונהי דסגי כשמשלמין ביחד פרוטה משום דמצטרף מ"מ כל שאין משלמין לא שייך לפשרו משום דהוא רק חצי פרוטה דיש חיוב על כל אחד על כל הפרוטה. וודאי דעדיף משנים שלוו להפוסקים דהוי כקבלן על מחצה הב' דבעדים כיון קאי אכל א' ועשיתם כו' הוי כל א' כלוה על הכל ויכול לתבוע מאיזה שירצה וכנ"ל. ושפיר עד א' מחייב שבועה בפרוטה מה"ת דשייך כל שב' כו'. אבל בדין הנ"ל במעידי' על כלי שאינו ש"פ דבזה ודאי יהי' נגדם כשיוזמו רק תשלומין דפחות מש"פ דאין נזקקין ואין חיוב ממילא בקנס ולא הוי עדות מה"ת וא"כ ממילא אין אחד מחייב שבועה בכלי שאינו ש"פ כנ"ל. ואף להפ' דלא כש"ך רק דמדרבנן לא בעינן בממון עדות שאתה יכול להזימו כמו דלא בעי דו"ח. מ"מ שוב אין ללמוד מכללא דכל שב' מחייבין ממון כו' דהכלל קאי אדאורייתא. ועכ"פ גרע מקרקע להר"ן ז"ל דמשום דהורע כח ב' עדים לענין תשלומי שומרין דפטור אין אחד מחייב שבועה ע"ש. והא התם לא הורע כלל עדותן של ב' עדים לענין הנאמנות רק דאף דנאמני' פטור מגזה"כ בשמירת קרקע וא"כ אינו ענין כלל לשלא יהי' עד אחד מחייב שבועה במה שחייב מלגרע נאמנותו דהא שפיר ב' מחייבין ממון במה שחייב ואעפ"כ כ' הר"ן דאינו בכלל כל שב' בשביל שגרוע כו'

ומכש"כ בממון זה דכלי פחות מש"פ דב' אין מחייבין כלל דמה"ת עדותן בטלה שאאי"ל ואף דמהני מדרבנן מ"מ עכ"פ ממון זה הורע כחו שאין ב' מועילים בו לחייבו מה"ת. וי"ל דאין אחד מחייב שבועה אף מדרבנן. אך יש לדחות דכיון שעדות זה מהני מדרבנן לחייב ממון מהני ממילא עדות א' לחייב שבועה וכמו עד שא"י החקירות דמהני מדרבנן לחייב שבועה אף שלא הי' מועיל ב' מה"ת. ואינו מוכרח דבזה הריעותא בממון זה שלא יועיל ודמי לקרקע כנ"ל עוד יש לדחות הנ"ל דכמו שכ' תוס' ריש מכות לחד תירוצא דבעדות דבן גרושה דחשוב עדות שיכול להזימו דיתקיים הזמה במלקות ע"ש. וכן בהנ"ל כיון דלא ישלמו שהוא פחות מש"פ ממילא יהי' לוקין כדקי"ל בחובל דאף דבפירוש ריבתה תורה חובל לתשלומין מ"מ הכהו הכאה שאין בה ש"פ לוקה ע"ש פ"ג דכתובות. וכן בזוממין כיון דאין ש"פ ילקו וחשוב יכול להזימו לחד תירוצא. אולם לתי' הב' שם בתוס' מכות לא שייך הנ"ל. ולמ"ש לעיל דכה"ג בשומרין צריך לקנות כלי ולהחזיר לו ממילא י"ל דגם בזוממין יהי' כן כיון שהם א' מכ"ד נזיקין בריש ב"ק דכולן כאבות כו' ומחויב בהשבה וכיון דבממון הוא רק דאיתרבי דש"כ ככסף וכאן דבפחות מש"פ לא יקיימו השבה יהיו מחוייבין להחזיר כלי ולקנות כנ"ל:

גם י"ל כיון דנהי' נזקקין כשימצאו זוממין להחזיר הכלי לנדון דלזה הדין הוי כפרוטה שכלי בעין חשוב ש"פ כנ"ל. ממילא יהי' כהוזקקו לש"פ דגומרין אף על פחות מש"פ ונהי' נזקקין גם על העדים אף על פחות מש"פ. אך אינו מוכרח דכיון שהם ב' אנשים אינו בכלל שאם הוזקקו לזה שיהיו גומרין גם נגד זה כנ"ל. גם הא הרא"ש ז"ל ב"מ פ' הזהב פוסק דלא כר' קטינא דאף גמר דין בעי פרוטה ע"ש וטור וש"ע לעיל סי' ו':

והנה בתומים כ' דבעד אחד אין מקום לדברי הב"ח רי' וט"ז דאטו ההודאה מחייב הא הכפירה חייב וכיון דסגי במודה במקצת בכפירת כלי שאינו ש"פ גם בע"א חייב רק בשבועת שומרין איכא לאסתפוקי דכיון דהשבועה על טענת ספק ושמא בכלי שאינו ש"פ לא חייבה התורה שבועה ע"ש. ובאמת נראה ממש להיפוך דבשומרין הא עכ"פ לדעת רוב הפוסקים דבעי ב' כסף והסכים רמ"א כאן לדבריהם וגם המחבר סי' רצ"ה וא"כ קאי קרא דכסף או כלים גם על שבועת שומרין דלא אמרינן עיקור פרשיות כו' וא"כ ממילא ודאי דחייב שבוע' גם בכלי שאינו ש"פ דיצאו כלים למה שהן כיון דאין חילוק וקאי אשומרין כמו אמודה במקצת ועכ"פ צריך לישבע שאינו ברשותו. משא"כ בשבועת עד א' דלכל הפוסקים לא צריך רק פרוטה ולא קאי עלה קרא דכסף או כלים איכא לאיסתפוקי כמ"ש ט"ז דלא גלי קרא בזה דכלי יהי' חשוב באינו ש"פ כמבואר בדברי ט"ז. ומה שכ' הט"ז גם בשומרין היינו לדעת הרמב"ם והפוסקים דבשומרין לא

צריך ב' כסף וג"כ לא קאי קרא אש"ש ואז י"ל ג"כ דלא מהני כלי שאינו ש"פ כנ"ל. והי' נראה לי דלדעת הש"ע ורמ"א כשתובע לשומר חפץ ש"פ וכלי שאינו ש"פ חייב ממ"נ שבועת שומרין אי לא בעי ב' כסף א"כ חייב על החפץ ש"פ. וישבע בגלגול על הכלי דפרוטה וחצי חייב כנ"ל. ואי צריך ב' כסף גם בשומרין שוב חייב בכלי שאינו ש"פ דקרא דכלים קאי ג"כ עליו וחייב ש"ש על הכלי וע"י גלגול על החפץ וגם בלא גלגול חשוב ב' כסף כיון דתובע גם כלי כנ"ל. זולת לדעת הרא"ש ורמב"ן דגם במ"מ בעינן בכלי ש"פ כנ"ל אז פטור על שתיהם אי בעי ב"כ בשומרין ועל הכלי פטור שאינו ש"פ. אבל לדעת הש"ע חייב כנ"ל:

והטעם שכ' בתומים לחלק בין השבועות דש"ש גרע שבא על הספק אין לזה טעם דהא חזינן במ"מ ודאי בעי ב"כ ובש"ש להרבה פ' אף בפרוטה חייב. ומה בכך שהוא ספק הא ע"ז חייבה תורה. וגם עדיף דודאי הי' ממון של זה בידו. ואם בתורת פירכא שאין ללמדו ממודה במקצת. גם שבועת עד א' יש לו גריעותא ממ"מ כדאמר ריש ב"מ מה לפיו שכן מחייבו ממון ואי אין מחלקין בין השבועות גם ש"ש אין לחלק. גם מ"ש לרמב"ם דמה"ת סגי בב' פרוטות ע"ש ודאי ליתא דהא אמר קרא מסייע לשמואל וע"כ צ"ל דמה"ת עכ"פ טענה ב"כ בעי ולא יתישב עדיין דברי רמב"ם ע"ש. גם מבואר כל הסוגיא שהוא מה"ת:

והנה אף שאין הכרע מ"מ מסברא נראין יותר דברי סמ"ע וש"ך ז"ל. דאין סברא לומר שבמודה במקצת דאין נזקקין הב"ד להוציא גוף הממון ויהי' נזקקין להשביע וע"כ דגלי בכלי דנזקקין גם להוציא. וממילא שייך בעד א' כל שב' כו' וגם הא הר"ן כ' להדיא דנזקקין להוציא בכלי וגם ריטב"א ב"מ הובא בשיטה מקובצת פ' הזהב דבכל דבר בעין נזקקין בפחות מש"פ ע"ש א"כ שייך. כל שב' כו'. ועוד דזה נגד הסברא דבמ"מ דצריך כפירה ב' כסף סגי בכלי אף שאינו ש"פ ובעד אחד דסגי בפרוטה לא יועיל בכלי שאינו ש"פ. וגם ק"ו הוא ויש להכניס פירכא הנ"ל בתוך הק"ו ואינו מוכרח. ולדינא דידן אין נ"מ כ"כ בזה דבל"ז אין להשביע מספק בין בעד א' ובין בש"ש בכלי שאינו ש"פ דהא לרמב"ן ורא"ש ודאי צריך ש"פ גם בכלי ולא עדיף משבועת מ"מ מדגלי כו' ואף דלכאורה אינו מוכרח גם לדעת רמב"ן ורא"ש דהא גרסי מה כסף דבר חשוב אף כלים ומזה יליף דבעי בכלי שיהי' ש"פ. וא"כ דוקא במ"מ דמקרא דכסף או כלים כו'. משא"כ בעד א' דלא קאי קרא הנ"ל ממילא מחייב שבועה בכלי. אך ז"א דלשיטתו גם בב' עדים ובהודאה ג"כ אין נזקקין כלל בפחות מש"פ אף בכלי ולא שייך כל שב' מחייבין ממון כנ"ל. וממילא אין עד א' מחייב שבועה. ומ"מ אף למ"ש לעיל ס"ק י"ג דיש לפסוק כהש"ע דחייב שבועה במ"מ בכלי שאינו ש"פ. מ"מ בעד א' ובש"ש יש לצרף דעת ב"ח וט"ז הנ"ל דסוברים דגם

להגאונים ליכא שבועה כנ"ל ובשומרין כשתבעו חפץ ש"פ וכלי פחות מש"פ נראה ג"כ דיש לחייבו שבועה כמ"ש ממ"נ לפי פסק הש"ע כהגאונים ז"ל דבזה אף להב"ח וט"ז חייב שבועה לדעת הגאונים כנ"ל. ובעד אחד כה"ג שתבעו ש"פ וכלי שאינו ש"פ ויש עד על הכלי דשפיר הי' ב' מחייבין דהוזקקו לש"פ וגומרין גם בפחות. מ"מ לב"ח וט"ז לא מחייב שבועה כיון שלא היו ב' מחייבין מצד עצמן לא קרינן כל שב' כו' גם השבוע' מצד עצמה לא סגי בפחות מש"פ כנ"ל:

סעיף ה

שבועת השומרין גמי אינה צריכה ב' כסף אלא אפילו הפקיד אצלו פרוטה או ש"פ וטען שאבדה נשבע וכל פחות מש"פ אינו ממון ואין ב"ד נזקקין לו. (וי"א דבשבועת שומרין נמי בעינן ב' כסף וכן נ"ל עיקר):

(יז) **אינה צריכה ב' כסף.** הוא דעת רמב"ן ורי"ן מגא"ש ז"ל דכיון דקי"ל עירוב פרשיות לא קאי קרא דכסף או כלים רק אשבועה דמלוה ולא אש"ש וממילא הוי ש"פ ממון כמו בכל מקום ונשבעין עליו ורשב"א ז"ל פרק ש"ה הביא לשונו דלא בעי ב"כ אלא בשבועה הבאה ע"י כפירה והודאה וכדאמר שמואל ל"ש אלא בטענת מלוה כו' ואע"ג דכ' או כלים כו' בפ' שומרין כתיב אוקימנא דהאי כסף לכפירה דאתי כו'. ויש שדחו כו' ותדע דהא גם בעד אחד בעי מ"ט דאמר קרא כו' אלמא אי לאו קרא הוי גמרינן משאר שבועות. ומ"ש דכסף לכפירה אדרבה בשלמא אי הוי כ' בהודאה הי' שייך לחלק בש"ש דלא בעי הודאה אבל כיון שכ' בכפירה מה חילוק בין ש"ש ע"ש. ובאמת דברי ר"י הלוי תמוהים במ"ש דכסף דאתי לכפירה וע"ש מ"ש רשב"א ז"ל. ונראה פי' דבריו דהא תני במשנה טענה ב"כ ומפרש רב כפירת טענה והיינו כמ"ש רב האי גאון ז"ל דטענה נקרא שזה טוען כך והלה כופר ואין בכלל זה הודאה. ולכך מפרש דכל קרא דכי יתן איש כסף כו' קאי על הטענה דהיינו שטוען כך והלה כופר. ולכך סבר הר"י מג"ש דהא דממעטינן קטן מקרא דכי יתן איש ג"כ לא אימעוט ש"ש דלא צריך טענה. ולכך כ' כיון דמוקי כסף לכפירה ממילא ע"כ מפרש קרא על הטענה וע"ז ממעטינן דלא חשוב טענ' רק ב' כסף להשביע משא"כ שומרין דלא בעי טענה אינו בכלל זה כלל. ולא קשה גם קושיא הב' מדבעי מ"ט בעד אחד דדוקא לשמואל דקרא כפשטי' על הנתינה אין שייך לחלק משא"כ לרב דקאי רק על כפירת הטענה. או דהר"י מג"ש לטעמי' דצריך גם בעד אחד טענה דוקא ופריך שפיר מ"ט בעד א' משא"כ בשומרין דלא צריך טענה. או דדוקא לס"ד פריך שפיר דיהיו כל השבועות שוות כמו במ"מ דבעי ב"כ ונגמר מינה משא"כ למה דמסיק דבעד א' סגי

בפרוטה שוב יש למילף יותר שומרין מעד א' ממודה במקצת דשתיהן שוות דלא בעי הודאה ולדידן בשניהן לא בעי טענה כנ"ל:

ובאמת הרשב"א דחה כל טענות הרמב"ן ז"ל דעיקר ראייתו דלא אמרינן עיקור פרשיות וקרא קאי גם, אפקדון דהא כופר הכל פטור גם בפקדון וקאי כי הוא זה על הפקדון ג"כ. ודחה רשב"א דודאי קאי גם ופקדון אבל רק אטענה דשייכא במלוה היינו שכופר אמקצת הד"ם או החזרתי. אבל טענה דשייכא רק בפקדון דהיינו נאנסה אזה ודאי דלא קאי כי הוא זה דהא קי"ל דלא בעי כפירה במקצת כו' וממילא לא קאי עלי' כסף או כלים ג"כ ע"ש. ודבריו מוכרחים וכן פירשו תוס' ב"ק ק"ז השי"ס אבל גבי פקדון כו' ע"ש:

ותמהני שהה"מ פ"ג מה' שכירות כ' בשם הרשב"א דבעי בש"ש ב"כ והב"י סי' רצ"ה סמך ע"ז להלכה. וברשב"א פ' ש"ה מבואר להיפוך שפוסק כהרמב"ם ורי"ן מג"ש דלא בעי ב"כ ע"ש. וצ"ע. גם למ"ש תוס' ב"ק ריש פ' מרובה ד"ה למה. דהא דדריש כלל ופרט מכסף או כלים כו' אלו לא נאמר על כל דבר פשע קאמר אבל עכשיו אייתר כסף או כלים לב' כסף ע"ש. א"כ אין ראית הרמב"ן ז"ל ראי' מדדריש כי יתן לכלל ופרט קאי אשומרין כו' דהא אלו לא נאמר כו' לא הוי מצריכין ב"כ משא"כ עכשיו דאייתר לב' כסף לא דרשינן כלל ופרט מינה ומצי קאי רק אמלוה. ואדרבה לדבריו קשה קושית הר"ן דאי קאי כסף או כלים אשומרין נמעט פחות מב' כסף ג"כ מדין שמירה כמו דממעטינן קרקעות דהא חד קרא הוא. ומה שתירץ הר"ן ז"ל משום דבש"ש לא כתיב כסף או כלים ילפינן מינה לחיוב שומרין גם בפחות מב"כ ע"ש. וקשה ג"כ דאיך יכולין ללמוד ש"ח מש"ש כדאמר ב"מ פ' השואל. ודלמא חיובא דש"ח בפשיעה אינו רק בב' כסף אף דש"ש בפחות. וצ"ל דסבר שאינו רק גילוי מלתא ועוד קשה דא"כ איך דייק בש"ס ב"ק ריש מרובה דא"כ לכתוב רחמנא היאך פרטי גבי כללא קמא דכסף או כלים כו' ע"ש. והא לר"ן ז"ל אי לא הוי כ' הכלל ופרט רק בש"ח הוי ממעטינן פחות מב' כסף מדין שמירה כנ"ל ולהרשב"א ור"י הלוי א"ש הכל דלא קאי אדין שומרין כלל קרא דכסף או כלים. גם י"ל דלטעמייהו אזלי דכלים למה שהן בפחות מש"פ וא"כ לא מצי קאי אשומרין דכשאינו בעין פטור. ורא"ש ורמב"ן דסברי דבעי פרוטה ולכך מפרשים אשומרין כנ"ל. ויש לדחות כמ"ש לעיל. ובאמת סתימת הש"ס (שבועות מ"ה) במפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים דמשמע כמה שהפקיד. ולרא"ש ז"ל מפקיד פחות מב' כסף א"צ להחזיר בעדים דיהי' מהימן נאנסה בלא שבועה. וכן ב"מ פ' המפקיד דאמר סתמא שומר שמסר לשומר חייב משום את מהימנת לי בשבועה כו'. ולהנ"ל בשומר על פחות מב' כסף פטור כשמסר לשומר דלא שייך את מהימנת לי בשבועה כו' ורבא סתמא קאמר וכן

מהא דפריך קדושין מ"ג אי סבר מלוה בעדים צריך לפרעו בעדים הני נוגעין כו' דלמא מיירי וכן בדיני ממונות בפחות מב' כסף דמצי אמרי נאנסה ולא בעי שבועה דהא לא אתי לאשמעינן רק דנעשה עד ומצי איירי בגווני שאין נוגעין וצ"ל משום דסתמא אמר בדיני ממונות כנ"ל:

סעיף ו

(**יח**) **שבועת היסת גמי משבעינן אותו אפילו על שוה פרוטה**. הוא דעת ר' האי ורמב"ם ז"ל אבל הר' ישעי' ור"ן והמרשום חולקין דבעי ב' כסף דכל דתקנו כעין דאורייתא ואין בש"ד פחות מב"כ רק בעד א' מקרא דלא יקים כו' וכ' ב"י אם לדין יש תשובה דהא בשומרין לא בעי ב"כ, כו' ע"ש. וא"כ למאי שהכריע בש"ש דצריך ב"כ למה יהי' היסת עדיף. וצ"ל דסמך אועוד דכ' כיון שהוא כדי להציל העני סברא דבכל גווני תקנו בש"פ כיון שהוא ממון ע"ש:

ולע"ד נראה מוכח דעת רש"י ותוס' דלא בעי בהיסת ב"כ. דאמר בש"ס ב"מ כ"ו ע"ב ראה סלע שנפל מב' חייב להחזיר דלא מיאש דאמר אינש אחרינא לא הוי כו' ופירש"י דישביעינו היסת שהוא טענת ברי ואח"כ אמר רבא הא דאמרת בג' אינו חייב לא אמרן אלא דלית בי' שוה פרוטה לכל א' אבל אית בי' אימור שותפין נינהו כו ומבואר להדיא דאיירי שהוא רק ב' פרוטות ואעפ"כ יוכל להשביעו היסת בב'. וגם תוס' לא דחו פירש"י רק משום דלא ניתקן עדיין היסת. אבל עכ"פ מבואר שמודים דשייך היסת בשוה פרוטה כנ"ל. וכן מבואר ברא"ש שם גם כן דישביעו היסת. ועיין לעיל סי' ע"ה ס' י"ז לענין טענת ברי שהוכיחו מדברי רש"י הנ"ל מרדכי והג"מ ואגודה דחשוב ברי וע"כ דסוברים ג"כ כנ"ל. ולמ"ש ש"ך שם יש לדחות גם זה י"ל דמטעי טעי. אך דעת פוסקים שם אינו כן ע"ש וגם מוכח מירושלמי קדושין הובא בתוס' מ"ג ע"ב הדא דתימא בקדשה בשטר אבל בכסף נוגעין כו' ופי' התוס' לבתר דתקון היסת ע"ש והא קדושין בפרוטה ומוכח גם כן דיצטרכו לישבע היסת כנ"ל. שוב מצאתי בקצה"ח ג"כ ראי' זו. וי"ל לר"ן ז"ל דהם נוגעין דאם יאמרו אהדרינהו וידע שמשקרים שמא יתבע אותם יותר ויצטרכו לישבע היסת. אך ז"א דהא מצו אמרי נאנסה ולא יתחייבו ש"ש בפחות מב"כ ורק הטעם משום דעכשיו עכ"פ חייבין היסת והא עכשיו אין כאן ב' כסף ופטורין ונוגעין לא הוו וע"כ דחייבין גם עכשיו היסת כנ"ל. אך יש שפירשו שם פי' אחר בהא דנוגעין כשקידשה בכסף אף קודם דתקון רבנן היסת. גם יש לפרש משום דמקדש בלא עדים לא מהני שוב צריך עדותם לגוף הדבר והם נוגעין כנ"ל:

סעיף ז

אין מודה מקצת חייב עד שיודה ממין הטענה כיצד תבעו כור חטים או כור תבואה והודה לו בלתך קטנית פטור אכל תבעו כור פירות והודה לו בלתך קטנית חייב שהקטנית בכלל פירות:

(**יט**) **ממין הטענה** כו'. ילפינן בש"ס מדכ' כי הוא זה כו'. וקשה למה לי' קרא הא כיון דקי"ל דפטור משעורין ג"כ או משום מחילה או משום הודאה א"כ אין כאן מודה במקצת כלל ואף אם הי' ממין הטענה שמודה נ' הייתי חייב לך ומחלתם לי לא הי' מ"מ וכיון דבזה אמרינן מסברא ע"כ דמחל לו דהא זה לא מוכח מקרא וא"כ שוב לא צריך קרא לפטרו משבועה כנ"ל. וכן קשה במ"ש תוס' ב"ק (ל"ה) ושבועות (מ') דר"ג דמחייב ולא ממעט מכי הוא זה מודה ג"כ דפטור משעורין רק שבועה מחייב והוכיחו כן דאל"כ מנ"ל לרב"נ דפליגי רבנן בהא אר"ג ע"ש. וקשה ג"כ איך יתחייב שבועה כיון שאין כאן הודאה במקצת כלל. והי' נראה מזה כדעת רש"ל ביש"ש ב"ק דההודאה והמחילה הוא כשמודה זה שעורין והתובע אינו משיב גם שעורין יש לי בידך אז הוי המחילה אבל לא קודם מהתביעה דחטין לחוד ע"ש. וא"כ כמו דקי"ל לענין דבר שבמשקל כיון דבשעה שיצאה הודאה מפיו הי' פטור לא מחייב, אח"כ ממילא לענין חיוב ג"כ כיון דבשעת הודאה דשעורין הי' חייב עדיין רק רגע אח"כ מחל לו וכבר נתחייב שבועה על הכפירה ולא מיפטר במה שמחל לו אח"כ על השעורין להיות פטור משבועה שכבר נתחייב כנ"ל. ולכך אינו פטור רק מקרא דבעי ממין הטענה לחייב שבועה. ואף דמבואר במשנה סוף פ' כ"ה השביעית משמטת את השבועה ופי' הר"ן ז"ל בהודה מקצת וכפר מקצת דאף דאין משמט מה שכפר מ"מ כיון דמשמט מה שהודה שהשבועה בא מחמתה שוב נפטר מהשבועה ע"ש. ואף דכבר נתחייב בהשבועה משעת הודאה. ונימא גם בזה כן כיון דמחל על ההודאה אח"כ יפטור גם מהשבועה. אך ז"א דהתם ממעט לי' מקרא דבר השמטה דגם דבור משמט. ואדרב' משמע דאי לאו קרא הי' חייב. והר"ן ז"ל הוצרך לטעם זה משום דהא שבועת השותפין כשאינו משמט גוף הדבר גם השבועה אינה משמטת וא"כ כיון דאינו משמט מה שכפר לא ישמט גם השבועה ע"ז כ' הטעם כיון דהשבועה באה משתיהם מכפירה והודאה והמקצת דהודאה משמט שפיר משמט גם השבועה מקרא דדבר השמיטה ולא דמי לשבועת שותפין שכל השבועה באה מדבר שאינו משמט כנ"ל. אבל במחילה ודאי כיון דכבר הודה מקצת ונתחייב שבועה אף שמוחל אח"כ אותו מקצת מ"מ השבועה לא מחל וכמו אי לאו קרא התם. ואף דיש לדחות דשם מיירי שכבר נגמר הדין וחייבוהו ב"ד שבועה צריך קרא משא"כ במוחל קודם גמר דין. זה אין

סברא כדפריך בש"ס פ' כל הנשבעין דבעי לחלק בין עמד בדין לענין אין אדם מוריש שבועה כו' ודחו אטו ב"ד מחייב לי' שבועה מעידנ' דשכיב איחייב לי' שבועה כו' ע"ש. וכן בזה משעתא דאודי איחייב לי' שבועה כנ"ל:

אמנם לשאר פוסקים דמשמע דלא כרש"ל רק מיד כשאומר חטין הוי מחילה קשה כנ"ל דלא התחיל הודאה במקצת כלל. וגם להרש"ל מ"מ לא א"ש רק לטעמ' דמחילה אבל לטעם הודאה שכ' תוס' דהוי כהודה שאין בידו שעורין עדיין קשה דנהי דההודאה הוא אחר שזה הודה שעורין מ"מ הא קי"ל דהודאת בע"ד מטעם נאמנות שנאמן על עצמו. וכ' רש"י ז"ל קדושין פ' האומר דילפינן מכי הוא זה דמחייב הודאתו שבועה והא ודאי דאם מתחייב עצמו במקצת לפנינו במה שאינו חייב לא מחייב שבועת מ"מ רק מטעם נאמנות. וא"כ כיון דמאמינים להודאת תובע יותר מהודאת הנתבע כדפסק לעיל סימן ע"ה גבי ודאי לי שאינך חייב לי כו' וא"כ ממילא בהודה מקצת ואח"כ מודה התובע שאין זה חייב לו אותו המקצת ותובע השאר ודאי דלא מחייב הלה שבועת מודה במקצת אף דכבר נתחייב מ"מ הא אינו מטעם מחילה שמוחל עכשיו רק דמאמינים להתובע שבאמת אין זה חייב לו ולא הי' הודאת הנתבע כלום אף שהי' מחייב בדבר שאינו חייב אין זה מחייב שבועה כנ"ל. וא"כ ממילא מודה התובע שזה פטור משבועה דמ"מ ומהני הודאתו יותר מהודאת הנתבע ופטור משבועה. וא"כ ממילא כאן נהי דלהרש"ל הוי ההודאה אחר הודאתו של זה מ"מ פטור כיון שמודה עתה שאינו חייב לו שעורים לא הוי מ"מ וממילא פטור משבועה אף אם הי' ממין הטענה ולא צריך קרא לפטרו משום שאינו מין הטענה. ועוד דאף לטעם דמחילה יש להסתפק כיון שהמחילה הוא מיד תוך כ"ד להודאתו של זה וכיון דקי"ל תוך כ"ד כדבור דמי חשוב כאלו לא הי' כאן הודאה כלל וכאלו נפטר מיד בשעת הודאה. וזה יש להסתפק בכל מודה מקצת ומוחל לו הלה תוך כ"ד, על מקצת שהודה אי חייב שבועה על השאר כנ"ל. ולכאורה מוכח ממשמעות הפוסקים וש"ס אין לך בידי אלא נ' זוז והילך פטור דמשמע אף שהודה ותוך כ"ד נותן לו ואומר הילך פטור ולא אמרינן דכבר נתחייב בהודאתו שבועה קודם שאמר הילך לא יועיל לפטרו וע"כ כיון דתוך כ"ד נתבטלה ההודאה ונעשה ממנה כפירה פטור. וכן בזה כיון דתוך כ"ד מחל לו ונתבטלה ההודאה פטור. אך נרא' דלא דמי דהתם אמרינן הוכיח סופו על תחלתו שמיד בשעת הודאה הי' בדעתו ליתנו כיון שהוא תוך כ"ד בידו. ועוד דהא יכול לחזור מהודאתו תוך כ"ד וא"כ חוזר בזה שאומר הילך. משא"כ מחל לו שלא הי' בידו בשעת הודאה שימחול לו זה והי' הודאה גמורה שחייבתו שבועה ושוב לא יפטור במה שמחל לו זה אח"כ ונשאר החיוב שבועה כנ"ל. אך לטעם הודאה קשה כנ"ל.

ואף לטעם מחילה להרש"ל מ"מ לרשב"ג פ"ב דחולין ל"ט ע"ב דסבר דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו גם בזה עכ"פ כשאחר שהודה זה שעורין לא אמר שעורין יש לי בידך הוכיח על תחלתו שמחל מיד כשתבעו חטין. ויש לדחות משום דאז הי' דברים שבלב שאינן דברים דלא הי' אומדנ' דמוכח בשעה שתבעו חטין לרש"ל ז"ל ולא הי' מהני אז אף שמחל. אך משמע שם דגם כה"ג אמרינן הוכיח סופו וכאלו הי' מוכח אז. וכן יש להוכיח מהא דקדשה בגזל דידה דאמרינן מדקבילתיה אחילת' בשדיך ע"ש:

ונראה דצריך קרא בט"ח והל"ב ואח"כ אומר גם שעורין יש לי בידך כדבריך אבל איני שואלם עתה דמבואר לקמן ס' י"ד דחייב בשעורין ואעפ"כ פטור מש"ד משום דקדמה הודאה לתביעה ע"ש. וכל זה הוא עכשיו דממעטינן מקרא דהודאה שאינ' ממין הטענה לא הוי הודאה לחייב שבועה א"כ שפיר פטור דמה שהודה שעורין הי' קודם התביעה דשעורין ואף שהי' תביעה דחטין זה אינו מין הטענה. אבל אי לאו קרא וה"א דלענין שבועה הוי הודאה אף שאינו ממין הטענה א"כ הי' שפיר חייב כה"ג דלא מקרי קדמה הודאה לתביעה דהא הי' תביעה דחטין קודם הודאה דשעורין. וכיון דהא חייב לשלם לו באמת שעורין דלא מחל והודה הי' חייב שבועה וצריך קרא לפטרו בשביל שאינו מין הטענה לא הוי הודאה לחייב שבועה כנ"ל. או באומר בפירוש מיד בשעת תביעת חטין שאינו מוחל שאר תביעות רק שאינו תובעו עתה אלא חטין והלה מודה שעורין דהי' שפיר הודאה לחייב ומעטי' קרא משום שאין ממין הטענה כנ"ל. וגם ר"ג דמחייב שבועה היינו גם כן רק בכה"ג דחייב שעורין והוי הודאה רק שיפטור משום שאין מין הטענה ע"ז פליג אמיעוט דכי הוא זה דחייב. אבל בגוונ' דפטור א"כ אין כאן הודאה כלל ופטור גם לר"ג וסבר רבה בר נתן שפיר ככ"ע שאינו ענין כלל לפלוגתא דרבנן ור"ג דע"כ איירי בגוונ' דחייב שעורין כנ"ל. ולא קשה קושית תוס' שבועות מ' וב"ק דע"כ פליג ר"ג ע"ש. ואפשר להעמיס זה בלשון תוס' שבועות שכ' א"נ אע"ג דמיפטר מדמי שעורין אף לר"ג אפ"ה חשוב לי' הודאה ע"ש. דהיינו אף דפטור היכא דשייך מחילה והודאה וחשוב כדבר אחר לגמרי מ"מ חשוב הודאה היכא דלא מחל והודה לחייב שבועה דגם זה מקרי הודאה מהתביע' לענין חיוב שבועה. אבל אין הכוונה היכא שפטור דאז אין כאן הודאה כנ"ל. ודוחק. ובזה מיושב מה דאמר בש"ס שם לימא מסייע לי' טעמא דט"ח הא חטין ושעורין חייב כו' ולתירוץ תוס' שם דרב"נ דייק דפטור לגמרי משמע אף מדמי שעורין כו' ע"ש א"כ מאי ראי' מייתי הא קמ"ל דפטור לגמרי גם משעורין דבתבעו שתיהן ודאי חייב שעורין ולא מיפטר רק משבועה כנ"ל. ולמ"ש א"ש דע"כ מדר"ג מחייב לא איירי פלוגתייהו רק בגוונ' דחייב בשעורין ופליגי לענין שבועה ושפיר הוי לי' למתני

חטין ושעורין לרבותא כנ"ל. ולשיטת הרמ"ה ז"ל דמשום משטה א"ש טפי דממעט קרא בעומד בהודאתו דחייב שעורין ואעפ"כ מיפטר משבועה כיון דאינו מין הטענה כו' ואף בחוזר ואומר משטה א"ש פלוגתייהו דהא בהא תלי'. דהטעם דמצי הדר בי' אף שהודה בב"ד מבואר מדבריו דדוקא הודאה שע"י תביעה אמרינן הודאת בע"ד כו', משא"כ שלא ע"י תביעה ע"ש ולקמן בש"ך ז"ל וסי' פ"א, והטעם הוא כיון דכ' רש"י ז"ל פ' האומר דילפינן הודאת בע"ד כק' עדים מקרא דכי הוא זה דמחייבתו הודאתו שבועה ע"ש. וא"כ דוקא הודאה שאחר התביע' דמחייב שבועה הוי כק' עדים משא"כ הודאה בלי תביעה דאינו בכלל כי הוא זה דהא לא מיחייב שבועה ולא ידעינן דהוי הודאה כלל כנ"ל. וא"כ שפיר פליגי ר"ג ורבנן דלר"ג דאף הודאה שאינ' מין הטענה מחייב שבועה והוא בכלל כי הוא זה ממילא גם דמי שעורין חייב ולא מצי הדר בי' לומר משטה כמו בהודאה שע"י תביעה כנ"ל ורבנן דפטרי משבועה ואינו בכלל כי הוא זה ממילא אינו הודאה כלל ומצי אמר משטה ושפיר סבר רב"נ כרבנן דתליא בהא כנ"ל. ושפיר צריך קרא למעוטי דאל"ה הי' הודאה גמורה כנ"ל:

(כ) **תבעו כור פירות והודה כלתך קטניות חייב** ולכאורה משמע דה"ה איפכא בתבעו כור קטניות והודה לתך פירות סתם דג"כ חייב כנ"ל. אמנם נראה דבמחלוקת הוא דהרמב"ן ז"ל כתב הובא בראש ריש פ' ש"ה דטענו שוה והודה בדוקא חייב ודייק לה מהא דכור פירות דהוי שוה והודה קטניות שהוא דוקא וכ"כ הר"ן. והרא"ש דחה די"ל שוה ודוקא ב' מינים הן רק בפירות הטעם דקטניות בכלל פירות והוי מין הטענה כו' ע"ש. וא"כ לרמב"ן ור"ן ז"ל הטעם בתבעו פירות סתם משום דהוי כטענו שוה כו'. וא"כ כיון דפסק בטענו דוקא והודה שוה דפטור ע"ש. א"כ להיפוך בטענו קטניו' וכה"ג ומודה פירות סתם ודאי דפטור כיון דמדמי לה לשוה כו' הוי טענו דוקא והודה שוה כנ"ל. ולהרא"ש ז"ל אינו מוכרח דכיון שמחלק דפירות וקטניות לא הוי כלל מינים חלוקין ולא דמי כלל לשוה ודוקא א"כ י"ל דגם טענו קטניות והודה פירות סתם דחייב כנ"ל. ומהתימה שלא ביארו כלום. ואין לומר דכיון שמשיב על טענתו קטניות גם להרמב"ן כשמודה פירות סתם מסתמא מודה ע"ז שתבעו ז"א דהרמב"ן דייק מהא דדינר זהב זהוב ומודה כסף כו' דאף דשוה פטור ע"ש. דאף כה"ג לא הוי ממין הטענה כו'. דהוי ככופר דבדוקא איני חייב לך כלום רק בשוה היינו לשלם מה שארצה ע"ש:

והנה נראה דבהך דינא דמתניתין כור פירות כו' י"ל ב' פירושים או דהוי כתבעו שוה לרמב"ן ז"ל היינו כאלו אומר יש לי בידך פירות איזה שתרצה לשלם כי כך הי' החיוב לשלם ממין שירצה. וכיון שתבעו פירות סתם ודאי בכל מין שיתן לו כור יהי' סגי. וא"כ

נראה דצריך להיות חצי כור ממין הגרוע שבפירות שוה ב' כסף ואף שקטניות שוה יותר מ"מ כיון דחשבינן הטענה סתם על מין הפחות שיכול ליתן לו צריך להיות מין הפחות שוה ב"כ החצי כור שכופר. וכן בתובעו כור תבואה סתם ומודה לתך חטין צריך דעכ"פ יהי' לתך תבואה הגרוע שכופר שוה ב"כ ולא מהני מה שחטין שוה יותר. ולכאורה צריך ג"כ שיהי' כור שעורין או שאר מין הגרוע שוה יותר מלתך חטין ב' כסף. דאל"כ כיון דמודה לתך חטין והוא לא תבעו רק מין הפחות וחטין שוה יותר אין כאן כפירה ב"כ. אך אפשר דגם הלתך חטין שמודה א"צ ליתן לו חטין רק לתך ממין הפחות דלעניין זה הוי תביעתו מחילה והודאה שאינו חייב לו כלום בדוקא רק איזה מין שירצה ואף הפחות וכמ"ש רמב"ן בטענו דוקא ומודה שוה כו' ונהי דחשוב ממין הטענה כיון דבידו ליתן מה שירצה מ"מ ע"ז חשוב הודאה ומחילה שאינו חייב לו דוקא חטין כנ"ל. וא"כ י"ל דהוי שוב כפירה כל הלתך וסגי כשיהי' לתך ממין הפחות שוה ב"כ ואף דמודה לתך חטין וחטין שוה יותר מ"מ כיון דא"צ לשלם רק לתך מין הפחות הוי כפירה כל הלתך. ולהרש"ל י"ל דפטור כה"ג כיון דהמחילה הוא אחר הודאתו וא"כ כאן הוא להיפוך דבשעת הודאתו לתך חטין שעדיין לא מחל וא"כ כיון שהי' צריך ליתן חטין ששוה יותר לא הי' הכפירה ב"כ ושוב אף שמחל אח"כ מ"מ כבר יצאה הודאה מפיו בפטור ולא מיחייב אח"כ כיון דבשעת הודאה לא הי' כפירה ב"כ כנ"ל. משא"כ אי דלא כהרש"ל שמיד הוי מחילה בשעת תביעה א"כ מיד בשעת הודאה יש כאן כפירה על כל הלתך וסגי שהלתך ממין הפחות שוה ב"כ כנ"ל:

או יש לפרש שכשתובע כור פירות סתם ג"כ כוונתו על מין א' רק שעדיין לא בירר טענתו על איזה מין הוא וממילא כשזה מודה לו קטניות אמרינן דהוי מין הטענה דמסתמא כיון שהי' הלואה זו קטניות גם טענתו הי' קטניות דכל שאינו מבורר שאינו מין הטענה אמרינן מסתמא דהטענה ג"כ ע"ז. וודאי כשאומר התובע אח"כ שכוונתו הי' על מין אחר דפטור. רק כשאומר דהי' כוונתו ג"כ על קטניות שפיר חייב ולא אמרינן דקדמה הודאה לתביעה כיון שהי' בכלל התביעה קטניות ויכול לברר עכשיו דבריו שהי' כוונתו קטניות וכה"ג. וי"ל דכה"ג אף במין אחר פחות לא יהי' ב' כסף מ"מ כיון דבקטניות יש ב"כ והוא מברר שהי' טענתו כן שפיר אגלאי מלתא שהי' בכפירה ב"כ ולא מקרי יצאה הודאה בפטור כנ"ל. וא"כ גם להיפוך בתבעו כור קטניות ומודה לתך פירות ג"כ צריך לברר דבריו אם הי' כוונתו על מין הטענה או לא. ולכך י"ל דלא כתבו הדין להיפוך דבשלמא לענין תבעו לו סתם פירות אם לא הי' קטניות בכלל לא הי' מהני אף שאומר עתה דהי' כוונתו על קטניות דקדמה הודאה לתביעה כיון שלא הי' בכלל התביעה ולכך דוקא

החיוב משום דקטניות בכלל פירות אבל בהודאה סתם כיון דקי"ל דצריך לברר דבריו א"כ אם אומר אח"כ כוונתו על מין הטענה ודאי דחייב מחמת הודאה דעכשיו ואי אומר דכוונתו על מין אחר י"ל דפשיטא דפטור כיון שהודה סתם פירות נאמן לברר דבריו שהי' כוונתו על מין אחר כיון דאינו סותר הודאתו כלל רק מפרש דבריו כמבואר סי' פ"א וכנ"ל. אמנם מדברי רמב"ן ור"ן ז"ל דמדמי דין הנ"ל לטענת שוה ודוקא נראה כפי' ראשון הנ"ל דאל"ה לא דמי כלל וע"כ דכך הוא התביעה בסתם שיכול זה ליתן איזה מין פירות שירצה. ולהנ"י ב"ק סוף המניח נראה דבתבעו כור פירות סתם הוי כאלו טוען זה אני יודע בודאי שעכ"פ מגיע לי ממך כור פירות רק שאיני יודע מאיזה מין ולכך כל מין שמודה לו זה הוי שפיר מין הטענה וכמו ניזק שמא ומזיק ברי דשם כו'. אך משמע דנ"י לא מפרש כן דהא דייק לה רק מש"ס דניזק שמא ומזיק ברי ע"ש ולא ממתניתין דהכא כנ"ל. ובסמ"ע וש"ך הביאו דברי נ"י הנ"ל. ולכאורה הוא לא כתב כן רק לענין לפטור מדמי שעורין וזה פשוט ומבואר בש"ס שם דודאי לא שייך שהודה או מחל כיון שבעצמו אינו יודע אבל לענין שיהי' חייב שבועה לא מוכח מש"ס דהתם די"ל דכיון דאינו חייב רק כשההודאה ממין הטענה. וגם קי"ל דאין נשבעין על טענת ספק דילפינן מכי יתן איש כו' כמ"ש רש"י שבועות וקדושין כ"ח. וכיון דממעטינן מכי הוא זה חד למ"מ וחד למין הטענה וא"כ לענין זה שתהי' ההודאה ממין הטענה הוי טענת ספק שאינו יודע אם חייב לו כלום מזה המין שמודה לו וי"ל דאין נשבעין ואין ראי' כלל מהנ"י לענין שבועה. ולענין התשלומין לא הי' צריך לסמ"ע להביא הנ"י דפשוט שם בש"ס. אך מ"מ נראה כיון שהי' הלואה אחת א"כ אף שהתובע מסופק אם כור חטין או שעורין הי' מ"מ כשהודה זה חטין שוב יודע הוא שחייב לו כור חטין וטוען ברי ע"פ הודאתו דכיון שהי' הלואתו זו חטין חייב לו כור שלם. ותליא במחלוקת הפוסקים גטין פ' הנזקין ב' כיסים קשורין מצאת כו' אף דלא הי' יודע רק הטענת ברי ע"י הודאתו של זה דלהפ' דחייב ודאי דגם הכא חייב. רק אפילו להפוטרים שם מ"מ כאן דיש עכ"פ תביעה בודאי י"ל דודאי חייב כנ"ל. ואם לתך חטין שוה לכור שעורין י"ל ג"כ דהוי משיב אבידה. ויש לדחות:

סעיף ח

לא תבעו כדבר מסוים אלא אמר לי' שוה ק' יש לי בידך מכל מה שיודה לו חשוב שפיר ממין הטענה שכל דכר הוא בכלל שוה אכל אם תבעו ק' מדבר מסוים והודה לו בשוה חצי מנה לא חשוב ממין הטענה:

(**כא**) **שוה ק'** כו'. ולקמן ס' י"ג כ' בטענו ק' הלויתיך כו' אין לך בידי אלא נ' שנתת אותם דמים בחפץ פלוני כו' י"א דמה שטענו לא הודה כו'. והוא סותר למ"ש כאן. וכתב ש"ך

ז"ל ס"ק כ"ה דדוקא שמודה חפץ שבאחריות התובע אבל אם הוא באחריות הנתבע הוי כמו סעיף ט' בשוה ודוקא דמבואר בש"ס וכל הפ' דחייב ע"ש. ומשמעות הש"ע אינו כן כלל לחלק בין באחריות התובע או נתבע. ולע"ד נראה דאינו ענין כלל לכאן דהנה לשון הרא"ש ריש פ' ש"ה הביא דברי רמב"ן שמעינן מיהא בתובע בדוקא כגון ליטרא זהב כו' ואודי בשוה דא"ל שוה ב"כ כו' לא אמרינן דשוה ב"כ זהב קא' כו' כיון דטענו דוקא ואודי בשוה ה"ק אין בידי כלום בדוקא אלא ב"כ או שויין איזה שארצה אתן לך מיהו בתובע שוה אע"פ שהודה בדבר שהוא דוקא חייב וכן הדעת נוטה דבכלל התביעה ההודאה והיינו סיפא דכור פירות כו' דהא טענה דפירות דומיא דשוה דהא כור מכל הפירות טעין ואיהו אודי בדוקא וחייב. ודחה הרא"ש מ"ש אם תבעו דינר זהב זהוב כו' הא ליתא כיין שתבעו מטבע כו'. ומ"ש בתובע שוה ואודי בדוקא חייב והביא ראי' מכור פירות. אין הנדון דומה לראי' דקטניות נקראין פירות אבל שוה ודוקא ב' מינים הן. אבל נ"ל כדבריו מטעמא אחרינא דכשהתובע טוען שוה כסף מכל מה שיודה לו חשוב מין הטענה דאין לך דבר שאינו שוה כסף אבל כשהתובע טוען דוקא כל מה שישיב אינו מין הטענה כו' ע"ש. ולכאורה הוא הטעם עצמו של הרמב"ן. ובתי"ט הגיה מטעמא האחרינא והיינו מטעם האחרון של הרמב"ן ע"ש בפלפולא חריפתא. ועדיין לא הועיל דאיך סותר דבריו מיד שכ' דשוה ודוקא ב' מינים ואח"כ כ' דחשוב הכל מין הטענה. ונראה לע"ד פשוט דאין צורך להגהה רק דהרמב"ן ז"ל סובר דכשאומר שוה היינו שאינו מגיע לו שום דבר מיוחד רק חיוב ליתן לו איזה דבר שירצה וכמברר דבריו כן. וכמ"ש ס"ק הקודם דכן כתב במשיב שוה דהיינו שאינו חייב לו שום דבר מיוחד כו' וממילא גם בטענו שוה כן הוא וא"כ כשמודה דוקא היינו ג"כ מין חיוב אחר ממה שתובע רק נ' מדבר מסוים ושייך גם בזה טעמא דט"ח והל"ב דהא מודה תובע שלא נתחייב לו מעולם חיוב מדבר מיוחד וא"א להיות נכלל זה בכלל זה ואעפ"כ כ' רמב"ן מסברא דגם זה חשוב ממין הטענה כיון דלענין החיוב הם שוים עכ"פ ותובע שיוכל ליתן מה שירצה גם הדוקא חשוב מין הטענה. והוכיח מהא דכור פירות כו' דמפרש ג"כ כפי' ראשון שכתבתי לעיל דכאלו מברר שהחיוב הי' שיוכל ליתן איזה מין פירות שירצה והלה אודי קטנית וחייב כנ"ל. וע"ז דחה הרא"ש ז"ל דאין ראי' משום דהפי' כפי' הב' דלעיל בהא דכור פירות שאינו תובע רק בכלל כור פירות ואינו מברר דבריו איזה פירות אבל באמת הי' החיוב מין פירות מיוחד וכמ"ש הנ"י סוף פ' המניח שאינו זוכר איזה מין אבל עכ"פ כור פירות חייב לו וממילא כשהודה קטנית הוי ממש מין הטענה דגם קטנית נקראין פירות ובכלל תביעתו הוא ואין ראי' לשוה ודוקא בגווני דכ' רמב"ן דהיינו שטוענו חיוב ליתן איזה

שירצה כמ"ש רמב"ן ז"ל להדיא ומודה חיוב דבר מיוחד דב' מינים הן וא"א שיהי' מכלל התביעה שפיר י"ל דפטור דאינו מין הטענה. ואח"כ כתב הרא"ש דנראה כדבריו מטעמא אחרינא דכשתובע שוה מנה אין הטעם כהרמב"ן דאף שהפירוש שוה איזה שירצה יהי' מין הטענה דז"א רק הטעם דג"כ הוי ככור פירות דג"כ אינו מברר דבריו כלל מה הי' החיוב רק זה תובע בבירור שעכ"פ שוה מנה חייב ואינו יודע מאיזה חיוב הי' אבל עכ"פ הי' מחויב דבר מיוחד כסף או זהב או חטין. וממילא כל מה שיודה חשוב מין הטענה דהכל בכלל שוה כסף דאם מודה כסף וכה"ג אטו אמר התובע שאינו מגיע לו חיוב זה הא גם זה נכלל והוי ממש כמו כור פירות כנ"ל. אבל כשתובע טוען דוקא היינו חפץ מיוחד כל מה שמודה דבר קטן אינו מין הטענה זולת מנורה גדולה כו'. וכשטוענו דינר זהב זהוב ומודה שוה חצי דינר פטור דע"כ הוי דבר אחר ממה שתובע כנ"ל פי' דברי הרא"ש ז"ל. וא"כ מודה הרא"ש בטוען בגווני שכ' הרמב"ן בפירוש שנתחייב לו חיוב לשלם ממה שירצה ומודה בחיוב דבר מיוחד לא הוי מין הטענ' כנ"ל. ופסק בש"ע לגמרי כהרא"ש ז"ל ולכך כאן בתבעו שוה ק' כו' ואינו מזכיר כלום איזה חיוב הי' הוי כמו בכור פירות וכאלו אומר א"י ממה הי' החיוב אבל עכ"פ שוה ק' ולכך מכל מה שיודה נכלל בתביעה והוי מין הטענה. ואינו ענין כלל להא דסעיף י"ג דשם דטענו מנה הלויתיך כו' והלה מודה דבר מיוחד היינו ממש גווני דפליג הרא"ש על הרמב"ן דכיון שמברר החיוב שהי' הלואה והיינו שכך החיוב לשלם מה שיהי' ומודה חיוב אחר מיוחד חפץ פלוני וא"א שיהי' בכלל התביעה שהוא חיוב אחר שפיר כתב די"א שאינו מין הטענה. ובמלוה ופקדון דסעיף י"ט היינו דשם שניהם מעות וכ' הרא"ש פ' השואל הטעם דפעמים שוכח אם מה שנתן הי' הלואה או פקדון וי"ל שהוא אותו הלואה ע"ש. משא"כ מעות וחפץ כשק הש"ע שפיר דפטור ואין חילוק כלל בין הוא באחריות הנתבע או לא. משא"כ כאן דאומר סתם שוה מנה ואינו מברר החיוב כנ"ל:

ובזה נראה לענ"ד נכונים דברי הש"ך ז"ל ס"ק ח' שהוסיף והגיה בלשון הש"ע אבל אם תבעו מנה מדבר המסוים והודה לו שוה חצי מנה מדבר מסוים אחר כו'. ותמוה מאד הא מבואר להדיא ברמב"ן ור"ן דטענו דוקא והודה שוה סתם ג"כ לא הוי מין הטענה וזה עיקר החילוק שלהם ע"ש. ובס' קצה"ח דחה ג"כ דברי הש"ך. ולמ"ש דבריו נכונים דודאי לרמב"ן דשוה הפי' הוא חיוב אחר איזה שירצה שפיר כ' בטענו דוקא והודה שוה סתם דאינו מין הטענה דהא אומר איני חייב לך כלום בדוקא וכמ"ש רמב"ן להדיא. אבל להרא"ש ז"ל דהפי' שוה היינו שאינו יודע איזה חיוב אבל עכ"פ שוה ק' הי' כו' וא"כ גם בטענו דוקא מנה והלה מודה סתם שוה נ' ודאי דחייב כמו שהי' אומר איני

יודע איזה חיוב אבל עכ"פ שוה נ' הי' החיוב דנכלל בכלל התביעה ואינו יודע כלל אם הוא חיוב אחר והוי כא"י אם חטין או שעורין שפ' בש"ע ס' י"ז דחייב שעורין ולכך הוסיף ש"ך ז"ל שפיר דדוקא בהודה דבר מדבר מסוים אחר שוה חצי מנה היינו שעכ"פ יהי' חיוב אחר שלא בכלל התביעה ולרא"ש ז"ל אין ראי' מהא דדינר זהוב שכ' הרמב"ן דבדינר זהוב כשמודה שוה ב' כסף עכ"פ בודאי אינו דינר זהוב ולא נכלל ופטור כנ"ל משא"כ בתובעו ק' ומודה שוה נ' כנ"ל. ומיושב הכל דלכך סמך בש"ע דין זה דשוה להא דכור פירות. ולקמן בהך דט"ח כתב במנה הלויתיך כנ"ל. וזה פשוט לע"ד לא כמו שנדחקו האחרונים:

ובש"ע שלא סיים כהש"ך ז"ל רק והודה שוה חצי מנה ולא הזכיר מדבר מסוים אחר. י"ל משום דלא פסיקא לי' כהרא"ש נגד הרמב"ן ור"ן להוציא ולחייב שבועה ולכך בדין הראשון בטענו שוה ואודי דוקא בזה לכ"ע חייב דאם שוה הפי' כרמב"ן. דהחיוב כך איזה שירצה א"כ מוכח בש"ס דחייב מהא דכור פירות. ואם הפי' כהרא"ש שאינו מברר כו' א"כ ודאי חייב. אבל להיפוך בטענו דוקא ואודי שוה להרמב"ן ור"ן פטור אף בסתם דהפי' הוא חיוב אחר ואף דלהרא"ש חייב מ"מ פסק סתם דפטור דאין לחייב מספק. ולקמן ס' י"ג בק' הלויתיך והלה אומר דבר מיוחד דזה להיפוך לרמב"ן מוכח דחייב דהפי' שוה כן הוא חיוב אחר ולהרא"ש פטור כנ"ל. ג"כ פוסק הש"ע דפטור דאין לחייב מספק נגד דעת הרא"ש ז"ל כנ"ל. וכן נראה לע"ד לדינא כפסק הש"ע כאן ושם ואף שלא הודה רק שוה סתם. וגם שם אין לחלק בין אחריות הנתבע או התובע כמ"ש הש"ך. רק דבשניהם אין לחייבו מספק כנ"ל:

(**כב**) **מדבר מסוים** כו'. לכאורה יש להקשות מהא דאמר ריש ב"מ דמוקי זה אומר כולה שלי במקח וממכר ואמר צריכא דאנא יהיב וחבראי יהיב דמי ולא חסר כו' ואח"כ פריך וליחזי זוזי ממאן נקיט ומשני דנקיט מתרווייהו מחד מדעתי' וחד בע"כ ע"ש וא"כ כיון דתבעו דוקא והודה שוה הוי כט"ח והל"ב דפטור משעורין ג"כ א"כ כיון דכל א' טוען ברי כולה שלי שהוא נתן מדעתו וקנה הטלית ותובע מהמוכר גוף הטלית בדוקא וא"כ המוכר שאומר שהי' בע"כ ומודה דמי החפץ הוי כטענו חטין כו' ופטור לשלם לו דמי החפץ ג"כ דמחל כו' ולא שייך חבראי לא חסר איזל אתפס דהא יפסיד גם הדמים כנ"ל. ודוחק לומר שרוצה מוכר לשלם אף שפטור ע"פ דין דז"א דהוי כמתנה אחרת. וגם איך תופס על סמך זה. ולהרי"ף ז"ל דמפרש שם במקחו בידו מדעתו ולא ידע מהי מדעתי' כו' א"כ להפו' דא"י אם חטין או שעורין ג"כ פטור בין מחטין בין משעורין א"כ יהי' פטור המוכר מהטלית והדמים כיון שכל אחד טוען דוקא הטלית והוי נגד כל א' א"י אם שוה

או דוקא דפטור כנ"ל. ואי סבר דחייב בא"י אם חטין כו' א"כ הי' לו לומר דלכך אמר ולא ידע דאם ידע הי' פטור ע"ש:

אמנם נראה דיש לומר דהא קי"ל בב"מ פ' המפקיד א' מכם הפקיד אצלי ק' וכל אחד טוען ברי חייב לשלם לזה מנה ולזה מנה ע"ש ובש"ע סי' ש' דהוי לי' למידק. וא"כ לכאורה במוכר שאינו יודע ממי מדעתו כו' כיון שכבר קנה החפץ במשיכה או הגבהה ואחר כך הניחו אצלו ע"ש. וא"כ הוי על החפץ כאומר אחד מכם הפקיד אצלי וא"י איזה כיון שכבר קנאו וכיון דכל אחד טוען ברי חייב ליתן חפץ לכל אחד. רק דהא אין כאן אלא חפץ א' וע"כ לא יתן רק חפץ א' ודמיו. וא"כ לא קשה כלל דנהי דנגד דמי החפץ הוי טענו חטין והל"ב דהודה או מחל מ"מ הא החפץ תובע כל א' וחייב לשלם לשניהם מצד תביעתם החפץ לבד דאף אם לא הי' כלל דמים רק החפץ לבד והי' אומר אחד מכם הפקיד הי' חייב לשלם לכל אחד וא"כ נהי שהודה או מחל א' הדמים מ"מ החפץ לא מחל ונשאר תביעת החפץ מכל א' וחייב שפיר לשניהם כנ"ל. דאף דאמרינן דאינו מדקדק כ"כ מהי מדעתי' כו'. היינו לענין שיהי' נאמן כב' ע"ש. אבל ודאי דשייך הוי לי' למידק כמו בפקדון של מי החפץ ומי הפקידו אצלו כנ"ל ולא קשה. ובזה הי' אפשר לישב דברי הרי"ף ז"ל שם ריש ב"מ התמוהים מאד כמ"ש הרא"ש למה דחיק לאוקמי בידו ולומר דלא ידע ולא מוקי כפשטי' דשניהם אוחזין וידע מהי מדעתי'. ולמ"ש י"ל דאי ידע שוב פטור נגד הב' גם מהדמים דהוי ט"ח והל"ב ושוב לא שייך מורי היתירא כנ"ל. ובאין מקחו בידו כבר נפטר מהחפץ ושוב פטור מהדמים לגמרי ואף דלא ידע פטור ולא שייך מורי היתירא דהא מפסיד הב' לגמרי ושפיר הוצרך ע"כ לאוקמי רק במקחו בידו וממילא צריך לומר דלא ידע כו' כנ"ל. אך לדידן עדיין קשה דמשמע מהרא"ש ושאר פ' וש"ע לקמן סימן רכ"ב דגם באין מקחו בידו מחויב לשלם הדמים ע"ש. אך י"ל דלטעמי' אזיל דפוסק בא"י אם חטין או שעורין דחייב כהרמב"ם ז"ל ופ' שפיר בלא ידע דחייב. והוא קצת דוחק:

אמנם נראה לע"ד דהנה הריטב"א ורשב"א קדושין פ' האומר הקשו בהא דב' שבאו ממד"ה ואשה עמהם וחבילה עמהם כל א' אומר זו אשתי וזה עבדי וזו חבילתי והיא אומרת אלו ב' עבדי וחבילה שלי דנותנין ב' גטין וגובה כתובתה מהחבילה ממ"נ והקשו דהא הודית שאין לה כתובה וכמו בט"ח והל"ב ותירצו משום ממ"נ ועי' בקצה"ח שנתקשה דבכל חטין ושעורין שייך ממ"נ ע"ש. ונראה דהא בש"ע לעיל סי' מ"ז פסק הר"י ורא"ש בטוען המלוה שטר אמנה זה וחב לאחרים דהדין דאינו נאמן ופרע לבע"ח ואח"כ בא לגבות מהלוה בשטר זה רואים אם כשבע"ח בא לגבות משטר זה אמר אמנה

הוא אז ודאי הי' כוונתו רק לדחות בע"ח וחוזר וגובה בו אבל אם מעצמו הודה אינו חוזר וגובה ע"ש בלי חולק. ומוכח דלא מקרי הודאה כלל כיון שלא הי' כוונתו רק כדי להרויח. ולכאור' הא בתם ומועד וגדול וקטן משמעות כל הפ' דהוי הודאה ומחילה וגם להרא"ש ז"ל עכ"פ הודאה הוי ומוכרח בש"ס ע"ש. והא התם אף שהודה בפירוש שאמנה הוא לא הוי הודאה ויוכל לחזור בו והוי אמתלא גמורה. וגם בזה שפיר יכול לומר עכ"פ תן לי הקטן וההודאה הי' רק להרויח. וצ"ל החילוק דכמו דהודאה שלא בפני התובע יכול לומר שלא להשביע ואף דבמה שתפוס זה לא אמרינן זה היינו דאין אדם עשוי שלא להשביע במחילה ע"ש. ולכך שם דאמר אמנה לא הי' הדין ודברים עם הלוה רק עם מלוה שלו ואף אם הי' בפני הלוה דסתמא אמרי מ"מ הא לא הי' נוגע אז לו שפיר לא חשוב הודאה נגדו ומהני האמתלא שכדי להרויח משא"כ במועד ותם וכה"ג דהטענה עם הלוה גופי' והודה שאינו חייב הקטן וכה"ג או מחל לא מהני האמתלא כלל שכדי להרויח כנ"ל. וא"כ מיושב שם במקח וממכר דכל אחד אומר כולה שלי והטענה רק כל א' נגד חבירו שאוחזין בטלית וכל א' רוצה כולו ואינו נוגע למוכר אז שפיר אחר שהדין חולקין גובין מהמוכר המעות דכל אחד הי' הודאתו רק להרויח ולדחות חבירו ולא הוי הודאה נגד המוכר שהוא איש אחר והוא ממש כדין הנ"ל דשטר אמנ' כיון שלא הי' אז הדין בין המוכר ושפיר יכול לגבות מהמוכר כנ"ל. ומיושב ג"כ בהא דחבילה דהתם כיון שאז בשעת הודאתה שאמרה חבילה שלי לא הי' שייכות כלל לחיוב הכתובה דלא היתה צריכה גט כלל רק אח"כ כשנותנין גט מעצמם אז יש חיוב הכתובה ע"ש. שפיר גובה ממ"נ דמהני כנ"ל שלא הי' הודאה אז שהי' רק כדי ליקח הכל וכמו באמנה דאף שהי' ההודאה לאותן האנשים עצמם מ"מ לא הי' שייך כלל הדין של הכתובה אז כיון שלא היו צריכין ליתן גט ומהני כנ"ל. רק דאינה חוזרת ועדיין תובעת החבילה ושוב נאמנת נגד הכתובה במיגו דהיתה חוזרת כמ"ש רשב"א וריטב"א שם. ולכך אינה נוטלת יותר מהחבילה דהא עדיין אומרת חבילה שלי. וגם יותר מכתובה אין לה דאינה נאמנת רק במיגו דעל הכתובה כנ"ל. וכמו דקי"ל (סי' פ') מפטור לפטור יכולין לחזור דלא אמרינן הודאת בע"ד כו' כשבשעת הודאה לא הי' חוב גמור עדיין וכן בהנ"ל לענין הודאת תובע:

עוד י"ל דהא כיון שהחבילה בחזקת שלשתן וחשוב כמוחזקין בה כיון שהספק על שלשתן כמ"ש תוס' ריש ב"מ ע"ש. וא"כ הא ודאי אם הי' עדים על השליש שהוא שלה הי' הב' שלישים השניים כאלו שלשתן מוחזקין שהוא בספק כמבואר ריש ב"מ גבי חצי שלי כו' והיו חולקין הב' חלקים. וא"כ כיון דבתפוס הדין בט"ח והל"ב דמהני דלא שייך הודאה ומחילה. וא"כ בחבילה זו כיון דשלשתן מוחזקין א"כ עכ"פ השליש שמוחזקת

מחמת הספק שוב הוי בודאי שלה ממ"נ או שלה או משכון על הכתובה מחמת הודאה של כל א' דהיא אשתו דעל מה שמוחזקת מהני הודאתם יותר דלא שייך ט"ח כו' בתפוס. וא"כ כיון דהשליש ודאי שלה עדיין הב' חלקים בספק ושלשתן מוחזקים ושוב עוד השליש ודאי שלה משום הודאתם דממ"נ וכיש עדים. ושוב הנשאר בספק עד שממילא נוטלת כל החבילה כדי הכתובה ולא שייך ט"ח כנ"ל. ויש לדחות:

ובזה מיושב מה דפריך התם אי דאיכא סהדי להאי כו' מי מצית אמרה חבילה שלי כו' ותמהו רשב"א וריטב"א למה אינה יכולה לומר עכ"פ הדין דגובה כתובת' מהחבילה ע"ש. ולמ"ש א"ש דכיון שהחבילה ודאי אינה שלה שוב גם הכתובה אינה גובה דהוי ט"ח והל"ב דהא אינה מוחזקת כלל מחמת הספק כיון שיש עדים ופריך שפיר דכיון דלא מצית אמרה כו' ולא מהני כלל טענתה על החבילה שוב אינה גובה הכתובה כנ"ל. ולקמן יתבאר אי שייך כה"ג דינא דט"ח והל"ב:

סעיף ט

תבעו דינר כסף או דינר זהב כאלו תבעו שוה דינר כסף או שוה דינר זהב ובכל מה שיודה לו חשוב ממין הטענה ודוקא כשתבעו מטבע היוצא בהוצאה דבהא אמרינן מסתמא שוה דינר קאמר לפי שאדם עשוי לשום כל דבר במטבע אכל תבעו ליטרא זהב או מטבע שנפסל ואינו יוצא בהוצאה לא השוב כתבעו שוה וכן אם תבעו ד"ז זהוב כלומר טבוע יש לי בידך לא חשוב שוה דינר אע"פ שיוצא בהוצאה אלא דינר דוקא קאמר ואפילו הודה מטבע של חצי דינר לא חשוב ממין הטענה:

(**כג**) **כאלו תבעו שוה**. הוא דעת רוב הפוס' דקי"ל כרב גם בזה דתליא בפלוגתא דכפירה ב"כ דלרב מוכח ממתניתין דתני ב"כ לי בידך אין לך בידי אלא פרוטה פטור וטעמא משום דחסרה לה טענה מב"כ אבל אל"ה הוי הודאה מין הטענה וחייב. אבל רשב"א פסק כשמואל בזה דכשתובע סתם דוקא קאמר מדר' אשי מתרץ אליבי' וקי"ל כשמואל בדיני. והר"ן כ' שגם דעת רש"י כן מדפי' במשנה טעמא משום דאין הודאה מין הטענה. ודעת הרמב"ם ז"ל (פ"ג מטוען) נראה ברור ומוכרח כמו שפי' הלח"מ דבריו שפוסק כשמואל וסבר דפלוגתייהו רק בפקדון אבל במלוה לכ"ע שוה קאמר ע"ש דאל"כ הי' הרמב"ם ז"ל משמיט דינים האמורים בש"ס ולומר דין אחר בפקדון שלא נזכר ואין זה דרכו כלל. אך נשאר תמיהת הראשונים ז"ל הא תליא בפלוגתא דכפירה ב"כ. ומה שתירץ רשב"א ז"ל די"ל משום סיפא נקיט תמוה מאד דהא בש"ס תלי לה אהדדי דפריך מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא לימא תיהוי תיובתא דרב כו' ומשני דכולה מתני' שוה כו'. ואיך יאמר הרשב"א תירוץ על קושית הש"ס. אמנם הי' נראה דמפרשים קושית הש"ס דלא

כפי' רש"י שפי' תיובתא דרב רישא דקתני ב"כ כו' אלא פרוטה פטור טעמא משום דוקא הא שוה הי' חייב ואע"ג דלא הוי כפירה ב"כ ע"ש. והם סוברים דאין הקושיא מרישא כיון דקאי על הא דאין הודאה ממין כו'. גם י"ל דתני פטור לגמרי גם מהפרוטה למאי דקי"ל כרב"נ הא אם הי' טוען שוה הי' חייב בהפרוטה עכ"פ. דבש"ס פ' המניח פריך ארב"נ ומשני קמ"ל כו' ומשמע דהפי' במשנה פטור אף משעורין לגמרי וכ"כ תוס' שבועות מ' דרב"נ דייק ממתני' דפטור לגמרי ע"ש ד"ה והודה. וא"כ לא קשה כלל קושית הש"ס לרב מהא דב"כ דפטור לגמרי שפיר רק משום דוקא. וגם לתירוץ ב' של תוס' ד"ה הנ"ל דר"ג לא מחייב רק שבועה אבל מודה דפטור משעורין ע"ש. והפי' הפשוט לדבריהם דעכ"פ לר"ג אף שפטור משעורין מ"מ כיון שמודה הוי דרא דממונא לחייב שבועה. וא"כ לר"ג בהך דינא דטענו ב"כ ומודה בפרוט' הי' שפיר חייב גם לרב דיש כאן כפירה ב' כסף כיון דפטור מכל הב"כ אף מהפרוטה שמודה ולא חסרה טענ' בהודאתו ושפיר חייב שבועה לר"ג. וא"כ קמ"ל להיפוך דבשוה ודאי הי' פטור דהא חסרה לה טענה מב' כסף כיון שמודה פרוטה רק בדוקא דבזה לר"ג הי' חייב דחשוב כפירה ב"כ וקמ"ל דלא כר"ג ופטור משום דוקא שאין מין הטענה וקמ"ל אליבא דר"ג וגם לרבנן כנ"ל עכ"פ סבר הרמב"ם ז"ל דאין הפירכא מרישא כיון דבאמת תני פטור שפיר שייך דפטור מב' טעמים משום דאינו מין הטענה וגם משום דחסרה טענה. רק כוונת הש"ס מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא קאי ארישא דהך סיפא דאמר מקודם ה"נ מסתברא דקתני סיפא ב"כ ופרוטה והודה פרוטה חייב ואי דוקא אמאי חייב חטין ושעורין נינהו ומשני מידי טעמא אלא לשמואל הא איהו סבר טחו"ש והל"ב חייב. וא"כ קאי הש"ס אליבא דמ"ד פטור ופריך שפיר אח"כ מדסיפא כו' רישא נמי דוקא היינו הך רישא דב"כ ופרוטה דהוי רישא לגבי הך דליטרא זהב נמי דוקא ותיהוי תיובתא דרב דהא תני חייב והא חטין ושעורין והל"ב סבר השתא לרב דפטור. ולכך משני דשוה קאמר. אבל למאי דקי"ל טחו"ש והל"ב חייב לא קשה כלל ומצינו למימר דדוקא קאמר. שוב ראיתי שא"א לפרש כן בש"ס דאטו מצינו לרב בהדיא דסבר טחו"ש והל"ב פטור ולא הוי לי' למיפרך תיובתא דרב דמצי סבר ג"כ בהא כשמואל רק למ"ד פטור הול"ל. וע"כ כפירש"י ז"ל דקושית הש"ס מרישא דב"כ דאיך תני מה דשייך ב' פטורים משום ב"כ ומשום דאינו מין הטענה דלא מצינו למידק חד מינייהו אי הטעם משום דוקא הוי לי' למיתני בדינר כו' קשה עדיין כנ"ל דנשאר קושיית הש"ס לדידן. אך י"ל דקאי הכא רק לענין שבועה. אבל למאי דמסיק בב"ק כרב"נ דפטור אף מדמי שעורין באמת לא קשה דקמ"ל משום דטעין דוקא פטור לגמרי גם מהפרוטה כנ"ל משא"כ בשוה. או דאינו הדיוק הא שוה הי' חייב רק הדיוק

הא אי לא הי' בעינן מין הטענה גבי דוקא כמו לר"ג הי' חייב דהי' נקרא כפירת ב"כ כיון שכופר כל טענתו כנ"ל ולכך לדידן דקי"ל כרב"נ שפיר מצינן לאוקמי מתני' בדוקא וגם בעינן כפירה ב' כסף כרב כנ"ל. והוא דוחק כיון דהאמת כרב"נ ע"כ מדפריך ארב לא ניחא להש"ס לפרש מתני' כנ"ל:

עוד נראה דהרמב"ם ז"ל מפרש מי סברת שוה קתני כו' היינו דאיירי מתני' באומר בפירוש שוה כו' וכמו שהביא רשב"א יש מפרשים כן ודחה דבריהם מדפריך מהא דדינר זהב זהיב כו' הא סתמא שוה ואי כנ"ל קשיא גם לרב דגם לדידי' סתמא דוקא ע"ש. ולע"ד דאדרבה מזה למד הרמב"ם דהא ר"א משני כל האומר כו' והוא תמוה דהי' לו להש"ס למידק אר' אשי דסבירא לי' כשמואל כדדייק אר' אלעזר ע"ש שנדחקו הרבה רשב"א ור"ן לישב זה. ולכך מפרש דבאמת האי ת"ש פריך אליבא דכ"ע דהא יש שינוי לשון בש"ס דלעיל אמר מי סברת שוה קתני דוקא קתני וכאן אמר הא סתמא שוה קאמר כו' ולמה לא מר לעיל ג"כ מי סברת שוה קאמר דוקא קא' כיון דקאי על התובע ולפי' הנ"ל א"ש דאמר מי סברת שוה קתני היינו דהתנא אינו שונה הלשון שאמר התובע רק ב' כסף ל בידך הכוונה שתובע. ב"כ וכשאמר בפירוש שוה רק דלא מיירי מזה ונקיט התנא רק התביעה לאשמעינן דכפירה ב"כ בעי. דוקא קתני היינו אותו הלשון שאומר התובע ב"כ ופירושו ממילא דוקא כיון דאיירי בפקדון ופריך אח"כ ת"ש דינר זהב זהוב כו' הא סתמא שוה קאמר ומוכח דבסתם אף שאומר התובע דינר זהב כוונתו שוה וקשה לתרווייהו ומשני ר"א כל האומר ד"ז כאומר זהוב דמי ולכ"ע דוקא הוא. ופסק רמב"ם ז"ל שפיר בסתם דדוקא הוא דאין פלוגתא כלל בזה. ובאומר בפירוש שוה לא הוצרך להשמיענו דבזה אין רבותא כלל רק במשנה משמיענו דבעי כפירה ב"כ וזה כ' הרמב"ם ז"ל וא"ש. וגם רי"ף ז"ל שהשמיט פלוגתא דשוה נראה דמפרש כנ"ל:

ולכאורה הי' נראה שהמוחזק יכול לומר קים לי כרשב"א ורש"י שכ' הר"ן דסבר גם כן כרשב"א דדוקא קאמר כשמואל. וגם דעת ר' ישעי' מסייע שפוסק כשמואל דלא צריך כפירה ב"כ וממילא דוקא קאמר כנ"ל דהא בהא תליא. אמנם נראה לע"ד דליתא דדעת רשב"א יחידאי הוא דמרש"י אין ראי' כלל מדפי' במתני' משום דאין הודאה מין הטענה די"ל דסבר כהרמב"ם ז"ל ומפרש בפקדון ופוסק כשמואל דדוקא וכן הר' ישעי' י"ל דמפרש בפקדון ופוסק כשמואל. וא"כ בהלואה לא מצינו שום פוסק שיחלוק על הרמב"ם דנימא בהלואה דוקא קאמר. דהרמב"ן ור"ן דמפרשים פלוגתייהו בהלואה פוסקים כרב דשוה אמר. והרמב"ם דנראה מהה"מ דפוסק כשמואל מפרש פלוגתא בפקדון ובזה לא מצינו לרש"י ור"י שיחלקו ושפיר מודים בהלואה כדעת כל הפוסקים.

רק הרשב"א ז"ל יחיד בדבר. ונראה דג"כ לא ברירא לי' שכ' אח"כ ואפילו את"ל כו' מ"מ בנותן כו' ע"ש. ולכך פשוט דלא מצי למימר קים לי כנ"ל:

(**כד**) **דינר זהב זהוב** כו'. וקשה כיון דמיירי בהלואה שטענו הלויתיך דינר זהב זהוב וא"כ כיון שהלוה קונה המעות שהלוהו והא ודאי דאף דבע"ח דינו בזוזי מ"מ יכול לשלם איזה מטבע היוצא שירצה. וא"כ עכשיו החיוב הוא רק שוה ואינו תובעו רק לשלם לו מטבע היוצא ומה בכך שמסתעף החיוב מהלואת דינר זהב מ"מ תובעו עכשיו רק איזה מטבע שישלם והוי לענין איזה מטבע רק שוה ואף דמודה לו דינר כסף הוי מין הטענה. דבשלמא בפקדון א"ש דהא צריך להחזיר אותו דבר עצמו ושפיר תובע עכשיו דבר אחר משא"כ בהלואה החיוב שעל הלוה עכשיו הוי רק שוה וכמו דמי עבד גדול ודמי עבד קטן דפ' השואל לפי' הנ"י סוף פ' המניח דאף דמסתעף החיוב מדבר שאינו מין הטענה כיון דעכשיו מין הטענה חייב. וכן ממש בדינר זהב בהלואה לענין איזה מטבע שיהי' הוי דמי דינר זהב שתבעו הלויתיך ד"ז ואתה חייב לשלם לי איזה מטבע היוצא עבורו והוא מודה שהלוהו דינר כסף וחייב לשלם רק דמי דינר כסף ג"כ איזה מטבע שירצה. דבשלמא טענו חטין כו' אף בהלואה מ"מ צריך לשלם לו חטין והחיוב דעכשיו אינו מין הטענה משא"כ במטבע היוצא. וכן קשה בש"ס לשמואל בכל תביעה דינר כסף כו' דסבר דוקא קאמר כו' ומה בכך שכוונתו דוקא שהלוהו ב' כסף מ"מ החיוב הוא איזה מטבע שיהי'. ונראה דסברי דכמו דאמרינן דבע"ח לכך דיני' בזוזי משום דזוזי אוזפי' וזוזי משלם כמו כן עיקר החיוב עליו לשלם ג"כ אותו המטבע שהלוהו שהוא רק כמו חליפין שנתן לו מטבע זו להוציאו וכשיגיע הזמן יחזיר לו מטבע כזו עצמו רק הא דיכול ליתן איזה מטבע שרוצה הוא מטעם שוה כסף ככסף כיון ששוה כמו מטבע שהלוהו ואין להמלוה קפידא בדבר אבל עיקר החיוב הוא על אותו מטבע עצמו וא"כ שפיר אינו מין הטענה דגם החיוב דעכשיו עליו הוא חיוב של מטבע אחרת. ונראה דזה תלי' בפלוגתא דרב ושמואל ב"ק צ"ז במלוה על המטבע ונפסל דסבר רב נותן לו מטבע היוצא ושמואל סבר יכול לומר לך הוציאו במישן ופירשו שם רש"י ותוס' דדוקא במכר כו' אבל בהלואה לכ"ע נותן לו מטבע שהלוהו ע"ש. ואף דהא נפסלה ואינה שוה כמו בשעת הלואה וע"כ דחיוב הגוף שעל הלוה הוא רק לשלם אותו מטבע עצמה לא שוי' ולכך אומר הרי שלך לפניך ודמי לפקדון לענין זה ולכך גם כאן אף בהלואה לא הוי מין הטענה דהוי חיוב אחר. וגם פטור מהמטבע שמודה דשייך הודאה ומחילה דכיון שמוחל לו אותו המטבע שמודה שוב אין עליו חיוב מטבע אחרת כמו מטבע ונפסל דהחיוב של מטבע אחרת הוא רק מטעם שוה כסף וכשאר נכסים דאינון ערבין בי' וכיון דנמחל שיעבוד הגוף

דהיינו על אותו מטבע ממילא אין כאן שיעבוד על דבר אחר כנ"ל. אמנם לרמב"ם ושאר פוסקים דמפרשים פלוגתייהו התם בסתם הלואה וכן בש"ע סי' ע"ד. וא"כ נראה דרב לטעמי' אזיל דס"ל התם נותן מטבע היוצא וע"כ החיוב לעולם בהלואה על שיוי המטבע שמלוהו לא המטבע עצמו ולכך סבר גם הכא דסתמא שוה קאמר דלעולם בהלואה הוי שוה אף שאומר בפירוש שהלוהו אותו מטבע מ"מ החיוב הוא שוה כנ"ל:

ושמואל לטעמי' דס"ל התם דיכול ליתן אותו מטבע אף שאינו שוה. ולכך אמרינן דדוקא קאמר דהחיוב רק על אותו מטבע כנ"ל. ולדידן דקי"ל כר' נחמן התם דדוקא באית לי' אורחא למישן כו' וא"כ ע"כ החיוב על השיוי לא גוף המטבע ולכך קי"ל דבהלואה שוה קאמר וא"כ גם באומר דינר זהב זהוב אף בפירוש מ"מ י"ל דשוה הוי בהלואה כנ"ל. דראייתם מהש"ס דדינר זהב זהוב אינו ראי' רק להמפרשים בהלואה אבל הרמב"ם ז"ל דמפרש הכל בפקדון א"כ אין ראי' כלל דשפיר בפקדון אף, לרב דשוה קאמר מ"מ במפרש זהוב כו' ודאי דדוקא הוא כנ"ל משא"כ בהלואה דאף דהלוהו דינר זהב זהוב הוי שוה. והרמב"ם באמת לא הביא כלל הך דדינר זהב זהוב בהלואה הגם שאין הוכחה מזה כיון דמפרש הש"ס בפקדון לא הזכיר כלל דין הלואה שאינו נזכר כלל בש"ס לשיטתו. אבל ג"כ אין ראי' אליבי' דנימא בהלואה דחשוב דוקא כה"ג. וקצת ראי' דא"כ לוקי הא דדינר זהב זהוב בהלוא' ולכך בעינן דוקא זהוב ומה פריך על שמואל בפקדון. ומוכח דלרמב"ם בהלואה גם זהב זהוב הי' הדין דשוה קאמר וע"כ מיירי בפקדון כנ"ל. אך יש לדחות דלשון לי בידך משמע פקדון כמ"ש ר"ן ז"ל. וזה אין לומר דדוקא בדינר זהב הדין כן משום דקי"ל פ' הזהב וי"ד סי' קס"ב דדהבא פירי הוי וא"כ הוי כהלואת חטין דצריך לשלם לו אותו המין ולא סגי כשמשלם לו מעות. ואף דלענין שוה פסק דגם דינר זהב סתם שוה קאמר ולא הוי דוקא כמו חטין היינו משום דגם על מטבע זהב דרך אדם לישום. וזה לא תליא רק במה שדרך ב"א לשום עליו אבל כשאומר זהב זהוב שפיר יש חיוב על הלוה לשלם דינרי זהב כיון דהוי פירי כנ"ל. אבל מטבע כסף דטיבעא הוי באמת אין חילוק וכל מטבע שמודה הוי מין הטענה דז"א דהא פ' בש"ע סתם בתבעו מטבע זו והודה באחרת דלא חשוב מין הטענה וע"כ דאין חילוק ואף במטבע כסף אם תבעו בפירוש מטבע כספים הלויתי לך ג"כ הוי דוקא כמו בזהב וכן מוכח בש"ס דאין חילוק דא"כ מאי פריך לר"א מדסיפא מתרץ כו' וכן פריך לרב כו' דלמא דוקא ברישא דב' כסף דטיבעא הוי בזה הוי סתמא שוה בהלואה כיון דהחיוב איזה מטבע שיהי' משא"כ בסיפא דדינר זהב דפירא הוי דוקא ומוכח דאין חילוק וצ"ל דסוברים דבאמת הדין דמחויב לשלם אותו מטבע שהלוהו וכמ"ש לעיל. ובאמת רמ"א ז"ל פסק לעיל סי'

ע"ד דבהלואה נותן לו מטבע שהלוהו בנפסל. ואף להחולקים שם י"ל משום דסברא היא כאלו התנה שלא יפסיד ע"י ההלואה אבל לעולם עיקר חיוב הגוף הוא לשלם אותו המטבע שהלוהו כנ"ל:

ויש להסתפק בתבעו דינר זהב זהוב שהלוהו ועתה נתיקר הדינרי זהב מבשעת הלואה דפסק המחבר י"ד סי' קס"ב דאסור לשלם דינרי זהב רק דמי' שהי' שוים אז דפירי הוי ע"ש. וא"כ בזה י"ל דודאי שוה קאמר דאף שאומר ד"ז זהוב מ"מ א"א שישלם לו רק דמיו והוי שוה דחשוב הכל מין הטענה. או דאף דעכשיו נתיקר מ"מ גוף התביעה הוי דבר אחר. וכן בטענו חטין והודה שעורין יש להסתפק ג"כ בנתיקר החטין. אך שם ודאי חייב להחזיר לו חטין בדמים שהיו שוים אז דעד כאן לא נחלקו בי"ד סי' קע"ו ס' ו' רק בפוסק על שער שבשוק ונתיקרו אם יכול ליתן מעות ע"ש אבל הלוהו חטין ודאי נותן לו חטין והוי שפיר דוקא כנ"ל. רק דינר זהוב כיון שאין מטבע פחותה של זהב ע"כ החיוב עכשיו רק שאר מטבעות כנ"ל:

(**כה**) **ואפילו הודה מטבע** כו'. הנה דעת רש"י ז"ל דבתבעו מטבע זהב ומודה מטבע אחרת חשוב מין הטענה דהכל מין מטבע אחת. ובתוס' שבועות מ' הרבו לתמוה עליו חדא דהלשון בטענו בדינר מטבעות לא משמע כלל כן שהדינר טבוע כו'. ועוד דהא גם ב' כסף הם מטבע ולמה לא חשוב מין הטענה. ועוד דקאמר הא קמ"ל דפרוטה בכלל מטבע איתא הא גם בשאר מטבעות רבותא כו' ועוד דלא גרע ממנורה גדולה וקטנה ע"ש. ולע"ד י"ל בפשיטות דרש"י ז"ל סבר דנהי דאמרינן דדוקא קאמר היינו רק כשאומר דינר כסף או זהב אין אומרים ששם לעצמו פירות או שאר דברים לכסף ויטעון סתם דינר כסף זה לא אמרינן כיון דיש חילוק לענין הדין דכשהלוהו חטין משלם לו חטין וכשהלוהו לו מעות צריך לשלם לו מעות אם יש לו ואיך ישום לעצמו שוה כסף על כסף ולכך אמרינן דדוקא קאמר. אבל לענין איזה מטבע שיהי' שוב לענין זה הוי רק שוה כיון דאיזה מטבע שהלוהו מ"מ יכול ליתן לו איזה מטבע שירצה דאין קפידא. ואף שהלוהו דינר זהב מ"מ החיוב הוא רק לשלם איזה מטבע שירצה וכמ"ש לעיל ולכך הוי מין הטענה. וי"ל דשמואל סבר או מוקי מתני' כילדותא דרבי פ' הזהב דדהבא טיבעא הוי וכספא פירי. ולכך משני שפיר בטענו בדינר מטבעות והיינו כיון שתבעו דינר זהב טבוע ממילא טוענו רק בעד הדינר מטבעות דהא יכול ליתן לו איזה מטבע שירצה והוי הכל מין הטענה ומיושב הלשון שפיר כנ"ל. וגם אמר הא קמ"ל דפרוטה כלל מטבע איתא דהא איכא מ"ד פרק הזהב דפרוטות נחושת פירא הוי וא"כ לגבי נחושת הוי דוקא שכשהלוהו דינר זהב אינו יכול לשלם פרוטות וקמ"ל דגם פרוטה בכלל מטבע שיכול

לשלם לו והוי מין הטענה כיון דחריף ע"ש פ' הזהב. ורישא דב' כסף י"ל כיון דכספא פירי הוי שוב הוי דוקא כמו חטין אף שהוא טבוע לא הוי מין הטענה כנ"ל. ומה שפי' רש"י במשנה כשטענו משקל ולא ב"כ טבועים כו' זה פירש"י ז"ל לדידן דקי"ל כזקנותי' דרבי דכספא טיבעא הוי ולכך דוקא במשקל הוי כטענו חטין כו' משא"כ בטבוע הוי מין. הטענה כנ"ל:

סימן צא

סעיף א

חנוני נאמן ע"פ כו' תן לפועלי' סלע והוא מודה שא"ל כן או יש עדים כו' שניהם נשבעין כש"ת ונוטלין מבעה"ב כו' וה"ה אם אמר לו הלויני מנה ופרע לבע"ח ז"א נתתי וז"א לא נטלתי ישבעו שניהם זה בפני זה ויתן בעה"ב לשניהם כו':

(א) **לפועלו'** כו' במשנה תן לבני כו' או לפועלים ותמוה למה השמיט הרמב"ם לשון המשנה תן לבני כו' אי הי' מפרש כהר"ן בלא הי' חייב לבנו דיש רבותא לענין השבועה כמ"ש הסמ"ע והש"ך. ולע"ד רבותא לענין החיוב ג"כ דהא מדינא הוי א"י אם נתחייבתי כמ"ש רמב"ן ור"ן. דמסברא אינו מובן טעם הש"ס ריש ב"מ דאמר חנוני מאי אית לי' כו' את האמנתי' דלא א"ל הב להו בסהדי כו' ע"ש. ובשלמא אם הי' ודאי דבאמת נתן להם רק שנאמר דפשע זה שנתן בלא עדים ועי"ז צריך לשלם בעה"ב שנית. ע"ז שפיר טעם הגמ' דשליחותך עבדי דלא א"ל ופשעת בעצמך כאומר קרע כסותי כו' וכטעם התוס' (שם ריש ב"מ) לחלק בין שליח בשטר כיון שלא הזכיר אינו פשיעה. אבל שמא לא נתן כלל לזה אינו שייך טעם הנ"ל למה הי' לו לומר בסהדי הב לי'. גם שציוה ליתן מ"מ כל שלא יברר שנתן מנין לנו שנכלל בציויו שיהי' נאמן בלא עדים שנתן והי' לו ליזהר בשלו. וזה שכ' רמב"ן הובא בש"ך ס"ק י"ב וסי' צ"ב ס"ק י"ד הוי לי' לתקוני ולא לעוותי'. ומ"ש ש"ך ז"ל חילוק התוס' דלא פשע ע"ש שתמה על הרמב"ן ז"ל ובאמת דבריו ז"ל תמוהים דפשוט כנ"ל דנהי דלענין השליחות אם נתן בציויו אמר בגמ' שפיר דלא שייך לתקוני שדרתיך כו' דמצי אמר סברתי דאתה מאמין להם כמו פיחת עשרה דקי"ל (כתובות ק') דמהני דמצי אמר בהכי אמדתיך כו' אבל לענין הספק שמא לא נתן כלל ודאי דהו"ל לתקוני לעצמך שתוכל לברר שנתת וא"צ להאמינו. ולכך כ' רמב"ן דרק טעמא דתקנתא אמר הש"ס. וגם טעם התקנה אינו מובן כנ"ל. וע"כ כמו מוציא ברשות דישבע כמה הוציא ויטול. וגם להתם לא דמי דיודעין עכ"פ שהוציא ולהפ' בהול"ל שייך משאיל"מ הי' חייב מדינא וגם יש שבח ע"ש (כתובות פ'). וגם טעם שכ' הר"ן שם הסומך על נאמנות של אחרים כו' שייך ג"כ רק שם דא"י להעמיד עדים בכל דבר ודבר שמוציא.

ואפשר שבמשנה נקיט חנוני מה"ט כמ"ש הרמב"ם (פט"ז מה' מלוה) דמקיף לאחדים ומשלם לו בעה"ב אח"כ דדמי למוציא כנ"ל. והר"ן ז"ל כ' באמת דבחנוני דהוי כמוציא כו' ע"ש. אבל הפ' כ' דלאו דוקא חנוני ה"ה אדם אחר ולא דמי להנ"ל. גם בתוס' כתובות פ' האש"נ מבואר דלא דמי חנוני למוציא הוצאות ע"ש. והנה ממילא הי' אפשר דעיקר הטעם כמו באמר לשנים גזלתי והפקידו בב' כריכות ולעיל סי' ע"ו בלוה מא' וא"י דצריך לשלם לכל א' מדינא בברי ושמא כמ"ש. תוס' שם כיון דלא' ודאי חייב דהול"ל ובכ' א' משום דאנתו גופייכו לא קפדיתו שהאמנתם ע"ש (ב"מ ל"ז) דתוס' כ' בין למ"ד ברי עדיף ובין למ"ד פטור שוים בדין הנ"ל. א"כ גם כאן בעה"ב שאומר דחייב לא' וא"י למי לחנוני או לפועל שייך ג"כ כנ"ל. ואף דנגדם א"י א"פ ונגדו א"י א"נ מ"מ כיון דשוה שם בין למ"ד פטור ובין חייב כן בהנ"ל ולכך תקנו משלם לשניהם. רק להיפוך אם הי' פשיעה מחנוני הי' פטור כמו שם דפטור בכ' א' דלא קפדי והמנוהו כנ"ל לזה ג"כ כיון דפשע שהאמינם לזה אמר שליחותך עבדי את האמנתי' ולא פשע כמו שם. ושייך על בעה"ב דהוי לי' למידק ולצוות שיתן בעדים ויש טעם לחייבו כנ"ל. וממילא בציוה ליתן מתנה לאדם דאין הספק רק חיוב א' י"ל דפטור בעה"ב לגמרי. ועכ"פ לא הי' לרמב"ם וש"ע להשמיט תן לבני. וממילא שמפרש הרמב"ם לבני שהי' חייב לו. ולכך כ' לפועל או לאחר שחייב לו ע"ש. דאל"ה איך יכתוב דבר אחר למותר והמפורש במשנ' ישמיט. שוב ראיתי בפי' המשנה כ' להדיא שישבעו פועלים או בנו במעמד חנוני ע"ש. מפורש דבנו נוטל כו' שהי' חייב לו. או דמפרש מה דאמר במשנה תן לבני כו' לפועלי כו' להורות שדרך החנוני להקיף לאחדים לזה כך לזה כך אבל ההכחשה רק עם פועלים לחוד. דהרי האריך חנוני שדרכו שמקיף כו' לאחדים עד שנתקבץ ע"ש. ואין דרכו להאריך חנם למה שאינו בגמ'. ולהנ"ל מפרש כך אמר לבני כו' לפועלי כו'. וא"כ הי' כדעת הי"מ שמביא הה"מ דדוקא בחנוני וכמ"ש לעיל וכיון דלאחדים מעט וא"א להעמיד עדים אמרינן דהימני' כמוציא הוצאות כנ"ל. אבל לאדם אחר שציוה ליתן באקראי י"ל דהוא צריך לברר בעדים כמו בערב שפרע דאף דחשוב כברשות מ"מ צריך לברר בעדים שפרע כמ"ש ש"ך בעצמו סי' ק"ל ס"ק י"ב כיון שנותן מעות שלו ולחזור לתבוע כו' ע"ש:

והי' נראה דעכ"פ באינו חנוני וציוה ליתן מתנה למי שאינו חייב דמצי בעה"ב לומר קי"ל כי"מ שמביא הה"מ. דעכ"פ נראה מהרמב"ם דחד מהני גווני לא הוזכר או מי שאינו חנוני או למי שאינו חייב כנ"ל. מ"מ לדינא קשה לחלוק על כל האחרונים וגם עכ"פ אינו מפרש להיפוך ובר"ן וש"פ מפורש דגם לבנו שאינו חיוב נוטלין ע"ש והנה טעם הפ' הנ"ל ע"כ דהוי כמאמינו כיון דלא א"ל הב להו בסהדי. דאין סברא לומר דכמ"ש רמ"א סי'

קכ"ט ס' ב' בא"ל להלות כי בטוח כו' חייב ע"ש. כן כאן חשוב כא"ל שהפועלים נאמנים וכיון שאינו כן חייב דז"א דשם נתן ע"פ משא"כ כאן ע"ז דנין אם נתן כלל. וכן קשה נהי דחשוב שנותן לחנוני נאמנות מ"מ לדעת המחבר סי' ע"א גם נאמנות סתם דוקא בשעת הלואה ואחר כך בעי קנין. א"כ כאן מה בכך שנתן נאמנות הא חיובי' דבעה"ב מדין תן לפלוני ואתחייב שמדין ערב (ע"ז ס"ג). ואי לא נתן אין כאן מתן מעות ואינו מועיל הנאמנות כנ"ל. אך בזה י"ל נהי דאינו מועיל נאמנות בלא קנין דיכול לחזור אבל כשזה עשה ע"פ קודם שחזר ודאי חייב וכמו השבע ונשבע דאי"ל (סי' כ"ב). או תן כו'. וא"כ לדבריו שנתן ודאי דחייב רק מנ"ל שנתן לו נאמנות ע"ז י"ל באמת כרמב"ן הנ"ל דמדינא הי' פטור רק תקנו שלא יפסיד כשבאמת נתן על פיו ולא פשע ואמרו דישבע ויטול. וממילא הוי כנותן נאמנות דהא יודע שיהי' נאמן בשבועתו. ואם אין רצונו להאמינו הי' לו לפרש שיתן בעדים וכנ"ל ושפיר הוא תקנה כנ"ל:

(**ב**) **הלויני** מנה ופרע לבע"ח כו'. לכאורה למה נקיט בזה הלויני הא גם סתם פרע לבע"ח ג"כ חייב כדאמר תן לבני כו' לפועלי ולא הזכיר הלויני כנ"ל ונראה די"ל ע"פ מ"ש הש"ך סי' ק"ל ס"ק י"ב הנ"ל בערב כיון שנותן מעות שלו ולחזור לתבוע מלוה הי' לו לדקדק ליתן בעדים. וקשה למה בחנוני לא נימא כך דלא דמי לשליח שהוא ממון המשלח משא"כ כאן דמעות שלו כנ"ל. אולם החילוק דשם הערב עכשיו פורע החוב שלא בשליחות הלוה. רק דערב כיון שבע"כ (פורע חייב) פורע חוב חבירו א"כ שפיר מעות שלו הי' לו לדקדק אבל בזה שאומר תן כו' דשליח כמותו כאלו הוא עצמו לקח מעות השליח ונותנו לבע"ח חשוב שפיר מעות בעה"ב בשעה שנותנו וכיון דלענין זה חשוב מעות המשלח הי' לו למשלח לדקדק לצות שיתן בעדים כנ"ל. ואף דאין אדם זוכה בשלו לאחרים א"כ אחר הנתינה הוא שנעשה דמשלח כמו בתן כו' שהלה זוכה כדאמר בירושלמי פ"ק דקדושין. מ"מ באין כא' הנתינה ושנעשה מעות שלו והי' למשל לדקדק משא"כ ערב דפורע מעות שלו לגמרי ועי"ז מתחייב לו לשלם לו וע"כ לחלק כנ"ל. וא"כ בפורע חובו דקי"ל (סי' קכ"ח) דפטור דוקא שלא מדעתו משום מפייס הוינא לי' ויכול לומר דלא חשוב הנאה אצלו. אבל באומר פרע חובי שוב חייב גם מטעם פורע חובו אף אם אין הלה זוכה במעות עבורו. דאף בזה נהנה וזל"ח בעמד, ניקף וגדר דגלי דעתי' דניחא לי' חייב ע"ש (סי' קנ"ח) כ"ש בהנ"ל דגלי דחשוב אצלו הצלה מהפסד. וממילא באומר פרע חובי ואשלם לך י"ל דאין בתורת שליחות כלל או שיהי' כתן מנה לפלוני דחשוב כנותן לו או שהמקבל זוכה בשבילו כירושלמי. רק מטעם פורע חובו משלו ג"כ חייב כיון דמדעתו פורע. וא"כ שוב הי' לו לחנוני לדקדק שיתן בעדים כמו

בערב דעל מעותיו לא הוצרך לצוותו רק שידקדק הוא כנ"ל. ולא הי' נוטל כלל. ולכך במתני' ובתחלת הסעיף דאמר תן לבני כו' או תן לפועלי סלע דלא הזכיר כלל שהם בע"ח ולא פרעון רק תן ממילא רק בתורת שליחות כתן ק' לפלוני כו' והוי חיובו רק מצד כמו שנתן לו ושייך הי' לו לדקדק במעות שלו כנ"ל ונוטל. משא"כ דין זה פרע לבע"ח שפיר י"ל שיהי' חייב בתורת פורע חוב ושוב הוי כערב ואינו נוטל כלל בלא עדים כנ"ל. ולכך נקיט הלויני ופרע לבע"ח דלשון הלויני ממש כנ"ל שיזכה המקבל בעבורו וכאלו קבלם הוא ושפיר הי' לו לדקדק לומר שיתן בעדים כנ"ל. וא"כ י"ל בדוקא הרמב"ם כתב תן לבע"ח לא כ' הלויני ובעה"ת וש"ע שכ' פרע כ' הלויני כנ"ל. גם י"ל דפרע די"ל שיהי' משלם לו בתורת פורע חובו וזה משום דמצילו מההפסד. וא"כ כיון דעדיין צריך לשלם לפועלים לא הצילו מהפסד כלל ואינו חייב. ובער נראה באמת דזה עיקר הטעם דהחיוב לשלם לערב רק משום דפורע חוב בע"כ ל"ד למבריח ארי וחייב כדאמר בש"ס ב"ק פ' הכונס. וכיון שפרע שלא בעדים או לא לקח השטר שלא הצילו מהפסד כלל אין חיוב כלל לשלם לו כנ"ל:

ומ"מ כאן אינו מוכרח לדינא בלא אמר הלויני. ואפשר דרמב"ם כ' תן ואשלם לך וש"ע לא כ' ואשלם לך. ואפשר דאינו חייב כלל באומר פרע חובי או תן לפלוני כשלא אמר ואשלם לך. ולכך כ' שאומר הלויני ופרע דהלויני הוי כמו ואשלם לך כנ"ל. והגם דלקמן סי' קכ"ט ס"א שכ' רמ"א מיהו אם פרע למלוה בצווי לוה חייב לשלם לו. והקשה סמ"ע מה קמ"ל הא גם אמר פרע או תן בלי ערבות חייב ע"ש. ובתומים כ' דכמה משניות ובפרט משנה דאמר לחנוני תן כו' ע"ש. לע"ד לא מצאתי מפורש ואדרבא ב"ב קע"ד בכל הלשונות דוקא הלוהו ואני ערב כו' ואני פורע. תן לו ואני חייב תן לו ואני נותן ואני קבלן ע"ש. דמשמע דאמר תן גרידא לא מחייב אף שנתן. דכמו בנותן לו סתם ולא פי' בהלואה פ' בש"ע סי' נ"ח דסתמא מתנה וא"י להוציא. וממילא אפשר דגם אם אמר לו תן לו מנה ונותן לו סתם ג"כ למתנה. וממילא גם תן לפלוני אם לא אמר ואתחייב. ועיין פ"ק דקדושין גבי תן מנה לפלוני ואתקדש לך כו'. דלהרמב"ם אף דאומר בשעת נתינה הא"מ בהנאת מתנה זו שנתתי ע"פ מ"מ דוקא שאמרה מקודם תן ואתקדש אבל תן גרידא לא הי' מהני ע"ש בהר"ן דמשמע ג"כ כהנ"ל שם גבי תנם לאבא כו' ועל גבי סלע דמחלק הרמב"ן מהא דהכישה במקל כו' שלא אמר ואתחייב ע"ש. וממשנה דידן דאמר לחנוני אין ראי' כלל כמו שפי' הרמב"ם ודייק שדרך חנוני זה להקיף לבעה"ב לאחדים ומתקבץ ומשלם לו דכה"ג ודאי דאמירת בעה"ב תן סתמא הוי ע"ד לשלם כמו שדרכו תמיד. משא"כ, לאדם א' י"ל דוקא הלוני כנ"ל. ודברי רמ"א סי' קכ"ט מיושב

כפשטי' להנ"ל דאף שאמר פרע חובי או תן לבע"ח אם אינו מפרש ואשלם או שנותן מפרש בהלואה לא הי' חייב ורק שנעשה ערב אף אמ"מ דלא מהני מ"מ אמר שרוצה לשלם לו כשיפרע כיון דבלשון ערבות אמר וממילא הוי כאומר פרע ואשלם לך ולכך כשפרע בציוי סתם חייב כנ"ל. וממילא י"ל דכאן דוקא נקיט בעה"ת וש"ע הלויני ופרע לבע"ח כנ"ל:

והנה בש"ס ע"ז ס"ג ע"ב אומר לפועליו אכלו בדינר זה כו' ואינו חושש משום י"נ כו' ואם כו' אכלו ואני פורע חושש כו' ומשני בחנוני המקיפו דמשתעביד לי' כיון דאורחי' לאוקיפו קני לי' דינר גבי' ופירש"י המקיפו שרגיל אצלו בהקפה דמשעבד לי' האי בעה"ב משעתא דיהיב חנוני והוי כנותן מיד ליד ופריך אח"כ חנוני שאינו מקיפו מי לא משתעבד הא אמר רבא האומר תן מנה לפלוני ויקנו כל נכסי לך קנה מדין ערב ע"ש. וי"ל גם למסקנא החלוק דבחנוני המקיפו חשוב מיד כשלו ובאדם אחר רק. מדין ערב וממילא צריך לברר שפרע בעבורו כמו בערב דלא תקנו שיהי' נאמן דבשלו הי' לו לדקדק כנ"ל. ודוקא חנוני או באחר כשאמר הלויני ופרע כו' דחשוב שלו כנ"ל. משא"כ בלא א"ל הלויני אף אי חייב מ"מ רק מדין ערב והוא כנ"ל. והי' מדויק מ"ש הרמב"ם חנוני המקיף ומתקבץ כו'. שאין מדרכו ז"ל כלל להאריך במה שאינו ענין. ולמ"ש בדוקא נקיט דאל"ה דוקא דאמר לו הלויני ותן כו' כמ"ש בש"ע. וגם אי דלא כי"מ שהביא הה"מ מ"מ דוקא א"ל הלוני. וצ"ע לדינא:

(ג) **שניהם** כו'. כ' ש"ך ז"ל ואפילו החנוני עו"ג כו' מרשב"א כו' ובתומים דחה דרק לענין היסת אמר רשב"א. גם הקשה על רשב"א כיון דדין חנוני ע"פ לא שייך שם דהי' לפטור רק מכח הוגד י ואף בישראל נוגע לא מהני הוגד לי לחייבו היסת ולזה חילק דשם לא הי' נוגע ע"ש. ודבריו תמוהים דודאי אין חילוק בהוגד מעו"ג בין נוגע או לא אינו מחייב היסת. וכוונת הרשב"א שאלו מכחישו הי' חייב שבועה כחנוני ע"פ היינו מקדושין פ"ב דהן שלוחיו דאמר בש"ס דחייב שליח היסת כחנוני ע"פ גם לפטור ואף דג"כ הוגד לי ונוגע ולא חייב היסת מדין הוגד לי וע"כ משום שמפסיד ומשלם שלא כדין חשבו טענת הלה לברי ומדמי בש"ס לחע"פ ומשמע לי' לרשב"א דגם אם הי' שליח לפרוע למלוה עו"ג גם כן דינא הכי כיון שמפסיד. וממילא דייק הש"ך שפיר דגם בחנוני עו"ג כיון דמ"מ מפסיד חשוב ברי טענת העו"ג. וזה שכ' ש"ך דגם למ"ש סי' קמ"ט דמשמע מהה"מ דאין מ' היסת ע"פ ברי של עו"ג כנ"ל היינו בישראל הבא מכח עו"ג דהי' לכאורה כאמר לי אבא (בסי' ע"ה) דאף שנוגע מ"מ כמו שהי' יכול להשביעו גם יורשו מכחו משביעו וכן לוקח ואף דעו"ג תובע לא תקנו היסת מ"מ הבא מכחו חשוב לענין זה הנכרי בע"ד שיוכל

הלוקח להשביעו כדקי"ל דינא דאזיל מוכר ומפצי דחשוב בע"ד והי' משביעו היסת ע"פ ברי שלו אף דלוקח א"י כמ"ש תוס' (כתובות צ"ב) כן בעו"ג ומ"מ סובר הה"מ דגם לענין זה לא חשוב ברי וממילא גם בדין הרשב"א אף דהוי כחנוני ע"פ הוא ג"כ רק דחשבו חכמים חנוני נגד פועל כבע"ד וכן להיפוך. וממילא בעה"ב מכחו יכול להשביעו כאלו הי' טוען ברי אבל עו"ג שא"י להשביעו מכח התקנה גם בעה"ב א"י להשביע. מ"מ כתב דנהי דלענין היסת לפטור ס"ל כן להה"מ אפשר דליטול מודה דחשוב מכח ברי שלו כטענת ברי כמ"ש הראב"ד שם גם לענין היסת כנ"ל. ואף דעו"ג חשוד ולא תקנו לטול בלא שבועה וממילא הוי כמת חנוני ז"א דמ"מ כיון דנכרי החנוני יגבה ממנו שלא כדין ג"כ שייך שמפסיד ותקנו שבועה דהא גם בישראל הפועלים טוענין שהחנוני נוטל שלא כדין בטענת שקר ומ"מ חייבין לישבע. וכן ב' כתי עדים כו' לרוב הפוס' דצריכין לישבע ע"ש. והרי הרשב"א בס' תולדת אדם סי' ע"ד פ' דאמר לי אבא לא הוי ברי להשביע היסת ע"ש. וכ"ש הוגד מעו"ג וע"כ דמטעם חנוני ע"פ וכהש"ך ז"ל:

ומ"ש הש"ך בפועלים עו"ג ג"כ. הרדב"ז סי' ת"ה הובא בכה"ג מסופק דאולי כשציוה ליתן לעו"ג אף דלא א"ל הב בסהדי הי' לו בעצמו שלא ליתן בלא עדים דסתמייהו פיהם כו' (ב"ב מ"ה). ומ"מ בחנוני לחוד לא משמע דמש"ה לחוד לא רק באמר תן לעו"ג בע"ח וכה"ג מצרף דעת ראב"ן שדוקא חנוני דטריחא לי' למיתב בסהדי כל דבר משא"כ שאר חוב. וכי"מ שהביא הה"מ ואף דבישראל שחולקין כל הפ' עליו נוטל. מ"מ בעו"ג בצירוף הנ"ל מספקא לי' ופסק לפשר ביניהם ע"ש. והגם שנראה שלא ראה ד' רשב"א הנ"ל בת' הובא ב"י וש"ך הנ"ל דגם בגוי אינו פשיעה דמדמי לחנוני ע"ש. מ"מ אפשר דגם רשב"א לא כ' רק לפטור השליח אבל להוציא אפשר דיש חילוק בין עו"ג כנ"ל. ובחנוני נראה דאין לחלק. ובשאר חוב צ"ע אם י"ל קים לי כרדב"ז מאחר שלא ראה ד' רשב"א. מ"מ הרי ר' נחשון גאון הובא ש"מ פ' הכותב ס"ל ג"כ כראב"ן דדוקא בתרי ע"ש:

(ד) **שניהם** כו'. כ' ש"ך דחנוני נשבע תחלה דהא כששניהם אינם נשבעין ע"כ צריך לשלם לפועלי' ולא לחנוני א"כ הפועלי' יאמרו דלמא החנוני לא ישבע אבל החנוני בע"כ צריך לישבע כדי ליטול וכ"כ בעה"ת כו' העדים כו' ע"ש. ואינו מובן שהרי ב"י פסק כרמב"ם דגם חנוני אצ"ל כשמתו פועלים והש"ך ס"ק י"ב הכריע כן. וגם לדעת רמ"א נראה דא"י פועלים לכוף לחנוני לישבע. דדין נשבע ונוטל הוא כשרוצה לטול אינו נוטל אלא בשבועה ויכול לומר מתי שאטול אשבע קודם והם אם רוצים ליטול קודם ודאי דצריכין לישבע דמתי שירצה חנוני לישבע יצטרך בעה"ב לשלם לו. ואף דיחשב נגד הפועלים כזולי נכסי דנזקקין לנתבע. מ"מ גם בזולי נכסי דנתבע גופי' לא מצאנו שיוכל

לכוף הנשבע ונוטל או תשבע או תפטור אותו מתשלומין שיכול מתי שאטול אשבע. ע"ש לעיל סי' כ"ד דדוקא בנפטר כתב רמ"א שיוכל לישבע וליפטר בע"כ לא להיפוך ע"ש. וכ"ש כאן דאין נ"מ לנתבע גופי' רק לפועלים ונגדם רק גרמת שבועה והוא גם תובע דכוותי' שתובע שבועה אין מחייבין שבועה על כפירת שבוע' כ"ש בתורת נתבע שגורם שיצטרכו לישבע דא"י לכופו לישבע בשביל זה כנ"ל. ונראה דגם הש"ך ז"ל מודה בזה דכשפועלים רוצים לטול קודם וחנוני אינו רוצה לטול עדיין צריכין לישבע וא"י לכופו כנ"ל

ובזה ישבתי הש"ס דלשון תמוה מאד דאמר רבי טורח שבוע' זו למה ומה השיב ר"ח תנינא שניהם נשבעין ונוטלין ע"ש. דבמשנה תני הוא נשבע ונוטל והן נשבעין כו' משמע כהש"ך דיכולין לכוף לחנוני דישבע תחלה. ופריך ר' טורח כו' למה לכופו שיבא לידי ש"ש. טוב יותר להניחו ומי שרוצה לטול ישבע ושמא באמת לא ישבע הלה אח"כ ולא יטול. והשיב ר"ח שבאמת אין הפי' במשנה דוקא הוא תחלה דתנינא שניהם נו"נ דדינם שוה מי שרוצ' לטול ישבע. ופריך עלה דפ' נשבעין לחנוני לבעה"ב מבעי' כו'. והיינו דס"ד דפי' הוא דגם שבעה"ב מוחל השבועה לפועלים ואינו רוצה להשביעם מ"מ צריכין לישבע לחנוני דאולי לא ישבעו ולא יטלו יטול הוא בלא שבועה וכיון שיכול לכוף שלא יטלו אלא בשבועה משום גרמת שבועה דידי'. ממילא יכולין גם הם לכוף לחנוני לישבע תחלה משום גרמת שבועה דידהו כיון שבעה"ב רוצה שבועה משניהם והם מדינא והוא מתקנה כנ"ל. ומשני במעמד חנוני כו'. אבל לענין השבועה א"י לכוף זא"ז רק מי שרוצ' לטול ישבע. ואם בעה"ב מוחל להם שפיר יטלו כנ"ל. רק הש"ך ז"ל מיירי שבאין שניהם לטול אז פוסקין שישבע חנוני תחלה וכוונתו דנהי דעכשיו אף שלא ירצה לטול יצטרכו פועלים לישבע כנ"ל. מ"מ כיון דבמת והי' ידוע שלא ישבע חנוני לא הי' פועלים צריכין לישבע משא"כ חנוני. א"כ עכשיו שבאין שניהם לטול מוטל על החנוני השבועה מצד עצמו משא"כ פועלים שאין השבועה עליהם רק מצד שנוטל החנוני וכל שלא נשבע אינו נוטל כנ"ל. ולכך אף דהש"ך הכריע כרמב"ם דגם חנוני נוטל מדינא אף שמתו פועלים מ"מ היינו שלא להפסידו משא"כ לענין שבועה דאם הי' שוים יטילו גורל וכה"ג דחשוב שודא דדייני דבסברא מועטת מקדימין. וכפי' רש"י בשודא שאהבו יותר ע"ש (כתובות פ"ה). וכן בהנ"ל דעכ"פ יש דעת רמ"א והרבה פוסקים דפועלים מדינא ולא חנוני א"כ עכ"פ הדין להשביע תחלה החנוני מדין שודא כיון דלרמב"ם שוים להקדים מי שירצו ולרמב"ן ורמ"א דוקא חנוני לכך פ' ש"ך ז"ל כן. ובפרט למ"ש ש"ך ז"ל הטעם דאף דחנוני הוי א"י אם נתחייבתי מ"מ לא חשוב חזקת ממון כיון דעכ"פ ל"א ודאי חייב

ע"ש. א"כ עכ"פ הפועלים החיוב לשלם להם מצ"ע כשתובעים לבדם ג"כ דהוי א"י א"פ כנ"ל. והחנוני מצ"ע פטור רק משום דעכ"פ משלם. אבל הטענות מצ"ע מורה החזקת חיוב שמגיע לפועלים שלא נפרעו וממילא מסתמא החנוני שקר ולא ישבע ויודה ולא יצטרכו פועלים לישבע משא"כ להיפוך וכל שיכולין שלא יבא לידי שבועה מחוייבין דלפי' תוס' במשנה דמלוה על המשכון מי נשבע כו' שמא יוציא כו' הוא שיהי' אגלאי שהי' שבועה לבטלה. ונהי דכאן אין לבטלה אבל עכ"פ יכול להיות שיתברר אח"כ שלא ירצה חנוני לישבע לשקר ויודה והי' בחנם ש' פועלים כיון שאנן תופסין יותר טענת פועלים אמת מצד חזקת חיוב שיש לפועלים ולא לחנוני כנ"ל. ולכך נראה באופן הנ"ל ששניהם באין לטול כהש"ך ז"ל דפוסקין שישבע חנוני קודם רק מ"מ י"ל לא אטול עכשיו כנ"ל. וכשדעה"ב מוחל לא' אין הלה יכול להשביע כנ"ל. ומ"מ הב' נראה דצריך לישבע כנ"ל ואי"ל שמא הי' מודה ולא הייתי צ"ל כנ"ל. והיכא ששניהם אין רוצים לישבע ורוצים תשלום א' לחלוק ביניהם נראה דלא מצי מדחי כב' יוסף ב"ש (סי' מ"ט) וגבי בכור (בכורות מ"ח) דלענין תשלום א' מחויב לשלם בלא שבועה לרמב"ן לפועלים עכ"פ ולרמב"ם לכל א'. וממילא יכולין לחלוק ביניהם בלי שבועה. רק אפשר דיכול בעה"ב לטעון שיפטרו אותו מהשאר דאל"ה אח"כ שירצו לישבע יצטרך לשלם ויהי' נפסד השבועה ממה שנתן והוי כזולי נכסי' ועדיף כנ"ל. ואפשר דממילא א"י לחזור ולתבעו אח"כ כיון שאמר כל א' איני נשבע ועי"ז שלם להם תשלום א'. ואינו מוכרח עיין לעיל סי' כ"ב. ובנוטל י"ל הפי' אינו רוצה עתה לישבע רק כשארצה לטול ועכ"פ תשלומין א' שמחויב בלי שבועה תתן לנו. ונראה דיכול בעה"ב לטעון כנ"ל דלמ"ד אין כ' שובר א"צ לשלם גם ודאי חייב משום חשש הפסד שיצטרך לשלם עוד הפעם ואף חשש רחוק גבי כתובה כמ"ש תוס' (כתובות ט"ז) משום מקום שאין מכירין וכה"ג רק דקי"ל כ' שובר ישמור שוברו ולא יפסיד וממילא כאן שיוכל לבא לידי הפסד שיצטרך לשלם עוד הפעם אם ירצו לישבע ויפסיד השבועה א"צ לשלם עתה גם תשלום א' שודאי חייב כנ"ל. אך י"ל דלא יצטרך לשלם אח"כ תשלום ב' עד שישבעו כל א' על כל החיוב לא על מחצה נהי דכשכבר נתן א"י להשביעו וכמ"ש ש"ך לקמן מ"מ יכול לעכב וליתן תשלום ב' עד שישבע כל א' על הכל דלענין זה מוחזק וא"כ לא יפסיד ממ"נ כנ"ל:

(ה) **נשבעין** כו'. לכאורה קשה הא כ' רמ"א שלא ישבעו ביחד משום דמה דאפשר שלא יהי' נראה ש"ש מהדרינן. וא"כ כיון דאמר בגמ' ריש ב"מ אהך דשניהם נשבעין דאף דמיגו דחשוד כו' אמרינן ס' מלוה ישינה כו' ובעי למימר ודאי מלוה ופריך א"כ יטלו בלא שבועה רק על ספק כו'. א"כ ישבעו כל א' שבעה"ב חייב לו ולא יהי' ש"ש והא סגי

בהכי דעכ"פ יש לו ודאי לוה וג"כ מגיע לו כו' בשלמא בטלית החשש משום הטלית גופי' דלא תחמוד כו' ע"ש. וכן בשאר טענות נהי דלא היו מתקנים מש"ה מ"מ כשכבר תקנו משום ס' מלוה שוב צריך לברר דבריו משום טעות שסובר שחייב כמ"ש לעיל סי' ע"ה. משא"כ כאן להמבואר סי' ע"ה בהגהה דדוקא לכתחלה צריך לברר שמא טועה אבל אם אין נראה ב"ד רמאות גם שאינו מבורר משביעין סתם שאינו חייב או חייב ע"ש. א"כ כאן תחלת התקנה שלא יהי' שבועת שוא הי' להם לתקן שישבעו שחייב ואף שאינו מברר סגי כיון שלא ניכר רמאות בשבועה כיון שתהי' התקנה כך ונראה הטעם דהא צריך כל א' לישבע במעמד הב' כי היכא דלכסיף מיני'. וא"כ כשישבע רק שחייב לו בעה"ב לא הוי השבועה במעמד הב' דלא מכסיף לא מבעה"ב שסובר שנתן לפועלים ולא מהפועלים שסבור שחייב לו בעה"ב מלוה אחרת וכן הפועלים כנ"ל. ולכך ע"כ שישבעו מפורש שנתן וזה שלא נטל כנ"ל. אך לכאורה לב"נ קשה דאמר כיצד אלו כו' אלא יטלו שלא בשבועה. והא עכ"פ ישבע כל א' שחייב בעה"ב ונהי שאינו במעמד הלה עכ"פ דיעבד טוב יותר לבעה"ב משיטלו שלא בשבועה וזה הוי דיעבד דאל"כ יטלו בלא שבועה. ומוכח מזה כדברי הש"ך ז"ל דלא כהב"ח דאף דסי' פ"ז בשאר שבועות דיעבד שנשבע שלא בפניו מהני כאן דא' ודאי משקר גם דיעבד לא מהני ושפיר סבר ב"נ דאין ליתן להם שבועה כנ"ל דלא לכספו ויכול לבא לידי שבועת שקר. וטוב יותר שיטלו בלא שבועה משישבע בלא איום הנ"ל ויש חשש שבועת שקר כנ"ל. ומיושב בזה ריש ב"מ דאמר לימא מתני' דלא כב"נ דתמוה מאד מה ס"ד דפריך ע"ש בתוס'. ולמ"ש שפיר דלמה לא ישבעו לב"נ שחייב בעה"ב כנ"ל. וע"כ כיון שכפי טענתם א' משקר לא יהבינן להו אף שבועה כזו שיהי' חשש שבועת שקר אף שלא יהי' ודאי ש"ש ממילא גם במתני' שנים אוחזין כיון דלפי טענתם ודאי א' משקר לא ישביעום וטוב לטול בל"ש. ומשני דגם לפי טענתם כו' תלינן דבהדי הדדי אגבהוה וטועה כל א' ע"ש וא"ש:

וא"כ נראה מזה לע"ד דאף דבכל דוכתי כשנשבע סתם שחייב אין לחזור ולהשביעו לברר דבריו שאינו ניכר רמאות מ"מ כאן כשנשבע חנוני או הפועל שחייב לו בעה"ב סך הזה אף במעמד שכנגדו לא מהני וצריך לחזור ולישבע חנוני שנתן ופועל שלא נטל במעמד הלה כאלו נשבע שלא במעמד לש"ך ז"ל. ואף די"ל דש"ך ז"ל לא אמר רק משום דודאי שבועת א' שקר משא"כ בשבועה הנ"ל דאינו ודאי שקר. מ"מ לע"ד אין חילוק דיש ריעותא עוד שלא בירר דבריו ואפשר דחשוב ניכר רמאות מה שנשבע סתם שחייב. ועוד דכאן אם יודה ויטעון דחייב ממ"א הי' מיגו להוציא ולא הי' נאמן כלל. וא"כ ממ"נ

אם הי' כוונתו שבועה שחייב לו ממ"א א"כ אינו נוטל כלל דשלא כדין דאינו נאמן. ואם כוונתו שנתן לפועל א"כ יש שבועת שקר ולא מהני שלא במעמד כנ"ל:

אולם היכא דליתנהו להשני דהדין דנשבע שלא במעמד ונוטל יש להסתפק בנשבע דיעבד שחייב לו בעה"ב דאפשר דנוטל או כיון דמ"מ לא ברר דבריו וגם חילוק דעכ"פ נודע לשני דמשקר כנ"ל:

(ו) **חנוני** בפני פועלים כו'. לכאורה לש"ך ז"ל דלא מהני כאן אף דיעבד שלא במעמד משום דחד לשקרא משתבע. ולפי דברי ש"ך דחנוני נשבע תחלה ע"ש. א"כ קשה איך למדו הפ' דגם חנוני דוקא במעמד פועלים הא אדרבא מדנקיט בש"ס פועלים במעמד חנוני ולא נקיט חנוני במ"פ שהוא נשבע קודם א"כ י"ל דוקא שכבר נשבע חנוני א"כ עתה שפועלים ישבעו ודאי חד שבועת שקר צריכין לישבע במעמד חנוני כסברת הש"ך כנ"ל. משא"כ חנוני דנשבע תחלה וא"י אם יהי' ש"ש דמחזיקין שאמת נשבע ובאמת מסתמא לא ישבעו פועלים אח"כ ומנ"ל דצריך במעמד פועלים. וי"ל דלשון שניהם נו"נ משמע דשבועתם שוה. והא דנקיט פועלים לרבותא דאף דהם מדינא נוטלין מ"מ דוקא במעמד וכ"ש חנוני דרק מתקנה כנ"ל. וגם לרמב"ם מ"מ רבותא איכא כנ"ל:

סעיף ב

בד"א כששניהם לפנינו ותובעין מבעה"ב אכל אם מת החנוני והפועלים לבדם תובעים או שמתו פ' והח' לבדו תובע נוטל בל"ש שהרי אין בעה"ב מפסיד כלום כו'. (**וי"א דדוקא באם מת ח' ואתו פ' נוטלין בל"ט דהרי ודאי נתחייב להם ולא ידע אי פרע אכל א"מ פ' כו' לא יטול אלא בשבועה דלמא ל"נ כלום**):

(ז) **או** כו' וחנוני לבדו בו' נוטל בל"ש כו'. עי' סמ"ע וש"ך דלא כרמב"ן שכ' דיורשי פועלים נוטלין בשבועה שלא פקדני ול"א אין אדם מוריש ש"ל דהבו דלא לוסיף עלה. והש"ך כ' שהה"מ נדחק לרמב"ם דל"א הבו דלא לוסיף אלא בשטר ע"ש. ונראה מדבריהם דאף שהכחישו זא"ז בחיים ואח"כ מת א' נחלקו רמב"ן ורמב"ם וכ"כ הש"ך ס"ק י"א בתחלה. ותמוה לי איך נאמר דחנוני אינו נשבע כשמתו פועלים משום דמשלם בעה"ב רק תשלום א' שיורשי פ' אין נוטלין משום אאמש"ל. והא כל מה שהי' פועל חייב לישבע הוא רק משום שהחנוני נשבע אבל אם שניהם אין נשבעין כתב ש"ך ז"ל ס"ק ה' דצריך לשלם לפועלים ואף אי נימא כמ"ש לעיל דלהרמב"ם אין הדין כן אבל מ"מ עכ"פ ודאי דלא עדיף חנוני מפועל והדין יחלוקו באותו תשלום א' וא"כ איך אפשר לומר דחנוני יטול בל"ש תשלום א' הא כשחנוני רוצה לטול בל"ש אין על הפועלי' ג"כ שבועה ולא שייך כלל אאמש"ל שאין יורשי פועלים יכולין לישבע מה בכך כשחנוני אינו נשבע

מה אולמי' באותו תשלום א' מהם נהי דנגד בעה"ב אם חנוני גבי בשבועה א"צ לשלם ליורשי פועלים תשלום ב' משום אאמש"ל זה שפיר דלענין תשלום שני נתחייב פועל שבועה אבל שנאמר מה"ט יטול חנוני בלא שבועה הא לענין בלא שבועה לא יגרע זכות היורשים מה שא"י לישבע מהחנוני שאינו נשבע כנ"ל. דלענין תשלום א' לא נתחייב פועל מעולם שבועה כלל היינו כשלא ישבע חנוני ויהי' תשלום א' כנ"ל. ועוד דהא קי"ל דלא שייך אין אדם מש"ל רק להוציא דמה"ט מוקי שם כב"ש דכגבוי דמי לא שייך כנ"ל אף שאינו מוחזק לגמרי ע"ש. וא"כ הא תוס' ריש ב"מ כ' דמה שהנפקד תופס בחזקת שניהם מספק הוי כשניהם מוחזקין ע"ש. וכ"כ שאר פ' ומוכח שם בש"ס. וא"כ קודם שנשבעו שניהם חשוב בעה"ב שיש בידו תשלום א' וא"י אם לחנוני או לפועלים תופס בחזקת שניהם כמו במנה שלישית כנ"ל והחלוקה י"ל אמת דיכול להיות שנתן להם מחצה. ומה דנקיט ריש ב"מ גבי חנוני ע"פ יהא מונח הוא לר"י משום רמאי אבל לרבנן היו חולקין אם הי' רק תשלום א'. ורק משני דכל חד אמר מה אית לי' כו'. אבל כל שלא נשבעו שניהם ומגיע להם רק תשלום א' והדין חולקין ממילא הי' נקרא תופס בחזקת שניהם. וא"כ על אותה מחצה אף שמתו פועלים לא שייך אאמש"ל כנ"ל דע"י זה מפסיד מה שחשוב תפיס מכשיהי' פועל חי. ובשלמא כשחנוני נשבע דאז ע"כ צריך בעה"ב לשלם לו הכל דמה אית לי' גבי פועל כו'. ממילא לענין תשלום הב' ליורשי פועל שייך אאמש"ל דלשלם חנם מוחזק בעה"ב בשלו וא"י להוציא בלי שבועה דנגד בעה"ב לעולם הי' להוציא. וא"ל דכבר זכה במחצה תשלומין. דז"א דלענין כשישבע אחד ויצטרך לשלם הכל לא הי' תופס בשביל הב' כלום. אבל לענין כשלא ישבע שום א' דלענין זה שיהי' רק תשלום א הי' תופס בחזקת שניהם ושפיר עדיין מחצה דיורשים כשאין חנוני נשבע דנגדו שלא יקח הכל חשובי כמוחזקים במחצה דלא שייך אאמש"ל כנ"ל. ולכך נראה דמיירי בלא הכחישו עצמם מחיים כלל כפשט לשון הרמב"ם וטור ופועלים לבדם כו' וחנוני לבד תובע והפועלים לא תבעו כלום מחיים. ולכך לא יוכלו כלל יורשי פ' לגבות דלא הוי א"י אם פרעתיך כלל שלא טענו ברי. משא"כ חנוני שטוען ברי ע"ז פ' שפיר דאין חנוני צריך לישבע כו' תשלום א' וכמ"ש הש"ך ז"ל ס"ק י"א בסוף הגם שכ' אפשר מ"מ לקמן סי' ק"ח ס"ק כ"ז כ' דלכ"ע במתו' פועלים יורשין נוטלין בשבועה ע"ש. ומ"מ נראה כוונתו בטען הפועל מחיים ברי כנ"ל. ומ"ש הה"מ (פט"ז מה' מלוה) דהרמב"ן חולק אפשר דגם בלא טען מחיים רק שאומרים א"ל אבא חייב ג"כ א"י א"פ כפשט לשון הרמב"ם פ"א מה' טוען דוקא בלא תבעו רק מעצמו אביך הלוני וא"י א"פ ע"ש. ולזה הביא הה"מ פ"א מטוען ע"ש. רק דמ"מ נהי דחייב עכ"פ שבועה הי' צריך ושייך אאמש"ל

ע"ז כ' ג"כ דלא לוסיף עלה. אבל עכ"פ רמב"ם וטור הנ"ל ברור דמיירי כנ"ל שתובע רק א' כנ"ל. דבהכחישו מחיים קשה ג"כ למה כ' שאינו נפסד הא קי"ל גבי אאמש"ל דאי תפסו לא מפקינן מינייהו. וא"כ נפסד כשיתפסו יורשי פועלים. ואף דראב"ד סובר בהזמה דחיוב תפיסה אינו ממון מ"מ הפסד חשוב. וכ"ש לרמב"ם (פכ"א מה"ע) דחשוב ממון גמור. רק כמ"ש בלא תבעו כלל דאין כאן ברי וא"י לגבו' כלל וגם תפיסה לא יועיל כנ"ל. וכן מפורש בר"ן פ"ב דקדושין שמפרש דברי רמב"ם בלא הכחישו א"ע שכ' היכא דלא מכחישו לחנוני דמ"מ חייב שבועה לאפוקי מדברי רמב"ם ע"ש:

(ח) **וי"א** דדוקא כו' פועלים נוטלין בל"ש. והש"ך ז"ל האריך דגם חנוני נוטל מדינא כמו פועלים דאף דקי"ל לאו ברי עדיף מ"מ כיון שממון א' ודאי חייב ליכא חזקת ממון ועוד חזקה שליח עושה שליחותו והוי כחזקת הגוף דמומין והן ד' ר"י א' פלט ע"ש. והנה תמוה מאד מלבד דחזקה שליח ע"ש גריעא דלא מהני כלל בדאורייתא. מלבד זה היך מצינו חזקה זו כשהוא נוגע. דבכל דוכתי שחוט תרום ערב לי מסתמא שקיבל עליו לעשות שליחותו מסתמא עשה שאל"כ לא הי' מבטיחו ולא תלינן בשינוי דעת. משא"כ בנוגע כהכא יכול להיות דמתחלה קיבל עליו ע"ד כן דיטעון שנתן ויצטרך לשלם לו וכן עושה. ועוד דנוקי חזקת שע"ש נגד חזקת חיוב דפועלי' ולא יהי' לשניהם חיוב מדינא. ובאמת קצת דיוקים משמע כהש"ך שניה' נשבעין משמע דשוים. אולם תמוה דחזינן דחשוב חנוני ע"פ בהדי כל הני דמדינא אין נוטלין כלל שכיר ונגזל כמ"ש תוס' ורוב רפ ולמה חשוב חנוני ולא הפועלים. מזה מבואר כרמב"ן דפועל מדינא משא"כ חנוני כנ"ל. ונראה לע"ד שגם ר"י א' פלט מודה דמדינא לא הי' חנוני נוטל רק עכשיו דתקנו שיהי בשבועה שוב באמת הימני' וגבי מדינא דהא יודע שיהי' נאמן ואם לא האמינו הי' לו לומר לו הב להו בסהדי. וכ' רמב"ן שפיר דמה דאמר ריש ב"מ אנא עבדי שליחותך כו' הוא טעם התקנה שבשביל שעשה שליחותו לפעמים יפסיד אם באמת נתן תקנו שיהי' נאמן וממילא מדינא יהי' נאמן דהימני' כיון שציוה סתם. משא"כ אם לא היו מתקנים ודאי לא הי' נאמן מדינא דלא הי' צריך לומר הב בסהדי דעליו לברר שנתן דאפילו בתנאי התלוי במעשה צריך לברר שעשה. רק כשתקנו כנ"ל שוב מדינא ולכך חשוב לי' בהדי שכיר כו' דלולי התקנה לא הי' נוטל כנ"ל. רק מ"מ עכשיו מדינא ותני שפיר שניהם כו' דשוים רק מ"מ לענין כשמת חנוני ואינו נשבע שוב מדינא אין לו דהא לא הימני' רק בשבועה ובלא שבועה לא הימני' כלל דבשלמא לפועל מצ"ע חשוב דא"י א"פ משא"כ חנוני דמה שמדינא רק מצד הימני' ובלא שבועה דלא הימני' אינו נוטל כלל. אך ע"ז שפיר טעם ר"י א' פלט דשייך חזקה שליח עושה שליחותו היינו לפי מאי דהאמינו עכ"פ

שיתן לפועלים ולא ישקר דיצטרך לישבע וע"ז נאמן אצלו דלא ישבע שקר. וא"כ ע"כ בשעת קבלה לעשות שליחותו הי' באמת שהרי יצטרך לישבע וע"ז נאמן אצלו א"כ שוב חזקה שעשה כן ונתן להם דלא חיישינן לשינוי דעת שנתישב שלא ליתן ושירצה לישבע שקר וחזקה זו מהני גם בדאורייתא כמ"ש תוספ' בכמה דוכתי כשיעשה בשלו אסור ע"י שיסמוך עליו הוי חזקה מה"ת ע"ש מטעם דמוקי לי' בחזקת כשרות שלא נשתנ' דעתו לגרום אסור ע"ש. וא"כ לפי הנאמנות שאמר לו בעה"ב סתם לחנוני ליתן אחר התקנה והאמינו בשבועה שוב נגד הבעה"ב יש חזקה שעשה שליחותו ולא נשתנה דעתו שלא ליתן ושיתבע לטול בשבועת שקר וודאי נתן ושוב אף שמת ולא נשבע גובים מדינא מבעה"ב ול"א בי' אאמש"ל כיון דמדינא נוטל כו' משום חזקה הנ"ל וכן מתו פועלים דרק תשלום א' גם כן שייך כנ"ל דמסתמא נתן לפועלים דכשהי' פועל חי ידע שצריך לישבע ועל שיטול בשבועה האמינו כנ"ל ושייך חזקה הנ"ל. ומ"מ אין חזקה זו מגרע כלל חזקת חיוב דפועלים דנגד הפועל שלא האמינו מעולם לא שייך כלל חזקה שליח עושה שליחותו דשמא מתחלה לא קיבל עליו כלל ליתן רק לישבע שקר ולטול אף שלא יתן. ומדויק לשון הגמ' ריש ב"מ מה אית לי' גבי חנוני לא מהימן לי בשבועה את האמנתי' כו' דנגדם אין חזקה כלל כנ"ל. ולגבי בעה"ב שפיר חזקה הנ"ל ונוטל אף שיודע עכשיו שאינו נשבע כנ"ל. דלפי מה שבעה"ב הימני' אחר התקנה שייך החזקה כנ"ל:

ורמב"ן ז"ל סובר דגם נגד בעה"ב לא שייך חזקה הנ"ל כלל דבאמת יכיל להיות שלא קיבל עליו כלל לעשות השליחות רק בשקר לטול בשבועה ונהי דהימני' מ"מ בלא שבועה דלא הימני' ליכא חזקה כלל דהימני' רק כמתנה מה שרוצה להאמין אבל לענין מה שלא רצה שייך החשש כאלו לא הימני' כלל ואין כאן חזקה ועוד דסבר דגם עכשיו לא הימני' כלל רק מתקנה חייב דסבור שלא יבא לידי הכחשה כלל. ועוד דאינו מועיל נאמנות שלא בשעת מתן מעות וכאן הס' אם נתן כלל כנ"ל. ומ"ש הש"ך דכה"ג ברי עדיף ואף דלכאורה באמר לב' גזלתי א' כו' ל"א ברי עדיף ע"ש בתוס' שוב ראיתי גם בתומים דחה מהנ"ל. אולם לע"ד לא קשה דאדרבה מלשון גמ' משמע מספיקא לא מפקינן ממונא רק לענין תשלום הב' שמשלם בחנם לכל אחד אבל לענין תשלום א' ליכא חזקת ממון וע"ז כתב תוס' שפיר דאף למ"ד ברי עדיף מ"מ לענין תשלומין לכל אחד גם טענתו ברי שאינו חייב רק לאחד. אבל כאן שמשלם רק לא' שפיר י"ל דלענין למי ליתן לחנוני או לפועל ברי דחנוני עדיף דאין לבעה"ב חזקת ממון דל"א ודאי חייב כנ"ל. אך באמת גבי אבדה גם כה"ג לא ברי עדיף דא"כ יקח בלי סימן בט"ע דשלו גם ע"ה ע"ש בפ"י הקשה למ"ד ברי עדיף. ומ"ש משום רוב אין נראה דהוא מהרוב כמו אחר רק עיקר הטעם

דשלא בפניו טענינן הוי כברי ואדרבא כיון דהמוציא אינו רוצה להחזיק רק למי ליתן אין זה נאמן דב"ד טוענין שמא לאחר וכדחשיב פ"ב דכתובות גבי אלמנה נשאתיך וכ' הרא"ש דגם ביורשים חשיב ברי וברי ומוכרח בש"ס דדחי' ע"כ ל"א ר"ג כו' דטענינן להו ע"ש. וכן כאן. רק סברת הש"ך דקאי על כשלא טען הפועל כלל ולא הכחישו מחיים ולא יטלו יורשי פועל כלום כמ"ש לעיל ע"ז סברתו שפיר דשוב מגיע לחנוני מצד ברי ושמא דבעה"ב דלא טענינן ליורשי פועל דלא יהי' תועלת. והבעה"ב ל"ל חזקת ממון דעכ"פ חייב ושוב ברי דחנוני עדיף. אולם למ"ש לעיל לא שייך זה דאם לא ישבע חנוני שפיר טוענין ליורשי פועל וחשוב ברי וברי שיהי' הדין יחלוקו דבשלמא לענין להוציא מבעה"ב לא טוענין דמ"מ ביורש כו' ואומר הלה א"י א"פ פטור כיון דיורש א"י. אבל נגד חנוני שאינו מוחזק יותר מהם שוב טוענין להו ג"כ וא"י לטול בלא שבועה רק מחצ' כשרוצה שיהי' יחלוקו עם יורשי פועל כנ"ל. ואי משום דיורשי פועל בפ"ע א"י לגבות כיון שלא טען כנ"ל. הא גם חנוני בפ"ע אי"ל דקי"ל לאו ברי עדיף וג"כ רק ע"י חיוב של ממ"נ לדברי הש"ך דעכ"פ מגיע לא' א"כ גם הם כו'. א"כ נראה דיכול בעה"ב לטעון קים לי' דאין נוטל חנוני בלא שבועה במת פועל אף שלא הכחיש בחייו. ואף דיורשי פועלים לא יוכלו להוציא ממנו מספק ואין כאן רק תשלום א' מ"מ על מחצה ודאי שייך כנ"ל שא"י לטול בל"ש גם על מחצה כיון דמבואר גטין פ' הזורק בזרק חובו מחצה על מחצה יחלוקו ומוקי בב' כתי עדים א"א קרוב לו כו'. וכ' שם תוס' ורשב"א דאף דקי"ל תרי ותרי אוקי ממונא כו' דלא כסומכוס מ"מ כיון דהחוב ודאי וספק אם נפטר אוקי חזקת חיוב נגד חזקת ממון ויחלוקו ע"ש. ואף דתרי ותרי בשובר קי"ל ג"כ דפטור (כתובות כ' ע"ש בתוס') ע"כ משום דשם דררא דממונא כו' וא"כ נגד הפועל ודאי דחשוב דררא דממונא וספק אם נפטר בעה"ב מחיובו ואף שהוא שמא ושמא י"ל דיחלוקו כמו שם בקרוב כו'. ואין טעם לחולק רק משום ברי דחנוני כו'. וגם על מחצה אפשר די"ל קים לי' כהר"ן וי"מ שבהה"מ ורמב"ן דחנוני מצ"ע אינו נוטל אלא בשבועה אף בתשלום א' כמוציא הוצאות וכה"ג וכן מפורש בריטב"א בפי' במשנה דאף למ"ד ברי עדיף חנוני מדינא אינו נוטל כלום דהי' לו ליתן בסהדי ותקנה שיטול בשבועה משא"כ פועל ע"ש. ומ"מ צ"ע בלא הכחישו מחיים כנ"ל:

ובהכחישו מחיים ומתו פועלים דלרמב"ן ושאר פ' דיורשיו נוטלין פשיטא דצריך חנוני לישבע כנ"ל. ומ"ש הש"ך באין כאן יורש ואף דאין לך אדם כו' פי' בתומים כשבעה"ב יורש הפועל ע"ש. ואיני מבין זה אדרבא כיון דיורש זכות הפועל לכ"ע לא שייך גבי' אאמש"ל דתפוס ועומד א"כ הוי כמשלם עוד תשלומין לפועל דיורש חוב של עצמו ודאי

דא"צ לשלם לחנוני בלי שבועה ועדיף מיורש אחר. ואטו אם הפועל מכר זכותו לבעה"ב יטול חנוני בל"ש. או מחל לו ג"כ כאלו פרע. ואף גר י"ל ג"כ כדאמר מכות ט"ז דחשוב קיומו לעשה דשיעבודא דגר הוא דפקע ומה שזוכה מהפקר כאלו ישלם וגם כאן כנ"ל. וע"כ לא קאמר רמב"ם דהואיל ואינו משלם רק תשלום א' נוטל בלא שבועה רק משום דאין הב' תובעו ואין משלם לו בשביל שמחזיקין שאינו חייב לו ושוב הב' נוטל בלא שבועה. אבל לא כשאינו משלם משום שפרע או קנה חוב השני או ירש דזה הוי כשלם כנ"ל. ובזה בודאי י"ל קים לי כרמב"ן דיורשים נוטלין וגם שא"י להוציא יועיל תפיסה. וגם מהני קים לי כר"ן ורשב"א וריטב"א ורמב"ן דבמכחישו צריך חנוני לישבע מצ"ע ע"ש שגם בחי' רשב"א מפורש כן כנ"ל. וכשהכחישו מחיים ומת פועל ואין חנוני רוצה לישבע. נראה דהדין יחלוקו בין חנוני ובין יורשי פועל. או אפשר דא"צ לשלם כלום לחנוני כדעת ר"ן ורשב"א הנ"ל דמצי מדחי לי' דמגיע לפועל וכן לפועל מ"ל ליורשין קים לי'. ומ"מ אפשר דמחצה חייב להו ודאי אף שלא נשבע דגם אי שייך אאמש"ל מ"מ הי' תפיס עכ"פ מחצה עבורם דבחזקת שניהם ועל מה שאינו להוציא ל"א אאמש"ל וכיון דאינו משלם לחנוני כנ"ל שלא נשבע שוב צריך לשלם להם עכ"פ מחצה לכ"ע. גם כמו בבכ"ע קרוב לו כו'. ואפשר דצריך לשלם להם הכל כיון דטעין ברי בחייו והוי א"י א"פ והשבועה שהי' חייב רק משום שהי' צריך ב' תשלומין אבל כיון דחנוני אינו נשבע ואינו נוטל ועל תשלום א' לא נתחייב שבועה כלל כנ"ל. רק היכא דחנוני נשבע ונוטל צ"ע אם יכול בעה"ב לומר קים לי נגד יורשי פועל דשייך אאמש"ל בהכחישו מחיים או לא דהבו דלא לוסיף כו':

(**ט**) **דדוקא** כו'. בש"ך ה"ה בליתנהו כו' לכ"ע דאנו תולין שלא יכחיש כלל. ומ"ש ש"ך דכשבא ומכחיש א"צ לישבע דרק לטול ע"ש קאי אפועל אבל חנוני גם ששילם לו מ"מ הא גם שליח נשבע היסת לפטור משום שמשלם למלוה, (ע"ש סי' קכ"א). ולא עדיף מה שגבה ממה שנתן לו כיון דעכשיו מכחישו הפועל כנ"ל:

סעיף ג

בד"א כו' אכל אם הקדים בעה"ב מעות לחנוני כו' במעמד ג' כו' ונתרצו אין לפועלים על בעה"ב כלום והחנוני נשבע היסת ונפטר כו' ואם שלא במע"ש המחם אצל חנוני כו' וי"א שגם זו היא שבועת היסת (מי שהוציא הוצאות כו' והנתבע א"י כמה נשבע התובע ונוטל כו'):

(**י**) **אין לפועלים** כו'. סמ"ע כ' דגם להרא"ש לקמן סי' קכ"ו דיכול לחזור על הלוה כו' משא"כ הכא דאומר שכבר נתן כו'. והש"ך השיג עליו דכיון שיכול לחזור עדיין חיובו

אבעה"ב כו'. וכ' דהכי מוכח ממה שהוצרכו הרי"ף ורא"ש ותוס' (פרק המקבל קי"ב) לומר דהירושלמי דאמר דמתני' דחנוני ע"פ בלא העמידו כו' דס"ל כר"ש דלא כרבה דקי"ל כוותי' ואי כנ"ל הול"ל דכהלכתא ושאני חזרה מפרעון וכמ"ש בעל העטור כו' ע"ש. גם ב"י הקשה דסתם טור כאן כהרי"ן מגא"ש וסי' קכ"ו הביא דעת הרא"ש והחולקין הנ"ל ע"ש ולע"ד מ"ש הש"ך מתוס' אדרבא מוכח קצת להיפוך דלא הביאו ראי' כלל מירושלמי גופי' רק מפי' הרי"ף ע"ש. והא מה שרצו להוכיח דלא כפי' האחרון דפליגי לענין בל תלין. אבל ר"ש ורבה תרווייהו ס"ל דחוזר על בעה"ב א"כ דברי הירושלמי דלא כמאן ולמה הוצרכו לפי' הרי"ף. וע"כ דאין ראיה מירושלמי די"ל כנ"ל כיון דמ"מ נפטר מחיובו כל דלא הדר בי' אף לרבה דחוזר בו וחייב למפרע מ"מ לא הוי א"י אם פרעתיך דלא שייך חזקת חיוב. וכמ"ש הרא"ש ב"ב פ' מ"ש גבי בעיות דלא אפשיטא אם עמד חוזר דא"י לחזור מספק ע"ש. ולא מוקמינן בחזקת מ"ק והחולקים רק משום דא"צ חזרה בעמד דבטל ממילא אבל בהנ"ל י"ל דמודים וכמו במטבע מזויפת שפ' ט"ז בסי' ע"ה דכיון שהי' קודם שנולד הספק בחזקת שפרע הוי כא"י אם נתחייב ע"ש. וכן כאן קודם שנולדו הכחשה בחזקת שיעשה שליחותו. וכמ"ש הרמב"ם וש"ך בעצמו דחזקה כנ"ל. ולכך אמר ריש ב"מ הטעם מה אית לי' גבי חנוני אנא עבדי כו'. משא"כ כשנתרצה במעמד ג' וקנה החיוב דהוי כנפרע רק הספק אם לא פרע מהני החזרה י"ל דפטור בפרט אי מדינא גם א"י א"פ בלא הול"ל פטור. א"כ ע"כ מ"ש הפ' דפועלי' מדינא שקלי היינו משום דלא חשוב ספק כלל לדידהו דמה אית להו גבי אחר כנ"ל. משא"כ במעמד ג' שוב פטור משום לה"ל למידע כנ"ל. ובפרט להפ' דנשאר חיובו רק בתורת ערב א"כ צריך לברר שלא פרע הלוה כיון דחיוב בעה"ב מצד עצמו ודאי פקע רק נשאר ערבות ושוב אינו נאמן כנ"ל. ולכך מירושלמי עצמו לא הוכיחו תוס' כלום די"ל כך"ע כנ"ל. רק מדפי' הרי"ף דס"ל כר"ש דלא כהלכתא א"כ היינו משום דסבר הרי"ף ז"ל דתליא הא בהא אם קונה החיוב כמו במעמד ג' ממילא נפטר הלוה לגמרי שנותן לו חיוב זה רק משום שנפטר ממנו. וא"א שמקנה וישאר חייב ובתורת ערב לא אמר שהוא ערב. ולכך סבר הרי"ף דאי כרבה דחוזר ולא נפטר ממילא לא קנה ולא נתחייב חנוני כנ"ל. דלר"ש הוי כפטרו ע"פ החנוני וממילא מחויב החנוני בתורת ערב כפי' א' של תוספ' ולכך ע"כ הירושלמי כר"ש דלרבה לא קנה ולא נתחייב כלל ושייך תקנת חנוני ע"פ כאלו לא העמידו כנ"ל. ודייקו תוס' שפיר מהרי"ף דפלוגתייהו משום הפטור ומוכח דלר"ש מחילה א"צ קנין ורבה לא פליג בזה רק דסבר שלא פטרו כנ"ל:

וממילא שפיר כ' ב"י סי' קכ"ו דהרי"ף חולק על הגאון דבמעמד ג' א"י לחזור ולתבוע הלוה דכיון דקנה ממילא נפטר הלוה לגמרי כיון דסבר הרי"ף דתליא הך בהך. דאי הוי ס"ל דאפשר אף שקנה ונתחייב זה מ"מ יכול לחזור ולתבוע הראשון הוי מצי לאוקמי הירושלמי כרבה ג"כ ואף דחוזר מ"מ אין חנוני נאמן להוציא כנ"ל וע"כ כנ"ל. וממילא במעמד ג' דקני ע"כ שנפטר ואינו חוזר כנ"ל. וא"כ שפיר פסק הטור כאן במעמד ג' ונתרצו דאין פועלים נאמנים להוציא מבעה"ב ולא הביא החולקין כנ"ל. דממ"נ הדין כן אי כהרי"ף א"כ ע"כ נפטר לגמרי ואי כהרא"ש והחולקין דלא תליא בהך ואף דקנו י"ל דלא נפטר א"כ שוב אפשר לאוקמי הירושלמי כהלכה וגם לרבה דחוזר מ"מ אינו נאמן הפועל כנ"ל. וא"כ למה נימא דפליג ש"ס דילן א"כ ממ"נ הדין כנ"ל במעמד ג' כנ"ל:

אמנם הוכחה מתוס' אין כאן. די"ל דלולי הרי"ף הוי מצינן לומר דירושלמי מיירי בקנין דלכ"ע אינו חוזר. כמ"ש הרא"ש דבקנין נפטר אף אם לא יתן. הגם דלתי' תוס' עכשיו דלענין בל תלין פליגי אין הוכחת הרא"ש מועיל דאי כשיתן למה לי' קנין. הא גם כשיתן בעי קנין שפטרו מעכשיו אם יתן אח"כ ולא יוכל פועל לחזור בו וגם לא יעבור אבל תלין. אך מ"מ שפיר בקנין ד' הירושלמי דלא שייך תקנה דחנוני ע"פ כיון דודאי נפטר מעכשיו ולא הי' מוכח מירושלמי דמחילה אצ"ק ולכך דייקו מהרי"ף דאי בקנין גם כרבה אתי. וע"כ דלא כנ"ל. אבל גם הוכח' לד' הש"ך אין כאן מתוס':

ומ"ש מהרא"ש ז"ל באמת תמוהים מאד ע"ש. שכתב אבעי' חוזר או א"ח. אם השולחני אינו רוצה ליתן לו פשיטא דחוזר אפילו אומר אני סומך על השולחני במעמד ג' שהרי השולחני יכול לחזור בו כיון דאין לבעה"ב בידו כו' אלא מקיף. והא דאמר בירושלמי גבי אע"פ הדא בשלא העמידן הפועלים אצלו אבל העמידן אצל חנוני אין לפ' על בעה"ב כלום אלמא דקני אע"ג דל"ל לבעה"ב אצל ח' כלום כו' גמרא דירושלמי סבר כר"ש דאמר אינו חוזר כי השולחני נתחייב לפועלים מדין ערב דכיון שבעה"ב חייב כף (ח"ב) ליתן לפועלים שכרן מיד חשוב כערב בשעת מ"מ דלא בעי קנין ואין הלכה כר"ש וכיון שהשולחני יכול לחזור בו גם הפועלים חוזרים ותובעים מבעה"ב דאטו בשופטני כו' שהשולחני לא יתן לו אם ירצה והם יפטרו את בעה"ב ויפסידו שכרן ואפילו אם מחל לו מחילה בטעות הוא. אלא כי פליגי כששולחני אינו חוזר אם יכולין לחזור ולתבוע מבעה"ב אם ירצו ר"ש אמר אינו חוזר לפי שמחל לבע"ה כל זמן שהשולחני אינו חוזר בו ורבה אמר חוזר דלא חשוב לי' מחילה והלכה כרבה כו' ומכאן ראי' דמחילה א"צ קנין דהכא בלא קנין כו'. ואפ"ה אמר ר"ש א"ח משום דמחל ורבה דאמר חוזר משום דל"ח לי' מחילה כו' עכ"ל. ותמהו ל"ח וגי"ת ואין בדבריהם ישוב לד' הרא"ש ע"ש.

דמנ"ל דלדידן אין פלוגתא דרבה ור"ש כפי' הירושלמי ומסברא לא יחלוק הרא"ש על הירושלמי וגם למה לי' זה. וגם מ"ש הטור סי' קכ"ו דהרא"ש ס"ל גם במעמד ג' כגאון דלא פטור הלוה ע"ש מנ"ל הא בהרא"ש ע"ש שהניחו בתימה ב"י וש"פ. ונראה לע"ד פי' דבריו ז"ל דסבר דודאי אם אמר החנוני פטור את בעה"ב ואני אשלם הוי ערב משעת מ"מ כמ"ש רמ"א סי' קכ"ט ס' ג' רק דבמה שאמר במעמד ג' אני סומך עליך ונתרצה ודאי דלא חשוב רצוי זה כציוה לפטרו דאין ברצוי זו רק שישלם לו אבל אינו ציוי לפטור לבעה"ב. ובודאי לא יוכל להוציא משולחני אם יחזור בו וממילא אטו בשופטני ושוב מסתמא אינו פוטר באמת לבעה"ב. ואף דהי' סברת דפועל א"י להוציא מבעה"ב דשמא נכלל באמירתו שסומך ע"ש שפטרו לגמרי. מ"מ כיון דברצוי דשולחני אינו נכלל בודאי ציוי לפטרו לבעה"ב וא"י להוציא שוב מסתמא לא פטר. ולכך כ' ואפילו אם מחל לו היינו אף אם הי' דעת הפועל באמת שמוחל ופטרו הוי בטעות שהי' סבור שהשולחני יהי' מחויב ובאמת אינו מחויב. ושפיר הוי טעות מיד כנ"ל. כי פליגי כו' דטעמא דר"ש דאינו חוזר כששולחני רוצה ליתן דמחל לבעה"ב כל זמן ששולחני אינו חוזר. ונראה כמו דקי"ל פ"ק דקדושין במחילת מלוה דמקודשת כן בארוח לה זימנא כמפורש בש"ס שם. וא"כ כמו באומר למלוה פטור ללוה ואתחייב דחשוב שעת מ"מ משום מחילת מלוה כן באומר הרויח לו זמן ואתחייב חשוב כשעת מ"מ כנ"ל. כמו שנחלקו הפ' ברבית אחר הלואה בארוח לי' זמנא דחשוב כמ"מ ע"ש. ונראה דמהני חיובו על כל הממון ואף דרוחת זמן אינו רק ש"פ דהא גם בפטור ללוה לא שייך הטעם דאמר ריש קדושין דהוי כהלוה לו כיון שמלוה בציוי תן כו' דהא שם שפיר כאלו הלוה לו משא"כ פטור ללוה דחיוב של זה כשנפטר הלוה ואין כאן חיוב. רק ע"כ כמו קנין חליפין בשביל מחילת מלוה דהוי נתינה בציוי מתחייב זה כמו ק"ס דמתחייב והנאה זו חשוב ככלי כדאמר פ' א"נ וא"כ גם בארוח זמן ואתחייב ג"כ מתחייב בכל החוב שהוא מחייב עצמו כאלו. הי' בקנין סודר כנ"ל. וא"כ זה שפיר כיון שאמר במעמד ג' שסומך עליו ושולחני נתרצה הוי כאומר הרוח לו זימנא דנהי דלא הוי כאומר פטור במה שאומר שיסמוך עליו שישלם לו. אבל זה הוי כפירש שלא יתבע לבעה"ב שהוא ישלם לו. וממילא ג"כ נתחייב וא"י לחזור בו. ושוב אין פועל יכול כלל לחזור ולתבוע לבעה"ב דנגדו אמרינן שפיר שפטרו לגמרי דלא שייך אטו בשופטני כיון דאין שולחני יכול לחזור כנ"ל. וא"כ כל ד' הרא"ש ז"ל מדויקים שכ' מקודם דא"ל דפליגי באין שולחני רוצה ליתן ונימא דטעמא דר"ש משום שפטרו פ' לבעה"ב ממילא מתחייב ולכך פטרו דז"א שהרי השולחני ודאי יכול לחזור בו ולא יתחייב בשביל שפטרו דלא חשוב ציוי רצוי שלו וממילא לא פטרו דכי

בשופטני כו' וכ' והא דבירושלמי כו' כר"ש וכ' דסבר ר"ש כיון כו' דנתחייב כו' כיון שבע"ה כו' ליתן שכרם מיד חשוב שעת מ"מ. והיינו כמסקנתו דפליגי בהרוחת זמן ודייק לר"ש כיון כו' מיד וזה חשוב כציוה ארוח זימנא ומה"ט מתחייב שולחני וממילא פטרו לבעה"ב ואין הלכה כר"ש. וכ' בקיצור כמו דמסיק במה פליגי ר"ש ורבה כו' אבל אם לא הוי פליגי בהרוחת זמן לא הוה פליג ר"ש כלל דיפטור בעה"ב וע"י הפטור יהי' השולחני חייב דאדרב' לא מיחייב וממילא לא פטר בעה"ב כנ"ל ולאחר שכ' ואין הלכה כר"ש חוזר לענינו הראשון דכיון שהשולחני יכול לחזור ממילא לא פטר ובטעות כנ"ל. כי פליגי כשרוצ' ליתן לר"ש א"י לחזור דהוי ארוח זימנא דזה הוי כציוי וממילא חייב שולחני ולכך פטור בעה"ב וכירושלמי הנ"ל לר"ש ורבה ס"ל חוזר דגם הרוחת הזמן לא חשוב דלא הרויח זמן רק שיש לו גם השולחני לתבוע ומ"מ יוכל לתבוע לבעה"ב ג"כ וממילא אין שולחני חייב כלום ויכול לחזור כנ"ל. ולכך כ' אח"כ דמוכח דמחילה א"צ קנין דהא לר"ש נפטר בעה"ב לגמרי ורבה פליג רק דלא חשוב מחילה אף לזמן וממילא לא פטר בעה"ב. וא"כ שפיר סובר הרא"ש כפי' הירושלמי בפלוגתא דר"ש ורבה ומיושב הכל בעזה"י:

או י"ל דר"ש לטעמי' דפירי עבדי חליפין ב"מ מ"ז א"כ גם בארוח מהני אבל לר"נ אפשר דלא חשוב כלי הנאת הרוחת זמן רק פטור ללוה דהוי מחילת מלוה הוי חיוב שלו שוה בשוה דגם בפירי מהני כמ"ש תוספ' מ"ו. משא"כ הרוחת זמן ושיתחייב כל החוב עבור זה אין שוה בשוה ובעי כלי כנ"ל וג"כ א"ש כנ"ל ומיושב ג"כ דשפיר הוכיח הטור דהרא"ש סבר במעמד ג' דאף שקונה החוב לא פטר ללוה. דלדבריו באומר פטור ללוה ואשלם חשוב שעת מ"מ ומתחייב למה הי' לתקן מעמד ג' בלא טעמא מתקנת הסוחרים הא די שיפטרנו ומתחייב הלה כנ"ל כיון שב"כ וב"כ פטר הלוה. וע"כ דלא נפטר והוצרך לקנין מעמד ג' כנ"ל. גם י"ל דגם דנימא דמתחייב משום דפועל פוטר בשביל חיובו. מ"מ אם לא ירצה שולחני ליתן לו כשתבעו יתבטל הפטור כדקי"ל גבי מקח עייל ונפיק אזוזי לא קני ביום שקבע ע"ש (ב"מ ע"ד). דאדעת' דהכי לא מכר כן כשפועל פוטר שכירתו בעד החיוב של השולחני וכשתובעו ואינו רוצה ליתן בטל דאדעתא דהכי לא פטר כנ"ל כיון דשכירות זמנו ביום כנ"ל. וא"כ שוב א"י לכוף כלל השולחני ליתן לו כיון דכשאינו נותן בטל הפטור וממילא בטל חיובו כמו במקח. רק בארוח זמן כנ"ל דזה לא בטל ואף שאינו נותן כשתובעו וממילא חייב ויכול לכופו ליתן כנ"ל. ויש לדחות:

גם י"ל דהרי"ף והפ' דייקי לשון הירושלמי אבל העמידו אין בעה"ב חייב לפועלים כלום משמע אף שאין חנוני פורע לו א"כ אין הוכחה כש"ך ז"ל. והנה לדינא פשוט שאין

הפועל נאמן להוציא מבעה"ב די"ל קים לי כסמ"ע ובעיטור מפורש כן דאף שיכול לחזור על בעה"ב מ"מ אינו נאמן כשחנוני טוען שנתן לו. וגם לש"ך ז"ל הדין כך דהוא פסק לקמן סי' קכ"ו דלא כהרמ"א רק הממע"ה ואינו יכול להוציא כלל מבעה"ב במעמד ג' אף שאין חנוני פורע לו. וא"כ ממ"נ אינו נאמן בין לסמ"ע ובין ש ק רק בתפס הפועל מבעה"ב דבלא פרע לו א"י להוציא מפועל לש"ך ז"ל בזה כשחנוני טוען שנתן לו יש להסתפק אם יכול להוציא מפועל די"ל קים לי כהש"ך ומהרי"ט ג"כ מסופק הובא בש"ך סי' קכ"ו ס"ק נ"ח דמ"ש לעיל דממ"נ כו' אינו מוכרח די"ל דדייקו מלשון ירושלמי כנ"ל אין בעה"ב חייב כלום כו' א"כ נסתר הך ממ"נ דאף אי הדין במעמד ג' דחוזר על בעה"ב מ"מ א"א לפרש בירושלמי כרבה ורק התקנה דנשבע ונוטל לא שייך דלשון אינו חייב כו' וע"כ כר"ש ופליג אהלכה דכרבה קי"ל ושוב י"ל דגם התקנה שייך כשיכול לגבות מבעה"ב כהש"ך ואדרבא מוכח שוב מירושלמי מדנקיט על התקנה הטעם דאינו חייב כלום דמשמע אף שאינו פורע לו יש לדקדק דאם הי' הדין דחוזר הי' שייך גם התקנ'. וכן משמע לשון רשב"א בחי' במשנה חנוני ע"פ דכ' בהעמידו כו' נפטר בעה"ב מיד מהפועל ואין אחד מהם יכול לחזור ולפיכך חזר הדין בין חנוני לפועל ע"ש דמשמע דאם חוזר אבעה"ב הי' שייך התקנה:

מ"מ נלע"ד דלא מהני תפיסה דהוי ס"ס שמא נפטר אף שלא נתן לו ושמא נתן לו. ואף דהוי קצת שם א' אם נפרע מ"מ יש נ"מ בין הספיקות וכה"ג מהני.. ועוד דע"כ לא ס"ל להפ' דלא פטרו בסתם משום דלדעתם יכול לגבות כנ"ל משא"כ אחר הכרעת הפ' דא"י להוציא מבע"ה שוב אלו לא פטרו הי' לו לפרש דהא בסתם לא יוכל לגבות ואיך יסמוך על תפיסה. והגם דיש לדחות קצת. מ"מ בל"ז הרבה כ' דלא מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא. וגם ספק בתקנה ג"כ להרבה פ' לא מהני תפיסה ע"ש גבי תקנת נגזל כרמב"ם והה"מ. וכאן נצרפו כנ"ל הנ"ל. וגם חשוב תפיסה בטענת ספק דאף אם דעתו שלא לפטרו לא מהני להפ' דמעמד ג' נפטר והוי דברים שבלב. ונראה דלא מהני תפיסה כנ"ל רק כשהי' תפוס כשהמחהו אפשר דיכול לומר שסמך על שתפוס ולא פטרו כנ"ל. גם תפיסה שלא בעדים אפשר דמהני דנאמן נגד בעה"ב שלא נתן לו הפועל במיגו ושוב נשאר רק ס' א' אם פטרו וא"י להוציא כנ"ל. אך הש"ך ז"ל בס' ת"כ פ' דגם ס"ס לא מהני להוציא גם בספק ע"ש:

(**יא**) **וי"א שגם זו שבועת היסת** כו'. הש"ך ז"ל תמה דלקמן סי' קכ"א גבי שליח לא הביא שום חולק על הרי"ף דבנק"ח כו' ע"ש. והנה אפשר לומר דבאמת אינו מובן דעת החולקין כמ"ש גי"ת שם מה חילוק בין ששניהם נוטלין כיון שמפסיד ודאי שלא כדין

יש עליהם שבועה בנק"ח וכשכבר נתן לא' ג"כ ודאי מפסיד ומכחישי' כנ"ל למה לא יהי' עליו שבועת המשנה לטול כנ"ל. וי"ל דהטעם אף דהוי נגד מלוה או פועל א"י א"פ מ"מ עכ"פ ברי דמשלם לא' שלא כדין. וכן בש"ס ב' מלוין ולוה א' בב' כתי עדים כו'. והיינו כמו ב' שבילין דקי"ל זא"ז שניהם טהורין ובבאו לשאול בב"א א"א לפסוק שניהם טהורין דודאי שלא כדין. כן אף לר"ה דזו באה בפ"ע ובזא"ז גובה מ"מ בב"א א"א לפסוק שחייב לזה ולזה כיון דודאי שלא כדין. וכן החנוני ע"פ כנ"ל כיון שבב"א ולכך פוסקין שישבעו כו' וממילא תולין שמי שמשקר לא ישבע. משא"כ אם נפסוק דישלם לשניהם בלי שבועה הוי ודאי שלא כדין. וא"כ כמו בב' שבילין אף דלכאורה איך פוסקין ששניהם טמאין ג"כ ודאי שלא כדין. וע"כ החילוק דלטהר דא"א דע"כ נראה איסור שא' ודאי טמא משא"כ טמאין יכול להיות מספק. ולכך לר"ח דבהדי ס"ש כו' גם ב' מלוין ולוה א' אין מוציאין כלל וגם שבועה א"צ ואף דג"כ איך פוטרין משניהם ודאי חייב לא' מ"מ לפטור שפיר פטור מספק ולא חשוב פסק שלא כדין. רק לר"ה אף דכל א' בפני עצמו הי' גובה מ"מ בב"א שנפסוק חייב להוציא הוי פסק שלא כדין כמו התם שפוסקין טהורין כנ"ל. ולכך ב' מלוין צריכין שבועה כפירש"י שם וכשגובין ע"י שבועה לא חשוב ודאי שלא כדין כמ"ש דזה שמשקר סתמא לא ישבע כנ"ל. ומה"ט גם בחנוני ע"פ. אף דהוי נגד פועל א"י א"פ מ"מ כיון שדנין בב"א וא' שלא כדין תקנו שניהם נשבעין כנ"ל וליכא שלא כדין. ולכך א"ש דעת החולקין דכשא' רק לפטור שכבר נתן לו דגם מספק פטור שוב חשוב בזא"ז וגם הפועל או מלוה נוטל בל"ש דהא א"י א"פ כנ"ל. דאין כאן פסק שלא כדין כנ"ל. ומ"מ לדעת הרי"ף וש"פ חשוב גם זה בב"א מה שפוסקין שזה נאמן ופטור ולזה ישלם ומפסיד שלא כדין. ועכ"פ ממילא שם דלא מיירי מזכי כמבואר שם שהמעות ששלח ברשות המשלח א"כ כשמשלם למלוה תובע המעות מהשליח אם לא נתן ואם נתן לא ישלם למלוה הוי כב' מלוין ולוה א' וכיון דא' שלא כדין ובב"א שליח פטור ומלוה נוטל לכך צריכין לישבע ועל הנוטל ש' המשנה כנ"ל כמו אם הי' שליח נוטל עכשיו דהא מגיע למשלח הממון ועתה נאמן להחזיק בו שלא כדין כנ"ל. משא"כ כאן דנתן לחנוני המעות ליתן לבע"ח או לפועל דתן כזכי ונעשה מיד המעות של פועל או בע"ח א"כ עתה שמכחישין ובע"ח נוטל הוא רק נוטל בחנם ומגיע לבע"ח משליח שכבר זכה עבורו ומ"מ כשלא קבלו גבי מבעה"ב אבל מה שנפטר החנוני בכפירתו הוא שנפטר מהפועל מה שבאמת שלו וכפר לו ממילא הוי כשני מלוין וב' לוין דנוטל כל א' בלא שבועה דאין צירוף אף שבא בב"א. כן בהנ"ל שנפטר השליח היינו החנוני ממעות שחייב להפועל שזכה בו. ואין זה צירוף לענין מה שנוטל הבע"ח או פועל מבעה"ב

ושפיר הוי א"י א"פ נגד פועל ונוטל בלי שבועה מדינא רק היסת אחר פרעון כהוגד לי כנ"ל. ושפיר הביא כאן י"א הנ"ל לא שם. עוד י"ל דשם דכשכבר תקנו שבועת היסת אין השליח נוגע רק פסול מגזה"כ דעד הצריך שבועה חשוב הוגד א כברי משא"כ כאן דתן כזכי הוי נוגע. שוב ראיתי בתומי' כ' כן ע"ש, אך אי נימא כנ"ל שוב גם שם נוגע דהא כ' ש"ך ז"ל דכששניהם נשבעין היסת נשבע שליח תחלה אבל כשבע"ח צריך בנק"ח צריך בע"ח לישבע תחלה ואחר כך השליח דשמא לא ישבע הלה ולא יהי' חייב היסת ע"ש סי' קכ"א. וא"כ איך נימא דלא הוי נוגע משום דגם עתה שטוען פרענא למלוה חייב היסת ומה"ט שאינו נוגע יצטרך בע"ח לישבע בנק"ח הא אי נימא כן לא יצטרך לישבע השליח עד שישבע בע"ח ואי לא ישבע גם באמת יפטר השליח מהיסת משא"כ כשיטעון אהדרינהו או נאנסה דמיד יצטרך לישבע. ושוב נוגע ג"כ לישבע גם הנ"ל היסת. אולם י"ל כיון דהטעם כנ"ל יהי' באמת הדין דלא יצטרך בע"ח לישבע בנק"ח עד שישבע שליח מקודם היסת. גם י"ל דמ"מ איך נימא דישבע בע"ח ג"כ היסת ואז יהי' הדין דשליח נשבע קודם א"כ אינו נוגע ויש חיוב בנק"ח אח"כ אבע"ח כנ"ל. ויתישב בזה דלשון בעה"ת משמע דגם שצריך בע"ח לישבע בנק"ח מ"מ שליח נשבע תחלה וכן לשון הש"ע נשבע חנוני כו' והפועלים כו' וש"ך ז"ל כ' באמת דאינו כן ע"ש. וי"ל דכולל בדין הנ"ל. אף שלא אמר תן כזכי שהי' לו מכבר אצל החנוני וכה"ג דבזה הטעם כנ"ל דבזה אא"ל דפועל ישבע תחלה בנק"ח א"כ יהי' חנוני חשוב נוגע ושוב אין על הפועל כלל שבועה בנק"ח וע"כ ישבע חנוני תחלה ואינו נוגע ושוב פועל אח"כ כנ"ל. אך בת"ה סי' ש"ח דגם אחר שתקנו היסת ונשבע השליח ג"כ חשוב נוגע ע"ש:

עוד פשוט ע"פ מ"ש ח"ה שם סי' ש"ח דאף דהוגד לי מנוגע לא חשוב ברי מ"מ יכול להשביע כו גם אחר שכבר נשבע ונפטר ממשלח דדמי למה דפ' הגוזל נגנבה באונס והוכר הגנב כו' אלמא אף דכבר נשבע כו' ונפטר כו' מ"מ רצה עושה דין עם הגנב ואי"ל לאו בע"ד ד"א כיון דמידו נגנב אף שאין הממון שלו בע"ד דידי' הוי ונ"ד הואיל וטוען שמעון שמידו נתן ללוי בע"ד דידי' הוא ע"ש. א"כ החילוק דלקמן דלא הוי כזכי א"כ כיון שנתנו ע"ד פרעון וחוזר ותובע ומחויב לשלם וע"ד כן לא פרע א"כ נאנס מידו מעות המשלח דהא פ' הכותב אמר מוקי להני קמאי במלוה ע"ש אף שנתנו לפרעון כיון שחוזר ותבעו ושפיר חשוב שליח בע"ד דידי' אף שנפטר ממשלח דמ"מ קודם שנתן המעות למלוה הי' המעות דמשלח ובנתינתו נאבד כהך דת"ה חשוב ברי להשביעו בנק"ח כנ"ל. משא"כ כאן דתן הוי כזכי וזכה פועל מיד שזכה חנוני עבורו וכשנתן לפועל החזיר לו מעות שהי' שלו רק אח"כ נעשה גזלן ותובע חנם מבעה"ב לענין זה חנוני לאו בע"ד

דידי' כלל דפועל לענין מה שיגבה מבעה"ב ולא חשוב ברי ולכך רק אחר פרעון לענין היסת חשוב ברי בצירוף כנ"ל. אמנם הגם שיש טעמים לחלק מ"מ האמת כדברי ש"ך ז"ל שנראה מבעה"ת וטור ושאר פ' שאין חילוק בין ב' דינים הנ"ל ומאן דס"ל כאן היסת ס"ל גם שם כן ע"ש. אולם הש"ע לא דקדק בזה להביא הי"א בכל מקום לפי שאין נ"מ לדינא דעכ"פ פשוט דאין יכול להוציא עד שישבע בנק"ח גם מספק. ואי תפס ואינו רוצה לישבע רק היסת ולטעון קים לי'. הא בל"ז פ' בש"ע סי' פ"ז דאם תפס ואינו רוצה לישבע כלל ג"כ לא מפקינין מיני' באותן שנוטלין מדינא ע"ש:

(**יב**) **והנתבע א"י כמה נשבע** כו'. ש"ך ס"ק כ"ב כ' סמ"ע כו' ולא כיוון יפה בתרתי א' דמ"ש המחבר ונוטל בלא שבועה היינו אפילו בלא היסת כמ"ש המרשים כו' ועוד דכאן בנקיטת חפץ כו'. ולענ"ד דבפרישה העתיק ד' המרשים נוטל בל"ש שהרי אין כו' ואפי' בלי היסת כו' והיינו משום שאין מפסיד כלום ולמה ישבע היסת כיון דתשלום א' מודה אבל היכא דליתא לפועל קמן דהדין ג"כ דנוטל חנוני בל"ש דמחזיקינן שלא יתבע פועל אבל כשבא אח"כ ותובע וצריך שלם לו סבר שפיר דמשביע לחנוני היסת אף שכבר נטל ודלא כסברת הש"ך ס"ק י"ג וגם הוא לא כ' אלא בפועל ע"ש. ומיושב ק' הש"ך ס"ק י"א דאף בלא היו מכחישים לולי הטעם שאינו מפסיד הי' חייב חנוני היסת דהא גם במשלח מעות או חפץ פ' הרמב"ם וש"ע סי' צ"ג דנם לפטור משביעו מספק. וסי' קכ"א ס"י מיירי שא"י אם יתבעו יורשי מלוה כלל ולא קשה ק' ת"ה ע"ש:

וי"ל דס"ל לסמ"ע דד' רמב"ם ס' צ"ג ס"ד היינו היסת דכמו שתקנו לטול דחשוב רגלים לדבר לחשדו כן בתר דתקון היסת ג"כ לפטור משביעו כנ"ל. ומיושב תמיהת רשב"א על רמב"ם הובא ב"י סי' צ"ג מהא דהן שלוחיו דאמר רק בתר דתקון היסת כנ"ל ע"ש. דגם כוונת הרמב"ם במשלח כו' לפטור היינו היסת בתר דתקון רק דבכל מקום א"נ ע"ט ספק ובזה כמו דלטול תקנו כן לפטור יש היסת על ספק כזה דיש לחשדו כנ"ל. ומ"ש הרמב"ם פ"ב מה' שלוחין שאי"ל היסת שהרי אין מי שטוען עליו ודאי כנ"ל היינו דאנו תולין שלא יכחיש כלל המלוה וממילא לא יפסיד כלום. ובפועל או בע"ח הוי א"י א"פ שלא תקנו בלי הכחשה. אבל כשמפסיד יכול להשביעו היסת גם שא"י בכל שליח כנ"ל. ובל"ז ג"כ י"ל ק' רשב"א דבהן שלוחיו קודם דתקון היסת דלא היו נוגעין דאם יאמר אהדרינהו לי' ללוה ודאי לא שייך שבועת שליח דלא עשה שליחות כלל רק החזיר והיו פטורין והם עדים עכשיו ונפטר הלוה ושוב א"צ שבועה כיון שאינו מפסיד כלום כנ"ל. ולמה נאמר שיתחייבו שבועה ויהיו פסולין אדרבא עתה כשרים כיון שאין נוגעין. וגם בתר דתקון היסת דאם כשיאמרו אהדרינהו והי' טענת ברי ויהיו צריכין שבועה כנ"ל.

שוב אם יפטרו עכשיו משבועה הם נוגעין גמורין וכיון שאין עדים חייב ומפסיד שוב צריכין לישבע היסת כנ"ל. ואדרבא י"ל מ"ש הה"מ דמ"ש הרמב"ם כשאינו מפסיד א"צ חנוני לישבע מסברת עצמו כתבו ע"ש. ואין זה דרכו של הרמב"ם ז"ל אם אינו כ' יראה לי. ולמ"ש אדרבא מש"ס הנ"ל יליף דאל"כ הי' גם קודם דתקון היסת פסולין. דצריכין שבועה ועד הצ"ש אינו עד דאף דיועיל עדותן והוא פטור מ"מ ישביעם שמא לא נתנו כיון דמצ"ע צריכין שבועה ומיגו לפטורי משבועה ל"א שוב אין עדים. וע"כ דכשאינו מפסיד ליכא שבועת שלוחין ולכך כשאין נוגעין והן עדים ופטור ואין כאן שבועה נגד לוה. רק בתר דתקון היסת ונוגעין ומפסיד יש עליהן שבועה גם עכשיו. אולם הא עכ"פ גם שם אינו רק היסת א"כ א"א לומר שיהי' שבועת המשנה כה"ג בשליח דמפורש ברמב"ם שהשליח נשבע היסת אף שמפסיד ומשלם. וע"כ לומר דמ"ש הרמב"ם במשלח ע"י אחר דמשביעו מספק כבן בית דג"כ כוונתו היסת כמ"ש לעיל. או דיש חילוק בין משלח לקנות ולמכור דשייך שירויח אף באקראי ובין משלח מעות לבע"ח א"צ אלא היסת כנ"ל. עכ"פ ס"ל לסמ"ע שפיר דלדיעה שהוא הרמב"ם דבחנוני כשאין מכחישין נוטל בלי ש' בנק"ח רק היסת היינו כשהי' מפסיד מדנקיט הטעם לפטרו מהיסת הואיל שאינו מפסיד והיינו שישביע שמא לא נתן וירויח ע"ז אין היסת משא"כ אם הי' חשד שמפסיד וא"כ גם במוציא ברשות דכ' עלה רמ"א וה"ה כל דבר דהאי ידע כו' ומשמע דלא דוקא במוציא הוצאות שזה לכ"ע ש' המשנה דמורה היתר על טרחו. רק גם באקראי שליחות ג"כ נשבע בנק"ח. ובזה לרמב"ם מה טעם לחלק בין חנוני דאף שהי' מפסיד כגון דליתא קמן לפועל דמשלם לחנוני שמפסיד כשיתבענו אח"כ. ואף דמחזקינן שלא יתבע מ"מ כשתבע באמת אח"כ ג"כ רק היסת ולא אמרינן דאיגלאי מלתא שהי' עליו חיוב בנק"ח כיון שמפסיד. וע"כ דאינו מכחיש לחוד סגי שלא יתחייב שבועה בנק"ח אף שמפסיד א"כ גם במוציא ברשות כן. רק היסת אפשר דצריך כנ"ל כמשלח חפץ או מעות כנ"ל. ולכך כ' סמ"ע לחלק כיון דודאי חייב לו רק ספק כמה ע"ש:

מ"מ לדינא כד' ש"ך ז"ל דלרמב"ם בחנוני גם היסת לא צריך בלי הכחשה אף דליתא לפועל. דגם בנגזל ויש עד ומודה על מקצת מ"מ כ' דאינו משביעו אף היסת על השאר משום דטענת ספק אף דיודע שחסר לו ע"ש. וכאן שבועת המשנה וכן מפו' ברמב"ם גופי' פ"ו מה' גזילה דכל הני דשמין ביורד ברשות נשבע בנק"ח ע"ש. וע"כ לחלק בין חנוני כמ"ש הש"ך בשם בעה"ת חזקה שליח ע"ש עוד י"ל לע"ד דמשום הוראת היתר דטרח אינו מדקדק היטב ורמו רבנן שבועה עלי' שידקדק כדאמר בפוגמת והיינו כשיודע שיצטרך לישבע מדקדק מיד כנ"ל. וזה שייך במוציא וכה"ג דאם לא יצטרך לישבע לא

ידקדק משא"כ בחנוני דאם יתן לפועלים או לבע"ח פחות עכ"פ יודע שיתחייב שבועה כשהפועל או בע"ח יתבע. ודייק. ולכך כשנזדמן דמת או ליתי' אין עליו שבועה מספק דבכוונה לא חשדינן לי' שיודע ומשקר כיון שאין טענת ברי עליו כנ"ל. גם שייך חילוק הנ"ל דמחזיקין שלא יצטרך לשלם עוד שלא יתבענו מלוה כנ"ל:

סעיף ד

יש מי שאומר דאפילו אין החנוני טוען כרי אלא טוען שמצא בפנקסו שנתן לפ' כו"כ ה"ה ככרי הואיל ויש רגלים לדבר שהרי ציוהו בע"ה לתת לפועלים (ויכול לישבע ע"ז וה"ה דיוכל לישבע בכל דבר על פנקסו שסומך עליו שהוא אמת כו'). ס"ה יש לדון ע"פ פינקס כו':

(**יג**) **הואיל**. דעת הש"ך דוקא ביש רגלים לדבר חשוב פנקס כברי. ובתומים הביא דברמב"ם מפורש טענו שכ' בפנקסו שחייב לו ואומר א"י צריך לישבע היסת. ומוכח דהוי ברי בלי רגלים לדבר. ולע"ד הא מבואר בתשובת הרא"ש דחנוני י"ל דהוי פנקס שלו רגלים לדבר דלא מרע אומנותי' ומפרש הירושלמי כן לא במקיף אמרו היינו מאחר שמאמין לחנוני בהקפותיו על פנקסו יהא נאמן כו' שאומנתו בכך ואם הי' נתפס בשקר הי' מפסיד אומנתו ע"ש. וזהו שמפרש הרמב"ם המשנה לא שאמר כ' על פנקסו שאתה חייב לו כו' והלה טוען א"ו דומיא דסיפא בפועל שבעה"ב טוען שמא דס"ד שנאמן כ' דמ"מ פטור ולא תקנו כמו שסיים הרמב"ם. אבל י"ל דמיירי בטוען ברי מצד עצמו רק דס"ד שיהי' נאמן ע"י שכ' בפנקסו דזה הוא דקמ"ל הרמב"ם כמפורש בדבריו. וע"כ באמת הדין כן דאף שטוען ברי וכ' בפנקס ג"כ מ"מ פטור ולא תקנו ולכך סיים דנשבע היסת ואין ראי' באומר רק ע"י הפנקס. או די"ל דפנקס דחנוני באמת חשוב רגלים לדבר משום לא מרע כו' כמ"ש הרא"ש והוי כברי משא"כ שאר פנקס. דקצת משמע כן דלפי דיוק הרא"ש במשנה קשה למה נקיט לא שיאמר כ' על פנקסו כו' אלא אמר לו תן והוא אומר נתתי כו'. אדרבא ברישא הול"ל רבותא לא שאומר אתה חייב וסיפא הול"ל אלא א"ל תן והוא אומר כ' על פנקסו שנתתי ומזה מוכח כמ"ש דפנקסו עדיף כמ"ש הרא"ש וקמ"ל רישא רבותא דאף הפנקס לא מהני אף דלא מרע כמ"ש הרא"ש. וסיפא רבותא אף שאין כ' בפנקס רק אומר נתתי מהני ג"כ ונוטל ומוכח דפנקס דחנוני בלא ברי עדיף מברי בלא פנקס. ומדנקיט חנוני על פנקסו מוכח שפיר דפנקס בלא ברי מהני ג"כ. ואח"כ בעי למינקט רבותא דגם ברי בלא פנקס נוטל:

והש"ך עצמו כ' דפנקס המדויק הוי כרגלים לדבר ע"ש. ונראה דלמד מדאמר סוף פ"ק דב"מ בסמפון הנמצא ת"י מלוה דלא מהני שמא הכין וכ' ליתן כו' ובנמצא בין ש' קרועים

דרגלים לדבר מהני ע"ש. כן בפנקס די"ל שכ' והכין ליתן ולא נתן דכ"ש משה שלחובתו ע"ש ולכך עם רגלים לדבר מהני. ומ"מ במדויק לגמרי שיודע ברי שאינו כותב להכין רק אם נעשה אין. ללמוד משם דשם א"י איך הי' ולכך חשוב שפיר ברי גם לש"ך. ומ"מ באינו נזכר גם ע"י הפנקס דכ' הרמב"ם ה' עדות דהוי כהוגד מפי נאמן ומ"מ י"ל דמשביעין היסת אף להפ' דהוגד לי לאו ברי דדוקא בעדות פסול אבל כאן הוי הוגד לי מפי עצמו חשוב כאלו תבעו אז כיון שברי אצלו שכ' בדיוק. אך מ"מ חזקה א"א תובע אא"כ י"ל לא שייך בכ' שלא בפניו ועתה א"י כלום. ויש לדחות:

(**יד**) **ויוכל לישבע** כו'. ולע"ד צ"ע דמשמע שיכול לישבע סתם שאינו חייב ואף דלענין עדות לא מהני גזה"כ הוא דפסול. אבל לדעת תוספ' פ"ב דכתובות שפי' זימנין דלא דכירי וחזי בכתבא ומסהדי כו' דאף אם היו מעידים ראינו בכתב הי' מהני עדותן כמו ראינו עדות שנחקרה בב"ד כו' רק החשש שיעידו סתם שלוה וזה הוי עדות שקר שא"י רק מה שראו בכתב ע"ש ומוכח להדיא דזה חשוב שקר גמור דמעיד סתם שלוה וא"י רק ע"י הכתב אף שבאמת מהני וחשוב עדות כנ"ל כ"ש לענין שבועה. אולם הרא"ש ז"ל יבמות ל"א כ' ג"כ כדברי תוס' הנ"ל והגם שסיים ויעידו כאלו זוכרין והן אין זוכרין ורחמנא אמר מפיהם ולא מ"כ כו'. היינו אם לא חשוב כזוכרים גוף העדות ממילא הוי גוף העדות מפי כתבם. אבל להנ"ל דחשוב זוכר המעשה ע"י שיודע של כ' שקר א"כ מה שמעידים על המעשה אמת וזה מעידים מפיהם. וכמו זוכר ע"י השטר כנ"ל. אולם נראה החילוק דדוקא בעדות דיש חילוק באין זוכרין על כ"י מעידין ובעי ב' על כל חתימה משא"כ על מנה שבשטר. אך הוא גופא קשיא ליחשב כמעיד אמנה שבשטר כנ"ל. אך דבעדות דתליא בראי' והגדה וקי"ל תחלתו בפסול וס' בכשרו' פסול משא"כ באמצע ואף שיודע בבירור עכשיו בכשרות לא מהני כיון דבשעת ראי' הי' פסול וא"כ מצד ראינו עדות שנחקרה בב"ד או ראייתו בכתב והוי פסול בשעת ראיה דזה הוא ראיית עדותן משא"כ כשמעיד סתם כזוכר ההלואה כשהי' כשר אז מהני. ומה"ט הוי זה עדות אחרת ונהי שיודע שאמת ע"פ מה שראה כתבו מ"מ ראיית הלואה ליכא. ואף דמהני בממון ידיעה בלי ראיה מ"מ רק כמו מנה מניתי לך דיש ראי' על שיודע ע"י ראי' זו לא סתם ידיעה כמו דלא מהני ת' בפסול וסוף בכשרות כנ"ל ולכך הוי עדות שקר שע"י הכתב ומעיד על ראיית המעשה. משא"כ בע"ד לענין שבועה כיון שיודע שאמת יכול לישבע ומ"מ עדיין אינו מיושב לי כל הצורך דהא משמע בסנהד' (נ"ז) גבי איום עדים שמא מאומד דלר' אחא בד"מ אף שמעידין סתם מהני ואי בכתב חשוב ידיעתו שכותב כראוי בירור ראוי לחשב ידיעה זו כראי' מה שכתוב שיודע בעצמו שבודאי ראה המעשה בזמן

הכתוב בכתב ויהי' כמעיד על הראי' ול"ד לעד מפי עד דאין יכול לידע על אחר אי אומר אמת משא"כ על עצמו. ולמה אמר בירושלמי וכל הפ' דבאינו זוכר צריך ב' דעל כ"י מעידים הא הוי כעל מנה שבשטר. וכן ר"ף יבמות הנ"ל כ' משום דמנח גבי עדים ולא הוי כנחקרה מה בכך מ"מ מה שיודע שכתוב באמת יהי' כמעיד בפי' על המעשה כמו שיכול לישבע על המעשה ואינו מפי כתבו כלל. ואם עכ"ז נחלק בין עדות דגזה"כ להעיד על שיודע ראיית מעשה לא סתם בירור שאינו משקר. או דהי' צריך ב' עדים ע"ז דאינו כותב שקר כמו על כ"י הן מעידין וגם זה הבירור דאינו משקר בכתב לא סגי בחד וא"א שיהי' עוד עד עליו ע"ז ולא מהני. ומיושב הירושלמי כנ"ל וגם הרי"ף הנ"ל. מ"מ קשה דא"כ פ"ב דקדושין (דמ"ג) בהן שלוחיו ה"ע דאמר למ"ד מלוה בעדים צריך לפ' בעדים הן נוגעין למה הא מ"ל שמצא בפנקסו שנתן למלוה כמו חנוני ע"פ ויהי' נאמן בלא שבועה קודם דתקנו היסת דחשוב ברי ואעפ"כ לא יהי' תורת עדות דלעדות לא מהני כיון שאינו זוכר. א"כ מה שמעיד בת"ע שזוכר אינו נוגע. וי"ל בדוחק. והראי' שהביא הרא"ש ז"ל מר"כ ור"א (שבועות כ"ו) דאשתבעי הכי אמר רב כו' לבי' אנסי'. לכאורה אינו מובן דהם סברי בשעת שבועה שכך שמעו ולא הי' ס' אצלו כלל. ומנ"ל שעל האומד ישבע שברי לו. אולם הריטב"א כ' שם דמשמע דכמה פעמים הי' כך והי' לרב להזהירם שלא ישבעו סתם רק שכך נראה לו דשמע ושפיר הוכיח. ויותר הוכחה מסוף יבמות דר"נ אשתבע דאכלו כווריי לחסא ע"ש. ומ"מ הא תוס' גטין ל"ה אם נהנית כו' הקשו מהא דר"כ ור"א דש' שגגות מותר ותירצו דבפקדון הוי לי' למידק כו' וכ"כ ריטב"א כיון דבפשיעה גרמה האונס ע"ש. א"כ גם בכתב בפנקס אם באמת לא הי' כן וכתב קודם שנתן בפשיעתו גרם האונס מה שנדמה לו עכשיו שנתן ע"י כתיבתו ויש עונש שבועה וצריך לחלק בין פקדון לשאר ממון וזה דוחק גדול. ואי כנ"ל מיושב מהא דהן שלוחיו דשם בפקדון אצל השלוחים וגם ראב"ן כ' דשם ב' וטעו דהן עדים ע"ש. והחולקין דל"א טעות ע"ש. אבל אי נימא דאין נוגעין שוב לא הי' צריך לומר בסהדי הבו לי' דהן עדים והי' מוטל עליהם ליתן בעדים למלוה רק משום שהן עדים ושוב היו צריכין לדקדק שלא יבא לשכחה שלא יהי' להן תורת עדים כיון דמה שהן עדים צורך לחזרת הפקדון שייך הו"ל למידק כמו באלמנה הנ"ל. אך מ"מ ז"א דמה"ט לא יתחייב דמ"מ יחשב ברי ע"פ פנקסו שנתן ואז נתן בעדים אף דשכחו אח"כ אין זה פשיעה לחייבם ואף דלא ידענא היכא אותבינהו הוי פשיעה (ב"מ ל"ה). אף דרק שכח. וכן ב' כריכות דהו"ל למידק (שם ל"ז) אף שע"י שכחה ע"ש. מ"מ לא דמי כיון שנתן כראוי והי' בעדים נפטר לגמרי והוי חזרה ואינו מחויב לזכור לעולם ולא מחייב מש"ה כנ"ל:

עוד קשה דע"כ לא חלקו מאלמנה הנ"ל לר"כ ור"א דנשבעו מעצמם דכן אמר בש"ס אדעתא דנפשי' משתבע. משא"כ שבועת ב"ד דע"ד ב"ד נשבע. אך לא קשה כיון דס"ל לרא"ש דזה חשוב באמת ברי וגם אי מפר בשבועה כן דברי לו ע"י הפנקס מהני שוב גם סתם יכול לישבע דגם דעת ב"ד כן. שוב ראיתי בת' הרא"ש כי שהביא הך דגטין אלמנה הנ"ל ומחלק דשם ודאי פשעה דלא הי' לה להניח בכד קמח. משא"כ כאן אין לתלות שמא פשע גם כ' דא"א לאדם לזכור כל ענייניו ע"פ ע"ש. לכאורה לדבריו ז"ל גם כשיבאו עדים שלא נתן לא יופסל דלבי' אנסי' כהאי דר"כ ור' אסי. וא"כ אין זה שבועה ולמה תני במשנה חשוד כו' א' שה"ע וא' שה"פ כו' הא תמיד י"ל שנשבע על נטיית דעתו. וצ"ל דלא תלינן בזה ויותר תולין בשקר בכוונה משנאמר שבועה באומד דעתו. וגם בחנוני ע"פ וכתוב בפנקס מ"מ יפסל דתולין יותר שבכוונה כ' שקר מטעות כנ"ל. ולכך אמר ב"נ כיצד כו' אף דלרא"ש ז"ל אין נגד החנוני ש"ש אף אם אינו כן מ"מ לא תלינן. רק לגבי עצמו שיודע וברי לו יכול לישבע ואין עליו עונש שבועה אף אי נזדמן שלא הי' כן. אבל כשנתברר שלא נתן אין תולין בטעות כנ"ל:

ובזה נתישב לי מה דקשה בחנוני ע"פ דלרבנן שניהן נשבעין א"כ יהי' פסולין להצטרף לעדות לעולם חנוני ופועל דחד פסול ודאי. ולר"ח יהי' שניהם פסולין לעולם לכל עדות כמו ב' המכחישים כו'. ולא מצינו. וגם אין סברא דהא במשנה סוף שה"ד מי נשבע כו' שמא כו' לרש"י ויפסלנו. משום חשש פסול אין נותנין שבועה. ואיך יתנו שבועה שיהיו אח"כ פסולין לעולם, וכן מי שנשבע להכחיש את עד לא יוכל להצטרף לעולם, עם העד לעדות ולר"ח יהיו שניה' פסולין העד והנשבע לעולם כיון דחד ודאי פסול ולא מצינו זה כלל. ולהנ"ל י"ל דדוקא בעדות אבל בשבועה י"ל לבי' אנסי' כנ"ל. רק כשמתברר בב' עדים דשקר נשבע לא תלינן משא"כ כשאין עדים רק בתורת ממ"נ שפיר תולין ולא נפסל כנ"ל. כמ"ש תוס' וש"פ ריש ב"מ לענין ספק מלוה ישינה דכופר בפקדון וע"י עדי נתברר לא תלינן בס' מ"י דאין ס' מוציא מידי ודאי פסול משא"כ ליתן לו שבועה דבתורת ממ"נ אבל אינו מבורר תולין בס' מלוה דלא שייך אין ספק כו'. וכן בהנ"ל לא נפסל. וכן נשבע נגד עד תלינן כנ"ל וא"ש, ומ"מ ודאי דצריך שיהי' הדבר ברור אצלו אבל אם אפשר למרמי אנפשי' ויזכור שפיר מחויב להיות רמי אנפשי' ואל"ה הוי שבועת שקר. וזה מוכח מתוס' וכל הפ' גבי בעה"ב טרוד בפועליו שהקשו ניתן לו שבועה ויהי' רמי אנפשי' ע"ש. ואי כנ"ל לא יהי' רמי אנפשי' כלל כיון דנדמה לו שפרע לבי' אנסו. וע"כ כשאפשר להיות רמי אנפשי' ולזכור הוי שבועת שקר כנ"ל. והגם דיש לדמות למ"ש

תוס' שם דלכך נאמן במיגו דאין ברור אצלו רק ספק ומשקר באמירתו ודאי ע"ש מ"מ אמת כנ"ל:

סעיף ו

אמר החנוני אתה אמרת לי ליתן לפועלך ק' והוא כופר כו' נשבע היסת כו' ואם מודה בנ' נשבע ש"ד ואם אמר נ' צויתיך ונ' א"י משאיל"מ:

(**טו**) **נשבע**. סמ"ע וב"ח כ' דהיינו דלא כהר"ן וש"ך הק' ד' טור אהדדי דכל שא"י לטול אלא בשבועה אינו ממון להתחייב שבועה כשכופר ע"ז ומ"ש ש"ך ז"ל דפ' מודים כו' דוחק גדול דלא הזכיר בש"ע ולע"ד דהא על ההודאה לא קשה כמ"ש ר"ן ז"ל סוף פרק שה"ד במודה נ' דחבלה ונ' דהלואה כופר דאחר שנשבע חשוב מ"מ משום דר"ח קמייתא ולא שייך יצאה הודאה בפטור דאנן משום העדאת עדים מחייבינן וזה נעשה אחר שנשבע ע"ש. וממילא כיון דעל מה שמודה הדין שחנוני נו"נ שוב אח"כ נעשה מ"מ מדר"ח כנ"ל. רק על הכפירה קשה למה חייב היסת הא גם שיודה א"נ אלא בשבועה וכן אחר שנשבע אין הדין שישבע ויטול רק על מה שהודה שציוה ליתן לא על המותר א"כ לא נעשה מ"מ מדר"ח דאינו כפירת ממון השאר שלא נשבע דגם שיודה א"נ אלא בשבועה כנ"ל והוי כפירת גורם לממון וכמו דהודאה כזו לא מחייב כן כפירה. והר"ן נקיט דינו במודה נ' חבלה וכופר נ' הלואה ע"ש משא"כ כאן קשה כנ"ל. אמנם בזה נראה לע"ד למאי דפסק ש"ע לעיל דכשחנוני לבדו נוטל א"צ שבועה רק משום דפועל נוטל ג"כ. ונראה דאם בעה"ב מחל לפועל השבועה חנוני יטול ג"כ בלי שבועה דכשאין הפועל נשבע אינו נוטל כשחי לכ"ע א"כ הוי כאינו נוטל דמה שמחל הבעה"ב השבועה ויטול ממנו אפסיד אנפשי' וכאלו רוצה ליתן לו ומה לו לחנוני בכך ומצי אמר דפועל ודאי לא הי' נשבע שקר והי' מודה לו ולא הי' צריך לישבע. גם לא חשוב כלל שנוטל הפועל מצד התביע' דאין כאן ממון רק גורם לממון כנ"ל. והא באמת לא ישבע ויטול בל"ש מצד מחילת הבעה"ב והוי נגד חנוני כאינו נוטל כלל כנ"ל. וא"כ מיושב כאן דעל אותו הסך שבעה"ב כופר שלא ציוה כלל ליתן לפועל ודאי הדין דפועל נוטל מבעה"ב בלא שבועה דהוי א"י א"פ מה שאין דררא דממונא ולא חזקת שליח כלל. וכי יכול לטעון שמא פרע אחר בשבילו כשלא ציוה כלל א"כ כיון דפועל נוטל בל"ש. וזה ע"י הודאת בעה"ב בשקר ע"י שכופר שלא ציוה מודה שאין כאן ספק שיוכל להשביעו כנ"ל. ושוב כמו שהוא עכשיו דפועל נוטל בלא שבועה גם החנוני דינו לטול בלי שבועה אם האמת שציוה לו ליתן א"כ הוי כפירת ממון גמור מה שכופר שלא ציוה ואף דאם הי' מודה מתחלה לא הי' נוטל אלא בשבועה זו משום שגם פועל הי' צריך לישבע משא"כ עתה בשעת

כפירה שנפטר פועל משבועה שוב אם יודה עכשיו הי' נוטל בלא שבועה דנגד הפועל הי' כפירה זו הודאה שנוטל בלי שבועה ושוב גם חנוני יטול בל"ש והוי כפירה גמורה כנ"ל. וא"ש. ובאומר על מקצת א"י דהוי משאיל"מ הי' מוכח להנ"ל דבאינו יודע אם ציוה ליתן דליכא חזקה שליח עו"ש נוטל פועל בלי שבועה. ולמ"ש דוקא לדעת הרמב"ם והמחבר אבל לרמ"א דחנוני צריך לישבע אף דפועל אינו נוטל כלל א"כ קשה למה סתם רמ"א כו'. וי"ל דכה"ג מודה רמ"א כשע"י פשיעת' נפטר פועל משבועה. ואינו מוכרח:

וי"ל עוד דכשחנוני תובעו מקודם ועדיין א"י אם יכחישו פועלים א"כ כמו שהוא עכשיו הוי כפירת ממון והודאה שוב כבר נתחייב שבועה ואף שמכחיש אחר כך פועל כבר נתחייב ומהני כשנשבע דלא שייך יצאה הודאה מפיו בפטור דאז הי' חייב וגם עכשיו שנשבע הוי ממון ומה שבאמצע הי' גורם לממון אינו פוטרו כמו בעדות תו"ס כו' (סי' ל"ג ס' י"ג) וכה"ג. אולם לרמ"א דחנוני לחוד ג"כ צריך שבועה. מ"מ י"ל דעכ"פ לענין פרעון א' אף שמכחישים ואין שניהם רוצים לישבע הדין חולקין בלי שבועה כמ"ש לעיל די"ל החלוקה אמת. וא"כ כמו שתובע הוי שפיר כפירת ממון כיון דחשבינן גורם משום מי יימר דמשתבע א"כ דנין ההודאה וכפירה כמו שהוא עתה בלי שבועת שניהם. ושפיר הוי כפירת ממון דשיודה הדין חולקין בין חנוני ופועל דמ"י דמשתבע יש על שניהם והממון בעצמו בלי שבועה חולקין כנ"ל.. רק דהי' בעינן שיהי' המחצה שתי כסף כנ"ל. או י"ל דרמ"א מצריף דעת בעה"ת דפ' גורם לממון כממון וכיון דלמחבר ורמב"ם וש"פ חייב שבועה ואינו גורם כנ"ל. שוב אף שמספק פ' לעיל דחנוני צריך לישבע מ"מ מצטרף דלבעה"ת אף דהוי גורם חייב כנ"ל. ומה שתמה גי"ת שם דהלכה כרבנן דר"א בר"ש במשביע ע"א ע"ש. לע"ד סמך על הא דב"ק (ק"ה) שורי גנבת ש"ח אני עליו וגזל חמץ כו' ונשבע עניו דמסיק דפשיטא לי' לרבה משום דאלו מגניב כו' הוי ממון ומוכח דגמ' פ' דגורם כממון לענין שבועה דחד דינא הוא ע"ש. וכן הא דאמר שמואל התם כולהו לחיובא כ' בש"מ שם דמוכח דקי"ל גורם כממון ע"ש:

עוד י"ל החילוק דקשה באמת לדידן מהא דרבה הנ"ל ואפשר דהחילוק דשם שוה ספק זה ממון למכור דגוף השור שלו וכשהוא בס' אחריות שוה פחות חשוב כפירת ממון ואף דגזל כו' א"י למכור מ"מ כיון דמודה יכול למכור וכיון ששוה למכור חשוב ממון כמ"ש תוספ' פ' מרובה ע"ב לחלק בין שורף שטר דהוי ממון לא גורם מה"ט כנ"ל. משא"כ משביע ע"א אף דג"כ ספק זה לגבות ע"י שבועה שוה ממון מ"מ א"י למכור ואף מעמ"ש לא מהני כשזה כופר כמ"ש הפ' כמו דהרשאה כו' א"כ אף שהי' העד מעיד הי' רק גורם גם בחשוד משום מ"י דמשתבעת ולמכור הספק לא הי' יכול דמלוה ע"פ א"נ אלא במעמד

ג' וכיון שכופר לא מהני כנ"ל. וא"כ כאן דבעה"ב רוצה לשלם אם הי' מודה שציוה רק השבועה מספק אם נתן לא מצד כפירת בעה"ב רק שמסופק באמת לא הוי מטלטלין דכפרי' והי' שפיר חנוני יכול למכור במעמד ג' חובו אצל בעה"ב. אף שצריך לישבע א"כ ספק זה שיטול ע"י שבועה שוה ממון וחשוב כפירת והודאת ממון כנ"ל שאם יודה שוה כנ"ל. ודוקא בע"א דעכ"פ כפירה הוי אף דמעיד חשוב גורם משא"כ הוא עצמו לענין מ"מ שאם מודה י"ל דהספק חשוב ממון כנ"ל. והיינו דמדמי בעה"ת לשורף שטר לא למשביע ע"א. דכמו שורף משום דיכול למכור קי"ל דהוי ממון כחילוק תוס' הנ"ל כן לענין מודה במקצת חשוב הודאה וחשוב כפירה כיון שאם יודה יהי' יכול למכור כנ"ל. רק הר"ן חולק גם בזה גבי נ' דחבלה ע"ש. ושפיר י"ל דרמ"א צירף דעה הנ"ל ומ"מ צ"ע במכחישים פועלים. ונראה די"ל קים לי' שלא יתחייב בא"י משום משאיל"מ דאפשר מיירי רק באין מכחישים כמ"ש הש"ך וקצת משמע כן דאל"ה למה כתב סתם דהוי משאיל"מ עכ"פ הי' צ"ל שישבע חנוני ויטול ומשמע כנ"ל:

ולע"ד יש לעיין הא בשבועה דרבנן ל"א מתוך וכיון דחנוני מה"ת א"נ אף בשבועה רק מתקנה א"כ אין כאן העדאת עדים כלל מה"ת רק מדרבנן. ולא דמי לחיוב דרבנן כמו כתובה דכיון דהפקר ב"ד מה"ת שוב הוי מ"מ גמור מה"ת משא"כ בהנ"ל שהנאמנות רק דרבנן וגם לא דמי לעדים בלי דו"ח דמ"מ מדר' חנינא (ר"פ אד"מ) חייב ש"ד דהתם כדתקנו שלא יצטרך עדים דו"ח הי' התקנה שיועיל תמיד כמו דמהני מה"ת כנ"ל. אבל בזה שתקנו שיטול אבל אין שום חזקה וראי' מה"ת שחייב ולמה יהי' שייך מתוך. והא תוס' ריש ב"מ כ' דאפילו א"א מיגו דחשוד כו' מה"ת רק מדרבנן לא חשוד ג"כ לא הי' שייך מתוך ע"ש. ולמ"ש לעיל א"ש דאחר שתקנו שוב הוי הימני' ומה"ת נוטל. אך לפי משמעות הפ' דגם עכשיו דרבנן קשה כנ"ל. ולפי פי' הש"ך ז"ל שפיר באין מכחישין הוי ממון גמור מה"ת. משא"כ במכחישים כנ"ל. מ"ש ש"ך ז"ל ס"ק כ"ז תמוה פי' בדברי בעה"ת שדומה לשורף דציוי שלו ליתן מטעם גרמי ותמוה מאד כמבואר למעיין וכמ"ש גי"ת ע"ש:

הלכות גביית מלוה

סימן צז

סעיף א

(**א**) **מצות עשה להלוות לעניי ישראל** כו'. רשב"א בת' סי' קפ"ט כ' טעם שאין מברכין על מצוה זו והשבת עבוט וצדקה שאינה תלוי' כולה ביד העושה שמא לא יתרצה בה חבירו

ונמצא העשה מתבטל ע"ש ולע"ד די"ל כיון דכ' תלוה העני כו' ודאי ולא ספק וספק ממון לקולא אף במתנות עניים היכא דלא רבו ודוקא ס' לקט פליגי ע"ש (חולין קלד) וכ"ש ספק אם הוא עני. ומה שמוחזק לעני לא מהני דקי"ל לא אמיד לחוד אינו מועיל רק עם סימן ע"ש פרק הכותב. רק החיוב הוא דא"כ לעולם יפטור והא יש בודאי עניים ויעבור לכך חייב למוחזק לעני ואין בודקין למזונות. אבל בפרט לא תקנו ברכה דשמא אינו מצוה כלל מה שמלוה או נותן לזה. וכמ"ש הר"ן מגלה בספק מוקפין דקורין ב' הימים אף דס' מדרבנן לקולא משום דא"כ לא יקראו כלל וודאי שלא כדין יעשו אבל לענין ברכה אין מברכין רק יום א' משום הרוב ע"ש. וכן כאן חף דהחיוב בכלל משום דאל"כ ודאי שלא כדין לפעמים מ"מ ברכה לא מברכינן דבפרט ספק. ואף דספק דאורייתא מסיק דבעי ברוכי. היינו משום דס"ד לחומרא ומצוה כנ"ל משא"כ בממון דס' לקולא רק משום דאל"כ כנ"ל דמי למגלה כנ"ל. והיינו דאמר בש"ס (כתובות ס"ח) נחזיק טובה לרמאין דמה"ט אין עונש כ"כ בפרט דשמא אינו עני כנ"ל. ואף דגם לעשיר מצוה להלות לפי שעה היינו ג"כ ע"פ שאומר שצריך אבל לא שרוצה להסתחר בממון של חבירו רק שנזדמן לו שצריך לשעה. וג"כ א"א לידע אם אמת ולא מברכינן כנ"ל. וזה לא שכיח שידע שהוא עני בודאי ולא תקנו ברכה כנ"ל:

ובאו"ת כ' דהרא"ש לא ס"ל טעם הרשב"א שכתב בקדושין טעם אחר ע"ש. ולע"ד אין טעם הרשב"א משום חשש שמא לא ירצה רק כמו שכתב שם בסוף ת' הנ"ל דאי אמרה לא בעינא ליתא לעשה וכיון דאפשר למעקרה אע"ג דהשתא לא מעקרא כמאן דמעקרא דמי מש"ס כתובות פ' א"נ עכ"ל. ולכך גם בהלואה והני צדקה והשבת עבוט כנ"ל. משא"כ קדושין דגם אם לא תרצה מ"מ המצוה לא תתבטל ממנו דרמי חיובא עלי'. וראי' דאל"כ בשליח להפרשת תרומה ופדיון ומילה למה יברך שמא יחזור המשלח קודם המצוה. וע"כ דלא חיישינן לחזרה אך י"ל דבזה עכ"פ יעשה המצוה עכשיו ויוצא בברכת השליח ולא יהי' לבטלה משא"כ קדושין. ורשב"א עצמו בח"ג סי' רפ"ג כ' כנ"ל ובקדושין טעם הרא"ש עש. ועל פריעת ב"ח שאין מברכין צ"ל טעם רשב"א כנ"ל:

(**ב**) **להלות** כו'. אם יש משכון ללוה י"ל שא"צ להלות אא"כ יתן לו משכון וכ"כ תוס' ב"מ פ"ב ע"ב שדחו פי' ר"ח וכ' מצוה קעביד שבלא משכון אין לו להלות כיון שירא להפסיד ואפשר במשכון ע"ש. וגם ר"ח ז"ל שכ' דבאינו רוצה להלות בלא משכון לאו מצוה י"נ ג"כ דר"ע פליג. הגם שאינו מוכרח די"ל דר"ע סבר רק דמ"מ מצוה עביד אבל חיוב יש להלות בנ"מ דלמה נימא דפליג אר"א בהא. מ"מ מדסיימו תוספ' בדחיתם דאע"ג כו' מצוה עביד כו' שאין לו להלות בל"מ כו'. דלמותר דהגם שי"ל להלות מ"מ מצוה

עביד. משמע דפשוט להו דתליא הא בהא אי מצוה בל"מ אז באינו רוצה אלא במשכון לאו מצוה כנ"ל. ממילא גם לר"ח ר"ע דפליג ס"ל כן דא"צ להלות בל"מ. והגם דאינו מובן כ"כ למה תליא הא בהא. י"ל כיון, דחזינן בש"ס יבמות ק"ו) חלוץ ע"מ שיתן ר' זוז דמצי אמר משטה כיון שמצוה עליו לחלוץ כדין שוכר עליהם או מטען (ר"פ האומנין) דרשאי להטעותו כנ"ל. א"כ כיון דאמר ר"ה ב"ב (מ"ז) תליוה וזבין מהני ואמר דכל מוכר א"ל דצריך לזוזי לא הוי מזבין ואנוס הוא ודחי שאני אונסא דנפשי' כו' ע"ש. ולמסקנא דזביני' זבינא ע"ש. אף דחשוב אונס מ"מ אגב אונסא וזוזי מקני ע"ש. א"כ דוק במכר שאין חיוב על לוקח לקנות שייך אגב אונסי' וזוזי משא"כ מלוה אם חיוב עליו להלות בלי משכון ואינו רוצה אא"כ יתן לו משכון אין חשוב רצוי דנותן משכנו מדעת דע"כ כיון דצריך לזוזי אנוס. ורשאי להטעותו כיון דמצוה רמי' עלי' והי' צריך להחזיר אח"כ המשכון כשרוצה לוה א"כ חשוב כלוקח המשכון ע"כ דלוה דהי' כעין גזל כדמשמע בש"ס דר"י דקני משכון דאל"ה לא הי' רשאי לעכב בע"כ משכונו של זה כנ"ל. ולכך שפיר חילק הר"ח בין מלוה סתם וזה נותן לו משכון חשוב מדעת דאין אנוס דהי' מלוהו כנ"ל. משא"כ באינו רוצה אא"כ יתן לו משכון לאו מצוה על המשכון כנ"ל. משא"כ לתוס' ס"ל דאינו מחויב להלות בלי משכון שוב לא שייך משטה דלא רמי חיוב עלי' בל"מ ושוב חשוב אגב אונסא וזוזי מדעת כמוכר ולוקח כנ"ל. אולם פי' הפשוט דהא תוס' כ' דלר"ח ניחא דא"י להעמיד מתני' דש"ש באין צריך למשכון. וע"כ דס"ל לר"ח דבהי' מלוה בלא משכון ודאי לאו ש"ש דאין מצוה בלקיחת המשכון שאינו שייך להלואה רק משום דצריך שלא הי' מלוה בל"מ פליגי דלר"ע מצוה עביד דשייך המשכון להלואה שאל"כ לא הי' מלוהו ולר"א לא מצוה בלקיחת המשכון שהי' חייב להלות בל"מ וממילא המשכון לצרכו וא"כ ע"כ תליא הך בהך וגם לפי' ר"ח לר"ע א"צ להלות בלי משכון כנ"ל. ומ"מ נראה מאחר שכ' תוס' ואפשר במשכון כנ"ל. היינו דלא מקרי עני לענין זה כיון שאפשר לו ליתן משכון. וממילא אם יש לו רק אותן דברים שצריכין לו ומדין סידור מניחין משום החייהו כו' אף דמשכון בשעת הלואה אין חיוב השבה מ"מ לא חשוב אפשר לענין החיוב להלות וי"ל דחייב להלות ושלא ליקח דברים הצריכי' כנ"ל. דהא מיכה דיליף מערכין (שם קי"ד) עיקר קרא וכי ימוך כו' והחזקת כו' להלות הוא והיינו דנקרא עני כשיניחו לו מה שצריך משמע דהחיוב להלות כנ"ל. הגם שאינו מוכרח מ"מ נראה כן. והיו מיושבים דברי הרמב"ם בבגד אלמנה ואוכל נפש שפסק (פ"ג מה' מלוה) דעובר גם בשעת הלואה שתמהו עליו דהוי כמוכר ע"ש. ולמ"ש א"ש דכיון דהחיוב להלות ושלא יקח בגדה למשכון ממילא כשאינו רוצה להלות אא"כ תתן בגדה לא חשוב

רצוי כנ"ל דאנוס ועובר בלא תחבול כנ"ל. וי"ל דבשאר משכון שא"צ מודה רמב"ם ז"ל דלא עבר כנ"ל. אך א"כ לא הי' לו לסתום. וקצת ראי' מדתקון הלל פרוזבול שנמנעו מלהלות כו' השמר כו'. והא לרשב"ג (ב"מ מ"ט) כשהמשכון ש"פ אינו משמט ולמה עברו ואטו התקנה משום גברא ערטילאי. וע"כ כנ"ל דהחיוב להלות ושלא למשכן כלים הצריכים לו. אך י"ל שאינו רוצה לטרוח במשכון בשטוח וניעור ולשמרו. גם דאפשר דאם בלא שמיטה הי' מלוהו בלי משכון וע"י שמיטה אינו רוצה עובר כשאין לוה רוצה ליתן כלים הצריכים לו דלא יחזיר לו כיון דמשכון בש"ה כנ"ל. וי"ל בזה מה דאמר (גטין ל"ו) פרוז בולי ובוטי על שם העבט כו' ומה שייך שם זה לפרוזבול. ולמ"ש א"ש דהי' העני צריך ליתן משכון כלים הצריכים ואם לא נתן ולא הי' מלוהו הי' עובר מלוה ואם נותן הי' הפסד ללוה חסרון כלים הצריכים ושפיר קרי בולי ובוטי ע"ש. עכ"פ משמע דהמצוה שלא ימנע להלות כשאין לוה נותן למשכון כלים הצריכים. אך מ"מ אין ראי' די"ל שאין רוצה מלוה כנ"ל. או דגרע משום שמיטה דחזינן דנמנע בכל זמן עובר רק בעשה ומשום שמיטה בלאו דהשמר כנ"ל. והגם דרמב"ם כתב דאם כסף מצוה מקרא דהעבט תבעיטנו ע"ש (פ"א ממלוה). מ"מ נראה דהעבט אין הפי' רק הלוהו ולא משכון. דבש"ס ב"מ ל"א וכתובות ס"ז מפרש בהלואה גרידא וכן התרגום תוזיף כו'. ור"ש דס"ל דאין לו וא"ר כו' א"ל הבא משכון שתזוח דעתו עליו. מ"מ אינו מפרש קרא דתעבוט כן ע"ש. ולא הובא ברמב"ם וש"ע. והתם כ' די מחסורו מדין צדקה ע"ז אמר ר"ש הבא משכון שא"ר. להתפרנס מדין צדקה. וראי' דמכילתא ורמב"ם ז"ל דאם כסף תלוה אינו רשות אלא מצוה מקרא דהעבט. היינו דגלי כיון דכ' תלוה את עמי כו' עני כו' ועמי דלא עני רק עני קודם ובעני כ' העבט כו' ממילא הך אם מצוה אף שאינו עני שחייב ליתן לו מדין צדקה מ"מ חייב להלות לו. אולם לשון הרמב"ם דדוקא לעניים ומשמע דקרא דהעבט היינו העשה דהביא קרא דאם כסף כו' את העני כו' יכול רשות ת"ל העבט כו' וכן בהה"מ רק שהוא עני שאינו שואל במתנ' רק הלוא' וכן דריש בש"ס קרא דהעבט תבעיטנו אם אין לו ואינו רוצה להתפרנס נותנין לו דרך הלואה. ובמכילתא מבואר את עמי כו' עני ועשיר עני קודם. אבל רישא את עמי דגם לעשיר מצוה. והה"מ הביא המכילתא ולא הקשה כלל על הרמב"ם. ואפשר דכוונת המכילתא עשיר היינו עני באותו שעה שצריך לפרנסה וא"ל וזה בכלל עני ומ"מ עני גמור קודם דעשיר יכול להשיג אצל אחרים יותר מעני. ומה"ט כ' טור וש"ע גם לעשיר לשעה כנ"ל. והרמב"ם פ"ז מה' מתנות עניים חשיב מ"ע דמלוה לעני בכלל צדקה וכן בש"ע י"ד סימן רנ"ג. וגמ' שבת ס"ג גדול המלוה יותר מן העושה צדקה ופירש"י לפי שאין העני בוש בדבר ע"ש. ומשמע דמלוה

לעני לצרכו לפרנסתו. ומ"מ חשיב הרמב"ם במנין המצות לב' מצות צדקה דהוא נתינה משלו והלואה לעני ע"ש. ומ"מ אא"ל דלעשיר אין מצוה דא"כ הא דקי"ל מלוה עה"מ ש"ש משום דר"י יהי' הדין אם מלוה לעשיר על משכון ש"ח ולא אשכחן בגמ' ופ' שום חילוק. וגם בש"ס ב"מ ע"א הובא כלשון המכילתא עמי ונכרי עמי קודם עני ועשיר עני קודם ע"ש. וכיון דילפינן דאם כסף כו' אינו רשות רק חוב ממילא את עמי ג"כ מצוה אף עשיר. ורמב"ם כתב סתם הלואת ישראל קודם. ואפשר דקאי סתם דכל שאומר שצריך ללות חשוב עני באותו שעה. ורא"ה בחינוך מ' ס"ו כ' ג"כ רק להלות לעני כו' כפי מה שצריך לו כו' ע"ש. ופ' ראה תע"ח תע"ט מ' צדקה כ' אל תחשוב כו' רק בעני אשר א"ל לחם ושמלה כי אף בעשירים גדולים כו' צדקה לפעמים כגון במקום שאין מכירין וצריך ללות וגם כו' פעמים שנצרך כו' ע"ש. ומשמע דוקא כה"ג דאף לקט שו"פ יכול לטול דעני באותו שעה. ומ"מ דוקא מה שחסר לו. ולא כדי להרויח. וגם בזה לא חלקו הפ' ואפשר דבכלל גמילת חסדים הוא כיון דלו אינו נצרך וחבירו צריך לו. ובש"ס סוכה מ"ט ע"ב גדולה גמ"ח כו' שצדקה לעניים וג"ח בין כו' לעשירים ע"ש. אולם על ג"ח בין בגופו בין בממונו פי' רש"י מלוה לו מעות כו' משאילו כלי ובהמ' ע"ש. א"כ גם משאיל היינו הך מצוה וא"כ למה שפ' סי' ע"ב כת' הר"ן דאם השאיל ספר דעביד מצו' ושייך פרוטה דר"י אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו דיש למשאיל ג"כ והוי כשוכר כו' ע"ש ס"ג סמ"ע וש"ך הא כל משאיל מצוה עביד ג"ח כמלוה לעשיר דחשוב ש"ש אמשכון משום פ' דר"י ואיך משכחת שואל חייב באונסין. ונראה דר"ן ס"ל דמשום שטוח וניעור הוא דהוי ש"ש רק דוקא אם מצוה מתחלה שוב ג"כ מצוה בשטוח כו' משא"כ אם אינו מצוה מתחלה לא הי' לו לעשות ולקבל משכון שיתחייב בשטוח כו' כמו פקדון דג"כ אח"כ מצוה שטוח רק שלא הי' ל"ל כנ"ל. וממילא שואל גרידא גם ספר הי' חייב באונסין דמה דמיפטר בשעת שאלה לחוד פ' דר"י אינו חשוב הנאה רק שמשאיל על משכון דכיון דמצוה שוב יפטר כל שהמשכון בידו בשעת שו"נ זה חשוב נהנה כשוכר. אך עדיין אינו מעלה ארוכה דמה חילוק בין שואל ספר על משכון או שאר שאלה על משכון ומפורש בר"ן דוקא ספר. וכן מפורש בת' דמשום הנאת פ' דר"י שבשעת שאלה לחוד ע"ש. גם אין לומר דדוקא הלואה שנותן משלו וכשיהי' פרוטה לעני הלואה קודמת כדחשיב רמב"ם וש"ע דקודם לצדקה משא"כ שאלה דמכלל גמ"ח כמו לעשיר ואינו נותן משלו עני קודם. דגם ז"א דמבואר בגמ' מטעם עוסק במצוה פטור והיינו כשיבא עני כשכבר עוסק ואין חילוק אף שזה קודם בב"א מ"מ כשבא אח"כ פטור כנ"ל. ולכאורה אפשר דוקא שואל ספר דהוי כלראות בה או לעשות פחות מש"פ דמצות לאו הנאה. ומבעיא לש"ס צ"ו

ע"א אי חשוב שואל לחייב באונסין. וע"כ הטעם בספר כיון שעומד כל עיקרו להנאה זו דמצוה וזה כל שויו חשוב ממון דהא מפורש במשנה פ' הזהב מוכר ס"ת לרבנן יש לו אונאה וע"כ דאינו כשטרות רק חשוב גופו ממון ס"ת דעיקרו להנאת מצוה כנ"ל. וא"כ י"ל דמה"ט משאיל ספר לא חשוב כל הנאה שלו דמאותו הנאה שיש לשואל משום מצוה יש להמשאיל ג"כ. משא"כ שאר שואל דכל הנאה דמשאיל מה שעומד לכך והנאה שיש למשאיל משום מצוה אינו מעין הנאה דשואל כלל. מ"מ דוחק שלא הוזכר בת' הר"ן כלל מהנ"ל:

סעיף ו

אם בא למשכנו שלא בש"ה לא ימשכננו הוא בעצמו שאם משכנו הוא בעצמו עובר בלאו (**וע"ל ס' ד'**) **אלא ב"ד ישלחו לו שלוחם ואף שלוחם לא יכנס לביתו למשכנו** (**ואפילו אם ביקש להכניס כו'**) **אלא אם ימצא לו דכר בחוץ יקחנו כו'**:

(**ג**) **לא ימשכננו** כו'. כ' סמ"ע דמשכנו בחוץ עובר בלאו דל"ת אל ביתו דביתו ל"ד אלא ה"ה או כ"ש דלא ישמט בחזקה ע"ש. ותמוה מאד נהי דבשאר דוכתי ביתו נכלל רשותו אבל דכ' לא תבא אא"ל רק לבא לביתו איך נוסף בחוץ אין זה ביאה אל ביתו. ומ"ש ה"ה או כ"ש מלבד דאין מזהירין מן הדין. רק איך אפשר דכ"ש שליח ב"ד יוכיח דמותר לנתח בשוק. ואל ביתו עובר וחזינן דלאו ק"ו הוא והקפידא לבא לביתו. והרי אף לכנוס לכתוב כו' פ' רשב"א וש"ע דאסור דעל הכניסה הקפידה תורה כיון דלא כ' לא תקח מביתו כנ"ל. ונראה דהוי רק לאו הבא מכלל עשה מדכ' והאיש כו' נושה בו יוציא אליך כו' דגם שבחוץ תעמוד דוקא שליח ב"ד או לוה יוציא אליך אבל מלוה אין רשאי בע"כ גם בחוץ. אולם שיטת תוס' כ' בפשיטות דאסור נתוח בשוק רק מדרבנן גזירה אטו כניסה כנ"ל. ובאמת אין ראי' מקרא דיוציא כו' דלא כ' יתן שיהי' ברצון דוקא הנתינה בחוץ רק יוציא ושוב כשכבר בחוץ יכול לנתח בע"כ ג"כ, ואפשר דאף בעומד בחוץ ומכניס ידו לבית לטול תליא גם כן בפלוגתא דביאה במקצת אי שמה ביאה גבי בהונות ע"ש (זבחים ל"ב). גם ברמב"ם סוף פ"ג מה' גזילה מפורש דלביתו כ"ש מחוטף מיד לוה היפוך מסמ"ע הנ"ל:

אמנם בספרי פ' תצא סי' רע"ו ל"ת אל ביתו יכול לא ימשכנו בפנים אבל ימשכנו מבחוץ ת"ל לעבוט עבוטו בחוץ (לא ימשכנו בחוץ אבל ימשכנו מבפנים ת"ל בחוץ תעמוד) כשהוא אומר והאיש לרבות שליח ב"ד עכ"ל ע"ש. וביש גרסאות נמחק הג"ה הנ"ל ע"ש, עכ"פ משמע כסמ"ע דבחוץ קאי גם על לא תבא וקשה לתוס' אולם אי כהנ"ל למה נימא דקאי אלעיל ולרע הא תוספ' הוכיחו ריש פ' איזהו נשך דבתיבה א' לא אמרינן דקאי

אתרווייהו ובהדי הני דאין לו הכרע הוא ולא חשיב רק ה'. ומ"ש המפרש משום דדרשינן סמוכין תמוה שאין ענין סמוכין רק לפרש במאי מיירי לא להוסיף כנ"ל. ולכך לע"ד הפי' אבל ימשכנו' בחוץ היינו שיכנוס לביתו לא למשכנו בבית רק לברר החפצים לחוץ ולמשכנו בחוץ כמו מגרר ויוצא דגניבה (שבת צ"א) שהקנין בחוץ ע"ז דריש ת"ל לא תבא כו' לעבוט בחוץ כו' ודמי לולקח באצבעו ונתן שכ' תוס' פ' א"נ שם דסברא היא דקאי אדלעיל כו' ע"ש. וכן בזה גם בסתם הפי' ל"ת כו' לעבוט ולא קאי ביתו על לעבוט רק על הביאה לביתו כדי לעבוט אף בחוץ ושפיר דריש מדסמיך לי' בחוץ כנ"ל דגם בלא"ה הפירוש כן כנ"ל. או דפי' אפי' לבא לביתו לראות מה יש לו כדי שיוכל למשכנו בחוץ אם ימצא חפצים אלו ג"כ עובר וזהו שכ' הרמב"ם פ"ב מה' מלוה טען כו' והחביא כו' שיכנס לביתו שהתורה הקפידה בחוץ תעמוד כו' וכן אח"כ לעקור גופי תורה ע"ש. והיינו דבחוץ תעמוד גלי דהקפיד' על הכניסה אף שלא ימשכנו שם וכן רשב"א ורמ"א הביא דעל הכניסה קפיד כו' גם לכתוב מה שיש לו ע"ש (ואותה הג"ה בספרי אי גרסינן לה י"ל דהפי' יכול לא ימשכננו בחוץ היינו לבא לביתו גם למשכן בחוץ כנ"ל אבל ימשכנו מבפנים היינו שיעמוד בחוץ ויכניס ידו להוציא לחוץ כנ"ל. או במקצת ל"ש ביאה או לעמוד בחוץ ולגרר החפץ לחוץ ת"ל בחוץ תעמוד היינו מדכ' עשה יוציא אליך העבוט כו' מוכח דגם שעומד בחוץ אסור ליקח מבפנים עד שיוציא הלוה כנ"ל:

ונראה דבמשנה ג"כ הפי' כן ולא יכנס לביתו לטול משכנו שנאמר בחוץ תעמוד ע"ש (ב"מ קי"ג) ולא תני הלאו דלא תבא כו' דהיינו שלא יכנוס כדי לטול אח"כ משכונו בחוץ או לגרר לחוץ כו'. דזה נלמוד רק מקרא דבחוץ תעמוד דהכניסה אסור גם כדי למשכן בחוץ כו'. לשמואל גם בשליח ב"ד. ולמאן דפליג י"ל דאסור לנתח בשוק דאם יהי' מותר יכנס לביתו כדי לידע מה למשכן בחוץ או שיגרר כו' דזה שייך למגזר לכך אסרו לגמרי בע"כ כתוס' הנ"ל:

אולם לשון הרמב"ם ז"ל (פ"ג מה' מלוה) מורה כהסמ"ע שכ' עבר ונכנס כו' או שמשכן בזרוע כו' אינו לוקה כו' ע"ש. והגם שי"ל דמשכון בזרוע מטעם גזל וכוונתו לאו דלא תגזול ולטעמי' שכ' פ"א מה' גזילה דמתני' כפשטי' בתקנת נגזל גם בנכנס למשכנו ויש לו חוב ע"ש. מ"מ דוחק דלשונו משמע דתרווייהו לאו א' דלא תבא וע"כ דמפרש בספרי הנ"ל כפשטי' דבחוץ קאי אדלעיל ויש איזה טעם לחכמים דדרשי הכי כמו גבי ולקח ונתן כנ"ל ולא מטעמא של הסמ"ע רק כנ"ל. וקצת ראי' מדמייתי הש"ס (קט"ו) דבביתו של ערב מותר מקח בגדו כו'. ומנ"ל דבביתו משתעי קרא דלמא בשוקא ומוכח דאין חילוק דבזרוע למלוה ג"כ עובר. אך אינו מוכרח דמייתי מדכ' קח כו' כי ערב כו' דמשמע

בגוונו דהי' אסור אם הי' לוה מותר בשביל שהוא ערב וע"כ דלביתו מיירי כנ"ל ובבעה"ת פ' ג"כ כתוס' דמדרבנן הוא דאסור ניתוח ע"ש. אולם בסמ"ג לאוין קפ"ו מצאתי שהביא ספרי הנ"ל מלעבוט כו' בחוץ כנ"ל. ומהר"א שטיין פי' דבריו גם כן דלא תבא קאי או לביתו או לעבוט בחוץ ע"ש והוא כרמב"ם וש"ע הנ"ל. ונ"מ לענין פסול:

והנה משמע דכמו דלביתו אסור אף שאין הלוה בבית ואינו מוחה רק שלא מדעת כן בחוץ ג"כ כיון דנכללים בחד לאו כנ"ל. וא"כ תפיסה דב"ח לעולם בלאו. וכן משמע מר"א ממיץ ביראים שכ' דהא דקי"ל עביד דינא לנפשי' לא משכחת לה רק שלא בהלואה אלא שכירות וכה"ג ע"ש. וא"כ בהכותב בעובדא דיימר בר חשו דמפורש דהוי מסיק בי' זוזי הי' באסור מה דאמר לשליח זיל תפסי'. והי' מיושב קושית תוס' על רש"י דבשליח קני תופס כו' דאין שליח לד"ע ובטלה השליחות והוי כלא עשאו שליח. ורק בשכירות וכה"ג מהני שליח. אולם קשה ר"פ ור"ה היך תפסוה. אך י"ל דאינהו לאו הלואה הי' אך רש"י ז"ל פי' שאף הם היו נושים בו מעות ע"ש פ"ה. וי"ל כיון דמחריפותא דנהרא תפסו וכיון שהשליח הודחה היתה נאבדה והוצרכו ליקחה משום השבת אבידה ושוב יכולין להחזיקה בחובם. אולם רש"י ז"ל כתב מיד זה חטפנוה ע"ש וקשה כנ"ל. וא"ל כיון שלא היו יכולין לגבות ובמקום פסידא מותר ז"א כיון דקי"ל עביד דינא לנפשי' גם שלא במקום פסידא ואעפ"כ עובר בלאו ממילא גם במקום פסידא כן. וי"ל דמיתומים אין אסור דהתפיסה רק מצד נכסי ערבין בי' הוי כמו לביתו של ערב דמותר דאין הם הלויו. וא"כ לס"ד דידהו דהתפיסה לא"מ מהני ולא אסור משום לא תבא כנ"ל. אולם בשמיטה דג"כ ממעט בירושלמי יתמי מלוה משום כל כו' משה ידו כתיב הובא בר"ן פ' השולח ומ"מ יתמי לוה לא אימעוט ופי' דשבועות ר' חוצפית כו' ליתומים על נכסי אפטרופס כ' תוי"ט שם דמשמט בלוה ומת אף דלא הלוה להם. והגם שאינו מוכרח דר"ש ור"מ פי' אפטרופוס שלוה ע"ש מ"מ תי"ט כ' כן ע"ש. ומה שפירשו כנ"ל הוא משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וע"כ א"ל קרקע. אבל לענין הדין מודים דמשמט. ואפשר דיש חילוק דשם כ' על משה ידו אמעוט רק יורשי מלוה משא"כ כאן דכ' ג"כ אשר כו' נושה בו. גם י"ל דבסתם כיון דמצוה לפרוע חוב אביהם קרינן בהו נושה משא"כ בעובדא דר"פ דכבר תבעו ולא רצו לשלם דהא גם בקרקע קי"ל (ב"ב קע"ד) דדיינא כו' קודם דלתבעינהו ליתמי טעה כו'. וע"כ גם ר"פ ור"ה תבעו כנ"ל. ושוב התפיסה רק בתורת ערבות לא אסור כנ"ל והוי כערב דמותר. ולכאורה אי נימא דביתמי אין אסור א"כ איך אמר התם (פ' הכותב) דבקרא אמר לא"מ תפסי' ובע"ח אמר מחיים תפסתי דנאמן במיגו להפ' ה' רבית דגם בבע"ד אמרינן א"א מע"ר ואף במיגו א"נ כמו בעדים.

וא"כ במה שאומר שתפס מחיים מ"ע רשע דעבר בלא תבא לעבוט כו' משא"כ לא"מ דב"ח משמע. הלואה. אך לא קשה דאי לא"מ עבר אלאו דגזל דלא"מ לא מצי תפיס וע"כ עשה איסור ושוב נאמן דמחיים תפסי'. וצ"ע לדינא מיורשי' בשיעבוד מטלטלי אג"ק או לאחר תקנת הגאונים אי שייך בהו הלאו דלא תבא כו'. וכן יורש דמלוה אי רשאי כנ"ל כמו בשמיטה דאמעוט ממשה ידו וכאן כ' ג"כ כי תשה כו'. ונראה דאסור מדלא חשיב בברייתא לביתו א"א לכנס כו' לערב כו'. וגם בשמיטה רש"י וש"פ חולקין ע"ש בר"ן פ' השולח דסבר דרבנן פליגי עלה ור"ש הוא ע"ש. אך כיון דמבואר במשנה דמת אינו מחזיר ליורשיו ופירש"י דכ' תשוב לו ולא ליורשיו ע"ש משמע דכולה קראי בלוה גופי' ומ"מ י"ל כיון דסתמא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ע"כ בלוה משתעי. או דמיתורא דלו דריש. מ"מ פשטא דמלתא משמע דביורש אין אסור שאינו נושה בו. ומברייתא דלא חשוב כנ"ל אין ראי' די"ל משום דמטלטלי לא משתעבדי ולא מיירי בשיעבוד אג"ק. ובמשנה דהכותב הניח פירות כל הקודם זכה קדם בע"ח כו' לר"ט משמע דאין אסור. הגם די"ל דוקא לר"ט דחשיב זכות הבע"ח קודם לזכות היורשין כמ"ש תוספ' בכורות פ' יש בכור ואין היורשין זוכין כלל רק הבע"ח גם אסור אין כאן דלא חשוב שלוקח מהם כלל דברשותו קיימי כמו הם משא"כ לדידן דקי"ל כר"ע ומטעם דלא מהני לא"מ תפיסה שכבר זכו י"ל דגם שמשתעבדי אסור כנ"ל א"כ אין ראי' מכל הני דתפסי התם דהא ס"ל כר"ט דמהני וממילא מותר כנ"ל משא"כ לדידן. מ"מ נראה לר"ת ז"ל בנוטלו לגוביינא אין איסור וא"כ י"ל דאף להחולקין י"ל במודו ביורשים שא"א לגבות מהן חשוב לגוביינא ואינו מוכרח. ואפשר לישב בזה תמיהת תוס' שם בהאי דאפקידו גבה מלוגא דשטרי כו' סהדי דמחיים תפסה דתבעו כו' ותמהו למה לא תהי' נאמנ' במיגו ע"ש ולהנ"ל א"ש כיון דב"ח היתה א"כ בשטרות דלאו בני גוביינא רק לדחקו שלא יוכל לגבות והוי רק בתורת משכון אסור לתפוס דברשותא דמרה הן בפקדון ושייך אאמע"ר. ולא שייך מ"ש לעיל דגם לא"מ אסור דז"א דאנו אומרים שבאמת לא תפסה כלל ובעי שפיר סהדי. ומה דאמר הוי תפיסה לא"מ היינו מה שאינה רוצה להחזיר עתה כנ"ל:

והנה לתוס' דדוקא לביתו אסור נראה דגם כשחפץ בפקדון ביד אחר ג"כ אינו רשאי לכנוס כמ"ש הרא"ש פ"ק דפסחים דכיון שהשאיל ביתו לשמירת ממונו ביתו קרינן בי' וראית ר"י מהא דוגונב מבית האיש כו' ע"ש וא"כ לכאורה גם נפקד עצמו א"ר לתפסו בחובו. ולעיל סי' ע"ב מבואר דרשאי רק במקום שיש תקנה ע"ש. וי"ל כמו דקנין מהני ברשות הלה המופקדין בדבור והיינו משום דיכול לסלק רשות שהשאיל למפקיד כן לענין תפיסה כשאינו רוצה להיות נפקד עוד נסתלק מלהקרא ביתו דמפקיד כנ"ל ומהני

תפיסתו. אך כיון שבא בב"א וגם לענין גט חשוב בא מידו לידה (גטין ע"ז) א"כ הוי תפיסה מרשות מפקיד לרשותו. ואף דמשועבד לעצמו מדר"נ מ"מ הא גם לוה משועבד ואעפ"כ אסור לתפוס כנ"ל. וכן לקמן סי' ק"ה בע"ח שתפס ואינו חב לאחרים לא הוזכר שעובר בלאו. וכן מבואר שם ס"ב אם הלוה חייב גם לתופס דשייך א"ב זכי לנפשי' והא יעביר בלאו ולא שייך אי בעי. וכן איך זוכה עבורו להפ' דמטעם שליחות. וכן בש"ס סוף חולין כל דאיהו לא מצי זכי משום לא תקח כו' חצרו לא זכי ע"ש. וכן שם ס"ו נפקד שתופס בשביל בע"ח כו' ע"ש. ולר"ת דלגוביינא שרי י"ל כן דשייך אי בעי זכי לנפשי' לגוביינא. אך להחולקין קשה. ודוחק לומר דכל הני מיירי שלא בחוב הלואה דהי' להם לפרש. ואפשר דוקא ביתו דלוה ממש ושאול וכן אפי' שכירות ספיקא אי חשוב ביתו לענין ע"ז ושאר דברים. ושוכר בית פטור מה"ת ממזוזה לתוס'. ודוחק דג"כ הי' להפ' לפרושי דהני דאימעוטי מביתו במזוזה ומעקה נמעט כאן. ומשמע דגם שאול או שכור חשוב ביתו דלוה לענין זה וכן שאר רשות המיוחד לו. רק ר"ה וסימטא אינו בכלל לתוס'. ולרמב"ם וש"ע גם בזה אסיר מה"ת וקשה מהנ"ל. ובאמת ברמב"ם (פ"ג ממלוה ה"ד) כ' שמשכנו בזרוע ע"ש זה משמע שלא הניחו ובחזקה תופס. שכ"כ שחטף המשכון מידו בזרוע ואח"כ פ"ה כ' ג"כ בזרוע ע"ש (ה"ו) וע"כ דמפרש ניתוח כן. ומשמע דשלא בפניו וכה"ג אינו בלאו זה. אכן ר"י הובא ב"י. וטור וש"ע השמיטו לשון זה וכתבו סתם לא ימשכנו. ולא ביארו אם חולקין או שמפרשים דברי רמב"ם דלאו דוקא. ובאמת לספרי הנ"ל משמע דאין חילוק וכמו דלביתו אף שלא בפני לוה. דהא בשבועות פ' כ"ה נגזל כיצד הרי שנכנס לביתו למשכנו כו' ופי' הרמב"ם אף שחייב לו. והא מבואר שם דשומר ואף אשתו של שומר נשבעת דחשוב עובר גם שלא הי' לוה שם. וממילא כיון דלא תבא הפי' או לביתו או בחוץ גם שלא בפניו כן. וראיתי בריב"ש סי' שצ"ו שכ' או אפי' לתפוס מטלטליו כל שמצאם ברשות אחרים או אפי' מידו ומביתו כל שהחוב אינו הלואה ע"ש עוד. אבל בהלואה א"ל לכנס לביתו ולא לחטוף מידו כו' ע"ש. מפורש דמותר כל שאינו בידו כו' ומס' יראים הנ"ל אין ראי' דמיירי אהא דאמר בש"ס עביד דינא לנפשי' גם להכותו כשאינו מניחו וא"כ כתב שפיר דבהלואה א"א דהיינו בזרוע דעובר כנ"ל. ונראה דדברי סמ"ע אמת דגם דיליף בספרי דגם בחוץ אסור ס"ל דדומיא דביתו אזהר אל ביתו או בחוץ דומיא דביתו דהיינו ידו ממש כנ"ל. ומ"מ בטור וש"ע לא משמע כן וצ"ע דמשמע דס"ל דכל שהוא שלא מדעת הלוה קרי לי' בזרוע כנ"ל ומ"מ ש בנפקד דקרי ביתו י"ל דלא קשה דהר"ן פ' כ"ש כ' לפרש המכילתא דממעט בחמץ יצא חמצו דישראל בבית נכרי לאו בפקדון אלא משכון דנכרי שהלוה כו' רק מדרבנן דלא שייך

ברשות דמרי' כיון שממושכן ואינו יכול ליקח ע"ש. וא"כ גם בנפקד כאן כיון שעכ"פ משעבד למלוה מדר"נ ואין רשאי ליתנו ללוה שוב עכ"פ לא שייך ברשותי' דלוה איתא ולא חשוב ביתו ושוב מותר למלוה לטלו וכן הנפקד בעצמו שחייב לו דמשועבד גם לעצמו מדר"נ ולא חשוב ביתו דלוה כנ"ל. דבשלמא כשהוא בביתו דלוה אף שמשועבד מ"מ בביתו הוי משא"כ כשביד הנפקד ומשועבד למלוה כנ"ל. ומיושב כל הנ"ל. ואף לרמב"ם וטור דגם בשוק אסור היינו ג"כ משום דכל היכא דאיתא ברשותי' דלוה הוא משא"כ כשביד הנפקד כנ"ל:

ונראה דזה ג"כ טעם החילוק שכתב ריב"ש בין חוטף מידו למונח בר"ה וסימטא. דביתו וידו רשותו ממש משא"כ ר"ה וכה"ג דהא דברשותו משום שיכול ליקח אותו. וממילא כיון שהמלוה רוצה לתפוס והי' יכול עכ"פ למחות שלא יקחנו הלוה דהא שליח ב"ד מנתח שוב לא חשוב ברשותי' דלוה ויכול שוב לתפסו ג"כ. וכמו קרקע דתליא ביכול להוציא בדינין למחשב ברשותו. ואף דפ' הכותב קי"ל דלא מהני תפיסה לא"מ אף שמונח ברה"ר דחשוב ברשותי' דיתמי יותר מבע"ח משום דצריך שבועה וע"כ לא פליג ר"ט רק משום דגם היורשים באין לזכות כמ"ש תוס' בכורות (נ"ב) אבל בלוה גופי' שכבר שלו חשוב ברשותו נגד בע"ח מ"מ י"ל דהיינו דוקא לענין שיהי' מועיל תפיסת בע"ח מה שא"י לזכות ע"פ דין דלא הי' יכול למחות עפ"י ב"ד ליתומים ליקח מר"ה ורק מצד התפיסה יזכה וחשוב ברשות יתומים כנ"ל. משא"כ בזה ליקח בתורת משכון דע"פ ב"ד יכול ליקח ולא הלוה דמנתח נתוחי כנ"ל חשוב שפיר ברשותו יותר מברשות הלוה. ולדינא נראה דלביתו או חצר המשתמרת לדעתו דהיינו ביתו כדאמר בש"ס ב"ק נ"ז ע"א עובר בלאו לכ"ע וגם שליח ב"ד עבר כנ"ל. ומידו בשוק שליח ב"ד מותר ומלוה אסור לתוס' ובעה"ת מדרבנן ולרמב"ם וסמ"ג וטור וש"ע בלאו וכשמופקד ביד אחרים נראה דמותר כריב"ש הנ"ל וי"ל דגם שאר פ' מודו. ומרה"ר וסימטא נראה ג"כ מרוב הפ' דמותר. אולם לעיל סי' ד' הביא רמ"א ס"א לשון הריב"ש הנ"ל או שא"צ למשכנו שכבר אצלו בפקדון או מצאו ביד אחר ומשמע דבר"ה וסימטא אסור ע"ש דלא הביא סיום דברי הריב"ש לחטוף מידו. ואפשר משום דלא מיירי שם רק מדין עביד דינא ע"ש (סי' ד'). ונהי דליכא לאו הנ"ל מ"מ אסור להפ' דבאין חפץ מבורר לא עביד דינא לנפשי' (ועיין מ"ש בס"ק סס"ז). והש"ך ז"ל בס' תקפו כהן סי' ק"י כ' דבמקום פסידא אף ר"י מודה כו' בפלוגתא דרבוותא אפי' היכא שבא החוב מחמת הלואה מותר למשכנו שלא ברשות אף לכתחלה ע"ש שלשונו אינו מבורר כ"כ דאח"כ כתב שלא מחמת הלואה י"ל ברור ע"ש. עכ"פ לע"ד אין כוונתו ליכנס לביתו דודאי לא הותר הלאו משום פסידא. רק כוונתו בר"ה וסימטא

כנ"ל. הגם למ"ש הטעם דלא חשוב רשותו דלוה משום שע"פ ב"ד יכול למחות מליקח. וא"כ בספק שא"י ע"פ ב"ד י"ל דגם בסימטא חשוב ברשות לוה כנ"ל. מ"מ י"ל דהיינו דנקיט ספק פלוגתא מאחר דמצי אמר קים לי כו' וא"כ לאותו פוסק דחייב לו הי' יכול למנוע ולאו ברשות לוה כנ"ל ואף דלענין אסור ס' לחומרא י"ל דש"ך ז"ל קאי בשיטת תוס' ובעה"ת דניתוח רק מדרבנן אסור והוי ס' דרבנן לקולא ודוקא באפשר ע"פ ב"ד משא"כ בפסידא מותר. או אפשר דסבירא לי' לש"ך דלא אסרו חכמים ניתוח רק משום שיכול ע"פ ב"ד רק טרחא משא"כ כשא"א כגון בספק ויפסיד לא אסרו חכמים ניתוח ג"כ אף מידו דלוה ולכך לא כ' הש"ך זה לברור דזה רק לתוס' הנ"ל. משא"כ לרמב"ם וסמ"ג וש"פ דמה"ת ניתוח אסור לא הותר כלל במקום פסידא כנ"ל. א"כ לדידהו י"ל דגם מסימטא ור"ה אסור כיון דמ"מ א"י למנעו ברשותי' דלוה קאי. וי"ל דאסור בין בודאי חוב דאפשר בב"ד ובין בספק משום דברשותי' כנ"ל:

(ד) **לא ימשכננו הוא כו' במשנה המלוה כו' לא ימשכננו אלא בב"ד**. הלשון משמע כל התפיסו' גם מר"ה וסימטא וכה"ג. ולכך לע"ד שמהר"ם ור' קלונימוס שהביא ב"י סי' ד' וד"מ ע"ש. דבחפץ מבורר דוקא אמר ר"נ עביד דינא כו' אבל אינו מבורר כו' ע"ש דס"ל כיון דקי"ל כשמואל דניתוח בשוק מותר שליח ב"ד ומלוה אסור א"כ גלי קרא דלא מצי עביד דינא לנפשי' בהלואה אף מה שמותר לשליח ב"ד וס"ל דילפינן מזה לכל חיוב שצריך למשכון ולתפוס משל החייב אסור. ומה דממעטינן ערב ושכירות הוא רק שליח ב"ד לענין ליכנס לביתו כדאמר ברייתא לביתו כו'. וגם ט"ז סי' ד' ס"ל כן ע"ש. וי"ל און דלא ס"ל הך דספרי ורישא קאי על כל חוב או דס"ל דילפינן מהלואה לכל חיוב. לא מיבעיא כשלא חייבוהו ב"ד דאסור רק אף שחייבוהו ב"ד ונתברר החיוב מ"מ הוא אסור כדקי"ל (גטין פ"ח) בגט מעושה אף כדין עפ"נ פסול לפי שאינם בני עשוי ע"ש. כן הבע"ד אינו ב"ד שיהי' עשוי שלו קרוי כדין דאף ב"ד הדיוטות לא הי' מהני ע"ש. וממילא גזל מה שמשכן חפץ של הלוה שלא נעשה שלו כיון דחשוב עשוי שלא כדין. ודוקא בחפץ ששלו שיכול ליקח מעצמו ס"ל לר"נ עביד דינא כו'. ושאר פ' ס"ל דוקא בהלואה ממש וכמ"ש תוס' דגזרינן נתוח אטו ביתו. ומשמע דאל"ה הי' מותר וממילא שאר חיובים דגם לביתו מותר שייך עביד דינא גם שאינו מבורר כיון שיודע שהדין עמו עדיף לנפשי' מב"ד הדיוטות. ודעה ג' סי' ד' דדוקא להכות ע"ש. וי"ל טעם הש"ך ז"ל לתפוס בקים לי או שיתפוס בל"ע כדי שיהי' נאמן במיגו דס"ל דמותר במקום פסידא י"ל גם למהר"מ כיון דחזינן במקום פסידא כ"ע עד"ל ע"כ עדיף מסברא משלא במקום פסידא. וא"כ כיון דקי"ל עד"ל גם שלא ב"פ מ"מ באינו מבורר דרק ילפי מהלואה דמתני' הנ"ל י"ל דלא

יוכל ללמוד לאסור רק שלא במקום פסידא דלישנא דמתני' אלא בב"ד משמע כשאפשר ע"י ב"ד אז לא ימשכנו כו'. גם י"ל דהא גם בגזל צריך הגבהה כדי לגוזלו. ואף במשכון כיון דקי"ל דקני משכון שלא בש"ה ואף משכון באסור חשוב ג"כ כמו גזילה אבל עכ"פ ג"כ צריך שיקח כדי להחזיקו בתורת משכון ככל הגבהה ומשיכה. אבל תופס כדי שיהי' לו מיגו ואינו רוצה כלל בתפיסתו לזכות למשכון רק שילך לב"ד לטעון שחייב לו ויהי' נאמן ויחזיר לו החפץ. א"כ הוי רק להביא ראי' לדבריו מה שיודע שבאמת חייב לו ותפיסתו כדי שיהי' ראי' זה אינו כלל תפיסה למשכון ולקנין דגם שטר שבידך זכות יש לו צריך להראותו. וכמו דבעי ב"מ צ"ו שאלה לראות בה אי חשוב בגוף הדבר. וכן שטרות מה"ט לא נקנו בהגבהה שעיקרן לראיה שבהן ואין נגזלין מה"ט. כן י"ל במשיכה זו לראי' שיהי' לו מיגו ע"י תפיסתו מה שבאמת כן הוא רק שידעו ב"ד שאמת כדבריו אין במשיכה זו גזל כלל. גם לא עבר על לא תבא כו' לעבוט כו' שאינו תופסו כלל למשכון. ואף דהא אח"כ שיהי' כבר בידו לא יצטרך להחזירו כדקי"ל בש"ס ולקמן ס' י"ב בהג"ה דאם לקח כו'. ז"א דדוקא כשכבר זכה בו למשכון ועבר משא"כ כשאינו רוצה לזכות למשכון רק למיגו כנ"ל לא יהי' רשאי כלל להחזיקו אח"כ בתורת משכון אף שבידו כבר דיעבור על לא תבא כו' לעבוט אח"כ דודאי אף שיכנס לביתו ויקח כדי לזכות אחר שיצא למשכון דעבר בלאו כמ"ש לעיל דלא תבא כו' לעבוט גם בחוץ. א"כ כיון שלא יהי' רשאי י"ל דמותר כדי שיהי' לו מיגו כנ"ל. אך מ"מ נראה דאסור דהא הכניסה לחוד אסור כמ"ש בש"ע. אך משמע דזה דרבנן. אך בל"ז י"ל כיון דרוב הפ' דמיגו להוציא ל"א א"כ נאמן במשכון שתפס רק משום דברשותי'. ואף דגם באוכל נפש לא הפסיד המיגו ע"ש סי' ע"ב (סי"ז) היינו משום דמ"מ כבר תפס וזכה למשכון רק חיוב להחזיר דאתרבי ג"כ מהשב ע"ש משא"כ כאן אי לא תפס כלל להיות ברשותו לא הי' מהני המיגו ואף דהא אין ידוע לנו והוי מיגו דשתיק דמהני גם להוציא. כיון שסתמא מחזיקינן תפיסתו למשכון והי' נאמן במיגו א"כ אף שמודה שתפסו רק למיגו כנ"ל א"ל מיגו דא"ב שתיק ומהני גם להוציא. ויש לדחות חדא דנ"י פ' חזקת כ' דלא מהני מיגו כשבטענת המיגו לא הי' נאמן רק במיגו ע"ש גבי דר חד יומא. ועוד דלהרבה פ' גם א"ב שתיק ל"א להוציא. ועוד דאפשר גם בסתם אין מחזיקינן לרשע שיכנס לבית ושלקח בתורת משכון והוי אמרינן שלקח רק למיגו ולא הי' מהני שתיקתו רק אומר כנ"ל. אך ז"א דא"כ באוכל נפש או בגד אלמנה למה פ' סי' ע"ב דנאמן במיגו נימא דלא זכה והוי להוציא ואף שאומר שתפסו למשכון מ"מ כיון שצריך לאמירתו שוב א"א מע"ר להפ' דבבע"ד, ג"כ אמרינן. וע"כ דגם בסתם מחשבינן לי' ברשותי'. אך י"ל דהא עכ"פ גם שאלה שיחשבו ששלו והוא עשיר

מספקא לי' וגבי פקדון נזדמנו אורחים חשוב שטחה לצרכו ש"י ע"ש (ב"מ ד"ל). וא"כ זו התפיסה כדי שיחשבו סתמא שברשותו שיהי' נאמן במיגו חשוב ג"כ לצרכו ולהשתמש. ואף דנפקד נאמן במיגו דהא כבר אצלו. משא"כ הנ"ל י"ל דחשוב מכניס לרשותו. ומ"מ אינו, מוכרח דמה שסבורין שברשותו כיון שבאמת ברשותו דמרי' לא חשוב זכיה כלל. וכיון שבאמת חייב לו עדיף מהא דאומר לעד תא קום התם שיסברו שיש עדים שאין בו אלא משום מד"ש תרחק (שבועות ל"א). וכאן דסבורים שברשותו מ"מ המיגו אמת ומהני אף שאומר האמת שלקחו רק שיהי' לו מיגו ואין בו משום מדבר שקר תרחק:

והנה רמב"ם ז"ל סוף פ"ג מה' גזילה כ' החוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן אע"פ שהוא חייב לו ואצ"ל אם נכנס לתוך בית חבירו ומשכנו שהוא גזלן שנאמר בחוץ תעמוד כו'. וראב"ד ז"ל השיג דדוקא כשבאמת לא חייב לו ע"ש. ופשט לשון הרמב"ם משמע כמהר"ם דבחפץ ודוקא עד"ל אבל בעד חוב דלא מצי עד"ל הוי התפיסה גזל גמור דאין ענין מה שחייב לו שיוכל לתפוס חפץ חבירו ועובר בלא תגזול כיון שאינו ברשות ב"ד. וא"כ גם מר"ה אסור. והא דכ' פ"ב מה' מלוה רק אסור דלא תבא הוא כשכבר נתחייב ונתברר בב"ד מ"מ מלוה עבר בלא תבא אבל גזלן אינו. וא"כ הא בש"ע סי' שנ"ו כ' ג"כ כרמב"ם ז"ל דחוטף אף שחייב הוי גזלן ולא הגי' רמ"א כלום ולעיל סי' ד' כ' רמ"א י"א דבלא הכאה רק תפיסה מותר כמהרי"ק ע"ש. ונראה שזה כראב"ד הנ"ל ולכך נראה דהא קשה למה סיים אצ"ל כו' בחוץ תעמוד ולא כתב שנאמר לא תבא כו' ביתו וכן בה' מלוה שכתב ושכר כתף כו' לערב נכנס לביתו שלא ע"פ ב"ד ע"ש דמותר. וקשה נהי דאמעיט מאסור דלא תבא אבל מנ"ל שלא אסור משום גזל כיון דאינו מבורר החיוב ולמה כתב סתם שלא ע"פ ב"ד. ולכך ס"ל לרמ"א דטעם הרמב"ם דס"ל עביד דינא לנפשי' וכמו שאלו הי' מבורר לב"ד היו ממשכנין כן הוא שברור לו לא הוי גזל והוי דינא כשמתברר אח"כ ויכול הרמב"ם לסבור כמהרי"ק הנ"ל. רק ניתוח כיון דאסור בהלואה מה"ת שוב לאו דינא הוא והוי שוב גזלן. וסיים שפיר ואצ"ל אם נכנס לתוך ביתו כו' שנאמר בחוץ תעמוד היינו דגם שליח ב"ד א"י לכנוס דזה ילפינן מבחוץ כו' והאיש כו' וכ"ש דלאו דינא הוא כיון שגם שליח ב"ד לא הי' יכול והוי גזלן. וממילא אם אין אסור היינו בר"ה או שכירות וערב וכה"ג שפיר מותר דכשאין אסור עביד דינא לנפשי' אף שאינו מבורר למהרי"ק הנ"ל ולקמן סי' ק"ג בטור וש"ע דגם בקרקע כשירד לתוכו בלי רשות ב"ד הוי גזלן ואף אחר שומא והכרזה ע"ש בטור ות' הרא"ש סי' ס"ח דמייתי עלה ממשנה הנ"ל דלא ימשכננו אלא בב"ד ע"ש. ותמוה דשם לא תבא כו' לעבוט ע"ש. וע"כ דמפרש כמהר"מ וכמ"ש לעיל דסובר הך דלא ימשכננו אלא בב"ד הוא משום דלא מצי

עביד דינא לנפשי' בחפץ שאינו מבורר שלו. ולכך גם בקרקע כנ"ל. וא"כ רמ"א ז"ל דכ' סי' ד' י"א דוקא בהכאה כנ"ל ע"ש הי' לו להביא גם דיעה ב' ע"ש לקמן מ"ש:

סימן צח

סעיף א

כשהמלוה מוציא שטרות מקוימים אומרים לו שלם. כן הוא בטור וכ' ב"י פשוט כו' קיים ש' וחות לדינא ע"ש ומשמע דב"ד אומרים לקיים קודם שישמעו טענת לוה. וכן פירש"י כי אתו לקמן מלוין ע"ש (כתובות י"ט). והיינו דקמ"ל ר"נ כיון דמודה בש"ש שצריך קיום א"כ כל טענה שיטעון יהי' נאמן א"כ כשבא מלוה ע"כ שיש איזה טענה ללוה אומרים ב"ד שיקיים קודם. אך זה שפיר אם לא הי' חילוק בקיום. אבל לדידן בקיום ע"א ואומר אמנה או פרוע הוי משאיל"מ ומזויף צריך ב'. א"כ ישמעו ב"ד קודם מה שיטעון לוה. דמצד עצמם לא חיישינן לזיוף ואין טוענין לגדול ומ"מ שפיר אומרים לו שיחפש עדי קיום כמה שימצא אך לא מצינו בשאר דינים כשבא מלוה לב"ד להזמין בע"ד שיאמרו לו הכין עדים שיש לך דמה לב"ד לזה. ונראה לע"ד דבקיום אף שא"ל עכשיו יוכל להשיג אח"כ דבעצמו אין מלוה יודע מי מכיר ח"י. לכך אם לא יקיים ולוה יהי' נאמן ונפסוק היסת ואח"כ יביא עדי קיום ויבא לידי ש"ש או אף אם יפסול. וגם קודם דתקון היסת שייך זילותא דב"ד דלכתחלה חיישינן לסתור הדין. ולכך א"ל קיים וחות לדינא דאם א"ל קיום למה תדון חנם ונפטור אותו. משא"כ בשאר טענות בע"ד לא איכפת לי' דמסתמא אם יש לו עדים יביאם ואם אין לו לעולם לא יהי' לו. מ"מ לא נלמוד מלשון הגמ' דאין מזמינים ללוה כלל כל שלא יקיים דהו"ל לפ' להשמיענו זה. וצ"ל דמ"מ רק לכתחלה אמרינן לי' כן אבל כשאומר אף שלא יהי' יכול לקיים עתה רוצה לתבעו אולי יודה בפני ב"ד שומעין לו:

(**ב**) **אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו א"א מחל** כו'. מפורש בגמ' (כתובות ק"ד) אף יותר מכ"ה שנים. ויש להסתפק אם יודע בעצמו שמחל בלב אי הוי מחילה וא"י לתבעו או דד' שבלב אין דברים. ואין הוכחה מכתובה דמהני שתיקה דשם אומדנא דמוכח כ"ה שנים ובמוכח הוי דשב"ל דברים. משא"כ תוך כ"ה או בע"ח דאין מוכח שוב י"ל דלא מהני. וקצת משמע פ"ק דב"מ בשובר כתובין הי' ונמלך כו' גם בשובר מחילה. אך י"ל כיון שכתוב לא גמר ומחל עד שיתנו כמ"ש (ב"ב קל"ב) במתנת ש"מ כו' ואין שטר כו'. וכן סוף פ"ק דב"מ סמפון כו' י"ל ג"כ כנ"ל. אך לא מצינו בפוסקים שיגלגל האומר אשתבע לי דל"פ על מחילה בלב ומשמע דלא מהני ומקדושין מ"ט אין ראי' דשם ד' שבלב לבטל מעשה שעשה סתם דזבין כו'. אך משבועות כ"ו גמר בלבו כו' אין מלמדין

כו'. ובתוס' משמע דבכל דוכתי לא מהני גמר בלבו. אך מלשון הש"ס משמע להיפוך דכ' אשר יבטא וצריך דבור רק שיהי' שבלב כדבור בזה ממעט שאינו כדבור אבל מחילה י"ל דסגי בלב. ובביטול גט דפליגי רק בגלי דעת (גטין ל"ד) היינו משום דבלא עדים לא מהני כמ"ש תוס' (שם ל"ב) ע"ש. ובביטול חמץ וגבי שליחת יד ומחשב' דקדשים וגבי לשמה מסופקים הפ' אי היינו דבור או בלב:

(ג) **ואפילו שמענו שנתיאש מהחוב לגמרי ואמר וי לח"כ אינו יאוש**. והוא ממהרי"ק ז"ל ע"ש ב"י. ומשמעות לשון ב"י כמ"ש רמ"א סי' קס"ג דיאוש גמור שגם בלא דבורו מהני ע"ש. והח"צ בת' ובה"ג ט"ז (סי' קס"ג) דחה דבריהם דבחוב לא מהני יאוש כמו בגזילה ע"ש. ולענ"ד חנני ה' יח' שד' רבותינו ברורים וקיימים. דהא אינו מובן הטעם כמו דמהני יאוש להחפץ כן. יועיל להחוב. והוא לשון הגמ' משמע (ב"ב מ"ד) נהי כו' מדמי מי קמייאש. משמע משום דמהחפץ מתיאש שימכרנו או יאכלנו. משא"כ דמי לעולם יכול לתבעו אינו מתיאש. ולכאורה מ"מ כיון שהוא גזלן ול"א נקיט לי' בדינא כן לענין דמי:

והנה לכאורה כמו דמחילה א"צ קנין ובדבור פקע החוב כן יאוש למה לא יועיל בדבור וי לח"כ ולד' מהרי"ק דמהני למה כתב דאין זה יאוש וב"י וש"ע, ונראה לע"ד החילוק דיאוש הוא מה שמסולק אצלו שלא יהי' לו יעוד הדבר בזה יוצא מרשותו אבל לא יותר. וא"כ הא ודאי דבתורת קנין גם המלוה א"י להקנות ללוה המעות שהלוה דמה"ט אינה מקודשת דכבר של לוה הוא. רק מחילה מהני כמ"ש תוס' פ"ק דסנהדרין. דהא אינו מקנה המעו' רק שמוחל החיוב שיש לו עליו:

אבל ביאוש בגזלן או שאר אלם מה שמיאש אצלו הוא שלא יוכל לגבות אף שמחויב לו. א"כ אין יוצא מרשותו רק מעות החוב ובזה אין שייך קנין כלל דאינו שלו ולכך בשלמא גוף החפץ קני ביאוש דבמה דמסח דעתי' פקע זכותו וזכי בי' גזלן וכה"ג דלנגזל יכול להקנות אף שא"ב משא"כ חוב אף שמסולק אצלו שלא יגבנו היינו אף שמחויב לא יגבנו א"כ אין כאן מה לצאת מרשותו ע"י היאוש דמעות שיגבה אין היאוש קנין על דשב"ל גם לר"מ והחיוב לא פקע כלל דהחיוב אינו מיאש כלל אצלו אף שהוא גזלן ולא יגבה מ"מ מחויב לו וממילא באמת נשאר החיוב וכשיכול לגבות גובה שפיר. ודוקא מחילה מהני מדעת שאינו רוצה ומסולק מהחיוב שפוטרו כנ"ל משא"כ יאוש. וזהו שדייקו בלשונם מהרי"ק וב"י ורמ"א אין זה יאוש מ"ש וי לחסרון כיס שאין יאוש זה מגיבוי המעות ענין ליאוש החיוב כנ"ל. משא"כ אם הי' החוב מייאש הי' מהני. ומה"ט אפשר דבכל עכו"ם כן דלא שייך חיוב רק שיודע שישלם. כיון שאינו במצות לא שייך שיעבוד הגוף חיוב

לשלם רק הכפי' שיש עליו שישלם. ומה"ט פ' סי' קצ"ד דישראל מנכרי ג"כ רק בשטר שיהי' סמיך דעתו ממילא מהני היאוש דכיון שדעתו שלא ישלם עוד פקע החיוב כנ"ל. ומכ"ש דעובדא דמהרי"ק שהובא ברמ"א לא לוה כלל שישלם רק לנכות מהמס וכשלא ניכר מייאש החוב לגמרי ע"ש. ופסק שפיר כנ"ל:

ואף דהוי רק יאוש גרידא מ"מ הא פסק הרא"ש דקני ואף הש"ע (סי' שס"א) דפ' כהרמב"ם היינו משום דספק אי קני מוקמינן החפץ בחזקת מ"ק. אבל בחוב כיון דספיקא הוא שוב פקע ונפטר. ופי' רמ"א ז"ל שפיר כנ"ל. וכן בענין קם דינא שכ' ת"ה משום יאוש ע"ש דשם היאוש מהחיוב כנ"ל. ועל הראי' של מהרי"ק מתוס' (ב"ב ע"ו) שכ' ל"ל קרא למעט שטרות מאונאה אי מ"ש דרבנן ותי' במוצא אחר יאוש שט"ח ומוכרו למלוה ע"ש. ותמה אדרבא מוכח דלא קני החוב רק הנייר ומוכרו ע"ש. ולע"ד דס"ל למהרי"ק אי לא קני המוצא רק הנייר שוב בלא מכירה הי' מחויב ליתנו ולהראותו כדי שיגבה בו דפ' בש"ע (סי' ט"ז) שטר שבידך זכות יש לי בו חייב ליתנו ויכול להשביע גם הלוה עצמו ע"ש. ודייק דמוכח דקונה ואף דהחוב לא קני שגם בלי שטר מחיוב הלוה וגם כן אין היאוש רק שלא יגבה גם שמחיוב ולא פקע החוב. מ"מ לענין גבי' מלקוחות שקנו אחר שנאבד ונתייאש מהשטר י"ל דהוי יאוש כיון דאף שיודעין הלקוחות מהלואה ע"פ כשקנו ג"כ לא גבי מינייהו אף אי ש"ד כמ"ש בעה"ת ממילא מדינא אין לו על הלקוחות הנ"ל חיוב והוי יאוש וסילוק מגוף הנכסים השיעבוד מאותן שקנו כנ"ל והלה מוכר לו השט"ח שמצא ויגבה מלקוחות שיקנו מחזרת השטר ואילך ושוה אצלו כנ"ל. אך יקשה ממצא שט"ח למה יחזיר בחייב מודה למאי דפריך הא י"ל שיגבה שלא כדין משקנו אחר האבידה שנתייאש כנ"ל. אך בל"ז גם לח"צ י"ל לענין לקוחות אחר יאוש חשוב בהיתירא וקשה כנ"ל וצ"ל דמיירי בליכא יאוש. והארכתי בזה ב"ה במקום א':

(ד) **הג"ה ואפילו כו' קרקע כ"ש ושתק** כו'. מדהכניס רמ"א דין זה בדין דכ"ה שנים. משמע דאף שיש ב' הוכחות ששהה כ"ה כו' ותוך הזמן חילק כו' ושתק מ"מ לא אמרינן שמחל. וכן משמע דאף שאין טוען ברי שלא מחל שיהי' הטעם משום א"י אם מחלת כגון יורשים מ"מ גובין. וכן משמע מרש"י שבועות פ' כ"ה (דף מ"ח) דמפרש מתה יורשי' מזכירין כתובתה באם שהתה כ"ה שנים ע"ש דגובין. גם משמע דאף רגלים לדבר לא חשוב להשביע כשאין חשש פרעון:

לשון הגמ' (ב"ב קל"ב) מקולי כתובה שנו כו'. ואינו מובן הא הטעם מבואר ברשב"ם ובגמ' שעשה לה כבוד להחשיבה כבן ע"ש משא"כ ב"ח. ונראה לע"ד דמשום אותן טעמים לחוד לא היו מתקנים. רק דתליא הא בהא עכשיו שתקנו דבשתקה וכן אחר

כ"ה שנים אי"ל הכתובה ודאי יש הוכחה ברורה שמחלה דהא יודעת שתפסיד וכן קבלו עלי' כנ"ל, ובע"ח שלא תקנו ממילא אין הוכחה. רק צריך טעם למה חילקו בין כתובה לבע"ח דאם הי' הדין גם בבע"ח כן הי' ג"כ הוכחה וע"ז אמרו טעם החילוק ושייך שפיר מקולי כתובה ולכך תקנו וממילא הדין כן משא"כ ב"ח לא רצו להפסידו ולתקן כנ"ל:

(ה) **ואפילו אין השט"ח יוצא מת"י**. משמע רק שאינו ת"י אבל אם החזיר ללוה השטר י"ל דחשוב מחילה גם בסתם דהא ב"ב קס"ט פליגי רשב"ג ורבנן במכר ומתנה והחזיר לו השטר אם חזרה מתנתו. וטעמא דרבנן רק משום דאין אותיות נקנין במסירה ואל"ה הי' מודים ומשמע דגם סתמא הי' חשוב קנין. א"כ בשט"ח דלכ"ע מחילה מהני חשוב מחילה כנ"ל. ומ"מ י"ל דוקא במתנה דאם לא הקנה לו למה מחזיר השטר הא צריך ראי' משא"כ שט"ח אין ראי' מהחזרה רק מחילת שיעבוד לקוחות לא גוף החוב מב"ח. אמנם מש"ס קדושין מ"ח דמוקי התקדשי לי בשט"ח דידה ואמר דבמקדש במלוה פליגי מוכח דנמחל החוב בחזרת השט"ח דאל"ה תליא אי במחילת שיעבוד לקוחות ע"פ ע"ש:

(ו) **מודה** כו'. עט"ז וד' סמ"ע ישב הש"ך וד' ב"ח תמוהים ע"ש. ואפשר לישב קצת דכ' שטען שמחל לו והא ראי' שלא תבע כ"ה שנים ע"ש. א"כ בסתם אף דאחר ששואלין אותו הב"ד אם מחל בפירוש ואומר שמחל מ"מ י"ל דהוי מיגו למפרע שבתחלה הי' סבור דזה עצמו מחילה כמ"ש תוס' כתובות פ"ה ד"ה א"ל סהדי דתבעינהו מחיים כו' מדלא טענה סבורה היתה כו' ואף דיכולין לפרש מחיים תפיסנא דתבעינהו ע"ש:

סעיף ב

(ז) **דו"ח בשטרות ישנים כו' צד רמאות** כו'. לכאורה הא כיון שמרומה וצריך דו"ח פסול השטר דהוי עשאאי"ל כל שטר כמ"ש הרמב"ם ז"ל (פי"ט מה"ע) די"ל אחרוהו כו'. אך ז"א דמורה מה שמרומה רק שפרוע וכה"ג אבל לא שפסול ושקר מתחלתו לפסול גוף העדות וצריך דו"ח רק מה שמרומה. וא"כ אם הי' מורה שחתמו שקר אח"כ והקדימו הזמן לאיזה סבה הי' פסול לגמרי. אך י"ל דאין עושה מה שישן רק חשש לכתחלה לא לפסול כנ"ל:

סעיף ח

אם טעה כו' מסלקין אותו ע"ש בטור ג"כ. וא"י מה זה אטו בכל טעות שיטעה דיין פ"א נסלקו מלהיות דיין הא מצינו כמה פעמים בש"ס שאמר ד' כו' טעות הן בידי. ור"ט בנטלה האם כו') בכורות כ"ח) מומח' לרבים אתה כו' ור' שילא במים שאל"ס (יבמות קכ"א). ואפשר שדן יחיד בתורת יחיד מומחה וסלקי'. ומש"ס (ב"ב קע"ד) משמע מאן חכים כו' דלא חשיב טעות בדבר משנה רק תליא בסברא. אולם נ"י כ' דהוי טועה בד"מ ע"ש. ואפשר להיפוך דבדבר משנה שלא שמע לא מסלקין משא"כ מידי דתליא בסברא

דהכי אמר בש"ס גטין ו' ע"ב מאן ל"ל דר"א בר סמכא כו' דשלח בלא שרטוט כו' וא"ל אביי אטו כל דלא ידע הא דר"י לאו גברא רבא בשלמא מלתא דתליא בסברא לחיי ופי' רש"י דתליא בסברא אי לא הוי סבר לה מדעתי' לחיי כלומר שפיר מצית למימר דלאו גברא רבא כו' גמרא לא שמיע לי' ע"ש. מ"מ גם ביחיד מומחה לא מצינו שבפעם א' טעות יוצא מחזקתו גם דתליא בסברא וצריך ב' או ג' פעמים. וי"ל דר' חנן הי' במתא ולא אזל למשאל דחשוב תוקע עצמו כו'. גם שמוכח שלא הי' מסתפק כלל ובזה אפשר דמעבירין בפ"א:

ונראה דהפי' הוא שהעמידוהו בני עיר לדיין מתא ודינו כמבואר סי' ש"ו דטבחא כו' וספר מתא בשטרות ומלמד שטעה כו' שא"א שיחזירו ההפסד מסלקין אותם בלא התראה הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם ע"ש. וכן בדין הנ"ל א"א להחזיר דכשכבר גבה א"צ להחזיר משום דלא תבע מלוה קודם. די"ל דהוי רק מעות בש"ה ושפיר סלקו וא"ש לישנא דרבא מאן חכים כו' דסבר כו'. וא"כ למ"ש רמ"א שם דוקא מוחזקין ע"ש גם כאן כן ותמוה סתימת לשונם כאלו דין זה משונה מכל הדיני' וצ"ל דהי' דן יחידי וב"י סי' ס' כתב ראוי לסלקו מדיינו' ע"ש והיינו שנתעצם נגד הגדולים. ובגוף הדין לכאורה מהו הדמיון לערב שהוא איש אחר ולא נתחייב רק כשלא יוכל לגבות מלוה וצריך לתבעו תחלה משא"כ נכסוהי דאי חילוק בין שישלם כשיתבענו דג"כ ישלם מנכסים שלו וי"ל דשיעבוד הגוף הוא המצוה דפריעת בע"ח וניחא לאינש למיעבד מצוה בגופיה שישלם בעצמו ומה שגובין בע"כ הוא מטעם ערבות שסמך מלוה ע"ז ומחויב לתבעו שישלם עצמו כנ"ל. ואפשר דמכין כו' עד שיאמר רוצה אני דחשוב משום מצוה רצוי וקיים המצוה. ולא קשה מ"ש הרמב"ן עד שכופהו בגופו יכפהו בנכסיו. דכל שנוכל שיקיים המצוה אין גובין בתורת ערב. דבערב איש אחר ודאי הדין כן דאם יודעין שיש ללוה מכין כו' קודם שישלם הערב ובש"ס מדמי לה. אך י"ל כיון דטעמא דחשוב רצון ע"י כפי' הוא כמ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ב מה' גירושין) בגט מעושה כדין ע"ש. ממילא גם כפי' בנכסים שיגבום הב"ד יתרצה ג"כ מסתמא מאחר שב"כ וב"כ גובין כטעם הרמב"ם ויחשב ג"כ כמשלם בעצמו כמו כפי' בגופו. ולמה יהי' מכין אותו כו'. וכן י"ל דכשיהי' הדין דמכין שוב ניחא לי' יותר לגבות מנכסיו בלא כפי':

סעיף ד

טען הלוה שט"ז שנתקיים כו' מזויף כו' אביא ראיה כו' ועדיו במקום פ' והם פו"פ אם נראה לדיינים שיש ממש כו' קובעין לו זמן כו':

(**ט**) **שנתקיים כו' מזויף**. תמוה לע"ד כשנתקיים בעדים איך יהי' נאמן שיביא עדים לבטל דע"כ עדי הזמה או לפסלם דבהכחשה יהי' תרי ותרי. ולכאורה דינו כאלם דלא יוכלו להוציא. ולמה בכל עדות ל"א כן שיהי' נאמן לעכב הדין כשאומר שיביא עדים להזים וכה"ג. ואף בד"נ לא מצינו זה. ובקיום ע"י דימוי י"ל שאינו עדות גמור דהא היכא דאיתרע ח' לזיוף. אך משמע גם בעדי חתימה שקיימוהו ג"כ הדין כן. ובש"ס ב"ק (קי"ב) מקיימין שלא בפני בע"ד אפי' עומד וצוח א"ש לו ופירש"י אל תקיימוהו מזויף הוא ע"ש. ותמוה כשעומד הוא בפני בע"ד ומאי קמ"ל שאין שומעין. ובכל עדים שאומר בע"ד אל תקבלו איצטרך לאשמעינן דלא והי' אפשר באין זמן לקבל עדות בפניו שצריך לילך למדה"י וכה"ג ואומר אל תקבלו שלא בפני שמזויף הוא ושפיר ס"ד דאין מקיימין שלא בפניו. דטעם משום ק"ש דרבנן ולר"א כה"ג מה"ת ע"ש סי' מ"ו (בש"ך סק"ט) ואפי' אי דרבנן מ"מ כיון שטוען גרע וקמ"ל דמ"מ מקבלין ומקיימין שלא בפניו עוד י"ל דתוס' תמהו שפירש"י עדיו מבקשים כו' דכה"ג עדות ג"כ ע"ש. ולע"ד אריכות לשון רש"י תמוה שכ' הי' עדים החתומים כו' וכותבים למטה במותב ג' כו' מה לו לפרש לכון הקיום. ולכך לע"ד דמיירי שלא הגיע כל זמ"פ לגבות רק המלוה רוצה לקיימו ולכך דוקא שרוצים לילך כו' דאל"ה למה יקיים שלא בפניו כשיבוא לגבות יקיים דבשאר עדים מבקשים לילך ס"ל דוקא כשיפסיד משא"כ בזה דמה שאומרים שיחזרו קודם הזמן וקמ"ל דמקיימין ואפי' צוח שלא יקיימו שמזויף ויברר קודם שיגיע זמ"פ. ופסק דכשאומר סתם מזויף אל תקיימו עד זמ"פ אין שומעין להמתין אבל נקיטו לי' זימנא שומעין כו'. א"כ י"ל דוקא בקיום קודם זמ"פ שאין מלוה מפסיד כלל בהמתנה ואעפ"כ אין יותר מל'. משא"כ בהגיע זמ"פ דהמתנת זמן חשוב הפסד ממון דעדים זוממין משלמין השיוי דהמתנה מפורש פ"ק דמכות ע"ש. אך מלשון הגמרא דנחתינן לנכסי' כו' ע"ש משמע דגם בהגיע זמ"פ נותנין זמן. אבל עכ"פ משמע קודם קיום להמתין מלקיימו לא כשכבר נתקיים:

ובגמ' ורא"ש הלשון מרענא לשטרא והיינו שיברר שפרוע וכה"ג בזה י"ל שפיר גם אחר שנתקיים ולא קאי אאומר מזויף רק שאומר מיד נקיטו לי זימנא כו' דמרענא היינו פרוע וכה"ג. והא באומר אשתבע לי צריך לישבע וכיון דיש לחוש לבירור לא משבעינן ולפסול עדיו אינו מחויב. אבל בנתקיים ואומר מזויף נקיטו כו' שיברר נגד עדים לא מצינו. אך ברמב"ם ז"ל הלשון כמו בש"ע שטר זה שנתקיים בפניכם מזויף הוא כו' ע"ש. וברואין שיש ממש אפשר כיון דנראה להם כו' ע"כ יש חשש זיוף. אבל באלם ומטלטלין שלא נראה לדיינים וג"כ להמתין קשה כנ"ל. ואפשר דנתקיים כוונתו בדימוי כנ"ל או מזויף ל"ד רק שבטל אמנה וכה"ג שלא נגד העדים. או אפשר דרמב"ם ז"ל לטעמי' דעדות

בשטר דרבנן משום נ"ד ולענין להמתין אין כאן נ"ד וחוששין שמא יביא עדים כשרים לבטל. דלא מצינו זה בשאר עדות בע"פ. וא"כ להפ' דמה"ת דין הנ"ל דוקא באומר מרענא לשטרא כלשון הגמ'. ובאומר שיש לו עדים שאנוסים וכה"ג או להכחיש שיהי' תרי ותרי. אי ממתינין כיון שיהי' אחר הבירור ג"כ ס' כמ"ש הפ' גבי איכא לברורי. או להיפוך דממתינין יותר כמו במטלטלין או מניחין ביד שליש וכן נראה. מ"מ נראה לע"ד דוקא בקיום עדים אחרים ממתינים. דשמא נדמה להם שח"י וטועים אבל בעדי שטר שאומרים כ"י הוא כיון דקי"ל) אמנה שבשטר מסהדי הוי כעדות בע"פ דלא מהני נקיטו לי זמן לפסלם ואין נותנין זמן באומר מזויף נגד העדים. רק פרוע ושאר טענות מרענא נותנין זמן. ואף דשוב אית לי' מיגו לענין ההמתנה שהי' טוען מרענא מ"מ מיגו במ' עדים לא מהני. ולא הוצרך הרמב"ם ז"ל לפרש דמיירי בנתקיים ע"י אחרים מאחר שלא הזכיר בעדות ע"פ דין הנ"ל. ועדי שטר הוי ע"פ כנ"ל. ובטור סי' מ"ו ורמב"ם ה' עדות (פ"ג) מבואר שמפרשים הגמ' ואפי' צוח מזויף כו' אל תקיימוהו כו' שהפי' כד' רש"י ז"ל קודם הקיום לא כפי' הה"מ (פ' כ"ב מה' מלוה) ע"ש:

(י) **קובעין לו זמן**. פי' סמ"ע לפי ראות הב"ד וטור שכ' ל' בסתם כו'. ופשוט לשון הרא"ש וטור משמע דלא כהה"מ וסמ"ע דלעולם רק ל'. שוב ראיתי בגי"ת ש"ג ח"ו כ' ג"כ כנ"ל ומ"מ מסיק כש"ע וסמ"ע ג' חלוקים. אולם לע"ד יש ממש היינו איזה אומדנא שיעידו כמותו אבל בזה לבד שיודעין שהיו עדים אלו שבמקום רחוק אצל המעשה וא"י איך יאמרו יניח אחר ל' ביד שליש דאז זה עצמו אומדנא דמ"ל לשקר להפסיד חנם חזקה אין אדם חוטא ולא לו משא"כ שיהי' אצלו י"ל שמשקר כדי להרויח הזמן ואיזה אומד יש שיאמרו נגד העדים:

(יא) **מניחין ע"י שליש**. סמ"ע ביש ממש נותנין מתחלה צ' ע"ש. וש"ך ז"ל דאחר הל' נותנין צ' כו' נגד הש"ס כו'. ולע"ד דבאומר שהן במקום רחוק ופו"פ כו' ונותנין ל' שיביאם בזה אם נולד איזה דבר שא"י להביאם שמתו או הלכו משם. בזה שפיר אחר ל' נותנין צ' דאותן ל' לא הי' צריך לבקש מעות דשמא יביאם ויפטור. אבל כשלא נולד דבר א"כ. אגלאי מלתא שהי' דחייתו בשקר למה לא ינוכה לו אותן הל' מן הצ'. כיון שידע בעצמו של יש לו עדים הי' לו לבקש מעות בל' הראשונים ובזה כ' הסמ"ע כנ"ל:

בעה"ע בשם ר' האי כ' דלגבות מלקוחות לא יהבינן יותר מל'. וכ' הרא"ש ד' מרפסן איגרי ע"ש ובטור. ולע"ד י"ל הא דמפסידין הזמן למלוה בטענתו הוא רק משום דנכסוהי ערבין בי' ובשאר ערב ודאי נותנין ללוה ל' וכשלא פרע נותנין לערב זמן ולכך גם בזה נותנין זמן שמא ישלם וכל שאפשר שמשיג מעות וישלם אין גובין מהערב היינו מנכסים

בע"כ. אבל מלוקח דבין זוזי ובין קרקע הוא בתורת שיעבוד ול"ש כלל הא דנכסים ערבין. דמה"ט לחד מ"ד גם דא"ל זוזי ללוקח לא מצי לסלק לי'. ונהי דקי"ל מצי מסלק לי' כ' תוס' כתובות צ"א ע"ב משום דיכול להעלות בדמים הרבה יותר משוי' ויותר מהחוב ע"ש. ובאית לי' פסידא מבואר שם דא"י להעלות בדמי' ע"ש. וא"כ דוקא בנותן המעות מיד היינו ל' ככל חוב משא"כ להפסיד יותר מל' דחשוב הפסד ממון שיוי הזמן באופן זה דאיכא פסידא א"י לסלוקי בזוזי כלל כנ"ל:

סימן צט

סעיף א

לא הי' לו שום טענה נגד השטר אלא שאומר שא"ל לשלם כו' אם לא נמצא ללוה כלום יותר ע"מ שמסדרין לו התקינו הגאונים שמשביעין את הלוה כעין של תורה בנק"ח שא"ל כלום כו' ושלא החביא ביד אחרים ושלא נתן מתנה עמ"ל וכולל בשבועה שכל מה שירויח כו':

(**א**) **לא** כו' טענה כו'. ל"ל זה לטור וש"ע הול"ל נתחייב בב"ד וטוען א"ל. י"ל לאפוקי אומר פרעתי ואשתבע לי שמבואר לעיל סי' פ"ב בטור ב' דעות אם צריך לישבע אין לי כל שלא נשבע מלוה. אבל ש"ע שפ' שם כרמב"ם הול"ל נתחייב רבותא טפי כנ"ל. והש"ך פ' בכל אותן שמדינא נוטלין בלא שבועה חייב לישבע א"ל. ובאותן שדינם שלא לטול ותקנו שיטול בשבועה א"צ לישבע א"ל ע"ש. וט"ז פ' דאין כח למלוה לכוף ללוה שישבע עד שישבע הוא ע"ש:

ולע"ד בשבועה זו שחלוק משאר נשבעין ונוטלין דאמרי' שלם וצריך לטעון אשתבע לי ואי לא טעין אין חיוב שבועה עלי' כלל. א"כ כשטוען אין לי וטוען אשתבע לי' דל"פ ואז אשבע שא"ל לא חשוב כלל שטוען אשתבע לי דנראה העיקר הטעם והחילוק בין טוען או לא שלא מצינו דממ"נ. אי אלים חזקה דשטרך בידי מה בעי מאי מועיל שאומר שישבע לא מצינו חילוק רק בגוף הטענה בלא שכיח בין טוען כו'. ונראה דזה עצמו חשוב אומדנא שכדברי' דאל"כ למה רוצה להשביע חנם הא יודע שישבע ויטול משא"כ כשאינו טוען. וא"כ בזה שטוען אין לי אדרבא יודע שגם שאמת למה ישבע מלוה עתה כדי להשביע שא"ל וטוען אשתבע רק שלא ישבע ולא חשוב טוען כלל ממילא חייב לישבע שאין לו. אך זה רק לתוס' ושבועות מ"א) שכ' גבי יתומים אין משום דטענין ע"ש. אבל לרש"י (גטין נ') דטענינן להו אם הי' קיים הוי טעין אשתבע אין הטעם כנ"ל דאין אומדנא וי"ל דמדלא טעין יש אומדנא דלא פרע ולא שייך הנ"ל. מ"מ גם לרש"י י"ל דלא חשוב טענת אשתבע רק כשרוצה לשלם כנ"ל וא"כ י"ל בשאר מחויבי שבועה בשטר

בלא טענה כגון פוגם וע"א וכה"ג א"צ לישבע אין לו קודם כט"ז. דלש"ך ז"ל קשה למה נקיט המחבר (בסי' פ"ב) דינו בשבועת השבע לי הול"ל רבותא באותן שחייב לישבע בלי טענה. וכן משמעות ל' הרמב"ם (פי"ד ממלוה) ג"כ. וכן מלשון ת' לקמאי שבבעה"ת מי שהוא מהנשבעין ונוטלין ע"ש. וקאי על המבוארים במשנה פוגם וכה"ג משא"כ שבועת אשתבע לי שלא הזכיר במשנה א שוב מצאתי בגי"ת פסק כן וכן נראה לדינא. וגם בתרא נגד הט"ז הא לא ראה דבריו ולשון הרמב"ם פ' י"ד ממלוה כמעט מפורש חילוק הנ"ל ע"ש. ובל"ז ש"ך מדמי לחשוד ע"ש (ס"ק י"ג) ולטעמי' אזיל שהכריע סי' צ"ב כי"א. אבל ש"ע תופס עיקר כדיעה קמייתא. וגם לי"א אינו ראי' כלל ממי שא"י לישבע שלא תקנו להפסידו למי שיכול לישבע שכל שלא נשבע אין חיוב והוי רק גורם לממון דמ"י דמשתבע. וגם ע"א של תורה אינו מחייב ש' בדבר שבב' הי' נוטל רק בשבועה והא הגאונים תקנוהו כעין של תורה בנק"ח. א"כ גם בהנ"ל כן. ובע"א שפרוע בל"ז הוי עד מסייע לפטרו משבועת א"ל דמ"מ מעיד דפטור משבוע'. רק ביש נאמנות לא חשוב מסייע לפטור מ"ש אין דע"מ שמעיד אינו נאמן. אבל בכל הני נראה כט"ז. וז"ש ש"ע לא הי' לו כו' לאפוקי פוגם וכה"ג. ואפי' בפוגם וחשוד לי"א ולש"ך. וכן פוגם ומת יש להסתפק ג"כ כיון דטעמא משום תקנתא לתקנתא לא עבדי להפסידו. אבל לדחות תקנת הגאונים י"ל דמהני כיון שנתחייב שבועה ולא הי' צריך זה לישבע אין לו י"ל בזה א"א מוריש ואינו בכלל דלא לוסיף. מ"מ מדסתמו משמע שכל שמחויב לשלם צריך לישבע א"ל. אולם כל שלא נשבעו יתומים שלא פקדנו ג"כ אצ"ל א"ל כנ"ל. ובלא פוגם אין הדין כן רק כש"ע סי' פ"ב דנראה דהטור יחידאי בשבועות השבע לי כנ"ל:

(**ב**) **לא נמצא** כו'. כ' סמ"ע דרמב"ם נקיט רבותא אף שא"ל כלום מ"מ מדינא פטור בל"ש ע"ש והנה לכאורה למ"ש הטעם משום דאין נשבעין ע"ט שמא. א"כ הי' נראה חילוק ביש לו כדי סדור צריך לישבע מדינא כמו הראשונה נשבעת לשני' (כתובות צ"ג). וכן ב' בע"ח חשוב נוטל ממשועבדים נגד בע"ח הב' שמשועבד לו ומשביעין בספק דכל דהאי ידע והאי לא ידע משתבע. וא"כ לענין שיתנו לו ב"ד הסידור שמשועבד ודאי לבע"ח רק התורה ציותה לו אם אין לו יותר יתנו לו אף שמשועבד וכן משמע לשון הגמ' קי"ד עלי' רמי דכ' לך תהי' צדקה. וזה שייך רק כשהוא שלו דמזה יליף ר"י אם אינו קונה כו'. ומשמע שמשועבד ומ"מ מחויב ליתן לו. וא"כ צריך לישבע שאין לו יותר מספק כדי לטול סידור מהמשועבד לו. ולא הוצרך תק' הגאונים רק באין לו כלל דלפטור א"נ מספק. לזה השמיענו רמב"ם ז"ל דאף שא"ל יותר מהסידור גם כן פטור מדינא דלא כנ"ל. ונראה הטעם דמ"מ כיון שאמרה תורה מסדרין פקע השיעבוד ממה שהוא כדי סדור שאין עליו

מצוה דפ' בע"ח מן הסדור וחשיב לפטור. וכן משמע דגם ע"י גלגול א"י להשביע מדינא שאין לו כגון עיסקא דטוען שנאבד הכל וא"ל לשלם גם חצי הלואה שחייב שבועה על הפקדון שא"ב וע"י גלגול ישבע שא"ל גם שהוא טענת ס. וכן טוען ברי שיש לו דמ"מ אין חיוב מדינא דלא חייבו שבועה רק כשכופר בעיקר החיוב משא"כ במודה החיוב רק שא"ל עתה. אך לכאורה ב"ק ק"ה וכחש בה פרט למודה בעיקר כו' שורי גנבת כו' מכרתו כו' ולא נתתי לך דמי שקול תורא כו'. הול"ל רבותא מודה בעיקר ואומר שאין לו לשלם. ובפקדון לכאורה אף שאומר פשעתי וא"ל לשלם וכן ש"ש נגנבה וא"ל חייב שבועה שא"ב מה"ת דעכ"פ אינו משלם והתורה חייבו כל שאינו נשבע דנחזיק שברשותו. וא"כ משכחת כפל בט"ט גנב גם בש"ש ושואל שטען ט"ג וא"ל לשלם. וצ"ל דפטור שאין הכפירה והפסד ממון על דבר א' דהכפירה מצ"ע שנשבע לא הוי כפירת ממון דחייב. רק מה שאומר אין לו בשקר וע"ז לא נשבע. ויש לדחות. דכשאומר אין לו א"כ הכפירה דנגנבה הוי כפירת ממון דאף דכשיהי' לו יצטרך לשלם מ"מ לא גרע מגורם דאלו מגנב כו'. ואפשר דפטור מה"ת משבועה שא"ב כיון דמ"מ חייב. וא"כ באומר פשעתי וא"ל פטור גם משבועה וכשאומר לא פשעתי חייב שבועה אף שאומר א"ל והוא נגד הסברא. גם לענין כפל דאמר ר"פ המפקיד ש"ח שאמר פשעתי מקני לי' כו' באומר א"ל לשלם נראה דלא אקני לי' אף שמודה בחיוב גם לא שייך אי בעי פטר נפשי' דאז יצטרך לישבע מה"ת. אך הי"ל (בר"פ המפקיד) לאוקמי ושילם לאפוקי כשאין לו לשלם. וי"ל. ומש"ך ז"ל לקמן סס"י ק"א דטוען א"ל כלום חייב שבועה מדינא דש"ס ע"ש. ואם טוען ברי שייך היסת ע"ש. וא"כ לכאורה בגלגול שייך גם ש"ד וכן בע"א שגם בספק משביעין. וכיון שיש שייכות שבועה משכחת טט"ג בש"ש ושואל כנ"ל. וי"ל כיון דש' שא"ב לחוד אינו כפירת ממון וכן ש' שאין לו לחוד. רק צירוף ב' השבועות אין בזה חיוב כמו דבעי פרוטה לכל שבועה ויש לדחות. ונראה דגם לש"ך ז"ל שבועת התורה אין בכפירה כזו שמודה החיוב רק טוען אין לו גם שמשקר ואף שהוא כפירת והפסד ממון. והי' אפשר דטעמי' דהא מיגו דא"ב מפקיר לנכסי' ומה תועלת בשבועה שאין לו וכיון שבידו נאמן בלי שבועה. וא"כ זה מה"ת דבינו לב"ע מהני. משא"כ אחר שתקנו דהפקר דוקא בפני ג' ע"ש סי' רע"ג לא שייך בידו דיזכו בו כנ"ל:

(ג) **התקינו הגאונים שמשביעין כו' כעין ש"ת בנק"ח.** כשאינו רוצה לישבע לא הזכיר כאן אם דינו כהיסת דמנדין ל' יום ומתירין לו או אין מתירין עד שישבע כשל תורה. וסי' ס"א ת' הרא"ש וטור וש"ע ס' ג' מנדין עד דצייתא דינא ע"ש שכ' הרא"ש דאל"כ מאי הועילו הג' בתקנתם כל אדם יאמר איני רוצה ע"ש. מ"מ תמוה שיהי' חמור מהיסת

איך שייך מה הועילו הוי עבריין ונדוי ל' ומ"מ ומתירין כמבואר סי' פ"ז ס"ט. אך י"ל דמעיקרא בעי הש"ס (שבועות מ"א) גם בהיסת לומר מנדין עד שישבע או ישלם. ודחי דהוי נקטי בכובסי כו' ופירש"י כיון כו' היינו כפי' עד שיתן. וכיון דלא נחתינן לנכסי' גם כפי' זו אין לעשות דע"כ יתן. משא"כ שבועה דאין לו מה בכך שנדוי עד שישבע ואם יש לו ליתן אינו גזל דרבנן רק מה"ת והכפי' בנדוי אינו רק שישבע. ומ"מ ז"א דגם בהיסת דחשוב גזל דרבנן ג"כ ממ"נ אם חייב ישלם דהוי גזל מה"ת ואם אינו חייב הכפי' רק שישבע. וע"כ דלמא אינו רוצה גם באמת לישבע וישלם ע"י כפי' זו גם שאינו חייב. וא"כ גם א"ל שייך שע"י שאינו רוצה לישבע באמת יתן מהסדור או ישכור עצמו וכה"ג מה שאינו מחויב. דמ"מ גזילת הש' דרבנן חשוב גזל דרבנן וכן גזלת השבועה דתק' הגאונים. ואפשר דכמו דתקנו בנק"ח כעין ש"ת כן לענין זה שיהי' דינו כגזילת ש"ד. אך מ"ל זה. וצ"ל מסברא כיון דהחיוב ודאי מה"ת. או דלא חיישינן שיתן מהסדור או ישכיר. א"כ תהי' הכפי' שישבע ויקיים תקנת חכמים משא"כ שם בהיסת ישלם ע"י כפי'. ועוד שם הוי גזל כשאינו חייב וישלם ע"י הנדוי משא"כ כאן דהגם שישכיר א"ע או מהסדור מ"מ ישלם מה שחייב ורשאי ואין אנו:

עושין שלא כדין. גם נראה דלא יהבינן לי' מהסדור כשאינו רוצה לישבע שא"ל יותר. ואף דאפשר דזה חשוב נחתינן לנכסי' דבדרבנן לא עבדינן. מ"מ י"ל דכיון דהוא מצד המצוה החייהו כו'. והא בידו לקיים תקנת חכמים ויקח הסדור. גם כיון דתקנו כעין ש"ת מ"מ צ"ע בזה. גם אינו מבואר אם יכולין לגלגל על שבועה זו דתקנו הגאונים טענת ספק של חיוב אחר:

(ד) **שא"ל כלום יותר** כו'. אם ניתן לו ע"מ שאין לבע"ח רשות בו יש לו וא"י לשלם לבע"ח. ואיך ושבע שאין לו כלום. אך אין מסדרין אם יש לו כנ"ל ושפיר צריך לישבע שאל"כ יתר על הסדור. משא"כ כשא"ל כלום ואין סדור יאמר האמת וישבע שאין לו חוץ ממתנה זו. אך על השבועה להבא אשר תשיג ידו קשה דאם יתנו לו ע"מ שאין לבע"ח וא"י ליתן דיהי' אינו שלו. ומ"מ יעבור על השבועה דהא כשאינו נותן ידו משגת. ואפשר דתשיג ידו פי' מה שראוי לבע"ח. או אפשר דבאמת אינו רשאי לקבל מתנה כזו כשכבר נשבע אשר תשיג כנ"ל:

(ח) **ושלא החביא** כו'. א"י למה מרבה בשבועות הא כבר נכלל שאין לו כלום גם אם החביא. ונראה לע"ד פי' דהא משמע דאמרו שכולל כו' כל שירויח כו' דוקא כשנשבע על עבר שאין לו כולל כו' אבל במאמינו שאין לו א"י להשביע על להבא לחוד דלא מצינו זה וגם מושבע ועומד. גם על לשעבר רגלים לדבר דהיכן מעות שלוה משא"כ

להבא מסתמא ישלם כשיהי' לו בלא שבועה רק שכולל כנ"ל. וא"כ קמ"ל אף שיודע התובע או הב"ד שאין בביתו כלום וא"ר להשביע מ"מ אם חושש שהחביא ביד אחרים ג"כ יכול להשביעו שלא החביא ויכלל להבא כנ"ל. וממילא הפי' ושלא החביא היינו גם ע"ז משביעו אף דאמוד שאין בביתו כלום. אבל כשכבר נשבע שאין לו כלום אינו נשבע שלא החביא. ותימה על סמ"ע וש"ך שלא ביארו. שוב ראיתי בל"מ פ"ב מה' מלוה שכתב על הא דכולל כו' שגם בלי גלגול ודייק מהגהת מיימוני ע"ש. ומבואר למעיין שאין הדיוק כלום דכוונתו אטרוחי ב' פעמים שישביענו כל ל' על שעבר ע"ש:

(ו) **ושלא נתן מתנה עמ"ל.** סמ"ע כ' בטור עמ"ל כדי להבריח כו' דאינו מתנה כלל משא"כ כשלא הי' דעתו להברחה כו' בכלל שתשיג ידו כו'. לכאורה ממ"נ למותר שבועה זו אם אינו מתנה כלל יש לו. ומשום חשש טועה בדין סגי שיפרשו לו הב"ד דכה"ג אינו מתנה. ואי כשהוא מתנה סגי במה שתשיג ידו כנ"ל. ונראה דהא רמ"א סס"י ו' כ' דכשכוון למתנה גמורה אף שהי' כוונתו להבריח קנה המקבל ע"ש וא"כ בשלמא במתנה גמור' כתב שפיר הרא"ש וטור דאומדנא שלא הקנה כלל והוי כמתנת בע"ח וכשטר מברחת דלא קנה כלל. אבל כשפירש מתנה עמ"ל דקי"ל שמי' מתנה וזה כיון להקנאה גמורה על תנאי זה דאין אומדנא כלל דסופו שיחזיר לו. וא"כ כיון דהוי מתנה אין לו כלום דתנאי מלתא אחריתי ואף דאסור לישבע שאין לו מספק שמא לא יחזיר לו ויש לו כיון דאין התנאי בידו וגרע מאם אישן כו'. עכ"פ רק ספק וחייב לישבע ודאי. ולכך לא סגי בשבועה דאין לו דרק ספק ש' שקר דאם יחזיר לו לא הי' לו אז כלל דחוזר ומקנה לו. ובמה שיכלל במה שתשיג ידו הוי ש' להבא ולא סגי דקיל משבועה שעבר שיוצא מפיו לשקר. ולכך משביעין בפי' שלא נתן כו'. גם י"ל דמתנה כזו אינה כמכר דלא שייך פסידא כיון שב"כ וב"כ צריך להחזיר וגובה בע"ח ממנה אף שמחזיר ומקנה דהוי קנין למפרע. ועוד דהא ותחזירהו בלי תנאי לא חשוב קנין הגוף רק משום דתנאי מלתא אחריתי. וכמו החילוק בגט ע"מ שלא תנשאי לפלוני ובין חוץ לפלוני. והיינו דכשמחזיר הי' מתנה גם שלא יחזיר רק שצריך להחזיר דאל"ה לא אקיים תנאי ולא הי' כלל מתנה אבל כשמחזיר הי' מתנה לגמרי. ומתנה זו לענין כשלא יחזיר ודאי דגובה דבזה אין פסידא דלוקח כלל שע"כ יחזיר משום קיום תנאי כנ"ל. גם שיוכל להחזיר לו ע"מ שאין לבע"ח רשות. ואף דמ"מ יהי' מחויב ליתן דאם לוקח הבע"ח בטל החזרה ובטל מתנה ושייך לבע"ח כמ"ש רשב"א בב"י לענין מכר ע"ש. מ"מ כשנתן המתנה עמ"ל מתי שירצה בלי זמן. א"כ כשבטל החזרה צריך להחזיר למקבל מתנה כאלו לא החזיר והקנה עדיין ובידו להחזיר לעולם. גם יוכל להחזיר לו סוף ל' יום על שיהי' לו מזונות ל' יום ואח"כ עוד על ל' וכן

לעולם עד שיחזיר הכל והוא לא יעשה שוב מלאכה להרויח ויהי' למפרע מתנה ולא הי' לו. וגם במה שתשיג ידו אינו נכלל כיון דאין לו רק על ל' כנ"ל. ובאמת אף שא"צ להשכיר א"ע לשלם. אבל עתה אין נותנין לו רק על ל' וממילא יטרח למזונות ולא שיהי' לו על לעולם וצריך לישבע שלא נתן עמ"ל כנ"ל:

(ז) **לא נשבע להכא כו' יכול להשביע כל ל' יום שא"ל**. ולכאורה הא בתקנת נגזל וכה"ג בלא אמיד לא תקנו וכאן שכבר נשבע שא"ל א"כ עכ"פ לא אמיד ולמה ישביע. וצ"ל דוקא שם עכשיו לא אמיד וכן בחסא דאפקדו כו' (כתובות פ"ה). משא"כ כאן אף דבשעת שבועה לא הי' לו יכול להיות שהרויח אחר כך. ודוחק דצריך איזה זמן וגם שם במוחזק דלא אמיד אף דל' יום א"י חשוב לא אמיד. ועוד ק' דמשמע דטעם הגאונים הוא כמ"ש המרדכי דחשוב רגלים לדבר כיון שלוה מסתמא יש לו מה שלוה כמו בשומר שחייבה תורה על הספק. משא"כ כשיודעין שקודם ל' לא הי' לו שוב על אח"כ אין רגלים לדבר שיש לו וברי עדיף אך לא פלוג בתקנתם,. דגם בנתחייב במה שאינו חייב דליכא רגלים לדבר או שיודעין שהי' לו הפסד מ"מ צריך לישבע ש' הגאונים רק באמיד עכשיו שאין לו. ולסמ"ע יש ע"ז עצמו הרגלים לדבר שנתן עמ"ל שלא להבריח ויש לו עכשיו אף שלא הי' לו אז וחשוב אמיד כנ"ל. או שהפקיר אז ואח"כ זכה בו וכה"ג כיון דלא נשבע אלהבא שפיר חוששין שעשה אז דברים שיזכה אח"כ כנ"ל:

אינו מבואר הברירה ביד מי. אם מלוה אינו רוצה להשביעו להבא רק כל ל' לשעבר. דהא סי' פ"ז (ט"ז) גם שנשבע להבא י"א דלא נפטר משבועה לשעבר אולם מלשון הפ' משמע דיכול על להבא וסגי וא"י להשביע אח"כ רק כשלא נשבע דלדעת הש"ך ז"ל סי' פ"ז ס"ק פ' כיון שנשבע בנק"ח להבא נפטר משבועה שעבר ע"ש. רק גם לסמ"ע בתקנת הגאונים לקולא אזלינן. והיכא שקיבל בת"כ או בשבועה בשעת הלואה לשלם שפ' סי' פ"ז ס' ל"ד דלא נפטר לשיטת ש"ע וסמ"ע א"צ לכלול להבא דלענין להבא כבר נשבע ולמה ישבע עוד רק שבועה דאין לו חייב שהוא לשעבר. ולשיטת הש"ך אפשר דצריך לכלול כדי שיהי' בנק"ח. ומ"מ יש להסתפק דדוקא ש"ד דאם בלא נק"ח טועה בד"מ וצריך עוד בנק"ח כמ"ש הש"ך, וא"כ בתקנה זו דהגאונים דיש פ' דהוי רק כהיסת בלא נק"ח ונהי דלכתחלה פסקינן בנק"ח אבל דיעבד שנשבע בלי נק"ח לאו טועה בד"מ הוא. וממילא כשנשבע בשעת הלואה לש"ך ז"ל גם שבועה דאין לו א"צ לישבע דאין מחלק בין להבא לשעבר רק בנק"ח ע"ש. ולדינא נראה דלהבא א"צ לכלול כיון דכבר נשבע ולרמ"א וסמ"ע ודאי א"צ ולש"ך ג"כ יש לספק. ולשעבר אין לו צריך לישבע דלרמ"א וסמ"ע ודאי צריך ולש"ך ספק כנ"ל. לכאורה איך ישבע שאין לו שמא זיכה לו א' ע"י אחר

או שמא מת א' ממורישיו. וצ"ל דמוקמינן אחזקה ויכול לישבע כדאשתבע ר"נ (יבמות קכ"א) אכלו כווריי לחסא במים שאל"ס כמבואר שם בפ' ושוב אף שהי' כן מקרי אנוס בשבועה דלבא אנסי'. וא"כ באם מורשו הגיע לגבורות או בשבי' דמבואר פ' המפקיד דחוששין שמא מת א"י לישבע סתם שא"ל רק יאמר לב"ד וישבע חוץ מזה:

(ח) **ואמר של אחרים הוא**. ע"ש בש"ך משמע גם שישנו כאן אותו שאומר ששלו הוא ולכאור' כיון שיכול להקנותו א"כ אודיתא עצמו קנין הוא לרוב הפ' מהא דאיסור (ב"ב קמ"ט). וצ"ל כיון דחב לאחרים לא מהני הודאה בתורת נאמנות לא מהני ג"כ בתורת קנין דוקא הודאה שנאמן הוי קנין משא"כ הנ"ל דמיגו לא מהני נגד החזקה דכל שביד אדם שלו וממילא גם קנין אינו אך להפ' דכשבידו לחוב זה החוב לאחרים חשוב הודאה לא מטעם מיגו לחוד. ע"ש בקדושין בחי' רשב"א וש"פ משום דאין ביד כל אחד מהם לקדש ע"ש. א"כ גם כאן כנ"ל כיון שבידו ליתן מתנה ולא יגבה מטלטלין. והי' אפשר לומר דוקא שאינו כאן רק מודה של אחרים וכה"ג פ' לעיל סי' מ"ז דכשבא הלה ותובע יכול לומר דלהשתמט מבע"ח הודה. א"כ לא קני מצד הודאה רק שיהי' נאמן להשמט. משא"כ כשהלה כאן ותבעו י"ל דנאמן בהודאתו. ועוד דהא יש לזה דין שלישׁ. אך ש"ך ז"ל חולק שם סי' נ"ז ע"ש. גם כיון שזה אומר ברי וב"ח זה שמא א"כ ברי ושמא ברי עדיף דנהי דברי של לוה הוי מנה לאחר בידך אבל אותו פלוני עצמו ברי שלו עדיף כיון שאין כאן מוחזק. גם לכאורה יחשב עד כשר זה הלוה שאומר של פלוני הוא דאינו נוגע אדרבא עכשיו יהי' לוה רשע כו' א"כ גם אם יתנו לבע"ח ויחזור ויתבענו אותו פלוני ויהי' זה ע"א יהי' הלה מתוך שאיל"מ שא"י אם של זה להפ' דגם בלא הול"ל שייך מתוך מכ"ש עכשיו שאינו גובה. ואף דחיישינן לקנוניא. מ"מ שלא יחשב עד אין טעם לכאורה דקנוניא מסלק רק שלא יהי' הודאתו כב'. משא"כ כע"א אך לא מצינו שיהי' כע"א. ומשמעות הטור ורא"ש כאן שיביא ב' עדים. וכן לעיל סי' מ"ז באומר פרוע וחב לאחרים שאינו נאמן ולא הזכירו כשהוא כשר לעדות שיחייב שבועה כע"א מעיד פרוע וכן גבי מצא שט"ח ע"ש:

והי' נראה לע"ד דגם לסמ"ע וש"ך סי' ל"ז דנוגע לאו מטעם קרוב ודוקא לזכות ע"ש. מ"מ במודה כנ"ל דהודאת בע"ד לחובתו מהני בכל דוכתי בתורת בע"ד אף שהוא שקר ואין שום איסור במה שמשקר כדאמרי לאיסור גיורא אודי כו'. רק בחב לאחרים לא מהני לענין לחוב לאחרים מ"מ אין שם עדות על הודאתו כדאמר בש"ס בע"א כי אתי לשבועה לא מהני לצרפו עם עוד ע"א לממון ע"ש (סנהדרין ל'). גם למה דקי"ל דמיצרף משום דהוי עד עכ"פ ע"ש. משא"כ בהודה בתורת הודאה דאתי לחייב א"ע בתורת בע"ד לא

אמרינן שיהי' ממילא עד. וי"ל דלא שייך לא תענה כלל כנ"ל ולא משוינן לי' עד שיהי' שייך לא תענה כנ"ל:

גם י"ל דאם נאמין לו בתורת עדות שוב לא מקרי חב ע"י הודאתו בתורת הודאה דבלא"ה לא יגבה דיש עדים ושוב מהני הודאתו בתורת בע"ד אף ששקר. א"כ שוב אינו עד. וא"א להחשיבו עד דא"כ אינו עדות כנ"ל. ויש לדחות. וא"כ באופן שכתב הש"ך ז"ל סק"א דאף דבשעת הודאה לא הי' ידוע כלל שחב ע"ש. ובש"ע סי' מ"ז אפי' לא הי' נודע כו' י"ל דרק הודאתו לא מהני גם להחשב עדות כמ"ש. אבל אחר ההודאה כשבא בע"ח לגבו' ומעיד בתורת עדות שהודאתו הי' אמת שפרוע וכה"ג י"ל דחשוב עד דעכשיו הוי רק עדות. גם אין סברא לומר עביד איניש לאחזוקי דבורי' במה שהוא בתורת הודאת בע"ד:

הנה הכ"מ כתב דהרמב"ם למדו מהא דשטר אמנה ע"ש פ"א מה' מלוה. ואמת בפיו שבת' הרמב"ם שנק' פאר הדור סי' קצ"ז כ' להדיא כן. וא"כ כיון שפ' סי' מ"ז דוקא הוחזק בב"ד אבל במיגו נאמן אמנה ממילא גם כאן יהי' נאמן במיגו. והגם שי"ל כמ"ש הש"ך (סק"ו) בשטר שאין גוף הממון בידו לא אלם חזקה דכל שביד אדם כו'. וביבמות קט"ז תוס' ד"ה אותיות תימא כו' למה לא נימא שהם שלו כו' שוב פר"י דודאי הקלף כו' ע"ש. אך י"ל דהוא בצירוף סברא הראשונה כיון דשמי' כשמי' ולא עשה סימן ע"ש. ולד' ש"ך בשטר שכתב סתם ממך או מי שמוציאו נאמן של אחרים. ולע"ד יש לחלק דגם בשטרות שייך חזקה מה שביד אדם שלו. אולם כיון דהוי רק גורם לממון א"כ כשאומר אמנה או פרוע אם אמת אין בידו כלום. א"כ המיגו הוא שאין כאן חזקה כלל משא"כ כשאומר של אחרים דעכ"פ שוה ממון שייך חזקה אך מ"מ כיון דלמדו רק משם מנ"ל דכאן לא יהי' נאמן במיגו. וכן מפו' בת' רמב"ם הנ"ל דשוים הם שכ' וכן אין אנו מקבלין דברי האומר שטר זה שלי דלא כש"ך. ובמשנה למלך שם כתב אבל טוען מטלטלין אלו אינם שלי אין שום חזקה סותרת דחזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו לא נתפרשה בגמ' כלל ע"ש. ואיני מבין אם כוונתו למ"ש הה"מ שדין זה אינו מבואר בגמ' ע"ש. אין הכוונה שלא מצינו חזקה הנ"ל. דהא מפורש (בב"ב ל"ד ושבועות ל"ב ומ"ז) אין חטפי ודידי חטפי הוי גזלן גמור ופסול לעדות ושבועה מטעם חזקה דשביד אדם שלו. ואפי' בשניהם מוחזקין מפורש בגמ' ריש ב"מ אנן סהדי דמה דתפיס האי דידי' כו' רק כוונת הה"מ דחזקה זו הוא רק להעמיד הממון בחזקתו דגם מיגו להוציא לא בתפוס בברי או אף בשמא. אבל לא כשאומר בעצמו שאינו שלו לא מקרי מה שביד אדם דכשאומר פקדון בידו ברשותי' דמרי' איתא ואינו כלל בידו. ואפי' מלוה וכה"ג כ"כ לא מצינו חזקה זו שתועיל נגד אחרים רק כמו מוחזקת. ול' רמב"ם שם שמניחין הדבר בחזקתו ובחזקת

בע"ח עד שיביא ראיה ע"ש. והוא לשון הגמ' בכל חזקה דמעיקרא אל תוציא מס' וממילא מהני מיגו. והרי הרמב"ן שמספק בשטר אמנה כ' בח' ב"ב גבי אין חטפי ודידי חטפי דנאמן מיגו דהחזרתי אף דשם החזקה ברורה שביד אדם הוא שלו. וא"כ ע"כ מגר גרע להרמב"ן אמנה משאר חפץ. ולענ"ד לשון הה"מ ומיגו במ' חזקה כזו ל"א לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא כו' לפיכך חוששין לה ע"ש. וי"ל דס"ל גם תי' תוספ' (כתובות י"ט) ולכך אותה מיגו שיכול ליתנם במתנה למי שמודה אם כוונתו לקנוניא אינו רוצה ליתנו לו א"כ החזקה דשביד אדם שלו מורה דכוונתו לקנוניא ושוב אין כאן מיגו. וכן אמנה מיגו דא"ב מחיל ע"י החזקה ע"כ קנוניא ואינו מיגו כנ"ל משא"כ דידי חטפי. וא"כ כשאומר מיד שמראהו בב"ד של פלוני הוא דמיגו דלא הי' מראהו ומיגו זו גם על קנוניא שייך י"ל שפיר דמהני גם לרמב"ן. דהא שמואל ור"א דל"ח כלל לקנוניא (ב"מ י"ג). ומאן דחייש נימא דגם במיגו אינו נאמן. ופשטא דש"ס (שם ז') ב' אדוקין בשטר ול"ל ב' אוחזין בטלית. משמע דאין חילוק בין תפיסה בשטר לטלית. ואף די"ל במכ"ש פריך לא משמע כן ובתוס' ב"ב ל"ד ע"ש. ולשון בעה"ת עצמו שמביא ת' הרי"ף ודחה משמע גם כן בדליכא מיגו דאל"כ למה משבש לה וכ' מפורש בגמ' דח' לקנוניא. ושאינו מועיל אמנה בחב לאחרים הא שער נ"א כ' באמנה טעמים דליכא מיגו ואם הי' מיגו הי' נאמן ע"ש דנראה כמ"ש דדוקא במה דאינו נאמן מצ"ע דגם עד כשר אינו לממון רק שיועיל חייב מודה משום דאלו לא אמת מה לו לחוב לעצמו ע"ז אמרינן קנוניא ואין הוכחה מהודאתו כנ"ל. וממילא אינו נאמן אבל כשיש ו מיגו וכה"ג דע"פ דין נאמן לא אמרינן כלל שמא קנוניא מה שאין שום הוכחה דדוקא בנפל איתרע ע"ז כ' הה"מ ורמב"ן דחזקה מה שביד אדם שלו נגד המיגו ומורה שהוא קנוניא ושוב ליכא מיגו כנ"ל. משא"כ מיגו א"ב לא הי' מראהו דמהני וש"ך כ' ג"כ דלא מהני מיגו שהי' נותן עכשיו במתנה שמפסיד למלוה חנם כמ"ש ר"ן ע"ש. ולע"ד דתוס' ורא"ש לא ס"ל דלא תירצו כנ"ל. רק דירא למחול ולהפסיד ע"ש (כתובות י"ט). דהא ק' על הר"ן הא יכול לומר ששל פלוני הוא וא"א מאמינים לי הריני נותן לו במתנה. ואין כאן שום בושת אדרבא רוצה שלא יקח המלוה בגזילה מה שאינו שלו כיון שלא יאמינו לו לכך נותן לו במתנה אם הוא שלו ואין סברא כלל שיהי' שייך בזה כל האומר ל"ל כאו' ל"פ מאחר שאומר שלו מהני הודאתו לענין שאין כוונתו לזכות במתנה כיון דסגי דא' מקנה בלא כוונה לזכות ודאי דמהני ממ"נ כשאומר שלו ואם שלי אני נותנו כנ"ל. ואמנה מיגו דמחיל שייך ג"כ שיאמר אמנה ואם אינכם מאמינים אני מוחל לו אם שלי. ולכך תי' תוס' רק דירא להפסיד כיון דמוחל אם שלו כנ"ל לא ישלם לו:

סימן קב

סעיף א

(א) **בא המלוה לגבות קרקע מגבין לו מן הבינונית שבנכסי הלוה דבשלו הן שמין.** והוא מדעולא דאמר ד"ת בע"ח דינו בזבורית כ' והאיש כו'. וקשה הא קי"ל דבע"ח דינו בזוזי וכשיש לו מחויב ליתן מעות דזוזי הלוה וכשיש לו מטלטלין וקרקע מחויב ליתן מטלטלין דמקרב לזוזי כמבואר בטור וש"ע לעיל (סי' ק"א) והיינו מיטב כדי שיוכל למכרן מיד שיהי' לו מעות וזה מה"ת. וא"כ למה לא יהי' מחויב ליתן עידית דקפיץ עליו זביני דמקרב לזוזי יותר מזבורית. והא דדיני'. בזוזי ודאי מדאורייתא דהא משלם אותה מטבע שלוה אף ששוה פחות (בסי' ע"ד) וכן פירות אף שהוזלו או הוקרו (בי"ד סי' קס"ב). ובשלמא לענין הגובייגא דב"ד בע"כ דלוה שזה מתורת שיעבוד וערבות דנכסי' ערבין בי' י"ל שפיר דאף במוכר חצי שדה יכול ליתן כחוש (בסי' רי"ח):

וא"כ מה שיש לו זכות בנכסיו להיות שלו לגובייגא משום ערבות לא עדיף מחלק שאינו מבורר כנ"ל. וזה נלמד שפיר מיוציא העבוט דבתורת משכון מוציא הגרוע דג"כ רק משום דערבין בי'. אבל לוה עצמו בתורת פרעון דלר"ת ז"ל ובש"ע פ' כן לעיל סי' צ"ז (סט"ו) דלגובייגא לא קאי כלל הק' דיוציא העבוט ומותר ליכנס גם לביתו ע"ש. א"כ ממילא לפרעון דדינו בזוזי למה לא יהי' החיוב אלוה בתורת פריעת בע"ח שמחויב מעות וממילא מחויב ליתן עידית לפרעון דמקרבי לזוזי כנ"ל. וגם כיון דמלוה מרוצה בעידית כזוזי מחויב ליתן לו כמו זוזי דנהי דלא אמרינן לי' זיל טרח וזבין ואייתי זוזי אבל עידית שרוצה מלוה ואומר לדידי שוה לי כזוזי לזה א"צ לטרוח ויהי' מחויב ליתן וקשה ג"כ למה באמת לא א"ל טרוח וזבין ואייתי זוזי משום מצות פריעת בע"ח שדינו בזוזי. ונהי דפ"ק דב"ק י"א צריך קרא בנזקין דעל בעל הבור הטורח להעלות השור מבורו ואל"ה ה"א דהטורח על הניזק ע"ש. היינו בנזקין דוקא דקי"ל שמין והוי מצי א"ל הרי שלך לפניך ובדידי' טרח צריך קרא משא"כ ב"ח דמשלו נותן לו למה לא יצטרך לטרוח לקיים פריעת ב"ח כנ"ל. ולמאי דאמר בש"ס (כתובות פ"ו) דכופין על פריעת בע"ח נכוף גם ע"ז כנ"ל:

ונראה לע"ד הטעם שמתחלה הלוה על סמך ערבות של הקרקעות שאם לא יפרע לו יגבה בתורת ערבין וממילא בזבורית כנ"ל. רק דנימא יתן לו הלוה הקרקעות בתורת מצוה דפריעת בע"ח לא בתורת ערבות וא"כ י"ל דהא קי"ל כמו בשאר ערב לא יתבע תחלה כן בערבות דנכסי' אי גבה מקודם דתבע ללוה טעה בדבר משנה ע"ש וב"ב קע"ד) דג"כ לא יתבע תחלה רק כשאינו רוצה לשלם או כה"ג יכול לגבות מנכסי' בע"כ. וא"כ

כשחיוב הגוף רק על מעות ומטלטלין שייך כשאינו נותן או אין לו גובה מן הערב דהיינו הקרקעות אבל אם יהי' גם שיעבוד הגוף על הקרקע דצריך ליתן לו הקרקע בתורת פריעת ב"ח שעליו א"כ שוב לא יהי' ערבות כלל על הקרקעו' דיש ללוה לשלם בתורת שיעבוד הגוף ליתן הקרקע לו בעצמו או למכור וכיון שאפשר לגבות מלוה אין ערבות על הערב וכן על הנכסים. וממילא לא יוכל לגבות כלל מיתומים ולקוחות שלא שייך כלל השיעבוד נכסים עליהם עד שמכר או הוריש ואז הם של לוקח ויורש. דכל מה שגובה הוא משום שנשתעבדו למלוה קודם שמכר כנ"ל והיינו דערבין בי' והי' מוטל על הנכסים שכשלא ישלם יגבה מהם ולכך א"י להפגיע זה במכירתו כנ"ל. אבל אם הי' השיעבוד גוף בתורת מצות פריעת בע"ח גם אקרקע והיו כופין ושוב לא משכחת כלל ערבות על הקרקעות דתמיד יש לו אותן הקרקעות ליתנם בתורת שיעבוד הגוף וכיון שיש ללוה אין שם ערבות עליהן עד שמכר ואין לו ושוב א"י לגבות. א"כ שפיר כיון דרוצה המלוה שיהי' נכסיו ערבין שישתעבדו לו ממילא סילק עצמו מהקרקעות מתורת חיוב פרעון מהם שעל הגוף וכן לענין לטרוח ולזבין דג"כ כנ"ל. רק שכשאין לו מעות ומטלטלין גובה מקרקע באמת רק בתורת ערבין וממילא גבי מזבורית כנ"ל ושפיר כיון דאחריות ט"ס דחזקה לא שדי כו' ורוצה שיוכל לגבות ממשועבדים כנ"ל. ממילא ההלואה ע"מ שיהי' נכסים רק ערבין וממילא שלא יהי' מצד שיעבוד גוף כנ"ל ושפיר יליף מוהאיש כו' עבוט שבתורת משכון ושיעבוד כן מה שגובה מנכסים בתורת ערבות כנ"ל דיני' בזבורית כנ"ל:

ומיושב בזה מה דתמוה מאד סוף ב"ב דדייק דעולא סבר שיעבודא דאורייתא מדאמר ד"ת בע"ח בזבורית ותמהו תוס' דמיני' מיירי ולכ"ע דאורייתא ונדחקו הרבה ע"ש. ולמ"ש מיושב דאי שיעבודא ל"ד ממילא הי' דינו בעידית כיון דהכל רק משום פריעת בע"ח מצוה ממילא אמרינן לי' טרח וזבין ואייתי זוזי וכשמלוה מרוצה עידית בתורת כסף מחויב ליתן וכמו מטלטלין כנ"ל. דלא שייך שאין שיעבוד הגוף כדי שיהי' ערבין כיון שאין ערבין מה"ת ולא יגבה כלל מה"ת מלקוחות ויורשים ממילא השיעבוד הגוף על הכל ואין ללמוד מקרא דעבוט כלל שבתורת משכון כנ"ל. וע"כ דס"ל לעולא ש"ד וממילא שפיר נכסי' ערבין וממילא מה"ט גופי' ליכא שיעבוד הגוף על גבית הקרקע כנ"ל. דהא מונחים ועומדים קמי' שמשועבדים לו וכאלו הי' ערב אחר. ואין חיוב על הלוה ליתן לו הקרקע דהא יכול ליקח אותם בעצמו ע"פ ב"ד לגובייא דע"מ כן ערבין בי'. ודוקא מעות ומטלטלין שברשותו חיוב ושיעבוד הגוף ליתן. משא"כ אי ש"ד מתחלה סמך עליהן שיהיו ערבין שיוכל לגבות מעצמו ע"פ ב"ד בלא רצון הלוה בתורת ערב ומה"ט גופי' אין

עליהם שיעבוד הגוף ליתנם לו רק שיכול ליקח אותם כנ"ל. וממילא בזה שאמרה תורה שהנכסים ערבין נלמוד שאין שיעבוד גוף עליהם כנ"ל ושפיר דינו בזבורית משא"כ אי של"ד ורק משום שיעבוד הגוף ודאי דגם על הקרקע כו' וממילא בעידית כנ"ל. וא"ל דא"כ מלוה ע"פ דאינו גובה מלקוחות יהי' בעידית. ז"א כיון דש"ד נלמוד שלעולם אין על הקרקעות רק מצד ערבות ועוד דלענין זה אוקי אדאורייתא, ועוד דנ"מ שיוכל לגבות מיורשים כנ"ל. משא"כ אם לא יהי' משום ערבין כנ"ל. ולתוס' והפ' דשל"ד א"כ לכאורה מה"ת בעידית כנ"ל. מ"מ י"ל דאחר שתקנו שיעבוד ממילא ע"ז הי' התקנה דערבין בי' ושוב מה"ת בזבורית אחר התקנה כנ"ל, או דבאמת כן דנ"י בשם רמ"ה כתב דלא קי"ל כעולא ע"ש. גם נראה דלכך מודה הרא"ש דמטלטלין צריך ליתן לו שיכול למכרן דמקרבי לזוזי ולמה לא בקרקע עידית דקפיץ עלי' זביני. ולמ"ש י"ל דמה דיליף עולא מיוציא כו פחות כו'. והגם דלגוביינא אינו כן רק למשכון מ"מ הא מזה יליף שיעבודא דאורייתא כמ"ש רשב"א דקרקע הוי כמשכון דמלוה סמך על זה. וא"כ כמו משכון לבטחון נותן הגרוע כן שיעבדה תורה הקרקעות הגרוע והיינו זבורית. א"כ הערבות הוא כשלא ישלם מעות או מטלטלין יגבה מזבורית. ומה"ט באמת גבי רק מזבורית. אותן שמשועבדים לו כנ"ל:

עוד נראה לע"ד הטעם דל"א זיל טרח ומכר קרקע לקיים פריעת בע"ח בזוזי דמה"ת דהא גם לקולא בהלוה מטבע ונפסל א"ל הרי ש"ל ע"ש בתוס' (ב"ק צ"ז). ונראה דהא בנזקין וד' שומרין או מיטב כו' רק הלואה הא זוזי אסיק בי' ע"ש בגמ' (כתובות פ"ו). וא"כ למאי דאמר פ"ב דקדושין מלוה ברשות בעלים כו' לאונסין כ"ע כו' דלא גרע משואל כו'. וא"כ י"ל גם לדידן דלהוצאה ניתנה מ"מ כשיש לו מעות אף מעות אחר אין חילוק דאין קפידא במעות ויכולין להחליף. ולכך הוי. כאותו מעות שלוה דצריך להחזיר מעות ובנפסל אומר הש"ל. אבל כשאין לו מעות א"כ נאבד ממנו או באונס או בפשיעה שאכלן וכה"ג ומ"מ החיוב הוא רק מצד חיוב אחריות ותשלומין בעד המעות ושוב דינו כנזקין ושומרין וא"צ ליתן כלל מעות ולא שייך שיאמרו לו טרח וזבין ואייתי זוזי כיון שא"ל מעות אין חיוב כלל במעות כנ"ל. רק דעכ"פ הי' דינו בעידית כניזקין. וע"ז יליף עולא מוהאיש כו' יוציא כו' דכשאין לו מעות כמו התם דינו בזבורית רק מדרבנן בינונית. ומיושב בזה למ"ד ד"ת בעידית מנ"ל. ולמ"ש א"ש כיון דלא יליף מיוציא ממילא בעידית:

ומיושב היטב הך דפ' הכותב תולה מעותיו כו' וא"ל טרוח וזבין כו'. דכשיש לו מעות ע"פ דין צריך לטרוח וליתן מעות כשא"י ליקח אותו מעות כנ"ל רק אח"כ שלא הי' לו עשו לו שלא כהוגן כו' שכבר נתחייב כנ"ל. וא"כ י"ל ביש לו מעות רק דמ"מ יכול ליתן

קרקע שיהי' לו הפסד כשיתן מעות כמ"ש הטור (סי' ק"א) ביתומי' שוב צריך ליתן עידית ומה שמלוה רוצה כדי שיהי' ככסף ומיושב לשון הגמ' פסחים ל"א אי פיקח מגבי להו ארעא כו' הא יש אותה שדה שלקח. ולמ"ש נקיט סתם ארעא מה שרוצים היתומים גם עידית צריך ליתן דהא יש לו מעות רק משום הפסד ומה שיתן עידית אין הפסד כנ"ל:

סעיף ב

(**ב**) **לא יוכל כו' ברשות הלוה** כו'. וכתב סמ"ע דילפינן מוהאיש כו'. וכבר כתבתי דלר"ת ופ' בש"ע לגובייא אין הדין כן רק למשכון וא"כ י"ל אדרבא שליח ב"ד בורר גם מ"ש ללמוד מנזקין ג"כ קשה דחזינן דבלוה צריך ליתן מעות. וגם מטלטלין כתב הרא"ש (פ"ק דב"ק) דקרוב לזוזי א"כ גם עידית יהי' חייב ליתן דקפיץ עליו זבינא רק תקנה שלא יקפוץ (גטין מ"ט) אבל בינונית שוב יוכל לברור. וצ"ל אדרבא עידית הי' שייך דיקפוץ זביני וימכור וע"ז תקנה שמא לא ימכור ולברור בינונית לא שייך קפיץ וע"כ שחביבה לו כלשון ש"ע ושוב א"צ ליתן דכשאינו בתורת מעות שוב יקח רק מה שמשועבד ושיעבוד הוא כמשכון ולא נשתעבד לערבות רק זבורית וגובה רק ממנה וכמ"ש לעיל:

(**ג**) **תן לי** כו'. והרא"ש ז"ל פ' דאם אומר שיקח כיוקרא דלקמי' שוב צריך ליתן לו כזולא דהשתא ע"ש בטור. ואינו מובן כלל כמ"ש לעיל מאחר שיכול לוה לברור מה שרוצה ליתן בבינונית גם בזבורית כן. וגם טעם הראב"ד בעידית בציר פורתא הא אין דינו כלל כמ"ש תוס' (ב"ק ז'). ונראה לע"ד דהא תוס' ריש קדושין הקשו מנ"ל דשוה כסף ככסף ע"ש. וכתב הר"ן וש"פ דדוקא בניזקין וע"ע דבע"כ צריך קרא דישיב כו' משא"כ קדושין דמדעתה הוי כסף דאצלה כו' ע"ש. א"כ לכאורה בבע"ח אין לימוד דש"כ ככסף. והא באמת דינו ככסף. א"כ מה שגובה מלוה מדעתו הוי ככסף אבל מה שיתן לו בע"כ אין לנו שיהי' ככסף כלל. וא"כ ממילא יוכל המלוה לברור איזה שדה שירצה כנ"ל שהוא ככסף ואף עידית מדינא ולמ"ש לעיל י"ל אבל לפי דברי הפ' קשה. ונהי דעל עידית שייך התקנה שלא יקפוץ כו' אבל בינונית וזבורית למה לא יוכל לברור כנ"ל. וי"ל הטעם כמ"ש תוס' פ' מי שהי' נשוי דלכך אי אית זוזי ללוקח מצי מסלק לי' משום דמעלה בדמים ואומר לדידי שוה לי הרבה יותר. וכיון שאין הפסד למלוה יכיל להעלות ע"ש. א"כ גם כאן כשבורר הלוה ונותן לו שדה דשוב אין הפסד למלוה יכול שוב להעלות בדמים שדות האחרות כמה שירצה ויאמר לדידי שוה כנ"ל. וממילא יכול לסלקו באיזה שירצה:

אמנם נראה לע"ד הטעם די"ל לדידי שוה כו'. משום דקי"ל (סי' רכ"ז) אף שיש אונאה ובטול מקח מ"מ כשיודע דשוה רק מחצה וכה"ג וקונה אין דין אונאה ומבואר ברש"י פ' הזהב דאינו מטעם מתנה המותר רק דנתפס המקח על כל שהתנה ליתן אף הרבה יותר

משויו כיון שידע ואף שלא שילם מחויב לשלם כל מה שפסק. והטעם דהא בחליפין אין אונאה מה"ט דכשרוצה בחפץ זה לפעמים שוה אצל אדם הרבה רק התורה אמרה אונאה. ובטול כו' אבל כשיודע כו' כנ"ל. וא"כ שייך שפיר לדידי שוה לי הרבה יותר משויו כמו קונה אחר שהי' יודע שאינו שוה והי' פוסק יותר דנתפס בכל הדמים. אמנם זה דוקא כשרוצה החפץ או השדה שייך שוה לי כו'. משא"כ כשרוצה למכור כיוקרא דלקמי' א"כ כשאינו רוצה מטעם שחפץ בו רק לשיוי למכור לא מצי אמר כלל לדידי שוה יותר. וא"כ אסור להונות מדין אונאה גם בקרקע וצריך ליתנו למלוה בשוי' דעכשיו דהא צריך לשלם לו עתה ואינו שוה יותר מזולא כ"נ לע"ד:

ומיושב גם עידית להראב"ד דס"ל דלא מצד תקנה דלמאי דקי"ל כעולא דבע"ח בזבורית מה"ת לא ס"ל תקנה דאקפוץ כו'. וא"כ קשה דיקח עידית שיהי' ככסף דדיני' בזוזי. וע"כ דגם בזה הטעם משום לדידי שוה כנ"ל. וא"כ כשרוצה ליתנו כיוקרא כו' צריך ליתן כדהשתא כנ"ל וא"ש:

(ד) **תן לי זבורית טפי פורתא שומעין לו כו' כזולא דהשתא**. משמע דס"ל דגם רמ"ה ס"ל בבינונית יכול לוה לברור ומ"מ זבורית יכול מלוה לכופו שיתן וכן משמעות הטור ואינו מובן למה וי"ל די"ל א"א בתקנ"ח ודינו בזבורית כנ"ל. אך יש לדחות כיון דיליף מיוציא העבוט כו' אטו דוקא הגרוע הא הברירה בידו ליתן הטוב או גרוע א"כ גם שיאמר א"א כו' מ"מ מה"ת ג"כ יכול ליתן בינונית דוקא. ולמ"ש לעיל י"ל כיון דילפינן כמו שדרך בסתם להוציא הגרוע למשכון ממילא שיעבוד התורה בסתם בשעת הלואה ג"כ זבורית בתורת ערבות. ושוב בתורת שיעבוד גבי מקודם אותה הקרקע המשועבדת לו וא"י ליתן לו בינונית שלא נשתעבדו בע"כ. דבתורת פרעון דינו בזוזי. אך אחר שתקנו בינונית שוב ע"ז סמך וי"ל דמה"ת שוב בבינונית. אך עיקר דס"ל דשייך הורעת כחו גם בזה וכמו שתקנו בינונית משום נ"ד כן הי' התקנה באם ירצה זבורי' יקח. עוד י"ל כמ"ש לעיל דהא דינו בזוזי ויכול מלוה לומר לדידי זה כזוזי. רק דיכול לוה לומר לדידי שוה לי והיינו לעצמו. וא"כ בברירת בינונית מאמינים לו שחביבה לעצמו אבל כשרוצה מלוה זבורית והוא כמ"ש רש"י ז"ל שיש למלוה שדה סמוך לו וכה"ג א"כ יכול לומר שוה לי כזוזי ולוה א"י לומר ששוה לו יותר לעצמו דהא בינונית ודאי טובים יותר וע"כ משקר רק רוצה לדחוק למלוה ע"י שרוצה ושוב ע"כ צריך ליתנה לו כמו זוזי כנ"ל:

(ה) **וי"א דאין כופין אלא אם כו' כיוקרא דלקמי' כו'**. קשה להרא"ש דאין הפי' בש"ס שקול כיוקרא שיכול לומר כן דהא יכול לומר שקול כמה פעמים כשוי' רק כשאומר שקול כיוקרא צריך ליתן כזולא. וא"כ למה לא נקיט אף כמה וכמה יותר משויו. ודוחק

דנקיט לרבותא וכן בש"ע למה נקיט כיוקרא. ונראה לענ"ד דדוקא נקיט דקי"ל (סי' ר"ו) בהא דכשאמכרנה אמכרנה לך ואחר כך מכרה ביותר משויו לא נכלל בקנין דזוזי אנסי' ולא חשוב כלל שרוצה למכור דגם דבר שאינו רוצה למכור אם נותנים לו הרבה מוכר ע"ש. א"כ גם כאן דוקא כשרוצה כיוקרא דלקמי' חשוב שרוצה למכור ושוב צריך ליתן לו כהשתא משא"כ ביותר משויו חשוב שחביבה ורוצה לעצמו רק אנוס כנ"ל. וא"צ ליתנה למלוה כזולא כנ"ל:

סעיף ו

עידית בציר פורתא כו'. סמ"ע ובטור מסיק דמסתבר כהאומרים כו' גילה דעתו כו' דצריך ליתן לו כיוקרא דלקמי' ע"ש בטור ולענ"ד תמוה דרמ"ה לטעמי' הובא נ"י פ"ק דב"ק דמה"ת בע"ח בעידית דקי"ל כר"פ ור"ה דמטלטלין הכל מיטב וא"כ אדרבא ילפי' מיוציא העבוט דבעידי' ול"ל דעולא רק מתקנ"ח שלא יקפוץ וילונו כו' ולכך בהי' לו עידית ומכרה לא שייך וגבי מבינונית שהם אצלו עידית ע"ש. ומה"ט שפיר ס"ל דאם גילה דעתו דחפץ ליתן ביוקר ורוצה למכרן לא תקנו דל"ש שיקפוץ וילונו כו' דכשרוצה לעצמו לא יוכל ליקחם אבל הטור דס"ל כעולא דד"ת בזבורית אין טעם לזה. ונראה או דמספקא לי' דהא הרי"ף והרא"ש גטין ר"פ הנזקין כ' ברייתא דר"ש טעמא דקרא שלא יקפוץ כו' ובס' ק"נ על הרא"ש כתב שט"ס מ"מ אמרה תורה דהא ד"ת בזבורית ויש להפליא שבדורות אלו יאמר כשעולה על רוחו שט"ס ברי"ף ורא"ש א"כ לא נדע שום דין. גם פשט משמעות הגמ' מובן כגרסת הרי"ף ורא"ש ע"ש. ואישתמיט לי' ד' הירושלמי הובא בפי' דפליגי תנאי ר' סימאי והאיש זה שליח ב"ד שאם מלוה נכנס מוציא היפה ולוה מוציא הגרוע ושליח ב"ד נכנס ומוציא את הבינונית ר' ישמעאל אומר ד"ת שיכנס המלוה דכ' והאיש א"א נושה כו' יוציא א"א העבוט החוצה ע"כ משכנו קרקעו ילמד ממשכונו מה משכונו בבינונית אף קרקעו בבינונית כו'. ובקה"ע כתב שט"ס מלוה נכנס רק צ"ל לוה נכנס ע"ש וילמד קרקעו קאי לר' סימאי ודף הקדום כתב בעצמו דס"ל ב"ח בעידית מד' מלוה נכנס ע"ש שסותר א"ע. ובאמת י"ל הגירסא מלוה נכנס והיינו כמ"ש ר"ת (הובא ברא"ש ב"מ דקי"ג) דוקא שלוקחו למשכון שאינו רוצה לגבות עתה בתורת פרעון אבל לפרעון כו' א"כ חשוב שהמלוה נכנס דצריך להוציא לו מה שהמלוה מרוצה דאם לא יתרצה במשכון זה יגבה בתורת פרעון והיינו דמייתי כל הפסוק א"א נושה כו' העבוט כו'. היינו דדוקא למשכון. וממילא הוא מדעת המלוה. או י"ל דדייק מקרא נושה כו' דהוא במשכנו שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה מלוה נכנס ובורר משכון שירצה כמבואר בטור וש"ע ס' צ"ז. ואמר ממילא ילמוד קרקעו ממשכונו כו' דשיעבוד

הקרקע נעשה בשעת הלואה ושפיר בסתם כמו שמלוה רוצה שעל סמך זה מלוה ושוב אח"כ שפיר גבי מעידית מה"ת שכבר נשתעבדו כנ"ל. ולמ"ש י"ל שפיר החילוק בין שקנה אחר הלואה דכיון שכבר חייב לו משתעבדי כשקנה רק זבורית כמו משכון אחר הלואה. והיו מיושבים ד' רמב"ם ז"ל דמפרש מר א"ל דעולא דיליף מוהאיש בזבורית ומר ל"ל כנ"ל דמחלק בין משכון בשעת הלואה וכיון דמה"ת דינו בעידית רק שלא יקפוץ כו' ממילא כשהן כבינונית דעלמא גובה דלא שייך הטעם דעידית כאלו מוצא לקנות. וממילא נכסים שקנה אח"כ שפיר כיון דמה"ת בזבורית גובה רק זבורית כמו מאן דס"ל דעולא ולא גבי מבינונית שהן אצל לוה עידית כנ"ל. ומ"מ משמע דפלוגת' דירושלמי אי בבינונית מה"ת אי זבורית לגירסת קה"ע דלוה נכנס. וי"ל דטור מסופק בזה ומספק אף שמתחלה א"י לגבות מ"מ לענין חזרה הוי כמ"ש הרא"ש ז"ל בס' אם עמד חוזר ע"ש:

גם י"ל מ"ד בעולא פליגי דהא הק' תוספ' איך יליף הא קי"ל כל מילי מיטב. ועיקר התירוץ כמ"ש לעיל דלמשכון לא שייך אי לא מזדבן הכא כו' ויליף מינה קרקע. שוב ראיתי רשב"א ז"ל תי' כן. ועדיין קשה עכ"פ לפרעון א"א ללמוד ושפיר יגבה קרקע מעידית שיהי' ככסף. וע"כ דס"ל לעולא כיון דהשיעבוד מיד כמו משכון וחל על מה שרוצה לוה דסתמא זבורית ושוב אח"כ גובה קודם מאותו קרקע שנשתעבד ונעשה ערב ושאר קרקעות ג"כ ערבין כשלא יהי' ערב הראשון. ולכך כל שיש זבורית גבי רק מינייהו ובשלו שמין דמקרא דיוציא תליא בדידי'. רק מתקנ' נ"ד וכשאצלו עידית לא תקנו. ולכך למ"ד כעולא מודה בהי' לו עידית ומכרה דכבר נשתעבד ומה"ת כנ"ל ומ"ד לית לי' דעולא היינו דלא יליף מהשיעבוד על הפרעון ואדרבא לפרעון דינו בעדיות מה"ת רק שלא יקפוץ וממילא בשל עולם כנ"ל. ומ"מ אין דברי טור מתישבין בזה. ונראה דס"ל ולעולא בלאו קרא הי' דינו בעידית שיוכל למכור ויהי' כסף רק דגלי שיהי' זבורית מקרא דיוציא כו'. והא כיון שרק למשכו מה חילוק ללוה בין פחות שבכלים וע"כ שחביב לו משאיר אצלו ולפינן מינה גם לגבוי שמשאיר עידית ובינונית לעצמו. אבל כשגילה דעתו שרוצה למכור שוב מה"ת צריך ליתנו למלוה דשוב דינו בעידית רק דס"ל דאותו גלוי דעת שרוצה ליתן כיוקרא דלקמי' אינו ראי' שאינה חביבה לו. רק ביותר משויו דעכשיו רוצה למכור אף שחביב. ולכך רק כיוקרא דלקמי' צריך ליתן לו דע"ז מהני גלוי דעתו שרוצה למכור בעד סך הזה. וקמ"ל שא"י לחזור בו ואף דלא הי' קנין כיון שגילה ד' מחויב כנ"ל. וכשחוזר אינו נאמן וכשרוצה זבורית מודה טור דצריך ליתן כדהשתא דכיון שרוצה למכור מיד אינו נאמן שחביב לו דמסתמא בינונית עדיף רק רוצה לדחוק משא"כ עידית נגד בינונית י"ל שחביב רק עכ"פ כמו דס"ל לפ' הנ"ל דעכ"פ א"י לחזור מגלוי

דעתו ולומר שאינו רוצה כלל א"כ נהי דלענין זה לא דמי עידית לזבורית ליתן כהשתא דאינו משועבד עכ"פ לענין שא"י לחזור שוים כנ"ל וצריך ליתן לו כשרוצה ליקח כיוקרא דלקמי' כנ"ל. והחולקים נראה דס"ל נהי דשם א"י לחזור בו דתלינן חזרתו ע"י שפוסקין שע"י שרוצה כיוקרא יתן לו כדהשתא מש"ה חוזר בו ואומר שאין רוצה ליתן לו כלל זבורית. משא"כ בעידית דבאמת רוצה ליקח כיוקרא דלקמי' למה חוזר בו. וע"כ שבאמת חוזר ואינו רוצה ולמה לא יוכל לחזור. דא"א לפרש דברי טור רק כשחוזר בו דמה שייך לומר כשרוצה לוה כיוקרא ונותן כו' צריך ליתן ע"ש. וממילא גם בזבורית טפי פורתא דנותן כדהשתא אף דשם יכולין לפרש באינו חוזר אבל אי הדר בי' שאינו רוצה כלל ליתן זבורית אף כיוקרא מהני חזרתו. אבל מדברי הטור הנ"ל מוכח דכה"ג גם בזבורית א"י לחזור כנ"ל. אולם אין טעם למה לא יוכל לחזור בו והא אף בשותפין רצו לחלוק צריך קנין (בסי' קנ"ז). ולרמב"ם ז"ל (פ"ז מה' מכירה) דמלוה קונה במכר אפשר דבריצוי שניהם קרקע פלונית בעד החוב קני. אולם לרוב הפ' דוקא שאומר בפירוש מחילת מלוה ובגבי' זו כשמחזיק אז פטור מהחוב אבל אינו מתחיל קנין. וי"ל דמבינונית על זבורית דאומר א"א בתקנ"ח וזה מהני בדבור מהני שוב גם ריצוי הלוה ליתן דהוי כמחילת מלוה דקני. ולכך בבינוני' גופי' שבורר לוה שדה זו כל שלא עשה מלוה קנין יכול לחזור דלא הזכירו בזה כלום. וא"כ עידית טפי פורתא למה לא יוכל לחזור בו. ורמ"ה דס"ל מה"ת בעידית א"כ הוי זה כאמר לוה א"א דג"כ א"י לחזור בו משא"כ לטור כנ"ל. וצ"ל כמ"ש לעיל דס"ל ג"כ דראוי להיות בעידית שיהי' כסף דבא"ל זוזי מחויב כנ"ל. רק דמצי אמר לוה לדידי שוה הרבה יותר כמ"ש תוספ' פרק משה"נ בטעם דלוקח מסלק בזוזי ע"ש (דצ"א). וזה דוקא ברוצה להחזיק לעצמו וכשאינו לעצמו רק למכור שוב מחויב ליתן לו עידית. א"י לחזור בו ג"כ שכבר נתחייב כנ"ל כדאמר ר"פ הנושא לברור כהן כיון שיש שיעבוד בלא"ה ע"ש. או אפשר דילפינן מיוציא כו' נשתעבד ג"כ רק מה שירצה לוה ומיד שרצה נשתעבד למפרע קרקע זו. אך א"כ הי' באיזה שדה ג"כ הדין כן גם הי' תליא בברירה. ואפשר כיון דנתרצה מלוה כיוקרא דלקמי' וזה חשוב מחילה מקצת מהחוב שוב קני לי' בכסף דמחילת מלוה. וגם איידי דבעי למקני גמר ומקני. ולכך בבינונית איזה שדה לא שייך זה ויכול לחזור בו כנ"ל. וכן אם נתרצה כזולא דהשתא ליתן עידית יכול לחזור בו כנ"ל:

(ז) **אם א"ל אלא עידית א"י למוכרה ולקנות בינונית וליתנה לבע"ח אלא** כו'. הנה כשמוכר בעד מעות א"כ כיון דאית לי' זוזי מחויב ליתן אף אם א"ל בינונית ואצ"ל שיקנה. ואין לומר כשמלוה רוצה עידית יותר ממעות דהא כשאינו רוצה בינונית יצטרך

ליתן לו המעות. וכן ודאי דיכול בע"כ לסלקו במעות. וצ"ל שיכול להחליף על בינונית טפי בעד העידית ואם החליף הא משמעות הפ' דא"י לגבות מלקוחות כשיש ב"ח גם שקנה אח"כ וכ"מ בתוס' ב"מ י"ד ובמהרש"ל שם ע"ש ואפשר בלא כ' דאקני א"י. אולם כיון דמיני כו' משמע דאין חילוק. וצ"ל הפי' אינו יכול שאינו רשאי ואף דקודם הגבוי רשאי להחליף מ"מ כשבא לגוביינא ורוצה להחליף ולהרויח אומרים הב"ד שאינו רשאי להפסיד שיעבודו כיון שהדין להגבותו העידית. אבל לומר שדיעבד שהחליף ג"כ גובה העידית כיון שבא לב"ד לגבות לא יהי' שייך אין נפרעין כו' דוחק שהי' להש"ע לפרש. ואפשר כיון שרוצה למוכרן המלוה קודם כמו משכון דהוא כב"מ (בסי' קע"ה) או דשוב דינו בעידית כיון שאינו רוצה לעצמו רק למכור. ולא פסק דלא מצי אמר עידית בציר כו' אף שאמר כיוקרא כו' רק דמצי הדר בי' ולעכב לעצמו. אבל לא כשרוצה למכור וכנ"ל. וא"כ כשלוקח רוצה ליתן יותר צריך גם המלוה ליקח כמו שהלוקח רוצה ליתן לו. הגאון דייק לה מדתני (ב"ק ז') א"ל אלא עידית כו' מה קמ"ל וע"כ כנ"ל. ע"ש ואף די"ל הפי' באין עבור כולן דס"ד דנזקין דמשועבד לו עידית קידם לגבות מב"ח וקמ"ל דשוין. אך אא"ל כן דתני גם כתובה. וכששוין אין גובית כלל וע"כ כנ"ל:

סעיף ד

(ח) **זבורית ובינונית** כו'. הרמב"ם ז"ל (פי"ט מה' מלוה) פסק דגם בלא הי' לו עידית גובה בינונית דשייך תקנתא דעולא גם בהא. ותמהו עליו הה"מ (בפ' כ"ד) ושאר פ' דפסק ב' שהוציאו שט"ח זע"ז כר"נ דזה גובה וז"ג בא"ל לזה עידית ובינונית ולזה זבורית ע"ש. והא להנ"ל כשיגבה בינונית יחזור ויגבה הבינונית כדאמר בש"ס (כתובות ק"י) והניח בצ"ע. וי"ל בפשיטות כמו דמחלקין בין הי' לו עידית ומכר' שלוה על סמך הבינונית לא תקנו להפסיד שיעבודו ע"י שמכרן אף דבשלו שמין ונעשו עידית. ואף דבמכר הבינונית ונשאר עידית וזבורית משמע דאינו גובה רק מזבורית מ"מ בהנ"ל שנעשו עידית יש חילוק כנ"ל. וא"כ י"ל להרמב"ם דמפרש מר אית לי' תקנתא דעולא היינו אף דמדינא בשלו שמין והוי עידית מ"מ שייך תקנה דנ"ד כיון שהן בינונית דעלמא ותקנה שיגבה וממילא סומך עליהן בשעת הלואה. א"כ בקנה אח"כ בינונית ובשעת הלואה הי' לו רק זבורית נראה דשוב אינו גובה מהן דאף דאקני משיעבוד מיני' או שכ' מ"מ לא סמך עלייהו ולא שייך התקנה ונשאר כדיני' דבשלו שמין והוי עידית. וא"כ מיושב בהא דב' שהוציאו דסבר ר"נ דזה גובה דבשלו שמין וקי"ל מכאן ולהבא גובה וכקנה קרקע דמי כדאמר בפסחי' פ' כ"ש. וממילא כשיגבה בעל זבורית מזה בינונית לא יוכל הוא לגבות דבשעת הלואה הי' לו רק זבורית ועתה שגבה וקנה הן עידית אצלו ותקנה לא שייך כנ"ל.

ור"ש ס"ל בשל עולם שמין והן בינונית ממש וגבי אף שקנו מיניה כדיני' דאף לעולא לא פלוג רבנן בין קנה ודאקני שיהי' דינו בבינונית רק כשנעשו עידית תליא אי סמך עליהן כמו החילוק בין הי' לו עידית ומכרן כנ"ל. ופסק רמב"ם ז"ל שפיר כר"נ. וא"ל דא"כ למה דחי ש"ס דלזה בינונית ולזה זבורית משום ליתי בעל בינונית ברישא כו' והדר ליגבי כו'. והא להנ"ל אף שיגבה הוא זבורית יצטרך ליתן בינונית שעליהן סמך. די"ל דוקא כשהי' לו בינונית וזבורית שייך שחל התקנה משום נ"ד שיחשב בינונית דעלמא דאל"ה יגבה מזבורית ויש נ"ד כנ"ל. משא"כ כשלא הי' לו רק בינונית דחשוב עידית ולא שייך כלל התקנה שיחשב כבינונית דגם שהן עידית סמך עליהן ושפיר דנין כעידית וכשקונה אח"כ בינונית או זבורית מגבי לי' כמו בהי' לו עידית וקנה אח"כ זבורית דגובה מזבורית דאין חילוק כנ"ל דבשביל חשש שיקנה ליכא נ"ד כו'. וכן בהנ"ל שהי' לו רק בינונית ויקנה בגביתו זבורית שפיר הדר וגבי מ"מ, כיון דבשלו שמין והוצרך לשנוי' שיש לו עידית ובינונית ולזה זבורית כנ"ל:

עוד י"ל הגם דנימא דגם בהנ"ל שייך התקנה שסמך על מה שיגבה הבינונית שיגבה הלה ממנו אם יהי' הדין זה גובה כו' גמ"מ י"ל למ"ש תוס' סוף ב"ב לרו"ש דמלוה ע"פ א"נ מיורשים כו'. אף דנגד יורשים אין חילוק בין שטר לבע"פ דלא שייך פסידא מ"מ התקנה דנ"ד לא שייך אלא בשטר דיש תועלת בתקנה שיהי' בטוח דגם מלקוחות יגבה. משא"כ ע"פ דגם אם יהי' הדין דגבי מיורשים מ"מ אם ימכור לא יגבה וע"כ לא חשש ולא שייך נ"ד ע"ש. וא"כ י"ל בתקנתא דעולא גם כן מה תועלת דמשום נ"ד יגבה בינונית הא אם ימכור או מיורשין אין נפרעין כשיש לבע"ח זבורית א"כ לא סמך רק על זבורית כיון שבידו למכור הבינונית. אך י"ל דלמה ימכור הבינונית ולהגבות למלוה זבורית כיון שאינו רוצה להחזיק הבינונית לעצמו למה לא יגבם למלוה. ואי משום דקפיץ עליו זביני טפי מזבורית וצריך למעות. מ"מ טוב להגבות למלוה הבינונית ואף דזבורית לא קפיץ כו' מ"מ מתי שימכרם ויהי' לו מעות יהי' שומא הדרא וישאר לו הבינונית משא"כ כשמוכר הבינונית ולכך סמך מלוה שפיר על הבינונית שלא ימכרם ושייך נ"ד שיגבה. משא"כ ב' שהוציאו שט"ח כו' דכשגובה בינונית לא שייך שסמך על הבינונית שיגבה הלה ממנו דאין תועלת שמא ימכרם כשיגב' ויצטרך לגבות זבורית. ולא שייך משום שומא הדרא דהא כשיחזור ויגבה בינונית שלו שהגבה אותם לא יהדרו לעולם דשלו הי'. ושוב שייך שימכור משום דקפיץ כו' ולא שייך התקנה ושפיר זה גובה כו'. ויש לדחות דהא קי"ל כר"פ דמלוה ע"פ גובה מיורשים משום נ"ד אף דלא גבי מלקוחות

דעכ"פ, קצת תועלת לענין יורשים כן תקנתא דעולא דעכ"פ קצת תועלת כשלא ימכור יגבה בינונית לא זבורית ושייך נ"ד כנ"ל:

גם י"ל דהא מאי פריך מה חזית כו' לגבי ב' בינונית ברישא כו' והא נ"מ כשמכר שט"ח. ולכאורה גם לר"ש דבש"ע שמין ג"כ נ"מ שהלוקח שט"ח יגבה בינונית והוא יגבה זבורית. וצ"ל דלר"ש כיון דהדן הפוכי מטרתא ל"ל א"י למכור זכות יותר ממה שיש לו ואצלו אין נ"מ וא"י לגבות כלל בשט"ח זה. אבל לר"נ דהדין זה. גובה וז"ג א"כ גם בלזה בינונית ולזה זבורית ומכר שט"ח שפיר נ"מ דהא מהני מכירתו שהי' יכול לגבות בינונית. וצ"ל ג"כ כיון דמה חזית כו' ויכול בעל בינונית לגבות זבורית והדר מגבי והפוכא כו' חשוב ג"כ שא"י לגבות ולא מהני מכירתו. וא"כ י"ל כיון דמהדין בשלו שמין רק משום תקנתא דעולא. וא"כ כמו דאמר בש"ס פ' אע"פ בלאחר שאגרשה דכיון דמדינא קונם מפקיע משיעבוד רק דאלמוה מדרבנן לשיעבודא לא חשוב לענין לאחר גירושין דשלב"ל דלענין מה שלא תקנו חשוב כאלו לא הי' התקנה וכאלו הי' יכול גם קודם להפקיע ע"ש (דנ"ט). וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות לענין מצאו לקיים כתב יד א' שאין הב' בטל משום מפי כתבם כנ"ל ע"ש. וא"כ ביש לא' עידית ובינונית ולא' זבורית דשפיר מי שגובה קודם מן הדין גבי זה בינונית ונעשו עידית ויגבה לו זבורית רק משום תקנתא דעולא וא"כ כל שלא גבה דלא שייך התקנה מהני מכירתו שט"ח כמו אלו לא הי' התקנה כלל דשפיר יכול לגבות בינונית שלהב' אינו משועבד כ"א זבורית ושפיר נ"מ כשמכר שט"ח כנ"ל. וא"כ שוב אף שלא מכר י"ל דלא שייך שסמך על זה שיהי' לו הבינונית דהא יוכל למכור השט"ח ולא יהי' לו רק זבורית וממילא נשאר הדין דבשלו שמין וזה גובה כו'. ויש לדחות ג"כ כנ"ל:

עוד י"ל דלמאי דקי"ל מטלטלין כל מילי מיטב וכ"ש כסף ממש. א"כ י"ל דתמיד הדין בלוה כמו הי' לו עידית ומכרה דבשעת הלואה הא הי' לו מעות שלוה שנעשה שלו והוי עידית נגד הבינונית ומשתעבדי הבינוני' ואף שהוציא המעות נשאר השיעבוד בינונית כנ"ל. וה"ה אם הי' לו מטלטלין ג"כ י"ל כנ"ל. רק נ"מ או במתחייב מה שאינו חייב דלא הי' לו והוי בינונית עידית כנ"ל. או בלא הי' לו בינונית בשעת הלואה. ואח"כ כשכבר לא הי' לו מעות ומטלטלין קנה בינונית נעשי' מיד עידית דקי"ל לוה וקנה כו' דחל כשקנה לא קודם וגבי רק זבורית ופסק רמב"ם ז"ל שפיר דזה גובה וז"ג כו' דכשיגבה בינונית יהי' קנה אח"כ ואז לא הי' לו רק שטרות על חבירו ואין זה מיטב כלל דאין גופו ממון וגרוע מקרקעות דמאן דיליף ריבוי ומעוטי ממעט רק שטרות ע"ש (ב"ק קי"ז), ולא גבי מהבינונית כשיגבה כנ"ל דבשלו שמין היכא דלא הי' לו עידית ומכרה כנ"ל ולהפ'

החולקים צ"ל דדוקא הי' לו עידית קרקע שמצד שיעבוד ולכך הי' הבינונית משועבדים ולא פקע משא"כ מעות או מטלטלין כל שהי' לו הי' מחויב ליתנם לו ולא הבינונית דמצד שיעבוד כשלא יהי' לו מעות יהי' על הבינונית שם עידית ולכך לא הוי כהי' לו עידית ולרמב"ם ז"ל שפיר למ"ש לעיל דהא דלא אמרינן שיוכל מלוה לברור מטעם דדיני בזוזי ויוכל לומר לדידי שוה לי קרקע זה כזוזי ויצטרך ליתן אף עידית. דבזה ליכא טורח עיין לעיל ס"ק א' רק מטעם כשאין לו מעות אין דינו כלל בזוזי ע"ש. וא"כ כשיש לו מעות ואינו רוצה לשלם מעות וא"י לכופו שוב שפיר יוכל מלוה ליקח עידית ומה שירצה מדינא דכשיש לו דינו בזוזי וא"י לגבות יכול שוב לומר לדידי כו' כזוזי. א"כ אז בשעת הלואה שהי' לו מעות שפיר נשתעבדו הבינונית אף דבשלו והי' עליהם שם עידית נשתעבדו כשלא ירצה לשלם המעות דנכסוהי ערבין הן כשלא יהי' לו מעות והן כשלא ירצה ושוב לא פקע השיעבוד כמו מכר עידית כנ"ל. ואף דבהי' לו רק עידית בשעת הלואה וקנה אח"כ בינונית נראה דגבי בינונית היינו דלא חשוב שנשתעבדו אז רק שלא הי' לו אחרים. ועוד דשייך התקנה כמ"ש הר"ן ע"ש בשם רמ"ה משא"כ כשהן בינונית דעלמא רק בשלו פליגי כנ"ל. ובאמת פי' הב"י ברמב"ם דמיירי בהי' לו עידית ומכרן תמוה מאד שאין דרכו של הרמב"ם כלל להשמיט החילוק שמבואר בש"ס ולכתוב סתם ושנאמר דמיירי בהנ"ל ולמ"ש ס"ל לרבינא החילוק בין הי' לו ואמר סתם בעולא פליגי משום דהוי לעולם כהי' לו זולת באין לו באמת כנ"ל. או שקנה הבינונית כשלא הי' לו כבר המעות כפלוגתא דסוף כתובות. ומיושב שפיר. ובהקנה מטלטלי אגב קרקע שהשיעבוד גם אמטלטלין אפשר דמודים החולקין דהוי כהי' לו עידית אף שאין לו עתה מטלטלין:

סעיף ד

(**ט**) **הי' לו עידית ומכרן**. לכאורה דוקא מכרן. והי' אפשר דכמו חפר בורות כו' בשדה המשועבדת לב"ח אף בינונית הוי מזיק שיעבודו דחייב וצריך לשלם לב"ח עידית כנזקין וא"י ליתן ללוה העידית והוא יתן בינונית לב"ח דהחיוב לב"ח. א"כ להפ' (סי' ס"ו סכ"ג) דגם יורש מוחל שלטובתו מ"מ חייב משום גורם. א"כ י"ל מכר הוי מזיק שיעבודו ושוב אף דבינונית נעשה עידית גובה כניזק. אך ז"א דבדידי' קעביד מעשה וע"י מכירת העידית נפסד שיעבוד הבינונית לא חשוב חיוב משום מזיק. גם בל"ז כיון שיש מה לגבות אינו מזיק כנ"ל. א"כ נראה דאין חלוק וגם שנפסדו העידית ג"כ גובה בינונית דמפורש ברש"י ונ"י דהחלוק רק בין אי אזלינן בתר שעת השיעבוד או בתר שעת גובייא וכיון דאזיל בתר שעת השיעבוד אין חלוק בין מכר ובין אשתדיף. וקצת ראי' דאל"כ למה בש"ס

וס' ה' נקיט הדין בעידי עידית ונפסדו. הוי לי' למנקט רבותא טפי דאף אם הי"ל רק עידית וב' וזבורית וא"ל מגבינא לך מעידית ונפסדו יכול ג"כ לומר עתה הבינונית במקום עידית וליגבי מזבורית דקי"ל בשלו שמין. וע"כ כנ"ל דבל"ז יגבה בינונית אף שנעשה עידית כיון דהי' לו עידית ונפסדו כנ"ל. ומ"מ אינו מוכרח. דא"כ למה נקיט מכרן הול"ל רבותא אשתדיף כנ"ל. ולשון הסמ"ע ס"ק י"א דהי' סמיכת דעתו כו' מבואר דגם נפסדו עידית גובה בינונית כנ"ל. ובהי' לו רק ב' וז' וקנה עידית דלכאורה ג"כ בשעת שיעבוד הי' רק זבורית כיון דבשלו כו'. ואם לחומרא כ"ש לקולא. מ"מ לא משמע כן. דאי כ' דאקני א"כ הי' דעתו על מה שיקנה ג"כ. ובלא כ' דאקני רק משום דמיני' כו' אפשר דלא גבי רק זבורית דלא הי' ס"ד רק על זבורית. מ"מ משמע דאינו כן דמאי דאזלינן בתר שעת שיעבוד הוא רק לגבות בינונית כדינו כיון שהי' שוה כשל כל העולם לא פקע ע"י שנעשה אח"כ אצלו שינוי מלכל העולם:

הלכות גביית חוב ממשועבדים

סימן קטו

סעיף א

כשבא בע"ח ליטרף מהלוקח אם כ' לו הלוה דאקני טורף ג"כ השבח שהחשביח השדה כו' הנכסים מאליהם כו':

(**א**) **אם כ' דאקני** כו'. בש"ס (ב"ב קנ"ז ע"ב) תלי' אי דאקני משתעבד כו' ואי לא לא מצי טריף שבח ע"ש. ותמוה ממ"נ אי מהני למכור ולשעבד הקרקע לשבחא כמו דקל לפירות א"כ גם אי דאקני לא משתעבד דהוי דשלב"ל שאינו שייך הקנין למה שיקנה. משא"כ הקרקע לשבח נשתעבד מיד כיון דמסיק שיעור ארעא ושבחא נשתעבד גם לענין היוקרא ושאר שבח. ואי נימא בשיעבוד לא שייך הקרקע לשבח. דבשלמא בקנין חשוב לענין זה גוף הדקל שלו דהפירות גדלו בדקל שלו. וכמו עבדו לקנס (גטין מ"ג) דאף דהקנס משום הפסד העבד וזה הלוקח לא נפסד כלל דאם הי' חי הי' של מוכר. מ"מ כיון שמכרו לזה הקנס הוי לענין זה כאלו שלו נפסד כאלו מכרו לגמרי. כן ג"כ גוף לפירות אבל שיעבוד לא שייך זה כיון דשיעבוד הוא להיות מכאן ולהבא גובה משעה שיגבה ממילא ליוקרא ושבחא של לוקח השביח ולא שייך שיהי' מיד השיעבוד לענין שיהי' כאלו שלו השביח דאין השיעבוד להיות שלו ואינו חל רק כשבא השבח כנ"ל. א"כ אף אי דאקני משתעבד קשה הא אם הי' מוכר לא' רק הקרקע ליוקרא ושבחא דהי' מהני כמו לפירות וזכה מיד לשבחא וכיון דשיעבוד הבע"ח לא חל עד שבא השבח א"כ

קנאו לוקח קודם השיעבוד ולמה יגבה כיון דטורף רק חצי שבח משום לוה ולוה וקנה דחל ביחד כשבא לעולם ולוקח כבר זכה קודם שבא לעולם. אך י"ל כיון דהזכי' הוא רק הגוף לשבח והא השבח כבר משועבד לבע"ח ולא שייך שזוכה מקודם בגוף לשבח. כמו לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל והי' מהנה הפירות לא' ואח"כ לב' הגוף לפירות דלא הי' מהני דלענין זה אין לו זכות עוד רק משום דיכול לחזור בו אבל בלא חזרה לא הי' מהני. א"כ בשיעבוד דא"י לחזור כנ"ל. שוב כיון דכבר משועבד עכ"פ כשיבא השבח לעולם. ממילא לא מהני המכירה גוף לשבח שיהי' חשוב קודם לבע"ח דהא לענין כשיהי' השבח הוא משועבד לבע"ח. אך מ"מ ז"א דעכ"פ חל ביחד השיעבוד והקנין דג"כ א"י לגבות דדוקא לוה ולוה וקני דשניהם משום שיעבוד או ב' שטרי מכר ביום א' דיחלוקו אבל שט"ח ושטר מכר ביום א' א"י לגבות כלל כשחל ביחד כמ"ש תוס' פ"ק וא"כ הי' נראה לר"מ אם כתב דאקני לבע"ח ואח"כ מכר לא' שדה זו לכשאקחנה קנוי' לך וקנאו לא הי' יכול בע"ח לטרוף דחל קנין דלוקח ביחד עם השיעבוד. וא"כ גם לדידן בשבח כנ"ל אף אם הי' מוכר רק לשבח. וכ"ש דהא המכירה לגמרי ושדה דלוקח הושבח ונתייקר. והרא"ש ז"ל כ' דתקנה שיהי' כאלו היתה עדיין אצל המוכר שלא יפסיד כלום הבע"ח. אולם שאר פוסקים לא הזכירו שיהי' תקנה. וגם הרא"ש אפשר שכתב רק לענין מה שגם הוצאה א"ל ללוקח ע"ש (ב"מ י"ד ע"ב). אבל גוף הדין שטורף כמו דאקני הוא מדינא. (לא נמצא יותר):

הלכות העושה שליח

סימן קכא

סעיף א

שלח לו חובו או פקדונו ע"י שליח אם אמר לו המלוה לשלחו ע"י ונאבדו פטור אפילו לא אמר לו פה אל פה אלא ששלח לו בכתב שלח לי ע"י פ' ושלחם ע"י ונאבדו פטור כו': (א) **אם אמר לו המלוה לשלוח** כו'. אינו מובן למה הוא ממש להיפוך משליחות קדושין וגטין דאם עשתה שליח לקבלה ידו כידה ומגורשת מיד. ואם אמר לבעלה שלח לי גט הפי' שליח להולכה שהוא כמותו. וכאן בעשה מלוה שליח לקבל מעותיו לא מהני להיות כמותו אלא א"כ עשאו בעדים כו' ומטעם דטרח כו' וגם בזה פליגי. ובאומר שלח מהני. ולמה לא נימא ג"כ כונתו שיהי' שלוחך שהוא כמותך עד שיביא לידו כנ"ל. ולכאורה הטעם בלא אמר שלח אמרינן כמו בכל מקום דלא תלינין סתם במחילה או פטור מה שאינו ע"פ דין. ולכך כיון דצריך הלוה לפרוע ליד המלוה למה יפטרנו מן אחריות עד

שיגיע לידו ולכך סתמא לא הוי שליח רק מטעם דטרח כו'. אך א"כ הי' חלוק בין שלוה או הפקיד שם במקום המלוה והלוה או נפקד הלך משם ובין כשלוה כו' במקום הלוה והוא הלך משם דא"צ לשלחו לשם רק שיקח ממנו כאן ויחשב שליח כנ"ל. והא לא חלקו כלל הש"ס והפ'. ועוד דא"כ מה פריך ב"ק ק"ד ממתני' דהגוזל לא יתן לשלוחו כו' דלמא מתני' משום דנשבע ומדינא יוליך אחריו מש"ה לא הוי שליח מסתמא לפטרו ופלוגתייהו היכא דא"צ. אך י"ל כיון דתני אבל נותן לשליח ב"ד ושוב א"צ להוליך וממילא גם לשלוחו יתן. אך כיון דזה הי' תקנה לפירש"י כדי שלא יוציא ק' על ק' וא"כ כיון שיש כאן שלוחו דנגזל שיוכל לשלחו בלי הוצאה רק שיהי' באחריותו שוב לא סגי בנתינה לשליח ב"ד וצריך לשלחו ואחריותו עלי' וממילא י"ל דלא פטרו נגזל בעשיית שליח כנ"ל. אך אפשר דא"צ להאמין לאחר אף שעשאו שליח וג"כ סגי שיתן לשליח ב"ד כנ"ל:

ובזה מיושב לע"ד תמיהת תוס' שם ד"ה בשכירו כו' אמאי לא אמרה ר"ח אהא. וגם למה לא פריך ממתניתין דקאי עלה מעיקרא ע"ש. ולמ"ש י"ל דלא מצי פריך ממתניתין דהוי מ"ל כנ"ל דר"ח לא קאי אמתניתי' דנשבע רק היכא דא"צ להוליכו למקום המלוה או נפקד שלוה כאן והלך לו המלוה כנ"ל. ולא קשה ממתני' דצריך כנ"ל ולכך פריך ממתני' דהשואל דתנן וכן בחזרה ואמר עלה ר"ח גופי' (ד"פ ע"ב) דדוקא תוך ימי שאלה ע"ש וא"כ ג"כ א"צ להוליכה לשם ומ"מ חייב. ומשני כדאמר ר"ח בשכירו כו'. דמשאלה אין קושיא די"ל דלא רצה להתחייב באונסין עד שיבוא לידו שיהי' הנאה שלו רק מחזרה ומשני כנ"ל. ושוב כיון דבחזרה דוקא שכירו אבל שליח מהני ממילא גם בשאלה כן. ובזה תלוי בו שלא רצה להתחייב וכמו בפטור היכא דצריך להוליכו ואעפ"כ הוי שליח לר"ח ושוב פריך ממתני' דהגוזל אף דצריך להוליכו יועיל שליח. וכן ר"ח עצמו דבאמת קאי אמתני' אף שצריך סבר דהוי שליח ומוקי בשכירו ולקיטו כנ"ל. עכ"פ מוכח שפיר דאין חילוק בין שצריך או א"צ:

וי"ל הטעם למאי דאמר ספ"ק דגטין תן הולך כו' בא לחזור אינו חוזר ושמואל ס' מתוך שחייב באחריות יכול לחזור ע"ש. והטעם נראה נהי דהוי כזכי שמחויב לפרוע אבל אינו מחויב לפרוע רק בענין שיפטור מאחריות אבל זה אין חיוב עליו שיהי' ב' הריעותות שיהי' באחריותו ולא יוכל לחזור. ולכך הוי כמתנה ויכול לחזור בו ג"כ דאינו רוצה במה שאינו חיוב עליו. ואנן דקי"ל כרב משום דכיון שנותן סתם ממילא זכה עבורו. ומ"מ הדין ממילא דחייב באחריות דאין חבין כו' וכשאינו רוצה הי' לו להתנות שלא יזכה כנ"ל. וא"כ בעושה שליח שלא בעדים שלא ידע לוה או נפקד שהוא שלוחו. ממילא גם

אם יהי' איש מהימן ללוה ויתן לו מ"מ מסתמא אינו רוצה שיהי' ב' הריעותות. ובאמת נפרש מסתמא שיוכל לחזור בו כיון שחייב באחריות ושוב באופן זה שיוכל לחזור אין המלוה רוצה שיהי' באחריותו דהוי נגדו ב' ריעותות אף שעושהו שליח כנ"ל. רק בעשאו בעדים דיהי' לו קול או יקח ח"י וכה"ג או שיהי' עבידא לגלויי ויאמין לשליח שהוא שלוחו דאז יתן לו באמת שלא יוכל לחזור ויהי' אחריות אמלוה הוי שליח לר"ח. ולרבה כיון דמסתמא העדים לא ילכו לשם ג"כ שייך טעם הנ"ל דממ"נ אם לא יאמין לא יאמין שעשאו שליח לפטור מאחריות וג"כ יתנה שיוכל לחזור כנ"ל וממילא אינו רוצה שיהי' באחריותו. ור"ח סבר דלהכי טרח בעדים דלוקי ברשותי'. היינו כדי שעי"ז ידע הלוה או נפקד שזה שלוחו ויתן לו לגמרי בלי תנאי שיודע שפטור מאחריות. וא"ל דליקו ברשותי' אין תועלת בעדים דעדיין לא יתן כנ"ל:

ובאמרו ללוה שלח אף היכא דצריך להוליכו למקומו וא"כ למה לא נאמר דכונתו לשלוח ע"י שלוחו דלוה. ובשלמא כשא"ל ע"י פלוני א"כ מורה זה דליקו ברשותי' דלהיות שליח דלוה מה לו לצוות ע"י מי. וזה נראה טעם הפ' דדוקא מיחד איש. אבל רוב הפ' דגם סתם שלח או ע"י מי שתרצה. ובזה אין הוכחה כלל כנ"ל. וי"ל או דכיון דאם א"ל שלח ואח"כ עשה שליח לקבל ודאי דהי' מהני דשוב הוי שליח לקבלה דכמותו דלא שייך ב' הטעמים דלעיל דהא יודע לוה. וא"כ אף שלא חזר ועשאו שליח הוי כאומר אמרו שמצוה ללוה לעשות שליח עבורו למי שירצה. והוי שלח הפי' שיעשה ש"ק וכיון דעושהו מדעת הלוה מהני לכ"ע. אך למה נפרש כן. ועוד בנכרי וחשו"ק לא שייך כנ"ל:

או י"ל דהוי כאומר תן מנה לפלוני כו' (קדושין ד"ז). דמה שנותן בציויו הוי כאלו נתן לה ומקודשת מדין ערב. משא"כ באינו אומר רק לאחר קבל מזה מנה לא מהני מדין ערב וע"כ כמ"ש הרא"ש גבי אומר צאי וקבלי קדושיך (שם י"ט) דלא מהני מדין ערב כיון שלא אמר לנותן ע"ש וכ"כ תוס'. א"כ כאן דוקא באמר לשליח לקבל צריך מדין שליחות כנ"ל. משא"כ אומר ללוה שלח או תן לפלוני מה שאתה חייב לי ונותן הוי כאלו נתן ופרע למלוה. ואף דשם צ"ל ואתחייב לך או ואתקדש וכאן אין צ"ל והפטר. היינו דשם א"ל ואתחייב נהי דהוי כאלו נתן לו ולא אמר כלום אמרינן מתנה יהיב כמ"ש הרבה פ' וצ"ל ואתחייב משא"כ בלוה שחייב ונתן סתם דלכ"ע לפירעון לא מתנה דלא שביק איניש כו' כמ"ש הפ' ממילא סגי באומר תן לפלוני לחוד כאלו נתן למלוה סתם דהוי פירעון כ"ש שאמר בפירוש מנה שאתה חייב לי כנ"ל:

אך עדיין אינו ברור דבאומר תן שיהי' של פלוני שייך מה שנותן בציויו כי' אבל באומר שלח א"כ אין הכונה ליתן למי שירצה שיהי' שלו שיהי' שייך דין ערב רק בתורת שליחות א"כ עדיין י"ל בתורת שליחות דלוה כנ"ל:

והסמ"ע לעיל ריש סי' ק"כ כ' החלוק דגבי זרוק כו' בעי דוקא והפטר וכאן בשלח סגי בל"א והפטר. וכ' הטעם דשם תיב ונטר קאמר משא"כ שלח אין סברא שילך עמו לשמור ע"ש. ואינו מובן לע"ד הא גם אם יהי' באחריותו ג"כ אינו עם השליח לשמור. והא זה עצמו שיהי' שלוחו דלוה חשיב תיב ונטר היינו ששלוחו ישמרנו ויהי' באחריותו ולמה יהי' הפי' יותר שהוא ישמרנו ע"י שיחשב שלוחו יותר משמירת לוה ע"י שיהי' שלוחו כנ"ל. ונראה לע"ד דהטעם דלרוב הפ' דזרוק מנה לים ג"כ חייב מדין ערב דע"י שמוציא מעות מרשותו בציויו חייב ע"ש בר"ן פ"ק דקדושין ואף דבקרע כסותי בא"ל בתורת שמירה חייב. ולכאורה הא עכ"פ בציויו והוי כזרוק לים דשוב חייב המצוה ושוב יפטור. אך י"ל דשם אינו מוציא מרשותו כלל ע"פ ציויו וכיון דלא א"ל והפטר אין דין ערב. משא"כ זרוק לים דמוציא מרשותו כנ"ל רק לעיל בזרוק חובי כיון שהוא מקום המשתמר ויכול לשמרו א"כ ברשותי' דמרי' איתא ולא חשיב כלל מוציא מרשותו בציויו דתיב ונטר כנ"ל. וממילא כאן בשלח כו' כיון דקי"ל הולך ותן כזכי בחוב א"כ במה שנותן לזה אף שיחשב שליח דלוה ג"כ קי"ל כרב דבא לחזור אינו חוזר רק באחריותו הוא דאין חבין כו'. אבל באמר שלח כו' כיון דזכה שא"י לחזור שוב הוציא ממון מרשותו והוא ע"פ ציוי מלוה ושוב מדין ערב הוי כנתן לו ונפטר מאחריות כנ"ל כיון דיצא עכ"פ מרשותו כנ"ל. אף שאינו של השליח כנ"ל לא מגרע כנ"ל. ואף שמואל דסבר יכול לחזר ר ג"כ מודה דהא גם לדידי' א"י לחזור דזכה רק מתוך שחייב באחריות יכול לחזור. א"כ בהנ"ל דאמר שלח כו' דאם יהי' הדין דא"י לחזור שוב הוציא מרשותו ואין הלוה חייב באחריות ממילא א"י לחזור כנ"ל. רק לתוס' שם דבלאו ה"ט ס"ל הולך ותן לאו כזכי לא שייך כנ"ל. ואינו מועיל שוב אף שאומר לוה זכי דמ"מ באחריותו דבאמירת מלוה שלח אין בכלל שיהי' ע"י שיאמר זכי כיון דסתם הולך ותן לאו כזכי. א"כ שוב אף דאומר זכי לא הוציא מרשותו בציוי מלוה רק מעצמו ואין דין ערב וממילא הוא חייב באחריותו כנ"ל. והי' מיושב תמיהת תוס' דפריך לשמואל מה תקנתי' הא י"ל שלח ולהנ"ל לשמואל לא יועיל. וצ"ל במשנה באומר שיזכה לו ובזה לא מיירי כנ"ל. אבל לדידן כרב דהולך ותן כזכי שוב במה שאומר שלח בכללו שיאמר הולך ותן דכזכי וחשיב מוציא מרשותו כנ"ל. בציוי ונפטר מאחריות כנ"ל. וא"כ עכ"פ צ"ל הולך ותן וכשהי' מקודם ביד שליח שאינו כזכי לא הי' פטור. וכן נכרי שאינו בר זכי' חשוב כאלו עדיין ברשותו כיון שיכול

לחזור וממילא באחריותו כנ"ל. וכן אם לא אמר הולך כו' רק צאי ופרעו כו' ג"כ לא נפטר אף שאמר שלח כו':

גם י"ל כיון דאמר שלח הפי' כדין שמחויב לשלם לו או להחזירו. וכיון דב' הריעותות אין חיוב על לוה שלא יוכל לחזור בו ושיהי' חייב באחריות כמ"ש לעיל א"כ כיון שא"י לחזור בו בהולך ותן ממילא יהי' פטור מאחריות. דגוף הסברא מודה רב דמתוך שחייב באחריות כו'. רק כיון דאמר הולך או זכי א"כ נתרצה לוה באופן זה דיודע שאי"ל ולאחריות אין חבין עכ"פ כו'. אבל כשהוא מדעת מלוה א"כ ודאי דהלוה רוצה ליפטר מאחריות כיון שלא יוכל לחזור וכשאמר מלוה שלח הוא על אופן דסתמא ישלח הלוה כן שיפטר וממילא דעת מלוה לפטרו אף שלא פירש כנ"ל. וא"כ דוקא כשאומר הולך ותן כו' אבל צאו כו' או פי' שיוכל לחזור לא נפטר כלל כנ"ל:

שוב מצאתי בנ"י פ' השואל ובש"מ בשם הראב"ד ז"ל שם שתמה ג"כ אהא דא"ל שלח דהא שלוחו דמשאיל הוא. ותי' ב' התי' הנ"ל או דאמר להם שעשאן שלוחים ע"י וא"ל לזכות בשבילו או משום דהוציא מרשותו מדין ערב ע"ש. עכ"פ מבואר ג"כ דוקא באומר להשליח שהוא שליחו דעשאו ע"י. או דא"ל זכי. ועל תי' א' ג"כ קשה דבאמירת שלח אין בכלל שעושהו שליח קבלה וע"כ צ"ל כמ"ש. וכן תי' ב' קשה ג"כ דלא הוציא כלל מרשותו וצ"ל ג"כ כנ"ל. וממילא באינו מודיע לשליח שהוא פרעון רק סתם שיתן לפלוני דבמתנה לא הוי כזכי כנ"ל. אינו מכוין לזכות כלל לפלוני ממילא לא נפטר אף שאמר שלח ומסתימת הפ' לא משמע כן. ובפקדון עכ"פ הוי רגיל להפקיד ומהימן למפקיד כיון שא"ל שלח ופטור כשומר שמסר לשומר ברגיל כנ"ל משא"כ בהלואה כנ"ל. ובאמר ללוה שלח עי"פ ועשה אותו שליח בשבילו לקבל נראה דג"כ מהני אף שלא בעדים אף דאלו עשאו עצמו שליח לא הי' מהני מ"מ ע"י הלוה הוי כעשאו בעדים שהרי יודע לוה בבירור. כן משמע מנ"י שם פ' השואל ואף דלא אמר לו שלח רק שיעשה שליח בשבילו לקבל כנ"ל. וממילא ג"כ באמר ללוה או כתב לו שעשה את פלוני שליח נקבל מעותיו מהני ג"כ כעשאו בעדים. ורמב"ן במלחמות ב"ק שם מפורש דבאומר שלח ע"י פלוני היינו שמפורש ע"י פלוני שעשיתיו. שלוחי. ומשמע דתרתי בעי ואפשר דכונתו כיון דא"ל שלח לי ע"י פלוני מסתמא הפי' בשביל שעשיתיו שליח לקבל ולכך אפשר דאף אי באמת לא עשה שליח לפלוני מ"מ כיון דא"ל שלח ע"י פלוני שמשמעותי' שעשה לפלוני שליח וממילא נפטר זה מאחריות כשיתן לו שוב הוי כאומר והפטר כנ"ל ואף שלא עשאו שליח פטור כנ"ל. וממילא לרמב"ן ז"ל בלא ייחד פלוני רק ביד מי שתרצה לא מיפטר עד שיאמר זכה לי ע"י מי שתרצה וכה"ג. ובריטב"א מפורש ג"כ בשם הראב"ד

כנ"ל דדוקא או שאמר המשאיל לשליח הולך לפלוני שציוה שתהי' שלוחו לקבל. או שציוה שתזכה בשבילו ע"ש:

(**ב**) **ואפילו לא אמר לו פא"פ כו' בכתב** כו'. בסמ"ע וש"ך דט"ס ברי"ף דבזה א"צ למנהג רק בכ' סתם שלח לי ונתנו למוביל הכתב בזה מצד המנהג ע"ש בדו"פ שנדחקו בטעות זה. ואמת כדבריהם שמצאתי בתמים דעים להראב"ד ז"ל סי' ס"ג שהביא ד' הרי"ף דהיכא דאתנו מעיקרא כו' תנאי ממון וקיים כו' פטור מאונסין. וע"ז כ' א"א והוא שלא פשע שאם שלח ביד מוחזק כפרן כו' ע"ש. עוד כ' הרב ז"ל והיכא דשדר לי' חבר' כתבא וא"ל שדר לי האי מידי דא"ל גבך ויהבינהו ניהלי' לא מיחייב באחריותו דהכי נהגי תגרי האידנא כו' ע"ז כ' א"א כו' ואפשר שכך נהגו התגרים שהם מוסרים ממון לזה משיביא להם הכתב והוא שנהגו כו' ע"ש. מפורש גירסתו ברי"ף שכ' סתם שדר לי כו' ויהבינה נהלי' היינו למביא הכתב. ותימה על הש"ך ז"ל שס' תומת ישרים הי' נדפס כבר שמפורש כנ"ל. וגם בנ"י וברא"ש כ' לשון הרי"ף והיכא דשדר לחברי' כתבא וא"ל שדר לי מידי דא"ל גבך בהדי פלניא ויהבינה ניהלי' לא מיחייב דהכי נהגי ע"ש. א"כ א"צ להג"ה כלל רק בהדי פלניא צ"ל מוקדם דשדר כתבא בהדי פלניא וא"ל שדר לי כו' ויהיבני' ניהלי' כנ"ל. וא"כ אם שלחו ביד אחר חייב גם לפי המנהג. ובא"ל שלח ביד מי שתרצה כ' ב"י וסמ"ע דהוי כייחד אדם. והגי"ת כ' שהוא דבר זר דסתם שדר לי ג"כ ע"כ הפי' ביד איזה שתשלח ע"ש ולע"ד אינו קושיא דסתם שדר לי הוא רק תביעה שיחזור לו מעותיו ואינו ענין אל השליחות. וכן משמע לשון בעה"ת שם שער נ' ח"ט אם שלח המלוה כ' אגרת של שלום וכ' בכללה ק' שיש לי בידך שלחהו לי ביד לוי וכן עשה ע"ז כ' הרב כו' והיכא דשדר כתבא כו' שדרינהו ניהלי' כו' דהכי נהגי כו' ומשמע למאן דדאיק בלישנא שאע"פ שלא ייחד לו המביא אם רצה לוה יש לו למסור המעות ליד מי שמביא הכתב ומיפטר כו'. אבל רמב"ם ז"ל משמע דס"ל דצריך ליחד לו השליח בפי' כו' והראב"ד כ' במנהג כו' ע"ש. ולפי גרסתו ג"כ לא כ' הרי"ף ביד פלניא כו'. והנה דבריו תמוהים הרבה לע"ד שהתחיל ביד פלניא וכ' ע"ז כ' הרי"ף כו' והא בייחד לכ"ע פטור א"ל נאמר שגם בבעה"ת ט"ס. וגם למה כ' מאן דדאיק הא מפורש כיון דלא גרס ביד פלניא ועוד קשה להיפוך כיון דהמנהג לשלחו ביד מביא הכתב א"כ הוי כייחד פלוני ששולח ע"י הכתב. גם מה מביא מהרמב"ם שחילק הא כ' מדינא וגם הרי"ף מודה דמדינא חייב. ותימה על גי"ת שלא העיר כלל. גם תמוה לשונו שכ' אגרת שלום למה לי' זה. ולכך צ"ל שזה עיקר הספק שלו שאם הי' כותב שלח ביד פלוני פשוט דמהני רק כשכותב בכלל אגרת שלום נראה שאין הכונה על השליחות רק דרך אגב והוי כממציא לו שליח אם

ירצה ישלח ע"י ומפרש גם ד' הרי"ף כן שכ' והיכא דשדר כתבא לחברי' וא"ל שדרינהו כו' ולא כ' דשדר כתבא שדרינהו משמע שאין זה עיקר הכתב רק דשדר כתבא אגרת שלום וא"ל היינו בכללו כמו שהתחיל בעה"ת כנ"ל. וע"ז כ' מנהג מלתא כו'. וע"ז כ' מאן דדאיק בלישני'. משמע דאם הי' הכתב רק שדרינהו אף שלא ייחד אדם הי' מהני ביד מי שירצה וא"צ למנהג רק לפי שהכתב ענין אחר ובכללה א"ל שדרינהו הוא מצד מנהג וע"ז כ' שמשמעות הרמב"ם דוקא ייחד כו'. כן צ"ל דבריו בדוחק. והפ' לא חלקו כלל בין בפירוש בין בכללו כנ"ל. ועכ"פ לשיטת ב"י שפיר יש לחלק בין סתם שלח שהכונה רק להחזיר מעותיו. ובין ביד מי שתרצה דע"כ מיותר והכונה על השליחות והוי כייחד שמי שירצה יהי' שלוחו כנ"ל:

ומ"מ לדינא צ"ע לע"ד דהרי מפורש בהרי"ף ז"ל והיכא דאתנו מעיקרא לשדורי ביד מאן דבעי כו' תנאי ממון הוא וקיים ע"ש. ומבואר דדוקא אתנו מתחילה א"כ מעולם לא נתחייב לשלם רק למי שירצה לשלוח ע"י אבל הלוה סתם ולא אתנו רק אמר אח"כ שלח ביד מי שתרצה לא נפטר כיון דלא שייך טעם הרמב"ן ז"ל שעשיתיו שליח כיון שא"י ע"י מי וכן מדין ערב לא שייך שסומך על נאמנותו ואדרבא משמע להיפוך דסומך על הלוה שיעשה שליח נאמן והוי כאומר עשה אתה שליח וממילא באחריותו וכן הרמב"ם ז"ל מפורש ע"י פלוני. וסתם משנה ג"כ שלח ע"י בנך עבדך כו' ואף דתני ביד שלוחך מ"מ הא מוקי בשכירו ולקיטו דג"כ הוי כייחד. ועוד דמיותר ביד שלוחך דע"י מי שישלח יהי' שלוחו וע"כ הפי' דפוטרו. משא"כ סתם. וי"ל ג"כ ביד מי שתרצה הוא מיותר כמו שלוחך והוי כאומר והפטר שעושה שליח למי שירצה לשלוח ע"י. ואף אי נימא דתלי' בדין ברירה מ"מ להחזיק בתולה בד' אחרים יש ברירה. אבל בשלח לו סתם שאין כאן שום יתור לשון נראה כדעת ב"י דלא הוי כייחד אדם והוי הפי' רק שיהי' שלוחו דלוה ולא נפטר כנ"ל:

והיכא שנתן לשליח שלא בעדים אף דאמר ביד מי שתרצה נראה דאם השליח כופר דחייב לוה דהוי פשיעה שלא נתן בעדים כמו שפי' הרמ"א לקמן ס' י"א דלא שייך שסמך עליו דנאמן הוא כיון שלא אמר למי ע"ש. וא"כ אפשר דאף שנאנס חייב דהוי תחלתו בפשיעה ענין כפירה שמסר שלא בעדים וסופו באונס דחייב. וגם (חסר סיום הענין):

סעיף ה

טען המלוה או המפקיד אין זה כתב ידי כו' אם זה ממון נפקד אצלו שלא בעדים כו' מתוך שיכול לומר להד"ם או החזרתים לך מידי לידך נאמן כו' ואם הוא מלוה בשטר

אין הלוה נאמן וחייב לשלם אחר שישבע המלוה שבועה חמורה שאין זה כתב ידו אם טען הלוה ישבע לי (השליח) צריך לישבע שה"ש:

(ג) **מתוך שי"ל להד"ם או החזרתים לך מידי לידך נאמן** כו'. לכאורה ל"ל מיגו הא טוען ברי החזרתי כיון שהכרתי כ"י כאלו נתן לידו. ומשמע דכיון שאומר שנתן לאחר רק דטוען שזה שלוחו צריך לברר וכמו מחלת דא"נ בלי מיגו שאינו עומד לכך כפירעון, וכן זה ליתן ע"י אחר. אך זה שייך אם טען מלוה שלא הסכים כלל. אבל הלשון משמע שיש עדים שהסכימו שישלח ע"י המביא כו'. וא"כ עומד לפרוע באופן זה. וצ"ל כמ"ש הש"ך בס' בשובר דיד בעה"ש עה"ת היכא שבלא השובר הי' חיוב בלי שטר ע"ש גבי סלעין דינרין. וכן מלוה ע"פ תוך זמנו ויש לו שובר דלא מהני כשאינו מקוים. גם בזה כיון דהי' ודאי חייב להחזיר לידו ואחריות עליו רק שרוצה להיפטר ע"י שאמר שישלח ע"י כו' צריך לברר שהוא כו':

לכאורה א"כ מה מיגו הוא דלהד"ם או החזרתי הא השליח הוי עד ראה שנתן לו וכשיטעון להד"ם או החזרתי יצטרך לישבע והא משאיל"מ. דאינו נוגע ע"ז שקבל אדרבה יהי' פטור משבועה אם יאמר שלא קיבל דהלוה מודה וגם שטוען נאנס מידי מ"מ ע"ז שקיבל א"צ שבועה והוי עד שלא החזיר מיד לידי. ואפשר דמיירי שהשליח אינו מכיר אם זה הפקדון ולא אמר לו הלוה רק ששולח זה ע"י לפלוני. והי' מיושב לשון הטור דנקיט אם הסכימו תחלה דלמותר לכאורה גם בלא הסכימו מהני כ"י שלחה לי ע"י זה כמ"ש לעיל. ולהנ"ל א"ש דא"כ הי' שליח יודע כנ"ל ודוחק. וי"ל כיון דכה"ג אמרינן מיגו בשנים כמ"ש תוס' קדושין (מ"ג) כיון שנוגע להם אף דב"כ וב"כ פטורין ע"ש א"כ גם בהנ"ל כיון שע"כ צריכין לחשוד ששניהם משקרין וא"כ אית להו מיגו דהוי שתיק השליח והלוה הי' טוען להד"ם או החזרתי לידך. וכן מ"ש בשטר מיגו דנאנסה והא העד מעיד שקיבל מידו ולא נאנסה אצל הנפקד. וכאומר לא לויתי כאל"פ דמי. וצ"ל ג"כ כנ"ל דיש לעד מיגו דשתיק והי' לוה נאמן במיגו כנ"ל:

עוד י"ל כאן מיגו שראה שנאנס ביד השליח דהא שומר שמסר לשומר ג"כ פטור כשיכול לישבע דקי"ל כרבא דרק משום את מהימנת כו'. וממילא הי' פטור גם לפי טענת מלוה שלא עשאו שליח. דעכ"פ הוי נפקד שלו ונאמן בשבועה נאנסה כנ"ל. אך א"כ יהי' נאמן בלא שבועה חמורה דכשטוען נאנסה ביד השליח שראה יהי' השליח עד מסייעו שאינו נוגע דיכול לומר שלא קיבל או החזיר ולא יצטרך לישבע כיון דלוה מודה שראה שנאנס ופטור כמ"ש טור לקמן כשראה שעשה שליחותו. וי"ל מ"מ עתה שטוען שליח נאנס הוי עד הצ"ש נגד המלוה כיון שזכה עבורו אף לפ"ד מלוה שלא שלחו מ"מ הולך כזכי וחייב

להחזיר למלוה אם יש בידו. וא"י לפטור הנפקד. ולכאורה יהי' אצל הנפקד רק כפירת שבועה דטוען שהי' כת"י ונפטר ואינו צריך לישבע שנאנס כלל ביד שליח. אך ז"א כיון דא"נ בלא מגו שהי' כת"י שוב צריך לישבע שנאנס ביד שליח. וגם עכשיו צריך לישבע שכת"י כנ"ל:

(ד) **ואם הוא לוה בשטר כו' וחייב** כו'. אף דכיון שהסכים לשלוח בלי חזרת השטר א"כ אין כאן חזקה דשטרא בידי מ"ב מ"מ הכת"י הוי כשובר ועדיין כשאינו מקוים שייך החזקה. ומה שצריך מלוה שבועה חמורה לכאורה כחנוני על פנקסו כיון דלוה מפסיד עכ"פ אך כשאין עדים כשנתן לשליח כלל יכול מלוה לטעון שמא לא נתת כלל ואינך מפסיד ואין עלי חיוב שבועה כלל. והוי ככפירת שבועה. אולם נראה ליישב בזה ד' בעה"ת הובא ב"י הטעם שזה דומה למה שאמרו ואי טעין אישתבע לי משתבע ע"ש ותמוה מה ענינו. אי טעין ודאי גם כאן חייב ואי לא טעין מה קאמר ולמ"ש א"ש דגם בעה"ת סבר הטעם משום שמפסיד לוה רק די"ל כנ"ל שאין המלוה מאמין שמפסיד כלל ע"ז שייך שפיר דהא הוי כטוען אישתבע לי כיון דלדברי לוה והשליח עכ"פ מפסיד וחייב מלוה שבועה שוב אף שא"י אם אמת מ"מ הוי שוב כטוען אשתבע לי וחייב כנ"ל:

(ה) **צריך לישבע שבועת השומרין**. לכאורה הא לוה מודה שאינו שומר שלו כיון שכת"י ונפטר מיד שנתן לוה ומלוה מודה ג"כ דאינו שומר שלו רק דלוה שלא ציוה. ועדיף הודאת תובע מנתבע ואף דשליח מודה שהוא שומר של מלוה הוי כט"ח כו' ופטור משה"ש. וצ"ל דמ"מ אף שלא ציוה מ"מ נתכוין לזכות בשבילו וחייב בשמירתו:

ולמ"ש לקמן שכיון שתובע את הלוה אינו רוצה בזכות שזכה עבורו שלא מדעתו ובטל. ממילא אינו שומר שלו והלוה אומר שמדעת מלוה ונפטר ואינו שומר שלו. ואף דקודם ששילם הלוה יכול מלוה לתבוע מדר"נ ולא יועיל הודאת לוה ז"א דאית לי' נכסים כיון שמחויב כו' ואחר ששילם שהלוה יכול לתבעו מדר"נ שמגיע לו ממלוה שפרעו שלא כדין והשליח חייב למלוה שזכה בציויו ולא מועיל הודאת מלוה בשיעבודא דר"נ וכאן חשיב ל"ל נכסי דהרי כופר מלוה. והי' מיושב בזה מה דנקיטו הטור והמחבר שבועת מלוה קודם ואח"כ שהשליח ישבע ג"כ. דלכאורה שבועת שליח ש"ד ממש ודמלוה דרבנן. וכן שמא ישלם שליח ואיך מלוה ישבע קידם. ולהנ"ל א"ש דאין שליח חייב שה"ש רק כשלוה שילם כבר וממילא צריך מלוה לישבע קודם וליטול כנ"ל. או י"ל למה דאמר פ' הכותב אי פיקח כו' מוקי להני קמאי במלוה דמשמע דאף שנתן בתורת פירעון א"כ פרעון השני צריך לתבוע. וע"כ דלא פרע רק שיפטור אבל כשחייב לשלם שנית נעשה פירעון הראשון כמלוה ע"ש (דפ"ח) וא"כ גם כאן כיון דמלוה כופר וצריך לשלם

שוב נעשה מה שנתן לשליח אף שהי' בציוי מלוה כמלוה ושפיר הוי שומר שלו כנ"ל. אך גם שם צריך טעם כיון שכבר פרע הוי כגוזל עכשיו ואיך יבטל למפרע:

סעיף ו

אם התובע מודה שהוא כ"י אלא שאומר לשליח איני מאמינך שנאנסו כו' הי' מחרים על הלוה או הנפקד שנתנו כו':

(ו) **הי' מחרים** כו'. משמע גם בשטר כן אף דלא עדיף שליח ממלוה גופי' דא"נ פרעתי כן לשליח דשטרא בידי מ"ב וסתמא לא נתן לו. צ"ל כיון דכת"י לשלוח לו ע"י זה בלא השטר הוי כשובר ואין כאן חזקה הנ"ל. ואף שאינו מחויב ליתן צריך לומר דל"ד לתוך זמנו והוי כסתם הלואה כנ"ל:

סעיף ז

בד"א שהשליח מודה כו' אבל אם כופר במלוה או במפקיד כו' והם אומרים לא קבלנו אינו נאמן אפילו הם ב' מפני שהם נוגעים בדבר כו':

(ז) **שהם נוגעין לפי שצריכין לישבע**. אינו מובן לי לשון זה דבנידון ש"ס (קידושין מ"ג) דשלוחי לוה שייך נוגעין. אבל כאן דמודה שכת"י הם בע"ד גמורים שחייבים למלוה וטוענים פרעתי ומ"ל להזכיר עד הצ' שבועה כאן. ואם לענין לפטור הלוה מח"ס שקיבלו לענין זה לא הוי נוגעין דאדרבא מחייבין א"ע שקיבלו ואינו ענין למה שצ' שבועה על שנתנו למלוה. ואף דא"א להם למיפטר מלוה אא"כ אומרים שקבלו ונתנו למלוה דאל"ה יצטרכו לישבע שלא קיבלו מ"מ גם שנתנו למלוה צ' לישבע ואין נגיעה רק פסול דעהצ"ש כמ"ש תוס' שם והא א"צ על שקיבלו מלוה. וצ"ל דמ"מ חשיב כנ"ל:

סעיף ח

אם השליח כופר בנפקד או בלוה כו' נשבע השליח ללוה או לנפקד:

(ח) **נשבע שליח ללוה** כו'. היינו במעמד לוה דהא הפטור נגד המלוה. והלוה נשבע היסת וי"א כו' [עכ"ל הטור] כ' ב"י אף שהוא ט' ספק מ"מ הוי הוגד מפי ע"א אף שנוגע כו' ע"ש. והא פסקו סי' ע"ה דהוגד מפי נוגע אינו חשוב ברי לחייב היסת רק שאר פסולין מגזה"כ לא נוגע. וי"ל כמ"ש תוס' דהא אינו נוגע די"ל פרעתי למלוה וב"כ וב"כ צריך לישבע. רק עהצ"ש פסול וזה שוב מגזה"כ והוי הוגד מפי פסול דמשביע היסת כנ"ל:

סעיף ט

בד"א כו' הולך לפלוני מעותיו שבידי כו' שהשליח אינו נאמן לפי שהוא נוגע כו':

(**ט**) **שהוא נוגע** כו'. זה דין הש"ס דקודם היסת אינם נוגעין דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה ע"ש (קדושין מ"ג). וקשה דקי"ל (סי' קכ"ה) הולך ותן כזכי ואם בא לחזור אינו חוזר. ואם החזיר והעני לוה ואי"ל ממנו מחוי המחזיר לשלם. א"כ אם יאמרו אהדרינהו

חייבין. שוב ראיתי בש"ך בשם ראב"ן הקשה כן. ודוחק שהתנה בפי' שלא יזכו דסתמא אמר. והגמ' י"ל כיון דפליג שמואל בהולך כו' מתוך שחייב באחריות חוזר כו' דמסתמא אינו רוצה שיהי' אחריות עליו ולא יוכל לחזור כו' רק רב ס"ל דמ"מ כן א"כ י"ל במעות מותרין דהוי היתר תשמיש מודה רב דאמרינן סתמא שיהי' השליח יכול להוציא עד שיתן למלוה ויהי' באחריותו דמתוך שאינו חוזר ודאי הי' כונתו שלא יחייב באחריותו רק השליח כנ"ל וכה"ג אין קבלת השליח כלל זכי' עבור המלוה רק לעצמו בתורת הלואה ושישלם למלוה דמלוה ברשות בעלים קי"ל להוצאה ואף דהיתר תשמיש רק ש"ש היינו דלא רצה רק לפקדון רק כשורצה להוציא יתחייב משא"כ בזה דקני מיד כדי להוציא הוי כמלוה דאם יזכה עבור המלוה לא יהי' רשאי להוציא שלא מדעת מלוה. ושוב אינו מכוין לזכות רק לעצמו בתורת לוה דל"ד לפקדון מותרין דאף שלא יזכה מיד יהי' רשאי להוציא כשירצה משא"כ כאן. והולך ותן אינו מפורש זכי רק אם ירצה יוכל לזכות כמ"ש הר"ן פ"ק דגטין. וכ"ש כאן כדאמר בש"ס (ב"ק ק"ד) גבי שליח שעשאו בעדים דלהכי טרח בעדים כדי דליקו ברשותי' לאונסין ע"ש. כן בהנ"ל כשנתן המעות להשלוחי' בעדים אמרינן דטרח בעדים כדי שיהי' הלואה בעדים לס"ד דמלוה בעדים צל"פ בעדים כו' משא"כ פקדון דיהי' נאמן גם בעדים מיגו דנאנסה. וא"כ כיון שזכה לעצמו בתור הלואה לא זכה עדיין עבור המלוה ויכול לשלם ללוה ומצי אמר אהדרינהו כו'. ומיושב תמיהת תוס' פ"ב דקדושין מה פריך אי סבר מלוה בעדים צריך לפ"ב כו' הא פקדון לכ"ע א"צ. ותי' דצ"ש נאנסה אבל עדיין ק' למה נקיט מלוה ולא מפקיד. ולמ"ש א"ש דהיינו מלוה דאל"ה אי"ל אהדרינהו כו' וס"ד דסבר צלפב"ע ולכך טרח בעדים שלא יהי' נאמן פרעתי וע"כ שיהי' הלואה. ומשני קסבר א"צ לפב"ע ומ"מ לא דמי למפקיד שאינו רוצה שישתמש סתם שמא יצטרך משא"כ כאן כדי ליתן למלוה י"ל דודאי רוצה להתיר להוציאו ואפשר גם שאינו שולחני כנ"ל. או דרוצה שיוכל להשתמש כדי שיוכל להיות עדים שפרעו למלוה או דמה"ט לאו כזכי כדי שיוכלו לומר אהדרינהו ויהיו נאמנים פרענו בת"ע. א"כ עכשיו דב"כ וב"כ הוי עהצ"ש היסת שוב הוי כזכי ואי"ל כלל אהדרינהו כנ"ל. ויש לדחות כל הנ"ל:

ונראה עיקר דיכולין לומר שנאבד בפשיעה ושלמו ללוה כיון דלענין אחריות קי"ל דברשות לוה הוא שעדיין חייב באחריות א"כ לענין אם נאבד אצלם חייבין לשלם ללוה דלענין זה אינו זכות כלל וברשות לוה הוי ושפיר מצי אמרי אהדרינהו ודינא כשאר טענת פרעתי דקודם דתיקון היסת היו נאמנים בל"ש. דאף דשבועה דר"ה שייך שמא עיניו נתן בה מ"מ זה דוקא בחפץ משא"כ כאן במעות ואף דשבועה שא"ב מה"ת א"כ

המלוה תובע שמא ברשותו והוא שלו שזכו בשבילו ויוכל להשביעם מספק ש"ש שא"ב ז"א דכיון דלענין חיוב אחריות ברשות לוה קאי לא נעשו כלל שומרין דמלוה רק דלוה ואצ"ל ש"ש כלל כיון שנגד לוה טוענין ברי שפרעו כנ"ל. בפרט למ"ש תוס' ב"מ פ' א"נ גבי צאן ברזל דדבר שהי' שלו אף שיצא מרשותו כיון דעדיין באחריותו חשוב שלו ע"ש החלוק בין בהמת ארנונא כו'. והוי רק שומר דלוה כנ"ל. וכ"ש לל"ק ריש המפקיד דכל נפקד באומר פשעתי הוי לכשיגנב ותרצה ותשלם קני לו מעכשיו ע"כ טוענין שהי' למפרע שלהם ולא זכו כלל למלוה כיון שנאבד ושילמו כנ"ל:

הלכות הרשאה

טור חו"מ סימן קכב

(א) אע"פ כו' פטור אם ירצה לא ישלחנו כו' אפילו אם יש עדים כו' עד שיבא בהרשאה וטעמא משום שי"ל לחוש שמא ביטל כו' או מת כו' שאלו מת או ביטל כו' ונתן כו' ונאבד חייב באחריותו אע"פ שלא ידע כו'. ותמוה שבא הרא"ש ז"ל ליתן טעם דלא סגי בשליחות שיהי' צריך ליתן בע"כ. והרי הרא"ש ז"ל עצמו כ' שגם לרי"ף דיכול לבטל ההרשאה מ"מ אם נתן ולא ידע פטור והביאו טור לקמן. ובשלמא לפי האמת נראה דהחילוק הוא דבלא הרשאה רק שליח בעדים אף דרשאי ליתן מ"מ כיון שאינו מחויב אינו אונס וכיון דבאמת ביטל או אמתלא הוי פרעון וחייב וע"ז הוא שחולק בעה"ע עם הרא"ש. משא"כ בהרשאה גם לרי"ף ז"ל דמהני חזרה וביטול מ"מ כיון דמוכרח ליתן להמורשה איך יתחייב משום שביטל עכ"פ הוי אנוס ע"י שהרשה לזה ובזה לכ"ע פטור כמ"ש הרא"ש כנ"ל. אבל מה שנותן הרא"ש והטור טעם לתיקון צורך הרשאה שמדינא שלוחו כמותו ומחויב ליתן לו כיון שיש עדים ונימא הטעם שמא ביטל ויהי' חייב באחריות. זה תמוה דאם נאמר דגם בשליח גרידא מחויב ליתן יהי' הדין ממילא דפטור מאחריות אף שביטל כיון דאנוס כמו בהרשאה כנ"ל. ובד' הרא"ש ז"ל י"ל דהפי' הוא כיון דראוי להיות חייב באחריות כיון שביטל ורק משום דנימא דמחויב ליתן ואנוס כנ"ל. אמרינין להיפוך דבאמת מה"ט לא יהי' מחויב ליתן ואינו אנוס כיון דאפשר הי' לו ליתן הרשאה דלהרא"ש א"י לבטל והי' שפיר מחויב א"כ אין צורך שוב בלא הרשאה דנאמר שחייב ולהיות אנוס ולכך א"צ ליתן מחשש שמא ביטל ואינו אונס עד שיהי' הרשאה. אבל להרי"ף דהרשאה ג"כ יכול לבטל ואעפ"כ תיקנו שמחויב ליתן ודאי הדין אמת גם לרי"ף דפטור מאחריות דאנוס. אבל טעם תיקון ההרשאה באמת לא שייך להרי"ף דכמו כן בשליח לחוד אם הי' מחויב ליתן הי' פטור מאחריות וצריך ליתן טעם אחר על שאינו

מחויב בלי הרשאה. והטעם כ' רק אליבא דנפשי'. ולדינא שוב בין לרי"ף ובין לרא"ש בהרשאה שמחויב פטור ובלי הרשאה שאינו מחויב חייב אם ביטל:

וי"ל לרא"ש ז"ל דלכך לא תקנו בשליח גרידא דאפשר בהרשאה שהוא כקנין שאין חשש ביטול אף בלי טעמא דאנוס כנ"ל. יש ליישב בזה תמיהת תוס' (ב"ק ע' בכורות מ"ט) דלישנא קמא דלא כ' אורכתא אמטלטלין משום דר"י דגזל כו' איך מישבים משנה דבכורות דע"כ בהרשאה ובמטלטלין ע"ש. ולהנ"ל י"ל להיפוך דל"ק דלא כתבינן אורכתא במטלטלין שא"י להקנות שוב מהני מטעם שליחות לחוד כיון שאין חלוק בין הרשאה או לא ואדרבא דוקא קרקע דכשיכול להוציא בב"ד ברשותי' קאי ומהני הרשאה וקנין שוב בלא הרשאה אינו מועיל שמא בטל או מת ואינו בע"ד שלו אף דאחריות לא שייך בקרקע מ"מ שמא ביטל ולא בע"ד דידי' משא"כ מטלטלי לא כ' אורכתא דלא מהני בתורת קנין ומהני בלא הרשאה ושוב א"ש דנוהגין בהרשאה מלוה שכ' תוס' דאף אי ס' אי כל"ק או ל"ב מ"מ ממ"נ מהני או דמועיל הרשאה ולל"ק מועיל משום שליחות כנ"ל. אך בקרקע לא שייך כנ"ל דמשמעות הרא"ש דא"ל משום חיוב אחריות לא הי' פוטר א"ע מחשש שמא ביטל ולאו ב"ד דידי' כיון דאין חשש הפסד. אך זה קשה בל"ז על טעם הרא"ש א"כ למה צריך הרשאה בקרקע לל"ק דמשמע לא כ' אמטלטלי רק אקרקע והא כיון דאין חשש אחריות סגי בשליחות גרידא. וצ"ל אף דסגי מ"מ מהני הרשאה בתורת קנין ג"כ כיון דיכול להקנות א"כ י"ל כנ"ל. דמטלטלין מהני בלא הרשאה כנ"ל:

וי"ל דאפשר באמת הטעם רק שמא ביטל או מת ולאו בע"ד דידי' בלי טעם אחריות אינו מחויב ליתן כנ"ל. ושוב כ' שאלו ביטל כו' חייב כיון דאינו מחויב. אך הלשון לא משמע כן. רק דא"ל הי' חשש הפסד לא הוי ח' למיעוטא והוי מוקי אחזקה שלא ביטל כיון דאף אם ביטל אין לו הפסד רק שאינו מחויב לא שייך אין הולכין בממון כו':

ובזה מיושב מה דקשה לכאורה לטעם הרא"ש הנ"ל. א"כ בבכורות מ"ט בספק דפריך לדחויי ומשני בהרשאה כו' ופריך עלה מהא דנהרדעי כו'. והא שם שפיר בלי הרשאה יועיל משום שליחות דלא שייך שמא ביטל וחייב באחריות דשם אם משלם לא' אף שביטל ויהי' נאבד ג"כ יהי' פטור מספק דלאחד א"צ ליתן דמדחי לי' וכיון שכבר שילם הכהן לא' יפטור לגמרי מאחריות ואף תפיסה אינו מועיל בטענת ס'. ול"ל הרשאה. ולמ"ש י"ל דשם סגי בטעמא בשמא ביטל לחוד ושוב פטור לגמרי דמדחי לי' ואין הולכין בממון כו' להוציא. וא"צ לטעם חיוב אחריות כנ"ל:

אך בל"ז י"ל דלא מהני התם מטעם שליחות נהי דע"כ לא שייך כל דאיהו לא מצי עביד א"י לעשות שליח דא"כ גם הרשאה לא הי' מהני דקי"ל שליח שוי' מ"מ בתורת שליחות

עדיין לא עדיף ממשלחו ויכול לדחות לא לך אני חייב רק להמשלח ולו א"צ לשלם מספק. ועוד דהוי חב לאחרים לרוב הפ' דלא מהני שליח כיון דבלא השליחות הי' פטור מן הדין לגמרי היי חב ללוה ואין מועיל שליחות כנ"ל. וצ"ל דבהרשאה אף דקי"ל שליח שוי' מ"מ כיון דהי' תקנה להיות כמו קנין מהני כמו בקנין אף דחב לאחרים כנ"ל. ומיושב בזה דלא הוזכר במשנה שם שכתבו הרשאה ע"ש. ולהנ"ל י"ל כיון דאפשר בהרשאה שוב הוי איהו מצי עביד ע"י הרשאה דדין שליחות הוא שהוא כמותו ולא מכירה והוא שלו ומ"מ יכול להוציא הוי שפיר מצי עביד ולחוב לזה שוב משוי שליח ומהני שליחות גרידא אף בלי כ' הרשאה כנ"ל דחשש אחריות אין כאן שיהי' פטור כנ"ל:

עוד י"ל בלשון הטור כיון דמדינא ראוי להיות חייב אם ביטל רק דאנוס כיון שמחויב ליתן א"כ כיון דאם ידע הנפקד שכבר ביטל ונתנו לשליח חייב דהוי פשיעה א"כ י"ל דיכול מפקיד להשביעו ש"ד ככל שבועות של פשעתי דמשביע בטענות ספק. דבשלמא אם הי' חשוב פרעון הוי כטוען פרעתי דאי"ל בספק. אבל כיון שביטל וחייב באחריותו והפטור רק דאנוס ואלו ידע הוי פשיעה צריך לישבע בטוען נאנסה. ושפיר יכול לומר דאינו מחויב ליתן שמא יאבד ויהי' חייב אם לא ישבע ש"ד שלא ידע. והפי' הוא שאלו ביטל חייב אף שלא ידע רק הפטור משום אונס צריך לישבע כנ"ל. ומ"מ ז"א דנראה דא"צ לישבע ל"מ להפ' דעיקר שבועה שא"ב ושלא פשעתי רק גלגול ודאי דפטור דידוע שנתנו לשליח רק שמא ידע שביטל. רק גם להפ' דהוי עיקר מ"מ דוקא משום דזה ג"כ רגלים לדבר שאם לא פשע לא הי' נאבד וסתמא בפשיעה וחייב שבועה מה"ת. משא"כ בהנ"ל אדרבא אם הי' יודע שביטל מסתמא לא הי' נותן ורגלים לדבר שלא פשע דלא ידע כנ"ל:

עוד י"ל גם להרי"ף החלוק בין שליחות להרשאה. דלכאורה בשלמא בפקדון פטור כשמחויב ליתן אף דביטל או מת דהא אנוס על הנתינה ופטור מאונסין. אבל הלואה דחייב באונסין כיון דבאמת בטל השליחות ונתן מעותיו לאחר ולא הי' פרעון א"כ עדיין חייב למלוה ובמה נפטר אף שהי' מחויב ליתן מעותיו נפסד. וי"ל דמטעם גרמי עכ"פ המלוה חייב כעדי שקר שגרמו שב"ד יוציאו ממון שלא כדין דחייב באין להלה לשלם כמ"ש סי' א וכן כאן המלוה במה שנתן הרשאה או שליח וגרם דב"ד יוציאו ממונו ליתן למי שאינו שלוחו כיון שבטלו ונאבד עכ"פ מחויב מדד"ג וממילא פטור מחובו דיש לו בידו כנגדו. אמנם הא בעי בש"ס פ"ב דב"ק (י"ז ע"ב) זרק כלי מראש הגג כו' אי בתר מעיקרא אי בתר תבר מנא אזלינין ע"ש. וא"כ לענין החשש שמא מת שוב בלוה לא יהי' נפטר מאחריות כיון שלא הי' פירעון ואף דמלוה גרם היזק שיכופוהו ליתן מ"מ

תבר מנא הוא כשכופין ונותן ואז כבר מת ואין חיוב למת וממילא יורשין פטורין אף למ"ד קנסו בנו אחריו בדד"ג מ"מ כיון שההיזק בא לא"מ פטור כנ"ל. א"כ עדיין יהי' חייב באחריות. ואם הטעם כמו תן מנה ואתחייב כו' ג"כ במת קודם שנתן לא מחייבי יורשים. אך פסקו שם כמ"ד דבתר מעיקרא אזלינן כיון שהי' עומד לשבר וא"כ נתחייב מיד. אך תוס' כ' בזרק אבן מגג על הכלי לכ"ע בתר תבר מנא אזלינן ע"ש החילוק בין זרק כלי לאבן כו'. א"כ שפיר החלוק דבשליחות גרידא אם הי' מועיל שוב במלוה הי' חייב באחריות. דלענין חיוב שלו מחמת גרמי הוי כזורק אבן על הכלי דגרם בעשיית השליח שיוכל להוציא אבל לא עשה בגוף המעות כלום. ושוב במת פטור ויהי' חייב באחריות כנ"ל. וממילא גם הרשאה לא הי' מהני כיון שא"צ להרשאה לא נעשה ההיזק ע"י זה אבל כשתקנו הרשאה דוקא ואי"ל בלי הרשאה שכ' אפיק לנפשיך דהוי מקצת קנין בהמעות שוב הוי כזרק כלי דהגרם היזק במה שהקנהו לזה המורשה ושפיר בתר מעיקרא אזלינן ויהי' חיוב אחריות על המלוה אף שמת כנ"ל. אך י"ל דאז לא הי' גרם היזק כלל רק לגבות שלו דהי' שליח רק כשמת בטל השליחות ואז אין חיוב.. מ"מ י"ל כנ"ל דהוי כמו שכבר הוציא המעות כיון דבתר מעיקרא אזלינן ואינו מוכרח:

עוד י"ל דקשה למה נחוש שמא מת הא קי"ל (גיטין כ"ח) שולח גט או חטאתו כו' בחזקת שקיים להתיר א"א וכן שמא ביטל ל"ח בגט גם קודם תקנת ר"ג וגם להוציא ממון קי"ל כר"ג (כתובות י"ב) דחזקת הגוף עדיף ואף דדוקא בבו"ש מ"מ היכא דלא אתרע החזקה לכ"ע מהני להוציא. וצ"ל דאדרבה כשדנין לחייב או לפטור מוקמינין אחזקה שהדין עם זה יותר מעם זה אבל בזה דב"כ וב"כ ישלם רק אם שיתן לשלוחו או למלוה גופי' בזה כשיש שום ספק א"צ ליתן לזה רק למלוה שבודאי יהי' כדין דהוי כמו לכתחלה בכל דבר דחוששין כנ"ל כיון שלא יפסיד מי שהממון שלו כלום וא"כ מה"ט גופי' בהרשאה שתקנו כמו קנין דחשיב שלו זכי ואפיק לנפשך שוב אף שיכול לבטל כו' או מת בטל. אבל כל שלא ביטל חשוב כתובע לעצמו ממילא החשש שמא ביטל או מת הוא שאינו חייב להמורשה ושוב מהני החזקה להוציא ואמרינן שלא ביטל וקיים כנ"ל. ולכך שפיר גם לרי"ף ז"ל מהני הרשאה דל"ח שמא ביטל משא"כ שליח גרידא כנ"ל. וי"ל דהיינו טעמא דלישנא קמא דלא כ אמטלטלין כיון דאינו ברשותו ולא מהני קנין ס"ל כיון דרק שליח שוי ויוכל לחזור כמ"ש הרי"ף חשוב מ"מ שדנין רק אם יתן לספק או לודאי כנ"ל:

ומיושב בזה תמיהת תוס' מהא דבכורות דהתם אם ניחוש שמא ביטל או מת ולא יועיל השליחות לא ישלם כלל דמצי מדחי לי' שוב מוקמינין אחזקה שלא ביטל וקיים ומחויב לשלם כנ"ל גם לל"ק. ואדרבא רק לל"ב דמהני הרשאה במטלטלי דחשיב כקנין לענין

זה. ואז מטעם שליחות בלי הרשאה א"י להוציא גם שם כיון דיוכל לגבות בהרשאה ויהי' ודאי ולא יפסיד הלה ולכך מוקי שמואל בהרשאה ופריך עלה כו' ומשני בלא כפרי' כתבינין אבל לל"ק לכ"ע מהני שם כנ"ל:

ונראה דהחילוק הוא דהא אינו מובן להרי"ף מה תועלת בהרשאה יותר משליחות גרידא ולמה תיקנו לשון קנין דאפיק לנפשיך מקצת שליחות ומקצת קנין כמ"ש נ"י כיון דב"כ וב"כ יכול לבטל. ונראה דחכמים עשו נגד הלוה יחשב קנין ולכך יכול לתבעו ומחויב ליתן לו. רק נגד המשלח הוי רק כשליחות. ומה"ט מהני נגד הלוה כאלו הי' החוב שלו. משא"כ לענין אי תפיס שהוא נגד המלוה לא מהני דשליח שוי'. ומה"ט י"ל החלוק לענין אחריות ג"כ אם בטל השליחות או ההרשאה. דבהרשאה חשיב כאלו שילם למי שהחוב שלו ונפטר ממילא ושפיר לענין זה לא מהני כלל הבטול והחזרה שלא יפטר הלוה כשיתן להמורשה דלענין זה הי' קנין שיהי' נגד הלוה כשלו. ומהני הבטול רק כשלא גבה ומה"ט כ' הרי"ף ואוריכי אינש אחרינ' ע"ש. משא"כ שליחות גרידא כיון שביטל לא נתן למי שהוא שלו וי"ל דחייב באחריותו כנ"ל:

עוד י"ל דחשיב חב ללוה כמ"ש הר"ן גטין ע"ש. דאף דתופס לבע"ח באח"ל לא חשיב חב משום דמחויב לשלם וכיון שאינו רוצה הדין לתפוס ולהציל עשוק כמ"ש הרא"ש ב"ק. אבל שליחות כיון דחשוב אשר לא טוב כו' (שבועות ל"א) שהוא רק לנגשו במה שרוצה לשלם חשוב חב דלא מהני גם עשאו שליח לרוב הפ' ולכך תיקנו הרשאה דחשיב קנין לענין זה דאפיק לנפשיך דמהני השליחות כנ"ל. וי"ל עוד דשניהם אמת שהוא קנין וגם שליחות והיינו דמקנה לו אם לא יועיל בתורת שליחות לגבות מקנה לו שיהי' שלו. ושוב מהני בתורת שליחות דלא מקרי שוב חב בשליחות זה כיון דאם לא יועיל הוא שלו ויגבה ממנו א"כ אין השליחות חוב ושוב מהני בתורת שליחות דעדיף ממיגו דזכי לנפשי' כו' ושפיר אי תפיס מפקינין דשליח שוי'. וכמ"ש הפוס' אהא דע"מ שאין לרבו או לבעלך רשות בו כיון דאם יזכה לא תזכה גם הוא שפיר אינו זכות לו והוא שלה וכן בהנ"ל. ומיושב שפיר בש"ס תרתי לישני בהרשאה דון ואפיק לנפשיך וכל דמתעני כו' בתורת שליחות דמה"ט הוא דמהני השליחות כיון דאם לא יהי' מועיל יוכל להוציא לנפשי' כנ"ל. ומיושב הא דאי כ' למחצה כו' מגו כו' דהוי כמיגו דזכי לנפשי' שהגביהו מציאה כנ"ל:

ומיושב ג"כ החילוק לענין אחריות דאם יהי' חייב באחריות אם ביטל לא יועיל להוציא בתורת שליחות דשמא בטל ושוב יהי' של המורשה בתורת קנין א"כ יפטור באחריות ויהי' של השליח אי תפיס. א"כ ע"כ דעת מלוה שיהי' לוה פטור מאחריות גם אם ביטל

השליחות דהרשאה ויתנו למורשה. דשפיר יכול להוציא בתורת שליחות ולכך פטור. משא"כ בשליח גרידא כנ"ל. וא"ש:

עוד י"ל בגמ' דהוי כמו קני ע"מ להקנות דמהני וחשיב קנין כדאמר בנדרים (מ"ח ע"ב) כן יקנה להמורשה ע"מ שמיד אחר דאפיק לנפשי' יהי' של המרשה וכמתנה ע"מ להחזיר ואף דצריך להקנות בעמ"ל כן כאן אי תפיס מפקינין מיני' דקשה לשון הגמ' דלא אמר דלא מהני או לא קני רק דמפקינין מיני'. ולמ"ש א"ש דבאמת קני רק עמ"ל ואי תפיס ואינו רוצה לא קיים התנאי ובטל הקנין ושוב גבי מיני' מדר"נ. וקרי' לי' דשליח שוי' כיון דאינו שלו באמת כנ"ל:

וטעם זה הוא לדברי הרא"ש שאינו מועיל בטול ומת בהרשאה כיון דהוי קנין כנ"ל. ולכך לכאורה הי' אפשר דחייב לוה באחריות כשביטל שאינו בתורת שליחות רק קנין ולא נתקיים כשנאבד ובטל למפרע ועדיין חייב. רק מצד אונסא כמאן דעביד ע"ש גבי מתנה עמ"ל. או משום דעכ"פ הלוה הי' מוכרח לשלם ופטור כנ"ל:

או י"ל דהוי קנין לזמן דמהני עד ל' יום. כן הלשון זכי ואפיק לנפשיך שיהי' שלו לזמן החוב עד שיגבנו מלוה ואחר הגבוי הוי דמלוה ככל קנין לזמן וא"צ להקנות למלוה כנ"ל. וממילא מיפטר לוה מאחריות דאז כשפרע לוה הי' החוב של המורשה כנ"ל. ולא מהני ביטל ומת כיון דשלו אז ולטעם הזה הי' המורשה פטור מאחריות כמ"ש תוס' במתנה לזמן דשלו נאבד ע"ש:

עוד י"ל לשון הטור שמא ביטל כו' חייב באחריות כו', להפ' דקבלת עדות שלא בפני בע"ד גם דיעבד לא מהני. ואפילו שקבלו לדבר שהי' מועיל לא מהני למה שנוגע לחוב מי שהוא שלו בפניו כדפי' ריב"א הזמה שלא בפניהם כו' הכחשה הוי כו' ומ"מ להזמה בטל ע"ש (בהגהת אשר"י פ"ב דכתובות) א"כ כיון דשליח שעשאו שלא בעדים לא מהני לפטור מאחריות א"כ אף שעשאו בעדים ומעידים כאן מ"מ לא יועיל שלא בפני מלוה לענין האחריות כשיאבד דזה לחובתו ובטל שלא בבע"ד וכשלא יהי' אח"כ העדים בפנינו יהי' נאמן שלא עשאו שליח בעדים כלל. רק כשמצוה ניתן מקבלין שלא בפניו. וע"ז שפיר יש חשש שחזר וביטל או מת דכיון שחזר מציויו שוב בטל הקבלת עדות משום שלא בפניו ויוכל לומר שלא עשאו שליח בעדים כלל ובטל השליחות בפני עדים סתם שלא אמר השליחות בעדים כנ"ל. ויהי' זה חייב באחריות. ואטו כיפ' תלוי בעדים שיהי' אז ולכך אינו מחויב ליתן משא"כ הרשאה דמקיימין שלא בפני בע"ד שפיר מחויב ליתן דלא שייך כנ"ל:

ויש לדחות דא"כ שליח בשטר בלי אפיק לנפשי' יועיל אך י"ל כיון שאין לו דין שטר אין מקיימינין שלא בפני בע"ד דצריך קיום מה"ת משא"כ הרשאה יש לו דין שטר דהא לכך תיקנוהו כנ"ל. ועוד דמהני אפיק לנפשך שיחשב בפני בע"ד כנ"ל. ומ"מ יש לדחות:

בטור הנ"ל שמא ביטל או מת ויהי' חייב כו'. וקשה מקרקע כמ"ש לעיל דל"ק רק על קרקע תיקון הרשאה והא בזה סגי שליחות דליכא חשש אחריות כנ"ל. ואפשר דהא י"ל הטעם דלא מהני שליחות כמ"ש הר"ן נדרים (ע"ב) גבי הפרת בעל דלא מהני שליח שיהי' שמועתו כשמיעת הבעל דבמידי דממילא לא מהני שליחות להיות כמותו רק המעשה כאלו עשאו המשלח ע"ש. וא"כ מה"ט נהי דשליח בעדים מהני לענין שאם נתן לו הלוה כמו נתנו למשלח שזה מעשה ככל ש' לקבלה. אבל לענין שיוכל לתבעו שיהי' חייב לוה ליתן שבזה אין שום מעשה ולא שייך שלוחו כמותו ועדיין לאו ב"ד דידי את כיון שאינו ממונו ולא כגופו של מלוה איך יוכל לתבעו. ולכך צריך הרשאה אפיק לנפשיך כמו קנין כנ"ל. ולא ק' תמיהת הרא"ש הא פיו כפיו ע"ש:

אולם נראה דהרא"ש סובר כיון דבמעשה מהני שליחות א"כ נעשה כמותו לכל מה שצורך להמעשה כמו לקדש וכה"ג. כן בזה שכדי לקבל המעות צריך התביעה בב"ד ושאר דברים מהני. ולכך צריך לטעמו הנ"ל. וא"כ בקרקע שאין כאן שום מעשה קבלה רק התביעה והזכי' בב"ד להיות של פלוני שפיר אין בזה דין שליחות כלל בלא טעם אחריות ובעי הרשאה בלא"ה כנ"ל וא"ש:

מ"ש לעיל דקשה לטעם הנ"ל מהא דבכורות שאם יתן לא' יפטור מאחריות דמדחי לי' ול"ל הרשאה כנ"ל וי"ל דהא דלא מיקרי תופס לבע"ח חב ללוה כמ"ש לעיל דהא ע"כ חייב לשלם ולא מיקרי חב ומהני שליח. אבל התם דאי לאו ההרשאה ושליחות מצי מדחי ופטור מדינא מספק רק ע"י השליחות ממ"נ הוי חב דלא מהני מטעם שליחות כלל רק בהרשאה וא"ש כנ"ל. ומיושב ג"כ לישנא קמא די"ל דס"ל תופס לבע"ח קני ומהני כנ"ל:

אולם בהרא"ש לא הוזכר כלל חיוב אחריות רק שמא ביטל או מת. וי"ל דהטעם רק דלא בע"ד דידי' ומה"ט אינו מחויב וממילא חייב באחריות. והטור הוסיף זה י"ל דמשמע לי' דא"ל חשש הפסד לא הוי חיישינין לח' רחוק שביטל. ואפשר לומר דאף דבש"ס (ב"ק ק"ד) הוזכר רק חשש מת י"ל דבא ליישב דהא קי"ל בחזקת שקיים. דכאן צירוף ב' החששות משוי למיעוט המצוי ביטל או מת וא"כ אפשר בנסתלק חשש א' ל"ח לחד לחוד כנ"ל. אך מטור לא משמע כן כנ"ל:

(ב) **בב"י כ' שמא יבטל**. והי' ל"ל שמא ביטל. דהא דנין אם יתחייב ליתן לשליח ובמה שיבטל אח"כ לא יפסיד לוה. וי"ל דכונת הרא"ש דהגם דל"ח שמא ביטל כשדנין על דבר מיוחד מ"מ ודאי שמזדמן לפעמים שמבטל ויוכל לוה לבא להפסד ולכך תיקנו הרשאה אך א"כ צ"ל דהי' התקנה דבלא הרשאה לא יוכל לכוף רק בהרשאה ונא משמע כן:
גם י"ל דהא דלא חשיב כל שליח לגבות חב ללוה הוא משום דהא חייב לפרוע ואין זה הפסד. אבל בזה שיוכל ע"י שליחות זה שיבא לוה לידי הפסד אם יבטל מלוה השליחות ולוה יהי' מחויב לשלם דל"ח שביטל ויתחייב באחריות וזה הוא שלא מחויב וכיון דבשעת שליחות חב בטל כמו תופס לב"ח. ושפיר הלשון שמא יבטל כנ"ל:
גם י"ל דכמו דאמר ב"ב קי"ד דלמא הדר בי' ופירשב"ם דכיון שאפשר שיחזור בו יובטל הדין אין שם ש ובי"ד ע"ז אף דלא הדר בי' אח"כ ע"ש ובתוס'. א"כ י"ל דמה"ט בשליח גרידא א"י לתבעו בב"ד ללוה ושיפסקו דחייב ליתן לו. דשייך שמא יחזור בו מלוה ויבטל השליחות אחר הפסק קודם שישלם לוה לשליח ויבטל הפסק דלא יוכל ליתנו לשליח דאז יהי' חייב באחריות כיון שיבטל ויודיע ללוה או לב"ד שביטל. ומה"ט א"י להוציא בב"ד דאין שם דין ע"ז כנ"ל. רק בהרשאה דאי"ל כנ"ל. וג"כ א"ש שמא יבטל כנ"ל ויודיע ובזה שפיר כ' דחייב באחריות כנ"ל ועי"ז לא יצטרך ליתן כנ"ל:
(ג) **ובעה"ע** כ' כו' סמכתי עליך כו' שכשם שחזקה שליח עושה שליחותו כן חזקה שבעה"ב עומד בשליחותו כו'. קשה דתלי תניא כו' הך חזקה דשליח עושה שליחותו לא מהני רק בדרבנן כדמסיק בש"ס עירובין (דל"ב) וחזקה דלא ביטל המשלח השליחות מהני גם בדאורייתא דהאשה מותרת להנשא בשלח גט גם קודם תקנת ר"ג ול"ח שמא ביטל דאל"ה לא הי' חשש ממזרות ע"ש (גיטין ל"ג) דע"כ חזקה גמורה וכן דל"ח שמא מת מפורש במשנה (שם כ"ח) השולח ממדה"י כו'. וגם קשה להרא"ש באמת איך חיישינן שמא ביטל הא חזקה כנ"ל. ולכן נראה דלא שייך הכא חזקה הנ"ל. דשם בגט וקידושין כיון שהי' בדעתו לשלוח גט חזקה שלא נשתנה דעתו ולא ביטל מה שעשה דכשביטל אינו גט או קידושין משא"כ כאן דהי' הכונה בשליחות רק שיביא לו המעות רק דהוצרך לעשותו שליח בעדים כדי שיתן לו הלוה. שייך שפיר שמא ביטל דבמה שמבטל השליחות לא נתבטל מה שהי' בדעתו שעדיין יביא לו מעותיו. ותועלת לו בענין חיוב אחריות שיהי' אלוה שייך שפיר שמא ביטל ואין כאן חזקה כנ"ל דאין הוכחה שלא הי' מיד בעת עשיית שליח דעתו לבטלו אח"כ כדי לחייב לוה כנ"ל.. ומ"מ הוצרך לעשות שליח שיוכל לגבות כנ"ל. אם נאמר דחייב באחריות ע"י שביטל כנ"ל. משא"כ בגט וכה"ג שאר מעשה דע"כ רצה בשליחותו לקיום המעשה ומוקמינן אחזקה כנ"ל.

ולכך הבעה"ע מדמי לה רק לחזקה שליח ע"ש ולא ח' שנזדמן לשליח עסק שלו וכה"ג והוא רק משום שהמשלח סומך על דבורו סתמא מקיים משום לא יעשו עולה כו' וכן בזה מסתמא אינו חוזר כיון שהלוה יסמוך עליו ויתן לשליח כנ"ל. והרא"ש סובר דבאמת מה"ט אינו מחויב לוה לסמוך עליו דמה"ט בדאורייתא ל"א חזקה שליח ע"ש כנ"ל:

ומיושב בזה מאי דקשה על הרא"ש למה נקיט הש"ס גבי ר' אבא דלמא שכיב כו' ולא נקיט שמא ביטל כנ"ל. ולמ"ש א"ש דר' אבא ודאי מתחלה עשהו שליח באמת ושוב מוקמינן אחזקה שלא ביטל שלא נשתנה דעתו כנ"ל:

עוד י"ל להרא"ש אף דב"ק וגיטין ל"ח שמא ביטל דעל גוף הדבר ל"ח שחזר בו מלגרש כו' ולחוש שביטל שליח זה ולעשות ע"י שליח אחר למה יעשה כן שאין שום תועלת לגוף המעשה ע"י זה או ע"י אחר. אבל כאן נהי דל"ח שביטל השליחות לענין לגבות מלוה אבל שייך שנזדמן לו שליח שהוא איש מהימן יותר ביטל שליח זה שאינו רוצה להאמינו על המעות ועשה שליח אחר הנאמן יותר. וי"ל בזה דבאמת ה"ט דלישנא קמא דלא כ' אורכתא אמטלטלין כיון דבתורת קנין לא מהני דאינו ברשותו רק בתורת שליחות שייך שמא ביטל כנ"ל מטעם הנ"ל. ול"ב ס"ל דתיקנו חכמים שיועיל גם שא"ב בתורת קנין לענין שא"י לחזור בו כמ"ש הרא"ש ז"ל כנ"ל. ומיושב תמיהת תוס' מהא דבכורות לל"ק דלמ"ש התם לא שייך כלל שמא ביטל שליח זה לעשות אחר דהא א"א לאחר לגבות כלל דמדחי' לי' וא"א להרשות רק לזה ממ"נ וע"כ לחוש שמא ביטל לגמרי וע"ז מוקמינן אחזקה ועוד למה יבטל הא לא יגבה כלל כשיבטל כנ"ל וגם לל"ק מהני כנ"ל:

עוד י"ל בגמ' דקשה במאי פליגי הני ב' לישני דודאי גם ל"ב ס"ל כר"י דא"י להקנות דבר שאינו ברשותו דהכי קי"ל. וי"ל דהא קצת פוסקים ס"ל לכשתלד קנה ע"ש בש"ע (סי' ר"ט) להרבה פו' דשלב"ל במקנה לכשיבא לעולם קני וכן מה דא"ב לכשיהי' ברשותו וא"כ כיון דעמד בדין כמאן דגבוי דמי וחשוב ברשותו א"כ מה שכותב דון זכי ואפיק לנפשך היינו שמקנה לו אז לכשיזכה בדין ואז הוי ברשותו וקני. ואף די"ל דמ"מ אינו מחויב לדון עמו שע"י כן יהי' בע"ד כיון דכל שלא זכה אינו ברשותו ולא קני מצי א"ל לאו בע"ד דידי את. דז"א דמיד חשוב בע"ד כיון שיש לו חלק אם יזכה. ועדיף מהא דגיטו וידו באין כא'. אך לטעם הרא"ש דבלא הרשאה כיון שיכול לבטל אינו מחויב ליתן רק בהרשאה משום דא"י לבטל כו'. וא"כ כיון דקי"ל בכל קנין לאחר ל' דיכול לחזור בו קודם א"כ במה דאינו ברשותו כיון דמעכשיו לא מהני הקנין רק שיועיל לכשיהי' ברשותו שיזכה כנ"ל וא"כ עדיין אף בהרשאה מהני הבטול והחזרה קודם שזכה בדין עדיין לא קני כמו בלאחר ל' כנ"ל. וא"כ שוב. אינו מחויב לוה ליתן דשייך עדיין החשש

שמא ביטל וחזר בו ולכך ס"ל לל"ק דלא כ' אורכתא אמטלטלין דאינו ברשותו ולא מהני מעכשיו רק אז ומהני חזרה כנ"ל:

ומיושב ג"כ הא דבכורות דשם לא שייך כלל שמא חזר בו דא"כ לא יגבה כלל כנ"ל. ול"ב ס"ל כיון דאי תפיס מפקינן מיני' וע"כ הקנין כמ"ש לעיל רק לזמן שיוכל לגבות ואח"כ יהי' של מלוה או כמו קני ע"מ להקנות. וא"כ אף דהקנין רק כשיהי' ברשותו. מ"מ זה הוי שוב כמתנה מועטת דקי"ל א"י לחזור בו אף קודם שחל הקנין כמ"ש תוס' פ' הזהב לענין ט"ה כור תרומה לי בידך דהוי כשלו וברשותו דרשאי כהן לעשותו תרומת מעשר ע"ש בגמ' (דמ"ט) וא"כ לדידן א"י לחזור בו ומהני הרשאה גם במאי דאינו ברשותו לכשיהא ברשותו ומ"מ אי"ל קודם כנ"ל ול"ק ס"ל דסבר כאמימר דאי תפוס מהני והוי קנין לחלוטין ויכול לחזור בו ולא מהני כלל כנ"ל:

ובזה י"ל הפי' א' שברש"י אי תפיס מפקינן ללוה. דמשמע לשון הגמ' אף דלא תפיס לעצמו רק עבור המלוה היכא דלא הי' מועיל תופס לבע"ח כגון דחב לאחרים או שאינו רוצה לקבל אחריות. ולהנ"ל י"ל דוקא שזוכה ע"פ דין בב"ד נעשה ברשותו וזוכה ומחויב ליתן לו ואף דהוי רק קנין לזמן ואחר שמוציא הוא דמלוה מ"מ יכול להוציא דעכשיו הוא של המורשה כיון שכבר פסקו שחייב וברשותי' דמלוה ומהני הקנין לזמן וכמו כל קנין לזמן דבונה והורס כו'. משא"כ תופס שלא ע"פ ב"ד דקודם שתפס אינו ברשותו ואחר שתפס אינו שלו רק דמלוה א"כ אין למורשה שום זכות והוא כאחר דלאו בע"ד דידי' ומפקינן מיני' ואין מועיל כמו שאר תופס לבע"ח כנ"ל. ומטעם שמיט ואכיל לא מהני דאין כאן מחילה ע"ש:

(ד) **הב"י** כ' דהעיטור חולק, רק אביטל אבל מת מודה דמשמע מש"ס ע"ש וכ' הטעם דביטל מלוה דאפסיד אנפשי' במה שביטל משא"כ מת ע"ש. ואינו מובן אטו בחזרה וביטול גרם הפסד החזרה הי' רק במה שביטל דין שליחות ממנו וכיון דע"פ דין יכול לבטל למה יפסיד עי"ז וממ"נ אם נפטר לוה במה שנתן א"כ גם מת יהי' פטור וא"ל גם ביטל יהי' חייב. ולע"ד החילוק פשוט דכיון שאמר לו שישלח עי"ז א"כ כיון דלעולם הדין שיכול לבטל הוי כאומר לו שיתן לזה אף שיש לחוש שביטל וכיון דסמך עליו ונתן ע"פ ציויו נפטר וכאומר לחבירו תן מנה פלוני ואתחייב לך דקי"ל (סי' ק"צ) דחייב מדין ערב ודאי שגם אם חזר בו שלא בפני הנותן ולא הודיעו וזה נתן ע"פ ציויו דחייב דהוי כאומר שיתן ע"פ ולא יחוש אף אם יבטל כיון דלעולם חשש הזה והוא מצוהו ליתן וכמ"ש הר"ן פ"ק דכתובות ט' גבי פ"פ כיון דאל"כ לעולם לא יהי' חיוב ע"ש. וגם כאן הוי כמצוה ליתן לשליח אף אם יבטל כל שלא יודיעו כנ"ל. אבל במת מה יועיל חיובו

אף אם הי' מתחייב בפירוש אף שימות' מ"מ אין חיוב לא"מ כיון שמת קודם שנתחייב ובתן ק' לפלוני ואתחייב ומת קודם שנתן אף שלא ידע זו ודאי דיורשין פטורין דמ"מ החיוב רק בשעה שנותן ע"פ ציווי ואז מת. וכן כאן נהי דאמירתו תן לשליח ויפטור אז מ"מ כשמת פקע כחו כנ"ל. ומדויק לשון הגמ' דלמא שכיב ר"א והתקבלתי לאו כלום כו' וטעם הרא"ש נראה דבתן לפלוני דוקא משום דסומך עליו דהא במראה דינר צ"ל עלך סמיכנא רק בתן הוי כאומר משא"כ בזה השליח שאינו מחויב ליתן לא הוי כעלך סמיכנא וממילא מהני הביטול. וי"ל בזה מה דנקיט הרא"ש ביטל או מת והש"ס נקיט רק דילמא שכיב. דא"ל טעמא דדילמא שכיב אדרבא יהי' מחויב ליתן והי' חשוב כמו עלך סמיכנא וממילא אף שביטל הי' נפטר כיון שנתן ע"פ ציויו ומחויב וכנ"ל. משא"כ כדאמר בש"ס דלמא שכיב ופקע החיוב וממילא מה"ט אינו מחויב ליתן ושוב גם ביטול שייך דלא סמיך עלי' כיון דאינו מחויב כנ"ל:

מ"ש ב"י משמע כו' הא מפורש בש"ס דילמא שכיב כו' ולאו כלום כו'. אפשר כמ"ש לעיל דכיון דאינו מחויב ליתנו לשליח רק דלא הוי פשיעה דסמך שלא ביטל ומת. א"כ יצטרך לישבע שלא ידע שמת ר' אבא דהיינו שלא פשעתי. אך למ"ש לעיל א"צ לישבע. גם י"ל דלא דנא יאמינו שעשאו אביהם שליח כלל כשלא יהי' עדים בפנינו וכה"ג. והיינו שכ' רש"י ותבעי לי' לא שיוכלו להוציא רק שבועה עכ"פ. אך הא כ' התקבלתי בקבלת ר' ספרא. ועכ"פ הוי עדות על השליחות. גם י"ל למ"ש רש"י שזקן ר' אבא א"כ י"ל דוקא הגיע לגבורות דח' שמא מת כדקי"ל בגיטין ולא הי' לו ליתן דהוי לי' למיחש דילמא שכיב ושוב כשמת חייב משא"כ בשאר אינשי דא"צ לחוש שמא מת ורשאי לסמוך וליתן שוב פטור אף שמת כנ"ל ולכך כתב משמע כו':

(ה) **על כן כ' א"א כו' הוי כאלו נתנה לו במתנה כו' אע"ג דקי"ל שליח שויו היינו דלא מצי תפיס לנפשי' אבל אהני כו' לענין זה שלא יכול לבטל השליחות אכל הרמב"ם כ'** כו'. דעת הטור דלהרא"ש לא מהני הביטול כלל ואף שידע שביטל ונתנו פטור וב"י חילק דכ' הרא"ש רק שא"י לבטל לענין שיתחייב כשלא ידע שביטל ואין מחלוקת ע"ש. ולע"ד טור הוכיח שהרא"ש הקשה למה לא בתורת שליחות הרי פיו כפיו וע"ז תי' שמא ביטל כו' אבל הרשאה ע"ש פ' הגוזל. ולב"י מה תירץ הקושי' הלא אם בשליחות לחוד יהי' הדין דמחויב ליתן א"כ ודאי דכשיתן ולא ידע שביטל יהי' פטור כמו בהרשאה כיון דהפטור מטעם אנוס כמ"ש לעיל וגם בהרשאה הפטור משום אנוס כיון דמהני הביטול. וע"כ דס"ל דלא משוינין חיוב ושיחשב אנוס כמ"ש לעיל ולכך כיון דמדינא מהני הביטול והוא באחריות הנפקד ולוה אין אומרים שיהי' חייב ויחשב אנוס ואדרבא אינו חייב

ליתן מה"ט שמא ביטל. וא"כ ע"כ ס"ל דבהרשאה א"י לבטל כלל דהוי קנין דאל"ה עדיין קשה כנ"ל:

ומ"מ י"ל דגם טור מודה בידע שביטל דאינו נותן למורשה ולא נפטר כשנתן. דהטעם כמ"ש הרא"ש פ' מרובה לר"ת דגם מלוה מהני הרשאה כו' שתיקנו שיהי' לענין שליחות כאלו הוא עצמו קונה קנין גמור' ע"ש. וא"כ ממילא שא"י לבטל. והיינו דאל"כ עדיין לא יהי' מחויב ליתן שמא ביטל וע"כ נכלל בתקנה זו שאף ביטל לא מהני או דהוי כאומר תן כו' והפטר כיון דניתן לו הרשאה דהוי כקנין א"כ א"ל והפטר ואף אם יבטל ויתן ג"כ יפטור כיון דאל"ה א"צ ליתן אבל לענין אם יבטל וידע לוה בביטול ענין זה לא אמר והפטר וכן לא הי' התקנה לענין זה כיון שאין צורך לענין הגוביינא דמ"מ יהי' מחויב ליתן כיון שלא נודע שביטל. וא"כ בנודע לא תיקנו כלל שיחשב קנין גמור מה שא"צ להגיבוי. ושפיר כ' בת' דיכול להרשות להרבה דמי מהם שיבא קודם לגבות מהני דהא נודע שביטל הראשון והיינו שע"כ הטעם כמ"ש לעיל דלא עשאוהו כקנין רק נגד הלוה לא נגד המלוה דנגדו הוי רק שליח א"כ לענין פיטור הלוה כשיתן לו הוי קנין דנותן למי שהחוב שלו ולא מהני הבטול כמו בקנין. אבל אם נודע קודם שגבה א"כ כיון דנגד המלוה רק שליחות ובטל ממילא אינו רשאי לגבות מלוה ואין ב"ד מחייבין ואינו רשאי ליתן וחייב כנ"ל והא הטור בעצמו סי' קכ"ג דיכול להרשות לאחר וע"כ כנ"ל:

גם י"ל דבהרשאה דכ' זכי ואפיק כו' דמשמע דמקנה לו אז כשיזכה ויוציא. ונהי דזמנו ש"ש מוכיח הוי מעכשיו כשיוציא מ"מ הוי כתנאי ע"מ להחזיר. ואף דקודם שזוכה אינו שלו. מ"מ אי"ל לב"ד דידי את דשפיר יכול לתבעו בתורת שליחות כמ"ש הרא"ש ואין חשש שמא ביטל ויהי' חייב באחריותו דהא אם יזכה ויוציא הוי קנין למפרע ולא מהני הביטול וכיון דאינו חשש אחריות ל"ח שביטל כמ"ש הטור. ולכך אי תפיס מפקינן דאינו מקיים תנאי להחזיר ובטל הקנין ומפקינן דהוי רק משום שליחות משא"כ כשמחזיר ומקיים כנ"ל. ואם נאבד שאינו מחזיר ע"י אונס חשוב נתקיים דקי"ל יש אונס בכל ד' חוץ גטין. והוי קנין למפרע ופטור לוה שנתן לו אף שביטל שהי' שלו ולא מהני ביטל. ומ"מ אמר שפיר שליח שויו דא"ל בתורת שליחות לא הי' יכול לתבוע כדי שיזכה ויקנה למפרע דעדיין לאו בעד"ד רק בתורת שליחות דאין חשש אחריות דכשיתן יפטר דהוי קנין כנ"ל וא"כ שפיר מהני הביטול כשנודע דכיון דהשליחות בטל שוב א"י לתבוע כדי להוציא דעדיין אינו קנין והשליחות בטל כנ"ל וממילא אף שעבר ונתן לו חייב דכיון שע"פ דין א"י לתבוע גם הקנין בטל דהתנה דון וזכי כו'. וא"ש דאף שהוא קנין יש חילוק בין נודע הביטול או לא כנ"ל:

(ו) **ואפילו** לדבריהם אם דן ונתחייב כו' כיון דנזקקין ב"ד לדון כו' דינם דין כו'. ואינו מובן למה כיון שנודע שביטל מקודם ובטעות מה שדנו עם איש א' שאינו שלוחו. ובהג"א (פ' מרובה) כתב משום מה כח ב"ד יפה והא"ז חילק דלא שייך כו' דלא הם הרשוהו ע"ש. ונראה דהרא"ש מדמי לה להא דיתומים שבאו לחלוק ב"ד בוררין כו'. דקי"ל כר"נ דבלא טעו הגדילו א"י למחות משום מה כח ב"ד יפה ע"ש כתובות ק' ואף דהוא מטעם זכין של"ב דהוא כשליחות וכשמוחה כשהגדיל איגלאי שלא הי' זכות ולא הוי שליחות ומ"מ אמרינן כיון דאז הי' כדין ע"י ב"ד שא"צ לחוש שימחה אמרינן מה כח כו' כן כאן בהרשאה כנ"ל. ומ"מ אין ראי' כלל משם דנולד אח"כ מה שמוחה רק דנימא איגלאי כו' משא"כ בזה דנודע שביטל מקודם ולא הי' ראוי לדון אז כלל דהוי כטעו או הביא עדים לראי' דסותר הדין. ונראה הטעם דאם יועיל הביטול א"כ לא ידונו כלל שמא ביטל ויצטרך לדון פעם אחרת דאינו מחויב כמ"ש הרמב"ם בשותף ע"ש (פ"ג מה"ש) א"כ שוב כיון שכ' זיל דון כו' הוי כקיבל עליו גם שיבטל מ"מ יועיל מה שידין כל שלא יהי' נודע הביטול כיון דאל"ה לא יצטרך לדון אף שלא יבטל מחשש שמא ביטל וכמו נאמנת עלי שלא פייסתי (דפ"ג דגטין כ"ט ע"ב). וכיון שכ' זיל דון כו' ע"כ כנ"ל דאף אם יבטל חוזר ומקבל עליו מה שידונו ע"פ כנ"ל ואף שחוזר גם. מזה מ"מ קיבל גם על אחר שיחזור בו וכמ"ש הר"ן נדרים כ"ח ע"ב בשם הרשב"א עד שיקצצו או עד שילך לירושלים דפדאן חוזר וקדוש ע"ש וממילא להעיטור והפ' דל"ח שמא ביטל וא"כ צריך לדון עמו אף אם יועיל הביטול שוב י"ל כשביטל לא מהני גם שדן דאינו נכלל במה שכ' דון כו' שיועיל כשיבטל כיון דמ"מ יצטרך לדון כנ"ל:

ואפשר דגם בקיבל עליו קא"פ דקי"ל (סי' כ"ב) לפני גמ"ד יכול לחזור ולא אחר גמ"ד. דאם חזר בו שלא בפני ב"ד ודנו וגמרו די"ל דלא מהני. די"ל דהוי כחיוב מעכשיו כשיפסקו ולכך דוקא קודם גמ"ד שאז מהני החזרה דאין רשאין לגמור. משא"כ כשלא ידעו ופסקו דהחיוב למפרע ולא הועיל החזרה כלל. כן י"ל כיון דכ' כל דמתעני מן דינא כו' הוי מעכשיו וכיון שפסקו לא הועיל הבטול כנ"ל. ויש לדחות:

(ז) **ב"י ג' חלוקים במת אף ולא ידע כו' חייב**. בפקדון תמוה דעכ"פ אונס הוא כיון שמחויב ליתן ובהך דר' אבא או משום דא"צ ליתן מה"ט שמא מת דזקן ר"א כמ"ש רש"י ולכך אם נתן חייב. אבל למה שפסקו דל"ח שמא מת ממילא פטור. רק אם הי' זמן שיוכל לידע שמת י"ל דהי' לו לחקור. רק במלוה דחייב באונסין א"כ אף שנתן מ"מ כיון דלא חשוב פרעון שוב שלו נאנס. וי"ל דהוי כתן לפלוני והפטר די"ל כדאמר בנדרים (כ"ט ע"ב) עולה לאחר ל' כיון דכמסירה להדיוט הוי כמעכשיו דא"י לחזור ע"ש בר"ן. א"כ

י"ל דדוקא מקדש או מקנה לאחר ל' יכול לחזור קודם אבל אם פוטר או מוחל לאחר ל' חשוב כמו מעכשיו דאי"ל. וא"כ י"ל ג"כ החילוק בין שליחות גרידא נהי דהוי כאומר תן לשלוחי והפטר וחשוב כמעכשיו מ"מ בחזר וביטל השליחות ממילא לא נתן לשלוחו ולא נתקיים התנאי או מת כנ"ל. משא"כ הרשאה נהי דשליח שוי' היינו דדינו כשליח אבל חשוב עכ"פ כאומר תן לפלוני והפטר לא לשלוחי כיון דגבי מצד הרשאה כמקצת קנין ושוב לא מהני החזרה או מת נגד הלוה להתחייב דהוי כמעכשיו כנ"ל. כיון שהוא לפטור מחובו ולענין גוף הפטור אינו מועיל החזרה כנ"ל:

(ח) **אבל אם הקנה לו אגב ק' כבר זכה והוא שלו אף אם מת** כו'. וכ' ב"י דכ' הרא"ש ואע"פ שאי"ל הלואתי גם באג"ק כו' מ"מ לענין הרשאה תקנו כאלו לעצמו כו'. ומטור משמע שמחלק בין ק"ס לאג"ק ואינו מובן כיון דשניהם לא מהני רק תקנה א"כ גם בק"ס יהי' שייך התקנה כנ"ל. וי"ל נהי דח' תקנו גם במלוה להרא"ש היינו אף דאינו ברשותו יהי' כמו ברשותו ומהני אג"ק אבל ק"ס כיון דאין מטבע נקנה בח' אף שברשותו לא עדיף קנין דהרשאה כנ"ל. ונראה דהרא"ש מפרש הא דר"א כו' מסיק הלואה ובקנין אגב בהרשאה כמ"ש רשב"ם ב"ב ק"נ ע"ב ומוכח דמהני גם במת כדאמר התם כנ"ל:

ולע"ד מוכרח חילוק שכתבנו דקשיא לי להרא"ש דמחלק בין הקנין להרשאה דמהני אף דאין מלוה נקנה באג"ק. קשה דשם ב"ב ק"נ הוכיח הש"ס דזוזי אקרי נכסי מהא דר"פ דאקני זוזי אג"ק. ובמשנה תנן נכסים כו' נקנין עם נכסי' שיל"א בכסף כו' ואי לא אקרי נכסי מנ"ל לר"פ דנקנין אג"ק ע"ש. ומה הוכחה הא בתורת הרשאה הקנה אף דמלוה אינו נקנה א"כ גם שאינו נקנה באג"ק נקנה להרשאה ומנ"ל דזוזי אקרי נכסי. ולמ"ש חילוק הנ"ל א"ש דנהי דלענין הרשאת מלוה תקנו כאלו ברשותו אבל אם לא הי' נקנה אג"ק גם כשהוא ברשותו לא הי' מהני גם בהרשאה. וממילא שפיר מחלק הרא"ש בין אג"ק לק"ס דאין מטבע נקנה גם במה שברשותו לא מהני הרשאה ג"כ כנ"ל:

חו"מ הלכות הרשאה סימן קכב

סעיף א

(**א**) אע"פ כו' אם ירצה כו' אפילו אם יש עדים שעשאו שליח. כ' מ"ע הול"ל רבותא דאמר ללוה שלח ע"י זה ע"ש. ולע"ד הא דנקיט הוי רבותא טפי דנהי דלענין פטור כשנתן שלח עדיף. אבל לענין שיוכל לתבוע ליתן מה בכך דא"ל שלח כיון שאינו רוצה ולא עשה לזה שליח לתבעו ולהוציא. אטו האומר תן לפלוני מחויב זה ליתן. ועיקר הרבותא אף דעשה לזה שליח לתבוע ולהוציא לא מהני לאפוקי ק' הרא"ש כיון דשלוחו כמותו ופיו כפיו אמאי א"י בלא הרשאה ע"ש:

(**ב**) **נוהגין האידנא** כו'. ת"ה כתב להרא"ש פעמים שאי"ל אח"כ לדין מדינא זכין שלא בפניו ע"ש. וקשה מהא דבכורות (מ"ח ע"ב) דמדחי לי' ומוקי בהרשאה ולהנ"ל מהני זכין שלא בפניו כשליח דבלא"ה א"י להוציא ויוכל כל א' להוציא ממ"נ אם לי ואם לו תתן לי מטעם זכין עבורו. וי"ל דכל דלא מצי עביד כו' (נזיר י"ב). ועוד דהוי חב ללוה כיון דמדינא מצי מדחי והוי כתופס במ' שחב לאחרים ות"ה מיירי דוקא שחייב ואינו מק' חב לזה שע"פ דין חייב משא"כ התם. ועוד דאם יהי' הדין כן יכול גם הב' לתבוע ויהי' הוא מוחזק שוב אינו זכות מה שהוא מוציא, עבור הב'. ועוד דכשיהי' מוחזק לא יוכל הב' להוציא ממנו ואינו זכות:

ונראה דוקא שחייב בבירור אבל להשביע כשכופר א"י בשביל אחר. אף שהוא טוען ברי לא מהני דשלא בפניו אין טוענין עבורו שיחשב ברי להשביע. אך י"ל דהוי כהוגד לי והי' יכול להשביע ע"י ברי של זה. וכן אם הוא כשר י"ל בספק ע"פ עד א"כ יוכל גם הוא להשביע. אך כיון די"ל קודם השבועה בטל כל ראי' כו' משום שמא ישבע זה כו' ויפסלנו כו'. ובמבטל כו' כיון דמהני לענין ממון מסתמא לא יחפש עדים אח"כ דאל"ה לא הי' מבטל. משא"כ זה האחר אף שמבטל ומעמיד ערב שייך שמא התובע גופי' ימצא עדים ויפסלנו כו'. ועוד דאינו זכות שמא אינו רוצה להשביע דחלה על שניהם ואף די"ל שיודה ע"י השבועה מ"מ א"י לפסוק חיוב שבועה כיון דלא שייך זכין לאדם. ועוד דהוי חב לישבע גם שבועת אמת ולא מהני זכי' בחב לא'. דבשלמא בחיוב ממון ממ"נ אם יזכה בדין אינו חב ואם יתחייב הרי חיוב ולא מק' חב משא"כ בשבועה אף דחייב שבועה מ"מ אם אמת עמו משביעו חנם וחב. וכיון דמצד מנהג הבו דלא לוסיף עלה:

(**ג**) **והטעם** כו'. הש"ך פ' כבעה"ע ובעה"ת דמחויב לשלחו ע"י שלוחו דאע"ג דאב"ל מצי לבטולי מ"מ לא מצי למדחי' ע"ש. ולע"ד נהי דמצי למימר קים לי' דאם לא ידע בביטול פטור כמ"ש הש"ך בשם ר"א ששון. אבל כיון דיועיל תפיסה לומר קי"ל דחייב ממילא א"צ ליתן כלל לשליח שישאר ס' דדינא עליו ושיוכל לתפוס. וגם בעה"ע מודה אם הי' נשאר שום הפסד עליו דא"צ ליתן. גם לע"ד ברור דא"י לכופו כלל ואף כשאינו רוצה להשיב לו כלל כמפורש בריב"ף ובעה"ע ובעה"ת גופי' ומ"ש בעה"ע וסה"ת אי מצי למדחי' היינו כשרוצה ליתן רק שטוען לדחותו מחשש ביטול ע"ז כתב שאי"ל מה"ט דכשיתן לו יהי' פטור אף שביטל אבל לא שיהי' מחויב. ומ"ש לחלק בין יש לו טענות או כופר לא הוזכר כלל בריב"ף ורמב"ם וכל הפ' רק דלאו בע"ד דידי'. ואין חיוב להשיב רק למי ששלו. ואפשר דהיכא דלא חסר כלום הוי ככופין ע"מ סדום. אבל מסתמא יש לו איזה טעם שאינו רוצה ליתן ע"י השליח. וכמו אפי' פקדון מעות מותרין דיכול

להוציא עד שיבאו בעליו והשליח תובעו א"צ להשיב אף כדי שיוכל להשתמש בהן וכ"ש למ"ש שיהי' ס' דדינא אם ביטל ויאבד. וכן מוכח למ"ד א"צ שובר, א"צ לשלם מחשש שמא יאבד השובר אף דקי"ל שמא יבקע הנוד ל"ח. וע"כ כיון שיש איזה חשש לפרוע ב' פעמים ל נתחייב. וגם דקי"ל כ' שובר כדי שלא יאכל וחדי. משא"כ. כאן דאפשר בהרשאה או בעצמו. וברמב"ם ה"ש מפורש שאין שום חיוב עליו ליתן בשליח בעדים בלי הרשאה רק אם ירצה יתן וא"ל ירצה לא יתן ע"ש. גם א"א כלל לומר כד' ש"ך ז"ל לע"ד דכוונת הרי"ף כשיש טו"ת וכופר וכה"ג דבזה בל"ז הדבר פשוט דא"צ לדון כמו בנתבע דא"י למנות שליח כמ"ש בש"ע (סי' י"ז) ובראש ריש פרק שה"ע בשם רי"ף וגאון דאין סנהדרין רשאין לשמוע מפי התורגמן טענות שקר ע"ש דשמוע בין אחיכם כתיב ולא מהני שליח כמו דעדים א"י לעשות שליח להעד וכן ברמב"ם פ' כ"א מה"ס ע"ש. וממילא גם התובע דל"מ שליח בלי הרשאה לענין לטעון טענות דשייך כל טעמים הנ"ל וכי עדיף מנתבע וא"צ להשיב על טענות השליח דשמוע כ'. גם בעינן ועמדו כו' להם הריב כו'. וע"ז לא הי' מקשה הרא"ש כלל שיועיל שליח. וע"כ רק לענין לחייבו ליתן לו המעות אף שמודה שחייב. וגם בזה א"צ דלאו בע"ד דידי' כנ"ל:

ולע"ד נראה דעיקר הטעם כמ"ש הרשב"א ור"ן נדרים (דע"ב ע"ב). גבי שמועה דבעל דל"מ שליחות רק במעשה כאלו עשאו המשלח אבל במידי דממילא שיהי' גופו כגוף המשלח ושמיעתו כשמועה דבעל לא שייך שליחות. ומה"ט במצות שבגופו ל"מ. וכן בזה לענין שאם נותן לו הנפקד והלוה יפטר הוי קבלת השליח כקבלתו ופטור. אבל לענין לדון ולחייבו ליתן דהיכא דלאו בע"ד א"צ לדון וליתן א"כ לענין שיהי' השליח כמשלחו להעשות בע"ד וממילא לא מהני שליחות כלל ואינו בע"ד כלל וא"י לכופו ליתן כנ"ל ע"ד ברור ולע"ד י"ל דגם הרא"ש ס"ל כן רק דקושייתו הוא למה נותן יד כו' כיון שאין שום טעם לשלא יתן לשליח א"כ הב"ד רואין ערמה וראוי להיות כופין ע"מ סדום דהלה נהנה וזל"ח כלום כשיתן לשליח. וע"ז תי' הרא"ש שפיר שמא ביטל או מת. דתמהו הפ' הא מוקמינן אחזקה דחי ולא בטיל כמ"ש בעה"ע ע"ש. ולמ"ש א"ש כיון דבאמת לא מהני השליחות כלל לחיוב רק משום דלא חסר נכופו. ולכך כשיש שום חשש הפסד אף שוב א"י לכופו כנ"ל. דאף חסרון פחות משפ"ק קי"ל דחשוב חוב כמ"ש תוס' פ"ק דב"ב. ומיושב מה שתמהו ג"כ מה חילוק בין הרשאה להרי"ף דיכול לבטל למה יכופו ע"ש. ולמ"ש מיושב דבהרשאה דמדינא יכול לתבעו ולכופו רק דנחוש באמת שמא ביטל שפיר מוקמינן אחזקה דלא ביטל כנ"ל:

גם י"ל דהרא"ש ס"ל כמ"ש בחי' לעיל על הטור כיון דהשליחות על מעשה לקבל המעות שהוא כמותו וע"ז מהני השליחות שוב מועיל לכל מה ששייך להמעשה היינו לדון ולכוף ליתן דשייך להקבלה כנ"ל. ומיושב בזה מאי דתמוה לע"ד לטעם הרא"ש וטור דרק משום שמא ביטל ויהי' חיוב אחריות. א"כ ל"ק (ב"ק ד"ע) דלא כ' אורכתא אמטלטלין רק בקרקע. והא בקרקע ל"ש חיוב אחריות ואונסין ומה צורך להרשאה בל"ז מדין שליחות מהני דל"ש שמא ביטל. ולהנ"ל א"ש דבקרקע אין שום מעשה לקבל מזה רק ממילא לדון שיהי' חשוב בע"ד שיזכה הקרקע וכנ"ל מודה הרא"ש דלא שייך שליחות בממילא כנ"ל. ולא מהני רק בהרשאה כנ"ל בלאו ח' דביטול כנ"ל. גם לטעם א' י"ל דכיון דמדינא לא מהני רק ק' הרא"ש שכיון שמודה ואינו רוצה ליתן ואין חשש הפסד ע"כ רואין ב"ד שיש ערמה ורוצה להבריח וראוי לכופו. אבל קרקע דל"ש חשש הברחה לא הי' מהני כלל שליחות וצריך הרשאה כנ"ל ובפ' מהרא"י סי' רי"ז מצד מנהג כו'. נראה ג"כ שמפרש כן ד' הרא"ש דעכ"פ מוכח מהם דאם לא הי' שום חשש הפסד ראוי לכוף ולחוש לערמה. ולכך המנהג שאם רוצה ערוב הרשאה כו' היינו שלא ישאר שום ח' הפסד שוב ראוי שיועיל מטעם הרא"ש דכופין דזה נהנה כו' וזכין. כו'. ולכך כ' דס"ל דלא כרמב"ם שמפורש בדבריו דבלי חשש הפסד כלל ג"כ א"י לכופו כלל גם אחר תקנת הג' במלוה בהרשאה רק לאיים. והא עכ"פ הועיל תקנת הג' לפטור הלוה מאחריות אף שביטל ומת ושוב ממילא יהי' מחויב וראוי לכופו כיון דאין שום חשש הפסד. וע"כ דא"א לכופו גם שאין שום חשש הפסד ולכך לכוף להוציא אין כח בתקנת הג'. וכ"ש בלי הרשאה אף שזה יערוב שלא יפסיד כנ"ל. והרש"ל ז"ל בישו"ס כ' ושרי לי' מרי' דהרמב"ם מיירי במלוה ע"ש. ובחנם השיג והפי' ברור כמ"ש ע"ש. ומצד מנהג לערוב על הרשאה נראה דצריך הערבות גם על החשש תפיסה בביטל ומת כמ"ש שלא יהי' שום מיחוש הפסד כנ"ל. ומדינא גם זה לא מהני כנ"ל:

ומ"מ בשלח בכתב שישלם לו ע"י שלוחו זה אין טעם למה יהי' שייך לאו בע"ד דידי' הלא מלוה תובעו ובשלמא בב"ד אין לשמוע טענות בכתב אבל כשאין טו"ת חשוב תביעת בע"ד בכתב דבליכא לימוד חשוב כתב כפיו ומצוהו לפרוע ע"י יד שלוחו שהוא כרשותו:

(ד) **והטעם** כו'. כ' סמ"ע דלא כתב טעם ביטול דס"ל כבעה"ע ומור"ם כ' כו' דלטעם חשש ביטול א"צ אג"ק ע"ש. ולע"ד דע"כ לא פסק רמ"א דבלא הרשאה חייב בביטל היינו עכשיו דהדין שאינו מחויב ליתן בלי הרשאה לא חשוב אונס משא"כ בהרשאה שמחויב ליתן. אבל להוסיף זה בהטעם שנאמר דמש"ה אינו מחויב ליתן מחשש ביטול הא ליתא כשיהי' הדין דמחויב ליתן בלי הרשאה ג"כ יהי' הדין דפטור אף שביטל. ולכך

נקיט הטעם רק שמא מת. והגם דג"כ תמוה מה חילוק בין הרשאה כבר כתבתי בטור לישב בעזה"י ע"ש. עוד נראה דאם מת והי' אפשר ללוה לידע שמת לא מיפטר דקלא אית לי'. ועכ"פ יוכלו יתומים לתבעו שמא ידעת ועכ"פ יהי' תרעומת עליו וג"כ א"צ ליתן שמא מת כבר ועבר זמן שאפשר לידע כנ"ל. וכיון דאינו מחויב נקיט הרא"ש שוב החשש שמא ביטל כמ"ש רמ"א. בש"ך ציין על מ"ש יהי' חייב דיש פ' דפטור דמיתה לא מבטל הרשאה. ותמוה דהמחבר קאי על בלי הרשאה. וצ"ל דקאי עמ"ש רמ"א בידע שמת כו':

מ"ש ש"ך דעת הפ' דאף דביטל מהני מ"מ מיתה לא מבטל. אינו מובן כלל אי הוי קנין ל"מ ביטול ואי שליח פשוט בכמה משניות במת בטל שליחות. ואפשר אף דהוי קנין הוא מתקנ"ח כמ"ש תוס' ורא"ש (ב"ק ד"ע) דתקנו שיהי' כשלו. וי"ל דמהני בטול מצד דהוי א"א בתקנ"ח דניתקן לטובתו שיוכל להוציא בשבילו וכשאומר א"א אין כאן קנין כל שלא הוציא אבל כל שלא חזר נשאר התקנה דהוי קנין ואין המיתה מבטל דהוי קנין מעכשיו כנ"ל. וכן היורשים יכולין לבטל מה"ט כנ"ל. עוד י"ל למ"ש דהוי קנין דקני ע"מ להקנות וכמו מתנה ע"מ להחזיר דקי"ל דחשוב קנין ואף שא"י ליהנות כלום זה עצמו חשוב זכות ע"מ להקנות כיון דמתנה כמכר והוי זכות ממון. ולכך אי תפיס לא מהני שאינו מקיים התנאי:

שוב מצאתי במרדכי שכ' דהוי כמעמ"ל ע"ש. ונראה דכשאינו רוצה לקנות שוב בטל קנין של הקונה אף דשאר תנאי יכול לקיים בע"כ מ"מ בזה שאין שום זכות רק במה שיקנה לזה ואינו רוצה אין להלה שום זכות וליכא קנין כלל א"כ שפיר מהני ביטול וחזרה כנ"ל. משא"כ מת ולא ביטל כנ"ל. גם לטעם ג' שכ' בחי' הטור דאף דהקנין כשיוציא יהי' למפרע מעכשיו דא"צ ליתן כדי שיהי' קנין למפרע דעכשיו לאו בע"ד כו' רק שיכול לכוף בתורת שליחות ולא מצי א"ל חשש ביטול וחיוב אחריות כיון דאם יתן יהי' הקנין למפרע ולא יועיל הביטול וא"כ כשביטל באמת ונודע דאין כאן שליחות שוב א"צ ליתן כנ"ל. ולטעם זה גם במת כן אף דאם לא נודע א"צ לחוש ויכול ליתן וכשיותן יפטר מ"מ א"צ ליתן אם מת או ביטל ונודע כנ"ל. והש"ך ג"כ מסכים לדינא דא"צ ליתן אם יודע שמת דשמא בטלו יורשים ע"ש. ומ"ש הש"ך בשליחות גרידא דהפ' סברי דג"כ אין מיתה מבטל דהוי כאפוטרופוס שמינה אביהן. תמוה לע"ד מ"ש לדינא דלקמן סי' ר"צ מבואר בש"ע ת' הרא"ש זו להלכה דאין זה מנוי אפוטרופוס כלל שלא ציוה על בניו רק בחייו ובטל כשמת ע"ש (ס"א בהג"ה) ולא כתב ש"ך שום חילוק. וא"כ לא שייך כאן כלל. ועוד ביתומים גדולים מה שייכות לאפוטרופוס ומצוה לקיים לא שייך כה"ג כלל:.

טור סימן קכה

(**א**) **ראובן שהי' חייב כו' ואמר ללוי הולך מנה זה לשמעון** כו'. תמהני למה שינה מלשון הגמ' דאמר הולך מנה זה שאני חייב כו'. א' מוכח דאף שא"י אם חייב לו כלל רק במה שאמר הולך כו'. דאי לאו כזכי אפשר דהי' יכול לטעון שלא להשביע מ"מ הוי כזכי וכאלו נתנו לידו דלא מ"ל שלא להשביע. ומלשון הטור משמע שידוע בלא"ה שחייב ומגמ' מוכח כנ"ל. ואפשר דגם במוחזקין שאינו חייב לו. דלכאורה ההודאה רק כמחייב א"ע בדבר שאינו חייב ושוב הוי מתנה דלאו כזכי וממילא גם חיוב אין כאן כיון דלא אמר א"ע כנ"ל. אך י"ל כדפשיט הש"ס ב"ב קמ"ט שכ"מ שהודה לפי' תוס' אי הוי כמתנה כיון דמוחזק שאינו חייב ואם עמד חוזר או דהוי הודאה. כן בזה. דכיון דלפי הודאתו הוי חוב והוי כזכי מהני ההודאה גם ע"ז דאמירתו הולך כזכי בפירוש. ומיושב ק' הרא"ש (פ"ק דגטין) לשמואל נהי דהולך לאו כזכי יועיל בתורת תפיסה לבע"ח. ולהנ"ל לא קשה דאם אינו כזכי גם בחוב שוב אינו הודאה כלל כנ"ל. ואפשר דגם אי לאו כזכי הוי עכ"פ מעשה דל"ש שלא להשביע כמו כ"י וקנין אך סי' פ"א כ' דאף דכשמוסר שטר הוי הודאה אבל הודה בפני עדים ואמר כתבו לא הוי הודאה ע"ש (סי"ח). וגם מהרא"ש ב"ב קע"ה ולקמן סי' רנ"ה שכ' גם בלי שטר אומר תנו מהני ע"ש יש לחלק בין ש"מ לבריא ע"ש:

גם קשה עוד בש"ס דוקא שאמר לשליח שאני חייב אבל כמ"ש בטור אף שבאמת הי' חייב לו ולא אמר לשליח שאני חייב ולא ידע השליח שחייב לו א"כ לא נתכוין לזכות כלל עבור הבע"ח דלפי דעתו הולך אינו זכי. ובזה לא מהני דא' מקנה שיזכה עבור אחר באינו מתכוין וברמב"ם אף שכ' ראובן שהי' חייב כו' מ"מ כ' גם אח"כ שאמר, לשליח שאני חייב ע"ש (פ' ט"ז מה' מלוה). וצ"ל דגם הטור כוונתו שא"ל כן וקיצר:

(**ב**) **שהי' חייב**. משמע דגם במלוה בשטר הדין כן דהולך כזכי אף שאינו מחויב לשלם כל שאינו מחזיר השטר מ"מ הוי כתוך זמנו דמ"מ חייב והוי כזכי כנ"ל. ולכאורה קשה דלמה קי"ל בעובדא דאבימי (כתובות פ"ה) בסטראי דחייב השליח לשלם כשנתן קודם קבלת השטר דלתקוני שדרתיך כו'. דבשלמא אי לאו כזכי והמעות של משלח א"כ פשע במעותיו וחייב דהוי ש"ח עכ"פ. אבל כיון דהוא כזכי ונעשה מיד המעות של מלוה א"כ החזיר למלוה מה ששלו מכבר והפשיעה אינו רק על השטר שציוה לקבלו ולא קיבל והוי לענין זה כאדם אחר שלא קיים ציוי המשלח. ושטרות פטור מפשיעה לרוב הפ' מכ"ש שלא נעש' שומר על השטר מעולם והוי רק גרמא בלי מעשה כנ"ל רק שלא עשה ציויו במעות דמלוה ולא חייב בזה כלל כנ"ל וי"ל כיון דלענין אחריות המעות עדיין באחריות שלו שאם נגנב או אבד יתחייב למלוה. וא"כ נהי דקי"ל גורם לאו כממון. מ"מ

חזינן בשומר שמסר לשומר אם הראשון חייב נעשה הב' שומר דראשון אף דהחפץ אינו שלו מ"מ כיון דבאחריותו שוב הב' שומר שלו להתחייב באחריות לשלם לשומר א'. ואף לר"י כן כ"ש כאן דהי' שלו לא יצא מרשותו כל שעדיין חייב באחריות כמ"ש תוס' ב"מ פ' א"נ גבי צאן ברזל לחלק בין בהמת ארנונא ע"ש. וא"כ כיון דכל שלא נתן למלוה המעות הן באחריות הלוה א"כ עדיין השליח שומר שלו להתחייב בפשיעה לו והרי פשע במעות אלו שנתנו למלוה באופן שלא נפטר ממנו וכאלו נתנו לאחר שאח"ל שהי' חייב ללוה כנ"ל. אולם הא קי"ל (ב"ב קל"ח) בזיכה ע"י אחר ושתק זכה לגמרי שא"י לחזור רק היכא דצוח אח"כ פליגי אי הוכיח סופו כו'. וכן בגר קטן הגדיל שעה א' ולא מיחה שוב אי"ל כו' (כתובות י"א). וא"כ מיד שהודיע השליח למלוה שהביא לו מעותיו מה שזיכה לו א"כ זכה לגמרי לפרעון ונפטר לוה מאחריות אף אם יאבד משליח דכששתק זכה לגמרי והוי פרעון. וא"כ שוב כלתה שמירתו שאינו השליח עוד שומר דלוה כלל על המעות. א"כ כשנתנם לו אא"כ אף שלא קיבל השטר אמאי חייב הא הפשיעה במעות המלוה מה שאין לוה חייב באחריותן כלל כנ"ל. וא"ל כיון דאומר סטראי הוי כשתק ובסוף צוח דאיגלאי דלא רצה בשתיקתו לזכות על פרעון זה שזיכה לו הלוה. ז"א חדא דגם בהנ"ל ספק הוא ולא הי' חייב. ועוד דבצוח סתם איגלאי שלא רצה משא"כ סטראי אם שקר ורוצה לגזול מוקמינן אחזקת כשרות דבשעת קבלה הוא דאיתרע כנ"ל. וא"כ אחר השתיקה אם הי' השליח זורקו לים ג"כ הי' פטור מלוה שכבר נפטר א"כ גם שנתנו למלוה יפטר. ולרמב"ם דאחריות אלם חשוב ג"כ אחריות י"ל דעכ"פ חשוב באחריות לוה שגם שיאבד אחר שתיקה יוכל מלוה לגבות שלא כדין כל שהשטר בידו חשוב ג"כ באחריותו והוי שומר שלו על המעות כל שלא קיבל השטר. אך הפ' חולקין ועוד דא"י שירצה שלא כדין כנ"ל:

וי"ל או דהדין באמת כשהזכיר השטר אף דאמר הב זוזי ושקול שטרא חשוב כאומר ושקול קודם. וא"כ אף דתן כזכי רק תן גרידא לא כשאמר שקול שטרא ותן לא הוי כזכי עד שיקח השטר. וכן גם שאומר הב כו' ובאמת יוכל לחזור בו כה"ג. והו"ל לפ' להזכיר זה החילוק. עוד י"ל דבשתיקה לא נפטר הלוה מאחריות כלל דאף דמתנה בזיכה כו' וכן הגדיל שעה א' הוא משום שהגירות כבר והי' לו למחות וכן זיכה ושתיק סתמא כיון דהוי זכות נתרצה כנ"ל. משא"כ כשאמר הולך ותן כו'. כשהביא המעות שוב אינו זכות כלל מה שיחשב פרעון בזיכוי דמעיקרא דאדרבא טוב לו שעדיין באחריות לוה עד שיבא המעות לידו דגם אם לא יהי' מועיל הזיכוי יתן לו המעות לפרעון חובו ואין

הוכחה כלל מהשתיקה על שיועיל הזיכוי דמעיקרא כנ"ל. א"כ כיון שעדיין באחריותו שוב הוי שליח שומר דלוה וחייב:

ובזה נתישב לי בעזה"י דברי ב"י התמוהים מאד. דהביא מקודם דין הש"ס דקי"ל כרב דחייב באחריות ואם בא לחזור אינו חוזר. ואח"כ ציין ב' ומ"ש ומ"מ ראובן חייב באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כ"כ הרמב"ם ובעה"ת כו' ע"ש. ותמה בהגהות וכנה"ג מ"ל לרמב"ם ובעה"ת הלא מפו' בגמ' שהביא בעצמו ע"ש. ולמ"ש א"ש דהא שמיד שהודיעו שליח שקיבל המעות וזכה לו נפטר לוה מאחריות כיון דשתק כנ"ל. וזה לא מוכח כלל מגמ'. וקמ"ל עד שיגיע ליד המלוה כנ"ל כמ"ש. ומדויק שציין ב"י הוא באחריותו עד שיגיע ליד כו' וע"ז כ' מהרמב"ם כו' שכתבו לשון זה ומוכח כמ"ש מהא דאבימי כו'. ומ"מ יש לדחות דאין ראי' כלל כיון דתן רק בחוב כזכי וא"כ דהוי כזכי אף בשטר כמו בתוך זמנו מ"מ דוקא כשלוקח אח"כ השטר ממלוה קודם פרעון שבאופן זה הי' חייב לפרוע ובפרעון הוי כזכי אף קודם הזמן. אבל כל שפרע ולא קיבל השטר שפרעון זה אינו מחויב כלל דהא למ"ד א"כ שובר גם מחשש רחוק שיצטרך לפרוע א"צ כ"ש כל שאינו מחזיר כלל גם לדידן כמפורש בש"ע (סי' נ"ד). וא"כ על אופן זה שפרע השליח לא הי' חיוב כלל גם אח"כ ולא הוי כזכי. ואף שאמר לו זכי בפירוש מ"מ שאמר לפרעון חובו הוי שזוכה לו ע"ת כשיפרע אח"כ כדינו שמחויב לפרוע היינו בחזרת השטר יהי' זכי מעכשיו משא"כ כשפרע שלא כדין בטל למפרע הזכי'. וא"צ תנאי כפול בזה דמוכח כנ"ל. ושוב פשע במעות הלוה וחייב כנ"ל. וי"ל שפיר דמיד שיודע ושתק נפטר לוה מאחריות כנ"ל. וגם י"ל דבטוען סטראי הוכיח סופו כמו בשתק ולבסוף צוח דלא כמ"ש לעיל דהא בנפל מהגג דג"כ רשע הוא ומהני הוכיח סופו ע"ש. משא"כ בנאבד אח"כ והוי כאלו זיכה לו בפניו ע"י אחר דנפטר כנ"ל. ועכ"פ לא הי' לב"י, לכתוב דפשוט הוא:

עוד י"ל דלכאורה כיון דהוחזק כפרן או השליח רגיל בעלים להפקיד דמה"ט הוי זכות בפקדון. א"כ להרבה פ' לקמן סי' רצ"א נפטר הראשון כיון של"ש את מהימנת כו'. וע"כ החיוב עליו כאן רק משום סכנת דרך כמ"ש תוס' ב"ק (ק"ד) דגם הוא עצמו הי' חייב כשהי' הולך בסכנת דרכים ע"ש גבי שליח שעשאו כו'. וא"כ נהי דכשלא חזר בו חייב כיון שציוה להולך בדרך חייב באונסא דאורחא שלא הי' לו להוליכו וכיון שבשליחותו מוליך חייב דמטעם זכי לא נפטר. אבל כשחזר בו שרוצה שיחזיר לו ולא יוליכנו רק דהדין שא"י לחזור ואינו רוצה להחזירו. אבל עכ"פ אונס הוא על מה שזה מוליכו בסכנת דרכים בע"כ דלענין שליחותו הרי חזר בו. והוי כהאי דב"מ (ל"ו) בהוליכו למרעה טוב

ואח"כ לא הי' יכול לתקפ' דפטור ע"ש בתוס' כיון דמתחלה לא פשע ואח"כ אונס וכן בהנ"ל. ודין זה לא מוכח מהש"ס דהלשון חייב באחריות ואב"ל אינו חוזר. א"כ י"ל דתרי מילי נינהו דחייב באחריות כשאינו חוזר ואב"ל א"י ומ"מ נפטר מאחריות דרך כנ"ל. רק מרמב"ם וטור שהפכו הלשון שכ' מקודם שא"י לחזור ואח"כ כ' דמ"מ חייב באחריות והיינו דאף שחזר בו חייב באחריות כנ"ל. וכ' ב"י שפיר דמלשונם מוכח כנ"ל. והטעם צ"ל דמיד שאמר הולך והדין דא"י לחזור ודאי יוליכנו ולא יוכל לעכב נתחייב מיד באונסא דאורחא כנ"ל וא"ש:

(ג) **ואם החזיר והעני** כו'. קשה שלא הביאו כלל ש"ס דגטין ר"פ התקבל דפריך דרב אדרב ומשני דספק אי הולך כזכי ומ"מ א"י לחזור ע"ש. וא"כ מאחר דהא דקי"ל כרב דתניא כוותי' עכ"פ דאינו אלא ס' אי כזכי גם בחוב א"כ למה יהי' חייב לשלם כשהחזיר שמא אינו כזכי והא ודאי דלרב דספק חולצת כו' ס"ל דברייתא שתניא כוותי' ס"ל ג"כ דספיקא הוי ע"ש. וכ"ש כיון דשמואל פליג דודאי אינו כזכי והלכה בדינא כוותי' רק משום דאמר בש"ס ת"כ אבל אא"ל יותר ממה דס"ל לרב דס' הוא. ולא מבעיא להפ' גם בגט כרב דספיקא וחולצת כו' ע"ש באה"ע (סי' ק"מ) א"כ ודאי דהי' לפסוק כאן כנ"ל כמפורש בש"ס. רק אף להחולקין שם היינו דפסק כאביי (ר"פ השולח) דשליח מתנה כשליח הגט משמע דאינו כזכי. אבל לענין זה דבפרעון חוב ספק לא מצאנו חולק על רב. ואדרבא כיון דלרב אלים הולך שגם בגט ספק מ"מ בחוב הוי ג"כ רק ספק מכ"ש לאביי דבגט ודאי לאו כזכי מכ"ש דבחוב אינו אלא ספק כנ"ל. ואפשר כיון דסתמא דש"ס פ"ק דגטין מוקי פלוגתא דברייתא דמ"ד יחלוקו מספקא לי' אי הולך כזכי ע"ש. א"כ פליג סתם הש"ס בסברא זו על רב דס"ל ס' א"י לחזור. וא"כ מוכח מברייתא דתניא כוותי' דהוי ודאי כזכי דמס' הי' יחלוקו כנ"ל. ודוחק דאין ראיה ממתנה לחוב כמ"ש בגמ' דאף אי במתנה מס' יחלוקו או שודא מ"מ בחוב בספק י"ל דא"י לחזור כלל ע"ש. דא"א לדחות ע"ז דברי רב. ולתוס' דבהולך ותן שוים י"ל דמוכח ממתני' דשיחרור שכ' תוס' דהוי כחוב עכ"פ מוכח דחוב הוי ודאי כזכי דמותר בב"ח אך לרמב"ם דתן גם במתנה כזכי אין ראיה כלל וגם לתוס' הא ע"כ רב מישב מתניתין אליבי' דס"ל ספק. ואיך יהי' הוכחה דלא כוותי'. ואפשר דס"ל להפ' דפי' כיון דספק ממונא לקולא וא"י לחזור בו מספק שוב הוי ודאי כזכי דיודע כשאומר הולך שלא יוכל לחזור בו מספק שוב אם לא הי' דעתו זכי הי' לו לפרש שלא יזכה כמש"כ בש"ע (סי' נ"ד) החילוק בין שטר לשובר גבי סלעין דינרין סתם אף דא"מ תפיסה מהני בשובר דיודע כו' ע"ש. ודוחק. דהרי בגמ' לא ס"ל הך סברא דא"כ למה בספק במתנה יחלוקו הא כיון דהדין יחלוקו ומפסיד הי' לו לפרש

ויהי' ודאי כזכי וע"כ דלא כנ"ל. ואפשר דרב דאמר סתם אינו חוזר משמע ודאי א"כ ע"כ ס"ל דע"י שספק ממון לקולא נעשה ודאי כנ"ל:

למ"ש ב"י בשם רשב"א החילוק במציאה דלאו כזכי תן משום דמצי המגביה לומר כשאמרת תן לא הי' בדעתו שאמרת שאזכה ע"ש. ומשמע החילוק דתלו בדעתו והיא מוחזק וכמ"ש תוס' (ר"פ המניח) גבי אין הולכין בממון אחר הרוב דמא"ל קים לי שאני מהמיעוט ע"ש. א"כ כשהחזיר יוכל ג"כ לטעון השליח חשבתי דאמירתך ולך ותן לאו כזכי ולכך החזרתי דודאי אם אינו מתכוין לזכות עבורו אינו זוכה. וג"כ א"י להוציא לחייב לשלם. וצ"ל דס"ל כחילוק התוס' (ב"מ ד"י) בין דא' מקנה לא כרשב"א הנ"ל. וצ"ל שאינו נאמן לומר לא כוונתי לזכות עבורך כלל ולכך החזרתי. דכיון דא"ל הולך שהוא כזכי וקיבל סתמא הוי רצוי ומורה שע"ד כן קיבל וזכה. כדקי"ל פ"ק דב"מ דאם א"ל זכה לי והגביה סתם א"נ לומר לעצמי קניתי. אלא סתמא לזכות עבורו כמו שאמר לו כנ"ל. אולם משמע בהולך אף שאינו מוסר מיד ליד אלא שכבר בידו הוי כזכי דעדיף הולך בחוב מתן במתנ' וכה"ג בשתיקה אפשר כיון דאין מעשה המוכיח שזכה בשבילו א"י להוציא ממנו כשהחזיר כדקי"ל בשתיקה לאחר מ"מ דאינו הוכחה כנ"ל:

(ד) **כתב בעה"ת שליח כו' אם יש נכסים למלוה** כו'. משמע דאף דא"ל רק קרקעות. והא דינו דמלוה בזוזי כשיש לו וכאן הא יש לו דכשיתרצה למה שזכה בשבילו אית לי' זוזי וכמ"ש ט"ז ס"ט בשוחד כשיתבענו דכופין אותו לתבוע כדי לקיים פריעת בע"ח ע"ש. וי"ל דשם דוקא שאין לו כלל. משא"כ בא"ל קרקע כמו שהדין דל"א לי' זיל זבין ואייתי זוזי דכך הדין כשאין לו מעות צריך ליקח קרקע. ממילא אין לכופו להתרצות להזכי' שיהי' לו מעות ויכול לומר קח קרקע כל שלא זכה בהמעות וממילא מחויב השליח ליתן לו המעות כנ"ל. ומ"מ קשה דמשמע שם (כתובות פ"ו) זיל טרח וזבין ל"א דהטורח למכור אינו מוטל עליו משא"כ כאן דברצוי לחוד די. מ"מ נראה דלא פלוג. אך הא ק"ל דגם שטרות יכול ליקח ובכל השיוי ודאי יכול ליקח ע"ש לעיל (סי' ק"א). ואף להחולקים רק משום דהן רק גורם לממון. וגורם כזה שמיד נעשה ממון לכ"ע כממון. וא"כ אף אי נימא דלא נפטר יכול ליקח החוב בחובו ושוב יהי' ממון גמור דכבר בידו אף אי לא שייך שיעבודא דר"נ. אך י"ל דשוב ליקח השטר והחוב כמו מטלטלין ויכול ליתן לו מטלטלין אחרים שהברירה ביד לוה. אך כיון דנותנין מה דמקרבי למעות טפי כמבואר בש"ע וכאן מטלטלין אלו היינו החוב מקרב למעות טפי משאר מטלטלי שהרי יהי' מיד מעות. וי"ל ג"כ דלא פלוג במטלטלין אי מקרב טפי דא"כ הי' תמיד מלוה יכול לומר לדידי שוה לי מטלטל זה כמעות ומ"מ ק"ל דהברירה ללוה ע"ש:

(ה) **וכנגד המשלח א"ל מיגו דהחזרתי לך הואיל כו'**. תמוה מאד ד' בעה"ת וטור כמובן דאי הפי' מיגו שיהי' נאמן לפטור המשלח הא אם יאמר החזרתי חייב המשלח. וי"ל הפי' כמ"ש הרמב"ן ב"ב פ' י"נ (קל"ד ע"ב) גבי זה בני אף דנאמן רק מיגו דמגרשה והי' פסולה לכהן מ"מ כיון דאין לו נ"מ אי מותרת לכהן או לא ואית לי' מיגו ונאמן שיש לו בנים שוב ממילא מותרת לכהן ע"ש. ול"ד למיגו לחצי טענה דשם נוגע לו ורוצה בטענה זו ואין לו מיגו משא"כ בהנ"ל. וא"כ כאן נהי דאם הי' דנין להאמין לשליח שחייב לו המלוה לענין לפטור המשלח הי' שייך דלית לי' מיגו כלל דאם רוצה לפטור משלח ל"ל מיגו דכשיאמר החזרתי יהי' מחויב. אבל אמרינן ממילא כיון דנאמן נגד המלוה שחייב, לו מיגו דהחזרתי למלוה כנ"ל או ללוה דלא איכפת לי' אם יתחייב לוה או לא וממילא נאמן יש לי בידך כנגדו במיגו המורה שאמת כדבריו שחייב לו ושוב ממילא מהני נאמנות שלו במיגו לפטור הלוה דכשחייב מגיע לו מדר"נ כיון שהמלוה כופר כנ"ל. דבהא דשליח אינו נעשה עד כשנוגע (קדושין מ"ג) אף דנאמן לעצמו היינו דא"צ למיגו רק דלעצמו נאמן החזרתי מצ"ע שא"י להוציא ממון אבל לא מצד ראי' שיועיל לפטור הלוה. משא"כ בזה דטענת י"ל בידך כנגדו נאמנותו רק משום מיגו ושוב הראי' מהני נגד הלוה ג"כ. דהא הוגד לי מע"א או נאמן הוי ברי לענין שבועה. א"כ הא דלא מהני בא"י אם פרעתי הוגד כו'. הוא משום דא"כ יועיל הגדה של זה לממון ואין ע"א קם לממון וכ"ש פסול אבל כאן מהני הוגד כו' שיהי' ברי דהוי הוגד ונאמן משום מיגו כו' ולא מתורת עדות כנ"ל. והנה כאן חיוב הלוה כשהשליח טוען שמלוה חייב לו. הוא משני טעמים דהוי א"י אם פרעתי דא"י אם יש לשליח כו' וגם דאם הי' טוען ברי ג"כ א"נ יש לי כנגדו בלא מיגו כנ"ל. וא"כ מיושב דהוגד לי מפי פסול כשאינו נוגע הוי ברי א"כ אם לא הי' נוגע השליח די"ל החזרתי ללוה אף דהוי עד הצ"ש הוי רק פסול מגזה"כ והי' חשוב ברי דלא שייך אין פסול קם לממון כיון דמטעם מיגו כנ"ל. וגם טעם ב' לא שייך לחייב הלוה דכמו דנאמן בא"ל מיגו יש לו כנגדו כן מהני מיגו דשליח דמאמינים לו במיגו כיון דאין לו נ"מ בין שחייב לוה או לא כנ"ל. אבל כיון דהוי נוגע דאם יטעון החזרתי למשלח יתחייב. וע"כ צ"ל יש לי כנגדו או פרע למלוה שוב לא חשוב ברי וחייב משלח משום א"י אם פרעתי ולא מהני המיגו לענין לפטור הלוה כנ"ל. ומ"מ באמת לא דמי להא דבידו לגרשה דשם יש ראי' שיש לו בנים כדבריו אף עכשיו דנאמן במיגו דלמה לא יגרשנה ויהי' כדין וע"כ שבאמת יש לו בנים. משא"כ שאר מיגו דעכשיו דנאמן יש לו כנגדו במיגו דהחזרתי והי' אומר שקר אחר ומה חילוק לו רק דאי נימא שלא יהי'

נאמן יש לו כו'. א"כ הי' יכול לטעון טענה שהי' נאמן וע"כ נאמן אבל עכשיו שנאמן אין הוכחה לענין להאמין נגד המשלח כנ"ל:

אך מ"מ י"ל כהאי דפ"ק דסנהדרין מתוך שנאמן כו' דלא פלגינן דבורי' ע"ש (ד"י ברש"י ותוס') לכאורה תליא במחלוקת הפ' (סי' נ"ח) גבי סטראי דלהפ' דא"י לתפוס כיון שיצטרך השליח לשלם גם כאן י"ל אף דלדבריו שחייב לו יכול ליקח לעצמו מ"מ כיון שעי"ז יצטרך לוה לשלם והוא אינו חייב לך אי"ל וצריך ליתן המעות למלוה משא"כ להפ' שם דיכול לתפוס ואין לו לחוש מה שיגרום הפסד לשליח גם כאן י"ל כן דמ"מ הרי מגיע לו ואף שיצטרך לוה לשלם כמו התם. ומשמע דכאן לכ"ע א"י לתפוס. ונראה החילוק דשם שפיר המלוה תופס המעות דלוה לחוב אחר שהוא כדין כיון שמגיע לו ואף דע"י זה גורם שהשליח צריך לשלם זה כשאר גזלן שיקח ממנו שלא כדין ע"י שכופר. וכיון שהגזלן בא על ממון השליח א"צ להפסיד ולהציל בממונו ואינו מכוין לגרום היזק כנ"ל משא"כ כאן שאף אי חייב לו מלוה מ"מ א"י ליקח מעות זה רק משיעבודא דר"נ שכיון דמלוה אינו רוצה בהזכי' למפרע בטל הזיכוי והמעות של משלח רק לדברי השליח דמלוה חייב לו וכופר מהני תפיסתו אף שהוא מעות לוה מדר"נ. ודר"נ הוא רק דאותו חיוב שזה חייב לזה חייב למלוה שלו. וכיון דהיכא שיש רק חשש שיצטרך לפרוע עוד הפעם אינו מחויב לפרוע דמה"ט כשהשטר בעולם אין כ' שובר דא"צ לפרוע כנ"ל. וא"כ כאן כיון דמלוה כופר ויצטרך לפרוע עוד הפעם אינו חייב כלל לפרוע לזה מדר"נ שפרעון זה אינו חייב כלל לפרוע למלוה שלו באופן שיכול לתבעו עוד הפעם. וממילא גם למלוה של המלוה א"צ לפרוע מדר"נ דלא עדיף רק כהבע"ח עצמו כנ"ל וא"כ אף שהאמת כדברי שליח שחייב לו המלוה ג"כ א"י ליקח מעות הלוה מדר"נ כנ"ל וא"ש:

(ו) **הרמ"ה כתב דהולך אף דכזכי הוי כע"מ שתתני לפלוני ואי מקיים** כו'. לכאורה א"כ בהולך ומת למה יתנו ליורשי מי שנשתלחו לו הא לא מקיים התנאי דכוונתו לו ולא ליורשיו כדאמר בש"ס אי הולך לאו כזכי ע"ש. וי"ל דקי"ל יש אונס בשאר דבר רק בגטין תקנה ע"ש וריש כתובות). ומת הוי אונס שלא נתקיים התנאי דמעכשיו ושפיר זכה מחיים למפרע. משא"כ כשתופס השליח ואינו נותן כנ"ל., אך א"כ כשמת יהי' שליח יכול לתפוס גם לרמ"ה דכבר נתבטל התנאי מחמת אונס ושוב נשאר הזכוי למפרע בלי תנאי. אך כשיש בטול התנאי שלא מחמת אונס ג"כ י"ל דגם אח"כ מבטל. אך א"צ לתנאי הרי בכל זכוי הגדילו יכול למחות ובטל הזכוי וא"י לתפוס לשיטת הרמ"ה כנ"ל. וא"כ למה נקיט בהולך אף בזכי ממש שייך הדין כנ"ל. וע"כ שמחלק ר"ת ז"ל דתן ג"כ לאו

כזכי במתנה. ובשחרור כתב משום דא"ל דעביד נייח נפשי' כו' הוי כחוב. ע"ש שהקשה הרא"ש (ספ"ק דגטין) דגם במתנה אמרינן כו'. וכ' דפעמים לאוהבו כו'. וע"ש:

וי"ל למ"ש הפ' כיון דמשחרר עובר בעשה אין שליח לד"ע ובטל השליחות לתוס' ב"מ (ד"י ע"ב). ותירצו דזכי ה"ה שליח של העבד שאינו עושה איסור כ"כ בת' נב"י. אולם לא ישב כלום הא דתן אי לאו כזכי דתנן יכול לחזור אבל כשאינו חוזר עכ"פ מהני וכתבתי במקום אחר. אולם להפ' דהיכא דמשום נייח נפשי' טובא כשמשחרר אינו איסור דדוקא בחנם כמ"ש רשב"א ע"ש. וא"כ י"ל דמה"ט גופי' תן כזכי בשחרור ממ"נ אי לא משום נייח משחרר,. א"כ ע"כ כוונתו זכי דתן יהי' בטל השליחות לגמרי דאין שליח לד"ע. ואי משום נייח הוי כחוב דכוונתו זכי משא"כ במתנה. אך מגט קשה דתני במתני' דאין חבין הא גם אי זכות לא הי' מועיל תן. ואפשר דנקיט תן לרבותא דעבד ומפרש דבאשה חוב ואף זכי לא מהני. או דגם בגט א"ל דבר גדול לא הי' מגרש והוי כשחרור כנ"ל. או דבהנך דמחויב להוציא דהוי כחוב דהי' תן כזכי. או דבתר תקנת ר"ג א"י לבטל שלא בפני שליח י"ל דהוי כזכי כיון שבדעתו שלא יחזור מהשליחות אף א"ל כזכי. דלרדוף אחרי השליח לא שכיח כנ"ל. עוד י"ל דבשלמא מתנה אף דא"ל דעביד לי' נייח כו' מ"מ מה שרוצה לעשות נייח למקבל וליתן לו מתנה מ"מ זה הנייחא הוא רק, כשיודע למקבל ולמה לו שיהי' כזכי מיד שלא בפניו. משא"כ פרעון חוב דרוצה לפטור עצמו לקיים פריעת בע"ח רוצה מיד הוא טובתו ג"כ אף שחייב באחריות מ"מ כבר, פרע. שהוא טובתו ג"כ אף שחייב באחריות מ"מ כבר פרע. וממילא גם שחרור וגט דע"כ יש לו טעם שרוצה לשחררו שיהי' ב"ח ובגט שתהי' מגורשת ממנו והוי כפרעון שהוא רק סלוק שיעבודו לא מצד המקבל דאף בע"כ מהני שפיר רוצה מיד כנ"ל. או כמ"ש הר"ן (נדרים פ"ז) הטעם דבמגרש תוך כ"ד לא מצי הדר משום דעושה בהסכמת דעתו שלא יחזור בו. מה"ט תן כזכי ג"כ שאין בדעתו לחזור בו מסתמא כנ"ל:

ולהרמב"ם ז"ל תן במתנה כזכי. לישב ראיות ר"ת ז"ל בפשיטות מה דנקיט הולך ותן במלוה ופקדון והא מה הולך כו' כ"ש תן דבמתנה כזכי ע"ש ובב"י וי"ל דבש"ס דמשני בפקדון בהוחזק כפרן ולא משני שהזוכה רגיל בעלים להפקיד כמ"ש הר"ן וש"ע. נראה כמ"ש בגמ' דפקדון אין שום זכות שהוא אצל השליח או אצלו דהא הפקיד אצלו ומה בכך שרגיל כו' וע"כ מה שרוצה להוליכו אליו וא"כ בשלמא הולך י"ל דרשאי להוליך אף שיש אחריות הדרך וגם אחריות זה חייב המשלח דהא א"ל הולך ונתרצה אבל תן י"ל כשיבא לא להוליכו וממילא אין זכות כלל. ודוקא הוחזק כפרן. ואדרבא במתנה תן שייך כזכי דגוף הדבר זכות משא"כ פקדון כנ"ל. אולם באמת אף הולך כן דאף שחייב

באחריות הדרך מ"מ כיון דהוי פשיעה מה שמוליכו בדרך כמ"ש תוספ' ב"ק (ק"ד) גבי שליח בעדים כו' א"כ אף דחייב לשלם כשנאנס מ"מ אינו זכות דאין הלה רוצה ל"מ בחפץ דודאי אינו רוצה אף שישלם רק אפי' מעות מ"מ מבעין לחיוב שיהי' לו עליהם חשוב חוב כמו דחשוב זכות במלוה מה שנעשה מחיוב בעין כן בהנ"ל. ובלא הולכה אינו זכות כלל ולכך דוקא הוחזק כפרן שגוף ההוצאה מידו זכות ושפיר תני הולך ותן לאשמעינן דהולך דומיא דתן דוקא בכפרן כנ"ל. גם דהוי ס"ד דתן אינו כזכי כלל בחוב דאדרבא במתנה הוי זכות כנ"ל והולך עדיף משום ההולכה משא"כ תן דלא קיבל עליו כלל להוליכו וקמ"ל כנ"ל:

החילוק בין הולך לתן דלשון הולך משמע שאינו רוצה שיזכה כאן רק לשם ואף אם יעשה המלוה שליח לקבל ממנו כאן אינו רוצה ליתן לו ממילא לא שייך שיעשה עצמו שליח כמ"ש הר"ן וממילא אין כוונתו זכי. משא"כ תן אם נעשה שליח מקוים תן דשלוחו כמותו ממילא יכול לעשות עצמו ג"כ והוי כזכי. אך ז"א דא"ל משום זילותא וכו' אשה ע"ש לקבל משליח בעלה (גטין ס"ג) והיא בעצמה יכולה לקבל ממנו אף הולך וע"כ אין קפידא כנ"ל:

(ז) **בטור דוקא במוסר מיד ליד** כו'. אינו מובן החילוק כיון שהוא ברשותו. ואפשר לומר למ"ש הרא"ש גטין (ר"פ הזורק) גבי תיחוד ותפתח דל מהני סגורה לחוד כיון דגם מקודם הי' משתמשת לנעול כו' אין המעשה מורה על הקנין ע"ש. וכן במשיכה צריך להיות מורה המשיכה שנעשה שלו. וא"כ למה במקנה לנפקד קני דקי"ל (סי' ר') ברשות המופקדין אצלו כו' דרשותו קונה לו והא גם מקודם הי' ברשותו ואינו מורה כלל שנעשה שלו. וע"כ הטעם כיון דנסתלק בדבור ואף דמקודם כיון שהשאיל ביתו לשמירת ממונו קרוי ביתו כמ"ש הרא"ש ריש פסחים. מ"מ כשהקנה לו נסתלק משמירה ואינו עוד בית המפקיד וממילא מורה מה שברשותו שהוא בתורת קנין ששלו וחשוב בא מרשותו לרשותו כשוכר את מקומו דקנה. אולם במפקיד שאמר לו זכי בשלמא במתנה מהני ג"כ דנסתלק מלהיות עוד שומר דמפקיד רק דמקבל מתנה והוי ג"כ בא מרשותו כו'. אבל בפרעון חוב כיון דאף שאמר לו זכי חייב באחריות כדקי"ל וא"כ עדיין הוא שומר של מפקיד ג"כ דלענין חיוב אחריות חשוב שומר שלו וא"כ אין זה משיכה כלל מרשות מפקיד להחשב רשות מלוה כנ"ל כיון דמקודם הי' חשוב רשות מפקיד וכן עכשיו כנ"ל. אולם ז"א דהאחריות בפרעון אינו על הלוה מצד המעות שהפקיד רק שלא נפטר מהחוב עדיין דמה"ט חייב גם באונסין אבל גוף הדבר שזיכה למלוה ובזכי במתנה חשוב נסתלק שגם כשיאבד יהי' חייב למקבל מתנה לא לנותן. וא"כ בתן י"ל למ"ש רמ"ה דהוי כתנאי

אם יתן לו יהי' זכי' למפרע ואי לא לא ובטל למפרע ככל תנאי דמעכשיו ע"ש בטור. וא"כ אם יאבד לא יקוים התנאי ובטל הזכוי ושוב יהי' חייב בפשיעה לשלם לנותן א"כ לא נסתלק ועדיין שומר דנותן ושוב לא זכי כלל דאין כאן משיכה משא"כ מוסר מיד ליד. וא"ש בתן במתנה דאינו כזכי אא"כ מיד ליד כנ"ל. משא"כ זכי בפירוש גם חצרו קני. אך מ"מ אינו עיקר דמה שקרוי ביתו כיון שהשאיל אינו מצד חיוב תשלומי אחריות רק חיוב השמירה שלא יאבד וזה מיד שזכה אף שהוא ע"ת שיתן לו מ"מ חשוב משאיל ביתו לשמירת ממון המקבל מתנה. דאף דכשיאבד ישלם לנותן זה מחמת שלא קיים התנאי. אבל שלא יאבד הוא לממון המקבל. מ"מ כיון דחייב גם לו י"ל דהוי כרשות של שניהם שלא חשוב משיכה אא"כ מודד כו' וצריך מיד ליד כנ"ל:

עוד י"ל די"ל תן אינו מקפיד אם יזכה אח"כ וממילא יוכל לעשות עצמו שליח לזכות ויקוים תן כמ"ש הר"ן גטין (י"א ע"ב) וכאלו עשה המקבל לאדם אחר שליח לקבל. אולם י"ל כמו קרע כסותי ולא"ל לפטור חייב באתי לידי' בתורת שמירה משא"כ בלא א"ל בת"ש ע"ש (ס"פ החובל). דהטעם נהי שאינו מקפיד על הקריעה אבל אינו מסלק אחריות כאלו נקרע ע"י פשיעה ע"ש. א"כ כמו מוחל דחשוב גרמי אף דמדינא מצי מחיל מ"מ מפסידו ע"ש (סי' ס"ו). כן י"ל בשלמא בפירוש זכי שפיר הוי כהפטור. משא"כ תן רק אינו מקפיד שלא יזכה אח"כ דוקא לא עדיף מקרע בא"ל בתורת שמירה כיון שכבר אצלו בפקדון ושוב אם אינו כזכי לא יוכל לזכות מה"ט אינו כזכי. משא"כ כשמוסרו לשם כן וא"ל תן ושאינו מקפיד עכ"פ לא אתי לידי' בת"ש רק ליתן ויוכל לזכות מעצמו ושוב הוי כזכי כנ"ל. אך גם ז"א אמת דא"כ בלא בא לידי' בתורת פקדון רק מראה לו ואינו נותן מיד ליד הי' ראוי להיות כזכי ואינו כן. ובל"ז ג"כ יש לדחות:

ונראה עיקר הטעם דרשות הנפקד לא חשוב משיכה דהא סימטא שיש לכל א' רשות להניח שלו ומשיכה קונה דהוי כמושך לרשותו ומורה על הקנין. ומ"מ ל"א שיקנה בדבור גרידא דאם יקנה ויעשה שלו ממילא יהי' חשוב כמונח ברשותו וע"כ דצריך מעשה המורה כו' וכן הנפקד דאף כשיקנה יהי' שומר המקבל מ"מ באמירת הנותן גרידא לא עשה מעשה שיורה שהוא שומר דמקבל ולכך צריך להיות מיד ליד וכקנין מסירה שהוא מצד הנותן לחוד כנ"ל:

ב"י בשם ר"י דתן שטר מתנה זה לפלוני הוי כזכי ע"ש. ותמה בד"מ ושאר פוסקים וסמ"ע וש"ך הא לא עדיף מחפץ שנותן במתנה דתן לאו כזכי ואיך שטר יהי' עדיף ע"ש שנדחקו. ולע"ד י"ל פשוט דהטעם דא"י לעשו' לעצמו שליח אח"כ ולזכות דאף דאמר תן יקוים כאלו עשה מקבל שליח וכמ"ש הר"ן דשיחשב חב לאחרים דוחק כיון דעכשיו אינו

מקפיד. ולכך י"ל דהטעם דלא חזרה שליחות דגם בממון א"י להיות קונה ומקנה ביחד בב"א ואם עושה עצמו שליח לזכות ולקנות אין כאן מקנה כו'. אולם ר"י לטעמי' דס"ל כהרא"ש דקי"ל כאביי דבכל שטר עבחז"ל והוי מעכשיו רק בעינן מטי לידי'. א"כ שוב לענין מטי לידי' ודאי דאינו מזיק מה דלא חזרה שליחות דעכ"פ בא לידו מדעת ונתקיים התנאי דמטי לידי' ושוב זכה למפרע משעת החתימה ושפיר בתן שטר מתנה הוי כזכי ועדיף מחפץ ומעות כנ"ל:

חו"מ סימן קכה

סעיף א

(**א**) **ראובן שהי' חייב כו' ואמר ללוי הולך כו' זכה** כו'. עי' במ"ש בטור דתמוה מה ששינו מלשון הגמ'. דגם שא"י אם חייב רק אמר לשליח הולך כו' שאני חייב ג"כ זכה אף בלי א"ע מהני הודאתו כיון דהוי כזכי הוי כאלו נתנו למקבל עצמו ע"י הודאה שחייב שא"י להוציא ולטעון שלא להשביע וכה"ג א כנ"ל. וכן אם לא אמר שאני חייב אף שבאמת חייב כיון דבלי חוב אין הולך כזכי לא נתכוין לזכות כנ"ל:

(**ב**) **מנה זה**. כ' הש"ך כ' ר"י תן שטר מתנה זה כו' וכ' ד"מ וסמ"ע זכה כו' ולפי התוספתא כו' שכ' לא יחזור כו' דהיינו אם נותן לו שטר אחר אבל בנתן לשלוחו שטר מתנה מועיל כמו בחוב ע"ש. ותמוה איך יהי' עדיף מגוף החפץ. שוב ראיתי באו"ת כתב ששגגה גדולה ע"ש. ולע"ד לק"מ ל"מ להפ' כאביי דעבחז"ל א"כ אין אמירתו תן רק קיום התנאי מעכשיו ושוב הוי כחוב דל"ד למתנה חפץ דאינו רוצה שיצא מת"י תיכף משא"כ בדבר שכבר זכה. גם י"ל כמ"ש בחי' בטור ע"ש. רק גם לרוב הפ' דלא כאביי ג"כ א"ש דברי הש"ך דכשציוה לכתוב שטר מתנה ואמר לשליח תן שטר מתנה זה לפלוני א"כ כיון דאין כותבין לשטר דלאו הקנאה לנותן בלי מקבל שוב ודאי כוונתו תן כזכי דהוי כמקבל עמו ואל"ה יהי' מוקדם. ולא קשה משחרור וגט דשם כשר מוקדם ע"י שליח דקלא א"ל משא"כ שטר מתנה. ואם הוא שטר הקנאה היינו שהי' קנין שוב הוי נתינת השטר כמו חוב ממש דמחויב ליתן לו השטר. ואף להפ' (סי' ל"ט) דסתם קנין לכתיבה דוקא אבל יכול לחזור בו מלכתוב אבל כשכתבו זכה בו דאל"ה גם בשטר הקנאה לא היו רשאין לכתוב וא"ש. ועוד נראה דכשכבר נתן לו הקרקע בקנין גמור ואח"כ כ' שטר ונתנו לשליח ואמר תן הוי כחוב דהא תוס' פ' אע"פ הקשו למה יוכל לחזור בע"מ שתכ' לו השטר הא מתנה אין אחריות רק שא"י לכפור ולמה לא יתנו גם בע"כ ע"ש שקצת קפידא דלא ניחא כו'. ורמב"ן וש"פ כ' דמ"מ הוי מפי כתבם כיון שאינו רוצה. אבל עכ"פ ראוי ליתן לו השטר. וגם לפי' התוס' הוי זה רק מתנה מועטת מה שיהי' ממתנה ע"פ בשטר וק"ל

דא"י לחזור בו והוי כחוב דתן כזכי דכיון שהבטיח לו ליתן שטר על המתנה צריך לקים דהוי מתנה מועטת כנ"ל. אבל היכא שהשטר מתנה הוא לקנין דע"י זה יזכה במתנה דומיא דשחרור מודה הש"ך ז"ל דאינו כזכי כגוף החפץ כנ"ל ופשוט לע"ד:

(ג) **הולך** כו' בש"ך ה"ה תן מתנה זו בחוב ופקדון כו' ע"ש. וא"י בלא הוחזק כפרן רק שרגיל להפקיד מאי זכות הוא בפקדון טפי להיות אצל אחר מאצלו שגם הוא רגיל והרי הפקידו אצלו. ובהולך הזכות מה שקיבל להוליכו לו משא"כ בתן וכן במלוה אף דזכות שנעשה מחוב ממון מיוחד אבל כשרוצה שיחזיר לו ולא ישתמש רק בפקדון ג"כ אינו זכות כלל. ומ"מ י"ל דשייך לאו בע"ד דידי את כיון שכבר זכה בו. וגם בזה י"ל דחיוב אחריות חשוב בע"ד כמבואר בש"ס. ויש לחלק קצת. אבל לומר דהזכות משום דשניהם חייבין באחריות כיון דזה הוא מחמת שהוא שלא מדעתו ולא שייך אנן סהדי שהי' עושהו שליח דאז הי' נפטר הלה. מ"מ י"ל דשייך אנן סהדי אלו הי' נשאר חיוב אחריות על הראשון דהי' עושהו שליח. ויש לדחות דזה הוי שוב כיאוש שלא מדעת לפי חילוק הש"ך ז"ל דאלו ידע הכל ע"ש. וא"כ גם זכי ממש יש להסתפק כיון דלא אמר הולך מה זכות ובפקדון הלא הוא של הנפקד. וי"ל דוקא בהוחזק כפרן:

(ד) **חייב באחריותו** כו'. ע"ש סמ"ע וש"ך כיון שהוא מעו' של שמעון זה שהחזירו כאלו נתן מעות שמעון לראובן ע"ש וא"י מה נחלקו. ולע"ד בהוחזק כפרן כיון דמיירי שנעשה אח"כ ודאי דהוי פשיעה ככל שומר שפשע ונתן לגזלן אף אם נאנס הוי תב"פ וס"ב דחייב. ובלא הוחזק כפרן רק שהב' רגיל להפקיד אצלו ג"כ א"כ אף דהוי שומר ונפקד דשמעון מ"מ הלא הראשון הפקידו אצלו וחשוב מהימן ורגיל ותליא בשני הדיעות דסי' רצ"א אם נפטר הראשון בש"ש לשומר הרגיל בעלים להפקיד אצלו או לא ע"ש. וכן במלוה נראה לע"ד דדוקא כשבא הלוה לחזור בו כלשון הש"ס והיינו שישאר אצלו עדיין בתורת הלואה להוציא המעות שזה לשון חזרה שחוזר מהזכוי שנתן לו בזה פשוט דהזוכה חייב דחשוב שולח יד בפקדון כמו אם הלוה מעות הפקדון לאחר דקי"ל (סי' רצ"ב) גם ע"י שליח חשוב שולח יד דאתרבי שלד"ע. וכ"ש דזה עצמו הוי מוציא מרשות כדקי"ל לענין מעילה דדיוק הש"ס (ב"מ מ"ג) כי לא הוציא נמי. ואם הלוה רוצה רק שיחזיר לו המעות ושיהי' בידו בתורת פקדון שבעצמו יחזירם למלוה הוי ג"כ כמסרו למי שרגיל להפקיד דתליא בדיעות הנ"ל. רק יש להסתפק אי מה שהלוהו חשוב כרגיל להפקיד ל"מ בשטר י"ל דלא הוי ראי' דמהימן לי' להפקיד רק אף בע"פ מ"מ מה דהימני' שלא יוכל להעיז נגדו לא חשוב מהימן לפקדון שי"ל נאנסו. ואף דיהי' חייב באחריות מצד שלא נפטר במה שפרע שלא מדעתו מ"מ כבר זכה שלא יצטרך להוציא בדינא ודייני. וי"ל דחשוב

מ"מ על גוף הפקדון כמסר למי שאינו רגיל דחייב גם הוא משום את מהימנת לי כו' וכשיש עדים שנאנס פטור הזוכה רק הנפקד חייב משום האחריות כנ"ל. וכשהלוה רוצה שיחזיר לו סתם יש להסתפק ג"כ די"ל אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן כיון דאסור להוציאן שכבר זכה הלה ונעשה פקדון. או אפשר דמ"מ יוציאון כיון שהי' בהלואה אצלו הוי אצלו כדבר שאין הבעלים מקפידין כשיוציאם וכמעות מותרים. וסתימת הפ' משמע דגם בסתם שרוצה שיחזיר לו חייב כשמחזיר. ולכתחלה אינו רשאי גם שמפרש רק שיחזיק בעצמו בתורת פקדון כמבואר לשון רש"י פ"ק דגטין ע"ש (די"ד ד"ה ואם בא לחזור):

(ה) **חייב**. בש"ך ס"ק ה' הביא הש"ך ביש חשש נפילת המטבע שכתב שיכול לזכות ע"י אחר ודחה דבהלואה אף שמשלם אותן המעות כיון דלהוצאה ניתנה ע"ש. ולענ"ד למ"ש ש"ך בעצמו סי' ע"ד דכשנותן לב"ד נפטר ע"ש שכ' שנהגו כן או מתקנה או מדינא כיון דפרעון בע"כ ש"פ אין הלה יכול לחייבו בע"כ ע"י שהלך למדה"י. וכן מוכח להרבה פ' מהא דחולש ללשכה לחד לישנא וגם. לאידך לישנא מחלק הרא"ש בין התם דהוי מכירה ובין פרעון ע"ש (גטין ע"ה) עכ"פ הדין כן רק לזכות ע"י אחר כ' הש"ך כאן וסי' ע"ד ס"ק ט' דלא. וא"כ כמו דאמר בש"ס פ"ק דגטין בשטר שחרור וכ"ת אי בעי זריק לי' גיטא ופסל לי' כו' וכ' תוס' אף דמ"מ קבלה זו חוב ותי' כיון שיכול לעשות חוב זה בלא קבלתו של זה שוב הוי זכות ע"ש (די"ב ע"ב). וכן למסקנא כן א"כ כאן כיון שיכול ליתנו ליד ב"ד ויהי' נפטר וההפסד מטבע יהי' על מלוה ממילא מהני הזכוי ע"י אחר כמו התם כנ"ל רק לתי' ב' דתוס' שם דיזרוק ס' קרוב כו' ויגרע. אינו מוכח כאן. אולם רשב"א וש"פ כ' רק תי' א' וזה גם כאן כיון דגוף הדבר זכות. וגם לסלק שיעבודו כמו התם רק צד חוב ובידו לעשות החוב יכול לזכות אף שמגיע חוב כנ"ל. וממילא א"י להוציא מלוה כנ"ל:

(ו) ברמ"א החזיר לפלוני לא הוי כזכי. פשט לשון רמ"א מורה כש"ך דגם בחוב כן. וכמ"ש ראב"ן בצא ופרע כו' ע"ש. ולע"ד הטעם דפרע הוא שיפרע מה שחייב והוא כשפקע חיובו לא כשיזכה שלא בפניו שעדיין חייב באחריותו ובאופן זה שיהי' חייב א"צ לפרוע א"כ הלשון פרע הוא שיתן למלוה ממש שיהי' פטור הוא וממילא החזר בפקדון הוא כלשון פצע במלוה כדאמר צריך לפרעו כו' צריך להחזיר כו'. שהכוונה חזרה כאלו לא הפקיד בידו שיהי' פטור מאחריות משא"כ הולך ותן שהכוונה רק שיגיע ליד פלוני כנ"ל:

(ז) **והעני חייב לשלם** כו'. לעד"נ דדוקא שמודה שנתכוין לזכות עבורו. אבל כשטוען שלא נתכוין לזכות כיון שא"ל הולך ותן לא זכי בפירוש הי' סבור שרק ליתנו פטור וספיקא הוי שהרי הריטב"א הובא ב"י ומפורש יותר בחי' לב"מ דתנה לאו כזכי מחלק

בין כאן שבא לחזור נגד הנותן חשוב כזכי כיון שמסר והוציא המעות מרשותו אי"ל לא כונתי כו' אבל הזוכה שם י"ל כיון שאמר תן לא הי' כוונתי שאזכה רק להיות שליח ליתן ע"ש. וכמו במציאה דמהני אני זכיתי תחלה כו' בתנה לי כן כאן לענין לחייבו לשלם אם החזיר דא"י להוציא מספק כיון שטוען ברי שלא נתכוין ומוחזק. רק לתי' תוספ' (ד"י) שמחלקים בין דא' מקנה חייב. וי"ל קים לי' כנ"ל שבלא"ה תמוה מה שדחו סתם הש"ס דפ' התקבל דרב דאמר בהולך כו' שאני חייב מספקא לי' אי כזכי ואי"ל וא"כ אם החזיר א"י להוציא ממנו הגם דבטור ע"ש (ס"ק ג') מ"ש לישב מ"מ פשטא. לא משמע כן. וגוף הדין דיהי' חייב לשלם אינו מוזכר בש"ס כלל רק דיוק הר"ן דא"ל אמאי עבדת הכי ע"ש (ספ"ק דגטין). ואדרבא פשט הלשון משמע רק אלכתחלה דקפיד. מ"מ הרי כל הפ' כתבו כן עכ"פ באומר שלא נתכוין י"ל דפטור. וזה הלשון והעני משמע שהחזירם כדי שיוציאם. ובזה נראה ודאי דחייב דשלח יד בפקדון כמ"ש לעיל. אבל בהחזיר בתורת פקדון נהי דאין רשאי אבל לחייבו לשלם צ"ע. וכ"ש באומר שלא נתכוין כנ"ל:

הלכות חזקת מטלטלין

סימן קלג

סעיף א

(א) ואם טען שלך הוא אכל משכון הוא בידי יכול לטעון עד כדי דמיו ונשבע בנקיטת החפץ ונוטל כו'. וכתב הרמב"ם ז"ל (פי"ג מה' מלוה) הטעם דאף דאם יטעון לקוח גם שבועה אינו צריך. מ"מ עכשיו כיון דלאו על גופי' דחפץ קטעין רק חוב צריך לישבע. ואף דאית לי' מיגו לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. ואינו מובן דהא גם לענין ממון אי אפשר להאמינו רק באותו מיגו דלקוח והוי המיגו לענין ממון וממילא נפטר משבועה כמבואר בכ"מ דהיכא דצריך המיגו לממון פטור משבועה ג"כ ע"ש וצ"ל דנאמן במשכון לטענה מצד עצמה להרמב"ם ז"ל לעיל סי' ע"ב דהיכא דיש עדים שבא לידו בתורת משכון רק שא"י כמה חייב לו נאמן המלוה בלא מיגו שכך וכך חייב לו ע"ש (בש"ך ס"ק ט'). וא"כ י"ל דזה הוי כב' דברים נפרדים שע"ז נאמן במיגו שעכ"פ בא לידו בתורת משכון וחייב לו עליו במיגו דלקוח ושוב נאמן ממילא כמה חייב לו מצד עצמו בלא מיגו כמו ביש עדים ובשבועה כיון דלאו אגוף החפץ טעין. ואינו צריך להמיגו דלקוח לענין כמה חייב לו רק שמשכון בידו וממילא נאמן כנ"ל. רק דנאמין לו גם על כמה חייב מיגו דלקוח כדי לפוטרו משבועה. וזה הוי לפטורי משבועה לחוד דלא אמרינן שאין צורך

למיגו זו לענין ממון כנ"ל. ולכך צריך לישבע כמה חייב לו כנ"ל. אך להחולקים שם דאף ביש עדים שמשכון בידו צריך מיגו קשה כנ"ל:

ואפשר ליתן טעם דהנה בש"ס ב"מ דפריך מיגו דחשוד אממונא כו' ומשני שמא ס' מלוה ישינה יש לו עליו כו'. ואמר בש"ס שם אהא דר"ה דשבועה שאינו ברשותו נימא מיגו דחשוד כו' ומשני לא תחמוד בלא דמי משמע להו. ולדעת הרמב"ם (פ"א מה' גזילה) ושאר פ' אין האמת כן רק מיטעי טעי. וא"כ קשה לכאורה איך נאמן במשכון עד כדי דמיו במיגו דלקוח ובשבועה. הא כיון שנותנין לו שבועה ולא אמרינן מיגו דחשוד כו' ובנוטל לא שייך אישתמוטי כו'. וע"כ משום ס' מלוה ישינה כו' וא"כ כיון דע"כ צריכין לומר שאינו ודאי גזלן רק שיש לו ספק מלוה עליו ומשקר מספק לודאי אבל אינו רוצה לעשות ודאי איסור דלכך נותנין לו שבועה. וא"כ מה מיגו הוא דלקוח הא יעבור בלא תחמוד בודאי דבאמת הוי גם ביהיב דמי כנ"ל ואף שיש לו מלוה יעבור בלא תחמוד כנ"ל. ולענין זה הוי ודאי ודלמא אינו טועה ויודע שעובר כנ"ל. וודאי איסור אינו רוצה ולכך אינו טוען רק משכון משום ספק מלוה כנ"ל. וכיון שאין מחזיקין לודאי גזלן שוב ליכא מיגו ולא יהי' נאמן כלל כדי דמיו כנ"ל:

אמנם י"ל כיון שנותנין לו שבועה שפיר נאמן דאיך נאמר שנשבע שקר ג"כ א"כ שוב הוי שפיר מיגו דלקוח ולא שייך טעם הנ"ל דאינו רוצה לעשות איסור דהא נשבע כנ"ל ולכך נאמן. וא"כ מיושב קושית פ' הנ"ל דאיך נפטור אותו משבועה ג"כ במיגו דלקוח הא אם נאמר שיהי' נאמן בלא שבועה שוב לא יהא נאמן כלל דליכא מיגו דאינו רוצה לעבור כנ"ל. וכל מה דמהני מיגו הנ"ל הוא בשביל שנשבע. ואז שייך להאמינו דאי שקר הי' לו לעבור בלא תחמוד ג"כ משא"כ אם נפסוק דנאמן בלא שבועה ליכא כלל מיגו כנ"ל.

עוד נראה דלא קשה למ"ש תוס' דלכך כופר בפקדון פסול וגזלן כו' ולא אמרינן שמא ספק מלוה ישינה כו' וכ' משום דאין ספק מוציא מידי ודאי כיון שידוע שגזל אין חוששין כו' ודוקא לענין מיגו דחשוד כו' שאינו ודאי רק שאומרים ממ"נ וע"ז שייך לתלות כו' ע"ש. וא"כ גם בטוען עד כדי דמיו דאית לי' מיגו דלקוח ויש ראי' בפנינו שאומר אמת רק דנימא שמא יש לו ס' מלוה כו' אמרינן גם כן אין ספק מוציא מידי ודאי לבטל המיגו דמהיכא תיתי ניחוש לזה ושפיר נאמן:

ומיושב ג"כ קושי' הנ"ל דיהי' פטור משבועה ג"כ מיגו דלקוח. דז"א דהא כל תועלת השבועה הוא רק משום שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו דאל"ה אין תועלת ובשביל זה נותנין לו שבועה וא"כ איך נפטרנו משבועה ונאמר דודאי אומר אמת ולא משום ספק מלוה כו' דא"כ הי' טוען לקוח כו' דז"א דאם באמת יש לו ספק מלוה כו' אין כאן

כלל מיגו דלקוח דאינו רוצה לעבור בודאי לא תחמוד כנ"ל. וא"כ לענין לפטרו משבועה שהוא רק מחשש ס' מ"י ע"ז ליכא המיגו כלל רק לענין ממון שייך טעם הנ"ל:

(**ב**) **בש"ך** סק"ב דאי אמרינן חזקה דאנן סהדי גם כאן לא מהימן במיגו. ויש לדחות דשם ע"כ הי' כוונתו במה שאמר אל תחזירני כדי לבטלו המיגו דאל"ה לא פעל כלום כיון שעדיין יהי' נאמן. משא"כ כאן דהי' הפעולה במה שאמר אל תחזירני כו' שלא יהי' נאמן בלא שבועה דבמיגו דנאנסה שבועה בעי ואם לא אמר נאמן בלא שבועה כנ"ל:

או י"ל דהתם שייך החזקה משום דלא הימני' כלל. ואף דיוכל לומר בפני פלוני ופלוני. מ"מ יהי' נראה שקר משום הרוצה לשקר וגם הם סברי סברא הנ"ל רק לענין מיגו אינו מזיק אבל מ"מ המלוה סמך שלא יאמר כן ולא הימני' כלל ולכך אנן סהדי דלא החזיר כנ"ל. אבל כאן עכ"פ הימני' שיוכל לומר נאנסה. ועכ"פ בשבועה הימני' ושוב ליכא אנן סהדי ונאמן גם עכשיו בשבועה:

הש"ך ז"ל הביא ראיה מתוס' ב"ב שכ' דטעמא דמ"ד המפקיד בעדים צריך להחזיר בעדים ולא מהימן במיגו הוא משום דהוי כאמר אל תחזיר אלא בעדים כו' וא"כ גם לדידן עכ"פ באמר אל תחזיר כו' לא מהימן במיגו ע"ש. ויש לדחות דמבואר מדברי הר"ן ז"ל שבועות (דמ"א) הטעם למ"ד מלוה בעדים צריך להחזיר בעדים משום דידוע שלא האמינו דהלוהו בעדים ואף דהא הימני' שיוכל לומר פרעתי מ"מ מחזיקין להיפוך ואומרים שאינו נאמן ושוב לא הימני' כלל ולא הי' לפרוע בלא עדים ושפיר אינו נאמן. ומ"ד אין צריך להחזיר בעדים אמרינן להיפוך כיון דראוי להיות נאמן שוב הימני' דיוכל לומר פרעתי וליכא חזקה ונאמן באמת ע"ש דהא בהא תליא. וא"כ אין ראי' דגם באל תחזיר אלא בעדים תלי' בזה דאם הי' הדין ברור דאינו נאמן במיגו באמת הי' אנן סהדי דלא החזיר כיון שלא האמינו כלל דגם פרעתי לא יהי' נאמן ושוב באמת אינו נאמן כיון דתופסין זה הצד דאינו נאמן. אבל אם להיפוך שפוסקין הדין דנאמן במיגו שוב ליכא כלל אנן סהדי דהא הימני' שיהי' נאמן רעתי במיגו כנ"ל. ולכך כ' תוספ' שפיר דלמ"ד מפקיד בעדים צריך להחזיר וע"כ כסברא א' של הר"ן דיותר ראוי לתפוס הצד שאינו נאמן ולכך גם מיגו לא מהני באל תחזיר. משא"כ לדידן דא"צ לפרעו כו' דתופסין זה הצד שנאמן שוב מהני המיגו גם באל תחזיר כו' דליכא חזקה דהא הימני' כנ"ל כיון דהדין דנאמן במיגו כנ"ל:

או י"ל דבאל תפרעני אלא בעדים יש עוד חזקה כמו אין אדם פורע תוך זמנו. דכל זמן שלא הי' לו עדים לא הי' לו לפרוע דלא הי' מחויב כיון שהתנה וכמו קובע זמן משא"כ בפיקדון דלא שייך אין אדם כו' כיון שאינו משתמש במעות וליכא ראי' הנ"ל ופסק הש"ע דנאמן במיגו כנ"ל:

(ג) **בש"ך** ס"ק ג' לא ש"ד ממש אלא כעין דאורייתא כו' ונ"מ דלא נחתינן לנכסי' כשאינו רוצה ע"ש (סי' רצ"ו). וקשה דא"כ מה"ת דאין בהחזרתי שבועה כלל א"כ לא יהי' נאמן כלל דכיון שאמר אל תחזיר כו' או בשטר דיש ראי' שלא החזיר ואין נאמן שהחזיר רק מיגו דנאנסה וא"כ מה"ת לא הוי מיגו דכשיטעון נאנסה יצטרך לישבע משא"כ החזרתי דנאמינו בלא שבועה כיון דאי אפשר להשביעו מה"ת בהחזרתי וכיון דליכא מיגו אינו נאמן כלל. וא"כ להיפך רק מדרבנן נאמן משום דמשביעין אותו גם עתה בטענת החזרתי וא"כ למה כ' הש"ך דלא נחתינן לנכסי' הא באותן שמה"ת לא הי' נאמן כלל רק מדרבנן נאמן בשבועה שפיר נחתינן לנכסי' ע"ש. ומ"ש הש"ך שם דבטענת ברי לא חייבה התורה שבועה כיון שכנגדו יודע ע"ש סי' רצ"ו. ואינו מובן כלל דזה אמת דלא חייבה התורה היכא דטוען ברי אבל זה לא שייך רק שיתחייב מצד עצמו שבועה כמו בהחזרתי שפיר נאמן כמו שאר כופר הכל. אבל אין זה ראי' בטוען נגד שטר דמצד עצמו אינו נאמן כלל החזרתי רק במיגו דנאנסה דבזה אי אפשר לפטרו דא"כ לא יהי' נאמן כלל. ואין יכולין להעדיף כחו ומה מועיל זה שהוא טענת ברי:

ונראה די"ל למ"ש הרמ"א סי' ע"ב דאף במשכון שיהי' איסור כשיאמר להד"ם כמו דבר שעושין אוכל נפש מ"מ לא הפסיד מיגו שלו ע"ש (סי"ז). וע"כ דמ"מ הוי מיגו שהי' עושה איסור והי' נאמן כנ"ל. וא"כ שפיר דברי הש"ך דמה"ת דליכא שבועה בהחזרתי נאמן גם נגד שטר במיגו שהי' טוען נאנסה והי' נשבע ג"כ דהי' נאמן ואף שהי' עושה עוד איסור מ"מ מה בכך הוי כמו התם ברחים ורכב ולא הפסיד המיגו ושפיר נאמן החזרתי בלא שבועה במיגו שהי' טוען נאנסה והי' נשבע לשקר. ואף דהא חזינן דנותנין שבועה וע"כ דחשיד אממון לא חשיד על שבועה וא"כ איך הוי מיגו כשיצטרך לישבע ז"א דדוקא בטענה שחייבה תורה עלי' שבועה רק דנפטור אותו משום מיגו דחשיד בזה אין פוטרין דשמא לא חשיד. אבל בדבר שלא חייבה תורה שבועה שפיר אין מפסידין המיגו בשביל זה ונאמן מה"ת בלא שבועה במיגו כנ"ל. רק מדרבנן משום דלמא איערומי קמערים חייב שבועה ע"ש:

או י"ל דאמרינן דלא חשיד אשבועה משום ס' מלוה ישינה כו' וכ' תוס' ריש ב"מ דמ"מ כופר בפיקדון פסול וגזלן ולא אמרינן ס' מלוה כו' משום דאין ס' מוציא מידי ודאי כיון דזה ודאי לפנינו ואף דגם לענין מיגו דחשיד כו' הוא ממ"נ מ"מ אינו רק ס' לב"ד ע"ש. וא"כ שפיר דבשלמא דבר שחייבה תורה שבועה רק דנימא דאין תועלת ממ"נ אמרינן שמא ס' מלוה כו' ויהי' תועלת משא"כ בהחזרתי וכה"ג דבלא טעמא דס' מלוה שפיר נאמן במיגו דאם היינו יודעין שאין לו ס' מלוה רק או דמשקר במזיד או אומר אמת

ע"ז הי' שפיר המיגו שהי' אומר נאנסה והי' נשבע כיון שאין לו ס' מלוה וחשיד. א"כ מבורר שאומר אמת רק דנימא שמא יש לו ס' מלוה כו' ונתבטל המיגו וע"ז לא חיישינן כלל דאין ס' מוציא מידי ודאי כיון שודאי לפנינו דמיגו כעדים והוי כמו בכופר בפיקדון דאמרינן אין ס' מוציא כו' להיפך כמו כן בהנ"ל ושפיר פטור מה"ת רק מדרבנן כנ"ל:

הלכות חזקת קרקעות

סימן קמ

סעיף א

קרקע בחזקת בעלי' עומדת שקרקע הידוע לראובן בעדים שיודעים שהי' בחזקתו אפילו יום א' והוא עתה בחזקת שמעון ומחזיק בו ואוכל פירותיו וטוען שלקחה וראובן מערער לומר שגזולה בידו נאמן וישבע היסת ונוטל את שלו אע"כ החזיק בו שמעון כראוי ובטענה אז אין מוציאין אותו מידו אלא נשבע ועומד בשלו ואש אין עדים לראובן שהי' שלו א"צ שמעון עדי חזקה אלא נשבע ועומד בשלו אע"פ שלא החזיק בו (ועיין לעיל כו' דאין נשבעין על קרקעות רק היסת):

(א) **קרקע** כו' בטעם חזקת ג"ש אמר הש"ס (ב"ב דף כ"ט מעיקרא דעד ג"ש לא קפיד ג' קפיד כו' ופריך א"מ הני כו' דקפדי כו' אלא אמר רבא עד ג"ש מזדהיר איניש בשטרא טפי לא מזדהר כו'. ופי' הרמב"ן בחי' ד' מ"ב דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי דידי' בלחוד אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר אלא שתוך ג' אמרינן למחזיק אחוי שטרך ולאחר ג' כיון דלא מזדהיר איתרע לי' האי טענה כו' ע"ש. וצ"ל דהא דאמר אלא היינו דלא מהני טעמא דקפיד לחוד כיון דאיכא ריעותא אחוי שטרך. או דמסיק דגם סתם בני אדם קפדי גם תוך ג' רק דאמרינן אחוי שטרך. דע"כ כן לרמב"ן דבדין קטן שכ' טעם הנ"ל לא מיירי בהני דבר אלישיב דוקא וע"כ דלמסקנא קפדי מיד. ועוד למאי דמפרש הרמב"ן גמ' ל"ג ע"ב קושית הגמ' א"ה ארעא נמי כפשטי' דלא כתוס' רק שגם לענין הקרקע יהי' נאמן שלא להוציאו משום לא חציף איניש למיכל פירי דלאו דילי' ומשני רק משום אחוי שטרך ע"ש. א"כ שפיר קאמר אלא בלא טעם קפדי אחר ג"ש דליכא ריעותא שוב נאמן משום לא חציף כנ"ל:

אמנם קשיא לי דא"כ למה צריך עדי חזקה על כל הג"ש תסגי בעדים על שנה או ב' כו' והוא טוען שאכל כל ג"ש דשוב מהימן דיש ראי' דקפיד גם על שנה וב' או לא חציף ואין כאן ריעותא אחוי שטרך דנימא מש"ה לא נזהר שאכל ג"ש כיון דמסופקין אם יש ריעותא שוב מורה הראי' שהניחו לאכול דשלו הוא ומסתמא אין ריעותא רק כדבריו

כן הוא שג"ש אכל ולא הי' לו להיות נזהר בשטרו. דאין לומר דאף שבאמת אכל ג"ש מ"מ כשאין לו עדים הי' לו לזהר בשטר. ז"א דמוכח מגמ' (ב"ב דף ל"ד) בנסכא דר"א דאמר חד סהדא לסיוע קאתי. ואי כנ"ל אין כאן סיוע דאף שאכל ג"ש כל שאין עדים הי' לו לזהר. ועוד מתוס' (ב"ב ל"ג ע"ב ד"ה ואי טעין) והפ' דלא הדרי פירי בהודאתו שאכל ג"ש משום מ"נ דאי כדבריו הקרקע שלו. ומוכח דאי ג"ש אכל אף בלא עדים הוי חזקה באמת וא"צ ליזהר כנ"ל. וא"כ קשה כנ"ל. גם א"ל דזה עצמו ריעותא דאם אכל ג"ש הי' ראוי למצא עדים כיון שהוא דבר הנראה ומורה שלא אכל. דז"א דא"כ קשה בבתים דפריך ביממא ידעו בלילי לא ידעו (ע"ש ב"ב דף כ"ט). והא כיון שאין ראוי להמצא עדים עד בלילה שוב סגי בעדותן על יום. וממילא נאמן שדר גם בלילות דמדלא קפיד על ביום ודאי שלו ומה שלא נזהר בשטר מורה שדר גם בלילה וא"צ ליזהר וריעותא ליכא. וכן למסקנא למה לא מהני שיבבי בטוען ברי שלא דר בלילה שא"א למצא עדים ע"ש הא שוב נאמן על בלילה כשישינים שדר בו בלי עדים כנ"ל. ולכאורה י"ל דהא אי טעין לפירות הורדתיו דאמר בש"ס (דל"ה ע"ב) דמ"מ איבעי לי' למחויי כשאוכל ג"ש. וא"כ כשאין עדים על ג"ש דעכ"פ לפירות הורדתיו ודאי נאמן דאין שם ראי' מדלא קפיד דאם לא אכל ג"ש לא הו"ל למחות. ושוב נאמן במיגו דלפירות הורדתיו ויאמר שלא שילם לו בעד הפירות עדיין ולא הוי לחצי טענה. אך ז"א דעכ"פ למה הדרי פירי בעדים על ב"ש אף שטוען שאכל ג"ש. דהא ליכא מיגו שגם אם יטעון לפירות הורדתיו לא יזכה להוציא הפירות במה שיאמר שלא שילם כשאר תביעה ע"פ. וי"ל כיון שטוען לקוח הקרקע יהי' כל האומר לא לויתי כאל"פ כו' ואף דלענין הפירות הוי מיגו להוציא הא רמב"ן ז"ל סובר דאמרינן מיגו להוציא. ועוד כיון דהקרקע חוזרת כו' כמ"ש תוס' (שם דל"ג). ודוחק. ועיקר נראה כמ"ש רמב"ן ז"ל גבי אותיות לדידן דאין נקנין במסירה לכ"ע צריך להביא ראי' וא"נ שטר הי' לו ואבד. דלא דמי לשאר דברים שאין עשוין להשאיל כו'. כיון דצריך כו"מ אין תפיסתן מוכחת ולא חשוב מוחזק כלל. כן בקרקע קודם ג"ש דבעי לאזדהרי בשטרא אין תפיסתו בקרקע מוכחת בלא השטר ואף דקפיד והוי כמו במטלטלין ד' שא"ע להשאיל כו' מ"מ לא מהני כמו באותיות וכמ"ש תוס' יבמות קט"ז ע"ש. משא"כ אחר ג' דלא מזדהר שוב תפיסתו מוכחת ע"י דקפיד כנ"ל וחשיב מוחזק. ולכך כל זמן שאין החזקה מבוררת לפנינו בחזקת מ"ק קאי אף שאין ריעותא מבוררת מ"מ כיון שאין לו שטר אין תפיסתו מוכחת רק אחר ג"ש כנ"ל. ואף להרמב"ם וש"פ סי' ס"ו דנאמן בשטר לענין קנייתו שטר הי' לי ואבד מ"מ דוקא בשטר דסוברים דחשיב

תפיסתו בשטר כתפיסה בחוב כדאמר בגמ' (ב"מ ז') גבי ב' אדוקין בשטר דמדמי לטלית כו'. משא"כ בקרקע דלא תפיס בגוף הקרקע רק ע"י ההוכחה כנ"ל:

עוד י"ל דדוקא לס"ד באינשי דקפדי מיד ראוי להם להוציא מיד וממילא ראוי להיות הדין דלאלתר הוי חזקה. משא"כ למסקנא דעד ג' ריעא טענת המחזיק דל"ל שטר. שוב לא קפדי כלל קודם ג"ש דמתי שירצה יוציא מידו כיון דל"ל שטרא ויודעים הכל דמחזיק שלא כדין. ומה"ט ניחא דמהני מחאה כשיכולין לומר אף שמעידים שלא אמרו כלל. ולא הוי ריעותא מה שלא נזהר בשטרו. דשוב יועיל מה שלא קפיד עד שמחה דהא מהני מחאה אף סוף ג' ולהנ"ל א"ש דסומך שוב ולא קפיד כ"כ. ומ"מ נראה דגם הרמב"ן סובר כנ"י דהי' תקנת חכמים חזקת ג"ש משום דדרך להיות נזהר בשטרו עד ג'. והיינו לענין זה שהי' צריכין לחלק בין הני דקפדי או לא כמו שיש חילוק במטלטלין בין עשוי להשאיל כו' לזה האיש ע"ש (סי' ע"ב סי"ט). ולא רצו לתת לשיעורין כדאמר בגמ' ולכך השוו מדותיהם עד ג"ש. ושוב ממילא לא קפדי קודם ג"ש כיון דאינו מועיל ואחר ג"ש כ"ע קפדי שוב כיון שיודע דמהני וא"י להוציא כנ"ל. וגם נ"י י"ל דס"ל כן דעכשיו שתיקנו ג"ש ממילא מדינא הדין כנ"ל. וכן מבואר ברמב"ם פי"א מה"ט כרמב"ן דהטעם למה שתק ואין ריעותא אחר ג"ש משטר שא"צ ליזהר ע"ש:

(**ב**) **בחזקתו אפילו יום א**'. רשב"א ונ"י שלא מצינו ג"ש אלא למחזיק לא למערער ע"ש. וקשה כמו בבר שטיא דאמר פ"ב דכתובות גבי תרי ותרי דאי ל"ל חזקה דאבהתי' אמרינן כשהוא שוטה זבין כו'. ואף דבחזקתו קיימא וקודם שהחזיק זה הלוקח לא הי' מוציאין ממנו מספק שלא הי' שום מערער ואעפ"כ עכשיו שלקח זה ומוחזק א"י להוציא ממנו ולא מוקמינן בחזקת ב"ש דלא הי' לו חזקה ברורה רק כשהי' מוחזק א"י להוציא וממילא כשזה מוחזק א"י להוציא ג"כ. וא"כ כאן כשאין עדי אבהתי' רק מה שהי' דר בו יום א' ואותו הראי' עצמה יש ג"כ למחזיק בה עתה שהחזיק ב' שנים יותר מהמערער ולא הי' מעולם בחזקת המערער רק שא"י להוציא ממנו. ממילא למה נוציא עתה מזה שלקחה. הא לענין להוציא ממוחזק לא היתה כלל מעולם בחזקת המערער דיכול להיות שאינו שלו רק מחמת שדר בו וראי' זו יש לזה ג"כ כנ"ל:

וי"ל דלא קשה דכמ"ש תוס' החילוק לסומכוס דרבא דממונא שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד משא"כ כשבלא טענה אין ספק לב"ד חשוב חזקה ברורה וגם סומכוס מודה דקודם שטען זה הי' מוחזק גמור בלי ספק כן לדידן בקרקע דשם בר שטיא כיון דעתים חלים כו' וחשוב ספק זה דד"מ שבלי טענה הספק אי כשהוא פקח זבין וזבן. א"כ מעולם לא הי' בר שטיא מוחזק בתורת ודאי רק בתורת ספק דאף שלא הי' מערער מ"מ הספק

לב"ד בלא טענה רק שא"י להוציא ועתה שנוציא מלוקח ג"כ מחמת ספק זה א"י דספק זה על קנייתו ג"כ כל משא"כ כאן בלא טענותיהם אין ס' לב"ד כלל דהמוחזק בקרקע כשאין מערער עליו בחזקת שלו הוא בודאי כמו במטלטלין והחוטף נקרא גזלן. ורק ע"י טענה הספק לב"ד. וא"כ גם עתה שזה טוען לקוח עדיין אין מערער על מה שהי' מוחזק המערער בה מקודם. ושפיר חשיב חזקת המערער ברורה שדר בה יום א' כיון דאין טענה עליו לא הוי ספק כלל וחזקת המחזיק שזה מערער עליו הוי ספק ומוקמינן בחזקת מ"ק כנ"ל. אך כשהמחזיק טוען דשלו הוא מקודם ומה שדר בו המערער יום א' הי' שלא ברשות דלכאורה למה לא יהי' המחזיק נאמן הא כמו שזה מערער על חזקה של זה כן הוא מערער על חזקה של המערער ואותו ראי' שיש לזה שדר יום א' בלי ערעור אותו ראי' יש להמחזיק ג"כ שדר ב' שנים וכה"ג בלי ערעור. ועתה שזה מערער הרי גם זה מערער על מה שדר המחזיק כנ"ל ושם בהנ"ל שטוען לקוח שייך הוי לי' לזהר בשטרו שמא יהי' לו עדים. משא"כ בטוען דאבהתי' דלא הי' לו שטר כנ"ל. ולמה נוציא ממנו. וא"כ ממילא גם שטוען לקוח יהי' נאמן במיגו דלא הי' שלך מעולם. וא"כ ע"כ דגם שטוען כנ"ל לא מהימן בלי ג"ש:

וצ"ל הטעם גם לענין זה מוקמינן בחזקת מ"ק וכמו אז כשהי' זה מוחזק והי' זה מערער דשל אבותיו הוא דלא הי' ערעורו כלום דאף דאין מוחזק ושניהם טוענין דכל דאלים גבר ותפס א' מוציאין מהב' כשתפס ממנו. ואף להחולקין מודים בתפוס א' קודם הספק דלא מהני ערעור של זה אף שתפס ממנו. וממילא גם עכשיו שזה מוחזק כל שלא נתברר איך בא לידו הוי כעדיין ברשות שהי' קודם בחזקת המערער וזה בא להוציא. ועיקר הטעם נראה כדקי"ל גבי מום וכה"ג דכאן נמצא וכאן הי' דכל שהספק נולד ברשותו ע"ה ע"ש פ' המדיר והטעם כ' תוס' דמוקמינן הרשות בחזקתו וכיון דברשות הראשון לא אתילד ריעותא רק ברשות זה נולד הספק אינו מבטל רשות הברור ע"ש. וכאן דבלא טענה לא הוי ספק והי' ברשות הראשון בלי ערעור. ועתה נולדו הטענות ברשות המחזיק אין טענת המחזיק עושה ספק על זמן הקודם שהי' ברשות המערער. ומ"מ הי' צריכין ראי' לדין זה בפרט היכא שזה המחזיק טוען שהי' שלו מעולם ולפירות הורדתיך מה שדר איזה זמן ואח"כ החזרת לי דאין שום ריעותא בטענתו לא ממחאה ולא מזהירת שטר למה יהי' זה נאמן להוציא ע"י שדר יום אחד. ובגמ' לא מצינו דר חד יומא רק לענין לטעון ללוקח שיהי' חשוב איזה חזקה. ולא להוציא כנ"ל. ואדרבא לשון הש"ס תמיד סהדי דאבהתי' וי"ל שראו שקנה או שראו שטר אצל אביו או ג"ש. ובש"ס ל"ג ע"ב דהאי אייתי סהדי דאבהתי' והאי דאכל שני חזקה דהימני' ר"ח במיגו ואביי ורבא

ס"ל דמיגו במקום עדים לא אמרינן ע"ש. ואם הפי' דאבהתי' שראו בחזקתו יום א' למה לא יהי' נאמן זה דאבהתי' וזה החזיק שלא כדין במיגו דמינך זבינתי' או בראי' זו עצמה דג"ש ולמה חשוב במקום עדים. אך מר"ח איכא למידוק להיפוך דאם הי' עדים ממש הי' מודה ע"ש. ומ"מ קשה שיחשב במקום עדים לדידן דקי"ל כאביי ורבא. וכן במשנה פ"ב דכתובות אם יש עדים שהי' של אבותיו משמע שלהם ממש. דאי רק בחזקתו יום א' מה פריך אי דלא אכלה שני חזקה פשיטא דלא מהימן. מאי פשיטות הא טובא קמ"ל אף שזה היורש א"י כלל והוא הי' טוען דשלו מעולם ולפירי אחתי' לאביו והחזירה לו שאין ריעותא ומוחזק וטוען ברי וקמ"ל דלא מהימן דא"כ הי' נאמן לקוח במיגו כנ"ל. וצ"ל להפ' הנ"ל דגם זה פשוט וקצת ראי' דגם במטלטלין ד' העשוין להשאיל דמוציאין בעדים שהי' ברשותו מקודם ולא מהימן שיטעון להיפוך שהוא שלו מקודם והשאילו לזה המערער והחזירו לו. וממילא אף שאינו טוען כן יהי' נאמן במיגו. וע"כ דגם בזה מוקמינן בחזקת מ"ק כנ"ל:

(ג) **וישבע היסת ונוטל את שלו** כו'. לשון הטור ג"כ כן דמשמע דצריך לישבע קודם שנוטל הקרקע. וגבי שטר אמנה (סי' פ"ב) או פרוע תוך זמנו וכה"ג וכמה דוכתי דאף דמשביעו היסת דוקא אחר הפירעון ולא קודם. ונראה הטעם דהתם כשעדיין לא שילם לו אין לו תביעה על התובע רק שלא יצטרך לשלם וכיון דאין עליו שבועת נוטל מחויב לשלם. ואז יוכל לתבעו שחייב לו דלקח שלא כדין ויתחייב היסת משא"כ קודם ששילם. אבל בקרקע כיון דבחזקת בעלי' עומדת א"כ אף שעדיין לא הוציאו ב"ד הקרקע מידו ברשות מערער קאי כיון שיכול להוציא בדיינין ברשותו קיימא כדאמר פ"ק דב"מ א"כ יש עליו תביעת לקוח שיתן לו הקרקע כמו אחר שהחזיר הקרקע דאין חילוק. וממילא צריך לישבע היסת קודם שנוטל הקרקע ואי אינו רוצה לישבע אף דלא נחתינן לנכסי' מ"מ אין הב"ד נזקקין להוציא הקרקע מהמחזיק כיון שיש חיוב עליו היסת ואינו רוצה לקיים תקנ"ח. והרי רדב"ז הזקן בת' סי' רי"ז פסק בחיוב היסת ותפס שכנגדו לא מפקינן מיני' כל שלא נשבע זה ע"ש. וממילא גם בקרקע כיון שזה תפיס ועומד והחיוב היסת יש עתה. וא"ל דא"כ לא הוי ברשותו דא"י להוציא בב"ד ושוב אין חיוב עליו היסת עד שיטול ז"א כיון דבידו לישבע היסת וליטול חשוב ברשותו כנ"ל ויש חיוב כו' וממילא אין נזקקין ולכך לעיל סי' קל"ג וקל"ד כ' הש"ע דמוציאין ואח"כ נשבע היסת ע"ש במטלטלין באומן ודברים העשלו"ל כו'. וכן בשכל א' אומר דידי דהדין כד"ג ודאי דא"י להשביע היסת על מה שאינו מניח לו ליקח קרקע שלו ע"י שטוען שלי. רק כשכבר גבר א' יכול שכנגדו להשביע היסת כמ"ש סי' קל"ט וסי' רס"ז בסימנין וס' וע"א שפסקו דלא כהרא"ש דליכא

שבועה שיהי' מונח ע"ש. היינו דהא אינו ברשותו ואין תביעת ממון עליו רק שיניחנו ליקח את שלו משא"כ כאן דע"י אמירתו בשקר דשלו הוא חשוב ברשותו כיון שיכול להוציאו בדיינים שפיר יש לו תביעת ממון עליו והיסת דלודי ויהי' ברשותו כנ"ל. ואפשר דאף ר"מ רקאנטי דמסופק במחויב היסת ותפס שכנגדו אי מפקינין ע"ש מודה כאן דשם התפיסה ממון אחר שחייב להחזיר וא"נ יש לי בידך כנגדו כיון שאין עליו רק היסת ואין חיוב ממון. וכמו תופס עד שיתן לו פטורים שכ' רמ"א סי' ע"ב וסי"ז דלא מהני תפיסתו אף בדבר שצריך הלה לעשות כיון שאינו ממון וממילא י"ל דנזקקין ב"ד להוציא. משא"כ כאן דההיסת הוא על אותה קרקע שהחיוב עליו עתה י"ל דלכ"ע אין נזקקין במה שזה נקרא עבריין שאינו רוצה לישבע דלא דמי לכסף דאף דאיכא מש"פ מ"מ מוציאין דשם לא תיקנו רק מש"פ דאין לנו כו' משא"כ היסת דצריך לברר ע"י השבועה שכדבריו. ולא אמר בגמ' רק דלא נחתינן לנכסי' אבל לא שיהי' נזקקין להיפוך כנ"ל ומ"מ יש להסתפק קצת כיון דתביעה בממון שלא יטול רק בשבועה לא חשוב ממון רק גורם לממון משום מי יימר דמשתבע כמבואר בש"ע ואין חיוב שבועה אף מדרבנן בממון כזה שאף שיודה כו' כמ"ש הר"ן בחבלה פ' שה"ד. א"כ אם יהי' הדין דאין מוציאין בב"ד כל שלא נשבע שוב לא חשוב ברשותו קודם שנשבע רק גורם דמ"י דמשתבע בפרט לדברי מחזיק ששבועת שקר הוא. א"כ שוב אין עליו חיוב היסת עתה קודם שנוטל הקרקע וא"כ איך נעכב מלגבות הקרקע משום שאינו נשבע היסת כיון דאם יהי' הדין כן אין עתה עליו חיוב היסת כלל כמטלטלין כנ"ל. ואף דאם יהי' הדין דאין מעכבין ומוציאין שוב יש עליו חיוב. מ"מ מודה למחבר במוחזק שא"צ לישבע כלל נגד היתומים דלא שייך שבועת הגאונים במוחזק בקרקע ע"ש. וא"כ לא הוצרך לטעם רשב"א דבמוחזק לא שייך א"א מש"ל כיון דלא הי' צריך לישבע כלל. ורשב"א סבר דצריך לישבע אף מוחזק הוצרך לטעם הנ"ל. משא"כ לדידן לא הי' צריך סמ"ע להביא דברי רשב"א. וצ"ל דהביא דזה לכ"ע אף לדיעות הפ' דצריך לישבע:

@@@חסר כאן כמה עמודים@@@

(ז) **ואם אין עדים** כו'. משמע דב' עדים בעי. ולהפ' שהביא הרא"ש פ"ק דב"מ דהיכא דתנן עדים דוקא ב' א"כ במשנה פ"ב דכתובות אם יש עדים שהי' שלו כו' בדוקא. ולכאורה להפ' (סי' ע"ה וטור סי' רכ"ג) דבגלגול אמרינן מתוך שאיל"מ בפרט בנסכא דר"א י"ל לכ"ע כן דמ"מ המיגו להכחיש העד ולישבע. וא"כ כיון דידוע שאכל פירות אם יטעון לא הי' שלך מעולם בע"א יצטרך לישבע על הפירות והקרקע וא"כ בע"א סגי באומר לקוח דהוי מתוך. ובמשנה י"ל דלא אכל משא"כ בטוש"ע משמע דגם בידוע שאכל דכ'

מחזיק בו ואוכל פירותיו כו'. וצ"ל דנקט ב' לכלול בלא אכל. או להפ' דל"א מתוך בגלגול ודוחק. ואפשר דאף שיש עדים שאכל הוי חצי דבר עם העד דשל אבותיו דבשלמא ב' של אבותיו וב' על שאכל פירות לא הוי ח"ד אף דעדי אכילה לחוד לא מהני מ"מ העדים דאבהתי' לחוד מהני להוציא הקרקע שוב הוי כוליה דבר כדאמר גבי גניבה כו' (ב"ק ד"ע). משא"כ בעד א' דשל אבותיו דבלא עדי אכילה אינו מועיל כלום גם לשבועה דהוי קרקע לחוד ואין נשבעין רק ע"י עדי אכילת פירות יועיל לשבועה. וגם הם אינם כלום בלא העד דאבהתי' שוב הוי חצי דבר ולא יתחייב שבועה כלל וליכא מתוך ודוקא שאותו העד עצמו דאבהתי' מעיד שאכל ומזה לא מיירי:

עוד י"ל למ"ש ס"ק ב' דהא דמהני שהי' בחזקתו יום א' כו' ולא מהימן מחזיק דשלו מעולם רק זה הי' אוכל שלא ברשות או לפירי אחתי' על זמן שאכל והחזיר לו ע"כ דמוקמינן הקרקע בחזקת מי שהי' אצלו בלי ערעור אז ע"ש. וא"כ זה שפיר לענין הקרקע אבל להוציא הפירות דאמר בגמ' (דף ל"ג ע"ב) שיהי' נאמן בלי חזקה משום לא חציף כו' אף שטוען לקוח על הקרקע כו' ומשני אחוי שטרך. וא"כ לענין שהי' שלו מעולם דא"צ שטר וליכא ריעותא שוב ראוי להיות נאמן דאף דחשבינן הקרקע בחזקת המערער שהי' בחזקתו. מ"מ לענין הפירות נאמן אף שזה מוחזק אי לאו ריעותא דאחוי שטרך וכמו שהי' נאמן לקוח אי לא הי' ריעותא כן יהי' נאמן שלו כנ"ל דאין ריעותא. וע"כ צ"ל הטעם משום כיון דהקרקע יוצא מת"י ממילא צריך לשלם הפירות כמ"ש תוס' גבי קריבי דר' אידי כו'. ואף דלענין לא חציף אף דאינו נאמן על הקרקע דהוי מכאן ולהבא מ"מ פריך דיהי' נאמן לפירות אי לאו דאחוי שטרך כו' כמ"ש תוס' שם. היינו משום דמטעם לא חציף ראוי להיות נאמן גם על הקרקע. ורק משום דאם יהי' נאמן לא יהי' שייך לא חציף כמ"ש רמב"ן ולכך לא שייך טעם הנ"ל דהא לענין למפרע נאמן גם על הקרקע. משא"כ כאן דעל הקרקע שהי' מוחזק חשוב כאלו עדיין מערער מוחזק ולא מהני לא חציף לבטל החזקה בלי ערעור בטענת דאז הי' שלו דלא דמי ללקוח שמבטל רק לזמן שהי' הוא מוחזק לא כנ"ל. וכיון דאינו נאמן על הקרקע ממילא צריך לשלם הפירות כתוס' הנ"ל. וא"כ י"ל דלא שייך כלל בע"א שהי' בחזקת מערער איזה זמן שנאמר זוקקין כו' דהא זה שייך כיון דצריך לישבע על המטלטלין יש גלגול על הקרקע אבל כאן דמצד הפירות הי' נאמן אף שהוא כדברי העד משום לא חציף והי' נאמן דגם אז הי' שלו. ורק משום דכיון שעל הקרקע אינו נאמן ממילא צריך לשלם הפירות והא על הקרקע נאמן להכחיש העד בלי שבועה ואינו יוצא כלל מת"י. ואיך יהי' שייך זוקקין כיון דעל הפירות מצד עצמם אין צריך שבועה כלל נגד העד. ושפיר דוקא ב':

סעיף ב

זה שהחזיק נ"ש אין מוסרין אותו לשבועה אכל אם רצה להחרים ס' על כל מי שהחזיק בשלו שלא כדין הרשות בידו זהו סברא אחרת כו'):

(ח) **זהו סברא אחרת.** ותמוה מאוד שהמחבר יסתור דבריו זא"ח. ומ"ש הט"ז א"י איך יפרש מה שסיים להזהיר כו' שהחזיק שלא כדין הא צריך לישבע ע"ז. וגם מה ענין להשביע המחזיק אם לא מיחה המערער. גם בב"י לא הזכיר כלום מזה. ולע"ד הי' נראה פשוט דהא רשב"ם ז"ל בעובדא דרב"ש כ' ב' טעמים דא"נ על קרקעות וגם דראי' חזקת ג"ש פוטרת מהיסת ע"ש דגוף הדין לישבע היסת בקרקע אינו מוסכם דא"ז בהג"א ריש ב"מ כ' הלכה למעשה דא"נ היסת על קרקע ושאר פ' ע"ש במרדכי. ואין שום ראי' מכרחת לחייב. דהה"מ (פ"ה מה' טוען) כ' שנלמד מהך דהכותב כו' ושם שבועת נוטל. וזה רק ראי' דלא נימא דלא תיקנו רק במה דכוותי' בדאוריי' כדאמר ריש ב"מ בהילך ע"ש ע"ז ראי' דשבועת המשנה גם בשיעבוד ק' דליתא מה"ת. אבל מה שיש עוד טעם דעיקר היסת אמר בגמ' (שבועות ד"מ ע"ב) אדרבא כו' אישתמוטי ובקרקע לא שייך. ואין ראי' משבועת פוגם וכה"ג וע"ז הביאו תוס' ראי' מדפריך ריש ב"מ על מיגו דחשיד כו' מדר"נ דקשה נימא אישתמוטי וע"כ דפשיטא לש"ס דשייך דר"נ אף באומר חפץ זה שבידך שלי דלא שייך אישתמוטי דכיון שתיקנו משום אישתמוטי לא חלקו כו'. וע"ז הביאו ד' ר' האי דכ' דנשבעין היסת על קרקעות ואע"ג דל"ש אישתמוטי ע"ש (ד"ו). אבל הוכחה אין כלל מגמ' דאדרבא די"ל בשלמא שבועות פוגם וכה"ג דשייך טעם התקנה גם בשיעבוד קרקעות ועיקר נתקן כן שפיר מדרבנן נשבעין אף דהתורה לא חייבה. אבל היסת דהיכא דלא שייך אישתמוטי לא שייך התקנה כלל דאדרבא כנ"ל. ורק משום לא פלוג כיון שתיקנו ולא שייך לא פלוג רק לענין חפץ זה שבידך שלי לא חילקו חכמים באיזה תביעה בין שייך הטעם או לא, אבל בקרקע דלעולם לא שייך אישתמוטי ולמה נימא לא פלוג במה שהתורה חילקה בפירוש דמטלטלין חייב וקרקע פטור למה יתקנו נגד התורה במה שאין שום טעם לדבר ומאי לא פלוג שייך בזה שיהי' חלוק קרקע ממטלטלין לעולם כדין ולא שייך טעם התקנה. ובמטלטלין דל"ש משתמט כגון חפץ זה שפיר לא פלוג כנ"ל. וא"כ אין שום ראי' דעל מיגו דחשיד פריך שפיר כמ"ש תוס' מחפץ זה כו' ושבועת פוגם וכה"ג דשייך הטעם חייב גם בש"ק משא"כ היסת. ובל"ז למה שפירש הראב"ד הובא בש"מ ריש ב"מ אין שום ראי' ע"ש. אך מ"מ סוגיא דעלמא כר' האי ורמב"ם וש"ע דנשבעין היסת בקרקע אבל ביש ראי' דחזקת ג"ש דג"כ הרבה פ' דפוטר דהכי שדר גאון ממתיבתא ורשב"א ומרדכי. ושפיר בצירוף ב' הטעמים פסק ב"י דאין מוסרין לשבועה

בהחזיק ג' שנים כנ"ל. וכמו שצירף רשב"ם ב' הטעמים אף דחד לחוד לא הי' פוסק כן. ולכך ס"א דכ' דשמחזיק ואוכל פירות וזה טוען בגזל אכל ע"ש דתובע גם הפירות א"כ אף להפ' דא"נ על קרקע היסת מ"מ ע"י גלגול צריך לישבע כיון דחייב היסת על הפירות. וא"כ אין כאן רק מטעם הפ' דראיי' ח' ג"ש פוטרת וע"ז לחוד אין הב"י סומך לפטור. משא"כ ס"ב נקיט סתם זה שהחזיק ג"ש כו' ומיירי בתביעת הקרקע לחוד באומר לפירי אחתי' או בחצר דלא קיימא לאגרא וכה"ג שאין תובע רק הקרקע וזה החזיק ג"ש שפיר אין מוסרין בשבועה כנ"ל דשייך ב' טעמים הנ"ל. ועיין ש"ך סי' צ"ה ס"ק ה' וסי' קמ"ט דכ' הה"מ ובש"ך לענין שבועת הגאונים בקרקע ע"ש:

עוד י"ל דהא באמנה או תוך זמנו שיכול לחזור ולתבוע ולהשביע היסת. והא כמ"ש הרא"ש (ריש ב"מ) דע"א פוטר מטעם איזה כח מרובה כח המוחזק כו' ואי מחייב שבועה כ"ש דפוטר המוחזק. א"כ ק"ו זה להנ"ל ג"כ אם חזקה שאינו אמנה או א"א פת"ז מהני לחייב ממון יותר מע"א כב' כ"ש שתפטור מהיסת כ"ש מע"א דה מועיל להוציא ממון מהמוחזק. וצ"ל דהא יש חזקת ממון ומהני להוציא שוב נשאר ספק וכמו שע"א אינו עושה ב' פעולות דכיון שהועיל לחייב ממון לא נשאר ראי' שלו לשבועה (ע"ש בטור סי' ל' ובש"ך סק"י) וכן כאן אף דראי' מג"ש מהני להוציא מחזקת מ"ק למה לא יועיל לפטור מהיסת וע"כ כנ"ל כיון דמהני להוציא נשאר ספק וממילא באין עדים למערער דשלו וא"צ לראי' דחזקה להחזיק שפיר מהני ראי' דג"ש לפטרו מהיסת. וזה כונת סמ"ע דלכאורה שיש ב' ראיות החזקה ג"ש והמיגו. וקשה דא"כ אי משום ב' ראיות יהי' פטור מהיסת שוב ליכא מיגו דכשאומר לא הי' שלך מעולם יהי' חייב היסת ושייך איערומי כדאמר פ"ק דב"מ א"כ נשאר רק חזקה וחייב היסת. ולמ"ש א"ש דגם כשיטעון לא הי' שלך מעולם ויש לו עדי חזקה דאכל ג"ש ג"כ יפטר מהיסת דלהחזיק נאמן ככל כ"ה, וראי' דג"ש מורה דהוא שלו כמו שמורה על לקוח ושייך ק"ו הנ"ל אם מהני להוציא ממון ראי' דג"ש כ"ש שפוטר מהיסת כשא"צ להוציא ע"י החזקה כנ"ל. והחולקין צ"ל דס"ל כטעם ב' שכ' רא"ש פ"ק דב"מ לא מק"ו רק דע"א קם לשבועה בין לחיוב בין לפטור ע"ש ובחזקה לא שייך. וכמו דמיגו ל"א לפטורי משבועה כן חזקה דמה בכך שישבע וחשוב איכא לברורי:

עוד י"ל כמ"ש הפ' במיגו דמהני לממון שמועיל לשבוע' ג"כ כיון שאנו מחזיקין המיגו ומאמינים לממון אין סברא לחייב שבועה ע"ש (ברא"ש ר"פ כל הנשבעין) וכאן באמנה או פרוע תוך זמנו שייך ג"כ כנ"ל כיון שהב"ד דקי"ל (בא"ע סי' קס"ג) קם דינא אף בדבר שסותר אח"כ ופסקו ודאי שלא כדין מ"מ כיון דאז הי' כדין קם דינא אף דממ"נ כספק

ויבם וכה"ג כ"ש כאן. דבשלמא בשאר מוחזק אף שפוסקין דפטור אין פוסקין מטעם ודאי רק שא"י להוציא ממון מספק ושפיר שבועה משביעין ואין זה סותר. אבל בתוך זמנו וכה"ג שפוסקין ומוציאין ממון מטעם ודאי שלא פרע. ואיך אח"כ יוכל לתבעו ונחייבו שבועה שפרע שלא כדין הא קם דינא וסותר כנ"ל. אך י"ל דאז קודם שפרע לא הי' כלל תביעה זו מחיוב היסת ותביעה זו נולד אחר שפרע א"כ לא חשוב שפסקו ע"ז כלל וגם טעם א' לא שייך כיון שאנו מחזיקין לודאי כו'. דאז שדנו על הממון להוציא לא הי' שייך דין זה לחייב היסת או לא. ואחר שפרע שוב דנין רק על השבועה לא על הממון דכבר מוחזק ברשות וא"צ לדון רק על השבועת היסת וחייב כנ"ל. משא"כ כאן בקרקע דחזקת ג"ש מהני להוציא מחזקת בעלי' דבחזקת מ"ק קאי וגם החיוב היסת עתה א"כ דנין ביחד להוציא ע"י ג"ש ומ"מ נחייב היסת וזה סותר דכיון שמחזיקין הראי' לודאי שמוציאין ממילא א"א לחשבו לספק ולהשביע היסת כנ"ל. ואח"כ שכבר פסקו שזכה ממילא א"י לחייבו היסת כנ"ל. דמשמע שם בגמ' פרק הכותב אי פיקח סמך סהדי קמא כו' דיכול מחזיקין שאינו פרוע איך יחזרו וישביעו ע"ז. וכ"ש למאי לחזור ולתבעו רק על מעות הראשון דמוקי לקמאי במלוה כו'. אבל לא שיתבענו על מעות זה שפרע עכשיו שפרע שלא כדין ולחייבו שבועה. דכיון שהב"ד פוסקין דצריך לשלם א"י לתבעו לחייב שבועה וע"כ החילוק כנ"ל. ובנוטל כך הדין שאין הראי' ברורה שיטול רק בשבועה. משא"כ כשהדין שנוטל בלא שבועה, ואח"כ כשכבר נטל ומוחזק יצטרך לישבע. וי"ל דגם באמנה ופרוע ת"ז ג"כ הטעם רק דאנו חושבין התביעה אח"כ רק דעכ"פ חייב לו וא"צ לדון בשביל מה חייב. דאף שתובע שחייב לו עי"ז שכבר פרע מ"מ כפרן לא חשוב ע"י החזקה ונשאר התביעה דעכ"פ חייב לו. וא"כ י"ל דזה דוקא בשוה משא"כ בדוקא לא שייך כנ"ל. דאף אם הי' מודה לו אחרת הי' ט"ח והל"ב דפטור כיון שתובע קרקע זו א"כ א"א לחייב רק על תביעת קרקע זו וע"ז אינו נאמן לחייב היסת. רק שם באמנה כו' דתובע חיוב ואם הוא חיוב אחר ג"כ חייב דשוה הכל בכלל אך ז"א דא"כ הי' חשוב עכ"פ כלא בירר דבריו ממה חייב לו דג"כ א"י להשביע היסת כמ"ש סי' ע"ה ע"ש. וע"כ דעל טענה זו מחייבין היסת כנ"ל. ועוד לעיל בד' העשוין להשאיל דג"כ דוקא ומ"מ מחייבין היסת ושייך כנ"ל. ונדחה גם טעם הקדום כנ"ל. אך י"ל דנקיט באמת שם השבועה קודם שמוציא וי"ל דצירף דעת הראב"ד ע"ש ויש לדחות:

עוד לע"ד דהא פריך הש"ס (דכ"ח ע"ב) א"מ חזקה שאין עמה טענה תהוי חזקה ופי' תוס' משום מחילה וע"ש. וי"ל עיקר משום הודאה דהא תקפה כו' ושתיק ולבסוף צוח אמר פ"ק דב"מ דהוי הודאה מה שהניחו לתפסו מידו והרא"ש כ' דאפי' עדים לא מהני

ע"ש. וא"כ כיון דאמר דבאכילת ג"ש נפקא מרשות מוכר וקיימא ברשות לוקח ע"ש חשוב כתקפה ושתק דהא אם הי' מוחה לא הי' חשוב תפיסה כלל והי' עדיין ברשותו. וא"כ במה ששתק ג"ש הוי כהניחו להוציא מרשותו דחשוב הודאה. ומשני דטעם חזקה רק דלמא כדאמר כו' ע"ש. והיינו כיון דלא החזיק בטענה לא חשוב הודאה כלל. וגם שם בתקפה הוא רק משום דאמר דידי כנ"ל. וא"כ בחזקה גמורה שיש עמה טענה שוב שפיר חשוב הודאה כמו בתקפה כנ"ל. וממילא אין מחייבין שבועה כמו הודאת בע"ד או כת"י דפוטר משבועה כנ"ל. אמנם בטוען איזה אמתלא על ששתק כגון אם טוען שלא ידע או שמיחה וא"י להביא עדי מחאה ע"ז נהי דאינו נאמן להוציא הקרקע מ"מ מהני אמתלא דלא יחשב הודאה ויכול לחייבו היסת כנ"ל. ולכך בס' א' י"ל דנקיט בגזל לדוגמא שמוחזק אצלו בגזלן וגזלן אין לו חזקה ולא מיחה מיראה ואף דודאי דאינו נאמן כשאינו מוחזק בגזלן מ"מ היסת מחייב. אבל כאן נקיט זה שהחזיק ג"ש הייני שאין טוען שום טענה נגד החזקה למה הניחו לאכול ג"ש. י"ל שפיר דאין מוסרין לשבועה דהודאתו פוטרתו כיון דגם לדבריו הוי הודאה כנ"ל:

גם הי' אפשר לפרש הלשון אין מוסרין כו' שלא נאמר דקרקע בחזקת בעלי' גם אחר ג"ש רק דמהני הראי' כמו שטר אף להוציא וממילא הוי ליטול דכשטוען אישתבע לי יש עליו שבועת המשנה כמו בשטר פרוע ומחילה ותנאי שאינו מכחיש גוף השטר. והחזקה אינו אלא ראי' שלקוח אבל מ"מ בטענתו שלא מכר אינו מכחיש החזקה רק הראי' וכמו פרוע שמכחיש החזקה דשטרך בידי מ"ב. וממילא ביורש הי' טוענין להשביע מספק. וע"ז כ' שאין מוסרין אותו לשבועה ומהיסת לא איירי רק כנ"ל דחשוב מוחזק. וממילא בברי יש היסת לא ביורש כנ"ל. שוב ראיתי בתומים שפי' ד' המחבר כעין זה וכ' שבת רשב"א אין זה הלשון אין מוסרין כו' ולכך שינה המחבר ע"ש. ולא ראה ד' רשב"א בס' תולדת אדם סי' רנ"ח שכ' זה הלשון חזקה כשמה שאמר גאון ז"ל כך נראין הדברים ששבועה זו קלושה מאד חדא שא"נ על הקרקעות ד"ת אלא מדרבנן וזה שהחזיק ג"ש חזקתו חזקה ואין מוסרין אותו לשבועה כדברי גאון ז"ל. מיהו אם רצה להזהיר כו' הרשות בידו ע"ש ממש כלשון המחבר אלא שמה שסיים הרשב"א ז"ל שם וכ' ואפשר וקרוב הדבר בעיני שלא אמר גאון אלא בחזקת הקרקעות שהוא על ג"ש אבל חזקת המטלטלין שהוא לאלתר לא אמר עכ"ל. ותמוה מי איכא למ"ד בחזקת מטלטלין שיפטור מהיסת. וצ"ל די"ל משום דלא שייך אישתמוטי הוא טעם הגאון וכמו שהוצרכו תוס' לראיה מגאון מקרקע דגם בחפץ זה שלי שייך היסת ע"ש ריש ב"מ. ולכך כ' רשב"א שאין טעמו כנ"ל. ודוחק:

או י"ל דג"כ משום שדנין ביחד ומהני הראי' דאיך בא לידו להוציא מחזקת מ"ק ס"ד דיועיל לפטור מהיסת כנ"ל כמ"ש לעיל קמ"ל דלא. או דכוונתו דמטלטלין שאין עשוין להשאיל כו' אף שהחזיק ג"ש לא מהני לפטרו מהיסת כיון דאין דין חזקתו בג"ש רק לאלתר שוב לא חלקו חכמים בין זמן מרובה למועט:

וסי' שפ"ג כתב מי שהחזיק כו' מי מהימן בלא שבועה כו' כך הסכימו הראשונים נ"ע דאין אחר חזקה כלום וכודאי משווין לי' ומאי חזקה כשמה דבר חזק שאין אחריו כלום. ע"ש. ולע"ד דגאון מפרש חזקה כשמה כו' הוא כמו הוחזקה נדה כו' דלוקין ואיש ואשתו כו' בנה כו' דסוקלין כו' על החזקות (קדושין ד"פ) היינו בדבר מפורסים והמשך זמן שהוחזק כן חשבינן לודאי אף בלי עדות ממש. וכן הוחזק ל' יום בשם זה כו' (ב"ב קס"ז ע"ב). כן בחזקת ג' שנים שאוכל ודר כשלו והוחזק שהוא של המחזיק חשוב כודאי. ולזה הוצרך רשב"א דבמטלטלין אף דהוחזק שצו חייב היסת כיון דאינו בהמשך זמן ופרסום כנ"ל. והחולקין נראה דמפרשים חזקת כו' שיהי' חשוב מוחזק להיות ברשותו וכלשון הגמ' קיימא ברשות לוקח כו' וממילא רק שא"י להוציא אבל היסת חייב וי"ל דסוברים דלא חשוב הוחזק דהוחזק שיש לו שטר והא אין לו וגם י"ל דחשוב קצת ריעותא מה שאין לו השטר גם אחר ג' אף דלא מזדהר כ"כ כמו קודם אבל מ"מ הוי ריעותא לענין היסת שיברר כנ"ל. ובזה הי' אפשר לפרש גם כן דברי הגאון שכ' רשב"א סי' שפ"ג שלא הזכיר היסת מפורש רק מי שהחזיק ג"ש כו' בטענת מקח ושאבד השטר אי משבעינן לי' כו' ע"ש וא"כ י"ל כמו שנחלקו רמב"ם וראב"ד וש"ע סי' מ"א בעדים שתוך זמנו דאינו נאמן מ"מ בהי' לו שטר ואבד גרע דאיתרע ואינו גובה לרמב"ם. ולראב"ד שבועה בעי כפי' הפ' בכל איתרע שטרא דצריך לישבע ע"ש (שבועות נ"ב). וא"כ י"ל נהי דקודם ג"ש ודאי מזדהיר אבל אחר ג' מ"מ הוי כשאר שטר דנהי דאם לא הי' השטר הי' החזקה מהני להוציא הקרקע מחזקת בעלי' אבל כיון דהי' שטר ואבד איתרע מדנפל שהי' שטר פסול וכמו שם בתוך זמנו. וגרע דהא חזקה מכח שטר אתי. ונהי דלא דמי לגמרי לשם אף דכשהוא תוך זמנו א"צ ליזהר מ"מ צריך ליזהר אולי ימשך לאחר זמנו משא"כ כאן. מ"מ עכ"פ איתרע דחייב שבועת המשנה כהראב"ד שם דהא חזקה במקום שטר קאי ומ"מ איתרע במה שאבד השטר הוי כיש לו שטר ריעא דבעי אישתבועי כנ"ל והשיב דלא חשוב כלל ריעותא אחר ג"ש דהוי כהי' לו שטר אבל מהיסת לא מיירי. וי"ל גם בש"ע כן מ"מ רשב"א עצמו אינו מפרש כן דברי הגאון. וכן רמב"ן בסוגי' דרב"ש ע"ש. ובלי אמתלא צ"ע אם להשביעו היסת הגם שש"ך נש ז"ל כתב דנראה לו עיקר כדיעה א' מ"מ אין להכריע בין מחלוקת הגאונים במה שרמב"ן ורשב"א לא הכריעו ואדרב' רשב"א

מפורש דפטור גם רשב"ם שם וש"פ ודעת הסמ"ע כדיעה ב'. וי"ל דגם הש"ך כ' באיזה אמתלא למה הניחו לאכול ג' שנים דכן אורחא דמלתא שנותן איזה טעם. ובנתחייב שבועה ד' ע"י גלגול על קרקע שהחזיק ג' שנים הדעת נוטה דאין החזקה פוטרתו. דנראה דרשב"א צירף גם כן דקלישא שבועת קרקע והיינו דלית דכותי' מה"ת משא"כ בגלגול דמה"ת נשבעין. וכן רשב"ם צירף ב' הטעמים דא"נ על קרקעות ועוד כו' ע"ש. ומ"ש ש"ך בשם הג"א בטוען חזרתי ולקחתי ממך אין הכרעה די"ל דעדיף שאינו מכחיש החזקה וככל טענה המחייבת היסת. וטעם הג"א נראה דפ' כלישנא דבעי דררא דממונא וטוען להד"ם. או בחזקה שחזר ומכרה לא חשוב דד"מ אף דהי' שלו כיון שכבר החזיק כנ"ל. וכ"כ ב"י סוף סי' זה. ומהתימה על ש"ך ז"ל שלא הביא ד' ב"י דלדידן דא"צ דד"מ חייב. אולם דסיים שם בטעם דכיון דכל הקונה כותב שטר וזה אין לו פשיטא דא"י להשביעו. מוכח דגם לל"ק דלא בעי דררא דממונא פוטרו בקרקע מטעם הראי' דאין לו שטר. ובטוען דהי' לו שטר ואבד י"ל דמודה הג"א דצ"ש. וכן הא אמר פ"ק דקדושין ל"ש אלא במקום שאין כותבין שטר. וע"כ כוונתו דכל הקונה כו' שטר ראי' ושם קאי על שטר קנין כמ"ש הר"ן וזה איכא דלא כתבי אבל לראי' כותבין הכל. וא"כ כשטוען שמכר לו ותובע שיכתוב לו השטר וזה מכחיש אין ריעותא מה שאין לו שטר י"ל גם כן דמודה דצ"ש דהא איכא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא. רק בטוען שכך קנה בלא שטר ריעא טענתי' כנ"ל. וראיתי בס' העיטור ד' ע"ז הביא ת' לגאון חזקה כשמה כו' ומעשה כו' ולא חייבנו שבועה ומסתברא אי טעין משבעינן לי' ואי לא לא דחזקה מכח שטר אתי עכ"ל. ומיושב לשון הרשב"א וש"ע ג"כ דאין מוסרין לשבוע' לפסוק מעצמינו דחייב היסת אבל אי טוען שישבע מחייבין היסת. ולע"ד שכן ראוי להורות:

סעיף ג

טען שמעון שיש לו שטר שמכרה לו ור' אומר ששטרו מזויף או אמנה יתקיים השטר בחותמיו וא"ל נתקיים מוציאין השדה מידו כו':

(ט) **מזויף או אמנה**. לכאורה לא דמי דבמזויף גם הפירות ישלם. משא"כ אמנה דנאמן רק מיגו דמזויף הוי להוציא לענין הפירות דלרוב הפ' לא אמרינן מיגו להוציא. הגם דלכאורה אפשר גם בטוען מזויף א"י להוציא הפירות דהא איכא לא חציף כו' ואמר בגמ' רק משום אחוי שטרך והא יש לו שטר ומה שאינו מוצא עדי קיום אין בירור שמזויף דלחשוב ריעותא ונשאר טעם לא חציף. וגם טעם הקיום דל"ש חיי לא שייך כיון דלא חציף כו'. מ"מ אינו נראה דמשמעות הפ' דבלי קיום שטרא כמאן דליתא. אף שאין ריעותא ברורה מוציאין הפירות דגם אם טוען דאכיל שני חזקה מפקינן הפירות ע"י ב'

עדים דאכל כמבואר בגמ' והא לדבריו ליכא ריעותא דאחוי כו' וע"כ דמוציאין כיון דאינו נאמן אבל באמנה קשה. וצ"ל כמ"ש תוס' ל"ג גבי ק' דר' אידי כו' כיון דעל הקרקע לית לי' מיגו ומוציאין ממילא צריך לשלם הפירות ולא מהני המיגו ע"ש. וגם כאן כיון דעל הקרקע הוא להחזיק חייב הפירות. ומ"מ לא דמי דהא ע"כ לחלק בין הא דפריך א"ה ארעא נמי. ולפי' תוס' שם אף דעל הקרקע לא מהני מ"מ פריך דיהי' נאמן על הפירות ודוחק לומר דלר"ח פריך. וע"כ החילוק דשם רק להבא אינו נאמן משום לא חציף ע"ש. וא"כ לענין למפרע נאמן גם על הקרקע משום לא חציף. ודוקא גבי ק' דר' אידי דכשלא הי' לו מיגו הי' הקרקע בחזקת בעלים ומי שאוכל הפירות צריך לשלם דנטל מרשות בעלים. ורק עתה יהי' לענין הפירות דידי' אכל במיגו דלא אכלתי. והא על הקרקע ל"ל מיגו והא אינו טוען על הפירות רק שלקח הקרקע וע"ז אינו נאמן כנ"ל ועדיין לא יצאה הקרקע מחזקת מרא קמא שוב לא מהני המיגו על הפירות שלקח הקרקע דהא אינו נאמן שלקח הקרקע וכמו גבי גרשתי למפרע דל"א בחד דבור פ"ד (ב"ק ל"א). וא"כ לא דמי לכאן דהמיגו על הקרקע והפירות ולהוציא לא, אמרינן והא אדרבא יש לזה שטר וע"י שאינו מוציא עתה לקיימו יש למערער מיגו וכיון דלהוציא אין מיגו חשוב ראי' א"כ לענין הפירות לא חשוב שיש ראי' גם על הקרקע דרק כמו כשמספק הוא בחזקת מ"ק. וצ"ל הטעם כהפוסקים דבחזקה מסייע אמרינן מיגו להוציא כמו בשטר מסייע ע"ש (סי' פ"ב) בכ"מ וכן כאן מסייע החזקת מ"ק למיגו. דבב"מ ק"ב דק' בחזקת מ"ק גם לענין מה שכבר אכל ע"ש. ואין לומר דנגד החזקה איכא לא חציף על הפירות דלא שייך אחוי שטר דיש לו ובאמת כת"י העדים רק דאינו מוצא קיום. דז"א דאף שהוא אמנה מ"מ השטר מסייעו ולא שייך לא חציף כו' כיון דשטרו בידו ושפיר מסייע חמ"ק להמיגו כנ"ל מ"מ נראה דא"י להוציא הפירות באומר אמנה דנהי דא"י לומר ק"ל בפרוע כרשב"ם וראב"ן דפ' מב"ש א"צ לקיימו מ"מ באמנה ד' תוס' והרבה פ' דקי"ל כר"נ דא"נ אף באין כ"י יממ"א ובש"ך סוף סי' מ"ו פסק כוותי' וע"כ מה שלא העיר הש"ך ריש סי' מ"ו על אומר אמנה הוא משום דלהחזיק נאמן אמנה שא"י להוציא ע"ש. וא"כ בקרקע באומר אמנה דתוס' ב"ב מ"ע כתב להדיא דהאי ברייתא דאמנה במכר מוקי לה ר"נ כד"ה ע"ש. וא"כ לכאורה גם הקרקע הי' ראוי להיות היכא דקיימא תיקום ככל ספיקא דדינא ולמה פ' דמוציאין. אך זה דוקא בספק שקול ע"ש פרק ח"ה תוס' ל"ב ע"ב. אבל רוב פוסקים נגד מיעוט בתורת קים לי לא שייך בקרקע דבחזקת מרא קמא קאי כמו דמיגו מהני דלא חשוב להוציא. רק בס' שקול לא עבדינן עובדא להוציא. ולכך על הקרקע פ' שפיר בש"ע באמנה משא"כ על הפירות שפיר א"י להוציא בס' דדינא דמהני קי"ל כרשב"ם וראב"ן

ותוס' וש"פ הנ"ל דא"נ אמנה כלל. דודאי דלא שייך בס' דדינא כיון שהקרקע יוצא מת"י לא יהי' יוכל לומר קי"ל על הפירות. וי"ל דמש"ה דייק טור ומחבר בלישני' מוציאין השדה מידו כנ"ל:

(י) **אמנה** כו'. משנת בר קפרא ב"ב קנ"ד הרי שהי' אוכל כו' ש' פסים או אמנה שמכרתי לך ולא נתת לי דמים ע"ש. וא"י למה הרי"ף והרמב"ם לא כ' דין הברייתא דלדידן דמב"ש צריך לקיימו נאמן ודלא כר"י שם. דאין ללמדו ממ"ש גבי לוה דשם להחזיק ואיכא רבותא להוציא הקרקע מטעם מיגו הנ"ל דגרוע משאר מיגו. והרי"ף השמיט אמנה גם בלוה. וצ"ל שנכלל בלשון מב"ש צ' לקיימו פ"ק דב"מ ע"ש. והנה למאי שפ' בש"ע סי' קצ"א דבאתרא דכ' שטרא והדר יהבי זוזי לעולם נאמן המוכר שלא נתן דמים אף במקום. וא"כ ע"כ כאן מיירי במקום שנותנין מעות ואח"כ כותבין דאינו נאמן בלי מיגו דנגד המנהג ועיין מהרי"ט סי' קנ"ב דמדמי לה כל נגד מנהג ולהא דב"מ ק"י ע"ש. והא משם הוכיחו הפ' דמיגו נגד מנהג המדינה לא מהני וכ"פ הש"ך ז"ל בכ"מ. א"כ למה יהי' נאמן אמנה שנתן השטר קודם נתינת המעות במיגו. ונראה דלא דמי לנגד מנהג דאריס לפלגא כו' וכה"ג דלמה נאמר שנשתנה מהמנהג משא"כ בשטר דע"כ א' צריך להאמין או שנותן השטר קודם או המעות. וכשהמנהג דכותבין ואח"כ נותנין מעות לא חשוב אמנה כלל שאין הוכחה כלל מהשטר שקיבל המעות כיון שכן המנהג ולעולם צריך לוקח לברר נתינת המעות ובמקום שנותנין ואח"כ כותבין דא"א לברר בסתם שוב חשוב אמנה כשנזדמן שלא הי' לו מעות אז ונתן השטר וא"נ בלי מיגו. אבל במיגו דנאמן אמנה לא חשוב נגד המנהג. דכל אחד כפי מה שיראה לו שזה נאמן מאמינו לפעמים דאל"כ אאפת"ז למה מהני מיגו וכן נגד כל החזקות דלא עבדי אינשי הכי וע"כ דלא דמי כנ"ל. ובשט"ח דנאמן אמנה ולא חילקו כלל בין אתרא כו' דסתמא נותנין אח"כ השטר דעיקרו רק ראיה שלוה ומ"מ מהני מיגו כנ"ל:

אמנם מד' רשב"א ז"ל הובא ב"י סי' קצ"א שכ' גם לר' האי באתרא דנותנין מעות קודם מודה דלוקח נאמן כיון שהעיד על עצמו שקיבל. והוא ז"ל חולק עליו אף שאינו מקום שנותנין ואח"כ כותבין דהמקח נגמר והמעות כמלוה ע"פ דנאמן לוקח והביא ראי' מבחזקת שנתן כו' ומהך ברייתא דשטר פסים ואמנה הנ"ל ע"ש. א"כ משמע דאינו רוצה לפרש שם במקום דיהבי זוזי והדר כתבי והוא אומר שכתב קודם משום דגם במיגו אינו נאמן. או דהוי נגד מנהג או דהוי נגד הודאתו שקיבל וגרע מנגד נאמנות כי"ל. ולכך מוקי לה רשב"א שאינו מקום כנ"ל ומ"מ בלא מיגו לוקח נאמן ורק משום מיגו נאמן המוכר. ודין הנ"ל ספיקא הוא כמ"ש מהרי"ט סי' הנ"ל. וכן בש"ע סי' קצ"א כ' רק דמקום

שנותנין והודה שקיבל כו' לוקח נאמן שזה מוסכם גם לר' האי. וההיפוך לא הזכיר משמע דמספקא לי'. וא"כ כאן באמנה תלי' ג"כ בהנ"ל דלר"ה נאמן אמנה במיגו אף במקום שנותנין קודם דע"כ יתפרש כן ולרשב"א גם במיגו אינו נאמן רק במקום שכותבין כו' או שאין ידוע כלל וכל אחד עושה כמו שרוצה ג"כ נאמן במיגו. ולמ"ש מהרי"ט שם דהיכא דאין המקח בטל כגון מפני רעתה או התנה וכה"ג ורק הדמים חוב גם ר"ה מודה דלוקח נאמן כמלוה ע"פ ולא נחלקו רק בסתם דלא קנה עד שיתן דמים קונה למפרע מכתיבת השטר בזה סובר ר"ה דקרקע בח' מ"ק שלא נתן דמיו ולא קנה הקרקע. ורשב"א סובר דגם בזה נאמן לוקח ע"ש. וא"כ כשהמקח נגמר הוי רק תביעת ממון אחר באינו ממושכן דהוי מיגו להוציא ע"ש לקמן סי' קמ"ט וק"נ וצ"ל כמ"ש הנ"י שם לענין מיגו מממון לממון דל"א מ"מ דכיון שהן דמי הקרקע חשוב דבר א' ע"ש. משמע דאף בגווני דאין המקח בטל ע"ש. וי"ל גם לענין להוציא דלא הוי. דהא תוס' כ' ריש ב"מ דאי בעי שתיק אמרינן גם להוציא ע"ש כיון דבלא דבורו הי' מוציאין. וא"כ הא ודאי דבטוען אמנה ושנגמר המקח ותובע דמי הקרקע שאינו נאמן לחייב הלוקח מעות. דהא אי הוי טעין מזויף לא הי' לו תביעת מעות רק הקרקע. וע"כ שאינו נאמן רק שיחזיק הקרקע עד שיתן דמיו וכמו בעזי דאכלי חושלא (דל"ו) דנאמן עד כ"ד מיגו דלקוח אף דעתה תובע מעות לא חשוב לחצי טענה. כן בקרקע להחזיקו או להגבותו בדמיו ולענין הקרקע בלא הודאתו הי' עומדת בחזקתו כיון דלא נתקיים השטר. ורק ע"י הודאתו שכ' ונאמן אמנה דכוי כמו א"ב שתיק כנ"ל. גם י"ל כמ"ש תוספ' פ"ב דכתובות (י"ח ע"ב) כיון דתוך כ"ד כו' לא חשוב קיום כן י"ל גם בבע"ד דנאמן לבטל השטר וממילא בחזקתו. אך זה לא שייך באמנה כנ"ל דהשטר כדין רק המעות תובע כנ"ל. אולם באמנה גמורה י"ל לענין הפירות שכ' ס"ק הקודם דהוי להוציא וי"ל סברת תוס' הנ"ל דכיון דמבטל הקיום תוך כ"ד ממילא בטל השטר וכמאן דליתי' וממילא דינו כלא הי' שטר דממילא הי' מחזיר הפירות ולא חשוב מיגו להוציא רק לבטל השטר. ולכך משוי בש"ע מזויף ואמנה:

גם מ"ש לעיל דלא ניתן לכתוב י"ל דאמנה במכר דהוי מעכשיו כשיתן דמים הוי רק כתנאי לפי מ"ש הר"ן פ"ב דכתובות. דהא גם כן תלי' רק בלוקח ליתן מעות וכשאר תנאי. אך מ"מ תוספ' ב"ב מ"ט כ' להדיא דהך ברייתא דאמנה במכר לר"נ אתי' כהלכתא ע"ש. והא התוס' (כתובות י"ט ע"ב) כ' גבי תנאי דלא חשוב מרע אך למסקנא שם למיעקר כו' גם בתנאי לפי' התוס' ושפיר כ' אף דחשוב תנאי. ועוד דמ"מ לענין מה שכ' בשטר שקיבל דמי הקרקע חשוב מרע לשטר". וכן לשאר פוסקי' חשוב לא ניתן לכתוב כנ"ל נהי דניתן לכתוב המכר מ"מ שקיבל המעות לא נ"ל כנ"ל:

(**יא**) **מוציאין השדה מידו**. לרבותא נקיט דכ"ש כשהלה מוחזק וזה מוציא שטר מכירה עליו דנאמן כנ"ל. אולם בברייתא (דקנ"ד ע"ב) דסבר מודה כו' א"צ לקיימו קשה למה נקיט הי' אוכל בחזקת שלו ולא נקיט רבותא אף דזה מוחזק והלה מוציא שטר א"צ לקיימו כיון שמודה דהא בשט"ח חייב לשלם למ"ד א"צ לקיימו ולא מהני המיגו להחזיק ג"כ ובש"ס מדמי לה וע"כ דאין חילוק:

והי' אפשר דדוקא כשזה אוכל כו' משא"כ כשהמוכר אוכל בל"ז אינו נאמן אמנה כו' שלא נתת לי דמיו כיון דהפי' אם יתן דמיו הקנין מעכשיו א"כ הא מבואר בש"ס ב"מ פ' א"נ דמוכר אוכל פירות אסור במעכשיו דהוי צד א' ברבית והיכא דמשים עצמו רשע אינו נאמן במיגו להרבה פ'. ונקיט רבותא בלוקח אוכל פירות דהטעם דא"נ רק משום מודה בשטר שכ' א"צ לקיימו. משא"כ כשמוכר אוכל בל"ז אינו נאמן. וא"כ י"ל לדידן אף דמודה בשטר שכ' צריך לקיימו מ"מ במוכר אוכל פירות תלי' בב' הדיעות שבש"ע יו"ד סי' קס"ט אי בע"ד נאמן במיגו היכא דמשוי נפשי' רשע. ולש"ך ז"ל אף דמוחזק אינו נאמן במיגו ע"ש. אך י"ל דכאן מ"מ נאמן אמנה במיגו דבזה שהי אמנה ולא נתן מעות לא משוי נפשי' רשע רק במה שאכל פירות אח"כ שפיר נאמן במיגו עכ"פ על חיוב המעות. ואף דאם כדבריו עשה איסור אח"כ מ"מ בגוף הטענה נאמן כיון שלא נעשה רשע בזה. רק דזה יכול לנכות הפירות שאכל כיון דאמר מעכשיו. ועוד דלאו כ"ע דינא גמירי דצד א' ברבית אסור. וכהאי דאין כותבין שטר ללוה דכ' הר"ן (ריש ר"ה) דמאן דלא ידע לאו רשע מיקרי ע"ש. ולתוס' פ' א"נ א"י לנכות רק כשמשלם במילואו אז חייב לשלם הפירות ואפשר דלענין זה אינו נאמן שזה התנאי הוא אסור ואמרינן שלא התנה ויכול לנכות:

סעיף ח

בתים שהם לדירה צריך להביא עדים שדר בו או השכירו ג"ש רצופות ומשהביא עדים כו' הוי חזקה ואם יטעון המערער אני יודע שלא דר בו בלילות אז צריך המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש גם על הלילות וע"פ השכנים שיעידו שלא הרגישו בו שיצא בלילות אלא כפי ניהוג עולם ראינו כו' ואם יוסיף לטעון ראיתיו שיצא ממנו בלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה אא"כ יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרנו בו ימים ולילות ואם הי' מערער רוכל כו' טענינן לי' ולהרמב"ם אפילו כו' אלא שמא לא דר כו' צריך להביא כו' ואם הי' המחזיק רוכל כו' (ור"ת ורא"ש חולקין על כל זה כו'):

(**יב**) **שהם** לדירה כו'. יש להסתפק בלא קיימא לאגרא דקי"ל דפטור הדר אם הוי חזקה די"ל דהוי כאכלה ערלה כיון דאין הבעלים מקפידין בזה נהנה וזה לא חסר. אך נראה

דל"ד דשם הוי כדלא אכלי אינשי וא"צ למחות אבל בזה נהנה בכל מה שראוי להנות מחצר זה ומ"מ א"צ ליזהר בשטרו לעולם. ולא עדיף מה שאינו מקפיד מאם לפירי אחתי' בפירוש דמ"מ איבעי לי' למחויי כיון שנראה שמחזיק כאדם בשלו. הגם דלפי מה שמחלק רשב"ם (דמ"ט) גבי בעל בנכסי אשתו דפריך כיון דאית לי' פירי כו' דדבר ידוע משא"כ לפירי אחתי' אין זה ידוע שהורידו לפירות והי' לו למחות. א"כ י"ל דחצר דלא קיימא לאגרא ג"כ ידוע מ"מ אין י לדמותו לבעל שידוע לכל. משא"כ זה דל"ק לאגרא. ומלשון הסמ"ע ס"ק י"א משמע דהוי חזקה ולכאור' ראי' מדפריך הני נוגעין בעדותן כו' ומאי קושיא דלמא בלא קיימא לאגרא דיהיו פטורין לשלם למערער אף ששכרו מזה כמבואר בש"ע סי' שס"ג ס"ט. ומוכח דכה"ג אינו חזקה כלל. דז"א כיון דקושית הש"ס אמתניתין דחזקת הבתים דלא משכחת לרבא רק באנן אגרינן מיני' כו' וסתם בתים קיימי לאגרא. ואיך יעמוד המשנה דוקא בל"ק לאגרא. אך למ"ש הפ' דלא פליג אאביי רק שמשכחת לה ע"ש ברא"ש. א"כ המ"ל בלק"ל בפרט למ"ש רמ"א דכשאין הבעלים כאן חשוב לק"ל ע"ש ס"י. דאין לומר דאף אם כשדר בעצמו הוי חזקה דמ"מ אכל פירות ג"ש אבל בהשכירו ולא ק"ל דכשהוא דמערער באמת פטורין א"כ במה שלקח מהם שלא. כדין אין זה חשוב פירות הבית רק גזל מהם מעות שאין זה צריך למחות. דז"א דמ"מ כיון דלפי דברי המחזיק החזיק כראוי ואכל פירות ג"ש שהשכירו שוב צריך למחות וא"צ ליזהר בשטרו דמ"מ נראה כשלו בג"ש כנ"ל. רק כנ"ל דלא בעי לאוקמי דוקא בלק"ל. ולכאורה הא בקיימא לאגרא הי' ראוי שלא יהי' חזקה כלל דהוי דברים העשוין להשאיל ולהשכיר דאין תפיסתו מוכחת כלל. וממילא כשמשכירו וקיימא לאגרא למה יצטרך למחות כיון שידוע דעשוי להשכיר הוי כבעל כו' דפירי אכיל. ול"ד לשאר קרקע דלפירי אחתי' דאין עומד סתמא להוריד לפירות משא"כ בתים דקיימא לאגרא. וע"כ דגם זה אינו ידוע דקיימא לאגרא ויהי' נראה כשלו. וא"כ אי בלא קיימא לאגרא לא הוי חזקה דזה לא חסר. א"כ שוב גם בקיימא לא יהי' חזקה דממ"נ אינו נראה כשלו וכמו בעל כו'. דאי קיימא כו' מסתמא מושכר אצלו כמטלטלין העשוין להשכיר ואי יחשבו דלא קיימא לאגרא ג"כ אינו נראה כשלו אף שדר בו דזה לא חסר כנ"ל. ומוכח דבלא קיימא כו' הוי חזקה דמ"מ זה אוכל ונהנה כשלו ושוב שפיר גם בקיימא לאגרא הוי חזקה דיהי' נראה שלו דאין ידוע דקיימא כנ"ל. אך מ"מ אינו מוכרח דבקיימא לאגרא שפיר הוי חזקה אף שאין תפיסתו מוכחת לא מבעי' לטעם הר"י הובא בטור סימן קל"ג דמטלטלין שעשוין לו"ל דל"מ חזקת ג"ש דשמא שכח למי השכיר כו' ע"ש. א"כ סבר דאף דאין תפיסתו מוכחת צריך למחות ובקרקע דלא שייך שכח מהני. רק אף לדברי הטור שכ'

מטעם א' שלפעמים משאילין ליותר מג"ש. מ"מ היינו רק דלא נימא דעל לך ג"ש יהי' אינו עשוי להשאיל כ' כנ"ל. אבל בקרקע לא חילקו כלום דאף שעשוי להשכיר לזמן ארוך מ"מ אין ידוע שהשכירו אף שעומד להשכיר וצריך למחות דאל"כ יצטרך לשמור שטרו לעולם בקיימא לאגרא. וכמ"ש תוספ' גבי לפירי אחתי' דלא ס"ד שיהי' נאמן אחר ג' ולא דמי לבעל שידוע כנ"ל. אך ברמ"א סי' קמ"ט ס"ח אשה כו' לחתנה מקום כו' שדרך להשאיל זו לזה כו' וצ"ל דגם שם ידוע שדרך להשאיל לאדם זה משא"כ סתם דרך להשאיל ולהשכיר:

(יג) **שדר בו או השכירו ג' שנים**. לכאורה בהשכירו למה בעי שידורו השוכרים ביום ולילה. הא כיון שהוא השכירו על כל הג"ש אכל פירות ג' שנים אף שהם לא דרו בלילה מ"מ חייבים השכירות והמחזיק אכל כדרך להשכירו. דבשלמא בדר בעצמו צריך שפיר כיון דעושה פירות תדיר ודירתו הוי פירותיו לא אכל רצופין משא"כ בהשכיר כנ"ל. ובגמ' שפיר כיון דמיירי בנקיטי אגר ביתא שעדיין לא נתנו והקשה הרמב"ן ז"ל הא חרש וזרע ולא הכניס פירות לביתו לא הוי חזקה וכיון דלא קיבל השכירות לא הכניס ותירץ דהם דרים בשליחותו חשוב הדירה שלהם כאלו דר הוא והוי כהכניס כנ"ל ע"ש. וא"כ לכך שפיר בעינן דדרו יום ולילה כיון דבתורת אכילת פירות דמי השכירות לא מהני דלא הכניס רק מצד דירה שלהם כדר הוא ושפיר בעי רצופין יום ולילה משא"כ בנתנו לו דמי השכירות דמהני חזקתו בתורת אכילת פירות. י"ל שפיר דאף שהם לא דרו בלילה מ"מ כיון שהוא השכיר להם על ג"ש יום ולילה ושלמו לו א"כ אכל פירות כל הג"ש דיום ולילה ומהני שלא בתורת דירתם בשליחותו:

והי' מיושב בזה לשון הגמ' דפריך הני נוגעין כו' וא"ל רבא דייני דשפילי כו' מי לא עסקינן דנקיטא אגר ביתא כו'. והלשון תמוה כאלו הי' פשוט דמיירי כן הול"ל דמשכחת לה בנקיטי כו'. ולמ"ש מדויק דכל קושית הש"ס הי' בתים ביממא ידעו בלילה לא כו' היינו רק בדר בעצמו כנ"ל. ומשני אביי שיבבי כו'. ורבא דמשני אנן אגרינן כו' שהשכיר א"כ שוב לא קשה כלל דיכולין אחרים להעיד שהשכיר ג"ש ודרו ג"ש אף דאין יודעין הלילות מהני. רק בלא נתנו השכירות דרק מטעם שליחות אז צריך שיעידו הם בעצמם ושיעידו שדרו גם בלילות. א"כ רבא דאמר דאמרי אנן אגרינן ודרינן ביממא ובלילה לא הוצרך רק על נקיטא אגר ביתא ושפיר דחה דייני דשפילי כו' מי לא עסקינן דנקיטי כו' הא באחרים סגי ביום לחוד כשהשכירו ומה דאמרנא אנן כו' ובלילי הוא רק בלא נתנו עדיין השכירות. ובנתנו שאין הם נאמנים שוב מהני אחרים כנ"ל:

ומיושב מה שמקשין דלמא כבר נתנו והא דנקיטי אגר ביתא כדי שיהיו נאמנים. ולהנ"ל א"ש דאי כבר נתנו באמת לא יצטרכו לשלם למערער אף אם לא דרו בלילות דיועיל עדות האחרים על סתם ג' שנים כיון דאכל כנ"ל. וממ"נ נאמנים בנקיטי אגר ביתא כנ"ל. דלא הוי נוגעין. אמנם זה שפיר בידוע ע"פ עדים אחרים שהשכיר להם ושדרו ג"ש רק על לילות א"א לידע ע"ז שוב השוכרים נאמנים בנקיטי אגר כו' דלא שייך דנקיטי בשביל הנגיעה דאי נתנו ג"כ יהיו פטורים ע"פ העדי ג"ש. אבל אם אין עדים כלל שהשכיר להם על ג"ש יום ולילה רק הם עצמם י"ל שפיר דלא מהימני אף דנקיטי אגר כו' דשמא נתנו כנ"ל דבזה אם נתנו אינם נאמנים דשמא לא דרו ולא השכיר להם כלל על לילות א"כ לא אכל כנ"ל. ויש לישב בזה ד' הרמב"ם ז"ל פ' י"ב מה' טוען ה"ב התמוהים מאד הביא עדים שהי' דר כו' ג"ש או ששכרה ג"ש ה"ז חזקה טען בעה"ח שמא לא שכן בה ביום ובלילה או שמא אלו שהשכירו להם לא שכנו בה ביום ובלילה ה"ז טענה אומרים למחזיק או תביא עדים ששנים אלו גמורות ביום ובלילה או תסתלק. אפי' באו עדים ואומרים לנו שכר ואנו דרנו בה ביום ובלילה וטען בע"ה ואמר יביא עדים שדרו בה ביום ובלילה צריכין אלו השוכרים להביא ראי' שדרו בה ביום ובלילה שזה תלוי בהן ואינו תלוי בט' המחזיק כדי שיעידו לו כו' ע"ש. ופי' הה"מ דמיירי בנקיטי אגר ביתא כמ"ש ה' עדות וכך הבין הראב"ד והא מפורש בגמ' דנאמנים. וגם לפי' הש"ך עכ"פ הא כבר כתב שטען שמא לא דרו. וע"כ דמפרש הגמ' כן דדוקא טען וא"ל א"צ שוכרין. א"כ אין תועלת כלל בעדות השוכרין דאמר רבא דממ"נ אי טען לא מהני ואי לא טעין אינו צריך וגם לשון הרמב"ם הא כבר כתב שטען ולמה כפל אח"כ שכשהביא השוכרים חזר וטען ועוד קושיות ע"ש:

ולמ"ש א"ש דמקודם כ' שהביא עדים שהשכירו להם ושדרו ג"ש רק שטען שמא לא שכנו אלו שהשכיר להם ביום ובלילה ע"ז כתב שפיר או יביא עדים ששנים אלו גמורות יום ולילה דסגי בעדות השוכרים ע"ז לבד שהשנים שמעידים אלו דרו יום ולילה דכיון דנקיטי אגר ביתא כמ"ש ה' עדות אין נוגעין דממ"נ אם נתנו הן פטורין ע"י העדים אחרים שהשכיר ושדרו ג"ש דאף אי לא דרו בלילה עכ"פ השכיר ואכל פירות כנ"ל. וזה הוא פירוש דברי רבא בגמ' דמשני על הקושיא דלא משכחת עדים רק על הימים ומשני דנוסף על העדים אחרים מעידים השוכרים שדרו יום ולילה ומהני בנקיטי אגר ממ"נ כנ"ל. ואח"כ כתב הרמב"ם אפי' באו כו' ואומרים לנו שכר ואנו דרנו כו' היינו כשאין עדים אחרים על השכירות כלל כמ"ש שהם המעידים לנו שכר והמערער טוען שמא משקרים ולא דרו בלילה ולא יודע שהשכיר להם כלל על הלילות וטוען שיביאו עדים

אחרים שדרו יום ולילה וזה דין אחר ממ"ש למעלה שפיר צריכין להביא כו' דאף דנקיטי אגר כו' נוגעין וכ' שתלוי בהן כו' דדלמא כבר נתנו ובמכוין נקיטי אגר דליהימני דלא השכיר כלל על הלילות ולא אכל אף שנתנו ונוגעין כנ"ל. וזה פירוש ד' מר זוטרא בגמ' אי טעין ליתי תרי סהדי כו'. ולכך שינה הלשון דברישא סגי בטענתו שמא לא שכנו בלילה דאפשר שנזדמן שלא דרו בלילה ולכך לא מחה שלא החזיק. וכאן לא סגי בטענה זו דגם אם לא דרו אם שכרו על ג"ש שלימות הי' מועיל בנתנו. וצריך לחוש שלא שכרו על הלילות וזה לא שכיח וצריך לטעון יביאו עדים אחרים. וברוכלים טענינן שלא שכרו ג"כ כנ"ל ומיושב:

אמנם מלשון כל הפוסקים מבואר דאף בידוע בעדים שהשכיר לג"ש ולא דרו כל הג"ש או חסרו הלילות דמ"מ לא הוי חזקה אף ששילמו השכירות. ולכך נראה דלא מבעי' כששכרו שלא בשטר דבזה להפ' דדמי ללקוחות דג' לא מהני רק א' כל הג' שנים דלא ידע ששכרו רק שהי"ל למחות שלא יחזיק המחזיק שהוא לקח ממנו כיון שדר כל הג"ש. דבזה ודאי בעי שדרו ג"ש יום ולילה אף ששלמו דלא מהני מצד אכילת פירות של המשכיר דלא ידע שהשכיר ומשום השוכר עצמו אין מתירא שדירת עצמו צריך יום ולילה ולא איבעי למחויי כנ"ל. רק אף בשכר בשטר או להפ' דשם המשכיר נקרא וידע שהשכיר כנ"ל. מ"מ לא מהני מצד אכילת פירות די"ל דוקא הכנסת פירות משדה וכה"ג שהוא בפירסו' משא"כ נתינת השכירות אף שידוע שבשכירות מ"מ אין ידוע ששלמו ושאכל. וזה קצת דוחק דכיון שידע שהשכיר הי' לו לחקור דגם הכנסת פירות הוא ביום א' או בלילה ומ"מ אמרינן דצריך לחקור כיון שזרע כו'. רק דנראה כמו דקי"ל בש"ס ל"ו דקל נערה שמשיר פירותיו דלא הוי חזקה ובש"ע סי' קמ"א ס' ט"ו דדוקא ג' גדירות כו' שתולשן מן המחובר הוי חזקה בקרקע משא"כ כשנתלשו מה שהכניס פירות תלושין אינו ענין ליחשב חזקה בהקרקע או באילן רק כלוקח מטלטלין של זה ע"ש דאף שגדלו כל צרכן לר' האי ז"ל. וא"כ שכירות הבית שקיבל המשכיר הוי רק פירות תלושין ואף שקיבל זה מעותיו שלא כדין אין זה חזקה בהבית. ודוקא הדירה שדר בו שזה פירותיו של הבית שנוטלין מהבית עצמו כלקיטת פירות ממחובר משא"כ השכירות מהדירה. ולכך לא מהני רק מצד שדרים שליחותו הוי כדר המשכיר בעצמו בהבית כנ"ל. וממילא בעינן שידורו השוכרים ג"ש יום ולילה כמו בעצמו אף ששילמו השכירות בזמנו כנ"ל. כיון דלא מהני החזקה על המשכיר רק מצד הדירה בשליחותו כנ"ל וא"ש. וראי' לזה כיון דמוקי מתני' בהשכיר הבית א"כ למה לר' ישמעאל ור"ע בבתים ג"ש הא באספסתא סגי בג' חדשים. א"כ משכיר בית סתם דהוא ל' יום. ובחורף ו' חדשים (סי' שי"ב) א"כ

כשהשכיר ג' פעמים על ל' יום יהי' חזקה כאספסתא דהא דרך להשכיר כן ולא מיקרי משמט שמיט והוי כאספסתא כנ"ל דעושה פירות א' לל' יום. וע"כ כמ"ש כיון דאין לשכירות אלא לבסוף ואז הוי תלושין מהבית ולא מהני רק מצד הדירה שבמחובר וזה צריך ג' שנים גם לר"י ור"ע דעושה תדיר כנ"ל. וא"כ מ"ש המחבר שדר בו או השכירו ג"ש רצופות אינו מדויק שהי' לו לפרש שהשכירו ודרו בו השוכרים ג"ש רצופות. דע"כ כונתו כן כמבואר בפ'. וס"ט כ' כן על השוכרים שדרו בו כו' ע"ש. וכמבואר ברמב"ם להדיא ע"ש. אך מ"מ י"ל דברי רמב"ם כנ"ל. דבש"ס דרבא משני לר"ה דסתמא כרב רבי' ס"ל דדקל נערה הוי חזקה. וממילא מהני מצד אכילת פירות אף שתלושין. ולכך אמר שפיר מל"ע דנקיטי אגר דאי נתנו בל"ז הוי חזקה. ומועיל נקיטי דאין נוגעין כו' משא"כ לדידן לא מהני נקיטי כו' דבכונה נקיטי כנ"ל וא"ש ד' הרמב"ם:

(יד) **ואם יאמר כו' שיעידו בפירוש** כו'. זה לשון הרא"ש ע"ש וסובר דבסתם שהעידו ג' שנים רצופות כוונת העדים מסתמא גם בלילות רק כשטוען צריך לחקור אותם ושיעידו' בפירוש. וממילא כשאמרו מפורש שא"י מהלילות לא מהני עדותם אף דלא טען וקשה שלא רביא דעת התוס' שכ' בפירוש להיפוך לדעת רשב"ם דאם הספק בכוונת העדים הי' צריך לשואלם גם כשלא טען דבכל עדיות אנו דורשין יפה. רק דאף שפירשו שא"י הלילות ג"כ מהני דמסתמא דר גם בלילות ודוקא טוען ברי שלא דר בלילה. וגם לשון הרא"ש ז"ל תמוה דכ' ודאי אי לא טעין כו' והעידו עדים סתם כו' מסתמא גם על הלילות העידו וא"צ לדרוש ולחקור דמסתמא הוי כאלו חקרנום כל זמן שאינו טוען. אבל אי טעין כו' ט"ט וצריך להביא עדים על ימים ולילות עפ"ע שכנים כדאביי או שוכרים כדרבא ואי טעין ראיתיו יוצא כו' דוקא שוכרים כו'. ותמוה בשלמא לענין שא"צ דו"ח בסתם וכשטוען צריך דו"ח הי' שייך. אבל כיון שכ' דהוי כאלו חקרום שמעידין גם אלילות. א"כ מה מהני שטוען נגד עדותם. דלדבריו אין העדים רשאין להעיד סתם ג"ש רצופין אי א"י על הלילות ג"כ. וגם למה כתב אי טעין כו' להביא עדים כו' הול"ל שצריך לחקור אותם בפירוש. ואי כשיאמר א"י יהי' חוזר ומגיד א"כ די בעדותן סתם. ועוד כיון דמיירי הרא"ש מעיקרא בסתם עדים דאח"כ כתב ע"פ שכנים כו'. א"כ איך אפשר דנאמר מסתמא כחקרו שמעידים אלילות הא בגמ' פריך לפשוט בתים בלילי לא ידעי ומשני שכנים כו' דא"א לאחרים לידע ואיך נימא בסתם כנ"ל. ולכך נראה דהרא"ש ז"ל מחלק לג' חילוקים דסתם עדים יכולין ג"כ לידע תחלת הלילה כמו שיכולין לידע ביום ג"ש. וכשא"י כלום מהלילות אין רשאין להעיד סתם ג"ש רצופין אם לא שיודעין על התחלת הלילה ג"כ כמו שאפשר לאחרים לידע. ולכך הוי כאלו חקרום ע"ז וכשלא טען אמרינן שוב כיון

שדר ימים ותחלת לילה אין סברא שיצא משם אח"כ ולא מצאו זה דר שמסתמא דר כל הלילות. ואי טעין ברי שבא בלילה ולא מצאו לא סגי באחרים לא בסתם ולא בפירוש דמעידים רק כדרכם לידע תחלת ועדיין טענתו קיימת שבא בלילה ולא דר. וצריך להביא שכנים ואלו גם בסתם שמעידין על ימים ולילות סתמא עד שהולכים לישן. ושוב אין חוששין בסתם שאח"כ יצא וכשטוען גם ע"ז ברי שאח"כ בא ולא דר צריך שוכרי' דוקא כנ"ל. ולכך כתב צריך כו' על ימים ולילות עפ"י שכנים ולא כ' שיעידו בפירוש כו'. ולכך אינו מביא ד' תוס' החולקין שנראה לו שתוס' לא הקשו רק ע"ז שנאמר דמסתמא יודעין על כל הלילות כשלא טעין שזה דבר דלא שכיח על אחרים ע"ז הקשו למה לא נשאל שמא א"י ולא נוציא ממון של"כ כיון שהדבר רחוק שידעו. ולכך כ' דאף שא"י סתמא דר אבל לענין שידעו מתחלת הלילה שפיר בסתם נכלל בעדותן כאלו פירשו באמרם ג"ש רצופין דאם לא היו יודעין מה שאפשר לידע לא היו מעידין סתם. ושוב על שאר הלילה אף דא"י בפירוש ג"כ ל"ח שיצא משם אי לא טעין כמ"ש תוס'. וא"כ שוין בדין דמעידין אחרים מפורש שא"י כלל מלילה לא מהני גם לתוס' דלא חשוב ג"ש כלל. רק ביודעין כמו שהדרך כנ"ל מתחלת הלילות. וממילא גם במעידין סתם כן אז אי לא טעין מהני דמסתמא כל הלילה דר. אף אי אמרו בפירוש שיודעין רק מתחלת כנ"ל. ואי טעין שבא כו' צריך שכנים. ובשכנים נראה אף שהעידו סתם מתחלה ג"כ מהני. רק אי טעין אחר שישנו צריך שוכרים כנ"ל. ואין מחלוקת בין תוס' להרא"ש כנלע"ד. ומהתימה שלא ביארו האחרונים כלל. ובשוכרים שהעידו סתם והלכו להם מהני ולא מצי טעין כלל כמבואר בהרא"ש שם ע"ש. אולם הי' לו להזכיר גם בשכנים כן. ומשמע קצת דכיון דטעין צריך לשאול השכנים אם יותר מתחלת הלילה. אך ז"א דעל שוכרים הזכיר הרא"ש לישב מה דנקיט רבא בלישני' אגרינן כו' ודרינן יממא ולילא. והא סגי במעידין סתם. לכך כתב דנקיט לאפוקי מהמקשה אבל בשכנים לא הוזכר יומא ולילא בגמ' פשוט דבסתם סגי. ולתוס' ג"כ לכאורה הא קי"ל ברור אכילתך (כ"ט ע"ב) ואי סמכינן על המסתמא דר בלילה מה יועיל טענת ברי שלו. דלא קשה דמצינו בכמה דוכתי בלא שכיח דל"ח וכשטוען ברי טענתו טענה. גם י"ל דבלא טעם ודאי שלא יצא בלילה. רק דנאמר שידע שיבא הבעלים ולכך יצא ולא מצאו דר. ושוב הי' למערער לידע שלא מצאו ויש ריעות' כשאינו טוען ברי ואמרינן כיון שאין מערער יודע שוב מסתמא דר. משא"כ בטוען ברי יש טעם לתלות ולא שייך מסתמא כנ"ל. וגם הי' לו למחות כיון דידע מיום וסתמא דר גם בלילה. ואי ידע שלא מצאו בלילה א"כ כיון שע"ז סמך שלא מיחה רמיא עליו והי' לו לטעון שלא מצאו דר בלילה וכיון דלא טעין לא מהני משא"כ בטעין כנ"ל. דמוכרח

לומר כן דהרא"ש כתב על רוכלין כיון דמחמת שלא הי' בעיר לכך א"י לטעון ברי טענינן לי'. ומה טעם זה מ"מ אינו טוען ברי. אי סתמא לא מספקינן רק משום שטוען. וע"כ להיפוך דכשאינו טוען ברי יש ריעותא דאיך סמך שלא למחות הא מסתמא דר גם בלילה והי' לו לילך לראות אם דר בלילה או לא כיון שהוא בעיר ואי באמת ראה שלא דר למה אינו טוען ברי. ולכך לא טענינן לי'. משא"כ רוכל טענינן לי' שסמך ע"ז שלא שמע שדר בלילות כנ"ל דאין ריעותא כנ"ל:

ומ"ש הרא"ש בתחלה ע"ד רבא דאית לי' נמי שנויא דאביי כו' אלא שהשיב ע"ד המקשה דאף בלא עדות שכנים משכחת עדות יומם ולילה ע"פ שוכרים כו' וקשה למה לא כתב דהוצרך רבא לשוכרים כשטוען אחר שישנו השכנים כמ"ש אח"כ דהא גם לשכנים לא הוצרך רק כשטוען כנ"ל. ועוד דמה פריך בתים כו' הא כשלא טען מהני סתם והי"ל לשנויי בלא טען. ואי הי' הפירכא למה תני סתם דמשמע דלא מהני שום טענה א"כ גם תי' אביי דשכנים לא מהני דעדיין מצי טעין וע"כ הוצרך רבא לשוכרים. ולומר דמ"ש הרא"ש בתחלה הוא ע"פ דברי ר"ת שמביא בסוף אינו במשמע לשון הרא"ש ז"ל. ונראה דלפי' שפי' מתחלה כרשב"ם סובר דמר זוטרא פליג על אביי ורבא במ"ד ואי טעין דהא לפי' ר"ת כ' הרא"ש דמ"ז לפרושי מלתא דאביי ורבא ע"ש דמשמע דלפי' ראשון לא קאי אמלתייהו לפרש דכוונתם אי טעין דוקא רק דהם ס"ל דאין חילוק דגם בלא טעין בעי שכנים או שוכרים וגם רבא מודה דסגי או שכנים כנ"ל. וגם בטען מהני שכנים ולכך פריך ומשני כפשטי'. ומ"ז פליג דוקא טען כנ"ל ובאמת ל"ק ממתני' דמיירי בלא טען ופוסק כמ"ז. וי"ל הטעם דרבא לטעמי' גבי שכוני גוואי דכיון דהחזקה בסתם מהני ואין חוששין שמא הי' בשכוני גואי אינו נאמן לבטל החזקה דחשוב מוציא מחע"ה. וממילא א"א לחלק בין טעין דאי בלא טעין אין חוששין שמא לא דר בלילות שוב חשוב מוחזק ואינו נאמן אף שטוען לבטל החזקה. ולדידן דקי"ל כר"נ ברור אכילתך דנאמן שפיר מחלק מ"ז בין טעין כנ"ל. וממילא קי"ל כמ"ז דהא קי"ל כר"נ. אולם מ"מ הי' לו לכתוב טעם למה פ' כמ"ז. ולכך צ"ל כמ"ש נ"י דמ"ז אמלתא דאביי קאי הא דסגי לאביי בשכנים דוקא בלא טעין אבל טעין מודה לרבא דשוכרים דוקא. אך שוב קשה מנ"ל להרא"ש ז"ל דגם הא דבעי שכנים דוקא בטעין הא אדרבא פשט הסוגיא דפריך בתים כו' ומשני מאן מסהיד כו' שיבבי. דאחרים לא מהני כלל. וגם בלא טעין בעי שכנים רק בטעין בעי שוכרים וזה הוא דפירש מר זוטרא דאביי מודה בטעין וגם רבא לא פליג בלא טעין דסגי בשכנים רק דשני רבא דמשכחת בלא שכנים בשוכרים. ואף דמתני' בלא טעין סגי בשנוי' דאביי מ"מ נ"מ בטעין בעי שוכרים דוקא. וכן מבואר בנ"י בשם הר"ן דקאי רק

על אביי דכיון דמה דחשיב עדותם רק משום סתמא שהיו מרגישין אם הי' יוצא בלילות. לא מהני עדות כזה בטוען ברי שלא דר בלילות. ואצ"ל כלל שיצא אחר שישנו דוקא רק ברי כנ"ל. וכן מאחרים לא מיירי מ"ז כלל ע"ש. וצ"ל דמשמע לי' דלא קאי על אביי לחוד דסתמא אמר וקאי אתרווייהו דהא דבעי שכנים דוקא בטעין והא דבעי רבא שוכרים ג"כ בטעין אף על השכנים אחר שישנו כו'. ומ"ש אח"כ בר"ת לפרושי כו' לא בא לדיוקא כו'. שגם לפי' הראשון אתי מר זוטרא לפרושי מלתא דאביי ורבא. ודוחק. וגם צ"ע שלע"ד הרא"ש ז"ל בין חילוקים הנ"ל יחידאי הוא. שרשב"ם וריב"ם וש"פ דמפרשים מלתא דמ"ז באפי נפשי' סוברים רק ב' חילוקים בין טעין ברי שלא דר בלילות או לא וסוברים דאביי ורבא פליגיי בטעין לאביי סגי בשכנים וא"צ יותר רק כניהוג כו' דלא הרגישו יוצא ולרבא בטעין ברי לא סגי בשכנים רק בעי שוכרים והיינו דאמר מ"ז דוקא אי טעין ואי ל"ט א"צ כלל וסגי בעדים אחרים וקי"ל כרבא דבטוען ברי צריך שוכרים דוקא ובלא טעין די בעדות יום לחוד כמ"ש תוספ'. ואותן המפרשים דרבא לא פליג אאביי וסוברים דסגי בשכנים או שוכרים מפרשים דמ"ז קאי על אביי לחוד ומפרש דל"פ דבטעין מודה. ובלא טעין גם שכנים א"צ ואין כאן רק ב' חילוקים. אבל הג' שכ' הרא"ש ז"ל וכן החילוק לטעין דוקא אחר שישנו. לא משמע כלל כן משאר פוסקים. וכ"כ רשב"ם להדיא בקושית הש"ס בלילא לא ידעי דמצי טעין ברי וע"ז משני אביי ורבא וכן מפרש בשנוי' דאביי ולא בדרבא ע"ש:

(**טו**) **ולרמב"ם אפילו ל"ט אלא שמא כו' צריך** כו'. ותמוה אי מהני שמא גם בלא טענה למה יועיל וכקושית תוס' וכמ"ש הש"ך ז"ל ומ"ש הש"ך ז"ל אינו במשמע כלל בלשון הרמב"ם שמפורש שמא והש"ך מפר' ברי. ולענ"ד פשוט דהא לשון הגמ' מורה כד' הרמב"ם ז"ל דאי טעין ליתי תרי סהדי דדרו כו' ולא הוזכר כלל שיטעון ברי שלא מצאו. אולם גם הרמב"ם ז"ל מודה דהחילוק בין טוען ברי דאף דאמרינן מסתמא דר גם בלילה מ"מ בטוען ברי שלא דר מהני כמ"ש הרשב"ם והרא"ש רק דממילא כמ"ש הסמ"ע וטור סי' ס"ט לענין פרוע במיגו דמזויף דל"ש שטרך בידי מה בעי שסמך עצמו שיוכל לומר מזויף ואינו חושש להניח. והחולקין על בעה"ת הוא רק משום דכיון שאינו מזויף מסתמא יוכל לקיימו ע"ש. וכ"כ רשב"ם ב"ב ע' לענין החזרתי מיגו דנאנסה. ומה דצריך שבועה דג"כ לא שייך כ"כ שסמך דהא יצטרך לישבע כו'. ואף דלכאורה למה סמך על טענת שקר שיוכל לטעון. ז"א דסמך שלא יתבענו הלה חנם בשקר כיון שיודע שיכול לפטור בטענת שקר ג"כ וסמך כנ"ל וכ"כ רמב"ן גבי מחאה בע"א ע"ש. וא"כ י"ל כאן דכמו דמבואר ברמב"ם וכל הפ' דכשחסר יום א' מהג"ש שאין מביא עדים דלא הוי חזקה

כלל אף שאינו טוען ברי דא"צ למחות כשלא נשמע לו שמחזיק ג"ש שלימות רק בלילות אמרינן מסתמא כשדר ביום דר ג"כ בלילות. וממילא כיון דכשטוען ברי שלא דר מהני שוב אף דטעין שמא מהני דלא הי' צריך למחות שסמך שלא יחזיק בשקר לטעון לקוח כיון שיכול לטעון ברי שלא דר בלילה. וזה צריך ליזהר בשטרו מה"ט שמא יטעון ברי כמ"ש תוספ' גבי לפירי אחתי' דאם הי' נאמן בטוען הי' צריך לשמור שטרו שמא יטעון לפירי כו' ע"ש ל"ה ע"ב ושפיר מהני גם בטעין שמא כנ"ל כיון דברי מהני. ואף להחולקין במזויף דימצא עדי קיום כנ"ל. משא"כ בבתים דלא אפשר כלל בעדים כדפריך הש"ס שפיר שייך שסמך ע"ז דכיון שדר בעצמו ולא השכירו לא מהני גם שכנים ולא הי' צריך למחות. וכן בהשכיר להרמב"ם ז"ל דלא מהני עדותן שדרו יום ולילה בטוען רק אחרים דוקא. ושוב יכול לסמוך ע"ז דודאי רחוק מאד שיהי' עדים אחרים אלילות כדאמר בש"ס. ומדויק לשון הגמ' אי טעין ליתי ב' סהדי דדרו בי' יממא ולילא דלכאורה גם לפי' הרמב"ם למה זה שאומר יביא עדים כו'. ולמ"ש מיושב דזה עיקר הטענה יביא עדים שדר כו' דסמך ע"ז שודאי לא ימצא עדים כנ"ל. ומזה גופי' הוכיח הרמב"ם דהשוכרים גם כן אין נאמנים דאל"כ כשהשכיר לא הי' מהני שמא ולא היו צריכין להעיד איום ולילה רק סתם דלא שייך סמך דהא יוכלו להעיד וע"כ דאין נאמנים וצריך אחרים ושפיר כנ"ל ואמר ליתי סהדי דדרו בי' היינו אחרים דוקא ומהני טענתו אף בשוכרים שכיון שאם הי' טוען ברי הי' מהני שוב גם שמא מהני. וממילא מיושב מה שצריך לטעון שמא כו' דהא כ' פ' י"א במביא עדי חזקה מעמידין בידו שאומרים לזה למה הנחת כו' ולא מחית ע"ש. וא"כ כיון דאינו טוען ברי ואנו אומרים מסתמא דר גם בלילה רק דזה סמך שלא מיחה מטעם הנ"ל א"כ רמיא עליו וצריך לטעון זה שמא לא דר בלילה וכשרואין שעולה ע"ד ספק זה שוב הוי אמתלא על מה שלא מיחה. אבל כשאינו טוען כלל שמא לא דר שפיר נשאר החזקה דמסתמא דר דאין לתלות כלל שמש"ה לא מיחה משום הלילות דהא חזינן דאינו טוען כלל. וע"כ דגם אצלו הי' המסתמא שדר בלילה ולא סמך כלל על טענה שלא דר בלילה. וכשטוען שמא שפיר מהני כנ"ל. וברוכל המחזיק דמסתמא לא אמרינן כלל שדר אף דלא טעין טענינן לי' דחסר מגוף החזקה כמו חסר ימים דא"צ לטעון כנ"ל. רק במאי דמסתמא דר רק דסמך כנ"ל בזה דוקא כשטוען שמא כנ"ל. ואף דמשמע גבי ע"א לסייע אתי כו' דאף אי החזיק ואין עדים מ"מ הוי חזקה. היינו דראוי לימצא עדים ול"ש שסמך וא"צ ליזהר משא"כ בתים שידוע דא"א עדים וגם זה יודע מחזיק שהמערער באמת א"י אם דר בלילות כנ"ל:

עוד נראה דהא במודה מערער שזה החזיק ג' שנים ואעפ"כ טוען שלא מכרה. דנאמן נגד החזקת ג"ש במיגו דלא הי' מודה על החזקה וכ"כ רמב"ן ז"ל לה' דדבר ברור הוא דחזקה לאו כעדים ומיגו במקום חזקה דג"ש אמרינן ע"ש. וא"כ כיון דטוען ברי שלא דר בלילה אין כאן חזקה שוב אף שאינו טוען רק שלא מכרה לו ג"כ נאמן דמה בכך דאמרינן כשלא טען מסתמא דר בלילה. הא אף דהוי חזקה נאמן שלא מכרה במיגו שהי' מבטל החזקה שהי' טוען ברי שלא דר בלילה כנ"ל ובשלמא לשיטת הרמב"ם לא קשה דאף שאינו טוען שמא לא דר יהי' נאמן ששלו מיגו דטעין שמא. ז"א איך שייך הוכחה שאומר אמת דשלו דא"ר לשקר הי' טוען שמא. הא גם כשאינו משקר דשלו הי' לו לטעון שמא לא דר כו' דאין שקר וע"כ שא"י טענה זו ואין כאן מיגו והוכחה. משא"כ לתוס' ורא"ש דדוקא בטוען ברי שלא דר שוב שפיר יהי' נאמן דהוכחה דאומר אמת שלא מכרה אף דהחזיק שאם רצה לשקר הי' טוען ברי שלא דר וע"כ שאינו רוצה לשקר ויהי' נאמן ממילא אף באינו טוען ברי רק דשלו כנ"ל:

אמנם תוס' כתובות פ"ה גבי מחיים תפיסנא כו' אית לך סהדי דתבעינהו מחיים ולא יהבית כו' תי' דלא חשוב מיגו דעכשיו הוי מיגו למפרע ומשום דא"ב אמרה לקוחין בשעה שאמרה מחיים תפיסנא כו' דסבורה היתה שהיא טענ' מעולה ולא הי' יודעת שצריכה לטעון תבע' כו' מדלא טענה מעצמה כו' ע"ש. והפ"י תמה שם דבכל מיגו לא אמרינן שמא א"י הדין והי' סבור שטענה טובה ע"ש. ולק"מ דשאר מיגו דעל טענת שקר זו מיגו דשקר אחר. ודאי כמו שחקר על טענה זו לזכות הי' יכול לחקור גם על אחרת ומה טעם לתלות שיודע יותר פרוע ממזויף וכה"ג. משא"כ במחיים תפיסנא דטענה זו הי' צריכה לטעון רק שהי' יכולה לומר טענה נוספת דתבעה מחיים. וכיון דלא טענה מעצמה נראה שלא עלה ע"ד שצריכה לטעון כנ"ל וא"כ גם כאן א"ש דברי הרמב"ם ז"ל דכשאינו טוען כלל שמא לא דר בלילה לא מהימן דלא מכר במיגו דברי שלא דר. דזו טענה נוספת דגם שיאמר ברי שלא דר הי' צריך לטעון מה שטען שלא מכר. רק שיכול לומר עוד שלא דר אמרינן שלא עלה ע"ד כלל שצריך יום ולילה לברר דמסתמא גם בלילה ולכך לא טעין וג"כ ראי' מדלא טעין מעצמו כמ"ש תוס'. משא"כ בטוען באמת שמא לא דר דחזינן שיודע החילוק שצריך בירור אלילות שוב שפיר נאמן ששלו הבית ולא מכר במיגו שהי' טוען ברי דל"ש מדלא טעין. ומוכח מיגו כנ"ל שאין רוצה לשקר אף שיודע כנ"ל וא"ש כפשוטו. והגם דלא דמי ממש לד' תוס' גבי מחיים תפיסנא דשם רק פירוש כ' תוס' שפיר דיש הוכחה שהי' סבורה שדי בטענתה מחיים מדלא טענה. דהא גם שנוכיח מהמיגו שאמרה אמת ותבעה מחיים עדיין למה לא פירשה מחיים תבעה

כו'. וע"כ דסברה שא"צ ולהוכיח שפי' דברי' כן זה לא שייך המיגו משא"כ נ"ד דאין הוכחה שלא ידע. אך משמעות תוס' שם כפשטי' מדלא טען. וזה שייך גם כאן דעכ"פ כשמביאין עדי דירה הי' לו לומר שמא לא דר בלילה לקיים טענתו דלא מכר כנ"ל ומוכח שא"י כנ"ל. ועכשיו הדין שפיר דטוען ליתי סהדי כו' גם בשמא נאמן במיגו על ששלו משא"כ לא טען כלל שייך ג"כ עכשיו ממש כד' תוס' הנ"ל דאם יודע גם שנוכיח שאומר אמת דשלו עדיין למה לא טען שמא לא דר דאינו שקר וע"כ שא"י ואינו נאמן כנ"ל:

גם י"ל כמ"ש תוס' דא"נ מיגו דלפירי אחתי' דהוי לגרוע שרוצה לתבעו גם הפירות ע"ש (ל"ה ע"ב). וא"כ י"ל דלא הוי מיגו שלא דר בלילות דרוצה לתבוע מכל הדירה דיום ולילה השכירות. ואף דהדין דא"י להוציא מג"ש פירות משום ממ"נ. מ"מ באמת מגרע דהא פסק הרמב"ם ז"ל דמשביעו היסת גם על הפירות דג"ש דאין פוטרו מהיסת. וא"כ עכשיו שטען רק דלא מכר ממ"נ אם לא יהי' עדי חזקה יוציא הכל ואם יהי' ע"ח ויהי' הדין דדי בסתם שמעידין אף שא"י מלילות מ"מ הוא יטעון ברי שדר גם בלילות וישביעו היסת על הכל משא"כ כשיטעון ברי שלא דר בלילות לא יוכל להשביעו היסת על הלילות כנ"ל. והוי מיגו לגרוע טענתו דלא אמרינן. וזה כשלא טען כלל אבל כשטוען שמא לא דר בלילות, א"כ גם עתה לא יוכל להשביע היסת על לילות דא"נ ע"ד ספק. וגם בגלגול א"נ בלי רגלים לדבר וגם כשישלם השאר די. שוב נאמן במיגו דאינו לגרוע:

אך יש לדחות. ומיושב דאביי ורבא דקאי על מתני' דלא הי' היסת הי' מהני אף דלא טעין במיגו כנ"ל רק לדידן אמר מ"ז אי טעין דוקא אף בשמא כנ"ל. אך ז"א דגם בשמא יוכל להשביעו היסת ע"פ הודאת המחזיק שדר בלילות משא"כ כשיטעון ברי דהודאתו סותרת כנ"ל. ותוס' לטעמייהו שכ' ב"מ ק"י דלא מהני מיגו נגד חזקה דג"ש דהוי כמקום עדים. או דהוי להוציא כיון דהחזיק ג"ש ע"ש. ולכך פי' כאן שפיר דוקא בטוען ברי משא"כ לדידן. אך למאי דמסקי תוס' אין הכרח דסוברים כן דרק מכח קושיתם הוצרכו לתרץ כן ואינו מוכרח למסקנא ע"ש. ואפשר דגם רשב"ם דנקיט ברי כוונתו כן דכיון דברי מהני שוב י"ל גם בטוען שמא מהני כנ"ל. ורמב"ן ז"ל בחי' פ' ג"כ דאף דלא טעין ברי רק לייתי סהדי כו' מהני כלשון הגמ' דדייק הכי:

עוד י"ל הטעם דלא מהני המיגו כנ"ל. כמ"ש רמ"א סי' ע"ב בטוען חוץ לב"ד לפני עדים לקוח דמשוי ראה ואינו נאמן אח"כ במיגו בב"ד דהוי מיגו למפרע ע"ש דחוץ לב"ד אינו מועיל מיגו ע"ש. דל"ש להאמינו רק בשעה שאומר בב"ד ואז ליכא מיגו. וכן בהנ"ל על טענה דאחר כך ג"כ לא שייך דאז קודם שהביא עדי חזקה הי' די באמירתו דשלו הוא ולא הוצרך כלל להברי דלא דר בלילות ורק אחר שמביא עדים שדר ג"ש יכול לבטלם ע"י

ברי שלא דר והא אינו אומר כלום עכשיו רק שאינו חוזר מטענתו הראשונה ואנו דנין רק על מה שטען אז ואז לא הי' שייך המיגו. והוי רק מיגו דטענה מעליותא כמ"ש תחתיך פ"ק דכתובות. היינו דנאמינו ששלו במיגו שהי' טוען אז גם הברי שלא דר והי' מועיל לו לבטל העדים שיביא. וז"א דמה טובה הא אז הי' בידו אחר שיביא עדים לטעון הברי כנ"ל. וא"כ אין אז שום מיגו. ועתה אינו טוען ושמא אינו רוצה לשקר כלל עתה. וכמו למפרע דלא רצה אז כן גם על אח"כ אף דכבר שיקר. ושנאמר מיגו על מה שאינו מודה במיגו שהי' משקר זה לא מצינו דיש חילוק בין התחיל לכפור כמ"ש תוס' שבועות (מ"ה ע"ב). וגם בל"ז לא שייך כלל מיגו דהא אינו אומר כלום לפני ב"ד עתה. ועדיף מבפני עדים חוץ לב"ד כנ"ל ובזה י"ל ג"כ הטעם דטעין שמא ג"כ מהני. דעכ"פ הוי עכשיו טענה שמחזיק בטענתו דשלו דהא טוען שמא אינו חזקה. וא"כ שפיר מהני המיגו דהי' טוען ברי משא"כ באינו טוען כלל. איך נפסוק דנאמן במה שאינו טוען וא"י כלל אם מחזיק עתה בטענתו. ויש לדחות דא"כ הי' מועיל כשחוזר עוד הפעם ואומר שלו הוא עכשיו אחר שהביא עדים. ואינו מוכרח דאחר שהעידו ואעפ"כ אינו משיב שמא לא דר ודאי דא"י כנ"ל:

(**טז**) **ולהרמב"ם** כו' **לא טען** כו'. עוד כ' הרמב"ם דאפילו באו עדים כו' לנו השכירו ודרנו כו' ובלילה ואמר יביאו עדים כו' צריכין אלו השוכרי' להביא עדים שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן וא"ת בטענת המחזיק כדי שיעידו בו ע"ש הובא בסמ"ע. ותמוה מאד דע"כ בשכירות בידן ולמה אינם נאמנים ע"ש בהה"מ וכבר כתב ס"ק י"ג לישב ד' רמב"ם ז"ל דבש"ס לר"ה דמסתמא כרב ס"ל דדקל נערה אף שנתלשו מהמחובר הוי חזקה א"כ הוי חזקה בנתנו השכירות, מצד אכילת פירות. משני שפיר מל"ע דנקיטי אגר דאל"ה א"צ כלל עדות שדרו יום ולילה רק שהשכירו על יום ולילה ודרו ג"ש. ולכך מהני נקיטי דלא שייך שבכוונה נקיטי כדי שיהיו נאמנים כנ"ל. ומפרש דאח"כ אמר מר זוטרא למאי דקי"ל כשמואל דדוקא ג' גדירות ממחובר. וא"כ מצד הפירות תשלומי שכירות אינה חזקה רק מצד הדירה א"כ בנתנו ג"כ צריך עדים על יממא ולילא ושוב גם בנקיטי אגר לא מהני דשמא נתנו ונקיטי כדי להאמינו. ולכך אמר מ"ז על השוכרים הנ"ל דלדידן אי טעין שיביא אחרים כו' צריך להביא אף דנקיטי אגר. ושפיר פ' הרמב"ם כן כנ"ל דתלוי בהן וגם בנקיטי כו' נוגעין כנ"ל. ומ"ש ה' עדות היינו עדות אחר וידוע שלא נתנו ע"ש:

עוד י"ל פשוט דהא דל"ח שכבר נתנו ונקיטי בכוונה הוא משום כמו דכל עדים לא חיישינן שמא יש להם איזה נגיעה וע"כ כיון דהאמינה תורה לעדים מבלי לחוש שמא הן פסולין גם פסול דנוגע בכלל דכל שאינו נראה לנו נגיעה אין חוששין. והא דפ' ח"ה

שמעמידה בבע"ח וכה"ג דחוששין הוא משום דנראה לפנינו הספק ע"ש. וממילא גם בזה כיון דנקיטי אגר בידם ואינן נוגעין רק לחוש על מעשה אחרת שמא כבר נתנו ועושים בכוונה מה דנקיטי. אין חוששין כמו על כל עדים שא"צ לחוש שמא נוגעין כנ"ל. כיון דכמו שמעידים בפנינו הן עדים כשרין א"צ לחוש כן בהנ"ל. אף דבע"ד חוששין לקנוניא אבל בעדי' שמא הן בע"ד ל"ח. וזה שפיר כשאינו תובע העדים רק המערער עם המחזיק דנין והשוכרים מעידים כנ"ל ואין נוגעין כיון דנקיטי כו'. אבל כשמערער תובע שניהם הבית וגם תובע השוכרים שדרו בו לשלם לו השכירות כיון שדרו ביום וזה ידוע שדרו ע"פ עדים ממילא כשאין עדים על לילות הדין כיון דהדרי ארעא ופירי וצריכין לש"ל השכירות. והם רוצים למפטר בטענתם שדרו גם בלילות ומגיע השכירות להמשכיר. וממילא כיון דבלא נקיטי אגר ביתא היו נוגעין והיו חייבין לשלם השכירות למערער דאין עדות רק על ב' שנים דהדרי פירי כו'. ורק שיהיו פטורין ע"י נקיטי אגר ביתא שנאמר דהן עדים ולא הדרי וממילא יהיו פטורין. שפיר בתורת בע"ד ודאי דחיישינן לקנוניא שאינם עדים כלל. דמאי בכך דנקיטי כו' דלמא שיודעין דעי"ז נאמנים. וכבר נתנו ורוצים ליפטר מזה שתובע אותם שהיו צריכין לשלם וע"י דנקיטי יהיו פטורין ובזה להיפוך שהנגיעה לפנינו דהוא בע"ד וטוען ליפטר א"ע. רק שיהי' ע"י דנקיטי כו' וכנ"ל. ושפיר ח' לקנוניא כמו כל בע"ד דלא מהני חייב מודה כו' וכן כאן הודאתם שלא נתנו כנ"ל. ולא מהני נקיטי וצריכין להביא עדים אחרים כנ"ל:

ומדויק לשון הרמב"ם ז"ל דמעיקרא נקיט שטוען עם המחזיק וכתב שפיר דמהני עדות השוכרים והיינו בנקיטי אגר ביתא כמ"ש ה' עדות. דבלא נקיטי שא"א בע"א נוגעין לפנינו משא"כ נקיטי א"צ לחוש כיון שאינו תובע אותם. ואח"כ כ' אפילו כו' לנו שכר כו' ואמר יביאו עדים כו' צריכין השוכרין להביא ראי' שדר יום ולילה כו' ע"ש דמפורש שטוען ותובע השוכרים שלפטור א"ע יביאו עדים שדרו יום ולילה וא"ל ישלמו ככל עדות על ב"ש דהדרי פירי וכן זה שידוע ימים וע"ז לא מהני נקיטי כו' וכ' שצריכין השוכרין להביא עדים על יום ולילה ואל"ה לא מהני לפטור א"ע. וממילא גם בתורת עדות לא מהני כנ"ל. וכן מפרש הרמב"ם דברי הגמ' שג"כ מדויק כנ"ל דמעיקרא אוקי רבא דאתי תרי כו' ובנקיטי כו' ואח"כ אמר מ"ז אי טעין ליתי ב' סהדי דדרו בי' כו' היינו שטוען על השוכרים שיביאו כו' וקאי בנקיטי וקמ"ל דכשטוען עליהם צריכין להביא עדים אחרים על יום ולילה כנ"ל וא"ש. ומיגו לא הוי שהי' טוען דהא חזינן דלא טעין וא"י. וזהו שסיים הרמב"ם שזה הדבר תלוי בהן וא"ת בטענת המחזיק רק שהן נתבעין כנ"ל:

עוד לע"ד פשוט דבשלמא בידוע ע"פ אחרים שזה השכיר להם ודרו ג"ש רק הספק על הלילות. א"כ ידוע לנו שהן חייבין השכירות או למערער או למחזיק שאם דרו לילות ג"כ מגיע למחזיק או לא ומגיע למערער. ושוב כשמעידין שדרו בלילות ושמגיע למחזיק ונקיטי אגר ביתא נאמנים כהאי דנאמן בעל המקח לזה מכרתי כו'. אבל בא"י כלל שזה השכיר להם. וא"כ בעל הקרקע תובע השכירות מהם. והם יפטרו עצמם בזה שאומרים שאדם א' השכיר להם והם דרו ג"ש וחייבים לאחר לא לו. נראה פשוט דאין נאמנים בת"ע דשייך קנוניא עם זה המשכיר שיאמר שהשכיר להם. וכמבואר להדיא בהגמ' בשם מהר"מ ור' ברוך הובא בש"ך סי' נ"ו ס"ק ה' שכ' דאל"כ כל נפקד יעשה קנוניא ויאמר שליש אני וכן פסק הש"ך ז"ל. ונהי דביש דד"מ היינו שהספק בלא דבריו של מי הוא י"ל דלא שייך טעם הנ"ל דכל א' יעשה קנוניא כו'. וכן כאן ביודעין שהשכיר כנ"ל. משא"כ בא"י כלל שהשכיר רק שזה טוען ופוטר א"ע שייך כנ"ל כמו שא' תובע הפקדתי בידך והוא אומר לא הפקדת רק פלוני. דמה לו לזה מ"מ לו כופר וחייב היסת. וא"כ מה בכך שנקיט השכירות בידו כיון דאינו רוצה ליתנו לו וטוען טענה שאינו מגיע לו ע"פ דין רק לאחר וכיון שהדין דנאמנים א"כ יודע שכופר לו אף שאומר למי שיזכה כנ"ל. וא"כ שפיר מחלק הרמב"ם דברישא שידוע שהשכיר להם מהני עדות השוכרים על הלילות ואח"כ שכ' אפילו אומרים לנו שכר כו' שא"י שהשכיר ע"ז א"נ כשתובע גם אותם וצריכין להביא אחרים:

אולם רמב"ן ובעה"ת וטור סי' נ"ו סוברים באומר כלי זה שהפקדתיך שלי וזה אומר של פלוני יבא ויטול את שלו א"צ לישבע דגם בזה שייך אאחול"ל ע"ש. מ"מ י"ל דוקא בפקדון דג"כ הימני'. משא"כ כאן דדר שלא ברשות. ובטור שכ' גם בגזלת ממני וזה אומר שליש אני מ"מ ע"ש סמ"ע דבגזלן לא מחזיקינן. וג"כ אין ראי' לכאן דדר שלא ברשות לא הוי כגזלן שהי' שייך אחזוקי בגזלנא ל"מ. דמה"ט במטלטלין גזולין א"נ כלל גם בעשוין להשאיל כו' ובקרקע נאמן. ועוד י"ל דדוקא בשליש נאמן ע"ז שהוא שליש דאינו נוגע דאף דצריך לישבע היסת סוברים דדין שליש יש לו דאף דגזה"כ בעדות דכשצריך שבועה לא קרינן ע"פ משא"כ שליש. א"כ גם אם יהי' הדין דצריך לישבע הוי שליש שוב פטור משבועה ג"כ משא"כ בעדות אי צ"ש אינו עד וממילא אין נאמנים:

אולם הבעה"ת ש' ל"ט כ' דא"צ שבועה דמשמע דזה לא חשוב כפירה כיון שרוצה ליתנו לאחר ורק שאומר שלא לזה כ"א לזה. וממילא גם בזה דין עדים להם אף שתובע את השוכרים. ולכך טור ומחבר שפיר פ' דלא כרמב"ם דבנקיטי. אגר נאמנים אף אם תובע השוכרים ג"כ. אבל רמב"ם י"ל דס"ל כהש"ך ז"ל שם דזה חשוב כפירה דהא מ"מ לו

כופר. וכאן אף בלי חשש קנוניא י"ל דשם בטוען שהאחר הפקיד אם הב' ג"כ תובע א"כ אינו נוגע דאס יהי' הדין דחייב היסת מחויב לזה כמו לזה וצריך לחשש קנוניא. משא"כ בתורת עדות עכ"פ כיון דהוי כפירה למערער צריך היסת ואינו עד. אך י"ל דהוי ט' ספק אם דרו בלילות או השכיר ואין חיוב היסת ושוב אינם נוגעין. והוי א"ש אי טעין ברי וגם ברמב"ם כמ"ש הש"ך ז"ל בפי'. אולם י"ל להיפוך ג"כ דהג"מ וש"פ וש"ך ז"ל מודים בזה. דשם מ"מ חשוב כפירה שאינו מגיע לו ולא הפקיד ומה שאומר שאחר הפקיד אין זה מגרע הכפירה כנ"ל. משא"כ כאן דודאי בלי טענת המשכיר אם הי' המערער תובע להדרים השכירות שדרו שלא מדעתו היו צריכין לשלם לו ולא הי' מהני טענתם שפלוני השכיר ודרו ג"ש. דאף לוקח לא מהני חזקתו בלא דר בי' מוכר חד יומא הוי נגדו חזקה שאע"ט. א"כ בזה שפלוני השכיר אין טענה להם שאינו של מערער ועדיין שכירות דמערער רק משום שהמשכיר טוען לקוח ומהני דירתם ליחשב חזקה לזאת יזכה משכיר בדין. וא"כ מצד טענתם ששכרו מפלוני ודרו ג"ש יו"ל עדיין אין כפירה למערער כלל דעדיין מגיע לו השכירות כנ"ל ואין עליהם היסת כלל. ורק משום טענת המשכיר לקוח. ויהי' הדין דהשוכרים חשובים עדים אז הדין דזוכה בשכירות. וע"ז לא יתחייבו היסת דשוב הטענה כמו על כל עדים שא"י לתבעם שקר העדתם ואתם צריכין לשלם לי מדד"ג דעדות עצמם שלא הי' נוגעין פוטרתן כעדים אחרים. כן בהנ"ל כיון דמצד טענתם אין כפירה כלל דאף שדרו ג"ש והשכיר מ"מ עדיין דמערער היא. רק המשכיר טוען עמו. ותלי' בדין אם יהי' עדים כנ"ל. ושפיר מהני עדותם. וא"צ שבועה כיון דאדרבא מה שיחשב כפירה מסתעף אם יהי' הדין דהן עדים ומהני עדותן ושוב א"א לחייבן שבועה כנ"ל. וי"ל דלכ"ע מהני עדותן. וכן נראה מהפ' שסתמו בנקיטי אגר דמהני. ומ"מ ברמב"ם ז"ל י"ל כן. דזה שפיר לדחות דלא חשוב עתה עד הצ"ש משום כפירה כנ"ל. אבל מ"מ ח' קנוניא שייך דדרו ג"ש שלא ברשות רוצים ליפטר עשו ק' עם א' שטוען שהשכיר להם ולקוח ונקטי אגר שיהי' נאמנין כנ"ל. וצריך אחרים שהשכיר. ומ"מ י"ל דסגי בג"ש יו"ל ג"כ כמו דמהני ראית החזקה להיות נאמן לקוח כן עכ"פ מהני לסלק חשש קנוניא דאל"ה הי' מוחה. ומורה דאמת שהשכיר זה שלו. ואף דאי לא השכיר הוי ח' שאע"ט כו' מ"מ הו"ל למחות כמ"ש רשב"ם בלוקח ע"ש שלא יחזיקו בעצמם אך י"ל דקודם דתיקון היסת גם ח' קנוניא לא שייך דאי באמת לא השכיר זה להם לא שייך תי' תוס' שמא יזכה המחזיק. וממילא היו יכולין לומר פרענו למערער וג"כ היו פטורין ולמה יעשו קנוניא ולהעיד שקר ולכך אמר רבא אמתני' סתם דשוכרים מהני. אבל עכשיו דתיקון היסת כשיאמרו פרענו יהי' היסת כנ"ל אמר מ"ז דאי טעון

ליתי סהדי כו' וכמ"ש רמב"ם כנ"ל. אך אפשר דבשביל היסת לא חשיב נוגע כלל. רק מחמת פסול גזה"כ דעד הצריך שבועה. אבל נגיעה אינו דמה חילוק בין עדות שקר או שבועת שקר. וכ"ש לחד תי' של הרמב"ן גבי לא ניחא לי' למהוי לוה רשע כו' (דמ"ה) שהקשה כנ"ל דעדות שקר ותי' דזה בפני העולם. ובשבועה לא שייך זה החילוק דג"כ א"י. רק גם לתי' ב' שם ג"כ אינו מוכרח בהיסת. רק גבי ה"ה שלוחיו ה"ה עדיו (קדושין מ"ג) הטעם דכיון דעכשיו אם אין להם דין עדים שניהם נשבעין ויש עליהם שבועה ולא מהני מיגו דאהדרינהו לפטרם משבועה וא"כ אינם עדים דעהצ"ש אינו עד. רק דנימא אם יחשבו עדים א"צ לישבע אמרינין דליתא דאיך יועיל עדותן לפטור עצמן משבועה. רק דקושית תוס' דאחר שנשבעו שוב יהי' עדות לפטור הלוה עז"כ דעהצ"ש אינו עד. אבל נוגע משום היסת י"ל דלא הוי, אך ז"א דא"כ גם קודם דתיקנו היסת מה קאמר מיגו דאמרי כו' כיון דמיגו לפטור משבועה ל"א אם אין עדותן מועיל הדין דצריך לוה לשלם והן צריכין לישבע כדין חנוני ע"פ שהיא שבועת המשנה וחשובי עד הצ"ש דלא מהני. וע"כ דאדרבא יועיל עדותן ואין כאן שבועה. רק עכשיו דתיקון היסת א"א שיועיל בלא שבועה דא"כ נוגעין דאהדרינהו יהי' צריכין היסת. ושוב אין נאמנים גם כשנשבעין כנ"ל. ומוכח דמחמת היסת הוי נוגעין. אך י"ל דהיו נאמנים במיגו לפטור הלוה. אך ז"א דא"כ עתה כשנשבעין יהיו נאמנים כק' תוס' דבתורת מיגו מהני. וע"כ דל"א מיגו באחרים שלא בתורת עדות. כמ"ש רמב"ן כתובות. עוד י"ל וע"כ כנ"ל. ומ"מ חשש קנוניא י"ל דלא שייך בשביל היסת:

עוד י"ל למאי דמשמע מד' הרא"ש פ' הכותב גבי בקרא דדוקא גבי הה"ש ה"ה עדיו דא"צ לעדותן לענין לפטרן דגם אם נאמר שלא יועיל בתורת עדות לפטור הלוה מ"מ הן נאמנים לעצמם להפטר שנתנו למלוה. ולכך דוקא אם מוכרחים לומר כן הוו נוגעין אבל אי בעי אמרי כו' וג"כ יהיו פטורין הוי עדות. אבל גבי בקרא אף דאי הוי אמר דמחיים תפסי' הי' גם הוא פטור. מ"מ עכשיו שאומר לא"מ תפסי'. וכשלא יהי' נאמן בתורת עדות ישאר דבע"ח ויהי' הוא חייב לשלם דהודה דלא"מ תפסי' ושלא כדין תפוס. א"כ מה שיועיל עדותו הוא לזכותו לאו עדות הוא ולא מהני דהוי מצי אמר מחיים כו'. דמ"מ עכשיו שמודה דלא"מ א"א לחשבו עד שמה שיהי' תורת עדות יהי' מועיל לפטרו ע"ש. וא"כ לכאורה למה יועיל כאן דנקיטי אגר ביתא. נהי דאם היו אומרים שלא דרו בלילה הי' שפיר השכירות דמערער ולא היו חייבין יותר מ"מ עכשיו שאומרין שדרו ג"ש יום ולילה כמו שאומר המשכיר. א"כ אם יהי' הדין דא"נ בתורת עדות. ממילא ינתן השכירות למערער דהדרי פירי כשאין עדי חזקה. ומ"מ יצטרכו הם לשלם למחזיק ג"כ

דהודאתם לגבי עצמם מהני שדרו ג"ש והוי חזקתו כדין וחייבין לשלם למשכיר להם. אף שהב"ד לא האמינו להם בת"ע שדרו בלילה מ"מ מהני הודאתם כיון דאם אמת כדבריהם השכירות דמשכיר כנ"ל. וכיון דיצטרכו לשלם ב' פעמים. וע"י דיהי' מהני עדותם בת"ע ליתן למחזיק יפטרו בתשלומין פעם א' שוב הוי נוגעין ואינו עדות כנ"ל גבי בקרא, ובשלמא אי אין עדים אחרים שדרו כלל י"ל כמו שא"י להוציא הפירות ממחזיק שמודה שאכל ג"ש משום ממ"נ כן מהעדים. אך הא מיירי בידוע שדרו רק על הלילות העדות ושייך כנ"ל:

ורבא לר"ה י"ל דמשני שפיר דקודם דתיקון היסת א"כ לא שייך כנ"ל די"ל דגם שלא יהיו נאמנים בת"ע ויזכה מערער בקרקע מ"מ יהי' נאמנים לענין השכירות שדרו ג"ש ואינם חייבים לו כלל. רק למשכיר במיגו שהיו אומרים פרענו לך כמ"ש תוס' דלא שייך תירוצם דיראים שמא יזכה המחזיק. דהא מרוצים לשלם לו דנקיטי כו' וב"כ וב"כ משלמים למשכיר רק לענין לפטור ממערער שפיר נאמנים במיגו אף שא"י לקוח כ"א ע"פ טענת המשכיר מ"מ מהני כיון דמה שמוציאין הקרקע הוא רק בשביל שאין מאמינים שדרו ג"ש. א"כ נאמנים שמוציאין, שלא כדין כמיגו כנ"ל לגבי עצמם כמ"ש רשב"ם על המחזיק דנאמן במיגו לענין הפירות ע"ש (ל"ג ע"ב). וא"כ כיון דשלא בת"ע ג"כ נאמנין להפטר. שוב אין העדות לזכותם ושוב נאמנים בתורת עדים להחזיק המשכיר בבית כנ"ל. אבל בתר דתיקון היסת אינו מיגו דכשיאמרו פרענו למערער יצטרכו לישבע נגד מערער ולשלם למחזיק. משא"כ עתה שנאמר שיהיו נאמנים אין כאן שבועה למערער כנ"ל. וממילא מה שיהיו נאמנים בת"ע הוא לזכותם י"ל דלא מהני כלל ושפיר אמר מ"ז דוקא עדים אחרים כו' והרמב"ם ז"ל דאף נקיטי כו' לא מהני לדידן כנ"ל:

אולם נראה דהפ' לא ס"ל כסברת הרא"ש ז"ל הנ"ל דהא הקשו כאן דיצטרך מחזיק לשלם רק דאינם רוצים למיקום בדינא. והא בל"ז עכשיו לא יוכלו להוציא כיון דמודים דדרו ג"ש. ולמערער יצטרכו לשלם אי לא יהיו נאמנים בת"ע. וע"כ שסוברים כיון דאם היו מודים שלא דרו ג"ש היו מוציאין לא חשוב נוגעין אף דעכשיו מודים. מ"מ הרמב"ם ז"ל י"ל דס"ל כנ"ל. וכ' שהדבר תלוי בהן כנ"ל. היינו כמו שאומרים עכשיו נוגעין והעדות לעצמן כנ"ל:

ומ"מ גוף הדין יש להסתפק דגם לדידן כשהם קרובים וכה"ג או נתנו כבר מקצת שכירות דהן נוגעין ופסולין אם הדין דחייבין לשלם לשניהם ב' פעמים למערער כיון דא"נ שדרו בלילות. ולמשכיר מצד הודאתם כנ"ל. דאפשר כיון דמ"מ א"י אם הקרקע שלו אף שהחזיק כראוי י"ל כיון דהקרקע מוציאין ממנו עכ"פ לא חשוב הודאה לחייבם

כנ"ל. ותלי' בשיטת תוס' גבי קריבי' דר' אידי ע"ש. ולהפ' החולקין י"ל דחייבין כיון דמה דמוציאין הקרקע והשכירות הוא רק משום דאין מאמינים להם. וא"כ נאמנים לגבי עצמם שזה כדין ושלו והמערער מוציא מהם שלא כדין ובשביל שבגזל מוציא מהם לא נפטרו ממי שהוא שלו. ואף שי"ל דהי"ל ליזהר בשטרו כיון שלא יהיו נאמנים ושוב אף שדרו בלילה והחזיק מ"מ נשאר הריעותא דהו"ל ליזהר ומוכח שאינו שלו. דז"א דמדברי תוס' שכ' גבי ג"ש דלא הדרי פירי מטעם ממ"נ וכן שאר פ' משמע דאף שאין לו עדים מ"מ א"צ ליזהר בשטרו כשבאמת החזיק ג"ש. רק די"ל כמ"ש לעיל כיון דיודע שא"א בעדים כשהשוכרים פסולין הי' לו ליזהר כנ"ל:

עוד י"ל למאי שפ' בש"ע ה' עדות (סי' ל"ג) דעדים קרובים לדיינים פסולין משום עשאאי"ל. ואף להחולקין על הש"ך (שם) דבאומרים א"י בחקירות ג"כ כשר מ"מ משמע דוקא כשאאי"ל מצד חסרון החקירות זה נכלל בהתקנה ד"מ א"צ דו"ח אבל כשאאי"ל מצד אחר פסול גם בממון. וא"כ לרמב"ם ז"ל (פי"ח מה"ע) דהכחשה והזמה לאו הזמה הוא א"כ כיון דידוע שהשכיר להם ודרו בו רק עדותן שדרו גם בלילות הוי עשאאי"ל שכשיוזמו יהי' הכחשה לגוף העדות שלא דרו בלילות. וגרע ממה שהקשו מפלוני רבעני. דשם אין זה מגוף העדות אם אותו רבע או לא. וכן מהה"ש ה"ה עדיו דג"כ אין זה מעיקר העדות דיכול להיות שע"י שליח נתנו לו וכה"ג. משא"כ כאן להפ' דכיון שלא שכרו בשטר צריך דוקא שאותן השוכרים דרו כל הג' שנים כמו בלקוחות ע"ש. וא"כ כשהם לא דרו בלילות שוב בטלה החזקה לגמרי אף אם שוכרים אחרים דרו והוי הכחשה ולא יהי' דין הזמה וא"ש לשון הרמב"ם שזה הדבר תלוי בהן עצמם כנ"ל. וא"כ י"ל דבגמ' (דאמר אביי שבבי מהני ורבא לא פליג כמ"ש הרא"ש ז"ל רק דאמר דמשכחת ג"כ ע"י שוכרים ומיירי דלא אמר שמא. לא דרו אחר שישנו כו'. ולכך שפיר היכא דמהני שיבבי מהני ג"כ שוכרים דלא יהי' חשוב הכחשה דאם המחזיק עצמו דר בלילות מהני ע"י שיבבי. משא"כ בטוען שלא דר בלילות דא"א בעדים אחרים רק השוכרים י"ל דלא מהני רד (ח"ב) כלל דיהי' חשוב הכחשה. ויש לדחות דהא אין ההכחשה תלוי' אם יש עדים או לא רק בגוף המעשה רק די"ל) דרבא דאמר דאמרי אנן אגרינן מיני' ודרינא כו' דאין עדים אחרים שהשכיר להם ושדרו כלל רק השוכרים. ושוב לא יהי' הכחשה כשהוזמו דיכול להיות שדר בעצמו או השכיר לאחרים ג"ש אלו משא"כ מר זוטרא דאמר רק ליתי סהדי דדרו כו' יממא ולילא כשידוע שהשכיר לאלו ושדרו בו רק הלילות א"י וצריך לעדותם. ובזה כשיוזמו יהי' שפיר הכחשה דאם בלילות דר אחר לא מצטרפי שלא בשטר כנ"ל. א"כ א"א להחזקה כשלא דרו בלילות ושוב צריך אחרים אלילות ג"כ כנ"ל. ומ"מ יש לדחות.

עיין מ"ש לקמן מה שי"ל עוד ד' רמב"ם ז"ל לפי' הה"מ. והש"ך ז"ל מפרש ד' רמב"ם בנתנו כבר השכירות כמ"ש ה' עדות ולכך צריך אחרים ע"ש. ולכאורה תמוה למה צריך לטעון יביאו עדים כו'. מאחר שהן נוגעין ואין עדותן כלום. גם מ"ש צריכין השוכרין כו'. וי"ל דהרמב"ם ז"ל קמ"ל דכשכבר נתנו והן נוגעין צריכין לשלם שכירות להמערער ואין פטורין רק כשמביאין עדים אחרים אלילות ג"כ. וא"ש שכ' צריכין השוכרין כו'. דכמו דהדין הדרי פירי מהמחזיק אף דטוען ג"ש כשאין עדים רק על ב' כן צריכין השוכרין לשלם כשאין עדים אלילות. הגם דלכאורה יהיו נאמנים במיגו דלפירות ירד היינו דקמי דידן השכרת לו הבית והוא השכיר לנו. דגבי המחזיק אין מיגו שרוצה לזכות בקרקע משא"כ לגבי השוכרים כשיטענו כן יהיו נאמנים כאלו טען הוא לפירות ירדתי דלא חציף כו' ולא שייך אחוי שטרך. וממילא יהיו נאמנים שדרו ג"ש גם בלילה ואין חייבין לו שכירות אף דבת"ע א"נ שנוגעין מ"מ גם בע"ד נאמן במיגו דעל מיגו זו ל"ש תי' תוס' שמא יזכה מערער ע"ש. וקמ"ל דלא מהימני. או דכיון דהבית זוכה מערער לא מהני להאמינם שדרו ג"ש במיגו כמ"ש תוס' גבי קדר"א. או שגם אם יטענו שהשכיר בפניהם לא יהיו נאמנים כיון דידעינן שדרו בבית של זה א"נ לפטור ע"י אחר מה שבע"ד עצמו טוען להיפוך. וגם די"ל דלא שייך בבית בדירה לא חציף כו' או דלא הוי מיגו להכחיש שניהם המערער והמחזיק אך לכאורה נטעון עבורם דהמשכיר שכרו מהמערער דש' ליומא מכר הוא. וכמו דטוענין גבי מפלני' זבינתי' דא"ל דזבני' מינך דטוענין ללוקח. כן בזה. והודאת המחזיק שלא שכרו חב לאחרים ולא מהני. אך ז"א דבעינן דר בי' חד יומא וזה שייך דמורה דשלו. אבל לענין שכירות לא מהני דר חד יומא שיהי' מורה ששכרו גם אח"כ והוי כלא דר. ואינו מוכרח. אך עכ"פ דוקא באמר להם ששכרה כמו התם דא"ל דזבני'. וא"כ לא מהני עד שטוענין כנ"ל:

(יז) **אלא שמא** כו'. עיין מה שתמהו הפ'. ובראב"ן מצאתי שמפרש ובהא פליגי ר"ה ומ"ז ר"ה סבר חזקה דמתני' ג"ש יו"ל בעינן אף דלא טען מערער דדלמא ביום הי' משכירה לו ובלילה הי' המערער דר בו ומ"ז סבר אי טעין בלילה אין כו' ואי לא טעין ואית ראי' דיממא הוי חזקה דא"כ דהוא עצמו דר בלילה הי' טוען ומודה מ"ז כשהמערער רוכל כו' וא"ל שזה המחזיק הי' מוצא הבית ריקן ביום ונכנס כו' אע"ג דלא טען אלילות טענינן לי' ע"ש. ופירוש מיושב מאוד ונכון. דאף דמסתמא כשדר כל הימים ג"ש דר גם בלילות דאין שום סברא כשדר שלא ברשות דביום לא הי' ירא שימצאנו בעה"ב ובלילה הי' יוצא וירא ושפיר מהני בסתם כמ"ש ר"ת וש"פ רק דאנו אומרים שמא השכיר לו דהא דלא אמרינן לפירי אחתי' אמר בגמ' דמ"מ איבעי לי' למחויי כיון דאחתי' לג' שנים ע"ש. וזה

שפיר כשהורידו לג"ש שלימות. אבל בזה אדרבא מסייע חזקה דלא חציף כו' שבאמת השכירו רק על הימים דג"ש ולא לילות. וממילא לא הי' צריך למחות כלל כיון דהשכירו לפחות מג"ש ולא רצופין. ולא הי' צריך כלל לחוש שמא דר גם בלילות דלמה יחוש שדר שלא ברשות בגזילה כיון דעל ימים השכירו ודר ברשות. ולא מהני כלל מה שמביא עדים על דירת יום שנאמר סתמא בלילה אי כנ"ל דממה שדר ברשות אין הוכחה על שלא ברשות שהי' ירא באמת כנ"ל. רק דמשמע דסבר הראב"ן דאף דגבי דלי לי' צנא דפירי צריך לטעון לפירות הורדתיו (ל"ה ע"ב). היינו בהודאה שיהי' אמתלא. אבל כאן די בזה שטוען שלא דר בלילות הוי כפירש שבלילות לא הי' לו לדור. או דנאמן במיגו שהי' אומר שהשכירה על ימים והי' תובע השכירות. ולרמב"ם י"ל דסבר ג"כ כנ"ל. וסגי בשמא דאי טעין יביא עדים שדר בלילות סגי דמפרשינן דבריו שלא הי' לו רשות על לילות ושמא השכירו לימים כי היכא דלא ליחזק כמו בהא דמר אכל א' ג' וה'. וממילא לא שייך מסתמא כנ"ל. אך א"כ לכאורה קשה לפי' הנ"ל מה פריך לרבא דנוגעין כו' הא אף בלא נקיטי אגר כו' רק כבר נתנו ג"כ נאמנים כשיש עדים אחרים על הימים שוב נאמנים הם אלילות ג"כ כיון דכל מה דלא סגי בעדי ימים הוא רק משום שהשכירו למחזיק על ימים לבד ולכך השכיר לאחרים ג"כ רק על ימים לבד שהי' לו רשות להשכיר א"כ שוב א"צ לשלם למערער השכירות דטענין להו שפרע לו המשכיר השכירות ככל מלוה ע"פ שא"י להוציא דבשלמא לגבי מחזיק עצמו הוי אומר לא לויתי כאומר לא פרעתי כיון שטוען לקוח לא פרע השכירות. ואף אם השכירו הי' ג"כ חייב. משא"כ לגבי השוכרים דלא מהני הודאתו שפיר אינו יכול לגבות מהם אי באמת השכירו לו אף שלא דרו בלילות. וא"כ כשיש עדים אחרים שדרו שוכרים אלו ג"ש אף דא"י מלילות והם אומרים שדרו גם בלילה מהני ממ"נ דלחוש שלא ברשות סגי בהעדים אחרים דכמו שדרו ביום ודאי גם בלילה א"כ של משכיר ופטורין. ואי שמא השכיר לימים ג"כ פטורים דטענין שפרע לו כנ"ל. וגם אם ישתקו מעדותן רק סתם שדרו ג"ש ג"כ פטורין ושוב אין נוגעין ומהני עדותן שדרו בלילות להחזיק המחזיק כנ"ל. אולם רבא דמשני דאמרי אנן אגרינן כו' שאין עדים אחרים כלל שפיר משני דנקיטי אגר כו' דאל"ה נוגעין דאל"ה יצטרכו לשלם מה שידוע שדרו אף מקצת מהג"ש כיון דאין עדות על ג"ש דיממא ג"כ. אבל ביש אחרים על ג"ש י"ל שפיר דמהני. ודאמר מ"ז אי טעין כו' דוקא. כ' הרמב"ם ז"ל שפיר דכשטען על השוכרים שיביאו עדים כו' והיינו בלא נקיטי אגר כמ"ש הש"ך ז"ל מ"מ סגי כשמביאין עדים שדרו בה ג"ש דהן פטורין ושוב מהני עדותן כנ"ל. ולכך סיים הרמב"ם שצריכין להביא עדים שדרו בה תמיד כו' ולא כ' מפורש יום ולילה. ולפי'

הרא"ש קשה דלא משכחת כלל עדים אחרים על לילות וכיון דאין השוכרים נאמנים א"א. ולמ"ש א"ש דסגי שוב בג"ש סתם כנ"ל:

(**יח**) **ור"ת והרא"ש** כו'. לדעת ר"ת הפי' אי טעין העידוני סתם כו' ע"ש. ואין הלשון מובן כלל למה יעידו סתם מאחר שאפילו מעידים מפורש שא"י רק מקצת ימים ולילות מהני. ולע"ד הי' נראה דר"ת לטעמי' שפי' פ"ק דחולין (מ"א ע"ב) וסוף פ"ק דמכות גבי אי טריפה הרג או שלם דאף דכשמעידין סתם הולכין אחר הרוב דשלם הרג מ"מ אם שואלים אותם ואומרים א"י בטל עדותן. דלענין זה הוי כחקירות אף שא"צ לשואלם כיון שהוא מגוף הדבר ע"ש דמ"מ עדותן אינו ברור ולא הוי נכון ואף דשם דחו ד' ר"ת מ"מ בחולין הביאו ולא דחו ע"ש. וא"כ א"ש הלשון של ר"ת כאן אף דכשמעידין סתם ג"ש מהני דמסתמא לא יצא בלילה וחזר ונכנס ביום. מ"מ אם היו שואלין אותם או אומרים מעצמם ראינו ג"ש שדר ולא ראינו כל הימים והלילות הי' בטל עדותן דאינו נכון. דאותו אומדנא דמסתמא דר לא מהני לשוי' עדותן נכון כיון שא"י. רק דכשטוען שיעידו סתם ג"ש מהני משום מסתמא כנ"ל. כמו שם הרוב דשלם כנ' ובכזה שוה ד"מ לד"נ כמו ששוה לענין מכחישים בחקירות ע"ש דר"ת מדמי לה כנ"ל רק דקמ"ל דרשאין להעיד בסתם אף שא"י רק מקצת כנ"ל. וא"ש לשון הגמ' ואי טעין כו' עדותן עדות לגירסת ר"ת. והיינו לא מבעי' כשהעדים מעצמם מעידים סתם שדר ג"ש ודאי אמרינן מסתמא ג"ש שלימות וא"צ דו"ח ככל ד"מ. רק אף אי טעין שרוצה להביא עדים שיעידו שבחזקתו הי' ג"ש שיעידו סתם כו' כמ"ש ליתי סהדי כו'. א"כ אנו יודעין שמה שמעידין סתם כונתם רק בחזקת כו' ולא שיודעים מיום ולילה מ"מ עדותן עדות דכיון שמעידים סתם מהני אף שיודעין כמו שם דאמר דילמא במקום נקב כו' אף שיודעי' אנו שכשנשאלם יאמרו א"י מ"מ מהני כשלא שאלו. וגם בהנ"ל מהני ואין חוקרין. וברוכלין אף שסובר שאינם מועילים טענין לי' שיכול להביאם כמ"ש תוס'. וא"כ י"ל דמודה ר"ת באומרים העדים בפירוש שא"י דלא מהני. אולם מהרא"ש וטור בדעת ר"ת לא משמע כן:

(**יט**) **שכל שהעידו השכנים שדר בו כמנהג כו' אע"פ שלפעמים יצאו השכנים מהעיר לעסקיהם כו' ואע"פ שאומר ברי כו'**. ובסמ"ע ס"ק י' תמה למה השמיט מור"ם דטוענין עבור המחזיק כשהשכנים רוכלין בשטת ר"ת. וגם שמ"ש העידו סתם הוא לשכנים דוקא. וש"ך ז"ל חולק דגם עדים דעלמא. ובטוען מערער ברי הכריע הש"ך ז"ל דלא כהרמ"א שלא הוזכר בהרא"ש ודברי טור צ"ע. ולכאורה קשיא לי' הא ודאי לשאר פ' דהטעם משום בדר ביום סתמא גם בלילה שייך לחלק בין טוען ברי. אבל מ"ש בשם ר"ת דאף שודאי לא דר ג"כ מהני מה שהי' בחזקתו ג"ש. מאי שייך לחלק בין טוען ברי שלא דר כיון

דמ"מ מהני כיון שהי' בחזקתו כדרך העולם. וצ"ל דהש"ך לא נחלק על זה כשהמחזיק רוכל וכה"ג רק כשהעדים א"י רק מקצת ימים ומקצת לילות. דגם זה רק מטעם דמסתמא דר כל הג"ש וע"ז יש לחלק בין טוען ברי. אולם טעם הטור פשוט דכיון דר"ת לא מפרש אי טעין על המערער רק אמחזיק למה נחלק בין טוען ברי או לא. דרשב"ם נדחק רק משום דמפרש אי טעין כו' על המערער ע"כ לחלק. משא"כ לר"ת. ועוד דעיקר טעם ר"ת דאטו בכיפי כו' ולא ניימי ולא משכחת חזקת בתים. ואי בטוען ברי לא יועיל עדיין נשאר תמיהתם דלעולם כשיטעון ברי לא תועיל חזקה ויצטרך לשמור שטרו לעולם כנ"ל:

אמנם לע"ד ברור. דמה שמערבים ד' ר"ח ור"ת ז"ל ואינם שוים כלל בפירושם. ולא ראו ד' ר' האי ז"ל שער מ' וד' ר"ת בס' הישר ד' ע"ט ובעה"ע. והנה זה פשוט דכל החזקות לפי תשמישם ולכך בעבדים אף שג"כ ג"ש מיום ליום בעי מ"מ כ' הרמב"ם (פ"י מה' טוען) כדרך שמשמשים לאדוניהם ע"ש לא תמיד דכך הוא פירות שלהם שעושים תדיר כנ"ל בעת שצריך הרב ורק בתים שעשוי לדור תמיד ועם כלי תשמישו כמ"ש הרא"ש ובעה"ע. ואם המחזיק בעיר ואינו דר שם אף שהי' כלי תשמיש מונח שם משמע מכל הפ' דלא הוי חזקה כיון שעשוי לדור וללון שם ולא אחזיק כדאחזקי אינשי כמו בשדה לזריעה ושטח פירי וכה"ג. ורק בדרך הזדמנות שלא לן בביתו כדרך העולם וכליו מונחים שם זה אינו מגרע החזקה. ואם הוציא כליו משם אף לילה א' ולא לן והי' בעיר נראה. ג"כ דלכ"ע בטלה החזקה דג"ש רצופין מיום ליום בעי. וזהו שכ' הרמב"ם וש"ע סי' קמ"א חסרים יום א' לא מהני. דכל מדות חכמים מצומצמות הן. זה הי' קושי' הגמ' בתים בלילה א"י. ושמא לא לן כמה לילות יותר מהרגיל. או הוציא הכל בלילה וצריכין לברר החזקה. ומשני שיבבי כו' או שוכרים. ולרשב"ם דוקא אי טעין וא"ל טעין סגי בעדות יממא לחוד כמ"ש תוס' וכמבואר לשון רשב"ם. דמסתמא גם בלילה דר דאין סברא לתלות שביום הנראה לכל הי' מחזיק ובלילה לא. ובמערער רוכל דאינו בעירו ביום דיש סברא שהי' יוצא בלילה טענין לי'. אבל מ"מ לרשב"ם בטעין סגי בשיבבי ורבא לא פליג אאביי דדי כפי ניהוג העולם שהיו מרגישין אם הי' מוציא כלי תשמישו כמ"ש הרא"ש או אם כמה לילות לא לן. ומ"ש הרא"ש אם יוסיף לטעון כו' צריך דוקא שוכרים כו' יחידאי הוא כמ"ש לעיל דזה ד' הי"מ שמביא נ"י דרבא פליג והא דמ"ז אי טעין קאי על שיבבי דלא מהני בטעין ע"ש. ובאמת תמוה כק' ר"ת דא"א דלא ניימי ואטו בכיפי כו' ובטלה חזקת בתים בטעין. ולא משכחת אלא בשוכרים. ולהרמב"ם ז"ל דהשוכרים אין נאמנים בטעין, א"כ א"א למצא כלל עדים. וע"כ דגם רמב"ם ז"ל סבר כר"ת ורשב"ם דסגי בעדים שראוהו דר ביום ובלילה אף שהי' שעות שלא השגיחו לא אמרינן שהוציא וחזר כנ"ל.

וכשהמחזיק רוכל לא הוזכר בגמ' לפי' רשב"ם מה דינו. וע"ז הביאו פי' ר"ח דמפרש אי טעין ליתי כו' דאין דרין עכשיו כו' ומודה ברוכלין היינו שאותן השוכרים רוכלין דיכולין להעיד דאף שלא הי' בעיר זמן מ"מ גם אז הי' הבית בחזקתם היינו שהי' כלי ביתם מונח שם ג"כ מהני. ועיקר הרבותא דאף שעשוי לדור ואם המחזיק בעיר ולא דר לא מהני מה שמונח כליו בבית חבירו. וא"כ אף שהוא רוכל מ"מ ס"ד דהמערער שלא ראה דר בו אדם לא הי' לו למחות אף שראה בו כלים. דמנין ידע אם רוכל מחזיק או אחר כדאמר על לא מוברי כו'. וקמ"ל דגם זה מיקרי אחזיק כדמחזקי אינשי כיון דלגבי דידי' שהוא רוכל דר כדרך שרוכל דר בו שכשיוצא מהבית מניח כליו וכשבא חוזר לבית לדור בו הוי חזקה. וזה נראה ג"כ לכ"ע דהרמב"ם ז"ל כ' שאם המחזיק או שוכרים רוכלין המחזירין כו' צריך עדים שדרו יום ולילה כו'. ודוחק לומר שכל הג"ש לא היו רוכלין המחזירין וע"כ דגם בהני מועיל החזקה כנ"ל. רק בזה יש להסתפק אם הרוכל גברא ערטילאי שלא נשאר כלום בבית או במקום שירא מגנבים וכה"ג שהדרך כשיוצא למקום אחר שאינו מניח כלום בבית. אם נאמר דלגבי דידי' חשיב כדאחזקי אינשי אף שהבית פנוי לגמרי. או דמ"מ לא שייך שמחזיק בו. והרי התוס' והרא"ש בלשון ר"ח כ' שאף שלא לנו כו' מ"מ הי' הבית בחזקתם. ובאופן הנ"ל מה בחזקתם הי'. ואפשר דבנעילה מהני וכמ"ש תוס' ריש פ' ח"ה לר"י דמהני אכילת שחת ונעילה להצטרף להאכילה ע"ש. ולרשב"ם במוברי ניר כו' וגם לדידן ע"ש (סי' קמ"א). כן כאן מהני נעילה וכה"ג איזה דבר המורה שהוא בחזקתו להצטרף למה שדר כשהוא בביתו כדרך שראוי כיון שעומד כנ"ל. וזה אין ללמוד מדברי ר"ח רק מסברא א. וגם הרא"ש שכ' מדבריו למדנו שאם יוצא מהעיר לעיסקא וכשחוזר נכנס כו' מהני ולא מצי אמר לא אחזקת כאינשי שכן מנהגו של עולם ע"ש משמע באופן שכמנהג. וכן מקומות בה"כ שכשטרוד בעסקיו אינו נכנס לבה"כ ג"כ מהני אף שפנוי לגמרי שכן הדרך כשטרודין א"נ לבה"כ ע"ש. וחשיב מה שעושה פירות תדיר באופן זה כשאין טרודין. וכחנותא כו' כ"ט ע"ב. אבל בבית שראוי לישאר כלי ביתו אף שמחזיר בעירות והוא הוציא משם נראה דמבטל החזקה גם לפוסקים הנ"ל. וא"כ אין ראי' כלל מהרמב"ם שיחלוק על זה. וגם הם י"ל דמודים לרמב"ם אף שאין מפרשים הגמ' כן. רק דכונת הרמב"ם כיון דראוי ליום ולילה אף דאי לא טעין אין חוששין שמא לא דר בלילות דאין טעם. וממילא המעידים סתם ג"ש ודאי דלפי אומד שלהם דר כל הג"ש דאל"כ היו מרגישין ולא הי' מעידין סתם. מ"מ בטוען צריך שיעידו שהשגיחו גם בלילה אבל מ"מ רק כמו שהדרך לידע כנ"ל. ואם המחזיק רוכל דמסברא יכול להיות שגם כלי ביתו הוציא והניח פתוח וכה"ג ומ"מ חשוב אצל השכנים או עדים

שדר ג"ש כיון שדרכו לצאת. ולכך אף דלא טען לא מהני סתם וטענינן לי' שיעידו שדר תמיד היינו גם שהי' מחזיר בעיירות נשאר כלי ביתו כמו שדרך להיות. והיכא שראוי לישאר ריקן לגמרי מזה לא מיירי כלל הרמב"ם דקאי רק לפי פי' בגמ' כנ"ל. ור"ת ז"ל פי' להדיא כר' האי דמודה ברוכלין כו' שמחזירין ביום ובאים לביתם בלילה ללון. וכמו חנותא דמחווזא ביממא כן ברוכלין ללילה עבידי דירת ביתם, וקאי רוכלין על מחזיק ע"ש. דמפרש אי טעין גם על עדים אחרים שאינם שיבבי ולא שוכרים. שיעידו שהשגיחו תמיד אף שא"א להם לידע כמו שכנים מ"מ אם לפי דעתם שראו מקצת ימים ולילות בכל זמן שנראה להם שהי' כל הג"ש בחזקתו שהיו יודעים אם הי' יוצא ג"כ מהני. ואי לא טעין לא טענינן לי' כיון דראוי לשכנים לידע וא"י לא טענין שיביא אחרים באומדנא כנ"ל ואי טעין מהני. וכשהמחזיק רוכל שבא בלילות אין ריעותא מה דלא טעין דסובר שגם ע"י שיבבי לא יועיל וטענין לי' שיועיל ופתח לאלם חשיב ע"ש. ולא הוזכר כלל שעדים או שכנים רוכלין המחזירין כו' יהי' חשוב עדות כמ"ש הסמ"ע. זה לא הוזכר לא בד' ר"ת ולא בשום פוסק דבר"ח ז"ל שכ' העדים רוכלין ע"ש קאי אשוכרים עדים רוכלין שיכולין להעיד שהי' בחזקתם גם כשהי' מחזירין כו' שהניחו כליהם וכה"ג או דכה"ג חשיב חזקה אף בפנוי כיון שהדר בו רוכל. ומינה יליף הרא"ש במחזיק רוכל או יוצא לעסקיו כנ"ל. אבל כשהמחזיק אינו רוכל וכשלא דר בו אינו חזקה. מה ענין שיועיל שכנים רוכלים אם אינם בביתם זמן מה אינם עדים. ומה גבול יש לזה והרא"ש כ' בד' ר"ת רק יום או יומים מסברא כמו דא"א דלא ניימי כו' וא"י ויכול להיות שיצא והוציא כ"ב וחזר והי' מבטל החזקה. ואעפ"כ לא חיישינן דלא שכיח. כן ביצאו העדים יום או יומים לעסקיהם שג"כ רחוק שיצא אז וחזר. דמי ללילות. והעיקר הוא כשלפי אומד דעתם הי' זמן מועט שמאומת אצלם שודאי לא יצא וחזר. וזה לא הוזכר בדברי ר"ת רק מסתבר לי' לרא"ש דבכלל דבריו כדרך שכנים לידע. אבל ודאי דאם לא היו השכנים בעיר זמן שאפשר שיצא וחזר דלא הוי חזקה. ואין חילוק בין השכנים רוכלין או לא. ומ"ש תוס' ורא"ש ומודה רבא ברוכלין כו' כונתם. ג"כ שהמחזיקים רוכלין שא"י להעיד על הראי' הרי מחזרין ולא דר בו שיראוהו אלא שבחזקתו הי' כנ"ל. כמ"ש בס' הישר. ולכך כ' רמ"א ז"ל לר"ת ג"כ כנ"ל. וגם מ"ש הסמ"ע דקאי אי טעין כו' אשכנים לר"ת לא אעדים דעלמא ע"ש מפורש בס' הישר דקאי על עדים שאינם שכנים כמ"ש הש"ך ז"ל. וזה עיקר הטעם שלו כיון שיש שכנים שיודעין יותר אין טוענין שיביא אחרים ע"ש. גם כ' שם דדוקא רוכלין שמתקנת עזרא מחזירין בעירות וכ' תדע דלא אמר גמל חמר ספן כו' ע"ש. דמשמע מדבריו שתקנת ח' הי' שתועיל חזקתו אף שאינו בירור גמור כדי שלא יצטרך

הרוכל לשמור שטרו לעולם. ומ"מ י"ל דדוקא ברוכלין הוצרך לטעם הנ"ל דנהי דלהיפוך כשדר ביום סתמא בלילה. או חנותא דמחוזא דלימא עבידי שנראה לכל. אבל רוכלין שאין דרין ביום שיועיל דירת לילה לא הי' מהני מסברא כיון דזה ראה בימים שאין דר בו א"צ לילך בלילה להשגיח. ע"ז הוצרך לתקנה משא"כ בשאר שאינם תמיד כנ"ל:

ולדינא לע"ד בעדים שאינם שיבבי ומעידים סתם ג"ש ולא טעין מערער כלל ליתי כו' או ברי שלא דר בלילה מהני עדותן דרוב הפ' אי טעין אמערער. וגם לר"ח ור"ת לא מצינו שחולקים על הדין בלא טעין כלל כמ"ש הרא"ש דהי' לו לטעון ורמב"ם ורמב"ן ורשב"א בת' רק ברוכל טענינן לי'. ובטוען אפילו שמא ויבאו עדים שדר בלילה לא מהני סתם עדים והוי ס' דדינא דרמב"ן בחי' הסכים לרמב"ם דלא בעי ברי אלא כיון דאמר ליתי ולסהדי הוי טענה והכי דאיק לישנא דגמ' ע"ש. ועדות שכנים שראו ביום ובלילה אף דניימי וא"א להשגיח כל יום ולילה מ"מ מהני לרוב הפ' אף שטוען ברי שיצא כשישנו השכנים וחזר כמ"ש רמ"א. דלא מצינו מפורש חולק ע"ז רק הרא"ש ז"ל אליבא דרשב"ם ובעצמו לא ס"ל הכי ותוס' לפי' רשב"ם לא ס"ל כן וכן מורה לשונו דדוקא בטעין בעי שכנים. רק המפ' שהביא נ"י דמ"ז קאי על אביי דאי טעין לא מהני. והוא נגד הסברא שלא יועיל שום עדות רק שוכרים. דמ"ש השך שרובא כו' דחו פי' ר"ח ור"ת ע"ש. זה רק דאי טעין קאי אמערער לא אמחזיק ע"ש בהגמ'. אבל מ"מ נראה דס"ל כנ"ל דאדרבא בלא טעין לא בעי שיבבי כנ"ל ובטעין בעי שיעידו בפירוש שיבבי או שוכרים. ועכ"פ גם לרא"ש ונ"י דוקא ברי אבל בשמא אין שום פוסק שלא יועיל שכנים כנ"ל. אמנם בלא הי' השכנים בעיר איזה זמן נראה פשוט דכשאין ברור להם שלא יצא אז המחזיק עם כ"ב וחזר ודאי לא מהני רק יום או יומים כלשון הרא"ש ז"ל דנראה להם שמסתמא לא יצאו. בזה ספיקא הוא אף באינו טוען ברי דזה אינו מפורש כלל גם בר"ת ז"ל שכ' רק א"א דלא ניימי ועיילי בעידנא כו' ע"ש. ומ"ש ר"ת דסגי במקצת ימים ומקצת לילות יש לפרש מקצת מן הימים ומקצת מהלילות לא כל הימים ולילות דבזה אף דרוב הפ' דלא כר' אחא ומאומד לא מהני אף בממון ואינו עדות מ"מ כ' תוס' (שבועות ל"ד) דיש אומד שסומכין עליו בממון ובעל העיטור הביא ראי' דמצינו עדות כזו פ' ח"ה דידעינן דלא הוי לי' ארעא מעולם וא"א רק דיאמרו קים לן דאם הי' לו היינו יודעין ע"ש וכן כאן מהני קים לן דאם הי' יוצא היו יודעין כנ"ל. ע"ש. ובאמת גם שם מחלוקת הראשונים דרשב"ם בשם ר"ח ז"ל כ' דוקא שלא נתפרשו ממנו מעודו כו' ע"ש. ובטור סי' ל"ז הביא ב' הדיעות דעת ר"ח ז"ל ודעת ר"י דסגי במכיריו והוחזק אצלם שאם הי' לו היו יודעין ע"ש. ומ"מ י"ל דגם ר"ח מודה כאן דעדיף והא פ"ב כתובות ב' ראינו שנתקדשה וב' לא ראינו כו'

דפריך לר' אינה ראי' ומשני מ"ד א"א דנתקדשה קלא א"ל כיון דדיירי בחצר א' קמ"ל עבידי דמקדשי בצינעה ע"ש. דמשמע דכיון דדיירי בחצר א' אי לאו דמקדשי בצינעה הי' חשוב עדות מה שלא ראו. כן בשכנים דאי יצא הי' יודעין. או דהי' תקנה כדמשמע מד' ר"ת שעדות חזקה קלושה ע"ש. ועדות אחרים אומד שלהם גרוע יותר אף דאומרים קים לן כו' ושכנים עדיף. וזה בקצת מהימים ולילות שבכל יום ולילה. אבל כשלא הי' בעיר קצת ימים שלימים לא הוזכר בר"ת רק הרא"ש ז"ל מסברא כ' כן דגם בזה מהני אומד שלהם שלא יצא וחזר באותו זמן. בזה נראה לע"ד דג"כ ספיקא הוא אי מהני דלא נתנו חכמים ד' לשיעורין וכשאין עדים על ג"ש שלימים מיום ליום אינו עדות ומה מהני אומד שלהם כיון שא"י יום או יומים יכול להיות שיצא כיון שא"א להם לידע ואנחנו יודעין האומד ומ"מ אינו עדות. דא"א לנו להוכיח מאומד דשכנים דכל הימים ולילות שיש ג"ש על חסרים. ובטוען ברי נראה כד' ש"ך ז"ל. ואף בשמא יש להסתפק. ואף אי קאי וכן נ"ל להורות שכ' רמ"א על כל המוזכר מקודם. מ"מ נראה דרק דהיכא דקיימא תיקום וס"ל לרמ"א שאין להוציא מהמוחזק כמו בפלוגתא דרבה ור"י דלא איתמר הילכתא ע"ש (דל"ב ע"ב). אבל כשהמערער תקפה נראה דא"א להוציא בעדות הנ"ל אף בטוען רק ליתי סהדי כו'. ובמושכר כשהן נוגעין או פסולין רק בעדות שכנים כנ"ל. אפשר דהדין כל דאלים גבר דלא חשוב קיימא ארעא בידי' אף שהשכירו. דאף תפיסה במטלטלין לא מהני בחב לאחרים כ"ש בקרקע כיון דספק אם שכירות שלו מהני כלל הוי כלא קיימא ברשות א' מהם. וס' דדינא. או אפשר דבחזקת מ"ק קאי בספק. ושוב אפשר דגם שנתנו השכירות לא הוו נוגעין דא"י להוציא מידם אף שלא יעידו משום עדות השכנים דספיקא הוא. ומ"מ י"ל דמחשש תפיסה נוגעין. ולכאורה שוב אף דנקיטי אגר יהיו נוגעין דיהיו חייבים לצי"ש לכל א' כמו לקח מא' וא"י. ויש לדחות דא"צ לידע. וגם דמשום לצי"ש לא יעידו שקר. ול"ד ללוה רשע ול"י כנ"ל. והיכא שהמחזיק רוכל או יוצא לעסקיו זמן בהניח כלי ביתו בבית ונעל נראה דלכ"ע מהני שלא מצינו חולק על ר"ח ור"ת בזה. רק בפנוי ודרך להניח כלי ביתו ג"כ לכ"ע לא מהני. רק היכא שהדרך להניח פנוי לגמרי ג"כ נראה דספיקא הוא. מ"מ רוב הפ' כהרמ"א דמה דעושה פירות תדיר הוא בענין זה שלפעמים יוצא לעסקיו. ומ"מ צ"ע דעכ"פ צריך גבול וזמן דמפורש כ' ר"ת דגמל ספן לא מהני. ואין סברא כלל אם מחזיק חודש וכה"ג וכל השנה בדרך והבית פנוי שיחשב חזקה. וגם רמ"א ז"ל כ' הואיל והי' ג"ש בחזקתן. וצריך עכ"פ מה שמורה שגם אז שאינו בביתו הוא בחזקתו כנ"ל. ומקומות בה"כ הביטול דרך מקרה מטרדה וכה"ג. ואף ע"ז כ'

רשב"א בתשובה שהוא מחלוקת הראשונים ז"ל ע"ש וג"כ י"ל כונת הרמ"א שאין להוציא מהמוחזק. אבל לא בתקף כנ"ל:

סעיף ט

הא דמהני עדות השוכרים לומר שדרו בה יו"ל דוקא ששכירות הבית עדיין בידם ואומרים ניתן אותו למי שיזכה בדין ואע"פ שעדיין לא נהנה המחזיק מפירות זה הכית כיון שדרו בו מכחו היינו הנאת פירותיו ואף אם השאילו להם בחנם אבל אם כבר פרעו השכר למחזיק א"י להעיד מפני שהן נוגעין בדבר כו' ויש מי שחולק:

(כ) **ששכירות הבית עדיין בידם כו'**. לשון הגמ' דנקיטי כו'. ומשמע דלא סגי כשמודים שלא פרעו עדיין. די"ל דהוו נוגעין משום השני נח לי כו' כמבואר בש"ע סי' ל"ז במעיד על מכירת שט"ח. וא"כ לכאורה קשה להפ' דגם בפסול נוגע בעי תחלתו וסופו בכשרות. והך דשותף מעיד דוקא על מה שראה קודם שהי' שותף ע"ש (בש"ך ס"ק ל"ב). למה מהני בנקיטי אגר. אך לא קשה דראית העדות הוא בשעת שדרים בהבית ובין אי אין לשכירות אלא לבסוף ובין אי ישנה כו' הי' הראי' קודם שמתחייבים לשלם דגם אם ישנה כו' והוי כל פרוטה מלוה מ"מ הראי' משיוי פרוטה קודם החיוב ואחר שנתחייב הוא שנעשה נוגע משום השני נח לי כו' א"כ בנקיט אגר הוי תחלתו וסופו בכשרות ובאמצע בפסול דכשר דכל ראי' מדירתן שיוי פרוטה הוא קודם החיוב כנ"ל. ולכך אף דלכאורה גם בלי טעם דשני נח ג"כ נוגעין דמסתמא שכרו לזמן לשנה וכה"ג. ושכירות אין משתלמת אלא לבסוף לכ"ע. ואם יזכה מערער שלא השכיר יכול להוציאם ומחויבים לשלם מיד מה שדרו דאז הסוף כיון דשלא מדעת דרו כמ"ש תוס' והפ'. והרוחת זמן הוי ממון כמבואר פ"ק דמכות גבי הזמה. א"כ היו נוגעין כל הזמן שנה שדרו מהשכירות. ואף דאחר שדרו נסתלק הנגיעה הוי תחלתו בפסול להפ' הנ"ל. אך להנ"ל א"ש ג"כ דכל שדרו עד שיוי פרוטה לא הי' נגיעה עד אחר שדרו שמחויבים. וכן אח"כ על ש"פ אף דנעשו נוגעין על ש"פ שעבר זה כבר ראו וכמו שמצטרפין כמה כתי עדים מג"ש והי' כל ראי' וראי' בכשרות ועתה נסתלקו והוי תו"ס בכשרות ולא שייך לומר דבמה שדרים אח"כ הוי נגיעה בשעת דירה וראי' לענין הש"פ שכבר חייבים שיועיל לחזקה. ז"א דמה שיועיל הוא רק אחר הג"ש שלימות כנ"ל, ורק הראי' מצד עצמה וזה הי' בכשרות כנ"ל. אך על דאגרי מיני' י"ל דהוי נגיעה שמושכר לזמן משא"כ המערער יכול להוציאם מהבית,. וזביני מיצעא הנאה דתרוייהו אך באריס אמר בגמ' דלא הוי נגיעה מה שיכול לסלקו דהרבה ימצא. כן י"ל בשכירות. ואינו מוכרח דבשאר מקח משמע דחשיב נגיעה אף שמחזיר המעות מ"מ קיום המקח הוי נגיעה. והגם שי"ל ג"כ שבא בב"א דבשעה ששוכר

אין כאן עדות רק אחר שנגמר וחשיב ראי' בכשרות. אך ז"א דמוכח מהפ' גבי בני העיר שנגנב כו' ולסלקו ולדיינו כו' (דמ"א) דגם בזה שבא בב"א חשוב תחלתו בפסול ע"ש. ואין לומר דבחזקה לא חשיב עדות עד אחר הג"ש שמועיל להחזיק ואז כבר דרו וכשרים. דז"א דא"כ גם כשהיו קרובים אז כשדרו ונתרחקו קודם הג"ש יהיו כשרים וודאי ליתא כמשמעות הפ' דחשיב ראית עדות דמה"ט מצטרפי ג' כתות לג"ש. ולענין הזמה כולם משלמין כמבואר במשנה (דנ"ו). אך מ"מ לא קשה דנהי דחשיב עדות בשעת ראי' היינו כשדרו מ"מ לא היו נוגעין כלל בעדות זה ששכרו מזה ושדרו קודם גמר הג"ש דגם לפי עדותן עדיין חייבין השכירות כו' למערער דהדרי פירי קודם ג"ש וגם שכירות של זה אינו מועיל כלום ויכול מערער להוציאם מהבית כל שלא נשלמו ג"ש וא"כ הי' שפיר עדות כשר בשעת ראי' להעיד ששכרו מזה ושדרו דב"כ וב"כ דמערער הוא ורק אחר שנשלמו דירת ג"ש נעשה הנגיעה ושוב מהני סילוק דהוי תו"ס בכשרות כנ"ל וא"ש. ובשכרו לזמן ארוך על ד' שנים וכה"ג שלא נשלם עדיין ובאים לדון אחר ג"ש. נראה דלא סגי במה שהשכירות בידם ליתן למי שיזכה רק שיתנו השכירות ביד ב"ד דבשלמא כשנשלם אין כאן נגיעה דב"כ וב"כ חייבין מיד. משא"כ בלא נשלם דאין חייבין למשכיר עד תשלום השכירות. ולמערער חייבין מיד אם יזכה. ומצד גוף העדות יש כאן נגיעה הרוחת הזמן. רק מצד סילוק שרוצים לשלם תוך הזמן. ואף שבידם מ"מ יכולין לחזור בהם כשיזכה המחזיק דבמה זכה. ולא נסתלק הנגיעה במה שבידם השכירות רק כשנותנין לב"ד זוכים עבור מי שהוא שלו אף שהוא תוך זמן ונסתלק הנגיעה. ומצד השכירות לזמן י"ל דלא הוי נגיעה כאריס כנ"ל. ותליא אם נמצא לשכור כזה שלא יהי' קפידא. וגם שלא נתייקר עתה השכירות בתים. דאף דהמשכיר יתחייב לשכור להם בית כזה כנטלו אנס שבסי' שי"ב כיון דלדברי משכיר זה כאנס נוטל הבית מ"מ אין רוצים בדינא ודיינא כמו בשכירות שפרעו כמ"ש הרא"ש והפ':

(**כא**) **ואע"פ שלא נהנה עדיין** כו'. זה קושית רמב"ן ז"ל דהא בירושלמי אמר ראוהו חורש כו' מעמר כו' ולא ראוהו מכניס פירות לא מהני וכיון דנקיטי אגר ביתא לא הכניס כו'. ותי' דא"ל דמ"מ כיון דבשליחותי' אחזיק בה הני כמאן דדאיר איהו דמי שבכ"מ שלוחו ש"א כמותו ע"ש והביא י"א שכבר נתנו וחזרו ותפסו ממנו ולא משמע לש גמ' כן ע"ש. ומשמע דמדין שליחות גמור אתי עלה. ולכאורה תמוה בשלמא חזקה בתורת קנין הי' דומה לנתנו לבכורת בנו דפ' מרובה לפי' תוס' שם דאף שמתכוין זה לקנותו שסבר ששל גנב הוא מ"מ כיון שרוצה לקנותו במשיכה זו מהגנב קונה גנב במשיכה זו בתורת שליחות. וכן כאן תחלת החזקה של השכירות אבל החזקה של המשך זמן שדרו הא

שכירות לזמן מכר הוא ואינו דר בשליחותו כלל רק בשלו ומה ענין זה לשליחות. ולסמ"ע סי' שי"ב ס"ק ו' י"ל בשכרו סתם דיכול להוציאו בשעה א' כיון דלא נתן השכירות חשוב מה שדר כל הזמן בשליחותו דמשכיר דלא קנאו כלל וכל שעה ושעה יכול להוציאו. ורק משום ציויו כנ"ל. אבל לש"ך ז"ל שם א"כ הי' צריך ל' יום יותר מג"ש. וגם כל הפ' לא חילקו ואף שכרו לזמן הוי חזקה. ועוד דאיך אפשר דלענין שיהי' חשוב הנאת השליח כנהנה המשלח כלשון הרמב"ן ז"ל ע"ש. הא אף בהני דיש שליח לד"ע מ"מ זה נהנה כו' לא אמרינן (קדושין מ"ג). ונראה די"ל דהא לדברי מערער שאין הבית שלו א"כ לא הי' השכירות כלום ובגזל הוא א"כ שוב דרו רק בשליחותו דמשכיר ושלוחו ש"א כמותו כיון שא"י השליח שגזול. דנראה להפ' הנ"ל באומר לא' דור בבית זה והלה סבור דשלו הי' חייב המצוה לשלם לבעה"ב לפ' הנ"ל דיש שליח לד"ע בא"י השליח ואין להדר בו לשלם יכול לגבות ממשלח דשלוחו כמותו וכדר בעצמו. וכיון דקיימא לאגרא וחסר שוב אף דלענין ההנאה אין שלוחו כמותו מה בכך הוי כקיימא לאגרא ולא עביד למיגר דזה לא נהנה וזה חסר דחייב כמ"ש סי' שס"ג ע"ש. א"כ חייב זה בתורת שליחות על החסרון לא מצד ההנאה וכמ"ש תוס' קדושין מ"ג לענין מעילה מה"ט ע"ש. וא"כ כמו צא גנוב או הזיק כו' ושליח שוגג דחייב לפ' הנ"ל וגם בדין המבואר סי' שס"ג בהשכיר בית ונמצא של אחר דצריך לשלם י"ל להנ"ל דבלית לי' להדר חייב המשכיר בתורת שליחות כיון שלא הועיל השכירות הוי שליחות לחסר אף שנהנה שליח מ"מ חייב כנ"ל. וא"כ מיושב ד' רמב"ן ז"ל כפשטי' דאי דמערער ולא קנה בשכירות א"כ כיון דהשוכרים שוגגים והיו סבורין דשל משכיר הוי שליחות כנתנו לבכורת בנו וכל מה שדרים בשליחותו דרים וכדר הוא בעצמו דלכך חייב כנ"ל. וא"כ אף דלענין ההנאה אינו כמותו מ"מ מה דבעי הכנסת פירות אף אם הי' מאבד את הפירות הי' מהני לחזקה רק משום דלא אחזיק כדאחזקי אינשי ע"ש. וא"כ כאן שבחסרון זה שע"י שלוחו דחשוב כאלו חסרו בעצמו ונתנו לאחר ליהנות בו היינו להדרים בו דהוי כדאחזקי אינשי שוב מהני החזקה מצד שאוכל בעצמו וכדייר הוא לענין ההפסד שחיסר פירותיו דמערער. וזה ההפסד הוא כדאחזקי אינשי באופן שיש בו הנאה אף דלא נהנה בעצמו והוי שפיר חזקה כנ"ל. אך להפ' דגם בשליח שוגג אין שליח לד"ע וכ"כ הש"ך סי' שמ"ח. א"כ לא שייך בזה שליחות בין שהוא דמערער ובין שהוא דמחזיק. וצ"ל דלא בתורת שליחות רק כלשון הטור וש"ע דמה שדרים מכחו חשיב הנאת פירותיו. ומ"מ אינו מובן הטעם דכמו חרש וזרע כו' סומך מאי איכפת לי' אני אטול הפירות כן בזה מה בכך שהשכיר. והי' אפשר לחלק

בין דבר שבפרסום שייך שסמך שלא יניחו ליקח הפירות משדה שלו. משא"כ שכירות הבית איך ידע מתי ישלמו לו ולא שייך לסמוך ע"ז דשמא ישלמו ולא ידע כנ"ל:

אמנם להרא"ש ז"ל וש"פ דבטוען ברי אחר שישנו או לנ"י בטוען כו' לא מהני שכנים ושום עדות רק השוכרים. א"כ שפיר יכול לסמוך ואינו חזקה כלל דממ"נ אם לא ישלמו אינו מפסיד כלום. ואם ישלמו נוגעין בעדותן וא"א לו שיהי' עדי חזקה כלל. ואף דמשמע מתוס' דאף החזיק בלא עדים הי' לו למחות כמ"ש לעיל היינו במה דאפשר בעדים וצריך לחוש שמא יהי' עדים משא"כ במה דא"א כלל שפיר א"צ למחות וזה צריך ליזהר בשטרו כמ"ש רשב"ם ותוס' גבי מחאה שלא בפניו וגבי לפירי כו' ע"ש. וא"כ ממ"נ יכול לסמוך כנ"ל:

וי"ל דרא"ש וטור לטעמייהו דאי לא טעין ברי סגי בעדות שכנים. א"כ לא אמרינן שסמך שיטעון שקר שלא דר בלילה. ואי לא יטעון הי' די בעדות שכנים אף אם ישלמו השכירות ולכך מהני שוב עדות השוכרים בנקיטי אגר כו'. דהי' לו לחוש שישלמו כנ"ל. ואף דעכשיו ג"כ טוען ברי שלא דר בלילה ולכך הוצרכו שוכרים ושייך שסמך כנ"ל. ז"א דהא כיון דנקיטי אגר ואין נוגעין א"כ מוכחש מעדים שבאמת דרו בלילה. וא"כ אף דנקיטי לא הי' לסמוך על טענת שקר דאף דעכשיו טוען שקר השתא איתרע ולא אמרינן למפרע כמו במיגו כנ"ל. וא"כ הי' לו למחות מחשש שישלמו ואף שיהיו נוגעין יועילו השכנים כיון שלא ידע באמת שלא דרו בלילה כנ"ל. ולכך שפיר הוי חזקה ומהני בנקיטי כנ"ל:

ומיושבים בזה ד' רמב"ם ז"ל התמוהים כמ"ש לעיל באומר יביאו עדים כו' על השוכרים לפי' הה"מ אף בנקיטי דלא מהני ע"ש שדחו סמ"ע וש"ך. ולמ"ש מיושב דלטעמי' שפוסק אפילו טוען שמא רק ליתי ב' ולסהדי ג"כ לא מהני שכנים כפי' רמב"ן ונ"י א"כ שפיר שוב גם השוכרים לא מהני דבנקיטי אין כאן אכילת פירות ושפיר סמך ע"ז דאם ישלמו לא יהי' עדות כלל, כיון דחזינן שטוען ליתי סהדי כו' וא"א שפיר סמך כנ"ל דבלי טענת שקר לא יועיל ממ"נ כנ"ל. ומדויק א הש"ס ג"כ דרבא קאי אדאביי דאמר שיבבי כו' והיינו בלא טען בזה אמר רבא דהיכא דמהני שכנים מהני ג"כ שוכרים בדנקיטי כנ"ל. דכיון דאינו טוען ליתי סהדי כו' לא שייך שסמך שיטעון דהא ע"כ א"י מדלא טעין והי' לחוש שישלמו ושוב בדנקיטי אגר מהני. ואח"כ אמר מר זוטרא על אביי ורבא ואי טעין ליתי תרי סהדי כו' טענתו טענה דלא מהני שכנים ושוב לא מהני, גם שוכרים דשייך ממ"נ כנ"ל. ופסק הרמב"ם שפיר כנ"ל. ואף שכתב הרמב"ם צריך שיבאו עדים כו' ומשמע דאפשר בעדים מ"מ ודאי רחוק שימצא כדאמר בגמ' ושייך כנ"ל:

והש"ע צ"ל דסוברים דמ"מ כיון שדרים מכחו ונקרא שמו עליו חשוב שמשתמש בבית כדרך המשתמשים בשלהם או שדר בעצמו או שמשכירו. ובשדה כשחסר הכנסת פירות עדיין מונחין בשדה שלו וחסר מגוף החזקה משא"כ כשדרו כבר ואכלו כל הפירות שבמחובר והחיוב תשלומין אינו ברשותו אף דבאמת חייבים למערער מ"מ אינו שייך להחזקה וכמ"ש לעיל ס"ק י"ג לענין להיפוך מה שאינו מועיל קיבל השכירות שיחשב פירות כנ"ל. מה"ט גופי' סגי בדירת השוכרים לחוד כנ"ל. גם י"ל דשם בלא הכניס פירות לא הוי כדאחזקי אינשי. משא"כ כאן אף שלא קיבל השכירות. ועוד דשייך בהכי ניחא לי דעבדי טפי כדאמר בגמ' (דף כ"ט) כן בזה כשקיבל מהם יהי' נוגעין ואין ריעותא מה שלא קיבל אף שהגיע זמנו כנ"ל:

(**כב**) **ואפילו אם השאילו להם בחנם** כו'. תמוה דנוגעין עי' סמ"ע דלא קאי על שהן יעידו. וי"ל עוד דהפי' שהשאילו להם ששניהם טוענין שהשאילו להם בחנם מערער אומר שהוא השאילו להם והמחזיק ט' הוא השאיל נאמנין להעיד שהמחזיק השאילו ודרו בי' כנ"ל ואין נוגעין דהיו פטורין. ולהימני' במיגו דשתיק לא מהני נגד החזקה לתוספ' ב"מ ק"י. וכאן דמוכחש מעדים על שהשאילו י"ל דגם רמב"ן מודה דא"נ שלא מכר במיגו כנ"ל:

גם י"ל לכאורה בהן אומרים שהשאילו להם בחנם והמחזיק טוען שהשכירו להם די"ל דג"כ לאו נוגעין דהא מצי אמרי דמערער השאילו וג"כ פטורין. ולתי' תוס' (דף כ"ט ד"ה הני) שייך גם בזה דיראין שיזכה המחזיק ויהיו צריכין לשלם שיוציא שטר וכה"ג דע"כ לתוספ' כן דיראים ממחזיק שיזכה יותר ממערער כיון דנאמנים ע"ש אך לרמב"ן שדחה תי' הנ"ל רק דמיירי בתר דתקון היסת ע"ש. א"כ י"ל דבשלמא על פרענו דמחזיק מודה וא"צ שבועה ונוגעין לומר פרענו למערער שיצטרכו לישבע. רק דנימא שישבעו ויהיו נאמנים אז הוי עד הצ"ש שאין מועיל. אבל במחזיק טוען שהשכיר והן טוענין השאילו בחנם דגם עכשיו צריכין לישבע היסת אין נגיעה דגם אם יאמרו דמערער השאילו ג"כ לא יתחייבו רק היסת. ולא חשוב עד הצריך שבועה. דאותה שבועה שהשאילום בחנם אינו ענין להעדות כלל. דבין השאילום ובין השכירום הוי חזקה והוא תביעה אחרת ומה שצריכין שבועה להיפטר אינו על העדות. וכיון דלאו נוגעין י"ל שפיר דמהני עדותן כנ"ל. וגם לא שייך לחוש שמא בכוונה תובע מחזיק שיועיל עדותם דכיון שאין נגיעה לפנינו לא חיישינן כמ"ש לעיל ס"ק ט"ז. וגם א"ל דהא מודה מחזיק שהעדים משקרים. דז"א דהוי רק כופרים במלוה דכשרים לעדות גם לדברי מחזיק. ולהפ' דבחד דבורא לא פלגינן דבורא י"ל דמ"מ כיון דמודה דמה שאומרים שהשאילום שקר שוב לא נשאר עדות

דהא השכירום לא אמרו ולא נשאר רק שדרו ולא מהני מידי. רק להפ' דגם בח"ד פ"ד בנוגע וכה"ג א"כ גם בזה כנ"ל. וא"כ קשה למה נקיט בנקיטי אגר כו' והא גם באומרים פרענו השכירות למחזיק מהני עדותם כשהמחזיק אינו מודה להם ותבעם שלא פרעו להם דשייך ג"כ כנ"ל דמצי אמרי פרענו למערער וב"כ וב"כ יש היסת. ואין השביעה רק שפרעו שאינו ענין להעדות וכנ"ל. ואין סברא שיהי' שייך בחיוב היסת השני נח לי כו'. ומסתימת הגמ' וש"ע משמע דלא מהני עדותן כלל אף דמחזיק תובעם. ולכך נראה דלא מהני בב' דינים הנ"ל דנהי דלא ס"ל להפוסקים סברת הרא"ש בבקרא כמ"ש לעיל ס"ק ט"ז היינו בדביר אחד כיון דאם לא יאמרו דבור זה לא יהיו חייבין שוב אף דעתה שאומרים כן העדות לזכותם חשוב עדות דאין כאן נגיעה כנ"ל. משא"כ כאן בשני דברים נהי דאם היו אומרים דמערער השאילם לא היו חייבין מ"מ עכשיו דאומרין שמחזיק השאילם שוב על העדות דדרו יממא ולילא נוגעין גמורין דכשלא יעידו כן חייבין לשלם למערער שכבר הודו שלא השאילם. ולא מהני לסלק הנגיעה במה שהי' אפשר להם שלא לומר שהוא השאילם. כיון שהם ב' דברים נפרדים. ומאמינים להם שמחזיק השאילם וממילא נוגעין על עדות הדירה כנ"ל. ואף דמערער מכחיש השאלה גם כן מ"מ לדברי העדים פסולין הן וכהאי דלדבריך נכרי אתה דיבמות (מ"ז) ע"ש. וכן לענין פרענו אף שמחזיק תובעם מ"מ לדבריהם שפרעו למחזיק לא למערער שוב העדות דדרו לזכותם דאל"ה חייבין למערער כנ"ל. ודוקא בבקרא שזה הוא העדות דאחר מיתה תפסי' ואיך לא נאמינו הא אי משקר לא הי' אומר ופטור משא"כ בהנ"ל דשפיר מאמינים שהשאילם או שפרעו לו וממילא הן נוגעין על הדירה כנ"ל. אך תוס' ורמב"ן ז"ל ע"כ לא ס"ל סברא הנ"ל דא"כ לא הוי מקשי מידי כנ"ל דמה בכך דמצו אמרי פרענו לי' מ"מ עכשיו שבאמת פרעו לזה נוגעין על דדרו יום ולילה וע"כ דס"ל כיון דמצי פטרי נפשייהו באיזה אופן מהני. ומ"מ מסתימת הפ' וטור וש"ע משמע דלא מהני עדותן בהנ"ל וי"ל דס"ל כנ"ל. ובל"ז לתוס' לא מהני כתירוצים כנ"ל. ומשמע דנם בבית העומד להשכיר מהני השאילם בחנם וחשוב כדמחזקי אינשי דמתנה כמכר (סי' קי"א) דא"ל דעביד נייח כו' וכן מכר הפירות או נתנם כנ"ל (כג):

ויש מי שחולק. כ' ב"י שהנ"י בשם רשב"א לפי שהי' השוכר מתירא שמא יפסיד שכרו ועכשיו שזה מחזיר שכרו לידו מצילו לגמרי מן ההפסד א"ל שמתוך שמתבייש מזה שעושה עמו לפנים משורת הדין יעזור לו עכ"ל. ואינו מובן מה לפנים מש"ה עביד הא אי לא דרו בלילה הדרי פירי ויוכלו להוציא ממנו ומחזיר רק שלהם מה שחייב ע"פ דין רק מטירחא למיקום בדינא מצילם. והא אפילו בנוטל שכר להעיד ממש אין הפסול

רק מקנס דמה אני בחנם דעביד איסור. והיכא דנא עביד איסור כשר. ומה איסור בזה שקיבלו שלהם. וצ"ל דגם טעמו רק משום נוטל שכר מה שמקבלים ממנו כדי להעיד דפשרה כמכר משום זבין דיני' חשיב קבלת מתנה מה שלא יצטרכו למיקם בדינא עמו. ונראה דע"כ לא אמר רשב"א אלא במחזיר לידם כמבואר לשינו. אבל במחזיר לב"ד עבור מי שיזכה בדין דלא עבדי העדים כלום מודה דלא שייך למיפסלינהו כלל כיון דנסתלק נגיעתם כנ"ל. ועוד דהא פורע חובו של חברו לא חשוב הנאה אפילו במודר הנאה. א"כ אפילו פורע למערער בעצמו לא הי' חשוב. הנאה ונוטל שכר דמ"ש א"כ מה שמניח ביד ב"ד לשלם למערער חוב שלהם אם יזכה. אף אם הי' נותן מעות שלו לא היו חשובים נוטלין שכר כנ"ל. ורק מקבלין בעצמם א"כ נותן להם משא"כ לב"ד כנ"ל. וגם במחזיר להם נרא' עיקר כר' יונה וטור. ובספר הישר לר"ת שם ד' ע"ט מפורש ג"כ כהר"י דאם קיבל ישיב להם ומהני עדותן ע"ש. וכן סי' ל"ז לא הביא ש"ע דעה זו. וכ"כ הש"ך דעיקר כדיעה א'. מיהו אם העידו קודם שהחזיר י"ל דלכ"ע לא מהני שיחזיר ויעידו פעם אחרת אף להפ' דלא אמרינן עביד אינשי לאחזוקי דבורי' ע"ש (סי' כ"ח סט"ו) מ"מ בזה שההפסד ברור כבר. ועוד דמהני בתורת הודא' שדרו ג"ש וא"צ להחזיר והם צריכין לשלם למערער אם לא יעידו כמ"ש לעיל ס"ק ט"ז. ומ"מ יש להסתפק במניח ביד ב"ד שמ"מ יתנו למערער אם יזכה ופוטר את השוכרים אף שהודו. דמ"מ נסתלק נגיעתם כנ"ל. ואף דשלו מ"מ הוי רק פורע חוב שלהם וי"ל דמהני עדותן לפו' הנ"ל:

סעיף י

אפילו אם כבר פרע שכר למחזיק אם יטעון המחזיק בב"ד קודם שיבא המערער יעידו השוכרים בפניכם שדרו בו נ"ש טענתו טענה ולא הוי נוגעין בעדות כיון דלא הוי מערער קמן ואע"נ דאין מקבלין עדות שלא בבע"ד כיון דהשתא כשרים ואם יעידו משיבא המערער יהיו נוגעין מקבלין שלא בפניו כו' טור ורשב"א):

(**כד**) **אם כבר פרע** כו'. ותמוה כיון שכל צורך העדות שלא יועיל ערעורו דמערער וע"ז נוגעין כשיהי' מערער ואיך יועיל. ובטור אינו מפורש כ"כ שכבר פרע וי"ל דקודם שפורעין רוצה מחזיק שיעידו לו ועתה אין נגיעה. וא"צ להמתין מעותיו כיון דאין מערער. וקמ"ל דס"ד דמ"מ נוגעין דהא ע"כ הן צריכין לפרוע עתה למחזיק וא"י לעכב שמא יהי' מערער. א"כ נוגעין שאם לא יעידו ויפרעו יוכל אח"כ להוציא המערער מהם. קמ"ל כיון דעכשיו הי' מהני כשהי' מערער קמן יכולין להעיד משא"כ כשכבר פרעו. שוב ראיתי באו"ת כ' ככל הנ"ל והניח בצע"ג ד' ש"ע ע"ש. ולכאורה באמת אין חילוק כיון שמחויבין לשלם הוי נוגעין גם קודם שפרעו כנ"ל כמו אם כבר פרעו. וי"ל דאפשר

יכולין לעכב השכירות כיון שידוע דשל אבותיו דאחר הי' ולזה אין שטר ולא חזקה. בחזקת בעלי' עומדת אף שאין המערער לפנינו. ואף שזה השכירו להם מה בכך מ"מ כשאין לו שני חזקה א"צ לשלם לו. וכ"ש כיון שיוכל אח"כ המערער להוציא מהם. והא אי אין כותבין שובר אף דודאי חייב א"צ לשלם מחשש שמא יצטרך לפרוע פעם שנית. וכן באבד שטר שכתב כל המוציאו שא"צ לשלם לזה אף לדידן כיון שיבא להפסד אם ימצאנו אחר ויתבענו. כ"ש כאן שבאמת ספק אם מגיע לו השכירות ואף שמגיע לו מ"מ כיון שיצטרכו לשלם פעם אחרת אם יתבעום המערער יכולין לעכב הפרעון. ומצד ברי ושמא לא מהני כמו באבידה כו'. כיון שא"י מה יטעון המערער ושוב אין נוגעין כלל קודם שפרעו דאם לא יעידו שדרו ג"ש יו"ל יוכלו לעכב פרעון השכירות עד שיברר שקנאו או שנשמע מהמערער שמודה. וממילא כשרוצין לשלם יכולין להעיד קודם. ומיושב לשון הר"י שבטור ולא הוו נוגעין כו' כיון דלא הוי מערער קמן כו' היינו דלא נימא דנוגעין בשביל דליתא קמן ויצטרכו לפרוע דליתא דיכולין לעכב וממילא יכולין להעיד ולפרוע לו. דשוב לא יפסידו אח"כ עדותם. והי' מיושב בזה דתמוה ג"כ מ"ש דמקבלין שלא בפני בע"ד דהוי כעדים חולין או למדה"י. ולא דמי כלל דשם יפסיד זכות שיש לו דאלו הי' קמן עתה הי' מקבלין עדותן וע"י שאין הבע"ד כאן והעדים ילכו אין זה צריך להפסיד ומקבלין. משא"כ כאן דאם הי' הבע"ד כאן גם עכשיו לא הי' מהני עדותן ושיועיל רק משום דשלא בפני בע"ד מנ"ל זה הא אין זה מפסיד כלל ממה שהוא הדין תורה שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ולמ"ש א"ש דעכשיו שלא פרעו הי' מהני כשהי' בע"ד כאן וע"י שאינו כאן ויפרעו יפסיד. וגם הפסד לו שע"י שלא נקבל עדותן לא יפרעו לו מה שחייבין ע"פ דין. וזמן חשוב ג"כ הפסד כנ"ל:

אמנם בשיטה מקובצת הביא ד' ר"י הנ"ל ומפורש כהש"ע אף דלא נקיטי אגר מהני עדותן דמפרש ד' מר זוטרא כן דכיון דאין כאן מערער לא חשבינן להו נוגעין דל"ח למאי דלא חזי וכאותה כו' דלוקח א' מעיד לב' והוא דא"ל ארעא אחריתי ולא הוי נוגע אע"פ שא"י כמה המוכר חייב מפני שאין אדם חושש ממערער שא"י וה"נ ל"ש ע"ש. ואדרבא ממה שהקשה הט"ז עיקר ראיתי. דדוקא שלא יפסיד אחריות שסמך עליו כמ"ש תוס' ב"ב מ"ו ע"ב לזה חיישׁ. משא"כ למה שאין ידוע לו אין חוששין ולא הוי נגיעה כלל לא על שגזולה ולא על בע"ח כדמוכח שם ע"ש. רק דיש לחלק קצת דשם העדות על ענין אחר אין חוששין לנגיעה משום מה שא"י. אבל כאן דכל העדות הוא רק על מה שיהיו נוגעין אין ראיה משם, וי"ל הטעם כמו דאמרינן התם כיון דרואין שהלוה לו או לקח על סמך זה ע"כ שלא חש על מה שאינו ידוע לא אמרינן שמא נודע לו אח"כ או עכשיו

חושש. דלעולם לא תלינן שנשתנה ממה שהי'. כן כאן למ"ש דקודם פרעון יכולין להעיד כנ"ל א"כ ממילא גם שכבר פרעו יכולין להעיד דהא חזינן שלא חששו למערער דאל"כ לא היו פורעין לו שהיו מעכבין משום מערער ויהי' ע"פ דין. או שהיו מעידים קודם שפרעו. וממילא כיון דחזינן שלא חששו גם עכשיו מהני עדותן ולא הוו נוגעין דודאי אין חוששין. דלא אמרינן שנשתנה ונודע להם אח"כ או עכשיו חוששין דאין לזה טעם כנ"ל. ויש נ"מ בזה דדוקא שגבר פרעו כנ"ל. אבל השאילו להם בחנם לא מהני שיעידו קודם שיבא המערער כנ"ל די"ל שפיר חוששין למערער ומעידין. ובל"ז יש ג"כ לחלק כמ"ש רשב"ם מ"ו ע"ב דלב' חששות לא חיישינן לשוי' נוגע שמא לא יפרע בזמנו ואת"ל לא יפרע שמא יבא כו' ע"ש. וממילא בכבר פרעו דהדין אם לא יעידו שיתחייב המחזיק להחזיר להם השכירות רק שאין רוצים לטרוח בדינא. לכך שפיר בדליתא למערער לאו נוגעין שאם לא יעידו שמא לא יהי' מערער ואת"ל יהי' שמא ישלם המחזיק כדינו ולא יצטרכו למיקם בדין שבל"ז נגיעה קלושה הוא. משא"כ בהשאילו בחנם אם יבא מערער יפסידו לגמרי שיצטרכו לשלם ובעדותן פטורין לגמרי י"ל שגם ר"י מודה דהוי נוגעין כנ"ל. והבו דלא לוסיף עלה:

עוד י"ל דהא הנגיעה דאמר בגמ' (קדושין מ"ג) משום היסת לכאורה אינו מובן מה חילוק בין עדות שקר לשבועת שקר תרווייהו ליתא בחזרה. והא הראשונים הקשו כן. אהא דנוגע דל"ל לוה רשע כו' והקשו כנ"ל דעכשיו רשע דמעיד שקר ותי' בעיני העולם. ותי' זה עיקר דתי' ב' אינו מובן שם כיון דשוב האיסור אינו נוגע כלל ע"ש (בש"ך ר"ס ל"ז). ובשבועת שקר דג"כ א"י לעולם למה נחשבו שמעיד שקר כדי שלא יצטרך לישבע שקר מה חילוק. וצ"ל משום דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר. ובהא דמיגו דחשוד אממונא כו' רק משום דעל אותו דבר עצמו שרוצה לגזול ישבע ג"כ ע"ש. אבל נוגע י"ל דחשוב דרוצה להעיד שקר דאי יאמר פרענו ללוה יצטרך לישבע ואינו חשוד על ש"ש וישלם. וכמו באמת מממון לשבועה דקי"ל לא חשוד. אבל הא קי"ל בש"ע י"ד סי' קי"ט דחשוד לדבר חמור חשוד לקל. וכ"ש חשוד לודאי איסור דחשוד על ספק איסור ע"ש. וא"כ לומר שמעיד שקר בודאי דכל שמעיד שקר בב"ד שאפשר שיגיע תועלת בעדותו הוי ודאי עדות שקר לא ספק. בשביל הספק שמא יבא מערער ויצטרך לישבע שקר כשיאמר פרענו לי' והא החשוד על ודאי ע"ש חשוד ע"ס ש"ש. וגם כמו דממון קי"ל משום דאיתא הספק בחזרה משא"כ שבועה כמ"ש בגמ' על ס' מ"י (ב"מ ד"ו). כן בזה להיפוך עתה יעיד שקר משום דבר שעדיין יהי' הברירה בידו כשירצה ישבע ויפטר ואם לא ירצה ישלם. והא חזינן דנח לאדם בדבר איסור שיש בידו לתקן משיעשה איסור

שא"א לתקנו כנ"ל. ולא חשוב נוגע כלל דנחוש שמעיד כדי שיה' פטור מהיסת אם יבא מערער כנ"ל כיון דבידו לישבע. ועכשיו אין עליו חיוב שבועה כלל ושפיר הוי עד כנ"ל. וממילא באמת פטור משבועה אח"כ כנ"ל. ואך לתי' ב' גבי לוה רשע גם כאן לא שייך כנ"ל. ועיקר הטעם שם בתי' הב' כיון דעכשיו הוי נגיעה לזכות דל"ל לוה רשע ורק ע"י שיחשב עדות אז לא הוי נגיעה לא האמינה תורה עדות כזה. דע"י שנאמר שהוא עדות יהי' עדות אדרבא אינו מתחיל להיות עד כלל כנ"ל וא"כ גם כאן י"ל כנ"ל:

וי"ל עוד לדעת הריב"ש הובא בש"ע סי' ל"ד בלדידי אוזיף ברבית דפלגינן דבורי' לא הוי נוגע. והש"ך ז"ל דחה דבריו ע"ש. ועיקר הטעם דריב"ש וכן הפ' דכיון שאינו תובע הרבית או אותי גזל ואינו תובע הגזילה מהני עדותו. וזה גם לשאר פוסקים שם ע"ש דאמרינן דכיון דהדין דאינו נאמן לגבי עצמו להוציא הגזלה לאו נוגע דלמה נאמר שטועה וסבור שיהי' נאמן לעצמו. ודוקא בתבעו א"כ חזינן שרוצה להוציא משא"כ בלא תבעו ע"ש. ולהפ' שכ' הרא"ש סוף פ"ק דמכות דגם שסותר אמרינן פ"ד ע"ש. ע"כ הא דלא אמרינן דאף שאמרו שדרו ג"ש יהיו נאמנים למחזיק לא לעצמם לפטור משכירות אף שסותר א"נ לגבי דידהו שהחזיק כלל. וע"כ משום ממ"נ פטורין אף שלא יחשב עדות לדידהו ושוב נוגעין. אך ביש עדים לא שייך הנ"ל דהדרי פירי וליכא ממ"נ כיון דביום ידוע שדרו כנ"ל. וע"כ צ"ל דלא פ"ד כיון שדנין על ב' הדברים ביחד משא"כ בליתי' למערער שאין תביעה על הדרים ואין דנין כלל על השכירות י"ל דפ"ד ולא הוי עדות לגבי עצמם. ובאמת יהיו חייבים אם יתבע אותם המערער אח"כ. אך באמת ליתא דנראה דמהני עדותן לגמרי ואף היסת לא מחייבי כשבא המערער. וכמבואר בגמ' סנהד' פרק ז"ב (דף כ"ג ע"ב) בהעיד לפסול העדים שמעידים עליו לחייבו והי' עוד עדים ואח"כ נמצאו קרובים או פסולין אמרינן כבר העידו עדים הראשונים ופירש"י ז"ל ב' פירושים. וכ' דנראה עיקר שכבר העידו ואז לא הי' חשוב נוגע אף דעכשיו שנמצאו הב' קרובים נוגע מ"מ כיון דלא שכיח לא אמרינן הוכיח סופו על תחלתו שידע שימצאו קרובים והעיד לזכותו ושפיר מהני עדותו דאז אף אח"כ. ומשמע שם דפטור הלוה אף שנפסלו רק ע"פ עצמו כיון שלא הי' נראה אז שיודע ע"ש. וכן כאן כיון דליתי' מערער אינו חושש שיבא מערער כלל ויהי' תועלת בעדותו להעיד שקר בשביל זה. וממילא אף שבא אח"כ א"י לתבוע גם את הדרים כיון שכבר הועיל העדות כשלא הי', נוגע ולא אמרינן הוכיח סופו כו' שידע מהמערער כנ"ל:

אמנם נראה דבדיוק אמר בגמ' אי טעין ליתי ליסהדי כו' לפי' הר"י. דכשבאים מעצמם ומעידים לא מהני דחוששין שיודעין ממערער ולכך באו להעיד עיין בטור סי' נ"ז. דאל"כ

למה באים להעיד. משא"כ כשטוען המחזיק יבאו ויעידו כדי שיועיל עדותן כנ"ל שפיר מהני דאין הוכחה על העדים כלל שחוששין למערער דבאים להעיד רק מצד החיוב כשתבעם שיעידו כמבואר בש"ע סי' כ"ח. וא"כ לשון הש"ע ג"כ בדיוק אם יטעון כו'. דבאים מעצמם להעיד לא מהני כנ"ל והא חזינן דעת ר"ח ז"ל כשאין עדים קמן שדרו בו דלא הוו נוגעין. ואף דהא כיון שבאמת דרו ודאי דשייך נגיעה שמא יהי' עדים דעכ"פ דרו ויתחייבו כמ"ש רמב"ן באמת שתמוה ואעפ"כ לא חלקו על הדין. וע"כ כל שאין עתה נגיעה ידוע אין מעיד שקר בשביל הספק כנ"ל. וכ"ש כשאין ערעור כלל. וכן סי' ל"ז דוקא שנתרעם בב"ד ע"ש סי' ל"ז בטור. ודוקא מעמידה בפני בע"ח שמסופקים שיש לו עתה בע"ח ואין אנו יודעין רק הוא דראוי לידע יותר ממנו. משא"כ מערער כמו שאין ידוע לנו כן גם הוא מסתמא א"י דלמה נחוש שהן יודעין יותר. ועל החשש אין חשודין לשקר כנ"ל כמו בלוקח א' לב' שיש חשש בע"ח כנ"ל. ושנאמר דמדרואין שהמחזיק מבקש שיעידו מסתמא יודע ממערער והוא ראוי לידע והוו נוגעין. ז"א דמחזיק רוצה להיות בטוח מחשש ערעור שע"י שיעידו יהי' בטוח. וגם שעתה לא יבא כלל ערעור בשקר. אבל לא שיודע ממערער כנ"ל:

ועוד די"ל דלמאי דמשמע דגם בבית שייך לא חציף למיכל פירי דלאו דילי' כמו בשאר פירות דלא מצינו חילוק וכשאומר לפירות ירדתי נאמן ולא הדרי. ופריך בגמ' ארעא נמי שיהי' נאמן לקוח על הקרקע לענין לפטור מהפירות וכמ"ש תוס' ומשני רק משום ריעותא דאחוי שטרך. וא"כ לכאורה למה השוכרים נוגעין הא שכירות מכר הוא וטוענין ללוקח נטעון שהמשכיר לפירות ירד היינו ששכרו ובבית השוכר רשאי להשכיר בלי רבוי דיורין וראיה מדלא חציף כנ"ל. דגם מה שמשכיר בית אחרים ודרים מכחו חשוב אכילה בפרסום דמה"ט הוי חזקה כנ"ל. ונגדם לא יהי' ריעותא אחוי שטרך דשמא יש לו שטר וכובשו ועושה קנוניא עם המערער להוציא שכירות מהם עוד הפעם כנ"ל. אך בזה י"ל כיון שצריך להחזיר להם שכירות שקיבל לא חיישינן לקנוניא כמ"ש תוס' ב"מ כ' גבי מוכר שט"ח אי צריך לשלם הכל ע"ש. והי' מיושב בזה לשון טור ור"י בהשאילו להם בחנם ס' הקודם שתמוה דנוגעין ע"ש לעיל ולהנ"ל א"ש דכשהשאיל בחנם אין נוגעין כלל דגם אם לא יעידו שדרו ג"ש שלמים לא יצטרכו לשלם דנטעון לקוח עבורם שיועיל לפטר מהפירות משום לא חציף. ומה שאינו מראה השטר אמרי' קנוניא כמו דלא מהני הודאתו כנ"ל. דכיון דהשאילו בחנם לא יצטרך להחזיר כלום. ושייך קנוניא להוציא השכירות מהם כנ"ל ושפיר לא הוו נוגעין אף דלא נקיטי כלל. מ"מ מלבד דלא משמע כן מהפ'. אך מ"מ גבי בפרעו השכירות נהי דלא שייך קנוניא שיועיל טענות לקוח הקרקע

לענין פטור הפירות. אבל עכ"פ נטעון ששכר המשכיר הבית דשטרא לפירי לא עבדי. ואף לשכירות בית דמה"ט נקנה בכסף לחוד ע"ש בש"ע (סי' קצ"ה). ואף דהמשכיר טוען לקוח אינו מזיק להשוכרים לחוב להם דמ"מ משום לא חציף נטעון עבורם ששכרו כנ"ל ופטורים ודוחק לומר דחזקה דלא חציף של משכיר לא מהני לגבי דידהו. וצ"ל דמשמע דדוקא אי טעין כו' או שאמר להם אז כשהשכיר להם הבית ששכור הוא אצלו בזה היו פטורין נ"ל. אבל כיון שאמר להם שהבית שלו דלקוח לא מהני כיון דאינו נאמן על לקוח. וששכרו לא אמר להם. וכמו איזל אקטלי' לדיקלא דכיון שאינו נאמן על הדקל אינו נאמן כלל (סי' קל"ז). כן כיון דמה שאמר שהבית שלו הי' בשקר שוב לא מהני לא חציף שנאמר מעצמינו ששכור אצלו דחזינן דחציף לטעון על הבית דשלו. וגם כיון שלא אמר לא מצינו שיועיל. ולא שייך לטעון עכשיו בשבילם כיון שלא אמר אז כשהשכירו להם לא מהני כנ"ל:

אמנם קשה דשוב אינם נוגעין כלל דהא אי בעו אמר שאמר להם כשהשכירו להם ששכור הבית אצלו מהמערער ושפיר היו נאמנין כנ"ל לפירות ירדתי. וגם שבועה לא היו צריכין דטענת ספק למערער אם אמר להם כנ"ל. והי' מהני לפטרם מלשלם למערער כיון ששילמו למשכיר כנ"ל. ואף שהמשכיר טוען שלא אמר להם לא מהני כלל לחובתם. וגם הוגד לי לא יחשב למערער דמפי נוגע לא חשוב ברי (סי' ע"ה). וגם תי' תוס' לא שייך כלל דאף אם יזכה מערער לא יצטרכו לשלם כנ"ל. וא"כ אין נוגעין אף שפרעו ויועיל עדותם כנ"ל:

אך לא קשה דלא אמרינן שאינו נוגע משום אי בעו אמרי רק היכא שבידם שלא יעידו עדות שקר כלל. כמו בפרענו למלוה דלאו נוגעין שבידם לומר אהדרינהו ללוה. ולא יהי' עדות שקר כלל דהא למלוה לא פרעו באמת אם הם לקחו המעות ומה שיאמרו פרענו ללוה אינו עדות רק כפירת בע"ד והא רוצים לכפור יכולין לכפור ושלא יעידו שקר ואינם נוגעין וודאי מעידין אמת ככל עדות שבעולם. משא"כ היכא שאם לא יעידו כלל יהי' חובתם. וצריכין להעיד עכ"פ רק שלא יהי' נגיעה משום אי בעו היו מעידים עדות שקר אחר. ודאי דלא מהני דמה חילוק בין עדות שקר זה לעדות שקר אחר כיון דעכ"פ נוגעין וצריך להעיד שקר לאו עדות הוא כלל. וא"כ כאן בשלמא בנקיטי אגר ביתא כו' דאי באמת לא דרו ג"ש יאמרו האמת ואין נגיעה. אבל בכבר פרעו רק דנימא נ"ל שאנו חוששין שמא לא דרו ג"ש שלימות ובאמת אמר להם לקוח רק שנאמר דאין נוגעין דמצי אמרי שאמר להם אז שהשכירו שהבית שכור אצלו וזה יהי' עדות שקר נגד המחזיק שהודה שאינו לקוח מה שאינו כן ואף אם ימצא עדי חזקה יהי' הכחשה. זה לא מהני

כלל ושפיר נוגעין עכשיו דאם לא יעידו שקר כלל יצטרכו לשלם למערער כנ"ל. ורק שהיו מעידין עדות שקר אחר ומה חילוק כיון דעכ"פ צריכין להעיד שקר מעידים שקר זה ולא מהני כלל כנ"ל. וא"כ מיושב ממילא דכשאין מערער בפנינו דא"צ להעיד כלל שפיר אין נוגעין כלל דאם באמת לא דרו ג"ש למה להם להעיד שקר שדרו לא יעידו ויאמרו האמת ואי דיראים כשלא יעידו ויבא מערער יהיו חייבין לשלם דאז לא יהי' מועיל עדותם מה בכך הא יוכלו אז להעיד שקר שיטענו שאמר להם המחזיק ששכור אצלו וג"כ יפטרו כנ"ל. ומה להם להעיד שקר עכשיו מחשש שמא יצטרכו להעיד שקר כשיהי' מערער הא ודאי אין חשש כלל. ובשלמא אם לא היו מעידין לא היו פטורין שייך נגיעה כנ"ל משא"כ כנ"ל דאם ירצה לומר שקר יפטרו גם אז ולמה מעידים. ושפיר מהני עדותן דאין נוגעין כנ"ל כנ"ל דבשלמא כשמערער קמן וע"כ צריכין להשיב הוי שפיר נגיעה דאינו עד דעכ"פ צריכין להעיד שקר אם רוצים להפטר כנ"ל. משא"כ בליתא למערער כנ"ל. ונכון לע"ד:

ומיושב בזה ק' תוס' ג"כ קודם היסת אי בעו אמרו פרענו למערער. דהא אם יאמרו ששכרו ממחזיק ופרעו למערער נראה דלא יהיו נאמנים דשייך מי יימר דמחייבי רבנן וגם מחוסר שומא אם אין ידוע כמ"ש בש"ע סי' שס"ה ע"ש. ורק שיאמרו ששכרו מהמערער ופרעו לו וזה יהי' עדות שקר נגד המחזיק שהי' הבית בחזקת מערער מה שהוא שקר כנ"ל. ותוס' נראה דס"ל דיהיו נאמנים דשכירות בתים ע"פ רוב שומתו ידוע דאל"ה בל"ז היו נוגעין אף דנקיטי אגר דשמא שכרו בפחות וע"כ דהשומא ידוע ושוב נאמנים דלא ס"ל שיהי' שייך מ"י דמחייבי כיון דאית לי' חזקת אבהתא אף דלא ידעו בשעה ששכרו מ"מ כשנודע להם מצי אמרי פרענו. ואינו מוכרח:

(**כה**) **ואע"ג דאין מקבלין עדות שלבבע"ד כיון דהשתא כשרים ואם יעידו כשיבא מערער יהיו נוגעין מקבלין שלא בפניו** כו'. ותמה הט"ז הא סי' כ"ח פסק כהפ' דבלא שלחו לו לא מהני נתבע חולה ע"ש. ותי' תמוה דהיך מצינו תקנה בזה יותר מעדים חולין. וגם מ"ש כיון שאין מערער לא חשוב שלא בפניו. והא כשבא מערער מ"מ מהני. אך י"ל דדיעבד מהני מה שהעידו שלא בפני בע"ד. ובאמת לע"ד פשוט דהא הקשה ט"ז עוד דלהחזיק מקבלין שלא בפני בע"ד. ומה שתירץ דקרקע בחזקת בעלי' וחשוב עדי חזקה להוציא תמוה דהא סי' קמ"ט ס"כ מבואר בש"ע בקטן דחשוב שלא בפניו ומ"מ מקבלין עדי חזקה להחזיק הקרקע בידו ע"ש. ואפשר כוונתו דהשוכרים עדיין דרים בו. וכיון שגם ע"ז צריכין להעיד שזה השכירו להם. א"כ בלא עדותן א"י כלל אם הבית ברשותו ואם הוא מוחזק או לא דאם לא השכירו ודרים ברשות מ"ק הוא ולא חשוב להחזיק כיון

שעי"ז עצמו מסופקין אם הוא להחזיק. אף דמה שדרים בשליחותו חשוב בחזקתו. מ"מ אם לא השכירו אינו מוחזק ואין מקבלין אי לאו כנ"ל. אך משמעות הש"ע והטור אף שכבר פרעו והחזירו הבית למשכיר ובזה שמוחזק א"צ לטעמו דבל"ז מקבלין. אמנם לע"ד שזה עיקר הטעם דהא מבואר סי' קמ"ט בטור הטעם דאלת"ה שלא נקבל להחזיק א"כ כל קטן יוציא המוחזקין בנכסי אביו ע"ש. ונהי דמשמע דלא מצד תקנה אמרי רק דינא הכי וראי' הוא דמייתי וא"כ אין חילוק בין קטן לשאר שלא בפני בע"ד וכמבואר סי' כ"ח. מ"מ משמע דדוקא שיש טעם למה לקבל שלא בפני בע"ד. אבל כשאין שום טעם למה נקבל. ובנתבע שכ' סי' כ"ח דמקבלין היינו כשכבר תבעו. אבל לוה שבא לקבל עדיו ששט"ח שיש לפלוני עליו פרוע ודאי דאין סברא שיהיו מקבלין שלא בפני בע"ד דלמה. אם לא שהולכין למדה"י או זילי נכסי' וכה"ג. ובזה שפיר לכ"ע מהני עדיו הולכין למדה"י בלא שלחו. דכיון דיש טעם שוב מקבלין מצד לפטור מהני שלא בפני בע"ד. ולכך י"ל גם כאן כיון דאין מערער למה נקבל כשיהי' מערער אז יעידו. ורק מטעם דאז יהיו נוגעין שפיר מקבלין לפטור כנ"ל. שוב ראיתי במהרי"ט סי' קל"ב שכ' מקבלין לפטור כשאפשר לקבל בפני בע"ד, וכ' דטועה בד"מ מאן דעביד הכי ע"ש. וא"כ כאן מקבלין אף להפ' דבעי שלחו לו בהדי עדיו הולכין כו'. ולכך לא הזכיר ר"י והטור דדמי לעדיו חולין רק סתם כיון דאז יהיו נוגעין מקבלין שלא בפני מערער כו'. ובת' רשב"א כתב בתולדת אדם סי' שס"ב מי שבא ואמר אבד שטרי כו' ועדי מקח כו' דמקבלין שלא בפני בע"ד כיון דאין מערער קמן הובא בש"ך ז"ל (ובב"י סי' מ"א). ומבואר שם דג"כ הטעם כנ"ל דחשוב להחזיק אף דקרקע בח' מ"ק קאי היינו כשיש מי שמערער אבל בלא מערער גם בקרקע כל מה שביד אדם שלו. ואם בא אחר לוקח חשוב גזלן וממילא הוי הקבלה להחזיק. וכ' עוד טעם דהוי כעדיו רדופין למדה"י כו' ונראה טעמו כיון שא"י מערער אין גבול להמתין איזה זמן ויכול להיות שלא יהיו עדים אז חשוב כעדיו הולכין למדה"י אף שיחזרו כיון שא"י מתי כנ"ל. וכ' שם דסובר דלא בעי שלחו לו ע"ש. והרמ"א ז"ל פסק ב' דינים של הרשב"א להלכה. סי' מ"א בנמחק שט"ח דמקבלין שלא בפני בע"ד ע"ש והש"ך השיג עליו ונראה ג"כ טעמו דחשוב להחזיק רק לקיום השטר שהי' לו כבר. ואין מקבלין עתה לגבות בעדות זה רק שיהי' לו העדות כמו שהי' לו. ואף כשיגיע זמן יגבה בו מ"מ עתה לא חשוב קב"ע לחיוב כלום רק להחזיק מה שהי' לו כנ"ל. וכהאי דשטר שאבד כנ"ל. דגם שם א"י כלל עתה אם יכחיש הלוה כלל. ולכך הביא שם ראי' מהא דמקיימין:

שלא בבע"ד משום דרק אח"י סהדי הוא דמעידין. דלכאורה אינו דמיון כלל ומה בכך דאח"י מסהדי הא גם שלא בפני העדים מקיימין. ולמ"ש הטעם כנ"ל דאין ידוע כלל אם מכחיש הלוה והקיום רק להחזיק השטר שבידו שיש לו דין שטר שכשר הוא. אבל אין מחייבין עתה ע"פ העדות כנ"ל וחשוב לפטור כנ"ל. רק מלשון ר"י וטור נראה דדייק רמ"א דלאו מטעם הנ"ל דלפטור. ורק אף שהשוכרין דרים וא"י שהשכירו מדלא סגי להו בטעם רשב"א דשייך אף בעדים שאינם שוכרים דאין גבול להמתין וע"כ דס"ל דבהנ"ל לא חשוב לפטור ולא מהני טעם הנ"ל. רק משום דיהיו נוגעין והוי כחולים ולא בעי שלחו לו. ולכך סי' כ"ח כ' רמ"א ז"ל דא"צ שלחו והביא ראי' מטור ור"י סי' זה ע"ש:

סעיף יא

אם אין השוכרין דרים בו עתה אלא שדרו נ"ש ויצאו ממנו אם אין המערער יודע שדרו בו אלא ע"פ אפילו אם נתנו כבר השכר למחזיק אינם נוגעין בעדות כיון דאי בעי אמרי לא דרנו בו מעולם נאמנים לומר דדנו ופרענו:

(**כו**) **אינם נוגעין** כו'. ד' ר"ח ז"ל והטור חולק ע"ז וכ' כיון שבאין להעיד להמחזיק להחזיקו בהבית וא"א להחזיקו בו אלא א"כ יעידו שדרו בו א"כ צריכין להעיד שדרו בו ואין כאן מיגו עכ"ל. ותמוה מאד כמ"ש הב"י כל עדות כן הוא שמעיד לזכות לזה ואם אינו נוגע מהני. וכ"כ הב"ח דבשלמא בתורת מיגו יש פ' דמגברא לגברא לא אמרינן מיגו שמא אינו רוצה להפסיד לזה רק לזה והיינו בתורת בע"ד. אבל בתורת עדות שאינם נוגעין ודאי דאין שייך כנ"ל דהא נאמנים כשאין נוגע להם ע"ש בב"ח. וגם בנקיטי אגר שייך כנ"ל וכן גבי אהדרינהו ללוה (קדושין מ"ג) וכמה דוכתי:

והב"י הקשה דהא יכולין לומר ולהעיד שהשכירה המחזיק לאחר. וט"ז ודו"פ תי' בזה ד' הטור דמדקאמר הר"ח מיגו דלא דרנו ולא א"ב שתקי ע"כ דס"ל דחוששין שמא ימצאו עדים שדרו כמ"ש רמב"ן רק פי' הר"ח ג"כ שיאמרו לא דרנו רק המחזיק או הבא מכחו דר שם וע"ז מקשה הטור דכשיטעון מערער ברי אינו מועיל רק שוכרים ע"ש. ומלבד שאין לשון ר"ח מורה כלל ע"ז שלא הזכיר רק לא דרנו. וגם לשון הטור חסר העיקר. רק גוף דבריהם ודברי ב"י ז"ל תמוהים. מה חילוק בין שמעידים שדרו הם או אחרים אם נחשב נגיעה שרוצים להחזיק המחזיק בהבית. א"כ אנו דנין ע"ז שלא להאמינם במה שמעידים על ג"ש להחזיקו. בין שמעידים שהם דר ובין על אחרים. רק כוונת הב"י לדעת הטור דמטעם מיגו אתי עלה א"כ יש להם מיגו דאחרים דרו דג"כ יחזיקוהו ואי בתורת עדות בל"ז אין נוגעין דא"ב שתקי. אבל לט"ז ודו"פ שמפרשים ד' ר"ח כן צ"ע. וצ"ל דט"ז רק מצד אומדנא שאומרים אמת כמבואר בלשונו דהי' טוב להם לומר שאחר

דר ולהחזיקו באופן וג"כ מטעם מיגו. וכן דו"פ שרוצים שיסתלק המערער מהבית ולא יחקור מי דר. היו יכולין לסלקו כשיעידו שאחר דר. והוא דוחק גדול ולשון ר"ח וטור אין מורה כלל כנ"ל:

ולע"ד נראה פשוט דהנה רמב"ן ז"ל תמה על הדין דמסברא ודאי נוגעין כיון שבאמת דרו ג"ש אף שלא דרו שלמים יו"ל מ"מ מסתמא ימצאו עדים עכ"פ שדרו שכנים וכה"ג אף שאין מערער יודע עתה. והא אנו חוששין שמעמידה בפני בע"ח דיודע מבע"ח אף שאין אנו יודעין כ"ש כאן דנחוש שיודעין שיש עדים שדרו ויוציא מהם אם לא יעידו כנ"ל:

אמנם הא חזינן דמדין מיגו נאמן פרוע מיגו דמזויף וכה"ג אף דודאי חשש שיש עדי קיום כיון שבאמת כ"י הוא. וכן שדה זו שלך ולקחתי' כו'. דודאי יש לחוש שמא יהי' עדים דאבהתי' כנ"ל. ולמה לענין נגיעת עדות חוששין לבע"ח שאין ידוע או לעדים שאין עכשיו לפנינו כנ"ל. אך החילוק פשוט דבכל הני דנאמן משום מיגו כנ"ל הדין הוא דכשבאו עדים אחר כך דהיו דאבותיו או בשטר עדי קיום אף שטען פרוע וכה"ג שהי' נאמן במיגו מ"מ כשבאים אח"כ ונסתלק המיגו חייב לשלם כמבואר בפוסקים סי' מ"ו ע"ש. וא"כ לכך מה"ט גופי' הוי מיגו דלא שייך שטוען פרוע שחושש שמא יבאו עדי קיום ויהי' חייב כשיטעון מזויף הא גם עתה שטוען פרוע דא"נ רק במיגו ג"כ יהי' הדין דחייב כשיבאו עדי קיום כנ"ל ומה שיהי' מוכחש לא איכפת לי' כיון שאין חילוק בדין ומה"ט נאמן במיגו כנ"ל. אבל בעדים דמבואר בגמ' סנהדרין כ"ג ע"ב דהיכא דמהימנינן להו בתורת עדות ואין חוששין לנגיעה שהיו סבורין שימצאו פסולין וכה"ג דשוב אח"כ אף שנמצאו פסולין אמרינן כבר העידו כו' ולא אמרינן איגלאי מלתא דהיו נוגעין כיון שאין ידוע לנו שמש"ה העידו ונתקבל עדותן בתורת עדות א"א לבטלו מספק כיון דנאמנים אז בתורת עדות בדבורם לחוד וכבר נתקבל ע"ש ברש"י ז"ל. וא"כ שיב מה"ט דוקא היכא שאינו ראוי לחוש כלל כמו שם שאין חוששין מסתמא שימצאו עדים פסולין וכה"ג אז אינם נוגעין. ושוב אף שנמצאו אח"כ לא מבטלינן כנ"ל. אבל כשיש חשש מעמיד בפני בע"ח או כאן דשמא יש עדים שדרו כו' שפיר מיד חשובי נוגעין דעכשיו שמעידין שדרו ג"ש ונאמנים להחזיקו בבית אם יהי' הדין דנאמנים בתורת עדות. א"כ אף דיבאו עדים אח"כ שדרו ג"כ לא יתבטל עדותן למפרע מחשש שמא ידעו כיון שנתקבל עדותן ויהיו פטורים כנ"ל. א"כ שוב מיד לא מהני עדותן דחוששין שמא יודעין וכשישתקו יהיו חייבין כשיבאו עדים כנ"ל. וא"א להאמינם בתורת עדות דהוי נוגעין מיד מחשש שיבאו עדים כנ"ל:

אמנם י"ל דר"ח ז"ל סובר נהי דבאמת חשובי נוגעין מטעם הנ"ל וא"נ בתורת עדות מ"מ שוב יש להאמינם בתורת מיגו דאף בע"ד נאמן במיגו דאמרו לא דרנו כפשטי' דלענין בתורת מיגו שפיר כיון שאין עדים לפנינו שדרו אית להו מיגו ככל דיני מיגו ואם יבאו עדים אח"כ שדרו יסתלק המיגו ויהיו חייבין לשלם השכירות. וממילא כל שאין עדים שדרו הדין דנאמנים שדרו ג"ש במיגו דלא דרנו ופטורין מהשכירות. ושוב כיון דנאמנים שדרו ג"ש יועיל גם להחזיק המחזיק אף שלא בתורת עדות כנ"ל. ואף דהא אם יאמרו לא דרנו לא יהי' חזקה למחזיק ואיך יהי' עדיף עכשיו מטענת המיגו שנאמינם להחזיק המחזיק שדרו ג"ש. ז"א למ"ש הרמב"ן ז"ל ב"ב קל"ד באומר זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה אף דתהי' אסורה לכהן ותי' כיון דלא איכפת לי' אם אינה נשאת לכהן שפיר מהימנינן לי' במיגו דלא שייך דבשביל כן אומר ומשקר ורק כדי להתירה וע"ז אית לי' מיגו ושוב כיון שמאמינים לו שזה בנו מותרת לכהן ג"כ ע"ש וכ"כ נ"י. ודוקא גרש' למפרע שרואין שרוצה לחפות ע"ש. וא"כ כאן בעדים השוכרים כנ"ל. דלענין לפטור אותם מהשכירות מהימנינן להו שדרו ג"ש במיגו דלא דרנו. דמה איכפת להו אם יזכה המערער או המחזיק כיון שהם פטורין. וממילא כיון שנאמנים שדרו ג"ש במיגו כנ"ל מהני נאמנותם להחזיק המחזיק ג"כ כמו אם הי' לו מיגו. כיון דמיגו שלהם טוב בתורת בע"ד דלא שייך לחשוד לענין המיגו שרוצים להעיד שקר בחנם. מהני המיגו להאמינם לגמרי כמו שם בזה בני כנ"ל. ושפיר הזכיר הר"ח רק לא דרנו וגם הזכיר מיגו ולא בת"ע דבת"ע הוי נוגעין רק להיפוך כיון דחשיבי נוגעין ובע"ד שוב נאמנים במיגו וכיון שנאמנים מהני גם להחזיק וכשבאו עדים אח"כ שדרו בטלה מיגו שלהם וחייבין לשלם וגם מהמחזיק יוציאו הבית ככל דין נאמנות במיגו. וממילא כל זמן שאין עדים נאמנים ונאמן גם הוא כנ"ל. וע"ז דחה הטור ז"ל דכיון שבאים להחזיקו וא"א אא"כ יאמרו דרנו. אין כאן מיגו. והיינו דכיון דחזינן שבאים להעיד דע"כ לא באו רק לפטור עצמם מהשכירות דהא אין מי תובע אותם שא"י שדרו רק ע"פ. וא"כ ע"כ באו בתורת עדות להחזיק המחזיק בהבית א"כ שיב לא שייך כלל מיגו דלא דרנו דכמו שסבורין להיות עדים הם נוגעין גמורין דרוצים להחזיקו שיהיו פטורין גם שיהי' עדים שדרו כנ"ל וא"א להחזיקו אא"כ יאמרו דרנו. ואיך יחשב מיגו דלא דרנו דא"כ לא היו צריכין לבא להעיד כלל דבשלמא בע"ד שייך מיגו כנ"ל דאם יבאו עדים יודע מסתמא הדין דגם שטוען פרוע אינו נאמן. אבל באלו כיון דאי נאמנים בת"ע הם נוגעין וגם מיגו ליכא כנ"ל דעתה יהיו פטורין אף שיבאו עדים. רק דנימא דבאמת נוגעין ופסולין בת"ע ויהיו נאמנים במיגו כנ"ל. והא ליתא דע"כ באו בת"ע כדי להחזיק וכמו שסבורין בת"ע ליכא מיגו כלל ממילא

אין כאן להאמינם כלל בתורת מיגו. דנימא שלעצמם נאמנים דלא איכפת להו בזכות המחזיק הא ע"כ באו רק להחזיקו דאל"כ לא היו באין כלל כנ"ל. ומדויק שפיר לשון הטור ז"ל כפשטי' וי"ל דר"ח ז"ל סבר כלשון א' דרש"י סנהדרין כ"ג ע"ב בפי' כבר העידו דהיכא דאיגלאי אח"כ שהי' נגיעה בטל עדותן. וא"כ שפיר כיון שאין עדים קמן דדרו אין כאן נגיעה דאם יבאו עדים אח"כ שדרו באמת יבטל עדותן למפרע ויוציאו הבית מהשכירות וממילא כל שאין עדים הוי עדות ושוה לדין מיגו הנ"ל ואף אם יסבור כלשון ב' דרש"י י"ל דוקא שם שהוא חשש רחוק שמא ימצאו העדים פסולין אין חוששין שידעו ואף שנמצאו ל"א איגלאי כו'. אבל כאן דחשש קרוב שיש עדים שדרו ואם נחוש לא מהני עדותן כלל. שוב אמרינן דהדין דנאמנים כשאין עדים דאין נגיעה בפנינו. וכשבאים עדים אח"כ איגלאי ובטל למפרע וכיון שהדין כן ממילא ראוי להיות הדין כן דאין נוגעין עתה דגם עכשיו כשיבאו אח"כ עדים יהיו חייבין כנ"ל. וא"כ יש להסתפק לדינא שפ' כר"ח באם אח"כ באים עדים שדרו אם בטל למפרע דאיגלאי מלתא שהיו נוגעין או דדמי להאי דפ' ז"ב כנ"ל ולא ביאר הדין בש"ע. ולע"ד דבטל למפרע דהא רש"י כ' ב' לשונות שם. ורמב"ן ז"ל תמה על הר"ח וטור חולק ג"כ. א"כ י"ל דר"ח ז"ל מודה כנ"ל וצ"ע. והא הה"מ לדעת הרמב"ם דטוען על השוכרים א"נ ע"ש. ויש לדחות:

עוד י"ל למ"ש לעיל ס"ק כ"ב דאף דלא נימא סבר הרא"ש בבקרא מ"מ בב' דברים ודאי נראה כנ"ל. וא"כ נהי דלענין מה שמעידים שדרו ג"ש יום ולילה אין נוגעין שהוא דבור א' ואם לא היו אומרים שדרו כלל ג"כ היו פטורין. דלא היינו אומרים שדרו מקצת כנ"ל אבל מה שמעידים ג"כ דאגרי מיני' שזה ב' עדיות ששכרו מזה ושדרו ג"ש יו"ל. א"כ איך נאמין להם ששכרו ממנו אף שבאמת דרו ג"ש ולא שכרו חייבין שכירות למערער. א"כ מה דאמרי אגרי מיני' נוגעין שיפטרו. ואף דאם היו אומרים שלא שכרו ולא דרו ג"כ יהיו פטורין מ"מ עכשיו שאומרים שדרו ג"ש שוב מה דאמרי דאגרי אם לא יועיל בתורת עדות ודאי דיהיו חייבין ע"פ הודאתם שדרו ג"ש. והדר ג"ש בבית חבירו א"נ לומר ששכרו מאחר ושפרע לו. רק מצד שהעדות מועיל להחזיק המשכיר בטענת לקוח. וא"כ שוב עדות זה ששכרו מזה ממש לזכיתם שע"י שיועיל עדותן הם פטורין מהמערער ואינו עדות. אף שהי' בידם לשקר ולומר שלא דרו. זה דבר אחר ולא מהני כיון דעתה שאומרים האמת שדרו חייבין ואנו רוצים לפטרן ע"י עדות עצמם דאגרי כנ"ל. אמנם מטעם מיגו מהימני. ואף שלא יועיל בתורת עדות ששכרו יהיו נאמנים עכ"פ לגבי עצמם שאמת ששכרו ודרו ג"ש ופרעו במיגו דלא דרנו כנ"ל. ואף אי המיגו לא מהני לגבי המחזיק מ"מ מהני לגבי דידהו כיון שאם האמת כדבריהם ששכרו ודרו, ופרעו לו פטורין

שוב אף דבלא דרנו לא יזכה המחזיק מ"מ מהני המיגו לפטרם אף אם לא יהי' נאמנות שלהם בתורת עדות. ושוב אין צורך העדות לפטרם. ושוב נאמנים בתורת עדות לנגד המחזיק כנ"ל דהא אין נוגעין דמצי אמרי לא דרנו ולא אגרי כנ"ל. וגוף העדות שיועיל אינו נוגע להם דב"כ וב"כ פטורין אף שלא יועיל בת"ע וכמו בפרענו למלוה דא"ב אמרי אהדרינהו כנ"ל. ושוב ע"ז דחה הטור ז"ל שפיר דבתורת מיגו דבע"ד לא אמרינן מגברא לגברא. וכיון שע"י שנאמנים במיגו יהי' מהני בת"ע להחזיק המחזיק וכיון שבאין ורוצים להחזיקו שוב לא מהני מיגו דלא דרנו דאז יזכה מערער. ואין כאן מיגו בתורת בע"ד אם לא יועיל משום עדות. וע"כ בתורת עדות ושוב מה שיחשב עדות לזכותם ולא מהני אי בעי אמרי כנ"ל:

ור"ח ז"ל סבר כתוס' דגם שהעדות לזכותם מהני אי בעי אמרי דלא יחשב נוגע כנ"ל. ועוד כיון דאמרי אגרי מיני' קודם שאמרו שדרו ג"ש א"כ בשעה שהעידו ששכרו לא הי' לזכותם כלל דא"ב לא אמרי. ורק אח"כ כשמודים שדרו ג"ש יחשב עדות ששכרו לזכותם וכבר העידו בכשרות. והוי כנעשה נוגע אחר שהעיד אף קודם גמ"ד דלא נפסל מה שהעיד קודם שהי' נוגע. ואף בעדים שהעידו דרשאין ליקח רק חשד (בש"ך סי' ל"ז ס"ק ח') ואף קודם גמ"ד דאין חילוק. וכאן אף חשד ליכא כיון שאין הנגיעה מצד שע"כ אומרים כן רק דהעדות לעצמם. וכיון דבשעת דבורם לא הי' נגיעה מהני כנ"ל ובאומרים אח"כ דשכרו כשכבר אמרו דדרו ג"ש אפשר דמודה הר"ח ז"ל כנ"ל. והטור ז"ל דסבר כיון דתוך כ"ד וענין א' ואעפ"כ הם ב' דברים דנין כמו שהוא בשעת גמר עדותן כנ"ל. וכדאמר פ' מרובה (דף ע"ג) לענין פסול בתוך כ"ד דחשוב נגמר אח"כ. כן בהנ"ל דהא מה, שא"י לחזור מאגרי כשכבר אומרים שדרו ואז לזכותם. אך הא יכולין לחזור מדרו ג"כ. ויש לדחות:.

עוד י"ל כוונת הטור דבשלמא אם הי' שייך מיגו דא"ב שתקי ולא היו באים כלל להעיד הי' שפיר ולא הי' קשה ק' הרמב"ן דיראים שמא יהי' עדים שדרו ויצטרכו לשלם ולכך מעידין עכשיו שיזכה המחזיק דלא קשה כמ"ש לעיל גבי אין מערער קמן גם בזה שאין המערער יודע מהם. גם אם ישתקו עכשיו. הא כשיתבע אותם ויבאו עדים שדרו יוכלו לומר אז פרענו למערער ולישבע היסת או לטעון ששכר זה המשכיר ממנו. ובשביל ספק זה א"צ להעיד שקר מיד בודאי כנ"ל. וע"ז כתב הטור דכיון שבאים להחזיק המשכיר בהבית והוא יודע מהם שדרו א"כ אם לא דרו יום ולילה וכה"ג עכ"פ לא שייך שתקי דהמחזיק מביאם להחזיקו. א"כ ע"כ יאמרו שדרו או שלא דרו ושוב נוגעין על הספק דאם יאמרו לא דרנו כלל ויבאו עדים אחר כך יתחייבו ולא יוכלו לטעון כנ"ל. ולהחזיק

המחזיק א"א אלא שיעידו שדרו ג"ש יו"ל והן נוגעין כנ"ל. גם י"ל דטעם הר"ח כמ"ש לעיל דאין חשד שיעידו שקר עתה על הספק נגיעה קלה דגם אם יבאו עדים שדרו יצטרך המחזיק להחזיר השכירות ורק משום טירחא לדין וזה חשוב נגיעה רק בודאי קמן אבל לא שיעידו שקר על חשש נגיעה זו כנ"ל. וא"כ זה שפיר אי שתקי אבל כשיאמרו לא דרנו כלל יהי' כל אומר לא לויתי כאנ"פ ולא יצטרך משכיר להחזיר להם כלל. ואף אם אמר שפרעו ג"כ הוי ב' הודאות דסתרי דא"י להוציא ממנו. ושוב הוי נגיעה גמורה דגם על הספק נוגעין כנ"ל. אך אפשר שיאמרו ששכרו והקדימו לו השכירות ולא דרו כלל. דפטורין מהמערער כיון שלא דרו. וכשיבאו עדים שדרו מ"מ יצטרך משכיר להחזיר להם כיון שהודה שפרעו לו אף דאמר שדרו והם אמרו לא דרו אינו ענין להשכירות. אך מ"מ שוב עכ"פ נוגעין על דאגרי מיניה דזה צריכין לומר ואין נאמנים דשכרו כנ"ל:

עוד י"ל בפשיטות דכא נראה דגם לר"ח להפ' הנ"ל דבאינו טוען ברי סגי בסתם ג"ש אף דלא דרו בלילה רק בטוען ברי שלא מצא דר בלילה אז בעי בפירוש יום ולילה כנ"ל. וד' ר"ח הן בטוען ברי שלא מצא אדם דר בלילות ומ"מ א"י כלל מי דר ביום הן או אחרים או כלל לא. וא"כ פשוט דכשהביא המחזיק שוכרים הנ"ל והעידו סתם דאגרי ודרו ג"ש דמהני ואח"כ טעין מערער ברי שלא דר אדם בלילה דצריכין עכשיו השוכרים לפרש עדותן שדרו גם בלילות. דמודה ר"ח דלא מהני כיון דאחר כ"ד הוא כמו דמיגו למפרע לא מהני כן בעדות דעכשיו נוגעין גמורין מה שאומרים שדרו בלילות וי"ל דמשקרים דאם לא יעידו חייבין מחמת הודאתם שדרו ג"ש. ואז לא שיקרו כלל ובאו להעיד סתם שיועיל כשלא דפטורין יטעון ברי כנ"ל. דבזה מהני גם שלא דרו בלילה כנ"ל. רק ד' ר"ח במעידין ביחד שדרו ג"ש יום ולילה דתוך כ"ד הוא והוי מצי אמרי לא דרנו כלל. וע"ז י"ל דדחה הטור ז"ל דלא מהני עדות רק כשאין נוגעין על עדות זה עצמו שבידם שלא להעיד. ואף באהדרינהו כו' במקום שקר זה היו אומרים שקר אחר. אבל בב' עדיות שנאמר שאינם נוגעין על עדות הב' דאי בעי היו משקרים עדות א' מה שאמת העידו. או אפילו לכבוש עדות מה שחייבין להעיד ג"כ לא מצינו שיועיל. וא"כ כאן שהמחזיק מביאם להעיד דעכ"פ דרו ג"ש וזה אמת אף שלא דרו בלילה וא"כ עכ"פ היו מחויבין שלא לכבוש עדותן ולהעיד לו חזקת ג"ש סתם שיועיל בלי ברי דמערער כנ"ל. א"כ שוב על עדות הלילות נוגעין גמורין דשיאמרו הימים לחוד חייבין ושיאמרו לא דרנו כלל יעידו שקר נגד המחזיק מה שבאמת מהני בסתם. ואף שיבאו שכנים יהי' הכחשה דתרי ותרי. וכיון דעכ"פ יצטרכו להעיד שקר ודאי לא חשוב עדות כמ"ש לעיל דשוב מעידין שקר למחזיק כיון שרוצים ובאים להחזיקו כנ"ל. וא"ש לשון הטור כפשטי' ונפקא מינה

דאם טעין מערער ברי קודם שהביא מחזיק השוכרים דשוב אם א"י הלילות אין צריכין להעיד כלל י"ל דמודה הטור דא"ב שתקי כנ"ל. ופי' הלשון הוא כיון דבת"ע לא מהני כיון דעכ"פ צריכין להעיד שקר לזכותם. ורק בתורת מיגו שייך כמו שמעידים שקר זה נאמנים מיגו שהיו מעידים שקר אחר לא דרנו. ובתורת מיגו לא מהני דרוצה להחזיק המחזיק בבית כיון שבא כנ"ל:

עוד י"ל דהא תמוה לשון הר"ח שמביא הטור וש"ע דא"ב אמרי לא דרנו כי אמרי דרנו ופרענו נאמנין ע"ש וכן בש"ע מה טעם לסיום הזה דרנו ופרענו מה צורך להאמינם שפרעו הא מחזיק מידה להם שפרעו וגם אינו ענין להעדות אי פרעו או לא הא דנין רק על הנאמנות אי דרו ג"ש או לא. וע"כ לפרש דלא מיירי כלל דטען המחזיק כלום מהפרעון או לא. רק שיביא עדים דדרו ג"ש ומביאם והם אומרים דרנו ופרענו כנ"ל. וא"כ בשלמא בגמ' בלא נקיטי אף דרק הם אומרים שפרעו ומשכיר ל אומר כלל. מ"מ נוגעין. ואף שהוא יכול לתבעם כמו המערער. מ"מ לפי דבריהם שפרעו לו נוגעין ופסולין דאנו אומרים דאמת כדבריהם ולא יתבעם בשקר משא"כ מערער כנ"ל. אבל כאן נימא להיפוך נהי דאי באמת פרעו אין נוגעין דא"ב אמרי לא דרנו או שתקי ואין המערער יודע שדרו מ"מ הא על מה שאמרו שפרעו אין תורת עדות ע"ז רק בע"ד וכיון דמשכיר לא הודה כלום עדיין ודאי דאין מאמינים ואנו חוששין שמא לא פרעו עדיין וממילא הם נוגעין כתי' תוס' ממש. דעכשיו דאומרים דרנו ג"ש ופרענו זוכה מחזיק ונאמנין. ואי יאמרו. לא דרנו והא המחזיק יודע שדרו ושמא יזכה המחזיק ויצטרכו לשלם כיון דאמרו לא דרנו לא יהיו נאמנין פרענו כיון דלא הודה כנ"ל. ולכך לשון הר"ח דמאמינים להם גם זה שדרו ופרעו במיגו דאי משקרים שפרעו א"ב היו משקרים שלא דרו יהיו פטורין משניהם. וכיון דנאמנים בתורת בע"ד שפרעו שוב נאמנים בתורת עדות שדרו ג"ש כנ"ל. ודחה הטור ז"ל שפיר דנהי דנגד מערער חשוב שפיר מיגו דלא דרנו כיון שא"י שדרו אלא ע"פ. מ"מ הא נגד המחזיק לא הוי מיגו דיודע שדרו ויוכל להביא עדים ואם יזכה ע"י שטר שימצא או עדי מקח יתחייבו לשלם לו. וע"כ צריכין להחזיק המחזיק בבית שיהיו נאמנים פרענו. והמחזיק א"א להחזיק אלא א"כ יאמרו דרנו. דבשלמא אם הי' המיגו גם כן שהי' מועיל להחזיק המחזיק הי' שפיר משא"כ כנ"ל. ובאמת יש להסתפק לדינא בלא אמר מחזיק כלום רק העדים הדרים אומרים פרענו. דאפשר דמודה הר"ח ז"ל דלשון ר"ח המובא בס' הישר לר"ת הוא דליתי סהדי דדרו בי' והבו לי' אגרא ונפקי והשתא דיירי אחריני כו' ע"ש. ומשמע שמודה מקודם שפרעו לו כבר. ולא כלשונו שבטור שאומרים פרענו כנ"ל. גם מבואר שם מיגו דא"ב שתקי לא כמ"ש ט"ז ודו"פ ע"ש:

עוד נראה פשוט כיון דמיירי בטוען ברי שלא דר אדם בלילה רק שביום לא ראה וא"י אם דרו כנ"ל דלכך צורך לשוכרים א"כ נהי דא"ב שתקי ולא הי' יודע מ"מ עכשיו תובע אותם ברי שחייבים לשלם לו השכירות בצירוף הודאתם שדרו ג"ש יום ולילה ופרעו למשכיר והוא יודע שלא דרו בלילה ולא הוי חזקה וחייבין לשלם, א"כ נהי שיהיו נאמנים צריכין לישבע היסת על טענת ברי שלו ועד הצריך שבועה אינו עד. ומיגו לפטורי משבועת היסת לא אמרינן ואף דאי חשוב עדות שאינו נוגע א"כ עדות עצמם פוטרתם מהיסת. ול"ד לאהדרינהו ללוה דאם יפטרם העדות מהיסת יהיו נוגעין משא"כ כאן דאי פוטרתם מהיסת ג"כ אין נוגעין דא"ב שתקי. מ"מ אינו סברא כלל כיון שהתביעה על גוף העדות דלילות שדנין עליו שיועיל העדות ושעי"ז יהיו פטורין מהיסת. אדרבא הא בע"ד הוא דחייב היסת ואינו עד. ולתי' ב' מהראשוני' ז"ל גבי לא ניחא דלהוי לוה רשע כו' שתי' אף דעדות שקר חמור מ"מ דכל שאינו חשוב עד הוי נגיעה אינו מתחיל להיות עד. אף דאי נאמר דהוי עד אינו נוגע מ"מ איך יהי' עד. וכן בהנ"ל כיון דכל שאינו עד. הוי עד הצ"ש רק שע"י שנאמר דהוי עדות יהי' עד. ויש לחלק קצת בין נגיעה דמחשש שקר שייך סברתם משא"כ כאן דאינו נוגע רק עד הצריך שבועה דרק מגזה"כ מיפסל י"ל דלא פסול כיון שאם יחשב עד לא יהי' צריך שבועה כלל. מ"מ אינו מוכרח וי"ל דפליגי בזה הר"ח והטור. או במחלוקת הפ' סי' פ"ח ס' ל"ב שהביא ש"ך ס"ק נ"ד ד' ר"י היכא שתובע בשמא וע"י הודאת הנתבע חזר טענתו ברי אי חייב ש"ד ע"ש. ובהיסת ג"כ נחלקו כמ"ש הש"ך ס"ק נ"ו והניח בצ"ע. וא"כ כאן ג"כ כנ"ל דא"י אם דרו כלל מ"מ בצירוף הודאתם שדרו יודע ברי שלא דרו בלילה וחייבין לו וי"ל דסבר ר"ח כיון שא"י רק ע"פ נאמנים במיגו דשתקי ולא חשוב ברי והטור י"ל דס"ל כנ"ל:

הש"ך ז"ל כ' דמשמע שאם המערער יודע שדרו אף דאין עדים לא הוי עדות ע"ש וסיים שכן נראה לע"ד. ואיני מבין מה שהוצרך למשמעות מה שמפורש בלשון ר"ח שמפ' כן הגמ' אי טעין ליתי כו' שא"י המערער וכן בכל הפ' והדין דעד הצריך שבועה פשוט. וגדולה מזו אף שאין מערער יודע רק הוגד לו מפי אחר ג"כ לדידן דהוגד לו יכול להשביע היסת אין עדותן מועיל. והכי דייק לשון ר"ח כיון שא"י אלא ע"פ. משא"כ אם הי' ידוע לו ע"פ אחרים ג"כ הי' חשוב נוגעין משום עד הצריך שבועה כנ"ל:

ומ"ש אם א"י כו' ואיך יודעין אם א"י ודוחק דמיירי שמודה שלא הי' יודע שדרו. ועוד דלרמב"ן דמהני מיגו נגד חזקת ג"ש יהי' נאמן דמ"מ הבית שלו מיגו דאמר שידע שדרו שלא הי' מועיל העדי חזקה. אך ז"א כמ"ש לעיל דכשטען דשלו לא ידע אם יבאו עדים אלו ועתה אינו טוען ואינו מוכרח עכ"פ בטוען גם עכשיו דמ"מ לא מכר אך בל"ז דוחק

כנ"ל. ומשמע דכשלא טען מקודם רק המחזיק מביאם והמערער אינו טוען שדרו עד שהעידו אלו השוכרים. אמרינן דמסתמא לא ידע שדרו כיון דעתה אין דרים. כיון דמפרש ר"ח לשון הגמ' כן ואי טעין ולא הוזכר שיאמר המערער שא"י רק סתמא שמחזיק טען ומביאם כנ"ל:

גם משמע מהש"ע דסתם כהר"ח וס' הסמוך כתב ב' דיעות די"א דדוקא ששכרו בשטר דא"ל קלא. א"כ משמע דדברי ר"ח הן גם לפי הדיעה דדוקא בשטר. והא כיון דשטר קלא אית לי' דאמרינן מסתמא ידע המערער וא"כ איך יועיל עדותן הא אם המערער יודע מהם הוו נוגעין ואיך נאמר תרתי דסתרי וצ"ל דמ"מ החזיק כראוי שראוי להיות קול ולידע ואף שלא ידע אינו מבטל החזקה אך הי' צריך שוב דוקא שמודה שא"י כיון דמסתמא יודע. אך נראה דא"צ לזה דאף דא"ל קלא ששכרו מ"מ שדרו א"י ואם שכרו ולא דרו ג"כ היו פטורין מהמערער שלא שכרו ממנו ולא דרו ושייך אי בעי א' לא דרנו. וא"כ הי' הדין דגם שיודע מערער שאלו שכרו הבית מהמחזיק רק שא"י שדרו ג"כ הוי עדות. וצ"ע דנראה דוקא כשא"י על מי לחקור שייך שאין העדים חוששין שימצא עדים שדרו כיון שא"י כלל מהם. אבל ביודע ששכרו ודאי דיכול לחקור ולמצא עדים שדרו ויש נגיעה כמ"ש הרמב"ן. ואין איה ע"ז די"ל הר"ח ס"ל דבלא שטר הוי חזקה משא"כ לדיעה הנ"ל:

סעיף יב

י"א שאין עדות השוכרים מועיל אלא א"כ שכרו בשטר אבל אם שכרו בלא שטר לא וי"א דאפילו שכרום לג' שוכרים זא"ז לכולן בלא שמר מצטרף:

(**כז**) **שאין כו' בשטר כו'**. זו דעת הראב"ד ז"ל דדמי ללקוחות כו' ואף דהא בלוקח אחד שדר ג"ש מהני בלא שטר כ' בסמ"ע הטעם דיכול לומר הייתי בטוח באלו שלא יטענו שקר שלקחוהו ממני כו' והיינו דהא באמת אין טוענין כו' ומהמשכיר לא ידעתי ע"ש והוא תמוה דגם בלוקח שייך כנ"ל דג"כ אינו טוען שלקחו ממנו רק ממאן דזבנה לי' וזה אמת. וג"כ שייך שהי' בטוח שלא יטעון שלקחו ממנו. ומה חילוק בין לוקח א' לג'. והש"ך ז"ל כ' דד' הב"ח נכונים יותר. ובאמת הם תמוהים יותר שכ' הטעם דכמו ג' לקוחות שהחזקה ע"י צירוף צריך שטר משא"כ לקוחות דא"צ צירוף שגם לוקח א' שדר ג"ש הי' חזקה משא"כ שני שוכרים דהחזקה תלוי' במה שהן ב' שאם לא הי' רק א' אין כאן אלא ע"א והשתא כיון דליכא חזקה אלא ע"י צירוף אנשים ל"ל קלא בלא שטר כמו ג' לקוחות ע"ש. ואין שום פירוש לדבריו ז"ל מה ענין צירוף העדות לג' לקוחות שהצרוף לחזקה שראה כל א' מחזיק שנה וכיון שלא ידע מהצירוף לא ידע מחזקה. משא"כ כאן שהצירוף שדרו שניהם בבית א' ג"ש כמו שידע מא' ידע מהב'. ועל א' הי' לו למחות

כמו על ב' כיון דהחזיק ג"ש ואין ענין להא דרב"ח ורעב"ח כו' שהחזיקו מפוזרות צריך עבוד עיטרא ע"ש (כ"ט ע"ב) משא"כ בהנ"ל:

ונראה לע"ד דהנה הטעם הפשוט דמסתמא נשמע איך זה מחזיק בה. וממילא בלוקח שמחזיק בתורת שלו א"כ כיון שהי' נשמע לו לבע"ה שא' מחזיק ואוכל בתורת דהקרקע והבית שלו ע"כ הי' לו למחות דממ"נ או שטוען שלקחה ממנו או מאחר ב"כ וב"כ יחזיק בה ובעי מחוי. ומה בכך שהוא בלא שטר וא"י שלקחה. הא עכ"פ טוען שלקחה ואם א"י ממוכר ע"כ שטוען שלקח' ממנו כנ"ל. משא"כ בשכירות שהשוכרים דרים ומחזיקים בתורת שכירות לא להחזיק בהבית. א"כ כשנודע לו שמחזיקים בתורת שכיר ת א"צ למחות כלל. דאין הראי' מדלא מיחה מצד הפירות רק מצד שמורה חזקתו כאדם בשלו כמבואר בשמיט ומובר ע"ש (סי' קמ"א). וכיון שבתורת שכירות מחזיקים א"צ למחות אא"כ הי' נודע לו ששכרו מא' שהי' לו לירא מהמשכיר שמחזיק כאדם בשלו וכיון שהוא בלא שטר א"י וכמו ג' לקוחות כנ"ל. כן בזה בא' שבתורת שכירות. דאף שידע שמשקרין בזה שלא השכירם מה בכך מ"מ אין כוונתו להחזיק בגוף הבית כנ"ל. ויש להעמיס זה בדברי הסמ"ע ז"ל:

אמנם תמוה לי מה זה שהזכיר הראב"ד וטור וש"ע שאין עדות השוכרים מועיל אא"כ שכרו בשטר מה ענין העדות לזה שיהי' חילוק בין עדות השוכרים או עדות אחרים כיון שהחזקה ע"י השוכרים או שוכר א' ויש עדים אחרים בלא טען או שכנים ג"כ הדין כנ"ל. שכיון שהחזקה ע"י השוכר צריך בשטר והוי ל"ל שאין החזקה שע"י השוכרים מועיל רק בשטר. ולכך נראה לע"ד דהטעם דגם בשוכרים כיון שדרו ג"ש הי' לו למחות אף שבתורת שכירות מ"מ הא גם בלפירי אחתי' אמר בגמ' דהו"ל למחויי ע"ש (ל"ה ע"ב). והגם שי"ל דשם איגלאי מלתא כיון דטוען אח"כ לקוח משא"כ הכא שגם עכשיו אומרים שרק בשכירות. מ"מ הא משמע דכיון דאוכל פירות א"א בשעת מעשה לידע בתורת מה אוכל ולכך איבעי למחויי ע"ש. וא"כ גם כאן בשוכרים ג"ש שדרו הי' לו לירא שמא יטענו לקוח ממנו כנ"ל. רק כיון דבטוען ברי שלא דר בלילה פסקו הפ' לעיל דלא מהני שום עדות רק שוכרים וגם שכנים לא מהני וא"כ מה"ט שוב בלא שטר אינה חזקה כלל דלא הי' לו לירא כלל שיחזיקו בטענה שהם בעצמם לקחוהו מאחר שדרו ג"ש. הא לגבי עצמם לא תועיל חזקתם כלל דא"א שיהי' עדים כלל על חזקתם לטענת לקוח לזכות בעצמם דליכא שוכרים כנ"ל. וכמ"ש לעיל ס"ק ט"ו דאף להחולקים על בעה"מ בהודאה בע"א מודה בזה דאף דמהני החזקה אם החזיק אף בלי עדים מ"מ דוקא באפשר שיהי' עדים דהי' לו למחות משא"כ במה דא"א שיהי' עדים כלל. ובפרט

שהראב"ד ז"ל בעצמו הוא הפוסק דהודאה בפני ע"א אפילו אמר א"ע לאו הודאה כיון דמצי כפר ע"ש הובא ברמב"ן ב"ב ל"ט ד"ה מחאה ע"ש. א"כ ודאי שפיר הכא לא הי' צריך כלל למחות כששכרו בלא שטר כיון שידע רק מדירה שלהם לא משכירות. א"צ כלל למחות מחשש שיאמרו לקוח דא"א שיהי' עדים כשיטעון ברי שלא דרו בלילות כנ"ל. ורק כשהוא בשטר דידע מהשכירות ומהמשכיר הי' לו שפיר לירא שמחזיק ע"י שוכרים שהן עדים כנ"ל. וא"ש דנקיט רק דעדות השוכרים אינו מועיל רק בשטר. והיינו דאם אינו טוען כלל ליתי ליסהדי כו' דאנו רואין שלא סמך על טענה שלא דר בלילה דהא חזינן שאינו טוען שמא לא דר בלילה וכמ"ש לעיל ס"ק י"ד דמה"ט סגי בעדות שכנים שוב בזה מהני גם ששכרו בלא שטר דהי"ל למחות מחשש שיטענו לקוח כנ"ל. כיון דלא סמך על שיטעון על הלילות דמה"ט מהני שכנים ושוב מהני החזקה בלי שטר מה"ט גופי'. רק בטוען שמא לא דרו בלילות דמה"ט צריך עדות שוכרים דסמך כנ"ל שוב אינו מועיל עדות השוכרים רק בשטר דוקא כנ"ל. ומדויק לשון הראב"ד וטור וש"ע ז"ל משא"כ בלוקח שע"כ החזקה ע"י עדים אחרים שפיר לוקח א' ג"ש מהני בלא שטר כנ"ל. ואפשר להעמיס זה בדברי ב"ח ז"ל הגם שרחוק עכ"פ שלא יהי' תמוה כ"כ. וכן בד' סמ"ע ס"ק ט"ז אפשר כן וא"צ להגיה ע"ש:

עוד י"ל ולישב ד' הב"ח ז"ל. דהנה הי' נראה דבעדות שוכרים די כשכל א' מעיד רק על עצמו ששכר ושדר בבית זה ג"ש וכן הב' בבית זה עצמו וא"צ כל א' להעיד על חבירו כיון דכל א' מעיד על חזקה דאם דר לבדו מהני וביחד מהני וכמו א' אב"ג וב' דה"ו כו' והפי' אנן אגרינן ודרינן שביחד מעידים כן אבל א"צ שיעיד א' על השני כנ"ל. אמנם להמבואר לקמן גבי בשכוני גוואי דאם המערער דר עמו ביחד בבית אינו חזקה כלל. א"כ כיון דמבואר ברמב"ן ז"ל וש"פ דבשכירות חשוב בשליחות של המשכיר וכדר בי' איהו דמי ע"ש. וא"כ נראה דכשהמערער השכיר לא' ודר בי' עוד א' ששכר מהמחזיק שאין חזקה לאותו ששכר מהמחזיק גם על מחצה. דחשוב כאלו דר עמו המערער עצמו כיון שזה השוכר דר בשליחות המערער ששכר ממנו כנ"ל. וא"כ שוב כשמעידין כל א' רק על עצמו דשכר ממחזיק ודר ג"ש שוב נאמן המערער כשאומר שהוא השכיר לאחד מהם דע"ז אין כאן רק ע"א להכחישו ושוב הב' אינו מועיל אף שאמת ששכר ממחזיק ודר כנ"ל וא"כ שוב להרמב"ן נאמן שלא מכר במיגו שהי' אומר כנ"ל והי' בטל עדות החזקה כיון שטוען עדיין דשלו אף שהחזיק וגם לתוס' (ב"מ ק"י) עכ"פ בטוען נאמן ושוב צריך ליזהר בשטרו כמ"ש תוס' (דף ל"ה ע"ב) דאי הי' נאמן לפירי אחתי' הי' צריך ליזהר בשטרו ע"ש וכן להראב"ד שסמך ע"ז ולא הי' צריך למחות כנ"ל. וא"כ אינו מועיל

אא"כ יעידו כל א' על הב' ששכרו ביחד מהמחזיק דיש ב' עדים על כל א' כנ"ל. וא"כ כמו דאמרינן בהא דרמב"ח ור' עוקבא שקנו ביחד וזה החזיק אג"ה וזה בד"ו דאף דכשהן שותפין מהני מ"מ בלא כ' שטר ל"מ דאף דמוכר בעדים א"ל קלא מ"מ זה שקנו בשותפות ביחד ל"ל קלא וכשלא הי' יודע מהשותפות לא הוצרך למחות אא"כ בשטר כמבואר סי' קמ"ד. וא"כ גם בעדות השוכרים שייך כנ"ל דאף שידע שדרים בחזקת שכירות מאחר מ"מ לא ידע ששכרו ביחד רק כל א' בפני עצמו לדור בבית זה רק שהשאיר המשכיר לו רשות להשכיר לעוד א' שירצה. וא"כ לא הי' צריך למחות כלל כנ"ל דסמך דאי בעי כפר שהשכיר הוא לא' ולא יועיל כלל וכמ"ש הראב"ד בהודאה בע"א דסמך שיוכל לכפור כנ"ל ואף אם שכר כל א' בעדים מהמשכיר מ"מ כיון דעדים ל"ל קלא לענין חזקה א"כ עדיין יכול לומר שהוא השכיר לא' שאין הכחשה מעדים מה ששכר מזה שלא שכר גם ממנו או קודם או אח"כ וכיון שלא ידע משכירותו רק מה שדרים וכיון שהוא השכיר לא' לא הי' צריך למחות כלל דבשלמא אי סגי בעדות כל א' על עצמו א"כ כל אחד מהשוכרים מעיד שלא שכר ממערער רק מהמחזיק אבל כיון שצריך שיעיד א' על הב' א"א שיעיד ע"ז שלא שכר הב' מהמערער ג"כ. ושוב כשיטעון על א' ששכר ממנו אין כאן רק ע"א להכחישו ויהי' נאמן ובטל ממילא הב' אף שאמת כנ"ל. ולכך דוקא בשטר שהצירוף ידוע בשטר דהוי ככ' עיטרא דלקמן. דכיון דא"ל קלא וידע ששכרו ממחזיק הי' לו למחות אף אם גם הוא השכיר כמו בטעין לפירי אחתי' דבעי למחויי דמ"מ יודע שזה המשכיר מחזיק ע"פ השוכרים כנ"ל. ובתורת מחאה אינו נאמן כנ"ל. ומיושב גם לשון הב"ח ז"ל שכיון דדוקא ע"י צירוף הוי כג' לקוחות דדוקא בשטר כנ"ל ואין לומר דכשהי' בעדים א"כ אם לא ידע מהשכירות הי' לו לירא שיטענו לקוח בעצמם ולא יהא נאמן שהשכירו דהיינו לפירי אחתי' כנ"ל. דז"א דבזה כשטוען שהשכיר לאחד נהי דנגדו הוא טענת לפירי אחתי' אבל נגד הב' הוא טענת בשכוני גוואי כנ"ל דנאמן והדר צריך לברר וכן אצל השני כנ"ל. ושוב צריך כל א' מהם ליזהר בשטרו שמא יטעון על הב' שהשכיר ויפסיד הוא חלקו דשמא באמת שכר הב' ממנו וא"י. ושייך כמ"ש תוס' דצריך ליזהר משום טענת לפירי אם הי' נאמן כנ"ל. ומ"מ יש לדחות לדינא בשותפין שדרו ואומרים לקוח ומערער טוען שהשכיר לא' כנ"ל דמשמעות הפו' דהוי חזקה כנ"ל:

עוד לע"ד עיקר דהא מבואר ברשב"ם (דל"ח) גבי מחאה שלא בפניו למ"ד לא הוי מחאה דאינו חזקה ואף דהחזקה נשמעת והי' לו למחות שלא יהי' הודאה דאטו זה מוחה רק שהמחזיק יזהר בשטרו הא מחאתו דגזלן הוא ורק הטעם דכשהמחאה נשמעת א"כ שייך דלא נזהר זה בשטרו מחשש שמא עשה מחאה. דחבר' אית לי' והי' יודע שמיחה ומדלא

שמע סומך שלא מיחה ואינו נזהר בשטרו אבל כשהוא במקום דלא נשמע המחאה א"כ על מה סמך כיון דיכול להיות שמיחה ולא שמע ועדיין צריך ליזהר בשטרו גם אחר ג' ויש כאן הריעותא דאחוי שטרך כקודם ג'. וממילא אין מערער צריך למחות כלל ע"ש ובתוס' גם לדידן באין ש"מ ורחוק כנ"ל. וא"כ למאי דמבואר בגמ' (דף מ"ב) גבי מוכר בעדים דלא הוי מחאה לפי' רשב"ם ותוס' דדוקא בשטר ואף דכל מחאה סגי בעדים דחבר' אית לי' מ"מ החילוק הוא דכל מחאה דפלניא גזלנא כו' שענין המחאה הוא רק נגד המחזיק מודיעים לו העדים דחבר כנ"ל וגם בעדים נשמע. אבל מכירה דעיקר הענין הוא בין המוכר ללוקח שאין שייכות להמחזיק רק ממילא כיון שמכר אין לך מחאה גדולה מזו אבל זה שוב אין העדים מודיעים למחזיק שא"י ששייך לו עדות המכירה ולכך דוקא בשטר דא"ל קלא וממילא נשמע הוי מחאה ע"ש וכ"פ רוב הפוסקים:

וא"כ כאן החילוק פשוט דבשלמא לוקח שדר ג"ש דזבנה מאחר דכשמערער מוחה ודאי נשמע לו דהמחאה פלניא גזלן זה שמחזיק בקרקע שלו. ואף דהוא אין לו ליזהר בשטרו רק מאן דזבין לי'. מ"מ כיון שהמחאה נשמע ללוקח ושיקח ממנו הקרקע ודאי שמודיע למי שמכרם לו ליזהר בשטרו או שיקח בעצמו השטר מהראשון לשמרו כנ"ל כיון שמיחה כנ"ל. וממילא הוי חזקה דאף שזה המערער לא ידע שלקחה מאחר אין חילוק דמ"מ הי"ל למחות והי' נזהר בשטרו כנ"ל. וממילא כשלא מיחה א"צ ליזהר דאם הי' מוחה הי' יודע כנ"ל. אבל בשכירות כשאין המערער יודע ששכרו א"כ כשמוחה הוא רק על שזה שדר גזלן הוא ושיקח ממנו אח"כ הבית וזה לא איכפת לשוכר כלל דהא נקיט אגר ביתא ואין שום חילוק אצלו אם יזכה מערער דהא מה"ט לא הוי נוגע. וא"כ אין המשכיר יודע כלל ממחאתו של זה דהוא רק בעדים והוי כמוכר בעדים שאינו מחאה כנ"ל וכן הנ"ל לא נשמע כלל למשכיר אם מיחה זה שהדר בו שלא כדין שהוא רק דבר שממילא נגד המשכיר ואין מודיעים לו כלל דמנין יודעין אלו שמוחה בפניהם שזה נוגע למשכיר דרק המחאה על הדר בו ואף שמודיעים א"י המשכיר כנ"ל. וא"כ צריך ליזהר בשטרו גם אחר ג"ש כנ"ל דאין לו ראי' שלא מיחה מדלא נשמע כנ"ל. וכמו שלא בפניו במקום רחוק שלא נשמע כן כאן בקרוב כנ"ל ועדיין הריעותא ולא הוי חזקה כנ"ל. משא"כ בשכר בשטר דקלא א"ל אף שאין נוגע לו כנ"ל. ממילא כיון דידע מערער שבשכירות דרים א"כ מחאה שלו על המשכיר שדר והשכיר בגזלנות ושפיר נשמע לו והוי חזקה כנ"ל. ולכך צריך בשטר דוקא כנ"ל. ואף דלכאורה א"כ גם כשיש עדים אחרים ג"כ לא מהני שוכרים אלא בשטר וקשה כמ"ש לעיל למה נקיט עדות השוכרים. אולם י"ל דגם זה שפיר ודוקא. דכשיש אחרים דמהני בכבר פרעו למשכיר סומך שהי' נודע לו

כיון שהו' ידוע המחאה לשוכרים היו מודיעי' למשכיר שנוגע להם שלא יצטרכו לשלם פעם ב' למערער והיו מודיעים לשמור שטרו והוי חזקה כנ"ל. משא"כ עדות שוכרים דלא מהני רק בנקיטי אגר ולא שלמו ואין נוגע להם ממילא לא מהני רק בשטר. וי"ל דבדנקיטי אפשר גם לאחרים לא מהני כשהוא בלא שטר כנ"ל. רק דנקיט עדות השוכרים משום דבזה דוקא דנקיטי כ' הא דמועיל עדותם כו' דהיינו בנקיט דוקא בשטר כנ"ל וא"ש בפשיטות:

(כח) **שכרו בשטר כו' וי"א דאפילו שכרום לג'** כו'. הביא רק ב' דיעות א' דעת ראב"ד שבטור דאף שדרו כל הג"ש דוקא בשטר ודעת ר"י דאף ג' כו'. והשמיט ד' רשב"א שמחלק בין דרו ג"ש דמהני בלא שטר כלוקח וג' שוכרים דוקא בשטר כמו לקוחות ע"ש בטור ובסמ"ע. ותמוה לי שבת' רשב"א שמביא ב"י ג' שוכרים ושואלים מה שיצטרפו בלא שטר והוא בתולדת אדם סי' י"ד והשיב בזו נחלקו כו' שהרב ר' אברהם כתב דדוקא בשטר כו' כדאמרינן ג' לקוחות מצטרפין וכולן בשטר וי"מ אפי' בלא שטר וזה נ"ל עיקר דל"ד כו' דמכח קמא הן אוכלין כמ"ש ב"י ע"ש. דמשמע להדיא דרשב"א מפרש ד' הראב"ד רק בג' צריך שטר והוא פוסק כר"י דאף בג' מהני בלא שטר. והי' נראה לפרש ד' הטור שכוונתו שאף דדברי הראב"ד סתם שכ' דדוקא שכרו בשטר מ"מ הרשב"א חילק ומפ' ד' הראב"ד דוקא בג' שוכרים כמו בלקוחות. וכן איתא בר"י ני"א ח"ב שכ' ד' ראב"ד סתם ואח"כ כ' ד' רשב"א דאף ג' שוכרים או ו' בלא שטר ג"כ מהני כנ"ל. שוב מצאתי בפרישה ס"ק ל"ג שכ' ולמ"ש בדרישה דרשב"א ס"ל כר"י ולא כ' החילוק דאם שניהם דרו ג"ש רק לראב"ד ז"ל א"ש טפי ע"ש. ובדרישה לא כ' כלום. ונראה שמפרש ד' הטור ז"ל כמ"ש וא"כ תימה שהביא בש"ע דיעה א' סתם דאף שדרו ג"ש בעי שטר. הא רשב"א מפרש גם ד' ראב"ד רק בג' שוכרים כנ"ל:

אמנם בנ"י פ' ח"ה כ' והרשב"א הסכים עם האומרים שא"צ שטר כיון שדרו ג"ש כו' הו"ל למחות ולא דמי לג' לקוחות דשאני התם דכל חד לא דר בי' אלא שתא ואח"כ כ' ד' ר"י שאפילו דרו שנה שנה ג"כ מהני דשם המשכיר על הקרקע ע"ש. משמע דדעת הרשב"א כן לחלק בין ג"ש כנ"ל. וגם משמע דיש פ' גם בדרו ג"ש בעי שטר ובשיטה מקובצת כתב דאתי תרי כו' י"ל דאוגרי מיני' בשטרא לתלת שני דאי לא מנא ידע היך דלימחי אהאי דאוגר להו ועוד כיון דבנקיטי אגר כו' א"כ באיזה חזקה יקנה אותה והא עיקר החזקה הכנסת פירות או שכר בתים אלא ודאי ששכרום לג"ש וכ' לו שטר שנתחייבו לו שכר ג"ש ושטר קלא א"ל ואיבעי לי' למחויי הראב"ד ז"ל עכ"ל ע"ש. מבואר דג"כ דעתו ז"ל דאף בדרו ג"ש צריך שטר מב' טעמים. א' כמ"ש לעיל דמשום הדרים בשכירות

א"צ למחות שאינם חפצים להחזיק ורק משום משכיר והא א"י וצריך שטר כמו גבי ג' לקוחות כנ"ל. וטעם ב' דסבר דלא חשוב שליחות דירת השוכר דליומא מכר הוא וחשוב ג"כ כלוקח. ורק מצד הקבלת שכירות חשוב פירות שיהי' חזקה למשכיר ובנקיט אגרא לא מהני רק בשטר כנ"ל. ולטעם זה דוקא שכ' שוכר למשכיר חיוב. ואף דהא כשאינו שלו שטרא חספא בעלמא ועדיין חייבין השכירות לבעה"ב ולא הכניס פירות כלל. ואי משום שנתחייבו למשכיר גם בלי שטר בקנין השכירות בחזקה וכה"ג נתחייבו וצ"ל כיון דשטר ראוי למכור ומה"ט שורף כו' חייב דגורם לממון כזה ששוה למכור כממון דמי כמ"ש תוס' פ' מרובה (דף ס"ט ע"ב) מה"ט חשוב כקיבל השכירות משא"כ בע"פ דמשום מעמ"ש לא חשוב ממון כנ"ל. ולטעם ב' נראה דיחידאי הוא ולא חששו הפ' כלל דכ' ש"ע סתם דמה שדרים מכחו היינו הנאת פירותיו. וכ"כ טור וש"ע סתם ששכרו בשטר דסתמא הפי' ככל שכירות קרקע בשטר שהמשכיר נותן שטר לשוכר כנ"ל דג"כ מהני. ורק לטעם א' חששו דלהוי לי' קלא שידע למחויי בי' במשכיר כמ"ש לעיל ואפשר גם רשב"א בת' הנ"ל אף ששאלו אותו על ג' שוכרים כו'. מ"מ מ"ש שד' ראב"ד ז"ל דוקא בשטר היינו גם דרו ג"ש וכ"ש ג' בצירוף רק כ' דעת עצמו שאף ג' מהני כהר"י. וא"כ יפה עשה בש"ע שהשמיט דיעה ג' שכ' סמ"ע לחלק בין דרו ג"ש כו'. דאין מי שסובר כן דראב"ד ס"ל גם בג"ש בעי שטר. ורשב"א ז"ל אף אי מפ' ד' ראב"ד לחלק כנ"ל או לא עכ"פ הוא ס"ל כהר"י דגם ג' מהני בלא שטר כנ"ל. דס"ל לר"י דאין חילוק דודאי בשביל השוכרים עצמם א"צ למחות דל"ד ללוקח שמחזיק בתורת שלו כנ"ל. וא"כ ממ"נ אי לית לי' קלא ממי שכרו צריך שטר גם בדרו ג"ש ואי שם משכיר נקרא עליו גם ג' מצטרפין בלי שטר. והביא רק ב' הדיעות כנ"ל,. ומשמע דכיון דנקיטי אגר נאמנים ששכרו בשטר אף דאין השטר לפנינו. וכן לא חשיבי נוגעין מחמת השטר כיון שיצטרך להחזירו להם לא דמי לממון בדינא ודיינא כנ"ל וטור הביא בשם בעל העיטור כראב"ד ובס' הע' שלפנינו לא נמצא רק גבי ג' לקוחות וה"ה שכירות ע"ש. שוב ראיתי בתומים מקצת הדברים שכתבתי הנ"ל:

(**כט**) **וי"א דאפילו שכרום לג' זא"ז** כו'. היינו ג' כתות עדים כת לשנה ע"ש בטור. ולכאורה קשה לטעם הרי"ף ותוס' פ' ח"ה דהא דלא הוי חצי דבר בכת לשנה משום דמהני עדות כת א' לאהדורי פירי כשלא יהי' כת השלישית ע"ש (דף נ"ו ע"ב). וא"כ כאן כיון דע"כ נקיטי אגר ולא שקל עדיין המשכיר כלום. א"כ לא מועיל כלל עדות כל כת בלא כת הג'. דמה שמודים על עצמו שדרו ושחייבין שכירות לבעה"ב זה אינו ענין לעדות כלל. ובתורת עדות אין פועלין כלום כל כת והוי כב' אומרים א' בגבה כו' דקי"ל

דלא מהני. ולפי' רשב"ם שם דכיון שראו כל מה שהיו יכולין לראות מהני ע"ש א"ש. אבל לרי"ף ז"ל ותוס' קשה ולא הי' לש"ע לסתום. ולע"ד הי' מיושב בזה לשון הגמ' דאמר מ"ז אי טעין ליתי תרי סהדי וליסהדי דדרו בי' ג"ש כו' למ"ל אריכות הזה. ולמ"ש קמ"ל כיון דלא מהני אלא בנקיטי אגר כו' צריך דוקא דתרי סהדי ליסהדי על כל הג"ש. לא בצירוף כתות דהוי חצי דבר כנ"ל. ולראב"ד ז"ל ג"כ א"ש הלשון כיון דבלא שטר בעי שיעידו על כל הג"ש. רק להחולקין קשה כנ"ל:

ולמ"ש לעיל ס"ק כ"א דלהפו' בשליח שוגג יש שליח לד"ע אף בהשכיר בית חבירו דחשוב דר בשליחותו הדין דרצה מזה גובה וכשאין להדרים לשלם יכול לגבות מהמשכיר. א"כ שפיר הועיל עדותם בשעת ראי' שדרו בשליחותו אף שלא נתנו השכירות עדיין שיוכל לגבות מהמשכיר כשירצה. ואינם נוגעין דמצי אמרי לא דרנו כשא"י. ואף להחולקים דאין שליח לד"ע. מ"מ אם היו נותנים למשכיר השכירות הי' מהני שיאמרו שדרו ונתנו לו שיתחייב להחזיר מדר"נ אי לית להו. כיון שמעידים על שחייב להמערער. ולא שייך משום לוה רשע דא"ב אמרו לא דרנו כמו שאומר המשכיר. וכיון שהי' יכול להועיל עדותן לא חשוב ח"ד אף שלא נתנו כמ"ש תוס' גטין (ס"ג ע"ב) גבי עדי אמירה כיון שאם לא היו בעיר א' הי' מהני בעדותן לחוד אף שנעשה באופן שאינו מועיל לא הוי ח"ד כנ"ל. ובש"ך סי' שע"א דכשהשכיר וקיבל השכר צריך לשלם מה שנהנה ע"ש. משמע בלא דר"נ כנ"ל ואף דאית להו להדרים ע"ש:

עוד נראה דהא לכאורה למה להו טעמא דהדרי פירי הא בל"ז מועיל עדותם על שנה א' שהקרקע בחזקתו ואם לא יהי' להלה עדי אבהתא תשאר הקרקע דמחזיק ולא יהי' הדין כל דאלים גבר. אך ז"א דהא עדיין מוחזק ועומד בהקרקע ומה צורך לעדותם שאכל פירות שנה ראשונה וכה"ג הא מוחזק בה. ולכך צריכין לטעם פירות. אבל כאן דהשוכרים דרו בה דאי לאו העדות שדרו מכחו בשכירות אף בלי עדי אבהת' הי' הדין כל דאלים גבר שאין שום אחד מהם מוחזק בהבית ובעדותם שדרו בשכירות מהמשכיר ברשותי' קאי הבית שא"י להוציא ממנו בלי עדי אבהתא. וכיון שהי' מועיל עדותן מצד עצמם אם לא היו עדים אחרים לא לזה לא לזה שפיר דבר שלם הוא. אף דזה מביא עכשיו עדי אבהתא מהני עדות השאר לתשלום שני חזקה כנ"ל:

יש להסתפק בלוקח לזמן לשנה וכה"ג ג' לג' שנים אי מצטרפין בלא שטר כיון דבונה והורס כאדם בשלו י"ל דל"ד לשכירות דאין שם המוכר נקרא עליו אף שחוזרת לו אח"כ:

סעיף יג

עדות השוכרים מועיל אפילו לא דרו בו שניהם ביחד אלא זה אב"ג וזה דה"ו ואפילו הי' ו' א' בכל שנה עלתה לו חזקה (י"א שאם הי' ידוע שהמערער הי' דר בחדר הפנימי מן הבית וטוען שהי' עובר דרך הכית החיצון ולכך לא מיחה במחזיק בבית החיצון אע"פ שיש לחדר הפנימי עוד דרך מצד אחר ולא ידעינן אם עבר דרך הראשון אפ"ה טענתו טענה וצריך המחזיק להביא ראי' שלא עבר דרך החיצון וי"א דזה לא מבטל החזקה אלא א"כ טען כשרציתי הייתי משתמש בכל בית הא' כו'):

(ל) **עדות השוכרים** כו'. כן לשון הטור ור"י. וג"כ תמוה מה שייכות עדות לזה הי"ל לומר דההחזקה שע"י שוכרים מהני אף שלא דרו ביחד כו' דלענין עדות כ' טור סי' קמ"ה באחד מעיד אב"ג ואחד דה"ו. והרבותא כאן רק דבלא שטר מהני ע"ש. וי"ל דזה רבותא טפי אף דטוען ברי שלא דר בלילה וצריך שוכרים דמ"מ סגי בא' אב"ג כו' או ו'. דהא י"ל כמ"ש ראב"ד בהודאה ומחאה בפני ע"א דלא מהני כלל שסמך שיכול לכפור וכן בעה"מ והא דהודאה א"ה מצטרפין דוקא בפניו ובפני אחר ע"ש סי' פ"א. וא"כ בחזקה דעיקר הטעם דעכשיו שתקנו ג"ש שוב הוי ראי' ברורה מדהניח לאכול ג"ש דהא יודע שהדין דמהני וא"צ ליזהר כו'. וא"כ בע"א שייך דסמך כנ"ל כמ"ש לעיל ס"ק כ"ו רק מ"מ מהני דאיך סמך הא מסתמא ימצא עדי חזקה כיון דבאמת החזיק ואף דעתה אין לו מ"מ אם החזיק מהני וגם מחזיק א"נ בשטרו שסומך למצא עדים. אבל בבתים בברי דלא מהני כ"א שוכרים א"כ כיון שלא דר אלא א' שוב א"א אז למצא עדים רק ע"א והי' לו ליזהר שגם זה א"צ למחות דסמך כנ"ל שראה רק א' דר. ושוב אין מועיל הראשון אף אם אמת ושוב הב' י"ל דמשקר כמו בהודאה אחר הודאה לבעה"מ ע"ש דלא כהש"ך ז"ל. וקמ"ל טור וש"ע דמ"מ מצטרפי דההחזקה ראי' מצד גוף האכילה שמניח. וגם אי בלא עדים מ"מ לא הי' לו להניח. וגם זה סומך על מה שאינו מוחה ואינו נזהר בשטרו אף בלי עדים כנ"ל ואף דא"א שימצא עדים נגד ברי שלו כנ"ל. או דקמ"ל דגם על א' לא חוששין לקנוניא דנקיט אגר ביתא כדי שיהי' נאמן כנ"ל דס"ד דוקא ב'. גם דס"ד נהי דשוכר בעדים א"ל קלא כמוכר בעדים אבל בע"א ל"ל קלא וצריך שטר קמ"ל דגם בע"א כיון דשם המשכיר נקרא עליו א"צ שטר כנ"ל ולכאורה הב' של דו"ה אף דנקיט אגר כו' מ"מ בשלמא ב' אגרינן ודרינן כו' אין נוגעין דאם יאמרו לא דרו בלילה אין למשכיר טענה אבל כאן הב' אם לא יעיד על לילות מ"מ להמשכיר ע"א של אב"ג ותובע השכירות להב' ע"י העד א' שכבר החזיק וא"כ יהי' משאיל"מ להפ' נגד העד דגם בלה"ל למידע חייב. ומ"מ גם המערער יוכל להוציא ממנו דלא יועיל העד לפטרו. אך ז"א דהוי כמ"ש תוס' (ב"ק ק"ג

ע"ב) באמר לב' גזלתי אף למ"ד ברי עדיף דכל א' הי' יכול להוציא מ"מ עתה ע"ז ברי שאינו חייב. אך ל"ד כ"כ ע"ש בשיטה מקובצת ומרדכי דהקשו על מנה ומאתים שיהי' מתוך ע"ש. והוי נוגע שיזכה המשכיר וישלם רק לו. אך בל"ז לא קשה דהך ל' הל"ל הוי כיורש דמעטי' קרא בין שניהם כיון שאין התביעה עליו מצד עצמו. ועוד דהא אף שישלם למשכיר יצטרך להחזיר דהדרי פירי אף שאכל כיון שאין לו רק ע"א על החזקה א"נ לפטרו מהב' היינו הימים שלקח השכירות מהב'. וא"כ הפוכי מטרתא ל"ל ואינו חייב כלל לשלם לו משום מתוך. אך גם זה יש לדחות כיון שזוכה מצד נאמנות העד כשלא נשבע לא יוכל זה להוציא כיון דגם נגדו אם הי' העד נאמן על החזקה לא הי' יכול להוציא מ"מ נראה דאין חילוק כיון שאינו נאמן נגד ח' מ"ק רק אח"כ יכול לתבוע המערער אחר שהחזיר ששילם שלא כדין ויכול להשביעו ע"פ העד כמו בע"א פרוע כנ"ל. אבל עכ"פ צריך לשלם למערער וממילא השוכר מיד משלם למערער כנ"ל:

והנה אם אין עדי אבהתא למערער לכאורה עדיף דכל א' אומר שלי והדין כל דאלים גבר וכשבא ג' ודר צריך לשלם לכל א' וא' כמבואר בש"ע סי' קל"ט ס"ב כיון דאינו שלו. וא"כ אף דנקיטי אגר בידי' אינם נאמנים ששכרו מזה כיון דידוע שדרו אם לא שכרו ודרו שלא ברשות שום א' צריכים לשלם לכל או"א ונוגעין ששכרו ודי בחד תשלומין. וממילא עדיין הדין כד"ג או יחלוקו. אך בטוען לקוח י"ל דמ"מ מהני לקוח מצד עצמו בלא המיגו דעכשיו הן עדי חזקה דאין נוגעין דא"ל יאמרו דשכרו ג"כ יהי' די בחד תשלומין דאם לא יהי' עדי חזקה לא יהי' נאמן לקוח רק במיגו דדידי והוי נגד השוכרים מיגו להוציא דל"א ליש פ' אף בבו"ש בלה"ל למידע וג"כ יהי' די בתשלומין א' למערער. אך כאן בע"א שייך כדלעיל דהא לא הדרי פירי שקיבל כיון דאין עדי אבהתא לזה וי"ל. ובטוען דידי הוא ג"כ ואין גם לזה עדי אבהתא נראה באמת דהוו נוגעין ששכרו כנ"ל והדין כד"ג. ומ"מ לפטור עצמם בחד תשלומין י"ל דנאמנים לעצמם בלא תורת עדות דהלה הי' מוחזק ואף בא"י דדר חד יומא מ"מ השכירות בשליחותו כנ"ל. וא"כ שוב נשאר הקושיא דחצי דבר בשוכרים דלא שייך תי' שכ' ס"ק הקודם דהי' מועיל עדותן בשעת ראי' שלא יהי' כד"ג שדרים מכחו. ז"א דלענין זה היו נוגעין אף דנקיטי אגר כנ"ל. ומ"מ י"ל:

לכאורה בשוכרים אף דדרו ג"ש יהיו חייבים למערער דלכאורה כיון דג"ש רק ראי' שקנאו דלולי כן לא הי' מניח ג"ש וגם אי קנאו תוך הג"ש אין שום הוכחה על שקנאו בהתחלה דפחות מג"ש מניח. והוי כשטר קנין בלי זמן דמוקמינן אחזקת מ"ק עד סוף הזמן וא"כ יחזור פירות עד סוף ג'. רק דהוי תרתי במקום חדא הרי מכירה לפניך וזה מוחזק בפירות ומהני נגד חזקה דמעיקרא. או דלא חציף כו' וגם שלענין הפירות בל"ז

נאמן דהוי ד' שא"ע להשאיל כמ"ש תוס' (ל"ג ע"ב). ורק דא"נ משום ריעותא דאחוי שטרך ואחר ג"ש אין נזהר כנ"ל אך בשוכרין שלא שלמו עדיין לא שייכי הטעמים דאין זה מוחזק וגם לא חציף י"ל דלא שייך בהשכרה לחוד בלי קבלת השכירות. וגם אינו מוחזק כמו באותיות דאינו מועיל מהנ שאינו עשוי להשאיל להוציא מלוה אף שב"כ וב"כ חייב לא'. וכן מהשוכרים השכירות ונוקי בח' מ"ק דאף שמכר מכר סוף הג"ש. וצ"ל דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו דהא מה"ט צריך שיהי' במדינה בתחלת החזקה להרי"ף וש"פ. וגם דהא קפדי גם בשנה א' ורק משום מזדהר בשטרי' למסקנא. אך בבית דסתמא קיימא לאגרא כמ"ש סי' שס"ג וכשאומר שהשכירו ורק משום דמ"מ בעי למחויי וכשמכרו באמת סוף ג' לא שייך זה והי' יכול להוציא הפירות משוכרים דלא שייך קפיד. וגם שם שייך אלו הי'. חייב לך בעד הפירות כיצד מכרת כסוף כתובות. משא"כ בשוכרים ומכר למשכיר. מ"מ נראה דאמרינן הוכיח סופו כו' וא"צ לשלם לו. דלא מהני חזקת מ"ק רק לענין הקרקע וממילא לפירות והא פליגי ב"מ סוף השואל אי פירות בח' אוכליהן. ומאי דקי"ל רק משום דהקרקע הדר כנ"ל משא"כ כשזוכה בקרקע שתועיל ח' מ"ק להוציא הפירות לא מהני לכ"ע. כיון דאיתרע חזקת מ"ק כשדר בו כנ"ל. וחזקה דהשתא שודאי מכר כנ"ל:

(**לא**) **ו' א' בכל שנה**. לכאורה א' אב"ג וא' דה"ו א"א להחזיק למשכיר רק מתחלת שנה ד' דעל קודם אין רק ע"א ומה שיש ב' הוא רק שעכ"פ קנאו מן שנה ד' ולענין טריפה וכה"ג חשבינן כנ"ל. ומ"מ הא דאינו מחזיר השכירות עד הא' למערער דהא אין עדי חזקה רק על אח"כ. היינו משום ממ"נ דגם עד א' מעיד אחזקה וכמו שא"י להוציא ממחזיק עצמו שאומר שאכל ג"ש משום ממ"נ כן מהעד א' כנ"ל. אבל ו' עדים א' על כל שנה לכאורה ב' ראשונים יתחייבו למערער דנהי דלענין החזקה מהני דא"א לבטל החזקה אלא א"כ נאמר דשנים משקרים. אבל לענין הפירות כיון דיש ב' ראשונים כל א' על שנה הוי עכ"פ צירוף עדים לחייב פירות משנה. ומצד הודאתם על ב' שנים. וא"כ ע"א שמעיד על שנה ג' הוא הפוטרו ואין ע"א קם לממון. ואם זה משקר חייב פירות מב"ש הקודמים אף אם אמת החזקה מן דה"ו. וכמו אם הי' ב' עדים על א"ב וב' על דה"ו דאף דהקרקע של מחזיק מ"מ פירות מן א"ב הי' חייב ע"פ העדים. ואם הי' ע"א על שנה ג' לא הי' נאמן לפטרו דאינו קם לממון. וממילא גם בו' עדים א' על כל שנה שייך כנ"ל:

(**לב**) **י"א שאם הי' ידוע שהמערער הי' דר** כו'. זה דבעי ידוע הוא מלשון התוס' כ"ט ע"ב שכ' ונ"ל שהי' עדים שהי' בשכוני גואי אבל לא הי' יודעים באיזה דרך הי' יוצא דאי לא הי' עדים כלל היך אמר ר"נ זיל ברור כו' דאטו יש להם לע"ח לידע שלא הי' המערער

באותו בית כל ג"ש ואם יאמר הייתי עמך ב'. ימים יפסיד כו' ע"ש. והיינו שיש ב' פתחים לבית שמגואי א' לחוץ וא' דרך בית החיצון וא"י איזה דרך הי' עובר כנ"ל. והנה לשון הגמ' תמוה לפי' דא"ל אנא בשכוני גואי הואי כו'. והא זה הי' ידוע ועיקר הטענה שעבר דרך עליו חסר. וכ"כ רמב"ן שאין לשון הגמ' מתפרש יפה לפי' ע"ש. ונראה דכיון דיש לו ב' פתחים א"כ אם אינו עובר דרך על החיצון רק בפ"ע לא מיקרי כלל פנימי רק ב' בתים נפרדים. וע"י שעובר עליו נקרא פנימי א"כ שפיר נכלל בלשון בשכוני גואי הואי שהי' עובר דרך עליו כנ"ל. אמנם קשיא לי מי הכריחם לפי' זה שידוע בעדים ושיש ב' דרכים הא יש לפרש כפשטי' דהא מבואר פ' המוכר הבית דב' בתים פנימי וחיצון ומכר החיצון ולא מכר הפנימי אין לו דרך על החיצון וצריך לקנות לו דרך דקי"ל כר"ע דמוכר בעין יפה מוכר ע"ש (דס"ה). ובש"ע סי' רי"ד ס' ט' י' ע"ש וא"כ כיון שזה החזיק רק בבית החיצון ולא בפנימי ואינו טוען כלל על הפנימי והוא של המוכר וכיון שאין רק דרך א' על החיצון וזה שטוען שקנה החיצון אין לו לפנימי דרך עליו כיון שלא קנה דרך ממנו. א"כ אם הי' ידוע שדר מוכר בפנימי ודאי דלא הי' חזקה לחיצון דהא ודאי עבר דרך עליו רק שא"י אם דר וזה המחזיק טוען שלא דר כלל בפנימי כל הגיש ובאמת אין לו דרך עליו כל שלא קנה. ולכך כיון דמערער טוען שדר בפנימי וממילא עבר דרך עליו צריך לברר חזקתו שלא דר בפנימי דמסברא כיון שהפנימי שלו גם לדברי מחזיק מסתמא דר בו. ולמה נימא שהניחו ריקן. ג"ש מה דקיימא למיגר. והא כל טענת החזקה שאין אדם מניח להחזיק אחרים במה שיש לו הפסד פירות ג"ש ואיך נימא שהניח ריקן כנ"ל. ומתפרש לשון הגמ' כפשוטו שעיקר הטענה רק שיהי' בשכוני גואי וממילא עבר כנ"ל ולא קשה מ"ש תוס' דא"כ כו' דבכל בית שידוע שזה החזיק וטוען שקנהו שפיר אין זה נאמן שהי' עמו דאין ס' מוציא מידי ודאי. משא"כ בהנ"ל שגם לדברי מחזיק הפנימי שלו וא"א כ"א לעבור עליו. ונראה או דס"ל לתוס' דכה"ג הי' גם רבא מודה כנ"ל. או דס"ל דבמקום שיש רואין קי"ל כאיסי (ב"מ דפ"ג) דזה צריך לברר וכן פ"ב דכתובות גבי ב' אומרים לא נתקדשה דדיירי בחצר אחד דמבואר שם דאי לאו דעבידי דמקדשי בצינעה הי' לא ראינו כזה עדות גמור אף להכחיש עדים ע"ש (דכ"ג). וכאן דאבתים מסהדי שיבבי א"כ אותן עידי חזקה שמביא מחזיק שראוהו דר וע"כ שלא ראו את המערער יוצא ונכנס א"כ הי' עדות גמור שלא דר בפנימי כיון שאם הי' דר הי' רואין גם אותו יוצא ונכנס. דבשלמא לפי' תוס' שיש גם דרך אחר א"כ א"צ לילך בקביעות דרך החיצון אין הוכחה כיון שבאמת דר בפנימי ולאו בכיפי תני עדים. ויכול להיות שלפעמים יצאו גם דרך החיצון ולא ראו העדים כיון שאינו תמיד. משא"כ כשאין דרך רק זה הי' להם לידע כנ"ל.

והוי זה כעדות שלא דר כנ"ל. ונראה דכשהעדים אין מכירין המערער או שלא השגיחו רק אומרים שיודעין שזה דר ויצא ונכנס ולא השגיחו מי דר עוד או יוצא ונכנס נראה דמודים תוס' דצריך המחזיק לברר כנ"ל אף דא"י שדר בפנימי. דרשב"ם וערוך וראב"ן לא הזכירו כלל שידוע שדר ע"ש. רק דדחיקא לתוס' לאוקמי כנ"ל. אמנם גם לפי' תוס' קשה למה להו ידוע שדר. אף בא"י לא דמי לשאר חזקת בית שידוע שזה החזיק ובלא טענתו אין ספק לב"ד שמא דר גם הוא אינו נאמן לבטל. משא"כ בזה שבית הפנימי אין זה טוען עליו ולא החזיק והוא דמערער ויש ב' פתחים. א"כ בלא טענותיהם ספק שקול איזה דרך יצא. ולמה נימא שלא דר בבית דעומד לדור והוא שלו. וצ"ל דס"ל כמו בבר שטיא דאמרינן כשהוא שוטה זבין כו' דכל שאינו ודאי גם הספק מוציא מידי ספק ע"ש פ"ב דכתובות (ד"כ). כן בהנ"ל כיון דעכשיו אינו דר רק דנימא שדר מסתמא שוב אמרינן ג"כ דמסתמא לא עבר דרך החיצון כיון שזה החזיק ודאי ובמוכר אין לו דרך עליו וסתמא שיצא דרך האחר. ורק עכ"פ בזה ידוע ודאי שדר שוב הוי ספק איזה דרך כו'. משא"כ כשגם זה אינו ודאי שדר ועדיף מס"ס. ומ"מ קצת דוחק:

ומשמע מתוס' דדוקא ידוע בעדים אבל אין ידוע אף שמודה מחזיק שדר ולא עבר עליו נאמן במיגו שהי' אומר לא דר כלל כנ"ל. ולכך כתב ידוע בעדים. עוד נראה דתוס' לטעמייהו אזלי דס"ל כר"ת דלעיל דסגי בעדי דירת בית כדרך הדרים כנ"ל. אבל לרשב"ם ורמב"ם וש"ע דבטוען ברי שלא דר בלילות בעי שוכרים דוקא. א"כ כאן שלא היו שוכרים ע"כ דאל"ה הן יכולין להעיד אם עבר עליהם כנ"ל. וא"כ אף באינו ידוע למה לא יהא נאמן שדר ועבר דרך החיצון במיגו שהי' טוען ברי שלא דר בלילות. דבשלמא לעיל שיהי' נאמן אף שהחזיק שלא מכר במיגו דטען ברי י"ל דלא מהני המיגו מאחר שהחזיק כראוי כמ"ש תוס' ב"מ ק"י. גם שמא יוכחש כיון דבאמת לא הי' כלל שם. משא"כ זה שטוען שאין כאן חזקה כלל וטוען שדר בפנימי ועבר דרך החיצון ודאי דנאמן במיגו שראה שלא דר בלילות דלא הי' חזקה כלל כיון שאין שוכרים רק שדר לבדו כנ"ל. ולכך רשב"ם וש"פ לא הזכירו שיש עדים שדר דנאמן במיגו כנ"ל. רק תוספ' וראש דהם ס"ל כר"ת ז"ל. וכן משמעות ההוכחה שלהם דכשאין עדים יודעין מאיזה ימים ובראש שבועות ע"ש. והיינו כר"ת דלש"פ באמת צריכין לידע כל הימים ולילות ולמה לא יוכל לידע ג"כ אם המערער דר או לא וע"כ כר"ת. וגם רמ"א ז"ל לטעמי' דפ' עיקר כר"ת. וממילא לדידן דמצי אמר קים לי כהרבה פ' דבברי צריך שוכרים וכסתימת ב"י בש"ע וכמו שפסק ש"ך ז"ל. ממילא כאן אף שא"י בעדים לע"ד דנאמן במיגו כנ"ל. ואף ליש פ' דבמה שיזכה משום קים לי ל"א מיגו. מלבד דאינו נראה רק גם לפ' הנ"ל כשיהי' טענה אחרת חשוב

גרוע משא"כ כאן שיכול לטעון מה שטוען עכשיו ג"כ ולטעון ג"כ ברי שלא דר בלילות לכ"ע מהני. הגם שהי' אפשר לומר דחשוב תרתי דסתרי. דהא לפוסקים הנ"ל קשה:

למה ס"ל לרבא דאינו נאמן בשכוני גואי הא רבא ס"ל דבעי שוכרים וא"ל מיגו כנ"ל. וא"כ ע"כ הפ' הנ"ל דלא כר"ת צריכין לגרוס האי ביתא כמ"ש רמב"ן ופי' אחר שכ' וא"כ אין הוכחה כלל דמהני שכוני גואי לבטל החזקה. והגורסין ביתא ס"ל כר"ת וליכא מיגו ושוב א"א להאמין משום קים לי דממ"נ סותר דע"כ או כר"ת או כהפ' דלא גרסי ביתא ולא מהני שכוני גואי. דז"א דמ"מ עכשיו מהני שכוני גואי ומ"מ אית לי', מיגו דאם יאמר שלא דר בלילות מ"מ יהי' נאמן כהפ' דלא כר"ת דאז יהי' רק טענה זו לחוד ולא סותר כנ"ל. ועוד דלענין הדין י"ל דאין חולקין. ועוד די"ל טעמא דרבא דלא מהני מיגו דהא חשוב למחזיק מוחזק כמבואר בגמ' והוי מיגו להוציא דלא אמרינן וכן לפי' רשב"ם דחשוב אין ס' מוציא מידי ודאי גם כן הוי כלהוציא דא"מ מיגו. משא"כ לדידן דקי"ל כר"נ דבחזקת מ"ק קאי גם בדין זה שוב שפיר אף דא"י שדר נאמן במיגו כנ"ל:

(**לג**) **וטוען שהי' עובר דרך הכית החיצון** כו'. הרמב"ן ז"ל בחי' הקשה על דין הרשב"ם וכ' ולא נ"ל שהדין נותן שלא יפסיד חזקתו בשביל כך וכי אין אדם עשוי למכור בית החיצון ומשייר לעצמו פנימי ודרך ואעפ"כ כיון שזה לבדו דר למה לא יעלה לו חזקה ע"ש. והנה נראה דזה מודה דעכ"פ דרך יש לו למערער אף דמוכר סתם קי"ל כר"ע (סי' רי"ד). מ"מ הא ע"ז שלא ישאר למערער דרך אין למחזיק בירור של חזקה כלל דכיון שיש ספק איזה דרך יצא ואין העדים יודעין א"כ על מה שאינו בירור נשאר בחזקת מ"ק. והא דלא מפרשים כן הגמ' שהיו טוענין על הדרך. משום דבזה י"ל דגם רבא מודה דהספק אם החזיק כלל. ורק לענין מה שהחזיק בודאי ובמה שזה עבר דרך עליו יבטל החזקה שהחזיק ודאי סבר רבא דאין ספק מוציא כו' וכמ"ש הרא"ש ז"ל גבי שוקי בראי כיון דהחזקה נשמעת רק מפני שא"י למחות תבטל החזקה חשוב דחזקה ברורה ובא לבטלה מספק כמו שצריך לברר שמיחה לבטל החזקה כנ"ל. משא"כ לענין דרך נשאר בחזקת המערער כנ"ל. וגם מדנקיט מאי בעית בהאי ביתא מוכח דהי' טוען על הבית:

אמנם שוב תמוה דחיות הרמב"ן ז"ל דלמא באמת כשהמחזיק טוען שקנה בית החיצון וזה שייר לו דרך הי' נאמן דהוי חזקה דמורה כמו שטוען משא"כ כשטוען שקנה כל הבית או סתם דהדין דאין לו דרך כנ"ל וזה עבר דרך עליו דעדיין הי' לו ליזהר בשטרו משום הדרך שלא החזיק כלל י"ל דאינו חזקה דלמה נפלוג דבורי' מעצמינו לומר שלא כדברי זה ולא כד' זה רק שמכר חוץ מהדרך. כיון דלדברי המחזיק אין כאן חזקה ועוד דהוי כמחאה על טענתו לקוח כיון שלפי חזקתו אין לו דרך. ועוד כיון דרמב"ן עצמו כ'

לקמן (דף מ"ב) גבי אכלה האב שנה והבן שתים כו' דעיקר טעמא דחזקה מדלא קפיד רק ג"ש מסלק הריעותא דאחוי שטרך ע"ש וא"כ כיון דמסיק הגמ' דעל דריסת הרגל קפדי אינשי לכ"ע באינם שותפין ע"ש נ"ז ע"ב בפרט בלוקח אמר גמ' ס"ד ע"ב אין אדם רוצה שיתן מעותיו וידרסוהו אחרים ע"ש. וא"כ כיון שזה עבר דרך עליו כנ"ל. א"כ אותו ראי' עצמה שזה בא לזכות ע"י דהי' למערער להקפיד על דירתו ובסילוק ריעותא דשטר משום חזקה דג"ש אותו ראיה עצמה יש להיפוך מדלא קפיד הוא אם לקח על דריסת רגל דמערער. דנגדו אין ריעותא גם בלא ג"ש דע"כ שלא מכר כלל דע"ז דנין וא"צ לשטר. וכיון דהראיות סותרים בחזקת מ"ק קאי. והי' נראה דגם רמב"ן ונ"י מודים שאם הי' ידוע שעבר דרך עליו לא הי' מהני בטוען לקוח לגמרי. רק תמיהתם הוא דבשלמא אם עבר דרך עליו אין חזקתו חזקה אף על השאר שדר בו שפיר אמר ר"נ ברור אכילתך דכל שאינו מברר אין כאן חזקה. אבל כיון דהדין נותן שלא יפסיד חזקתו על מה שדר ואם הי' טוען שמכר החיצון ושייר לו דרך הי' מהני א"כ חזקה זו על השאר ברורה ורק שאנו באין לבטלה מצד דהי"ל להקפיד ושוב כל שאינו מברר שעבר דרך עליו אין כאן ראיה מריעותא לבטל חזקתו כיון דראי' של המחזיק לפנינו אף אי עבר רק שאם הי' ידוע הי' ראי' להיפוך מדלא קפיד והא אין ראי' ובאמת מורה שלא עבר דרך עליו כלל וכן אם מצד דחשוב מחאה כמו שאינו נאמן לומר שמיחה בלי עדים כיון דהחזקה לפנינו כן אינו נאמן שעבר דרך עליו בתורת מחאה כנ"ל. וצריך לברר מחאתו לענין לבטל לגמרי החזקה על מה שדר כרבא כנ"ל:

ומ"מ אפשר דרמב"ן ז"ל ונ"י חולקין גם בידוע שעבר דרך עליו. די"ל כמו באכלה כולה חוץ מבית רובע דקנה כולה חוץ מבית רובע ע"ש כ"ט ע"ב ומשמע אף דטוען שקנה כולה. וכן בל' אילנות ואפיק (דף ל"ז) דלא קנה שאר ומה שאכל קני. וע"כ דפלגינן מעצמינו דחשוב כב' אדוקין כו' (ב"מ ז') דזה נוטל מה שמוחזק וזה מה שמוחזק אף שטוען על הכל דאף הוחזק כפרן גמור על מקצת לא הוחזק על ממון אחר וכן בהנ"ל. וכן בתורת מחאה אף דקי"ל (סי' קמ"ד ס"ד) במכרה לאחר חשוב מחאה מ"מ במכר מקצת אינו מבואר שיהי' חשוב מחאה על מה שלא מכר. כן י"ל בהנ"ל שאינו רק גילוי שיש לו דרך ועל השאר נשאר בחזקת המחזיק כנ"ל. אך מ"מ לא דמי כלל דשם דברים נפרדים משא"כ כאן. דבשלמא אם הי' הדין דבמוכר סתם יש לו דרך ורק בפירש הי' שייך כנ"ל. אבל כיון דקי"ל כר"ע ומוכר סתם אין לו דרך שוב מה שעובר דרך עליו גילוי שלא מכר לו החיצון ואנו צריכין להוסיף דבר אחר שמא מכר ופירש דמשייר לו דרך אין מוסיפין כלל מה שאינו ידוע. וכמ"ש תוס' (כתובות י"ח) לענין פ"ד גמור אף בעדים

שאין מוסיפין מה שלא אמרו כלל. והא חזינן בחזקה גופי' דרק אכילת פירות או דלי לי' כו' (ל"ה ע"ב) שאם טוען לפירו' הורדתיו נאמן ומ"מ כשאינו טוען אין אומרים מעצמינו שלא החזיק רק לענין הפירות כנ"ל. וכ"ש נגד המוחזק בחזקת מ"ק כיון דכמו שהוא לפנינו מבטל חזקתו כנ"ל ולכך נראה כמ"ש דמודים בידוע רק באינו ידוע לענין הנאמנו' שפיר כנ"ל:

אמנם רשב"ם ס"ל דאינו חזקה כלל. דהא גבי משיא בנו גדול בבית דקני אמר בגמ' קמ"ד דאם אוצרו מונח שם ושום דבר דלא קני כו' ופי' רשב"ם דכיון דמשתמש האב בבית לא הוציאו מחזקתו ע"ש. ולא אמרי' דמ"מ הקנה לו. דלענין הספק אם הקנה מורה שעדיין בחזקתו. וכן לענין החזקה נגד המערער לא יצא מרשותו כיון שמשתמש גם הוא. וכן לענין קנין נ"ג ע"ב ב' בתים זה לפנים מזה החזיק בחיצון לקנות אותו ואת הפנימי חיצון קני פנימי לא קנה החזיק בפנימי לקנות אותו ואת החיצון קני שתיהן ופי' רשב"ם כיון שיש לפנימי דריסת הרגל לצאת לר"ה דרך עליו כו'. וכן דעת תוספ' ורא"ש ע"ש וכיון דאף לענין קנין חשוב החזיק בשניהם כ"ש לענין דלא חשוב יצא מחזקתו כיון שדר בפנימי ודרך החיצון יוצא כמבואר בש"ס ב"מ (ח' ע"ב) ברכוב ומנהיג דכל מה שקונה חשוב מוחזק ע"ש (בתוס' ד"ה או דילמא). וא"כ עדיין כל הבית בחזקתו כנ"ל. ואף דשם אם אחד החזיק בפנימי לקנותו ואת החיצון וא' החזיק בחיצון אז היו שניהם קונים החיצון ביחד. וא"כ חשוב עדיין כשניהם מוחזקין. ז"א דכיון דחשוב כאלו שניהם תפוסין בכולו נשאר בחזקת מ"ק ולא חשוב יצא מרשותו. ודוקא ברכוב במקום מנהיג ששניהם זוכין עתה ע"ש. וי"ל דהפוסקים לטעמייהו אזלי לקמן סי' רע"ה דדעת רשב"ם ורא"ש כנ"ל. ורמב"ן פ' כהרי"ף דאין חילוק בין חיצון לפנימי ע"ש:

עוד נראה לע"ד דהא בלא קיימא לאגרא יש להסתפק אם חשוב חזקה כיון דלא חסר וכמ"ש לעיל ס"ק י"ב. רק אף דנימא דהוי חזקה כמו לפירי אחתי' כיון דמ"מ זה דר כדדרי אינשי וזה כל ההנאה של הבית ולא דמי לאכלה ערלה כו' ע"ש. מ"מ כאן נראה דאף דסתם בתים קיימי לאגרא מ"מ באופן זה שיהי' בעה"ב עובר דרך עליו לא קיימא לאגרא שלא ימצא שוכרים כנ"ל דהא קפדי אינשי. וא"כ באופן זה שעובר דרך על החיצון כנ"ל לכ"ע לא הוי חזקה כמו אכלה ערלה כו'. דזה נהנה וזה לא חסר מידי דלא קיימא לאגרא כנ"ל. ואפשר להיות באופן דעביד לאגרא לדור לבדו בהבית. וזה משתמש בו באופן שזה לא חסר דגם בלא דירתו הי' תשמיש בית החיצון לבעה"ב שדר בפנימי רק לעבור דרך החיצון וגם עתה משתמש בו כך ולא קיימא לאגרא כנ"ל. ואף אם ימצא שוכרים כנ"ל מ"מ הא גם בשוכר מבואר סי' שי"ו (ס"ב) דא"י להושיב אחר דיכול לומר

אותך הייתי יכול לקבל לא אחר. וע"ש בסמ"ע ס"ק ד' גם בשייר דירה לעצמו ע"ש. ואף אם מוצא לשכור שיעבור עליו מ"מ לא הוי חזקה דהי"ל לומר שלא חסר דלא קיימא לאגרא שאינו רוצה שאחר ידור עמו אף דלזה מרוצה ואינו מקפיד מ"מ לענין להשכיר לאחרים לא קיימא ואינו חזקה כנ"ל. דמספק אינו חזקה להוציא מחזקת מ"ק. וכן ג"כ לא קיימא לאגרא מטעם דזה שדר סתם מתי שלא יהי' מתדיר לי' עמו יוכל להוציאו משא"כ כשישכירו וא"כ מה"ט גופי' לא קיימא לאגרא כנ"ל:

וא"כ לא קשה מה שהקשו ט"ז וב"ח מגמ' דמעמיד בהמה בחצר כו' ע"ש (ס' ט"ו). ולמ"ש אדרבא משם מוכח דין הנ"ל. דכל הטעם רק משום דלא קפיד לא הוי חזקה. וממילא בכל מה דאיכא קפידא בודאי שפיר הוי חזקה אף שגם הוא משתמש כנ"ל. וכן פי' רשב"ם שם (דף נ"ז) כל תשמישין כו' ולא חששתי למחות דלא מחזקת בגוף כו' ולא הייתי נפסד כלום ומעתה אני מקפיד ע"ש. וקשה למה אינו נפסד הא יכול להשכירו וככל קיימא לאגרא דחשוב חסר. וע"כ כמ"ש דבאופן זה שגם הוא עובר עליו אינו רוצה להשכירו שכשיהי' מקפיד לא יוכל להוציאו משא"כ זה שמתי שרוצה מוציאו וכיון דלא קיימא לאגרא שוב חשוב לא חסר ולא נפסד כנ"ל. וכן מסיק שם במה דאיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי אינו חזקה מס' כנ"ל ורק באותן דברים דודאי קפדי שפיר הוי חזקה. וא"כ א"ש דין הנ"ל בעובר דרך עליו או אפי' דר ביחד ג"כ אינו חזקה אפילו לענין שיאמר שקנה לדור בו עם המערער כנ"ל. רק דאפשר לדור ביחד י"ל דלעולם קפידא הוי ודוקא בעובר רק דרך עליו כנ"ל ואינו מוכרח כיון דזה יכול לקבל ואחר להשכיר אינו רוצה י"ל כנ"ל. וממילא נראה דשכירות א"י לתבעו אף דבלא החזיק ג"ש אפשר דהי' חייב כשימצא שוכרים על שיעבור דרך עליו דמצי אמר שהי' משכיר גם לאחרים ולא הי' מקפיד מ"מ זה שהחזיק ממ"נ אי קפיד הוי חזקה וא"ל פטור דלא חסר כנ"ל:

עוד י"ל דהא אמר עולא נ"ז ע"א דכל שבנכסי גר לא קני לא הוי חזקה ודחי גמ' הרי אכילת פירות כו' ע"ש. ונראה דסברת עולא הי' כמו בסוגי' דרכוב ומנהיג דאמר דכל שלא הוי קנין לא חשוב תפיסה להיות מוחזק ע"ש (בתוספ'). וחזקת ג"ש דגם כן מצד דמורה ששלו בתפיסתו כדאמר נפיק מרשותא דמוכר כו'. ופריך עלה מאכילת פירות. ולכאורה למה באמת חשוב תפיסה בגוף הקרקע הא אינו מורה רק על הפירות. ולמה אי לפירי אחתי' בעי למחויי. אדרבא כיון שאינו מורה יותר לא יהי' חזקה. ולנ"י שהוא תקנה שפיר משא"כ לש"פ. ונראה דטעמא דעולא דלכאורה תמוה מאד הא כל החזקות באכילת פירות כדפריך הש"ס. וי"ל דעולא כר"י דקנין פירות כקנין הגוף ולכך חשוב מוחזק לגמרי שלענין מוחזקו' להיות נאמן הוי כמת הבן דב"ב פ' י"נ (דף קל"ו) דגם

בזה אי יהי' מוחזק נאמן לגמרי. ולכך חשוב תפיסה אכילת פירות כיון שמורה על קנין פירות. משא"כ מעמיד בהמה וכה"ג שאין זה עיקר תשמיש החצר ורק לתשמיש זה טוען שקנה ובזה לכ"ע לא הוי ק"פ כקנין הגוף. ושוב מצד הפירות בעצמם לא חשוב מוחזק כיון שאינו קונה בנכסי גר כנ"ל. והג' דחי דקי"ל ק"פ לא כקנין הגוף ואעפ"כ הוי חזקה באכילת פירות והיינו כיון דזה כל תשמיש הקרקע. והפירות או הדירה לחוד א"י להקנות וע"כ מורה שמשתמש בשלו עכ"פ שהקנה לפירות גוף הקרקע או הבית. ושוב חשוב מוחזק לענין הס'. ואף דק"פ לא כקה"ג היינו במה שידוע אבל כיון שיש בודאי קנין בגוף לפירות עכ"פ ומסופקין על הגוף שוב מורה יותר דשלו לגמרי ושם ברכוב במקום מנהיג יש סברא בגמ' דהך דתפיס בגופי' עדיף לבטל גם מוחזקות של הב' רק במסקנא היכא דזה ג'כ קונה מ"מ חשוב גם זה מוחזק ע"ש. וא"כ י"ל כאן כיון שכ' תוס' נ' ד"ה קסבר דמוכר עצמו ששייר לו קנין פירות אמרינן דכקנין הגוף כיון שתחלה הי' הכל שלו ועדיין לא יצא מת"י שיש לו לפירות ע"ש כמו בבהמת ארנונא כו'. וכן קי"ל בשייר פירות לעצמו דמהני מטעם דשייר הגוף ע"ש סי' רי"ב. וא"כ שפיר כששניהם משתמשי' מבטל חזקת המערער לחזקת המחזיק דהוא באכילת פירות שלו חשוב תפיס בגוף הבית דאצלו כקנין הגוף והמחזיק פירות שלו אינו תפיסה בגוף הבית י"ל דלא חשוב חזקה ומה"ט י"ל דסבר מהר"מ דדוקא כשמשתמש בכל הבית משא"כ מקום מיוחד אינו מבטל. דאין לו כלל במקום שמחזיק זה:

אמנם עיקר נראה לע"ד פי' ד' רשב"ם כמ"ש ריב"ש סי' רס"ד הובא בש"ע לעיל סי' קל"ח ס' א' בהג"ה אם הבית של א' ולקח את חבירו אצלו הרי הם בחזקת המוחזק בבית ע"ש בסמ"ע וש"ך וריב"ש שם כשא' שלו או פורע השכירות ואסף את חבירו לדור אצלו חשוב הא' עיקר הבית והכל בחזקתו. והיינו כיון שלא הקנה לו וזה שפורע שכירות ליומא מכר הוא. וזה שאסף לדור בחנם לא השכיר ולא הקנה לו כלל ומתי שרוצה יכול להוציאו רק דברצונו דר חשוב הכל ברשותו ע"ש. וגם כאן ממש כנ"ל. דבשלמא כשדר לבדו אף אם בשכירות דר מ"מ] מוחזק בבית ושפיר בעי למחויי והוי חזקה ונאמן דשלו. משא"כ כשדר ומשתמש עמו. א"כ כשאנו מסופקין אם לא קנאו אינו מוחזק כלל בהבית רק אספו לדור עמו וחשוב כל הדירה ברשות המערער עדיין וזהו שכ' רשב"ם הייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי ולכך לא מחיתי עכ"ל. והיינו דמה שדרת בו חשוב הכל ברשותי גם הדירה שלך כנ"ל. ולא חשוב החזיק כלל כנ"ל.

(**לד**) **וי"א כו' אא"כ טוען כשרציתי הייתי** כו'. והיינו דסבר כנ"ל דרק באופן זה חשוב עיקר הבית. וגם לענין זה נהנה וזה לא חסר כנ"ל משא"כ בהעברת דרך לחוד. וכן חשוב

כמקום מסוים שדרך להקפיד משא"כ כנ"ל שנדחה מפניו חשוב אינו מסוים דלא קפדי כנ"ל. ומשמע דכשאינו טוען כנ"ל לא מהימן דעכ"פ לא מכר לו במיגו שהי' טוען כנ"ל. כיון דמודה שהחזיק י"ל דלא מהני מיגו כמ"ש תוס' ב"מ ק"י. או אפשר דרוצה לתבוע שכר דדר סתם חייב כנ"ל משא"כ כשיטעון כנ"ל דיהי' זה לא חסר ופטור ולא הוי מיגו. ולכאורה בשלמא לדיעה א' הלשון בשכוני גואי שהי' לו דרך אבל לדיעה זו מה השיב בשכוני גואי העיקר חסר שהי' נדחה מפניו. וי"ל משום דאי לאו בשכוני גואי אינו נאמן לטעון הייתי דר עמך ונדחה מפניו דהעדי חזקה היו יודעין דכה"ג שלא ראוהו דר הוי לא ראינו ראי' כמ"ש לעיל ורק משום דבשכוני גואי הי' עיקר דירתו הי' רק לפרקים משתמש בחיצון ונדחה מפניו ולזה אין לא ראינו של העדים ראי' כיון דא"א להם להשגיח תמיד כנ"ל:

סימן קמא

סעיף א

ג"ש שאמרו מיום ליום אפילו היו חסרים יום אחד לא החזיק ומסלקין אותו ממנה בד"א בקרקע שהם עושים פירות תמיד כגון הבתים והחצירות ובורות שו"מ והחניות ופונדקאות ומרחצאות ושובכות ובתי השלחין שמשקין אותם תמיד וזורעין בהן ונוטעין והגנות והפרדסי' וכן עבדים המהלכין אכל שדה הבעל כו' ושדה אילן אינה מיום ליום אלא כיון שאכל ג' תבואות ממין א' הרי אלו כג"ש כיצד כו' ג' גדירות כו' ואפילו היו האילנות רצופים כו' (**וי"א דגם כו'**):

(**א**) **מיום ליום** כו'. נראה פשוט דחודש עיבור בכלל כמבואר במשנה (ב"מ ק"ב) גבי שוכר לשנה ובש"ע סי' שי"ב דלא כרשב"א רק כהר"ן נדרים ס"ג דכשאומר לשנה מהיום ח"ע בכלל דדוקא בבתי ערי חומה הוי ס"ד דשנה כרוב שנה צריך תמימה. אבל בלא"ה כשהוזכר שנה ח"ע בכלל וכ"כ הפ' במינקת דב' שנים ח"ע בכלל וע"כ לא נחלקו שם רק שלפעמים הוזכר כ"ד חודש וכאן אפילו רשב"א מודה דלא נחלק רק שנה סתם. אבל כאן דמפורש במשנה מיום ליום לכ"ע ח"ע בכלל. רק שעות י"ל דלא בעינן דלא הוזכר מעת לעת רק מיום ליום כמבואר בערכין ל"א ונדה מ"ג ומה"ט בערכין י"ח ע"ב דחשיב בברייתא שנה בקדשים שנה בבתי ע"ח כו' ולא חשיב ג"ש דחזקה דכל הני דחשוב מעל"ע בעי ע"ש. ועוד דחשיב רק האמורים בתורה ע"ש ואף למ"ד ליוצא דופן דלא כתיבי עכ"פ מה"ת הם הל"מ ע"ש. וגם נראה דב' שהחזיקו ב' שדות א' ט"ו אדר א' וא' א' אדר ב' קדים סליק חזקה להב' מהא' כדאמר בערכין ל"א ע"ב כנ"ל:

(**ב**) **חסרים יום א**' כו'. אפילו חסר רק הבירור מיום א' שאין עדים ג"כ לא מהני דלא נתנו ד' לשיעורין והדרי פירי כמו בעדים על ב"ש והוא טוען ג' וכן מבואר ברמב"ם. ואף דהא ראי' דקפיד לאלתר למסקנא ורק משום ריעותא דל"ל שטר וכיון דאומר שהחזיק ג"ש ולא הי' לו ליזהר אין כאן ריעותא ושוב נשאר הראי' מדלא קפיד כיון דעדים על ב"ש. ולהנ"י דג"ש תקנת חכמים א"כ גם זה בכלל דאל"כ לעולם יהי' לו חזקה בשנה א' וכה"ג אם יהי' נאמן על השאר. וגם לשאר פ' דמדינא מ"מ הי' רק קושית הגמ' על טעם ג"ש דהי' להם לחלק בהני דקפדי דלאלתר יהי' חזקה. אבל למסקנא דעד ג"ש מזדהיר שוב י"ל דכולם לא קפדי עד ג"ש כיון שיודע דהדרי ארעא ופירי קודם ג"ש. ושוב אין כאן ראי' כלל כל שאינו מברר ג"ש. ועוד כמו בתנאי דקום ועשה דקי"ל שזה צריך לברר שנעשה המעשה וא"ל מוקמינן אחזקה שלא נעשה. כן בזה על מה שאינו מברר שאכל מוקמינן אחזקה שלא אכל כנ"ל. ועוד דע"כ מה דלא מהימן המערער שמיחה בפני עדים והלכו למדה"י ואין ראי' כלל דהא קפיד. ע"כ כיון שהחזקה ברורה לפנינו אין ספק מוציא מידי ודאי. או ג"כ כנ"ל כקום ועשה. א"כ כשאין החזקה ברורה רק מצד טענתו וראי' כנ"ל שוב נאמן זה שמיחה ג"כ ואין הוכחה כלל כמו בבר שטיא כשהוא שוטה זבן כו' ע"ש (כתובות כ'). וממילא נאמן במיגו אף להפ' באל תפרעני דלא הוי מיגו דהלכו למדה"י י"ל דכאן מודים כיון דמחאה שלא בפניו מהני מצי למימר שמיחה באיזה מקום וא"י היכן העדים כנ"ל:

והנ"י כ' גבי פירי (דף ל"ג ע"ב) דאמרינן אחוי שטרך וכתב דל"ד דהא טוען שהחזיק ג"ש ולא הו"ל למזהר כו' אלא או עדים שהחזקת או שטרך דהוי לך למזדהר כיון שאין לך עדי חזקה ע"ש ולדבריו הטעם דכיון שאין עדים אף שהחזיק הי' לו ליזהר כנ"ל. אולם זה שייך אם על הקרקע אינו נאמן דשוב הי' לו ליזהר משום הקרקע אבל לענין קושיא הנ"ל דגם על הקרקע יהי' נאמן א"כ א"צ ליזהר כיון שיש עדים על שנה וכה"ג ולטעמי' אזיל שהוא תקנת חכמים משא"כ לש"פ וצ"ל כנ"ל או דכיון דיצטרך לברר דהמערער מהנך דקפדי דאל"ה מספק לא מהימן כדאמר ב"ב נ"ז ע"ב דמצי אמר אנא מהני דלא קפדי ע"ש ברשב"ם. שוב אף בהני דקפדי בעי למיזהר בשטרו שלא יצטרך בירור כנ"ל.

אמנם מתוס' וש"פ מבואר דלא ס"ל כנ"י הנ"ל דא"כ לא שייך ממ"נ שכ' במודה דאכל ג"ש דלא מהדר פירי שאם כדבריו גם הקרקע שלו. ולד' נ"י גם שהחזיק רק בלא עדים לא מהני וכן מגמ' גופי' בחד סהד' לסיוע קאתי משמע דלא כנ"י דאין כאן סיוע. וצריך לדחוק לנ"י הנ"ל דמ"מ אינו ראוי להצטרף עם א' לחייב ממון דאז יהי' חזקה. ודוחק.

וכן א' אב"ג וא' דה"ו למה מצטרף כמו שהקשה רמב"ן על בהודאה א' הודאה ע"ש. וכן בזה דאם א' משקר שוב אינו מועיל הב' אף שאמת דהי' לו ליזהר. וצ"ל כמ"ש:

(ג) **יום א'**. ורמ"א לא הגיה כאן אף שפ' לעיל כר"ת במקומות בה"כ דשם כן הדרך הוי עשיית פירות שלהם באופן זה תמיד כל אימת שהולך לבה"כ וכה"ג. אבל אם עמד יום א' ריקן ובלי טעם מודה דלא הוי חזקה. וכן בית אם עמד ריקן ופתוח והי' בעיר חסר מהחזקה ולא מהני. וכן לענין העדים אף דפוסק כר"ת דאף רוכלין מהני. היינו כשלפי אומד דעתם לא יצא מהבית אף יום א' מהני קים להו דעדים כמ"ש לעיל אבל כשלפי אומד דעתם אין להם הוכחה על שדר בו ומסופקין שחסר אף יום א' מודה דלא מהני כנ"ל. ונראה דאף שאינו טוען ברי שלא מצאו דר יום זה שחסר ג"כ אינו חזקה דלא מצינו זה רק בלילות דכיון שדר ביום שרואין סתמא גם בלילה לא בחסר יום אין חילוק בין שנה ליום כנ"ל וכן אפילו נעילה לא מהני כשהי' הבית ריקן מכלי תשמישו. ואף שכ' תוס' ריש פ' ח"ה לר"י ולר"ע דמהני נעילה להשלים כשאוכל אכילה גמורה לחד תירוצא ע"ש. היינו לר"י ור"ע דאותו הנעילה דשדה מהני לשמור הפירות שאוכל אח"כ. אבל בתים וכה"ג שפירותם הדירה ואין זמן א' שייך להשאר רק כל א' בפ"ע אין הנעילה שייכות כיון שהי' ריקם אז אינו צירוף להחזקה כלל ועדיין חסר ולא מהני כנ"ל:

(ד) **הבתים** כו'. למ"ש לעיל די"ל בלא קיימא לאגרא דלא חסר לא הוי חזקה רק דסתם בתים קיימי לאגרא. וא"כ למאי שמבואר סי' שי"ב דיש זמן ידוע לשכירות בתים ובתוך הזמן לא נמצא שוכר ע"ש. משמע דחשיב תוך הזמן לא קיימא לאגרא וא"כ כשזה החזיק בתוך הזמן אינו מצטרף כל הזמן דלא קיימא לאגרא שאז לא חסר ומתחיל החזקה מהזמן שנמצא להשכיר. ואף דאח"כ חסר מ"מ לא דמי לשחרותא דכותלי (סי' שס"ג ס"ז) דאין זמן דאח"כ שייך לזמן הקודם דמ"מ אז לא חסר כנ"ל. ומ"מ אין לומר דגם אח"כ לא יועיל ג"ש כיון שירד קודם בזמן שאינו מועיל כמו בירד בשכירות וכה"ג. דז"א כיון שגם אז ירד שלא ברשות רק דלא קפדי וכיון דבזמן שמתחיל קפדי ויש ג"ש משעה דקפדי מהני כנ"ל:

אך לכאורה למ"ד פרק י"נ (קל"ד ע"ב) גבי גרשתי למפרע דלא פלגינן דבורי' וכיון שאומר דגרש אז ועל למפרע ליכא מיגו ועכשיו אינו אומר שגרשה אינו נאמן כלל. וא"כ כיון שאומר שקנאה אז כשירד לתוכו ועל אז אינו חזקה ואינו נאמן ואח"כ אינו טוען שלקחה ואי לא פ"ד לא יועיל. אך ז"א דשם אין הראי' של המיגו על למפרע משא"כ כאן הראי' של החזקה דעכ"פ קנאה ואם לא אח"כ קנאה אז כשירד ונהי דלא מהימן למפרע דאין ראי' שיכול להיות שקנאה אח"כ אבל עכ"פ אם לא קנאה אח"כ מוכח שקנה אז. א"כ

עכ"פ הוי חזקה כנ"ל. ומה"ט אף שטוען שקנאה קודם שהתחיל להחזיק ג"כ מהני. וראי' מא' אומר אב"ג וא' דה"ו דג"כ אינו נאמן למפרע דרק ע"א ומ"מ הוי חזקה עכ"פ מן ד' ואילך. אך לדעת הרי"ף וש"ע לקמן (סי' קמ"ו ס' י"א) בשכוני גואי כשלא הי' כאן בתחלת החזקה לא מהני. ע"ש דצריך דוקא שיועיל טענתו לקוח על התחלת החזקה א"כ י"ל דגם בהנ"ל לא מהני. אך עיין מ"ש לקמן. ובל"ז נראה עיקר דגם דל"ק לאגרא הוי חזקה דאין זה ידוע דלא קיימא לאגרא ומ"מ מחזיק זה כאדם בשלו וכטוען לפירי אחתי' דאיבעי לי' למחויי כיון שאינו ידוע ונראה כשלו כנ"ל:

(ח) **בית הבדים** כו'. אף שיש זמן כדתנן עברו הבדים כו' יש ב"א שמצניעים כל השנה ועושין מעט מעט כ"כ תוס' (ריש הפרק) הובא בסמ"ע. משמע דאף דהוא דרך בפעם א' לא הוי חזקה. וי"ל דהוי כחנותא דמחוזא דב"א שאינם חנונים דרים יום ולילה ומהני וצריך להשלים לתוס' וכמו איכא דמוברי כו' דגם בזה שייך בהכי ניחא לי לדרוך בפעם א'. ואף להפוס' בחנויות דסגי בג"ש כמ"ש המחבר לעיל ומ"מ כאן לא מהני. ואף דג"כ לגבי דידי' החזקה כראוי היינו דע"כ החילוק בין מוברי דבחנויות ידוע שרואה שהוא חנות א"כ יודע מערער שזה מחזיק כראוי לו. משא"כ איכא דמוברי אין היכר שזה מהמובירים בעי ו' שנים. או דשם יום ולילה זמן א' וכשדרכו רק ביום חשוב ג"ש. משא"כ איכא דמוברי שיש הפסק זמן הרבה. וב' החילוקים שייך גם בבית הבד. ולכך אף דלדידי' הוי כעושה פירות רק פעם א' בשנה. מ"מ כיון דלמקצת ב"א עושה פירות תמיד צריך ג"ש שלימות:

אמנם עיקר נראה דכוונת תוס' כמ"ש רמב"ן בחי' דאחר זמן הבדים משכירין אותו ע"ש. וזהו שכ' תוספ' דיש ב"א דדורכין מעט מעט. א"כ משכירין הבית הבדים לאותן שדורכין מעט מעט. ושוב כשלא השכירו חשוב מפוזרות דלא מהני כלל אף בהשלמה. ובמשנה ב"ב קע"ב בית הבד עשאו לשכר כו'. ומ"מ כשלא הי' מוצא להשכיר י"ל דאינו מבטל רק להשלים צריך. ואפשר דכל זמן שהי' מוצא הי' משכיר שוב הזמן שאינו מוצא הוי כרוכלין דאין זמן ידוע לביטול שא"צ השלמה כמ"ש הרא"ש. ואינו מוכרח:

(ו) **ועבדים**. אי נימא דזה נהנה, וזה לא חסר לא הוי חזקה. א"כ הא קי"ל תוקף בעבדו של חבירו ועשה מלאכה פטור. א"כ הי' צריך לברר שביטלו ממלאכת רבו כמבואר סי' שס"ג. ומדסתים במשנה ושו"ע משמע דבסתם הוי חזקה כמ"ש לעיל כיון שזה כל תשמישו הוי חזקה בג' שנים דקפדי. ואף דבעבד אמר בגמ' (ב"מ ס"ה) הלשון דניחא לי' דלא נסתרי עבדי' וא"כ זכות הוא לו. י"ל דזה לשעה מ"מ בג"ש דנראה:

כשלו לכ"ע בעי למחויי. כמו לפירי אחתי' דהשכיר לגמרי וצריך למחות כנ"ל. וגם לכאורה בעבדי דנהים כריסי' לא שוי כדאמר בגמ' א"כ הוי כתפתיחא ואפיק כורא ועייל כורא (דף ל"ו) דלאו חזקה. י"ל מ"מ כיון דקי"ל יכול לומר לעבדו עשה עמי ואיני זנך שוב חשוב עייל טפי מכורא ואף שזונו בחנם מ"מ זה מתנה אף שדרך כן מ"מ י"ל לחזק' דמהני כנ"ל. ומ"מ אינו מוכרח די"ל דדוקא בשאר עבדים:

ולענין שיחרור אם שחררוהו בעלים הראשונים תוך ג"ש הוי מחאה דעדיף ממכירה. ואם שחררו מחזיק תוך ג"ש י"ל דכשהשלים בעצמו עבודתו לעצמו עד ג"ש הוי כג' לקוחות דמצטרפין. ובעבד עצמו שעובד לעצמו ג"ש אפשר ג"כ דנאמן ששחררו רבו בתורת לקוח בחזקת ג"ש דמהני לדידי' כמו לאחר. דבש"ס גטין (ל"ח ע"ב) קרי לי' מכירה דנותן דמי עצמו שהוא כמוכרו. ומ"מ נראה דאינו נאמן דלא מהני החזקה רק לענין ממון א"כ צריך ליזהר בשטר שיחרור משום אסור להתירו בב"ח ועדיין הי' לו ליזהר. וגם י"ל שלא תקנו בזה חזקת ג"ש מטעם הנ"ל דלענין איסור דינו כגט אשה ויש לו ליזהר. ועוד כיון דמה שקנה עבד קנה רבו לא חשוב כלל שהחזיק בעצמו דהכל ברשות רבו. ולא דמי לאחר המחזיק בקרקע חבירו דעכ"פ הוי רשות אחר משא"כ בהנ"ל עדיף משכוני גואי הנ"ל. ועוד דאחזוקי בעביד איסורא לעבור בעשה לא מחזקינן וכמו בד' שא"ע להשאיל דא"נ גזולין להעמיד בחזקת מ"ק משום אחזוקי כו' (סי' צ') כן בהנ"ל, ולענין מחאה כששיחררו מערער עדיף ממכירה דבכ' כל שדותיו אינו מחאה (סי' קמ"ד) דאם אינו שלו אינו בכלל אבל בעבד שכ' לו כל נכסיו דמשתחרר בזה ג"כ הוי מחאה דאם אין העבד בכלל גם הנכסים א"א לקנות והוי מחאה כנ"ל:

(ז) **ג' תבואות** כו'. קשה לי שלא ביארו כלום הא תוס' (דף ל"ו ע"ב) תמהו דא"כ בב' שנים סגי דיש ג' אכילות כשהתחיל להחזיק כשנגמרו הפירות וטובא איכא בינייהו וכ' דגם לשמואל בעי ג' מהתחלה עד האכילה. ובהרא"ש מבואר ג"כ. וזה אף להפ' דלא מצריך שמואל ג' שנים. מ"מ נ"מ רק בחרפי ואפלי דסגי בזמן פחות או דקל נערה. אבל בהתחיל כשהתבואה או הפירו' נגמרו שיהי' סגי ג' אכילות כ' פ' הנ"ל דלא מהני. והרמב"ן ז"ל ריש פ' ח"ה מסופק לר"י ור"ע אי מהני בהחזיק בקמה לקצור כיון שכל גידולו הי' ברשות מערער. ואף שכתב עיקר דמהני מ"מ לרבנן לכ"ע לא מהני וצריך ג' בצירות מהתחלת גידול הפירות וגם כל עבודה הצריכה יעשה עד אחר הבצירה. ג' פעמים מהני היינו ג"ש פחות איזה זמן לפעמים. ולהחולקין צריך ג"ש דוקא וכמ"ש תוס' ריש פ' ח"ה דצריך נעל וגדר או אכילת זמורות כנ"ל ע"ש לר"י ור"ע. וגם ממילא לדידן לא עדיף דא"כ יהי' חזקה בג' ימים בג"ש שהוא אכילת הפירות באילן וכדפריך גמ' על ניר לר"ע אפילו יום

א' ע"ש ובתוספ' ריש ח"ה. וע"כ דצריך עבודות הצריכים כמ"ש תוס' שם. ואף די"ל כמ"ש תוס' לר"י ור"ע דמצטרף אכילה מגידול חודש א' לאכילה חשובה של י"ב חודש באמצע כן לרבנן מצטרף אכילת יום א' בראשונה לאכילה חשובה של ב' שנים. ז"א דא"כ כמו דנקיט לר"י י"ח חודש הול"ל לרבנן ב' שנים ויום אחד. וע"כ דג' אכילות חשובות בעי. והיינו כשהתחיל בשעת זריעה וזרע צריך עד אחר אכילה ג' שכל גידולו הי' ג' פעמים ברשותו ובאילן מחנטה ואילך כמ"ש הרא"ש. וכשהתחיל להחזיק באמצע הגידול צריך להשלים עבודות הצריכים לפירי דרביעית בנעילה וגדר או זמורות ושחת כמ"ש תוס' לר"י. ואף דזה בא ליטלו והוי כניר דכל שיבא דכרבי לענין הרביעית. ומה תועלת במה שעשה בפירי ד'. ז"א דמ"מ מצטרף להשלים כאדם עושה בשלו כמ"ש תוס' שם. ולדיעה ב' שכ' רמ"א לא מהני אף שהתחיל בזריעה ואכל ג' פעמים בכל הגידול מ"מ כשנגמרה תבוא' ג' קודם תשלום זמן ג"ש צריך להשלים בעבודה דפירי ד' עד הזמן ג"ש. מה שלדיעה א' א"צ כנ"ל. דשמואל לא לגרוע בא לדיעה ב' כנ"ל:

ולפי פשט הלשון משמע דבאילן העושה פירות ב"פ בשנה ג"כ סגי בשנה ומחצה לדיעה א' וזה פי' הג' שברשב"ם שם ל"ו בהא דדקל נערה א"ב ע"ש. ותמהני שהרי"ף ורמב"ם לא הביאו כלל הא דדקל נערה ועכ"פ איזה פי' שמפרשים הי' להם להביא דא"ל דלפי הנ"ל נכלל בלשון שיגדור ג"ג כו' וסגי במה שכ' דג"פ אכילה כו'. דז"א דודאי חידוש גדול דא"כ באספסתא יהי' חזקה בג' חדשים לדידן ג"כ והא אמר בגמ' כ"ח ע"ב דדוקא לר"י ע"ש. וע"כ דז"א דכמו דבר שעושה פירות תמיד בעי ג"ש שלימות כן בשדה אספסתא שעושה פירות י"ב פעמים בשנה כל חודש ג"כ צריך ג"פ י"ב. דדוקא לר"י דרק הפירות לחוד סגי כנ"ל משא"כ לרבנן. ורק בעושה פירות פעם א' בשנה חשוב אכילת פירות אלו אכילה של שנה וסגי בג' בצירות כנ"ל אף שאינה שלימה. אבל בעושה פירות ב"פ בשנה משמע ודאי דלא מהני שנה ומחצה וצריך ג"פ ב' פירות. שוב ראיתי לרמב"ן בחי' דחה פי' ר"ח הנ"ל מטעם הנ"ל דג' פירות של שנה בעי ע"ש. ומצאתי בשיטה מקובצת ריש פ' ח"ה שכ' פי' ר"ח הנ"ל וכ' דלא דמי לשדה דאספסתא דהכא שאני שדקל זה מושבח ומוציא בטבעו מחמת שבחו בשנה א' מה ששאר דקלים מוציאים בב' שנים ולפיכך בוטח לוקח כשלא מיחה בג' אכילות גמורים ע"ש. וא"כ כיון דע"כ כנ"ל ממילא מוכח מהשמטת הרי"ף ורמב"ם דלא ס"ל פי' הנ"ל דע"כ אינו נכלל בלשון ג' אכילות שיועיל דהפי' ג' אכילות של שנה דאספסתא אינו מועיל. וא"כ הי' להם להביא דין הגמ' דדקל נערה חשוב כאכילה דג"ש כנ"ל. וע"כ דלא ס"ל ובאמת לא מהני. וגם פי' ב' לא ס"ל דהי' להם להביא. וע"כ כפי' א' דרשב"ם דקל ילדה שגומר וממהר פירותיו ובפחות מג'

שנים שלימות יש ג' פירות. ולכך השמיט שזה נכלל בלשונם ג' בצירות כו'. וא"כ מוכח ג"כ דס"ל כמ"ש. דאי נימא דמהני כשהחזיק מעט קודם גמר פירות ועד אחר אכילה חשוב כשנה ועוד ב' אכילות יהי' סגי. א"כ למה לגמ' לומר דקל נערה א"ב הא בכל אילנות ותבואות נפ"מ כנ"ל. דסגי לשמואל ב' שנים ומעט כנ"ל. וע"כ דלדעתם ז"ל ג"כ בעי מתחלת גידול ואין נ"מ בזה רק בדקל נערה וממהר גמר פירותיו כנ"ל. והכי דייק לשון הרמב"ם (פי"ב מטוען ואינם מיום ליום ע"ש שאין שלימות לגמרי אבל לא שיהי' די ב"ש ויום אחד. וע"כ כנ"ל ולדיעה ב' שהסכים רמ"א צריך השלמת הזמן גם שמיהר גמר פירותיו כנ"ל:

והנה רמב"ן ז"ל מפרש גם ד' רב שאין ג"ש מיום ליום רק מהתחלה עד סוף. מ"מ מוכח דס"ל כמ"ש רק דמפרש דקל נערה א"ב שממהר חודש א' משאר דקלים לרב אזיל בתר דקלים דעלמא ולשמואל סגי כמו שהוא באילן זה אבל ג"כ מתחלת גידול כנ"ל דאל"ה א"ב טובא ע"ש. וי"ל בהכרעת רמ"א ז"ל נגד הרי"ף ורמב"ם ונהי דלענין הקרקע י"ל בח' מ"ק קאי בספק ורק בעובדא דרבה ור"י אמר היכא דקיימא ארעא תיקום לא בשאר ס' דדינא. אבל משמעות דבריו גם להוציא פירי דאכל. ותמוה להוציא נגד פ' הנ"ל אף דהקרקע יוצאה מ"מ ס' הוי. ואפשר כיון דמספק מוציאין הקרקע שוב הו"ל למיזהר בשטרי' ומוציאין הפירות כדאמר בגמ' לענין לא חציף כו':

סעיף ב ג ד

וג"ש שאמרו צריך רצופות הרי שהחזיק בשדה וזרעה שנה והוביר שנה לא החזיק. הי' דרך בני איתו מקום להוביר' אע"פ שמקצתם זורעין כו' ה"ז החזיק כו' שה"ה אומר לא הוברתי אותה אלא כדי שתעשה הרבה בשעת הזריעה. אכלה ג' שנים רצופות. באתרא דמוברי יש מ"ש דהוי חזקה ויש מ"ש דלה"ח:

(ח) **הי'** דרך כו' להוביר כו'. רשב"ם כ' דכיון דראית שעשיתי ניר ע"ש הובא ב"י. ובש"ע סתם משמע דא"צ ניר וכן הפ' לא הזכירו. ומ"מ נראה דדוקא באתרא דמוברי בלא ניר. אבל כשנרין חשוב כדלא אחזקי אינשי כשהוא לא נר. ומצאתי כן בש"מ שכתב כשמנהג המקום דהמוברים אין נרין וגם הוא לא נר הוי חזקה כיון דלא שינה ודלא כרשב"ם ע"ש. ולכאורה דוקא כשכולן אין נרין אבל אי איכא דנרין כנ"ל. הא כיון דאמר גמ' על איכא דמוברי א"א דדידך הי"ל למזרעי' והיינו להראות דשלו. ואמר ב' טעמים או חדא כו' לא נטר או הכי ניחא לי דעבדי טפי ע"ש (דף כ"ט) ובטור וש"ע ג"כ טעם הנ"ל. וא"כ לענין ניר כיון דיש נרין שייך א"א דידך הו"ל לעשות ניר כאותן מקצת להראות דשלך דלא שייכי ב' הטעמים לענין ניר דאדרבא ודאי דעביד טפי. מ"מ אינו נראה דר"י הובא

בש"מ פי' א"א דדידך הי"ל למזרעי' למהר חזקתך ע"ש וא"כ לענין ניר דאינו מצטרף לא שייך כלל איבעי לך דלא ימהר חזקתו ע"י ניר ושוב בלא הני טעמי אין ריעותא במאי דעביד כמקצת שאין נרין. ועוד די"ל הוצאות הניר שייך ג"כ לא ניחא לי כמו בהא דעביד טפי כנ"ל:

ונראה דגם רשב"ם ס"ל כן רק דסתמא המוברים נרים. או כדאמר בצונמא במה קני הו"ל לאוקמי בה חיותא ולמשטח פירי כו' ע"ש (כ"ט ע"ב). א"כ י"ל גם בשנה שמוברים או שנרים או דמוקמי חיותא כיון דיש שנה שלימה שאין ראוי אז לזריעה. א"כ לא הוי כדאחזקי אינשי כשאין משתמש בה כלום. אבל כשכולן אין משתמשין כלל בשנה דמוברי מודה רשב"ם דמהני דהא אמר דמודה ר"ה בחנותא כו' דלימא עבידי לילה לא כו' ושם אין עושה כלום בלילה ומ"מ מהני. ומרשב"ם אין ראי' די"ל דמפרש דסגי בג"ש. רק תוס' שמפרשין דבעי ו' רק בהני דמוברי באגי והקשו פשיטא ע"כ דס"ל או דלא כרשב"ם שא"צ ניר או דמודה בלא שייך ניר וממילא בכולן כן מודה. אך אין ראי' דבכולן מוברי ודאי מודה רשב"ם. רק באיכא דלא מוברי י"ל דמצריך ניר אף דציין על באתרא דמוברי מ"מ קאי למאי דמסיק דאיכא כו'. די"ל דבכולן מוברי אף דעושין ניר והוא לא עשה אפשר דמ"מ אינו מבטל דגוף החזקה כדאחזקי אינשי ואף ששנה הבור אינו כדעבדי י"ל דאינו ענין לשנות החזקה. ודוקא זרע בלא חרישה לגמרי כ' טור חד פי' (על תפתיחא) דלא מהני. משא"כ ע"י חרישה משנה זו עצמה. רק בזמן הבור לא נר י"ל כנ"ל. ובאיכא דלא מוברי ג"כ צ"ע דלא הוזכר בפ' רק בשיטה הנ"ל מ"מ לדינא. נראה כן. גם י"ל דכ' רשב"ם דפריך פשיטא באתרי דמוברי כו'. והא משמע דאף שזרע שנה ראשונה אחר שנה שזרעה גם בעלים הראשונים ואח"כ הוביר שנה ואח"כ זרע כו' ג"כ מהני וא"כ למה הא לא הי' המערער צריך לראות בשדה אחר שנה זרועה שנה א' דזמן בור ורק בשנה זרועה ואז מצאה בורה ולא הי' לו למחות. ולכך כ' רשב"ם דכה"ג צריך ניר שידע כנ"ל. ומשמעות הפ' דגם כה"ג א"צ. ומ"מ מאחר שהטור הביאו ומשמע דאינו חולק על רשב"ם הי' להם להביא בש"ע דעתם:

(**ט**) **לא הוברתי** כו'. בטור ב' הטעמים דכשהשדה טובה לא שייך טעם ב' רק משום בכולא באגי כו'. וכשעומדת בין זרועות וגם שזה טובה דלא שייכי ב' הטעמים באמת מבטל החזקה. וקשה למה השמיט בש"ע טעם א' ונקיט רק הב'. והטעם דמשמע בב"י שכ' דסבר רבינו דלשנוי' קמא דוקא בעומדת בין שדות בורות. ולתי' ב' אע"ג דלא קיימא כו' ע"ש. ולא כ' להיפוך גם בשדה טובה דשייך טעם א' ולא הב'. משמע דס"ל לב"י דתי' ב' לעולם שייך דגם שדה טובה עבדא טפי כשמובירין. ולכך לא סגי לגמ' בשנוי'

קמא דבעומדת בין זרועות לא שייך וצריך לתי' הב' אבל בתי' ב' לחוד סגי לעולם דשייך תמיד כנ"ל. ולכך כ' בש"ע רק טעם ב'. אולם לשון הטור לא משמע כן כלל רק דצריך ב' הטעמים ע"ש וכנ"ל אולם הרי"ף ורמב"ם ג"כ כ' רק טעם ב' הנ"ל וע"כ ס"ל ג"כ דטעם ב' שייך תמיד כנ"ל וכהפסק הש"ע. ומשמע דבאיכא דמוברי כו' גם זרע שנה והוביר שנה וזרע ב"ש רצופין גם כן הוי חזקה ולא שייך ממ"נ דאף פעמים כך ופעם כך חשוב ג"כ כדאחזקי אינשי דיכול לומר הכי ניחא לי דעביד טפי בב"ש אחר בור שנה. ומ"מ יש להסתפק כיון דלא עבדי הכי רק או מוברי או לא חשוב שינה. ומערער שראה בורה שנה לא הוצרך למחות עד שנה ג' משנה הנ"ל דחשב דמהני דמוברי הוא. ואינו מוכרח. ולכאורה ראי' דלא מהני דא"כ באתרי דאיכא דמוברי כנ"ל יהי' סגי בד' עדים כל א' על שנה להחזיקו. וכמ"ש בש"ע סי' ק"מ דו' עדים א' על כל שנה מהני והיינו דא"א לבטל החזקה אם לא נאמר דב' משקרים. דא' שמשקר עדיין החזקה ע"ש. א"כ גם ד' יהי' די באיכא דמוברי דאם א' משקר נשאר עדיין חזקה שהי' שנה בורה וב' רצופים כנ"ל וג"כ א"א לבטל החזקה אם לא שב' משקרין. ולא מצינו שיהי' די בד' א' על שנה ומוכח דלא מהני שנה בור וב' רצופים כנ"ל. אך ז"א דו' א' על כל שנה אפשר לצרף א' עם ד' ב' עם ה' ג' עם ו' וחשוב ב' עדים על ג"ש. משא"כ ד' א"א לצרף על ג"ש לא מהני אף דצריך לומר דב' משקרים כיון שהן מיוחדים שאין צירוף כנ"ל וממילא לא מוכח כנ"ל. ומלשון הגמ' והפ' דא"צ רצופין משמע איך שהוא. ונראה דנקטו טעם הנ"ל דעביד טפי. שא דאיכא דמוברי מ"מ אם המוברין נרין כמ"ש לעיל וע"י הניר הוא דעביד טפי מודים לרשב"ם כמ"ש לעיל דבלא נר והוביר אינו חזקה. דחשוב כולן לא מוברי בלא ניר דלא מצי אמר בהכי ניחא לי' כנ"ל:

(י) **אכלה ג' רצופים** כו'. בטור כ' הטעם דאינו חזקה דשומט כגזלן שאינו משגיח בקלקול השדה ע"ש ובסמ"ע ובל"ז יש טעם כיון דכולן מוברי לא הי' צריך למחות בג"ש דלא הי' צריך מערער להשגיח דמסתמא ככל אינשי דמוברי ואין חזקה בג"ש. אך יש נ"מ דלטעם הנ"ל עכ"פ בו' שנים רצופות הוי חזקה דגם דסבר דמובר החזיק. ולטעם הטור גם ו' לא מהני כנ"ל. וכ"מ סי' קמ"ה בטור וש"ע דו' לא מהני. וא"כ קשה לשון הש"ע דנקיט אכלה ג"ש רצופין די"ל לדיעה ב' רק שנה אמצעי אינו עולה ובאמת גם ו' לא מהני. וצ"ל דנקיט רבותא לדיעה א'. והב"ח ז"ל כ' ר"י לא אמר אלא באיכא דלא מוברי אבל באתרי דכולן מוברי מודה דלא מהני רצופות ע"ש. ותמוה דחזי מאן ג"ר דמסהיד עלי' הטור ז"ל כ' בפירוש ואיך הוא שלא ראה דבריו יחלוק על הטור. ועוד דמפורש בדברי ר"י שהביא הטור שכ' דהי' לו למחויי דלא מיתבר ארעא עכ"ל מוכח להדיא דגם ר"י מודה

דמצד האכילה שנה אמצעית לא הי' מועיל כיון דכולן מוברי רק מצד קלקול השדה כחפר בורות שו"מ דאף בנכסי אשתו הוי חזקה. וכיון דמוברי והוא מקלקל השדה במאי דלא מובר הו"ל למחויי. ומבואר כהטור בפי' ד' ר"י דע"כ בכולן מוברי דאל"ה פשוט דהוי חזקה מצד עצמו כדאמר בגמ'. ואפשר לדחוק כשהמערער הי' מהמוברים דס"ד לא הייתי צריך להשגיח דנגדי לא הפסיד אותי רק ב' שנים וע"ז אמר ר"י דממ"נ דשוב מצד קלקול השדה הו"ל למחויי כנ"ל. ודוחק. ומ"ש הב"ח סי' קמ"ה ראי' מתוס' אין ראי' דתוס' קרי לי' הכחשה כיון דא"א להועיל עדות כל א' של אג"ה אם לא שהוביר וכן הב' ממילא ממ"נ לא מהני אם מכחישין ואם אין מכחישין ע"ש:

ויש לתמוה שכאן הביא הש"ע ב' הדיעות ולא הכריע ולקמן סי' קמ"ה ס"ב שכ' תחזיר הקרקע והפירות ע"ש כפי פרוש הסמ"ע שמוכרח שפוסק דרצופין לא מהני באתרי דמוברי ואף להוציא פסק כן. ואפשר דסבר מספק כמ"ש לעיל דקרקע בחזקת מ"ק קאי ושוב ריעותא דהי' לו ליזהר בשטרו ושוב גם הפירות מוציאין ועיין מ"ש לקמן בעז"ה. וכשאכל א' ג' והוביר ב' ואח"כ אכלה עוד דו"ה. ועשה ניר בשנה ב' שהוביר לע"ד דיש לצרף דעת בעל העיטור וראב"ן הובא בהגמ"י פ' י"ב מה' טוען דבאתרי דמוברי הוי חזקה בג"ש ומהני ניר שבשנה אמצעית. וא"כ החזיק אחר שנה ג' מיד ולר"י וש"פ מהני שוב מה שהחזיק גד"ה רצופין וצ"ע. ואינו מבואר בש"ע לדעת הטור או סגי במביא עדים על אג"ה שאכל אף שא"י אם הוביר או דצריכין להעיד בפירוש שהוביר כנ"ל. די"ל דחשוב כתנאי דקום ועשה דסתמא לא אמרינן שנעשה דמוקי אחזקה. וכאן שהחזיק כדין אין לבטל מספק שמא אכל גם באמצע ולא אחזיק כדעבדי אינשי. וכמו ס' שמיחה שבלא עדים אינו מבטל החזקה שלפנינו או כיון דמ"מ אינה חזקה הוי כהאי דשכוני גואי דקי"ל כר"נ ברור אכילתך. וכן משמע קצת מלשון התוס' נ"ו ע"ב דאף דנקיט סתם א' א' אכלה אג"ה כ' שמעיד שהובירה שנים שבינתיים. א ומשמע דצריך להעיד כן ע"ש:

סעיף ו

זרעה ולא הרויח בה כלום אלא זרע כור ואסף כור לא החזיק שהרי לא נהנה (אכל אם הוציא עלי' הוצאות ממ"א עד שלא הרויח בה אינו מבטל החזקה):

(**יא**) **אם הוציא** כו'. קשה למה סתם רמ"א ז"ל כהרשב"א דהטור חולק דהא ראית רשב"א מאכלה ערלה שהזמורות סתמא אין שוים יותר מההוצאות ע"ש. וטור כ' להדיא בזמורות דוקא ששוים יותר ממה שהוציא ע"ש. ונראה דרשב"א לטעמי' שמפרשים תפתיחא כפי' ר"ח. א"כ אפיק כורא ועייל כורא מפרש מכחישות השדה. ולכך בהוציא ממ"א לא מצאנו שיבטל כנ"ל. משא"כ רשב"ם וטור דמפ' תפתיחא שהשדה כחושה שאינו

מוציא יותר ממה שזורעין ע"ש. א"כ ע"כ אפיק כורא כו' היינו בשדה טובה רק שנזדמן שלא עשה רק מה שזרע וכן פי' הב"ח או כט"ז שלא אסף הוא כנ"ל. וע"כ שאינו מקפיד כשאינו נהנה יותר ממה שהוציא. א"כ גם בהוציא ממקום אחר י"ל כן דמה חילוק דמ"מ אינו נהנה יותר ממה שהוציא:

ולכאורה בלשון הגמ' יש לדקדק ג"כ אפיק כורא ועייל כורא ולא נקיט אפיק סלע ועייל סלע וכה"ג על השיוי. דבשלמא לפי' רשב"א י"ל דוקא כן דהיינו כחישת השדה. וגם רבותא דאף שהוקרה תבואה ושוה הכור עתה יותר מ"מ הוי כנזדמן כנ"ל בתפתיחא. וגם אי עייל טפי מכרא אף שהוזיל ואינו שוה יותר מההוצאה מ"מ מהני דג"כ נזדמן כנ"ל. וגם דשאר הוצאות לא מצטרפי. משא"כ להטור קשה. והי' אפשר לומר דהא בש"ע סי' שע"ה דיורד שלא ברשות דעכ"פ נוטל ההוצאה ומבואר שם ס"ט דכל ששמין אינו נאמן לומר נתתי דכיון דעדיין לא שמו שייך מי יימר דמחייבי כ"כ ע"ש. וא"כ י"ל דהא הזרע דבר ידוע כמה צריך לזרוע בשדה כזו וא"צ שומא. א"כ שפיר לא הוי חזקה באפיק כור ועייל כור דלא הי' לו למחות על ההכנסת פירות דהא מגיע לו ע"פ דין מה שזרע וכדפריך על בעל כו' כיון דאית לי' פירי כו' ע"ש (דף מ"ט) וכמו שנאמן נתתי כנ"ל. משא"כ הוציא שאר הוצאות דצריך שומא ובירור כמה הוציא כמו שא"נ נתתי כן אינו נאמן דלא מיחה מש"ה שמגיע לי כמו שהכניס דמי יימר דמחייב כנ"ל. וא"כ שפיר נקיט גמ' אפיק כור כו' אף לפי' הנ"ל משא"כ שאר הוצאות אף אי מיירי בשדה טובה. וא"כ י"ל דדין הרמ"א לכ"ע בהוציא ממ"א דאינו מבטל כיון שאינו ידוע וצריך שומא כנ"ל. אך אף דמלשון הגמ' י"ל כן. אבל רשב"א ז"ל כ' דינו על מסים הקצובין דג"כ ידוע. וכן הראי' מזמורות וע"כ דאינו מחלק כנ"ל. וכן הטור, ע"כ ס"ל אף באינו ידוע דהא בזמורות א"י ההוצאה. אך י"ל דחשוב ידוע הוצאות של כל שנה. עוד הי' אפשר דיש חילוק כיון דקי"ל (סי' פ"ח) טענו דוקא והודה שוה הוי ט"ח והל"ב דפטור אף משעורין ואף היכא שסותר וא' ודאי מגיע לו כמו תם ומועד וכה"ג. וא"כ בהוציא כו' כיון שזה מחזיק בטענתו לקוח שוב הי' לו למחות מליקח הפירות. ואף דהי' צריך לשלם לו מה שהוציא שוה כפירות שהכניס. ז"א כיון שטוען לקוח וגוף הפירות שלו ואינו חייב לו ההוצאות רק פירות שהוא דוקא וזה מודה לו השיוי דהיינו מה שהוציא הדין דפטור לגמרי אף ממה שהוציא דהא ט"ח והל"ב כנ"ל. ואף דתפס מהני מ"מ אדרבא הי' לו למחות שלא להניח ליקח הפירות ולא הי' חייב לו כלום דלא הי' תפוס כנ"ל. משא"כ אפיק כורא דגוף התבואה שזרע הוא של הזורע ויש לו חלק אח"כ בגוף התבואה כמו שזרע כמ"ש תוס' ר"ה י"ג דלא חשוב קצירכם ע"ש. א"כ גם לדבריו הכור דעייל שלו הוא

דהוי תבעו והודה לו דוקא כנ"ל שפיר לא הוי חזקה דא"א לו למחות שהי' זוכה בפירות שהכניס ע"פ דין כנ"ל:

סעיף יא

אכלה ערלה שביעית וכלאים אעפ"י שנהנה בעבירה ה"ז חזקה (ויש חולקין וס"ל דלא הוי חזקה אא"כ אכל הזמורות או כיוצא בזה שאין בו איסור):

(**יב**) **אכלה ערלה** כו'. הנה רש"י ורשב"ם ותוספ' ורמב"ם פי' כל אחד פי' אחר. ולכל הפירושים תמוה מאד הגמ'. ולע"ד לישב בעזה"י דגי' רשב"ם ב"ב ל"ו אמר ר"י אכלה ערלה אינו חזקה ופי' א' מהג' שנים דלא איכפת לי' ולכך לא מיחה כו' ואמר תנ"ה אכלה ערלה ש' וכ' אינו חזקה ע"ש. ותמוה כק' תוס' דכתובות ד' פ' גבי הוציא הרבה ואכל קימעא אמר בגמ' עבד ר"י עובדא בחבילי זמורות ור"י לטעמי' דאמר ר"י אכלה ש' וכלאים הוי חזקה. ומפורש להיפוך וגם מה ענין לזמורות. ואם זה מימרא אחרת הי' להביאו כאן ולמירמי הדדי דחד לישנא הוא ע"ש בתוספ' דלכך גרסי הוי חזקה ע"ש וכן רש"י ז"ל בכתובות כ' כן. ותמוה לי גם לגרסתם דחד מימרא הא ב"ב לא הזכיר ר"י רק ערלה ובריייתא מייתי ע' ש' וכ' כו' ושם אמר ר"י לטעמי' ערלה ש' וכ' הוי חזקה ע"ש. ולכך י"ל לרשב"ם ז"ל דאדרבא מהכא דייק דלמה באמת ברייתא הזכירה כל הג' ור"י הזכיר רק ערלה. ובשלמא שביעית י"ל דא"נ בח"ל אבל כלאי הכרם הי' לו להזכיר. וי"ל דלכאורה אם שנה א' ערלה מ"מ כשעשה כל עבודות האילן הנצרך ואוכל שנה ב' וג' בהיתר למה לא יועיל כמו בנות שוח שעושה א' לג"ש ופ' הרא"ש דהוי חזקה באכילה א' אם התחיל כשחנטו ותיקן צרכי האילנות כו' כמ"ש ס' י"ו. כיון שעשה כדרך לצורך שנה ג' כדרכו. ומה חילוק כיון שכן דרך האילן דהפירות אינו מותר עד שנה ד' וכאלו לא הוציא כלום בשני ערלה. ואף שלא אכל באיסור יועיל כנ"ל ויהי' נחשב מה שתיקן צרכי האילן בשנה א' דערלה לצורך פירות דשנה ב' דהיתר כנ"ל. אך לדעת רמב"ן ז"ל ס' ח' ט' דאם בנה כו' או תיקן צרכי השדה שיהנה אינו מצטרף למה שנהנה אח"כ וכן ניר אינו עולה בחשבון כו'. א"כ החילוק שפיר דבנות שוח חשבינן משעת חנטה שנעל וגדר הוא צורך שמירת הפירות שיגמרו בשנה ג' שפיר מצטרף ב' השנים דג"כ חשוב נהנ' שהי' רק צורך הפירות. משא"כ שנת ערלה שאף אם לא ישמור הפירות דשנת ערלה מ"מ יעשו פירות דשנה ד' שהוא מותר ואין שמירת הפירות דשנה זו מועיל לפירות דשנה ב' שהן חדשים. ושפיר כיון דערלה לא מהני ממילא לא מהני מה שנעל וגדר כנ"ל. ואף דתיקן צרכי האילן וזה שפיר מועיל לשנה האחרת דכשיתקלקל האילן לא יעשה פירות.

מ"מ זה הוי כניר כו' ובנה דמהני לגוף הקרקע ואינו מצטרף כנ"ל. ולא דמי לבנות שוח דבשעת נטה אם לא ישמור הפירות לא יהי' בשנה ג' משא"כ ערלה כנ"ל:

אמנם לדיעה ב' ס' ט' דניר מצטרף כיון שאוכל אח"כ וכן בנה או תיקן צרכי האילן עצמו ג"כ מהני להצטרף ואם לא הי' עושה פירות כלל עד שנה ג' הי' חזקה ע"י שתיקן צרכי אילן ב' שנים ואכל שנה ג' וכמשמעות לשון הרא"ש דחשיב תיקון צרכי האילן ע"ש וא"כ קשה כנ"ל בערלה למה לא יועיל שנה א' או ב' להצטרף עם שנה ג' שבהיתר כנ"ל כיון שתיקן צרכי האילן שנה א' וב' ג"כ כנ"ל. הגם די"ל דכשאוכל ערלה גרע מלא אכל כלל דשוב מורה דמה שתיקן צרכי אילן הי' לצורך אכילת פירי דשנה זו דערלה לא לצורך שנה ג' דהיתר וזה אינו כדאכלי אינשי ולא מהני להצטרף לשנה ג' שיחשב כנ"ל. מ"מ קצת דוחק דיהי' גרע מלא אכל כלל. ולכך י"ל דהא הרא"ש יליף לה הא דבנות שוח מאילנות (ל"ו ע"ב) כנ"ל ע"ש בל' י' לבית סאה כו' ושם אמר בגמ' ה"מ דלא אפיק אבל אי אפיק ולא אכל לא מהני ע"ש. וא"כ בערלה כיון דזמורות היתר הוא וחשיב אכילה. ממילא כיון דאכלה ערלה היינו הפירות שאיסור ערלה נוהג בהן לא הזמורות לא מהני שיחשב אף שלא אכל התיקון לצורך שנה ג' דהא אפיק ולא אכל דיש פירי דהיתר גם בשנה דערלה היינו הזמורות כנ"ל ולא אכלה ולכך לא מהני אכלה ערלה כנ"ל. וא"כ ממילא מוכח מר"י דאכילת זמורות חשוב אכילה ואם אכלן בשני ערלה הוי חזקה דאי לא הוי אכילה שוב אכלה ערלה הי' חזקה כנ"ל. ומיושב דברייתא תני כל הג' דערלה כנ"ל. ושביעית ענין אחר דהפקר ואינו איסור וקמ"ל דלא הוי חזקה באכילת פירי דהפקר ואם שמרן הוי באיסור וג"כ יש זמורות דהיתר. וכלאים קמ"ל ג"כ כמ"ש תוס' דמיירי שזרע אח"כ שהזמורות לא הוסיפו מאתים רק הפירות ע"ש. וקמ"ל בזה כשזרע הוא התבואה על הגפן באיסור כלאים דאף שאכל הזמורות דהיתר ג"כ מ"מ אינו חזקה דלא הוי כדאכלי אינשי כיון שהי' אפשר לו שלא לזרוע כלאים שיהי' פירי דהיתר וזרען דאסור רק הזמורות דמאכל בהמה הוי שוב כאכלה שחת דאינו חזקה כיון דקיימא לזריעת מאכל אדם כנ"ל. ויש רבותא בכל הג' דתני בברייתא כנ"ל. אבל ר"י נקיט רק ערלה דשביעי' אינו נוהג בח"ל וכלאים א"צ למנקט דהא נהיג כר' יאשי' (ברכות כ"ב) דאינו כלאים עד שיזרע חטה ושעורה וחרצן במפולת יד ולא משכחת לה שיהיו הזמורות מותרין והפירות אסורין. ואכילת איסור מוכח מערלה דאינו חזקה דבכלאים אף שאין זמורות לא שייך טעם הנ"ל. עכ"פ מוכח מר"י דאמר אכלה ערלה אינו חזקה. דאכל בשני ערלה הזמורות דהיתר כיון שאין אכילה אחרת דהוי כצואר מחוזא דקאי לשחת הוי חזקה דאם לא הי' חשוב אכילה הי' מהני ערלה כנ"ל. וע"כ כנ"ל. וממילא גם בשביעית

ואכל הזמורות או כלאים לרבנן וכשהי' זרוע קודם שהחזיק בענין שהזמורות הי' מותרין והפירות אסורין כמ"ש תוס' הי' חזקה באכילת זמורות כנ"ל. ושפיר מייתי בכתובות דעביד ר"י בחבילי זמורות כו' דלטעמי' דערלה ש' וכלאים הוי חזקה דמדברייתא נקיט כל הג' ור"י נקיט ערלה כנ"ל מוכח דכל הג' כשאכל זמורות דהוי חזקה כנ"ל. או שאמר ר"י בפירוש דהוי חזקה כנ"ל. דלא קשה דהוי לי' למירמי אהדדי. דאדרבא כל הטעם דאכלה ערלה הפירות אינו חזקה הוא רק משום דאי אכל הזמורות הוי חזקה כנ"ל.

ולכאורה הי' אפשר לפרש שם בכתובות דאמר סתם עבד ר"י עובדא בח' זמורות א"כ י"ל דעביד עובדא דלא חשבי' אכילה ולטעמי' דאמר סתם אכלה ערלה אינו חזקה דמשמע אף דאכל הזמורות ג"כ מ"מ לא מהני דאינה אכילה והגירסא כי הכא. אך ע"כ לא משמע להו לתוס' כן רק דעביד עובדא כו' משמע דחשיב אכילה כנ"ל.

וי"ל עוד דשפיר ב' מימר' ובתרוייהו אינה חזקה חדא אמר כל ג' כדמייתי התם דאמר ר"י ערלה שביעי' כ' אינה חזקה. ואמר ג"כ אכלה ערלה לחוד דאינה חזקה כדמייתי הכא. ואכלה ערלה דמשמע הפירות שערלה נוהג בהן. ומה דאמר ר"י באמת תרוייהו היינו דאף דאמר כל הג' דאינה חזקה קמ"ל דאיסור אינו אכילה ודומיא דכלאים שאין בה אכילת היתר דגם הזמורות אסורין כנ"ל. ולכך אמר עוד ערלה לחוד דאינו חזקה לאשמעינן דאף שאכל הזמורות ג"כ ואם לא הי' אוכל הפירי דאיסור הי' מהני כמו בקאי לשחת כנ"ל. מ"מ כיון שאכל הפירות גרע כמ"ש לעיל. דכיון דכשיש אכילת פירי דאדם לא חשיב אכילת שחת אכילה שוב י"ל דגרע דגלי דעתי' שאוכל הפירות דערלה ושוב לא הוי אכילת הזמורות אכילה לגבי דידיה ומצד אכילת פירות דאיסור אינו כדאכלי אינשי וגם לא נפסד כמ"ש רשב"ם ז"ל. וממילא גם תרוייהו לא מהני. והיינו דקמ"ל ר"י דאכלה ערלה היינו באיסור מגרע החזקה שהי' מהני בלא אכילתה ע"י הזמורות כדרך העולם דזה לא הי' מוכח מאידך מימרא דדומי' דכלאים לר' יאשי' כנ"ל. ומוכח דאכילת זמורות הוי אכילה. דאל"ה רק דאתי לאשמעינן דאכילת זמורות לא מהני לא הול"ל אכלה ערלה רק אכל זמורות בשני ערלה א"ח וע"כ דעל אכילת איסור קאי והא כבר אמר כל הג' וע"כ דקמ"ל דמגרע אף דזמורות הי' מהני כנ"ל ומייתי ר"י לטעמי' דאמר ערלה ש' וכלאים. ואעפ"כ אמר ערלה לחוד ג"כ כדאמר הכא ומוכח דמהני כנ"ל. וכן מייתי כאן סייעתא מברייתא דסתמא כרבנן דר' יאשי' קודם דנהוג וגם בכלאים סתמא היתר זמורות ותני דאינו חזקה מוכח כר"י דמגרע כנ"ל. וגם אי לא נימא סברא הנ"ל דמגרע רק כיון דזמורות חשיב אכילה לכל העולם בשני ערלה הי' לו למחות והוי חזקה. מ"מ נראה דהא תוס' במשנה ריש פ' ח"ה ד"ה ג"ח כ' ובשדה אילן דבעו רבנן ג"ש מיום ליום אע"ג דלא שייך

אכלה שחת איכא למימר שזומר ומעכב העצים לעצמו ואע"ג דמתקן בכך והוי כמו ניר מ"מ כיון שמעכב לעצמו מהני ע"ש. והנה למאי דקי"ל דדקל נערה שפירותיו נושרין לא הוי חזקה ע"ש ס' ט"ו דדוקא מה שלקטו ממחובר דקי"ל כשמואל עד שיגדור כו' משא"כ מה שלקחו תלוש לביתו לא הוי חזקה. וא"כ זמורות למה יועיל כיון דמה שזומר ולוקחם מאילן המחובר הוי רק ניר דשיבא דכרבי כו' דמהני לאילן. ורק אחר שזומר מה שלקחם לעצמו. והוי כדקל נערה כנ"ל דמה שלוקח בתלוש לביתו לא משוי חזקה כנ"ל אך תוס' כ' שפיר דלהצטרף לאכילה גמורה שפיר מהני דאף שלקיטת הפירות יום א' מ"מ מהני מה שזומר ומעכב לעצמו כעושה בשלו שיועיל אח"כ לקיטת הפירות ממחובר כראוי ולא גרע מנעל וגדר כנ"ל. וניר להפ' דכשאכל מצטרף הניר כנ"ל. וא"כ קשה גבי אכלה ערלה לפי' תוס' דבשביל הזמורות דהיתר יהי' חזקה הא כיון שאין אח"כ לקיטת פירות דאיסורא הוא ולא חשוב אכילה. רק הזמורות לחוד יחשב פירות. וא"כ שוב הוי כדקל נערה דלא מהני דבשעת לקיטה מאילן הוי משביח האילן רק אח"כ שלקחם לעצמו והוי תלוש כנ"ל. ולמה יהי' חזקה באכילת זמורות אף בשני ערלה כנ"ל:

אמנם בגמ' נ"ד ע"א אמר שמואל דמאן דפשח דיקלא אדעתא דדיקלי קני אדעתא דחיותא לא קני ה"ד שקי, מהאי גיסא ומהאי גיסא ע"ד דדיקלא כולא מחד גיסא ע"ד דחיותא. ופי' רשב"ם ז"ל מהאי ג' ומהאי כו' שכן מנהג לעשות אע"ג דא"ל נמי אדעתא דחיותא סתמא כל אדם אדעתא למקני מכוין וכיון דא"ל הכי וא"ל הכי קני כו'. כולה מחד גיסא מקלקל הוא את האילן שמגלהו כולו מצד א' ודאי ע"ד דחיותא לחוד מכוין דלאילן לא חייש עכ"ל וא"כ כאן לענין חזקה בלקט כולן מחד גיסא מורה הלקיטה שלצורך חיותא והוי אכילת פירות ממחובר דהוי חזקה וא"ש לשיטת תוס' דאכלה ערלה היינו הזמורות דמהני. אמנם לטור ורוב הפוס' דבאתרי דמובר ואכלן רצופות דלא מהני כיון ששומט ואוכל ואינו חושש לקלקול השדה רק לאכול הפירות כדרך גזלן לא מהני ע"ש לעיל וע"כ לא נחלקו רק משום דאיכא אתרי דלא מובר. אבל בזה כיון שלוקט מחד גיסא ומקלקל האילן ורק לאכול הזמורות ואינו חושש לקלקול האילן לכ"ע לא הוי חזקה דשומט כדרך הגזלנים כנ"ל. וע"כ דמיירי מהאי גיסא ומהאי גיסא ואף דא"ל הכי וא"ל הכי מ"מ י"ל כמו שם לענין קנין דאמרינן מסתמא רוצה לקנות ומכוין ע"ד האילן להשביח כן בזה לענין חזקה אמרינן להיפוך דמסתמא רוצה להחזיק ע"ד דחיותא שיועיל לחזקה דלאילן לא מהני ואף שאינו דומה לגמרי לקנין דרוצה לקנות משא"כ חזקה דכל שאין עירעור א"י אם נצרך לו. מ"מ י"ל ק כמ"ש הגמ' באיכא דלא מובר א"א דדידך הי"ל למזרעא למהר' החזקה ע"ש בש"מ כן בהנ"ל. וא"כ זה דוקא כשאינו אוכל הפירות רק הזמורות

בשני ערלה הוי חזקה כנ"ל דרוצה להחזיק מסתמא. אבל באוכל אח"כ גם הפירות וגלי דעתי' דרוצה להחזיק באכילת פירות שוב סתמא ע"ד האילן הי' לקיטת הזמורות ולא הועיל להחזיק ואכילת פירות דאיסור ג"כ לא מהני ושפיר אמר ר"י דאכלה ערלה מגרע דלא הוי חזקה אף שכבר אכל הזמורות מגרע מה דאכלה ערלה כנ"ל. ומייתי שפיר דמוכח דזמורות הוי אכילה כנ"ל וא"ש:

ולשיטת תוס' לע"ד ניחא מה דתמוה מה הי' הספק שם בכתובות דהוצרך לאתויי דעביד ר"י עובדא בח' זמורות. דאם הפי' דחשוב דרך כבוד דלסגי בפחות מדינר אינו ענין לחזקה. ואי דמהני בשוה דינר כמ"ש הרמב"ם (פ' כ"ג מה' אישות) מהו הספק כיון דהנאה מהני ודאי דאכילת בהמה הוי הנאה. ולמ"ש הספק הי' כיון דמה שלקט הזמורות הוא לצורך האילן לא חשוב פירות כלל ונעשה קרן אחר הלקיטה כשאר חפצים שאינו שייך לפירות האילן וכהאי דד' מאה זוזי שם דנטל מהקרן לא חשוב פירי דיהי' שייך הוציא ואכל דההוצאה על האילן וזה אינו מפירותיו כיון דמסתמא לא ע"ד דחיותא ומייתי דעביד ר"י כו' ולטעמי' דה"ז חזקה באכילת זמורות והא בתלוש לא מהני וע"כ דסתמא ע"ד דחיותא וחשוב פירות. ואף דשם רוצה להחזיק כנ"ל. מ"מ אי לא הי' הזמורות חשוב פירות האילן כלל כיון שלקיטתו להציל מקלקול האילן לא הי' חזקה כלל ומוכח שפיר דהוי פירי כנ"ל. גם י"ל דהספק הוא דזמורות מאכל פילין כמ"ש תוס' קדושין ולשאר בהמות הוי אכילה ע"י הדחק ומספק' לי אי אכילת בהמה שע"י הדחק חשוב אכילה ואיפלגי בה ר"י ור"ל שבת ע"ו ע"ש וב"ק י"ט. ודוחק:

ולגירסת רשב"ם י"ל בפשיטות דעביד עובדא בח' זמורות דבעי שוה דינר או איסר דרש"י פי' שם דרך כבוד שלא נראה כגזל ע"ש. ומביא ר"י לטעמי' דאכלה ערלה אינו חזקה וסתם אמר ולמה לא יועיל אכילת הזמורות. ובשלמא מהאי גיסא ומהאי י"ל דאדעתא דאילן ולא מהני כניר כנ"ל. אבל כולא מחד גיסא יועיל. וע"כ דחשוב כשמיט ואכיל כגזלן כיון שמקלקל האילן ושוב בעי שוה דינר שם כנ"ל:

ולשיטת הרמב"ם ז"ל דגריס אכלה ערלה הוי חזקה וקאי על הפירות דאף באיסור הוי אכילה ותמוה האי דכתובות דמה ענין ח' זמורות להא דר"י. ופי' ב"י דמדמי זמורות לאסור ע"ש דתמוה מהו הדמיון. וי"ל דהא באיסור נהי דכשרואין שאוכל הוי אכילה גבי דידי' מ"מ הלקיטה מהאילן ודאי דלא נראה כלוקט פירי הראוי לאכילה דהא מסתמא לא מחזקינן ברשיעי רק לשריפה וא"כ מה שנעשה אוכל הוא אח"כ. והוי כדקל נערה הנ"ל דעל הלקיטה א"צ למחות ואח"כ שאוכל אינו חזקה דתלוש. וצ"ל דהוכיח סופו על תחלתו דכשאוכל אח"כ איגלאי דלקיטה הי' לאכילה וחשוב חזקה כנ"ל. ודייק מזה

דחבילי זמורות אף דסתמא לצורך האילן מ"מ כשמאכיל לבהמה הוכיח סופו ע"ת דהי' אדעתא דחיותא וחשוב פירי כנ"ל:

עוד י"ל דהא יורד שלא ברשות בעשוי כו' נוטל כאריס למחצה כו' (ב"מ ק"א) וגם באילן דעבודתו לגוף האילן שמועיל על אחר השנה ג"כ להשביחו וגם להפירות של השנה מ"מ בעד כל העבודה דשנה נוטל מחצה מפירותיו וזה בעד הכל. ובעובד שלא ברשות בשני ערלה. ודאי דאם לא אכל פירותיו צריך לשלם לו מה שהועיל לאילן על אח"כ ככל משביח שלא ברשות ועושה טובה. אולם אם אכל הפירות באיסור נראה דא"צ לשלם לו ולא חשוב פורע חובו מאיסורי הנאה. דכשאוכל הפירות אינו חייב לו כלום דהא מבואר סי' רס"ד ס"ד דאף דעושה טובה שלא מדעתו צריך לשלם לו מ"מ כשעשה בשביל עצמו ומגיע טובה לחבירו ג"כ א"צ לשלם לו. וא"כ כיון שאוכל הפירות באיסור ואגלאי מלתא דמה שעבד באילן הי' לצורך עצמו כאריס לאכול הפירות דמה"ט הוי חזקה דאיגלאי כנ"ל וא"כ שוב אף דממילא השביח האילן ג"כ ומגיע טובה על אח"כ מ"מ א"צ לשלם לו כנ"ל. וא"כ הא ע"כ טעם הדין לרמב"ם ז"ל דהוי חזקה אף שלא נפסד כלום. היינו משום דמ"מ כיון שנראה שאוכל פירות כבשלו אף באסור מ"מ הי' לו להקפיד שלא להניחו אף שאינו נפסד כנ"ל. אבל אם מרויח ע"י אכילתו ודאי דלא שייך שהי' לו להקפיד כנ"ל וא"כ כיון דהי' צריך לשלם מה שהוציא ומושבח האילן על אח"כ וע"י אכילתו פירותיו דערלה פטור א"כ למה יהי' חזקה הא עדיף מהא דכל שיבי דכרבי כו' שהאכילה לטובתו כנ"ל. אך אם הזמורות חשוב אכילה י"ל כיון דאכל הזמורות. גם כשלא יניחו לאכול הפירות יהי' חשוב דעביד ע"ד שיאכל הזמורות דחשוב פירות ועשה ע"ד ומגיע טובה ממילא דא"צ לשלם לו ושוב כשמניחו לאכול הפירות דערלה הוי חזקה דאף שאינו נפסד לא הי' לו להניחו כנ"ל ואינו מרויח דבל"ז לא יצטרך לשלם כיון דאכל הזמורות ומ"מ לענין חזקה לא יהי' הזמורות חזקה כמ"ש לעיל ולכך שוב כיון דאכלה ערלה הוי חזקה מוכח דאכילת זמורות חשוב אכילה לפירות. דאל"ה כשלא יאכל הפירות יצטרך לשלם לו דלא חשוב עביד ע"ד הזמורות כנ"ל. וחשוב כעשה ע"ד שישלם לו וממילא מרויח באכילתו ומוכח דהוי חזקה דזמורות חשוב אכילה כנ"ל:

(**יג**) **ערלה** כו'. רוב הפ' דגרסי הוי חזקה פי' כשאכל הזמורות. והי' אפשר דגם הרמב"ם ז"ל כוונתו כן שאכל גם הזמורות כמ"ש תוס' בכל חזקה דאילן דסתמא זומר ומעכב לעצמו. רק בשאר שני לא מהני דהוי כאכלה שחת משא"כ בשני ערלה. רק כיון דאכל הפירות נימא דמגרע כמ"ש לעיל ע"ז כ' הרמב"ם דאכילה בעבירה מ"מ הוי אכילה כו'. והיינו דממ"נ נגד העולם דלא קאי האילן למיכל מיני' בשני ערלה נראה כשלו מטעם

הזמורות דאין פירי דאדם כנ"ל. והוא שאכל באיסור דנימא דאיגלאי דלא הי' זמורות אכילה שוב אוכל הפירות ונראה כשלו כנ"ל.:

ומיושב הגמ' דכתובות שפיר דמייתי דזמורות הוי אכילה מאכלה ערלה דאל"ה לא הי' מהני אכילת אסור לחוד דהלקיטה אינו מורה דשלו ורק אח"כ כנ"ל. אולם לשון הרמב"ם ז"ל אע"פ שנהנה בעביר' משמע דבהאי לחוד ג"כ מהני. ובאמת אינו מובן הטעם כיון דלא מפסיד מידי מאי איכפת לי'. וי"ל דכמו דאי לפירי אחתי' בעי למחויי וכ' רשב"ם החילוק בין בעל בנכסי אשתו דפריך פירי אית לי' כו' דשם הכל יודעין משא"כ לפירי אחתי' דאינו ידוע לכל ונראה כשלו צריך למחות ע"ש (דף מ"ט). וי"ל גם בערלה נהי דכשהוא ערלה אין לו להקפיד מ"מ אין ידוע לכל שערלה הוא ונראה כשלו שאוכל הפירות ואדרבא מוכיח שאינו ערלה אכילתו. וממילא אף דבאמת, אינו מקפיד על פירות לא עדיף מאחתי' לפירי דודאי אינו מקפיד ומ"מ צריך למחות כנ"ל. אך שביעית, ידוע לכל דאין לו להקפיד והוי כמגודא דערודי ולבר (דף ל"ו) דאינו חזקה כמ"ש רמב"ם במקום שחי' ויד כל אדם כו' ע"ש (פי"ב מטוען). ולכאורה י"ל כדאמר בגטין מ' בעבד שנשא ב"ח בפני רבו יצא לחירות דא"ל כו' לא הוי מניחו למעבד איסורא ע"ש. ואף דשם דוקא שהשיאו למסקנא דמסייע לאיסור. י"ל דשם דוקא דגם בשחרור איכא עשה משא"כ כאן לא הי' לו להניח לעשות איסור בשלו לאכול ערלה ושביעית וכ' ומוכח דזבני'. ובפרט למ"ש תוס' שם בהניח לו תפלין דכיון שאין מניחין יצא קול דמורה ששחררו ולא הי' עושה כן ע"ש. כן בזה דע"י שמניחו מורה שאינו שלו כנ"ל. אך הלשון אינו משמע כן. וי"ל דחשוב נפסד שהרי המצוה על בעל השדה להפקירו בשביעית כמבואר ברמב"ם שהוא עשה תשמטנה כו' שיפקיר. ואף אי מצות לא להנות נתנו ולא מקרי הנאה אבל מ"מ נפסד מיקרי והי' לו להפקיר שמפקיע מצוה המוטלת עליו ועושה איסור. וכן י"ל גם בערלה וכלאים דמצוה בשריפה כנ"ל. וי"ל דשוב הוי כמו השיאו רבו אשה שעושה איסור וודאי שחררו. כן בזה כיון דמצות עשה עליו ממילא מה שמבטל המצוה עושה בעצמו איסור שסייע לעבירה של זה דאכלה באיסור ומורה דזבני' כנ"ל:

עוד נראה דהא ע"כ שעשה כל עבודות הצריכין נעל גדר חרש כו' דאל"ה אין כאן רק יום א' דלקיטת הפירות כמ"ש תוס' ריש פ' חזקת ורק שעשה כל עבודות באיסור דשביעית אסור כל עבודה. ואף דחרש וזרע ולא הכניס פירות אינו חזקה אבל כשאוכל אח"כ איגלאי מלתא דהכל הי' לצרכו וחשוב שנה שלימה. וא"כ כמו בניר דדעת הרמב"ם כרוב הפ' דאם אוכל מצטרף מה שנר. דהא אמר בגמ' (ל"ו ע"ב) מ"ד ניר לחוד הוי

חזקה דלא שביק אינש דכרבי לארעי' ושתיק ומאן דפליג רק משום כל שיבי דכרבי כו' דלטובתו כיון שאינו אוכל ואזרענה אח"כ ויהי' טובה כו'. אבל כשאוכל דאיגלאי דהי' הניר לצרכו שוב יש לו להקפיד משום הניר ג"כ. וא"כ באכלה ערלה ושביעית כו' דעשה כל עבודות הצריכים באיסור וע"ז גופי' קפידא דלא שביק כו' ורק משום לטובתו. אבל עכ"פ כשאוכל באיסור איגלאי עכ"פ דהי' עבודה לצרכו ושוב מהני שיש לו להקפיד מטעם עבודת השדה ואילן אף דבשעת מעשה לא הי' לו להקפיד אבל על האכילה הי' לו להקפיד מטעם דמורה למפרע על העבודות שהן לצרכו דכל מה ששתק הי' משום לטובתו ושוב כשאוכל מקפיד כנ"ל. ועוד דמשום הזריעה באיסור בשביעית לחוד יש לו להקפיד כיון דחרש מקודם ושיבי דכרבי כו' שיהי' לטובתו שיזרענה בעצמו אח"כ ותועיל לו חרישה זו. וא"כ כשזה זורעה בשביעית מקלקל זה דמה שיגדל יהי' הפקר כנ"ל. ומ"מ בלא אכלה י"ל דמרוצה שיהי' לטובת העניים ולא הוי חזקה בזריעה דג"כ שייך שיבי דכרבי כו'. אבל כשאכלה אח"כ הוי חזקה כנ"ל. וחשוב אכילת איסור שיחשב כל העבודה לשנה כנ"ל. ואף דכשאינו אוסף פירות לא מהני הוא רק משום דנשארים לו כנ"ל משא"כ באכלה כו'. וע"כ בחרש דזרע בלא חרישה לא מהני כלל דפי' תפתיחא להגאונים ז"ל כן כנ"ל. ותמהני על המחבר ז"ל שפ' כהרמב"ם שכמעט כל הפ' חולקין דאף דהגאונים גורסין הוי חזקה היינו באכל זמורות דוקא. וכן ד' הראב"ד ורש"י כתובות ותוס' ורא"ש ורמב"ן ורשב"א שהביא ב"י וש"ע סעיף ו' וריטב"א כתובות. וגם ברמב"ם לע"ד אין הכרח שחולק על כל הפ' וגם תמוה מהא דכתובות כמ"ש הה"מ. וי"ל פשוט דערלה ושביעית דהוי חזקה הוא משום הזמורות ככל הגאונים דאל"ה כיון שלא מפסיד בעלי' כלום לא הי' מועיל ומייתי בכתובות שפיר ר"י לטעמי'. אולם כלאים דגם הזמורות אסורין שוב הטעם כמ"ש רמב"ן ז"ל דזרעה כלאים. וכיון דהי' אפשר לזרעה בהיתר הי' לבעלים לאפוקי מיני' ולזרוע בהיתר. וגם אחר שזרע אין אנס אוסר דאא"א דבר שאינו שלו. רק לדבריו, דדידי' הוא נאסר ולא אחזיק כאינשי רק באיסור בזה אמרינן דקמ"ל דאף אכילת איסור שמה אכילה דכיון דנפסדו בעלים הוי חזקה מדלא קפדי. ולכך כתב הרמב"ם ז"ל כל השלשה אכלה ערלה שביעית כלאים היינו כל הפירות, שיש בהן ערלה ושביעית הזמורות ג"כ וכלאים שהכל איסור מ"מ אף שנהנה בעבירה הוי חזקה וקאי עיקר על כלאים דבסוף כנ"ל כיון שנפסד וא"ש הכל. וסובר ככל הגאונים כנ"ל:

עוד נראה לע"ד דלמה סיים הרמב"ם אע"פ שנהנה בעבירה כיון שהתחיל באכילה אכלה ערלה כו' הי' לו לסיים אע"פ שאכל בעבירה כנ"ל. ולכך י"ל דהא רשב"א ז"ל בת' שהביא ב"י (ס"ח) הוכיח דכשההוצאות מרובים ממה שנהנה הוי חזקה מהא דאכלה ערלה

כו' דהיינו הזמורות ומסתמא אין שוים הוצאות ע"ש וטור ז"ל חולק וכ' באמת בזמורות דדוקא כשנהנה יותר מההוצאה ע"ש. ולגי' הרמב"ם מטעם אכילת איסור אין ראי' כלל לרשב"א ואדרבא משמע דמצד הזמורות לא הי' מועיל כלל וכמ"ש הטור כיון דההוצאות עולים יותר לא נהנה כלל דכן הסברא דמה חילוק. אמנם זה כשאכל רק הזמורות אבל באכל הפירות ג"כ שוב מהני החזקה דהא נהנה יותר ממה שהוציא דגם בעבירה חשוב הנאה לגבי דידי'. ולגבי בעל השדה מהני דהא מפסיד הזמורות עכ"פ ויש כאן אכילה השוה מעות וגם נהנה יותר ע"י אכילת איסור וזה שפיר מהני. ומדויק לשון הרמב"ם ז"ל אע"פ שנהנה בעבירה היינו מה דיהי' חשוב נהנה שיהי' יותר ממה שהוציא זה רק בעבירה מ"מ הוי חזקה כנ"ל:

ומיושב גם הא דכתובות דבשיטה שם כ' פי' אחר דעביד ר"י עובדא בחבילי זמורות דלא חשבי' אכילה דרך כבוד ובעי כאיסר או דינר ר"י לטעמי' אכלה ערלה כו' אינו חזקה כו' ואף דאכל הזמורות לא מהני דלא חשוב אכילה ע"ש. ולכאורה תמוה מה צריך לחזקה דרך כבוד כיון דאכילת בהמה הוא מהני כאכל שחת בצואר מחוזא דקאי להכי בשני ערלה וצ"ל כמ"ש לעיל (ס"ק י"ב). אך פשוט י"ל דהא כ' רשב"א בת' הנ"ל עוד טעם דעייל טפי מכורא מהני אף דפחות מההוצאה משום דאדם רוצה בקב שלו ושוה בעיניו יותר ע"ש הובא ב"י. והוא זה הטעם עצמו דבעל בנכסי אשתו כשהוציא יותר ואכל גרוגרת דרך כבוד דחשוב בעיניו אכילה ושלו יותר מההוצאות כנ"ל,. וא"כ מיושב פי' הנ"ל ר"י לטעמי' דערלה אינו חזקה אף דאכל הזמורות לבהמתו מ"מ כיון דסתמא אינו שוה הזמורות מה שהוציא כמ"ש רשב"א ז"ל ורק משום אדם רוצה בקב שלו דחשוב בעיניו וזה לא מהני מאכיל לבהמתו זמורות שיחשב דרך כבוד שיהי' שייך רוצה בקב שלו אף שהוציא יותר ממה ששוה ולכך לא הוי חזקה וממילא בבעל בעי כדינר או כאיסר כנ"ל. וא"כ הרמב"ם ז"ל שפסק להדיא בחבילי זמורות בבעל כו' דבעי שוה דינר ע"כ דמפרש כנ"ל דעביד עובדא דצריך דינר כו'. וא"כ לגרסתו דר"י אמר אכלה ערלה שביעית כ' הוי חזקה. הפי' בגמ' דהא ע"כ בערלה כשאכל גם הזמורות דאל"ה לא מפסיד מידי דבשלמא כלאים י"ל כנ"ל דמצי בהיתר כו' משא"כ ערלה וע"כ דגם הזמורות. וא"כ הא זמורות לחוד הוי חזקה ולמה לי' אכילה דאסור וע"כ דלא חשוב דרך כבוד ולא הי' מהני זמורות לחוד דלא נהנה דפחות ממה שהוציא הוא ולכך צריך לצרף אכילה דאיסור ג"כ דחשוב נהנה יותר וא"כ שפיר ר"י לטעמי' בבעל בח' זמורות דצריך דינר דוקא כנ"ל. ופסק הרמב"ם ז"ל שפיר שם דבעי שוה דינר וכאן לענין ההנאה טפי ממה שהוציא דמהני נהנה באיסור כנ"ל ומיושב הכל בעזה"י. וא"כ גם הרמב"ם

ז"ל מודה דצריך שיאכל הזמורות ג"כ כנ"ל. וע"ז הדין דמהני האיסור לענין נהנה לא מצאנו חולקין עליו. ולכך נראה עיקר כהרמ"א ז"ל דדוקא כשאכל הזמורות דכן דעת כל הפוס' והגם שמצאתי לר"ה גאון ז"ל בס' המקח שכתב ג"כ כהרמב"ם דאף דהי' התבואה אסורה בהנאה כערלה שו"כ הוי חזקה. אולם לא הוזכר אכילה כלל. וי"ל כנ"ל ג"כ דאכל הזמורות וכיון שהתבואה אסורה בהנאה מהני כנ"ל. ואפשר דגם דעת המחבר ז"ל כן דמסתים לה סתומי אכל כו' אע"פ שנהנה בעבירה ולא הזכיר אף שלא אכל הזמורו' כנ"ל. די"ל דזה לכ"ע לא מהני דהא אפיק ולא אכל ל"מ (דף ל"ז). דאף דבשאר שנים כשאכל הפירות ולא הזמורו' הוי חזקה דכשיש פירות לא חשיבי שיור הזמורות לבטל החזקה אבל בשני ערלה דאדרבא זה עיקר הפירות יותר מפירי דאיסור שוב אף דאכילת איסור שמה אכילה מ"מ כיון דלא אכל הזמורות ג"כ דחשיבי לכ"ע פירות מודה הרמב"ם דלא מהני כנ"ל:

(יד) **וי"א דלא הוי חזקה** כו'. לדידן דס' ערלה בח"ל מותר א"כ י"ל דהוי חזקה אף דזה מברר עכשיו שהוא ערלה מ"מ המחזיק שלא ידע בהיתר אכל או דכיון דהוא יודע לא מפסיד מידי דלדידי' אסור בהנאה. מ"מ י"ל דהוי כלפירי אחתי' דמ"מ אינו ידוע וכיון שאוכל בהיתר כבשלו י"ל דמהני. אך אפשר דבזה כשאינו חזקה צריך לשלם לו דלגבי דידי' היתר הנאה הוא. והא מכר ערלה מה שדמיו אסורין למוכר רק מטעם קנס דעביד איסורא ואל"ה מותר דאין תופס דמיו. א"כ זה דאכל שלא מדעת לא שייך קנס ומחויב לשלם לו. ורשאי ליקח דלוקח בעד היתר הנאה היינו מחמת הנאתו של זה שאינו יודע דמותר לו דכך נאמרה הלכה כו' דמספיקו מותר והא בתרומת חמץ אי לפי מדה משלם רשאי ליקח מהאוכל אף דאסור בהנאה (פסחים ל"ב) וכן בהנ"ל. רק משום זה נהנה וזה לא חסר יהי' פטור. וכיון דבחסר אף פחות מש"פ חייב מה שנהנה הכל כמ"ש תוס' פ"ג דכתובות גבי תחב לו חבירו כו'. ולשיטת תוס' פסחים (דף כ"ט ע"ב) דנשרפין דאפרן מותר הי' ראוי שתהי' מקודשת משום האפר ורק משום דאינו ש"פ ע"ש וע"כ דס"ל דדידי' חשוב א"ה ע"ש. וא"כ כיון דחסר פחות מש"פ משום האפר שוב חייב לשלם מה שנהנה כנ"ל באכילה ומ"מ חשוב רק שלוקח בעד היתר הנאה היינו הנאת זה שא"י שמותר כנ"ל. וא"כ י"ל דמה"ט לא הוי חזקה דכשמרויח במה שמניחו לאכול שלא מדעת י"ל דלכ"ע לא הוי חזקה ועדיף מניר דכל שיבי דכרבי כו' כמ"ש לעיל וא"כ בערלה דאם לא יניחו לאכול אינו שוה לו כלום דלמכרו מדעת אסור בהנאה. ובמה שמניחו לאכול שלא מדעתו יצטרך לשלם לו ואינו עושה אסור במה שמניחו דהא אמר ספק לי ואנא איכול ע"ש (קדושין ל"ט). שוב מרויח ולא שייך מדלא קפיד ולאו חזקה כנ"ל:

אמנם מ"מ נראה דא"צ לשלם לו דמ"מ לאו בר דמים דלגבי הבעלים אינו שוה כלום כיון דאסור בהנאה לדידי'. והא באוסר נכסיו בהנאתו כ' הר"ן נדרי' דהוי הפקר אף דלאחרים מותרים מ"מ להחולקים י"ל כנ"ל ובל"ז לא הוי חזקה דאינו נפסד כנ"ל. ובכלאים בח"ל דקי"ל יורד ולוקח ובלבד שלא יראנו לוקט לכאורה כשלא ראהו לוקט שוב יהי' חזקה מדהניח ליקח הפירות לביתו דכשיהיו מונחים היו מותרים גם לבעה"ב ובשלמא כשאין אילנות אחרים רק זה ממ"נ א"י למחות בידו מליקח לביתו דאי שלו הוא כלאים ואי אינו שלו לאו בע"ד דידי'. רק כשיש עוד אילנות שאינם כלאים אחר הלקיטה הי' לו למחות. אך ז"א דחשוב כדקל נערה דלאו חזקה עד שיגדור ממחובר וכאן על הלקיטה א"א לו להקפיד דראהו לוקט אסור. ורק אח"כ על מה שמכניס תלושין אינה חזקה כנ"ל. ולכאורה בכלאים יש להסתפק אם הי"א הנ"ל חולקין רק בהי' זרוע כלאים אבל זרע הוא מודים כמ"ש רמב"ן ז"ל או דאכילת איסור אינה כדאכלי אינשי לא מהני גם בזה. וגם אי אא"א ד' שאינו שלו. י"ל להפ' ה' רבית (סי' קס"ט סי"ג) דגם בבע"ד אמרינן אאמע"ר. א"כ אינו נאמן שלקחה וממילא אכל באיסור כלאים ואמרינן שלא לקחה ולא נאסר כנ"ל. אך י"ל דהא אם לא לקחה אכל באיסור גזל אין חילוק ונאמן שוב שלקחה כנ"ל:

(**טו**) **אכל הזמורות** כו'. נראה דוקא מהאי גיסא ומהאי גיסא כנ"ל. ובשאר שנים לא מהני אכילת זמורות בלא פירות כאכלה שחת רק בהני דקאי להכי. ומ"מ אף דבשאר שנים ודאי דסגי בפירות בלא זמורות. מ"מ בשני שביעית וכלאים כשלא אכל הזמורות יש להסתפק אי מבטל החזקה דלא ליצטרף שנה הקודם עם ב' דאח"כ דהוי כמוברי או לא די"ל דכשאינו אוכל אינו מבטל דמ"מ אינו פירות. וכן משמע גם ל' אילנות ואכל י' י' וה"מ דלא אפיקו כו' ובתוספ' שם גבי בשנת שדפון והא יש זמורות וחשוב אפיק ולא אכל. ואי אכל יחשב שוב אכילה כיון דליכא פירי אחריני ואין צורך דלהוי הני י' חזקה לכולהו. ומשמע דאף דלא אכלן אינו מגרע:

סעיף טו

המשיר פירותיו קודם שילקטם אע"פ שעמדו על האילן עד שגדלו כל צרכן אינ' חזקה (דלא הוי חזקה עד שילקט הפירות בידו):

(**טז**) **עד שילקט הפירות בידו**. זו פי' דקל נערה לר"ה. ומ"ש בסמ"ע ודו"פ די"ל דהר"ח חולק דדוקא במשיר קודם גמרן אבל אח"כ מה חילוק בין ביד ע"ש. לע"ד שאינו חולק דעיקר הטעם כיון שאינו לוקט מהאילן אין שייכות להאילן כיון שנשרו לוקח דבר תלוש מרשותו של זה ולא חשוב כלל מחזיק בשדה או אילן של חבירו רק נוטל פירות תלושין מרשותו כנ"ל. ופשוט לרמב"ם (פ"א מה' מכירה) דאכילת פירות קנין הוא דלא מהני

אוכל פירות שנתלשו וכן לענין חזקה לדידן. ואדרבא ר"ח ז"ל מודה בזה דהא יכול ללקטן בגמר בשולם כיון שמשיר אח"כ ולא לקטן ודאי להחזיק ולגדור דיקלא דלאו דילי' דלא חציף כנ"ל. משא"כ משיר קודם גמרן דא"א ללקטן קודם כיון שלא נגמרו. והוי כשחת כיון שכך פירותיו מ"מ כיון שלא לקטן אלא בתלוש לא מהני כר' האי כנ"ל. ואף אכלה שחת דוקא ממחובר. ומשמע דאף נזדמן שנשרו ג"כ הדין כנ"ל. ואף דנקט דקל נערה שדרכו כן משום דסתמא כן דהא מוקי לשמואל עד שיגדור כו' דוקא ביד כנ"ל. וכן סיום לשון רמ"א ז"ל למותר שכתב המחבר אלא משום דלשון המחבר אילן המשיר דמשמע דוקא שדרכו כן. מסיים רמ"א כו' עד שילקט ביד אף שאין דרכו רק עתה לא ליקטן כנ"ל. ומ"מ ודאי אם שכר פועלים ללקטן מהני אף להפ' לעיל בשכירות דבלא שטר מצי אמר לא ידעתי ששכר להם. וכן כאן יוכל לומר לא ידעתי שזה שכרם והן לא לקטו לעצמם כמו התם דז"א דשם דרים לצורך עצמם משא"כ בפועל ודאי נקרא שם השוכרים על הפעולה ובתורת שליחות דשלוחו ש"א כמותו ואף פועל נכרי דלא בר שליחות משמע דמהני. רק אם אדם אחר לקט מעצמו ממחובר שלא בשביל המחזיק והניחם שם והמחזיק אספם והכניסם לביתו נראה דג"כ לאו חזקה כמו בנשרו מעצמם כנ"ל. והגם דרי"ף ורמב"ם לא הזכירו דין הנ"ל וע"כ דלא מפרשי הכי דקל נערה כמ"ש לעיל מ"מ משמע להו לש"ע כיון דלא מצינו חולק בפירוש על ר"ה ז"ל י"ל דבגוף הדין מודים מסברא. וגם דאפשר נכלל בלשון עד שיגדור כו' דדוקא ממחובר והמ"ל נ"מ זו ג"כ. והירושלמי דאמר ראוהו חורש זורע כו' ולא הכניס פירות ולא הזכיר הלקיטה י"ל דהוא בכלל הכניס כנ"ל. גם די"ל דסבר כרב כנ"ל:

סעיף טז

(יז) היתה השדה נטועה אילנות כו' י"א שאם התחיל בשני חזקה בשנה ראשונה שחנטו כו'. זה כ' הרא"ש ז"ל מסברא. ונראה דדוקא קאמר שהתחיל שנה א' מהחנטה שמאז ואילך חשוב מה שעושה נעל כו' לצורך הפירות דשנה ג' וכיון דאוכל הפירות בסוף חשוב ג"ש. ואף דלכאורה הרא"ש לטעמי' דניר מצטרף כשאוכל בסוף משא"כ המחבר שפ' דיעה א' ס' ט' דלא מצטרף. אך ז"א דסבר הש"ע דאחר חנטה באילן כאחר זריעה בשדה דחשוב לצורך הפירות משא"כ ניר דמועיל אז רק לגוף הקרקע כיון שלא נזרע עדיין כנ"ל. ומ"מ אף דהרא"ש סבר דניר מהני מ"מ העבודות קודם חנטה לא מצטרף דניר מהני רק למה שנזרע אח"כ וכיון דאוכל איגלאי שהניר לצורך האכילה משא"כ העבודו' לאילן מהני על לעולם לא רק לצורך השנה שאוכל. וכבונה חורבתו כו' שסתם בש"ע דלא מהני וכמ"ש לעיל ס"ק י"ב. וגם סבר הרא"ש דאף דקי"ל כשמואל ג' גדירו'

כו'. היינו במה שעושה פירות בכל שנה משא"כ בעושה א' לג"ש מודה דסגי בג"ש ומהני העבודות להצטרף דלעולם האכילה רק יום א' כנ"ל. אבל אם התחיל להחזיק ב' שנים אחר החנטה ואכל הפירות אחר שנה ואח"כ החזיק עוד ב' שנים ונעל וגדר לצורך הפירות ועדיין לא נגמרו וזה מערער לא מצטרפי הב' שנים שאחר האכילה אף שהוא לצורך הפירות שיהי' אח"כ. ותוספ' ריש פ' ח"ה מדמי לה שגם שיזרע לבסוף ולא יקצור מצטרף לר"י עם האכילה שמקודם. וכן לרבנן באילן נעל וגדר ע"ש. מ"מ נראה דלא מהני לרבנן רק נעל כו' שקודם האכילה לא אח"כ שיחשב שנה כנ"ל. וראי' לזה דא"כ בל' אילנות שאכל כל שנה י' דאמר בגמ' (ל"ו ע"ב) דמדר"י נשמע לרבנן דהני הוי חזקה להני. ומוקי לה הר"ח ותוספ' בבנות שוח שאותן שחנטו קודם נגמרו שנה א' וכן הב' כנ"ל. ואי כנ"ל מה צריך שיועיל חזקה דהני לכל השדה הא החזיק בכולן ממש דאותן שנגמרו שנה ראשונה עשה אח"כ ב' שנים צרכי האילן ואותן של הב' שנה אחר אכילה ושל ג' החזיק לגמרי. דאי לא עשה נעילה ומה שצריך לעשות לא מהני כמו לר"י דלא אחזיק כראוי אף דחשוב חזקה בכל השדה אינו רק יום א' וע"כ דנעל כנ"ל. וא"כ מה צריך למה דחשיב בכולו. וע"כ דלא מהני העבודה שנה או ב' אחר האכילה כיון דמזו העבודה לא אכל בסוף. ולכך צריך דהוי חזקה להני וחשוב ג' אכילות וג' שנים:

אמנם קשה דהא משמע בגמ' דהא דנקיט שאכל כל שנה י' אילנות אחרים לרבותא נקיט דאף שלא אכל כל י' רק שנה מהני וכ"ש אם אכל אותן י' כל הג"ש דהוי חזקה לכל השדה אילן כיון דבזעי בזועי כו'. וא"כ להרא"ש ז"ל למה לי' כלל אכילת הכ' אילנות ב' שנים הראשונים הא אף אי לא אפיקו כלל ואכל רק הי' שבשנה ג' בנות שוח כדינו סגי דלהוי חזקה לכל השדה דהא הוי חזקה לאותן הי' כראוי כל הג"ש ואכלן בסוף כשנגמרו והוי כאכל כל הג"ש והוי חזקה לכל השדה כנ"ל:

וצ"ל להרא"ש או דלא מהני שאכל אותן הי' כל הג"ש כיון דצריך בזעי בזועי י"ל דוקא כשאכל כולן פעם א' עכ"פ אז מצטרף הני להני משא"כ כשלא אכל רק אותן י' עצמם גרע דלא חשוב פיזור בכולן. וגם שאין אכילה כלל בהאחרים כמ"ש לקמן. או דאף דנימא דבאכלן ג"ש י' הי' מהני לכולה מ"מ בנות שוח שלא הכל רק פעם א' רק דמצטרף העבודה של הב"ש לשנה ג' שאוכל מ"מ לא מהני רק למה שאוכל אבל לא שיחשב ג"ש אכילה אחד לאותן כ' שלא אכל בסוף. ולכך דוקא משום דאכל כל שנה י' דהוי חזקה הני להני כנ"ל. או דכיון דצריך י' לבית סאה ולא סגי בכל שנה ג' רק שנה א' ד' עכ"פ רק דאין חילוק בין ד' בסוף או שנה א' ד' וב"ש ג' ג'. וא"כ מהנך ל' דאכל בסוף י' א"כ בשני בית סאה אכל בשנה ג' רק ג' ג' לא הי' מהני מטעם הנ"ל דהחזיק בכל הבית סאה דע"י

ג' לא החזיק וע"כ צריך צירוף מה שאכל ד' בשנה א' וב' כנ"ל. ומיושב בזה מה דנקיט ל' לג' ב"ס ולא נקיט בבית סאה א' י'. דבזה הא' דאכל ד' בסוף ובזה הי' מהני מצד השנה ג' לחוד. ולכך נקיט ל' בשני ב"ס אכל לסוף רק ג' ג' כנ"ל:

סעיף יז

שדה אילן שחי' בו ל' אילנות בתוך בית ג' סאין ואכל י' בשנה ראשונה וי' בכ' וי' בג' החזיק בכל והוא שיהי' י' שאכל מפוזרות בכל הבית ג' סאין ולא הוציאו שאר האילנות פירות אכל אם הוציאו כו' ולא אכלן לא הוחזק אלא במה שאכל בד"א כשאכל הוא מקצת הפירות כו':

(יח) **ל'** אילנות כו'. היינו דצריך בכל ב"ס שיאכל שנה א' ד' וב"ש ג' ג'. וכבר כתבתי ס"ק הקודם דיש להסתפק דמשמע לרבותא נקיט שאכל כל שנה אחרים וכ"ש כשאכל ד' עכ"פ כל הג"ש והאחרים לא אפיקו דהוי חזקה לכל הבית סאה. או דלא מהני כיון שלא אכל כלל מו' האחרים. וכן נראה דהא מדר"י יליף לרבנן כו' ור"י גמר חזקה משור המועד א"כ כמו התם אף דמועד למין זה אינו מועד לאחר מ"מ נגח שור חמור וגמל נעש' מועד לכל דלא תלינן דלשור מועד וחמור במקרה כנ"ל. כן כנס תבואתו מסק זיתיו כו' לא אמרינן שהזיתים קנה וממילא תבואה וקיץ אכל רק ב' פעמים. רק כיון דג' נפרדים תלינן שוב הכל בחזקתו שקנה השדה וכולן אינו במקרה רק שלו. משא"כ אם אכל רק הזיתים ג' פעמים אף דלא אפיקו השאר מ"מ הוי חזקה רק להזיתים ואמרינן שקנה אילני הזית ושפיר אכל ג' פעמים ואינו ראי' על השאר כנ"ל. וממילא גם לרבנן כן כשאכל כל שנה י' אחרים אף דאפשר דקנה י' והשאר ב"ש בלא רשות מ"מ תולין שקנה השדה והכל כדין משא"כ אכל אותן י' עצמם אדרבא מורה שקנה אותן הי' ולא יותר ואין ראי' על השאר אף דמפוזרות ולא אפיקו כנ"ל. וכן ד' בבית סאה כנ"ל. וא"כ לכאורה לר"י באכל תבואה ג"ש ולא אפיקו זיתים וקיץ עד שנה ג' ובג' כנס תבואתו ומסק זיתיו כו' י"ל דלא הוי חזקה לזיתים וקיץ וגרע מכנס תבואתו פעם א'. כמו דמבעיא בש"ס ב"ק ל"ז שור שור שור חמר וגמל דלא הוי מועד לחמור וגמל דגרע משחו"ג כיון דלשור הוחזק בודאי אין לו צירוף לחמר וגמל. ותלינן להו במקר' ע"ש דמסיק בתיקו וכן קי"ל. א"כ כנס תבואתו וזיתיו כו' מהני אבל הוחזק התבואה בנ"ש ואילנות התבואה ודאי שלו אין להם צירוף שוב לזיתיו וקייצו והוי רק ב' אכילות דלא מהני מספק כנ"ל. וממילא גם לדידן לרבנן כשאכל י' אילנות או ד' לבית סאה ג"ש וג' שנה שנה שוב אינו מועיל כיון דאותן ד' אכל ג"ש דהוחזק בפ"ע שקנאם ואין להם צירוף לו' האחרים שוב מה שאכל ב' שנים כל שנה ג' לא מהני כלל כנ"ל. וא"כ קשה להרא"ש ז"ל דבנות שוח הוי חזקה

בעבודה ותיקון כו' ואכילת הפירות שנה ג' וא"כ נגד אותן הי' של שנה ג' הוי חזקה בפ"ע בלא צירוף האחרים רק אותן הכ' שאכל י' שנה א' וי' שנה ב'. א"כ שוב לא יועיל כלל שיהי' חזקה בכ' האחרים כיון דבאותן י' דג' החזיק בודאי בלי צירוף ואף שהוא בשנה ג' מ"מ גם להיפוך חמור גמל שור שור ושור קאי בתיקו כנ"ל. ונראה דאינו מוכרח דין הנ"ל שלא יועיל ד' כשאוכלין ג"ש. די"ל דלרבנן דלא ילפינן משור המועד לא דמי לענין זה רק דיליף מר"י אלא לענין זה דלא אזלינן בתר האילנות לחשוב כל אילן בפ"ע דא"כ לא הי' מועיל כנס ומסק גם לר"י כג' שדות שאכל כל א' שנה וע"כ דחשוב כל השדה שדה אילן שיש ג' מיני פירות מחולפים תבואה וזית כו' ולר"י מהני כאספסתא כו' וממילא לרבנן בי' לבית סאה הוי כל השדה שדה אילן שמוציא פירות כל שנה ג' אילנות ואכל כל מה שמוציא השדה שנה שנה. רק מ"מ בפחות מג' שמוציא רק ב' לא חשוב שמוציא כלל. ורק בג' לב"ס ומפוזרות חשיב שכל השדה הוציא ואכל הכל דהוי חזקה. וא"כ י"ל שכשהוציא רק בב"ס ד' אילנות פירות וכן שנה ב' וג' מ"מ חשוב שאכל ג"ש כל מה שהוציא השדה אף דהן אותן עצמם שאכל א' ב' ג'. ומ"מ אף דנימא דלא מהני באכל ד' ג"ש מ"מ אין הטעם כמו לר"י דלא ילפינן לדידן משור המועד רק משום דהוי כמו שלא בפיזור דאינו ניכר ונראה שמחזיק בכל השדה אילן כיון שאוכל אותן הד' כל הג"ש. וא"כ כשאכל אותן הד' ג"ש וגם ג' אחרים כל שנה דשוב הוי בפיזור שנראה מחזיק בכולן שוב מהני ולא גרע מג' ג' וד' כנ"ל. דמ"מ אכל מה שהוציא כל השדה כנ"ל. וכן להרא"ש ז"ל אף דהחזיק בודאי לפירות אילן דשנה ג' מ"מ מהני מה שאכל השאר ג' ג' לב"ס. ובזה מיושב מה דנקיט ר"ח ז"ל בנות שוח ולא בשדפון כמ"ש תוס' דרבותא גדולה הוא אף דלג' או ד' לבית סאה דשנה ג' הוי חזקה גמורה מ"מ לא הי' מהני בלי צירוף ב' האכילות דג' ג' כמ"ש לעיל. וכן להיפוך אף דהחזיק בודאי מ"מ לא דמי לשור שור ושור וח"ג ומ"מ מהני לצרף ב' האכילות של ב' השנים כנ"ל. ותמהני שלא ביארו דינים הנ"ל:

(**יט**) **אם הוציאו ולא אכלן לא הוחזק אלא במה שאכל**. עיין סמ"ע דקאי על הפירות והש"ך ז"ל דחה דבריו למה לא ישלם הפירות ולכך מפרש שאכל כדין חזקה ע"ש. וזה אמת דאף דנקיט הרמב"ם ברישא דאכל רק י' כל שנה לרבותא דגם זה מהני. אבל בסיפא בהוציאו ולא אכל רבותא להיפוך דאף שאכל י' ג"ש וכ' האחרים שנה שנה לא מהני רק לאותן שאכל. וקמ"ל דגם שאכל ג"ש מהני לצירוף כמ"ש לעיל. וגם דבלי צירוף מהני עכ"פ למה שאכל. ולכאורה קשה דכמו בפירות דאף אי טעין לפירות ירדתי נאמן מ"מ כשטוען לקוח על הקרקע והדרי שוב אינו נאמן גם על הפירות כיון שאינו טוען לקוח

אפירי הי"ל ליזהר בשטרו משום הקרקע. וא"כ גם באילנות למה לא נימא כנ"ל כיון שכל השדה הוא שדה אילן לענין להחזיק כן באפיקי ולא אכלן שלא החזיק בכל השדה כראוי נהי דאם הי' טוען לקוח רק על האילנות שאכל הי' מהני מ"מ כיון שטוען לקוח על כל השדה וממילא האילנות שלו שוב כיון שאינו נאמן על השדה לא פלגינן דבורי' לומר שקנה אילנות שאכל. דהי' לו ליזהר בשטרו כיון שלא החזיק בשדה כראוי. דלא דמי לאכלה פחות מבית רובע דקני כולה חוץ מבית רובע ולא אמרינן דהי' לו ליזהר בשטר משום הבית רובע. דהם ב' דברים נפרדים וכב' שדות דאפילו הוחזק כפרן על ממון זה לא הוחזק על ממון אחר כנ"ל. משא"כ זה דהוי הכל שדה אילן ולא החזיק דאינו נאמן שלקח השדה ועל האילנות אינו טוען שלקח בפ"ע כנ"ל:

אך בגמ' ג"כ משמע גבי זה החזיק באילנות כו' דאף שטוען על השדה מ"מ מהני חזקתו באילנות לקנות אילנות. אך שם י"ל משום דאית לי' חצי קרקע ג"כ ע"ש. ומ"מ גם בהנ"ל י"ל כיון דאית לי' קרקע בג' (סי' רט"ז ס"ו) חשוב שנאמן על מקצת הקרקע שהחזיק ע"י האילנו' דע"י זה חשוב חזקה בקרקע השייך לאילנות א"כ אותה מקצת הקרקע בחזקתו וממילא נאמן על הקרקע ועל האילנות. והוי כאכלה פחות מבית רובע כנ"ל. אך כשהחזיק רק באילן א' דאין לו קרקע י"ל באמת דלא מהני כנ"ל דחשוב האילן כפירי דהדרי כיון שאינו נאמן גם על מקום האילן לקוח ובתורת שיעבוד שלקח האילן אינו טוען ושנאמר דבכלל טענתו שלקח השדה נכלל גם לשיעבוד א"כ גם לפירות יהי' נכלל ומ"מ הדרי פירי ומ"מ יש לחלק קצת:

(**כ**) **הוציאו ולא אכלן** כו'. נראה דזה המערער צריך לברר שהוציאו עוד ולא אכל כיון דהחזקה ברורה לפנינו דאכל י' כל שנה דמהני רק שירצה לבטל במה דאפיקי ולא אכל והוי כהאי דשמיט דצריך בירור לבטל החזקה. ומ"מ אינו מוכרח כיון דמה דחשיב הני חזקה להני הוא רק כשלא הוציאו עוד אבל כשכולן הוציאו אין אלו חזקה לאלו א"כ הספק אם החזיק כלל דזיל ברור אכילתך ובנות שוח ידוע אי אפיקו. נראה דלטור וש"פ בזמורות דצריך שישוו יותר מההוצאות. גם כל הנ"ל שאכל י' י' צריך שיעלו יותר מההוצאות של כל הל' בשנה. כיון דחשבינן כל השדה באותן י' שאלו הם פירות כל השדה א"כ הוצאות של כל השדה חשוב כא' ג"כ ובהחזיק רק באילנות חשוב כל אילן בפ"ע כנ"ל. וכן בנות שוח צריך יותר מהוצאות כל הג"ש כנ"ל. ולרמב"ם ז"ל בהניח הפירות מקצת על האילן מהני אף דלא אכלן וכל הפ' חולקין. מ"מ משמע דרק בזה נחלקו דלא הוי הני חזקה להני שהוציאו ג"כ ולא אכל. אבל באילן שאכל מודים דסגי באכילת מקצת פירות אף שנשארו מקצת באילן ולא ביארו כמה השיעור דאין סברא

כשיאכל פירא א' מאילן יחשב חזקה בכל האילן. ובתבואה משמע דצריך לאסוף יותר ממה שזרע ובהכי סגי אף שנשאר כיון דאפיק כורא ועייל טפי מכורא. ולהחולקין על הרשב"א היינו הטור, וש"פ גם באילן השיעור כן שילקט ויכניס פירות שיהיו שוים יותר ממה שהוציא בצרכי האילן בשנה זו. אולם לרשב"א ז"ל צריך עכ"פ איזה שיעור ואפשר דרוב פירות בעי. גם אינו מבואר כשהבעלים לקטו שאר הפירות או מתבואה המותר אי מבטל חזקתו של זה כיון שגם הם אכלו כפי' רשב"ם בשכוני גואי. או דלא דמי שהפירות נפרדים וכיון דחרש וזרע ואכל מקצת פירות דהוי אכילה אף דנשאר המותר שוב לא איכפת לן באכילת המותר אף דבעלים אכלו. ולהרמב"ם ז"ל אפשר דבכל אילן אף דסגי במקצת פירות מ"מ דוקא שנשאר המותר באילן או בשדה משא"כ בבזזו שהניחן להפקר ולא אסף י"ל דחשוב כשמיט ואכיל דגם באילן א' או שדה א' לא מהני. וכ"ש ממילא כשאכלו בעלים המותר דמבטל, החזקה ומה דהוזכר כאן וה"מ דבזאי כו' היינו משום שאכל אילנות כולן ובזזו ג"כ אילנות שלמים כנ"ל. והא דאפיק ועייל טפי מכורא י"ל שלא הי' יותר ובט"ז ס"ו כ' דגם באכל קצת הוי חזקה ע"ש. ולמ"ש לעיל החילוק בין תפתיחא לאפיק כורא אין ראי' לדברי ט"ז ז"ל ע"ש (ס"ק י"א):

(**כא**) **אם היו רצופין יותר מי' לבית סאה** כו'. כתב הסמ"ע כשאכל רק י' כל שנה ע"ש משום דס' י"ח פ' דאכל כולן רצופין החזיק ע"ש. תמהני דאין הכונה שאכל רק י' דא"כ נשארו שלא אכל רק אף שאכל כולן שליש בכל שנה שנטועין י"א לב"ס ובג' ב"ס לג' אילנות ואכל י"א כל שנה ג"כ לא מהני כמבואר בתוספ' ורשב"ם. ודוקא אכלן רצופין כולן בכל שנה וכן לשון הש"ע ס' י"ח אכל כל האילנות שבה ג"ש כו'. דס"ד דלא מיקרי שדה אילן שיהי' חזקה על הקרקע קמ"ל דמהני כיון שאכל כולן. משא"כ אכל י"א וכה"ג כיון דיש א' בכל בית סאה דלמיעקר קאי וצריך להיות בזאי בזוי ושמא בג' שאכל הי' א' עומד ליעקר ואכל רק ב' ולא מהני דצריך דוקא ג' ג' ד' או להיפוך וביי"א אכל ע"כ ד' ד' ג' ושמא בשנה שאכל ג' הי' א' כנ"ל ולא מהני ע"ש. וכן כשיש י"ב בב"ס דכשאכל ד' ד' שוב יש ב' העומדין ליעקר והספק כנ"ל וכן י"ג הס' על ג' כנ"ל לעולם. ע"ש בתוס'. ולכאורה להפ' דקבוע שאינו ניכר לא חשוב קבוע א"כ הספק על האילן א' שאכל שנה ראשונה ואנו מסופקין שמא א' מהם מהעומד ליעקר. והא יש י' שאין עומדים ליעקר וא' עומד. א"כ אותו שאכל נימא מרובא העומדים לקיום הוא. וקבוע לא הוי כיון שאינו ניכר איזה העומד כו'. ולר"ן ז"ל דקבוע שאינו ניכר מצד ביטול ברוב א"ש דלא שייך כאן דמ"מ עומד שלא לקיימו משא"כ לש"פ דחידוש קבוע ודוקא ניכר ע"ש (בר"ן חולין צ"ה). וי"ל דכשנה א' שלא הי' חזקה לא היו צריכין לדון איזה אכל ורק אחר ג"ש ואז כבר אכל

כולן גם המיעוט ואינו רק כמו איסורא ברובא איתא שנאמר שאותו העומד ליעקר הי' באכילת הד' לא בג'. וזה אינו רוב גמור לסמוך כמבואר בזבחים פ' התערובות:

סעיף יט

החזיק א' באילנות ואכל פירותיהם וא' החזיק בקרקע וזרעה ואכל פירותי' וכל א' מהב' טוען שהכל שלי ואני לקחתיו זה שהחזיק באילנות ואכלן ג"ש יש לו האילנות וקרקע שצריכים לו והוא כמלא אורה וסלו חוצה לכל אילן ואילן וזה שהחזיק בקרקע יש לו שאר הקרקע:

(**כב**) **זה שהחזיק** כו'. המחבר פ' כרמב"ם ז"ל כאן דיש לבעל האילנות רק כמלא אורה וסלו ולקמן סי' ריו"ו פ' דיש לכל א' חצי קרקע. ותמוה כמ"ש הה"מ (פכ"ד מה' מכירה) ובסמ"ע סי' ריו"ו ע"ש שהניחו בצ"ע. ולע"ד פשוט דהא הרמב"ם ז"ל פסק במכר אילנות ושייר קרקע לעצמו אין לבעל אילנות רק כמלא אורה וסלו כמבואר בגמ' בג' אילנות. ובמכר קרקע ושייר אילנות לעצמו פ' דיש לו לעצמו חצי קרקע וכמבואר בש"ע ג"כ סי' ריו"ו ס' י"א דמפרש הגמ' כפשטי' בשייר אילנות כו' והטעם דכיון דמוכר בעין יפה מוכר לענין דבר הנמכר שיהי' לגמרי של הלוקח אף שמפסיד לעצמו דמה"ט צריך לקנות לו דרך אפילו במאה מנה. ולכך אם הי' מקנה לו כל הקרקע הוי מצי אמר לי' עקור אילנך וזיל דאין לו שיעבוד עליו על הקרקע לאילנות שלו. וכיון דמכחיש בארעא כדאמר בגמ' מה"ט שוב אמרי' דשייר לעצמו חצי קרקע כולה דכיון דכל השדה שייך לאילנות דשדה אילן הוא ומחזיק באילנות קנה השדה הוי כפירש שמקנה לו השדה ומשייר לו השדה דהן שותפין כנ"ל ע"ש. וא"כ בשלמא שם וסי' ריו"ו דמכר ביחד לזה אילנות ולזה הקרקע והחזיקו כן כאחד. קני שפיר זה חצי קרקע ובעל אילנות חצי כמבואר בגמ'. ואף אם א"א לצמצם שיחזיקו ברגע א'. מ"מ מה בכך הא מכר כן וכיון דמכר לשניהם והדין דכשמחזיקין כא' קני זה חצי וזה חצי שוב מכר להם כך ואף שהחזיק א' קודם א"א לו לקנות יותר ממה שהקנה לו כנ"ל. ולא הקנה לבעל הקרקע כ"א חצי. ועוד דאף היכא דא"א לצמצם כ' תוס' פ"ב דחולין (כ"ח ע"ב) דדנין כפי שיש ב' צדדים או בצמצום או ברוב ע"ש. וממילא כאן יש ב' צדדים לבעל אילנות שיש לו חצי קרקע דאי הי' בצמצום ביחד יש לו חצי כנ"ל. ואי א' קדים ג"כ אי המכירה לבעל הקרקע קדים שייר לעצמו האילנות וג"כ שייר חצי קרקע ושוב הקנה לזה האילנות כמו שיש לו וקני חצי קרקע. ורק צד א' שמא הוא קדים וכשהקנה אילנות אין לו רק מלא אור' וסלו. ושוב ב' צדדים דיש לו חצי קרקע כנ"ל. משא"כ כאן בחזקת ג"ש שטוען שקנה הכל דע"כ מיירי שזה זרע כל השדה ובעל אילנות נשתמש באילנות כמו שצריכין. ומיירי ג"כ שהתחילו להחזיק

כא' זה באילנות וזה בקרקע וא"כ הא ודאי דכשמוכר בפירוש הקרקע כולו דקני. וממילא נהי דהדין דכשמוכר השדה ושייר לעצמו האילנות יש לו חצי קרקע מ"מ כשא"כ מחזיק בחצי שדה שלו וטוען שמכר לו חלקו בקרקע ודאי דמהני דלמה הניחו לזרוע כל השדה ולא מיחה וככל חזקה דבמקום שטר עומדת. וא"כ בעל הקרקע שהחזיק בכל השדה כולה אף אם המערער מכר מקודם האילנות דהי' לבעל אילנות רק כמלא או"ס ואח"כ החזיק זה בשדה כולה. ודאי דהי' נאמן על כולה שקנאו מבעל השדה דהא נשאר שלו כל השדה כנ"ל. ורק אם מכר הקרקע קודם ושייר לעצמו האילנות דנשאר לו חצי קרקע כנ"ל. וכשזה החזיק בשדה כולו א"א לקנות חלק שמכר. אבל כמו שהחזקה ג"ש מורה שהוא שלו שלקחה מדלא מיחה כן מורה ע"ז שודאי לקח כל, השדה ולא הקנה לבעל הקרקע קודם לבעל האילנות. דא"כ לא הי' מניחו לזרוע כל השדה כיון דחצי שלו והוי אכלה בפני לוקח ג"ש דמהני. וא"כ ממ"נ קנה כל השדה ואין לו לבעל אילנות רק כמלא או"ס. דאי הקנה לבעל אילנות קודם א"כ ל"ל רק כמלא או"ס דשייר לעצמו הכל כנ"ל וממילא מכר לבעל השדה הכל כנ"ל. ואי קדים בעל הקרקע דאז שייר לעצמו האילנות ויש לו חצי קרקע מ"מ שוב הוי חזקה באותו חצי קרקע מדלא מיחה הלוקח היינו בעל האילנות וגם אם הי' אומר מבעל אילנות זבינתי' ג"כ הי' נאמן. ובשלמא לענין כמלא אורה וסלו לא מהני אף שזרע זה. א' מטעם הרשב"ם דהוי כשכוני גואי שזה משתמש ג"כ במקום זה להאילנות ולא הוי חזקה אף שזרע כיון דכמלא או"ס ודאי שלו כנ"ל שוב אין לזה חזקה ע"י זריעתו במקום זה. ועוד אף החולקין על רשב"ם מ"מ לענין מקום זה דמלא או"ס הוי אין בה דין חלוקה ואין לשותפין חזקה. אבל על שאר הקרקע יש בו דין חלוקה וממילא אף דיש לו חצי קרקע מ"מ מהני החזקה שיהי' נאמן שקנה. ועוד דוקא בידוע שהן שותפין דאז א"צ למחו' כבעל בנכסי אשתו כמ"ש רשב"ם החילוק בין לפירי אחתי' שאין ידוע ע"ש (דף מ"ט). אבל כאן הספק ע"ז עצמו אם קנה בעל אילנות תחלה דא"כ לא קני רק כמלא או"ס ובשאר השדה אין לו חלק כלל ואינו שותף. או אם קנה אח"כ ויש לו חצי והוא שותף ושוב כיון שע"ז עצמו הספק איבעי לי' למחויי על חצי הקרקע כמו לפירי אחתי' כנ"ל ושוב מהני החזקה בכל השדה כנ"ל. ובגמ' הפי' זה החזיק כו' כשמודים שהחזיקו ביחד הדין באמת דקני כל א'. חצי קרקע וממילא יכול למחות בהב' מלזרוע כל השדה. משא"כ בטוענין כל א' שקנה בפירוש שפיר יש צדדין שאין לבעל אילנות חצי קרקע דא"כ הי' לו למחות וודאי שהקנה לו בפירוש כל הקרקע או מכר לבעל אילנות קודם כנ"ל ושפיר מהני החזקה שאין לזה רק כמלא או"ס כנ"ל. וכן במחזיק בכל השדה אילן נגד המוכר עצמו שיש בו אילנות שאכלן המוכר נראה ג"כ

דמהני ג"ש דשדה שקנה כל הקרקע אף דאי מכר שדה ושייר לעצמו האילנות יש לו חצי קרקע מ"מ בטענה מדלא מיחה נאמן שקנה בפירוש השדה כולה רק כמלא או"ס אית לי' אף שזרעה כיון דבע"ה נשתמש כנ"ל. גם דהוי כמחאה כפרעון מס דסי' קמ"ו ע"ש. משא"כ על שאר השדה שלא נשתמש המוכר רק המחזיק כנ"ל:

עוד י"ל דהא בזה החזיק כו' הוי כב' שטרות היוצאין ביום א' דיחלוקו כשחל קנינם בב"א אי ע"ח כרתי אף שכל א' קני כולו מ"מ גם זה קני כולו וחל בב"א יחלוקו. כן י"ל כאן כיון דשדה אילן והמחזיק באילנות קנה כל השדה והמחזיק בשדה ג"כ קני כולו וממילא כשהחזיקו כא' חל שניהם ונוטל זה חצי קרקע וכן הב'. וא"כ שוב הוי כס' ויבם בנכסי סבא דאין ספק מוציא מידי ודאי דלא דמי לחצי שלי כמ"ש תוס' ריש ב"מ דאין שייכות לחצי ב' משא"כ יורש א' יורש כולו והב' ג"כ שייך אין ס' ממי"ו כנ"ל. וא"כ גם בזה כיון דמכר אילנות ושייר קרקע שייר כל השדה רק כמלא או"ס לבעל אילנות. וכשמכר הקרקע קודם שייר לו האילנות וקני חצי מטעם הנ"ל, וכן כשמכר בב"א שוב בעל השדה ודאי על כל השדה ובעל אילנות ספק אי בב"א וקנה ג"כ כולו וחולקין ושוב אין ס' מוציא מידי ודאי כנ"ל:

ש:

והנה לא הוזכר כאן שבועה כמו שנים אוחזין בטלית להפ' (סי' קל"ח) דאף בזה נוטל עד מקום שידו מגעת צריך כל א' לישבע דנהי דחשוב ככל א' תפוס במה שהחזיק מ"מ הי' צריך שבועה כנ"ל. ולעיל סי' קל"ח כ' רמ"א בשם הריב"ש גבי גג של שניהם שכל א' אומר כולה שלי דחולקין כמו בטלית ע"ש ולא הזכיר גם כן שבועה ומשמע דבקרקע אין נשבעין אף דשבועת המשנה גם כן בקרקע כמ"ש הגאונים מהא דפוגמת. מ"מ י"ל כאן דהתקנ' הי' רק שלא יהי' כל א' הולך ותוקף כו' ובקרקע לא שייך זה דלא שכיח שלא יהי' עדי אבהתא כנ"ל. ועוד דעיקר התקנה דשבועה על תפיסי שניהם בכרכשתא רק ממילא אף שידו מגעת לא חילקו ע"ש. ובקרקע כשאין תפוסין הדין כל דאלים גבר. שוב בתפוסין לחוד לא תקנו כנ"ל רק היסת נראה דלכ"ע יכול כל א' להשביע לב' אף לדיעה דסי' ק"מ דבחזקה ג"ש א"צ מ"מ כאן החזיק כל א' כנ"ל.

סעיף כ

(**כג**) **האוכל כו' וטוען אתה מכרת לי אילן זה וקרקעו עד התהום** כו'. בגמ' דאף דמוכר אילן א' אין לו קרקע אבל בטענה מהני ונאמן ע"ש (דל"ח). ואינו מובן הטעם דהא בכל הסוגיא שם מדמי להו מה' דחשוב בקנין חשוב מוחזק ע"ש ונראה הטעם כיון דקי"ל דאינו נאמן לפירות הורדתיו אחר ג"ש דמ"מ איבעי למחויי שנראה כשלו דכך הי' התקנה

דג"ש. א"כ גם בזה באילן א' וב' אף דאין לו קרקע מ"מ הקרקע שאול לו למה שעומד עליו אילן של לוקח והוי כמשתמש בהקרקע להפירות עכ"פ היינו לעמידת האילן ושפיר נאמן דלגמרי שלו דהוי כטוען מערער לענין גוף הקרקע דלפירי אחתי' כנ"ל. דנאמן המחזיק דאיבעי לי' למחויי כנ"ל:

סימן קמב

סעיף א

אע"פ שאין חזקה בפחות מג"ש אם הביא המחזיק עדים שהמערער הגבי' סל פירות משדה זו על כתפו של המחזיק להוליכם לביתו של המחזיק לעצמו הוי חזקה מיד (וי"א דה"ה אם המחזיק שלח דורון למערער מפירות שאוכל וקבלן ממנו הוי חזקה שאם הי' הקרקע שלו לא הול"ל בתורת דורון אלא הי"ל ליקח הכל כו') ואם טען מערער לפירות הורדתיו כו' אבל הגוף לא מכרתי נאמן כו':

(א) **עדים** כו'. כ"כ הרשב"ם והרמב"ם וטור, כו' משמע כשאין עדים אף דמודה דדלי לי' נאמן דמ"מ אינו שלו במיגו דלהד"ם. ותוס' על קושיתם שיהי' נאמן במיגו דלפירי אחתי' כתב ב' תי' דהוי מיגו במ"ע דאנן סהדי כיון דדלי לי' מודה שהי' הפירות שלו ועוד דרוצה לתבוע הפירות ע"ש. וא"כ לתי' א' אפשר דסגי במודה דדלי. אמנם נראה דגם לתי' הנ"ל י"ל דדוקא בפני עדים דדלי חשוב הודאה. משא"כ בלא עדי' וכמו במחאה שלא בעדים כלל. ואף בהודאה גמורה לבעה"מ אף בע"א לא מהני דאינו חושש כיון שיכול לכפור אך י"ל דהא גם בעדים י"ל דסמך דיכול לומר לפירות הורדתיו וע"כ כיון דבאמת לא הורידו כמו שאומר עכשיו למה עשה ודלי להפסיד הפירות עכ"פ כן י"ל גם בלי עדים דשם בהודאה כשיכפור לא יפסיד. משא כ כאן דעכ"פ יפסיד הפירות ע"י דדלי לי' גם שיכפור כנ"ל שוב מורה הודאה. ומ"מ יש לחלק בין שאר מיגו להפה שאסר כיון שא"י שהודה רק על פיו. ואף במודה שהודה בפני עדים וטוען שמ"מ אינו חייב לא מצאנו שלא יהא נאמן. אך צריך איזה אמתלא למה הודה. ואף להפ' (בי"ד סי' קפ"ה) בלבשה בגדי נדות דבמעשה הודאה לא מהני אמתלא. מ"מ היינו מתורת נאמנות ע"א לבד אבל במיגו מהני וכן פ' רמ"א בטעיתי סי' קכ"ו ס' י"ג דבהודה בפני עדים א"נ טעיתי מיגו דפרעתי ובהודה שלא בעדים נאמן כיון דמיגו בעיקר הודאה והפה שאסר כו'. או דבלא עדים אין ההודאה ראי' כ"כ. א"כ אין ללמוד ממ"ש תוס' על דלי בעדים שא"נ במיגו. שיהי' הדין בלא עדים כן כנ"ל:

אמנם הש"ך ז"ל פסק סי' פ"א ס"ק ח' דאף במודה שהודה בפ"ע אינו נאמן במיגו ע"ש. מ"מ היינו בלי אמתלא. וגם הסמ"ע חולק ע"ש דס' ל' שם במודה דיהיב לשום רוחא כ'

סמ"ע הטעם משום מיגו דהעזה והש"ך חולק רק מטעם הנ"ל דהוי מב"ע ע"ש. וסמ"ע סובר כיון שהוא בעיקר ההודאה שא"י רק ע"פ מהני. דהא אפילו בעדים דאין חוזר ומגיד מ"מ באין כת"י יממ"א נאמנים אנוסים ושאר טענות אף דבמיגו א"נ דחוזר ומגיד כמ"ש תוספ' שם מ"מ כשאין הקיום רק על פיהם נאמנים. אף דהא מודים שהעידו כבר בפני ב"ד דעהעה"ש כמי שנחקרה כו' רק אמתלא בעי אנוסים וכה"ג וכן בהנ"ל ג"כ. ומ"מ הש"ך ז"ל סובר דבדבור נאמן טעיתי במיגו ובמעשה לא מהימן ולכך ביהיב לשם רוחא שהודה במעש' א"נ טעיתי אח"כ במיגו שלא הודה ע"ש ס"ק ע"ט סי' פ"א. א"כ י"ל גם בדלי לי' דהוי הודאה במעשה גם מודה בעצמו דדלי מהני:

אמנם עיקר לע"ד דרשב"ם כ' וכמודה שמכר דמי כו' דמשמע דאינו הודאה גמורה. וכן לשון הגמ' דציין על מתניתין דחזקתן ג' שנים אי דלי כו' לאלתר הוי חזקה כו'. מבואר דמצד חזקה הוא לא הודאה דא"כ הי' ל"ל דנאמן וכה"ג. וע"כ דהפי' כמו בג"ש מורה השתיקה דשלו. כן במסייע הוי לאלתר חזקה וגם דא"צ ליזהר בשטרו. כמו כשרואה שמניחו ג"ש ולא מיחה א"צ ליזהר כן ברואה שמסייע גם לאלתר כנ"ל. וכ"כ בש"ע וש"פ דהוי חזקה. ומבואר דצריך טענה כשאר חזקה. ואי הי' חשוב הודאה גמורה הי' כהודה נתתי שדה זו דאף שהלה אומר לא נתת מהני הודאת הנותן וע"כ כנ"ל. ותוספ' דייקי דאנן סהדי כיון דדלי כו' מודה שהי' הפירות שלו ע"ש ולא כתבו על הקרקע. והטעם באמת כנ"ל. דנהי דמה דדלי הוי הודאה על הפירות אבל אין בזה הודאה על הקרקע כלל דמה"ט נאמן דלפירי אחתי'. רק כשאינו טוען הוי שוב לענין הקרקע כחזקה דג"ש דהאכילה מורה על הקרקע דשלו כן במסייע לאלתר. אבל לענין שיחשב הודאה אינו רק על הפירות. רק ממילא על הקרקע כמו חזקת ג"ש. ולכך תוס' לטעמי' דכ' ב"מ ק"י ג' תירוצים על מיגו דלפירי בחזקת ג"ש. תי' א' ג"כ דאינו מועיל מיגו נגד חזקת ג"ש דאנן סהדי וכמיגו במ"ע דמי. עוד ב' תי' דרוצה הפירות או להוציא ע"ש. ולכך כ' גם כאן ב' תי' הנ"ל דמספק' להו נגד חזקת ג"ש אי חשוב במקום עדים וכן בחזקה דדלי לי' נגד הקרקע כנ"ל. וממילא לרמב"ן וש"פ דמהני מיגו נגד חזקת ג"ש מהני גם בדלי לי' לענין הקרקע כנ"ל:

ומ"מ י"ל דדוקא כטוען סתם שהשדה שלו ותובעו והחזירו דבזה נאמן במיגו דלהד"ם דלא הוחזק כפרן על הקרקע במה דדלי דכוי הודאה על הפירות לא על הקרקע ומטעם חזקה ומהני המיגו כנ"ל. ואף דכל שאינו טוען לפירות הורדתיו אינו נאמן היינו משום חזקה כנ"ל אבל מיגו מהני. אבל כשטוען גזולה היא בידך בזה י"ל דגם במיגו אינו נאמן דע"ז הוחזק כפרן דהודה במה דדלי לי' שאינה גזולה בידו דאף דהוחזק כפרן על מקצת

לא הוחזק על השאר. מ"מ זה בב' דברים דפ"ד אבל בדבור א' דלא פ"ד שוב הוחזק כפרן דהודה דזה שקר שאינו גזולה בידו. ומעצמינו לא נאמר טענה אחרת לזכותו שמא לפירות דלא פ"ד. וכיון דההודאה מכחשת טענה זו דגזולה נשאר הקרקע בידו מטעם הודאה ולא מהני המיגו כנ"ל. דהא לקמן בגמ' ל"ט ע"ב ערער וחזר וערער כשאמר מקודם משכנתא ואח"כ גזולה או להיפוך כ' רשב"ם דהודאה כך' עדים ובטל לגמרי ע"ש וע"כ לא נחלק הרא"ש ז"ל רק משום מפטור לפטור דמצי הדר בי' ע"ש. אבל מ"מ מהני ההודאה שאינ' גזולה שכשטוען אח"כ גזולה חשוב נגד ההודאה כנ"ל דלא מהני מיגו וי"ל דתוס' לא כ' תי' הב' רק על מה דמשמע מהגמ' דדוקא אי טעין לפירות הורדתיו נאמן אבל אי טעין סתם להחזיר לו הקרקע אינו נאמן וע"ז קשיא להו דלהימן במיגו וע"ז מספקא להו אי חשוב במקום עדים שאינו נגד ההודאה רק משום חזקה נגד הקרקע כנ"ל. והוצרכו לפי' הב' דרוצה גם הפירות והיינו דכ' שאינו רוצה לטעון כו' אלא תובע כו' ע"ש. אבל בטוען בפי' שבגזל בידו י"ל דמודים דפשיטא להו דהוי הודאה מה. דדלי נגד טענתו כנ"ל וכן נראה לדינא דבטוען גזולה אף שאין עדים סגי בהודאתו ואין מועיל המיגו. ובטוען סתם מהני דמוקמינן בחזקת מ"ק מאחר דלרמב"ן פשיטא לי' בבירור דמהני מיגו נגד חזקת ג"ש ולתוס' מספקא להו וכן בדלי כנ"ל. וכל הפוסקים הזכירו עדים דמשמע דדוקא כנ"ל:

(**ב**) **הגבי' סל פירות** כו'. בטור כ' ללקוט הפירות וכ"כ רשב"ם לסייע בלקיטת הפירות וסמ"ע כ' דמר אמר חדא כו' ולא פליגי ע"ש ס"ק א'. ולע"ד נראה דבדוקא נקיט הטור ורשב"ם כן. דהא מבואר בגמ' דהוי חזקה לאלתר וכמו בג"ש בשתיקה כנ"ל. וא"כ לפי' ר"ה ור"ח בדקל נערה ובש"ע לעיל סי' קמ"א ס' ט"ו דדוקא ליקט ממחובר הוי חזקה אבל נשרו מעצמם ולוקחם תלוש לביתו אין שייכות לאילן לא הוי חזקה. א"כ י"ל גם בדלי דלאלתר ג"כ כנ"ל דדוקא שסייעו ללקוט ממחובר מורה שהאילן או השדה שלו כנ"ל אבל כשהיו תלושין כבר ואסף סל פירות וסייע להוליכם לביתו אינו ענין כלל לגוף האילן והשדה הוי כהודה על הפירות אבל אין שום הוכח' על הקרקע דשלו וכנותן לו חפץ או פירות מביתו ולא חשוב חזקה כלל לענין הקרקע והרמב"ם לטעמי' דלא ס"ל פי' הנ"י בדקל נערה דלא הביאו משא"כ טור וש"ע דפסקו הך דגאונים כנ"ל:

והנה גם לשאר פ' הסברא תמוה הא קי"ל (סי' ע"ט) בנותן סתם מעות או פירות ולא פירש או בתורת מתנה או בהלואה הוי מתנה כמבואר גבי מנה מניתי לך כו (שבועות נ"ד). א"כ במה שנותן לזה סל פירות חשבינן שנותן במתנה בסתם ומה שייכות שיהי' ראי' על שהקרקע שלו. בשלמא לפי לשון הגמ' ופי' רשב"ם משמע דלקט הפירות ממחובר

כאדם העושה בשלו והמערער סייעו להוליך לביתו שפיר הוי כמודה על הקרקע דסיוע שלו מורה על הלקיטה של המחזיק. אבל לפי לשון הרמב"ם וש"ע קשה. דבשלמא אם היו כבר חלוקין על הקרקע זה אומר דידי כו'. י"ל כשהגביה ונתן סל פירות הוי הודאה לטענת המחזיק כמו בטלית פ"ק דב"מ בתקפה כו' דאודי וכ"ש שנתן לו ולא תלינן במתנה אבל כשלא היו חלוקין כלל ואין המערער יודע כלל שזה רוצה להחזיק ולטעון דהוא שלו. אין סברא כלל שבמה שנותן לו סל פירות יהי' הלה נאמן אח"כ לטעון שקנה השדה שנאמר איגלאי למפרע דהי' הודאה. דלמא נתן לו כמתנה מאחר שלא החזיק בשום דבר מקודם. ונראה דגם הם מיירי דוקא שהחזיק בשדה באיזה דבר עכ"פ מקודם מה שנראה כמחזיק בשלו כגון חרש וזרע וכה"ג או נעל או לקט הפירות. או אפילו שאסף כל פירות השדה בעצמו ואח"כ הגביה מערער סל א' מהפירות ונתן לו או סייעו כו' בזה כיון שהמחזיק החזיק כבשלו וזה סייעו מהני. וכמו לר"י בפניו לאלתר הוי חזקה (דף מ"א) כן לדידן בסייע. אבל בלא החזיק רק זה לחוד שנתן לו סל פירות שאסף מערער בעצמו מהשדה אין סברא דלהוי חזקה על הקרקע לכל הפ'. ואף שאינו טוען לפירות הורדתיו כו' מה בכך רוצה לתבוע הפירות באמת שלא כדין. ואף הוחזק כפר גמור אמקצת אינו על השאר כנ"ל. ואף שטוען שבגזלה כו' הוי ג"כ כטוען ב' דברים שמחזיק בגזלה הקרקע וגם הפירות וא"נ לפירות דאמרינן שבמתנה אבל על הקרקע אין שום ראי'. ובש"ע נקט ג"כ המחזיק כו' דמשמע שעכ"פ הי' מחזיק כנ"ל:

וברמב"ם פ' י"א מה"ט הלשון הביא עדים שזה קבץ פירות שדה זו ונתנם לי כו' שאלו לא מכר כו' לא הי' משמש את ראובן בשדה זו ונותן לו פירותיו ע"ש. משמע ג"כ שהי' ראובן מחזיק כו' דכ' משמש כו' ואפשר דלמאי דנקיט הוא ז"ל שכל פירות השדה שקיבץ ונתן י"ל דלא תלינן במתנה הפירות לחוד כיון שקיבץ הכל ונתן ומה"ט צריך לטעון דוקא לפירות הורדתיו וקנה הפירות מקודם. ולא כ' שטוען במתנה נתתי לו הפירות או במכר כיון שקיבץ הכל אין דרך למכור שאינו מסוים וכן במתנה הכל. ותמהני למה שינה הרמב"ם לשון הגמ' דנקיט צנא דפירי סל פירות. דבזה ודאי דכשלא החזיק בקרקע מקודם נאמן לומר שמכר או נתן לו סל הפירות זה. ונראה דהרמב"ם ז"ל מיירי ג"כ שהמחזיק אסף שאר הפירות רק המערער סייע שקיבץ גם הוא מקצת פירות ונתן לו. וכן מפרש דדלי כו' וצנא לאו דוקא רק כמה שקיבץ דחשוב שמשמש אותו באסיפת הפירות כנ"ל. וממילא משמע דאם לא אסף המחזיק יותר רק שהמערער אסף מקצת ונתן לו והשאר נשאר דלא מהני כנ"ל. שאי"ל דלא תלינן במתנה בסתם דלא עבידי כו' ומהימן לקות. ז"א דהרמב"ם כ' שטוען מכר או נתן ולמה יהי' נאמן מתנה על הקרקע

יותר י"ל דהפירות מתנה. וי"ל דהרמב"ם לטעמי' שכ' פ"א מה' מכירה דאכילת פירות קנין בהקרקע וכתב גם שם ה' ט"ו שאם המוכר אסף סל פירות ונתן ללוקח הוי חזקה דקני הקרקע ע"ש דמפרש דין הנ"ל בין לענין קנין ובין לחזקה ע"ש. וא"כ י"ל דלענין חזקה בטענה ג"כ סגי בהכי דחשוב כמחזיקו בעצמו בגוף הקרקע במה שקיבץ ונותן נו ומורה הודאה דגוף הקרקע שלו כנ"ל. וכן משמע דהא תרווייהו מגמ' זו דאי דלי כו' יליף להו הרמב"ם ז"ל. והמחבר ג"כ פ' כוותי' סי' קצ"ב. אבל לשאר פ' ורמ"א הכריעו כמותם סי' קצ"ב שאין זה חזקה בגוף הקרקע ואינו מורה כלל. ורק לראי' מהני כחזקת ג"ש. א"כ שוב נראה דנתינת סל הפירות אינו מורה כלל רק כשמחזיק מקודם דאל"ה מורה רק על הפירות לחוד וצ"ע. גם לא ביארו איך הדין במותר הפירות אם לקחם מערער לעצמו ואי קודם שנתן למחזיק הסל לקח שאר הפירות לעצמי ודאי לא מהני דהוי כמחאה וכפרעון מס' דהא מורה שאינו מודה על הקרקע דשלו ואח"כ נראה דלא מהני. דהא משמע דאף שנשארו יתר הפירות עומדין באילן הוי חזקה לאלתר א"כ כמו שטענתו לא מהני כן מה שלוקח לביתו כנ"ל:

(ג) **הוי חזקה** כו'. משמע דלרוב הפ' בחזקה דמשביעו היסת כן בזה. דנא חשוב הודאה רק על הפירות כמ"ש לעיל. ועל הפירות א"י להשביעו היסת דהוד' כנ"ל. רק על הקרקע שוב מטעם חזקה ויכול להשביעו מ"מ בטוען שבגזילה ירד י"ל דאין משביעו דע"ז הודה ולא נשאר טענה ובלא טענה א"י להשביעו כנ"ל. וכן להיפוך בחרש וזרע ואפיק כורא ונתן לו כור יש להסתפק אי דינו בתורת חזקה ולא מהני דיש לו מה שהוציא או דמ"מ הודאה הוי:

לכאורה נהי דחשוב הודאה שמכר אבל הדמים יכול לתבוע שלא נתן דמיו עדיין דאף בשטר פ' סי' קצ"ב באיכא דכ' והדר יהבי דאפי' מפורש שנתן נאמן. ולמ"ש מהרי"ט סי' קנ"ב משום דהס' בקנין דבמכר לא קנה עד שיתן דמים. א"כ להרמב"ם בחזקה דחשוב קנין קני אף במכר קודם שיתן דמים כמבואר בש"ע כיון שהחזיק בגוף הקרקע. אבל למ"ש עוד מהרי"ט שם דמשום דעייל ונפיק אזוזי לא קני ג"כ חשוב ס' בקנין. וזה גם בחזקה לא קנה. וכ"ש לרוב הפ' דאכילת פירות אינו חזקה לקנין כלל רק לראי' וא"כ על נתינת הדמים אינו ראי' כלל ושוב כיון דעייל ונפיק אזוזי לא קני כלל כיון שאינו רוצה לשלם לו ואף הפירות חוזרים. וא"כ נהי שכ' תוס' דל"ל מיגו דלפירי אחתי' דרוצה לתבוע גם הפירות אבל א"ל מיגו כנ"ל שהעמיד ליתן לו המעות ואינו נותן ולא קני וגם הפירות יחזיר. וצ"ל כתי' א' דהוי מינו במ"ע. או להוציא כיון דחשוב החזיק כנ"ל. והרמב"ם ז"ל כ' שנאמן שמכר או נתן ע"ש. שנאמן שבמתנה נתן לו הקרקע ולמה הא

ע"ז אינו מורה וצ"ל במיגו דמכר ונתן דמיו ככל מחילה במיגו. והא גם אם טוען לא יהי' נאמן לענין המעו' נהי דכשאין טוען לפירות שוב מורה דמכר הקרקע אבל על שנתן דמים אינו מורה ועדיין בחזקת מ"ק לענין זה. אך הא חשוב טענו דוקא ומודה מעות דפטור אף אם הי' מודה כיון שזה טוען שלא מכר. ואי טעין כנ"ל י"ל דבאמת נאמן. ואינו מוכרח. דבחזקת ג"ש חזינן שאינו נאמן כנ"ל ע"ש לעיל:

(ד) **שלח דורון וקיבלן ממנו** כו'. לע"ד דוקא שפירש בקבלה בתורת דורון. דהא אף בקדושין דחמירי אמרינן בגזל או כנסי סלע זה כו' דמצי אמרה דידי שקלי אף שאמר ה"א מקודשת ושתקה לא מהני שתיקה בשעת מ"מ שיהי' מחילה כיון שידוע בשלה לא איכפת לה בדבורו בנותן בתורת קדושין מ"מ היא קיבלה בתורת שלה כנ"ל. גם לא הוזכר שם חילוק בגזל כמה סלעים ממנה והחזיר מקצת ואמר האמ"ל שנאמר בשביל שלא החזיר הכל לא יהי' שייך דידי שקלי כו'. וממילא גם כאן אף דהוא בלח בתורת דורון אפי' פירש בשעת נתינה מ"מ אין ראי' מקבלתו סתם להודאה דמצי אמר דידי שקלי ולא איכפת באמירתו ואף שהחזיר רק מקצת כנ"ל. אך אפשר כיון שהחזיק מקודם בהקרקע או שכבר טען דשלו בזה לא הי' לו לקבל בשתיקה וחשוב כהודאה. ולא דמי להתם דלא טען ולא שייך הודאה רק מחילה ומתנה אמרינן דידי שקלי ואינו מתנה משא"כ הודאה חשוב מעשה המורה על הודאה. מ"מ בלא החזיק מקודם רק זה יהי' ראי' שיוכל לטעון אח"כ דהקרקע שלו אין נראה כלל. וכן מורה לשון רמ"א ז"ל וכן רו"ש שיש להם ערעור ביחד על חזקת ישוב וקנה ראובן כו'. דהערעור הי' מקודם כנ"ל. וכן משמע מפ"ב דקדושין במשנה מעשה שליקט א' כלכלה תאנים ושלהם הי' ושביעית כו' וקיבלה א' כו' דדייק בגמ' דמקדש בפירות שביעית מקודשת ובגזל אינה מקודשת דטעמא דשביעית כו'. ולהנ"ל איך מוכח דלמא א"ל דשביעית כיון שליקט כו' ונתן לקדושין וקיבלה הא הי' נאמן שהשדה שלו אף דידוע ששלהם הי'. דהוא דין הנ"ל של ר"ח ז"ל. ואדרבא רק משום דשביעית הפקר אין הוכחה ממה שקיבלה כמו אכלה שביעית דאינו חזקה. וא"כ אין להוכיח דבגזל דידה א"מ. ומשמע כנ"ל דכשלא הי' ערעור מקודם כלל שיטעון דשלו אינו נאמן אח"כ לומר דשלו בראי' זו דנתן דורון וקיבלו ועכ"פ בשתיקה מוכח כנ"ל. וכן מהא דתני קידשה בגזל או שחטף כו' דפריך היינו גזל. ודלמא קמ"ל שחטף וטוען דשלו וכיון שקדשה בו ראי' דשלו. ואי דנאמר דבאמת מהני לא הוו שתקי הפ' לאשמעינן בקדושין כנ"ל. וע"כ דאין סברא שיהי' נאמן אח"כ. מ"מ בקיבל בפירוש לדורון יש להסתפק קצת בלא החזיק מקודם כו' דסתמו אי

דלי כו' דמשמע כמו חזקת ג"ש דנאמן אח"כ בראי' זו שהחזיק כן נאמן זה המחזיק לטעון אח"כ לקוח בראי' זו שהחזיק בסיוע שלו כנ"ל. וצ"ע:

הלכות מקח וממכר

סימן קפט

סעיף א

(א) **אין המקח נגמר בדברים כו' אפילו כו' ואמרו להם הוו עלינו עדים שזה מכר וזה לקח אינו כלום** כו'. זה לשון הרמב"ם וטור וב"י כ' שנתבאר כו' ע"ש. וא"י היכן מבואר וקשיא לע"ד שהרי הרמב"ם פ' דמחייב א"ע במה שאינו חייב באומר אתם עדי ע"ש פ' י"א מה' מכירה אע"פ שהם והעדים יודעים שאינו חייב לו כלום כו' שאמר הוו עלי עדים ע"ש וכן בש"ע סי' מ' דמפרש פ' הנושא או דאמר א"ע כפשטי' ע"ש. וא"כ ס"ל דאודיתא הוי קנין דמה חילוק בין מודה שחייב או מודה שהקנה לזה. ולמה לא יועיל כאן שאמרו שניהם הוו עלינו עדים שזה מודה שמכר וזה מודה שלקח ומחויב המעות. והי' אפשר לומר כיון שמודה רק שמכר א"כ לא הקנה רק כשיהי' הלה מחויב מעות ונגדו לא מהני הודאתו וכיון שאינו מחויב לא הוי אודיתא שהקנה וכן הלוקח מודה רק שחייב כך כשזה מחויב ליתן לו החפץ וזה לא מהני ושוב גם הודאת שניהם לא מהני דאין כאן אודיתא. או די"ל דאמירת כל שב א' א"ע הוא רק על חבירי שהמוכר אומר א"ע שזה לקח והלוקח שזה מכר ולכך נקיט שזה מכר ובטור פלוני ולא נקיט שמכרתי כו'. והוא דוחק גדול. וגם עדיין תמוה שסיים הרמב"ם וכן בנותן מתנה ומקבלה. וקאי גם על הוו עלי עדים ע"ש ברמב"ם. ובזה הנותן אומר רק הוו עני עדים שנתתי לפלוני כו'. והא גבי נתתי שדה זו לפלוני מפורש בש"ס (גטין ד"מ ע"ב) דמהני מטעם הודאה כו'. ולא ראיתי מי שעמד בזה:

והי' נראה לע"ד מדקי"ל כשיש קנין טוב יותר נא קני בגרוע כמו ד' שדרכן, בהגבהה לא קני במשיכה דאין מורה שנעשה שנו מדאינו מגביה כיון שאפשר. וכן מסירה ומשיכה ורשב"ם בתוספ' ע"ש (ב"ב דף ע"ו). וא"כ י"ל דוקא במחייב כו' דאין קנין טוב יותר דבשטר יהי' ג"כ רק חיוב. ואין רוצה חיוב בשטר רק בע"פ של יגבה ממשעבדי. ועל חיוב בע"פ אין טוב יותר ומורה הודאה שפיר על קנין החיוב וכן באיסור גיורא לא הי' קנין אחר כמבואר שם היכא ליקני כו' ע"ש (דף קמ"ט). וכן בקרקע ג"כ לעולם אין קנין חשוב יותר מאודיתא אבל במטלטלין שמודה שהקנה לו ואינו נותנו לו י"ל דאינו קונה כלל שהרי דרכו במשיכה והגבהה שמושכו לרשותו כשהוא שלו י"ל דלא קני כנ"ל:

והיו מיושבים קושיות תוס' בכמה דוכתי ב"ב פ' ח"ה וכתובות כו' שהקשו ניקני באודיתא ע"ש. וגם אזדי לה מה שהמציאו אחרונים לענין חמץ ובכור קנין אודיתא. אולם לקמן סי' קצ"א דשטרי דידן שטרי קנין הם אף שכ' לשון עבר מכרתי. אבל שטר ראי' של הודא' לא מהני לקנין וע"ש בר"ן פ"ק ד"ק ומחלק בין לשון הודאה בעלמא ע"ש שאינו מבואר יפה החילוק. ורמ"א ז"ל נראה שמפרש דבריו שכ' בפירוש שהשטר אינו אלא ראי' ולא מסר לו בשטר ע"ש. מ"מ צ"ל דמ"מ כיון שכ' הודאה לראי' יקנה באודיתא. ואפשר משום דא"כ עדיין יקנה בשטר זה והוא פירש שאינו מקנהו בשטר זה:

(**ב**) **בטור אלא א"כ יקנה** כו'. אבל אם הי' לו פקדון בידו וכיוון לקנות בסכום ידוע שאמר ליתן למפקיד לא קנה ע"ש. וב"י תמה ומגי' ע"ש דהא קי"ל ברשות הלה המופקדין אצלו קני ע"ש. ולענ"ד י"ל דהא קי"ל (סי' קצ"ז) דצ"ל לך משוך וקני כו' ובפניו כמה דאמר לי'. והיינו כיון דמושך את שלו בפניו ושותק הוי כאמר לי'. אבל בזה המופקד אצלו דכל שלא קנה החפץ הוי ברשותא דמפקיד דהשאיל לשמירת ממונו ביתו קרינן כמ"ש הרא"ש ריש פסחים. וא"כ הא דקני הנפקד בדבור ע"כ כמו גיטו וחצירו באין כא' ע"י שקונה נעשה ביתו ורשותו כנ"ל. אבל לענין שיחשב כאמר לי' משוך וקני נראה דלא מהני גם בפניו אף שאומר שרוצה לקנותו בסכום שא"ל כבר. דהא כל זמן שלא קנה אינו משיכה כלל לרשותו אין השתיקה ראי' כלל שמקנהו כנ"ל. והוי כהאי דבעי בש"ס ריש ב"מ הקדישה בלי תקפה מהו. כיון דאינו ברשותו כל שלא הי' הודאה ואין כאן תפיסה של כלום שוב אין השתיקה ראי' כלל כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש הש"ך ז"ל דלא מהני קנין חצר בב"א רק שהוא חצירו קודם ואח"כ קונה ע"ש הוכיח ממ"ד ציבורין בקנין אגב ע"ש. ומה שתמהו עליו האחרונים מש"ס דגיטו וחצירו באין כא' לע"ד לק"מ דבגט מטעם יד מהני מה שבא מידו לידה בב"א. משא"כ חצר דגברא מטעם שליחות בעי שיהי' מקודם שליחו ואח"כ נקנה וכן י"ל בין מה דמהני בע"כ. עכ"פ לדעתו ז"ל למה יועיל גבי פקדון בדבור הא בב"א עם הקנין כנ"ל. וצ"ל דהא מהני סילוק עכ"פ בנפקד שאומר לו טול שלך ושוב פסק שאלת ביתו לממונו וקונה מיד בתורת חצר. וא"כ זה שייך רק בפניו דמפקיד אבל כשאמר לו מפקיד פעם א' שרוצה למכור בזה הסך ואז לא השיב שרוצה. רק אח"כ שלא בפניו יאמר או יכוין לקנות בסך הנ"ל. ושלא בפניו א"י להסתלק משמירת הפקדון והוי ביתו. רק אם יקנה ואין כאן התחלת קנין כמ"ש ש"ך ז"ל כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש הטור (סי' קצ"ז) בשם רמ"ה הובא ב"י כאן להקשות דבא"ל משוך וקני גלי דעתו דלא בעי דלקני לו רשותי' והוכיח ב"י דאל"ה קני לי' רשותא. וא"כ י"ל דאף שאמר

לי' מפקיד כבר שרוצה למכור החפץ בכו"כ סך מעות כיון דקי"ל כר"י ד"ת מעות קונה וגם מדרבנן כגון שמושכר כו' דלא שייך נשרפו חטיך כו' ע"ש בש"ס (ב"מ מ"ט ע"ב). וא"כ כיון שהחפץ ברשות הנפקד שוב קנין מעות טוב יותר שיקנה בכסף דמהני מה"ת וגם מדרבנן. וא"כ במה שאמר שרוצה למכרו לך בכו"כ היינו שיתן לו המעות ויקנה בכסף כנ"ל ואינו נכלל באה שרוצה להקנותו במשיכה בלי כסף והוי כאמר משוך כו'. וא"כ שפיר לא מהני בין שא"ל משוך ובין שאמר בכסף. רק באומר בפירוש כנ"ל:

סימן קב

סעיף ב

בכסף כיצד מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף ש"פ קנה ואין א מהן יכול לחזור בו ואפילו נתן לו הכסף ע"מ שיחזירהו לו קנה:

(**א**) **בכסף**. כ' ש"ך ז"ל דמלוה אינו קונה. קשה שלא הביא ד' רמב"ם (פ"ז מה' מכירה) וריי"ף להרבה פ' דבמכר קני. דס"ל עיקר כסתמא דש"ס פ' הזהב דמי שור בפרה כו' ע"ש. והקושיא מש"ס קדושין י"ל בכמה אנפי. די"ל לרב דס"ל שלד' פריך שפיר דא"כ גם במכר לא קני. אבל לדידן דשיעבודא דאורייי' א"כ הא ודאי לאביי דלמפרע גובה הוי מעכשיו דקני בכסף שמלוה שהי' מיד לשם קנין אם לא ישלם. וממילא גם לרבא דמכאן ולהבא מ"מ כיון דגובה מלקוחות מה"ת ע"כ שאינו קנין לאחר ל' רק מעכשיו ולאחר ל'. דמהני כסף שנתן אף שנתאכלו משום דנתנו לקנין כן ג"כ במלוה לענין קנין זה בתורת שיעבוד שפיר נתנו לזה. דאף דצריך גיבוי לבסוף היינו משום דבכך ענין השיעבוד רק ערבות וכשיגב' אבל כשגובה נעשה שלו ג"כ בעד הכסף כנ"ל. וא"כ י"ל דשפיר קנה במכר דכשמוכרו בחובו מגבהו בעצמו. וגם שכ' טור וש"ע (סי' ק"ג) בירד בלי רשות ב"ד לא זכה מ"מ גם שם יש חולקין בעבר זמן הפרעון. וגם להנ"ל רק משום דצריך שומא. וכדאמר פ' אלמנה מאן שם לך משא"כ בפסקו דמים ומכרו בעד החוב כו"כ א"כ שם אותו לוה עצמו. גם כ' ב"י סי' ק"ג בשם ר"י אהא דאגבי' מרצונו דקי"ל לא הדר דהוי כמכירה מ"מ לא אמרינן דבמכירה זו נפטר מחובו ויהי' בע"ח מאוחר גובה ממנו דקדים לקנין משום דעדיין שיעבודו קיים ע"ש. ומה"ט אמר פ' הזהב ייחד כלי להלואתו ע"ש: **וגם** בפשיטות דהא הרמב"ם ז"ל ס"ל דמחילת מלוה לא מהני בקדושין דאינו נתינה. וי"ל כמ"ש מהרי"ל בת' שפ' דטלי ק' מעג"ק לא מהני והקשה למה בפקדון מקודשת ותי' דבנתינה בא לידה דגם בגט כה"ג מהני ע"ש. א"כ במלוה דהנתינה להיות שלה והחוב לא נתן לה מעולם. והוי מחילת מלוה טלי מע"ג דלא מהני. משא"כ במכר דודאי מהני טלי מעג"ק. והש"ס דפריך הוא לס"ד דמקדש במלוה אין בו מחילת מלוה רק שמקנה

המלוה עצמו שזה לא מהני דאין כאן כלל מחילת החוב כמו מי שקנה חפץ ונתחייב דמיו בקנין גמור. ואח"כ נתן לו מוכר החפץ במתנה ודאי שלא נפטר מהדמים. דלא נתן לו כלום שכבר שלו והחוב לא מחל כנ"ל כן במלוה שכבר קנה מעות שהלוה רק שחייב לשלם משלו. א"כ במה שהקנה מעות ההלואה לא נפטר כלל מחובו. ולכך בעי למימר כתנאי מ"ס להוצאה ניתנה ומ"ס לאו להוצאה ע"ש. ופריך שפיר אי להוצאה כו' והטעם כנ"ל גם במכר לא קני והוצרך לשנוי' כנ"ל, אבל למסקנא דגם באומר התקדשי בשט"ח לא מהני. ולעיל (דף ו' ע"ב) דאמר סתמא דש"ס היינו מלוה כו' אלא דארוח לה זימנא כו' דמפרש לה הרמב"ם בשעת הלואה דוקא דיש כאן נתינה לקדושין אבל במחילת החוב לא מהני. וע"כ דאינו חשוב נתינה אף דהוי מחילה ונפטרת מחובה. שפיר לא קשה ממכר כלל כנ"ל. וי"ל דש"ך ז"ל סתם דהא גם אי ספק מוקמין קרקע אחזקת מ"ק. אך הלוקח אף שס' אי מחויב המותר כשהחוב רק מקצת דמי הקרקע מ"מ י"ל דלא מהני תפיסת המוכר מאחר שקרקע אין לו מספק לא סמכא דעתייהו שניהם וגרע ממקום שכותבין שטר. ובאומר במחילת מלוה קני לכ"ע במכר כנ"ל. ובמלוה ופרוטה יש להסתפק קצת די"ל באשה דעתה אפרוטה דחפצה להתקדש בש"פ משא"כ במכר דפוסק דמים. ונראה דתלי' בהך אי במלוה חשוב מחילה מהני דהא יהי' לו כל דמי המכר. ואי בלשון מלוה אין מחילה כלל כנ"ל י"ל דלא מהני במכר.

נראה דאף דכשנותן לה החוב שלה לא מהני מ"מ כשאמרה תן לפלוני חוב שלי ואתקדש לך ונותן לו או שט"ח בכו"מ או ע"פ במעמ"ג מקודשת דלגבי המקבל חשוב שט"ח דאחרים חוב שלה והוי נתינה. אך לירושלמי שתן לפלני מטעם זכי' בשבילה י"ל דלא מהני כאלו נתן לה. אולם פשטא דש"ס דילן הוא דחשוב נתינה ממש כנ"ל וכן במכר. וא"ל דהו"ל לאוקמי בהכי (דף מ"ז ע"ב) מ"ד מקודשת ז"א דעדיפא משני בשט"ח דאחרים כיון דגם בחוב דידה נצטרך לומר משום דהוי כשט"ח דאחרים. וא"כ גם למ"ש הש"ך ז"ל דבשט"ח שיכול למחול לא מהני במכר. מ"מ כשאומרת תן לפלוני שט"ח שלו מהני דלא שייך לא ס"ד שמא ימחול מה בכך עכ"פ יהי' לה ומה שהמקבל לא ס"ד י"ל דאינו מגרע דהא בידה ליתן לו אף שימחול לה. ומ"מ צ"ע. וכן בקדושין כה"ג דמ"מ כיון שרצונה להתקדש רק בנתינה בפלוני ולא סמכא דעתה שיחשב אצל המקבל נתינה כיון דלא ס"ד דמקבל שמא ימחול אפשר דגרע דלא שייך לא שביק לדידי כנ"ל. נראה דהש"ך חשיב ד' רמב"ם יחידאי כי פי' ד' הרי"ף דלא כוותי' וגם מצאתי בשיטה מק' ב"מ בסוגי' דעורבין פ' האומנין ת' רי"ף בארוכה מפורש דמלוה אינו במכר ע"ש.

(**ב**) **כיצר** כו'. כ' ש"ך ז"ל דבממרני שכ' לכל מי שמוציאו כיון שא"י למחול קני וכן בקדושין ע"ש ולע"ד צ"ע כיון דהטעם דא"י למחול דהוי כנשתעבד בשעת הלואה לכל המוציאו א"כ עכשיו נותן לה הממרני ויהי' ממילא למפרע החיוב לה. א"כ אינו נותן לה משלו כלל רק גורם שיהי' חיוב של הלוה לה מכבר. והוי כמקדש בחלקו שכ' תוס' (דף נ"ב ע"ב) דאף דנהנית ושוה אצלה מ"מ אין ההנאה משלו אף שהוא נותן לה זו ההנאה משל גבוה ע"ש. וראי' לזה לע"ד מדפריך הש"ס על פקדון אי דקיבל אחריות היינו מלוה ע"ש (דף מ"ז ע"ב). ומאי פריך הא אמר ריש המפקיד דהוי כאומר בכל פקדון לכשתגנב ותרצה לשלם קנוי' לך מעכשיו לחד לישנא וגם באמירת פשעתי או הריני משלם קנה למפרע וא"כ י"ל דפקדון שקיבלה אחריות כיון שאומרת שרצונה להתקדש בזה החיוב אומרת הריני משלם וקנתה למפרע גוף הפקדון וחשוב נתינה בעין טפי ממלוה. וע"כ דלא מיקדשה כה"ג מה שנעשה למפרע שלה שלא הי' בתורת קדושין. ויש לחלק. ומ"מ צ"ע דכאן גרע שנותן שיהי' שלה למפרע מאדם אחר. והא בהילך ק' והתקדשי לפלוני לא מהני אי לאו מדין ע"כ. והא נותן לה ע"י שמקדשה שנעשה שלה מה שנתן הלה וע"כ דלא מהני רק מדין ע"כ ולרמב"ם (פ"א מה' מכירה ה"ו) במכר לא מהני כלל כנ"ל. מ"מ שלא יש לחלק דגם שכ' לכל מוציאו הוא שלו והנוטלו מדעתו גזל הוא ממילא חשוב נתינה משלו כנ"ל. ומ"מ צ"ע דא"כ הי' נתפס בו קנין מה"ת מה שנותן או מוכר שט"ח זה שיהי' למפרע השיעבוד לו. ולמה דחקו תוס' בפ"ק דשבועות שממעט אין פודין בשטרות או אונאה. והא משכחת בממרני כנ"ל דמ"מ הוי רק גורם כנ"ל. ובנתן שט"ח סתם כ' הש"ך דלא קני דלא ס"ד לכ"ע שיוכל למחול. אולם תוספ' ב"ב קמ"ז כתב דאי צריך המוחל להחזיר כל שוי' למה לא ס"ד ע"ש שכ' מיהו יש לדחות כי שמא הי' לה בושת לבא לב"ד ולתבוע מבעלה מה שמחלה ולכך לא ס"ד בכך יוסר ע"ש. מ"מ שם גופי' משמע מתוס' דרק לדיחוי בעלמא כ' דהא סובב על דברי ר"י דאצ"ל רק דמים שנתן. ועיקר ראייתו מהא דקדושין ולא ס"ל דיחוי הנ"ל. דפשוט דאין בזה טעם שלא יירא הבעל מלמחול שמא לא תבוש. וכשאצ"ל רק דמים שנתן י"ל דיעשה קנוניא ויקח מעות מלוה משא"כ כשמשלם הכל. ועוד הא יכולה למכור לאחר השט"ח וכשימחול יתבענו כנ"ל. דהא בל"ז נראה דשמין כפי ששוה השט"ח למכור כמבואר סי' ס"ו כפי אלמות הבע"ח ועשרו דהא קי"ל גורם לאו כממון רק שטר ששוה למכור כמ"ש תוספ' פ' מרובה (דף ע"א ע"ב). ונגד הלוקח אין חשש מחילה דיתבענו מדד"ג. אך הא א"כ מאי קאמר דלא ס"ד שמא ימחול הא גם זה בכלל הספק שיוי השטר ואעפ"כ נשום כמה יתן הלוקח אף שיש ספק מחילה ואם ש"פ תהי' מקודשת כמו ט"ה דכתובה. וע"כ דהחשש

שמא ימחול מיד קודם שתמכור. וא"כ גם תי' הנ"ל לא שייך דשמא ימחול מיד והוא כסיפא כנ"ל משא"כ במכר. גם י"ל להפ' דצריך לשלם הכל מ"מ שמא ימחול מקצת דינר וכה"ג דבזה מפורש בש"ס דק' חסר דינר כסיפא למיתבעי' משא"כ במכר כדמוקי ר"נ (דמ"ז) ושוין במכר שקנה כנ"ל:

גם י"ל בכותב בשטר שאם ימחול מחויב מעכשיו לשלם דכה"ג לכאורה לא שייך לא ס"ד שאף אם ימחול קודם שתמכור תוכל למכור זה החוב שעליו בכו"מ והלוקח יתבענו. אך בקדושין י"ל דלא תמצא ק נה כלל דכל לגבי בעלה ודאי מחלה כדאמר בהחובל וזה החוב שעליו תמחול היא ושמא ישאנה ואין לה לשלם כנ"ל. משא"כ במכר כה"ג שפיר יוכל למכור בכה"ג ושוה אצלו כנ"ל אולם כיון שיש ב' דיעות סי' ס"ו אי מחל אם משלם הכל או רק דמים שנתן ויכול לומר קים לי ממילא לא ס"ד דמוכר דא"י להוציא כנ"ל. אך גם להפ' דמים שנתן מ"מ הא כתב הרא"ש סוף פ"ק דב"מ שישלם רק ש"פ דמי הקדושין. אבל במכר שפסקו דמים ונותן השט"ח. א"כ דמים שנתן הוא כל דמי המקח. גם אם התנה מוכר שאם ימחול לא יהי' מכירה. י"ל דלא שייך לא ס"ד ואפשר גם בקדושין כן אך הא בחסר כו' אמר דחשוב תנאי דע"מ וישלים ואעפ"כ אמר דכסיפא כו'. ויש לדחות. גם בשטרי דידן דהם בעיסקא יש להסתפק אי קני וכמ"ש רש"י ז"ל גבי מקדש במלוה. בל"ז יש להבין ענין לא ס"ד הא בל"ז נימא לא ס"ד שמא לא ישלם או יעני וכה"ג וע"כ כיון דמ"מ ש"פ עתה למכור א"כ גם הס' מחילה כנ"ל. וצ"ל דמה שאינו מצידו אמרינן דמ"מ שוה משא"כ מצידו או במכר מצד המוכר או הקונה. ומ"מ אינו מובן ולכאורה הטעם כמ"ש ר"ת פ"ק דקדושין (הובא ברא"ש ור"ן) גבי שיראי לא צריכי שומא דדבר שאין שומתו בקל לכ"ע צריך שומא. וי"ל דספק מחילה אין ידוע כלל לשום מ"מ הרי חולקין הפ' על ר"ת. וצ"ל דס' מחילה הוא שאין יודעת אם יש לה זה הדבר שנותן בעד הקדושין שהוא החוב ואם ימחול אין לה. משא"כ ס' יעני וכה"ג דמ"מ יש לה החוב. וכמו במקום שכותבין שטר דלא ס"ד עד שיכתוב כו'. ויתיישב בזה דקשה למ"ד (שם ד' מ"ח) לא שבק לדידי ומחל. הא שמא יטעון הלוה אשתבע לי ולא ירצה מקדש לישבע דגם שבועת אמת אמר מי יימר דמשתבע (שבועות ל"ב ע"ב) וכן להפ' דאין צריך לשלם כשאינו רוצה לישבע א"כ גם לדידן שייך. ולהנ"ל י"ל כיון דהחוב יהי' לה רק שלא תוכל לגבות כל שאינו נשבע הוי כשמא יעני כנ"ל מ"מ יש לדחות:

(ג) **ונתן לו כסף** כו'. בסמ"ע כ' דוקא מקצת דמי המקח. וט"ז חולק. וראייתו מקדושין אינו מובן דג"כ שיוי הקדושין. ויראה דזה עיקר החילוק בין קנין כסף לחליפין למ"ד מטבע נ"ח שפי' רש"י פ' הזה שאינו נותן לו בתורת דמים כדרך מקח וממכר כו' בתורת

קנין כמו סודר שהקונה נתן לו סודר והוא מקנה לו הקרקע כו' ע"ש כדכ' לקיים כ"ד שיהי' הקנין קיים ע"י נתינה זו. משא"כ כסף הוא דמי המקח. ולכך מתנה ע"מ להחזיר דמי לחליפין ואינו מועיל בקדושין. דלכך דרך ק' חליפין גם עמ"ל כיון שאינו דמי המקח רק כדי שיקנה ויתקיים המכר ולא ינכה כלל שיוי הסודר מהדמים. וגם חליפין שוה בשוה הוא ג"כ שזה נותן לזה וזה לזה. ולשון המשנה כל הנעשה דמים באחר נראה דלרבותא נקיט לס"ד אף מטבע שדרך לעשותו דמים היינו דמי המקח כשאומר חליפין קני ולא הוי כדמי. ואדרבא משמע כסמ"ע הנ"ל. ואין קושיא ממה שמועיל מתנה עמ"ל בתורת כסף. דגם שיהי מחויב להחזיר בתורת קיום תנאי זה מלתא אחריתי. וגוף נתינת הכסף שפיר דמי המקח. וזה מוכרח דהא פחות מש"פ לא מהני לקנות ומתנה עמ"ל אפילו אחר יום או שעה שאין שוה פ' ע"י התנאי ומ"מ קני. וע"כ דדנין השיוי מצ"ע בלי התנאי דתנאי מלתא אחריתי. כדמחלק כש"ס בין חוץ מפלוני ובין ע"מ שלא תנשאי וקי"ל הכי ע"ש (ר"פ המגרש). ובפרט דאינו מוכרח בש"ם די"ל במכר קני באמת בתורת חליפין בעמ"ל לפי' הרמב"ם בהא דלבר מאשה לפי שא"נ בחליפין לא משם גזירה ע"ש (פ"ה מה' אישות ה' כ"ד):

וקצת ראי' בסי' רמ"א גבי מתנה כתב הטור צריך שיקנה בשטר או חזקה וקנין כסף לא הזכיר כלל. ומוכח כסמ"ע דמתנה לא שייך כלל שיתן פ' ויקנה המתנה דאינו דמיו כלל משא"כ לט"ז. ואפשר דמודה ט"ז במתנה או דכיון דיתן לו ש"פ לא נק' מתנה. אף שהוא ש"פ על ק' מנה מ"מ הוי כמכר שיודע שיש אונאה דמהני לסמ"ע אם נותן לו המעות במתנה ואומר שעבור מתנה זו יקנה הקרקע לא קני דאין דמי המקח. וא"כ הא באשה בהנאת מחילת מלוה מהני. וע"כ שאינו שיוי הקדושין. וי"ל מזה הוכחת ט"ז. אולם לענ"ד במחלוקת שנוי'. שזה טעם רש"י ז"ל כתובות ע"ד שמוחל המלוה ואינה מקודשת ותוס' כ' צ"ל בין הנאת מלוה ובין מחילת כו' ור"י מסופק שמא אין חילוק ע"ש. ואינו מובן. ולהנ"ל א"ש דרש"י ס"ל ממ"נ לא מהני קדושין במלוה אם שיהי' מעות המלוה דמי הקדושין אינו נותן כלום דיהי' הקדושין פרעון והא כל שלא מקודשת אין נפרע. ובלשון הנ"ל שמוחל ובעד מחילת המלוה תתקדש אינו דמי הק' ותוס' לשיטתם שפי' קדושין ד"ז מתנה עמ"ל בתורת מעות דא"א דהוי חליפין דמטבע א"נ חליפין רק גזירה כו'. וס"ל דעמ"ל שאינו שיוי ומהני. אולם הרמב"ם ז"ל לע"ד מבואר להדיא דרק בתורת חליפין מהני לא בתורת כסף ע"ש שבפ"א מה' מכירה גבי קניני כסף לא הזכיר מעמ"ל רק פ"ה גבי קנין חליפין ע"ש. וע"כ דמפרש בכולהו קני לא קאי אהילך מנה רק כלי

וכה"ג. ותמהני על המ"מ והב"י דמשמע מדבריהם מתנה עמ"ל לרמב"ם בתורת מעות ע"ש סי' קצ"ה:

(ד) **כסף ש"פ** כו'. אבל פחות מש"פ לא מיקרי כסף ולא קנה. כ"כ הטור וכ' עלה הב"י שכתב ר"י דהכי איתא פ"ק דקדושין וכ"כ הה"מ. ונראה דהיינו מדאמרינן ריש קדושין אשה בפחות מש"פ לא מקניא ה"ג ר"ת וכ' התוס' דטעמא משום דגמר קיחה כו' משדה עפרון דכתיב בי' כסף ובפחות מש"פ לא מיקרי כסף עכ"ל, ותמוה מאד על מרן הב"י איך תלי לה בדברי תוס' הל מפורש בש"ס להדיא פ"ק דקדושין י"ג ע"א אמר ר' אסי כו' כשם שאין אשה נקנית בפחות מש"פ כך אין קרקע נקנית בפחות מש"פ ע"ש. ולכאורה גרם מה שנרשם בהה"מ פ"ק דקדושין ג' ודף ג' הוא מ"ש הב"י דאשה פחות מש"פ לא מקני'. אבל הדבר פשוט דראוי להיות בהה"מ י"ג והיינו בש"ס הנ"ל. וגם שאין דרכו של הרמב"ם לכתוב מה שאינו בש"ס. אך תימה לומר כן על הב"י דנהירין לי' הש"ס. וכן הפרישה כ' ג"כ כלשון הב"י. ובבאה"ג ציין ג"כ כדברי ב"י. ותימה על האחרונים שלא עמדו בזה. ונראה לישב דלכאורה הי' לחלק דכיון דכסף היינו מדמי שיוי הקרקע כמ"ש הסמ"ע וכן באשה פרוט' הוא דמי שיוי הקדושין ולא כמו שדחה הט"ז דברי סמ"ע. וכ"כ תוספ' פ"ק דקדושין גבי רבית דארוח לה כו'. והרא"ש פ"ב גבי קדשה בשט"ח דאחרים דלהפ' דמוחל משלם דמים שנתן צריך לשלם לה פרוטה דזה מיקרי דמי הקדושין ע"ש. וא"כ הי' אפשר לפרש הש"ס כשם שאין אשה נקנית בפחות מש"פ היינו דכיון שאמרה תורה דדמי הקדושין ש"פ. א"כ כשנותן פחות מש"פ אף שמתחייב המותר לא מהני כמו כן בקרקע השוה יותר רק שנותן לקנין מקצת דמי הקרקע דבש"פ מהני ונקנה והשאר חוב משא"כ באינו נותן על דמי שיוי הקרקע רק פחות מש"פ לא מהני והיינו דומיא דאשה שאינו נותן כל דמי שיוי הקדושין רק מקצת. אבל לא מוכח מש"ס הנ"ל היכא שאין הקרקע שוה באמת רק פחות מפרוטה ונותן לו פחות מפרוטה כל דמי שוי' הי' אפשר דשפיר קונה בכסף זה שהוא כל כסף השדה שאין יותר. ואדרבא הי' משמע קצת כן דהוא תמוה כמ"ש תוספ' שם למה תלי לה באשה אדרבה קנין דאשה משדה ילפינן ולהנ"ל הי' א"ש דתלי לה באשה דדוקא כמו שאשה אינה נקנית פחות מש"פ כיון שאינו כל דמי שיוי הקדושין כנ"ל. ולכך הביא הב"י מש"ס הנ"ל דמוכח שפיר דאמר דלכך לא מקני' בחליפין בתורת כסף דאשה פחות מש"פ לא מקני' ולפי ר"ת שם דמוכיח מזה דאינו בתורת כסף משום דאיתא פחות מש"פ ואשה לא מיקני' שאינו כסף וא"כ אי נימא דבכל שוי' גם פחות מש"פ מיקרי כסף. וא"כ בשלמא עכשיו דכבר ידעינן שאין אשה מתקדשת פחות מש"פ ודמי הקדושין הם ש"פ א"כ כשנותן פחות מש"פ הוי מקצת שיוי

כנ"ל. אבל איך הוכיח הש"ס מזה דלא תתקדש בחליפין בתורת כסף אף פחות מש"פ הא אם יהי' הדין דמקודשת פחות מש"פ א"כ הוי פחות מש"פ כל דמי שיוי הקדושין וכה"ג מיקרי כסף גם פחות מש"פ. ומוכח שפיר דאין לחלק ובקרקע אף שכל שוי' פחות מפרוטה אינו נקנה בפחות מש"פ דאין כאן תורת כסף וצריך קנין אחר כמו מתנה:

ובלבד שהי' אפשר לחלק כן מסברא י"ל ג"כ למאי שהקשה בתוס' שם (דכ"ו) למה יליף קנין כסף משדות בכסף ולא משדה עפרון. ותירצו דשאני נכרי דכל קנינו בכסף ע"ש. ולשיטת תוס' לעיל י"ד אין זה פירכא רק על קנין עבד עברי דאדרבה בשאר דברים קי"ל דבישראל מעות קונה מה"ת ולא בנכרי ע"ש. והמפ' תירצו דלא מצינן למילף משדה עפרון רק כשנותן כל דמי השדה כמו שם אבל לא מוכח שיהי' קנין במקצת דמיו שנותן ש"פ על דמי השדה ולכך יליף מבכסף יקנו דמשמע שיקנה בכל שנקרא כסף אף בפרוטה ע"ש:

והנה הא כסף שבתורה אין הפי' מטבע דהא לא הי' מטבע פחותה ממעה רק הפי' כסף ממש רק שקיבלו דמשקל כסף פחות מש"פ לא חשיב כסף כיון דאין בו משום גזל ושאר דברים ולכך כסף האמור בתורה היינו מה שהוא כסף חשוב עכ"פ דהוא ש"פ. וא"כ בכותי דקי"ל דנהרג על פחות מש"פ דלגבי דידי' חשוב כסף אף פחות מש"פ לכל הדברים. א"כ י"ל לענין קנין ג"כ דישראל מכותי קונה קרקע אף בפחות מש"פ. דהא כ' תוס' ב"ב נ"ד גבי כותי מכי מטא זוזי לידי' אסתלק לי' כו' דילפינן משדה עפרון כו' וא"כ כיון דתלי' בו במה שמקבל דמי השדה ולגבי דידי' חשוב כסף פחות מש"פ ג"כ א"כ שפיר קיבל דמי השדה. ואף דילפינן קדושין משדה עפרון ויליף דבש"פ דוקא היינו משום דלא ילפינן רק דקנין אשה בכסף מקיחה וכיון דבעי כסף ובישראל ממילא לא הוי פחות מש"פ כסף. משא"כ בכותי (דהא כל הקנינים הוא מה שהקנין מורה שנעשה שלו כמבואר בש"ס ונתינת הכסף והמוכר מקבלו ומה לו לקבל מעות אחרים מורה שמחמת המכירה. משא"כ פחות מש"פ שבל"ז אין מקפידין. משא"כ בכותי). וא"כ הי' אפשר לחלק כנ"ל דכשאינו נותן כל דמי הקרקע דבזה לא מצינו למילף משדה עפרון רק משדות בכסף יקנו דהוא בישראל ולכך צריך פרוטה דוקא. משא"כ בנותן כל דמי הקרקע ששוה רק פחות מפרוטה דבזה מצינן למילף משדה עפרון. שוב י"ל דגם בפחות מש"פ מהני דשם בנכרי מיקרי כסף ומהני. דבשלמא באשה לא ילפינן גוף הקנין משדה עפרון רק שהוא בכסף משא"כ בקרקע דילפינן גוף הקנין. וי"ל כמו התם דבכל דמיו יקנה שפיר בפחות מש"פ. והוצרך הב"י להוכיח כנ"ל:

ומיושב במ"ש תמיהת התוס' בש"ס הנ"ל. כשם שאין אשה נקנית בפחות מש"פ כך אין קרקע כו' והא אדרבה אשה ילפינן מקרקע. ולמ"ש עיקר הראי' להיפוך דבשדה הוי ילפינן משדה עפרון בכל שוי' פחות מפרוטה דנקנה דבנכרי חשוב כסף רק יליף בהיפוך כשם שאין אשה נקנית כו' דגבי אשה ילפינן רק שהקיחה בכסף וממילא בעינן כסף שנקרא לגבי האשה דהיינו ש"פ כך אין קרקע נקנית כו' אף שהוא כל שוי' כנ"ל. ולא מצינו למילף משדה עפרון רק במה שהוא כסף וכיון דבעי כסף צריך ש"פ שיהי' כסף גבי ישראל כנ"ל:.

אמנם גם דין הנ"ל מבואר להדי' בש"ס עירובין מ"ט ע"א למ"ד עירוב משום קנין לא מהני פחות מש"פ כו'. מבואר להדיא דאף שזה כל שיווי שכירות הקרקע שמקנה בפחות מש"פ מ"מ לא מהני גם בעירוב שהקילו ומכש"כ בקנין גמור:

(ה) **שוה פרוטה** כו'. וישראל מעכו"ם כבר כתבנו דיש להסתפק דאפשר דקני בפחות מש"פ כיון דלגבי דידי' חשוב כסף. ואף דלגבי הנותן לא הוי כסף מ"מ הא כ' הר"ן ריש חולין דאף בקדושין בחלופי איסורי הנאה אף דאסורין לו ולא ש"פ מ"מ כיון דלגבי דידה ש' מהני והוכיח מגזל אחר יאוש ע"ש. או אפשר כיון דילפינן מכסף דקרא ובתורה לא נקרא כסף רק ש"פ וממילא גם בכותי לא קני:

שוב ראיתי מפורש בש"ס עירובין ס"ב ע"א גבי שכירות בריאה כו' ופריך מאי רעועה כו' אילימא פחות מפרוטה מי איכא למ"ד בנכרי מש"פ לא הא שלח כו' משמי' דר"י שוכרין מן הנכרי אפילו בפחות מש"פ ואמר רחב"א כו' ב"נ נהרג על פחות מש"פ כו'. ומבואר דשכירו' קרקע שיקנה בכסף נקנה בעכו"ם בפחות מש"פ ואף די"ל דגם זה מקולי עירוב אף דלא מהני בשאר שכירות. ז"א דא"כ לא כוי לי' להש"ס למיפרך בפשיטות מאי שכירות רעועה ומאי בריאה כו' הא שפיר מיקרי בריאה בש"פ דקני באמת משא"כ פחות מש"פ דלא קני רק בעירוב. ועוד דהא פריך אהא דאמר דירא דילמא יחזיקו בו הניחא למ"ד שכירות בריאה כו' אבל אי רעועה לא שייך שמא יחזיקו ועלה אמר מאי רעועה אי פחות מש"פ ומשמע דאי הוי מפרשינן רעועה בפחות מש"פ לא הוי קשה דהא שייך שפיר דילמא מחזקי ע"פ הדין ומוכר דקונה לגמרי דאנ"ה לא הוי צריך להקושיא לפרושי דאין הכונה רעועה בפחות מש"פ דגם אם הפי' כן קשה דנא שייך שיחזיקו כיון דלא קני ע"פ דין רק בעירוב. וע"כ דאי הוי מפרשינן בפחות מש"פ הי' קנין גמור כנ"ל. ועוד מדמייתי עלה הא דאמר ר"י ב"נ נהרג על פחות מש"פ ולא סגי לי' במאי דאמר ר"י להדיא ששוכרין בפחות מש"פ ומה צריך עוד להוכחה וע"כ דבעי לאתויי שהוא קנין

גמור ולא בעירוב לחוד כנ"ל דבלא"ה לא הוי קשה דאף דאמר ר"י שוכרין ה"א (דרק בעירוב ושפיר קרי לי' רעועה ומייתי כנ"ל:

אמנם יש ג"כ משמעות משם להיפוך דאי נימא דבכל קנין קני מכותים בפחות מש"פ למה באמת הוצרך ר"י לשלוח הוו יודעין ששוכרין מהכותי בפחות מש"פ מהיכי תיתי שלא יועיל כיון שקרקע וקנין גמור קונין ממנו ג"כ בפחות מש"פ. וכן לקמן בש"ס ס"ו דמפרש מאי דאמר ר"י שוכר כמערב דמי לקולא דמה מערב בפחות מש"פ אף שוכר כו'. ומשמע דהוא רק מקולי עירוב כנ"ל. אך יש לדחות דאף דבכל מקום קונין מכותי בפחות מש"פ מ"מ כיון דעיקר התקנה עד שישכור הי' כדי שיקשה על הישראל לדור. ומה"ט מצרכי יש פ' לשכור דוקא בכל ע"ש. וא"כ מה"ט גופי' הוי ס"ד דבעי ש"פ דוקא שיהי' ממון ולגבי הישראל שמפסיד ומאי מהני מה שחשיב כסף לגבי הנכרי ושפיר הוצרך להשמיענו דסגי בפחות מש"פ כנ"ל:

אמנם מדברי הרמב"ם ז"ל מבואר דאינו קונה פחות. מש"פ רק מקולי עירוב שכ' פ"ב מה' עירובין ה' י"ב שוכרין מן העכו"ם אפילו בשבת שהשכירות כביטול רשות הוא שאינו שכירות ודאית אלא היכר בלבד לפיכך שוכרין מן העכו"ם אפי' בפחות מש"פ ואשתו משכרת כו' ע"ש. ומבואר דכולל זה ששוכרין בפחות מש"פ בהדי הנך מטעם שאינו שכירות גמור ומבואר דשכירות גמור לא הי' מועיל בפחות מש"פ. ונראה דלענין סילוק הנכרי כדאמר פ' חזקת מכי מטי זוזי לידי' איסתלק לי' וישראל לא קני אלא בשטר ע"ש נ"ד ע"ב ודאי כשמוכר קרקע בפחות מש"פ שזה כל דמי הקרקע שפיר איסתלק לי' כיון דלגבי דידי' חשיב כסף וכבר קיבל כל דעי' הקרקע. אבל לענין שיקנה הישראל בכסף זה כגון בשכירות דקונה בכסף לחוד כמבואר סי' קצ"ד או בפירוש שיקנה בכסף ע"ש. או היכא שאינו נותן כל דמי הקרקע רק מקצת ולא איסתלק רק שיקנה בתורת קנין כסף בזה לא מהני בפחות מש"פ כיון דילפינן מכסף דקרא ואינו נקרא כסף בתורה פחות מש"פ. ואף דסני במה שהוא כסף לגבי המקבל כמ"ש הר"ן ז"ל היינו במה ששוה פרוטה לגבי המקבל ויש אצלו כסף האמור בתורה משא"כ פחות מש"פ שגם אצל הכותי אין כאן כסף דקרא רק שחשוב אצלו מה שאינו נקרא כסף ג"כ ולא קני כנ"ל:

ומיושב שפיר דשם בעירוב דקי"ל דף ס"ו דשוכר כמבטל רשות הוא רק דתקנת חכמים הי' שביטול רשות זה לא יהי' בדיבור לבד כמו בישראל רק בשכירות דוקא ולכך מהני שפיר אף בפחות מש"פ כיון שזה כל דמי השכירות ולענין הסילוק של הכותי שפיר קני דלגבי דידי' חשיב כנ"ל ומכי מטי לידי' איסתלק לי' כנ"ל ואף שלא קנה הישראל מהני כנ"ל. ולכך לס"ד (שם דס"ב) דירא שמא יחזיקו בו ברשותו שייך שפיר גם בפחות מש"פ

כיון דמועיל לסילוק יכולין להחזיק כמו בהפקר והוצרך שפיר לאתויי הא דב"נ נהרג כו'. ולכך כ' הרמב"ם ז"ל שאינו שכירות אלא ביטול רשות וע"ז קאי הלפיכך שוכרין אף בפחות מש"פ דלענין ביטול שפיר מהני משא"כ אם הי' צריך לקנין שיקנה הישראל דלא הי' מהני רק בש"פ. ואף שכ' הרמב"ם שאינו שכירות ודאי אלא היכר ואח"כ כ' הלפיכך. מ"מ הא מבואר מלשונו שאין זה רק טעם א' שאינו אלא ביטול רשות שאינו שכירות ודאי אלא היכר והי' לו לכתוב בשני טעמים שאינו אלא ביטול ואינו אלא היכר ומדכלילינהו בטעם א' מבואר כוונתו שזה עצמו הוא הקולא שהצריכו רק ביטול רשות וממילא אינו שכירות ודאי כו' ולכך מהני בפחות מש"פ. ושפיר י"ל דלענין הסילוק מהני מדינא בפחות מש"פ כנ"ל:

סימן קצה

סעיף א

(א) **בקנין כו' יתן לו** כו'. לכאורה אפשר דבעי נתינה מיד ליד וטלי מע"ג קרקע לא יועיל דכ' ונתן כו'. דבשלמא בכסף ושאר דכ' ונתן דקאי בתורת נתינת ממון הכונה רק שיהי' שלו הממון ואין קפידא בגוף הנתינה איך הוא משא"כ בק"ס דנתינת נעל הוא לא בתורת ממון דאף פחות מש"פ מהני כמבואר בגמ' ותוס' שם (ב"מ דמ"ז) דדמי לגט דונתן כו' א"כ י"ל דהקנין דוקא בנתינה ממש. והי' נראה ראי' לזה מב"מ ז' דאמר סודרא כיון דתפיס ג' כמאן דפסיק כו' ופריך מ"ש מדר"ח גט כו' יכול לנתקו כו' ומשני התם כריתות כו' נתינה כו'. ומאי פריך מנ"ל דבסודר יכול לנתקו דילמא בתופס בכח שאין הלה יכול לנתקו ומאי פשיטא לי' ואי כנ"ל א"ש דבקפצה ידה בחוזק עד שא"י לנתקו הוי טלי כו' כמ"ש תוס' שם (גטין ע"ח) ולא הוי נתינה. א"כ בסודר כיון דמקצת ביד בעליו וכשנותן ג' על ג' למקנה א"כ בנתינתו לבד יכול לנתקו ורק ע"י קפיצת ידו א"י לנתקו הוי טלי כו' ואינו ונתן ופריך שפיר ומשני שם בעי נתינה של כריתות דלא להיות אגוד בי' הגט משא"כ סתם ונתן אף שיכול לנתקו הוי נתינה אבל מ"מ בעי נתינה וטלי לא הני. והי' מיושב מה דמייתי תוס' שם הדין דקפצה ידה כו' שהובא אגב גררא לגט ולמ"ש מוכח משם. אך מסתימת הפ' לא נראה כן. ונ"ל החילוק דהא עייק חרצי' ושלפתי' מהני (שם) דמסייע שתוכל ליטלו חשוב ונתן וא"כ בקנין דונתן הכלי לא סגי בנתינה לחוד רק עם הקנאה שיקנה לו הכלי והיינו נתינה שיש בו הקנאה. ולזה מסייעו במה שמקנה לו ומצוה ליטלו דבלא דיבורו לא הי' שלו ולא הי' נתינה של הקנאה והוי כעייק כו'. ודוקא בגט דמהני בע"כ וכשנותן בע"כ מ"מ נעשה הגט שלה א"כ הנתינה רק מצד עצמו. ולכך בטלי לענין שיהי' בידה אין אמירתו מסייע כלל. וההקנאה אין צורך להנתינה ולא מהני

משא"כ בהנ"ל. אך א"כ בקדושין למה מספקא לב"ש (ר"ס ל') בטלי מעג"ק וכבר כתבתי שם בעזה"י. וי"ל מטעם ויצאה והיתה דלהרבה פ' גם ק' כסף איתקש. עוד יש לחלק בין ונתן בידה לונתן כו':

(ב) **ויאמר לו קנה זה חלף הקרקע כו' בשוה בשוה שייך לשון זה שהוא חליפי החפץ.** אבל בק"ס המכירה דבר בפני עצמו שהלה מתחייב דמי המכירה. ואין הסודר חלופי הקרקע או החפץ רק גזה"כ לקיים כל דבר שבנתינת הכלי נגמר דבורם של המכירה בעד כמה שדיברו ופסקו. ומה שייך חלף הקרקע כו'. אך בגמ' ג"כ הלשון ניחא לי' דליהוי מקנה קונה כו'. וצ"ל דהכלי חלופי הקנין לא חלופי הקרקע. היינו שהמכירה טובת שניהם בזביני מיצעא ואף ברעה מ"מ זה רוצה לקנות ובעד הכלי שמקבל מקנה לו הקרקע בעד הדמים שפסקו ולכך כ' חלף הקרקע שמכרת או נתת לו. ומה"ט לע"ד להפ' דאי תפיס לי' מתפיס אינו יכול לנכות לו הסודר או הכלי מדמי המכירה שפסקו בכו"כ שאין זה דמי החפץ רק מתנה שבעד זה מקנה החפץ בדמים שפסקו ומה"ט גופי' לר"נ (נדרים מ"ח) אי תפיס לא מתפיס דמסתמא אינו נותן מתנה כשדי בל"ז וכיון דעמ"ל סגי בקנין לא אמרינן שנתן יותר דקי"ל בסתם מעות פקדון דלא יהבי מתנה כו' וממילא גם לר' אשי כן דע"כ המנהג שאינו מנכה לו. וזה עיקר החילוק בין קנין כסף לק"ס דשם הוי דמי החפץ וכשנותן לו מתנה מעות כדי שמקנה לו החפץ במתנה לא קני בתורת כסף כיון שנתן המעות במתנה אין כאן במה לקנות הקרקע כו' משא"כ בק"ס בעד המתנה דכלי יקנה לו הקרקע הן במכירה בעד דמיו והן במתנה. ומה"ט לא מהני בקידושין ק"ס אף דשו"פ שכיון דאין זה דמי הקדושין רק במה שנותן לה הסודר במתנה יקנה אותה להתקדש לו א"כ במאי תהי' מקודשת דממילא הקדושין בחנם כנ"ל. ולכך במתנה עמ"ל אמר בגמ' דדמי לחליפין שאינו דמי החפץ דבדמי החפץ סתמא לא הי' מוכר מרוצה ע"מ להחזיר ולכך אף שמתרצית בתורת כסף שייך הגזירה אטו ק"ס:

ובזה מיושב לע"ד מה שהק' לר"ת ז"ל דשוה בשוה מקרא דעל התמור' דאף בפירות כו' והא כיון דקי"ל ד"ת מעות קונה למה קרא הא ממילא כל א' דמי המכירה של החפץ הב'. ולמ"ש א"ש דגם בשוה בשוה הוא כן שזה נותן לזה במתנה חפץ זה שיקנה לו במתנה חפץ זה. ולא הי' מהני כלל מדין כסף שאינו דמי החפץ כלל רק זה מתנה וזה מתנה ואף שהוא כתנאי ואם לא יקנה לו זה לא יקנה גם הוא מ"מ לא מהני מדין כסף. שגם בתנאי אם נותן לא' כסף במתנה ע"מ שיתן לו קרקע במתנה אין זה קנין כסף וצריך להקנות לו אח"כ הקרקע בקנין וכן בהנ"ל ורק מדין חליפין קני. וזה לע"ד טעם הפ' כפשטא דש"ס דאין בקנין חליפין דין אונאה דלאו מכר הוא רק מתנה כנ"ל ואף בשוה בשוה

כנ"ל. ומ"מ כשזה חוזר ואינו מקנה לא קנה הכלי דאדעתא דהכי נתן לו במתנה כדי להקנות וא"צ דיני תנאי באומדנא וג"ד סגי. ואף דלכאורה אפשר דהכלי חלופי הקרקע ממש ואעפ"כ נתחייב לו זה המעות שפסק דלקיים כל דבר כתיב ואף דאם הכלי דמיו במאי נתחייב זה בדמים. י"ל דמשום הקנין כמחייב א"ע במה שאינו חייב דמהני בקנין. דז"א דלענין החיוב דמים במה שא"ח הוי זה כליו של מקנה דלא מהני. וע"כ דהחיוב דמים בא ממילא בעד החפץ שקנה בקנין כלי של קונה וממילא כשקונה החפץ והקרקע מחויב בדמי החפץ כמו משיכה וכה"ג. וא"כ ע"כ שאין הסודר והכלי דמי החפץ רק דמי הקנין כנ"ל. והי' צ"ל דהסודר והדמים שניהם דמי החפץ ואין זה משמעות הלשון חלף כו' ולכך העיקר כנ"ל. ומ"מ בשוה בשוה משמע סי' ר"ג דלא כנ"ל רק שכל א' דמי הב'. וכן לשון המשנה כל הנעשה או נישום דמים באחר כו'. ע"ש לקמן סי' ר"ג:

(ג) **קנה חלף כו' שמכרת או נתת לי.** ואף דבכל קנין צריך שיאמר המוכר שדי, קנוי לך כו' כדאמר בגמ' מ"מ כאן בסודר הוא המקנה הסודר. וממילא כשאומר כנ"ל והלה מקבל הסודר ע"ד כן הוי שתיקה בשעת מ"מ דמהני כדבור. וא"כ נראה דדוקא בנותן הסודר ומקבל כנ"ל יש הוכחה משניהם על ריצוי המכירה. משא"כ כשעדים קונים מהמוכר ואומרים שמוכר בעד כו"כ אין כאן שום הוכחה מהלוקח על הקנין וחיוב המעות ואף בפניו דקי"ל (סי' קצ"ז) במשיכה בפניו הוי כאומר משוך וקני. היינו דמה שמושך חפץ שלו מורה על ריצוי כדאמר פ"ק דב"מ בתקפה דאודויי אודי כו' משא"כ מה שאחר עושה בפניו ואינו עושה מעש' בשלו כלל הוי כהקדישה כו' שם וגרע דמה איכפת לי' בדבורו וכשתיקה לאחר מ"מ דלא מהני וצריך שיאמר שמרוצה כנ"ל או שיקנו מלוקח ג"כ:

ולכך י"ל דנקיט בדוקא שהקונה יאמר כשמקנה הכלי קנה כנ"ל דאז יש הוכחה משניהם זה בנתינה וזה בקבל' הסודר ע"ד כן משא"כ אם הי' נותן סתם הסודר וזה אומר בעד שאני זוכה בסודר יהי' קנוי לך הקרקע וכה"ג אין כאן הוכחה מלוקח שרצה לקנות להתחייב כמו שפסקו וצ"ל הן. ואפשר אף דאמר אין או דיבר מקודם מ"מ כיון שנתן סתם יש דיעות דבמתנה הוי סתם א"כ לר"ל (כריתות כ"ד) דנותן מתנה ואמר א"א הוי הפקר א"כ אף שזה מתנה בזכי' שלו מ"מ מרשות המקנה יצא הכלי ב"כ וב"כ אף שלא יקנה לו הקרקע ושוב לא מיקרי ונתן שיהי' קנין וגרע ממ"ש הר"ן ריש קדושין בנתנה היא כו'. גם אפשר כיון דילפינן הקנין מונתן לרעהו צריך דוקא שיהי' הנתינה כדי לקנות לא הקבלה א"כ לא מהני במה שאומר שמקבל כדי שיקנה זה רק הנותן צריך לומר כנ"ל:

(ד) **שמכרת** כו'. לכאורה למה נקיט לשון עבר דפרק השולח בטל הוא כו' לא מהני ולעיל סי' קצ"א יש דיעות בשטרי דידן אי שטרי קנין הם. ואף למ"ש בש"ע שם דקנין הם

ואף שכתב לעבר שמכרתי או נתתי כמ"ש הר"ן הובא ב"י סי' ק"צ. מ"מ הראיות שהביא משמע דוקא בע"ד עצמו שכותב נתתי מכרתי כו' הודאה זו כלשון קנין הוא אבל כאן שהקונה אומר שמכרת לי ואין בידו להודות מנ"ל שיהי' קבלת הכלי של המוכר ראי' לקנין. ומכ"ש הטור שפ' סי' קצ"א דגם ש"ד ראי' ולא קנין למה הביא כאן לשון הרמב"ם הנ"ל שמכרת כו'. ואף שי"ל דגם כן מצד הודאה דקנין מהני בהודאה כמ"ש סי' ל"ט וכשזה אומר מכרת כו' וזה קונה בשתיקה הוי הודאה בקנין דמהני דא"כ הי' צריך עדים דוקא באמירה כנ"ל בכל הודאה ובש"ע אינו מחלק דמהני בלא עדים אף בלשון הנ"ל. וצ"ל דדוקא בשטר שי"ל לראי' חולק הטור דשמא אינו לקנין משא"כ בקנין שלא בעדים דלא יועיל כלל שוב אמרינן דהוי לשון קנין כמו נתתי כסף כו' דמסתמא באופן המועיל כמ"ש רמ"א לקמן וביד בעה"ש עה"ת דלא אמרינן כשיבטל כנ"ל (ע"ש סי' מ"ב). ואף דגם שם בשטר לא יועיל אי לראי' מ"מ י"ל דהי' כוונתו לראי' כשיהי' קנין אחר משא"כ כאן. ודוחק:

גם י"ל דלמ"ש רשב"ם ב"ב מ"ג יש מפרשים בדין ודברים אין לי כו' ג"כ הטעם משום דלשון עבר הוא ואינו אמת ע"ש. ומ"מ ק"ל בקנו מידו דמגופה של קרקע קנו מידו כו' וברמב"ן שהביא ב"י ס' זה. וא"כ הקנין משוה לשון זה לשון קנין אף דאומר לשון עבר כנ"ל. עוד נראה עיקר דשייך לשון זה בק"ס דילפינן מלקיים כל דבר היינו שמה שדיברו ופסקו המקח בכו"כ בדבור מקיים הק"ס זה הדבור של המכירה שיהי' מועיל כמ"ש רש"י ז"ל פרק הזהב. וא"כ שייך שפיר לשון שמכרתי כו' בפסיקה שדברו דקנין זה מקיים שיועיל הדבור שמקודם. ואפשר דשפיר טפי מלשון קנוי לי כיון שרק מקיים הדבור שמקודם. ונראה דמה"ט שלא יהי' ספיקות בלשון כ' רמ"א וטור שאין מנהג לומר כלל רק בסתם שהוא באופן המועיל וגם רמב"ם ז"ל מודה דמהני סתם רק שכ' הלשון שיש לומר וממילא בסתם מסתמא בלשון המועיל:

(ה) **וכיון שמשך** כו'. ולעיל יתן הקונה כו' יש להסתפק אם מקנה לו הכלי בשאר קנין שלא ע"י נתינה ומשיכה אגב קרקע או בסודר של מקנה לענין קנין הכלי שנשאר ברשותו ומ"מ קנה זה הכלי אם יקנה הקרקע ע"י. ובגמ' פ"ק דב"מ דמתנות כהונה נתינה כ' בי' ומ"מ באגב מיקרי נתינה. אך שם נתינה בתורת ממון מהני איך שיהי' כיון דנעשה שלו. אך גם בגט אי לאו משום דכ' ונתן בידה הי' מהני קנין אגב ושאר קנינים כמ"ש הר"ן פ' הזורק לחלוק על רש"י מלקני' לדוכתא כו' ורק משום דלא מיקרי נתינה לידה אבל בק"ס ונתן לרעהו י"ל דההקנאה מיקרי נתינה. וא"כ בחמור בפרה וטלה שמבואר בגמ' ולקמן סי' ר"ג דמשך הפרה לחוד לא מהני דוקא כשהחליף ואמר בעד שתיהן וכל שלא

משך גם הטלה לא מהני. אבל אם החליף בעד שתיהן כנ"ל ואמר לו משוך הפרה ויקנה לי החמור ותקנה אתה גם הטלה בשביל החמור שפיר מהני להפ' דחמור ופרה חשיבי כלי דהא קנה החמור ע"י קנין הפרה ושוב הוי החמור כליו דקונה מקנה זה הטלה ע"י קנית זה החמור בק"ס ויגמר קנין שניהם ביחד כנ"ל אי לא בעי נתינה ממש כנ"ל:

אמנם נראה דוקא במקנה הסודר והכלי לגמרי או עמ"ל אחר זמן אבל בקני ע"מ להקנות אפשר דאינו מועיל בין שהכלי ברשות המקנה ומקנהו לזה באיזה קנין על רגע זו להקנות לא חשוב כלי הראוי לתשמיש כלל דאחר הקנין מוחזר הוא לבעליו והוא ברשותו. וי"ל דדוקא כשעכ"פ הכלי בידו רגע זו משא"כ בהנ"ל. אך אפשר דמיקרי ראוי לנתקו כו' לרמב"ם דמהני דהי' יכול להביאו אצלו כיון שקנאו אז. ואינו מוכרח דלשון הגמ' סודרא דתפיס בי' משמע דצריך שיהי' בידו ועכ"פ משמע דבקני עמ"ל צריך שיהי' רגע זו בידו ממש כנ"ל:

(ו) **אפילו אין עדים והן מודים** כו'. רשב"ם פרק ח"ה פ' דקנין בפני ב' דוקא ואל"ה לא מהני ותוס' דחו מהא דהי' עומד בגורן. וי"ל דנראה דהא באתרא דכ' שטרא לא קני בכסף דלא ס"ד עד שיכתוב שטר כמבואר לעיל סי' ק"צ. וא"כ זה דמהני בק"ס אף באתרא דכ' בשטר הוא משום דסתם קנין לכתיבה עומד וסמכא דעתי' כאלו כתבו וזה דוקא כשהקנין בפני עדים שייך כנ"ל שיכתבו לו דא"צ לאמלוכי בי' משא"כ בלי עדים שעדיין תלוי ביד המוכר לא קנה עד שיכתבו לו שטר ושפיר תלי בש"ס ב' הדינים דקנין בפני ב' א"צ לומר כתבו כו' דמה"ט הוי כשטר וקני אף באתרי כו' משא"כ בלא עדים וממילא במטלטלין כהאי דגורן שפיר קונה בלי עדים:

עוד למאי דקי"ל (סי' קצ"א) במכר לא קני בשטר עד שיתן דמים והר"ן פ"ק דקדושין מסתפק בקנין אי ג"כ דוקא עד שיתן דמים או דאלים ע"ש. ולכאורה למה יהי' עדיף משטר. וי"ל הטעם דאי לא יקנה עד שיתן דמים הדר ס' למרי' דמה"ט קנין סתם מעכשיו דסתמא באופן המועיל וזה אפשר דוקא בפני עדים כמו שאין עשוי להשטות כו'. כן שיעשה דבר שאינו מועיל וא"כ בגורן דמתנה לא שייך זה. אך כל הפ' לא חילקו דבלא עדים כמו בעדים. אך באתרא דכ' שטר צ"ע אי מהני בלא עדים כנ"ל. וא"ל דכיון שלא הי' עדים, א"כ ידע כו' והוי כפירש אקנה כו' בלא שטר דמהני. דז"א דגם בכסף בלא עדים נימא כנ"ל. וע"כ דסמך דאח"כ יצוה לעדים לכתוב שטר וכן בקנין כנ"ל. וי"ל דסמכא דעתי' בקנין דהא כיון דמחשש כפירה לא אמרינן דלא ס"ד דא"כ גם כסף ושום קנין לא הי' מועיל בלי עדים וע"כ דסומך שיאמר האמת. וא"כ כמו דסתם קנין לכתיב' מטעם כיון שהקנה בעין יפה רוצה שיכתבו לו כן הקונה עצמו י"ל דסמכא דעתי' דמסתמא יכתוב

לו שטר כיון שהקנה בקנין ויאמר לעדים ודוקא בכסף וכה"ג דכמו דהעדים אין רשאין בלי ציוי לכתוב כן אינו סומך דעת הקונה כנ"ל משא"כ בקנין כנ"ל ומהני. וממילא הדין אף דהי' הקנין בלא עדים ואח"כ אינו רוצה שיכתבו לו שטר יכול הקונה לחזור בו כמ"ש ח"מ סי' ל"ט דאף בלא עדים אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד שיצוה אח"כ לעדים וע"ד כן קנה ממנו כנ"ל. ומ"מ צ"ע שלא מצינו שיהי' שייך סתם קנין לכתיבה עומד כשהי' שלא בפני עדים כלל דמה שיצוה אח"כ ענין חדש דדוקא בפ"ע דממילא רשאין לכתוב כנ"ל וא"כ אין המלוה יכול לחזור בו כשאינו רוצה לכתוב:

(ז) **אם מודים** כו'. לכאורה דוקא במודים שהי' כוונתו להקנאה גמורה דע"ז הוכחת הרי"ף ותוס' קדושין פ' האומר אי מקיימי מלתא בלא סהדי לצי"ש שלא יהי' גזל וכן ראי' דגורן כו'. אבל באומר משטה וכה"ג אפשר דכמ"ש הראב"ד ובעה"מ (פר' ז"ב) דהודאה בע"א אף דאמר א"ע מצי אמר משטה כיון שיודע שיכול לכפור עביד להשטות אף שאומר א"ע. א"כ גם בקנין י"ל כן בלא עדים כיון שיכול לכפור וממילא אף דמודה שקנה בק"ס רק שאומר שהי' כוונתו להשטות נאמן במיגו. אך מסתימת הפ' ודחיות תוס' ב"ב פ' ח"ה ד' ריב"ם בפי' דקנין בפני ב' משמע דגם כה"ג אינו נאמן. וכמו משיכה ושאר קנינים במודה ואומר שכיוון להשטות דלא מהני דהוי דברים שבלב דדוקא הודאה ודבור עשוי להשטות ולא מעשה קנין. דמגמ' פ"ב קדושין (דף מ"ג) א"מ קידש ולא אמר א"ע כו' הוכיחו הפוס' דבמעשה לא שייך משטה. א"כ גם בלא עדים כלל כיון דלא עביד הכי להשטות במעשה קנין הוי דברים שבלב וא"ד אף אי נאמן שהי' כוונתו להשטות וממילא גם ק"ס כן אין חילוק בין שאר קנינים:

אמנם בהודאה דקנין שכ' בש"ע סי' פ"א ס' י"ז דמהני ולא מצי אמר משטה ע"ש. בזה נראה דבלא עדים נאמן משטה דאין הקנין לחיוב רק לאלים ההודאה דלא יהי' להשטות וכמ"ש גי"ת שער מ"ב ונאמן דלהשטות ואין הודאה והקנין כלום ובלא הוסיף חיוב בהודאה ודאי כן. רק אף בהוסיף לזמן שכ' סמ"ע וש"ך ריש סי' ל"ט דחל הקנין ע"ש. מ"מ נראה כנ"ל דבלא עדים נאמן משטה כיון דלא הי' חיוב חדש בהודאתו רק הזמן. והא בל"ז הש"ך סי' פ"א ס"ק כ"ב מביא פ' דקנין בלא עדים לא מהני כלל כהריב"ם ודעתו נוטה כן. הגם שלדינא גם קים לי לא מצי אמר דגם הש"ך רק בהודאה דע"א מסיק שם דמהני קי"ל לא בקנין מ"מ בהודאה בקנין נראה כנ"ל דמהני אף בהרחיב זמן בלא עדים. ובפני ע"א יש להסתפק דאפשר דל"מ קי"ל מאחר שרוב הפוס' חולקים על בעה"מ גם בהודאה לחוד מ"מ בלא הוסיף הרחבת זמן נראה דלא מהני בלא עדים כנ"ל. דנאמן משטה וכן משמע מת' הרא"ש כלל ס"ו ע"ש:

(ח) **רמ"א** וכן אם קבלו קנין לפני פסולי עדות הוי קנין הואיל ומודים זל"ז שקנה כו'. תמוה לשון רמ"א מאי קמ"ל כיון דבלא עדים כלל מהני למה יגרע פ"ע והרא"ש בת' הוצרך לזה דשם טען שהמעות הי' משחוק קוביא שלא נתחייב בו ואם הי' כדבריו הי' פטור וכ' שם דכיון דהיו עדים פסולין לא מהימן במיגו שהי' מכחיש עדים פסולין ע"ש כלל ס"ו. אבל רמ"א ז"ל שלא הזכיר מיגו רק שמודים למה הוצרך לכתבו. וצ"ל דהוזכר שם בשאלה שטען שבשביל שידעתי שהיו עדים פסולים לא חששתי להקנות לך כי הי' כוונתי לרמותך ע"ש והרא"ש השיב רק דאינו נאמן שהי' משחוק ע"ש. וקמ"ל בהזמין עדים פסולין לקנין דס"ד דגרע מבלי עדים שבכונה הזמין שלא יועיל. ומוכח מהרא"ש דלא אמרינן זה כנ"ל. ודוחק. ויותר נראה דקמ"ל דלא מצי למטען משטה וכה"ג כמ"ש לעיל דכן מוכח מהרא"ש הנ"ל דאי לאו דהי' מעות משחוק לא הי' מהני טענה זו שכוונתו לרמות אף אם הי' לו מיגו ע"ש לשונו:

ולכך אף דלא הכריע רמ"א כרא"ש בזה דמיגו להכחיש פ"ע ל"א דהרבה חולקים ולכך לא העתיק כל הדין. רק עכ"פ זה מוכח דכשאינו טוען רק שהי' כוונתו לרמות או להשטות לא מהני אף במיגו. אך א"כ אין הוכחה כ"כ די"ל אף דלא שייך שסמך עצמו שיטעון שקר מ"מ על המיגו סמך שיהי' נאמן כשיטעון האמת משטה במיגו וכמ"ש סמ"ע (סי' ק"ח ס"ק י"ז) והרבה פ' לענין שטרך בידי מאי בעי שסמך על המיגו. וא"כ הרא"ש לטעמי' דמיגו להכחיש פ"ע לא אמרינן א"כ לא שייך שסמך אמיגו ולא מהני. משא"כ להחולקים דמהני מיגו לפ"ע אינו מוכח כלל. וי"ל דשוב משטה לחוד ג"כ מצי טעין שסמך על המיגו דיהי' נאמן ואינו כלל דברים שבלב. ועוד דא"כ הי' לרמ"א לכתוב רבותא יותר אף בלא עדים כלל. ואפשר דכוונת רמ"א דס"ד כמו בש"מ בקנין דגרע שמא לא הי' כוונתו להקנות אלא בשטר ואין שטר לא"מ ע"ש (ב"ב קנ"ב). וא"כ י"ל דבלא עדים כלל מהני הקנין דלא אמרינן כלל לכתיבה עומד ורצה להקנות רק בהקנין ומהני גם בלי. עדים משא"כ בפני עדים י"ל דלא גמר להקנות אלא בשטר וכיון דעדים פסולין ולא הוי שטר בטל לגמרי קמ"ל דלא כמו שמוכח מת' הרא"ש שם דלא אמרינן כנ"ל. וכן לקמן סי' רמ"א כ' רמ"א במחילה שא"צ קנין הך רבותא כשקנה לפני פסולין ופי' הסמ"ע כנ"ל. הגם דשם ג"כ קשה לע"ד שבמהרי"ק לא הוזכר כלל לפני פסולין שזה אינו מגרע הקנין רק שהי' קנין גרוע דמשמע קנין שאינו מועיל וס"ד אף דמחילה א"צ קנין מ"מ כשהי' קנין גלי דדוקא בקנין רוצה והקנין לא מהני קמ"ל דלא ע"ש:

סעיף ב

(**ט**) **ואין קונין באיסורי הנאה.** הנה בתחלה בל"ז אסור דחשוב הנאה אף דא"צ ש"פ כמ"ש תוס' פ"ב דגטין דוקא כ' על א"ה דיעבד כו' רק אפילו דיעבד לא מהני דלא חשוב כלי שאינו ראוי לתשמיש. ומשמע מזה דא"ה חשוב שלו ויכול להקנותו. והא בגט צריך ג"כ נייר שלו ומהני ועיין בפוס' שנחלקו ובחליפי א"ה שאסורין למחליף יש להסתפק כיון דמכרו וקדש כו' מקודשת. די"ל שם בתורת כסף סגי כיון דלה מותר בהנאה מקבלת כסף. אף דבעי ריש קדושין ב' בנותיך בש"פ אי בתר נותן או מקבל היינו שגם הנותן אינו נותן למקבל דבר הש"פ אבל חליפי א"ה נותן למקבל דבר הש"פ אצלה משא"כ כאן דהקנין בנתינה דכ' נעלו ונתן שהוא יתן כלי ולגבי דידי' לאו כלי. או אפשר דסגי ג"כ כשנותן לרעהו מה שהוא כלי אצלו:

(**י**) **אלא בכלי.** כתב סמ"ע ולכך כותבין במנא כו' ומהרא"י סי' י"ו כ' דאם לא כ' כן אין מוציאין:. ממון בשטר ההוא ע"ש. ולא ראה דברי ב"י בבד"ה סוף סי' זה שהביא ד' מהרא"י וכ' ואין ד' נראין לי דמסתמא אמרינן שקנה במנא דכשר ומה שנוהגין לכתוב רק לרוחא ע"ש. אמנם עיינתי במהרא"י סי' ר"ו ודברי ב"י וסמ"ע תמוהין מאד שמבואר שם להיפוך דהשואל הי' דעתו דסתם קנין הוא ק"ס והי' שם דבר שאינו נקנה בק"ס וחליפין כמטבע וכה"ג והי' דעתו לפסול הקנין דסתמא ק"ס וכ' מהרא"י דאדרבה מוכח דהאי קנין לאו חליפין מדלא כ' במנא דכשר כו' שהוא ל' שגור בפי כל וכ' קנין גמור ר"ל קנין המועיל וכשר ואח"כ מסיק דמ"מ יד בעה"ש עה"ת ומייתי ראי' מקנין הפירות שלא נכתב שהקנה הקרקע לפירות רק שהקנה הפירות קנין גמור לא הי' מהני ע"ש והיינו דבהנ"ל ג"כ היו צריכין להוסיף על לשון סתם קנין שהי' אגב קרקע ובזה סבר דיד בעה"ש עה"ת כיון שלפי משמעות הלשון לא הי' מועיל הקנין ע"ש דמבואר להדיא כן. אבל היכא דמהני קנין רק שלא נכתב במנא דכשר רק שנעשה בקנין לא עלה כלל על דעת מהרא"י לפסול. וממילא לע"ד פשוט כהרב"י לדינא דמהני. והייתי חושד עצמי לטועה נגד רבותינו ז"ל ב"י וסמ"ע עד שמצאתי להגאון ח"צ ז"ל שהוא המגי' בט"ז לעיל ח"מ סי' מ"ב ס"ה כ' ממש כדברי הנ"ל וב"ה שכוונתי לדעתו ז"ל:

(**יא**) **ואין קונה בכליו של מקנה.** משמע אף באדם חשוב ואף בנותן לחלוטין ודברי הר"ן ז"ל פ"ק דקדושין שהקשה לרב וללוי דלא מפליגו בין אדם חשוב כו' ותי' ללוי דפחות מש"פ הוא גם בסתם ב"א ולרב תי' דדוקא במתנה גמורה אבל עמ"ל אין הנותן מתחשב בשביל כך ולכך סתם ק"ס עמ"ל הוא ומש"ה דוקא בכליו של קונה אבל בשל מקנה לא וקי"ל כרב עכ"ל. משמע דבנותן לגמרי שיהי' הסודר שלו מהני באדם חשוב גם לדידן

וממילא להפ' דסודר אי תפיס לי' מיתפיס לעולם קני באדם חשוב. אך בזה י"ל דהוי תרתי דסתרי דהר"ן לטעמי' בנדרים מ"ט דא"ת לא מתפיס וא"כ סתם ק"ס עמ"ל ולכך אין ראי' מרב ופ' כנ"ל. משא"כ להפ' דא"ת מתפיס א"כ סתם ק"ס אינו עמ"ל. וא"כ מוכח מדאמר רב סתם בכליו דקונה דוקא דלא מהני אף באדם חשוב בסתם ק"ס אף דנותן לגמרי א"כ א"א לתפוס הני תרתי שיהי' הדין דמתפיס וכר"ן דסתרי כנ"ל. ואין להקשות להר"ן מאי מספקא לר' אשי הי' לו להוכיח דא"ת לא מתפיס דאל"כ יועיל באדם חשוב. ז"א דאין כ"כ הכרח לאקשויי מזה אבל עכ"פ להר"ן ז"ל בנותן לחלוטין יהי' מהני כנ"ל בחשוב וכל הפ' לא חילקו. ולכך לע"ד נראה דהא אינו מובן מנ"ל להר"ן ז"ל כיון דקי"ל דפירי לע"ח רק כלי אם כן באדם חשוב נהי דהנאה ש"פ בתורת כסף אבל כלי לא מיקרי הנאה זו. ואף דללוי מהני היינו משום דכך גזה"כ כמ"ש תוספ' ב"מ מ"ז דהא כלי ממש שנותן למקנה לא מהני והנאת קבלת כלי מהני משא"כ לרב דכפשטי' שדוקא בקבלת כלי מקנה ודאי דלא נוכל ללמוד מזה שיהי' הנאת קבלת כלי ככלי. וא"ל דעל סברא זו דלא מצינו שחולק רב אלוי משווין להו. ז"א דהא בהא תלי' דללוי נלמד מדכ' נעל כלי ואמר שמקנה נותן ע"כ כנ"ל משא"כ לרב ועוד דהא גם להר"ן ע"כ שחולק דא"כ גם באינו חשוב יועיל בנותן לגמרי דללוי חשוב כלי שאינו ש"פ וע"כ כנ"ל. ולכך י"ל דע"כ לא כ' הר"ן זה רק שלא יקשה מרב אר' ששת דנעל ל"ד ופירי נמי עבדי חליפין א"כ למה לא מפליג רב דבחשוב מהני דההנאה פירי הוי וכמ"ש תוס' ב"מ מ"ו ד"ה פירי דאין סברא שיחלוק ר"נ ארב ולוי ע"ש. ולכך כ' הר"ן חילוקו הנ"ל דעמ"ל לא חשוב הנאה לרב אבל למאי דקי"ל דכלי דוקא שפיר לא מהני לרב אף שנותנו לגמרי בכליו דמקנה דלאו כלי הוא אף בחשוב ושפיר לא חלקו הפוסקים:

ובזה מיושב לע"ד לשון הברייתא ב"מ מ"ז כתנאי וזאת לפנים כו' שלף כו' ונתן לרעהו כו' מי נתן למי בועז נתן לגואל ור"י אומר גואל נתן לבועז. ותמוה דקרא קאי על הקנין דעלמא מה להם להזכיר גואל ובועז הול"ל קונה למקנה ולהיפוך או דהוי להן להעמיד פלוגתייהו על וישלוף נעלו דקרא דנאמר על הגואל מי שלף לא על וזאת כו' ולהזכיר גואל ובועז. ולמ"ש מיושב דקמ"ל אף דבועז שהי' השופט ומ"מ לא מהני נתינה לאדם חשוב בכליו דמקנה רק דוקא בועז וגואל וקמ"ל רבותא לת"ק דקי"ל כוותי' דמינה בכל ק"ס כן אף שנותנו לגמרי וממילא מוכח מגמ' ג"כ כמ"ש דאל"כ מה מייתי כתנאי דלמא ע"כ לא אמר ר"י אלא גואל לבועז באדם חשוב והי' הנתינה לגמרי דלא הוזכר שם ע"מ להחזיר ובזה מודה רב וע"כ כנ"ל דס"ל לגמ' דאין חילוק וגם לר"ן ז"ל י"ל דש"ס דקאמר

כתנאי היינו למאי דקי"ל כר"נ דבעי כלי וממילא אין חילוק וא"כ גם הר"ן ז"ל מודה לדידן דגם באדם חשוב כנ"ל:

עוד די"ל למ"ש בשיטה מ' שם דפשטא דקרא כלוי דגואל לבועז רק רב פליג מסברא וע"ז הוי קשי' להר"ן דבאדם חשוב ראוי שיועיל ולוקי כנ"ל בקרא דגואל כו'. וע"ז כ' כיון דמשמע קרא דרק בנתינת נעל לחוד הקנין אף עמ"ל. ולכך ע"כ קרא דוקא בכליו דקונה ובועז לגואל. וממילא לא מהני אף בנותן לגמרי כיון דקרא בכליו דקונה דוקא וכדאמר ריש קדושין דגם בש"פ לא מהני בחליפין כיון דאיתנהו בפחות מש"פ ע"כ לאו בתורת כסף כנ"ל. אולם אין כן משמעות לשון הר"ן ז"ל אולם גבי הילך מנה כ' ר"ן בשם ר"ח להדיא דקני בתורת חליפין אם נתן אפי' מעות לקונה דהנאה זו חשיבא כלי והוי ככליו של קונה דקני בחליפין ועדיף בזה כשנותן המקנה מכשנותן הקונה דבעי כלי. ולכאורה לר"ן הנ"ל א"כ גם בסתם אדם כן דעכ"פ פחות מש"פ וג"כ מהני ובמה שלא מוכח דפליג רב אלוי למה נימא דפליג וכיון דרב לא מפליג דמהני בחשוב וע"כ כטעם הר"ן דמיירי בעמ"ל כסתם סודר. וא"כ בנותן לגמרי כמו דמהני באדם חשוב כן דמהני באינו חשוב דהוי ככלי פחות מש"פ כלוי דלא פליג אלוי רק דעמ"ל לא חשוב הקבלה משא"כ לגמרי. אך באמת ליתא דמפו' בד' ר"ח ז"ל דוקא באדם חשוב והטעם דתלי' הא בהא ללוי דהנאה מועטת מקבלה דע"מ להחזיר סגי לחשוב כלי לאקנוי וממילא גם באינו חשוב. משא"כ לרב דלא חשוב קבלה עמ"ל כן לא סגי בהנאה מעוטה דקבלת אדם סתם לשוי' כלי כנ"ל. אך בחשוב דעת ר"ח ז"ל דמהני ככלי. ורמב"ן ז"ל חולק ורשב"א בחי' פ"ק דקדושין הסכים לדברי ר"ח. וא"כ כיון דר"ח ורשב"א ור"ן סברי כן ספיקא הוי ותמי' שסתם בש"ע ומ"מ דוקא באדם חשוב ונותן לחלוטין אז מהני בשל מקנה לפוסקים הנ"ל. וגם אפשר דדוקא בפירש בהנאת מתנה זו שקבלת אני מקנה לך אף להפ' דבכסף אינו צריך מ"מ כאן י"ל דעתו רק בנתינתו יקנה כלוי ודוקא מפרש כנ"ל. אולם הריטב"א שם סובר כרמב"ן דדוקא בתורת כסף אבל כלי לא הוי ע"ש ולר"ח ופ' הנ"ל צ"ל דהא דמייתי מגואל ובועז כתנאי דשם גוף דין הקנין קמ"ל ולא בהנאת קבלה וגם דרק הנתינ' הי' וג"כ עמ"ל ככל ק"ס:

(**יב**) **של מקנה**. אם המקנ' נתן לקונה סודרו ע"מ להחזיר וכיון שפ' הפוסקים דעמ"ל צריך לחזור ולהקנו' לו א"כ שוב במה שמחזירו קונה דהוי כליו דקונה ואף דצריך ההקנאה דחזרה לקיום התנאי מ"מ מועיל כיון שהוא הקנאה משלו למפרע כנ"ל. אך הוי כעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו דבשעת חזרה סבור דשלו כבר במה שקיבל הסודר. ואף להפ' בדעת אחרת מקנה א"צ כוונה מ"מ דוקא כד' רשב"א פ"ב דגטין שהמקנה נתכוין

להקנות בקנין זה סגי בכוונה שלו. משא"כ דגם מקנה הי' סבור שכבר קנה ולא נתכוין להקנות בקבלת הסודר בחזרה כנ"ל:

הנה במכר כשקנה בכליו דמקנה מלוקח לכאורה בקרקע יהי' מהני דלענין החיוב דמי הקרקע מהני דלענין החיוב הוי כליו דקונה ומתחייב לוקח הדמים בקנין זה ושוב הוי כמ' שטרא אדמי' דהיינו כסף שהקרקע נקנה בו. אך כיון דנתכוין לקנות הקרקע לא להתחייב אף שממילא יתחייב ע"י קנין הקרקע מ"מ כיון דלא קני הקרקע בקנין זה אין כאן חיוב. ואינו מוכרח דמ"מ נתכוין שיתחייב ג"כ. מ"מ נראה כן דהוי כגלי דעתי' דבקנין ניחא לי' דליקני לא בכסף. ועוד דאיכא קפידא מצד המקנה כמו לך משוך דלא קני במסירה וגם נגד הקונה דבכסף לא קני עד שיכתוב שטר ובקנין קני מיד. עוד יש לדחות:

סעיף ג

(**יג**) **הקנה א' כלי למוכר כדי כו' זכה לוקח** כו'. יש להסתפק אי מצד דנתינה של אחר בשבילו מהני כהא דפ"ק דקדושין הילך ק' והתקדשי לפלוני מדין עבד כנעני. בזה יש לחלק דוקא שם בתורת כסף מהני דמ"מ מקבלת משא"כ כאן דבעי נתינה והא כ' נעלו ונתן. ולכך אמר בכליו של קונה י"ל דלא מהני נתינה של אחר דהא יבמות ק"ג בנעל שאינו שלו הוי פסלינן מנעלו רק נעל נעל ריבה ע"ש. וא"כ הכא דכ' נעלו דוקא דקונה רק די"ל דמהני מטעם זכי' שהמוכר זוכה בשביל הקונה וחוזר וזוכה לעצמו וכטעם הירושלמי בהא דהילך מנה כו' וע"ש. וזה י"ל טעם הפ' דלא מהני קנין שלא בפניו. כיון דבש"ס דידן לא אמר טעם זכי' כו' ע"כ דלא מהני. די"ל דחשוב לא חזרה שליחות כו' דמספקא בגטין פ"ב (דף כ"ד) כי מטית התם כו' דא"א להיות קונה ומקנה בב"א וכהפ' דשליח למכור א"י למכור לעצמו וכן זה שזוכה בשבילו היך יזכה אח"כ ורק משום דנתינת האחר בשבילו מהני מצד עצמו כאלו נתן המקדש וזה לא מהני גבי חליפין וק"ס דצריך להיות שלו כנ"ל וגם הקנין מצד נתינת הקונה כלי שלו לא מהני נתינת אחר בשבילו כמו דלא מהני בגט כשאין הנייר של בעל כיון שמצד הנתינה לא בתורת כסף כו'. ומכ"ש להרמב"ם וש"פ דדוקא בקדושין מהני מדין עבד דאיתקש לא בממון וכמבואר לעיל סי' ק"צ. וע"כ דלא ס"ל ב' הטעמים דגם משום זכי' לא מהני. ותמוה לי למה שפי' הר"ן (פ"ק דקדושין) ד' ריי"ף ורמב"ם דס"ל דלא מהני הלכך מנה כו' במכר מדין ע"כ וכ"כ ב"י והכ"מ פ"א מה' מכירה ע"ש. א"כ למה פ' הרמב"ם פ"ה הך דינא בק"ס הקנה א' למוכר כדי שיקנה כו' זכה לוקח וכתב הה"מ עלה זה פשוט ע"ש ולמה הא אי לא מהני בקנין כסף הילך מנה כו' כ"ש בחליפין דכ' נעלו ונתן וב' הטעמים שייכים יותר בכסף מק"ס. וגם דמיון דגמ' לקדושין שייך יותר בכסף ומהתימ' שלא העיר כלום הכ"מ

והמפרשים. וצ"ל לע"ד דהרמב"ם סבר דהא דלא אמר בגמ' הטעם כירושלמי משום זכי' ולמה לי' משום ע"כ. אמנם הא ודאי דכשאומר הילך מנה והתקדשי לפלוני או שדך קנוי לפלוני דנימא שזוכה בשביל הקונה א"א לומר שיוכל הקונה לזכות שיהי' המנה שלו לגמרי אף לפ' אי תפס מתפס דהא אין בלשון הילך מנה שיהי' לפלוני ע"י זכי' של זה אף אם לא ירצה קדושין או קנית הקרקע רק קני ע"מ להחזיר לזה חשוב דאנו מפרשין כיון שזה אומר הילך כו' שתתקדש בזה הוי כאומר שתזכה בשבילו ע"מ להקנות לה המנה עבור הקדושין וכן בקנין קרקע כנ"ל. אבל אם לא ירצה בקדושין לא יזכה במנה כנ"ל והנה הה"מ כ' על דין דהקנה ע"מ להחזיר שלמדו הרמב"ם מהא דקדושין ו' בכולהו קני לבר מאשה שא"נ בחליפין ע"ש. ותמוה דלמה השמיטו הרמב"ם פ"א בדין כסף בקרקע דמזה מיירי הגמ' שם דומיא דקדושין:

ונראה לע"ד ברור בדעת הרמב"ם ז"ל דהא אינו גורס שם שמא יאמרו כו' רק לבר מאשה שאינה נקנית בחליפין וכמבואר בדבריו להדיא פ"ה מה"א אם החזירתה הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום ע"ש דמפר כיון דבקדושין הכסף שיווי הקדושין וכן בקרקע הכסף שיווי המקח ודמיו כמ"ש סמ"ע סי' ק"צ וכן עיקר דלא כט"ז. ולכך נותן עמ"ל אף דחשוב נתינה אבל דמי המקח אין כאן שהרי אין הנאה של כלום בנתינה זו ולענין קנין חליפין שהקנין בנתינה אף שאינו ש"פ שפיר עמ"ל חשוב נתינה לא במה שהוא בתורת כסף ולכך לא מהני בקדושין מה"ת. ובתוס' שם ד"ה לבר כו' הוכיחו שהוא מדרבנן כו' דאי כחליפין במכר אמאי קני הא אין מטבע נעשה חליפין וכן בפדיון למה פדוי הא כסף כו' ולא חליפין כו' ע"ש. ולרמב"ם ז"ל שהוא מה"ת מ"מ לא ק' למה פדוי דשפיר חשוב גם נתינת כסף עמ"ל רק מ"מ דמי ושיוי המקח לא הוי דעיקר הקנין במה שקיבל דמי ושיוי המקח ומסתלק מחפצו ע"ז ואין חפץ נמכר בדמים שלא יהי' לו הנאה ממנו וכדמחלק ב"ב פ' י"נ בין שתחזירהו מוקדש ומוחזר ובין שתחזרהו לי מידי דחזי לי קאמר וכן בקדושין האשה מסלקת עצמה ע"י שיווי הקדושין כמו בקרקע דילפינן מקרקע כנ"ל. משא"כ בפדיון שפיר פדוי דהוי נתינת כסף כו' ומ"ש תוס' דאין מנ"ח ג"כ לא קשה דמה דאמר רבא הילך מנה כו' אינה מקודשת היינו משום קדושין וכלל מכר ג"כ גם למ"ד מנ"ח לא קני ודמסיק בכולהו קנה לבר מאשה היינו בפדיון וכן בתרומה ובמכר ג"כ בתורת חליפין בכלי או במעות למ"ד מנ"ח כיון דמסיים מלתי' דבאשה לא קני משום דאין נקנה בחליפין ממילא הדיוק דמכר קנה בחליפין לא בתורת מעות כנ"ל וה"ד בכלי או גם מעות למ"ד נ"ח כדינו כנ"ל ולכך לע"ד קשה שסתם בש"ע סי' ק"צ בקנין כסף דעמ"ל קני ולא כ' שהרמב"ם חולק דכמו דדייק ר"ן וב"י מדהשמיט הך דינא דהילך מנה

כו' אף שכ' פ"ה בחליפין דמכר דלא מהני בכסף כנ"ל. ממילא מוכח על עמ"ל גם כן מדהשמיטו בכסף וכ' בחליפין כנ"ל. וכמפורש בהה"מ דמפרש שם עמ"ל בחליפין כנ"ל. רק בהה"מ י"ל דדייק דחליפין עמ"ל כמ"ש ר"ן נדרים. א"כ כיון דעמ"ל לא מהני בתורת, כסף כו' א"כ אם אחר נתן עמ"ל להמקדש או הקונה גם כן לא מהני לרמב"ם ורמ"א אה"ע סי' כ"ט הוא לתוס' ורא"ש וא"כ גם כשנותן א' ע"מ להקנות לה או למוכר נראה דג"כ לא מהני דאף שישאר שלה מ"מ זה אינו נותן המקדש והוא נותן בעד הקדושין רק מה שאינה נהנית בנתינה שלו וכמו מקדש בחלקו דאף שיכולה לאכלו מ"מ נותן לה דבר אף שיהי' לה הנאה. אולם לא תהי' הנאה ממה שהוא שלו ול"ד לאחר יאוש (בא"ע סי' כ"ח) דמה ששלה הוא מצד קנייתו ביאוש לענין שיכול למכור כנ"ל. וממילא כיון שאין לו בהחפץ יותר רק ע"מ ליתנו לה אינו נותן לה יותר משלו ולא מהני רק מדין עבד כ' דמהני נתינה של האחר בשבילו כנ"ל. וא"כ מיושב דלא אמר בגמ' בהילך מנה טעם הירושלמי משום זכי' שזוכית עבורו כנ"ל. כיון שאין בלשון הילך מנה שתזכה בשבילו לגמרי דהא נותן לה רק שתזכה עבורו ע"מ להקנות לה מיד א"כ לא הי' מהני כלל דשוב הנתינה כחליפין בלא הנאה כנ"ל ורק משום עבד כ' כנ"ל. וא"כ הרמב"ם דגרס זה רק אקדושין דיליף מע"כ לא במכר א"כ כיון דלא מהני מדין ע"כ שוב גם מטעם זכי' לא מהני דאין כאן דמי המקח בתורת כסף כמו עמ"ל דלא מהני כנ"ל. ושפיר השמיט הרמב"ם בכסף הך דהילך מנה כו'. אבל כאן בחליפין כ' שפיר דין הנ"ל דהקנה אחד כו' כדי שיקנה הקונה. דמהני מטעם זכי' שזוכה בשבילו וחוזר וזוכה ממנו דבחליפין שפיר מהני הך נתינה דע"מ להקנות. ומדויק שכלל הרמב"ם ז"ל ב' הדיני' הקנה א' כו' ועמ"ל. וכן הה"מ שכ' שנלמד מהך דקדושין כנ"ל דתלוים הך בהך כנ"ל. וממילא אי מטעם זכי' בנכרי לא מהני נתינת אחר כנ"ל. והפ' דשלא בפניו לא מהני קנין הוא מטעם הנ"ל כיון דמשום ע"כ לא מהני בחליפין או דסברי כרי"ף ורמב"ם דבמכר לא קני מדין ע"כ. ומשום זכי' לא מהני דלא חזרה כנ"ל. או דסברי דגמ' לא אמר טעם זכי' דאין כלל במשמע לשון זה הילך כנ"ל שיזכה בשביל המקדש או הקונה. רק שבנתינה זו יקנה וזה לא מהני רק בקדושין כנ"ל מדין ע"כ:

(**יד**) **ואפילו עמ"ל** כו'. קשיא לי מה אפילו הא אדרבא סתם קנין למ"ש ב"י והרמ"א דק"ל אי תפיס לא מתפיס גרוע מעמ"ל דאפי' לשעה אינו מתנה גמורה רק כדי להקנות ע"י כמבואר בר"ן נדרים מ"ח דהיינו פלוגתא דר"נ ור"א ובעמ"ל לכ"ע שמה נתינה:

עוד קשה למה השמיט הדין דקני ע"מ להקנות דקני ולהרא"ש נדרים שם משמע קצת דדא ודא אחת היא משא"כ להר"ן ז"ל ועכ"פ הי' להם להביא דין הנ"ל וגם דלהרא"ש

אפשר דוקא בעמ"ל אבל בפי' רק ע"מ להקנו' לא מהני. ועוד חילוק יש דבקני עמ"ל אף שלא החזירו אח"כ לא נתבטל הקנין דיכול להוציאו ממנו שלא הקנה רק לזה אבל מ"מ לא הי' התנאי להחזיר שיהי' תלוי בזה הנתינה. וכיון שנגמר הקנין גם לא החזיר קנה. משא"כ בע"מ להחזיר דדוקא החזירו כמו בקדושין ואתרוג. וגם הי' לו לומר בש"ע דלא החזירו לא קנה:

ואפשר לומר דאף בעמ"ל ולא החזירו ג"כ קני והיינו דקמ"ל כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובות לחלק בין תנאי לאמנה דתנאי שבידו חשוב מיד יצא הדבר מרשותו דהא בידו לקיימו והבטול מצד התנאי מלתא אחריתי הוא. וא"כ י"ל דאף דבקדושין ושאר דברים כשלא החזיר בטל דצריך נתינה גמורה ובטל משא"כ בקנין דסגי בנתינה כל דהו כדי להקנות ממילא גם זו הנתינה ע"ת שבידו לקיימו חשוב נתינה מיד לקנות ע"י בין מתקיים התנאי או לא כיון דמיקרי שיצא מרשותו מיד כנ"ל. עוד לפי ע"ד למ"ש ס' ד' לרמב"ם ז"ל דמהני אחז פחות מג' כשיכול לנתקו ולהביאו אצלו כו' וכ' הש"ך ס"ק ו' דדוקא לענין ק"ס מהני יכול לנתקו כו' אבל לענין שיקנה כולו לא מהני מה שיכול לנתקו כו' ע"ש שנ"ל עיקר כן. וע"כ דס"ל דאף שלא קני מ"מ חשוב זה נתינה בשעה זו שהי' יכול לנתקו ולקנותו כנ"ל דזה מהני בק"ס כנ"ל. וא"כ בתנאי מעכשיו שבידו כמו ע"מ להחזיר א"כ הוי עכ"פ יכול לנתקו ולהביאו אצלו דהא בידו לקיימו ויהי' למפרע שלו לגמרי. א"כ אף שלא נתקיים מ"מ הוי נתינה בק"ס לקנות ע"י כנ"ל. כיון שיצא מרשותו מקצת כמ"ש הר"ן הנ"ל ויכול לנתקו לגמרי שיהי' שלו כנ"ל. ומ"מ צ"ע לדינא בלא החזירו בפירש ע"מ להחזיר:

עוד נ"ל להפ' דגם בע"מ בעי דיני תנאי והא דמהני בע"מ להחזיר משום אומדנא כמ"ש תוספ' פ"ק דקדושין דמסתמא אינו רוצה ליתן שלו לחלוטין כיון שיש גלוי דעת שאומר ע"מ להחזיר ע"ש. וא"כ זה שייך בכל דוכתי דאי לאו תנאו יהי' של זה לגמרי. משא"כ בק"ס דקי"ל דקני ע"מ להקנות הוא וגם בסתם אי תפיס לא מתפיס רק שאינו תלוי בתנאי. וא"כ שוב אף שפירש ע"מ להחזיר לא סגי בלא דיני תנאי. דלענין שיהי' הקנין כדי להקנות על תנאי אם יחזירו ע"ז ליכא כלל אומדנא דבלא תנאי יוכל להוציא ממנו כנ"ל. ושפיר בסתם עמ"ל בלא כפלי' ושאר ד"ת מהני הקנין גם בלא החזירו כנ"ל. ואפשר לפרש דכוונת הש"ע ואפי' עמ"ל היינו אפי' שסתמו עמ"ל דבקונה עצמו אין הוכחה סתם שנותנו עמ"ל דהרב' פ' דאי תפיס מתפיס. רק דמהני סתם ממ"נ אם הדין דמתפיס א"כ סתמא נותנו לגמרי דהא רוצה לקנות. אבל שנותן כלי דלא עבידי בסתם דיהבי מתנה לאחריני כדאמר בגמ' (ב"מ ט"ו ע"ב). וא"כ י"ל דלכ"ע סתמא רק כדי להקנות ולא קני להפ' דמיתפס עד שיפרש שנותנו לגמרי וקמ"ל כהפ' הנ"ל דמהני בסתם אף

שהוא עמ"ל. ודוחק דבד' הגאון שהביא ב"י (ס"ו) דלא חציף אינש למיתפס דאחריני ע"ש מבואר דאין חילוק ולמ"ד דמיתפס גם באחר שנותן סודרו הדין דמיתפס ונותנו לגמרי כנ"ל. אך אפשר דקמ"ל הא גופי' דבסתם להפ' הנ"ל מיתפס. ולכך קני וא"כ בפי' עמ"ל לא קני להפ' הנ"ל. וקמ"ל כשאר פוסקים דמהני אף פירש עמ"ל כנ"ל:

ולכאורה הי' נראה דבש"ע לא הכריע כלל בקני ע"מ להקנות מפורש אי מהני בק"ס דלהר"ן ז"ל דלכ"ע בע"מ להחזיר מהני. א"כ הפי' בדברי ר"א מאן ל"ל דאי תפיס לא מיתפס. היינו דעכ"פ קנוי לו לשעה. אבל מ"מ י"ל דסתמא ע"מ להחזיר כיון דסגי בהכי אינו מקנה יותר. וא"כ אין לנו ראי' כלל לדחות ד' ר"א מהא דקדושין שהביא רא"ש ור"ן. דנרא' כוונת הר"ן בהראי' מגזירה ש"י אשה נ' בח' דכיון דעמ"ל מהני גם באשה מדינא איזה חליפין אינו מועיל ולא שייך הגזירה. וע"כ דק"ס ע"מ להקנות שגם לשעה אינו וזה לא מהני בקדושין ולכך ע"מ להחזיר גזור ג"כ כנ"ל ע"ש. וא"כ לרמב"ם והפ' בע"מ להחזיר בקדושין מדינא לא מהני רק בחליפין א"כ לא מוכח כלל רק דק"ס מהני ע"מ להחזיר לזה מודה גם ר' אשי. וא"כ בע"מ להקנות י"ל דהלכה כר"א כ' דלא מהני כלל גם בק"ס. ולכך כ' הרמב"ם וש"ע רק דע"מ להחזיר מהני. וסתמא ג"כ עמ"ל אבל פירש רק ע"מ להקנות אינו מוכרח שיועיל אי הלכה כר"נ או כר' אשי דבתרא הוא כנ"ל:

ואפשר דסבר ש"ע דע"כ לא מחלק הר"ן בין עמ"ל לע"מ להקנות רק לס"ד ולחילוק קמא דאי מתפיס או לא. אבל למאי דאמר ר' אשי ועוד סודרא קני עמ"ל וקני מהשתא כו' הדר ס' כו' ממילא גם בסודר שע"מ להקנות מ"מ מקנה הסודר מעכשיו וע"מ להקנות רק תנאי וכשמקנה הסודר שלו למפרע. ודוקא בהאי דבר ברי' שלבנו אסור בהנאה אין לו קנין כלל בנכסים רק להקנותם ולא מעכשיו והיינו דדחו כמו בהדר סודר כו' כמו שפי' הרא"ש שם. משא"כ בסודר ממילא הוי כע"מ להחזיר ושפיר מוכח מראיית ר"ן ורא"ש כמו דע"מ להחזיר קי"ל דמהני כן ע"מ להקנות. ובפירש שלא יהי' לו זכות בהסודר רק להקנות ע"י י"ל דלא מהני והוי ספיקא. ואף דבחלופי א"ה מקודשת וגזילה אחר יאוש כמ"ש הר"ן ריש חולין אף שבב"א עם הקנין ע"ש. י"ל דשם עכ"פ שלו לגמרי משא"כ כל שאין לו זכות כלל רק לזה שיקנה ע"י וכיון שאינו שלו לא מהני להקנות ע"י אך גטין פ' השולח במוכר עבדו לקנס אי אדם מקנה דשלב"ל דהי' מהני ואף דהא לא חייבה תורה רק על שהפסידו עבדו ולא הי' שלו לשום דבר רק לקנס ולמה חייב לו הקנס. וע"כ דלענין זה שמכר חשוב כולו שלו וכן ע"מ להקנות ע"י חשוב לזה כהכל שלו מ"מ יש לחלק. וב"ב קל"ז אמר באתרוג דגם לרבי דקנין פירות לאו כקנין הגוף מ"מ מודה דאי מיפק לא נפיק בי' למאי יהבי' נהלי' ע"ש. ואף דהא אינו שלו לשום דבר דמכרה או

אכלה לא הני כדאמר שם וא"כ ממילא לא נפיק בי' וע"כ דכשההקנא' לפירות דא"א בלי קנין הגוף לכ"ע מהני. וכן בע"מ להקנות כיון דא"א אם אין לו קנין בו שוב למאי יהבי' נהלי'. ממילא יש בזה הזכות דע"מ להקנות קנין הגוף כנ"ל. והגם דלכאורה יש לדחות דשם כיון דרשב"ג סבר באחריך דקנה ראשון ממילא גם לרבי דבשאר דברים פליג דסגי בקנין פירות אבל באתרוג דלמאי יהבי' כו' שוב מודה ר' דנתנו שיהי' לו קנין הגוף לשעה. משא"כ בפירש רק להקנות כנ"ל. דז"א דהא אמר שם בגמ' הנ"ל באתרוג מכרה או אכלה באנו למחלוקת ר' ורשב"ג ועיקר הרבות' דלא נימא כו' דבזה דלמאי יהבי' ע"כ דגם לרבי מהני ושוב יהי' הדין כמו לרשב"ג דאין לב' אלא מה ששייר א'. וקמ"ל דליתא דעדיין לרבי רק קנין פירות אף באתרוג רק ענין פירות אלו לצאת שא"א בלי קנין הגוף הוי לגבי פירות אלו קנין הגוף ולא לשאר דברים. וא"כ ממילא גם בפירש רק כדי להקנות כן דלפירות אלו שיהי' צריך קנין הגוף שפיר חשוב קנין הנ"ל. מ"מ יש לחלק דהא לא משמע שיהי' תלי' שם בפלוגתא דר"נ ופומבדיתאי (דנדרים שם). וע"כ דבדבר שהוא זכות לעצמו כמו לצאת או לקנס חשוב קנין זכות בגוף הדבר. משא"כ ע"מ להקנות לאחר שקנין זה אינו כלל זכות לו רק לאחר לא חשוב כלל זכות וקנין בהחפץ כמו ט"ה דקי"ל אינו ממון. ולכך בתורת כסף אפשר דלכ"ע מהני דהא יש לו בו קנין דמים ליתן הדמים בעד החפץ שקונה עבור המעות והוי זכות וקנין בגוף המעות. משא"כ בק"ס דאין. זה דמי החפץ רק גורם שע"י שנותן הסודר קונה במתנה או במכר וצריך שמקודם יהי' נתינה והא מצד עצמו אין לו כלום בסודר זה וממילא א"י להקנות ע"י קבלה זו. ואף במכר הוי רק גורם לממון דקי"ל לאו כממון דמי. וי"ל דלא חשו זכות בגופו כל והא מדברי תוס' קדושין כ"ו שכ' דקנין שלא בפניו מהני ומקיים הגירסא דניתי למקבל שכ' כיון דמיתפס הי' יראי שלא יחזיק בסודר ולמה לא פירש ע"מ להחזיר או כדי להקנות. וע"כ די"ל דלמ"ד מתפיס לא הני כדי להקנות וגם ע"מ להחזיר. ובעמ"ל אפשר דלא רצה שיהי' ביד הלה לבטל המתנה כשלא יחזירו. אבל אם מהני כדי להקנות קשה. וע"כ דס"ל דלא מהני נר' אשי ופסקו כן אם הגירסא דליתא ע"כ דסתם גמ' ס"ל כן,. וכן גאון ז"ל שהביא ב"י דתקנו עדים קינין כי היכא דלא יחזיק בסודר ע"ש והא יכול לפרש ע"מ להקנות. ומוכח ג"כ דס"ל דלא מהני ולכך נראה דס' הוי:

ובמ"ש י"ל התמי' שם בקדושין דמשני דליתי למאי דקי"ל דקנין שלא בפניו מהני וכל התירוצים שכ' תוס' תמוהים לדידן דא"ת לא מיתפס ומ"מ מהני הי' לו לפרש עמ"ל ולא הי' חשש שיחזיק בסודר. וגם מ"ש שלא הי' מי שרצה ליתן סודר שלו ג"כ לדידן הא הי' יכול להקנות סודר שלו עמ"ל ואח"כ ליתן לו לקנין כנ"ל ולהנ"ל י"ל דנהי דקני ע"מ

להקנות מהני. היינו כיון דבאה"נ אסור ליתן מתנה מה"ת וע"כ דחשוב הנאה גמורה מה שנותן שזה מחזיק טובה והוי כמכר ממילא חשוב זה זכותא וקנין בגוף הדבר כדי להקנות אף במתנה. משא"כ מתנה ע"מ להחזיר שכ' הר"ן דאף באדם חשיב אין זה הנאה דלא שייך טובה במתנה א"כ י"ל דלא מהני כלל קני ע"מ להקנות לאחר במתנה עמ"ל דשוב להקנות במתנ' עמ"ל אין זה הנאה כלום ולא חשוב זכות ממילא בגופו כשאין לו אף כדי להקנות לגמרי רק עמ"ל. וממילא שם שירא שיחזיק רק שיזכה סודר שיזכו עבורו כדי להקנות עמ"ל לא מהני כנ"ל. וי"ל. ומיושב מכל קנין דמהני שלא בפניו די"ל שזוכה עבורו כדי להקנות לגמרי. ומ"מ מרמ"א וש"ע משמע דגם כדי להקנות עמ"ל ג"כ קני:

(**טו**) **רמ"א ולכך הורגלו** כו'. וגאון כתב הטעם שמא יחזיק בו וליתי לאנצויי ובשל אחרים לא חציף להחזיק אף דשלו מדינא (הובא בב"י ס"ו). ולמ"ש רמ"א דלא מתפיס י"ל להיפוך הטעם דהא גבי פדיון דמהני עמ"ל ואעפ"כ בנתנו סתם ואזיל ואתי כו' (בכורות נ"א) לא פדוי כלל כיון שלא התנה ומ"מ לא גמר ואקני. וזה לא רצה לזכות עמ"ל רק לגמרי לא מהני כלל וגם בזה כיון שנותן סתם ואין אומדנא כשהקונה נותן סודר שלו כדי לקנות שיהי' דוקא עמ"ל. ואם רוצה אחר כך שיחזירו וזה מחזיק בו א"כ לא גמר ויהיב. וזה אפשר שקיבלו לזכות לגמרי. דבשלמא למ"ד לא מתפיס א"כ לעולם הנתינה עמ"ל וכאלו פירש וזה קיבל ממילא ע"ד כן. ואי מתפיס א"כ לעולם לגמרי. משא"כ לדידן דספיקא הוי יש לחוש שנתנו רק עמ"ל וזה קיבל לגמרי ולא מהני כלל ולכך בסודר דעדים דאומדנא שאין נותן לגמרי דניכרא נינהו ושפיר בסתם קיבל ע"ד כן עמ"ל כנ"ל. וכשהעדים קונין במכר בפני לוקח נראה דבשתיקת לוקח אפשר דלא מהני אף שפסקו דמים מקודם כשתיקה לאחר מ"מ דאין הוכחה כלל מצד הלוקח שמרוצה בחיוב דמיו של החפץ. כיון שאין עושין מעשה בשלו. ולא דמי למושך בפניו דהוי כאמר משוך וקני שזה עושה מעשה בחפץ שלו שמושכו כנ"ל. משא"כ במה שקונין מהמוכר בסודר שלהם אין הוכחה ללוקח וצריך שיהי' בריצוי בפירוש. או לקנות גם מלוקח על חיוב דמיו כנ"ל:

(**טז**) **היינו** כמתנה וכיוצא בזה דודאי ניחא לי' אכל במקח שאפשר שאיני חפץ לקנות לא קנה ושניהם חוזרין. וסמ"ע כ' בת' מהרי"ו כתב דאף במתנה י"ל דלא ניחא לי' לזכות בה משום שונא מתנות יחי' ומ"ה מסיק וכ' שם דאין לחלק בין מתנה למכר וגם כ' דלא קנה בשניהם אא"כ ידעינן דהי' ניחא לי' בשעת הקנין כו' ע"ש. והנה אין זה במהרי"ו רק שמחלק בין מתנה למכר. ובד"מ הביא מהרי"ו הנ"ל וכ' ואפשר דגם במתנה סיום

דברים שבסמ"ע הנ"ל והן דברי רמ"א ז"ל בעצמו בד"מ לחלוק על מהרי"ו. והסמ"ע ז"ל או שהי' סבור שהכל ממהרי"ו כי חסר ההפסק בד"מ. או שחסר בסמ"ע ודמ"כ. וכוונתו היינו במתנה כ' בת' מהרי"ו כו' ודמ"כ דאפי' במתנה י"ל כו'. וכל האחרונים תמהו על הסמ"ע מי איכא למ"ד דמתנה לאו זכות הא מלא בש"ס זכין לאדם ע"י אחר עיין בס' קצה"ח דחה דבריו ואין לחשוד לרמ"א וסמ"ע לטועים ח"ו בפשוט. ולע"ד נראה קשה עוד דסי' רל"ה ס' כ"ג פ' בש"ע במוכר שזיכה ע"י אחר יד הלוקח ע"ה אם רצה מקבל ואם ל"ר תחזור כו' ולא הגיה רמ"א כלום. וע"כ דגם מכר זכות. גם תמוה הא מפורש בגמ' חולין סוף פרק אוא"ב וערובין פ"א במוכר שנתן מעות דד' פרקים דזכות הוא כו' שאר ימות השנה דחוב לא מהני. שוב ראיתי בספר מחנה אפרים לחלק בין דבר מאכל י"ל שאינו חפץ להוציא הוצאו' משא"כ בחפץ מטלטלין או קרקע ע"ש. ודוחק גדול. גם קשה דאמר התם לפיכך מת ללוקח כו' הא קי"ל בכל זכות אף דנולד אח"כ שאינו זכות ג"כ לא הפסיד הזוכה דיכול למחות למפרע דמה"ט סוף פ"ק דגטין בהולך אף הוא כזכי מ"מ חייב באחריותו ע"ש. וצ"ל דהפי' מת ללוקח כשנודע ללוקח ושתק דבמידי דזכות אמר כתובות י"א כשלא מיחה שעה א' שוב א"י למחות משא"כ שאר ימות השנה דחוב אף דשתק מ"מ מת אח"כ למוכר דלא זכה כלל. וג"כ מ"מ דוחק דסתמא קתני אם מת ללוקח דמשמע מצד שקנה במה שזיכה לו כנ"ל:

והנה בכל זכות דקי"ל זכין שלי"ב וכששמע צוח דבטל כ' רשב"ם ב"ב קל"ח הטעם דאין מזכין לאדם בע"כ דחוב הוא לו שכ' שונא מתנות יחי' ע"ש. והתחיל שא"מ בע"כ ול"ל אח"כ משום דחוב דשונא כו'. וכ"כ בסמ"ע סי' רמ"ג הטעם כרשב"ם הנ"ל. ותמוה. וע"כ דס"ל כדמשמע מדברי הר"ן פ"ב דקדושין גבי שמא נתרצה האב כו' (דף מ"ד ע"ב) דאם אינו זכות גמור תליא אח"כ אי רוצה אי לא משא"כ אם הי' זכות גמור דודאי ניחא לי' לא הי' מהני גם אי מוחה כששמע. דהא לכאורה אינו מובן הטעם כיון דקי"ל זכין לאדם כו' דאנן סהדי כו' וילפינן (שם מ"ב) דכאלו עשאו שליח דמי א"כ זכה בשעתו. ולמה תועיל מחאתו כששמע ואי משים דהוכיח סופו על תחלתו שלא הי' מרוצה גם אז ולא הי' עושהו שליח והי' טעות מה שהיינו סוברין דזכות הוא. ז"א דא"כ עדיין ספק כמו שתק ולבסוף צוח דמספקינן אי אמרינן הוכיח סופו כו'. וצ"ל דדוקא שתק ואח"כ צוח פלוני אם יש ראי' משתיקתו שנתרצה ושוב לא הוכיח סופו כו' או דמהני ההוכחה שהשתיקה הי' כי לא א"ל מה אצווח. אבל בסתם זכות שיש צד חובה רק שהזכות יתרה על חוב וסתמא זכות מ"מ אמרינן לכ"ע הוכיח סופו שלגבי דידי' חובה הי' גם אז ולא זכה כלל. ולכך בדבר דחוב יתר על הזכות לא מהני הריצוי אחר ששמע לשוי' זכות למפרע.

משא"כ בזכות כל דלא חזינן דמוחה סתמא כרוב ב"א שזכות להם. רק במיחה אגלאי כו' ולכך בזכות גמור שאין צד חובה לא מהני מחאתו אח"כ דלא שייך הוכיח סופו על תחלתו בדבר שודאי אינו כן ולא הי' ספק כלל. ודוקא גר קטן פ"ק דכתובות הגדילו יכולין למחות דג"כ צד חובה. ולכך הוצרכו במתנה לטעם דשונא מתנות כו' ורק שרוב ב"א רוצים ומ"מ כשמוחה בשמעו אגלאי למפרע כו' משא"כ אם לא הי' טעם כנ"ל. אך זה דוחק דכמו ששתק ולבסוף צוח דאמרינן דלמא נתיישב עכשיו והדר בי' כן בדבר שזכות וסתמא ניחא ג"כ לרבנן לא אמרינן הוכיח סופו. ועוד דבנולד אח"כ דבר דמש"ה אינו רוצה כמו מת השור דלא שייך הוכיח סופו כו' לא תועיל מחאתו דאין כאן גלוי והוכחה על אז שהי' זכות שלא הי' רוצה וממילא זכה בו. והנה במכר שפסק סי' רל"ה דהוי זכות והא למה מנין יודעין דניחא לי' להתחייב בדמים לקנותם ואף דגילה דעתו כמו בגט דאף דאמרה להתגרש אני רוצה שלא מהני לשוי' זכות כיון שמצד עצמו אינו זכות. וא"ל דמה"ט גופי' חשוב זכות כיון דהדין דבזכות כששומע יכול למחות והברירה בידו א"כ מה"ט הוי זכות שתהי' הברירה בידו לקנות אם ירצה או לא. דז"א דא"כ במזכ' גט במקום יבם או קטטה דבעי הש"ס (יבמות קי"ח) וכל דבר שיש צד זכות אף דהחוב יתר יהי' חשוב זכות מה"ט דהא אם לא תרצה יהי' בטל ויהי' מהני. וע"כ דליתא דזכות דהטעם דאנן סהדי דאלו ידע הי' עושהו שליח כמ"ש רש"י ז"ל (ב"מ י"ב). והא בזה לא הי' עושהו מדעתו דאם הי' מדעתו הי' חוב שלא הי' הברירה בידו. וכל הזכות ע"י כשלא מדעתו וזה לא מהני. וכן אף להפ' דזכי' לאו מטעם שליחות מ"מ ג"כ רק בדבר שאם הי' מדעתו הי' עושה. וכמ"ש ש"ך ז"ל החילוק בין יאוש שלא מדעת דקי"ל לא מהני ובזכות מהני משום אלו ידע דשם אלו ידע לגמרי לא הי' מתיאש ע"ש גבי דבר שאינו מקפיד. ולכך לא מהני רק בדבר שהוא זכות גם אם הי' מדעתו כנ"ל. וא"כ במכר אין כאן זכות:

אמנם הגאון בס' המקח והרמב"ם פ"י מה' מכירה והרי"ף ז"ל וש"ע סי' רל"ה מבואר דענין הזכות כך הוא שאמרה תורה דזכין שלא בפניו לענין מה שהוא זכות לו ולא לענין החוב שבו שהרמב"ם ז"ל (פ"ל מה' מכיר') כ' שם המוכר כו' וזכה להלוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה כו' וכ' הה"מ שהמוכר א"י לחזור והלוקח אינו מוכרח לקנות שא"כ חבין שלא בפניו כו' וכן במתנה יכול לומר א"א לקבל ע"ש. ותמוה הפשיטות שלו ממ"נ איך נימא תרתי דסתרי דהא מטעם זה דאינו קונה דא"כ חוב מה"ט לא יזכה כלל כנ"ל. וע"כ דסבר כנ"ל שדין זכי' כך הוא ואינו סותר רק לענין דבר שבו זכות זוכה בשבילו וכן לשון הרמב"ם ז"ל במתנה פ"ד מה' זכי' המזכה במתנ' עי"א כיון שהחזיק כו' זכה חבירו כו' ואין הנותן יכול ל"ב אבל המקבל ידו עה"ע אם רצה מקבל ואל"ר

אינו מקבל שזכין לאדם של"ב ואין חבין א"ב וזכות הוא שתנתן לו מתנה אם ירצה אבל אם לא ירצה כו'. ומ"ש לעיל דא"כ איך שייך אנן סהדי כו' כיון שכל הזכות ע"י ששלא מדעתו י"ל דלא קשה דכמו ע"מ שירצה אבא מהני. כן אם עושה שליח מדעת לקנות ע"ת אם ירצה כשישמע דהי' מהני כשאר תנאי כיון שהוא שלוחו וכקיבל בעצמו ע"מ שירצה אחר. וממילא כיון שזכה לו ע"י אחר הפי' מה שהוא זכות שפיר מהני מטעם שליחות דאנן סהדי שהי' עושהו שליח ע"ת אם ירצה כנ"ל דהי' הזכות גם מדעתו שהי' השליחות. ושוב גם שלא בפניו מהני משום זכי' באופן זה אם ירצה כנ"ל. ואף דהמוכר לא פי' ע"ת שירצ' מ"מ כיון שאמר זכה ודין זכי' כן הוא שפיר מהני שיהי' יד הזוכה עה"ע כנ"ל. כיון דאם לא כן רק לזכות לחלוטין שלא יהי' בידו הברירה לא יהי' זכות כלל. ושפיר כשאומר זכה הוא כנ"ל ממילא נראה מדכ' הרמב"ם במתנה ג"כ לשון זה כנ"ל ע"כ ג"כ כנ"ל. כיון דמדת חסידות שלא לקבל כמ"ש ש"ע סי' רמ"ט. א"כ מנין לנו דניחא לי'. ואם הי' הדין שלא יוכל למחות אח"כ לא הי' זכות כלל מיד משום שונא מתנות כנ"ל. וממילא לא הי' זוכה גם שלא יוכל הנותן לחזור ג"כ דהא יהיב אדעתא דלקבל. רק ג"כ כנ"ל דשוב כיון דאי כנ"ל אינו זכות. ממילא כשאומר זכה הוא כדין זכי' שהברירה ביד הזוכה ושפיר זכות כמו במכר כנ"ל להרמב"ם ז"ל ותרווייהו חד טעמא. אמנם כיון שהדין זכי' כנ"ל. א"כ תמי' הא דמזכה גט כנ"ל וקדושין נימא ג"כ כנ"ל שהזכי' ע"ת אם תרצה ושוב באופן זה זכות גמור דאי ניחא לה טן דו לא תתרצה. ולמה לא יועיל וכן בתן גט וצוחה להתגרש אני רוצה כו'. או אשתו של מ"ש כמבואר (בש"ע א"ע סי' ק"מ) הא על שיהי' הברירה בידה זכות לה:

וע"כ צ"ל דהא קי"ל בדאורייתא אין ברירה. ובהא דה' בועליך ע"מ שירצה אבא תלי' הגמ' (גטין כ"ה) בדין ברירה והטעם לחלק בין שאר תנאים כ' הפ' או משום שתלוי בדעת וריצוי ויש חילוק בין מעשה לריצוי או כמ"ש רשב"א בתולדות אדם סי' פ"ב ובחי' דדוקא דבר שא"א לחול אח"כ אם לא יחול מיד כמו ביאה דכלתה ולא מהני לאחר ל' שוב צריך לברירה וכמו לאיזה שארצה אגרש דצריך להיות כתיבה לשמה משא"כ בכסף ושטר שגם אם לא יחול עתה יכול לחול אז כשמבורר שוב יכול לחול מיד גם שאינו מבורר וא"צ לברירה למפרע ע"ש:

והנה בהא דע"מ שירצה אבא פסקו הפ' (בא"ע סי' ל"ח) דרצה האב מקודשת ותמהו דהא בלאיזה שארצה אגרש קי"ל אין ברירה ע"ש (סי' קל"א). ועיקר טעם החילוק דשם שהמעשה נגמר רק שהוא רצה לתלותו בתנאי בזה קי"ל דמהני ויש ברירה דתנאי מלתא אחריתי וא"צ ללמפרע רק כשנתקיים. משא"כ בכתוב לאיזה שארצה דא"א שתועיל

הכתיבה רק כשיהי' לשמה ואין כאן מעשה המועלת כלל בלא ברירה דע"י ברירה למפרע יהי' כתיב' לשמה כדין בזה אין ברירה. וא"כ בהך זכי' הנ"ל לא שייכי כל הטעמים. ושפיר גבי גט וקדושין לא מהני כלל אם אינו זכות מצד עצמו רק שיהי' זכות משום אם תרצה דשוב כל המעשה שיהי' חשוב נתינה לידה ע"י זכיית המקבל תליא כשיודע לה הוברר למפרע שהי' זכי' וכנתינו' לידה. ושוב כיון דאין ברירה לא מהני כלל. דאם לא יחול עכשיו לא יועיל אח"כ כשמבורר כיון שלא הי' נתינה לידה כלל אז רק בשעת ריצוי נעשה יד הזוכה ידה הוי חצירה הבא לאחר מכן דלא מהני. דכשלא הי' מבורר זכות לא הי' נתינה לידה כלל. וממילא צריך לברירה ולכך בהך דבלא האם תרצה אינו זכות כלל רק במקום יבם וקטט. רק הזכי' משום הברירה שוב לא מהני כלל. דאף דעל אופן זה בתנאי דאם תרצה הוי מיד זכות מ"מ כיון דבלא התנאי א"א לחול כלל רק ע"י התנאי כנ"ל. א"כ כל המעשה תלוי' בהתנאי ולא נגמר רק ע"י ברירה כנ"ל ובפרט דהא לא הותנה כלל רק שדין זכי' כך ובלא הריצוי אינו כלום ותליא רק בהריצוי דלא מהני כיון דאין בריר' אמנם אפי' בתנאי מפורש אם תרצה לא מצינו שיהי' מועיל בקדושין וגט שלא בפני דנימא דכה"ג חשוב זכי'. וע"כ כנ"ל כיון דאין בירירה אף בתנאי ואפשר דלא מהני כלל תנאי דאפי' במידי דא"א ע"י שליח א"י להתנות תנאי וכ"ש בדבר שא"י לעשות כלל בלא התנאי. ואינו מוכרח ואף למ"ד יש ברירה לא מהני בגט וקדושין דהא אמר פ"ק דחולין י"ד דדוקא בעומדת לשתיהן שוה אמרינן אחר כך נשחטה הוברר כו' משא"כ אי עומדת לגדל לא אמרינן הוברר אף דאח"כ הי' כן ע"ש. ומה"ט בגט וקדושין דהצד חובה יתר על הזכות אף דע"ת שתרצה הוי זכות. מ"מ הא אינו עומד כלל שתרצה ולא אמרינן הוברר גם למ"ד יש ברירה ואף שנתרצית אח"כ ומה"ט בריצוי בן כ' הר"ן ז"ל (פ"ב דקדושין) כיון דשקולים הזכות וחובה שפיר י"ל אי יש ברירה מהני ריצוי דאח"כ והוי ספיקא עכ"פ. וא"כ כה"ג אי אין ברירה לא מהני. ובמכר דג"כ שקולים וג"כ בלא התנאי דאם ירצה לא הי' מהני. וא"כ למה מהני וע"כ הטעם כמ"ש דשם אפשר לחול אז כשיהי' מבורר כשידע הזוכה דחצר דלאחר מכן אינו פוסל רק בגט וקדושין להר"פ. וממילא כיון דאפשר אז שפיר חל מיד אף אי אין ברירה כמ"ש רשב"א ז"ל. ואף במשיכה דל"מ אחר ל' רק בעומד בחצירו מ"מ כאן הוי בחצירו דכשמתרצה זוכה, זה ומהני כנ"ל. וא"כ זה דוקא בשאר קנינים דאפשר לחול אחר זמן משא"כ ק"ס דהדר סודר למרי' דלא מהני לאחר זמן שוב לא מהני שלא בפניו במכר כלל מטעם זכות דלחלוטין אינו זכות רק על כנ"ל שהברירה בידו ושוב לא מהני דאין ברירה כנ"ל:

ומיושב שפיר שהרמ"א סי' רל"ה לא נחלק כלל על הרמב"ם וגאון וכל הפ' דגם במכר זכין כנ"ל רק כאן בק"ס שפיר לא מהני במכר שלא בפניו כנ"ל. וממילא מיושבים דברי רמ"א בד"מ והסמ"ע ז"ל ג"כ. דהא למ"ש רמב"ם והה"מ להדיא גם במתנה הטעם דיד המקבל עה"ע משום דאל"כ יהי' חוב. וא"כ ע"כ ג"כ כנ"ל דאם נימא דזוכה לחלוטין שלא תועיל מחאתו אינו זכות כלל דשמא שונא מתנות כו' ורק משום דהברירה בידו וממש כמו במכר. וממילא בק"ס לא מהני כלל שלא בפניו במתנה כמו במכר. דהא גם מכר זכות כמ"ש בש"ע וע"ז ודאי דמהרי"ו אינו חולק על הגאונים וע"כ החילוק כנ"ל דהזכות משום הברירה ולכך בק"ס לא מהני וממילא גם במתנה כן. ושפיר כ' הטעם דשונא מתנות דמה"ט הוא דיכול למחות כנ"ל. וממילא מיד רק הזכות משום דבידו כו' ושוב לא מהני בק"ס כמו במכר. ושפיר כ' בד"מ דאי במכר כו' אפשר דגם במתנה כו' דלא מהני. וסיים ולכן בין במכר בין במתנה לא מהני דשוים כנ"ל בק"ס. ומ"מ בש"ע פסק רמ"א ז"ל החילוק דמהרי"ו בין מכר למתנה. דנהי דלהה"מ כן הוא דשוה מתנה למכר דאי לא הי' מצי למחות בשמעו מיד לא הי' זכית כלל. אבל אין הכרח לזה. וי"ל דמהרי"ו סבר דדוקא במכר דזכות וחובה שקונין בזה הזכות רק משום דהברירה בידו דאם הי' בע"כ מתחייב בדמיו ודאי דלא הי' זכות. משא"כ מתנה י"ל דאף אם הי' הדין דא"י למחות כששומע מ"מ הי' זכות שלא בפניו דרוב ב"א רוצים במתנה. ואף שלא יהי' בידו לבטל כשלא ירצ' כנ"ל. ומ"מ יכול לבטל כשאינו רוצה דכיון שאמר זכה פלוני הפי' כדין זכי' וממילא כאלו פי' שיהי' הברירה בידו. וה"ה אם הי' מפרש שאינו רוצה רק לזכות לחלוטין עבורו שלא יוכל לבטל ג"כ הי' חשוב זכות והי' זוכה ואף שלא תועיל מחאתו משא"כ במכר. רק בזכי סתם כנ"ל הוי בידו כנ"ל. וממילא שפיר מהני גם בק"ס דאף דאין ברירה מ"מ כיון דגם בלא התנאי והברירה דאם ירצה ג"כ הי' זכות ואפשר להקנות מיד במתנה בלי התנאי שוב הוי כהך דע"מ שירצה אבא דמהני וזכה. ומ"מ יכול למחו' כנ"ל וה"מ אינו סובר כן דסבר דבשלמא במכר דהזכות רק משום דידו על העליונה ממילא כשאומר זכה הפי' שיהי' בידו דמה"ט הוי זכות. משא"כ במתנה אם נאמר דגם שלא יהי' בידו ג"כ הוי זכות א"כ אין כלל בלשון זכה שיהי' ידו על העליונה ולמה יכול למחות. וע"כ דגם במתנה אם לא הי' בידו לא הי' זכות ושפיר נכלל בלשון זכה כנ"ל. ומיושבים שפיר ד' ד"מ וסמ"ע שכ ואפשר דגם במתנה. דהא לפי לשון הרמב"ם וה"מ הנ"ל ע"כ כמו במכר דג"כ זכות ובק"ס לא מהני כנ"ל. וממילא גם במתנה בק"ס לא מהני כנ"ל משום שונא מתנות כו'. ומ"מ כ' רק ואפשר דלשאר פוסקים י"ל דבמתנה מהני גם ק"ם שלא בפניו דגם אי א"י למחות הוי זכות ומהני ומ"מ שוב יכול למחות ולכך בש"ע פסק לחלק

בין מתנה למכר כמהרי"ו כנ"ל. ועוד דבמתנה דרוב ב"א אין חוששין לשונא מתנות רק מיעוט וכשמוחה איגלאי שהוא מהמיעוט ולא הי' זכות כלל אף למ"ד דל"א הוכיח סופו כו'. אבל כל שאנו מחזיקין שהוא מהרוב שפיר זוכה לחלוטין שלא יהי' בידו למחות וממילא מהני בק"ס כנ"ל. ולכך גם בגר קטן י"ל דמהני דאילאי דבהפקירא ניחא לי'. דוחק דגם זה תלוי בדעת ב"א ושייך הוכיח סופו דמשתנה אף דעתה אינו רוצה לא שייך שמהמיעוט כנ"ל:

ולע"ד דזה טעם הגאון ז"ל בס' המקח שפ' כרשב"ם (וב"ב קל"ח) בזוכה שלא בפניו ע"י אחר דבמכר ידו עה"ע וכשאינו רוצה חוזר למוכר ובמתנה ג"כ בידו וכשאינו רוצה הוי הפקר ולא לינתן ע"ש ותוס' תמהו ע"ש ולמ"ש הטעם דמכר שהזכות משום שהברירה ביד הלוקח שפיר כלשון זכה כנ"ל כמ"ש בהה"מ משא"כ במתנה דאף אי לא יוכל למחות הוי זכות שוב סתם זכה לחלוטין בלי נ ברירה ואעפ"כ חשוב זכות. וא"כ זכה שא"י למחות כלל דלא אמרינן הוכיח סופו כו' במה שאינו עומד לכך דסבר כרא"ש (ב"ב י"א) בהא דשונא מתנות כו' וא"כ נהי דמהני מחאתו שאין יכולין בע"כ ליתן לו מ"מ הוי ממש כשתק ולבסוף צוח דהוי הפקר דהא סבר זכה בו מיד גם שאינו יכול למחות וא"ש שכלל הגאון ב' הדינים שם ע"ש. ומה"ט י"ל בד' פרקים דמת ללוקח דשם דזכות הוא אף שלא יהי' הברירה בידו שוב הלשון זכה לגמרי וממילא מת ללוקח דבמת לא שייך כלל הוכיח סופו כו'. רק באם הי' הזכי' שיהי' בידו ממילא הי' בטל כשמת ואינו רוצה. אבל כיון דהזכות שם אף לגמרי שוב באמת זכה היינו לגמרי ומת ללוקח. ומיושב דבשאר ימות השנ' אין חבין כו' היינו דאם תהי' הזכי' לחלוטין שלא יוכל למחות יהי' חוב ואין חבין ממילא הפי' זכה היינו שתהי' הברירה ביד לוקח. ולכך באופן זה חשוב זכות וממילא שפיר מת למוכר ולא קכה כלל על הרמב"ם וגאון ז"ל מגמרא הנ"ל דאדרבא משם למדו דינם דגם מכר הוי זכות רק באופן זה שידו על העליונה כנ"ל. דמוכח כן דאל"כ למה ל"ל לפיכך מת למוכר הא כיון דחוב כו' ולא קני כלל פשיטא דמת למוכר ומה שפי' לענין מש"פ דוחק דאין ענין לשם. ולמ"ש מיושב שפיר שבאמת גם בשאר יה"ש זכות רק אם יהי' לחלוטין חוב כנ"ל. ושוב זכות ע שיהי' בידו וממילא לפיכך מת למוכר ושפיר מוכח כד' גאון ורמב"ם ז"ל וש"ע:

עוד י"ל דודאי במכר אף דאפשר להקנות שהוא לא יוכל לחזור והלוקח יוכל כדאמר פ"ק דקדושין אי בעינן בכספא אקני דלא מציתו הדרי כו' ע"ש (דף כ"ו) מ"מ מסתמא לא אמרינן כן דל"ל למוכר זה שאם יתיקר ירצה וכשיוזל לא. ולכך דוקא סי' רל"ה בא מר זכה הוי ירה ביד לוקח. משא"כ כאן בסתם שקונה בשבילו שלא בפניו בק"ס כתב מהרי"ו

שפיר דסתמא מוכר אינו רוצה רק או שיקנה מיד לגמרי או שיחול רק אז כשיתרצה. ואף דא"כ לא יועיל מ"מ מה לו לזה. ומה"ט לעיל סי' ק"צ בהילך ק' ויקנה פלוני דוקא שאומר אותו פלוני שדך קנוי לי דאל"ה נא הני מצד זכין לאדם כו' דאין מוכר רוצה רק או מיד או אז ומיד לחלוטין אינו זכות כנ"ל. והמוכר לא אמר זכה שיהי' כפירש כנ"ל אמנם במתנה י"ל דשפיר מזכה מיד לגמרי ושהברירה תהי' ביד המקבל דאין לו הפסד כלל בזה אמנם זה תליא בד' הפ' הנ"ל דלגאון ורשב"ם באומר אי אפשי כשנודע לו הדין במתנה דהוי הפקר וכל המחזיק זכה והיינו דכיון דיצא מרשותו שאמר זכה והברירה ביד המקבל ממילא אף שאיני רוצה הוי הפקר. ולא אמרינן דיהיב אדעתא דלקבל מיני' דהא מה שאמר זכה הפי' כנ"ל שמיד יצא מרשותו והברירה כנ"ל. וא"כ ממילא בלא אמר זכה שוב הוי כמכר דסתמא אינו רוצה שיצא מרשותו ושיהי' הברירה דאם לא ירצה יהי' הפקר והא סתמא יהיב רק ע"ד דלקבל כו' ולכך נהי דהוי זכות מתנה מ"מ כיין דאפשר שלא יקבל משום שינא מתנות כו' ומ"מ יהי' הפקר שוב למה לי' לנותן שיצא מיד מרשותו והברירה יהי' למקבל. וממילא כמו במכר שרוצה או לגמרי או אז ולגמרי לא מהני ועל אח"כ לא מהני ויכול לחזור כנ"ל ושפיר כ' ד"מ וסמ"ע משום שונא כו' וכדאמר פ"ק דכתובות בכתובה יהבין לה כו' כיון דיכולה למחות אף דלענין זכות חשבינן זכות שלא ימחה בסתם מ"מ אותו הנותן אינו רוצה על הספק כנ"ל. ומ"מ בש"ע פסק רמ"א ז"ל כמהרי"ו דהא בש"ע (סי' רמ"ה) פסק דלא כגאון ורשב"ם בנותן מתנה ואמר א"א מיד כששמע דלא הוי הפקר וחוזר לנותן. א"כ אין הפסד כלל לנותן ושפיר הוי כזכה דמרוצה שיקנה מיד כדין זכין ומ"מ יהי' הברירה בידו ואעפ"כ כשלא ירצה יחזיר לו. ושפיר מהני במתנה כנ"ל. ואי נימא דמהני תפיסה שם בנותן ואומר א"א דמצי אמר קים לי' כר"ה גאון ורשב"ם ור' אפרים הובא ברא"ש ב"ק פ' הגוזל ממילא יש לו הפסד וי"ל דגם במתנ' אינו רוצה שיזכה מיד וכנ"ל כמו במכר כמ"ש סמ"ע ז"ל:

עוד י"ל דהא בשלמא בדבר שהוא זכות גמור כגירות וכה"ג שפיר זכה מיד אבל מתנה דאינו זכות באמת דשונא מתנות כו' ורק משום דאדם מחמדו כמ"ש רשב"א פ"ק דגטין. וא"כ זכי' זו שיזכה מיד כל שלא נודע לו אינו זכות כלל דאין שום טובה בין מיד או אחר שנודע לו כיון שרק מצד שנפשו ש"א מחמדו. וצ"ל דמ"מ כשחוזר בו הנותן או מת שוב הוי זכות דאל"כ גם אח"כ לא יהי' שלו. ואף דאז שוב בטל ולא מהני כיון שבא בב"א הזכות והחזרה. ז"א כמו מעת שאני בעולם (גטין ע"ג) דחל רגע א' מקודם דאיגלאי מלתא על רגע הסמוך למיתה או חזרה שהוא זכות. א"כ י"ל דדוקא כשבידו אז א"י לחזור דאז זכות. משא"כ ק"ס דהדר למרי' לא מהני כלל במתנה שלא בפניו דלענין שיזכה מיד אינו

זכות כלל כיון שאינו יודע מה זכות ממה שנעשה שלו. ואף דא"כ לא יועיל כלל. מה בכך הא יכול ליתנו לו אח"כ כל שלא ידעינן שיחזור בו ובמה שחוזר אח"כ לא אמרינן הוכיח סופו כו' שהי' עומד שיחזור בו וכל שבשעה זו אינו ודאי זכות לא מהני. ומ"מ הכריע רמ"א דמהני מהוכחת הפ' דקנין שלא בפניו מהני במתנה כנ"ל. וע"כ כיון דאם לא יזכה לא יועיל גם אח"כ דהס"ל שוב הוי זכות ואף שיכול ליתן אחר כך זה מעשה אחרת מ"מ נתינה זו לא תועיל כלום אם לא יזכה ושוב זוכה מיד כנ"ל. וזה לע"ד טעם הרי"ף ז"ל פ"ק דגטין בעבד בתן כזכי דלא שרי בב"ח עד דמטי לידי'. דכל שא"י אדרבא חוב דעושה איסור אם נשוי שפחה וב"ח א"י ליקח עד שיודע לו. ובזכי אם לא יזכה לא יהי' משוחרר גם אח"כ חשוב זכות מ"מ משא"כ בתן אף אי אינו זכות מ"מ יכול ליתן לו בתורת שליח להולכה ושוב אינו זכות שיהי' משוחרר מיד. והוא ז"ל סבר דיש זכי' כזו שא"י לחזור ואעפ"כ לא נגמר עד דמטי לידי'. וא"כ שוב אינו זכות רק לענין זה שלא יוכל לחזור ולא לענין שיגמור לגמרי ובאמת לא מהני כלל דאף דאז זכות הוי כאם מתי שבא בב"א ולא מהני כלל. ורק לענין חזרה זוכה מיד. ולכך כ' ואשכחן זכי' כה"ג דחייב באחריותו. ולא קשה מ"ש הר"ן דא"כ לא יהי' זכות ע"ש דזה עיקר ראיתו דמ"מ תרתי דסתרי אי זכה ממילא נפטר א"כ שוב לא יהי' זכות וע"כ דאפשר זכי' כי האי וממילא בעבד זוכה רק לזה שא"י לחזור והשחרור יגמר כשיתן לו דהא אמר גם תן ולא בטל משא"כ באומר זכי כנ"ל:.

עוד יש לומר לכאורה למ"ש בשיטה מק' כתובות י"א דלא יהבינן לה כתובה כו' שמא תמחה והא זכות הוא וסומכין שלא תמחה וכ' דמ"מ א"י להוציא מספק דלא עדיף מרוב. וא"כ למאי דאמר פ"ק דב"מ דאי ת"כ אין מוציאין חשוב ממונו דכהן אף דלא תפס מ"מ זכות בו ע"ש (דף ו'). וא"כ שם ז' דאמר בסודר כיון דתפיס כו' אף שיכול הלה לנתקו מהני. וצ"ל דהיינו לקנין דמה שיכול לקנות מה שאינו שלו לא משוי שלו דהקנין מאז ואילך משא"כ תפיסה אלו תפס הוי שלו למפרע מצד הספק וכהחילוק דהואיל ע"ש (בתוס' פסחים מ"ו ע"ב). וכן אינו מגרע הקנין מה שהנותן יכול לנתק מה שאינו שלו דהא הקנה לו. וכן לענין תפיסה מקום שידו מגעת מ"מ זה תפיס בתורת תפיסה ג"כ על הספק ולא מגרע התפיסה מה שזה יכול לתפוס כל שלא תפס. אבל תפיסה דספק לענין קנין שפיר י"ל דמגרע יכול לנתקו ויהי' שלו מצד למפרע מספק שפיר יש זכות ולא קני זה דאין כאן נתינה לקנין. וממילא אף במתנה בקנין שלא בפניו דהאחר נותן כדי להקנות. ואי תפיס הסודר מהמוכר לא מפקינן שמא ימחה ולא קני הסודר כלל למפרע. א"כ כיון דיכול לנתקו אינו מתחיל הקנין כלל דלאו כמאן דפסק כיון שאם ינתקו יהי'

שלו מצד מוחזק שלא זכה הלה כלל. וי"ל דזה טעם הפ' דלא קני שלא בפניו גם במתנה. ורמ"א סבר דבמתנ' שהוא רוב שלא ימחה רק אין מוציאין וא"כ שוב אי זכה בסודר אף שיחזור ויתפוס לא מהני נגד רוב תפיסה שלא ברשות ושוב לא חשוב יכול לנתקו. משא"כ מכר דספק שקול אם ימחה ושוב יכול לנתקו ולא קני כלל. אך זה אינו דבנותן כל הסודר לא שייך זה. אך זה אפשר טעם הפ' דשלא בפניו א"מ קנין כיון דהטעם שהוא זוכה בשביל הקונה והוא זוכה ממנו וחשוב נתינה. והא יכול הנותן לנתקו שאם ימחה תבטל הנתינה למפרע ויכול לנתקו כי האי שיהי' למפרע ביטול הנתינה י"ל דלכ"ע לא חשוב נתינה. דע"כ לא דחו דר' אבהו רק ביכול לנתק דמכאן להבא כנ"ל משא"כ בהנ"ל דלמפרע. ויש לדחות:

(יז) **במתנה וכיוצא בזה דודאי ניחא לי'** כו'. נראה דהפי' וכיוצא כו' היינו כמכר דעכו"ם שמבואר סי' רס"ח דהוי זכות וכן בהתנה שיודע שיש בו אונאה ביתר משתות דמכר כזה כמו מתנה אבל כל מכר אף זביני חריפא. אף דבאה"נ חשוב הנאה מ"מ זכות ודאי לא חשוב כיון דאונאה יתר משתות בטל ופחות משתות חשוב דרך הסוחרים אינו ודאי שרוצה לקנות:

(יח) **במקח שאינו חפין לקנות לא קנה** כו'. ובסי' רל"ה לא הגי' רמ"א. ועיין מ"ש ס"ק הקודם דדוחק לחלק דשם אמר זכה לפלוני הוי כפירש שהבירה בידו כמ"ש לעיל דהי' לו לרמ"א לחלק גם שם וכן כאן בין אמר זכה או סתם. ואפשר משום דשם כתב המחבר לשון וזיכה לו ולא כאן. ודוחק. ויותר נראה דשם כ' המוכר שמכר כו' וזיכה משמע שבעצמו פסק דמים וגמר המכירה עם הלוקח רק שחסר הקנין המועיל וזיכה ע"י אחר וכה"ג אף בקדושין בגילה דעתו דחפץ לקדשה הוי ספק כמ"ש אה"ע סי' ל"ה. וכאן מיירי בלי גלוי דעת מקודם שחפץ במכר זה. אולם מהרי"ו כתב להדיא אף בנתרצה מקודם. נהי דאפשר רמ"א לא פסק בזה כמותו מ"מ הסמ"ע כ' להדיא ג"כ כמהרי"ו וגם רמ"א הי' לו לפרש. ולכן נראה עיקר דהא גם בהך דינא דמכר (דסי' רל"ה) יש דיעות דלא מהני דהרא"ש פ"ב דכתובות גבי בר שטיא כ' בשם הר"י דאף שזיכה לו עי"א מ"מ כיון דצריך להתחייב בדמים לא חשוב זכות ע"ש (סי' י"ד). וא"כ נהי דלא סמך רמ"א על דעה הנ"ל נגד הגאון ורמב"ם ז"ל. מ"מ בק"ס דהרבה פוס' דלא מהני כלל שלא בפניו כמ"ש תוס' פ"ק דקדושין ופשטא דגמ' לגי' דליתני' כותי'. ונהי דגם בזה פסק כהחולקים מ"מ במכר בק"ס שלא בפניו מצטרף דעת ר"י ורא"ש והפ' הנ"ל דלא מהני שלא בפניו כשאינו ודאי זכות. דע"כ הפ' הנ"ל מחלקים בין שאר קנינים דמהני שלא בפניו מטעם זכי' וק"ס לא מהני ולכך כ' רמ"א ז"ל דין הנ"ל רק כאן בק"ס:

עוד נראה לע"ד ברור דטעם הפ' הנ"ל. דהא הר"ן ז"ל גטין פ' השולח כ' לענין פרוזבול דתנן אם אין לו קרקע מזכה לו כו' דאף דחוב הוא שעי"ז כותב עליו וגובה חובו כתב כיון דגוף הדבר זכות שמזכה לו אף דמסתעף חוב יכול לזכות ע"ש. ואף דלא שייך אנן סהדי שהי' עושהו שליח מ"מ כיון דישל"מ לאו יאוש ולא מהני אלו ידע רק בזכות גלי קרא דמהני. שוב דנין רק ע"י גוף הדבר שהוא זכות. וממילא נראה דגם להיפוך כשגוף הדבר חוב אף שמסתעף זכות ג"כ לא מהני. דהא דלחוב ע"מ לזכות דחו בגמרא. וגם שם בענין זה עצמו זכות יתירה על החוב שבורר חלק זה ממילא אין לו חלק אחר וגוף הברירה זכות להם ע"ש. וא"כ נראה דיש חילוק בין הקנינים דמשיכה וחזקה וכה"ג שאין זה מתחייב בדמיו כלל דלא עשה דבר המחייבו רק להיפוך שזכה בהחפץ או בהקרקע רק ממילא כיון שהוא מכר בעד דמי כו"כ וכיון שזכה בחפץ חייב לשלם דמי החפץ ממילא דא"צ לחיוב אחר וקנין כסף הוא להיפוך שנותן לו הכסף וממילא זוכה בחפץ. וכן ק"ס ע"י שנותן לו הסודר וקונהו נקנה לזה החפץ. והא ודאי אם יאמר שיקנה הסודר או הכסף אחר שיהי' החפץ כבר קנוי לו דלא הוי קנין דאיך יתחיל הא כל שלא קנה הסודר או הכסף אין החפץ קנוי. משא"כ במשיכה וחזקה שפיר אחר שיקנה מחויב כנ"ל. וא"כ בזכי' שלא בפניו במשיכה או חזקה בקרקע ושטר וכה"ג שפיר מהני דעיקר הקנין הוא הזכי' שזוכה בשבילו החפץ במשיכתו. ואף שעי"ז יתחייב בדמיו והא לא יתחייב רק ע"י שהחפץ שלו וכשלא ירצה ולא יקנה החפץ לא יהי' חייב א"כ כיון שהחפץ עצמו זכות שזוכה מה שלא הי' שלו שפיר זוכה ואף אם הי' מסתעף חוב מכש"כ שאינו מסתעף שום חוב דהחיוב רק בעד זכיית החפץ א"כ יש לו החפץ קודם השוה החיוב ואם לא ירצה לזכות ממילא לא יהי' חיוב. א"כ אין בזכי' זו רק זכות ושפיר מהני כנ"ל. אבל בקנין כסף ודאי נראה דאם יקח אדם מעות חבירו שלא מדעתו ויקנה בו החפץ עבורו דלא קני דלא שייך זכין לאדם כו' דבזה עיקר הקנין מה שניתן מקודם ומקנה לו המעות ועי"ז זוכה בחפץ והא כל שלא זכה בהחפץ אין כאן לזה שום קנין במעות של זה דגוף נתינת המעות חוב שנותן מעותיו לאחר ואף דמסתעף זכות של קנין החפץ מ"מ אינו מתחיל קנין כסף כלל שלא יוכל להיות המעות של זה קודם קנין החפץ כלל שלא מדעת. ונראה פשוט דלא קני ולא מצינו זה כלל שיועיל כה"ג לקנות במעותיו שלא מדעתו. והוא מטעם הנ"ל דגוף הקנין אינו זכות כלל רק ע"י קנין החפץ וממילא אינו קנין כנ"ל. ולכך סי' ק"צ בהילך מנה כו' הטעם רק דנתינת ממון שלו מהני ולטעם דזכי' אם הי' המוכר זוכה עבור הקונה לא הי' שוב מהני שלא מדעתו כקונה במעותיו כנ"ל. ולכך צריך שם שיאמר שדך קנוי לי במה שנתן פלוני. וממילא גם בק"ס דג"כ הקנין מה שנותן

סודרו עי"ז מקנה לו. ונתינת הסודר כשזכה עבורו שוב חובה וכאלו לוקח סודרו שלא מדעתו וקונה בו מקח דההקנאה לזה חוב מצד עצמו רק מה שיקנה עי"ז החפץ וכל שלא קנה החפץ א"א לזה לקנות הסודר שלא מדעתו דחוב ושוב אין כאן איך יתחיל הקנין כנ"ל. ולכך סוברים פוסקים הנ"ל דגם במתנה לא מהני קנין שלא בפניו דמדין ע"כ לא מהני לרי"ף ורמב"ם בממון ולשאר פוס' ג"כ כמ"ש לעיל (ס"ק י"ג) רק מטעם זכי' שקודם זוכה הסודר עבור הקונה ושוב מקנה לו ושלא מדעתו זה חוב גוף ההקנאה רק כשיזכה ע"י זה המתנה ואינו מתחיל קנין כנ"ל:

אולם רמ"א פ' דמתנה מהני כתוס' וש"ע משום דהא מקנה הסודר רק עמ"ל וא"כ גם ההקנאה לנותן אינו חוב למקבל שאין הסודר שלו רק עמ"ל רק דמ"מ זכות ג"כ לא הוי. ונהי דבזה שאינו לא זכות ולא חוב ג"כ לא מהני שלא בפניו משום אלו ידע ניחא לי' דיאוש של"מ קי"ל לא מהני. מ"מ שוב מהני כיון דהמתנה זכות ובא בב"א ההקנאה דסידר וקנינו במתנה שפיר משוי להההקנאה דעמ"ל ששקול גם לזכות דבהקנאה זו שאינו חוב שהוא עמ"ל וקונה המתנה כנ"ל. משא"כ במכר שגם כן אינו זכות כל הענין דכשיזכה במכר יהי' מחויב דמיו רק מ"מ גוף החפץ יכול לזכות ע"י אחר דזה רק זכות שזוכה לו החפץ ועדיין כל שלא זכה אין חיוב רק כשירצה לזכות א"כ הזיכוי של החפץ במכר הוי זכות. אבל ההקנאה של הסודר כדי שע"י יקנה החפץ במכר וממילא אם יזכה יחויב דמיו. שוב אין כאן זכות בההקנאה של הסודר למוכר. דע"י הקנאה זו יהי' לו רק דבר שקול שאינו זכות וחובה א"כ הקנאה זו שנותן של הלוקח סודרו לאחר כשאינו זכות לא מהני אף שאינו חוב ג"כ. וכן משמע ברשב"א ותוספ' נדרים ל"ו דבתורם משל בעל הכרי אף אי חשוב ניחא לי' מ"מ לא מהני כיון שאינו מזכה לו שום דבר רק בתורם משלו דמזכה שייך זכין כו'. א"כ כמו בלוקח סודרו שלא בפניו ונתנו למוכר לזכות בחפץ במכר לבעל הסודר לא מהני. כן במזכה כיון דמטעם זכי' שחוזר וזוכה ממנו ונעשה שלו כנ"ל. ולכך בכותבין שטר ללוה ולמוכר כו' דוקא בשטר הקנאה. וגם להרי"ף דכשכתוב הקנין בשטר הוי הודאה דהועיל הקנין כיון דבפניו מהני. ושוב זוכין השטר עבורו דהוא דבר של זכי' ולא אמר בקני מידו גרידא. והפ' דמהני גם במכר סוברים דמהני נתינה של האחר מדין ע"כ כהילך מנה כו' ושפיר הקנין גופי' דמכר זכות. אבל רמ"א לא ס"ל כן כמ"ש לעיל דאף להפ' דלא כרמב"ם מ"מ בק"ס כליו של קונה בעינן. ורק מטעם זכי' וממילא לא מהני כנ"ל. ואף דבסי' שנ"ט כ' רא"ש וטור וש"ע י"א שאם בעין כיון שהם יפים מהדבר שלוקח זכות הוא להם ויזכה ע"י אחר. מ"מ דיעה ראשונה בש"ע דאסור וע"כ דאסור לעשות מו"מ בשל חבירו. וגם להרא"ש הא דוקא דקדק וכ' שיזכה מקודם

העדשים עי"א ואח"כ מותר ליקח השעורים ע"ש והוא כמ"ש במכר. וגם דלענין גזל הוי כדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו דבאופן זה ליתן הטוב אינו מקפיד. אבל מ"מ לא קנאו להיות שלו לקנות ע'. דמה"ט כ' ב"י וש"ע דלקח סודר של חבירו לא קנה ואף דאין מקפיד לקנות כדי להקנות מ"מ כליו לא הוי כנ"ל. וגם שם כ' הש"ך דדוקא בידוע שזכות שהוא דבר העומד למכור ע"ש. וממילא כיון דקנין סודר במכר אינו מנכה הסודר כלל מדמי המכר רק שבמה שקונה הסודר נתקיים מכר החפץ בעד דמים שפסקו. א"כ מה זכות יש בהקנאת הסודר שיהי' מהני שלא מדעת בעל הסודר כיון דלא ידעינן דניחא לי' בהמכר:

ונלע"ד פשוט לדינא כהרמ"א ז"ל. ובשאר קנינים אינו חולק אהך דסי' רל"ה כנ"ל. ומ"מ למה שפסק באה"ע סי' כ"ח דקדש בדבר שאין בעה"ב מקפיד מקודשת דמשמע דחשוב שלו וממילא גם בסודר כן. אך בשל אחרים כתב להדיא דלא מהני ויש שפי' שם דוקא שאינו ש"פ. ומ"ש הסמ"ע אף דנתרצה מקודם אמרינן שמא חזר צ"ע דלא בכל דבר אמרינן כן דאף דבגט כתב ירושלמי אף שאמרה להתגרש כו' שמא חזרה. מ"מ בקדושין פ' שם בש"ע ס"א די"א בגילה דעתו שחפץ לקדשה דמהני וע"כ דדבר שיש זכות וחוב מהני ול"ד לגט וכן במכר וכ"ש בזבינא חריפא. וצ"ל דשם רק ספק ובמקח מוקמינן אחזקת מ"ק וכן נתרצה כששמע נ"כ בקדושין ס' וצ"ל כנ"ל:

עוד י"ל כמו בקרקע, בשטר במכר דלא קני עד שיתן דמים דסתמא אינו רוצה עד כו' ובהחזיק בגוף הדבר קני מיד ע"ש (סי' קצ"ב). ובק"ס ספק ע"ש (בב"י מח' י"ז). וי"ל בשלא בפניו במשיכה וחזקה שפיר סתם מיד משא"כ ק"ס סתם אינו רוצה עד שישמע ויהי' החיוב דמים עכ"פ כיון שאין הקנין בגוף הדבר. ואף למ"ד דשם מהני בק"ס היינו כיון דהחיוב מיד משא"כ שלא בפניו כנ"ל. גם י"ל להרי"ף הנ"ל (בס"ק ט"ז) דמתחיל מעכשיו ויגמר בשנודע לו כמו לר"י מעכשיו ולאחר ל' דכ' תוס' (כתובות פ"ב) דבק"ס פסול כה"ג:

סעיף ד

(**יט**) **ואם אחז פחות מג' צריך כו' שיהי' יכול לנתק** כו'. זה ד' הרמב"ם וכ' ש"ך אף דלענין קנין לא קני רק לענין ק"ס עמ"ל כו'. עוד חילק בין דעת א' מקנה. וכ' דראשון עיקר ותמוה הא ודאי דלא סגי בנתינת הסודר רק עם הקנאה וכיון דלא קני במה שיכול לנתקו למה יועיל. וצ"ל דלענין ע"מ להקנות קני במה שיכול לנתקו ולמה. ונראה הטעם דהא מסירה בבהמה וספינה הוא שאחזה כו' בשערה כו' שיכול להביאה לרשותו. וא"כ זה הוי מסירה מיד ליד שמוסר לו שתופס מקצת שיכול לנתק כולו. רק כשדרך להגביה

או למשוך לא קני מסירה שאינו מורה נעשה שלו מדאינו מושכו לגמרי. והיינו בקנין גמור שראוי להביאו לרשותו ממש. אבל לענין ע"מ להקנות רגע זו ולהחזירו מיד שפיר יקנה במסירה כזו דמורה שפיר על קנין זה דאינו ראוי למשכו כלל לגמרי לרשותו ושפיר מהני. ולכך דוקא ג"כ בדעת א' מקנה דבמציאה כו' מאן מסר לי' דליקני' ולכך בש"ס (ב"מ ט) חצי' על עמוד לא קני במה שיכול לנתקו כו' וא"כ בהנ"ל אם הקנה הסודר לגמרי לא קנה כלל וגם זה לא קני החפץ:

עוד י"ל דהא י' שדות כו' (סי' קצ"ב) דסדנא דארעא חד וי' בהמות באפסר א' לסי' קצ"ז) מהני בדעת א' מקנה לא בהפקר וכ' הרשב"ם הטעם כיון דמכר הכל ואינו רוצה רק הכל מורה קנין ד"א על כל השדות משא"כ בהפקר אינו מורה דאם לא יקנה השאר יקנה מה שהחזיק משא"כ בד"א מקנה כו'. וכיון שיש להם שייכות דסדא"ח מהני ע"ש ויכול לנתקו חשוב עכ"פ דיש להם שייכות דהא חשוב אגוד גבי' בגט וכאפסר א' וא"כ שפיר במציאה לא קני משא"כ בד"א מקנה שמורה הקנין על הכל רק דבשאר דבר י"ל דמ"מ אינו מורה כמ"ש רמ"א סי' קצ"ז ס"ד מכר ספר ונתן חציו לא הוי כמשכוכית לענין חצי הב' דאפשר לקנות החצי בלי חצי הב' ע"ש. אמנם כאן בקנין זה דע"מ להקנות ע"י ובעינן כלי ופחות מג' לאו כלי. וא"כ אם אחז פחות מג' ויכול לנתק השאר דאם לא יקנה מה שיכול לנתק שוב לאו כלי ולא קני כלל גם מה שתפוס דלא קני רק ע"מ להקנות ע"י סודר זה. וא"כ שוב מורה מה שתפוס הגבהה זו גם על השאר שיכול לנתק דאל"ה לא יקנה כלל ושפיר קני מה שיכול לנתק ג"כ כיון דאגוד בזה שתפוס וחד הוא כנ"ל ועדיף ממשכוכית כנ"ל ושפיר מהני:

ואפשר עוד למ"ש הר"ן פ"ב דכתובות החילוק בין אמנה לתנאי שבידו לקיים הוי מיד יצא מרשותו דביד הוה לקיים ולקנות אף בתנאי דאם שחל אז ע"ש. א"כ י"ל כפשטי' דאף דלא קני במה שיכול לנתק מ"מ חשוב נתינה בק"ס דיצא מרשות זה כיון שבידו לנתקו ויקנה והא נתן רשות לקנותו וחשוב מה שבידו נתינה בק"ס אף במקנה לגמרי. ומיושב בזה דברי תוס' כתובות (ד"ל ע"ב) שהוכיחו דכמו שאין קונה יכול לנתקו כן מסברא דאינו מגרע קנין הב' ע"ש. ותמוה מאוד הא מפורש בגמ' ב"מ (ד"ז) דפריך על סודר מגט ומשני התם כריתות כו' דאינו מגרע, מה שהלה יכול לנתק הסודר. ולמ"ש א"ש דאין ראי' דאמר רק נתינה בעי והא איכא היינו דבידו לקפוץ בחוזק שלא יוכל הלה לנתקו דבגט הוא דלא מהני משא"כ בקנין. וכיון שבידו שוב חשוב נתינה בק"ס אף שלא קני עדיין שלא קפץ ויכול הלה לנתק.. ולכך כ' רק מסברא. ומ"מ קצת דוחק אמנם איך שהוא ד' רמב"ם תמוהים שאין דרכו לכתוב דין חדש אם א"כ יראה לי. וגם מנ"ל הא

כמ"ש רשב"א ורמב"ן דאין ללמוד מגט כלל דרק מגרע דלא הוי כריתו' וכיון שאמר בגמ' להדיא הא דר"א בדותא דבמציאה לא מהני יכול לנתקו מנא לי' לחלק:

ונראה לע"ד דהא תמוה מאי דפריך מגט מנ"ל בסודר דהוה יכול לנתק דלמא תופס בחוזק שאי"ל כמ"ש ס"ק א'. ולכך לע"ד דהרמב"ם מפרש הש"ס דאמר ש"מ האי סודרא כיון דתפיס ג' כו' קרינן בי' ונתן דכמאן דפסיק דמי וקני כו'. ולמה לי' הך דכפסיק דמי. וע"כ דאל"ה הי' תפיסת השני מבטל תפיסתו דלא הי' קונה כדאמר שם ח' בפיקח וחרש דלא מהני תפיסת הפיקח לקנות מה שבידו ג"כ כיון שאין החרש תופס עבורו ג"כ ע"ש. ורק הטעם כיון דד"א מקנה ובידו לפסוק ג' על ג' שתופס כמאן דפסיק דמי ואל"ה לא הי' מהני, כחצר שותפין שאין קונין זה מזה אלא במודד כו' כן בהגבהה כשהמקנה והקונה תפוסין ורק מטעם שבידו לפסקו הוי כפסיק. וא"כ זה עצמו הוי רק משום בידו לנתקו ולהביאו אצלו שבידו לפסקו כנ"ל דמהני בד"א מקנה. וע"ז פריך הש"ס מגט דאם יכול לנתק הוא אינה מגורשת ואף אם גם היא יכולה לנתק דהא בידה לפסוק החוט וממש כמו בסודר דהא הרמב"ם חולק על ר"ת בקפצה ידה ע"ש (פ"ה מה' גרושין). וגם לתוס' הוי זה נתינה כיון שנתן לה שיכולה לפסוק. וכעייך חרצי' (גטין ע"ח). ולא דמי לקפצה ידה למסקנא דכריתות בעי כמובן. וא"כ פריך שפיר דהא הגט בידה ויכולה לפסקו ויש ד"א מקנה ותהי' מגורשת ומשני התם כריתות בעינן ולא מהני מה שיכולה לנתקו כיון שעדיין אגוד ולא נתקה אבל הכא נתינה ואיכא כיון שבידו לפסקו. וא"כ שפיר מפורש דין הרמב"ם ז"ל בגמ' דמהני יכול לנתקו בדא"מ. וכלל שפיר ב' הדינים או שאוחז כל הג' מהני משום בידו לפסקו וכן כשאוחז קצת ג"כ ממילא מהני יכול לנתקו כולו כנ"ל.

ונראה דגם תוס' מפרשים כן ולכך כ' בכתובות רק מסברא דאינו מגרע מה שהלה יכול לנתק קנין של זה שבידו. דמק"ס לא מוכח כלל לפי' הנ"ל די"ל שתופס בחוזק שאין הלה יכול לנתק הסודר כלל אבל ביכול מגרע כמו בגט. וכ' דמסברא אינו כן כמו מציאה דלא מהני יכול לנתקו. דבשלמא לקונה מהני יכול לנתק דדעת א' מקנה והלה מרוצה שינתק משא"כ להיפך מה שיכול לנתק מה שאינו שלו לא מהני כמו במציאה ואינו מגרע ג"כ ורק בגט מיקרי אגוד לא בקנין כנ"ל. ומיושב הכל בעזה"י. וא"כ נראה דהרמב"ם ז"ל סבר דאף דקי"ל בסודר אי תפיס לא מתפס היינו לתפסו שיהי' שלו לגמרי אבל ע"מ להחזיר הוי שפיר מתנה ויכול לפסוק מקצת הסודר שתופס ולהחזירו אח"כ וכן משמע בלשון הרמב"ם ז"ל רק שהוא מתנה ע"מ להחזיר ע"ש. וא"כ אפשר דאם פירש ע"מ שלא יפסקנו דאינו מועיל כשתפוס הוא ג"כ אלא א"כ יכול לנתקו כולו. ובזה מדויק לשון רמ"א ז"ל שכ' וי"א דאין קנין בפחות מג' ואין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו

כו'. ומה שייכות דין הנ"ל לי"א הנ"ל הא גם לדעת מחבר כן. ולמ"ש א"ש דלש"ע ורמב"ם דמהני תפיס פחות מג' משום יכול לנתקו דע"כ הפי' כנ"ל דבידו לפסוק ולחתוך קצתו רק לדיעה הב' דלא מהני יכול לנתק והפי' בגמ' כפשטי'. א"כ א"י לחתוך קצתו דאין הטעם משום בידו לפסוק כנ"ל משא"כ להרמב"ם ז"ל. ותליא ג"כ בב' דיעות הנ"ל. וכן מדויק לע"ד בלשון הרמב"ם פ"ה מה"מ שכ' שאם יפסוק בו' הוא כלי בפני עצמו ע"ש. וממילא לע"ד מ"ש סמ"ע ס"ק י"ג דמ"ש שיכול לנתק כל הכלי ל"ד ע"ש צ"ע. שהרמב"ם כפל ב' פעמים באוחז פחות מג' דוקא שיכול לנתק כל הכלי ע"ש. די"ל ע"כ לא שמענו בידו רק על מעשה א' או תופס גע"ג שבידו לפסוק או אוחז פחות ובידו לנתק כל הכלי אבל אוחז פחות מג' ובידו לנתק ג' ואח"כ ג"כ משום בידו לפסוק אפשר דלא מהני דבגמ' פ' א"נ מחלק בין מחוסר ב' ע"ש דלפי' הנ"ל משמע כן מדאמר כיון דתפיס גע"ג כו':

(כ) **ס"ה**. קנה ע"מ שתקנה לי מעכשיו ולאחר ל' כו'. דברי ב"י וסמ"ע תמוהים כמ"ש ש"ך מה שייך הך ע"מ שאומר הקונה שיהי' כמעכשיו לענין דבר הנקנה. אמנם מבואר ב"י דכ' דד' טור כדברי תוס' והפי' בתוס' שיאמר ע"מ מעכשיו ע"כ קאי על זה שבעבור הסודר מקנה או מתחייב מעכשיו ע"מ אם יחזור בשידוכין דר"י מודה בע"מ דלאו שיורא. וע"כ גם הטור כוונתו כן שיאמר שחלף הסודר מקנה לו מעכשיו ע"מ שלא יחזור בו לאחר ל' ויקנה אז החפץ דלא סגי שיקנה לו מעכשיו ולאחר ל'. דלא מהני לר"י כמ"ש תוס'. וגם לרב לא מהני דס' חזרה הוא. ומ"ש הש"ך דגם תוס' כ' דלשמואל דקי"ל כותי' סגי במעכשיו ולא"ל ע"ש א"י מה דכל הפ' או כרב או כר"י וליכא מ"ד דקי"ל כשמואל כמ"ש אה"ע סי' מ'. וא"כ שפיר הקשה ב"י וסמ"ע דסגי בשיקנה לו ע"מ שלא יחזור עד ל' דכמעכשיו. שוב בין לרב ובין לר"י תנאי דכיון דעכ"פ צריך ע"מ למה לי' מעכשיו. והקושיא בין על התוס' בין על הטור וע"כ רק לפרסם כו'. אולם לשון הטור מורה כהש"ך דסגי במעכשיו ולאחר ל' לחוד. וכן מבואר בש"ע סי' קצ"ז במשיכה ג"כ דמהני. והט"ז תמה שם באמת הא קי"ל כרב ע"ש. ולע"ד י"ל דבשלמא לר"י הלשון ודאי דמתחיל עכשיו ונגמר אחר ל'. ולא מהני לתוס' בק"ס שכן משמעותו וצריך ע"מ כנ"ל. משא"כ לרב דספק אי תנאי אי חזרה י"ל דע"כ לא מספקא אלא בקדושין וקנין כסף דאי חזרה מהני אחר ל' עכ"פ אבל במשיכה וק"ס דאי חזרה בטל לגמרי דכלתה והדר סודר למרי' שוב אין ס' חזרה כלל רק ודאי תנאי כדאמרינן לענין יד בעה"ש עה"ת כשלא יועיל כלל דהא מה"ט סתם ק"ס מעכשיו וממילא גם בספק כן דסתמא לאו חזרה. ופסק טור שפיר במשיכה וק"ס דסגי במעכשיו ולאחר ל' כהש"ך ז"ל ולא קשה רק ממ"ש רמ"א סי' קצ"א גם בשטר ונקרע מהני באמר מעכשיו ולאחר ל' והא שם ס' חזרה ומ"מ יועיל כששטר קיים. אך

לא קשה שקי"ל זמנו ש"ש מוכיח אף באומר אחר ל' חשוב מעכשיו. ורק כיון דבשעת נתינת השטר אמר מעכשיו ולאחר ל' יהי' ספק חזרה:

ואם חזרה יהי' מוקדם כיון דכ' סתם בשטר וקי"ל זמנו ששמ"ע. ויהי' בטל לגמרי ושוב ודאי תנאי ולא חזר והוי כמו במשיכה וק"ס כנ"ל ודוקא בכסף ספק. ואם כתוב בשטר מעכשיו ולאחר ל' י"ל באמת ספק ולא ק' כנ"ל:

ומ"מ לשון הטור דחוק מאוד דמ"ש הש"ך דהפי' קנה ע"מ היינו ככל קנין דקני עמ"ל הוא ע"ש. אינו מובן למה כ' הטור כאן על אחר ל'. ולע"ד די"ל דדברי טור מדוקדקים. דהנה מטור וש"ע משמע דאם לא החזיר הסודר קנה אחר ל'. דלהפ' דמיתפס ודאי מהני רק אף לפ' דלא מיתפס מ"מ בזה י"ל לכ"ע דמתפיס כיון דאל"ה לא יועיל כלל. וגם אי לא מתפיס אף בזה מ"מ הוי כנותן הסודר ג"כ על אז שיקנה כשיגיע ל' וכיון שבידו מהני. רק כשהחזירו קודם אין כאן מה לקנות אחר ל'. ויש להסתפק אם מכר הסודר או אבדו קודם ל' אי כמו בכסף דאף נתאכלו כיון דצריך לשלם מהני כן בק"ס. או דלא דמי דשם חשוב מקצת קנין כסף קיים מה שא"צ לשלם ע"י הקנין כמ"ש תוס' ור"ן אבל ק"ס שאינו נתינת ממון רק נתינת נעל כו' לא חשוב מה שפטור מלשלם מקצת קנין סודר קיים דאין ענין התשלומין להקנין שאינו בתורת כסף. ועוד דאין כאן כלי מה שפטור לשלם רק כסף והפיטור לאו כלי הוא. אמנם מלשון הש"ס והפ' דהדר סודר למרי' משמע דוקא משום דהדר משא"כ מכרו או אבדו הי' מהני כמו בכסף דג"כ הפטור מלוה ולא קנו מ"מ חשוב מקצת קיים כיון שהי' נתינה גמורה כסף בעין מתחלה. וכמו בגט כיון דבנתינה בא לידה לא חשוב טלי כו' אחר ל'. וכן בק"ס כיון שהי' נתינת כלי וגם עתה חשוב הפטור מלשלם מקצת הנאת הכלי קיים לקנות אחר ל' דהא ללוי הנאת כלי ככלי א"כ גם לדידן חשוב מקצת קיים. וע"ש בתוס' לענין משיכה:

והנה בקנין כסף דמהני נתאכלו וכן בהחזיר הכסף במתנה ללוקח קודם ל' לא הוזכר חילוק שלא יקנה וכמו נתנו לאחר ולמה הא בזה לא יצטרך לשלם אף שלא יחול הקנין דלא הי' מתנתו מתנה וממילא שלו הוחזר. להפ' דאין רשאי להשתמש במעות קודם חלות הקנין. או כשהחזיר המעות סתם ולא פירש מתנה דודאי יהי' פטור דכבר שילם אם אינו קנין. ונראה דעיקר הטעם כלשון הש"ס דדידה קא מתאכלי והיינו דהנאת כסף קיים. וכן כשנתן הכסף במתנה לאחר כיון דמתנה כמכר הוי כקנה בעד הכסף חפץ דחשוב הנאתו קיימת. וממילא גם כשנתנו ללוקח עצמו ג"כ חשוב קיים כיון שאם יהי' הקנין בטל בטל המתנה וע"י שקיים למפרע חל המתנה ללוקח. א"כ עדיין יש לו הנאת הכסף שע"י הקנין הי' שלו ונתן את שלו במתנה שהוא כמכר משום דעביד לי' נייחא

או שמחזיק טובה וא"כ אין חילוק בין נתנו לאחר או ללוקח כו'. וא"כ לכאורה גם בק"ס למה לא יועיל לאחר ל' אף שהחזיר הסודר. דבשלמא לר"ן (נדרים מ"ח) שרק קני כדי להקנות ואין לו זכות בו כלל ליתנו במתנה שפיר בטל. אבל להרא"ש שהוא ככל מתנה ע"מ להחזיר ולהקנות וממילא להפ' דמתפיס ולגמרי שלו א"כ אף דהחזירו הוי מתנה כנ"ל, וכמו נתנו לאחר דהי' מהני וכמו בכסף כנ"ל. ולכך י"ל דהטעם דבכסף נותן הכסף מיד לחלוטין רק ע"ת שיקנה אחר ל' דנותן דמיו בעד שמסתלק כמ"ש לעיל וכיון דזמן ממילא אתי סתמא הקנה מיד המעות שיקנה החפץ אחר ל' ושפיר שייך כנ"ל. אבל ק"ס דהוא חלופי החפץ שקונה ממילא סתם שנותן הסודר חלופין שיקנה החפץ אחר ל' אינו קונה הסודר ג"כ רק אחר ל' כשקונה הוא החפץ. וא"כ בזה שוב שפיר כשהחזיר הסודר קודם ל' לא קנאו כלל דהדר קודם שקנאו וכמשוך כו' דכלתה. ואין כאן מתנה כלל. וא"כ לענין זה סגי שוב כשאומר ע"מ כלשון הטור קנה ע"מ שיקנה לי אחר ל' דע"מ כמעכשיו וקני הסודר מעכשיו כשיקנה החפץ אחר ל'. ושפיר מהני אף שהחזירו כנ"ל:

אמנם יש לחלק עוד דלא מהני גם כה"ג דלא דמי לכסף כמ"ש לעיל. ומיושב לשון הטור דלא סגי במעכשיו ולא"ל דהא קי"ל דספק חזרה כקושית ט"ז ולא מהני. וכן קנה הסודר ע"מ שתקנה לי לאחר ל' ג"כ לא מהני כמ"ש די"ל דלא דמי לכסף ואף שקונה הסודר מיד מ"מ אחר ל' ליכא נתינת הסודר כשהחזיר קודם. רק כלשון שכ' הטור שפיר מהני דכמו דאמרינן סתמא בחליפין שאינו רוצה שיקנה הסודר רק בשעה שיקנה החפץ כיון שהוא חלף כו'. א"כ ממילא כשאומר קנה הסודר ע"מ שתקנה לי החפץ מעכשיו ואחר ל' מהני דהא ע"מ כמעכשיו לבמה שאמר על החפץ ואחר ל' אינו חזרה על הקנאת הסודר שאמר ע"מ. וא"כ אם הי' חזרה אחר ל' א"כ הקנה הסודר מעכשיו שיקנה החפץ אחר ל' והא סתמא אינו מקנה רק כשיקנה כו'. א"כ שוב זה עצמו מורה שאינו חזרה רק תנאי ושגם החפץ יקנה למפרע מעכשיו ולאחר ל' ושפיר מדויק. והוצרך הטור לב' הלשונות קנה ע"מ כו' שיקנה מעכשיו ולאחר ל' כנ"ל:

ולדינא משמע דדוקא החזיר הסודר אבל אם בידו לאחר ל' מהני גם להפ' דלא מתפיס מ"מ הוי כע"מ להחזיר אחר ל' כיון כשהקנה סתם שיקנה אחר ל' ואינו מועיל בלא"ה. ובפי' עמ"ל מיד לא מהני. ובנאבד אף בפשיעה הסודר קודם ל' נראה יותר דלא קני כיון שאין ק"ס כתורת כסף כמ"ש ולא חשוב קיים וכ"ש בכלי שאין ש"פ דאין חיוב כלל כיון שנאבד. ובשוה בשוה מהני אחר ל' אף שנאבד כמו בכסף. וראיתי בס' קצה"ח כתב על הש"ך שותא דמרן לא ידענא מה חילוק בין ע"מ שאומר הקונה או המקנה ע"ש. ופלא עליו שכוונת הש"ך פשיט' לדרדקי דהך ע"מ קאי על הקנאת הסודר ע"מ שיקנה לו

החפץ אחר ל' ומה מהני מה דע"מ כמעכשיו דקני הסודר מעכשיו והחפץ הוקנה אחר ל' והא הדר למרי' וע"כ דיאמר מעכשיו:

סעיף ו

(**כא**) **שניהם יכולין לחזור כ"ז שעסוקין בא"ע**. אם העדים הלכו ועדיין עסוקין בא"ע הצדדין הי' נראה דאין רשאין לכתוב שמא חזר דבש"ס ב"ב קי"ד וניחוש שמא הדר בי' ותלי' בפי' רשב"ם ותוס' ע"ש. ואף דלכאורה מוכח מדלא פריך מרצו כותבין רק מעושין דין. דז"א דע"ז ידע דכותבין בקמו כו' רק שם ב"ד אין עליהם כיון שהי' יכול לחזור ע"ש בתוס' וש"מ. ואף דסתם ק' לכ"ע וא"צ לאמלוכי בי' ונ"ח שמא הדר בו היינו אחר שיגמר משא"כ עסוקין בא"ע דדעתם שיתישבו בדבר עוד ע"ש שפיר יש לחוש דהדרי וא"ר לכתוב עד דסליקו מענינא וכן אפשר דנאמן כשאומר שחזר בו וכשהי' עדים עד דסליקו מענינא משמע דאינו נאמן לומר שחזר בו בינו לבין עצמו ולא אמר להם. כמו בשליח שהוחזק בעדים עיין בר"ן קדושין פ' האומר וכשהי' הקנין בלא עדים אפשר דנאמן במיגו שחזר בו בלב"ע אף שלא אמר לשכנגדו ועיין לעיל סי' קפ"א בהג"ה ובשאר קנינים תכ"ד לא מצינו כלל שיהי' נאמן שחזר בלחש כשלא אמר להב' שחוזר בו דכיון דתוך כ"ד הוא הול"ל לי' ולכאורה כיון דדעתו שלא יוגמר עד דסליק מענינא א"כ הי' צריך להיות הסודר בידו עד דסילק מענינא ולא נהגו כן. וע"כ דאין כאן אומדנא רק על מעכשיו ע"ת שלא יחזור וכשאינו חוזר מהני למפרע כנ"ל:

סעיף ח

(**כב**) **י"א שאם פירש כו' או שכ' שטר** כו'. לא נתבאר פירוש דברי הגאון הובא ב"י. דאם הפי' שכ' בע"ד השטר או ציוה לעדים לכתוב ומסרו השטר לקונה. מה קמ"ל הא כבר כ' דבשאר קנינים א"י לחזור אחר כ"ד ודל ק"ס מהכא יקנה בשטר וי"ל דמיירי בשטר ראי' שכבר, קנה בק"ס. וס"ד כיון דמהני החזרה על הק"ס ממילא בטל השטר. וקמ"ל כיון שמסרו השטר לראי' אין מועיל החזר' על הק"ס כמו סליק מענינא. וא"כ אפשר דוקא בצוה לכתוב כנ"ל אבל בסתם קנין אף דקי"ל סתם קנין לכתיבה עומד ורשאין לכתוב בלא ציויו מ"מ כל שעסוקין בא"ע דמהני החזר' על הקנין וכשבטל הקנין נכתב בלא ידיעתו ובטל הכתיבה וכלא נכתב דמהני החזרה. וממילא בסתם קנין אין רשאין לכתוב ולמסור לבע"ד עד דסליק מענינא דשמא יחזור בו דאף דסתם כו' וא"צ לחוש שמא חזר מ"מ שמא יחזור חיישינן כדאמר בגמ' ב"ב קי"ד שם ועוד דוקא בדסליק משא"כ קודם דדעתו להתישב כנ"ל:

והי' מיושב בזה לשון הגמ' פ' אעפ"י אמר כתבו כו' והבו לי' קנו מיני' א"צ לאמלוכי בי'. ותמוה למה לי' זאת הא סתם ק' לכ"ע. וכ' תוס' ורא"ש דלאו דוקא אמר ע"ש. ולמה

הוזכר בגמ' מה שאין חילוק בין אמר או לא ולמ"ש מיושב דבאמר כתבו וקנו מיני א"צ לאמלוכי ורשאין לכתוב מיד אף שעדיין עסוקין בא"ע דלאחר שימסרו לו לא יוכל לחזור אף שע' בא"ע כדברי הגאון הנ"ל דעכ"פ השטר בציויו משא"כ סתם קנין ולא אמר א"ר לכתוב עד דסליק מענינא כנ"ל. אמנם י"ל דלשון או שכתבו שטר ולא הזכיר ציוי נכלל אף סתם קנין כיון דלכ' עומד וכבר כתבו ויש מעשה שטר ג"כ א"י לחזור בו דחשוב כסליק מענינא אף שעסוקין בא"ע. אולם לכאורה קשה דא"כ מה פריך בגמ' ב"ב קי"ד הנ"ל אהא דג' עושין דין וניחוש דלמא הדר בי' ופי' תוס' שמא יחזור בו ויבטל ויהי' אטרוחי ב"ד בכדי כו' ע"ש. והא כיון דעושין דין ופוסקין ומעשה ב"ד כדנקיט שטרא דמי וממילא אחר גמ"ד לא יוכל עוד לחזור בו כיון שפוסקין מיד בפניהם וממילא חשוב סליק עכ"פ כמו בשטר. ושפיר רשאין לעשות דין. והי' מוכח מזה כסברא הא' שכתבנו דדוקא בצוה לכתוב שזה לא בטל משא"כ כשהכתיבה רק מצד הקנין כנ"ל. וגם שם מה שעושין דין רק מצד הקנין שפיר מהני החזרה דכשבטל הקנין לא הי' דין ומעשה ב"ד כלל כנ':

אך יש לדחות נהי דשם שעושין דין בלי ציווים שפיר אף דרשאין לעשות דין שהתורה נתנה להם רשות מחוקת משפט מ"מ כיון שיכול לחזור בטל הדין כנ"ל. וממילא אין להם דין ב"ד כל שיכול לחזור כנ"ל. משא"כ כיון דסתם קנין לכתיבה וא"צ לאמלוכי בי' א"כ הוי בסתם כאמר כתבו. ומה שכתבו ומסרו חשוב. בציויו כל כמה דלא הדר בי' אף שהוא מחמת הקנין מ"מ חשוב כאלו ציוה כנ"ל. ושוב א"י לחזור בשכבר כתבו ומסרו כנ"ל. דהוי כמו פירש שלא יוכל לחזור כן במה דהוי כצוה שיכתבו שטר ובשטר דינו דאי"ל הוי כפירש שאחר שיכתבו ויתנו שלא יוכל לחזור. ומה"ט כלל ב' הדינים פירש וכתבו כנ"ל. ומ"מ צ"ע דכמו שכ' רמב"ן שם דאף דבשאר קנין לא חיישינן שמא הדר בי' היינו דהא כבר נגמר. משא"כ עסוקין בא"ט דהטעם דדעתו מיד שלא יגמר ויוכל להתישב עדיין שפיר שייך שמא הדר בי' ע"ש, וא"כ לא אמרי' כלל סתם קנין לכ"ע עד דסליק מענינא אז שייך שסתמא רוצה כיון שגמר משא"כ כל שעסוקין כו' אין כלל סתמא עומד שיכתבו וע"י כן לא יוכל לחזור בו. ואדרבא הא סתמא רוצה שיוכל לחזור עד דיסלקו מענינא כנ"ל:

סימן קצח

סעיף א

(**א**) **ד"ת** מעות קונות פי' רש"י מדכ' ונתן הכסף וקם לו והר"ן כתב דאין למדין הדיוט מהקדש עכ"ל סמ"ע. ורש"י בעצמו ישב זה ערובין פ"א דלענין שיוציא מרשות הקדש

בכסף ק"ו שיוציא מרשות הדיוט ע"ש ובתוספ'. ולענ"ד דזה פשיטא לי' שהמוכר מכי מטי זוזי לידי' איסתלק לי' כדאמר פ' ח"ה (דף נ"ד) בכותי שאינו רוצה יותר. רק דמ"מ במה קני לוקח החפץ שלא בא לידו ע"ז צריך לימוד וממילא בישראל אינו מסתלק כל שלא קני לוקח דיוכל לחזור ויצטרך להחזיר המעות ע"ש. וע"ז צריך לימוד דע"י שמסתלק המוכר בעבור כספו של זה ממילא קני הלוקח החפץ. וזה שוב הדיוט מהדיוט דילפינן שפיר מונתן וקם לו. דכמו דההקדש מסתלק כן המוכר מסתלק. ואם לא הי' קונה בסילוק זה הי' נשאר הפקר אחר שנסתלק רשות הקדש והתורה אמרה וקם לו שזוכה בו מוכח דהדיוט זוכה וילפינן גם כל לוקח דזכי ע"י הסילוק בכספו כנ"ל שלענין שזוכה כשנסתלק המקנה ילפינן דהוי הדיוט מהדיוט כנ"ל. וכיון דע"י סילוקו יזכה שפיר מסתלק וזוכה זה כנ"ל. ועוד דבלא הקרא ה"א באמת שצריך שתיהן דרק מסתלק ע"י הכסף ונשאר הפקר כמו בנכרי דאף דבישראל אינו כן היינו עכשיו שקונה ואינו נותן מעותיו בעד הסילוק לחוד משא"כ אי ה"א דלא קני מעות היינו אף שמסולק הוי עדיין הפקר. ובעד זה נותן המעות מאחר שכן הדין. וצריך לזכות בו במשיכה ככל הפקר לענין שיעשה שלו. ולזה יליף מוקם לו שממילא שלו. והוי הדיוט מהדיוט לענין זכי' שלו כנ"ל. ויש לפרש גם לפי' רש"י ז"ל כן דלענין הסילוק ילפינן שפיר דק"ו הוא לצאת מרשות הדיוט ולענין שיזכה לוקח שוב הוי הדיוט כנ"ל:

ומיושב בזה למ"ש תוס' ערובין שם דטעמא דר"ל דמשיכה לא שייכא בהקדש דכ"ה דאיתי' בי' גזא דרחמנא כו' ע"ש. וא"כ קשה ר"י איך יליף הא כמו דמסירה ומשיכה כיון שיש קנין המורה יותר שנעשה שלו שוב אין קנין הגרוע ממנו מורה דנעשה שלו כמ"ש תוס' פ"ק דקדושין וב"ב פ' הספינה (דף ע"ו). וא"כ י"ל הקדש דל"ש משיכה מעות קונה משא"כ הדיוט דיש משיכ' ולהנ"ל אתי שפיר דלענין סילוק המוכר ודאי כסף עדיף נגדו ורק לענין זכיית לוקח משיכה עדיף ושוב זה יכולין ללמוד מהקדש דג"כ כיון שנסתלק ההקדש שוב אפשר לו לזכות במשיכה דל"ש בי' גזא כו' ואעפ"כ אמרה תורה דנעשה שלו וקם לו בנתינת הכסף לחוד שפיר ילפינן בכל לוקח דקני כנ"ל. ואף אי אינו נותן בשביל הסילוק לחוד וא"כ לא הי' הכסף לחוד מהני בהקדש דאין כאן כסף כל שלא נעשה שלו מ"מ מוכח דא"כ הי' ראוי להיות צריך שתיהן שיתן הכסף ואחר כך כשימשוך בא בב"א שנעשה הכסף דהקדש ונעשה שלו. וע"כ דסגי בכסף אף דאפשר במשיכה. וטעמא דר"ל כיון דמפורשת מה"ת שוב מוכח מלעמיתך דלא קני מעות כמ"ש תוס' שם אי' א':

והרי"ף ז"ל (פ' הזהב) כ' הטעם ק"ו גופו קני ממונו כ"ש וכן הר"ח ז"ל ונ"י כ' לאו מק"ו כו' דעכו"ם יוכיח כו'. ע"ש שתמוה שמשנה דברי רי"ף מהמפו' בלשונו. גם בש"מ הניח בתימה דבש"ס פ"ב דבכורות דבעי למימר על דעכו"ם בכסף מק"ו הנ"ל ודחי א"כ שטר וחזקה נמי ועוד ישראל יוכיחו ע"ש. ולענ"ד לק"מ דתי' א' דש"ס לא שייך בישראל דעיקר הפירכא הי' רק מחזקה דמטלטלין לא שייך שטר שאין לסיימו כמ"ש בש"מ רק חזקת כמ"ש תוס' שם וע"ע לא נקנה בחזקה ולא שייך הפירכא רק בכותי. וגם תי' ב' לע"ד לא שייך דמבואר ב"ב פ' ח"ה דנכרי מכי מטי זוזי לידי' אסתלק והוי הפקר דלא איכפת לי' אם יקנה הישראל ע"י סילוקו או לא רק אף שלא כדין כו' משא"כ ישראל דאינו מסתלק עד שיקנה הישראל דאל"ה יצטרך להחזיר המעות ע"ש. וא"כ מטעם זה עצמו החילוק בין ישראל לכותי דבישראל שפיר כסף קני מה"ת שע"י הכסף מסתלק ואינו מסתלק רק אם יקנה הלה א"כ שפיר מורה קבלת הכסף על הקנין וקונה ע"י שנסתלק עבור שיקנה. משא"כ כותי דמקבל הכסף רק עבור הסילוק בין יקנה או לא שפיר אינו מורה אקנין והוי הפקר כמו בקרקע כו' משא"כ גופו דכותי שמוכר עצמו ודאי דאינו מסתלק שיהי' הפקר רק מקנה עצמו בעד הכסף. וא"כ שפיר ראוי שיהי' גופו קונה ולא ממונו בכסף. וא"כ בשלמא בש"ס דרצה ללמוד כותי בק"ו מגופו בכסף כו' וע"כ דלא נאמר סברא הנ"ל דחי שפיר ישראל יוכיח דגבי ישראל שייך יותר הק"ו ומ"מ לא קני דלעמיתך בחדא כו' משא"כ בישראל לדידן שפיר הק"ו מגופו דבישראל אינו מסתלק עד שיקנה ושייך הק"ו ולא שייך כותי יוכיח דבנכרי שפיר גופו קני ולא ממונו כנ"ל מטעם הנ"ל משא"כ בישראל הק"ו שפיר כנ"ל:

עוד לע"ד דהא כיון דכ' לעמיתך בחדא וע"כ בא' לא אמרינן הק"ו או בישראל או בכותי דגופו נקנה בשניהם בכסף וממונו ע"כ א' אינו קונה. וא"כ בשלמא התם דפריך ועוד היינו אי לא נימא פירכא קמא דחזקה כו' א"כ קשה ישראל יוכיח. וכיון דע"כ בחד גלי דל"א ק"ו מה, חזית דבישראל דלמא בכותי כו'. משא"כ כיון דבאמת גם פירכא קמייתא איכא דחזקה דגופי' קני. וזה רק בעו"ג ולא בישראל א"כ שוב להיפוך בישראל דיש הק"ו קני כסף משא"כ עו"ג דנדחה הק"ו מפירכא דחזקה שפיר אמרינן דגלי קרא לעמיתך בחדא בכסף משום הק"ו משא"כ בכותי במשיכה דבישראל אין ע"ע נקנה בחזקה כנ"ל ושפיר כ' הרי"ף טעם הק"ו כנ"ל. דאא"ל דבכותי יקנה בחזקה וכסף ובישראל רק משיכה דיליף התם לעמיתך בחדא ולכותי בחדא כנ"ל ותוס' ערובין פ"א כ' עוד טעם ע"ש:

(**ב**) **מעות קונות** כו'. ולא משיכה ע"ש סמ"ע. אך דוקא כשיש מעות אבל מתנה קני משיכה מה"ת וכן מציאה והפקר כמ"ש תוס' ע"ז ע"א. אולם בשיטה פ' הזהב הביא ד'

ריטב"א בשם הרמב"ן שחולק על התוס' דאף מתנה אינה נקנית אלא בחליפין או בחצרו או באגב ע"ש. ותמוה מאד דאטו חצר עדיף מידו ממש כמבואר בגמ' סוף חולין וכמה דוכתי. ונראה דהא מוכח מגנב וגזלן דצריך דוקא קנין שקונה ע"י במקח כמבואר גמ' פ"ג דכתובות (דף ל"א). ואמרה תורה המצא תמצא בידו כו' דקני במשיכה להיות גזלן לאונסין כו' וע"כ לר"י משום דליכא כסף לקנין זה כמתנה כנ"ל:

אמנם בש"ס ע"ז ע"א דייק דמשיכה בכותי קני דאמר רי ב"נ נהרג על פחות מש"פ וא"א משיכה בכותי אינו קונה אמאי נהרג ופי' תוס' דהא לא קני ע"ש. ומוכח דגם בקנין דגזילה תליא אי משיכה קונה או כסף כו'. אולם תוס' ע"ב ד"ה ומאי הקשו זה הא בדליכא זוזי כגון מציאה ומתנה לכ"ע קונה ומאי מייתי מגזל למקח ותירצו דס"ל דאי אינו קונה בכותי במקח אף בגזל לא תקנה דל"ד למציאה ומתנה דבהתירא אתי לידי' כו' אבל גזל דבאיסור אתי לידי' אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל ע"ש. ואין שום פי' לתירוצם מה ענין זה לזה. ועוד א"כ בישראל דקי"ל כר"י דבמקח משיכה לא קני למה נעשה גזלן. אולם תוספ' ד"ה ואי ס"ד כתב דבש"פ דחסרו איכא למימר כדפי' אבל פחות מש"פ שלא חיסר וגם ממון העו"ג לא נתרבה שהרי לא קנאה כו' ע"ש. וא"כ בישראל דש"פ נעשה גזלן משום דחסרו. אבל מ"מ תמוה דהא לענין החיוב אונסין צריך קנין כמבואר פ' א"נ הנ"ל. ומה"ט בר"ה איסור גניבה ליכא ואי משום דחסרו אין חילוק. וע"כ משום הקנין וכיון דמשיכה לא קני למה נעשה גזלן כהקושי' דכותי דלענין החיוב מיתה שייך דחסרו או צערי' כו' משא"כ להחיוב דגזילה. וגם מנ"ל להגמ' לחלק אלו החיובים דחסרו או נתרבה כנ"ל:

ולע"ד לפרש בעזה"י דהקנין דגזילה שאמרה תורה להיות גזלן היינו כמו במקנה מרצון שנקנה ללוקח כן הגזלן שעושה זה הקנין בע"כ קונה החפץ להיות גזלן לאונסין וכה"ג. ופלוגתא דר"י ור"ל אי מעות קונה או משיכה. היינו אם הקנין מצד המקנה או מצד הקונה לר"י עיקר מה שמקנה זה שהחפץ שלו והוא מקנה יותר ע"י המעות שמקבל. ולר"ל הקנין יותר מצד הקונה דנגדו משיכת החפץ לרשותו מורה יותר על קנינו וממילא יוצא מרשות המקנה כיון דהמשיכה מדעתו כנ"ל. וא"כ גזלן שפיר עושה הכל בגזילה בע"כ שמוציאו מרשות בעליו ומכניסו לרשותו. ואותה ההקנאה שהמוכר מקנה ברצון עושה הוא בגזילה בע"כ ושפיר גם לר"י דדוקא מעות קונה וההקנאה מצד המקנה מ"מ חייב הגזלן דהא גזל זה ועושה בע"כ מה שהי' בעליו עושים מדעת. ולר"ל החיוב על שעושה הקנין שהקונה עושה מדעת המקנה והוא עושהו בע"כ שמכניסו לרשותו ולכך בש"פ יש שניהן וחייב כנ"ל. אבל בנכרי שגזל מישראל פחות מש"פ דנגד הישראל אינו

ממון רק לגבי דידי'. ופריך שפיר בשלמא אי משיכ' קונה א"כ הגזילה מצד שעושה בע"כ הקנין שמכניסו כנ"ל גם בזה יש כאן גזילה דנגדו פחות מש"פ ממון ונעשה שלו בע"כ של ישראל. משא"כ אי מעות קני ולא משיכה א"כ הקנין מצד המקנה. ובמתנה גם כן קונה מצד המקנה שמוציאו מרשותו. ובגזילה ג"כ שעושה ההוצאה מרשות בגזילה וממילא כיון דלגבי ישראל פחות מש"פ לאו ממון אין כאן קנין זה דהוצאה מרשותו כלל ואינו נעשה גזלן כלל כנ"ל. וזה לע"ד פי' התוס' דבאיסורא אתי לידו כו' היינו בע"כ ממילא תליא אי משיכה קונה כנ"ל או מעות אבל לא שיהי' חילוק בין באיסור או בהיתר.

וזה נראה טעם המחלוקת תוס' ורמב"ן שהתוס' סוברים כמו מציאה והפקר דפשיטא דמשיכה קני כן מתנה ודוקא במכר שיש מעות סבר ר"י דמה"ת כל שלא קיבל דמי החפץ אין המשיכה מורה על הקנין משא"כ מתנה דלא מחסר כלום שפיר קני משיכה דגם לר"ל דמה"ת משיכה מ"מ בלן דלא מחסר כו' קני (ב"מ מ"ח) כן לר"י במעות. ורמב"ן סבר דדוקא מציאה כו' שאין קנין רק מצד הקונה ודאי מהני מה"ת משיכה. משא"כ מתנה כמו במכר דלר"י צריך להיות הקנין מצד המוכר שמוכר קבלה שלו המעות שמקנה ומוציאו מרשותו כן במתנה לא מהני משיכה מה"ת שהמעשה רק של הקונה וצריך מעשה קנין של המקנה שמוציאו מרשותו. אולם מודה הרמב"ן דשוב מסירה קונה כמו בדברים שאין משיכה בר"ה וספינה. דזה הקנין הוא במקנה שמוסרו דמה"ט אמר פ"ק דב"מ במציאה מאן מסר לי' דליקני' כו' וממילא במתנה שפיר מהני מצד הקונה. וא"כ למ"ש רמב"ן ב"ב פ' הספינה דבכל משיכה יש גם מסירה שא"צ מיד ליד רק לך משוך כו' א"כ שפיר קונה מה"ת. רק למ"ש שם דדוקא ספינה ובע"ח אבל דברים שדרכן למשוך או להגבי' לא קני במסיר' אף בר"ה שאין משיכה קונה. וע"כ שאין המסירה מצד עצמו מורה על הקנין עד שמכניסו לרשותו ממש ולא מצד שיש משיכה ע"ש. וא"כ שפיר קשי' לי' במתנה דשוב אין מעשה קנין מצד המקנה אף דאין משיכה מה"ת. וע"ז מישב הרמב"ן בחצירו וכ"ש ידו ממש דכשנותנו מיד ליד יש כאן קנין מצד המקנה דמסירה זו שיש בה משיכה לרשות הקונה שפיר המסירה מורה על הקנין גם בשאר דברים. ורק מעשה המשיכה או מוגבה מכחו לא מהני להרמב"ן מה"ת במתנה שהמעשה מצד הקונה. אבל לידו או חצירו שפיר מהני כנ"ל. וא"ל דא"כ איך יליף ר"ל מאו קנה מיד עמיתך כו' דנקנה מיד ליד דמשיכה קונה ודלמא לידו ממש ומשום מסירה. ז"א דבזה סבר גם ר"ל דאי הי' הקנין מצד המקנה לא הי' מסירה קונה כשיש מעות דנגדו מעות עדיף. וא"כ קרא דבמכר שפיר מוכח שהקנין מצד הלוקח וממילא משיכה קונה. ועוד דהתורה תלה הקנין בלוקח או קנה מיד כו' שהקנין במה שעושה הקונה כנ"ל:

ובזה מיושב הגמ' שה מ"ז ע"ב דאמר לר"י למעט קרקע ולר"ל לימא קרא וכי תמכרו ליד כו' או קנה ל"ל כו'. ואינו מובן מה חילוק אם הי' כתוב ליד גבי תמכרו או גבי או קנה כו'. ולמ"ש א"ש דאי הוי כ' גבי המוכר הי' צריך הקנין מצדו ועיקר הלימוד רק מדכ' או קנה מיד דהקנין מצד הקונה כנ"ל. שוב ראיתי בספר קצה"ח שהביא ד' רמב"ן הנ"ל והניח בצ"ע. ולענ"ד ברור כמ"ש. והא בגט ונתן בידה ובזה קנתה הגט רק דא"צ דעתה שפיר הקנין מצדו כן במתנה להרמב"ן כנ"ל. וכן מתנות כהונה וה' סלעים דפדיון ע"כ דבנתינה לידו זוכה הלה:

(ג) **אבל חכמים תקנו** כו'. וכ' סמ"ע דאם קדש כמוכר אשה במעות שמקודשת דלחומרא לא עקרו בתקנתן ד"ת כו' והי' משמע דתלי' בדעות הפוס' (בא"ע סי' כ"ח) גבי מעמד ג' אי קנין דרבנן מהני מה"ת. ובאמת בטור לא כ' רק ד"ת כו' ומשקיבל המוכר המעות הן שלו מה"ת ואם כו' מקודשת ואח"כ כ' וחכמים תקנו כו' ואין הכרע על אחר התקנה. וגם דבמעות לכאורה פשיטא דמקודשת לרוב הפ' דזוזי הלואה גבי' ויכול להוציאן דמה"ט חייב באונסין א"כ שלו נינהו לקדש. והטור כתב רק לאפוקי מדר"ל דמשיכה מה"ת ואז אינו קונה המעות כמ"ש תוס' ב"מ מ"ג לתי' הב' דלר"י דד"ת מעות קונות לא הפקיעו חכמים כלל כח שיש להמוכר בהמעות אבל לר"ל אסור להשתמש כו'. ולכך כ' כיון דקי"ל כר"י ממילא המעות שלו מה"ת א"כ גם עתה אחר התקנה לא הפקיעו כנ"ל. וא"כ י"ל דזה רק לתי' הנ"ל דתוס'. ולהנ"ל א"צ להא דלחומרא כו'. אבל לתי' א' דתוס' וכן ערובין פ"א והפ' דאסור להוציא המעות ולא קנאו מדרבנן שהפקיעו לא מוכח כלל. וי"ל דהוי ס' קדושין או דהפקר ב"ד כו' והפקיעו הקנין שלו במעות ואינו שלו מה"ת וא"צ גט ואף ס' לא הוי. ולכאורה משמע כן מתוס' ע"ז ס"ג דפריך והא מחסרא משיכה כו'. ופי' תוס' אף לר"י כיון שהפקיעו חכמים גם ממנה הפקיעו ואין אתנן כו' ול"ד כו' נתנה לסיטן מעל כו' דכיון דמעל מה"ת מי יפקיע המעילה שש אין לשונם מובן הא ג"כ כיון שהפקיעו ממילא אין כאן מעילה כמו לר"ל:

ויש לפרש או דכונתם לחלק בין קנין המעות להחפץ דבמעות נשאר קנינו גם אחר התקנה כתי' ב' הנ"ל משא"כ בחפץ. אך א"כ לא הול"ל כיון דמעל מה"ת מי יפקיע כו' והא גם מדרבנן מעל כיון דהלואה נינהו. וע"כ שתירוצם גם להנ"ל דאין רשאי להשתמש וא"כ מה חילוק כיון שהפקיעו. ומשמע לשונם דהחילוק בין מיד כשבא בב"א האיסור וההפקעה לא מהני התקנה להפקיע הדאורייתא. וכיון שבנתינת המעות קנה זה מה"ת ומעל מה"ת לא מהני התקנה ועדיין המעילה מה"ת. משא"כ בדבר שבא אח"כ כאתנן דהאיסור בשעת הקרבה. וכיון שבשעת קנין לא קנתה מדרבנן והפקר ב"ד כו' דאז לא

הי' שייכות לאיסור רק לממון וכיון שלא קנתה ממילא אח"כ אינו אתנן. ואם קנה חמץ בכסף אינו עובר כשמגיע פסח בב"י דנתבטל הקנין כשלא הי' שייך לאסור ולא חל איסור כלל משא"כ קנה חמץ בפסח בכסף עובר מה"ת דאין התקנה מפקיע מן התורה וכן מעילה שבא בשעת הקנין משא"כ אתנן כנ"ל. וממילא אם קדש בהכסף שקיבל י"ל ג"כ דאינו קדושין כיון שלא קנה הכסף לפוס' הנ"ל וכבר הופקע קודם שקידש כנ"ל. רק להפו' דרשאי להוציא המעות מקודשת כנ"ל. וכן להנ"ל אם קידש הלוקח אחר שנתן מעות אשה בהחפץ שביד מוכר והקנה לה בק"ס או אגב. ג"כ אינה מקודשת כמו באתנן דלא חל כנ"ל. דאל"כ הי' לטור למינקט רבותא על החפץ דמקודש' מה"ת ללוקח:

אמנם רש"י ז"ל ב"מ מ"ח ד"ה קאי באבל כ' ונ"מ לענין איסורא אם קידש בו את האשה לר"י הוי קדושין דמה"ת קניי' ודידי' הוא ולר"ל לא הוי קדושין עכ"ל. ומדכ' קידש בו כו' מבואר דקאי על החפץ שקידש לוקח בו אשה לא על המוכר במעות דהול"ל קידש בהם. גם הלשון קניי' ודידי' הוא משמע על החפץ כנ"ל. דלא מהני הפקעה דרבנן להפקיע קדושי תורה דשלו הוא כנ"ל אמנם י"ל דרש"י לטעמי' דסבר דוקא קודם דליקה מהני החזרה אבל אחר כך לא דכבר נאנס ברשותו. וכן פי' בהג"א ד' רש"י שיאמר קודם דליקה חוזרני בי ע"ש. וע"כ סבר רש"י דתקנת חכמים הי' רק לבטל הקנין משעת חזרה ואילך ולא למפרע. וממילא מקודשת כשקדשה קודם חזרה משא"כ לדידן דמיד הפקיעו. אך לשון רש"י דמדאורייי' דידי' הוא משמע דמשום דאין התקנה מפקיע הד"ת ולא כנ"ל. וי"ל דגם לרש"י כשלא נאנס וחוזר בטל למפרע:

אמנם י"ל למ"ש תוס' יבמות פ"ט ע"ב ד"ה שהפקר ב"ד כו' אבל מן כו' ל"ל דאפקוה מרשותי' בשעת הפרשה כיון דבתר הכי נמי שלו ועליו לתקנו ע"ש. דמשמע דהיכא דאחר התקנה ג"כ הניחו חכמים חומרא דיחזור ויתרום משום שמה"ת אינו כן. א"כ חזינן דלא הפקיע הדאורייתא ול"א הפקר ב"ד כו'. וא"כ למאי דאמר בגמ' עכשיו לר"י דמה"ט קאי במי שפרע משום כיון דד"ת מעות קונה רק מדרבנן נשאר מי שפרע. א"כ חזינן דלא הפקיעו הדאורייתא לגמרי דהא מש"ה קאי במי שפרע משום שרק מדרבנן כנ"ל ושפיר אם קידש אשה מקודשת ולא אמרינן הפקר כו' להפקיע הד"ת כנ"ל. אבל למאי דמסיק לר"ל דדברים ומעות אף דאינו קונה מה"ת מ"מ כיון דאיכא מעשה קאי במי שפרע. שוב י"ל גם לר"י דהפקר ב"ד כו' והפקיעו לגמרי ואם קדש אינה מקודשת. דאף דקאי במש"פ אינו משום שהוא דרבנן רק מעשה כנ"ל דהא גם לר"ל קאי באבל כנ"ל. וא"כ א"ש דרש"י ז"ל סבר דלר"י לא אמרינן סברא זו משום מעשה יהי' במש"פ רק משום דד"ת מעות קונה כדפריך הש"ס מזה על ר"ל. ורק לר"ל משני סברא זו משא"כ

לר"י וא"כ לר"י שפיר מקודשת דל"א הפקר ב"ד כו'. ושפיר כ' רש"י נ"מ בין ר"י לר"ל בקדושין. וא"ש שכתב רש"י נ"מ זו על קושית הגמ' ותירוצם דמש"ה קאי באבל. והי' לו לפרש נ"מ זו מיד בפלוגתא שלהם ולמ"ש א"ש:

וא"כ למ"ש הפוס' והובאו ב"י (סי' ר"ד) דגם לר"י למסקנא קאי במש"פ אף היכא שאינו קונה מה"ת כמו במשכון. ופוסק על הפירות באין לו רק יצא השער. וע"כ משום מעשה קאי במש"פ א"כ לא משום הדאורייתא. שוב י"ל גם לר"י דאינה מקודשת דהפקיעו כנ"ל. ומיושב בזה תמיהת תוס' והפ' לדידן דקי"ל כר"י הא אמר רבא מתניתין מסייע לר"ל. וגם קשה לר"י הברייתא ע"ש שנדחקו הרבה. ולמ"ש י"ל בפשיטות דהא מאי קשיא לר"י הא כיון דהפקיעו חכמים שפיר לא מעל בספר כמו באתנן כנ"ל להפ' דאינו רשאי להוציא המעות כנ"ל. אמנם הא הגמ' הביא סייעתא לר"י מהא דקאי במש"פ אי ד"ת קונה מעות היינו דקאי באבל כו' ומשני לר"ל דמשום מעשה קאי באבל אף דלא קני מה"ת. א"כ ע"ז קאמר רבא דמתני' מסייע לר"ל היינו לסברא הנ"ל דאי לא נימא כן רק כר"י והטעם דקאי במש"פ משום דד"ת מעות קונה א"כ שוב ע"כ לא הפקיעו הדאורייתא כנ"ל וממילא לספר ג"כ מעל דמה"ת קני. וע"כ א"א לומר כר"י אא"כ נאמר ג"כ כר"ל דמשום מעשה לחוד ג"כ קאי באבל אף דלא קני מה"ת א"כ שפיר מסייע לר"ל. אבל על ר"י לא קשה דשפיר י"ל דגם ר"י סבר סברא דר"ל דמשום מעשה קאי באבל וא"כ שפיר הפקיעו לגמרי ולא מעל גם לר"י. ולכך סבר רבא גופי' ג"כ כר"י כמ"ש תוספ' רק דאמרינן כנ"ל:

ומיושב מה דתמוה להפ' הנ"ל מנ"ל באמת לדידן דיהי' במש"פ משים מעשה היכא שאינו קונה מה"ת הא לר"י נשאר טעם הגמ' דמקשה לר"ל ולמ"ש א"ש כיון דקי"ל כר"י, ע"כ אמרינן סברא הנ"ל למסקנא כדמוכח מרבא ונתנו לספר כנ"ל. וא"כ מיושב דרש"י ז"ל לטעמי' שפוסק כר"ל כמ"ש תוס' (ע"ז ע"א) והיינו דסבר דנשאר לר"י טעם הנ"ל דמה"ט קאי במש"פ משום דד"ת מעות קונה. וא"כ רבא פליג וקי"ל כר"ל. ולכך פי' דלר"י בקדושין מקודשת דע"כ לא הפקיעו כנ"ל. משא"כ לדידן דקי"ל כר"י וע"כ דרבא לא פליג וכו' דהפקיעו לגמרי וא"כ גם לר"י אינה מקודשת. וא"כ לכאורה שוב אין ספק דאינה מקודשת ממ"נ אי אמרינן לר"י דלא הפקיעו וכרש"י א"כ שוב ע"כ הלכה כר"ל כפסק רש"י ואין מעות קונה מה"ת ואינה מקודשת ואי לר"י הפקיעו וכו' ואין ראי' ואז הלכה כר"י. א"כ שוב הפקיעו לגמרי דהפקר ב"ד ואינה מקודשת. ולכך י"ל דוקא בקידש במעות כ' הטור משום דרשאי להשתמש להפ' הנ"ל אבל לא בהחפץ כנ"ל. והרמב"ם פ"ו מה' מעילה פ' קנה בה חפץ ולא משך מישראל לא מעל ע"ש. ולמ"ש מיושב אף דקי"ל

כר"י מ"מ ע"כ לרבא משום דהפקיעו לגמרי הדאוריי' ושפיר לא מעל כנ"ל. וממילא בקדושין ג"כ כנ"ל:

עוד י"ל דהרמב"ם כ' בבלן דמעל שנהנה שיכול לרחוץ ע"ש. וא"כ בקנה חפץ כיון שחכמים הפקיעו אינו נהנה דהא עכ"פ אין לו החפץ כיון שבטלו הקנין כמו אה"נ דרבנן דאינה מקודשת כנ"ל. אך י"ל דהקנין לענין מי שפרע חשוב הנאה ש"פ. וא"כ כיון דקי"ל דדוקא כשבדבר שפגם נהנה מועל ע"ש (ה"א). א"כ בשלמא לסברא הנ"ל דמה דקאי במש"פ הוא משום דמה"ת מעות קונה א"כ אף אחר התקנה מ"מ במה שהקנה המעות ויצא מרשותו מה"ת עי"ז נהנה דקאי במש"פ והוי כדבר שפגם נהנה ומעל. משא"כ לסברא דר"ל דאף אי איזו קונה מה"ת קאי במש"פ דאיכא מעשה שוב ההנאה דמש"פ אינו ע"י שיצא מרשותו מה"ת ולא הוי במה שפגם נהנה ולא מעל כנ"ל. ולכך לא קשה למסקנא לר"י מהברייתא וגם לרבא כן. ויש לדחות:

גם י"ל דהרמב"ם סבר כמ"ש רמ"א (סי' ר"ט) דבפסיק' באסור רבית א"צ לקבל מי שפרע. כן י"ל בהקדש דע"י שיהי' במי שפרע יהי' איסור מעילה אין כאן מש"פ כלל ושוב לא מעל וממילא לא יצא לחולין ואין כאן קנין מעות כלל דקי"ל כר"י פ"ב דקדושין דמזיד אינו מתחלל ולא קדש ע"ש. משא"כ היכא דאיכא מש"פ לא הפקיעו לגמרי וממילא בקדושין מקודשת. וראי' לזה דהרמב"ם פ"ט מה' תרומות פ' דכהן שמכר פרה ולקח מעות ול"מ אסור להאכילה כ' תרומה כיון דד"ת מעות קונה ע"ש דסבר דלא הפקיעו הד"ת ולמה במעילה כנ"ל. וע"כ החילוק כנ"ל. דשם דצריך לקבל מש"פ לא הפקיעו כנ"ל. וממילא אם קדש מוכר במעות ולוקח בחפץ מקודשת. אך מ"מ הוי רק ספק קדושין שריטב"א הובא בשיטה כ' ד' רש"י ז"ל על הכסף אם קידש בהן ע"ש וחולק דכיון דהפקיעו כו' למאן דס"ל דאין לו רשות להוציאן ע"ש. אבל רמב"ן ע"ז ס"ג כ' דפירכא דוהא מיחסרא משיכה לר"ל דלר"י כיון דמה"ת מעות קני חל איסור אתנן ודלא כתוס'. וא"כ בקדש לוקח בחפץ ג"כ ספק דלרמב"ן מה"ת מקודשת. אך אפשר דעכ"פ אינו ברשותו מיקרי וא"י להקנות כדפ"ק דפסחים אה"נ דרבנן לאו ברשותי' כו' וכ"ש כאן דא"י להוציא ממוכר ורק מש"פ וכ"כ בת' אלשיך סי' י' דא"י למכור כשאין לו רק ש"פ. מ"מ צ"ע לענין קדושין דאפשר כל כמה דלא הדר בי' שלו מה"ת וחשוב ברשותו גם כן. ואפשר אפילו הדר בי' אח"כ לא אמרינן הוכיח סופו כו' ומ"מ אז הי' ברשותו. ובפרט לרש"י ובעה"מ לא הי' התקנה לבטל הקנין רק מחזרה ואילך ומ"מ דוקא בהודיע' ובלא חזר בו אפשר אף בלא הודיעה. והיינו כשהקנה לה בק"ס וכה"ג. אבל אם לקח החפץ שלא מדעת המוכר דברשותו מ"מ ג"כ ספק דלתוס' פקע מקודם ואינו שלו אף

שאינו חוזר אח"כ אך לא גרע מנתיאש אח"כ ע"ש סי' כ"ח וי"ל לכך א"י לא מהני, ואם מוכר קידש בהחפץ י"ל דהוי ודאי דהא במה שנתנו לקדושין חזר מהמקח. ואחר החזרה משמע מהפ' דכבר פקע הקנין אף שעדיין לא קיבל מש"פ. והמוכר שקידש בהמעות לרוב הפ' ודאי דעכ"פ לוה עלייהו מ"מ יש חולקין דאין רשות להוציאן קודם משיכה. ואם קידש לוקח בכסף שביד המוכר והקנה באגב וכה"ג כשכבר הוציאן לא מהני רק כשלא הוציא והן בעין נהי דיש רשות מ"מ הא חזר בו הלוקח כשקידש בהמעות ומשעת חזרה המעות שלו ונעשה פקדון אף קודם שקיבל מש"פ. מ"מ אפשר כיון שבא בב"א החזרה והקדושין ומה"ת המעות דמוכר לא הוי קדושי ודאי כנ"ל. וכשמשך החפץ ולא נתן מעות לא מצינו. ומשמע דכשקידש לוקח הוי קדושי ודאי ועדיף ממעמ"ג. כיון שכבר שלו קודם קדושין מטעם הפקר ב"ד והוא ברשותו דאין סברא כלל לחקור בקדושין אם שלו ע"י קנין דאורייתא או דרבנן וכן באתרוג ומצה אין מדקדקים ליתן דוקא המעות קודם יו"ט. דע"כ לא מספקא להפ' אלא כעין קנין כסף שהקנין תלוי ועומד וכשחוזר צריך לקבל מש"פ. או היכא שבא בב"א כמו מעמ"ג בקדושין דמה"ת לא נתן לה. משא"כ במה שתקנה קבוע וזכה כבר כמשיכה זכה מה"ת דהפקר ב"ד כו'. מ"מ אפשר באינו מוכר מפני רעתה כיון דאי עייל ונפיק אזוזי לא קני (סי' ק"צ) חשוב ג"כ שתלוי' ועומד ולא נגמר לגמרי לענין שמה"ת של המוכר כל שלא נתן דמיו אף דלא עייל ויש לדחות. גם אפשר כיון דמתנה קני מה"ת משיכה רק משום שיש קנין כסף המורה יותר כו' וכיון שהפקיעו חכמים שוב משיכה אפשר דקני מה"ת דמורה יותר וכאלו אין קנין כסף. ויש לדחות דשם אינו מחוסר משא"כ בזה:

גם י"ל כיון דכ' שטרא אדמי' היינו כסף וכן נתחייב בק"ס וכה"ג כמ"ש ש"ך סי' ק"ל. ממילא כיון שתקנו ח' דמשיכה קונה ומחויב המעות שוב י"ל דחשוב כסף וקני מה"ת דעכ"פ חייב לשלם כנ"ל. ויש לדחות. וביבמות צ' דפריך והא מדאורייתא תשלומין ואי אזיל כהן ומקדש בהו כו' ואמרו רבנן אין תשלומין ושרינן א"א כו' משמע דהיכא דאמרו רבנן סתם גם נענין קדושין כן כנ"ל. רק דשם לא שייך הפקר ב"ד כו' קשיא לי' כמ"ש תוס' משא"כ בכל מקום:

(ד) **חכמים תקנו** כו'. תוס' כ' ב' טעמים דחייב על המעות באחריות או דהוי כשולחני. או דלא הפקיעו הקנין שיש למוכר מה"ת במעות ורשאי להוציאן משא"כ לר"ל וכ"כ הרא"ש. ולטעם הגאון וריי"ף ז"ל (ב"מ מ"ט) משום מש"פ קשה דגם לר"ל קאי במש"פ ולמה לא מעל. אך הרמב"ם (פ"ו מה' מעילה) פ' באמת דאינו מועל משום היתר תשמיש

ע"ש בכ"מ שכ' שלמדו מכאן אולם תמה ע"ש ויש פ' דאין רשאי להוציא המעות וכתי' א' (ב"מ מ"ג) משום דכספים אין להם שמירה כו':

והנה קשה דבשלמא מה"ת כיון דזה נותן המעות וקונה החפץ שפיר מקנה לו המעות דהא נותנו בעד החפץ. משא"כ כיון דתקנו שאינו קונה בכסף א"כ ממילא לא קנה מה"ת המעות דנתנו בעד קנין החפץ ולא קנאו עדיין. א"כ מה שייך טעם תוס' שלא הפקיע כח המוכר שמה"ת הא ממילא לא הקנה לו המעות כל שלא קנה החפץ. וא"כ הוי המעות פקדון עד שיקנה במשיכה וא"כ שוב אין כאן כלל קנין כסף מה"ת דאטו אם פירש שיהי' פקדון בידו עד זמן ודאי דלא חשוב כסף לקנות דברשותי' דמרי' איתא. וא"כ אחר התקנה למה מקבל מש"פ משום דמה"ת קני. הא לא קני מה"ת, כלל. וכן לענין קדושין. אך י"ל מה"ט גופי' מקנה המעות מיד כדי דליקי מוכר במש"פ אם יחזור דהא רצונו לקנות החפץ. וכמו מוכר מפני רעתה דאף דעייל ונפיק אזוזי אמרינן שרוצה שיגמר מיד. כן הקונה שרוצה לקנות ואם לא יקנה לו ויהי' פקדון לא ליקי במש"פ כנ"ל:

וי"ל דמה"ט כ' הגאון דמשום דקאי במש"פ והיינו לר"י דמש"פ רק משום דמה"ת קני. אבל לר"ל דמשום מעשה ולא משום דקונה מה"ת א"כ שפיר אין רשאי להוציא דגם אם א"י להוציא יהי' במש"פ ושוב לא הקנה לו המעו' עד שיקנה. ולהפ' דא"י להוציא א"כ הוי כפקדון צ"ל דמ"מ קאי במש"פ אף דעכשיו לא קנה מה"ת ג"כ מ"מ בלא התקנה הי' מהני מה"ת. ודוחק. וגם לטעם הנ"ל קשה מנ"ל שרוצה ליקח כדי דליקי במש"פ שמא רוצה שגם הוא יוכל לחזור בלי מש"פ עד שיקנה לגמרי. וכמו בע"מ שתכתבו השטר ע"ש בר"ן (קדושין כ"ז). וכן במקום שכ' שטר דלא ס"ד עד שיכתוב בקרקע דקני לגמרי משום שרוצה בקנין טוב לגמרי ע"ש פ"ק דקדושין (דף כ"ו) וכ"ש בזה שנותן בעד קנין לגמרי לא בעד קנין דמש"פ. ואף דלר"ש דמי שהכסף בידו יעה"ע ג"כ כן. היינו משום דלעולי כן הוי כפירש שנותן ע"ש כן משא"כ בהנ"ל. וא"ל דמ"מ מקנה הכסף על אחר שימשוך והוי כמקנה לאחר ל' דחשוב ג"כ נתינת מעות לקנות החפץ מיד ע"י כן. ז"א דהר"ן פ"ב דקדושין כ' במקדש לאחר ל' דמהני נתאכלו רק משום דאם הוא חוזר א"צ להחזיר המעות דאם הי' צריכה להחזיר לא הי' קנין כלל בנתאכלו. וכאן דשניהם מצי הדרי ומחויב להחזיר לא חשוב קנין במעות כלל מקודם וכ"ש אם יוציאם דלא יקנה. ואיך יהי' רשאי להוציא משום שקנה הא יהי' נתאכלו כנ"ל ולא קני כלל. ולמ"ש בחי' לגמרא בעז"ה דנותן המעות בעד הסלוק שמסתלק המוכר א"ש דבידו למשוך ונסתלק רק מה"ת קונה ע"י סילוק זה ותקנו דלא קני עד שימשוך אבל מ"מ נסתלק וקני המעות מ"מ יש לדחות כיון דאינו מסתלק עד שיקנה ע"ש:

וי"ל דכיון דנותן סתם מקנה המעות מעכשיו ע"ח אם יקנה אח"כ לגמרי במשיכה יהי' שלו למפרע המעות. ומ"מ חייב באונסין על המעות אם הוציאן וחוזר א' אח"כ דנעשה שולח יד למפרע אף שהי' ברשות כמ"ש הרא"ש פ' לולב הגזול במתנה עמ"ל ונאנס דכשאינו מחזיר בטל התנאי ונעשה שולח יד למפרע אף שברשות. ומ"מ רשאי להוציאן אף שאין התנאי בידו כמעמ"ל דאם לוקח חוזר ג"כ בטל. מ"מ כיון דאסור לחזור ובמש"פ קאי א"צ ליחוש שמא יחזור. וממילא כיון דרשאי להוציא. שוב הוי כשולחני דהא יודע שרשאי להוציא ושוב הוי לוה מיד אף דלא הוציא. ואף דבטל למפרע מ"מ הנתינה לשם הלואה לא בטל. מ"מ אינו במשמע לשון התוס' וגם בגמ' ע"ז (ס"ג) גבי אתנן משמע דאף שנתן לה קודם כל שלא פירש מעכשיו אין מקנה עד שיבא עלי' וכן בקנין כנ"ל. וצ"ל כיון שהדין כן שמה"ת קני החפץ וממילא קנה המעות וחכמים לא הפקיעו קנינו במעות רק בחפץ ממילא מקנה לו המעות מיד ע"ד כן לגמרי מעכשיו רק כשיתבטל הקנין יהי' חיוב על המוכר להחזיר ולא שיתבטל קנינו במעות למפרע רק קנין לזמן במעות אם לא יתבטל לגמרי שלו ואם יתבטל קנין לזמן עד שיתבטל והוי כהלואה לא כלוקח ל' יום שרק ש"ח:

(ה) **שדרכו להגבי**'. משמע אף שנתן מעות לא קני משיכה אחר כך בד' שדרכו להגבי'. ואע"ג דמ"מ לא שייך נשרפו כו' כיון שמשכו ושוב יקנה במעות לדעת רמ"א ס' ה'. דז"א דדוקא כשבשעת נתינת המעות ל"ש נשרפו קונה דלא תקנו. משא"כ בזה שנתן המעות קודם ולא קני דהי' שייך החשש. שוב אינו קונה אח"כ אף שנסתלק החשש. אולם להפ' דאין רשאי להשתמש עד שימשוך א"כ נעשה המעות שלו כשמושכו ושפיר יקנה אז במעות דבא קנין המעות בשעה שאין חשש נשרפו כו' אך אז דאמר משוך או בפניו שוב גלי דעתי' דבמשיכה ניחא לי' כו'. עוד י"ל:

סעיף ב

(ו) **הגבהה י"א דצריך ג"ט וי"א דסגי בטפח**. נראה דדוקא במוגב' מכחו דהוא מצד קנין הגבהה. אבל כשמגביהה בידו ממש דלא גרע מחצירו מהני לכ"ע פחות מג'. שוב ראיתי מפורש כן בהרא"ש עירובין פ' חלון ותימה שסתם בש"ע לכאורה אפשר דדוקא בדבר שדרכו בהגבהה לא מהני פחות מג' דמשיכה לא קני אבל במה שאין דרכו דקונה משיכה י"ל דמה שהוגבה פחות מג' עכ"פ משיכה חשוב דהא משכו ממקום שהי' מונח. אך מסתימת ש"ע משמע דלא קני אף כנ"ל דגם משיכה לא חשוב דפחות מג' כלבוד וכעדיין מונח בקרקע שהי' מונח וכן משמע בתוס' (שם). ועוד דגלי דעתי' דבהגבהה ניחא לי' דליקני לא במשיכ'. ובהגבי' לידו ממש פחות מג' אפשר דלא אמרינן גלי כו' דהוי' רק

כשלא בכוונה דידו כחצירו דקני שלא מדעתו משא"כ הוגבה מכחו. ויש לדחות. דגלי חשוב כאינו רוצה וברשב"ם ב"ב פ"ו כ' דבידו פחות מג' נהי דלאו הגבהה אבל משיכה הוי:

לכאורה למ"ש הה"מ גבי תקנת נגזל בבעי' דלא אפשיטא דכיון שהוא תקנ"ח כל שאינו ודאי שתקנו לא מהני תפיסה דנשאר הד"ת ע"ש. א"כ בכל הני שכ' ב' דעות אם נתן מעות לא מהני תפיסת המוכר דנשאר הד"ת דמעות קונה וכן אם לא נתן מעות לא מהני מה שלוקח מוחזק. אולם לא דמי כלל דשם לא שייך הפקר ב"ד כו' דרק חיוב על הגזלן וכל שאינו ודאי לא חל חיוב משא"כ בקנין אם קנה שלו הוא והוי ככל ספק דלא מצינו חילוק בספק בין קנין דרבנן לתורה גם חילוק דשם הספק אם תקנו בזה. משא"כ בהך שהספק אינו בתקנה רק במעשה שעשה. ולטעם זה בב' דעות שבס' ה' הי' קונה דשם הס' בתקנה ולטעם א' גם שם לא שייך:

סעיף ד

(ז) **דבר שאין דרכו להגביה אי הגביה קנה.** זה כ' תוס' ורא"ש ב"ב פ"ו דמשמע כן דמיקרי מגרר ויוצא בדבר שאין דרכו להגבי' ומ"מ תני רישא דכבר נתחייב בהגבהה כו'. לכאורה דלא הוכיח מב"מ ט' דאמר א"מ הגבי' ארנקי בשבת שאין דרכן של ב"א להגבי'. דשם גם משיכה אין דרכו משא"כ בדרכו במשיכה י"ל דהגבהה שאין דרכו לא מהני שאינו מורה על קנין כמו מסירה במקום שיש משיכה. וא"כ גם משם אין ראי' דברשות בעלים שאין משיכה קונה שפיר קני הגבהה אף שאין דרכו. משא"כ בסימטא דיש משיכה ודרכו י"ל דלא קני הגבהה שאין דרכו כמו שקונה מסירה בר"ה משום דברשות זה אין משיכה אף שיכול למשכו לרשותו כן בהגבהה ברשות בעלי' כהאי דגנב שם כנ"ל. אך י"ל דס"ל דאין חילוק אם הגבהה שאין דרכו לא הי' קונה וממילא לא קני אף במקום דאין משיכה קונה. ומהא דהגבי' בשבת אין ראי' דשם הדבר מצד עצמו דרכו בהגבהה רק מצד האדם ושבת וכדמחלק שם בין בעיר ושדה שאין חילוק לענין קנין הגבהה כנ"ל:

סעיף ה

(ח) **ולמה תקנו כו' יתמהמה המוכר ולא יציל** כו'. ש"ך ס"ק ד' הביא מסמ"ע ישן שפי' דברי עצמו ושיבחו ע"ש. ולכאורה אין שום טעם לדבריו מה לו לדוחק הזה שאין כוונתו על שהמוכר יחזור דב' לריעותא מה בכך אם הי' קושייתו גם על המוכר גם מה חילוק בין א' לב' ריעותות. ועוד דאדרבה על חזרת לוקח לא קשה דאטו תקנתא לרשיעי נעביד כשיחזור ויקבל מש"פ. ותוס' (ב"מ מ"ז) כ' רק בשביל שאין מהוגנים היינו דהתקנה לטובת הלוקח שהוא הגון מחשש המוכר שלא יהי' הגון אבל לא שנחוש לטובת החוזר ומקבל מש"פ. ולע"ד לפרש דבריו דלמה לא הביא סמ"ע שהוא קושית תוס' (שם מ"ג).

רק דבאמת תוס' לא הקשו רק על קודם חזרה. ולכאורה הקושיא על אותו דליקה גופ' כשתפול דליקה מה תועלת כמו דאי הי' מעות קונה יש חשש שלא יציל החפץ כן אי לא קני לא יציל המעות. אך אי אחר ההפסד ג"כ צריך לוקח לקבל מש"פ א"כ ע"כ יציל החפץ שמא יחזור הלוקח ויקבל מש"פ. והמעות יציל שמא לא יחזור. ואי משום שהוא יחזור בו ויקבל מש"פ. והא כמו כשיש חלק למוכר לא חיישינין דיציל בשביל חלקו כן יציל כדי שלא יצטרך לקבל מש"פ. רק דאי כשמפסיד לגמרי א"צ לקבל מש"פ כר"ת ז"ל. קשה שפיר דאי אינו קונה לא יציל המעות שהוא פקדון ואי הדין דפקדון הוא גם הוא לא יצטרך לקבל מש"פ כשיאבד המעות דמפסיד לגמרי. וע"ז תירצו שפיר דרשאי להשתמש והמעות שלו וחייב. וע"כ יציל. ואי דכשיראה דליקה יחזור בו ויהי' פקדון. ז"א דקודם דליקה צריך לקבל מש"פ א"כ יציל כדי שלא יקבל מ"ש ואי לחוש שכשיחזור הלוקח ויקבל מש"פ נעשה פקדון ולא יציל. למה נעביד תקנתא לרשיעי כנ"ל. וכן שיהי' הקושיא על שכמו שחוששין על דליקה מחפץ כן חשש על המעות שייך ג"כ כנ"ל דחייב באחריות ואי בחוזר קודם שייך כנ"ל. רק הסמ"ע הקשה לרש"י ז"ל דפי' כשיראה לוקח דליקה באה יחזור בו וסבר דאין צריך לקבל מש"פ כיון דירא מהפסד. א"כ קשה מה תועלת בדליקה זו עצמו כשהלוקח יחזור בו והוא הגון שחוזר בשביל הדליקה בלי מש"פ. מ"מ אחר שחוזר שוב לא יציל מוכר המעות דאחר החזרה נעשה פקדון ופטור ומה תועלת בתקנה והוצרך לתרץ דמעות קל להציל דלא סגי בתי' תוס' לרש"י ז"ל דלטעמייהו תירצו שפיר משא"כ לרש"י ע"כ כנ"ל. וזה שישב סמ"ע ד' עצמו שאין כוונתו על חזרת מוכר דב' לריעותא היינו אם צריך למש"פ לא עביד ויציל כדי שלא יצטרך לקבל מש"פ רק כנ"ל כשיחזור הלוקח. והוצרך לכך דאל"כ הוא נכלל בק' תוס' ותירוצם כנ"ל:

(ט) **אם הי' ביתו כו' מושכר כו' וכן השוכר מקום שאותן המטלטלין** כו'. הוא לשון הרמב"ם ז"ל ותמוה כמ"ש הה"מ דמה ענין זה לזה וגם מ"ש שהרי ברשותו ועיין ב"י וסמ"ע וש"ך. ולע"ד שהפי' הפשוט כמ"ש הה"מ דחשוב כחצירו וכמ"ש הלח"מ שהי' לו הגירסא בגמ' אי נמי דטרח ומציל וכמ"ש רש"י ע"ש. ומה שהקשו הש"ך וש"פ דגם בלא מעות יקנה. לק"מ דהא הרמב"ם פ"ו מה' שכירות בזבל פסק דחצר המושכר קני מציאה והפקר למשכיר כיון שגוף שלו וראב"ד חולק ודייק משוכר את מקומו ע"ש. והנה בסימטא וחצר של שניהם דמשיכה קונה והיינו משום דכל א' יש לו רשות וכשחפצו מונח שם נעשה רשותו קני משיכה דחשוב כמשכו לרשותו דכשנעשה שלו הוא ברשותו. ומ"מ לא אמרינן שיקנה בדבור לבד כמו ברשות הלה כו' דנימא ג"כ קנין

וחצירו באין כא' כיון שאם יקנה חשוב ברשותו דמאין יתחיל הקנין. כשעושה מעשה משיכה חשוב דמורה שהוא שלו דמשכו לרשותו אף שעי"ז הוא שנעשה ברשותו משא"כ בלא מעשה המורה כנ"ל. וכן גטין פ' הזורק גבי תיחוד ותפתח כ' הרא"ש דלא קנתה בנעל לחוד דגם קודם היתה רגילה לנעול ואינו מורה כלל שנעשה שלה דכל קנין צריך להיות מורה המעשה שנעשה שלו ע"ש. וא"כ נהי דבהפקר סבר הרמב"ם דקני למשכיר משום דלקנות מציאה לא שכרו וכיון שהגוף שלו חשוב חצירו לקנות אבל לענין כשמקנה השוכר החפץ להמשכיר א"א שיקנה בדבור לבד דאף דהא מקנה לו ומסלק עצמו ושוב יהי' חשוב חצר דמשכיר שמקנה לו. דז"א כיון דלענין רשות להניח חפציו לזה שכרו השוכר א"כ במה מורה שנעשה שלו הוא מה שמונח שם הי' ראוי גם כשהי' החפץ דשוכר וכמו בסימטא הנ"ל. אמנם כשנתן כסף דמה"ת קני רק ח' הפקיעו כשאין משיכה בזה שפיר למה יפקיעו הא מה"ת דקני במעות שוב יש משיכה ג"כ דכיון דקני ממילא הוי חצירו. וכיון דקנין הכסף מורה דנעשה שלו ממילא מונח בחצר המשכיר. וכה"ג דאם יקנ' המעות יהי' ממילא משיכה גם כן לא הפקיעו כלל שע"י ההפקעה לא יהי' משיכה ולא הפקיעו ושפיר כתב שהרי מונח ברשותו כנ"ל:

ועוד כיון דהיכא דאין מה למשוך לכ"ע מעות קונה אף לר"ל בבלן וכה"ג. רק היכא דמיחסרא משיכה הוי כיש קנין החשוב יותר דשוב אין נתינת המעות מורה כנ"ל וכדבר שדרכו בהגבהה וא"כ בחצר כנ"ל דאי מעות קונה שוב מונח ברשותו א"כ לא מיחסרא משיכה ושפיר קונה. דחכמים לא תקנו יותר מאם לא הי' קנין כנ"ל ומ"מ לר"ל אפשר דלא חשוב נתינת מעות מעשה המורה על קנין היכא דאפשר למשוך משא"כ לר"י כנ"ל:

ועוד דהא כבר כתבנו דמעות הוי שהמוכר מסתלק כשמקבל דמיו וכדאמר פ' ח"ה דכותי מכי מטי לידי' אסתלק לי'. רק שם הדין דהוי הפקר ובישראל מה"ת ע"י סילוק זה שמסתלק עבור נתינת דמים של זה עי"ז עצמו קונה לוקח. ומדרבנן הפקיעו קנינו כנ"ל. ומ"מ לא הוי הפקר דשוב אינו מסתלק כיון דאם יסתלק יהי' הפקר ויצטרך להחזיר הדמים דישראל הוא כנ"ל. וא"כ כיון דבהפקר שפיר קני חצר המושכר למשכיר לרמב"ם ז"ל שוב שפיר מעות קונה דהא מסתלק דעל הסילוק לא תקנו וכאן אי מסתלק ממילא זוכה הלוקח שהוא המשכיר דשוב הוי חצירו ושפיר מעות קינה ולר"ל לא מהני כנ"ל דלא חשוב סילוק כלל ג"כ ודוקא בכותי בקרקע דכסף קונה כו' משא"כ למאי דקי"ל כר"י כנ"ל. ומיושב מ"ש אח"כ וכן השוכר מקומו כו' דאף דזה להיפוך איך יקנה השוכר הא חצירו דמשכיר הוא כקושית הראב"ד. רק דבזה להיפוך דכיון דלענין זה שכרו להניח שם חפצו. א"כ לענין זה הוי שפיר חצירו נגד המשכיר דאדרבא המשכיר מסתלק וזה שוכרו

לכך חשוב חצירו אף בלי נתינת מעות דמעשה זו ששוכר מקומו הוי משיכה דמורה שנעשה שלו ומונח שוב ברשותו. ושפיר ב' הדינים שייכים כמו דין א' דנתינת המעות מורה דנעשה שלו ומונח שוב ברשותו כן בשוכר מקומו שוב להיפוך מורה דנעשה של שוכר וקני כנ"ל וא"ש:

עוד נראה דברישא אף באינו משתמר לדעת המשכיר וא"ע בצ"ח ג"כ מהני דצריך רק להיות משתמר נגד המקנה כמש תוס' פ"ק דב"מ. וכיון שנתן מעות ואיכא מש"פ שפיר חשוב משתמר החפץ נגד המקנה דאין לו רשות ליקחנו ושוב קני לגמרי חצירו כנ"ל. ועדיף מהא דאמר בגמ' ב"מ ק"ב ביצא לו שם מציאה כו' דמיבדל בדילי אינשי מיני' הוי' לי' כחצר המשתמרת ע"ש. כן בזה נגד המקנה ליחשב משתמר נגדו כיון שנתן מעות בדיל משים מש"פ והוי משתמר נגדו לדעת הקינה כנ"ל. ובזה מיושב שפיר מ"ש הרמב"ם וכן השוכר מקים כו' דתמוה מה וכן כנ"ל. ועוד שלא התנה הרמב"ם כלל שיהי' חצר המשתמר או עב"ח כמ"ש בה' זכי'. ובש"ע התנה באמת כן אבל ברמב"ם ליתא וההי"מ כ' שדוקא חצר המשתמר ע"ש. ותימה על הרמב"ם שסתם כו'. ולמ"ש א"ש דהך וכן קאי ג"כ אנתן מעות ושכר את מקומו לא צריך כלל משתמרת לדעתו דמשים קנין המעות חשוב משתמרת כנ' וא"ש וכן כנ"ל דג"כ מטעם צירוף המעות כנ"ל. וצ"ע לדינא דמשמע מההי"מ והש"ע דגם בנתן מעות לא מהני עד שיהי' חצר המשתמרת. ולע"ד פשט לשון הרמב"ם מורה דלא בעי כנ"ל בנתן המעות חדא מטעם הנ"ל דבדיל חשוב כמשתמר דאף דלכאורה בכל דעת אחרת מקנה אם יקנה יהי' חשוב משתמר נגד המקנה דבאמת זה טעם הפוס' דבדא"מ לא בעי משתמר לדעתו. אבל לרמב"ם לא מהני דהיך יתחיל הקנין וכיון שבלא קנין זה אינו משתמר לא מהני. משא"כ כשבלא קנין זה כבר משתמר נגד המוכר משום מש"פ ע"י מעות שנתן שפיר כנ"ל. וצ"ל דס"ל להה"מ וש"ע דכשבידו לחזור ולקבל מש"פ ג"כ לא חשוב משתמר או דשוב צריך לומר תזכה לי חצרי כיון דאינו משתמר רק משום בדיל כדאמר ב"מ שם ק"ב גבי, יצא לו שם ואפשר דמודים באמר כנ"ל:

עוד נלע"ד דמיושבים ד' רמב"ם ז"ל גם לגירסא דילן בגמ' כגון שהי' עליתו מושכרת כו' דאי נפלה דליק' טרח ומציל כו'. דהא בכליו דלוקח ברשות מוכר מבואר בגמ' דאף אי לא קני מ"מ גבי בעלה מוכר קלתות והיכא שקנה הכלי מהמוכר והגבי' והניחה קני לי' כליו ברשות המוכר כמ"ש לקמן בש"ע סי' ר' ס"ד. וכ' הרי"ן מגאש ב"ב פ"ה ע"ב דטעמא כיון דזבין מיני' הכלי כו' וכמו שהשאילו מקומו דמי וה"ל כליו ברשות לוקח. ודוקא היכא דאגבי' והדר אנחי' כו' אבל אי לא אגבי' כו' וה"ל כמקח עצמו כו'. וא"ת א"ה

נמי לימא כיון דזבני' מיני' לא קפיד כו' וכמאן דאשאיל מקומו דמי וה"ל כמאי דאיתא ברשותא דלוקח דא"צ מידי כדתניא ברשות הלה כו' כיון שקיבל עליו כו' כי אמרינן היכא דקניא מקמי דלישבקי ברשותא דמוכר כו' אבל בלא"ה אכתי כליו דמוכר הוא דהא לא קני לי' מקמי הכי כי היכי דלשיילי' האי מקום דמנח בי' ע"ש. וא"כ הרמב"ם ז"ל דייק שפיר מה דמשני שעלייתו דלוקח מושכרת למוכר כו' דטרח ומציל ולמה להגמרא שהי' עלייתו כו' דמשמע מקום שהפירות מונחים ולא כשדר שם הלוקח וכמו שבאמת הדין להחולקים כי"א שכתב רמ"א או להיפוך כמו שכתב הרא"ש דג"כ יוכל להציל. וע"כ שלא חילקו חכמים בין יכול לוקח להציל או לא כמ"ש ב"י דלא נתנו ד' לשיעורין וא"כ למה מהני עלייתו מושכרת כנ"ל. ולכך מפרש דהטעם דהא חצר המושכר גוף דמשכיר כמ"ש בזבל וא"כ בזה בודאי כשקנה הפירות הא משאיל לו המקום כמו שכ' רי"מ הנ"ל וא"כ שוב הוי לגמרי חצירו דמשכיר דהא אין לשוכר בו רק לשכירות וכיון דחוזר ומשאיל המקו' לגמרי דמשכיר הוא. וע"כ מטעם הנ"ל כיון דלא קני מקמי הכי לא משאיל לי' ואין אומרים שע"י הקנין יהי' שאול כנ"ל דאינו מתחיל הקנין כמ"ש לעיל רק בנתן מעות קודם שפיר לא הפקיעו חכמים כמ"ש כיון דאי יהי' מעות קונה כמו שמה"ת א"כ בלא קנין החצר קני ומשאיל לו והוי כמקמי הכי כנ"ל. דמה שעלייתו מושכר הוא כמו בכליו כנ"ל. ושפיר נשאר הד"ת דמעות קונה וממילא ברשותו ע"י החצר כנ"ל. רק דלכאורה מ"מ הא כיון דבטלו קנין כסף משום חשש דליקה. והא לפעמים בקנין משיכה או חצר שאינו משתמר לדעת לוקח כשעדיין מניחו שם שייך ג"כ נשרפו חטיך. רק דהא משיכה בלא מעות עדיין חייב לו המעות ויציל כמ"ש תוס' (דף מ"ו) בק"ס דאינו רוצה בדינא כו'. ואף דאם כבר נתן מעות א"כ יהי' גרע ולא יקנה גם במשיכה כה"ג שאינו משתמר לדעתו. אך ז"א כיון דתמיד קונה בלא מעות ודאי לא חילקו חכמים לגרוע כשנותן מעות כנ"ל. אבל במשיכה כזו דאי לאו קנין המעות שנתן לא הי' חשוב משיכה כלל דמושכר למוכר ולא משאיל לי' כשבא בב"א ולא קני ורק משום שנתן המעות וקני במעות הוי ממילא משיכה ג"כ א"כ שוב ראוי' להיות בטל מחשש נשרפו חטיך כו' כיון שכבר נתן המעות ומ"מ אינו משתמר לדעתו. ולא שייך שלא חלקו לגרוע. דאדרבא הא במעות לא חלקו וכאן המשיכה רק ע"י המעות כנ"ל. אך ע"ז אמר שפיר בגמ' הטעם דאי נפלה דליקה טרח ומציל דשלו הוא העלי'. ולא שייך כלל החשש רק משום דלא חילקו חכמים כשיכול להציל. ושוב קני שפיר ע"י המעות כיון דאי קני יש כאן משיכה דמשאיל מקומו וברשותו הוא ואדרבא קני המעות וממילא יש משיכה ולא חילקו. ולמה יפקיעו ושפיר צריך ב' הטעמים. ואף דאינו משתמר לדעת לוקח מ"מ אי מעות קונה כמו

שהדין מה"ת ודאי דהוי משתמר נגד המוכר וסגי במשתמר לדעת המוכר כיון דקני בלא החצר משום מעות. ושפיר כתב הרמב"ם אח"כ וכן השוכר המקום כנ"ל ג"כ בנתן מעות ושכר המקום מהני ג"כ אף שאינו משתמר לדעת לוקח דג"כ כיון דשכר המקום שוב קני המעות ולא הפקיעו ונשאר הד"ת כיון דאם יהי' הדין דמעות קונה לגמרי הוי משתמר נגד המוכר ומהני משתמר לדעתו. ושוב נשאר הד"ת דקני במעות וממילא יש משיכה. ואף דהמשיכה ע"י מעות מ"מ לא שייך נשרפו כו' דמושכר לו וטרח ומציל כו'. ולע"ד ברור. ובל"ז הא הכריע רמ"א (סי' ר') בדעת אחרת מקנה דא"צ משתמר לדעת לוקח וכאן ג"כ לדעת הי"א דרמ"א בלא שייך נשרפו קני. א"כ יש לפסוק כן דסגי במשתמר לדעת מוכר:

(**י**) **השוכר** כו' בא' מדרכי הקני' כו'. לכאורה למ"ש סימן קצ"ב סתם דצבר פירות לתוכה קני הקרקע ע"ש א"כ לכאורה יועיל כאן שכירות המקום דעי"ז הפירות שלו ומקרי צבר לתוכה דקני גם הקרקע רק משום דאינו מתחיל קנין וא"כ כשנתן מעות ושכר המקום א"כ אם קנין המעות מועיל כמו מה"ת ממילא קני גם השכירות קרקע בזה ויקנה המעות להנ"ל דיהי' משיכה. אך ז"א דנראה אף אי קני פירות בק"ס המועיל מ"מ כששוכר המקום לא קנה המקום בזה שפירותיו מונחים מאחר שלא עשה מעשה אח"כ המורה שמחזיק בקרקע ודוקא צבר אחר שקנה המקום לא במה שהי' מונח:

(**יא**) **קנה המטלטלין**. וכ' הש"ך דוקא שהשכיר החצר תחלה ואח"כ מטלטלי אבל בב"א לא. ולשון הרמב"ם וש"ע לא משמע כן כלל. וכן לשון שוכר את מקומו דב"ב. ומקומו מושכר דפ"ק דב"מ דמשמע שבזה לחוד ששוכר המקום קונה המטלטלין. דאם קנה החצר קודם נזכר בדין קניית חצירו. ולע"ד נראה דהא ד' ש"ך תמוהי' מהא דהזורק דגיטו וחצירו באין כא'. וכן פ"ב דגטין נתן בחצירו וכ' שטר מתנה עלי' קנאתו ומתגרשת בו. וע"כ לחלק בין גט דרק מצד נתינה שלו לחוד שפיר חשוב נתינ' מה שבא מידו לידה כמ"ש תוספ' ע"ש. משא"כ בקנין משיכה דצריך להיות המעשה מצד הלוקח המורה שמושכו לרשותו. ובזה שעושה חזקה או קנין בהקרקע אף דממילא בא החפץ לרשותו מ"מ הוא לא עשה מעשה המורה שקנאו כנ"ל שגם בלא קנין החפץ מ"מ נעשה הקרקע שלו ואין החזקה שבקרקע מורה על קנין המטלטלין הצבורי' בו. ונראה דבספינה ובע"ח וכה"ג שנקנין במסירה מודה הש"ך ז"ל דמהני כה"ג שבב"א דהוי כמו בגט דחשוב נתינה ממש מיד ליד מה שנותן השטר שעל הקרקע אי יחזיק בציויו הוי כאחזה כו' ק במידי דבעי משיכה שייך כנ"ל:

עוד י"ל דשם כיון דאי לאו השחרור אין יד לעבד רק משום גיטו וידו באין כא'. וכן בחצרה למאי דאמר משום גו"ח באין כא' א"כ כיון דאם לא תקנה הגט גם החצר לא תקנה לגמרי. א"כ שוב מורה קנין חזקה וכה"ג דחצר על קנין הגט שבתוכו ג"כ דתלוין זה בזה ועדיף מי' שדות כו' ומכתבו השטר כו' דאפסרא דארעא כו' (קדושין כ"ז) ולכך מהני. משא"כ בשאר חצר שבא בב"א עם קנין חפץ שבו ואף אי לא יקנה הטלטל קני החצר אין קנין החצר מורה על קונה החפץ כנ"ל לדעת הש"ך ז"ל. וא"כ זה דוקא בקונה או שוכר חצר סתם ועי"ז יקנה ממילא טלטל שבו בתורת חצר שייך כנ"ל אבל כאן דרק שוכר את מקום הפירות שקונה לא לשאר דבר שפיר מורה קנין שכירות של החצר על שקונה הפירות שבתוכו דאי לא יקנה הפירות אינו שוכר החצר כלל ולכך שפיר מהני שוכר את מקומו גם אם נודה לדין הש"ך ז"ל בסתם חצר והיינו דדייק בכל מקום בגמ' ורמב"ם וש"ע שוכר את מקומו היינו להפירות שקונה כנ"ל דבזה מהני לכ"ע כנ"ל:

עוד נראה דמשיכה זו דשוכר מקומו הוי כי' שדות בי' מדינות וכקנין אגב דמדמי לה פ"ק דקדושין דכשאינו עושה מעשה הקנין בגוף הדבר שקונה רק ממילא צריך דוקא שכבר נתן דמי כולן ע"ש וברש"י ז"ל. כן י"ל בהנ"ל שמחזיק בהקרקע וממילא נעשית המשיכה שבא הטלטל לרשותו וממילא בלא נתן דמיו לא קנה כמ"ש ש"ך ז"ל. משא"כ כאן דמיירי דנתן הדמים רק שמעות אינו קונה שפיר מהני שוכר המקום אף שבב"א. ומיושב הך וכן השוכר דקאי אדלעיל שנתן דמיו כנ"ל. ובל"ז דברי ש"ך אינן מוסכמים ופשטא דגמ' והפ' לא משמע כן דאף אי חשוב רק מסירה מ"מ מסירה כזאת קונה לכ"ע אף בשאר דברים שאפשר למשוך מ"מ כאן אם תקנה המסירה ממילא מונח ברשותו ויש משיכה שפיר אף שדרכו מהני. וגם לא גרע ממשכוכית (דסי' קצ"ז) שעי"ז נמשך העדר ממילא חשוב משיכה כל העדר דקונה וכן בזה ע"י חזקה דקרקע נמשך החפץ שבא לרשותו. וצ"ל דמ"מ כמו ד' שאפשר למשוך לא קני במסירה כיון דזה מורה יותר וכן דרכו להגביי לא מהני משיכה כן זה אף שממילא נמשך ובא לרשותו מ"מ כיון דאפשר למשוך החפץ גופי' שמורה יותר לא מהני משיכה כזו שממילא ע"י החזקה שבקרקע כנ"ל:

גם י"ל דהא מרש"י גטין (ע"ז) שפי' מטעם אגב משמע קצת כש"ך דלמה לא פי' מטעם חצר כהר"ן ז"ל רק משום דבב"א כנ"ל. אך מ"מ בשלמא בגט כיון שאינו מועיל בב"א א"א שיועיל אח"כ שממילא ברשותה דאין כאן נתינה כיון דרק מטעם גו"ח באין כא' משא"כ בממון גם להש"ך ז"ל דלא מהני בב"א מ"מ הא קני החצר לחוד שלא תלאן זב"ז. וא"כ מונח החפץ ברשותו ונקנה אחר כך דברשות הלה כו' נקנה בדבור. ומה בכך שלא הועיל בב"א יועיל אח"כ. וע"כ או דמיירי שנקנה ביחד דומיא דאגב דע"ז סובב תי' הש"ך

דבצבורין למ"ל אגב וע"כ כנ"ל. והוי קפידא דכשלא קנה ביחד אינו קונה אח"כ. או דצ"ל משוך וקני רק בפניו אצ"ל. ומה שאמר לו חזק וקני בהקרקע לא הוי כמשוך החפץ שבתוכו. וממילא אף שקני הקרקע מ"מ לענין לקנות ממילא החפץ שבתוכו מטעם שמונח ברשותו צ"ל משוך וקני. או בדבור שקיבל עליו אח"כ. דמה שקיבל עליו קודם שקנה הקרקע אינו מועיל דאז לא הי' מונח ברשותו כנ"ל. וזה טעם הש"ך ז"ל דלא מהני. אבל במשכירו בפירוש שיקנה הפירות שבתוכו נראה דמודה הש"ך ז"ל דמהני כאומר משוך וקני דאח"כ מונח ברשותו. ואף דאמר משוך נראה שאינו קפידא דמגרוע לחשוב לא אמרינן קפידא. ומה שבחצירו הוי כהגבהה דעדיף ממשיכה כנ"ל. שמונח לגמרי ברשותו ואינו מוכרח:

(**יב**) **והוא** שתהא חצר המשתמרת. קשה לדיעה הא' סי' ר"ב דצבורין אצ"ל אגב. א"כ אף חצר שאינ' משתמרת יקנה מטעם אגב כיון ששכר המקום שהפירות בתוכו. וצ"ל דאמר לי' משוך וקני ואי משתמר הוי משיכה משא"כ כשא"מ לא משך וקפידא שבאגב לא הקנה. או דפסקו דמים על המטלטלין ואחר כך שכר המקום. ואי משתמר הוי כמשכו בפניו דאצ"ל משוך וקני משא"כ מטעם אגב עכ"פ צ"ל שמקנה לו שניהם אז קני במה שמחזיק בקרקע. כיון דלא משכו לרשותו שאינו משומר כנ"ל. או דלדעת הש"ע סי' ר"ב ס"א לא מהני קרקע בשכירות ומטלטלין במכר או מתנה דהרי רמ"א ז"ל כ' שם לי"א דמשמע דמחבר לא ס"ל כן. ומה שתמה ש"ך ז"ל שם ס"ק ב' דמפורש בש"ס. לענ"ד לק"מ דכוונתו לענין דבצבורין לא יצטרך אמירת אגב. זה דוקא שהקרקע במכר. משא"כ בשכירות בגוף החצר דמשכיר. ולהרמב"ם ז"ל (פ"ו מה' שכירות) קני חצר המושכר למשכיר. וממילא לא מקרי צבורין ברשות השוכר רק שמונחים בקרקע ולא מהני לענין זה שיחשב צבורין לא יצטרך אמירת אגב וצריך אגב כמו באין צבורין. וע"ז כ' רמ"א י"א דגם בשכירות מהני צבורין בתוכה שא"צ אגב לדיעה זו. והיינו כהראב"ד גבי זבל. והכי דייק לשון רמ"א דאל"כ רק על גוף דין אגב אי מהני שכירות קרקע הי' לו לרמ"א לכתבו אחר סעיף ב' ע"ש לא להקדימו קודם הבד"א שכ' המחבר ס"ב דא"צ אמירת אגב ולכך לענ"ד ברור כנ"ל. וממילא כאן לא הי' מהני להמחבר בלא אמירת אגב בשוכר מקומו ומכ"ש להרמ"א דגם בצבורין בעינין אמירת אגב כנ"ל:

(**יג**) **לדעת השוכר**. הקשה ש"ך שהרב סתם כאן וסי' ר' הכריע כי"ח דמשתמר לדעת המוכר מהני והניח בצ"ע. וא"י מה קשה לו הא רמ"א כ' שם אם המוכר השכיר כו' ומעורבים כו' דפי' כמ"ש סמ"ע שאין הפסק לא קני. והיינו הך דהכא ששוכר מקום הפירות לא כל החצר. אולם הש"ך לטעמי' דהשיג שם על רמ"א אבל על רמ"א לא קשה.

גם השגתו שם לק"מ וד' רמ"א ברורים. דמ"ש הש"ך בשם הג"מ הוא במתנה דזכות והוא כר' אשי דבמתנה א"צ כלל משתמר וכן לשון הגמ' מתנה ובתוס' שם. משא"כ מכר שכ' רמ"א לעיל סי' קצ"ה ס' ג' דלא חשוב זכות. וממילא בעי משתמר רק דמשתמר לדעת מקנה מהני והיינו דר' פפא דד"א מקנה כו'. וכן דייק רמ"א בלשונו רק מכר שהתחיל וי"א דמכר או מתנה כו' וכ' אח"כ מיהו אם המוכר השכיר ושבק מתנה. דבמכר צריך משומר נגד המוכר וממילא מעורבין שאין הפסק דאינו משתמר נגדו לא מהני ושם בדר"ג אף אי ט"ה ממון מ"מ מתנה הוי משא"כ מכר. וכן מבואר להדיא בהג"מ שהתחיל אם מקנה כו' וסיים מיהו במתנה ע"ש:

עוד נראה לע"ד דכאן דמיירי בסתם שלא אמר משוך וקני. רק שפסקו דמים על הטלטל וזה שכר המקום ומחזיק בפניו או שאמר חזק וקני דאין שום הוכחה משניה' שמצוה למשוך החפץ רק דאי משתמר לדעת השוכר והוי חצירו ממילא מה שמחזיק בקרקע לשכירות והוי כמושך החפץ לרשותו ובפניו הוי כמשוך כו' משא"כ כשאינו שמור לדעתו דאינו חצירו רק אי ד"א מקנה כו' א"כ אין כאן כלל הוכח' שמקנ' החפץ שכל שלא מקנה לו לא משכו כלל לרשותו. ושפיר י"ל דלכ"ע צריך שמור לדעתו רק למ"ש לעיל מ"מ א"צ. אבל על רמ"א לא קשה ובל"ז ג"כ לא קשה דהא כ' רמ"א י"א דבל"ז קני דלא שייך נשרפו כו'. ויש לדחות:

(**יד**) **וי"א** כו' במקום דלא שייך דליקה כו'. זה ד' העיטור מ' קנין. ומירושלמי פ' הזהב ע"ש ר"ס בשם ריב"ל ב"נ דיהיב לחברי' י' דינרין אמ"ל אית לי גבך י' כורין מהדין בתא שרי מהדין כרמא אסור מה בין כרם לבית בית אינו מצוי לפול כרם כו' אמר ר"י את שמע מינה ב"נ דיהיב לחברי' י' דינרין א"ל במנת דתיקום לי בהון ק' גרבין מכיון ששלח ידו בהן חייב להעמיד לו מקחו ע"ש. ופי' העטור דכרם שמצוי דליקה אין מעות קונה דומיא דעלי' משא"כ בית כו' קונה ע"ש וכל הפוס' לא חילקו. ולע"ד לפי' תמוה לשון אסור ושרי קני או לא קני הול"ל דהא אף אי לא קני רק למש"פ גם כן מותר לפסוק ביש לו. גם הלשון מהדין ביתא כו' הול"ל אם הפירות בביתא קני. וכן מה דאמר אח"כ ש"מ כו' חייב להעמיד כו' הא הוא הוא. והמפרש רא"פ פי' שהלוהו על הבית או על הכרם ומהפך ומשבש הגרסא כרצונו ע"ש. והוא שקר ולא ראה העיטור והריטב"א ב"מ ובש"מ שכן בירושלמי מוגה כגי' העיטור. ולע"ד שהפי' לענין איסור רבית להמבואר סוף פ' א"נ גבי חמרי דמבחרי לי' כו' ופירש"י החילוק בין פוסק על הפירות שאין הקלקול מצוי משא"כ יין ע"ש ע"ג ע"ב. וכן פרדיסא לרב מחלק בין היזק שכיח ע"ש. וכן ע"ד ע"א מחוסר שלש אינו פוסק דהוי כאין לו כיון שאפשר שלא יהי' ע"ש דאסור לרב אף

ביש לו. וכן שם ס"ד גבי אי תקפה ברשותך כו' שכ' תוס' דקלקול חימוץ שכיח והי' קרוב לשכר דאסור ע"ש. וא"כ כיון דכ' רש"י (שם ס"ג) הטעם ביש לו דמותר משום דקונה לענין מש"פ. וזה שפיר כשקיימים הפירות אבל כשנאבדו והי' מחויב אחרים הי' אסור. דהא מה"ת דמעו' קונה שלו נאבדו ופטור לגמרי רק זה בקונה פירות אלו ודאי הדין כן דנאבדו א"צ רק לשלם מעותיו לא פירות אחרים אבל בפוסק על הפירות ויש לו ונאבדו דחייב ליתן פירות אחרים והא אותן לא קני כלל. ומשמע מדברי רמב"ם והפ' דגם בזה איכא מש"פ שקנה במעות החיוב ליתן לו הפירות כיון דהי' לו או הי' מצוי בשוק דבזה כ' הרמב"ם להדיא דאיכא מש"פ וביש לו הוי כמצוי לענין דאף שנאבדו חייב ליתן פירות כנ"ל. וא"כ בזה היכא דשכיח שיאבדו ודאי דהי' אסור כמו בתקפה ברשותך כיון דאם יאבדו יתן אחרים וכזולא דהשתא. ולכך מחלק מהדין ביתא מותר דל"ש שיפסד ויצטרך ליתן אחרים. ומהדין כרמא אסור דמצוי לשרוף ויצרך ליתן אחרים שלא קנה. ואמר ש"מ כל דשלח יד חייב להעמיד מקחו אף שנאבדו אותן שהי' לו אז כשנתן מעות. ומצאתי בשיטה מקובצת ב"מ מ"ז ע"ב שהביא סוף ד' ירושלמי הנ"ל ע"מ תיקום כו' חייב להעמיד לו מקחו פי' אע"פ שאין לו ואם אינו מעמיד מקבל מי שפרע כו'. ע"ש שסיים הרמב"ן והר"ן עכ"פ נראה שמפרשים רק למש"פ לא לקנין גמור כמ"ש העיטור. וא"כ לע"ד מ"ש הגהת דו"פ שקשה לסתור ירושלמי ופוסק מפורש בלי חולק. והרי רמב"ן ור"ן אין מפרשים כן וודאי דסתימת הפ' מורה דלא כבע"ה דאין חילוק בין מונח בבית או בעלי' הפירות לענין שיקנה במעות לחוד כנ"ל:

עוד י"ל לע"ד דגם קשה הלשין מכיון ששלח ידו בהן חייב להעמיד כו'. די"ל דסבר לענין מה שנסתפקו תוס' אי המוכר רשאי להשתמש במעות קודם שמשך זה החפץ ע"ש (דמ"ג). דהא מסברא נהי דנותן לו המעות שיקנה מיד אבל עכ"פ כיון שנותנו בעד החפץ הוי כתנאי דמעכשיו אם יקנה החפץ אח"כ. וא"כ כשחוזר בטל קנין המעות למפרע והי' פקדון. וא"כ למ"ש הרא"ש סוכה מ"א דבמתנה עמ"ל כשלא נתקיים התנאי למפרע הוי שולח יד בפקדון אף דהי' אז משתמש ברשות מ"מ כשבטל התנאי עשה גזלן למפרע ע"ש וא"כ י"ל דהא דמותר להשתמש אף דבתנאי לא מזדהר (נדרים ט"ו) מ"מ בע"מ להחזיר כיון שבידו והלה יתבענו ויהי' מחויב להחזיר לא אמרינן לא מזדהר ולא דמי לקונם כו'. וכאן במעות ג"כ לענין חזרה שלו בידו ובשב ואל תעשה גם בגט סי' קמ"ב מותרת לינשא ול"ח שתעבור ועל חזרת לוקח א"צ לחוש כיון דאסור לחזור דקאי במש"פ כו'. משא"כ לענין אונס ודליקה דפסקו רוב הפ' דא"צ לקבל מש"פ. שפיר י"ל דכשמונחים הפירות במקום דשכיח דליקה וכה"ג אסור להשתמש במעות שמא יאבד ולא יתקיים

התנאי והוי שולח יד וגזלן כנ"ל. דהא דאין חוששין שמא יבקע הנוד לרבנן דר"מ הוא רק משום לא שכיח כדאמר בש"ס (ערובין ל"ח). וא"כ י"ל הירושלמי כפשוטו לענין המעות ומהדין ביתא שרי דאינו מצוי הפסד ומהדין כרמא אסור להוציא המעות וממילא אם נתן לו רשות להוציא המעות הוי שוב הלואה ואסור משום רבית דמהדין ביתא כיון דמצד מקח רשאי להוציא ולהשתמש במעות ממילא הוי בתורת מקח דפוסק על הפירות ביש לו משא"כ מהדין כרמא דמצוי לשרוף ואסור מצד מקח להשתמש במעות כנ"ל. רק במאי שנותן רשות אף שלא יגמר המקח שוב הוי הלואה דאסור כיון דנותן כשער הזול. ושפיר אמר אח"כ ש"מ ב"נ דיהיב י' דינרין כו' מכיון ששלח בהן יד חייב להעמיד לו מקחו היינו חוץ מש"פ רק מדינא כיון שנתן לו המעות סתם על המקח א"כ דוקא כשלא שלח יד אין כאן רק מש"פ כשחוזר משא"כ כששלח בהן יד א"כ אם חוזר אח"כ עושה עצמו גזלן למפרע בביטול התנאי כמ"ש הרא"ש הנ"ל. וחייב מדינא להעמיד לו מקחו שלא יחזור בו וא"ש דנקיט לשון שליחות יד כנ"ל. ובקונה חפץ או פירות מיד לא שייך זה דב"כ וב"כ מותר להשתמש במעות ואין צריך לחוש שיאבד דהלה יכול למשוך מיד ולבקיעת הנוד ואבדה לזמן מיעוט אין חשש ושמא יניח זמן רב אין לחוש. משא"כ בפוסק על הפירות שהמכירה ע"ד ליקח לאחר זמן שייך כנ"ל. מ"מ לא מצינו בפוסקים שחילקו ומשמע דגם בפוסק מותר להוציא המעות. וי"ל הטעם כמ"ש לקמן דסתמא נותן רשות ומ"מ מותר דהוי כשולחני מותרין וחשוב אעפ"כ דרך מו"מ. עוד י"ל הירושלמי לענין איסור רבית כנ"ל:

עוד י"ל דסבר דאין רשאי להוציא המעות וא"כ יאמר על המעות נשרפו כקושית תוס' וע"כ החילוק רק דמעות קל להציל כחד תי' תוס' (ערובין פ"א ע"ב) ולא שכיח א"כ גם כשהפירות לא שכיח שישרפו לא שייך התקנה. משא"כ לדידן דמותר להוציא אין חילוק בין לא שכיח כנ"ל. עוד י"ל דלטעמי' שמפרש מקודם החשש שישקר ויאמר נשרפו כו' ע"ש. וא"כ גם במעות נהי דהיתר תשמיש ש"ש הוא דקי"ל כר"נ מ"מ הא ישקר ויאמר נאנסו ומה תועלת וע"כ משום דלא שכיח לא ישקר כמו דלא אמרינן מיגו דלא שכיח להרבה פ'. וא"כ גם כשהפירות לא שכיח דליקה לא שייך התקנה כנ"ל. משא"כ גמ' דילן דמפורש שאין הטעם שישקר נשרפו רק דלא טרח ומציל שפיר שייך התקנה אף דנ"ש שריפה מ"מ כשיארע לא יציל משא"כ מעות כנ"ל. עכ"פ אין ראי' מירושלמי ויפה כ' ב"י דלא אישתמיט שום פ' לחלק בין הפירות בעלי' או בבית כנ"ל:

ולכאורה קשה אמשנה דהזהב קונה כסף כו'. אך לא קשה כיון דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע א"כ שכיח בהו גניבה כמו דליקה בעלי' בפירות ומ"מ זהב שהוא החפץ

הנמכר אינו חייב בשמירתו כלל דהוי כטול את שלך כמ"ש בחי' לגמ'. אך כשמונחים בסימטא קשה הלא הלוקח יכול להציל כמו המוכר ול"ש התקנה. וצ"ל דלא חילקו דמ"מ הם יותר בשמירת המוכר שהי' מונח עד עתה בשמירתו. ודוחק. גם בפוסק על הפירות ביש לו דג"כ כיון שאינו מבורר אותן חטים שמכר לא שייך ג"כ נשרפו דיציל בשביל שלו. וצ"ל גם כן כיון דעכ"פ על אותן פירות שמכר שייך נשרפו לא מהני מה שמצד אחר לא שייך. ודוחק. וי"ל למ"ש רשב"א בחצי שדה אני מוכר דמהני אף דאין ברירה משום דיכול לחול כשהי' מבורר אחר חלוקה שוב יכול לחול גם עתה ולא דמי לה' בועליך כו' שכלתה ולא מהני על אחר כך וצריך למפרע ואין ברירה ע"ש. וא"כ כאן דכשמבורר לא מהני קנין מעות דשייך נשרפו כו' ובטלו חכמים הקנין ורק עתה שאינו מבורר שוב אין ברירה דע"כ משום למפרע. ואף דבדרבנן יש ברירה ומה"ת מהני דמצי חל אחר כך ורק מדרבנן ושוב יש ברירה. ז"א דגם אי יש ברירה לא מהני רק בדבר שאם הי' מבורר הי' מהני אמרינן אחר כך הוברר למפרע כאלו הי' מבורר משא"כ כשהי' מבורר לא מהני ורק שיועיל כשאינו מבורר שוב לכ"ע אין ברירה ולא מהני. וי"ל דגרע מדבר שאינו עומד לכך דעכ"פ אפשר לחלוק משא"כ כאן. ודין הנ"ל מפורש במשנ' חולין דפ"ג דדוקא בד' פרקים אבל בשאר ימים כשנתן דינר לטבח על חלק בשור אין לוקח מפסיד דאין מעות קונה. ואף שכל השור למוכר ויציל בשביל שלו וע"כ כנ"ל:

ואפשר משום שאפשר שימכור הכל ויקח מעות ואז לא יציל עדיין שייך החשש גם כשעדיין לא מכר. ודוחק. וצ"ע אם יכול המוחזק לומר קי"ל כדיעה זו שברמ"א דיחידאי הוא. והש"ך חולק ג"כ. וגם די"ל דאף דלדיעה הנ"ל קונה הוא לגמרי משא"כ לדידן שיהי' ספק א"כ אם יוקרו לא יוכל להוציא שוב גם הלוקח לא ס"ד ואינו מקנה המעות דנהי דלר"ש כל שהכסף כו' מ"מ משמע מלשון הגמ' דמה"ט פליגי רבנן עלי' דאינו בדין שיהיו ב' הברירות ביד המוכר דהלשון כשם שתקנו כו' משמע כנ"ל וא"כ גם לענין ק"ל י"ל כנ"ל. ויש לדחות כיון שספק בדין לא במעשה. אולם הב"ח ז"ל פסק כדיעה הנ"ל. ומ"ש בש"ך וכ"כ ב"ח ט"ס והוא ב"ה היינו הב"י בעצמו בב"ה. וכן בהגהת דרישה פסק כן ע"ש:

(**טו**) **וכן אם התנו בהדיא שמעות יקנו קני** כו'. הש"ך ז"ל חולק וראיותיו אינם מובנים לע"ד מ"ש דקי"ל כר"י דגם בדבר שבממון אם מתנה ע"ד שתקנו חכמים בטל כו' ע"ש. והא בפירות מהני ומבואר פר' אע"פ דוקא גבי כתובה דלכל יש כתובה עשו חיזוק יותר מש"ת לא בשאר תקנה בדבר המזדמן. והא ריש ב"ק (ד"י) לענין אין נפרעין כו' דאמר א"א בתקנ"ח ומהני. גם לא מצינו זה אלא בחייבי ממון השייך לעניני האישות

שתלאום חכמים שיהיו חיובים אלו עשו חיזוק שלא תועיל רצונם. התם שייך שרצו שיהיו החיובים אלו באישות כנ"ל. אבל לא במה שכל התקנה בענין הממון לחוד לא מצינו כלל שיהי' קנין דרבנן עדיף מקנין תורה וכה"ג ולמה יעשו חיזוק כיון שאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה. וסי' קי"א ע"ת שלא יגבה מלקוחות דמהני גם אי של"ד ואף בשביעי' מהני (בסי' ס"ז). ובפרט כאן דלא ביטלו חכמים כלל הקנין של תורה במעות דמה"ט קאי במש"פ ואינו רשאי לחזור ואיך נאמר דעשו חיזוק יותר משל תורה לענין ביטול הקנין שלא יועיל התנאי ויהי' יכול לחזור במה שאסור לחזור כנ"ל. וגם שאר הראיות מריטב"א ג"כ אינו מובן דמסירה ומשיכה וכה"ג לא מהני מה"ת. ומה יועיל אמירתו שיקנה משא"כ מעות דקני מה"ת רק תקנו ומהני א"א בתקנת חכמים כו'. אך מ"מ גם ראית ב"י תמוה כמ"ש הש"ך דדוקא לענין סמכא דעתי' שייך פירש. משא"כ כה"ג דביטלו חכמים הקנין לא מצינו כיוצא בו שיהי' שייך א"א בתקנ"ח שרוצה שיהי' קנין מה שאינו קנין מדרבנן. ובנשואה דידו כידה אף שמדרבנן לא מהני אומר שלא יירש כיון שהוא שלו בלי מעשה שיזכה רק ממילא כמ"ש הר"ן ונ"י ב"ב פ' ח"ה ול"מ מה שאומר שלא יהי' שלו על מה ששלו מדרבנן. וכן המוכר כשמעות אינו קונה ושלו החפץ מדרבנן א"מ תנאו שלא יהי' שלו. וכן ערובין ע"ט דלמ"ד אין קנין לאשה בל"ב לא מהני אף דמזכה בעצמו ואף דמפרש שאינו רוצה רק שיהי' לה יד לזכות. אך באמת לא דמי דלא מבעיא לשיטת רש"י דכשנשרף קודם שחזר בו לא מהני החזרה אח"כ וע"כ שהתקנה הי' שיבטל הקנין כשחוזר בו א"כ ודאי מהני הסילוק ככותב ועודה ארוסה דמתנה שלא יוכל לחזור בו ולזכות בחזרתו. רק גם לשיטת תוס' וש"פ דבטל למפרע מ"מ כיון שלא ביטלו חכמים כלל הקנין תורה ואסור לחזור בו ומהני לענין רבית. ממילא מהני כששניהם רוצים שלא תחול עליהם התקנה ושישאר הדאורייתא דעכ"פ לא תקנו כששניהם אין רוצים בהתקנה. ולכך כתב שהתנו שניהם דוקא. ועוד דאם הי' תקנה קבוע שביטלו והפקיעו הקנין לא הי' מהני התנאי למשוי קנין. אבל לדיעה ב' הנ"ל דלא בטלו רק במקום דשייך נשרפו כו'. שפיר כיון שעדיין רק מחמת החשש וכיון דשניהם רוצים מסלקים החשש נשרפו דיכולין למחול ס' הפסד דדליקה והוי עכ"פ כמונח בבית דלא ש' דליקה כמו שמועיל בכל חיוב הריני כאלו התקבלתי. כ"ש דהרי כאלו לא הי' חשש הפסד דמהני תנאם כנ"ל. ומיושב מה שכ' הרמ"א וכן אם התנו כו' שתמוה דאינו ענין לדיעה ב' הנ"ל ולמ"ש א"ש דתליא ג"כ בהנ"ל דלדיעה א' דהפקיעו לגמרי בכל מקום לא מהני התנו לשוי' קנין משא"כ לדיעה ב מהני התנאי כאלו לא הי' חשש דליקה כנ"ל:

עוד נראה לע"ד למ"ש תוס' להוכיח דרשאי להשתמש במעות קודם משיכה דאל"כ מה הועילו בתקנה יהי' שייך על המעות נשרפו כו' ע"ש (דמ"ג) והא דמותר באמת להוציא אף דנתנו לו רק בעד החפץ שקונה ע"כ הטעם דהא יודע שאינו קונה עד שימשוך ורק לענין מש"פ. מ"מ הא יודע הלוקח שאינו קונה במעות ומ"מ נותן לו שיוכל להוציא כנ"ל:

אמנם לכאורה אם התנה שלא יהי' לו רשות להוציא המעות עד שימשוך א"כ שייך נשרפו על המעות ג"כ ושוב יקנה במעות. אך ז"א דכה"ג אין כאן קנין מעות כלל כיון שאין המעות שלו ופקדון בידו עד שימשוך כנ"ל. אמנם בה"ג שהתנו שיקנה לגמרי בנתינת המעות. דבזה ודאי אם יהי' הדין דלא קנה אין מוכר רשאי להוציא המעות דהא לא נתנו רק שיקנה לגמרי וא"כ יהי' שייך נשרפו על המעות ושוב באמת מעות קונה לגמרי דלא שייך התקנה כנ"ל. וכיון דלדיעה ב' הנ"ל היכא דלא שייך נשרפו כו' לא תקנו וקונה ממילא הדין כשהתנו בהדיא שיקנה המעות לגמרי דקונה דלא שייך התקנה כלל כנ"ל. וא"ש לשון רמ"א וכן כו' דשייך לדיעה הנ"ל כנ"ל. ואף טעם ב' של התוס' דכספים אין להם שמירה כו' ג"כ לא שייך דלא קיבל עליו להיות שומר כלל רק ע"ד שיהי' שלו לגמרי כיון דהתנה שיקנה כנ"ל. וממילא אם יהי' הדין דלא קני לא נעשה שומר כלל כנ"ל. ושפיר קני לי' לגמרי כנ"ל:

עוד י"ל כיון דבלן דליכא משיכה קונה מעות. א"כ מהני תנאם שאין רוצים בקנין משיכה וממילא מעות קונה דמהני כאלו לא הי' קנין אחר דע"ז שייך א"א בתקנ"ח לקנות במשיכה וממילא קני המעות כנ"ל:

עוד י"ל לישב לשון ב"י דמדמי לה לשטר דלא סמכה דעתי' כו' דהא תמוה מה שתקנו ח' משום נשרפו דילמא לא טרח ומציל כו' ולמה לא חששו בכל פקדון שאדם מפקיד שלא יציל. ואדם עושה בשלו מה שרוצה אם אינו נאמן לא יפקיד ולמה חששו כאן יותר אם אין נאמן בעיניו לא יתן לו המעות קודם שיקח הפירות. וצ"ל דזה חסרון בהקנין שראו שיש ב"א שאין מהוגנים די"ל שלא יציל כו' ממילא לא סמכא דעתי' דלוקח שנותן מעות כל שאינו מושך שגם אצלו ספק וכמו שם דלא ס"ד עד שיתן השטר שמא לא יתן כנ"ל. וממילא מדמי ב"י שפיר דבפירש מהני. ונראה פשוט דהמוחזק מצי טעין קים לי כרמ"א דקונה בהתנו כנ"ל:

אמנם אף דיש לפרש ד' רמ"א דהא לכאורה בכל קנין צ"ל חפצי קנוי לך ומ"מ לא קני מעות וי"ל דכשפסקו דמים מקודם ואח"כ נתן לו דמיו סתם ג"כ קונה מה"ת דעסוקים בא"ע א"צ לפרש. וכן מבואר לעיל סי' ק"צ בקרקע שנתן פרוטה קנה בלא אמירה ובזה לא קני מעות מתקנת ח'. אבל כשפי' בשעת נתינת מעות שיהי' חפצך קנוי לי או מוכר

שיהי' קנוי לך מהני. אולם נראה דליתא כה"ג לא קני גם לרמ"א די"ל שיהי' קנוי כדינו למש"פ וכשימשוך יקנה לגמרי וכדאמר בגט. וליש פ' גם בקדושין כשלא כ' ודין או בזה דבדיבורא כו' פ"ק דנדרים ע"ש (בר"ן ה' ע"ב). רק דוקא בפירש שיקנה במעות. והיינו דדייק רמ"א אם התנו בהדיא שהמעות יקנו כו'. וראי' דהא עירובין פ"א במשנה נותן אדם מעה לחנוני כדי שיזכה לו עירוב ופירש"י אם יבאו לקנות ממך ככר לעירוב יהא לי חלק בו ופליגי רבנן וגמ' פריך גם על ר"א בפשיטות הא לא משך ע"ש. והא פירש שיקנה. וע"כ לרמ"א משום שלא פירש שיקנה במעות. וא"ל דלוקי שפירש דא"כ לא הוו פליגי רבנן... ולכאורה במשנה קדושין כ"ו שאין להם אחריות א"נ אלא במשיכה כו' ניקנין עם נכסים שיש להן אחריות בכסף בשטר כו' והא מסיק דאגב וקני בעינן וא"כ כה"ג בפי' ניקנין בפני עצמו ג"כ בכסף. ואפשר דלא סגי לרמ"א ז"ל אף שפי' חפצי קנוי לך במעות אלו די"ל למש"פ וכשימשוך עד שיפרש להדיא שיהי' המעות קונה קנין גמור לגמרי מיד. וכן לשון ב"י שהתנו שתגמור קנייתם. גם קשה מע"ז ס"ג דפריך אהא דבא עלי' ואח"כ נתן דתני חדא אסור כו' ומוקי לה הא בטלה זה ופריך והא מיחסרא משיכה. ומה קושי' דילמא בדפירש שתקנה בהביאה כדמוקים רישא דאידך ברייתא דנתן כו' בפירש קני מעכשיו ע"ש. אך לרמב"ן א"ש דפי' בל"ז דקושיא דש"ס רק לר"ל דלר"י חל איסור אתנן מה"ת דמעות קונה וא"ש. וע"כ בל"ז לדיעה זו דמהני התנו הוא משום דלא הפקיעו לגמרי הדאורייתא כמ"ש לעיל. וא"כ ממילא א"א לפרש כתוס' שם דגם לר"י פריך דפקע. וע"כ כרמב"ן דפירכא רק לר"ל וא"כ שפיר י"ל לדידן דכר"י דמהני התנו דשייך א"א משא"כ לר"ל ודאי לא מהני פירש כמ"ש ריטב"א במסירה כו'. ודחיות הש"ך לב"י קדמו בד"מ וכ"כ בהגהת דו"פ וכ' דמ"מ הדין אמת משום א"א בתקנת חכמים כמ"ש לעיל:

ונראה דבפירש כעין הא דמייתי ב"י הא דפ"ק דקדושין כ"ו דאמר התם דר"א זבין ופי' אי בעינא בכספא אקני דאי בעיתו הדרי לא מציתו ואי בעינא בשטרא אקני דאי בעינא למיהדר הדרנא בי ע"ש. ובכה"ג במטלטלין דפי' אי בעינא בכספא אקנה, א"ב במשיכה אקנה כנ"ל. בזה לא שייך כלל נשרפו חטיך כו' דהא לוקח אי בעי הדר בי' וע"כ יציל וא"כ אי בעי שפיר קני בכסף ואין מוכר יכול לחזור בו. וכן אם המוכר פירש ג"כ ל"ש נשרפו כו' דיציל שאם יתיקר יכול לחזור למ"ש רש"י פ' הזהב. והוי כשכירות שפ' בש"ע כיון דלעולם לא שייך נשרפו לא אמרינן לא פלוג וכן בפירש כנ"ל. וגם עיקר מה שחולק בב"י על הדיעה דבין עלי' לבית דגם בבית מצוי הפסד ע"ש בבד"ה. אבל לא בפירש כנ"ל. וכיון שלא הזכיר בטור וש"ע סי' ק"צ רק הך פירש דא"ב בכספא אקני כו'. א"כ

עלה קאמר הב"י כאן דקני במעות וא"כ לק"מ קושית ד"מ והש"ך ז"ל דהרי ב"י מסיים בפי' כדאמרינן בקרקע אי בעינא בכספא אקנה כו' אולם לשון ב"י שכ' אם התנו כו' ואין א' מהם יכול לחזור מבואר דגם בפירש שיקנה לגמרי קני שאין א' מהם יכול לחזור אף דשייך החשש. ולכן י"ל על זה חולק ד"מ והש"ך ז"ל אבל בפירש אי בעינא כו' י"ל דמודים דקני דלא שייך החשש וגם לא פלוג לא שייך בזה כיון שמסלקים בעצמם החשש בתנאם ונלע"ד כן. ולזה י"ל דדייק רמ"א והתנו. וסמ"ע כ' דלאו דוקא שאם התנה א' והלה שתק כו' ולמ"ש קמ"ל דאין הפירוש כנ"ל שהתנה א' א"ב בכספא כו' שרק הוא חוזר כמבואר לעיל סי' ק"צ דבזה הטעם דלא שייך החשש רק כוונתו שהתנו שניהם והיינו שיקנה לגמרי ואף דשייך החשש מהני. ומהתימה שהחליפו שיטתם דב"י פ' כן ובד"מ דחה דבריו ובש"ע לא הביאו המחבר ורמ"א ז"ל פ' כן. והנה פשוט דאף לדיעות דלא תיקנו היינו שלא בטלו קנין כסף. אבל משיכה קונה דבזה לא חילקו חכמים:

סעיף ו

(**טז**) **דשכירות המטלטלין כו' דל"ל נשרפו** כו'. ואף דלעיל בבית כ' ב"י וש"ך דלא פלוג. בזה מודים. חדא דשם כ' בב"ה דגם בבית שייך הפסד ודליקה, ואף דלא שייך כמו בעלי' מ"מ לא חלקו. משא"כ בשכירות דלא שייך כלל. ועוד דשם הוא קנין שוה לא חילקו בין המקומות אבל שכירות שם בפני עצמו דלעולם לא שייך בשכירות החשש ולא תיקנו בזה. ולקמן סי' ש"ז הביא ב"י דמישרים ורמב"ן כ' דבשכירות קונה כסף וכ"כ נ"י פ' הזהב ופ' השואל כ' דשכירות מטלטלין הוי כמכירה ואינו נקנה אלא במשיכה וכ"כ הרשב"א והסכימו עמו האחרונים עכ"ל ב"י. ומשמע דתופס עיקר דכסף לא קני. אולם לשון זה דוהסכימו עמו כו' אינו לשון ב"י רק זה ג"כ מלשון הנ"י. והכריע כאן דלא כוותי' דר"ן ורמב"ן ור"י וריטב"א הובא בשיטה מ' ג"כ כן. ובאמת כיון דאפילו בעלי' מושכרת כו' דל"ש כ"כ החשש קונה ולא אמרינן לא פלוג מכ"ש בשכירות החפץ גופי' אף אי מכר הוא מה בכך. וכן מבואר בשיטה מקובצת פ' השואל. ואפשר דרשב"א שהביא נ"י סבר דדין של עלי' מושכרת דדוקא לר"ש קאמר ולא לרבנן ע"ש. וא"כ ממילא הרי"ף והרמב"ם ורא"ש וש"פ שפסקו כנ"ל דמדר"ש נשמע לרבנן ממילא אין שוב סברא שבשכירות החפץ יגרע כנ"ל. מ"מ רש"י ז"ל ב"ק ע"ט ע"ב נראה דסבר כרשב"א דכסף לא קני בשכירות רק למי שפרע. אך י"ל דרש"י לטעמי' שפוסק כר"ל דמה"ת משיכה. אולם בשיטה מ' שם בשם גאון ג"כ כנ"ל דמפרש הבעי' דתיקנו משיכה בשומרין בשוכר שנתן מעות אי לא קני בכסף עד שימשוך ע"ש. ומתוס' ב"מ צ"ט משמע דבשכירות חשוב שאין כאן כסף כיון דאין משתלמת אנא בסוף. וקני במשיכה מה"ת כשואל רק

דתוס' סוברים דשוכר ושואל לא קני מה"ת עד דמשתמש בו כמ"ש ב"ק ע"ט ע"ש. וע"כ דסוברים דשכירות לאו מכר כמ"ש תוס' ב"מ נ"ו ע"ב דדוקא באונאה דכ' ממכר יתירא וגם קנין פירות לא חשוב שאין הפירות יוצאים מגוף הדבר ולכך דוקא בקע כו' מה"ת. אולם הרמב"ם ז"ל מפורש ה' שכירות (פ"ז) דהוי מכירה לזמן וקנין פירות ע"ש. וא"כ קני משיכה מה"ת אי נימא דלא חשוב כסף משום אינ' משתלמת כו'. אך ז"א דהא בהא תליא אי מכר הוא שפיר בנתינת מעות קני מיד החפץ לפירות. שנותן המעות בעד הקנין אף דהזמן פרעון לבסוף. וי"ל דזה החילוק וטעם הירושלמי הובא בר"ן נדרים לחלק בין הקדים לשלם דמי השכירות הוי כמכר משא"כ לא הקדים. דלכאורה אין שום טעם. ולמ"ש הטעם כנ"ל דקנאו לזמן כשנתן מעות ולא שייך ישנה לשכירות מתחלה וע"ס דקנה וצריך ליתן הדמים. משא"כ כשלא נתן הוא רק חיוב בשעה שעושה המלאכה כדין שכירות כנ"ל. ויש לדחות. מ"מ משמע דספיקא הוא. והי' ראוי דהא משכיר מוחזק. ואפשר דמצי אמר קים לי אף שאין נוהגין שיועיל ק"ל נגד סתימת ש"ע. מ"מ כאן בלשון יש מי שאומר כתבו ובמכר לזמן נראה דתלי בב' דיעות דס' הקודם דל"ד לשכירות דשייך לא פלוג במכר. משא"כ שכירות אף אי דינו כמכר מ"מ אינו מכר ממש דא"ה לא הי' חייב באחריות בלוקח בהמה על ל' יום כמ"ש תוס' פרק השואל. ולדיעה הנ"ל הי' א"ש ב"ק י"ד דאמר שטרות נמי ניקנין בכסף דלהנ"ל שפיר הנייר לצור נקנה בכסף דל"ש נשרפו דיציל בשביל החוב כמו בשכירות כנ"ל. וא"כ מוכח מרש"י ז"ל שכ' שם לא איתפריש היכא. ותוס' שכ' דלא גרסינן שטרות. וע"כ דס"ל דכה"ג ג"כ לא קני כיון דשם מכר עליו וכמו מוכר חצי דחולין ד' פרקים כו' ועירובין הנ"ל חלק בככר דא"נ בכסף. ואפשר דסברי סתם לשון שטרות הוא לגבות החוב כנ"ל וכן במוכר ע"מ להחזיר ג"כ ספק כנ"ל:

סעיף ח

(יז) **א"צ שימסרנה מיד ליד**. ר"ת וריב"א ס"ל מיד ליד דוקא ותוס' ב"ב ע"ה ע"ב דחו מלשון אחזה כו' ע"ש. והא דאמר במציאה מאן מסר לי' כו'. היינו מי יאמר לו לך חזק כו'. ותמוה עכ"פ מוכח שהקנין מצד המוכר שבמסירתו מקנה שאם היה מחמת אחיזת הקונה לא הי' שייך הפירכא במציאה כו' כמו דלא שייך על משיכה מי יאמר משוך אף דצריך במכר. וא"כ ממילא מוכח דצריך מיד ליד שיהי' מעשה של המקנה דאטו באמירתו לחוד הא לא מצינו קנין בדיבור. ואפשר דמטעם שליחות הוא כאלו עשה שליח למוסרו לו כן לקונה עצמו כמ"ש הר"ן פ"ק דגטין דלא בעינן בשאר דברים חזרה שליחות כו'. ואף אם הקונה עושה שליח למקנה למשוך לא מהני משום אינו מורה

המשיכה שיוצא מרשותו. משא"כ להיפוך וי"ל. ומדברי גאון בס' מו"מ שער י"ג מוסירה שישלים אדם דבר לאדם בידו כו' משמע בידו של מקנה:

סעיף יד

(**יח**) **כיון שהוציא מקצתו מר"ה כו' קנה**. סתם בש"ע והראב"ד ז"ל חולק פ"ד מה' מכירה גם הה"מ הניח בצ"ע. אולם כ' שמצא לרמב"ן פ' א"נ שהוכיח מהא דמגרר ויוצא ומלשון עד שימשכנו לסמטא כו' כרמב"ם ז"ל ע"ש. וגם בשיטה כתובות הביא ד' רמב"ן הנ"ל. ותמהני מאוד שאין ד' רמב"ן ענין לזה שלא כ' רק דסגי במשכו מר"ה או מרשות בעלים לסמטא דהוי ס"ד דצריך שיעשה מעשה משיכה אחר שכבר מונח בסמטא וע"ז הוכיח דסגי כשמשכו כולו לסמטא. וזה מוכח ממגרר דכבר נתחייב כשהניחו בצידי ר"ה וגניבה בא אח"כ ומוכח דגם הקנין כשמונח בסימטא. וכן מהא עד שימשכנו לסימטא משמע דסגי בהכי וא"צ למשוך אח"כ בסימטא ע"ש להדיא. אבל שיהי' סגי בהכנסת מקצתו לסימטא אין שום ראיה. ואדרבא ממגרר מוכח להיפוך כיון דקי"ל אגד כלי כו' כדפריך גמ' שבת צ"א ע"ב ובא חיוב גניבה כשהכניס מקצת ושבת כשהכניס כולו. אך אין ראי' דשם מונח החצי ברשות בעלים וכה"ג מודה רמב"ם דלא מהני הוציא מקצת. אבל ראי' לדין הרמב"ם אין כלל משמע משם לכן צ"ע לע"ד. ובהוציא מקצת לסימטא ומקצת ברשות בעלים ודאי לא קני:

סימן רג

סעיף י

(**א**) **המחליף קרקע בקרקע** כו'. ב"י הביאו בשם רשב"א בת'. ובאמת מבואר בתוספתא הביאה הר"ן פ"ק דקדושין ושם כ' גם מטלטלין במטלטלין וא"י למה השמיטו ואי דסבר דקרקע מהני כמו כלי כבהמה אף בתורת ק"ס א"כ למה כ' קרקע במטלטלין הא מטלטלין לא מהני בתורת ק"ס כמ"ש רמ"א סי' קצ"ה ס"ב ולא כ' י"א משמע דגם המחבר ס"ל כן דמטלטלין כפירות דלא עבדי חליפין וע"כ כאן בתורת שוה בשוה כר"ת ז"ל דשוה בשוה מהני בפירות וא"כ הי"ל להזכיר גם מטלטלין במטלטלין וע"כ דסמך על שהתחיל בס' א' דכל המטלטלין קונין זא"ז ואף שהתחיל אצ"ל אם אינו מקפיד כו' כעין שקונין בסודר וא"כ משמע דמיירי במטלטלין חפצים כלים. דאל"ה הא לא קני בתורת ק"ס והא כ' אח"כ ופירות כו' אע"פ כו' ומבואר דמטלטלין מיירי ככלים וכה"ג. וכן סוף הס' אלא אע"פ שמקפיד נקנין וקונין זא"ז בהחלפה כו'. מבואר דאף שאינו כלי קני שוה בשוה. וכן מבואר בב"י דמסיק שהרמב"ם וטור וש"פ סוברים כר"ת דשוה בשוה קונין אף בפירות. וא"כ לשון הש"ע הוא תמוה חדא למה ס' א' וב' וס' זה לא הזכיר

רבותא טפי פירות בפירות דנקנין בהחלפה כדעת ר"ת הנ"ל. ואם נדחוק דאין חילוק אצלו בין מטלטלין לפירות. א"כ קשה על רמ"א ס' א' שכתב וי"א דאם העריכו זה כנגד זה קונה אף בפירות וי"ח מה וי"א שכתב הא דעת המחבר כן הוא. ונא הי' לו לכתוב רק היש חולקין דהיינו החולקין על ר"ת דלא מהני שוה בשוה כשאינו כלי. וגם הי' לו לומר רבותא דהיש חולקין אף במטלטלין שאינו כלי כדכ' רמ"א סי' קצ"ה להדיא דשאר מטלטלין שאינו בע"ח כפירות ע"ש:.

ונראה דהא ב"י סי' קצ"ה הביא הרבה פוס' דדבר המתקיים חשוב כלי ודוקא פירות שנרקב ע"ש. וגם דעת ר"ת והרבה פ' דשוה בשוה מהני גם בפירות. ובתוספתא הנ"ל מפורש דמטלטלי במטלטלי קונה בחליפין ואין לדחות תוספ' מפורשת. א"כ עכ"פ מוכח א' מב' דיעות אלו או דשוה מהני גם בפירות כר"ת או דמטלטלין שאינו נרקב חשוב ככלי. וא"כ לא מוכח בפירות כר"ת שיועיל שוה בשוה וא"כ הכריע ב"י שפיר דעכ"פ קרקע כו' או מטלטלין מהני שוה בשוה ממ"נ או כר"ת או כר"ן ודיעות הנ"ל. ובחד מאלו לא הכריע היינו שיועיל מטלטלין באינו שוה. וכן שיועיל בפירות שנרקב שוה דזה לא מוכח. ולכך דקדק בכל הני לכתוב מטלטלין כו'. ורמ"א ז"ל שפיר כ' ב' הדיעות ס' א' י"א דאם העריכו כו' מהני אף בפירות היינו לגמרי כר"ת. ויש חולקין היינו רק על פירות. ועל מטלטלין שוה לא הביא היש חולקין. דמוכת מתוספתא הנ"ל ממ"נ כנ"ל. ומ"מ מטלטלין באינו שוה כ' רמ"א סי' קצ"ה דכפירי הם דעל דיעה זו לחוד דאינו נרקב יחשב כלי לא סמך רמ"א כלל. וא"כ משמע לדינא מש"ע דבמטלטלין שאינו נרקב מהני שוה בשוה ולא מצי. המחזיק לומר קים לי. ובאינו שוה ודאי לא מהני להכרעת רמ"א וג"כ א"י לומר ק"ל דאינו נרקב חשוב כלי ופירות. שוה בשוה מצי אמר קים לי:

וב"י הביא שר"י הביא בשם ר"ח דמ"ש מטלטלין קונין זא"ז בחליפין דוקא ששמו כל א' בפ"ע שאם לא עשו שומא כל אחד בדמים ידועים לו לא סמכו למקני אהדדי ע"ש. ודחו דבריו הר"ן וש"פ דאדרבא אינו מקפיד עדיף ע"ש פ"ק דקדושין גם הב"י. ותמהני למה דחו דבריו דנראה פשוט דאף דר"ת מהגורסים בשר שור פ' הזהב מ"מ מפרש כפירש"י דקושית הגמ' למ"ד פירי לע"ח מאי כיצד גם אי תנן כל הנישום ועלה מסיק דהפי' דמי שור בפרה וכה"ג מעות קונה. ולא כמ"ש בש"ע סי' קצ"ט ס"ב דמקודם מכר לו שכבר נתחייב לו הדמים ואחר כך בדמים אלו מכר חפץ אחר ע"ש. דהא רש"י ז"ל במשנה ריש פ' הזהב מפרש להדיא מטלטלין קונין זא"ז דגם בב"א כה"ג קונה שכשיש לזה שור ולזה פרה וזה שם הפרה בכו"כ וזה השור בכו"כ ממילא כשמושך אחד החפץ והי' מחויב לזה דמיו שוב מיד קונה זה החפץ השני בדמים אלו. ומיושב בזה תמיהת תוס' וש"פ

דהא מלוה לא קני במכר ולא הוזכר כלל שפי' במחילת מלוה. ולהנ"ל לא קשה כדאמר בקדושין (דף מ"ח) דאי אינה לשכירות אל בסוף מקודשת במה שאינו נעשה מלוה כלל שאינו מתחיל חיוב עליו ע"ש. כן בהנ"ל במכר דמי שור בפרה שמיד במשיכה של זה קונה הלה חפץ הב' במה שאינו נעשה מלוה כלל עליו שנקנה מיד בעד הדמים כנ"ל. וא"כ שפיר כ' ר"ח ז"ל דכל הנישום כפשטי' דדוקא כשנישום כל א' בכך דמים אז קני מטעם מעות ככל מקח שצריך פסיקת דמים קודם. דאז שייך כיון שאין מקח א' תלוי בחבירו. רק כמו שני מקחים הם שזה שם הפרה ומוכרה בכו"כ וזה השור ומוכרו בכו"כ. דבזה אם מושך זה השור א"כ אף אם לא הי' זה קונה הפרה הי' מתחייב לו דמי השור שפסק. א"כ שוב ממילא יש כאן דמים ושוב קנה זה הפרה בדמי השור שהי' חייב לו אלו לא קנה הפרה וקנו שניהם במשיכת הא'. משא"כ אם לא שמו כל א' חפץ שלו ולא הי' פסוק דמים רק חליפין שור בעד הפרה א"כ מעולם לא נתחייב בדמים. ממילא שוב אין כאן במה לקנות הפרה בקנין מעות רק בתורת חליפין ופירי לא עבדי חליפין ולא מהני. ולכך תני כל הנישום דוקא. וברור לע"ד בדברי הר"ח ודבריו דברי קבלה. וסבר דלא כר"ת דגם שוה בשוה לא מהני בתורת חליפין רק בדמים כנ"ל ובלא נשום לא מהני. דגם לר"ת ע"כ דבלא שם בדמים לא מהני בתורת דמים בחליפין שיהי' כל א' דמים של הב' דא"כ קרא דעל התמורה לר"ת למה לי' הא מה"ת מעות קונה. וממילא א"צ לחליפין דשוה בשוה דקני הב' בתורת דמים במשיכת א' החפץ. א"כ הב' כבר נתן לו דמי החפץ שהוא החפץ שמשך. וע"כ כמ"ש בחי' לגמ' דבמעות איך קני המעות במשיכה כיון דמשיכה אינו קונה מה"ת. והוא מחוסר ליתן לחבירו שהוא החפץ שקנה. וע"כ דהטעם דמשיכה בדאיכא מעות לא קני שאין המשיכה מורה על קנין כל שלא נתן דמיו ובנתינת דמיו מורה יותר. וא"כ הדמים הם תמורת החפץ. אבל החפץ לא מקרי דמי המעות שהדבר הנקנה ונמכר הוא החפץ. משא"כ הדמים שאין הקפידא על גוף הדמים רק שיתן שוי'. ולכך נתינת המעות בתורת דמים ותשלומי החפץ מורה שפיר במשיכת הדמים וקונה המוכר המעות במשיכ' אף שלא נתן החפץ. משא"כ משיכת החפץ בתורת חפץ וא"כ ממילא בחפץ שכל אחד יעשה דמי הב'. א"כ לא שייך דמשיכת א' יועיל שיקנה הב' בתורת דמים. דהא גם הוא לא קני החפץ במשיכה דלא נתן דמים עדיין שהוא חפץ הב'. ולא קני מה"ת ולכך צריך חליפין שוה בשוה כנ"ל וכמ"ש בחי' ע"ש. אמנם עכשיו שכבר תקנו חכמים דמשיכה קונה א"כ שפיר בלא טעמא דחליפין יקנה במשיכת הא' דשפיר נתן לו הב' דמיו שהוא החפץ במשיכה שמשך וקנאו כנ"ל. אך הא מעות אינו קונה. אך א"כ עכ"פ מה"ת יקנה. ועוד דקרקע בקרקע שוב יועיל שלא בתורת

חליפין דקרקע נקנה בכסף ונקנה בתורת דמים. אך י"ל דכיון דעכ"פ גוף הקרקע הב' לא קני רק דמיו להפ' דלא כנ"י רק כהרא"ש ע"ש דגוף. החפץ לא קני ודמים לא נתחייב לו מעולם א"כ שניהם לא קני. משא"כ כשנישום כל אחד בדמים שפיר קונה בתורת דמים גם לר"ת. ועוד דבחליפין אינו מתחיל קנין כלל כיון שאינו רוצה להקנות לזה חפץ שלו רק אם יקנה הוא חפץ של הב'. וא"כ כיון שהב' לא משך ולא קני גם הוא לא קני במשיכה וצריך רק בתורת קנין חליפין דשוה בשוה דכך הוא הקנין זה בעד זה כנ"ל. משא"כ בנישום כל אחד שפיר קני בתורת דמים גם לר"ת ז"ל. וגם בתורת חליפין קני לר"ת ז"ל דא"ל דגרע דכיון ששם כל א' בדמים אין נקרא חליפין רק ב' מכירות של דמים. דז"א דפ' הזהב ברייתא דפרתך בכמה כו' מבואר בש"ס דגם בזה חשוב חליפין. וא"כ לר"ח ורש"י אין הוכחה מתוספתא דהחליף קרקע בקרקע כו' שיועיל שוה בשוה בתורת חליפין כר"ת ז"ל די"ל בשם כל א' בדמים בכמה כו' דשפיר קונה בין בקרקע כשהחזיק א' בתורת דמים ובין במטלטלין גם כן בתורת דמים דבזה מעות קונה דהוי מלתא דל"ש כדמי שור בפרה כנ"ל. אבל בלא נישום רק בתורת חליפין לא מהני אף בשוה כהפוס' החולקים על ר"ת. וא"כ לענ"ד לדינא דאף במטלטלין שוה בשוה דוקא בשם כל אחד בדמים קני לכ"ע לר"ת וגם להחולקין קני בתורת דמים כדמי שור בפרה אף שבב"א כנ"ל ובלא נישום רק העריכו זה כנגד זה, שפיר מצי אמר קים לי כר"ת והחולקים על ר"ת דלא מהני שוה בשוה באינו כלי. וגם לשון רמ"א וי"א בהעריכו כו' קונה אף בפירות ויש חולקין אין הכרח כ"כ כמ"ש לעיל דבמטלטלין מודה. וי"ל דחולקין אף גבי מטלטלין מאחר שכ' רמ"א סי' קצ"ה דשאר מטלטלין חשיבי כפירות. ומתוספתא אין ראי' די"ל בנישום כנ"ל ושפיר מהני קים לי גם במטלטלין שוה בשוה בלא נישום כנ"ל. וזהו שכ' רמ"א אם העריכו זה. כנגד זה לאפוקי נישום דקונה לכ"ע כמ"ש. ואף דממה שלא הגיה רמ"א בסי' זה על מחליף קרקע כו' משמע קצת כמ"ש לעיל דמודה בזה. מ"מ נראה לע"ד לדינא כנ"ל. דאין לדחות דברי ר"ח:

(**ב**) **קרקע** כו'. יש להסתפק בתורת ק"ס אי קרקע חשוב ככלי דקיים ואינו נרקב להפ' הנ"ל ואפשר הוי כבע"ח דראוי להשתמש. והר"ן פ"ק דקדושין הקשה מריש ב"ב בחלקו דמוקי שהלך זה והחזיק וזה והחזיק הא סגי בחד וקני אידך בתורת חליפין ממילא ע"ש. וי"ל אי אין ברירה ואחין שחלקו לקוחות. א"כ בלא הבירור הי' לכל א' חלק גם במחצה שמחזיק זה. א"כ החצי שנתן לו בחלקו בחלק שהחזיק הוי דבר שאינו מסוים כחצי רימון כו' דלא מהני שלא נתן לו רק החצי שהי' לו בזה ואינו מסוים איזה החצי. א"כ במה שהחזיק אחד במחצה לא נתן לו כ"א חצי שלו שאינו מסוים ולא קנה בתורת חליפין.

והמפרשים חצי רימון לא מטעם שברים רק כפשטי' שאינו מסוים איזה כנ"ל. ובאין בו דין חלוק' לכ"ע אין ברירה לענין החלק כשחלקו דלא הי' עומד לחלוק. עוד די"ל דשם לא חשוב קרקע כלי משום דראוי לתשמיש דכיון שאין בו דין חלוקה גם קודם חלוק' רשאי כל א' להשתמש בכולן א"כ לא נתן לו זה שראוי לתשמיש כלל רק מה שהוא לא יהי' לו רשות להשתמש במחצה זה. וזה לא חשוב כלי דמה שיחשב כלי לא נתן לו בהחלוקה. אך מטעם שוה בשוה כר"ת מהני שם דזה מהני אף בלי כלי ואינו מסוים ג"כ. וכן פ' הרא"ש פ"ק דב"ב וטור סי' קע"ז דסגי בהחזיק א' לחוד מתוספתא הנ"ל דמחליף קרקע כו'. ומטעם זה אפשר לישב דכאן סתם המחבר כתוספתא הנ"ל במחליף קרקע בקרקע כו' לעיל סי' קנ"ז משמע שהדיעה א' שם דדוקא בשניהם החזיקו כל א' בשלו ולא סגי בהחזיק א' בחלקו שיקנה הב' ע"ש וכמ"ש הטור לדעת הרמב"ם. ומה חילוק. וי"ל כנ"ל דבמחליף להרבה פ' קרקע כמו כלי משא"כ בחלוקה. ויש לדחות:

גם יש להסתפק אף אי קרקע יחשב ככלי מ"מ הא בגט דכ' ונתן אימעוט קרקע בלא קרא יתירה דאין זה נתינה הקנאה לחוד. אך שם משום דכ' ונתן בידה וקרקע אינו ניתן מיד ליד משא"כ ונתן גרידא דהא תוס' פ' הזהב ובכורות ועירובין כ' בהקדש ופדיון דכ' ונתן ומ"מ לא הוי ממעטין קרקע אי לאו כלל ופרט ע"ש ומ"מ אינו מוכרח דשם כיון דבתורת נתינת כסף הוא כ' תוס' דהא מרבין מישיב דשוה כסף ככסף אף קרקע כו' משא"כ בק"ס דנתינ' נעל הוא אפשר דהקנאה דקרקע שאין שייך נתינה לא מהני. כדכ' שלף נעלו ונתן דמשמע דבר הניתן מיד ליד ואינו מוכרח:

עוד אפשר דבקרקע לעולם חשוב שוה בשוה כיון דאין אונאה לקרקעות וקרינן לי' פ"ק דב"ק שוה כל כסף וקונה תמיד בתורת שוה בשוה. רק במוכר חפץ או קרקע בדמים שפסק ונותן לו קצת קרקע בתורת ק"ס שלא ינכה מהדמים שפסק בזה אינו שייך לדמי החפץ. ואי לא חשוב נתינת כלי לא מהני. אבל במחליף י"ל שלעולם חשוב שוה בשוה בין יתר בין פחות. אך אינו מוכרח להפ' דפלגא הוי ביטול מקח א"כ בפחות ממחצה לא חשוב שוה. ואף דבחליפין ג"כ אין אונאה להרבה פ'. מ"מ אינו נעשה חליפין כשאינו שוה בערך. משא"כ קרקע דחשוב שוה כנ"ל. ויש לדחות:

(**ג**) **קרקע בקרקע** כו'. הנה משמעות הפ' ברשב"א ורא"ש דקנין זה דחלופה שוה בשוה אף לר"ת ז"ל דילפינן מעל התמורה כו' מ"מ אינו כק"ס רק כמו קנין כסף. רק דאי לאו קרא לא הוי בכלל קנין כסף אף דשוה כסף ככסף ואם הי' פוסק דמים על מכירת קרקע ונתן לו בדמיו קרקע והחזיק הי' הב' קונה משום כסף. מ"מ בלא פסק רק החליף לא הי' מהני כמ"ש לעיל דאינו מתחיל קנין דבתורת דמים שאין הקפיד' רק שיקח דמי שוי'

קונה הש"כ בתורת דמים מיד וממילא קני הב' משא"כ כשכל א' רוצה גוף הדבר בחליפין א"כ לא קנה כלל זה במה שעושה קנין בדבר זה מאחר שהב' לא עשה קנין בקרקע השני' שג"כ מיקרי קונה על גוף הקרקע. וממילא אינו מתחיל קנין שלו דחבירו לא רצה להקנות עד שיקנה הוא שלו ואין כאן כסף כלל כנ"ל. ולכך צריך קרא. אבל מ"מ קרא קמ"ל דחליפין כזה מהני ג"כ כמו כסף אף שבא בפ"א. ולכך כ' גאולה ותמורה כו' ואח"כ כ' לקיים כו' שלף כו' שהוא ק"ס. ומ"מ גם במטלטלין לא ביטלו חכמים קנין זה שהוא כמו כסף דלא שייך נשרפו כו' דא"כ אי לא יקנה יאמר על זה החפץ נשרפה כו'. וא"כ ממילא נראה דכל הדינים שבק"ס לא שייך בקנין זה דשוה כו' בהחלפה. וא"י לחזור אחר כ"ד אף שעסוקין באותו ענין דלא שייך כלל הטעם שכ' הרא"ש שם (ב"ב קי"ד) פתאום כו' דהא מקבל כל שוי'. וכן לא שייך סתם קנין לכתיבה כו' דהטעם דבעין יפה מקנה לו שאינו ממתין עד שיעשה קנין בגוף הדבר ע"ש (ברשב"ם ב"ב ד"מ). משא"כ בזה דכבר קיבל חליפיו כנ"ל. וממילא במקום שכותבין השטר דלא קני בכסף. גם בהחליף קרקע בקרקע והחזיק זה מ"מ לא קני הב' בלא שטר. דזה שהחזיק בחזקה לא צריך שטר שעושה בגוף הדבר כמ"ש בש"ע סי' קצ"ב. משא"כ הב' שקנה בחזקה של זה שהוא רק כנתן דמים כנ"ל. וא"ל דא"כ גם הוא לא יקנה כמו קנין אחר ל' דז"א דלא שייך הדר סודר למרי' רק בק"ס שהקנין רק בשעת נתינה. משא"כ בהחלפה שוה בשוה דהקנין מה שנעשה שלו הוי כקנין כסף דמהני לאחר ל'. ואף דבקנין חזקה ג"כ לא מהני אחר ל' דכלתה כו'. מ"מ זה שהחזיק קני מיד ובעד זה קונה הב' כשיכתוב שטר דגם אחר ל' וגם הב' מהני בהחלפה כנ"ל. אולם בהחליף ב' שדות בשדה וזה החזיק בא' דקי"ל אף די' שדות החזיק בא' קנה כולם. מ"מ דוקא בנתן דמי כולן כמ"ש בש"ע סוף סי' קצ"ב ע"ש בסמ"ע. א"כ בהחלפה כנ"ל מאחר שהב' לא קנה עד שיכתוב שטר דנגדו אינו רק כנתן כסף. א"כ שוב זה שהחזיק בשדה א' לא קני השדה שני' דלא נתן דמים כיון דהב' לא קני בלא שטר כנ"ל וגם בהחליף כלי שוה בשוה יש להסתפק אי לא נפיק מתורת ק"ס ג"כ. או דבהחלפה שוה בשוה אף בכלי אין זה קנין סודר דלקיים כל דבר כו' רק מכירה דחליפין וג"כ לא יהי' שייך סתם קנין כו':

(ד) **הג"ה** החליף מעות ומטלטלין או מעות וקרקע ביחד י"א כו' נתבטל כל הקנין כו' וי"א דכל הקנין קיים וי"א דקיים על כו'. ותמהני על רמ"א ז"ל למה שינה מלשון המרדכי דשם כתב להדיא שהקנה מעות, ומטלטלין וקרקע ביחד בק"ס וכן הביא בב"י ורמ"א שינה וכ' או מעות וקרקע כו'. ולע"ד אין הוכחה כלל לדין של הרמ"א. דהא עוד תמוה שאותו דיעה דלא קני כלל כ' טעם דהוי כקני את וחמור (פ' מ"ש). וכן הסובר דקני

מחצה דפסק כר"נ באת וחמור. אבל אותן הפ' דכולו קיים לא כ' שום טעם למה. והא אף מ"ד דאת וחמור קני הכל היינו דיודע שאין החמור קונה והקנה לזה הכל. אבל בדבר שאינו מועיל הקנין אף שהקנה המעות בחליפין א"כ מאיזה טעם יקנה הכל. עכ"פ הי' לו להמרדכי לומר איזה טעם. ועוד דהביא אח"כ שר' שמחה כ' דלא קני הכל דא"כ למה בעי אגב ע"ש ולא כ' שום תירוץ ע"ז. ולכך נראה לע"ד דטעם דמ"ד קני הכל פשוט משום קנין אגב כיון שהקנה ביחד מעות וקרקע בק"ס א"כ נקנה המעות אגב קרקע דאיזה קנין שעושה בקרקע נקנין המטלטלין אגבן. וכיון דעשה ק"ס וקנה הקרקע נקנה המטבע באמת כנ"ל. ולא הוצרך טעם למ"ד קני. רק דהא קי"ל דצריך שיאמר אגב וקני. אך הא מבואר ב"ב פ' הספינה בכתבו שטר על השדה כאותה ששנינו כותבין ללוקח כו' וזכה בשדה וקני השטר בכל מקום שהוא. ודעת רוב הפ' שם דאינו צריך שיאמר אגב כיון דשטר אפסרא דארעא (קדושין כ"ז) ושייך לקנין הקרקע הוי כאומר אגב וסגי בסתם כשזכה בשדה וכן בצבורין יש דיעות בש"ע סי' ר"ב דאצ"ל אגב ע"ש. ו בעציץ וזרעים כתבו תוס' גטין (כ"ב) כיון דעציץ שייך לזרעים אצ"ל אגב. וא"כ הך דיעה ס"ל ג"כ דאי לא קני המעות לא יקנה כלל כאת וחמור וכמ"ש לקמן בעז"ה. וא"כ שוב מטעם זה קני הכל מטעם אגב דהוי ממש כאפסרא דארעא ואף דלא אמר אגב רק עם הקרקע ביחד ג"כ קני דהא תליא קנין הקרקע בקנין המעות שאם לא יקנה המעות גם הקרקע לא יקנה ושוב הוי כאגב דשייך להקרקע קנין המעות וכמו השטר של הקרקע גופי' דקונה בלא אמירת אגב כנ"ל. וא"כ לא קשה כלל דא"כ למה קנין אגב. הא אדרבא מה"ט הוא דקני. רק הא דשם צריך לומר אגב משום דשם לא תלה קנין הקרקע בקנין המטלטלין ביחד. וא"כ אף אם לא יקנה המטלטלין מ"מ יקנה הקרקע ולא שייך אפסרא כו' ולכך צ"ל אגב משא"כ כשהקנה ביחד כנ"ל. ודעת החולק דלא קני כלל סבר להיפוך דהוי כאת וחמור. וא"כ אדרבא בשלמא באגב שלא תלה הקנינים זה בזה שפיר אמרינן כיון דהקרקע ב"כ וב"כ קונה וממילא בטלו המטלטלין לגבן ונקנין אגב הקרקע משא"כ כאן שתלאן זה בזה והקנה ביחד אמרינן להיפוך דאין מתחיל כלל לקנות הקרקע בק"ס כיון שלא רצה רק אם יקנה גם המעות בקנין זה והמעות אינו נקנין בק"ס בטל גם קנין הקרקע וממילא אין כאן קנין אגב כלל כנ"ל. ור' שמחה חולק דקני מחצה כר"נ באת וחמור. וממילא כיון שאין תלוי קנין א' בב' שוב לא שייך טעם הנ"ל ולא נקנה באגב כלל דצריך דוקא שיאמר דלא שייך כמו בשטר דאפסרא דארעא דהא אינו תליא כלל קנין הקרקע במעות דאף שלא יקנה המעות יקנה הקרקע כנ"ל. ומייתי שפיר ראי' ומדויק שכ' דאלת"ה הא דאמרי' פ"ק דקדושין נכסים שיש להן כו' ואמרינן בגמ' דבעינן אגב למה לי' אגב ליקני

במיגו כו' ע"ש. ולמה לי אריכו' זה הי' ל"ל בקיצור למה לי קנין אגב ולמה לי קרא דערי מצורות כו'. רק דזה לא קשה כלל כמ"ש. רק קושייתם דאמר בגמרא דבעינן אגב כו' היינו אמירת אגב כמבואר שם להדיא אגב וקני בעינן. והא למה לי' הא מתוקם מתני' נכסים שאין ל"א נקנין עם כו' כשהקנה אותן ביחד ואז מהני בלי אמירת אגב כיון דתלוים ביחד כשטר הנ"ל. ולא הי' צריך הש"ס להוסיף אמירת אגב שלא הוזכר במשנה. ומוכח דלא מהני כה"ג ג"כ בעי אמירת אגב משום דל"ד לאת וחמור דלאו בר קנין כו' ע"ש משא"כ בזה קני הקרקע אף שאינו קונה המעות ושוב בלא אמירת אגב לא מהני ומדוקדק שפיר כנ"ל:

ומוכח עוד מלשון ר' שמחה שכ' המרדכי ור"ש כתב אע"ג דמעות לא קני קרקע ומטלטלין קני דאלת"ה הא דאמרינן פ"ק דק' נכסים כו' ל"ל אגב כו' ליקני במיגו דחייל כו'. והלשון תמוה שהתחיל דאף דמעו' לא קני שמ"מ קונה המטלטלין כו' והיינו דל"ד לאת וחמור וההוכחה דאלת"ה הוא להיפוך שלא נאמר מיגו דקנ' זה קנה הכל. ואח"כ סיים וליכא למימר דדמי לאת וחמור כו' ע"ש. והא בזה הי' לו להתחיל כנ"ל. ולמ"ש הכל מיושב בעזה"י דכולא חדא מלתא הוא. וגם ר"ש מודה דאם היו תלוין זה בזה כאת וחמור הי' כשטר כו' דא"צ לומר אגב. רק דסובר דלא תליא וקני מחצה. והתחיל שפיר דאע"ג דלא קני מעות קני הקרקע ומטלטל כו'. דאלת"ה רק שתלוין כו' ואצ"ל אגב א"כ פ"ק דק' כו' ל"ל לומר אגב כנ"ל. וע"כ דאין תלוין וקני מחצה ול"ד לאת וחמור כנ"ל וא"כ במה שהוסיף הרמ"א ז"ל ושינה מעות ומטלטלין לחוד כו'. למ"ש אין ראי' כלל שיהי' מ"ד שיקנה הכל דאין מטבע נקנה אגב מטלטלין כנ"ל. אולם מי יחלוק על הרמ"א ז"ל. ונראה דדייק לה מלשון שכתב מרדכי וי"א שקנה הכל מיגו שחל הקנין על הקרקעות ומטלטלין חל נמי אמעות ע"ש. ואי משום אגב הי"ל מיגו דחל אקרקע לחוד שזה הוא הטעם ומדהזכיר המטלטלין משמע לי' שגם במטלטלין ומעות לחוד הי' הדין כנ"ל. והגם שאין זה דיוק כ"כ דהאמת נקיט שקנה המטלטלין ג"כ בק"ס מ"מ קצת משמעות כן כרמ"א ז"ל. ולשון המרדכי שכתב י"ל לדעת רמ"א ג"כ כנ"ל. דהא ע"כ צריך לישב ק' ר"ש לדיעה א' למה לי' קנין אגב. וע"כ החילוק דדוקא כשתלוין זה בזה ואם לא יקנה המעות גם המטלטלין לא יקנה אז שייך שוב מיגו דחל הקנין על זה חל על הכל. וכמו פ"ק דגטין דפליגי אביי ורבא בכל נכסי אי מתוך שלא קני כו' אי מתוך שקנה כו' כיון דתלוין כנ"ל. וכמו י' שדות דקי"ל החזיק בא' קני כולן אף דבהפקר לא קני רק מה שהחזיק משום דבהפקר אינו מורה החזקה על קנין השדה שלא החזיק משא"כ בדעת אחרת מקנה שלא הקנה א' בלי חבירו שוב מורה חזקת שדה א' על כולן כיון דחזקה מור' שנעשה שלו

כמ"ש הרא"ש וזה הוא הקנין א"כ כיון שאם לא יקנה כולן גם זה אינו שלו שוב מורה על קנין כולם וקונה כיון שיש שייכות עכ"פ דסדנא דארעא חד ע"ש (ב"ב נ"ג ע"ב) במצר מפסיק כפי' רשב"ם ז"ל. וכן מטבע דעיקרו הצורה ואין בו ממש אין ק"ס מורה על קנין שלו רק כשיבא לידו ממש. ולכך כשנתלה בקנין במטלטלין שבזה מורה הק"ס שנעשה המטלטלין שלו ושוב כיון דאם לא יקנה המעות גם המטלטלין לא יקנה ממילא מורה הק"ס על קנין המעות ג"כ כמו בי' שדות הנ"ל דג"כ יש שייכות להקנין שתלוין כנ"ל ושייך מיגו לקנות הכל. וכן ב"ב גבי אותיות דפריך וכי לצור כו' ופי' רשב"ם דהקושיא שיהי' נקנית במסירה ע"ש (דף ע"ו ע"ב). אף דמילי נינהו כו' מ"מ כיון שקנין הנייר תלוי בו דאם לא יקנה החוב גם הנייר לא יקנה שוב מורה מסירת השטר גם על החוב שאין בו ממש והי' קונה רק דמשני אין לצור כו' ואינו תלוי ושוב אינו מורה כנ"ל. וא"כ בהנ"ל בתלוין זב"ז סוברים דקני הכל משא"כ באגב דהקנה הקרקע ואגבן יקנה החפץ דאף שלא יקנה מטלטלין יקנה הקרקע לא מהני מתורת מיגו כנ"ל רק אגב. וא"ל דא"כ איך מוכח קנין אגב מקרא דעם ערי מצורות דלמא שם מטעם מיגו ותלאן כנ"ל. ז"א דלשון עם משמע שטפל להקרקע והקנה בפ"ע. וע"כ באגב כנ"ל. ואף לדעת הר"ן סי' ר"ב דעם לאו כאגב. מ"מ מודה בלשון הפסוק ע"ש. א"כ ר"ש שחולק ג"כ מודה דאי הוי כאת וחמור שוב הי' קונה הכל רק דסבר קני מחצה ושוב אין תלוין. והוכיח מגמ' דמשמע דצריך שיאמר אגב ומשמע דביחד לא מהני אף שתלאן. ומיושב ג"כ לשון המרדכי שהתחיל כנ"ל. ומ"מ אינו תימה על דיעה הנ"ל רק דיוק ומשמעותה. ושפיר הביא רמ"א דיעה הנ"ל אף במעות ומטלטלין לחוד:

ומיושב בזה דתמוה הא מתמה ש"ס פ' הזהב (דף מ"ז) ללוי בכליו של מקנה א"כ מצינו נכסים שיל"א נקנין עם נשאל"א ע"ש. ולדיעה הנ"ל נשאר תמיהת ש"ס גם לדידן הא משכחת שיקנה קרקע אף אגב מטלטלין כשהקנה ביחד. אך ז"א דודאי כשהקנה קרקע וחפץ ביחד ומשך החפץ לא קנה הקרקע גם לדיעה הנ"ל דלא שייך הקנין משיכה דחפץ כלל להקרקע רק בק"ס דהקנין שייך על החפץ והמעות ג"כ רק דמטבע אינו נקנה בק"ס שייך מיגו דחל משא"כ בהנ"ל. אדרבא כיון שהקנה ביחד הוי ככור בסלע דיכול לחזור בו בסאה אחרונה (ב"ב פ"ו ע"ב) וכל שלא החזיק בקרקע לא קני גם החפץ במשיכה. ואי אינו תלוי שוב לא שייך כנ"ל. ולכך לא קשה לדיעה הנ"ל מנ"ל לגמ' לפרוש מתני' דנכסים שאל"א נקנין כו' באגב דלמא בתלאן ומיגו דקני כי'. דהא תני בחזקה כו' ובמה שהחזיק בקרקע לא עשה קנין במטלטלין כלל ולא שייך מיגו. ומקרא דעם ערי כו' דיליף אגב ומ"ל דלמא בתלאן. י"ל ג"כ דמשמע עם כל הקנין שבקרקע וגם חזקה בכלל ומוכח

דמשום אגב. וזה הוא החילוק דבאגב מהני כסף שנתן רק דמי הקרקע לחוד וכן שטר שכ' בו רק הקרקע נקנין אגבן המטלטלין משא"כ בתורת מיגו, דחל כו' דוקא שכ' בשטר שניהם. וכסף שיהי' על הכל כנ"ל. וממילא משמע לשון המשנה דבתורת אגב שנקנין עם נכסים כו' בכסף ושטר כו'. היינו ע"י קנין הקרקע לחוד בשטר לא על שניהם כנ"ל:

ובזה מיושב מה דתמוה לדיעה הנ"ל דמייתי בש"ס (קדושין כ"ו ע"ב) דצא בעינן צבורין מהא דמרוני כו' ושאר מתני' כו'. וקשה דנהי דבהא דמרוני גופא לא קשה למה אג"ק הי' לו להקנות עם החפץ כ"ש במיגו כנ"ל. די"ל דגם על חפץ כ"ש ירא שישמטו משא"כ קרקע כו'. אולם מנ"ל לגמ' דאגב דלמא עם קרקע ותלאן על הכל כנ"ל משא"כ באגב י"ל דבעי צבורין כשאין תלוין זב"ז כנ"ל. ולמ"ש י"ל דאי באגב בעי צבורין א"כ המטלטלין בחצירו רק דלא מהני בב"א כמ"ש ש"ך (סי' ר"ב ס"ק ג') או טעם אחר. אבל שוב החזקה בקרקע הוי חזקה גם באותן המטלטלין הצבורין רק דל"מ ושוב מהני מיגו דחל וקני הכל בחזקה בלי אגב. וא"כ לא מוכח מקרא כלל קנין אגב דלמא בתלאן כנ"ל. וא"כ במשנה דמשמע דהקנין בקרקע לחוד בשטר כה"ג מנ"ל דאגב קני הא בקרא י"ל כנ"ל. וע"כ דלא מהני מיגו שיקנה הכל. א"כ דייק שפיר דאי נימא צבורין דוקא שוב מוכח דל"מ מיגו דחל וע"כ במרוני משום אגב ולא בעי צבורין ושוב י"ל דגם בלא אגב מהני מיגו דחל כנ"ל ומ"מ מוכח מקרא כנ"ל. מ"מ פשטא דגמ' משמע כמ"ש לעיל דדוקא אגב ולא מהני מיגו כו' וטעם הדיעה שבמרדכי כמ"ש משום אגב:

עוד הי' אפשר דהא קשה לדיעה הנ"ל ממטבע גופא דא"נ בחליפין וע"כ כנ"י דהוי הצורה כאותיות שאין בו ממש. והא כיון דגוף כסף המטבע יש בו ממש יקנה גם מה שאב"מ מיגו דחל. וכן בשטר עם הנייר. וצ"ל דדוקא ב' דברים משא"כ מטבע שעיקרו הוא הצורה בטל לגבי הכסף וכמו שהי' הכל אין ממש וכן באותיות בטל הנייר לגבי החיוב כנ"ל. ומה"ט מלוה ופרוטה דעתו אפרוטה ומלוה גופא לא מהני להפ' דנכלל מחילת מלוה רק דעתה על גוף המלוה. ולכך משיכה והגבהה קונה במטבע דבזה מורה הקנין על גוף הכסף שמושך וממילא קני הצורה. ובק"ס אינו עושה מעשה בכסף המטבע מורה יותר על קנין זכות של הצורה וזה אינו נקנה כנ"ל וא"כ במקנה מטבע וחפץ ביחד שתלוין כו' בק"ס י"ל דהוי שוב כמלוה ופרוטה כו' דמורה הקנין דרוצה במה שיש בו ממש החפץ שוב מורה גם על שדעתו על כסף של המטבע וממילא נקנה זכות הצורה. וא"כ אין ללמוד על שאר דברים. אך רמ"א משמע דלא ס"ל כנ"ל שכ' וה"ה דבר שאין בו ממש כו':

(ה) **י"א** הואיל וחליפין כו' נתבטל כל הקנין וי"א כו'. תמוה לי הא דיעה א' משום דהוי כאת וחמור וע"כ כמ"ש סמ"ע ומהרא"י דסוברים דאין הלכה כר"נ מדפריך בקדושין את

וחמור הוא כו'. וא"כ למה סתם בש"ע סי' ר"י דאת וחמור קני מחצה. ולא הביא רמ"א כלל דיעה הנ"ל דלא קני כלל. דתי' הסמ"ע בין דשלב"ל רק על דיעה ג' אבל על דיעה א' קשה דכ"ש הוא מאת וחמור כנ"ל. ונראה לע"ד דעוד תימה דגם בזה ששינה רמ"א מלשון המרדכי דשם שהקנה הכל ביחד בק"ס ורמ"א העמיד דין הנ"ל על החלפה שוה בשוה. ויש חילוק גדול. א' די"ל דמרדכי במתנה מיירי ובזה סוברים דקני מחצה כר"נ דלא אמרינן כלל שלא רצה שיקנה המטלטלין רק אם יקנה גם המעות כיון דהוא לטובת המקבל ואף בתנאי גמור י"ל הריני כאלו התקבלתי וכ"ש דלא תלינן בקפידא בסתם. וכהאי דביצה (ד"כ) ליקח ד' מאות כו' ולינסב ברתי' דאמר גמ' אי בעי נסיב א"ב לא כו' שהוא ב' מתנות לטובתו. וכשאינו מקבל א' עכ"פ זכה א' ע"ש. משא"כ בהחלפה שרוצה להקנות חפץ שלו רק בעד מטלטלין ומעות וכיון דלא קני המעות י"ל דלכ"ע בטל הכל וגם ר"נ מודה דהא הוי כחמור בפרה וטלה דלעיל ס' ב'. ובדבר שאינו ראוי לחלוק לכ"ע הדין כן. ואי בדבר הראוי לחלוק מ"מ עכ"פ קפידא יש שרוצה לקנות הכל דגם בראוי לחלוק יש ב' דיעות. וכיון שזה החליף ומשך חפץ שעי"ז יקנה הלה מעות ומטלטלין והמעות לא קנה א"כ הלה לא רצה להקנות החפץ בעד הטלטל לבד ולא קנה הוא החפץ ממילא לא קנה הלה גם המטלטלין כמבואר ברמ"א לעיל ס' ג' ולפיכך המייחד כו'. ולכך נראה דרמ"א לא מפרש כסמ"ע דטעם דיעה הנ"ל לדחות ד' ר"נ מהלכה. רק כמבואר אה"ע סי' מ"א בש"ע ב' דיעות בכולכם ואחיות ביניהם אי נכריות מקודשות. ויש שם ב' טעמים או דאת וחמור ב' דבורים משא"כ כולכם דבור א' וטעם הר"ן והה"מ דקפידא לקנות כולן כיון שהוא הקונה לטובתו ע"ש דכ' דלוקח חפץ שיקנה הכל דוקא משא"כ במתנה. וא"כ כאן שאינו דבור א' והוי כאת וחמור שפיר סבר רמ"א דוקא בהחליף הוא בדבר הראוי לחלוק ממש כנ"ל באחיות דאף שראוי לחלוק מ"מ דעת הר"ן והה"מ שקפידא לקנות הכל ובזה כ' הג' דעות א' דנתבטל הכל וכוונת המרדכי דהוי דאת וחמור במקום שיש קפידא כמו בקדושין ומקח. ודיעה ב' ממילא דקני הכל כיון דאם לא כן לא יקנה כלל שייך מיגו. דבשלמא חמור ואחיות א"א משא"כ כאן. ור"ש סובר קני מחצה כיון דאפשר לחלוק. ומפרש דמרדכי מיירי ג"כ שהקנה בק"ס אבל הי' במכר בעד איזה דבר רק הק"ס לקיים המקח ושייך ג"כ הקפידא כנ"ל. או דאף אי כוונת המרדכי לפסוק דלא כר"נ מ"מ רמ"א לא ס"ל בזה כן ולכך הביא רק כאן. וסי' ר"י באת וחמור פ' שפיר כר"נ דמחצה כו' ממילא בהחליף דבר שאינו ראוי לחלוק אין כאן רק ב' דיעות אי לא קני כלל או קני הכל כנ"ל אולם סי' ר"ט בדשלב"ל כ' רק י"א דדמי לאו"ח. ולא כ' דקני

הדשב"ל לחוד להורות דתלי' אם הי' הכל בדבור א' ככל נכסי ויש שלב"ל. או במכר שקפידא על הכל יש ספק אי לא קני כלל או מחצה כמ"ש סי' מ"א כנ"ל:

אמנם לע"ד לישב ד' מרדכי דסובר גם כן כר"נ רק הפי' דהא כתבו תוס' פ' הזהב דממעט אינו מסוים כחצי רימון כו' דהא דסודר מהני דתפיס מקצת משום דכיון דכפסיק דמי הוי מסוים ע"ש. וא"כ המרדכי דמיירי להדיא שהקנה מעות וקרקע כו' בק"ס. א"כ בעד הסודר שמקנה לו עבור שיקנה הקרקע והמעות שהוא חלף כו' כמ"ש סי' קצ"ה. וא"כ לא הקנה לו הסודר רק חלף שניהם וכיון דאין המעות נקנה קנה רק מחצית הסודר והנקנה שותף והוי דבר שאינו מסוים כחצי רמון דאינו מבורר חלקו אף ביותר מג' וכ"ש כשלא תפיס רק גע"ג. וא"כ ממילא לא קני כלל רק הקרקע בק"ס הנ"ל ומדמי לה לאת וחמור היינו כמו דשם לא קי"ל כר"ש דקני הכל דלמ"ד קני הכל הוא משום דחמור לאו בר קנין הי' דעתו שהוא יקנה הכל א"כ גם בק"ס הי' שייך זה שהמעות אינו נקנה שוב הקנה לו כל הסודר רק חליפי הקרקע ומטלטלין לחוד כיון שהיא רק לקנין נתפס הכל בעד מה שיקנה. ע"ז כתב דהוי כאת וחמור דקי"ל כר"נ דקני רק מחצה דמחצה הב' שאין חמור קונה מ"מ גם הוא לא קני. וממילא כאן לא קני כלל כיון דלא קני כל הסודר דמטבע אינו קונה שוב אינו מסוים ולא קני כלל כנ"ל. ואפשר דמפרש גם בקדושין כן די"ל בכולכם דאי באו"ח קני הכל כיון דאין אחיות כו' גם הנכריות קני הכל משא"כ כיון דקני מחצה נשאר הוא שותף בהפירות. וי"ל דחשוב אגוד בי' כיון דאין ברירה והכל שלו כמו שלהם. ואף אי לא חשוב אגוד בי' הכסף קדושין כדקי"ל אה"ע ס' בקידש בחלק כו' ע"ש בש"ע. מ"מ לעיל בש"ע סי' קע"ו דלא ישתתף עם אחר. וכן במת דהוי קפידא שרוצה להיות שותף עם זה לא עם אחר. א"כ בכולכם קפידא שרצו להיות שותף בהפירות עמם לא עמו כיון דקני מחצה. א"כ י"ל דגם לר"נ לא מהני בק"ס משא"כ בהחלפ' דגם אינו מסוים קני. גם נראה דק"ס דמי לכולכם לראב"ד ז"ל שתי' משום דהוי דבור א' לכך בטל הכל. ובאמת שנראה כן ריש גטין בכל נכסי חוץ מא' מרבוא כו' דאי לא פלגינן דבורי' בטל כולה כיון שבדבור א' הקנין על הכל. משא"כ עצמי ונכסי ע"ש (ד"ח ע"ב). וממילא למ"ש רמב"ם ז"ל דלא פ"ד לענין עדות בדבור אחד גם לענין קנין אמרינן כנ"ל. דהגמ' מדמי לה דמשמע דלא מטעם קפידא שלא רצה להקנות זה בלא זה דא"כ אינו דמיון כלל לעדות בפ"נ כו'. רק מטעם כיון שדבור זה בטל מקצת בטל כל הדבור ולא חשוב דבור שיועיל ממילא עדות וקנין שוה כנ"ל. ומה"ט שפיר את וחמור קני מחצה ואם הי' בדבור א' הי' בטל ולכך פריך כולכם את וחמור וכה"ג שבדבור א' בטל מקצת מודה ר"נ דבטל כל הדבור ולהנ"ל מיושב שפיר תי' הגמרא (קדושין נ"א ע"ב) כולכם

וא' מב' אחיות שתמוה מ"מ חמור הוא דקשאמ"ל לה"ק ורש"י ז"ל נדחק כיון שמספק. ואינו מובן כיון דמספק בטל בודאי ע"ש. ולהנ"ל שפיר כיון שב' דבורים קני מחצה וא"כ במטלטלי ומעות דהוא ב' דבורים מהני רק בק"ס א"כ בתפיסת הסודר יקנה הכל שזה מעשה א' ובטל מקצתה י"ל דבטל הכל כל הקנין כמו שם בכולכם. דשם הכסף ק' מחולקים לכל א' תלוי' אם הדבור א' וכן באת וחמור משא"כ בק"ס כנ"ל. ומה"ט כתב רמ"א ז"ל גם בהחלפה כשאינו ראוי לחלוק והחליף מעות ומטלטלין בחפץ או קרקע והחזיק זה בחפץ אף דדבר שאינו מסוים קונה בשוה בשוה מ"מ כיון שמקצת בטל ולא קני במשיכת החפץ או חזקה דקרקע רק חצי בטל הכל כיון שמשך לקנות כולו ודבר הראוי לחלוק כפירות תלוי בדיעות דלעיל בפרה וטלה כנ"ל:

ולדינא לע"ד במתנה בשאר קנינים בב' דבורים לכ"ע קני מחצה ואף שהקדים הדבר שאינו נקנה לא דמי להך דביצה וסי' רנ"ג דלינסב ברתי' שייך לתלות בתנאי משא"כ הנ"ל. ואף בדבור א' צ"ע אי מ"ל קים לי דאה"ע סי' מ"א כולכם י"ל מחומרא דקדושין. או משום שרוצה לקנות כל המקח כמ"ש ר"ן והה"מ משא"כ מתנה. וראי' מסי' רמ"ט בכל נכסי דלא קני השטרות וקנה השאר ולא הגיה רמ"א ע"ש. רק בק"ס אף במתנה שייך הג' דיעות. ואף בשטר כן דהא פסק רמ"א סי' ק"צ ס' ט"ז כר"ן דשטר שבטל מקצתו בטל כל השטר שאינו קונה. רק התם לא שייך שיקנה הכל כיון דעייל ונפיק כו' א"כ בדבר שאינו נקנה דשייך מיגו שייך כל הג' דיעות וכן בק"ס י"ל כנ"ל. ובהחלפה או מכר בדבר שאינו ראוי לחלוק רק ב' דיעות אי הכל אי לא קני כלל. ובראוי לחלוק יש ג' דיעות. ונראה דקני מחצה אף דס' בקנין אוקי אחזקת מ"ק. כאן יש רוב לענין המחצה ללוקח דמסייע דיעה דקני הכל לדיעה דמחצה והוי דיעה דבטל הכל יחיד למחצה דמוכר איכא רוב דיעה דבטל הכל לדיעה דמחצה וכמ"ש בגמ':

וי"ל דמה"ט הביא רמ"א כל הג' דיעות. מכ"ש דלענין סי ביטול המחצה דמי לס' אומדנא שכ' רא"ש ב"ב פ' מ"ש דאינו מבטל הקנין ודאי. הגם שי"ל קצת ומ"מ מוחזק גמור י"ל קים לי' כנ"ל. וצ"ע אי מצי אמר ק"ל שקנה הכל דנגד התפיסה חזקת מ"ק. וד' סמ"ע שרמ"א סבר מחצה. ולמ"ש לעיל אין הוכחה כלל דאיכא מ"ד קנה הכל. רק בקרקע ומעות מהני ק"ל בלא אמר אגב כמ"ש לעיל ככל הג' דיעות כמ"ש. ורמ"א דלא כתב רק בק"ס ובהחלפה ולא בשאר קנינים. נראה דכמ"ש לעיל דרק ק"ס שתפיסת הסודר מקיים דכ' לקיים כל דבר א"כ הקנין על הכל ושייך מיגו כו'. וכן חילוף ג"כ במעשה הזכי' של של זה קני הכל. משא"כ משיכה או חזקה דאין שייך רק לדבר זה לבד ולכך באגב החזיק בקרקע כו'. ומטלטל וקרקע בכסף נראה ג"כ דלא קני בלא אגב אף שהכסף קנין

על הכל דקי"ל ערבון נגד כולו קונה. דכשנותן כל הכסף לא שייך מיגו דחלוק ועומד דמי קרקע מדמי המטלטל רק פרוטה עירבון דשייך מיגו דש"פ ערבון על שניהם כנ"ל מ"מ כיון דכסף קני מה"ת במטלטל רק ח' בטלו משום נשרפו ח' כו' א"כ מה יוסיף במה שיהי' הקנין משום מיגו דחל הא גם שקונה הפקיעו כנ"ל. ול"ד לאגב דשם נקנה בקנין של הקרקע לחוד והחזיק בקרקע בלי שום קנין של טלטל קני דבטלי אגב קרקע וקנינו. שפיר לא שייך דמשום נשרפו כ' יבטל הקנין כיון דאמרה תורה דבטל לקרקע וכיון דעל הקרקע לא הפקיעו שפיר קני ממילא המטלטל דמה בכך שהפקיעו הא בלי קנין כלל מהני דבטל משא"כ בלי אגב רק ביחד משום מיגו דאינו בטל רק משום דהפרוטה כסף על הכל יתפס הקנין כסף גם על הטלטל והא לא עדיף מקנין כסף גופי' של הטלטל דמהני מה"ת והפקיעו כנ"ל. ולכך לא שייך דיעה א' דקני הכל. ואף לר"ל דמקני מה"ת משיכה. מ"מ הא באין מה למשוך קני מה"ת כסף כנתנו לבלן כו' (ב"מ מ"ח). רק ביש למשוך מבטל קנין כסף שאינו מורה דנעשה שלו כיון שיש קנין חשוב ממנו כמסירה ומשיכה. ומשיכה בדבר שדרכו להגביה. וא"כ איך יקנה משום מיגו דקני הקרקע קני טלטל בכסף מ"מ קנין זה של טעם מיגו ג"כ אינו קונה משום שיש קנין חשוב יותר למשוך גוף החפץ כנ"ל ואינו מורה כנ"ל. ודוקא קנין סודר שקונה הכל בתורת קיים דבר שייך כנ"ל. וכן החלפה נראה דמספקא לרמ"א בשוה בשוה אי משום בעינן כסף או מעל התמורה כר"ת ז"ל כמו ק"ס דשייך כנ"ל. וכן דיעה א' דלא קני כלל ג"כ לא שייך כיון דמה"ת מעות קונה לא שייך משום הפקעת חכמים שלא יקנה בשביל זה גם הקרקע. דלא עדיף מכולכם וא' מב' אחיות שפי' רש"י דלא הוי את וחמור כיון שאינו בטל רק מספק. ועוד כמ"ש ר"ן פ"ב דכתובות דמצאו לקיים כ"י של ע"א דמחייב שבועה אף דע"א בשטר לא מהני. מ"מ לא מהני הצרכת קיום דרבנן לבטל העדות ע"א שאמת משום ביטול הב' דלענין הב' ל"מ התקנה של הא' ע"ש. וכן פ' אע"פ בקונמות דאף דאלמוה רבנן לשיעבודא מ"מ לענין שלא יועיל על כשיגרשנה לא הוי דבר שלב"ל וחשוב לענין דבר המועיל כמו שהדין מה"ת ע"ש. וכן בהנ"ל דנין לענין קרקע הנקנה כאלו לא נתבטל הקנין כסף דטלטל כמו שהדין מה"ת. ועוד דעדיין מועיל הקנין גם בטלטל למי שפרע ולא חשוב בטלה והבו דלא להוסיף עלה. רק בנתן רק פרוטה מ"מ יש לדון דלא קני כלל כיון דהפרוטה על שניהם הוי כבתך וקרקעך בפרוט' דפ"ק דקדושין כיון שב' קנינים נפרדים נשאר על הקרקע רק חצי פרוטה. ויש לדחות בסתם רק בפירוש על שניהם י"ל כנ"ל. ובשטר אם הקנה קרקע וטלטל בשטר א' בלא אגב. הא כ' רמ"א סי' ק"צ דבטל

כל השטר. א"כ אין רק ב' דיעות אי הכל או בטל לגמרי ולא על מחצה מ"מ יש להסתפק ולכך נקיט רמ"א רק בק"ס והחלפה הני דיעו' כנ"ל:

(ו) **וה"ה דבר שאין בו ממש** כו'. כ' סמ"ע כל הני דיעות. משמע גם דיעה דקני הכל. והא חילק בעצמו דדשלב"ל דל"ש בי' קנין פ' דלא קני הכל וגם דבר שאב"מ כן ואי משום שהי' יכול להקנות בית לדירתו. גם בפירות דקל מצי להקנות דקל לפירותיו. וע"כ שאין זה הקנין של הפירות וכן הנ"ל. ונראה דבחילוק דאין בו ממש כדירת בית וט"ה שהדבר שלו וברשותו. רק דאין בו ממש ואין מקום שיתפוס בו הקנין. ולכך כשמקנה עם יש בו ממש ביחד שייך מיגו שיש במה לתפוס כיון שתלוי במה שיש בו ממש כנ"ל. משא"כ דשלב"ל או אינו שלו מה מהני מיגו שיועיל הקנין כיון שאינו בכחו להקנות דבר זה אף שעושה בו קנין גמור השייך לאותו דבר ומה עדיפות לקנין שבתורת מיגו דחל מקנין של הדבר עצמו. משא"כ בדבר ששלו רק שחסר אופן הקנין שאין בו ממש שייך מיגו כנ"ל:

עוד י"ל דדשלב"ל אף אם יקנה מיגו דחל מ"מ לא יקנה רק כשבא לעולם כמו לר"מ דאדם מקנה כו' ומ"מ לא חל עד שב"ל דמה יקנה. וא"כ שיב אינו ביחד עם דבר הנקנה שזה קונה מיד. ושוב אינו קונה כלל הדשלב"ל אף כשב"ל. ולטעם זה אפשר במקנה דשלב"ל כשיבא לעולם ועוד חפץ הבא לעולם שיקנה אז י"ל דמהני לדיעה הנ"ל. ואפשר אף לטעם א' דלכשיבא שלו רק כאין בו ממש ושייך כנ"ל. ובל"ז יש דיעות דלכשיבא לחוד ג"כ קני ע"ש סי' ר"ט:

הלכות פקדון

סימן רצה

סעיף א

ש"ח שאמר הריני משלם ואיני נשבע אם הי' הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות כמותו כגון פירות כו' ה"ז משלם ואינו נשבע אבל אם הי' הפקדון בהמה או בגד מצויד או כלי מתוקן או דבר שאינו מצוי לקנות כמותו בשוק חוששין שמא עיניו נתן בה ומשביעין אותו בנק"ח שאינה ברשותו ואח"כ משלם וה"ה לשאר השומרין כגון השואל שאומר מתה או נגנבה וש"ש והשוכר שאמרו נגנבה או אבדה אע"פ שהן חייבין לשלם משביעין אותם ש' שא"ב ואח"כ משלמים כו' שאנו חוששין שמא ענ"ב ואם אמרו הבעלים יתר על זה הי' שוה כולל בשבועתו שאינו שוה אלא כך וכך:

(א) **ש"ח שאמר ה"מ** כו'. כן גירסת הרי"ף וכתב הרא"ש דאף שילם כו' ולא אמרינן שמחל לו השבועה במה שקיבל התשלומין דמסתבר טפי לומר שקיבל כו' כדי שלא

יחזור בו כו'. והקשה ב"ח הא א"י לחזור כיון שקיבל עליו בב"ד. וכתב הש"ך ז"ל דלק"מ שהמפקיד סובר שיחזור בו ויצטרך בדינא ודיינא כו' ע"ש. ולע"ד נהי דכאן אפשר לפרש כדבריהם. אבל מ"ש הרא"ש אח"כ דלענין הקנאת כפל קאמר דלא ס"ד כל שלא נשבע או שילם דאומר עיניו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו הלכך אכתי לא מקני לי' כו' ע"ש. ואין לשונו מתפרש כלל כדבריהם דמה אמר קודם שישבע או ישלם. הא ע"כ ישלם וישבע והי' ל"ל קודם שישלם וישבע יחזור ויצטרך לטרוח בדינא וגם גוף הסברא מנ"ל נהי דתוס' מפרשים מיהדר הדר בי' כו'. ויצטרך לטרוח כו' היינו כשרואין שחוזר בו. אבל כל שלא ראינו שחזר בו. אם הי' זה סברא לא הי' מועיל כלל אמר הריני משלם דאכתי לא מקני שמא יחזור ויצטרך לטרוח בדינא אף שחייב. וע"כ דל"ח דכל דלא הדר בי' מסתמא במלתי' קאי כיון שע"פ דין א"י לחזור. וא"כ מה בכך שלא נשבע:

ולע"ד אינני מבין כלל דבריהם. שכוונת הרא"ש נראה פשוט לע"ד ע"פ מה שכ' סוף מס' שבועות מי שנתחייב שבועה וראה שמגלגלין עליו ורצה לשלם תביעה ראשונה כו' צריך לשלם הכל או לישבע על הגלגולים כו' ומיירי שכבר תבעו הדברים אחרים כו' ואח"כ כ' אמנם בהא איכא לאסתפוקי אם אחר שחייבו כו' לפרוע הכל או לישבע אם יוכל לחזור בו מב' דינרין. כי אדעתא ליפטר משבועה רצה ליתנם ואפילו יצא מב"ד יוכל לחזור בו א"ד כיון דאודי אודי. והדעת מכרעת שיכול לחזור בו ע"ש. והובא להלכה בטור וש"ע סי' צ"ד. ואף דהא קודם שרצה לשלם כבר תבעו הגלגולים. והוא אמר סתם שישלם העיקר מ"מ אמרינן שהי' סבור שיפטור לגמרי. ולא ע"ד שיצטרך עוד לישבע שוב רוצה לישבע על הכל אף שלא פירש כשאמר שרוצה לשלם הב' דינרין דאי פירש לא הי' מסופק הרא"ש:

והנה מבואר שם ברא"ש ז"ל שכ' אע"ג דמשמע דשבוע' דשאינו ברשותו דאורייתא הוא כו' דכ' שבועת השם כו' דהיינו ש"ש אגב נשבע ג"כ שאינו ברשותו אבל כשמשלם וחושדין אותו שעיניו נתן בה כו' שבועה זו דרבנן ע"ש. שסובר דעיקר שבועת שומרין שלא פשעתי ושא"ב רק גלגול. לכאורה קשה הא הוי ממש דין הנ"ל דכשמשלם הוי שמשלם בעד העיקר שבועה היינו שלא פשעתי אבל עדיין כיון שלא החזיר גוף החפץ נשאר הגלגול שאינו ברשותו שהי' עליו ועדיין לא נפטר מהחיוב של הגלגול או להחזיר החפץ או לישבע שא"ב. והוי שבועת התורה מגלגול כנ"ל. ולמה כ' הרא"ש שהוא דרבנן. אך הטעם לע"ד או דסבר הרא"ש כמ"ש ב"י ובש"ע סי' צ"ד דדוקא במגלגל בטענת ברי הדין כנ"ל. אבל בשמא כשמשלם העיקר נפטר מהגלגול ע"ש ס' ג' ובש"ך:

עוד נראה עיקר דמה שחייבתו תורה גלגול שא"ב להרא"ש הוא דוקא, על כפירת ממון והיינו במה שפוטר עצמו בטענת גניבה ואבידה דאף דאינו ברשותו לחוד לא הי' משביעין דבגזלנא לא מחזקינן אבל ע"י גלגול על שלא פשעתי שפיר יכול להשביע גם על החשד גזילה שלגמרי אצלו וכופר ופוטר עצמו בשקר אבל זה החשד שמא עיניו נתן בה כשמשלם ע"ז לא חייבה תורה כלל גם ע"י גלגול או דלא הוי כפירת ממון או דלא חשדו תורה בכך וא"כ כשמשלם לא שייך שעדיין נשאר הגלגול. דז"א דאין כאן עוד שבועה זו של הגלגול שהי' עליו קודם התשלומין. דעל זה הספק דעיניו נ"ב כשמשלם מעולם לא הי' עליו חיוב שבועה זו גם ע"י גלגול דלאו כפירת ממון או דלא חשדו תורה גם לגלגל כנ"ל ושפיר רק שבועה דרבנן. ועכשיו דחששו חכמים שמא עיניו נ"ב שפיר שייך ע"י גלגול ג"כ דעדיין לא נסתלק חיוב זה מדרבנן. אך אין חילוק דבין כך ובין כך השבועה מדרבנן כנ"ל. וא"כ עכ"פ הדין כנ"ל דאף שטען נגנבה ש"ח ויש עליו חיובי שבועות הנ"ל ואמר הריני משלם ואיני נשבע אף דא"י לחזור בו מ"מ כשמשביעין אותו שא"ב שפיר יכול אח"כ לחזור בו דלא רצה לשלם רק אדעתא כדי ליפטר מכל השבועות אבל כשיצטרך לישבע ישבע על הכל ממש כמ"ש הרא"ש בדין הגלגולים כנ"ל אף שבשעה שקיבל עליו לשלם כבר הי' עליו חיוב הגלגולים מ"מ יכול לחזור בו ולומר שרק כדי לפטור לגמרי רצה לשלם כנ"ל. אבל כשכבר שילם ודאי מודה הרא"ש דא"י להוציא באומדנא זו דלא שילם רק אם יפטור לגמרי דהא הרא"ש כ' רק והדעת מכרעת שיכול לחזור כו' היינו שאין יכולין להוציא ממנו אבל לא שהוא יוכל להוציא כיון דלא פירש רק שילם סתם:

וא"כ מיושבים כל דברי הרא"ש ז"ל כאן כפשטם. שמקודם כתב דבשילם אין לומר שמחל השבועה מדקיבל סתם ולא תבע שישבע. דאדרבא לכך קיבל סתם כדי שלא יחזור בו דאם הי' רוצה להשביעו שא"ב הי' יכול לחזור. בו ולישבע על הכל דלא נתחייב רק אם יפטור לגמרי כנ"ל ולא הי' יכול להוציא ממנו. ולכך קיבל התשלומין ועדיין יכול להשביעו שא"ב ולא מהני שיאמר אדעתא לפטור שלמתי דא"י להוציא כנ"ל. ומהשבועה מי פטרו דגם אם הוא יהיב אדעתא דהכי המפקיד לא קיבל ע"ד כן כנ"ל. וכתב שפיר הרא"ש אח"כ דרק לענין הקנאת הכפל דלא מקני' לי' במה שאמר הריני משלם כל שלא נשבע שא"ב דהא הרא"ש כתב לפשוט דדוקא בב"ד משום דלא מצי הדר בי' מקני כפילא אבל היכא דמצי הדר בי' ודאי לא מקני ע"ש. וממילא שפיר לא סמכא דעתי' אף שאמר ה"מ דסובר כשישביעו שאינו ברשותו יחזור בו קודם שישבע או ישלם כיון דהברירה בידו לחזור בו ולישבע על הכל דא"י להוציא ממנו כנ"ל. וממילא לא מקני לי' כמו

חוץ לב"ד באמירה הריני משלם כנ"ל. עד שכבר נשבע שא"ב ולא כלל שאר השבועות לפטור עצמו דאז לא יוכל לחזור בו דרואין מה שנתחייב הי' בעד שאר השבועות או עד שישלם דאז לא יועיל חזרתו להוציא שפיר מקני לי' גם קודם שנשבע דע"כ יצטרך לישבע שא"ב כנ"ל:

ומ"ש הרא"ש דאומר שמא עיניו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו. דתמוה הלשון מאד דמה זה ענין אם עיניו נתן בה אדרבא לא ישבע לשקר וע"כ יחזור לו גוף החפץ או ישלם. ומה יהי' החזרה קודם שישבע שא"ב או ישלם. הא עכ"פ יהי' לו או החפץ או תשלומין ואי משום דחושדו עיניו נתן בה וברשותו ואינו רוצה להקנות לו הכפל אף שמשלם. א"כ גם בשילם ולא נשבע שא"ב שייך זה. ועוד דלענין הקנין להקנות לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני. מה מזיק לו החשד דעיניו נתן בה א"כ לא נגנב ואינו מקנה לו כלום. וא"כ זה הקנין לכשתגנב הא שפיר מקני לי' דא"כ אינו ברשותו ומשלם. ולמ"ש הפי' פשוט כיון דהטעם דלא מקני באמירה כל שלא נשבע הוא משום דיוכל לחזור בו ע"פ דין כשישביעו שא"ב דאדעתא שיהי' שבועה לא נתחייב כנ"ל. וא"כ הא בידו שלא להשביעו כלל שא"ב ואז לא יוכל לחזור מחיובו ושפיר נקנה לו כנ"ל. ע"ז כ' הרא"ש דאומר עיניו נתן בה. וא"כ באמת רוצה להשביע שא"ב ושוב קודם השבוע' יוכל לחזור בו ולישבע על הכל וממילא לא מקני לי' כנ"ל ומיושב הכל בעז"ה ולע"ד ברור:

וממילא הי' נראה דע"כ לא קאמר הרא"ש אלא בש"ח שאמר נגנבה והריני משלם ואיני נשבע דשייך טעם הנ"ל אבל באומר פשעתי דגם כן קני כפילא קני אף שלא נשבע עדיין שא"ב דהא לא מצי הדר בי' כיון שהודה בב"ד שפשע. אולם משמעות לשון הטור אינו כן ע"ש. אף שאפשר לפרש דבריו כן. דברישא נקיט ב' הדינים בין אמר נגנב וה"מ ואפילו אומר פשעתי ושילם כו' ואח"כ כ' רק אבל אמר הריני משלם ולא נשבע לא קני כו' ולא הזכיר פשעתי. מ"מ פשוט לשונו ברישא דנקיט אפילו אמר פשעתי והריני משלם ושילם כו' משמע דוקא שילם אף שאמר פשעתי ע"ש:

וצ"ל דהא נראה מהטור דאף דאומר פשעתי צ"ל ג"כ הריני משלם מדהזכיר שאמר פשעתי וה"מ ושילם וע"כ דלא סגי באמירה פשעתי שאין ראי' שישלם בעצמו אף שחייב. וממילא י"ל גם שאמר ה"מ כוונתו אדעתא ליפטר משבועה. וכשיחייבוהו שא"ב לא ירצה לשלם וממילא כל שלא נשבע הוי כאמר פשעתי לחוד בלא אמירת הריני משלם דלא מהני להטור כנ"ל. אך הסברא תמוה ובין לפי' הנ"ל ובין לפי' הש"ך ז"ל מנ"ל להטור זה בהרא"ש. דבשלמא באמר נגנבה והר"מ דהתשלומין בעד השבועה שייך שהי' כוונתו רק ע"ד לפטור לגמרי משבועה כמ"ש הרא"ש כיון שמוותר לשלם בחנם לפי דבריו.

וכשמחייבין אותו ששא"ב יחזור בו לישבע על הכל. ואו דמהני חזרתו כנ"ל או לש"ך דלא מהני עכ"פ שייך שיחזור בו ויצטרך לטרוח אבל באומר פשעתי והריני משלם שמה דרצה לשלם הוא מחמת שחייב כדין וכיון שהדין דאף שמשלם חייב לישבע שא"ב. מה הוכחה יש לנו שזה טעה בדין ושכשיחייבוהו שבועה שא"ב יחזור בו מנ"ל הא אמר ה"מ בעד הפשיעה ומה ענין זה לשלא ישלם בשביל שיצטרך לישבע שא"ב. וכשאין הוכחה מדבריו לא אמרינן בשום דוכתי שטעה כנ"ל:

ולכך נראה דיותר ראוי לדחוק קצת בלשון הטור כמ"ש דרק ברבותא דרישא נקיט אפילו פשעתי וה"מ ושילם דמקני לי' אף שחייב ע"פ דין אבל בסיפא דלא מקני באמת לא הזכיר רק הריני משלם לחוד. ובל"ז הב"י חולק לגמרי על הרא"ש דאף דאמר ה"מ מקני לי' אף שלא נשבע עדיין שא"ב. ונראה לע"ד לדינא דנהי דנראה דהמוחזק יכול לומר קים לי כהרב"י ואי תפס הכפל או יוקרא לא מפקינן מיני' אף שלא נשבע שא"ב. מ"מ נראה דלא מצי אמר קים לי בש"ח שאמר נגנבה והריני משלם דהא כיון דעכ"פ יהי' הדין דיכול לחזור בו כשיחייבוהו שבועה שא"ב דהא להוציא לא יוכל ממנו כמ"ש לעיל ועכ"פ יוכל לומר קים לי דהא ליש פ' יכול לחזור בו אף שקיבל בב"ד ממילא כיון שיכול לחזור לא מקני לי' דעכ"פ לא יוכל להוציא. והרא"ש כ' זה לפשוט ולא נחלקו עליו. וממילא אין ספק וודאי לא מקני לי' וא"י לומר אח"כ קים לי כהב"י דע"כ לא אמר הב"י רק דלהפ' הנ"ל לא יוכל לחזור אבל אם הי' יכול לחזור מודה דלא מקרי וא"כ כיון שיוכל לומר קים לי אם יחזור שוב גם להב"י י"ל דלא אקני לי' כנ"ל. וזה נראה דא"י לומר קים לי כהפ' דאף במצי הדר בי' מקני כל שלא חזר. דהא ר"ת עצמו חזר בו ופי' כהפ' דא"י לחזור משמע דמודה דאם הי' יכול לחזור לא מקני כנ"ל.. אבל בש"ח שאמר פשעתי והר"מ שפיר יכול התופס לומר ק"ל דקני אף שלא נשבע כהרב"י דהא לא הי' יכול לחזור בו שהודה פשעתי רק החשש לא סמכא דעתי' וע"ז חולקים הראשונים לדעת הב"י כנ"ל ולא שייך טעם הנ"ל. ובפרט דנראה דגם הרא"ש מודה וגם בטור אינו מפורש כנ"ל. ואפשר דגם תפיסת המפקיד לא מהני כמ"ש דלגמרי הדין בזה כהב"י כנ"ל. ומכ"ש כשאמר בפירוש הריני משלם ואשבע שאינו ברשותי. נראה דמודה הרא"ש והטור דלא שייך שמא יחזור בו. כמו דל"ח באומר ה"מ לחוד שמא יחזור בו כנ"ל ולכ"ע קני. אמנם למ"ש ס"ק ב' שי"ל פי' אחר בדברי הרא"ש וטור דגם אם אמר פשעתי וה"מ ואשבע שא"ב מ"מ לא קני כפילא כל שלא נשבע שאינו ברשותו:

(**ב**) **שאמר** כו'. הרב"י חולק על הרא"ש וטור דאין חילוק בין אמר לשילם. ומה שהביא הרי"ף אמר כו' משום דמימרא דר"ה מרחקא ממתני' ע"ש. ותמוה דהרי"ף הפך והביאו

מיד אמתניתין ואעפ"כ גרס אמר ה"מ משביעין כו'. ודו"פ דחה ג"כ דברי ב"י כנ"ל ע"ש. ובאמת ודאי שפשט לשון הגמ' לגירסת הרי"ף הוא א' מב'. או דאין חייב כלל שבועה שא"ב רק קודם ששילם. וגם הרמב"ם דייק משביעין כו' ואח"כ משלם ומה להם לזה אם השבועה קודם או אח"כ וכן בש"ע דמ"ש הש"ך שמא ע"י השבועה יודה ויחזיר החפץ ע"ש. ומה בכך שישלם קודם ואח"כ יודה קודם השבועה ויחזיר החפץ. וע"כ משמע דדינא הכי ואינו מובן למה. והיינו כהב"ח או דאם כהרא"ש ז"ל וכמ"ש כל הפ' דגם שילם משביעין שא"כ וצריך ע"כ לפרש מה דדייק ר"ה אמר הריני משלם דיש חילוק לענין הכפל כמ"ש הרא"ש דכיון דקאי אמתניתין הי' לו לומר שילם כלשון המשנה מה לו להזכיר אמר שלא הוזכר במשנה. וע"כ שיש איזה חילוק:

ולגירסת רש"י דאשילם קאי א"א למידק היך דינו לענין כפל או דהדין כב"י דכיון שלא הוזכר חילוק ממילא גם באמר מקני אף קודם שבועה שא"ב או אפשר להיפוך דגם שילם לא אקני עד שישבע שא"ב דהכי דייק טפי מדאמרה ר"ה אמשנה דהכא ולא אמתני' דד' שומרין דש"ש משלם כו' הי' לו לומר דגם שמשלם משביעין שא"ב וזה רבותא טפי מהיכא דמשלם בחנם כמ"ש הסמ"ע. ומדאמרה אמתניתין משמע דשייך לקנין הכפל כנ"ל:

ובאמת הי' נראה כן דהשבועה שייך לגוף התשלומין כיון דקי"ל (סי' פ"ח) תבעו דוקא והודה בשוה הוי ט"ח והל"ב כו' דאינו רוצה בשיוי רק גוף החפץ וא"כ זה הספק שהטילה תורה שבועה שאינ' ברשותו ואז מגיע לו החפץ ואין הדמים תשלומין כלל. א"כ אחר תקנה ר"ה התשלומין ע"י שתי אלו שנשבע שא"ב ואז כשנותן דמיו הוי תשלומין אבל כל שלא נשבע שא"ב דחושדו שצריך להחזיר החפץ לא שילם לו כלל. דדמיו אינו רוצה כלל כשמגיע לו החפץ א"כ כל שלא נשבע שא"ב חסר מגוף התשלומין אף דשילם דמיו. וגרע משילם מחצה שנפרע אותו מחצה כראוי אבל כל שלא נשבע שא"ב חסר לגמרי מהתשלומין. א"כ י"ל דלא קני אף ששילם כל שלא נשבע שא"ב:

ונראה לע"ד דזה עצמו טעם החילוק בין אמר לשילם כמ"ש הרא"ש ז"ל דכשלא שילם רק אמר ה"מ ודאי דבידו שלא לקבל התשלומין עד שישבע שא"ב דשמא בידו החפץ ואינו רוצה בדמיו כלל. ופרעון ע"כ כה"ג לא שמי' פרעון כיון דספק אם ברשותו ואינו מגיע לו הדמים כלל. וכיון דטעם שבועה דר"ה הוא לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו כו' כדאמר ריש ב"מ. ממילא כשאינו רוצה לגזול לגמרי רק להיות חמסן והיינו כשמקבל המעות אף שמטעה אותו. אבל ודאי דאם אינו רוצה לקבל מחמת ספק דברשותו ואינו רוצה בדמים. א"א לכופו עד שישבע שא"ב כנ"ל. וממילא הוי זה גזלן גמור אם ברשותו.

ושפיר כ' הרא"ש ז"ל דלא סמכא דעתי' שמא עיניו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו כו' דתמוה כמ"ש לעיל ולהנ"ל א"ש דחשדו שעיניו נ"ב ורוצה לשלם ולא תחמוד כו' אבל לא לגזול לגמרי כו'. וא"כ לא ס"ד אף דאמר בפירוש ה"מ ואשבע שא"ב מ"מ קודם שישבע יחזור בו ולא ירצה לישבע לשקר. ואז אף שירצה לשלם לא יקבל הוא ממנו דעל הספק אינו רוצה לקבל כל שלא נשבע שא"ב כנ"ל. וממילא ע"י כן יחזיר החפץ כדי שלא יהי' גזלן גמור וכיון דלא ס"ד מטעם הנ"ל לא חשוב כלל אמירתו הריני משלם לתשלומין כל שלא נשבע עדיין שא"ב. דבשלמא לענין אמירת הריני משלם לא אמרינן שמא יחזור בו דלמה נחוש לחזרה. אבל בשבועה ודאי דאף שאומר שישבע חוששין שכשיבא לכך לא ישבע דעיקר השבועה הוא זה דמסתמא לא ישבע שקר ושפיר לא סמכא דעתי דשמא יחזור בו ולא ירצה לישבע ואז אף שירצה לשלם לא ירצה לקבל ממנו כנ"ל ואין כאן אמירת הריני משלם כנ"ל. אבל כשכבר שילם סתם קודם שנשבע שא"ב וזה קיבל סתם. נהי דלא מחל לו השבועה כמ"ש הרא"ש מ"מ על הספק אם ברשותו או לאו כבר נתרצה לקבל דמיו אף שמסופק דהא לא נשבע עדיין וא"כ שוב אין שייכות השבועה להתשלומין כלל וחשוב שפיר שילם דאקני לי' כפל כשישלם אף שלא ירצה לישבע שא"ב. כיון שאין התשלומין תלוין בזה כנ"ל ומיושב שפיר דברי הטור דאף באומר פשעתי והריני משלם ג"כ לא קני כל שלא נשבע שא"ב כנ"ל. ודו"פ הניח בצ"ע דברי הרא"ש דגם בשילם נימא דלא ס"ד ע"ש ולמ"ש מיושב בעזה"י. והיינו דדייק הרמב"ם ז"ל ושאר פ' דמשביעין אותו ואח"כ משלם דבידו שלא לקבל התשלומין עד שישבע שא"ב:

ונראה דיש נ"מ טובא בש"ח דכשאומר נגנבה ופטור דיש עליו שבועה דאוריי' שא"ב והדין דנחתינן לנכסי' או מכין עד שתצא נפשו לישבע או לשלם. וממילא דלא סגי במה שנוציא הממון רק מכין או משמתינן עד שישבע שא"ב או שיחזור החפץ כיון שהשבועה שא"ב דאורייתא היא בשאינו משלם וכמ"ש בח"מ סי' צ"ד ס' ג' בגלגול אף שרוצה לשלם וזה רוצה החפץ ע"ש. וא"כ אף דאומר הריני משלם יש חילוק דאם שילם קודם השבועה וזה קיבל שוב נסתלק השבועה דאורייתא ואין עליו רק שבועה דרבנן ואין היו מנדין רק ל' יום כדין שד"ר שאינו רוצה לישבע. אבל כל שלא שילם בודאי דהברירה ביד המפקיד שאינו רוצה לקבל התשלומין עד שנכוף אותו לישבע שא"ב כיון שלדבריו פטור ויש עליו שבועה דאורייתא על גוף החפץ ומכין אותו עשת"נ כמו גזל דאורייתא עד שישבע שא"ב או יחזור גוף החפץ כנ"ל. ואין יכול לכופו לקבל תשלומין מה שאינו חייב לפי טענתו ולעשות מהשבוע' שא"ב שבועה דרבנן כנ"ל. ושפיר דייקו דהדין הוא

דמשביעין אותו ואח"כ ישלם כנ"ל. ולע"ד זה פי' הירושלמי אמר משלם אני חוששין שמא שלח בו יד ופי' הרא"ש סוף שבועות דהיינו שמא ברשותו ע"ש. ואח"כ אמר שם אמר נשבע אני וראה שמגלגלין עליו שבועות אחרות וחזר ואמר משלם אני חוששין אמר ר"י לא חייבה אותו התורה שבועה להחמיר עליו אלא להקל שאם רצה לשלם ואם רצה לישבע ישבע ע"ש. והביאו הרי"ף סוף שבועות דר"י פליג את"ק ופסק כת"ק והרא"ש דחה שם דבריו דמיירי לענין הקנאת הכפל ע"ש. וכבר כתבתי בחי' לגמ' לעיל דגם הרי"ף מפרשו כן ואע"פ כן פי' שפיר דברי הירושלמי. ולהנ"ל הפי' כפשוטו דאף שאמר ה"מ חוששין שמא ברשותו ואין תשלומין כלל וא"צ לקבל עד שישבע שא"ב. וכן במגלגלין עליו ואמר משלם אני חוששין היינו דג"כ פרעון בע"כ לא שמי' פרעון דהא עי"ז יפסיד שבועות הגלגולים. וממילא אין הלה רוצה לקבל התשלומין עד שישבע הגלגול או ישלם הכל. דאם הי' פרעון ע"כ שמי' פרעון הי' נפטר דלא הי' עליו אלא לשלם כשלא ישבע. רק כשמפסיד עי"ז לא הוי פרעון ושפיר דומה ממש לדין הנ"ל. ואו דקאי על הך ש"ח שטוען נגנבה רק שהי' מרוצה בתשלומי החפץ ולא הי' משביעו שא"ב רק משום הגלגולים אינו מרוצה. ג"כ יכול לומר לדבריך שנגנב איני רוצה לקבל בחנם רק שישבע כמו שנתחייב וממילא גם הגלגולים צריך לישבע או דקאי אשאר שבועות ולא קאי כלל אפקדון רק בשאר דוכתי שנתחייב שבועה וגלגול דא"י לכופו שיפסיד ואעפ"כ סמכו לדין הנ"ל דטעם אחד הוא. ולא קשה קושית הרא"ש שם דעכ"פ חייב מדרבנן ומגלגלין ע"ש. ולהנ"ל לא שייך זה רק באומר נגנבה וה"מ כנ"ל אבל באומר פשעתי מעולם לא הי' חיוב שבועה. אך מ"מ י"ל דכשאינו מחזיר הפקדון יש עליו חיוב ששא"ב מה"ת לכופו לישבע או להחזיר החפץ ולא להפטר בתשלומין וממילא במה שטוען פשעתי לא מהני הודאתו רק לחייב עצמו כשרוצה הלה בתשלומין אבל לא להפסידו אם אינו רוצה לקבל דמיו רק לכופו לישבע שא"ב או להחזיר החפץ וג"כ פרעון בע"כ לא שמי' פרעון אף שלדבריו חייב כנ"ל עכ"פ מיושב שפיר חילוק הרא"ש דכשלא שילם שייך השבועה לתשלומין ולא מיקרי כלל הר"מ כל שלא נשבע שא"ב משא"כ כששילם וקיבל סתם אף שיש חיוב שבועה שא"ב מ"מ אינו שייך לתשלומין וקני כפילא כנ"ל. ולא ידעתי להרב"י איך יפרש הירושלמי דנקיט ג"כ דינא דר"ה באמר ה"מ חוששין שמא ש"י דהפי' שבועה שא"ב כמ"ש הרא"ש ולמה לא נקטי' בשילם. ובירושלמי לא מרחק ממתניתין ומפורש ג"כ כלשון הרי"ף. וגם דו"פ דחה דברי ב"י ע"ש והכריע כהרא"ש וכ"כ הסמ"ע. וא"י למה הכריע הש"ך כהב"י לחלוק מסברא על הרא"ש וטור ור"י מה שאינו מפורש בשום פוסק לחלוק עליהם. ומה שהביא מסתימת הרמב"ם אין ראי' כלל דדרכו לכתוב

רק המבואר בגמרא וכיון דכ' (פ"ח מה' שאלה) אמר הריני משלם כו' ומבואר כדבריו פ"ו אמר ה"מ ואיני נשבע משביעין אותו שא"ב ואח"כ משלם ע"ש. משמע מדבריו דלא מהני אמירתו ה"מ ואיני נשבע עד שישבע שא"ב. וממילא י"ל דנכלל במה שכ' פ"ח אמר ה"מ כו' דהיינו כשנשבע שא"ב. גם דאפשר לפרש שנתרצה המפקיד לקבל התשלומין קודם השבועה ואח"כ להשביעו דבזה שפיר קני הכפל אף שלא נשבע עדיין שא"ב כנ"ל. משא"כ בסתם לא חשוב אמירה כלל כנ"ל דלא מועיל כנ"ל. ולע"ד אין הכרע כלל שיחלקו על הפוסקים הנ"ל. ומ"ש הש"ך שגם הב"ח פסק כן לע"ד הב"ח לטעמי' דאחר ששילם א"צ כלל לישבע שא"ב כמ"ש ש"ך ס"ק א' בשמו. ושפיר מפרש דברי הרי"ף כפשטם אמר ה"מ משביעין ממילא א"ש דקני אף שלא נשבע. משא"כ. להכרעת הש"ך כהרא"ש דגם שילם משביעין שא"ב. ודאי דא"א לפרש דברי הרי"ף וירושלמי רק כפי' הרא"ש לענין הכפל כנ"ל:

שוב ראיתי בב"ח שלא נראה כלל מדבריו שפוסק כב"י אדרבא מקודם כ' שהוא חידוש דין שלא נמצא רק בהרא"ש והב"י תמה עליו והאריך כו' ואח"כ כתב מיהו הר"י גם הוא נמשך אחר דברי הרא"ש בזה ע"ש. דנראה מדבריו מאחר שגם הר"י פסק כן דכן יש לפסוק. וגם שכ' רק על הב"י שתמה ע"ש. ולא ידעתי למה כתב הש"ך בשמו שפוסק כהב"י. ולע"ד פשוט לדינא שיש לפסוק כהרא"ש וטור ור"י וסמ"ע לכתחלה דאף אם ספיקא הוא מוקמינן אחזקת מ"ק אי אקני לי' כמ"ש הרא"ש בהנך בעיות דר"פ המפקיד רק בתפס הנפקד אפשר דיכול לומר קים לי כב"י וש"ך מאחר דלפי' רש"י ותוס' אשילם קאי ולא גרסי כלל בדר"ה אמר ה"מ ומשמע דאין חילוק והגם שי"ל דגם בשילם לא מקני עד שישבע כמ"ש לעיל מ"מ א"י להוציא. גם אם היו סוברים תוס' כהרא"ש ז"ל לא היו צריכין לדחוק בקושיא דמתני' דנקיט שילם די"ל הפי' ולא רצה לישבע גם שבועה שא"ב ולכך דוקא שילם וכן כ' הדו"פ דיש לפרש כן. א"כ משמע דלא ס"ל כהרא"ש ומהני תפיסה לומר קים לי. אך מטעם שכתבתי ס"ק א' י"ל דלא מהני גם תפס רק באופן שכתבנו שם כנ"ל ומ"מ נראה דמהני תפיסה כמו שיתבאר לקמן בעזה"י:

(ג) **ה"מ ואיני נשבע**. אינו מובן למה לי' הך ואיני נשבע ובברייתא השוכר כו', ואמר ה"מ ואיני נשבע דאתי לאורויי דאיירי למ"ד כש"ח או ליסטם מזוין בגוונו דאי בעי פטר בשבועה כדדייק פ' הכונס. אך על הברייתא גופ' ג"כ קשה כיון דבאמת אף שחייב ע"פ דין ג"כ קני למה לי' ואיני נשבע הל"ל סתם הריני משלם דקני והוי לכ"ע בין אי שוכר כש"ח ובין אי כש"ש. ולהרא"ש ז"ל אפשר דמיירי שאמר ה"מ ואיני נשבע ונתרצה זה ופטרו לגמרי גם משבועה שא"ב ולכך קני כפילא משא"כ אמר ה"מ לחוד דלא נפטר

משבועה שא"ב וכל שלא נשבע לא קני כפילא כנ"ל. וא"ל דא"כ מה פריך פ' הכונס מכלל דא"ב פטר בשבועה ע"ש. הא איכא לפרושי אף דשוכר כש"ש רק ואיני נשבע היינו שא"ב דר"ה ומה"ט קני. ז"א דה"מ ואיני נשבע מכלל דאם הי' נשבע לא הי' משלם ושפיר דייק. אך דוחק שלא הוזכר שנתרצה רק סתם אמר. וי"ל דלרבותא נקטי' להרא"ש דס"ד כיון דפי' ואיני נשבע ע"כ אדעתא ליפטר לגמרי כי הי' סבור שפטור ואח"כ שהדין דמשביעין שא"ב יחזור בו וממילא אף שנשבע אח"כ שא"ב מ"מ ס"ד לא אקני' לי' שמא יחזור ממה שרצה לשלם וקמ"ל שנשבע שא"ב ולא חזר בו לא תועיל עוד החזרה כיון שלא נשבע שאר השבועות שלא פשע. וממילא אין חושש שיחזור בו ויטריחו לב"ד כנ"ל כיון שאינו מועיל כנ"ל:

ולדעת ב"י דמיירי שלא נשבע שא"ב י"ל ודאי דס"ד שהוא בטעות דסבור שלא יצטרך לישבע כלל כמו שאמר ואיני נשבע וכיון שהדין דחייב ששא"ב אדעתא דהכי לא רצה לשלם. וא"כ הוי כלא אמר כלל כיון שלא בא לידי שבועה שנדע הבירור אם הי' כוונתו כנ"ל. קמ"ל דמ"מ קני דלשון ה"מ ואיני נשבע היינו אותן השבועות שבעד התשלומין לא אותה שבועה שמוטל עליו גם כשמשלם כנ"ל. ושפיר לא מצי הדר בי' גם שחייב לישבע שא"ב:

ונראה דגם בש"ע נקטי' המחבר מה"ט לאשמועינן כשאמר ה"מ וא"נ דמשביעין אותו ואח"כ משלם וא"י לחזור בו לומר אדעתא דהכי לא נתחייבתי לשלם כמ"ש הרא"ש בגלגולים וש"ע סי' צ"ד וכמ"ש ס"ק א'. וקמ"ל דיש חילוק דשם אינו מוטל עליו הגילגול מצד עצמו רק בתורת גלגול על העיקר שבועה שייך כשאמר הריני משלם הב' דינרים דאדעתא שלא ישבע כלל דרצה לשלם שלא יהי' שבועת העיקר כלל עליו וממילא א עליו גלגול ויכול לחזור בו כשהדין דצריך לישבע הגלגול כנ"ל. משא"כ הכא דשבועה שא"ב יש עליו בין אינו משלם ובין שישלם רק כשאינו משלם יש עליו גם שבועה של"פ ושלא ש"י. וממילא הלשון הריני משלם ואיני נשבע היינו שמשלם רק בעד אותן השבועות שהן בעד התשלומין לא השבועה שא"ב שעליו ב"כ וב"כ ושפיר א"י לחזור אף דדינו שמשביעין אותו שא"ב כנ"ל. והרא"ש לטעמי' דעיקר שבועה שלא פשעתי ושא"ב רק גילגול כמ"ש סוף שבועות א"ש מ"ש לעיל ס"ק א' בדבריו דממש כנ"ל משא"כ ש"ע דסובר שא"ב עיקר שפיר פ' כנ"ל דא"י לחזור בו:

בהכי מיושב מאי דתמוה לדעת ב"י דגם בלא נשבע שא"ב מקני כפל למה אמר ר"ה אמר ואמתני' דהמפקיד כנ"ל (בס"ק ב'). ולהנ"ל י"ל דקמ"ל דאמר ה"מ משביעין אותו שא"ב ואעפ"כ לא יכול לחזור בו וקני כפל דלא מצי אמר אדעתא שיפטור לגמרי רצה

לשלם כנ"ל אבל ודאי דסגי באמר ה"מ לחוד אף שלא אמר ואיני נשבע דלא מסתבר למימר דילמא טעה ששומר חנם חייב בגניבה ואבידה כל שלא אמר שבעד השבועה רק נגנבה והריני משלם. וכשיודע לו הדין יחזור בו ולכך צריך איני נשבע. דאין סברא לתלות בטעות והא בגמ' לא הזכיר רק ה"מ בר"י והנך אבעיות ולא הוזכר איני נשבע. וכן הרי"ף ז"ל רק דלרבותא נקטי' כנ"ל:

אך לכאורה ליסגי באיני נשבע לחוד בלא אמירת ה"מ דלשיטת רש"י איני נשבע פוטרין אותו מיד שא"י לחזור וצריך לשלם דהוי כאומר אשלם ולא אשבע ע"ש וכן פסקו תוס' ובש"ע סי' כ"ב. וע"ש בסמ"ע שכ' דאומר איני נשבע י"ל אלא אהפך וש"ך ס"ק י"ז הביא בשם ב"ח דהא מבואר בש"ס דאיני נשבע לחוד הוי כאומר אשלם והש"ך דחה דזה בש"ד דלא מהפכינן ע"ש דבש"ד מודה הש"ך דאיני נשבע הוי כאשלם וא"כ שבועת שומרין דאורייתא וגם טענת ספק דא"א להפך ממילא ראוי' להיות די באיני משלם לחוד. ובאמת משמע מש"ע דדוקא שאמר ג"כ הריני משלם. דא"ל או או קתני דדוחק. אך הטעם פשוט דודאי דאפשר לפרש איני נשבע וגם לשלם איני רוצה. רק שם לענין חזרה ב"כ וב"כ חייב וא"י לחזור כיון שחייבוהו ב"ד שבועת התורה ואומר שאינו רוצה לישבע נתחייב לשלם דאף אי"ל חייב מכ"ש, כשאינו רוצה וא"י לחזור בו שישבע כמו במשואיל"מ דלא מהני חזרה דהוי מחיוב לפטור כמ"ש ש"ך סי' ע"ה (ס"ק כ"ט) ואי כוונתו איני נשבע אלא אשלם ג"כ א"י לחזור בו כנ"ל משא"כ לענין להקנות הכפל לא סגי באיני נשבע לחוד דשמא כוונתו שאינו רוצה לישבע ולא לשלם, אף דמ"מ יהי' חייב אבל ע"כ אטרחי' לב"ד שיצטרכו ב"ד להוציא דלא אמר כלל שישלם בעצמו ולא אקני לי'. ולכך שפיר דוקא כשאמר הריני משלם. וכן מבואר בברייתא דהשוכר כו' ואמר ה"מ ואיני נשבע דלא סגי באיני נשבע. וממילא בשבועה דרבנן אין צורך לטעם הסמ"ע סי' כ"ב דיכול לומר איני נשבע אלא אהפך ע"ש רק בל"ז י"ל שאמר לא אשבע ולא אשלם. ואעפ"כ לא נתחייב ממון דבדרבנן אין עליו חיוב ממון דלא נחתינן לנכסי' ושפיר יכול לומר אח"כ שרוצה לקיים התקנת חכמים ולישבע, דאטו נתחייב במה שאמר שלא יקיים דרק עבריין הוא דהוי ודאי מהני כשמקיים אח"כ. וממילא נ"מ גם בשבועה דרבנן הבאה על טענת ספק שא"א להפך ג"כ אין לחייבו כשאמר לא אשבע לחוד רק שאמר אלא אשלם. כן נלע"ד. (ד):

(ד) **אם הי' כו' מצוי בשוק לקנות** כו'. זה דעת הרמב"ם והמרדכי בשם הגאונים. ומהרש"ק וס' גי"ת תמהו דא"כ מאי פריך אר"ה ממלוה על המשכון כיון דמשתבע שא"ב

היך מצי מפיק לה לוקמי במינו מצוי והניחו בצ"ע. והג' ח"צ בתשובה סי' כ' ושאר אחרונים נתחבטו הרבה בקושיא זו ותירוצם דחוק ע"ש:

ולענ"ד פשוט דלק"מ דלפירש"י ז"ל החשש שמא יוציא הפקדון ויפסלנו לעדות ולשבועה והדבר תמוה איך נחוש שהוא באמת כדברי המלוה ומחזיקו עד שישבע הלוה שקר ויוציאו לפסלו למה יעשה כן להכשיל חבירו בשבועת שקר דקי"ל שהשבועה חלה על המשביע שקר כמו על הנשבע ובכל מקום אמרינן חזקה אין אדם חוטא ולא לו וכאן נחוש שיעשה רק להכשיל ולפסול לחבירו בלי תועלת הא יכול להראותו קודם השבועה שהוא כדבריו. אמנם הטעם פשוט דהא חיישינן שמא עיניו נתן בה ול"ת בלא דמי משמע להו ורוצה החפץ בעד שויו כיון שמשלם א"כ קודם השבועה אינו רוצה להראות החפץ דסובר שלא ישבע הלוה ששוה ג' דינרים וישאר החפץ שלו בעד שקל כמו ששוה דישלם המותר כשלא ישבע. אבל אחר שישבע הלוה שקר ג' דינרים הי' שוה א"כ יפסיד המלוה דינר יתר משיווי החפץ כשלא יראה אותו ובעד יותר מדמיו אינו רוצה כלל אז יוציא הפקדון להראות שכדבריו ויחזור החפץ ויצטרך הלוה לשלם לו וממילא יפסל הלוה לעדות ולשבועה ושפיר החשש כנ"ל. וא"כ א"א לאוקמי כלל במינו מצוי בשוק דלא שייך בי' עיניו נתן בה דא"כ לא שייך כלל החשש דשמא יוציא כו' דלמה לא יוציא מיד קודם השבועה כיון שהוא כדבריו ולק"מ וברור ופשוט. ומאי דמשני ביש עדים שנגנבה ואמר דטרח ומייתי לה ג"כ אין הפי' שיטרח כדי לפסלו רק כדי להציל הפסדו. ופריך דליטרח לוה כו' היינו דאם אמת כדברי לוה ואם מלוה ישבע שקר יטרח הוא להציל דינר שלו שהפסיד בשבועת המלוה ומשני לא ידע כו'. אך לשיטת תוס' ור"ח דפי' שמא יוציא ויהי' ש' לבטלה דהפי' להיפוך שאמת כלוה ורוצה להרויח וכשישבע הלוה ולא ירויח יוציאנו, א"כ עדיין קשה כנ"ל דלוקי במינו מצוי. ונהי דעל הרמב"ם לא קשה די"ל דסבר כרש"י אבל אין סברא שיחלקו על דין הנ"ל התוס' ור"ח:

אך ג"כ נראה בפשיטות דלא קשה דהא ע"כ הקושיא דאף דלדברי הלוה לא שייך מינו מצוי דבעד זה הסך לא יוכל לקנותו. רק דזה הוי רק כפירת שבועה דלדברי מלוה ששוה רק שקל ומשלם הוי מינו מצוי דא"צ לישבע כלל שא"ב. ועל כפירת שבועה לא מחייב שבועה דהא טוען ברי שפטור משבועה שא"ב:

אמנם. למה שכ' לעיל דעיקר הטעם דשבועה שא"ב אף שמשלם משום דכשהחפץ ברשותו אין זה רוצה למכרו וליקח דמיו כלל א"כ תובע עדיין החפץ וא"כ גם במינו מצוי מ"מ הא ודאי דא"י לכופו אף שמצוי וא"כ ג"כ שייך כנ"ל דישביעו שא"ב דאם בידו אינו רוצה למכרו וליקח דמיו ועדיין התביעה על כל החפץ כמו כשאינו משלם

כו'. אך הטעם כמ"ש הה"מ למה נחשוד אותו כיון שמצוי ע"ש. והוא מטעם ראי' דהא יש הוכחה שודאי אומר אמת דלמה ישקר אם ברשותו לומר שא"ב ולשלם כיון שמצוי לקנותו. ואין הטעם כלל דלא שייכא השבועה דשפיר שייך כיון שאינו רוצה הדמים כנ"ל. רק מצד ראי' שכדבריו והוכחה זו פוטרתו. וא"כ לא קשה כלל כיון דלוה אומר ששוה יותר א"כ אין כאן הוכחה לפטרו ושוב שפיר חייב לישבע שא"ב גם שמצוי דלא שייך כלל כפירת שבועה. דממילא כיון שאין ראי' כדבריו נשאר השבועה שא"ב אף לפי טענתו רק דאם היינו יודעין שטוען אמת הי' ראי' וכיון דאין ראי' ממילא חייב ופריך שפיר כנ"ל:

ולטעם הנ"ל א"כ הדין שסיים בש"ע כשהמפקיד טוען ששוה יותר נשבע שא"ב וכולל כמה הי' שוה ממילא גם במינו מצוי כן. ולשון הש"ע לא משמע הכי. וכן לשון בעה"ת שער מ"ט וטור וש"ע סי' ע"ב שכתבו דרק משום חשש שמא יוציא צריך מלוה לישבע שא"ב אף שמצוי ע"ש (סט"ו) הא לא"ה אף שמחולקין בשיוי לא מחייב. אך י"ל דלטעמייהו אזלי כהרא"ש ז"ל דעיקר שבועה בשומרין שלא פשע ושא"ב רק גלגול וממילא כשמשלם אין כאן שבועה של"פ ואין כאן שבועה שא"ב כלל כמ"ש לעיל רק תקנה מיוחדת הא דר"ה שמא עיניו נתן בה וא"כ במצוי לא תקנו ולא שייך טעם הנ"ל והם י"ל דסברי טעם שמא יוציא כרש"י ולא קשה. והתוס' לטעמייהו דשא"ב ג"כ עיקר שבועה א"כ הא דר"ה משום שלא נפטר מהחיוב שבועה שא"ב. ושפיר כיון שיש נ"מ שמחולקין חייב כנ"ל. ובמלוה לא מקרי שכבר שילם דהדין זה גובה וזה גובה ואם החפץ בעין אינו רוצה לנכות כנ"ל:

עוד י"ל בפשיטות דהא ב"מ פ' א"נ דאף יצא השער אין פוסקין ומעות אין לו אף שיש בידו החיוב שיתחייב לשלם לו ויוכל לקנות בעד מעות אלו בשוק מ"מ זה אינו רק חוב ולא ימצא לקנות בעד חוב והא מחוסר גובייא וחשוב אין לו מעות ע"ש. א"ש גם כאן. ע"כ לא קאמר הרמב"ם ז"ל רק באומר הריני משלם מעות דכיון דיש לו מעות יכול לקנות כיון שמצוי. משא"כ התם דאין משלם המשכון רק בחוב שיש לו על הלוה א"כ הוי אינו מצוי דאינו מוצא לקנות מאחרים בחובו של זה דמחוסר גובייא ולא מיקרי כלל מינו מצוי. והרמב"ם באמת לא הזכיר כלל במשכון החילוק של מינו מצוי:

(ה) **בשוק לקנות כמותו** כו'. ויש להקשות הא כיון דח' עיניו נתן בה רק שמצוי לקנות בדמים אלו. והא אם יוזל יוכל להחזירו למפקיד שמצאו ויצטרך להחזיר לו דמים שנתן. ואם יתיקר יוכל להחזיקו בעד דמים שנתן וא"כ תמיד אינו מצוי לקנות כמותו שיהי' ליוקרא שלו וזולא לא יפסיד וא"כ אף שמצוי שייך החשש ויצטרך לישבע שא"ב. וצ"ל

כיון דהא דחושדין ומשביעין אותו הוא משום דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וב"ק פ' הגוזל פחות מש"פ לחד מ"ד חוששין שמא יתיקר ולאידך לא חיישינן ע"ש (דק"ה) אבל עכ"פ אם ברשותו ונתיקר הוי גזלן גמור דהא לא קנאו שהי' בטעות דסבור שאינו ברשותו. רק כל זמן שלא נתיקר הוי רק חמסן דהא יהיב כל דמיו אבל כשנתיקר באמת אח"כ הוי גזלן על היוקרא. וא"כ בשלמא בסתם חפץ צריך לישבע שא"ב משום לא תחמוד בלאו דמי ומורי דנותן דמיו. ואף דאם יתיקר יהי' גזלן א"צ לחוש לזה כמו בפחות מש"פ דל"ח שמא יתייקר. אבל במינו מצוי רק דנחוש שכוונתו להחזיקו שאם יתיקר ג"כ יחזיקנו בעד דמים שנתן א"כ יהי' גזלן בלי דמים וע"ז לא תיקנו שא"ב. ואף דלא אמרו בגמ' הא דל"ת בלא דמי רק על קושית מיגו דחשוד. מ"מ גם לאביי דמשום ס' מ"י א"כ בהא דמשלם לא שייך ס' מ"י. וע"כ גם למסקנא משום ל"ת בלא דמי משמע כו'. רק להפ' חשוד אממונא ל"ח אשבועתא א"צ למסקנא לטעם הנ"ל. מ"מ י"ל דלא תיקנו שבועה דר"ה רק משום מורי היתרא דל"ת בלא דמי כו'. אך לא משמע כן בגמ' דא"כ מאי פריך אר"ה מיגו דחשיד כיון דכל התקנה רק מטעם הנ"ל וי"ל:

ואף להרמב"ם דכשמשלם קנה יוקרא דהוי שבחא דמעלמא ואעפ"כ גוף החפץ חוזר לבעליו. וא"כ אם הוזל ומחזירו יצטרך להחזיר דמיו ויוקרא קונה מדינא א"כ אינו גזלן רק חמסן דכיון שמשלם א"כ כשיתיקר יהי' היוקרא שלא כדין ועדיין אינו מצוי לקנות ז"א דלא מקני לי' שבח דמעלמא רק אם גנבו אחר או נאבד אבל אם משקר והוא ברשותו אף ששילם לא קני יוקרא:

(ו) **משביעין אותו בנק"ח שא"ב ואח"כ משלם.** ברמב"ם מפורש שהוא ש' דרבנן וכן ברא"ש סוף שבועות. וקשה למה אינו ש' דאורייתא כמ"ש בחי' לגמרא כיון שכבר הי' עליו חיוב ש' שא"ב מה"ת ובמה שרוצה לשלם לא נפטר עדיין משבועה וחשש זה שברשותו ומגיע לו גוף החפץ. והא כמו שאם משלם עיקר השבועה לא מהני לפטור מן הגלגול כיון שכבר נתחייב מכש"כ מעיקר השבועה עצמו שכבר נתחייב על החפץ איך יפטור במה שמשלם ממה שנשאר עדיין התביעה שבועה על החפץ. ואי משום דאינו כפירת ממון כיון דמשלם השיווי דא"כ בכלים עכ"פ דקי"ל (רס"י פ"ח) יצאו למה שהן אף פחות מש"פ להגאונים ז"ל. וא"כ כפירה זו דגוף הכלי אף שמשלם נהי דאין זה ש"פ מ"מ הא כלי א"צ פרוטה. ודוחק לחלק דעכ"פ שוה פחות מפרוטה מהני חשיבות דכלי למשוי' דבר חשוב משא"כ כאן דמשלם כל השיווי ולא נשאר כלום רק חשיבות דכלי לחוד. דדוחק דאין חילוק בכל דוכתי בין פחות מש"פ ללא כלום. ועוד כמ"ש לעיל כיון דט"ח והל"ב חשוב כפירה לגמרי שזה הודה או מחל ואינו רוצה בשעורין וכן טענו דוקא

חפץ וזה מודה בשוה הוי ט"ח כו' אף שמודה כל שויו שזה אינו רוצה רק החפץ. וכן בשומרין שחייבה תורה שבועה על ספק שמא ברשותו ואם הוא ברשותו אין זה רוצה למכרו כלל ואינו רוצה בדמיו כלל. א"כ שאומר פשעתי ואפי' במידי דלאו כלי רק חפץ מ"מ עדיין הספק שמא ברשותו ואינו מחזירו ואף שרוצה לשלם היינו שרוצה להטעותו במה שאומר שנאבד. אבל אם ברשותו א"י לכופו להיות חמסן ועדיין הוי כפירת ממון כל החפץ דפירעון בע"כ לא שמי' פירעון דמים בעד החפץ והוי שפיר כפירה דחפץ דיש עליו שבועה שא"ב. דאף דאמר ריש מסכת ב"מ אהא דר"ה דלא תחמוד בלא דמי כו' היינו כשכבר קיבל תשלומי החפץ על הספק אם ברשותו או לא י"ל שנתרצה בין שהוא ברשותו או לא כמו תלוה וזבין דלהרמב"ם אף בלא אמר רוצה אני מהני. ולכך אם לא הי' משביעין אותו שא"ב הי' מורה היתר להטעותו ולשלם דל"ת בלא דמי כו'. אבל לענין השבועה דע"ז דנין עכשיו והלה אינו רוצה לקבל דמיו אם החפץ ברשותו א"כ שפיר יש עליו שבועה שא"ב דהוי כפירת החפץ כפירה. ואין לומר דלא חייבה תורה שבועה רק במה שאם לא ישבע אפשר למיחות לנכסי' משא"כ בזה דא"א למיחות דהא משלם. דז"א כמ"ש בגמ' דהא לר"פ בכל חוב רק מכין עשת"נ. וכן כאן נכוף אותו להחזיר החפץ או לישבע שא"ב. ועוד דבש"ס ב"ק ק"ה ע"ב וכחש פרט למודה בעיקר מפרש שורי גנבת אתה מכרת לי דאמר לא יהבית לך דמי שקול תורך וזיל ע"ש. וכן העתיק הרמב"ם ז"ל שאומר לו קח השור. ולמה לי' זה הא כיון שהוא מודה שחייב דמיו לדבריו שקנאו במשיכה ולא נתן דמיו אין כאן כפירת ממון. וע"כ דכפירת השור הי' חשוב כפירה רק כשאומר שיקח השור אין כאן כפירה כלל כנ"ל. אך יש לדחות בטענו דוקא והודה שוה הוי ט"ח והודה לו בשעו' דפטור גם מדמי שעורין וממילא כיון דטוען גנבת שורי ותובע השור וזה טוען שמכרו וקנאו במשיכה וחייב דמיו מודה שוה ופטור אף מדמיו והי' כפירה לגמרי. ולכך דוקא באומר טול שורך כנ"ל. א"כ אין ראי' להנ"ל. אך מדברי הגאונים דסברי בכלי אף פחות מש"פ חייב שבועה והא א"א למיחות לנכסי' דפחות מש"פ לא נוציא מ"מ הוי כפירה גוף הכלי שנכוף שיחזור כנ"ל. ואף די"ל בב' המחטין לפנינו וטוען א' שהוא שלו. מ"מ מדסתמו דבריהם משמע דלעולם משביעין אף דאין לפנינו:

ואף בש"ש או שומר חנם שאמר פשעתי ג"כ י"ל דהשבועה מה"ת דהא מיד שאינו מחזיר החפץ יש עליו חיוב שבועה שא"ב. וא"כ אף שמודה דפשע לא מהני הודאתו להפסיד התובע תביעת גוף החפץ כמ"ש לעיל:

ולהרא"ש ז"ל דעיקר שבועה הוא שלא פשעתי. ואינה ברשותו הוא רק ע"י גלגול ע"ש סוף שבועות. א"ש דלא חשדה אותו התורה בגזלו רק שפשע וע"י גלגול משביעין אף שאין חושדין כנ"ל. אבל באומר פשעתי אין עליו עוד שבועה דגם בחמסן י"ל דלא חשדו תורה כנ"ל. אבל למשמעות רוב הפוסקים דשאינו ברשותו עיקר שבועה קשה כנ"ל:

וצ"ל דמה"ת אין חושדין כלל שעיניו נתן בה רק כשאינו משלם אבל כשמשלם לא הטילה התורה ספק זה עליו כלל שיכפור בחפץ שמשלם עבורו. וכיון דקרא מיירי בכפירת ממון לא נוכל ללמוד מזה שיהי' חיוב שבועה כה"ג וממילא י"ל גם בש"ח כנ"ל כמ"ש לעיל. או דמהימן במיגו דפשעתי כיון שמשלם כמ"ש בגמ'. עכ"פ עתה דמדרבנן יש חשד זה דעיניו נתן בה מדר"ה א"כ י"ל דלא חייבוהו רק קודם שמשלם. והוא באמת מטעם הנ"ל דזה אינו רוצה לקבל דמיו אם החפץ ברשותו ובתורת ראי' דודאי אומר אמת כיון שמשלם אין כאן ראי' מדרבנן דח' שמא עיניו נתן בה. אבל כשכבר שילם סתם וזה קיבל על הספק אף דאפשר שברשותו כבר נתרצה עכ"פ בתשלומין על הספק וי"ל דאח"כ לא הטילו עליו כלל שבועה שא"ב דאינו עוד כפירת ממון כלל די"ל אגב זוזי גמר ומקני אף שהי' בטעות אין זה בטעות כיון שהי' אצלו הספק ברשותו וקיבל סתם ולא השביעו כנ"ל. ואדרבה להיפוך הוי לי' לאתנויי דעדיין ישביעו שא"ב. וי"ל דלא תיקנו כלל אחר ששילם סתם וכדברי הב"ח ז"ל. והוי שפיר ל' הרי"ף ורמב"ם וטור וש"ע וסמ"ג אמר ה"מ משביעין אותו ואח"כ משלם שכל התקנה הי' רק קודם התשלומין. וה"ה שילם והתנה מפורש שמקבל רק אם אינו ברשותו כנ"ל אבל קיבל סתם א"י להשביעו כמ"ש הב"ח. וי"ל דהרא"ש לטעמי' דשלא פשעתי עיקר שבועה א"כ אין טעם לחלק בין קודם תשלומין לאח"כ כנ"ל משא"כ לרוב הפוסקים כנ"ל יש טעם נכון לחלק. א"כ כיון דגי' הרי"ף להדיא אמר ה"מ משביעין שפיר יש לחלק כנ"ל. וגם לגי' רש"י דאשילם קאי י"ל ג"כ באומר בפירו' דרוצה להשביעו שא"ב ולא בסתם כנ"ל:

עוד. נראה כמו בכל הנשבעין ונוטלין שותפין ואריסין ושלוחין שתיקנו חכמים השבועה משום מורי היתרא קי"ל חלקו ונסתלקו ולא השביעם קודם א"י להשביעם אח"כ ע"ש (סי' צ"ג). וא"כ כאן שבועה דר"ה דגם משום מורי היתרא דלא תחמוד בלא דמי משמע כו'. י"ל דוקא קודם ששילם אבל אחר ששילם ונסתלקו מחל לו וא"י עוד להשביעו כנ"ל. דבשלמא לדעת הרמ"ה סי' צ"ג דדוקא בשותפין שהניחו ליקח חלקו ולא השביעו יש ראי' שמחל לו השבועה ולא בשאר. א"ש כאן דלא הניחו כלום רק לקח ממנו כמ"ש הרמ"ה ז"ל. אבל לדעת טור וש"ע שם דגם בשלוחין ואריסין שלא לקח כלום מ"מ אמרינן כשלא תבעו בשעה שהביא לו החפץ מחל לו ממילא י"ל כאן ג"כ דכשקיבל תשלומי

דמיו על הספק אם ברשותו ולא השביעו מחל לו השבועה. וכאן סברא יותר משם דלקח משלו בחנם וכאן י"ל אגב זוזי גמר ומקני גם שברשותו. ועכ"פ לא גרע משם דהתם קיבל מהשליח רק מה שב"כ וב"כ שלו אף שקנה בפחות ואעפ"כ אמרי' דמחל השבועה משלא תבע אז כ"ש כאן דקיבל המעות סתם מה שאם ברשותו אינו רוצה כלל לקנות המעות. וע"כ דמחל לו השבועה או שנתרצה למכרו אף אם ברשותו וכ"ש שא"י להשביעו אחר שקיבל דמיו סתם. ובפרט דבאומר פשעתי או בש"ש לא שייך כלל שקיבל שמא יחזור בו דלכ"ע א"י לחזור מהודאתו שחייב. לכן לע"ד אין לדחות דברי הב"ח דבשילם א"י להשביעו שא"ב. ויותר מורין כן דברי רי"ף ורמב"ם וסמ"ג ממ"ש הב"י לענין כפל לחלוק על הרא"ש דקני קודם שנשבע שא"ב מדסתמו אמר ה"מ כו' שפשט לשונם מורה כהב"ח דדוקא קודם ששילם משביעין. ועכ"פ אתי לאפוקי קיבל התשלומין סתם כנ"ל. שא"י אח"כ להשביעו כנ"ל. ואין ראי' ממה דפריך ממלוה על המשכון דשם בשעת התשלומין דנין כנ"ל:

שוב מצאתי בריטב"א חי' ב"מ שהביא דברי רמב"ם וכ' ותמהתי ע"ז הלשון דקאמר משביעין שא"ב ואח"כ משלמין דמשמע שאם קידם ושילם דשוב אין משביעין אותו. וכ"כ הגאונים ז"ל שכתבו הא מילתא דר"ה גבי מילתא דר"י דכיון שאמר ה"מ משביעין אותו שא"ב דמשמע הא שילם לא. וזה תימה למה יהי' פטור בשביל ששילם אי משום דלקח ולא תבעו מסתמא מחל כו' הא ליתא דלקח מפני שאי"ל שאבד הפקדון דאי הוי ידע שבעין לא הוי שקיל דמי כו'. והניח בצ"ע דנראה דדר"ה אמתני' נמי קאי כדפירש"י. ועוד דאשואל נמי מסתמא קאי ובשואל בעינן שילם ע"ש. ולע"ד אינו קו' על הגאונים דנהי דקאי אשואל דבעי שילם אבל בדפירש להדיא שמקבל דמיו רק אם נאבד ושרוצה להשביעו שא"ב אבל בסתם י"ל דמוחל. וקושיא הא' דבטעות י"ל כמ"ש לעיל דעכ"פ התביעה על הספק מחל בקבלתו סתם והיינו השבועה כנ"ל:

עכ"פ שמבואר שגם להריטב"א משמע לי' לשון הגאוני' והרמב"ם ז"ל כהב"ח דאחר ששילם סתם א"צ לישבע שא"ב. ולע"ד צ"ע דאפשר יכול המוחזק לומר קים לי כהב"ח וכמשמעות הפ' הנ"ל דאחר שקיבל התשלומין סתם א"צ לישבע שא"ב ואין עליו רק ח"ס על הספק וגם נ"מ לענין גלגול. מ"מ הביא שם ורבינו יצ"ו דעתו דאפי' שילם משביעין אותו כו'. וא"כ מ"מ קשה לומר ק"ל נגד הרא"ש וריטב"א ורבו וב"י והש"ך המפורשים משום דברי הגאונים הסתומים. וגם מצאתי בריטב"א ז"ל מחלוקת אשבועה דר"ה ז"ל איכא פלוגתא ביני רבוותא א"ד דאורייתא היא ואיכא מ"ד דרבנן והניח בצ"ע. וסוף הפ' כ' ג"כ מטעם גלגול כמ"ש ושמחתי שכוונתי בעז"ה לדעת הראשונים ז"ל:

(ז) **משביעין** כו'. ריטב"א בחי' ב"מ נסתפק אי טוענין לי' ב"ד שישביעוהו כו' או דכל דלא טעין לא טענינן לי' וכתב מדקאמר משביעין כו' דאפילו לא טעין כו' ורבינו יצ"ו חזר בו כר' דלא טענין לי' וצ"ע. ומסתימת הש"ע משמע דמשביעין אותו אף דלא טעין. וכן משמע מקושית הש"ס ממשכון. וגם משנויא דר"א מי נשבע תחלה שלא הזכיר תחלה במשנה והי' לו לומר דכה"ג נשבע אף שלא טען זה. אך י"ל דהיינו דאמר זה נשבע תחלה. וכן ממאי דמשני במאמינו י"ל דלא טעין חשוב כמאמינו. ודוחק. וכן מתוס' לא משמע כן ע"ש. אבל בשילם סתם וקיבל לע"ד דאין להשביעו סתם עד שטוען עכ"פ שרוצה החפץ שמא לא נאבד כנ"ל:

(ח) **ואח"כ ישלם** כו'. לכאורה לשיטת הפ' דבשילם אף שלא נשבע שא"ב מקני לי' כפילא והתנאי הי' בשעת משיכה לכשתגנב ותשלמני פרתי קנויה לך מעכשיו וכדאמר בש"ס. וא"כ כיון שנתקיים התנאי והוי שלו למפרע איך ישביעו אותו אח"כ שבועה שא"ב הא אינו שומר כלל. דנהי דנימא דאם באמת ברשותו אדעתא דהכי לא אקני לי'. מ"מ שוב בזה הוי כשאר תביעה מספק שזה טוען ברי שקנה החפץ למפרע וזה טוען שמא לא קני ולא שייך בזה שבועת שומרין וכשאר טענה דלקוח ביודעין הספק לפנינו שקנאו על תנאי וזה טוען ברי שנתקיים כיון ששילם וזה טוען שמא לא נתקיים. ואף דהוא שבועה דרבנן מ"מ תקנו רק כעין שבועת שומרין דאורייתא משא"כ טענת לקוח כנ"ל דא"י להשביעו בטענת ספק. ובשלמא אי אמרינן דכל שלא נשבע שא"ב לא אקני לי' דהשבועה שייך להתשלומין כמ"ש לעיל. א"כ שפיר לא מקרי נתקיים התנאי עד שישבע וישלם כנ"ל. אבל להפ' הנ"ל דבשילם אף שלא נשבע קני א"כ אין השבועה שייך לתשלומין וכבר נתקיים התנאי בפנינו. רק שמא לא נתקיים דברשותו. וזה כשאר טענה כנ"ל:

אך י"ל דהא בתנאי שבקום ועשה קי"ל דעל המקיים להביא ראיה שנתקיים דמוקמינן אחזקה. א"כ כאן דכל שלא נאבד ועדיין ברשותו לא אקני לי'. א"כ הוי קיום התנאי בקום ועשה אם נעשה מעשה שנגנב או נאבד. ולכאורה אף בשבועה לא יהי' נאמן. רק כיון דהאמינוהו בשבועה שוב חשוב קיום התנאי. אבל כשאינו נשבע א"כ מצד עצמו שיהי' נאמן לקוח אינו נאמן שנתקיים התנאי במעשה דמוקמינן אחזקה שלא נגנב כלל ולא נתקיים אף ששילם כנ"ל. אך א"כ גם בשבועה לא יהי' נאמן דכיון דהשבועה אין שייך להקנין א"כ גם על הנאמנות אין שייכות אף שנשבע כמו שאינו נאמן בשבוע' לומר שנתקיים תנאו. ובשלמא נמצא הגנב א"כ איגלאי מילתא שנתקיים אז התנאי שלא הי' ברשותו אבל כעובדא דכיפי שנאבד ואח"כ נמצא ונתיקר דעדיין א"י אם נאבד אז א"כ

אף שנשבע שא"ב לא יהי' נאמן ליטול היוקרא. וצ"ל דא"כ לעולם לא יקנה באבד והא רוצה להקנות לו. אך ז"א דלמא באמת רק כשנתברר שנאבד אז או נגנב וע"כ צ"ל דלא חשוב קום ועשה. ועוד דברי ושמא ברי עדיף כה"ג דהספק לפנינו. א"כ שוב קשה דגם בלא שבוע' נאמן כנ"ל:

אך י"ל דאי נאמר כנ"ל שע"י קנין זה יפטור משבועה שא"ב א"כ הוי שבחא דמגופא דלא אקני לי' כיון שע"י הקנין יפסיד מגוף תביעת החפץ שיש לו חיוב שבועה שא"ב אף שמשלם כנ"ל. וא"ל דממ"נ הא תלי' זה בזה. א"כ שוב באמת לא אקני לי' כיון שיהי' נפסד כל שלא נשבע שא"ב וכמ"ש. די"ל דהטעם דלא שייך באמת החיוב שבועה לתשלומין הוא משום דהא אין לו עליו רק חיוב ששא"ב דרבנן ולא נחתינן לנכסי' רק עבריין הוא דהוי. וא"כ כששילם הא עדיין יש לו חיוב שבועה זו עליו דהא צריך לישבע שא"ב ואם לא ישבע יהי' עבריין ומעולם לא הי' לו עליו יותר. ולכך כששילם מקני לי' אף שלא נשבע עדיין דהחיוב שבועה יש לו עליו. אבל לומר שבשביל התנאי יפטור מהשבועה א"כ שוב שייך לתשלומין דהוי שבחא דמגופא דלא אקני שיהי' נפסד ע"י הקנין כנ"ל. ושפיר עדיין צריך לישבע שא"ב דשייך לקוים התנאי כנ"ל. דנהי דהשבועה לא שייך לקיום התנאי היינו כשנשאר החיוב עליו. אבל החיוב שבועה שפיר שייך לקיום התנאי שלא יהי' נפסד כנ"ל. ושפיר משביעין אף דשילם דאם יהי' הדין דפטור לא יהי' חשוב קיום התנאי כלל כנ"ל. אולם גם להנ"ל טעם נכון שלא תקנו שבועה רק קודם ששילם כמשמעות הראשונים ז"ל. דאז עדיין חסר מהתשלומין ולא אקני לי' הוי שבועת שומרין. משא"כ כשכבר שילם סתם. וכמו שהדבר לפנינו כבר נתקיים התנאי כשתרצה כו' שוב הוי כשאר טענה אם לקוח או לא כנ"ל:

(**ט**) **ואח"כ משלם**. למ"ש ס"ק ב' נראה לענ"ד לדינא דאף דבשבועה דרבנן משמתינן לי' רק ל' יום ומתירין כי היכי דלא ליהוי נקטי' בכובסי' כו'. מ"מ כאן הברירה ביד המפקיד כשאינו רוצה לקבל התשלומין רק שישבע שא"ב דשמא החפץ בידו. וכשאינו משלם השבועה מה"ת. אז משמתינן לי' שישבע שא"ב ול שרינן לי' אחר ל' עד שישבע שא"ב או יחזיר החפץ. כיון שעתה השבועה מה"ת א"י לכופו לקבל התשלומין ולעשות השבועה דרבנן כדי שיתירו לו כיון שאין זה רוצה למכור החפץ. רק כשרוצה שיהי' נחתינן לנכסי' לשלם עכ"פ שוב אח"כ השבועה דרבנן ומתירין השמתא אחר ל' יום. משא"כ כשרוצה שישאר כפיית השמתא ולא יכופו לשלם רק להחזיר או לישבע כנ"ל. והיינו בש"ח שאומר נגנבה וכה"ג שפוטר עצמו ואומר הר"מ בזה ודאי הדין כנ"ל. ובש"ח שאומר פשעתי וכה"ג כמחייב עצמו בהודאתו בזה יש להסתפק אם הברירה ביד המפקיד כנ"ל

דכשכבר מחויב לשלם השבועה רק דרבנן כנ"ל. ומ"מ נראה דתליא בפלוגתא דהרא"ש סוף שבועות דעיקר שבועה שלא פשע ושא"ב רק גלגול ממילא כשהודה פשע לא נשאר חיוב שבועה מה"ת לחוש שבידו. ומיד השבועה דרבנן ושרינן אחר ל' כשא"ר לישבע כנ"ל. משא"כ לרמב"ם וש"פ דשא"ב עיקר שבועה א"כ כל נפקד שאינו מחזיר הפקדון חשדתו תורה שמא ברשותו לחייבו שבועה מה"ת א"כ מה שמודה פשעתי לא מהני ההודאה לחוב ורק כשכבר שילם השבועה דרבנן אבל הברירה גם כן ביד המפקיד שלא לגבות ויש חיוב מה"ת לישבע שא"ב ולכופו ע"י שמתא שלא להתיר לו עד שישבע שא"ב או להחזיר החפץ כנ"ל. והיינו דנקטו שישבע שא"ב ואח"כ משלם דנפקא מינה כנ"ל שאין מתירין לו משא"כ כשכבר שילם מתירין אחר ל' כנ"ל. ונראה דהברירה בידו כו' דאף אי ספיקא הוי מ"מ כיון דחל עליו שמתא וספק אם לא נתיר לו ממילא מספק אין מתירין לו דשמא השבועה דאורייתא דהא הריטב"א הביא האיכא מרבותא שהוא שבועת התורה ע"ש. ועכ"פ כשאינו מקבל התשלומין לענ"ד כנ"ל. ואפשר בכל ספק אם השבועה דאורייתא או דרבנן הדין כן דמשמתינן לי' דאף אי דרבנן משמתינן ושוב א"א להתיר לו אחר ל' מספק שמא השבועה דאורייתא כנ"ל:

ונראה דמה"ט פסק הרמב"ם וש"ע סי' ע"ב שפיר בא"י כמה שוה בגלגול על שא"ב דהוי מתוך שאיל"מ ע"ש שתמהו דשא"ב דרבנן ובדרבנן לא אמרינן משאיל"מ. ולהנ"ל א"ש דהברירה בידו שלא לגבות ואז השבועה דאורייתא. רק דבכל מקום אין תועלת לו דא"כ לא יגבה וטוב לו יותר שעכ"פ יהי' נחתינן לנכסי' לגבות התשלומין ושישאר השבועה שא"ב דרבנן כנ"ל. משא"כ שם אדרבא טוב לו יותר שלא יגבה רק שישאר חיוב שבועה שא"ב מדאורייתא וממילא ע"י גלגול הוי מתוך שאיל"מ על הכל ושפיר יהי' נחתינן לנכסי' על כל התביעה כנ"ל. ואף דאי משלם השבועה דרבנן מה בכך מ"מ כבר נתחייב ש"ד והדין מתוך שאיל"מ כנ"ל ושפיר משלם הכל. משא"כ בכל מקום טוב לו שישלם לכופו כנ"ל. אבל אם רוצה שיהי' הכפי' ע"י הנדוי להחזיר החפץ או לישבע שא"ב שפיר בידו כנ"ל:

(י) **וה"ה לשאר השומרין** כו'. סמ"ע כתב דרבותא דל"מ כשטוען ש"ח נגנבה כו' דודאי יש לחוש לרמאות כיון דפטור למה רוצה לשלם א"ו עיניו נ"ב כו' רק אף כשחייב ע"ש. ולע"ד אם הי' זה סברא לחלק מאי פריך הש"ס על ר"ה ממלוה על המשכון דלמא באמת ר"ה דוקא בש"ח שאמר ה"מ קאמר כגירס' הרי"ף והגאונים דפטור שייך כנ"ל משא"כ מלוה עה"מ דש"ש. וע"כ דאינו סברא לחלק כנ"ל. ולמ"ש לעיל י"ל דקמ"ל רבותא דגם בזה משביעין שא"ב ואח"כ משלם. דל"מ היכא שפטור דהשבועה שא"ב מה"ת עליו ודאי

דיכול לומר איני רוצה לקבל בחנם ועדיין עליך שבועה שא"ב מה"ת רק אפילו שחייב מ"מ ג"כ משביעין אותו ואח"כ משלם. אף דכבר השבועה אינו מה"ת דחייב כנ"ל:

(**יא**) **ואם** אמרו הבעלים יתר ע"ז הי' שוה כולל בשבועתו שאינו שוה אלא כו"כ. קשה כיון דמיירי בש"ש שאומר נגנבה בגווני דחייב א"כ השבועת מודה מקצת מה"ת ושא"ב דרבנן. איפכא הוי לי' למימר דנשבע שכך הי' שוה וכולל שא"ב דגם הגלגול דאורייתא ונחתינן לנכסי' כשאינו משלם כפי תביעתו וכשאומר א"י משלם. משא"כ ללשון המחבר משמע דנשבע שא"ב שהוא דרבנן וכולל שבועת כו"כ הי' שוה דהכל דרבנן דלא עדיף הגלגול מהעיקר:

ולכאורה למ"ש ר"י הובא בש"ך סי' פ"ח ס"ק נ"ד תובע בשמא ומתוך הודאות הנתבע חזר טענתו ברי שהודה במקצת חייב שבועת התורה וגדולי המורים חלקו עליו. וכ' ש"ך דדעת הפ' כגדולי המורים ע"ש. וגם כאן טענתו שמא דאם נאנסה פטור רק ע"י הודאתו נגנב או פשעתי חזר טענתו ברי ואין כאן שבועת מ"מ ה"ת רק גלגול על ששא"ב כנ"ל. אך נראה דז"א דדוקא כשיש מיגו וכמו אומר לויתי ופרעתי חצי והלה א"י מהלואה רק אומר ברי שלא נפרע דאם לא הי' אומר לויתי לא הי' חיוב שבועה משא"כ כאן דכשיהי' טוען נאנסה ג"כ הי' חיוב שבועה עליו על כל השיוי שטוען כנ"ל:

אך י"ל בלשון שכ' המחבר דמשמע שטענו החפץ והשיב שפשע וכה"ג והוא שוה ב' דינרין ואשלם לך והתובע אימר אח"כ שהי' שוה יותר נראה דחשוב קדמה הודאה לתביעה דפטור מה"ת משבועת מ"מ כמבואר בש"ע סי' פ"ח ס' ט"ז בחטין ושעורין ובש"ך ס"ק ל"א דגם במין אחד כשבאו לב"ד וקדם הנתבע ואמר חייב אני לך כ' זהו' והשיב התובע אתה חייב לי עוד נ' זוזי והוא כופר פטור משבועת התורה ע"ש. והיינו דדייק בש"ע ואם אמר כו' יתר ע"ז הי' שוה היינו שאומר אחר כך ששוה יותר וקדמה הודאה לתביעה כנ"ל. ואף שיש לחלק דהתם לא תבע כלל קודם הודאתו. ובחטין מה שתבע הודה לו ושעורין לא תבע אז. משא"כ כאן שתבע החפץ רק שלא הי' מבורר כמה תובע. א"כ אחר הודאה של השומר שאומר ששוה יותר הוא רק מברר דבריו הראשונים שהי' תביעת של החפץ על שיוי כך וכך. והוי קדמה תביעה. מ"מ נראה כיון דצריך שתבענו דבר שבמדה ומשקל ומנין וכן ההודאה. א"כ מה שתבע החפץ בלא שיוי כמה הי' שוה הוי לגבי השיוי כיון שנאבד דבר שאינו במדה ומשקל ומנין רק דעכ"פ פרוטה תבע וזה הודה לו. וא"כ תביעה זו שבמדה שאומר עתה שהי' שוה כו"כ הוי אחר ההודאה ושפיר קדמה ההודא' לאותו תביעה שיתחייב עליו שבועה. דמשמע דגם בבית מלא פירות מסרתי לך כו' אף דאחר הודאה של זה מפרש דבריו שהי' כוונתו בית מלא

שמחזיק כו"כ כורין מ"מ פטור דקדמה הודאה לתביעה זו ויצאה הודאה מפיו בפטור ע"ש (סכ"ד) וכן כאן כנ"ל. וכ' ש"ע שפיר רק ע"י גלגול שא"ב כנ"ל. רק היכא שתבעו החפץ והשיב שנאבד ופשע וכה"ג ואחר כך תבעו שהי' שוה כו"כ וזה משיב שהי' שוה פחות רק כו"כ. בזה נראה דחייב שבועת מ"מ מה"ת. ואף דלכאורה הוי ג"כ שטענו דבר שאינו במדה כו' וגם הודאתו הוי דבר שאינו במומו"מ דיכול להיות שאינו תובע רק פרוטה ויכול להיות שמודה הפרוטה ולא שייך טעם הרמב"ן ז"ל ע"ש. ואף שעכשיו מבררין דבריהם הראשונים שזה אומר כו"כ הי' שוה וזה אומר פחות מ"מ הא גם בבית זה כו' וזה אומר מה שהנחת כו' ג"כ אח"כ נתברר שיש ביניהם טענה וכפירה ואעפ"כ כיון שיצאה הודאה בפטור פטור אף שנתברר אח"כ וכמ"ש הר"ן ז"ל שם ומה חילוק בין שנתברר ע"י מדידה או ע"י טענתם כנ"ל:

אך מ"מ נראה דלא דמי דשם אין על מה לחייב שבועה רק על ההודאה מה שהנחת כו' ואותה הודאה הי' בפטור שלא הי' אז דבר שבמדה. ואף דאח"כ נמדד ואיגלאי שהי' כפירה מ"מ כיון דבשעת הודאה לא הי' דבר שבמדה אין חיוב על הודאה זו כנ"ל. משא"כ כאן חשוב שתי הודאות דמה שהודה שפשע לא הי' אפשר לחייבו בהודאה זו רק ש"פ לא יותר. וא"כ לא הי' חשוב הודאה רק פרוטה וכמ"ש הרמב"ן בא"י כמה הי' שוה דחשוב הודאת פרוטה כיון שא"א לחייבו יותר ע"ש ובש"ך סי' ע"ב ס"ק נ' רק כאן מ"מ פטור על הודאה זו כיון שגם זה תבע סתם חפץ וג"כ אינו מוכר מתביעתו רק ש"פ וזה יכול להיות שמודה כל טענתו. אבל אח"כ שזה תובע כו"כ הי' שוה וזה מודה מקצת. א"כ יש כאן תביעה והודאה אחרת מלבד הודאה ראשונה שהי' חשוב רק הודאת פרוטה ועתה מודה יותר וכן התובע. א"כ יש כאן תביעה והודאה חדשה מדבר שבמדה כו' והודאה זו מעולם לא יצאה מפיו בפטור ושפיר חייב כנ"ל. אך זה נראה דצריך עכ"פ הודאה ב' פרוטות היינו ש"פ יותר על הודאה ראשונה. דאל"כ לא מחייב. דעל ש"פ הי' הודאה ראשונה בפטור ולא נוסף כנ"ל. רק כשמודה ב' פרוטות וכן הכפירה ב"כ לבד ש"פ מתביעה והודאה ראשונה שפיר חייב שבועת התורה מחמת הודאה שני' כנ"ל דשם גבי מה שהנחת כו' הי' עומד להתברר ולא הי' יכול לכפור אחר כך ואין כאן רק הודאה ראשונה משא"כ כאן דאף דהודה שפשע הי' יכול לכפור שרק ש"פ וחשוב עתה שמודה כו"כ הודאה לחייב שבועה. וכן משמעות המשנה דמלוה על המשכון ונאבד כו' דמתחלה הודה שנאבד וחייב ואח"כ טוענין על שיוי המשכון ואעפ"כ ש חשוב מודה מקצת כנ"ל:

ולמ"ש נראה דכשאומר אח"כ א"י כמה הי' שוה לא הוי מתוך שאיל"מ דלא שייך טעם הרמב"ן הובא בש"ך סי' ע"ב דלכך הוי דבר שבמדה ומשקל כו' משום דעכ"פ שוה פרוטה וא"א לחייב יותר הוי השאר כפירה וכשא"י שייך מתוך ע"ש. וכאן הא על שוה פרוטה קדמה הודאה לתביעה דמיד שהודה שנאבד הי' הודאה פרוטה ואז לא הי' התביעה דבר שבמדה. ואחר התביע' שכו"כ הי' שוה שוב אין ההודאה דבר שבמדה כיון שאומר א"י אין כאן הודאה על יותר מפרוטה דבר שבמדה ועל הודאת פרוטה כבר נפטר כנ"ל. ואין עליו רק גלגול על ששא"ב דרבנן ולא עדיף מעיקר דלא אמרינן בי' מתוך אך עדיין צ"ע דסתימת לשון הפ' גבי משכון שאומר א"י כמה הי' שוה דחייב לא משמע כן ע"ש:

(**יב**) **שהי' שוה יותר כו' כולל בשבועתו** כו'. משמע דקאי גם אדין שהתחיל ש"ח שאמר נגנבה והריני משלם דצריך לישבע שא"ב וכשאומר שיותר הי' שוה צריך לכלול ע"י גלגול. ולכאורה הא הוי רק כפירת שבועה דאף אי שוה יותר אין עליו רק חיוב שבועה שנגנב. וכופר ששוה רק כו"כ ומשלם כך ואין עליו חיוב שבועה ובכפירת שבועה גם ע"י גלגול א"י להשביע כמ"ש בש"ע סי' צ"ג בלא נשתתפתי. אך למ"ש ש"ך שם דנהי דא"י לגלגל אם נשתתף מ"מ על שלא הרויח יכול ע"ש. כן כאן כיון שמגלגלין בטענת ספק שפיר לפי טענתו שהי' שוה יותר גוזלו אם פשע יכול להשביעו בגלגול. אך א"י להשביעו בגלגול אלא סתם שלא גזלו אבל לא שאינו שוה יותר דזה רק אם יודה יתחייב שבועה כמבואר שם בש"ע. וי"ל כיון שכבר אמר הריני משלם ואיני נשבע ואמר בב"ד דלא מצי הדר בי' א"כ כבר יש עליו חיוב ממון ושוב זה שתובע שהי' שוה א"כ כבר מחויב ממון יותר ע"י שאמר הריני משלם בעד שיוי החפץ ונהי דמודה מקצת לא חשוב רק כמחויב מתוך טענתו מ"מ ע"י גלגול שפיר משביעו אם לא הי' שוה יותר דאז חייב יותר מחמת אמירתו הריני משלם כנ"ל. וא"כ נראה דוקא שאמר סתם מתחלה נגנב והריני משלם ואיני נשבע ואחר כך נחלקו בשיוי. אבל אם אמר מיד נגנבה והי' שוה דינר ואשלם הדינר וזה אומר שהי' שוה יותר דלא מהני אמירתו ה"מ דינר לחייבו ביותר אפילו הי' שוה יותר דמ"מ לא נתחייב ביותר ממה שאמר. שוב הוי רק כפירת שבועה דעדיין יכול לישבע שנגנב ושלא ישלם המותר אף אם שוה יותר כנ"ל. אך אף אם אמר סתם הר"מ ג"כ י"ל למ"ש בש"ע סי' צ"ד דכשמגלגל עליו יכול לחזור בו ממה שרצה לשלם כיון דע"כ ישבע שוב רוצה לישבע על הכל. וא"כ נהי דנימא לענין שבועה שא"ב לא שייך זה כמ"ש לעיל לדעת ב"י דלשון הר"מ ואיני נשבע משמעותו בעד השבועה של התשלומין לא משום שבועה שא"ב שחייב אף שמשלם וא"י לחזור בו. מ"מ כשטוען אח"כ שהי' שוה יותר ורוצה לגלגל עליו אף שמשלם שוב י"ל דיכול לחזור לגמרי ממה

שאמר הריני משלם כיון דע"כ יצטרך לישבע ויכול לומר שע"ד שיתבענו יותר משום שיצטרך עדיין לישבע לא נתרצה לשלם כלל. ויכול לישבע על הכל שנגנבה ושוב עדיין רק כפירת שבועה כנ"ל. ולא יוכל לגלגל שלא הי' שוה יותר כנ"ל:

אך מ"מ נראה דז"א דכיון שאמר סתם הריני משלם אך כיון שהלה טוען ברי שכך הי' שוה א"כ לפי טענתו נתחייב מיד לשלם כל שוי' רק עתה אחר כ"ד רוצה לחזור לגזלו וכופר שהי' שוה פחות ובשביל כפירתו לא נפטר מחיוב שלו. ואם היינו יודעין באמת שהי' שוה כדברי התובע לא הי' יכול לחזור מאמירתו הריני משלם והי' חייב לשלם כל שוי' א"כ טוען התובע ברי שחייב ע"י אמירתו כך וכך וממילא שפיר יכול לגלגל על שבועה שא"ב שלא הי' שוה יותר כנ"ל:

ואפשר דחשוב מודה במקצת גמור להתחייב שבועת התורה כמ"ש הר"ן סוף פ' ש"ה לענין נ' דחבלה ע"ש דכאן החיוב נעשה רק מחמת אמירתו הריני משלם. א"כ מעולם לא יצאה הודאה מפיו בפטור דהחיוב נולד אחר הודאה היינו אמירתו הריני משלם. ותבעו עתה שהי' שוה כו"כ וממילא נתחייבת אז באמירתך כו"כ והוא מודה פחות ולא נתחייב רק מקצת ע"י אמירתו ה"מ. וא"כ כשמודה יותר מפרוטה שהי' יכול לכפור שפיר הוי מודה מקצת שמחולקים על החיוב כמה נתחייב כנ"ל. דכשאינו מודה רק פרוטה הי' שוה י"ל דעל פרוטה הוי הילך שכבר נתחייב בב"ד וכמלוה בשטר דמי ע"י שאמר בב"ד הר"מ ואינו יכול לכפור פרוטה זו ולא מחייב עכשיו בהודאתו שהי' ש"פ כנ"ל. אבל כשמודה עתה שהי' שוה ב' פרוטות ע"כ שפיר הוי מודה מקצת דמצד אמירתו סתם הריני משלם הי' יכול לכפור שרק ש"פ ושפיר מודה בחיובו ב' פרוטות ש"פ הודאה כסלעין דינרין וחייב שבועת התורה משום מודה במקצת כנ"ל רק להפ' דקודם שיצא מב"ד או עסוקין באותו ענין יכול לחזור כשאמר הריני משלם א"כ גם בהנ"ל י"ל דאינו חשוב מ"מ כנ"ל. ומ"מ יכול לגלגל עליו כיון דכל זמן שאינו חוזר בו יש עליו חיוב תשלומין ע"י אמירתו. ואם יודה שהי' שוה יותר יצטרך לשלם כיון שאינו חוזר בו כנ"ל. ובל"ז מבואר סי' פ"ז בטור הובא בש"ך שם ס"ק ס"ה דדוקא בשבועה דרבנן אבל בשבועה דאורייתא אם אומר נשבעתי יכול להשביעו היסת ע"ש. והטעם נראה דדוקא שבועה דרבנן לא מיקרי חיוב ממון דהא לא נחתינן לנכסי' אבל שבועת התורה דכל שאינו נשבע חייב לשלם. א"כ תובעו חיוב ממון שלדבריו יש עליו ש"ד וכיון שלא נשבע מחויב לשלם לו. ונהי דשבועת התורה ליכא על חיוב שבועה דהוי רק גורם לממון כדאמר (פ' שה"ע) במשביע ע"א כו' מ"מ הוי כשטרות דאימעוטי מש"ד אבל היסת שפיר נשבעין כנ"ל. וא"כ ממילא גם גלגול שפיר יכול לגלגל על חיוב שבועה כמו שמגלגלין על שטרות

וקרקעות דזוקקין כו'. וא"כ כאן שטוען שהי' שוה יותר וממילא כל שלא נשבע שנגנבה שבועת שומרין מה"ת מחויב לשלם כל שוי' וממילא יכול שפיר לגלגל על שבועה שא"ב שלא הי' שוה יותר כנ"ל. וי"ל דמה"ט נקיט המחבר העיקר ששא"ב וגלגול שלא הי' שוה יותר כמ"ש ס"ק הקודם משום דרוצה לכלול ב' הדינים שגם בש"ח שאמר נגנבה והר"מ הדין כן ובזה העיקר שא"ב וכמה הי' שוה ע"י גלגול כנ"ל:

סעיף כ

נמצא כל שומר שנשבע שה"ש כולל בשבועתו ג' דברים ששמר כדרך השומרי' ושאירעו כו"כ ושא"ב ושלא שלח בו יד קודם שאירע המאורע הפוטרתו וא"ר לשלם נשבע שא"ב וכולל שכו"כ הי' שוה. (שילם ולא רצה לישבע ואח"כ חוכר הגגב קנה כל שבח דאתי, מעלמא אכל לא שכח דמגופא):

(**יג**) **ג' דברים**. עיין סמ"ע הניח בצ"ע דבש"ש איך שייך ג' שבועות דכיון שמתה א"צ שא"ב ע"ש. ולע"ד דאין שייך שאירעו כו"כ לשבועת שלא פשעתי רק קאי אדלמטה על שבועה שא"ב דכן מבואר לשון הרמב"ם פ"ד מה' שאלה שעיקר השבועה שכדבריו שנגנבה בש"ח ובש"ש שנאנסה והיינו שא"ב. ועוד ב' שבועות על קודם המאורע היינו שלא פשע קודם דאז חייב אפילו נגנב או נאנס בהא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ועוד שלא שלח יד קודם דאז ג"כ חייב באונסין כנ"ל. ומה דשינה פ"ו מה' שאלה מלשון הגמ' דסבר דלא סגי סתם שלא פשעתי דהא קי"ל דצריך לברר דבריו שמא טועה בדין וסבר שאינו חייב וישבע שקר כמ"ש רמב"ם פ"ו מה"ט וש"ע סי' ע"ה ולכך כשישבע סתם שלא פשע שמא סובר שאינו פשיעה ובאמת חשוב פשיעה ע"פ דין ולכך צריך לפרש ששמר כדרך השומרין ושאירעו כו"כ ואינה ברשותו דברמב"ם לא כ' ושאינה ברשותו רק שאירעו כו"כ ואינה ברשותו והיא שבועה אחת בש"ח צריך לפרש שנגנבה או אבדה ואינה ברשותו דלא סגי בנגנבה לחוד דשמא החזירה כמ"ש סמ"ע. ואינה ברשותו לחוד לא סגי דשמא סבור דקיימא באגם חשוב אינ' ברשותו. ולכך צריך לפרש שע"י המאורע אינו ברשותו ע"י הגניבה וכה"ג וכן בשיטה מקובצת ריש ב"מ כ' אהא דג' שבועות ש' שא"ב ש"ח שא"ב שנגנבה וש"ש שא"ב שמתה ושואל שא"ב שמתה מ"מ ע"ש הרי להדיא כנ"ל. דזה שאירעו כו"כ שייך לשבועה שא"ב. ובש"ח צריך לפרש שניהן שנגנבה וא"ב. וש"ש שנשבע שמתה ממילא נכלל בזה. שא"ב ועדיין ג' שבועות הן שמתה ושלא פשע קודם ושלא שלח יד קודם כנ"ל ולא קשה קושית סמ"ע כלל. ועוד די"ל דגם בש"ש לא סגי במתה לחוד דשמא נגנבה קודם ואח"כ מתה בי גנב דקי"ל דחייב. ויודע שמתה אצל הגנב ונשמע כן ואעפ"כ חייב. ולכך צריך לפרש בשבועתו

שע"י המאורע אינה ברשותו היינו בש"ש שמתה וע"י זה אינה ברשותו כנ"ל. ושפיר הלשון על כל השומרין כנ"ל. והש"ס דנקיט השבועות בלשון אחר היינו דזה אף דיעבד שא"י לברר כגון שיודע שנאבד וא"י אם ע"י גניבה או אבידה וכה"ג סגי שלא פשעתי ושא"ב כנ"ל. משא"כ לכתחלה צריך לברר המאורע נגנב או אבד וכה"ג. כמ"ש סי' ע"ה דצריך לברר הלוית או הפקדת אף דב"כ וב"כ חייב מ"מ צריך לכתחלה לברר וכן בהנ"ל:

(יד) **שילם ולא רצה לישבע** כו'. תמוה מאד לשון רמ"א שהשמיט דסגי באמר הריני משלם אף שלא שילם עדיין כמבואר בש"ס וכל הפוסקים,. ולמה נקיט שילם לקנות שבחא דמעלמא מה שמבואר בגמ' להדיא דלא בעי שילם. ואף אי סבר כהרא"ש וטור עכ"פ הי' לו לומר כשאמר ה"מ ונשבע שא"ב דלכ"ע סגי לקנות שבח כנ"ל:

ונראה לע"ד דהא התוס' מחולקים אי מצי הדר בי' באמר ה"מ או לא. והרא"ש כ' לדבר פשוט דדוקא אמר בב"ד דא"י לחזור בו אז מקני לי' אבל שלא בב"ד דמצי הדר בי' ודאי לא אקני לי' בדבורא ע"ש. וא"כ נהי דמפורש בש"ס דסגי באמר ע"כ א' מב' או משום דא"י לחזור בו או דאי כמ"ש תוס' דמצי הדר בי' א"כ מוכח מגמ' דאף כשיכול לחזור בו מקני לי' כל כמה דלא הדר בי'. והנה זה פשוט להרא"ש ז"ל שחולק על הרי"ף דבהנך בעיא דמספקא להו לש"ס מוקמינן אחזקת מ"ק דלא אקני לי' ע"ש. והנה בש"ע סי' כ"ב ס"ג כתב רמ"א ב' דיעות מי שמחויב לישבע ואמר לפני ב"ד ה"מ ואיני רוצה לישבע ויצא חוץ לב"ד א"י לחזור בו ויש חולקין כו' ולא הכריע ע"ש. וא"כ מיושב כאן דבאמר לא קני כלל שבחא דהא אם יחזור בו לא יוכל להוציא ממנו דיוכל לומר קים לי כהחולקין דמצי הדר בי'. וא"כ שוב עתה הספק להיפוך שמא כהפ' דלא מצי הדר בי' וא"כ לא אקני לי' רק היכא דא"י לחזור בו כמ"ש הרא"ש. וכיון שאם יחזור תועיל חזרתו מספק שלא יוכל להוציא שוב להפ' הנ"ל דכשיוכל לחזור לא קני א"כ לא קני כלל בדבור דאף שבאמת הדין דא"י לחזור בו ויהי' שלא כדין כשיחזור בו ולא ישלם מ"מ הא לא נוכל להוציא מספק. ואף דלהפ' הנ"ל שיכול לחזור הדין דאף אי יכול לחזור מקני לי'. מ"מ הא מספק מוקמינן אחזקת מ"ק ולא קני שבחא דשמא כהפ' דא"י לחזור דממילא כשיכול לחזור לא קני וכאן יוכל לחזור דלא נוציא ממנו כנ"ל. ושפיר כ' רמ"א ז"ל דוקא שילם אקני לי' ולא באמר כנ"ל. וצ"ע לדינא ולפי הכרעת הש"ך ז"ל שם דא"י לחזור בו. ממילא גם אמר קני. אך קשה להוציא נגד הרמ"א:

עוד י"ל למ"ש בחי' לגמרא ד' ל"ד פי' תוספ' אינו מדויק בעיית הש"ס דלהפ' דא"י לחזור קשה הלשון מיהדר קא הדר בי' כמ"ש תוס' דמשמע דמהני החזרה דלפי' דמשום דאטרחי' לב"ד עיקר חסר. וגם להפ' דיכול לחזור קשה מה דאמר א"ד דחויי קא מדחי.

למה נימא שמדחה כיון דמהני חזרתו. וכתבנו די"ל דלא תליא כלל בגירסת נשבע או ונשבע. רק דזה עצמו הספק דהך לכשתגנב ותרצה כו' קנויה לך הוי בתורת מכר בעד דמי החפץ שישלם וכיון דקי"ל משיכה קונה ונתחייב בדמיו א"כ מאחר דהמשיכה הי' ע"ת לכשתגנב כו' ותרצה היינו שיאמר הריני משלם. נתקיים התנאי וקנאו למפרע בתורת מכר במשיכה שוב מחויב בדמיו וא"י לחזור כלל כמו בכל מכר דמשיכה קונה. כיון דאמירת הריני משלם הוי קיום התנאי כנ"ל. רק הספק בגמ' הוא כמו בעייל ונפיק אזוזי דלא קני. כן כאן אף שהקנין הי' ע"ת שירצה ויאמר הריני משלם. היינו כשלא יחזור בו אבל כשיחזור בו ויצטרך לטרוח בדינא לא אקני לי' ושוב לא נתקיים התנאי ושוב באמת מהני חזרתו דלא נתקיים ולא נגמר המקח. או דילמא דחויי מדחי כו' וא"כ מיד שאמר ה"מ נתקיים התנאי שאף שחוזר אין הלה חושש בזה ושוב כיון שנתקיים לא מהני כלל חזרתו דנתקיים ונתחייב במשיכה ובאמת רק דחויי מדחי ומיושב ב' הלשונות בגמרא כנ"ל וא"כ כיון דנשאר הבעיא בתיקו בחזר ואמר איני משלם שוב הדין דא"י להוציא ממנו כשחוזר בו דשמא לא אקני לי' ומהני חזרתו כו' וכפסק רמ"א סי' כ"ב כנ"ל. ושוב אינו קונה כלל באמר שמא כהך צד דבעיא דדחויי כו' וא"י לחזור א"כ לא אקני לי' באמר רק משום שא"י לחזור בו כדברי הרא"ש הנ"ל. וכיון שא"י להוציא אם יחזור לא ד. קני כלל ודוקא שילם כנ"ל וא"ש:

(טו) **שילם**. הש"ך ז"ל כ' ה"ה אמר רק בשואל עד שישלם כדאמר בש"ס משום כל הנאה שלו וגם אם התנה שואל להיות כש"ח ג"כ לא קני עד שישלם כמ"ש הנ"י בשם הר"ן וכ"כ תוספ' ע"ש. אף דלכאורה אין ראי' מתוספ' דלהלכה כן. דהנ"י דקאי בשיטת הרי"ף דגרס לל"ק הוי תיובתא דאף שילם לא קני. א"כ דחה ש"ס ב' לשונות דר"פ ופ' שפיר כר' זביד דתניא כוותי' וממילא גם בשואל שהתנה כש"ח כן כנ"ל אבל לרש"י ותוס' דגרסי לל"ק לא הוי תיובתא דמחלק ג"כ בין אמר לשילם בשואל. רק תוס' מפרשים לנ"מ בין ר"פ לל"ק ובין ר' זביד דרוצים לישב לל"ק דמחלק בין אמר לשילם ג"כ א"כ מה נחלק עליו ר"ז ה"א אביי שואל עד שישלם. ולכך פירשו דגם מ"ט דאמר ר"ז הכל מדברי אביי דאמר שואל עד שישלם מ"ט הואיל וכל הנאה שלו כו' לא משום דממ"מ לא שכיח. ונ"מ בשואל שהתנה כש"ח כנ"ל. וא"כ לגירסא זו אין לנו ראי' לפסוק כר"ז נגד ר"פ דהפ' פסקו מאביי ורבא ואילך הלכה כבתראי אף כתלמידיהם ומאחר שהכל מדברי אביי י"ל דהלכה כר"פ דליכא הוכחה מהברייתא נגד ל"ק דר"פ. ואף דר"ז משמע דסבר כאביי ג"כ אין הוכחה לפסוק כמותו נגד ר"פ. מ"מ נראה לדינא כן מאחר שהרי"ף ורא"ש פ' להדיא כן וגם תוס' הביאו שני הגירסות ולגירסת ר"ח ודאי הלכה כר"ז. וגם לגירסא

הנ"ל אין הכרח ועוד דלשון הש"ס תניא כוותי' דר"ז. ולגירסת רש"י למה לא אמר כר"ז וכל"ק דר"פ. וע"כ דמספקא לש"ס בל"ק דר"פ רק דלא הוי תיובתא ומשמע ג"כ דסתם גמרא סבר כר"ז וממילא הלכה כן כנ"ל:

אך לכאורה דילמא גם ר"ז מודה לסברת ר"פ דממ"מ לא שכיח רק דמוסיף בשואל דוקא דכל הנאה שלו לא מקני במאי דמצי פטר נפשי' במאי דל"ש עד שישלם משא"כ בהתנה כש"ח י"ל דגם בשואל מקני בדיבור דבשלמא לגירסת רי"ף לא מצינו סברא זו דאי מצי פטר במילתא דל"ש מהני גם אמר קני ואי לא מהני משום דלא שכיח גם שילם לא קני. א"כ ר"ז מחלק רק משום כל הנאה שלו. אבל לגירסת רש"י סבר ר"פ עצמו החילוק בין אמר לשילם משום ל"ש. א"כ י"ל דגם ר"ז סבר כן רק סבר דלא סגי בטעם זה רק בשואל כנ"ל ונ"מ להיפוך בשוכר שהתנה להיות כשואל שאין כל הנאה שלו קני משום דא"ב פטר בממ"מ אף דל"ש. אבל שואל כש"ח שיכול לפטור במה דשכיח שפיר קני באמר אף דכל ה"ש. דז"א דלא משמע כן לישנא דר"ז דפליג ואמר שואל עד שישלם הואיל וכל ה"ש משמע דבשואל הוא דפליג אר"פ לל"ק ג"כ והיינו כתוס' דנ"מ בשואל שהתנה כש"ח דאי כנ"ל אינו חולק על ר"פ בשואל רק בשוכר שהתנה כשואל דבשואל אין נ"מ כנ"ל. וממילא למ"ש נראה דבשוכר שהתנה להיות כשואל קי"ל כר"ז דכיון דאין כל הנאה שלו מהני מאי דאי בעי פטר נפשי' בממ"מ אף דלא שכיח וקני באמר לחוד כנ"ל. ותוס' שלא כ' נ"מ זו היינו דרוצים לישב מה שחולק ר"ז על ר"פ לל"ק ומשמע דבשואל נחלק כנ"ל. אבל לדינא גם בשוכר שהתנה כשואל נ"מ כנ"ל והלכה כר"ז. ותמהני על הרמב"ם ז"ל פ"ח מה' שאלה שכ' ש"ח כו' שיכול לפטור כו' וכן ש"ש ושוכר כו' שאלו רצה הי' אומר מתה והי' פטור אבל השואל אינו קונה הכפל עד שישלם מעצמו. והשמיט הטעם המפורש בגמ' בר"ז הואיל וכל הנאה שלו ע"ש. ולמה הא יש יש נ"מ הרבה. וקצת משמעות לשונו כל"ק דר"פ כגירסת רש"י משום דאינו יכול לפטור במידי דשכיח מאחר שכ' הטעמים בש"ח וש"ש שהי' יכול לפטור ובשואל כ' סתם או דמספקא לי' אם הלכה כל"ק דר"פ אי כר"ז ולכך סתם בשואל ולא הזכיר הטעם:

ולכאורה י"ל דסבר דאין נ"מ כלל דכל למעט בפלוגתא עדיף. וכיון דר"ז סבר דשואל דכל הנאה שלו לא מקני בדבור. א"כ י"ל דגם ר"פ מודה סברא זו רק די"ל דשואל לא מיקרי כלל כ"ה שלו דהא חייב באונסין בשביל מה שמשתמש בו וחיוב ספק אחריות זה ודאי דש"פ יותר משוכר. רק דהתורה חייבתו באונסין מה"ט דאם לא הי' חייב באונסין הי' כל הנאה שלו בחנם ומה"ט חייבתו התורה באונסין אבל עכשיו שכבר חייב באונסין לא שייך הסברא דאינו מקנה לו בדבור שמוטל עליו להפיס דעתו שנהנה בחנם כמ"ש רש"י

ז"ל דעכשיו לא מיקרי כלל שנשתמש בחנם דיש עליו בשביל התשמיש אחריות אונסין. ולכך סבר ר"פ דגם שואל הי' מקנה בדבור ורק משום דלא מצי פטר נפשי' בממ"מ דל"ש. וא"כ בשואל שהתנה להיות כש"ח כו' שוב גם לר"פ לא קני בדבורא דבזה שאין עליו אחריות אונסין דשוב לגמרי כל הנאה שלו וממילא גם לר"פ לא אקני לי' בדבורא לחוד אף דמצי פטר נפשי' שבזה לא חולק כלל על ר"ז. ומ"מ שפיר הוצרך ר"ז לומר לר"פ סברת אביי בשואל הואיל וכ"ה שלו. ועכשיו אין נ"מ כלל. דגם לר"פ לא קני בדבורא בין בשואל סתם משום דלא מצי פטר ובין שהתנה כש"ח דשוב כ"ה שלו כנ"ל וסתם שפיר הרמב"ם ז"ל. ומ"מ יש נ"מ כמ"ש בשוכר שהתנה כשואל כנ"ל דלדידן כר' זביד קני כנ"ל:

ולכאורה בשואל שהתנה להיות כש"ח נימא דגם זה בכלל התנאי שמקנה לו לכשתגנב ותרצה ותשלם כו' כיון דבש"ח הדין כן דמקנה לו והוא התנה להיות כש"ח א"כ התנאי על כל דין ש"ח. והי' אפשר דנקטי רק לדוגמא שהתנה לפטור מאחריות אבל לא בפירש להיות כש"ח נכלל גם קנין שבחא. אך לא משמע כן לכון תוס' ונ"י בשם הר"ן רק אפילו התנה בפירוש להיות כש"ח מפרשינן לי' רק על פטור מן אחריות ומ"מ כיון דכל הנאה שלו לא הי' כוונת המשאיל לכשתרצה כו' רק כשישל'. וכן ממילא שוכר שהתנה להיות כשואל לא אמרינן גם להיפוך אף להוציא שהי' כוונתו גם זה שלא יקנה שבחא עד שישלם כמו שואל. דבשביל שנותן תוספת שכירות גם להתחייב באונסין לא יגרע כחו כנ"ל:

וש"ח וש"ש שהתנה להיות כשואל נראה דלכ"ע לא קני שבחא דהא לא מצי פטר נפשי' כלל דמ"מ מלאכה לא שייך גבי' דהא שולח יד. וא"כ אפילו שילם לא קני. דאף להרשב"א דסבר כהירושלמי דאפילו יש עדים שפשע קני. היינו משום דמתחלה כשהפקיד אצלו ידע שיכול לפטור עצמו שוב מקני אף שיהי' עדים כמ"ש הנ"י להדיא משא"כ בזה דמתחלה יודע שא"א לפטור עצמו כלל כנ"ל:

ולכאורה דוקא באפקיד לי' בשטר אבל בלא"ה אי בעי פטר נפשי' בלהד"ם או החזרתי. אך אינו נראה כן דא"כ לגירסת לל"ק הוי תיובתא מה פריך דלמא ר"פ באפקיד בשטר דלא מצי פטר רק בממ"מ ול"ש ובריית באפקיד והשאיל סתם לכך קני שילם דא"ב פטר נפשי' בהחזרתי כנ"ל. לדידן דקי"ל דשבועת שומרין אף בלא שטר. אך י"ל דאין ראי' דפריך א"כ גם באפקיד בשטר מצי פטר נפשי' בהחזרתי דהי' נאמן במיגו דמתה מחמת מלאכה. ולמה אמר ר"פ דלא קני. אך יש לדחות דאף לדידן דקי"ל (סי' רצ"ו) דמשאיל בשטר נאמן החזרתי במיגו דממ"מ היינו משום דלא קי"ל כל"ק דר"פ והוי מיגו

אף דלא שכיח. אבל למאי דסבר ר"פ דלא מיקרי מצי פטר נפשי' במאי שלא שכיח. א"כ גם מיגו לא חשוב ולא הי' נאמן החזרתי בשטר מיגו דממ"מ ועדיין מה פריך על ל"ק דר"פ דלמא ברייתא בלא שטר. ומשמע דס"ל לש"ס דאין חילוק. דזה לא מיקרי מצי פטר נפשי' בכפירה של גוף הפקדון:

שוב מצאתי בש"מ בשם רשב"א שהקשה אל"ק דר"פ דממ"מ לא שכיח ונימא א"כו פטר נפשיה בהחזרתי. וניחא לי דלא מקני אלא בדאית לי' למפטר נפשי' בטענת שומרין נגנבה וכה"ג עכ"ל. ומ"מ לא ביאר טעמו אי משום העזה דסומך שלא יוכל להעיז א"כ לכאורה בטוען המפקיד ברי פשעת ג"כ לא קני דלא שייך א"ב פטר שיצטרך להעיז. אך ז"א דלא עדיף מעדים שפשע דכיון שהי' יכול לפטור כשלא יהי' המפקיד יודע שפיר מקנ' לו בסתם אף דאיתרמי אח"כ שיודע שפשע כסבר' נ"י שם. רק בשואל בטענת להד"ם והחזרתי שמתחלה יודע שיצטרך להעיז ולא אקני לי' כנ"ל. אך לסברא הנ"ל הי' אפשר דדוקא שואל שעשה לו טובה הוי מידי דכפירה דלא אמרי' מיגו דהעזה כמ"ש תוס' ז"ל ולכך לא מיקרי מצי פטר נפשי' נפשי' במה שיצטרך להעיז. משא"כ ש"ח שהתנה כשואל י"ל כמו דאמרינן מיגו דהעזה כן מיקרי מצי פטר אף שיצטרך להעיז כנ"ל:

אך באמת אין הטעם נראה כנ"ל רק דאף דאמרינן מיגו דהעזה מ"מ זה שהפקיד אם הי' חושדו שיכפור לו לא הי' מפקיד. וע"כ שסומך עליו שלא יעיז נגדו רק בטענת שומרין שיוכל לפטור עצמו ואינו פוטר חשוב יתרון אצלו שמקנה לו כנ"ל. ומ"מ אינו מוכרח דנהי שסומך שלא יכפור בפקדון להיות גזלן וע"כ שסומך ג"כ עליו שלא יטעון נאנסה גם כן אף שא"י שאינו חושדו להחזיק חפץ שלו בשקר. אבל כשבאמת נגנב שמפסיד משלו לשלם חשוב אצלו יתרון מה שאינו טוען שקר לפטור עצמו. א"כ י"ל דגם זה יתרון אצלו שאינו פוטר עצמו בשקר דהחזרתי אף שמעיז מ"מ כופר רק בחוב שלו. דהא מיגו דלא שכיח להרבה פ' לא אמרינן וכאן אמרינן אי בעי פטר נפשי' לר"ז אף דל"ש. א"כ לענין העזה דלרוב הפ' אמרינן כשאינו מידי דכפירה כ"ש שיועיל לענין קנין שבחא במאי דמצי לפטור נפשי' אף בהעזה. ולפי' א' בש"ך סי' פ"ב (בדיני מיגו אות ו') דכל מפקיד חשוב מידי דכפירה שהאמין לו א"י להעיז נגדו א"ש. רק לפי' ב' דדוקא לפטור משבועה ע"ש. אך א"כ מוכח מהגמ' דלא מהני דגם שואל מהימן במיגו דהעזה ואעפ"כ לענין פטר נפשו' לא מהני. וכן משמע מדברי כל הפ' שנקטו רק שאלו רצה הי' נשבע לשקר ולא נקטו כלל טענת להד"ם או החזרתי שיכול לפטור בלי שבועה במתני' קודם דתקון היסת. ומשמע דלא מיקרי יכול לפטור כנ"ל דאף דלדידן חשוב מיגו אף שיעיז

מ"מ המפקיד סומך שלא יוכל להעיז כנ"ל. וממילא ש"ח שהתנה כשואל לא קני שבחא כנ"ל. ובאמר ה"מ לא קני עד דאמר בב"ד דוקא כמ"ש הרא"ש דחוץ לב"ד כיון שיכול לחזור בו לא קני שבחא. ואף דלהפ' דיכול לחזור קני בב"ד ומ"מ מקני לי' א"כ גם חוץ לב"ד. מ"מ רוב הפ' הסכימו דא"י לחזור ומוקמינן בחזקת מ"ק. ויש להסתפק אי מועיל תפיסה באמר חוץ לב"ד דאפשר דמ"מ חוץ לב"ד לא מקני לי' רק בש"ח שאמר פשעתי או ש"ש נגנבה נראה דגם הודה בפני עדים חוץ לב"ד קני דא"י לחזור מהודאתו שחייב הגם שיש להסתפק קצת דלמא דוקא בב"ד דכגבוי דמי משא"כ חוץ לב"ד וגם דלא שייך אי בעי פטר נפשי' רק בב"ד. וא"כ אפשר דגם שאומר אח"כ גם בב"ד פשעתי ג"כ לא קני לדעת הש"ך והפ' דלא כרשב"א דביש עדים שפשע לא אקני לי' דל"ש א"ב פטר נפשי'. וא"כ גם בהנ"ל הוי כמו לענין מיגו דעדים משוי לי' ראה חוץ לב"ד דלא הועיל המיגו וכשבא לב"ד כבר אבד המיגו וכן בהנ"ל מה שהודה לפני עדים שפשע לא הועיל לקנות שבחא ואח"כ בב"ד כבר לא מצי פטר נפשי' דיש עדים שהודה פשעתי. אך אינו נראה דמדתלי הרא"ש והנ"י טעמא דבב"ד משום דחוץ לב"ד יכול לחזור בו משמע דבהודה פשעתי בעדים אף חוץ לב"ד. מ"מ נראה דוקא הודה בפני המפקיד או שנודע לו עכ"פ שהודה בעדים דאי לא נודע לו והוכר הגנב לא קני דלא חשוב קיום התנאי שתרצה ותשלמני כיון שלא ידע כלל כנ"ל:

הב"ח ז"ל כ' דלא סגי בש"ח שאמר פשעתי לחוד עד שיאמר ג"כ הריני משלם. ודייק לה מברייתא דהשוכר ונגנבה ואמר ה"מ ואיני נשבע כו' דשוכר כש"ש דחייב ואע"פ כן נקיט שאמר ה"מ ע"ש. ותמוה דמפורש בש"ס ב"ק נ"ז דהפי' בברייתא ואיני נשבע דא"ב פטר נפשי' בשבועה או דשוכר כש"ח או דטען לסטים מזוין כו'. אולם גם רש"י ז"ל פי' כן ב"מ ל"ד בהא דמייתי תניא כוותי' דר"י השוכר כנ"ל אף דכש"ש כו'. ותמוה מאד. ומ"ש בחי' לגמ' דכוונת רש"י להוכיח דלא נחלק דדוקא היכא שפטור ואמר ה"מ דעביד לי' נייחא מקני בדיבור אבל פשעתי היכא דחייב ס"ד דלא מיקרי נייחא ובדבורא לא אקני עד שישלם. ור"י קאי אמתניתין ולפי' ריב"ן מיירי נגנב בפשיעה ואעפ"כ סגי בדיבור, ומאי ראי' מייתי משוכר אי כש"ח. ולכך פי' למסקנא דר"ז בב"ק דמוקי שטען לסטים מזוין ונמצא שאינו מזוין וא"כ איגלאי מילתא שהי' באמת חייב. ומוכח דאף שבאמת חייב קני בדבור ע"ש. אך עדיין אינו מספיק בלשון רש"י ז"ל שכ' ואע"פ דשוכר כש"ש וחייב בגניבה כו' מ"מ אם רוצה לשקר ולישבע שנאנסה הי' פטור בשבועה הלכך כי אמר נגנבה וחייב עצמו בקרן נקנה לו הכפל עכ"ל. ולאוקימתא דר"ז הנ"ל א"כ באמת

טען נאנסה דלסטים מזוין אונס רק דאיגלאי שהי' גנב. ומשמע דרש"י מפרש כפשוטו שטוען נגנבה שחייב. וסותר לגמרא דב"ק הנ"ל:

ואפשר דהא לשנוי' דר"ז קשה למה תני כלל הך ואיני נשבע שנצרך לדחוק שנמצא שאינו כמו שאמר שאין רבותא כלל. ובמשנה דהמפקיד דתני ול"ר לישבע הוי רבותא לאביי אתי לאורויי הא נשבע אף שילם לא קני ולרבא הפי' ל"ר לעמוד בשבועתו ואף נשבע קני אבל ברייתא דהשוכר דמה שאמר ואיני נשבע הוא שהשוכר אומר כן. וא"כ בשלמא לאביי תני ואיני נשבע דאי נשבע לא קני אף שאמר ה"מ אבל לרבא א"א לפרש איני נשבע לעמוד בשבועה ולמה תני כן הא אדרבא אף אי נשבע מהני כשאמר הריני משלם להסוברים דלא כתוס'. והול"ל רק נגנבה ואמר ה"מ. ולכך ע"כ מפרש רבא דשוכר כש"ש וקמ"ל ואיני נשבע דאף שהי' יכול לפטור בשבועת שקר ג"כ מיקרי מצי פטר נפשי' וכפי' ריב"ן. ואף דשם דוחק דיש חילוק בין לשון לא רצה לישבע שייך פי' ריב"ן ובין אמר איני נשבע. מ"מ ע"כ לרבא לפרש כן. ולכך שם ב"ק דקאי אמה שהשיב אביי לר' יוסף ואביי לטעמי' יש לפרש ואיני נשבע כפשטי' באמת דשוכר כש"ח או כר"ז ומ"מ קמ"ל למעט נשבע ושילם אבל לרבא א"א לפרש כן. וע"כ דהפי' כנ"ל דש"ש הוא ואיני נשבע היינו שאינו רוצה לישבע לשקר. ופירש"י שפיר למאי דקי"ל כרבא. כן י"ל שלא יהי' תמוה כ"כ. וא"כ גם ראית הב"ח מיושב קצת כיון דלרבא מפרשינן כן. אך לתוס' לא מוכח מידי דאדרבא לרבא קמ"ל אמר הריני משלם דוקא ואיני נשבע אבל נשבע לא סגי באמירה עד שישלם דוקא:

או אפשר דרש"י ז"ל מפרש ה"מ ואיני נשבע או או קאמר שנגנבה וכולל ב' אופנים או לסטים מזוין או גנב סתם. ואמר ה"מ היינו באופן שחייב גנב סתם לאוקימתא דר"פ דב"ק. או שאמר איני נשבע היינו שטוען לסטים מזוין וא"ר לישבע באמת ועל ואיני נשבע דייק בב"ק דאי בעי פטר בשבועה וכן פירש"י שם והכא בב"מ דייק רש"י מהריני משלם. מ"מ לדינא נראה דלא כהב"ח דלשון הגמ' ש"ח שאומר פשעתי כו' ש"ש שאמר נגנבה. ובשואל הזכיר שאמר ה"מ משמע דסגי בפשעתי לחוד שזה עצמו כאומר ה"מ. והא דהזכיר הש"ס בשואל ה"מ ולא אמר ג"כ שואל שאומר נגנבה כו' נראה דקמ"ל דה"א דמה דסגי בש"ח שאמר פשעתי לחוד היינו דכיון דמצי פטר נפשי' ואומר שחייב א"כ נראה מדבריו שרוצה לשלם אז הוי כאומר ה"מ אבל שואל דלא מצי פטר נפשי'. וע"כ שיודה לא הוי אמירתו נגנבה כאומר ה"מ דהא א"י לטעון טענה אחרת דממ"מ לא שכיח. כך הי' יכולין לפרש דברי ר"פ אבל שואל שאמר ובפירוש הריני משלם ס"ד דגם שואל קני דמה דלא מצי פטר ה"א רק טעם דלא חשוב אמירת נגנבה כה"מ. ולכך קמ"ל

בשואל אף דאמר בפירוש ה"מ ג"כ לא קני כנ"ל דא"י לפטור עצמו כנ"ל. אבל עכ"פ ש"ח וש"ש הוי כאמר ה"מ. וכן מבואר לשון הרמב"ם פ"ח מה' שאלה שמקודם כ' אמר הר"מ כו' ואח"כ דין דר"פ ש"ח שאמר פשעתי כו' ולא הזכיר כלל אמירת הריני משלם ע"ש דמשמע דלא צריך:

ולכאורה יש לדקדק כהב"ח ממה שהוכיח ריב"א הובא ש"ך ס"ק ד' מהרי"ף שסיים דאגבי' לאפדנא שאם הי' משלם מעצמו ע"י שחייבוהו ב"ד הי' קונה דאל"ה תיפוק לי' דלא רצה ע"ש. ומה ראיה דלמא מה דלא רצה הוי כאומר איני משלם. ומ"מ כיון שאמר מקודם לא ידענא כו' הוי כאומר פשעתי. א"כ הוי כאומר ה"מ וחזר ואמר איני משלם דהי' בכלל בעיא דגמרא דנשאר בתיקו. ולכך הוצרך הרי"ף לומר משום דאגבי' לאפדנא ומוכח כהב"ח דלא חשוב כלל כאומר ה"מ וא"כ לא אמר מעולם ה"מ וכיון שלא רצה אין ספק כלל ושפיר הוכיח ריב"א. ז"א דשם שרצה לפטור עצמו בטענת לא ידענא היכא אותבי' ודאי לא הוי כלל כאמר ה"מ:

ונראה לדינא דאף דלא כהב"ח וסגי בפשעתי לחוד. מ"מ דוקא כשיודע שמתחייב באמירתו אבל בטוען לפטור רק הב"ד פסקו שחשוב פשיעה וחייב. שוב לא הוי כלל כאומר הריני משלם ולא קני שבחא עד שיאמר הריני משלם. דאין הוכחה מדבורו כלל שרוצה לשלם החיוב ב"ד דהיינו כהך דכיפי כנ"ל:

ויש להסתפק גם באמר ה"מ ואקיים החיוב ב"ד אפשר ג"כ דלא מהני עד שישלם כיון דאטרחי' לב"ד לא סגי אח"כ באמירה לחוד. כנשבע ושילם דלתוס' לא סגי באמר אח"כ עד שישלם. ואינו מוכרח. דע"כ לא בעי ב"ק ק"ח ע"ב רק עמד לישבע כו'. אבל בשביל שטען מה שהי' סבור שפטור אין ראי' שאם היו פוסקין שבועה שהי' נשבע וגם הא עכ"פ אף שאינו רוצה לפנים מש"ה כ"פ כדין רוצה לשלם ומש"ה ג"כ מקני לי' וכן נראה רק דצריך לומר הריני משלם כחיוב ב"ד כנ"ל:

ובאמר הר"מ וחזר ואמר איני משלם נשאר בתיקו בגמ'. ויש להסתפק באמר פשעתי בב"ד ואח"כ אמר א"מ דתליא בהנך פי' שבתוס' דלר"ת דטעמא דמיהדר הדר משום דיכול לחזור א"כ בהודה פשעתי דלא מהני חזרתו קני ולהפ' שאף דלא מצי הדר מ"מ חשוב החזרה אטרחי' גם בהנ"ל כן. או שאמר ה"מ וקנו מידו באופן שא"י לחזור ואמר אח"כ א"מ ג"כ הספק כנ"ל והי' נראה מאחר שרמ"א סי' כ"ב לא הכריע א"כ הוי ס"ס לנפקד שמא כר"ת וקני בודאי ואת"ל כהחולקין עדיין תיקו דש"ס שהוא ספק כמ"ש הרי"ף דחולקין מה"ט. וכיון שאינו להוציא מהני ס"ס שיהי' לנפקד. ומ"מ צ"ע כיון דלרא"ש ור"י הכל למפקיד בבעיות הנ"ל דבחזקת מ"ק. וגם ש"ך ז"ל הכריע שם כהפ'

דא"י לחזור וא"כ לא קני. א"כ אין כאן ב' ספיקות. ונראה דעכ"פ חולקין כנ"ל. ובהנך בעיות דגמ' דעת ריף ורמב"ם דחולקין הכפל כיון שאין שום א' מוחזק. ולכאורה קשה הא הוי כשני יב"ש שאין מוציאין על אחרים דמצי מדחי לכל חד וא"כ כאן שספק על הכפל למפקיד או לנפקד יוכל הגנב לדחות לכל א'. ובקנס לא מהני הרשאה כמ"ש רש"י ורשב"א שבועות וצ"ל כיון דבש"ס ב"ק ק"ח בנשבע שומר אי באמת מהני הודאת גנב לשומר דחשוב השומר בע"ד על תביעת הכפל ג"כ וא"כ מכש"כ אמר ה"מ ולא שילם ושפיר עדיף מהרשאה ויכול השומר לתבוע הגנב אף אי הכפל דבעלים וכן הבעלים ג"כ בע"ד הן אף אי קני נפקד כפל. דבעיא שם בשילם אנן טרחינן כו' אך נשאר בתיקו. מ"מ בלא שילם רק אמר י"ל לכ"ע בע"ד נינהו כנ"ל. ומ"מ אף אי הבעלים א"י לתבוע רק השומר מ"מ כשתובעו מוציאין הב"ד וחולקין ולא מיקרי תפס כנ"ל:

ומה שהקשה הרא"ש על הריף דמוקמינן אחזקת מ"ק כיון שיש ספק אם הקנה הבהמה כו' קשיא לי דהרא"ש עצמו ב"ב קמ"ח גבי הקדיש כו' הפקיר כו' דבעיא אם חוזר בעמד כ' שאין מבטלין מספק ההקדש וההפקר כיון שהקנין ברור רק ספק אם יתבטל בחזרה מצד אומדנא ע"ש ל"ש חזקת מ"ק דהא ודאי יצא ע"ש וכן כאן כיון דאמר הריני משלם נתקיים התנאי כשתגנב ותרצה כו' כיון דסגי בה"מ ע"כ התנאי כן. רק אח"כ שאמר איני משלם יש ספק אומדנא אם יתבטל ע"י כן הקנין שכבר נגמר אי חשוב חזרה או לא. וכה"ג אין כאן חזקת מ"ק ונהי דלא חשוב תנאי דקום ועשה שצריך לברר קיומו או להיפוך ביטולו. וא"כ כאן החזרה הוא מעשה וכל שאין בירור שנעשה מוקמינן אחזקה. דז"א כיון שהספק לפנינו לא שייך זה אבל שפיר חולקין. ואפשר דחה זה רק על שאר הבעיות דהספק מיד אם נתקיים התנאי אי חשוב תשלומין או לא דבהנך שפיר חזקת מ"ק. אבל באמר הר"מ וחזר י"ל דמודה. אבל לשונו אינו מורה כן רק על כל הבעיות. וצ"ל דסבר דכיון דהתנאי הי' שלא יטריחנו לב"ד. א"כ כיון שחוזר ואומר איני משלם גם ביטול התנאי מבורר לפנינו רק שאנו מסופקין אם היא חזרה גמורה או דחי' ואינו חשוב חזרה. אבל החזרה מבורר ושפיר מוקמינן אחזקת מ"ק כנ"ל. וצ"ע לדינא כיון דהספק אם יש כאן חזקת מ"ק כהרא"ש או שאין כאן חזקה כלל כהריף ורמב"ם דחולקין והי' ראוי לפסוק ג' רביעי למפקיד ורביע לנפקד כיון שיש ספק אם חולקין או הכל למפקיד. דאנן אין תופסין כלל כב"י כשהריף ורמב"ם מסכימים יהי' ודאי כמותן נגד התוספ' ורא"ש ור"י וטור:

(**טז**) **שילם ולא רצה לישבע**. כ' הש"ך ה"ה נשבע ושילם רק אמר לא מהני אחר שנשבע כמ"ש תוס'. ועי' [בחי'] בגמ' מ"ש לישב שלא יקשה לשון הגמ' על תוס' הנ"ל. וקצת

ראי' מהא דהשוכר כו' ואמר ה"מ ואיני נשבע דקשה לרבא למה לי הך ואיני נשבע דבזה לא שייך לפרש לעמוד בשבועתו ולתוס' קמ"ל דוקא כשאמר ה"מ וא"נ אבל אי נשבע לא מהני אמר ה"מ לחוד עד שישלם כנ"ל. ויש להסתפק אי טעם תוס' משום דסוברים כהרא"ש דוקא בב"ד משום דלא מצי הדר בי' מקני בדבור אבל אם הי' יכול לחזור ודאי לא מקני וכמו דמסקי תוס' לר"ת ג"כ ע"ש. וכשכבר נשבע ואמר אח"כ ה"מ נראה דיכול לחזור דהוי רק מחייב בדבר שאינו חייב דבדבור לא מחויב כיון שכבר נפטר בב"ד לא שייך גמר דין ולכך דוקא שילם. ולטעם זה אם הודה אחר שנשבע פשעתי וה"מ דא"י לחזור בו. או שנתחייב בקנין שוב קני גם בדבור אף שנשבע. או דטעמם דהא חזינן דאביי סבר נשבע ושילם לא קני דאטרחי' לב"ד א"כ מ"כ לא פליג רבא אלא נשבע ושילם. אבל אמר נשאר הסברא דכיון דאטרחי' לא אקני לי' בדבור לחוד כל שלא שילם. וכדמחלק בין שואל דלא מקני בדבורא. וא"כ גם פשעתי או בקנין ג"כ לא קני בדבור. וזה נראה עיקר דתוס' כ' סתם ולא נחתי עדיין אי מצי הדר בי' או לא ע"ש. ועוד דלפי' ריב"ן שכ' תוס' הפי' במשנה ול"ד לישבע לשקר ואומר שנגנב בפשיעה א"כ לרבא הפי' ל"ר לעמוד בשבועה והוד' פשעתי ואעפ"כ דוקא שילם אבל אמר לא קני כמ"ש תוס' ד"ה אלא ומוכח דאף שהודה אחר השבועה שפשע דא"י לחזור בו מ"מ לא קני עד שישלם כנ"ל:

אולם משמעות לשון הרא"ש שחולק על תוספ' שכ' ודוקא נשבע ולר"ל אבל אם רצה לשלם אע"פ שכבר נשבע הכפל לנפקד ע"ש משמע דסגי ברצה דהיינו אמר ה"מ כדמפרש בגמ' הא רצה כו'. ואפשר לדחוק שכוונתו רצה ושלם. ודוחק. ובשיטה כ' בשם הרמ"ך שחולק להדיא על תוס' הנ"ל דסגי באמר אף שנשבע. וצ"ל דהרא"ש סבר דגם כה"ג א"י לחזור בו אף שכבר נשבע כשאמר בב"ד דהוי כמודה שלא הי' שבועתו כדין. דדוחק לפרש דברי הרא"ש דוקא באומר פשעתי או בקנין דהוי לי' לפרושי ומשמע סתם רצה שרק אמר ה"מ כנ"ל:

שוב נראה דאין הכרע שהרא"ש יחלוק על התוס' דמה דכ' אבל אם רצה כו' לשון הגמ' דב"ק קיח נקיט דרבא דייק מסיפא נולר"ל הא רצה אע"פ שנשבע ע"ש. והתוס' ע"כ מפרשים הך רצה לשלם ושילם. כן י"ל בהרא"ש ג"כ. ובאומר פשעתי אחר שנשבע י"ל הטעם למ"ש הרא"ש דכשלא נשבע שא"ב לא מקני באמר עד שישלם דוקא. ועיקר טעמו דכל שלא נשבע שא"ב חושדו דעיניו נתן בה. וא"כ אינו עושה לו שום נייחא בהא שמשלם כיון שגוזלו החפץ ולא מקני לי' בדבור עד שישלם כמו בשואל שאין יתרון במה דעביד ואמר ה"מ כנ"ל. ורק בנשבע שא"ב כנ"ל. וא"כ באחר שנשבע מודה שנשבע שקר ופשע ורוצה לשלם שוב הוי כלא נשבע שא"ב דהא עדיין חושדו כברשותו ואף דאין

נעשה חשוד ע"פ עצמו מ"מ לחוב מהני הודאתו ושפיר נגדו כאלו לא נשבע כלל דהא ודאי שאין חוזרין ומשביעין אותו שא"ב שכבר נשבע, וכיון שמודה כנ"ל מאמין המפקיד שנשבע שקר וליכא שבועה שא"ב וממילא לא מקני לי' בדבור עד שישלם כמו לא נשבע כנ"ל. רק אפילו באינו אומר פשעתי רק הריני משלם י"ל ג"כ הטעם כנ"ל דחשבינן לי' כהודה ששבועתו שקר דאל"כ למה ישלם כיון שכבר נשבע. דהא הסמ"ע כ' דיש סברא לחשדו עיניו נתן בה במשלם ואינו נשבע כיון שמשלם בחנם ע"ש. וא"כ נהי דלא אמרינן כן היינו דיכול להיות שישלם כדי שלא ישבע אפילו אמת. אבל כשכבר נשבע נשאר דסברא דלמה ישלם בחנם וחושדו שענ"ב ומשלם להיות רק חמסן דל"ת בלא דמי כו' וכלא נשבע שא"ב דמי כנ"ל. ועוד דממ"נ אם אינו הודאה מה שאומר ה"מ אחר השבועה הוי כמחויב בדבר שא"ח דיכול לחזור ולא מקני לי'. ואי חשוב כהודאה שנשבע שקר שוב הוי כלא נשבע שא"ב דלא אקני לי' בדבור. ואף דנמצא הגנב ואיגלאי שאמת נשבע זה לא מהני כיון שבשעת אמירת ה"מ לא הי' ניחא נפשיה. דזו סברת הרא"ש ז"ל בלא נשבע שא"ב כנ"ל. ושפיר סברת תוספ' דלא מקני בנשבע ואמר עד שישלם כנ"ל. ואפשר אף בקנין דלא שייך ממ"נ הנ"ל מ"מ לא קני דמסתמא כהודאה. דאל"כ למה ירצה לשלם כשנשבע כנ"ל:

(יז) **ולא רצה לישבע** כו'. כ' הה"מ ונ"י בשם רשב"א דכשיש עדים שנגנבה לא מקני לי' כפילא דלא אסיק אדעתי' שישלם כשיהי' עדים דפטור כו' וה"ל כמוכר הכפל כו' וכדאיתא בירושלמי ע"ש הביאו הש"ך ס"ק ח'. ונראה שהסכים כן. ולע"ד צ"ע שהריטב"א הובא בש"מ חולק ע"ז וכ' שאין משמעות גמרא דידן כן דכיון דמה דא"ב פטר נפשי' בשבועה מקני לי' מכ"ש שיכול לפטור לגמרי. ומ"מ לא כ' טעם לדחות דברי ירושלמי המפורשין מאחר שאינו מבואר להיפוך בגמ'. וכן דין הב' שכ' רשב"א מהירושלמי ביש עדים שפשע דקני כפילא והרמב"ן חולק והכריע הש"ך כרמב"ן, אולם מ"ש ראי' מלשון הגמ' אי בעי פטר נפשי' כו' אין ראי' כלל שכבר כ' נ"י ורשב"א הטעם משום דיכול לפטור עצמו מקני לי' מתחלה ושוב מקנה גם כשיהי' עדים א"כ שפיר צריך בגמ' הטעם דא"ב פטר נפשי' דמה"ט קני אף דאיתרמי שיש עדים משא"כ שואל דיודע מתחלה שא"א לו ליפטר עצמו לא מקני לי'. ועוד דלמא הירושלמי סובר דר' זביד דפליג ואמר דגם שואל מקני בשילם פליג לגמרי דאף דלא מצי פטר נפשי' כלל ג"כ מקני בשילם דאין חילוק בין מידי דלא שכיח או לא מצי לפטור כלל. ורק בשואל משום כל הנאה שלו. והכי קי"ל כר' זביד ואין ראי' כלל לחלוק על הירושלמי. ומ"ש הש"ך שבירושלמי שלפנינו ליתא. א"י מהו שמפורש בירושלמי שלנו ונראה טעם

הש"ך דזה לשון הירושלמי הי' לו עדים שנגנבה באונס הדא הוא דמר ר' אלעזר המוכר קנסיו לאחר לא עשה כלום. הי' לו עדים שנגנבה בפשיעה הרי הוא בכלל ישלם ואח"כ נמצאת הגניבה למי משלם לראשון או לשני או לשניהן עכ"ל. וסבר הש"ך ז"ל דהא מספקא לירושלמי ביש עדים בפשיעה. אולם הנ"י הביא הירושלמי רק זה שה"ה בכלל שילם. ולא הביא הסיום. נראה שמפרש שזה ציון אחר על המשנה ואח"כ נמצא כו' למי משלם מפרש הירושלמי שהספק של המשנה למי משלם הוא למפקיד או לנפקד או לשניהן. אבל זה פשוט לי' דעדים שבפשיעה הוא בכלל שילם דמתניתין ולכך כ' רק שמשמע מירושלמי ולא שמבואר דאפשר לפרש דמספקא לי' כנ"ל. ומ"ש הש"ך ז"ל מאחר שהרי"ף ורא"ש השמיטו שהירושלמי כו' מ"מ אין בזה טעם לדחות וצריך טעם למה. ובאמת סיום דברי ירושלמי תמוה גם לרשב"א. דמה לו לפרש למי משלם דמתני'. וגם דנימא שהוא ספק מה זה הספק דלשניהן. וגם בנ"י כ' הוא בכלל שילם וחסר יו"ד שבירושלמי כ' ה"ה בכלל ישלם ע"ש:

ולע"ד נראה ברור לפרש דברי הירושלמי ושאין ראי' כלל לב' הדינים שכתב הרשב"א דהירושלמי לטעמי' אזיל ששם על המשנה אמר מנא תיתי כו' אם הוציא כו' ומה ת"ל שנים ישלם אם אין ענין לו תנהו ענין לשלפניו רבי עאל לפרקי' דר"י אמר קומי' הדא א"ל אמור דבתרה נשבע ול"ר לשלם כו' משלם לבעל הפקדון וישלם למי שהפקדון אצלו ר"נ בשם ר' יונה חיים שנים ישלם למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך. ור"א מוסיף בשם ריב"ח לא סוף דבר שילם אלא מכיון שקיבל עליו לשלם כמו ששילם עכ"ל. ואח"ז איתא שם ירושלמי המבואר ברשב"א הנ"ל. והנה מבואר דירושלמי לא סבר כלל טעם גמ' דידן דנעשה כאומר לכשתגנב כו' קנוי לך מעכשיו. רק דיליף מקרא דשומר קונה הכפל כשמשלם הקרן דתנהו ענין לשלפניו מבית האיש היינו השומר כמ"ש המפרש שם דהכפל לשומר כשנגנב ממנו ולכך פריך דאף נשבע ולא רצה לשלם יהי' הכפל לשומר ויליף מקרא ששים ישלם למקום שהקרן מהלך שם כפל מהלך. וכיון דלא שילם והקרן לבעלים ממילא הכפל שלהם ג"כ. משא"כ שילם דהקרן של שומר גם הכפל לשומר. ואף דבקדשים שחייב באחריותן לרבנן דר"ש פטור היינו משום דהקדש פטור לגמרי אבל כשיש חיוב שוב החיוב לשומר ששילם כנ"ל. וממילא מיושבים ב' הדינים של הירושלמי דביש עדים שנגנבה באונס דפטור לגמרי אף משבועה וכלתה שמירתו שאין עליו שום חיוב א"כ אין הקרן שלו רק דבעלים והכפל לבעלים ואף שרוצה ליתן מתנה למפקיד ולשלם בחנם מה זה ענין שיקנה הכפל. ואם יקנה לו עתה הכפל הוי כמוכר קנסו דלא עשה כלום. ורק כשיש עליו חיוב שבועה ומיקרי שומר דמה"ט יכול לתבוע

לגנב כמבואר בש"ס ב"ק ק"ח דלא כלתה שמירתו שייך שקונה הכפל בשביל ששילם ולא נשבע כנ"ל. ואין הטעם כלל משום אדעת' דהכי לא אקני כמ"ש הנ"י שזה הוסיף נ"י מדנפשיה. אבל בירושלמי פשוט הטעם כנ"ל. וגם דין הב' ביש עדים שנגנבה בפשיעה כ' הרי הוא בכלל ישלם כו' היינו בכלל הקרא דישלם כנ"ל דלמקום שהקרן מהלך כו' דאדרבא פשוט יותר שיש חיוב גמיר עליו לשלם הקרן. ומתני' קמ"ל שהרי אמרו ש"ח נשבע כו' שאף כשמשלם רק בשביל השבועה ג"כ בכלל קרא הנ"ל דלמקום שהקרן מהלך כו' וכ"ש ביש עדים שבפשיעה כנ"ל. ואח"כ כ' הירושלמי ואח"כ נמצאת הגניבה ושינה מלשון המשנה שהוא ואח"כ נמצא הגנב. וכ' ירושלמי דין שאם נמצאת הגניבה קיימת בעין זה לא מוכח מדין המשנה דמיירי שאין הגניבה בעין דומיא דטבח ומכר ואז הגנב רק משלם דמי הגניבה והדמים לגמרי לנפקד אז הכפל שלו דלמקום שהקרן מהלך כו'. אבל נמצאת הגניבה בעין דאז הדין דגוף הפרה חוזרת לבעלי' כמ"ש הרמב"ם ז"ל והבעלים מחזירין הדמים לנפקד. בזה מסופק הירושלמי למי משלם לראשון היינו הבעלים דשייך אצלם למקום הקרן מהלך כפל מהלך דהא הקרן חוזר למפקיד. או לשני דמ"מ לענין השיוי דמים הוא של הנפקד דהדמים מגיעים לו. או לשניהן דהם כשותפין דחשוב שהקרן מהלך לשניהן. שלבעלים חוזר גוף החפץ ולנפקד דמיו וגם כפל לשניהן ומיושב למדוקדק היטב בעזה"י. וזה שייך הכל לטעם הירושלמי דיליף מקרא. אבל לטעם גמרא דידן דהוי כאומר לכשתגנב ותרצה כו' קנוי מעכשיו גוף הפרה אינו מוכח כלל ב' הדינים דביש עדים שנגנבה באונס ודאי אקני לי' וכיון שהקנה לו הפרה ממילא הכפל שלו ואינו ענין למוכר קנס כלל. דמ"ש הנ"י דאדעתא דהכי דלא שכיח לא אקני לי' כו'. תמוה דהוא עצמו כתב דביש עדים שפשע אף דלא מצי פטר מ"מ כיון שיש צדדים לפטור אם לא הי' עדים גמר בתחלה סתם להקנות לו בכל גווני וממילא גם שיש עדים ע"ש. וא"כ כלפי לייא דשם דודאי על פרט זה לבד שיהי' עדי פשיעה לא הי' מקנה מ"מ כיון שסתם הקנה גם אופן זה לא יצא מכלל הקנין ומכש"כ יש עדים שנגנב באונס נהי דפרט זה לא שכיח אבל מ"מ לא יצא מכלל סתם הקנין שהקנה לו כשישלם כיון שודאי לא הי' מוציא אופן זה שיהי' עדים שבאונס מהקנין א"כ מה בכך דלא שכיח כיון שהקנה סתם בכל אופנים ואין שום ראי' לסברא זו. ועוד כמו שכ' הרמב"ן מהא דנשבע ושילם דג"כ לא שכיח ואעפ"כ קני. ואין ראי' כלל מירושלמי דלטעמי' אזיל כנ"ל. וכן דין הב' בעדים שפשע ג"כ רק לטעם ירושלמי דלמקום שקרן כו' משא"כ לגמ' דילן דוקא כשיוכל לפטור עצמו וישלם אקני לי' משא"כ כשלא יוכל לפטור כלל למה יקנה לו. ומה בכך שהי' צדדין לפטור אם לא הי' עדים. מ"מ כיון דהכל רק אומדנא שע"ד כן הקנה כדי

שיהי' לנפקד ספק ריוח ועי"כ לא יפטור עצמו וישלם. וממילא על כשיהי' עדים לא אקני לי' כמו באיתרמי דאטרחי' לב"ד או חוזר בו או שילמו בנים שמת דאמרינן ע"ד שלא יהי' נייח נפשי' כ"כ לא אקני וכן כשיהי' עדים. כיון דאין ראי' כלל מירושלמי כנ"ל:

ולע"ד שגם בגמ' דידן נחלקו בטעם זה בדף ל"ו ע"ב דאמר ר"י אמר שמואל ור' אלעזר חלוק הי' ר' יוסי אף בראשונה והלכה כמותו אף בראשונה ור"י אמר מודה ר"י בראשונה שכבר שילם או אמר הריני משלם. ותמוה מאוד טעמא דשמואל ור"א כיון דהטעם במשנה דהקנה לו הפרה לכשתגנב ותרצה כו' מה שייך טעמא דר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כו' הא הוא פרה שלו ככל קנין על תנאי וממילא הכפל שלו. אולם למ"ש א"ש דהם סוברים כטעם הירושלמי שלא הקנה לו כלל הפרה רק ממילא מאחר ששילם הקרן הכפל שלו ושפיר פליג ר' יוסי כיצד עושה סחורה כו' בחפץ של חברו ודמי שפיר למתני' דהשוכר והשאילה לאחר שקונה חיוב אונסין כנ"ל והירושלמי סבר כשמואל ור"א דטעמא דמתני' כנ"ל. אבל ר"י דסבר מודה ר"י בראשונה הוא כטעמא דגמ' שהקנה לו הפרה ומודה משום שכבר אמר ה"מ וקני למפרע כנ"ל. וממילא כיון דקי"ל כר"י דמודה ר"י וכטעם דנעשה כו' קנוי לך גם ב' דינים הנ"ל כהרמב"ן וריטב"א. כן נראה לע"ד אף שאין הכרעתינו הכרעה בין הראשונים ז"ל. מ"מ בדין הב' ביש עדים שפשע כבר הכריע הש"ך ז"ל כהרמב"ן. ובדין יש עדים שנגנבה באונס מאחר שהריטב"א חולק עכ"פ מהני תפיסה. ובלא תפס נראה דחולקין עכ"פ כהנך ספיקות לרי"ף ז"ל:

וסברת נ"י צ"ל דמ"מ לא מקני רק כשמשלם בעד חיובו שייך שמקנה לו ריווח כדי שישלם בעד השבועה כשידע שיש לו עוד ס' ריווח משבחא. משא"כ כשיתן לו מתנה אין לו שייכות להחפץ. וע"ד שאף שיהי' עדים וישלם דאף אם יקנה לו שבחא אין סברא שבשביל ס' זה דשבחא לבד ישלם יותר מבלא זה שאם רוצה ליתן מתנה יתן גם בלא הספק שבח כנ"ל. ומנשבע ושילם אין קושיא כ"כ למ"ש הש"ך לישב מהא דשילמו בנים אף דאין עליהם חיוב שבועה כלל מ"מ שמא יודעין שפשע ואין רוצים לעשות עולה ע"ש. א"כ גם נשבע ושילם דמ"מ שמא יודע דשקר נשבע ומשלם. ודוקא בעדים שברור שאמת. ולפ"ז נראה דביש ע"א שנגנבה באונס אף דעד המסייע פוטר משבועה מ"מ בירור אין כאן ולא עדיף מנשבע ושילם שע"א רק במקום שבועה קאי ומ"מ שמא יודע שהעד משקר. וכן אם נתן לו נאמנות ופטרו משבועה מ"מ קני שבחא דג"כ שייך שיודע כנ"ל. ואף דלכאורה גם ביש עדים שנגנבה באונס שמא יודע ששל בה יד קודם ויודע שחייב באונסין. ובשלמא לענין כפל לא שייך כנ"ל שיקנה לו בשביל זה דהא אם שלח יד ונעשה גזלן אין הגנב חייב כפל כלל כגונב מהגנב דלא מיקרי מבית האיש. ואין מה

להקנות לו. אבל לענין יוקרא י"ל דגם בעדים שנאנס שייך שמקנה לו דשמא יודע דחייב שש"י. אך י"ל דאחזוקי בגזלנא לא מחזקינן אף שע"י גלגול חייב' תורה שבועה. אבל לא שיהי' ספק נחשב כנ"ל. ובשמירה בבעלים י"ל לכ"ע לא קני כשמשלם או אמר פשעתי. דמתחלה יודע שפטור בכל האופנים ועדיף מיש עדים דאיתרמי אח"כ. מ"מ אינו מוכרח להחולקין על רשב"א וכן בעבדים ושטרות כנ"ל. והש"ך ז"ל כ' דלענין יוקרא קני אף שיש עדים דזה מקנה לו עתה בשעת תשלומין וכ' כשעשה איזה קנין משיכה דמעות אין קונה. ותמוה כיון שנגנב מה משיכה איכא וגם ק"ס לא מהני דאינו ברשותו. וצ"ל דקאי על שומר חנם שנאבד ברשותו ויש עדים שהניחו במקום משתמר ונאבד ושילם. בזה אם נמצא אח"כ ברשותו איגלאי מילתא שהי' משיכה דחצירו קנה לו וקנה היוקרא בעד התשלומין. אבל אם לא הי' משיכה היינו שנמצא שלא ברשותו לא קנאו כנ"ל ודוחק. וממילא בנגנבה אף יוקרא לא קני:

(יח) **קנה כל שבח דאתי מעלמא** כו'. הש"ך כ' בשם הסמ"ע שע"פ דברי הה"מ כ' דמשלם רק כשעת פקדון ויוקרא דעד שעת גניבה ג"כ דנפקד לל"ק ולל"ב דסמוך לגניבה קנוי עכ"פ יוקרא דאחר גניבה שלו. והש"ך דחה דבריו כיון דהתנאי לכשתגנב ותשלמני כו' היינו התשלומין שחייב בעד השבועה והא חייב כשעת פשיעה עם היוקרא. וכשאינו נשבע חייב כשעת תביעה שמא פשע עכשיו וממילא לא קנה וצריך לשלם גם היוקרא ע"ש:

ולע"ד דברי הה"מ ברורים. דלכאורה למה ישלם השומר היוקרא כשפשע הא קי"ל סוף פ' הכונס הזהרו בו של כסף הוא ונמצא זהב אינו משלם רק כסף דנטירותי' דכספא קבלית עלי כו' ע"ש דשומר אינו חייב רק מה שקיבל שמירה עליו א"כ למה יתחייב יותר משיווי החפץ בשעת פיקדון הא לא קיבל עליו שמירה רק על שיווי זה. ואף שיודע שיכול להיות שיתיקר מ"מ מה בכך הא יכול להיות הוזל ג"כ והא בגזילה מבואר פ' הגוזל לשמא יתיקר לא חיישינן ופסקו שם דאף ודאי נתיקר לא נתחייב בשעת גזילה על היוקרא דאח"כ. ומה"ט קי"ל (סי' שנ"ד) איתבר ממילא משלם זוזא. וההה"מ הביא זה כאן שכ' וגנב עצמו כשנאבד מאליו משלם רק כשעת גניבה ע"ש. שלכאורה אין לו שייכות לשם דהא כ' מ"מ בשומר שחייב כשעת פשיעה. אולם ק' באמת למה. ועוד הא תיקנו משיכה בשומרין ולא מתחייב רק במשיכה כמ"ש בש"ע (סי' ש"ז) דעת רוב הפוסקים. וא"כ במשיכה בקנין אם הי' מקנה החפץ ליוקרא ג"כ לא הי' מהני דבעי' בגמר' (גטין מ"ב ע"ב) בעבד לקנס בלא עבידי דאתי ונשאר בתיקו. וכיון דיוקרא חשוב שבחא דאתי מעלמא ולא עבידי דאתי לא קני אם לא הי' מקנה החפץ רק ליוקרא. וא"כ

במשיכת השומר המשיכה קונה רק לחיוב אחריות ואין במשיכה זו קנין לענין היוקר ובמה יתחייב ומספק א"י להוציא. אמנם הטעם פשוט דהא קי"ל (סי' רצ"א) הנח לפני ג"כ שומר חנם. וא"כ כיון שיודע שאפשר שיתיקר א"כ נעשה עכ"פ אז שומר עליו כשנתייקר דכבר יש היוקרא ונתרצה שיהי' אצלו גם כשנתיקר וכיון דקיימא בחצרו הוי אז משיכה דמחויב בשמירתו. ובקיימא באגם אז באמת י"ל דלא מחייב ביוקרא. וכן בש"ש לענין גניבה ואבידה יש להסתפק דזה שמירה חדשה על היוקרא והוי רק שומר חנם ע"ז או דהפרוטה שקיבל בראשונה משוי ליה ש"ש גם על היוקרא וכאלו קיבל בעד הכל כיון שיודע שאפשר שיתיקר ויהי' נעשה שומר עליו כנ"ל. אבל עכ"פ הטעם דנעשה אז שומר על היוקרא כשנתיקר. וא"כ ממילא שפיר דברי הה"מ דכיון שמשלם כשיווי הפקדון בשעה שהפקיד אצלו וקנאו למפרע משעת משיכה דלענין זהו השמירה שילם הכל כל מה שנתחייב אז ממילא קנאו והיוקרא שלו ולא נעשה כלל שומר על היוקרא דהי' למפרע שלו שנתקיים התנאי ואף שלא שילם היוקרא זהו שמירה של חפץ אחר שנעשה שומר חדש כשנתייקר ואינו ענין לתשלומי שמירה ראשונה ולא חשוב כלל שילם מחצה. דאותו חיוב שילם הכל וכאלו נתן לו אח"כ עוד חפץ לשמור ולא שילם שאין ענין שלא יקנה חפץ הראשין. וממילא כיון דחשוב שילם הכל שיוי החפץ שבשעת פיקדון וקנאו למפרע משעת פקדון היוקר שלו ולא הי' כלל שומר עליו כנ"ל ולא מחייב וקנה היוקרא כנ"ל:

ומה שסיים הה"מ וז"ל ודעת רבינו אפשר שהוא אפי' מה שנתיקרה בין פקדון לגניבה וכל"ק דרבא וכמ"ש למעלה ודוקא אם הי' יכול לפטור באמת אבל בחייב ע"ד אמת ודאי כששילם כשעת גניבה שילם שהרי בדין הוא חייב והב"ד הי' מכריחין אותו בהודאת האמת כ"ל ואינו מובן. ונראה לענ"ד פירושו ע"פ הנ"ל. דלכאורה הי' הדין אף דפשע יהי' סגי כשמשלם שויו שבשעת פקדון וקנאו ונפטר מיוקרא כנ"ל:

אך באמת ז"א דהא כל שאינו משלם הכל לא נתקיים התנאי והחיוב לשלם אף היוקרא רק כשמשלם יקנה כנ"ב. והא קודם שמשלם הדין הוא כיון שפשע לשלם הכל גם היוקרא וכמ"ש תוס' ב"מ ס"ג רבית ע"מ להחזיר כו' שכשהקנה לו מעכשיו אם לא ישלם וזה אכל פירות אינו יכול לנכות הפירות שאכל ולהשלים המותר דקנאו למפרע ומגיע לו בעד הפירות. דז"א דכל שלא קיים התנאי לשלם הכל לא קנאו ואינו מגיע לו הפירות ולכך צריך מקודם לשלם הכל ואח"כ יתבע שיחזור בעד הפירות ע"ש. וא"כ כיון דקי"ל (סי' נ"ח) בב' חובות הברירה ביד המלוה לקבל על איזה חוב שירצה ולא מהני פירעון בע"כ דוקא על חוב זה. בפרט בקיום תנאי היכא שמפסיד דנתינה בע"כ לא שמה נתינה.

וא"כ כיון דבלא הקנין יש עליו חיוב כשפשע גם היוקרא אף שהוא שמירה אחרת. א"כ זה תובע אותו הכל גם בעד היוקרא וא"כ כשמשלם לו רק שיווי החפץ כשעת פקדון יכול זה ללקחו בעד חיוב היוקרא וממילא הוי שילם מחצה מדמי הפקדון ולא קני כלל ועדיין חייב לו המותר דכשלא קנאו חייב הכל. א"כ לא נתקיים התנאי עד שישלם הכל גם היוקרא. רק דלכאורה כיון שכבר שילם הכל יחזור ויתבענו להחזיר לו בעד היוקרא כיון שקנאו ונטל את שלו. אך ז"א דהא גם על גוף התשלומין ק' כנ"ל כמ"ש בחי' לגמ'. דהא משמע דהך קנוי לך מעכשיו היינו במתנה ולא מכר רק ע"ת כשתגנב ותשלמני. א"כ כשמשלם יחזור ותבע אותו שנתקיים התנאי והי' שלו ובחנם שילם שלא הי' חייב בפשיעה. וע"כ הטעם כיון דתשלומין ע"מ להחזיר לא הוי תשלומין א"כ כשיצטרך להחזיר אין כאן תשלומין ולא נתקיים התנאי ושוב א"צ להחזיר כיון דקודם שמחזיר החיוב עליו לשלם ממילא א"צ להחזיר. דנראה כשא' נותן חפץ במתנה ע"ת שתשלם לי דמי החפץ דע"כ צריך ליתן לו הדמים וא"י לתבעו אח"כ שנתקיים המתנה ובחנם נתן כנ"ל כיון שבלא הנתינה לא נתקיים והי' חייב. וראי' לזה דהרא"ש סוכה מ"א כ' במחנה ע"מ להחזיר דחייב באונסין דהוי שולח יד כיון שלא נתקיים התנאי ע"ש. והוא פסק שם כבעה"ע דחזרת דמים הוי חזרה וחשוב קיום התנאי. וא"כ איך חייב באונסין ומשלם א"כ שוב נתקיים התנאי והי' שלו ובחנם שילם וצריך להחזיר לו וע"כ כנ"ל וא"כ ממילא גם לענין היוקרא כיון דהדין כל שלא קיים התנאי חייב לשלם הכל כיון שפשע דאל"ה לוקח בעד היוקרא והמותר שילם רק מחצה וחייב הכל. ממילא מטעם זה עצמו א"צ להחזיר לו ג"כ בעד היוקרא אף ששילם הכל כיון שזכה בו כדין חדא דקם דינא (יבמות ל"ז ע"ב) ועוד דאם יצטרך להחזיר לא יהי' חשוב תשלומין מה שמחזיר ממילא עדיין יקח המותר בעד היוקרא ומה שמחזיר מחזיר מקצת משיוי החפץ ולא קנה וחייב הכל ולכך א"צ להחזיר. וזה כשבאמת פשע באופן שחייב ע"פ דין אבל באמר הר"מ כשלא פשע רק שמשלם אף דפטור א"כ שפיר כששילם רק בעד שיווי החפץ בשעת פקדון קני היוקרא דהא אין הלה יכול לתפוס על היוקרא דאינו מגיע לו כלום דפטור הוא כיון שלא פשע. ובמה שרוצה לשלם שמירה ראשונה שהוא דמי החפץ מ"מ יכול על החיוב של היוקרא שהוא לעצמו אח"כ לישבע ולפטור. וממילא כיון שאין זה יכול לתפוס התשלומין על היוקרא ממילא שילם כל דמי החפץ וקנאו משעת פקדון והיוקרא שלו וא"צ כלל לשלם היוקרא כנ"ל. וגם אפילו בע"כ אפשר דיכול לשלם לו כיון דבעד חיוב שבועה אין יכול לתפוס ממון דבידו לישבע. ממילא פרעון בע"כ שמי' פירעון דמצד שמירה, ראשונה דגוף. החפץ והיוקרא הן ב' חיובים. ממילא חיוב שבועה

דראשונה יכול לשלם בע"כ ולפטור כר"י דירושלמי לא חייבה תורה שבועה להחמיר אלא אם רצה לשלם ישלם כו' וגם הרי"ף מודה כשרוצה לשלם קודם שגלגל עליו ע"ש ברא"ש סוף שבועות. וא"כ כיון דמשלם בעד חיוב החפץ ואין המפקיד יכול לתפוס בעד היוקרא שבידו לישבע ממילא קנאו וא"צ לישבע על היוקרא כלל. ואף שיפסיד עי"ז פירעון ע"כ שמי' פירעון וע"כ ספק שם בגמ'. אולם הה"מ לא מיירי בזה רק כ' סתם דאם הי' פטור ושילם בחנם אז ממילא כששילם הקרן קנה היוקרא כנ"ל. אבל כשחייב או בעדים או שאמר בעצמו פשעתי דאז חייב ע"פ דין ממילא הי' ב"ד מחייבין אותו כשעת פשיעה. וכ' לשון זה דאפי' אמר הר"מ ולא שילם. תליא במה שנתברר אח"כ כשנמצא אם באמת הי' בפשיעה א"כ הי' חייב היוקרא והי' מכריחין אותו ממילא גם. עכשיו הדין כן דהיוקרא למפקיד. וכשאגלאי מילתא שהי' נגנבה ופטור ובחנם אמר הר"מ דממילא הי' די בתשלומי הקרן גם עתם כן שהיוקרא שלו. וגם אי איתרמי כשאמר פשעתי ושילם רק הקרן וקיבלו בעד. הקרן ולא תפסו בעד היוקרא ג"כ הדין דיוקרא של נפקד דנפטר מיוקרא. ולכך כ' הה"מ רק דמסתמא כששילם שילם כשעת גניבה כיון שחייב והב"ד כו' אבל אי, איתרמי כנ"ל קנה היוקרא ונפטר כנ"ל. וא"כ מה שכ' הש"ך ז"ל בשם הה"מ דאם הוקר אחר שהפקיד דא"צ הנפקד לשלם אלא דמי שוי' שבשעת הפקדון כהסמ"ע ע"ש. אינו מבואר כלל בהה"מ וגם הוא סובר דמשלם הכל רק כששילם שויו שבשעת פקדון אז פטור כנ"ל וקנה היוקרא:

וא"ש פירכא דבגמ' א"ה גיזותי כו'. דלדברי ש"ך תמוה דע"כ שלא נגנב הגיזות כו' דאי נגנבו דינם כגוף הבהמה אם שילם או לא. וכיון שבעין ודאי דלא חשוב תשלומין עד שמחזיר גוף הגיזה דהחיוב על הפשיעה החיוב להחזיר מה שנאבד ולהחזיר מה שבעין ולא סגי בדמיו וא"כ לא הקנה לו כנ"ל. וא"י למה הוצרך ש"ך ז"ל לדחוק בהך דגיזות די"ל גם לשיטתו כפשטי' דהא ודאי דע"כ לא מיבעי' בשילם מתנה רק כשנאבד הכל ולא שילם אלא מחצה אבל כשנגנב מקצת ומקצת נשאר בעין סגי כשמשלם מה שנגנב לקנות מה ששילם דמה שהוא בעין כל היכא דאיתא ברשותי' דמרה הוא ואף שלא החזיר עדיין. אין לו שייכות למה ששילם וקנאו. א"כ פריך הש"ס שפיר דאף שהגיזות בעין כבר קנאו משעת גניבה ושוב הגיזה שלו וא"צ כלל להחזיר כנ"ל ורק משום דמגופה לא אקני כנ"ל:

ולמ"ש בהה"מ קושית הש"ס כפשטי' דקנה למפרע כששילם וממילא גיזות כו' שלו וא"צ לשלם כלל דגם אף שנטענה אח"כ לא נעשה שומר עד שהי' הגיזה וכיון ששילם כמו שהי' בשעת פיקדון גיזי' כנ"ל ולפי דמשני שבחא דמגופה כו' אפשר דנעשה מיד

שומר דמהני המשיכה לגיזותי' כדקל לפירותיו. ושוב הוי רק כשילם מחצה. מ"מ אינו מוכרח דאפשר לענין הגיזה שיהי' אח"כ הוי רק כשטרות דאימעוט מדין שומרין שרק גורם לממון. ולא הועיל המשיכה אז לשויו שומר לענין גיזות וולדות שיהי' אח"כ רק על שוי' דאז ונעשה שומר רק כשכבר הן בעולם כנ"ל. ואף דבקנין כשקנה הכל ממילא הגיזה והיוקרא שלו היינו כיון שקנה לגמרי כל הפרה משא"כ שומר דמשיכה רק לחיוב ואינו חיוב אז רק מה ששוה לא על יותר משויו כנ"ל:

עוד נראה בדברי הה"מ דהא שילם מחצה נשאר בתיקו בגמ' אי קנה מחצה ששילם. וא"כ נהי שמחויב לשלם כשפשע שפיר לא מהני כשאינו משלם היוקרא דלחצאין פירעון ע"כ לא שמי' פירעון וא"י לכופו לקבל מחצה החיוב בפרט היכא שיפסיד עי"ז וא"כ כיון דמחויב לשלם הכל לא מהני שישלם לו בלא היוקרא. אבל כשכבר שילם דמי שוי' כשעת פקדון שוב מספק פטור לשלם היוקרא דשמא קנה שילם מחצה א"כ קנה למפרע משעת פיקדון וממילא היוקרא שלו ופטור. ובזה מודה הרא"ש ז"ל דאף שיש חזקת מ"ק מ"מ א"א להוציא ממנו בעד היוקרא מספק כנ"ל דזה להוציא ממש בעד הפשיעה או השבועה כנ"ל. ושוב אח"כ אף שנמצא הגנב היוקר שלו דלא חשוב שילם מחצה כיון ששילם כל מה שהי' צריך לשלם ע"פ דין חשוב שילם הכל דקנה כנ"ל. וב' הה"מ שפיר דכששילם ע"י שהי' חייב א"צ להחזיר היוקרא דלענין זה אמרינן מספק להיפוך שמא לא קני שילם מחצה א"כ חייב לשלם היוקרא כנ"ל וא"י להוציא ממנו כנ"ל. ואף שלא שילם עדיין כשחייב שפשע מ"מ הוי כהאי דב"ב (דף כ"ד ע"ב) בס' אילן קדם דאי קוצץ ואח"כ נותן דמים שוב הוי מוחזק וא"י להוציא ע"ש. וכן בהנ"ל כיון דכל שלא נתקיים התנאי מחויב לשלם בעד הפשיעה וצריך לשלם הכל גם בעד היוקרא. רק שיתחייב להחזיר כשכבר שילם ושוב ספק אי שילם מחצה קונה ומחויב לשלם הכל וזה א"צ להחזיר כנ"ל. ומיושב אף אי נימא דחשוב הכל שמירה אחת כנ"ל אבל אתרמי ששילם הקרן או בחנם ממילא קני יוקרא וא"צ לשלם עוד מספק כנ"ל:

שוב ראיתי בס' קצה"ח דחה ג"כ ד' הש"ך מהא דפריך א"ה גזותי' כו'. ולמ"ש אין מזה ראי' כ"כ. עוד תמה על הש"ך שכ' דכשאינו רוצה לישבע צריך לשלם כמו ששוה עתה שמא עכשיו פשע ודחה דאין זה שבועת שומרין רק כאומר כו"כ הי' שוה. רק בגלגול על שא"ב ובמצוי פטר ע"ש. ולמ"ש ס"ק ד' וט' אינו דחי' דזה תובעו שמא ברשותו והתורה חשדו שברשותו כל שאינו נשבע. וא"כ החיוב עליו כדהשתא א"כ ל"מ כשטוען ש"ח נגנב שפוטר עצמו לא מהני מה שרוצה לשלם כשעת הזול. דא"י לכופו כיון דיש עליו שבועת התורה שא"ב או לשלם כדהשתא. רק אף שאומר פשעתי מ"מ להפ' שא"ב עיקר

א"כ כל שומר מוטל עליו כשאינו מחזיר לישבע שא"ב לא מהני הודאתו לחוב לפטור משעת היוקר בלי שבועה שא"ב. ורק להפ' שלא פשעתי עיקר ושא"ב גלגול וכמ"ש שם דמינו מצוי פטור רק מצד ראי' וכשמחולקין שאין ראי' שוב חייב כנ"ל. כמו בשטרות או בבעלים להפ' דחייב לישבע שא"ב דודאי כשטוען פשעתי לא מהימן לפטור עצמו משבועה שא"ב ומחויב לישבע או לשלם. כן ממש ביוקרא דהשתא ולא דמי למחולקין כמה הי' שוה דהוי רק כפירת שבועה דלדבריו שלא הי' שוה רק כו"כ אין עליו שבועה רק כשויו הנ"ל. אבל בזה דעתה ודאי נתיקר וכשברשותו חייב החפץ או שויו דהשתא לא מהימן פשעתי בשעת הזול לפטור מתשלומי החפץ או שויו דהשת' שמוטל עליו ע"י ששא"ב דמה"ת כנ"ל. ועוד דאיכא חזקת הגוף שנאבד אח"כ וכהא דמומין ומשארסתני כו' אך לא מהני בלי ברי ושמא אבל י"ל כיון דקי"ל עשו תקנת נגזל בפשיעה וא"כ הי' חייב כשהי' יכול המפקיד לישבע שבשעת היוקר פשע י"ל דחזקת הגוף פוטרתו משבועה כע"א וסיוע השטר. אך לא מצינו זה:

עוד י"ל דעתה לענין נמצא הגנב אם קנה היוקרא שאינו מוחזק שוב מהני החזקת הגוף שנאבד אח"כ בשעת היוקר א"כ רק שילם מחצה ולא קנאו ואף שאז לא הי' צריך לשלם יותר הוא משום שהי' משקר ולא היו יכולין להוציא ממנו אבל כמו שהי' מועיל תפיסה כן מהני כשנמצא. וכאלו נתברר שהי' חייב לשלם יותר ונהי דלענין גוף החפץ י"ל דלא מיקרי שילם מחצה כיון שלא הי' מחויב יותר אז. אבל עכ"פ לענין היוקרא לדעת הש"ך דהכל א' א"כ לא שילם בעד זה ומהני החזקה לענין היוקרא שלא קנאו אף שלא יועיל לענין הגוף דיודעין ששילם רק בעיות הש"ס שמפסיד שלא שילם כל המגיע. וע"ז שייך כיון שלא הי' מוטל עליו יותר קני זה. אבל לא לענין היוקרא שלא שילם כנ"ל. וא"כ אף ביש עדים שפשע וא"י מתי נאבד י"ל ג"כ דאף שלא נשבע מ"מ עכשיו שנמצא מוקמינן אחזקת הגוף שנאבד אח"כ ולא שילם היוקרא. דהיכא דלא שייך חסר ואתי הוי חזקה אלימתא כמ"ש בנגע אף דהרי חסר לפניך וכ"ש כאן דמסייע חזקת מ"ק שלא יצא מרשותו כנ"ל. ובנשבע ע"י גלגול שנאבד בשעת הזול י"ל דמהני לקנות כמו בש"ש דנשבעין ליטול שכרן (ב"מ דנ"ח) דכיון דנאמן בשבועה מהני גם ליטול כנ"ל:

ובדעת הראב"ד שכ' משעת תשלומין נראה הטעם דהא יש פוסקים דבמזיק ופשיעה חייב כשעת תשלומין דלא דמי לגזלן איתבר ממילא כו' שקנאו משא"כ מזיק עליו להחזיר גוף החפץ או דמיו כמו החפץ בשעת תשלומין ע"ש ב"מ צ"ט וש"ע סי' ש"ד בחביתא דחמרא דביום שוק שוה ה' ושאר יומי ד' דלרמב"ם והרבה פוסקי' אף ששברו בשאר יומי תלי' בשעת תשלומין אי משלם ביום השוק צריך לשלם ה' ובשאר יומי ד' כו'

שצריך לשלם החפץ או דמיו שיוכל לקנות חפץ כזו ע"ש. אך הראב"ד חולק. וגם להפ' הנ"ל צריך לישב דמשמע בגמ' סוף המפקיד דאינו משלם רק כשעת פשיעה. אבל עכ"פ סבר הרא"ש ז"ל דהך לכשתגנב כו' ותשלמני כו'. והא לא פסק דמים כלל. רק לדידן הטעם דהוי כדשיימי בי תלתא דחשוב פסיקה וגם בהנ"ל הוא ממילא כמו שישומו הב"ד החיוב שהוא על פשיעתו כנ"ל:

אך הראב"ד ז"ל סבר דזה כמכר בעד הדמים שישלם לו ולא מתנה. וכמ"ש בחי' לגמ'. והתנאי הוא כשלא יפסיד כלום בשיווי החפץ ע"י פשיעתו אז מקנה לו גוף החפץ כיון שאין לו הפסד שיוכל לקנות חפץ אחר דמה לי הן כו'. וא"כ התנאי לא הי' רק כשישלם לו כשיווי החפץ בשעת תשלומין דאז אינו נפסד ע"י פשיעתו כלום. משא"כ כשמשלם רק בעד החיוב פשיעה אף דא"א לחייבו יותר מ"מ נפסד ע"י פשיעתו משיווי גוף החפץ דאם הי' בעין קיים הי' שוה יותר ולא הקנה לו ע"ד כן. וי"ל שזה להראב"ד הפי' בין שבח דמגופה למעלמא היינו מה שאין לו הפסד כלל משויו הוי כזה נהנה וזה לא חסר ומקנה לו משא"כ מגופה שנפסד משויו ע"י פשיעתו לא הקנה לו וגם זה כשילם מחצה כמו שפירש"י ז"ל להדיא בב' פרות כו' שהרי הוא נפסד על ידו ע"ש דאף שאומר שפרה השני' באמת ממ"מ ופטור רק א' נאנסה וחייב מ"מ כיון שנפסד בפקדון א' על ידו אף מה שפטור ע"פ דין לא רצה להקנות לו. וכן בזה היוקרא אף דפטור מ"מ נפסד ע"י פשיעתו משאלו הי' קיים והי' מחזירו לו בשעה שמשלם. ולכך דוקא כשמשלם כשויו בשעת התשלומין לראב"ד ז"ל. וזה פשוט. ונראה דבכל הנך מהני תפיסה הן השבח דמשעת גניבה מי שתפס לא מפקינן הן מגניבה עד השעת תשלומין ג"כ י"ל קים לי כהראב"ד ז"ל:

הלכות גניבה

סימן שמח

סעיף א

(**א**) **אסור כו' כ"ש**. כ' הה"מ כמו חצי שיעור דאסור מה"ת ע"ש וכן בגזלה כן הובא בסמ"ע. ומשמע דמצטרף אם גנב אח"כ עוד חצי פ' חייב כפל ועבר אלאו. ולכאורה הא אמר בסנהדרין נ"ז דבישראל מחיל ע"ש. וא"כ כדאמר שבת פ' המוציא (דף פ') בהוציא ח"ש והניחה והגבי' וחזר והוציא ח"ש פטור כיון דבטל הנחה ראשונה בשעת הב' וכמו קלטה כו' או נשרף כו' וכן בגזל דבשעת גזילה דח"פ שני' כבר נמחל ח"פ ראשונה ובטל הגזל. גם בגזילה הוי יאוש בודאי דל"ש נקיטנא לי' בדינא דפחות מש"פ אין יוצא כו'. וגם לא שייך מדמי מי קמייאש. וכיון דליכא והשיב קנאו. וא"כ אין מצטרף כלל עם ח"פ

דאח"כ כנ"ל. וגם בגניבה למ"ד ישל"מ הוי יאיש. ובזה הי' אפשר לומר כיון דהלאו מצד עצמו אם הי' ברור לנו שלא מחל ולא נתיאש הי' מצטרף עם חצי פרוטה אחרת ללקות רק אח"כ מחל מ"מ הלאו מצד עצמו חזי לאצטרופי ואסור מה"ת ככל חצי שיעור כמו שלא אכל אח"כ יותר. אך בלאו ה"ט ג"כ לא מצינו שיצטרף והא בהקדש דאתרבי פחות מש"פ להשבון בש"ס ב"מ פ' הזהב (דנ"ה). ומ"מ חשיב לחידוש (מס' מעילה וכריתות ט"ו) הא דצירף את המעילה לזמן מרובה. וברמב"ם ז"ל פ"ט מה' שגגות מפורש על הגזל כו' משוה פרוטה ומעל' כו' על המעילה כיצד כו' חומרא יתירה יש במעילה כו' ומצטרפת לזמן מרובה כו' ע"ש. מבואר דגם דאתרבי להשבון מ"מ חומרא חשוב מה דמצטרף א"כ ממילא בהדיוט אף בלא המחילה לא הי' מצטרף ולא שייך לאסור חצי פרוטה משום חזי לצרף כנ"ל. ונראה דהה"מ ס"ל דאין הפי' בש"ס יומא (דף ע"ד) כיון דחזי לטאטרופי איסורא אכיל שיהי' ראוי באמת לצירוף שיאכל אח"כ תוך כא"פ ויהי' חייב רק גם שהוא ב"ש סוף היום מיה"כ או חמץ שא"א לאכול עוד מ"מ אסור מה"ת דאם הי' מצרף עוד ח"ש ואוכל ביחד הי' החיוב על כולו שוב ח"ש מקצת מן האיסור השלם ומקצת האיסור אסור ג"כ מה"ת אף שאין לוקין וכמו לר"ש כ"ש למכות לא נאמרו שיעורין אלא לקרבן כן לדידן לא נ' שיעורין אלא למכות ועונשין לא לאיסור דבכמה דוכתי פליגי אם מקצת ככל (סנהדרין ע"ח וב"ק י' נ"א) דסבר ר' אחר שניהם לנזקין ע"ש כן לאיסור כנ"ל. וממילא כ' הה"מ דגם פחות מש"פ גזל אסור מה"ת כיון דאם הי' עוד חצי הי' לאו גמור אסור כ"ש מה"ת כנ"ל:

ובש"ס חולין ע"ט ובכורות פ"ק סבר ר"י בכור כולי' בכור כתב כל דאפי' כל. דהו. כן נראה הרבוי דכל חלב כו' מקצת אכילה היינו חצי שיעור. ועיין תוס' חולין פ"ח שהביאו היכא דפליגי במקצת ככל ושאין לדמות ע"ש:

ובתוס' חולין ע"ט ד"ה עייל כ' די"ל דסבר. ר' יוחנן דפליגי במקצת שה למלקות אבל איסורא איכא א"נ לא אמרינן אפי' מקצת שה ושאני חלב דרבי קרא כדדרשינן פ"ב דיומא כל חלב לרבות כוי וחצי שיעור ע"ש. ויתישב מה דתמוה מנ"ל לרבות מכל תרווייהו ע"ש בתוס' שכ' דא"ל טעמא דחזי לצירוף הוי מוקי לכוי לחוד ע"ש:

ולמ"ש מיושב דחד טעמא תרווייהו דהוי מקצת בהמה ומקצת איסור כנ"ל. אך בל"ז ג"כ לא קשה דלכאורה לתוס' חולין די"ל שאני חלב דרבי קרא א"כ גם חצי שיעור אין ללמוד. וגם בלא"ה איך נלמוד איסורים קלים מחלב. וצ"ל כמ"ש הר"ן דמשום הסברא דחזי לאצטרופי אמרינן טעמא דקרא מש"ה וילפינן הכל ע"ש. וג"כ דוחק כיון דטעם צירוף לא מהני לעונש מנ"ל למילף איסור קל מחלב דחמור לענין איסור ג"כ. והפשוט

נראה דקושית הש"ס אינו כלל מהלימוד דוכל חלב רק אדרבא מלשון הברייתא א"ל אלא כל שיש בעונש כו' ח"ש מנין. מוכח דבכל מקום ח"ש מה"ת בלאו קרא רק משום דחזי כר"י רק בחלב דתלי קרא האיסור בעונש כי כל כו' א"כ ח"ש שאינו בעונש אינו בכלל האיסור ע"ז יליף וכל חלב גם בכאן בכלל האיסור אף דאינו בעונש כנ"ל. וממילא ילפינן ספק וח"ש דגלי אף שאינו בעונש כו'. שוב הן ככל איסורין דספק וח"ש אסור מה"ת. ופריך שפיר דאי ח"ש מותר מה"ת בכל מקום מנ"ל תרווייהו כנ"ל ומיושב כנ"ל:

והנה בש"ס סנהד' נ"ז דאמר ר"פ ל"נ אלא לפחות מש"פ ופריך א"ה כותי בישראל אסור הא בר מחילה הוא ומשני נהי דבתר הכי מחיל צערא בשעתא מי לית לי' כותי כו' כיוצא בהן כיון דלאו ב"מ גזל מעלי' הוא ע"ש. ופירש"י ד"ה צערא הילכך גזל הוא אלא שאין ב"ד נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל לי' ובישראל כו' נמי אסור ומיעבר לא עבר דכ' לא תגזול והשיב כו' אמידי דהשבון קרוי גזל ע"ש. דמוכרח לזה דאל"כ כמו דבחובל דריבתה תורה לתשלומין וקי"ל הכאה שאינו ש"פ לוקה א"כ גם בגזל שאינו ש"פ ילקה כיון דלאו דגזל יש בו ועשה דוהשיב ליתא וע"כ כיון דלאו בר השבון לא עבר כנ"ל. והגם דבשאר לאו הניתק לעשה לא מצינו זה. בתמורה שניתק לעשה דוהי' הוא כו' קודש כדאמר ריש תמורה ובצבור ושותפין עבר ואינו קודש ואדרבא ראוי להיות לוקה. ופסחים כ"ה דקרינן וישלחו כו' קרינן ולא יטמאו כו' לא דמי דמשמע משום שהמחנה טהור מוזהר משא"כ כדלא מקוים וישלחו כו'. אך גבי כל טהור יאכל בשר ע"ש ג"כ לא דמי. ונראה דחשוב פירוש כמו דדריש בש"ס (ע"ז ס"ח) נבילה כו' לגר אשר כו' הראוי לגר קרוי נבלה כו' דהוא פירוש שאינו בלאו רק הראוי כו':

ובזה הי' מיושב הא דיומא ל"ו בלאו דנבילה פליגי ר"י סבר לא לאו מעלי' רק כעין ניתק לעשה ותמוה מאד כמ"ש תוס' למה לא נקיט טרפה דכ' לכלב כו' גם שביק לאו דפאה ע"ש די"ל דס"ל לר"י דתעזוב מעיקרא כו'. ולא קרי ניתק מצד המצוה כמ"ש רש"י בפרט לר"י מנחות נ"ו דאף השמר דעשה לאו. רק דמ"מ ס"ל לר"י דחשיב כמו ניתוק למ"ש תוס' פ"ק דר"ה ומפירש בש"ס (חולין קל"ד ע"ב) דכשאין עניים מותר ללקט דכת' לא תלקט כו' לעני ולגר כו' ולא לעטלפים. א"כ ג"כ העשה פירוש ומיעוט להלאו דליכא לא תלקט רק כשיש העשה דלעני כו' וחשב ניתק לעשה לר"י כו' ולכך נקיט הש"ס לאו דנבלה דא"א לומר דזה עשה לגר כו' או מכור לנכרי רק מ"מ לא משום מצוה רק ניתוק לפירוש ומיעוט דוקא כששייך לשון העשה דראוי לגר כנ"ל. משא"כ טריפה לא שייך כלל דאינו ראוי לכלב א"צ מיעוט כנ"ל. ולכך לא נקיט לקט ופאה דאירי בה דה"א משום המצוה ניתק כנ"ל ולכך אמר כנ"ל:

אך זה תלי' במ"ש תוס' שבועות כ"ד דגריס סרוחה כו' דקרוי נבלה ומ"מ התירה תורה ע"ש. אך בנבלה אף איסורא ליכא ואם גם בגזילה הי' הפי' כן מנ"ל אסורא. ונראה דוקא בגזילה דכ' והשיב הגזילה קודם לאו דלא תגזול שפיר עלה קאי הלאו דוקא מה דבר השבון כנ"ל:

ונראה דכוונת רש"י דהא שיעור נאמר בכל דבר ודאי דהגם דצערא בשעתי' אית לי' כדאמר בגמ' מ"מ ודאי לא שוה צערא דפחות מש"פ לש"פ דהא מחיל מיד. א"כ גם בשעת גזילה אינו שוה. רק סתם מלא תגזול הי' חייב עונש גם על הצער דפמש"פ. לכך כ' רש"י דכ' והשיב מה דבר השבה היינו מפרש השיעור דדוקא על צער הש"פ יש עונש לאו לא על פחות ואעפ"כ הוא ככל חצי שיעור דלענין הצער חזי לאיצטרופי שיהי' חסר פרוטה ומלקות בלא"ה ליכא. ולכך כותי גם על הצער דפחות מש"פ חייב כנ"ל:

וברמב"ם ה' מלכים פ"ט כ' ג"כ פחות מש"פ בכלל חצי שיעור לא נאמרו שיעורין לכותים דסובר דגם באבמה"ח חייב חצי שיעור. ולרש"י משמע דוקא בגזל. לכאורה דוקא בגזל דפחות מש"פ הוי דבר שאין בעה"ב מקפיד דמותר כדאמר (פסחים ו' ע"ב) סופי תאנים כו' בשאין מקפיד מותר משום גזל אף מחצר משתמר. רק גזל אסור דהא רואין שמקפיד. משא"כ גניבה פחות מש"פ. והא אה"ע סי' כ"ח קדשה בדבר שאין כו' ע"ש שפירשו בפחות מש"פ דסתמא אינו מקפיד ודוחק לומר דדוקא בידוע שזה מקפיד. או כשמקפיד כשנודע לו דנימא הוכיח כדאמר גבי כלך כו' גבי מרי בר איסק (ב"מ כ"ב) ע"ש. דהא משמע דעביד איסור מיד ונראה לע"ד דדוקא דומיא דסופי תאנים שאין מקפיד על מין פירות אלו. משא"כ סתם בשביל שאינו ש"פ אם יהי' מותר יגנבו הרבה פעמים פחות פחות מש"פ ומקפיד כנ"ל. ואף דלכאורה דמי להא דסופי ת' ומשמר מפני ענבים כו' או כה"ג דלא חשוב קפידא מה דמנטר בשביל דבר אחר וכן בהנ"ל על פחות מש"פ שנוטל זה אינו מקפיד רק בשביל שמא יקחו עוד דבר אחר כה"ג לא חשוב קפידא כנ"ל. לא דמי לע"ד דהתם על סופי תאנים וכה"ג אינו מקפיד ומה שמשמר מפני ענבים גם אם יקחו תאנים וענבים יהי' הקפידא רק משום ענבים ולכך לא חשוב נגד התאנים מנטר כנ"ל. משא"כ פחות מש"פ שע"י שיהי' מותר יקח עוד פחות מש"פ ויהי' צירוף פרוטה ויהי' הקפידא גם על החצי פרוטה שכבר לקח א"כ חשוב שפיר משתמר בשביל דבר זה עצמו. ואדרבא מוכח משם ריש פסחים דדוקא בגוונו דהתם לא חשוב מנטר משא"כ בהנ"ל חשוב קפידא מיד כנ"ל ואסור. מ"מ לענין קדושין י"ל דהוי ס' דלענין אסור שפיר אם יהי' מותר יקחו עוד ומה"ט מקפיד ואסור אבל כיון שהדין דאסור לא חשוב שוב קפידא אם עבר ולקח דהא מחיל והוי ס' לגבי קדושין כנ"ל:

(**ב**) **כל שהוא** כו'. מ"מ הלאו לא עבר וכשר לעדות עד שיש בו ש"פ. ובכלי כמו מחט וכה"ג משמע לדברי הגאונים סי' פ"ח דחשוב גזל כמו ש"פ דיצאו כלים כו' לחייב שבועה ודאי דיש חיוב השבה. והי' מיושב מה דקשה בש"ם פ' א"מ (דף כ"ז) ממעט באבידה אשר תאבד כו' ומצאת פרט לשאינו בה ש"פ ע"ש ל"ל קרא כיון דגם בגזל אינו בר השבה. ולהנ"ל א"ש כיון דקרא על שור כו' שלמה כו' שיש בו סימן והיא כלי א"כ גם פחות מש"פ חשוב ומ"מ ממעט באבידה. אך א"כ יהי' חשוב לקרא תאבד או ומצאת. אולם גם לתוס' וש"פ דגם בכלי בעי ש"פ מ"מ לא קשה מהא דצריך קרא באבידה. דהא גזלן יש לו קנין לענין זה שכשישתנה וכה"ג דלא יקוים והשיב הוא שלו דמה"ט שינוי קונה משא"כ כשאינו גזלן. א"כ לכך לשיטת תוספ' דגם כלי פחות מש"פ לאו ממון ואינו בר השבה שוב הוי שלו בגזל. משא"כ באבידה שאינו רוצה לגזול אף פחות מש"פ ס"ד דחייב מ"מ הוא של חבירו וקמ"ל דפטור כנ"ל. ובמחט להגאונים הי' נראה כיון דסתם גניבה יאוש לדידן קנאו למ"ש תוס' פ' מרובה ד"ה כל הנלקט דהא דאין קונה יאוש מטעם הפקר משום דצריך גזלן לשלם דמיו ע"ש. ומחט פחות מש"פ אי קני שוב אינו בהשבה דמיו ומיאש מדמי ג"כ. ומ"מ אינו מוכרח ונ"מ רבתי לענין קדושין:

הרמב"ם ז"ל ר"ה גזילה דאינו לוקה משום דניתק לעשה והשיב כו' ואף שרף משלם ע"ש. ובגניבה כ' דאינו לוקה שהרי חייבתו תורה בתשלומין משמע דניתק לא הוי בגנב רק ממה שחייב מוכח דאינו לוקה כמו חובל דבפירוש כו' לתשלומין וא"כ בפחות מש"פ יהי' כמו בחובל דלקי דלא שייך טעם רש"י ז"ל (סנהדרין נ"ז) כיון דאינו ניתק. וצ"ל כמ"ש לעיל דמ"מ נאמר שיעור למלקות ודוקא הכהו הכאה שאינו ש"פ שאינו שייך הכאה להפסד ממון בין ש"פ בין פחות הכאה הוא ולכך לוקה כשאין די תשלומין משא"כ גנב וגזלן דאיסור משום ממון חבירו פטור על חצי שיעור. אך קשה דבכתובות פ' א"נ (ל"ב ע"ב) דיליף מחובל כ' תוס' שם דלא מוקי קרא בלא אתרו בי' משום דמיותר כן ינתן בו ע"ש. א"כ איך מוכח מדחייבה תורה גנב לשלם דילמא דוקא בלא אתרו בי'. ועוד מקרא דחיים שנים כו' דלמא דוקא כשמשלם כפל מתקן הלאו לא בקרן. גם א"ל דילפינן מגזל דהא חזינן דהחמירה תורה בגנב מגזלן. וא"כ מנ"ל דלא לקי. וכן ירושלמי הובא תוס' פ"ק דב"ק (די"א) אין שמין כו' ע"כ לגנב גזל מנין ע"ש דאין לומד זה מזה. ונראה לענ"ד דאמר סנהדרין ע"ב מחתרת כו' גנו חצירו מנין ת"ל ימצא הגנב מ"מ ומת"ל מחתרת זו התראתו משא"כ גנו כו' בעי התראה. ועלה כ' אם כו' דמים לו שלם ישלם מוכח דגם באתרו בי' משלם קרן דמותרה לחמור כו' (כתובות ל"ג) ואף למ"ד אין מותרה לקל מ"מ מוכח דומיא דמותר' אף שהתרו בו למלקות מ"מ משלם. וזה קאי על קרן לחוד

דכ' אם א"ל ונמכר כו' דקי"ל (קדושין י"ח) בגניבתו ולא בכפילו א"כ מוכח תרווייהו דגם באתרו בי' מתקן בתשלומין ובקרן לחוד ג"כ כנ"ל. ומה"ט סוף חולין אמר בש"ס להדיא גנב וגזלן אינו בכלל מלקות משום ניתק לעשה ע"ש כנ"ל:

(ג) **דין** תורה ואסיר דרך שחוק וע"מ להחזיר או כדי לשלם כפל או כדי לצערו כו' שלא ירגיל כו'. ע"ש. מדפלגינהו משמע דפמש"פ דאורייתא. והני דרבנן והוא לשון הרמב"ם ז"ל. ותמוה דמבואר בש"ס דעיקר הלאו ע"ז ע"ש בלח"מ מה שתירץ אינו מספיק כלל ודחה בעצמו ע"ש. וברא"ש כ' כלשון הגמ' וכן בתוספתא ב"ק,. לכאורה כיון דקי"ל ע"מ להחזיר הוי נתינה וקנין ממילא חשוב גניבה וגזילה ג"כ. ולרמב"ם (פ"ה מה' אישות) דס"ל בקדושין דמי' לחליפין דכיון שהוא עמ"ל פחות מש"פ, א"כ גם בגניבה חשוב כמו פחות מש"פ אבל תוספ' (קדושין ו' ע"ב) ורוב הפ' דהתם משום גזירה דדמיו ע"ש. ומה"ת מקודשת כיון דגוף החפץ שוה פרוטה גם ע"מ להחזיר מיד ממילא חשוב גניבה שוה פרוטה ול"ל קרא כנ"ל, אך נראה החילוק דהא דלא דמי לשיור משום דתנאי מילתא אחריתי וכשמקיים תנאו ומחזיר הי' לגמרי שלו אף בלא חזרה וכמו החילוק בין ע"מ שלא תנשא לפלוני ובין חוץ מפלוני דאינו גט ע"ש (גטין דף פ"ב) א"כ זה דוקא בקנין מדעת כמכר ומתנה וקדושין דמהני בי' תנאי כנ"ל. משא"כ כשגונב או גוזל לא שייך בי' תנאי דהא לא מצי ע"י שליח דצא גנוב פטור כדאמר בש"ם (ב"מ דף ח'). וגם שאין הכוונה כלל שגונב ע"מ להחזיר בתנאי גמור שא"ל יחזיר לא יקנה בתורת גניבה סל רק יהי' ברשות בעליו. רק הפי' שיחזיר אח"כ וממילא הוי רק שיור שאינו גונב לגמרי וכמו בגט ותחזיר ע"ש,. רק לזמן ולא הי' מחויב א"ל קרא דלא תגנובו. גם לא יועיל תנאי הנ"ל כמו גנב שאינו רוצה שיקרא גניבה דהוי מתנה עמש"ב. כדפריך בשואל מתנה כו'. וכאן לא שייך לא שיעבד נפשי' ע"ש (ב"מ צ"ד):

לתוס' פ"ב דפסחים דמשהה חמץ כדי לבערו לא עבר לפי שניתק ע"ש (דף כ"ט ע"ב). ואם יהי' הדין כן בכל לאו הניתק. א"כ גונב כדי לשלם א"ל קרא לא הי' אסור. אך לא מצינו כלל בשאר לאוי הניתק שיהי' הדין כן המותר פטור אבל לא שיהי' מותר. וצ"ל גם שם רק כשעוסק ופודה החמץ כדי לבערו ועוסק בביעורו ע"ש. וי"ל דוקא בחמץ דלא יראה לך בעל בלבך כמ"ש הר"ן מירושלמי רק לאחר זמן לאו ברשותי' דלבטלי' אבל כשפודהו לשורפו אינו מתחיל כלל שיהי' נקרא יראה לך כיון שהוא כדי לקיים העשה שלא יראה. משא"כ בשאר לאו הניתק לעשה כנ"ל. גם י"ל שם דהוי כדבר שאינו מתכוין. ואף דהוי פ"ר, מ"מ פ"ר דלא ניחא לי' להרבה פ' שרי. ולכאורה לא יחשב א"כ ניתק לעשה כלל דזה שגנב ע"מ להחזיר לא מתוקן בחזרה כיון דהלאו היא כן. ומ"מ

ז"א דאף דהלאו כשגונב עמ"ל מ"מ רק כשאינו מחזיר עבר אבל כשמחזיר באמת מתוקן הלאו ע"י העשה. וא"כ נראה בין למ"ד בטלו ובין למ"ד קיימו (מכות ט"ו ע"ב) הי' חשוב בעובר ע"מ לקיים העשה כדבר שאינו. מתכוין דאינו מתכוין לעבור ואף שלא קיים לא עבר. וכנ"ל בחמץ וצריך קרא לאסור כנ"ל:

בסמ"ע כ' דאין הפי' בש"ע למיקט דזה כ' אח"כ רק לקחו לצרכו ואח"כ יחזיר ע"ש. משמע לצרכו להשתמש. ותמוה דקי"ל שואל של"מ גזלן ואף שיחזירו אח"כ א"כ הוי גניבה גמורה מה"ת כשגנב כדי להשתמש כנ"ל. ואף שלא נתכוין כלל רק לתשמיש כדאמר ב"מ (דף מ"א) טלטלה להביא עלי' גוזלות כו'. וי"ל באין בתשמיש ש"פ דנראה כיון דבעי' בש"ס (דצ"ו) שאלה לעשות פחות מש"פ ממילא כן לענין שואל שלא מדעת דאינו גזלן. וקאי אדלעיל אפי' פחות מש"פ ד' תורה כו' ואפי' ע"מ להחזיר והשימוש פחות משוה פרוטה כנ"ל. מ"מ דוחק:

וי"ל עוד דהכוונה להחזיר ולשלם מה שנשתמש דאינו גזלן דדוקא שואל ש"מ דלא ישלם משא"כ ברוצה לשלם הוא כדקי"ל (סי' שמ"ג) בספינה רצה פחתה נוטל שכרה נוטל. דגזלן אינו משלם מה שנהנה בשמוש ממילא כשנוטל להשתמש ולא לשלם וזה מצד קנינו בהחפץ בתור גזילה הוי גזלן מיד בהגבהה ע"ד כן. משא"כ בנוטל ע"מ לשלם י"ל דאינו גזלן כיון שאינו רוצה לקנות כלל ולהחזיר ויש נ"מ גדולה לאונסין ולכפל כנ"ל. די"ל אף שלקחה לשמוש הוי גוזלה לפירות דלאו כק' הגוף. וע"כ הא דחשוב גזלן על כולו מטעם הנ"ל כמו בחבית יין סוף פ' המפקיד דליטול רביעית נעשה כל החבית בסיס כן בהנ"ל לענין שיפטור משכר שמוש צריך כולו כנ"ל משא"כ ברוצה לשלם:

(ד) **לשלם כפל** כו'. ופירש"י דבוש ליקח ורוצה להחנותו באופן זה. ואף דבגזילה שעורין לשלם חטין כ' (סי' שנ"ט) דזכות הוא, אך שם דוקא במוכן החטין ע"ש. כ"כ ש"ך ריש ה' גזילה ובמזכה ע"י אחר. מ"מ יש להסתפק אי חשוב גנב גמור וחייב כפל ד' וה' אף שחוזר בו ואינו רוצה. או כיון דמתכוין לזכות כמשמעות הש"ע דמדרבנן שלא ירגיל אבל כפל ד' וה' י"ל דאינו חייב וכן אונסין. ולע"ד ראי' ממתני' פ' מרובה ע"ט גנב ברשות בעלים פטור כו' גנב חוץ מרשותו וטבח א"מ ברשותו חייב ע"ש. משמע אף דהניחו ברשות' שטבח ולא לקחו ג"כ חייב ד' וה'. לכאורה למ"ד (ב"ק קי"ח) שלא לדעת א"צ דעת נחשב חזרה כיון שהחזירו לרשות בעלים. ומה שטבח אח"כ הוא מחדש והוי גנב וטבח ברשותו דפטור וממילא אף שמודה פטור בקנס. וכ"ש לרמ"ה ורמב"ן (סי' שס"א) דגוזל בעדים נאמן החזרתי מכ"ש שרואין שהחזיר. וצ"ל דהא קי"ל (סי' רמ"ה) נהי דהוכיח סופו על תחלתו הוי ספק אי כרשב"ג אי כרבנן מ"מ היכא שהתחלה וסוף

מבורר רק שנאמר באמצע נשתנה זה לא אמרינן גבי נגעים ל"א שבנתיים (חולין י' ע"ב) וגבי חולה (גטין ע"ג) ובכורות ל"ח ע"ב בחרוור דבעי בדיקה גם באמצע משום שכן דרכו כמ"ש רש"י ע"ש. ומה"ט במשנה הנ"ל שראו שגנב ולבסוף טבח הוכיח תחלתו וסופו על החזרה שלא הי' בתורת החזרה והשבה רק כדי לטבחה שם מאיזה טעם כנ"ל. וא"כ אי נימא דבגונב ע"מ לשלם כפל ד' וה' לא חשוב גנב וכשחוזר ואינו רוצה אין מחייבין בד' וה'. עדיין קשה הא כל המעשה מורה שגנב כדי לשלם ד' וה' ולכך החזיר לרשות בעלים וטבח שם והניח שאינו רוצה לגזול כלל וממילא יפטר מד' וה'. וע"כ דבאמת חייב אף שגנב כדי לשלם כנ"ל. ומ"מ יש לדחות..

בש"ך ז"ל שכ' החילוק דאינו מזכה ע"י אחר ע"ש דאי מזכה ע"י אחר לא מיקרי גנב. ותמוה דברוצה שלם דבר אחר צריך לזכות אבל כאן ע"מ להחזיר גוף הדבר מה צריך זכוי. וכיון שבדעתו להחזיר ולשלם כפל ג"כ יחשב זכות כמו שעורין ועדשים. וצ"ל דמ"מ כל שלא העידו בב"ד אין כפל ואין לו שום זכות דאדרבא כמו שסובר שנגנב ודאי לא ניחא לי' במה שהוא אצל גנב וס' כפל וניחא לי' יותר אם ברשותו כדאמר סוף, פ"ק דגטין בהולך כו' בהוחזק כפרן דלא ניחא לי' שיהי' אצלו ולכך מזכה ע"י אחר מהני משא"כ כאן שנשאר אצלו. ואף שבאמת ברשותי' דמריה קאי כיון שאין רוצה רק להחזירו מ"מ כשיודע לו שנגנב סבור שיצא מרשותו. ומ"מ אפשר דהוי כגונב ברשות בעלים אף שמטמינו וסבורים שנגנב דלא חשוב גנב ופטור. רק בכלל ע"מ למיקט הוא דמ"מ יצטער. אבל א"ד אינו וכן פטור מאונסין וכפל דאלו ידע הכל הוי ניחא לי' וחשוב זכות. וב"ח ודו"פ כ' דבגנב אסרו אפי' לשלם יותר שלא ירגיל ואף בגווני דבגזל מותר בגניבה אסור. והש"ך חולק. ומ"ש ש"ך ז"ל כיון שידע האחר כו' משמע משום דאינו מיטמר והא אף דיש ב' שגנב המחייבים כפל ומ"מ חשוב גנב וא"ל דמיירי בהן ראו והוא אינו רואה אותן. דברש"י ז"ל ב"ק ע"ט ע"ב כ' כיון דאחרים הם ולא איכפת להו חשוב גנב דמיטמר מבעלים ע"ש:

ולע"ד החילוק פשוט דבגזילה שעורין שלא בפניו ומזכה לו חטין שפיר כיון דבכל זכות ל"ח שמא לא יתרצה כשיודע לו דמסתמא ניחא לי' א"כ ליקח שעורין שלא בפניו ע"מ להודיע לו שזוכה לו חטין ואין גזילה כלל. משא"כ בגונב ע"מ לשלם כפל וכה"ג דעכ"פ כשיודע לו שנגנב ממנו א"י אם יוחזר לו ולא עדיף פחות מש"פ דצערא בשעתא מי לית לי' אף דמחיל מכ"ש זה שאצלו הוי גניבה גמורה. ואף דאם הי' יודע מחשבת הגנב הי' ניחא לי' מ"מ עתה מקפיד וגרע מיאוש שלא מדעת בפרט כיון דע"כ רוצה להחזיר ע"פ ב"ד שיתחייב כפל ושייך שאינו רוצה למיקם בדינא כמו באינו מזכה שכתב הרא"ש

ע"ש. וי"ל גם כוונת הש"ך ז"ל כן. דהא חזינן במפקיד דניחא לי' להקנות הכפל. וד' וה' לנפקד כדי שישלם הקרן מכ"ש דלא ניחא לי' בספק כפל ד' וה' מס' שלא יוחזר הקרן. ומ"ש הש"ך דאם מזכה וכו' ל"מ גנב י"ל כוונתו אם מזכה ע"י אחר המעות או שיחד כלי לכפל כמ"ש תוספ' פ' נערה יחד כלי בקנס ע"ש ומצוה להאחר שיתבענו ע"י העדים קודם שיודע להנגנב ויתחייב כפל ואח"כ יודיע לבעל החפץ שנגנב ושזכה בכפל עבור דבזה הוי דומיא דחטין כו' ע"ז כ' דכה"ג לא מיקרי גנב:

ולדינא נראה דבגונב להשתמש ולהחזירו חייב כפל וד' וה'. אך קשה לי לשון הגמ' בכל דוכתי שואל שלא מדעת גזלן ולמה לא אמר גנב כיון שהוא שלא מדעת בעלים ונ"מ להתחייב כפל. וכן קשה דאמר פ' הגוזל וש"ע לקמן שנ"א דטוען טענת גנב אם שלח בו יד קודם פטור לר"ש מכפל ולמה לא יתחייב על השליחות יד כפל כשנשתמש שלא מדעת כנ"ל. וצ"ל דבשומר כיון דא"א ללמוד מגנב כדאמר ריש פ' מרובה שיליף ק"ו גנב מטוען ט"ג דבהתירא אתי לידי' ע"ש. א"כ אין ללמוד שומר מגנב לחייב כפל רק בטוען ט"ג דגלי קרא ומיעט האחרים ע"ש ממילא גם שליחות יד אימעוט מדין כפל וכן שואל שלא מדעת כשהוא שואל או שומר עליו כיון דבהתירא א"ל. וי"ל דמה"ט אמר שואל של"מ גזלן דרוב דוכתי מיירי בשומר או שואל ע"ש. אבל בנוטל בהמה וכה"ג מחבירו שלא מדעת להשתמש י"ל דבאמת גנב הוא וחייב כפל. מ"מ קשה דלא אישתמיט בשום מקום לומר גנב. ואפשר כיון דאחזוקי בגזלנא לא מחזקינן. וסתמא אמרי' שנוטל להשתמש לשלם שכר שמוש דכה"ג לאו גנב להתחייב כפל כמ"ש לעיל. רק בנחית אדעתא דגזלנותא וע"כ לחייב כפל כשאומר לפני עדים שנוטל להשתמש בחנם בלי שכר. ושוב חשוב גזלן. דעד כאן לא כ' רש"י ז"ל ב"ק ע"ט דגונב בעדים אף דלא מיטמר מינייהו לא חשוב גזלן רק משום דלא איכפת להו היינו שסבור שאין משגיחין כלל אם נוטל שלו או של אחרים ע"ש. אבל כה"ג דע"כ שאומר לעדים שלוקח של אחרים להשתמש בגזילה י"ל דלכ"ע גזלן הוא דלא מיטמר כנ"ל. וא"כ לא משכחת חיוב כפל כנ"ל. אך א"כ בדבר דלא קיימא לאגרא דאמר ב"ק צ"ז דחשוב סתמא גזלן אף אם הי' רוצה לשלם ע"ש. והכי קי"ל. א"כ שפיר יחשב גנב בסתם נוטל להשתמש וחייב כפל כנ"ל. אך בל"ז הא חייב כפל שעדים רואים שנוטל שלא מדעת וע"כ שיאמר לעדים שרוצה רק להשתמש וי"ל ג"כ דחשיב גזלן דלא מיטמר כנ"ל. ואינו מוכרח. דא"כ גם בגונב ע"מ לשלם כפל וכה"ג שייך ג"כ דבסתם שראו עדים חייב וע"כ שאומר להם א"כ אף אם הי' חיוב הי' חשוב גזלן:

ולכאורה מוכח דע"מ לשלם לא חשוב גנב דאל"כ מנ"ל לש"ס דש"ש אינו חייב בטוען ט"ג כפל מה בכך דחייב עצמו לשלם בטענת נגנבה מ"מ הוי גנב ע"מ לשלם. ושבועה

שאינו ברשותו נשבע מדר' שמא עיניו נתן בה וליש פ' סבר ר"ה דשבועה זו ג"כ מה"ת וגם למה דקי"ל שהוא דרבנן משכחת לה בע"א העיד שברשותו. וע"כ דלא חשוב כפירת ממון כיון שמשלם רק בלא תחמוד קאי להרמב"ם ז"ל מה"ת ולתוספ' רק מדרבנן. וממילא דלא חשוב גנב להתחייב כפל שאינו גונב שיוי ממון. מ"מ אינו נראה כיון דלא אמר רוצה אני הוי גזלן וגנב. והראי' משומר שכר יש לדחות דב"ד א"א לחייבו רק תשלומין והא משלם. ממילא אין חיוב שבועה מה"ת גם בע"א כנ"ל. משא"כ לענין כפל: **ולשון** הש"ס ורמב"ם וש"ע י"ל עמ"ל י"ל שאינו רוצה כלל להשתמש רק ע"מ למיקט ועדיין ברשותי' דמרי' קאי רק יהי' סבור שאינו ברשותו וכדאמר פ"ג (ל"א ע"ב) דכתובות באפקי' לר"ה דכיון דלא לרשותו ברשותיה דמרי' קאי ונכלל בלשון המשנה גנב ברשות הבעלים ע"ש. ומ"ש סמ"ע שכ' הש"ע בסוף ואפילו כו' כדי לצערו ע"ש. י"ל שאפי' שאינו מוציא מרשות בעלים כלל רק גונבו ברשותו שמטמינו ויסבור שנגנב. דלשון המשנה גנב ברשות בעלים ע"כ הפי' כן וקרי לי' גונב. ובהני באמת מדרבנן וקרא אסמכתא:

בש"ך ציין אסור כו' בש"ס ב"ק משמע דגנב ח"ל מעידית כמזיק ע"ש. תמוה מאי משמע הא מפורש גנב וגזלן כו' כולן כאבות לשלם ממיטב. גם מפורש לקמן בש"ע ס"ה. ולקמן ה' גזילה כתב לשון זה דעכ"פ אינו בש"ע משא"כ כאן. ונ"ל כוונתו דהא יש סברא ריש ב"ק ז' לחלק בין מדעתו דלא אטרחי' לב"ד שקיל אפי' סובין ואמר דוקא נמי מיטב כו' ישלם בע"כ ודחי מי כ' ישולם ישלם כ' מדעתו משמע. ושם ה' ע"א דגמיר כאבות כו' תחת כו' ישלם כסף פירש"י כפל דכ' ישלם שנים ד' וה' ה' בקר ישלם כו' וקרן דגנב בכלל כפל ע"ש וא"כ הך ישלם ע"כ בב"ד דבקנס ירשיעון כו' וא"כ י"ל דקרן לחוד כשמשלם בעצמו ולא אטרחי' א"צ לשלם מיטב. וזה אינו מפורש בגמ'. גם מש"ע ס' ה' אין ראי' דכ' ב"ד יורדין לנכסיו כו'. ולכך כ' ש"ך ז"ל כאן דמיירי מהאיסור דקאי עלי' לצי"ש כ' דגם שמשלם מעצמו צריך לשלם מיטב. דכיון דאמר בש"ס כולן כאבות משמע דשוה לנזקין ושם דחי הש"ס דאין חילוק בין מדעתו כו':

סעיף ד

(ה) **משעה** שמשך הגניבה כו'. לשון המשנה (ב"ק ע"ט) גנב ברשות בעלים וטו"מ חוץ מרשותם חייב. ואינו מובן דהא חייב משום שהוציא מרשותם. והול"ל גנב מרשות בעלים. ונראה דקמ"ל אף שגנב ברשותם היינו שהטמין שם הבהמה עד שכשחפשו הבעלים היו סבורים שנגנבה כבר ואח"כ הוציא וטו"מ דס"ד דפטור כמו בקנין עודר בנכסי גר וסבור שלו לא קני דלא נתכוין כן בהנ"ל דסבור שכבר קנאו בתורת גניבה ע"י הטמנה ולא נתכוין במה שהוציא מרשותם לקנין גניבה. קמ"ל דדוקא בקנין שייך כנ"ל

משא"כ בגנב דעכ"פ נתכוין בהוצאה זו להוציא מרשות בעלים ובזה נעשה גנב. ואף למ"ד לסימטא מ"מ כשנתכוין להכניס לרשות שנעשה קנין גניבה לא מהני מה שאינו מכוין לקנין כנ"ל:

עוד י"ל דקמ"ל אף דגנב ברשותו והטמין כנ"ל א"כ כבר נתיאש דסתם גניבה ק"ל יאוש וחשוב כשהוציא בהתירא אתי' לידי' אחר יאוש וקני ושלו הוא טובח. קמ"ל דלא הי' מועיל היאוש שהי' סבור שגנב ובאמת הי' עדיין ברשותו וכמ"ש הרמב"ן באבידה דלא מהני יאוש כשהוא ברשותו גם הוי בטעות. או אפשר דסני כשראו עדים רק שגנב ברשות בעלים ואח"כ ראו שטבח חוץ כו' אף דלא ראו ההוצאה מרשות בעלי':

עוד שם במשנה גנב חוץ מרשותם וטו"מ ברשותם כו'. משמע שהגניבה הי' חוץ גם שהי' עומדת בסימטא ומשכה כמו שקונה בקנין כן לחשב גניבה ומ"מ נראה דתני גנב חוץ כו' שיהי' נראה שמטמין א"ע במשיכתה שנראה דרך גניבה וכדאמר הטמין בחורשין ע"ש. דאין סברא שכ"א מכיש בהמת חבירו בסימטא ורצתה] שנחייבו כפל אם לא שאומר להעדים שרוצה לגנבה א"כ לא מיטמר כלל ולרש"י ז"ל לא חשוב גנב. רק אפשר דמתני' שטבח ומכר אח"כ י"ל הוכיח ס פו ע"ת שמשיכתו הי' לגניבה דהיכא דמוכח טובא מודים חכמים דאמרינן הוכיח סופו כו' ולר"ע (ד"ע ע"ב) יהי' דוקא אותן עדים עצמם דאל"ה הוי חצי דבר דע"ג לא מהני בלי עדי טביחה באופן הנ"ל:

גם קמ"ל אף דהחזירה לרשות בעלים ולחד מ"ד א"צ דעת מ"מ לא אמרינן דחשוב השבה כמ"ש לעיל ומשמע דטבח ברשות בעלים אף שנשאר מונח שם. גם י"ל כדאמר סוף ב"ק באנס בא כנגדו דלא חשוב השבה משמע התם דגם קודם שלוקחו רק שבא כשא"י להציל ע"ש. א"כ כיון שטבח ועדיין גנב הוא א"כ ההשבה לרשות בעלים והגנב עומד עליו לא חשוב השבה כלל כמו לחצר שאינה משתמרת:

עוד י"ל דלא תני גנב מרשות בעלים. דלכאורה קשה הא אמר בשבועות פ' כ"ה אף בהטמין כלים ואין דרכו להטמין כו' מ"מ בטוען גנובין נאמן הוא לקוח דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. וא"כ אף בלקח דרך הטמנה מ"מ יהי' נאמן לקוח וממילא אף שמודה פטור בקנס דהעדים א"י לידע אם אינו לקוח. אמנם תי' ע"ז מבואר מדברי הרי"ף ז"ל שם שכ' שער י' דהא דר"י דוקא דאיתא לבעה"ב גבי' אבל ראו שנטלן שלא בפניו ואמר לקוח אינו נאמן דאלת"ה קשיא הא דר"ל דגודרת א"ל חזקה כו' אלא אשכח אבראי ותפיס לה כו' ואי ס"ד דמאן דתפיס מידי דלחברי' קמי סהדי דלא באפי חברי' ואמר לקוח נאמן גודרת אמאי כו' השתא ודאי כו' ע"ש. וכן מעזי כו'. וכ' דהך תשובה מגאון בעסק חד גברא דא"ל לחברי' אית לי חד סהדי דאתית לביתאי ופתחת לי' דלאו באנפאי ושקלת

מיני' חד טעינה דכיתנא וא"ל אידך אין פתחי ושקלי ואת אמרת לי שקלי' בחושבנא דא"ל גבאי וקא מהדר גאון דליכא עלי' אלא היסת כו' אפילו ב' עדים כו' ראו שהטמין כו' ודאי שגגה הוא הא דר"י באיתי לבע"ה בביתי' ואיהו קמסר לי' האי עובדא לא באפי' שקלי וכל דאיתי' בביתא דאיניש ברשותי' ובחזקתי' קאי כו' ומאן דשקיל חייב לאהדורי ודמי לנסכא דר"א ע"ש:

ולע"ד ד' גאון מיושבים דמשמעות הלשון הוא שהי' בית נעול והלך ופתחו ולקח טעינא ומה דאמר דלאו באנפאי הוא טענת בעה"ב אבל העד א"י זה אם הי' בביתו אם לא וסתם בית יכול להיות שבעה"ב בביתו דהא מבואר פ' בן סורר מחתרת א"ל כו' נגו וקרפיפו מנין ת"ל המצא כו' ופי' הרמב"ם (פ"ט מה' גניבה) וטור סי' תכ"ה בין ביום כו' שבעה"ב מצוי בהם ע"ש. וא"כ כיון שמותר להרגו ודאי דעדיף מהא דמגלא ותובילא (ב"ב ל"ג ע"ב) דלא חציף כו' ונאמן. כ"ש זה שפתח ביתו של חבירו והי' אפשר שבעה"ב בביתו אף שבאמת לא הי' בביתו מ"מ כיון שהוא במקום שהי' מצוי שיהי' ודאי דנאמן לקוח ושנכנס ברשות:

ונראה שגם הרי"ף ז"ל יודה בזה לדינא רק דהי' מפרש דברי הגאון שהי' ידוע דלאו באנפי' הוי. וגם אפי' כשהי' ידוע שאין בעה"ב בביתו נראה דכשלא הי' ניכר שעושה בדרך גניבה רק הלך ופתח ולקח ועדים רואין נאמן ג"כ לקוח כמבואר בש"ס ב"ב ל"ו איזיל אגדר לדיקלא דפלניא. ובטור וש"ע סי' קל"ז דאפי' בצנעה כשאינו נראה דרך גניבה לה"ר חזקי' נאמן. והראי' שהביא רי"ף ז"ל מגודרת אינו מובן דלא שייך לא חציף רק לילך לרשות חבירו אבל ליקח מר"ה או מסימטא וכ"ש בגודרת די"ל שבאו לביתו מעצמם. ומה שכופר דחשוב גזלן ונימא אחזוקי בגזלן לא מחזקינן. א"א דהא חייבה תורה שבועה שאינו ברשותו ושנא שלח יד אף דהוי גזלן וחזינן דאין ראי' זו פוטרתו אפילו משבועה וע"כ דל"א אחזוקי בגנב או גזלן לא מחזקינן דוקא מרשות חבירו. וכן הראי' מעזי דאכלו חושלא דשם נכנסו לרשותו. ואפשר דהרי"ף ז"ל ס"ל דאין ללמוד משבועה שהטילה תורה לברר ספק ואף דהחשש רחוק חייבתו תורה משא"כ לענין ממון וס"ל דשייך גם ברשותו אחזקינן בגזלן כו'. והוא דלא כמהר"מ והרא"ש ריש ב"מ. דלדידהו וש"פ שהוכיחו דעד מסייע פוטר מדפטר סיוע לשון השטר ע"ש. וממילא מדלא מהני אף לפטרו משבוע' סברא דאחזוקי כו' כ"ש דלא מהני לממון נגד חזקת מ"ק וע"כ לחלק בין מרשות בעלים כנ"ל. וממילא י"ל דנקיט במשנה גנב חוץ מרשותם דכה"ג לעולם חייב כפל משא"כ מרשות בעלים דדוקא דרך גניבה או מוחזק בגנב כמ"ש הרי"ף ז"ל. דאל"ה מצי אמר לקוח וכשמודה פטור כנ"ל:

ובגודרת אף דקי"ל אין לו חזקה ואינו נאמן לקוח מ"מ נראה דדוקא לענין קרן דמהני חזקת מ"ק כשאין הוכחה אבל לא לחייבו כפל דזה הוי להוציא ממש. ואף דמלשון רי"ף ז"ל הנ"ל משמע דמדמי גורדת דחשבינן לי' לגניבה מ"מ היינו לענין קרן דמזה מיירי שם לא לכפל או ד' וה'. וראי' לזה דמבואר במשנה (ב"ק ע"ב) בהוזמו עדי גניבה כו' שאם אין גניבה אין טביחה כו' ופירש"י ז"ל דדלמא בעלים מכרוהו לו והא גודרת א"ל חזקה דמשמע אפילו גסה דלא מסירי לרועה. וא"כ כיון דמכירין שהי' של בעלים יהי' חייב ע"פ עדי טביחה לחוד, ומוכח דעכ"פ כפל ד' וה' לא מחייב. משמע ג"כ אף שלא טען לקוח מ"מ הי' חשוב מודה בקנס כיון דמצי לטעון והי' פטור כנ"ל:

(ו) **ואם הכניסה לרשותו אפילו לגגו כו' משתמרת חייב אע"פ שלא משכה.** לא ביאר היך הא כשהכניס לרשותו הוי משיכה. רש"י ז"ל פי' ב"מ י' ע"ב גגו חצירו כו' שאם נכנסה שם ונעל בפני' לגונבה שהוא חייב ע"ש. והוכרח מטעם הנ"ל דאל"ה ל"ל לרבוי הא לחד מ"ד (כתובות ל"א ע"ב) בהוציא מרשות בעלים לר"ה סגי ולאידך סגי לסימטא עכ"פ הוי משיכה כנ"ל. ולכך פי' בנכנסה מאלי' דלא משך רק בתורת חצר, וי"ל דוקא נעל היינו שלא הית' משתמרת בחצר וע"י שנעל ונעשה חצר המשתמרת חשוב בא מרשות בעלים לרשותו דכל שלא הכניס לרשותו ברשות בעלים חשוב כדאמר כתובות (שם) ע"ש. אבל אם הי' חצר המשתמרת בלי נעילה ונכנסה מאלי' לא חשוב גנב גם בנעל כיון שלא עשה בבהמה שום דבר וכבר היתה ברשותו רק מוסיף שמירה. וא"ל דכמו בנפקד קני בדבור לחוד דברשות הלה המופקדים כו' (ב"ב דף פ"ה) כן בקנין בתורת גניבה וגזילה כשכבר ברשותו כמו דמדמי בש"ס (שם). דז"א דבפקדון מדעת הטעם דהי' ביתו שאול למפקיד לשמירת ממונו ועכשיו נסתלק וממילא בא לרשותו משא"כ בהנ"ל. ועוד דא"כ ל"ל קרא סוף פ' המפקיד בחושב לשלוח יד דהיינו בדבור כמ"ש תוס' דיליף מדבר פשע הא בלא"ה חשוב גזילה בדבור גרידא כמו בקנין מדעת. וכן במשנה לא הגביה כו' ברש"י ז"ל עד שימשוך או יגבי' כו' ע"ש. אך אפשר באינו עומד בחצירו. וכן ב"מ מ"א דפריך וכי עודן עליו מאי הוי הא לא משכה ע"ש בתוס'. אך שם להדיא באינו בחצירו: **גם** י"ל כיון דנכנס לחצירו המשתמר נעשה שומר אבדה עליו ושוב הוי כשומר דלא מיחייב כפל רק בטוען טענת גנב ונשבע דאימעט מקרא היכא דבהתירא אתי לידי' ע"ש ריש מרובה. וכשאינו משתמר אף שעמד אצלו דחשוב עומד בצדו כמשתמר (ב"מ י"א). מ"מ נראה דבגניבה אינו מועיל דצריך להיות משתמר נגד הבעלים ונגדם לא חשוב משתמר ע"י שעומד בצידו. ומ"מ י"ל:

ותוס' ב"ק ס"ה ד"ה א"ל אלא בידו כו' פי' שגנבו בידו ממש גגו חצירו כלומר שהכישה במקל מחצירו של בעה"ב ונכנסה לגגו חצירו כו' ואיצטרך לרבוי דחצר קני אף לחובתו ע"ש. וקשה ג"כ הא בהכישה קני בתורת משיכה אף אם לא הי' חצר כיד או שליחות אך להך מ"ד דבעי משיכה לסימטא דוקא לא בהוצאה לחוד י"ל דדוקא אחר דילפינן מהמצא כו' דגם לחצירו חייב דחשוב כידו או שליחו שוב מהני גם לסימטא דהוי כמו חצירו לענין משיכה דיש רשות להניח שם. משא"כ אי לא הו' מרבינן חצר לחוב גם משיכה לא הי' מועיל ודוקא הגבהה וכה"ג בידו ממש. ודוחק. גם למ"ד דסגי במושך לר"ה כיון דעכ"פ הוציא מרשות בעלים לא שייך הנ"ל. ולכך נראה הפי' בתוס' דהכישה במקל וכה"ג בחצר בעה"ב וע"י הכשה זו הלכה לחצירו של גנב דבתורת משיכה לא קני כה"ג דמה שהכישה הי' ברשות בעלים ואח"כ הלכה בלא מעשה שלו. רק כיון דאיתרבי חצירו חייב דעכ"פ הכניסה לחצירו בתורת גניבה וחייב כנ"ל. וכן י"ל בטור וש"ע ג"כ דהכניסה לרשותו באופן הנ"ל דאינו משיכה כנ"ל:

(ז) **בטור בד"א שבאו עדים שגנב וטבח ומכר כו' שמחויב א"ע בקרן כו' אבל אם אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב והודה שטבח או מכר ואח"כ באו עדים שטו"מ חייב ד' וה' כו'**. ובגמ' (ב"ק ע"ה) ג"כ כמה פעמים לשון זה שאמר לא גנבתי כו'. ולכאור' למה לי' הא ולא נקיט סתם שבאו עדים שגנב. ובסמ"ע כ' אבל אם לא אמר שגנב ובאו עדים ע"ש. ושינה מלשון הגמ' והטור. והנה לדעת רמ"ה הובא בר"ן פ"ב דכתובות דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים ודייק מדלא פריך וליתני מודה כו' באומר גזלתי ע"ש. וממילא מראי' זו מוכח ג"כ גנב דהגונב בעדים ג"כ נאמן החזרתי. וא"כ הי' אפשר דדוקא כשאמר מקודם לא גנבתי דכל האומר כו' כאומר לא החזרתי אז חייב כפל אם באו עדים אף שאין מעידים שלא זזה ידם או שראו בידו. אבל אם לא אמר כלל אף שבאו עדים יכול לומר החזרתי. וי"ל אף שאינו אומר הוי מודה בקנס ופטור מכפל. רק גם אי נימא דאין הדין כן דאף שיכול לומר החזרתי מ"מ במה שלא טען איזה טענה לפטור לא חשוב מודה בקנס דעכ"פ כל דלא טעין החזרתי מחייבין לי' כנ"ל כיון שאינו אומר דרך הודאה. אמנם מ"מ לענין כשמודה אח"כ שטבח ומכר י"ל שפיר דחשוב מחייב עצמו בקרן בהודאה זו שטבח דמודה שלא החזיר ובלא הודאתו הי' יכול לטעון החזרתי אף שהעידו שגנב ובהודאתו שטבח חייב עצמו שלא יוכל לטעון החזרתי כנ"ל. וכיון שיש קצת חיוב לקרן בהודאתו שוב מודה ואח"כ באו עדים פטור. וי"ל דוקא שאמר לא גנבתי קודם שהעידו דכל האומר כו' לא חשוב אחר כך טבח ומכר מחייב עצמו כנ"ל משא"כ אם לא כפר מקודם כנ"ל:

ומ"מ יש להסתפק דאין זה תליא במה שהודה שטבח רק שלא החזיר א"כ כל ההודאה שטבח הוא רק לחיוב ד' וה'. משא"כ הודאה שגנב אף שהי' יכול להודות בקרן בלי שיאמר שגנב רק שיש לו משל פלוני כו'. מ"מ חיוב חזרתו בשביל שגנב וחשוב מחייב א"ע בהודאתו. משא"כ בהנ"ל שאין שייך כלל למה שטבח רק למה שלא החזיר. מ"מ אינו מוכרח כלל. עוד נראה דאם הודה שטבח ובזמן שאומר הוקרה ששוה יותר מבשעת גניבה נראה דחשוב מחיוב א"ע בקרן דאיתבר ממילא הי' רק כמעיקרא וע"י הודאתו שטבח דחברי' משלם ד' (ב"ק ס"ה) ופטור מד' וה' כשבאו עדים אח"כ כנ"ל:

מ"ש לעיל דנאמן החזרתי וכ"כ סמ"ע בסי' צ' דדעת טו"מ דא"צ להחזיר בעדים, ותמוה לע"ד מ"ש מכל הוחזק כפרן דקי"ל (סי' ע"ט) אמר לא לויתי ובאו עדים וחזר ואמר פרעתי אח"כ א"נ. וא"כ כ"ש כופר בפקדון להד"ם ובאו עדי' וטען אח"כ החזרתי דא"נ דהוחזק כפרן לאותו ממון וא"כ בכופר בפקדון דנעשה גזלן כ"ש גזלן ממש דהוחזק שרוצה לגזול או לגנוב אותו ממון דא"נ החזרתי. דאין סברא כלל דכל שלא הוחזק לכפור כו' יהי' עדיף:.

וטעם זה אין ראי' כלל לדחות ממה דלא פריך וליתני מודה ר"י באומר גזלתי. דהא גם על פירכת הש"ס קשה דגם רישא לא מיתוקמי דא"צ למיגו דמלוה בלא עדים לד"ה נאמן וע"כ באומר לויתי בעדים ופרעתי כו' דיהי' מטעם מיגו. וא"כ גם בגוזל יהי' הקושיא כנ"ל באומר גזלתי בעדים כו' וזה שייך אי מצ"ע צריך להחזיר בעדים כיון שגזל בעדים. וא"כ יהי' נאמן רק משום מיגו. אבל לטעם הנ"ל דהוחזק כפרן. א"כ באומר גזלתי בעדים דלא הוחזק כפרן ע"י עצמו נאמן החזרתי בלי מיגו ולא קשה וליתני כו':

וא"כ י"ל דרמ"ה והפ' לא אמרו רק כשקודם שהעידו עדים לפני ב"ד שגזל אמר הוא החזרתי אף דהלה תבעו הגזילה. ואח"כ באו עדים שגזל בזה לא הוחזק כפרן ולא גזלן בב"ד קודם טענתו ס"ל דנאמן. דרק מצד דנימא מסתמא לא החזיר ע"ז חולקין פ' הנ"ל דנאמן אבל בהוחזק כפרן או גזלן בב"ד קודם שטען החזרתי י"ל דמודים פ' הנ"ל שאינו נאמן. וא"כ י"ל גם בלא אמר כלום כשהעידו שגנב ג"כ לא הי' נאמן החזרתי אח"כ ושוב לא חשוב מחייב א"ע אח"כ כנ"ל:

חידושים לש"ס על סדר השולחן ערוך לחו"מ

סימן א

סנהדרין דף ב' ע"א

מתני' פירש"י גזלות כו' כופר בפקדון דמששלח בו יד נעשה גזלן וכן החוטף כו'. פי' דלכך לא שייך אישתמוטי כו' דהא אם שלח בו יד ג"כ גזלן. ולכך כופר להד"ם ג"כ גזלן. ונקיט כופר כו' דקרא דיליף גזלות מינה בהכי איירי וכ' וכן חוטף כו' אבל מלוה להוצאה כו' ושייך אישתמוטי. כחילוק הש"ס. ולא נקיט שליחות יד גופי' דג"כ בהאי קרא. משום דלהפ' דש"י רק ע"י גלגול. הפי' בקרא ונקרב כו' לשבועה כו' היינו אם לא שלח יד כו' דאם שלח בל"ז חייב אף באונסין. א"כ קרא בלא שלח יד מיירי. לכך פי' אכופר בפקדון כו':

ע"ב גמ' למאי כו' אי עירוב פרשיות כו'. לכאורה אינו מובן כלל החילוק בשלמא מדרבנן משום נ"ד שייך לחלק בין הלואות דשכיח וכה"ג ובין גזילות וחבלות אבל עכשיו מדאורייתא מה טעם לחלק. אטו בירושה וכתובה מתנה בכל חד ליבעי קרא וע"כ כיון דכולהו דיני ממונות נינהו וגלי קרא בחד דבעי ג' ומומחין בכולהו כן. וא"כ גם גזילות וחבלות שוה לשאר ד"מ. ואף אם אין ע"פ למה נחלק. והא מוכרח כן כמ"ש תוס' ב"ק ק"ז דאל"כ אי אין ע"פ מנ"ל דמ"מ חייב שבועה במלוה דלמא דוקא פקדון. וכן אי ע"פ דע"כ במה שאין סברא לחלק ילפינן מהדדי ע"ש. ומ"ט לענין ב"ד. ובשלמא בקנס יש סברא דשם החיוב ע"י הב"ד דוקא ולאו בר חיובא כלל אף לצי"ש שייך שצריך ב"ד גמור וחשוב יותר ממון שהוא רק גילוי מלתא שחייב בלא ב"ד אבל גזילו' וחבלי' שהן ממון מ"ט לחלק בין ממון שע"י הלואה כו'. והי' אפשר לומר דהא מכות בג' יליף לקמן ד"י מקרא דושפטו' כו' ע"ש. וטעמא דר"י דסבר כ"ג יליף מרשע רשע כו' ורבא אמר דמלקות במקום מיתה עומדת לכך בעי כ"ג כמיתה כו' ופירש"י דכיון דעבר הי' ראוי להתחייב מיתה וקנסו התורה מלקות במקום מיתה ע"ש. אף דמסיק דבעי אומד ואינה מיתה מ"מ אמרינן כן ע"ש. וא"כ בגזילות וחבלות דהא חייב מלקות רק דבעשה דתשלומין מתקן הלאו ונפטר ממלקות דהא למ"ד קיימו ולא קיימו כו'. וכן חובל כשאין בה ש"פ לוקה רק כשמשלם אינו לוקה. וא"כ לא מבעיא למ"ד מוציא ש"ר כו' כיון דאית בי' ד"נ בעי כ"ג א"כ ודאי בהנ"ל כיון שיש בו מלקות בעי ג' מומחין. רק אף למ"ד מש"ר בג' היינו דכל אחד בפ"ע משא"כ גזל וחבלה דזה עצמו שדנין אם חייב בממון הוא הפטור ממלקות. והא ר"ת ז"ל סובר פ"ק דב"ק בתופס יותר מה שדנין שכך אתה חייב להחזיר חשוב דיני קנסות. ומכש"כ בזה שדנין לפטרו מהמלקות דינו כחיוב מלקות דצריך ג' מומחין רק

אף לש"פ מ"מ י"ל דהא התשלומין במקום מלקות עומדים ורבנן דר"י לא פליגי אר"י רק משום דסברי מלקות לאו במקום מיתה עומד דהא אף כשאינו לוקה מ"מ אין חיוב מיתה עליו או משום דילפי מושפטום דסגי בג' כו'. אבל לענין גוזל וחובל דכשאינו משלם לוקה סוברים ג"כ כיון דהתשלומין ע"כ במקום מלקות עומד בעי ממילא ג' מומחין כמו מלקות. ואף אם הי' איזה סברא לחלק. עכ"פ שפיר ליכא למילף כלל הודאות והלואות מגזילות וחבלות דהממון במקום מלקות כנ"ל. ואף דהא מסקינן דגם שור דאזיק אדם בכלל חבלות ע"ש דאין כאן מלקות. ז"א דזה למסקנא דמדרבנן משום דלא שכיח כו' לכך שפיר, גם שור כו' בכלל. משא"כ עכשיו דמדאורייתא באמת לא הי' בכלל חבלות רק אדם שחבל אדם וגזילות כנ"ל. ולא היינו לומדין הודאות והלואות דיש טעם לחלק כנ"ל. ויש לישב בזה תמיהת תוס' הא ר"י סבר אין ע"פ וסבר ב' שדנו אין דיניהם דין כו' ע"ש. ולמ"ש י"ל דהש"ס קאי רק למ"ד קיימו ולא קיימו דשפיר כל שלא קיים העשה יש מלקות רק בחיוב התשלומין נפטר ושייך החילוק כנ"ל. אבל ר' יוחנן דסבר בטלו ולא בטלו כו' ע"ש מכות א"כ אין עליו מלקות כלל דאינו מקיים העשה ולא שייך דזה שמחייבין אותו ממון פוטרו כו' דכל ז' אינו חייב כל שלא ביטל ושפיר אין חילוק בין גזילות לשאר ד"מ אף אי אין ע"פ בכולהו בעי ג' כנ"ל:

תוספ' ד"ה דברי הכל אין דיניהם כו' וא"ת הים קאמר ד"ה הא רמי בר חמא דלית לי' עירוב פ' כו' וע"ק דר"י אית לי' דרמב"ח וסבר שנים שדנו כו' ע"ש. ונראה לישב דהנה בש"ע ח"מ סי' ל"ג פ' דעדים הקרובים לדיינים פסולים וכתב הרי"ף ז"ל הטעם משום דצריך להיות עדות שיכול להזימם בפני אותן הב"ד עצמם שמקבלים עתה העדות וכיון שהם קרובים לא יוכלו לקבל הזמה על קרוביהם ואף שיוכלו להזימם בב"ד אחר לא מהני והוי עשאאי"ל ע"ש וכן גבי אין עד נעשה דיין כו' גם כן הטעם כנ"ל ע"ש. וא"כ לכאורה קשה לפ"ז למאי דמסיק דהודאות והלואות אין צריך מומחין וכל הקנסות קי"ל דבעינן מומחין ועדים זוממין קי"ל דהוי קנס ולא מהני בפני הדיוטות וא"כ איך יכולין לקבל עדי הודאות והלואות בהדיוטות דהודאות כו' היינו עדי הודאות כמ"ש רש"י ז"ל הא הוי עדות שא"א יכול להזימ' בפני אותו ב"ד עצמו דלא יוכלו לקבל עדי הזמה שהוא קנס ולא מהני הדיוטות. וממילא גם עכשיו עדי הלואה אינם יכולים לקבל כמו בעדים הקרובים לדיינים כנ"ל ואף שיוכלו להזימם בפני ב"ד אחר מומחין מ"מ לא מהני כנ"ל. וכן בשנים שדנו קשה ג"כ אמאי דיניהם דין הא בקנס ודאי בעי ג' א"כ לא יוכלו להזים בפני זה הב"ד. ובזה י"ל כיון שיוכלו להוסיף עוד אחד וגם אותן הב' יהיו מן הב"ד לקבל הזמה ממילא הוי שפיר יכול להזימו ואף דגם בעדים הקרובים לדיין אחד פסול וכן גם

אין עד נעשה דיין אף שהוא רק אחד וב' יש כשרים א"כ ג"כ יוכלו להזים בפני זה הב"ד כשיוסיפו עוד א'. אך ז"א דמ"מ אותו הדיין הקרוב' שלא יוכל לקבל הוא פסול וממילא אין כאן רק ב' ואף שיוכלו להוסיף מ"מ אין כאן כשרים רק אותן הב' כו' משא"כ הכא כיון דלענין הלואות סגי בב' והם שפיר כשרים דיוכלו לקבל כשיוסיפו עוד אחד ויהיו גם הם בכלל וגם עכשיו כשרים ועכשיו מהני בשנים. אך במומחין קשה כנ"ל דליבעי דהדיוטות לא יהי' מהני כלל. וגם בשנים מ"ש אינו מוכרח די"ל כיון דמ"מ מה שהם עכשיו ב"ד לא יהי' מהני וא"כ אותו הב"ד אינו יכול לקבל הזמה ובפרט למ"ש לקמן דאף אם יוסיפו לא יהי' מהני וקשה כנ"ל:

אמנם י"ל כיון דהטעם דבהודאות והלואות לא בעינן מומחין הוא משום נעילת דלת אבל בקנס לא תקנו משום דלא שייך נעילת דלת כו' ע"ש. וא"כ לכאור' בעדים זוממין אף שהוא קנס אעפ"כ לא בעי מומחין דשייך שפיר ג"כ נעילת דלת כיון דאם יצטרכו מומחין בעדים זוממין ממילא גם בעדי הלואה יצטרך מומחין דבהדיוטות יהי' עשאאי"ל כנ"ל ושייך שפיר נ"ד וממילא גם בזוממין לא בעי מומחין משום נעילת דלת כו' שלא ירצו להלות דליבעי מומחין כנ"ל. אך קשה לס"ד דאין עירוב פ' ובגזילות וקנסות בעי מומחין מדאורי' ובהודאות כו' לא בעי מדאורייתא בלא נעילת דלת כו'. א"כ קשה כנ"ל דהא מדאורי' בעינן שפיר משום יכול להזימו כנ"ל. אך י"ל כיון דמדרבנן לא בעינן דרישה וחקירה בדיני ממונות וגם עשאי"ל לא בעינן להרבה פ' דלא כהש"ך ז"ל ע"ש. ובאמת ס"ל גם בעדים הקרובים כו' דכשר בדיני ממונות ע"ש. א"ב אמר שפיר דלמאן דלית לי' עירוב פ' ולא בעי מומחין משום אלקים רק מחמת שיהי' יכול להזימו וממילא מהני מדרבנן דלא בעינן י"ל כנ"ל. אך למ"ש הטעם דשנים שדנו דיניהם דין לשמואל ואף דמדרבנן ודאי בעי ג' מ"מ כיון דמדאורייתא מהני אף לכתחלה כר"א ברד"א רק מדרבנן בעי לכתחלה ג' אבל בדיעבד מהני ע"ש. וקשה הא מדאורייתא לא מהני דצריך מומחין רק מדרבנן סגי בהדיוטות משום נ"ד א"כ ממילא מדרבנן בעינן ג' וגם בדיעבד לא מהני בב' כיון דלא מהני מדאורייתא כנ"ל. וע"כ צ"ל כיון דתקנו דהדיוטות מהני בהלואה ושליחותייהו עבדינן כשרים מדאורייתא וכמ"ש הראשונים ז"ל דנתנה התורה כח זה למומחין כו' ולא הוי רק מדרבנן בג' ושפיר כשר בדיעבד. אך למ"ש דבאמת הוי עדות שאאי"ל ולא מהני בהדיוטות מדאוריי' ורק מדרבנן לא בעינן יכול להזימו א"כ ממילא מדרבנן בעינן ג' ואף בדיעבד לא מהני בב' כיון דמדאורייתא בל"ז לא מהני כנ"ל. וא"כ קשה מאי פריך לר' אבהו אי אין ע"פ ג' נמי לא ליבעי כו' הא שפיר בעינן ג' כנ"ל אך זה לא קשה דלס"ד דלא ידע עדיין דבעי ג' מדרבנן א"כ ממילא לא בעי ג' גם משום יכול להזימו

דמדרבנן לא בעינן כנ"ל ופריך שפיר. ולפ"ז מיושב ממילא קושית תוס' הנ"ל דלמסקנא דבעי עכ"פ מדרבנן ג' סברי שפיר ר"י ור"ל דב' אין דיניהם דין אף אי אין ע"פ דמדאורייי' לא מהני משום עשאאי"ל כנ"ל. אבל לר' אחא ברדר"א דלית לי' עירוב פרשיות כמ"ש רש"י ז"ל. וקשה קושית תוס' שם דלמה לי' בצדק תשפוט כו' הא בלא זה לא בעי ג'. ולמ"ש י"ל כנ"ל דאף בלא עירוב פרשיות פסיל בחד דהוי עדות שאאי"ל וצריך שפיר בצדק תשפוט כו' דחד כשר ולא ילפינן ממשפט א' דליבעי דו"ח בדיני ממונות וכמ"ש תוס' לענין אלקים ע"ש. וא"כ כיון דע"כ לר"א דלית לי' ע"פ ולא בעינן בצדק תשפוט לענין גוף ההכשר שיהי' חד כשר דבל"ז לית לי' ע"פ ורק דנא בעינן מדאורייתא יכול להזימו כנ"ל וא"כ מדאורייתא שפיר כשר לגמרי רק מדרבנן בעי ג' ואמר הש"ס שפיר דלר"א ב' שדנו דיניהם דין כנ"ל. אבל ר"י ור"ל דלית להו בצדק תשפוט כו' א"כ אף בלא ע"פ ב' אין דיניהם דין דבעינן י"ל מדאורייתא רק מדרבנן ומדרבנן בעי ג'. אבל לס"ד דלא בעי אף מדרבנן פריך שפיר אי אין ע"פ נ' נמי לא ליבעי וא"ש. וממילא מיושבים גם דברי הרמב"ם ז"ל שפ' כר"א דמ"ה חד כשר ופ' דב' אין דיניהם דין דלדידן דקי"ל עירוב פ' דלא בעינן כפירה כו' וא"כ לא קאי בצדק תשפוט כו' רק על גוף ההכשר דסגי בחד ושפיר בעינן יכול להזימו מדאורייתא א"כ אף דרק מדרבנן בעינן ג' מ"מ שנים אין דיניהם דין כנ"ל דמדאורייי' לא מהני משום י"ל כנ"ל ופסק שפיר דאין דיניהם דין כו' וא"ש. ואף דלכאורה לענין הודאה ושביעה יהי' מהני בב' בדיעבד דלא שייך יכול להזימו כנ"ל. אך ז"א דלענין הודאה בל"ז כתב הרמב"ם ז"ל דודאי בעי ג'. ועוד דבאמת הטעם דהודאה מהני בב"ד ולא שייך משטה כו' כתבו משום שלא יוכל לכפור והב"ד יוכל להוציא לכך מהני ולא בעי אתם עדי כו' וכן בעדים מהני משום שלא יוכל ולכפור כו' ע"ש. ולכאורה למה לא יוכל לכפור שלא הודה כלל ואף שהב"ד יודעים שהודה מ"מ הא אין עד נעשה דיין וע"כ הטעם משום לא תהא שמיעת גדולה מראיה כמו בשלשה שנכנסו לבקר כו' ד"ב בהודאה שם ע"ש. ובראוהו בלילה קי"ל דלא מהני משום דראייתם הוא בקבלת עדות והיכא שאין יכולין לקבל העדות לא מהני מטעם ב"ד ג"כ וא"כ הכא כיון דלענין קבלת עדות לא מהני בב' א"כ ממילא לא מהני מטעם ראי' ג"כ כמו בקבלת עדות וכמו ראוהו בלילה א"כ שפיר יכול לכפור ואינם יכולין לעשות דין בעצמם. א"כ ממילא לא הוי הודאה כלל אף שאינו כופר כנ"ל וא"ש דהיכא שאין דנין לכתחלה לא שייך לא תהא כו' כמ"ש הרמב"ם וגם הכא ב' לכתחלה אין מקבלין כו'. וגם י"ל בקושית תוס' הנ"ל דבאמת י"ל על מ"ש דבעינן יכול להזימו כו' דהתוס' הקשו נילף ממשפט אחד דבעינן מומחין כמו בדיני נפשות ותירצו דכיון דכתיב אלקים בגזילות א"כ גלי דלא נילף

מדיני נפשות ע"ש אבל לענין דרישה וחקירה לא גלי וילפינן שפיר ממשפט אחד כו'. וא"כ למ"ש דאי נילף ממשפט א' דבעינן יכול להזימו ממילא בעי מומחין ג"כ א"כ שפיר מוכח מדכתיב אלקים בגזילות דגם לענין זה לא ילפינן ממשפט א' דליבעי יכול להזימו כנ"ל דא"כ בעי מומחין ולכך לא בעי יכול להזימו ולא בעי מומחין בהלואה כנ"ל:

אך באמת הא שם איירי לענין שבועה ונקרב בעה"ב כו' ושפיר לא בעינן מומחין משום יכול להזימו וא"כ לא מוכח ובעינן שפיר מומחין בקבלת עדות משום הזמה כנ"ל. אך בש"ס פריך גבי פקדון יהי' נאמן נאנסו במיגו דלהד"ם ואמאי בעי שבועה ומשני דאפקיד בעדים או בשטר בעדים ע"ש. וא"כ כיון דלענין קבלת עדות לא מהני א"כ גם לענין שבועה לא מהני דאית ליה מיגו דלהד"ם אף שיש עדים כמו בעדים פסולים דפ' דמהני מיגו כו' דלא כרא"ש ע"ש. וגם בב"ד אחר מומחין יוכל לטעון נאנסו שאינו מוחזק כפרן ע"ש. וא"כ מוכח דלא ילפינן לענין הזמה ממשפט א' מדגלי גבי גזילות ול בעינן ג' ומומחין כנ"ל. והתוספ' כתבו שם דלמאן דבעי כפירה במקצת לא שייך מיגו הנ"ל דגם אם יטעון להד"ם יהי' חייב שבועה ע"ש. וא"כ א"ש דפריך רק אי אין עירוב פ' לענין זה אבל לענין כפירה שפיר יהי' סבר עירוב פ' כמ"ש הר"ן בחידושיו ע"ש. א"כ ג' נמי לא ליבעי דמוכח מדגלי כו' כנ"ל אבל לברייתא דרמב"ח דבעינן באמת כפירה במקצת בל"ז ב' אין דיניהם דין דלא מוכח כנ"ל וא"ש:

ובזה י"ל גם קושית תוס' הב' אמאי בגזילות לא בעי דרישה וחקירה משום נעילת דלת ולענין מומחין לא תקנו משום נ"ד בגזילות ע"ש. וכתבו המפ' דאף דלכאורה אם יתקנו שניהם שיצטרך מומחין וגם דרישה וחקירה ודאי יהי' נ"ד. וכתבו דהקושיא הוא דהי' להם לתקן בהיפך דליבעי דו"ח ולא מומחין ולמה בחרו יותר בהיפך ע"ש. ולמ"ש א"ש דאם לא יתקנו לענין דרישה וחקירה ויהי' צריך עדות שאי"ל א"כ ממילא גם מומחין יהי' צריך כנ"ל דלא יוכלו לקבל הזמה כנ"ל. א"כ יהי' צריך מומחין וגם דו"ח וודאי יהי' שייך נעילת דלת וע"כ הוצרך לתקן בהיפך דדו"ח לא ליבעי ולא הוצרכו לענין מומחין לתקן כנ"ל:

ובעיקר קושיא הנ"ל דיהי' צריך מומחין וג' משום הזמה לכאורה י"ל באמת כמ"ש דלענין ג' י"ל שיוכלו להוסיף עוד א' ויהיו גם הם בכלל וגם לענין מומחין י"ל כיון שיכול להיות שזה הב"ד עצמם יהיו נעשים סמוכים בא"י ויהיו שפיר יכולין לקבל הזמה הוי שפיר עכשיו יכול להזימו כמ"ש תוס' לענין מיתה חמורה כיון דמשכחת הזמה באיזה אופן שיוזמו מקודם הראשונים מיקרי שפיר יכול להזימו ע"ש ויהי' נפקא מינה לדינא ג"כ בעדים קרובים לדיינים אם הם רק קרובים בנשותיהם שפיר יכולין לקבל עדות דמשכחת

הזמה כשיתרחקו ויהיו יכולין לקבל עדי הזמה וכיון דמשכחת באיזה אופן הוי שפיר יכול להזימו כנ"ל. אמנם י"ל דגם ז"א דלכאורה קשה איך יכולים להזים בפני אותו הב"ד הא העדים יכולים להכחיש אח"כ שלא העידו כלל וכיון שיכולין להכחיש ממילא אף כשאינם מכחישין הוי מודה בקנס ופטורים ואף שהב"ד עצמם יודעין שהעידו בפניהם מ"מ הא אין עד נעשה דיין דאם הוא בב"ד אחר הוי זה עדות גמור שצריכין להעיד שהעידו עדים אלו בב"ד ובל"ז אין יכולים להזימם וממילא כשמזימים בפניהם עצמם אף שהם יודעין עדות זה אין עד נעשה דיין להזימם. אך ז"א דכיון שקבלו עדות ביום א"כ ראו הב"ד ביום שהעידו בפניהם והוי לא תהא שמיעה גדולה מראיה ושפיר עד נעשה דיין בכה"ג אמנם הטעם דבראוהו ביום מהני ולא בראוהו בלילה הוא משום דראייתם הוי כקבלת עדות שבשעה שראו מקבלים עדות של עצמם ובמקום דמהני שהיו יכולין לקבל עדות אחרים בשעת ראייתם כגון ביום מהני גם ראייתם משא"כ בלילה לא מהני ראייתם ג"כ ע"ש. והנה הטעם דמהני ההזמה אחר כך על העדות שהעידו בפני הדיוטות ואף דלענין קנס לא הי' ב"ד כלל אעפ"כ מהני משום שעדותם הי' אז על ממון והי' שפיר מהני קבלת עדותם ומהני עכשיו ההזמה. וא"כ לפ"ז ממילא לא מהני אף כשנעשים סמוכין אח"כ ג"כ אין יכולין לקבל הזמה דשפיר יכולין להכחישם שלא העידו ולא נגמר הדין ע"י פיהם. ואף שהם יודעין כו' מ"מ לא שייך לא תהא שמיעה גדולה כו' דלענין זה העדות שראו אז שהעידו ונגמר הדין זה העדו' אינו שייך רק לענין הזמה כיון שנגמר הדין על עדותם א"כ לא היו יכולין אז בשעת הראיה לקבל עדות אחרים שיעידו שאותם העדים העידו ונגמר הדין ע"פ דזה אינו שייך שוב לממון רק לענין ההזמה ולא מהני בהדיוטות וכיון שלא היו יכולין לקבל כו' א"כ ממילא לא מהני גם ראייתם מטעם ב"ד כמו בראוהו בלילה ואין עד נעשה דיין עכשיו ולא מהני אף שהיו סמוכין ויוכלו להכחיש ואף אם לא יכחישו יהיו מודים בקנס ויהיו פטורים וגם בשנים שדנו קשה ג"כ כנ"ל דאף אם יוסיפו א' ג"כ לא יהי' מהני כיון שאז היו שנים ולא הי' מהני לענין קנס ואין עד נעשה דיין כו' כנ"ל. וא"ש ג"כ דלא חילקו בעדים קרובים לדיינים בין קרובי אישות שיכולים להתרחק כו' דלמ"ש ג"כ לא יהי' מהני אף שיתרחקו דבשעת ראיה שהיו קרובים לא היו יכולים לקבל עדות כו' כנ"ל וגם הכא א"ש מ"ש דהוי עדות שאאי"ל ולא מהני רק מדרבנן וממילא ב' אין דיניהם דין כנ"ל:

וגם בזה י"ל קושית תוספ' הנ"ל דלרמב"ח ור"י דלית להו ע"פ ואעפ"כ ב' שדנו כו' די"ל לר"א דסבר בצדק תשפוט כו' דסגי בחד וסגי אף בגזילות בחד ע"ש וגם בקנס סגי בחד מדאורייתא דלא כתב בי' תלתא רק דדמי לגזילות כמ"ש הת"ח ע"ש רק מדרבנן בעי ג'

וא"כ לא קשה הנ"ל דהוי עשאאי"ל דז"א דשפיר יהי' מהני כשיוסיפו עוד א' מומחה וגם הם יהיו נעשים סמוכין כיון דא' יש זולתם וסגי מדאורייתא אף דעדים זוממין קנס כנ"ל ורק מדרבנן בעי ג' ובדרבנן קי"ל דעד נעשה דיין אף בראוהו בלילה א"כ גם הם כשרים כיון שיודעים. שהעידו בפניהם ולא יוכלו להכחישם וא"כ הוי שפיר יכול להזימו ורק מדרבנן בעי ג' ולכך אמר בש"ס שפיר אליבי' דב' דיניהם דין כנ"ל אבל רמב"ח ור"י דלא סברי בצדק תשפוט רק מחמת דאין ע"פ ובקנס דדמי לגזילות בעינן שפיר מדאורייתא ג' א"כ הוי עשאאי"ל ואינו כשר רק מדרבנן וממילא ב' אין דיניהם דין כנ"ל. אבל לס"ד דלא ידע דמדרבנן בעי ג' פריך שפיר אי אין ע"פ לא ליבעי ג' כו' וא"ש:

עוד י"ל דבאמת דברי הרי"ף ז"ל בהא דעדים קרובים לדיינים פסולים משום הזמה כו' הם תמוהים כמו:

שתמהו התוס' הא יכולים להזימם בפני ב"ד אחר ומנין לנו דבעינן בפני אותו ב"ד דוקא ע"ש. ונראה לישב בפשיטות למ"ש דלכאורה היאך יכולין להזימם בפני אותו ב"ד הא יכולים להכחיש שלא העידו כלל ואף אם מודים הוי מודה בקנס כנ"ל. וע"כ כמ"ש כיון שהב"ד עצמם יודעים שהעידו שפיר יכולים לקבל הזמה משום שלא תהא שמיע' כו' וא"כ לכאורה לענין להזימם בפני ב"ד אחר קשה שפיר כנ"ל דהא הם אינם יודעים שהעידו ויוכלו להכחיש שלא העידו כלל ואף שאותו הב"ד יעיד בפני הב"ד האחר שהעידו בפניהם מ"מ יהי' תרי ותרי כמו שאר הכחשה כיון שהם אומרים שלא העידו כו'. אך ז"א דלא שייך לענין זה תרי ותרי דבאמת בשנים מעידים אף על מאה שחיללו שבת חייבים כולם מיתה ואינם יכולים להכחיש אותם וא"כ למה בשנים מכחישים הראשונים הוי הכחשה הא מעידים על הראשונים שהעידו שקר ופסולים למה יהיו הראשונים יכולים להכחישם וע"כ הטעם פשוט דהתם כשמעידים על ב' שעשו עבירה אין הם נאמנים להכחיש דאין עליהם שם עדות דהם נוגעין בהכחשה זו משא"כ הכא בב' כתי עדים בשעה זו שהעידו שלוה לא היו נוגעין כלל והיו עדים כשרים ועכשיו שהאחרונים מכחישים אותם הוי שפיר תרי ותרי מחמת העדות שהעידו אז שהיו עדים כשרים ואמרו בהיפך ולא מחמת אמירתם עכשיו כנ"ל וא"ש. וא"כ ממילא הכא שהב"ד מעידים שהעידו בפניהם לענין זה לא מהני מה שמכחישים עכשיו שלא העידו דע"ז הם שפיר נוגעין כיון שמזימים אותן מעדות זה שלא העידו לא אמרו מעולם כשהיו כשרים ולכך יהי' שפיר מהני עדות הב"ד ומהני ההזמה אף בב"ד אחר ולא יוכלו להכחיש כנ"ל:

ומיושבים שפיר דברי הרי"ף ז"ל דבעדים הקרובים לדיינים לא הוי כלל יכול להזימו אף בב"ד אחר דשפיר יוכלו להכחיש שלא העידו ולא יהי' מהני עדות ב"ד זה כיון שהם

קרובים ולא יוכלו להעיד עליהם ולכך פסול וא"ש. וממילא מיושב הכא באינם מומחין הוי שפיר יכול להזימו בב"ד אחר אף שהם אינם יכולים לקבל הזמה מ"מ כיון דלעדות שפיר כשרים רק לדין פסולין א"כ שפיר יוכלו להעיד בפני ב"ד מומחין שהעידו בפניהם ויהי' מהני ולכך מהני גם עכשיו כנ"ל וא"ש. אך למ"ש יש פוסקים דשנים שדנו אף לר"א הם עבריינים ממש כעובר על שאר איסור דרבנן כיון שתקנו בג' כו' וא"כ להרבה פ' דגם באיסור דרבנן אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ואין עדים נאמנים שעברו על איסור דרבנן ע"ש. וא"כ גם הכא לא יהא זה הב"ד נאמנים להעיד שהם קבלו עדותם בב' דאין אדם משים עצמו רשע כו' א"כ כיון שאסור לכתחלה בב' ממילא גם דיעבד לא מהני כנ"ל. אך הוכיחו מדברי שמואל דב"ד חצוף הוא דמקרי הא עבריינים לא מיקרי ע"ש. ולכך סבר שפיר דדיניהם דין בדיעבד אבל ר"י ור"ל דסברי דהוא כשאר תקנה ולכך אין דיניהם דין בדיעבד אף דסברי אין עירוב פרשיו' כו' ולכך פסק הרמב"ם ז"ל ג"כ דאין דיניהם דין אף דהוא דרבנן כנ"ל וא"ש:

עוד יש לישב הנ"ל דהנה הפ' הקשו אמאי באמת לשמואל שהוא דרבנן דבעי ג' מהני בדיעבד בב' אף שעברו כו' ובנוטל שכר לדון דינו בטל משום שעבר אתקנת חכמים כו'. וי"ל הטעם דשם כתבו הטעם אף. דאינו פסול דרבנן ממש דכשר לשאר דינים מ"מ לענין דין זה עשאוהו כפסול גמור כעובר על איסור גמור דפסול לדון ע"ש ואף דבדבר זה עצמו שנפסל כתבו הפוסקי' דאינו פסול בדבר זה עדיין במהרי"ט שם והר"ן ז"ל ז"ל גבי שוחט בשבת ע"ש. וא"כ גם אלו היו פסולים גמורים לא הי' דין זה פסול. אך חילקו שם דזה דוקא פסול שאינו משום חשש שקר אין דבר זה פסול אבל פסול שהוא מחמת חשש שקר גם דבר זה עצמו פסול ע"ש. וא"כ לכך גבי נוטל שכר שהוא ג"כ חשש שקר אף שאין זה עיקר רק מחמת מה אני בחנם מ"מ הוא מחמת חשש כיון שעבר ע"ז ע"ש בר"ן ז"ל ולכך שפיר כיון שעשאו כפסול דינו בטל. משא"כ בב' שדנו אף שעבר על תקנת חכמים מ"מ כיון שאינו מחמת חשש אף אלו הי' פסול גמור לא הי' דין נפסל ולכך דיניהם דין בדיעבד כו'. ואף אי לא בעינן רשע דחמס בעבירה דרבנן. אך לכאורה כיון דהקבלת עדות והגמר דין אסור להיות בב' ועל שניהם הוא התקנה] וא"כ כיון שעברו בקבלת עדות וממילא פסולין על הגמר דין כיון שכבר נפסלו ואף דבעי הכרזה לענין דבר אחר מ"מ לענין הכרזה הוי זה כאותו דבר עצמו ע"ש בפ'. וקשה עדיין כנ"ל אמאי דיניהם דין בדיעבד כו'. אמנם לכאורה קשה אמאי לא מהני שנים לדון אף לכתחלה כיון דקי"ל בדרבנן עד נעשה דיין ורק בדבר דאורייתא בעינן ועמדו לפני ה' כו' או שאר טעמי אבל בדרבנן לא בעינן כו' ע"ש. וכתב שם הר"ן ז"ל כתובות גבי ג' שישבו לקיים

השטר דאף דקבלת עדות בעי ג"כ ג' ואיך יכולין להעיד לפני הא' ותירץ כיון דעד נעשה דיין נעשים העדים דיינים אף בשעה שמעידים לקבל העדות של עצמם ע"ש. וא"כ הכא כיון דמדאורייתא סגי בחד ומיקרי שפיר ועמדו לפני ה' מה שמעידים לפני הא' ורק מדרבנן בעי עוד ב' וא"כ בדרבנן שפיר עד נעשה דיין ונעשים העדים עצמם דיינים בשעה שמעידים לקבל עדותם ויש כאן ג' מדרבנן וא"כ כשר אף מדרבנן שנים או א' אף לכתחל'. ואף שאינם מתכוונים מהני כמו דאמר גבי בפני נכתב דסגי למוסרו בפני ב' משום עד נעשה דיין ממילא ע"ש. אך י"ל דאעפ"כ בשעת גמר דין אסור כשאין שם העדים ושפיר אסור לכתחלה וכשיש שם עוד ב' באמת ודאי מותר רק לכתחלה אסור משום הגמר דין כנ"ל. וא"כ מיושב הנ"ל דא"ש דבדיעבד ב' דיניהם דין אף שעברו על התקנה דאף אלו היו פסולים לא הי' דבר זה פסול דא"ל כנ"ל דכבר נפסלו מחמת קבלת העדות דז"א דהקבלת עדות שפיר הי' בפני ג' כדין כיון דעד נעשה דיין כנ"ל ורק הגמר דין והוא אותו דבר ולכך כשר בדיעבד כנ"ל:

אמנם למ"ש מהרח"ש הובא במשנה למלך ט"ז מה' מלוה דכמו בעדים אפי' מאה ונמצא א' מהם קרוב או פסול עדות כולם בטל כמו כן בדיינים אפי' חמשה ונמצא א' פסול ג"כ בטל כל הדין ע"ש. וא"כ כיון דבדאורייתא אין עד נעשה דיין והוי פסול וממילא אף כשיש שאר דיינים כשרים ג"כ הדין בטל כיון שא' פסול רק בכל מקום דאין העדים פוסלים מחמת שאינם מצטרפים כלל להיות דיינים אבל הכא כיון שאין כאן רק א' בלא העדים וצריכים העדים להצטרף להיות ג' דמדרבנן בעינן ג' א"כ ממילא לא מהני מדאורייתא דאף דסגי בחד מ"מ כיון שגם העדים מצטרפים ממילא גם אותו הא' בטל ובדאורייתא אין עד נעשה דיין ולכך לא מהני גם מדרבנן אף דבדרבנן עד נעשה דיין מ"מ לא מהני כיון דבטל מדאורייתא כנ"ל. וא"כ גם הקבלת עדות בעינן ג' אחרים וממילא ב' שדנו אין דיניהם דין כנ"ל דאלו היו פסולים הי' פסול כנ"ל:

אך באמת שמואל סבר התם דהלכה כר"י דבדיני ממונו' לא אמרינן כלל נמצא א' פסול עדותן בטלה רק בד"נ וממילא גם בדיינים כן ולכך סבר דב' דיניהם דין וגם על ר"א פריך שפיר דאמר לד"ה אין דיניהם דין וע"כ דסבר עירוב פ' אבל ר"י ור"ל דסברי כדקי"ל דגם דיני ממונות עדותן בטלה כו' סברי שפיר אף דאין ע"פ ב' אין דיניהם דין כנ"ל כאלו היו פסולים וא"ש:

עוד יש לישב קושית התוס' הנ"ל וגם דברי הרמב"ם ז"ל שפ' כר"א ברדר"א דמדאורייתא בחד סגי ופ' דב' אין דיניהם דין ותירצו הכ"מ והלח"מ דאף מדרבנן סבר דאלמוה לתקנתא ופסול אף דיעבד אך תמהו דא"כ איך הוכיח הש"ס דר"א ברדר"א סבר כשמואל

דב' דיניהם דין דילמא סבר ג"כ דמדרבנן אין דיניהם דין כנ"ל ותירוצם דחוק מאד ע"ש. ונראה דהנה הרמ"ה פסק דבעינן שכל השלשה יהי' גמירי ולא סגי בחד גמיר ותמהו עליו הא מפורש בש"ס דלכך בעי ג' משום דא"א דלית בהו חד דגמיר וסגי בחד כו' ואף אי נאמר דסובר דמדאורייתא בעי ג' ולכך בעינן ג' גמירי מ"מ אמאי לא אמר זה לנפקא מיני' בין רבא לר"א ברדר"א דלרבא בעי ג' גמירי כו' ע"ש בטור כו':

ונראה דהנה בהגה"מ ומהרח"ש הנ"ל פסקו דגם בדיינים אף אם הרבה יותר מג' הם אמרינן ג"כ נמצא א' קרוב או פסול דינם בטל כמו בעדות כו' ע"ש. ולכאורה קשה לדבריהם אמאי אמר דלכך בעינן ג' משום דאי אפשר דלית בהו חד גמיר מאי מהני חד גמיר הא מי שאינו גמיר פסול מדאורייתא לדון א"כ ממילא לא מהני אף מי שהוא גמיר ג"כ דנתבטל בצירוף הפסול שאינו גמיר כנ"ל דנמצא א' כו' כולם בטלים כנ"ל. אמנם יש לישב למ"ש הטעם באמת דנימא בדיינים נמצא א' כו' הא בעדות הוא הטעם רק משום דמקיש ג' לב' כו' ובדיינים דליכא היקש למה יהי' בטל וכתבו הטעם דפסולים מדרבנן דחכמים השוו דיינים לעדות דכל הפסול להעיד כו' וכמו בעדות דמקיש ג' לב' כמו כן השוו חכמים בדיינים ג"כ הרבה לג' דכמו בג' אם א' פסול בטל תקנו גם בהרבה שיהי' בטל כמו בעדים דאין חילוק בין הרבה לב' מדאוריי' כמו כן בדיינים מדרבנן כנ"ל ע"ש. ולפ"ז מיושב דכל זה הוא לדידן דקי"ל ב' אין דיניהם דין א"כ בג' אם א' פסול ודאי בטל מדרבנן ולכך גם בהרבה השוו חכמים כנ"ל. משא"כ לר"א ברדר"א דב' ג"כ בדיעבד דיניהם דין ממילא בהרבה לא שייך כלל נמצא א' כו' דלא שייך להשוות כיון דגם בב' אינו בטל בנמצא א' כו' דדיניהם דין כנ"ל. ולכך אמר שפיר א"א דלית בהו חד דגמיר ואף דב' אינם גמירי ג"כ כשרים. וממילא מיושבין דברי הרמ"ה ז"ל דלדידן דקי"ל ב' אין דיניהם דין ממילא בעינן תלתא גמירי דאל"ה הוי נמצא א' פסול כו' דשפיר השוו כנ"ל ולא קשה כנ"ל דלימא נפקא מיני' אי בעי ג' גמירי. ולמ"ש א"ש דזה עצמו הוא הנפקא מינה אי ב' דיניהם דין כו' דהא בהא תליא דאי אין דיניהם דין ממילא בעינן ג' גמירי כנ"ל. ומיושב ג"כ דברי הרמב"ם הנ"ל דהמפ' הקשו אמאי לא תקנו באמת אף בדיעבד שלא יהי' מהני ב' כמו בנוטל שכר כו' ולמ"ש א"ש דל"א דבעי ג' כדי שיהי' חד גמיר א"כ אם יתקנו דגם בדיעבד לא יהי' מהני ב' ממילא גם ג' לא יהי' מהני דאף שיהי' חד גמיר יהי' בטל כנ"ל דהשוו חכמים כנ"ל. וממילא מיושב קושית תוס' דר"י ור"ל סברי שפיר דבעינן ג' גמירי וממילא תקנו (שפיר דאף בדיעבד לא יהי' מהני ב' כנ"ל. ומיושב הרמב"ם ז"ל כנ"ל דאלמוהו חכמים שגם בדיעבד יהי' בטל. ולא קשה קושית הכ"מ איך הוכיח בש"ס, דר"א סבר דיניהם דין דלמא אלמוהו כו' ולמ"ש א"ש דר"א ברדר"א דאמר

א"א דלית בהו חד כו' ע"כ דסבר דיניהם דין דאל"ה הוי נמצא א' כו' כנ"ל. אבל לדידן שפיר אין דיניהם דין מדרבנן ובעי ג' גמירי וא"ש:

סנהדרין דף נ' ע"א

תוס' ד"ה שלא תנעול דלת כו'. וא"ת והא אשכחן בכמה דוכתי שהיו דנין דיני גזילות בבבל וכן קי"ל באמת דדנין דיני גזילות כו' ע"ש. ונראה לישב דהנה בשיטה מקובצת הקשה אמאי קי"ל דהכופר בפקדון פסול לעדות וכן שאר גזלן נימא כמו דאמרינן לענין שבועה שנותנין לו שבועה ואמרינן דודאי אינו גזלן רק ס' מלוה ישינה יש לו עליו נימא ג"כ בשאר גזלן שאינו גזלן כלל רק דס' מלוה יש לו עליו דבגזלן ג"כ מחייבין שבועה באין עדים ואמרינן דאינו גזלן ואמאי פסול לעדות כשיש עדים ותירץ דכיון דאחר שהעידו העדים כבר בב"ד ויודע שהב"ד יוציא ממנו הגזילה ולא יוכל לתפסו בשביל המלוה כו' ואעפ"כ הוא כופר א"כ ודאי כוונתו לגזול ולא בשביל מלוה ישינה וכשמודה אח"כ ורוצה להחזיר באמת כשר דהוי תשובה מעלייתא רק כשכופר עדיין רואין למפרע שהי' כוונתו לגזול משא"כ כשאין עדים כו' ע"ש. ובתומים הוכיח דש"ע פוסק כתירוץ זה ע"ש:

והנה התוספ' כתבו דלכך לענין דרישה וחקירה לא בעינן בגזילות כדי שיונעל דלת בפני הגזלנים ולענין מומחין בעי ולא אמרינן נ"ד ותירצו משום דלענין דריכה וחקירה אי נימא דבעי דו"ח א"כ כשאין העדים יודעים שוב לא יוכל להוציא בשום ב"ד ושייך נ"ד משא"כ לענין מומחין יודע שיחזר אחר מומחין ויוכל להוציא ממנו ולכך בעי מומחין ולא שייך נ"ד ע"ש. והנה המהרש"ל ושאר פ' פסקו בהא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין דאם קבלו והעידו שלא בפני בע"ד ולא מהני שוב אף כשמעידין אח"כ בפני בע"ד דהם נוגעין עכשיו כיון שכבר העידו ועביד איניש לאחזוקי דיבורי' והעדות הראשון לא הי' מועיל שהי' שלא בפני בע"ד ועכשיו לא מהני ג"כ משום עביד איניש כו' ע"ש:

ולפ"ז לכאורה קשה אמאי אין דנין דיני גזילות בהדיוטו' והיינו שקבלת עדות בעי מומחין וגם הגמר דין בעי מומחין ע"ש. וא"כ כיון דבהודאות והלואות לא בעינן מומחין משום דשכיח וכן תפיסה בשביל מלוה ג"כ שכיח כמ"ש הפ' רק גזילות לא שכיח ובעי מומחין כו'. וא"כ לכאורה שפיר גם בהדיוטות מותר לקבל עדות בגזילות דלענין הקבלת עדות עדיין אינו גזילות כלל דאמרינן מסתמא מלוה ישינה יש לו כו' ותפסו כנ"ל וזה שפיר שכיח דכל הטעם דנעשה גזלן הוא משום שרואין שכופר אחר שהעידו העדים כש"מ הנ"ל. וא"כ לענין קבלת העדות הוי הודאות והלואות עדיין דעדיין לא כפר אחר העדאת העדים וא"כ מותר לקבל עדות. רק דנימא אחר שכבר העידו העדים והוא כופר והוי גזלן ואז אין רשאי לגמור הדין דאין דנין גזילות דעכשיו הוא שפיר גזילות וא"כ ממילא כיון

שרשאין לקבל עדות שאינו גזילות עדיין א"כ ממילא מותר לגמור הדין אף שהוא גזילות דשייך שפיר נעילת דלת כמו לענין דרישה וחקירה כמ"ש תוספ' דלא שייך תירוץ הנ"ל דהכא כיון שכבר קבלו עדות א"כ אם לא יהי' מהני עכשיו ממילא לא יהי' מהני אף כשיעידו אח"כ לפני ב"ד מומחין שיהיו נוגעין משום עביד איניש לאחזוקי דבורי' כו' כנ"ל. וא"כ כיון שלא יהי' מהני אף אח"כ א"כ מהני גם עכשיו משום נעילת דלת. כמו לענין דו"ח דאם נימא דלא מהני עכשיו לא יהי' מהני אף לפני מומחין כנ"ל א"כ שפיר מותר לקבל עדות שאינו גזילות עדיין וממילא אח"כ כשכופר והוא גזילות מותר לגמור אף שהוא גזילות כנ"ל כמו בדו"ח וכנ"ל ואמאי אין דנין גזילות כו'. וא"ל דאותו הב"ד הדיוטות עצמם יוכלו להעיד אח"כ בפני ב"ד מומחין דאצלם לא יהי' שייך עביד איניש כו' וגם לא יהי' עד מפי עד כיון שהיו רשאים לקבל עדות והי' ב"ד לענין זה הוי עדות שנחקרה בב"ד כו' ולכך לא מהני עכשיו שאף אם לא יגמרו הדין יוכל להוציא בפני מומחין. אך ז"א דכיון שכופר עכשיו הוי גזילות למפרע ולא הי' להם א ב"ד רק שהיו מקבלים עדות שלא ידעו עדיין שהוא גזילות וכיון שלמפרע לא הי' ב"ד הוי עד מפי עד ושייך שפיר נ"ד דכל א' יכפור כנ"ל ועל הקבלת עדות שייך שכל א' יתפוס בשביל מלוה כנ"ל ודנין שפיר כנ"ל:

אמנם בש"ע והרבה פ' חולקים גבי קבלת עדות שלא בפני בע"ד דיכולין אח"כ לחזור ולהעיד בפני בע"ד ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורי' וא"כ שפיר יוכל להעיד אח"כ כנ"ל. אך הפ' כתבו דזה דוקא גבי שלא בפני בע"ד שלא פעל עדותם כלום והוי כלא העידו כלל ואף אם הוא שקר לא מיקרי עדות שקר כלל ולכך לא שייך עביד אינש לאחזוקי כו' אבל היכא שפעלו בעדותם דבר מה הם נוגעים גמורים אח"כ דאל"כ העידו שקר ע"ש, וא"כ כיון דלפסול לעדות מקבלין אף הדיוטות כמו בהודאות והלואות ומקבלין עדות שזה גזלן כדי לפוסלו לעדות ע"ש בש"ע. וא"כ אף אם לא יגמרו כו' פעל עדותם שגזל לענין לפוסלו לעדות ושפיר לא יהי' מהני אח"כ לענין הממון משום עביד אינש כנ"ל כיון שהי' מהני לענין איזה דבר א"כ ממילא מהני עכשיו אף לענין הממון משום נ"ד כנ"ל:

אך ז"א כל הטעם דפסול לעדות ולא אמרינן משום מלוה ישינה כנ"ל הוא משום שכופר ויודע שיוציאו ממנו כנ"ל. וא"כ אם נאמר דפסול לעדות וממילא לא נוכל להוציא ממנו וגם לא יהי' מהני בפני ב"ד מומחין משום עביד איניש כו' כיון שפעל עדותם כנ"ל וא"כ אינו פסול כלל לעדות כיון שלא נוציא ממנו ויכול להיות משום מלוה כו' וממילא לא יהי' שייך עביד איניש כו' שלא פעלו כלל ושפיר יהי' מהני כשיעידו אח"כ בפני מומחין.

וא"כ לא שייך הנ"ל שיגמרו הדין משום נעילת דלת כנ"ל. דז"א דאם לא יגמרו לא יהי' שייך כלל נ"ד שלא יהי' מהני אף לפסול כיון שלא נוציא ממנו ושפיר יהי' מהני בפני מומחין וליכא נ"ד ולכך לא יגמרו כו' וא"ש:

אמנם למאי דקי"ל דגם חמסן דיהיב דמי פסול לעדות מדרבנן וגם כשתופס בשביל מלוה כו' פסול מדרבנן כשכופר ע"ש. וא"כ אף אם לא נוציא ממנו ג"כ פסול מדרבנן דאף שיש לו מלוה כו' פסול כנ"ל וא"כ פועל עדותם לפוסלו מדרבנן ויהי' שייך אח"כ עביד איניש כו' כנ"ל ושייך שפיר עכשיו נעילת דלת ויכולין להוציא ממנו וממילא פסול מדאורייתא כנ"ל. אך תוספ' ב"מ חילקו דחמסן אינו פסול מדרבנן רק בחוטף מיד ליד שחציף אבל בכופר בפקדון שאינו חציף לחטוף מיד ליד אינו פסול ביהיב דמי ע"ש. וא"כ ממילא בכופר בפקדון אם יש לו מלוה ישינה אינו פסול כלל אף מדרבנן ולא יהי' שייך עביד איניש ולכך אין דנין עכשיו דלא שייך נעילת דלת כיון שיהי' מהני כנ"ל אבל בגזלן גמור דפסול מדרבנן אף שיש לו מלוה כו' שייך שפיר נ"ד ודנין אף בהדיוטות כנ"ל:

וממילא מיושב קושית תוס' הנ"ל דמתני' דהכא דתני גזילות וכתב רש"י דקאי אכופר בפקדון דקאי אקרא ונקרב בעה"ב כו' ולכך, תני שפיר דבעי מומחין דלא שייך נעילת דלת כנ"ל אבל בגזלן גמור הוא בהיפך דשפיר דנין כנ"ל ולכך הי' דנין דיני גזילות כנ"ל דבגזילה גמור שייך שפיר נ"ד כנ"ל וא"ש. והנמוקי יוסף כתב להיפך דכופר בפקדון דנין אבל לא גזילה גמורה ע"ש וכן פ' בש"ע. ולמ"ש י"ל ג"כ למאי שכתבו יש מפ' דקושית השיטה הנ"ל לא שייך רק אכופר בפקדון די"ל שכופר משום מלוה כו' אבל לא בגזלן גמור אין סברא שגוזל משום ס' מלוה כו' ע"ש. ולכך י"ל דבכופר בפקדון דנין שפיר כנ"ל דבשעת קבלת עדות עדיין אינו גזילות ואח"כ מותר לגמור דין כנ"ל. משא"כ בגזלן גמור דלא שייך ס' מלוה כנ"ל לכך אין דנין כנ"ל דהוי גזילות מיד בשעת קבלת עדות כנ"ל וא"ש:

ומיושב בזה גם קושית הר"ן בחידושיו שהקשה דהכא אמר הטעם בהודאות והלואות משום נעילת דלת ובגטין אמר משום דשליחותייהו קא עבדינן ולמ"ל הא בלא זה מהני משום נ"ד ע"ש. ותירץ דצריך ב' הטעמים לענין איסור. שיש איסור להדיוטות לדון ולטול כתרן של מומחין דאמר לפניהם ולא לפני הדיוטות וגם אמרה התורה שאין דינם דין דכתיב אלקים כו'. ולענין זה שיהי' דינם דין צריך התקנה של נ"ד דלזה לא מהני השליחות רק עדיין יש איסור משום לפניהם וע"ז הוא הטעם דשליחותייהו עבדינן כו'. והקשה דלמה ליה למימר בגזילות דלא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו הא אף אי עבדינן לא מהני כיון דלא שייך נ"ד משום לא שכיח ע"ש. ולמ"ש מיושב דבאמת לכאורה כיון

דאף בדברים שאין דנין מהני בהו תפיסה ומקבלין עדות לענין זה ע"ש. וא"כ עדיין קשה דכיון שמותר לקבל עדותן שעדיין אינו גזילות משום ס' מלוה כו' מותר אח"כ לגמור אף שכופר כמו לענין דו"ח דשפיר יהי' שייך עביד איניש לאחזוקי כו' כיון שכבר קבלו עדות ופועל עדותם דמהני תפיסה וממילא מהני גם שיצטרך לשלם מיד בלא תפיסה דלא יהי' מהני בפני מומחין כנ"ל והוי כמו בדו"ח כנ"ל. אך י"ל למאי שהקשו איך מקבלין עדות לענין תפיסה לדברי הר"ן הנ"ל דנהי דלענין זה שיהי' הדין מהני א"ש דלענין תפיסה שאינו רק שלא לחייבו מהני אבל לענין האיסור ליטול כתר של מומחין וכיון שלא נתנו רשות לענין מילתא דלא שכיח א"כ איך מקבלין העדות ותירצו ג"כ דאין האיסור רק בדבר שהוא דין והוי נגיעה בכבודם משא"כ לענין תפיסה שאין דין גמור אינו נוטל כתרם כלל ע"ש. וא"כ א"ש דלמ"ש כיון שאם יהי' מהני הקבלת עדות לענין תפיסה ממילא יהי' דינן ג"כ לחייבו עכשיו א"כ ממילא האיסור הוא אף לענין תפיסה ג"כ שנוטל כתרן של מומחין כיון שאם ידונו על התפיסה ידונו לחייב מילתא דלא שכיח שלא נתנו רשות ולכך לא מהני וממילא לא שייך נ"ד ג"כ. ומיושב ממילא קושית הר"ן ז"ל הנ"ל דאמר הטעם בגזילות משום דלא עבדינן שליחותייהו דאי הוי עבדינן שליחותייהו ממילא הי' שייך שפיר נ"ד כנ"ל כיון דמהני לענין תפיסה ורק משום דלא עבדינן כו' ולא שייך נ"ד כלל וא"ש:

עוד י"ל קושית תוספ' וגם מה דעכשיו דנין גזילות ובמשנה לא היו דנין גזילות לחוד וע"ש במהרש"א דלמ"ש הש"מ הנ"ל דבאמת לא הוי כלל גזלן דמסתמא הוא משום ס' מלוה כו' רק כיון שיודע שנוציא ממנו הוי גזלן כו' וא"כ כל הטעם דלא תקנו במלתא דלא שכיח הוא משום דכיון דאף אם לא יתקנו ג"כ לא שכיח שיארע הדבר לכך לא הוצרכו לתקן כו' וא"כ דבאמת התפיסה בשביל מלוה שפיר שכיח רק גזילה גמורה והטעם דלא אמרינן שתופס בשביל מלוה משום שיודע שיוציא ממנו כו' כנ"ל. וא"כ אם לא יתקנו שיהיו דנין גזילות והי' שפיר שכיח שיתפוס בשביל מלוה כיון שלא נוציא ממנו דצריך מומחין ורק עכשיו דדנין הוי גזילות ולא שכיח אבל אם לא יתקנו יהי' שפיר מילתא דשכיח וממילא הוצרכו שפיר לתקן שיהיו דנין כנ"ל. אך בזמן שהי' מומחין בעולם א"כ אף אם לא יתקנו הוי גזלן דאינו תופס בשביל מלוה כו' כיון שיודע שב"ד מומחין יוציאו ממנו וממילא הוי לא שכיח ולא הוצרכו לתקן ולכך לא מהני בהדיוטות כנ"ל. אבל עכשיו שאין כלל מומחין א"כ אם לא יתקנו יהי' שפיר שכיח וממילא דנין אף הדיוטות כנ"ל. ומיושב מ"ש הר"ן ז"ל שחילק ג"כ בין שיש מומחין בעולם ובא"י אז אין דנין גזילות דלא שכיח דלא שייך נ"ד כמ"ש התוספ' שיוכל להוציא במומחין אבל

בח"ל וכשאין מומחין דנין גזילות אף דלא שכיח משום נ"ד ע"ש. והקשה דאיך אמר סתם גזילות דלא שכיח אין דנין הא בח"ל וכשאין מומחין דנין אף דלא שכיח ותירצו דחוק ע"ש. ולמ"ש א"ש דבח"ל וכשאין מומחין לא הוי כלל מילתא דלא שכיח דאם לא יתקנו הוי שכיח כנ"ל ואמר שפיר דגזילות דלא שכיח אין דנין כלל רק כשאין מומחין הוי שכיח כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל דהנה המפ' כתבו די"ל דלכך לא תקנו בגזילות דלא שכיח דלא שייך נ"ד בפני הגזלנים כיון דאף אי אין דנין מהני תפיסה ואף אי לא יהי' דנין יוכל לתפוס ולא שייך נ"ד משא"כ לענין דו"ח דלא מהני תפיסה לכך תקנו ע"ש. והנה היכא דהוי יאוש ושינוי רשות לא מהני אף תפיסה אותו דבר עצמו לשיטת ר"ת דיאוש קנה כו'. וכל הטעם דלא אמרינן סתם גזילה יאוש בעלים הוא משום דסבר למחר נקיטנא ליה בדינא ויוציא ממנו מה שגזל ע"ש בש"ס ב"ק וא"כ אם הדין דאין דנין דיני גזילות ממילא הוי סתם גזילה יאוש בעלים דלא שייך למחר נקיטנא לי' כו' כיון שאין דנין וא"כ שייך שפיר נ"ד אף בגזילות כמו לענין דו"ח דאם לא יתקנו שיהיו דנין לא יהי' מהני כלל תפיסה כשימכר אותו הדבר כו' מטעם יאוש כנ"ל ולכך הוצרכו לתקן שיהיו דנין דאף שיכול לתפוס הוי יאוש כמ"ש המפ' ע"ש. אך בזמן שהיו מומחין א"כ אינו מיאש דשייך שפיר נקיטנא ליה בדינא לפני מומחין ומהני שפיר תפיסה ולא שייך נ"ד ולכך לא מהני בהדיוטות כנ"ל אבל כשאין מומחין א"כ כשלא יהיו דנין לא יהי' מהני תפיסה כנ"ל לכך דנין אף בהדיוטות דשייך שפיר נ"ד כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל דהנה קי"ל דהשורף שטרותיו של חבירו חייב מדינא דגרמי ואף שלא הזיקו בגוף החיוב כלום רק שגרם שאין לו ראי' אעפ"כ חייב שמקודם הי' לו ראי' והי' יכול להוציא ממנו ועתה אין יכול להוציא וגם קי"ל במוכר שט"ח ומחלו דחייב ג"כ ואפי' היכא שהיורש מוחל לעצמו קי"ל בש"ע דחייב ג"כ מדינא דגרמי שגרם לו שאינו יכול לגבות ממנו עצמו ומיקרי זה ג"כ גרמי מה שהחייב עצמו גורם שלא יגבה ממנו ע"ש. ונראה דהיכא שהלוה עצמו שורף שטר שיש לו למלוה עליו ולא יוכל להוציא ממנו נראה ג"כ דחייב מדינא דגרמי דמה חילוק יש בין אחר להוא עצמו כמו במוחל כנ"ל רק דאין נפקא מיניה בזה כיון שבל"ז חייב ואם ישלם אין כאן גרמי אבל באמת החיוב של דינא דגרמי שייך שפיר כמו באחר כיון שגרם שלא יוכל להוציא כנ"ל. וכן בנפקד היכא דאפקיד ליה בשטר משמע ג"כ דחייב שורף שטר פקדון דמאי חילוק יש דג"כ גורם לו שלא יוכל להוציא ממנו ואף שהי' יכול לטעון נאנסה מ"מ היכא שיודעין שלא נאנס חייב דלישבע בשקר ודאי לא הי' נשבע כדאמר בשבועות דזה מיקרי ג"כ גרמי אף שהי'

יכול לישבע בשקר ע"ש. וא"כ לכאורה קשה הכא בכופר בפקדון דאין דנין משום דאין דנין גזילות הא דינא דגרמי שפיר דנין כמ"ש הפ' וא"כ כיון דבלא כפירתו הי' שפיר דנין דפקדון לחוד דנין והי' יכול להוציא ממנו הפקדון אם לא הי' כופר כיון שיש עדים או שטר רק מחמת שכופר נעשה גזלן ואין דנין גזילות ואינו יכול להוציא ממנו א"כ גרם לו היזק היזק בכפירתו שלא יוכל להוציא ממנו עצמו והוי כמו שורף שטר שעל עצמו וחייב בכפירתו זו מחמת דינא דגרמי ודינא דגרמי שפיר דנין א"כ מותר לקבל עדות שבאמת חייב לו הפקדון וע"י כפירתו גרם שלא נדון אף שחייב וחייב מחמת גרמי כנ"ל ושפיר דנין כנ"ל ואף שלא הי' לו חיוב ברור עליו שתמיד הי' יכול לכפור הא מ"מ גם שם תמיד הי' יכול למחול לעצמו וע"כ כיון דזה עצמו הוא ההיזק א"כ מאי בכך שהי' יכול להזיקו הא זה הוא החיוב וא"כ גם הכא כיון שבאמת יש עדים וחייב מאי בכך שהי' יכול לגרום שלא נדון מלעשותו גזלן הא זה הוא החיוב כנ"ל. אך באמת זה אינו דהטעם דגרמי דנין משום דשכיח ובאמת בכל גזילה מזיקו בגזילתו ועוד יותר שנוטלו לעצמו ומ"מ אין דנין משום דלא שכיח א"כ גם הכא אף שחייב מדינא דגרמי מ"מ זה עצמו הוא הגזילה שבכפירה זו גוזלו כיון שבאמת חייב וגזילות אין דנין כנ"ל:

אמנם למ"ש הנ"י ושאר הראשונים דאף דאין דנין גזילות מ"מ הוא דוקא כשהעדים אומרים שמכרו או שאבדו שאין הגזילה בעין אבל כשהגזילה בעין מחייבין אותו להחזיר גוף הגזילה ע"ש. וכתבו המפרשים דאף דמילי דכפי' בלא דין ג"כ בעי מומחין א"כ מאי בכך שהוא בעין ג"כ אין יכולין לכופו להחזיר כיון דלא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו ותירצו דגוף הגזילה באמת שכיח רק דלא שכיח שיגזול וימכור או יאבדו היינו התשלומין של הגזילה לא שכיח אבל הגזילה בעין שכיח ולכך כופין ע"ש. ולכאורה ק' למאי דקי"ל באומר לא לויתי ועדים מעידים שלוה ופרע חייב דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי כו' ונאמן ע"ז לחובתו שלא פרע יותר מהעדים וע"ז שלא לוה אינו נאמן נגד העדים ע"ש. וא"כ כשכופר שלא גזל ממילא אומר שלא מכרו ולא אבדו. וא"כ נאמן ע"ז שלא מכרו ואבדו וע"ז שלא גזל אינו נאמן ואמרינן דהגזילה בעין ושכיח ושפיר דנין כיון שאומר שלא אבדו וע"ז נאמן יותר מהעדים כנ"ל ואמאי אין דנין. אך זה טעות דכיון דבאמת העדים אומרים אמת ובאמת אין הגזילה בעין א"כ מאי נדון לחייבו כיון שאין אנו יכולין לחייבו גוף הגזילה שבאמת אינה בעין רק שנחייבו התשלומין והוא לא שכיח ואין דנין א"כ מאי מהני הודאתו שהוא בעין ושכיח כיון דמאי דהוא שכיח אין יכולין לדון שאינה בעין והתשלומין לא שכיח כנ"ל:

אמנם למ"ש דבאמת חייב מדינא דגרמי על הכפירה רק אעפ"כ אין דנין כיון שזה עצמו הוא הגזילה וגזילות הוא לא שכיח ואין דנין כנ"ל. וא"כ אם באמת הי' הגזילה בעין הי' שפיר חייב מחמת דינא דגרמי והי' דנין דכשהגזילה בעין הוא שכיח רק מחמת שאינה בעין וכנ"ל. וא"כ לענין זה שייך שפיר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דלענין זה נאמן שלא מכרו ואבדו והוא בעין וכיון שגרם לו היזק בכפירתו כנ"ל שפיר יכולין לדון ולחייבו מחמת דינא דגרמי כנ"ל דהוא שכיח ואף דזה הוא הגזילה מ"מ הא נאמן לענין זה שהוא בעין והוא שכיח כנ"ל וממילא דנין החיוב של דינא דגרמי דזה יכולין לדון וכנ"ל. וממילא בכופר בפקדון שפיר יכולין לדון כנ"ל:

אך היכא דאיכא מומחין א"כ לא גרם לו היזק כלל דאף אחר כפירתו יכול לגבות אצל מומחין אף שהוא גזילות ואין חייב מדינא דגרמי רק מחמת גזילות וממילא אין הדיוטות דנין כנ"ל. אבל עכשיו דליכא מומחין שפיר דנין כופר בפקדון מחמת דינא דגרמי כנ"ל. וא"ש דבמתניתין אף דקאי אקרא וקאי אכופר בפקדון וכמ"ש מהרש"א ז"ל ואעפ"כ אין דנין ובעי מומחין כיון שהי' מומחין בעולם כנ"ל אבל כשאין מומחין בעולם שפיר דנין כנ"ל. אבל גזילה גמורה גם עכשיו אין דנין כנ"ל:

ולמ"ש השיטה הנ"ל דבאמת בכל גזלן י"ל שתופס בשביל ספק מלוה ישינה רק עכשיו שהעידו עדים וכופר הוא ודאי כוונתו לגזול והוי ודאי גזלן כנ"ל וא"כ י"ל שפיר בכל גזלן דחייב בכפירתו מדינא דגרמי דבלא הכפירה הי' דנין כנ"ל די"ל שתופס בשביל מלוה כו' כנ"ל ורק מחמת הכפירה אין דנין וממילא דנין מחמת גרמי כנ"ל דכל האומר לא לויתי כו' רק במתני' שהי' מומחין לא שייך גרמי ולכך אין דנין כנ"ל אבל כשאין מומחין בעולם שפיר דנין כנ"ל אף בשאר גזלות וא"ש שהי' דנין דיני גזילות בכל מקום או בבבל שרחוק כמ"ש הר"ן ז"ל וא"ש ואף שנודע עכשיו שהי' באמת גזילה שלא הי' לו ס' מלוה כו' והי' דנין שלא כדין מ"מ כיון שבאמת חייב רק שאין יכולין להוציא ותפיסה מהני ואם היו דנין הי' מוציא כדין שפיר כנ"ל:

או למ"ש הטור וש"ע דלאו דוקא בקבלת עדות רק אפי' במודה מעצמו אין דנין מילתא דלא שכיח. וממילא באין עדים רק שמודה באמת בגזילות לא שייך דינא דגרמי ואין דנין אי לא נימא כשיטה הנ"ל וגם במודה הוי גזלן כתירוץ הרמב"ן שם ע"ש. ולכך אין דנין במתני' דהיינו דיני גזילות באין עדים כנ"ל אבל שם בההוא רעי' כו' דיש עדים והוא כופר שפיר דנין וחייב כנ"ל וא"ש:

בבא קמא דף פ"ד ע"א

כל הנישום כעבד כו', ופירש"י ז"ל הואיל ודבר שאינו קצוב הוא כו'. ותמוה דהא דחו בש"ס ומסיק דאין חילוק כלל בין דבר קצוב כו'. וגם דברי רבא עצמו תמוהים דאמר כל הנישום כעבד ובאמת אין תלוי כלל בזה רק שכיח ואית בי' חסרון כיס כו' ע"ש. וגם דברי הרמב"ם ז"ל תמוהים שפסק הא דכל הנישום כו' וגם פ' דשבת וריפוי דנין ותמה הכ"מ הא אמר בש"ס אדם באדם דלא שכיח כו' ע"ש. וגם מה שפי' הרי"ף ורש"י ז"ל שיימוהו דאי תפס שצוה לשום מיד שאם יתפוס יהי' מהני. וג"כ תמוה כמו שתמה הרא"ש דהא בכל מילי דאין דנין אין מקבלין עדות ג"כ רק כשתפס מקבלין עדות שלא לחייבו אבל לקבל על זה שיהי' מהני אח"כ תפיסה איך נקבל עדות. וגם מהא דאין מועד בבבל משום דאין מקבלין עדות דתמות ולדברי רש"י ז"ל שפיר מקבלין ע"ש:

ונראה לישב דהנה המפ' הקשו הא אנו רואין דאדם באדם ג"כ שכיח חבלות ע"ש. והנה בש"ס אמר דאין מועד בבבל משום דאין מקבלין עידי נגיחות הראשונות ואף היכא דאתו רבנן דהתם ויעדוהו אעפ"כ אין מועד דהוי מילתא דלא שכיח שיבואו רבנן כו' ע"ש וא"כ מוכח דאף דעיקר החיוב שפיר שכיח כיון שעכשיו הוא מועד ושכיח שיגח ואף אלו לא היו באים רבנן דהתם ג"כ הי' החיוב רק שלא היו יכולין לדון אף שחייב ומוכח דזה מיקרי ג"כ לא שכיח כיון דזה שנדון הוא לא שכיח דאלו לא אתו רבנן לא הי' דנין ע"ש:

והנה הרא"ש ז"ל כתב לקמן פ"ה דלענין נזק ג"כ דשמין כעבד נמכר בשוק אין שווית כולם שוה דבעבד נוקב מרגליות הפחת מרובה ושוה יותר צריך ליתן יותר אם קטע ידו ואם קטע רגלו הוא רק כשאר אדם וכתב דאין לומר שלא ישלם כלום נזק בקטע רגלו שלא פיחתו כלום ממלאכתו ואלו הי' נמכר אין זה אצלו חסרון כלל ואדרבה טוב יותר לרבו שיהי' קבוע במלאכתו מ"מ צריך ליתן לו כשאר אדם כאלו לא הי' נוקב מרגליות דמסתבר שלא יפסיד במעלתו דאם ירצה לא ישתמש במלאכה זו ויהי' כשאר כל אדם הנמכר לשאר מלאכות ואף שהוא מסתמא לא ימכור עצמו לשאר מלאכות מ"מ כיון שאם רוצה יכול למכור צריך לשלם נזק כנ"ל ע"ש ולכאורה קשה למאי דקי"ל הדר בחצר חבירו בלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פטור דזה נהנה וזה לא חסר ואף שאם הי' רוצה בעל החצר הי' יכול להשכירו מ"מ כיון שמסתמא לא הי' משכירו פטור ומכ"ש היכא דזה לא נהנה וזה לא חסר ודאי פטור ע"ש. וא"כ אמאי ישלם נזק בקטע רגלו או בשאר דבר שאינו היזק כלל למלאכתו דכיון דאינו עשוי למכור עצמו לשאר מלאכה הרא"ש ז"ל. ואף שאם הי' רוצה הי' יכול למכור לשאר מלאכה מ"מ הוי כחצר דלא קיימא לאגרא כנ"ל כיון שודאי לא הי' נמכר כנ"ל והוי זה לא נהנה וזה לא חסר

דפטור כנ"ל. וכן בכל חק דשמין כאלו הי' נמכר לעבד אף דידעינן דודאי לא הי' נמכר אעפ"כ חייב כנ"ל. וקשה ג"כ דהוי כלא עביד למיגר כנ"ל. אך ז"א דהתורה חייבה נזק היכא שיש היזק רק במאי דאין כלל היזק אינו חייב אבל היכא שאם הי' רוצה הי' נמכר ויש כאן היזק ממילא חייב מחמת חיוב התורה כנ"ל. וא"כ לענין שיהי' דנין דאין דנין רק כשיש חסרון כיס א"כ ממילא אין דנין נזק באופן הנ"ל. דבאמת אין כאן חסרון כיס דהוי זה לא נהנה וזה לא חסר כנ"ל רק דחייב מחמת חיוב התורה וממילא אין דנין כנ"ל. וא"כ כיון דהיכא שלא הי' נמכר או שאינו מבטלו מאותה מלאכה אין דנין מחמת שאין חסרון כיס א"כ גם היכא שהי' נמכר וביטלו מאותה מלאכה ויש חסרון כיס ג"כ אין דנין משום דלא שכיח דלא שייך קושיא הנ"ל דשכיח שנוהג בכל החבלות דז"א כיון דאם לא הי' נמכר אין דנין משום חסרון כיס א"כ אין דין זה שכיח ואף שיש חסרון אין דנין כנ"ל. דאף שגוף החיוב שכיח מ"מ גם זה מיקרי לא שכיח כמו באתו רבנן דהתם כיון דלא שכיח שנהי' דנין דין זה כנ"ל. ולכך אתי שפיר דאין דנין נזק כלל דבלא הי' נמכר אין חסרון כיס וממילא אף בהי' נמכר לא שכיח כנ"ל:

ומיושב ממילא הא דאמר רבא כל הנישום כעבד כו' דזה הוא שפיר הטעם אף למסקנא דמשום זה הוא לא שכיח מחמת דנישום כעבד ואין חסרון כיס כלא הי' נמכר לעבד לכך לא שכיח כנ"ל וא"ש. וא"ש דפירש"י ז"ל הואיל ודבר שאינו קצוב הוא רק להיות נמכר כו' דלכך לא שכיח:

ומיושבים ממילא דברי הרמב"ם ז"ל דשבת וריפוי דנין כיון דזה הוא תמיד חסרון כיס ממילא הוא שכיח ג"כ כיון דדנין אותו תמיד אף אי לא רבי' נמכר כו' וא"ש:

ומיושב ג"כ דברי הר"ש והרי"ף ז"ל דמקבלין עדות אי תפס שיהי' מהני כנ"ל. דכיון דבאמת נזק הוא ג"כ שכיח וגם יש חסרון כיס היכא שהי' נמכר רק דבשביל זה לא שכיח משום דלא שכיח שנהי' דנין דבאין חסרון אין דנין. וא"כ לענין החיוב שיהי' מהני תפיסה זה הוא שפיר שכיח כיון דאף בלא הי' נמכר ואין חסרון כיס ג"כ מהני תפיסה רק דאין דנין א"כ זה שיהי' מהני תפיסה הוא שפיר שכיח תמיד ואף בלא נמכר כנ"ל. וגוף הנזק הוא באמת שכיח ולכך פסקו שפיר דמקבלין עדות שיהי' מהני אי תפס כיון דעכשיו הוא חסרון כיס וגם שכיח כנ"ל ומהני בנזק כנ"ל:

אבל בהא דאין מועד בבבל בקנס אתי שפיר דלא מהני קבלת עדות אם תפס דשם אין דנין עכשיו כלל וגם קבלת עדות זה הוא לקנס ואין מקבלין כלל דכל זמן שלא תפס אין דנין דיני קנסות כנ"ל ולכך אין מועד בבבל. ומיושב קושית הרא"ש ז"ל וא"ש:

לסימן ו

סנהדרין דף ל"ד ע"ב

גמ' דנין ביום וגומרין בלילה. מנה"מ כו' דא"ק ושפטו כו'. ע"כ הקושיא מה"מ דגמ"ד כשר בלילה דע"ז התירוץ כו'. ותמוה דהול"ל מקודם מנ"ל דפסול תחילת דין בלילה כיון דלא ידע מביום הנחילו דאח"כ פריך א"ה ת"ד נמי וצ"ל דידע מביום כו' רק דפריך א"ה נילף מושפטו כו' גם ת"ד ודוחק. וי"ל דהוי ס"ד כיון דד"נ פסול מנגד השמש כו' דקאי אגמ"ד ובמידי דלאו זכות וחובה ילפינן ממשפט א' כמבואר במשנה א' ד"מ וא' ד"נ כו'. ופריך שפיר מנ"ל שיהי' ד"מ חלוק מד"נ ומשני מדכ' ושפטו כו' ופריך א"ה כיון דגלי דאין שוה לד"נ שוב גם ת"ד יהי' כשר ומשני מביום הנחילו כו' כנ"ל. אך א"כ קשה לר"מ דגם גמ"ד פסול למה לי' היקישא דריבים לנגעים הא בל"ז נילף ממשפט א'. ואפשר לומר דבד"נ גופי' לא מוכח רק גמ"ד דוהוקע כו' אגמ"ד קאי. רק ת"ד פסול דלא גרע מד"מ ממשפט א'. וא"כ בלאו קרא בד"מ לא הוי ידעינן לפסול ת"ד לא בד"מ ולא בד"נ ומיושב דפריך הש"ס מקודם מה"מ להכשיר גמ"ד בד"מ נילף מד"נ ממשפט א' דגמ"ד מפורש בד"נ לפסול ומשני מושפטו בכל עת ופריך א"ה ת"ד נמי דאין לימוד לפסול משתיהן ומשני מביום הנחילו וממילא גם בד"נ פסול. ומיושב קושית התוס' נימא להיפוך ביום אגמ"ד ושפטו את"ד ע"ש. ולהנ"ל א"ש דא"כ למה לי' ב' הפסוקים ביום כו' ושפטו כנ"ל בל"ז הוי אמרינן דגמ"ד פסול ות"ד כשר ממשפט א' כנ"ל. וע"כ להיפוך ואיצטריך הכל כנ"ל. ומיושב דצריך לר"מ ההיקש כיון דלא דריש ביום הנחילו למיפסל לילה אין לנו לימוד פסול ת"ד בין ד"מ בין ד"נ מצריך ההיקש דריבים וממילא פסול בין ת"ד בין גמ"ד בין ד"מ ובין ד"נ. והא דאיצטריך בד"נ והוקע כו' וי"ל לענין גוף המיתה דצריך ג"כ ביום. או דלר"מ באמת לא דריש כנ"ל. עוד י"ל דאף דכתיב משפט א' מ"מ הא גלי קרא ושפטו בכל עת והוי מכשירינן לילה. דבשלמא עכשיו דיליף ר"מ מהיקישא דריבים לנגעים לענין לילה וסומא שפיר אמרינן בכל עת על יום המעונן דאין רואין נגעים כדאמר בש"ס. אבל אי לאו היקשא רק ממשפט א' לא הי' אפשר לומר בכל עת על יום מעונן דמאי ענין זה לזה וגם ד"נ כשר. וע"כ בכל עת להכשיר לילה ולכך אמר ההיקש ואין שום הוכחה מבכל עת דצריך ליום המעונן כנ"ל:

ומיושב תמיהת תוס' מתני' דלא כר"מ מנ"ל דילמא בסומא סברא מתני' היקש' לנגעים רק מושפטו בכל עת מכשירינן לילה לגמ"ד כמו דמפיק ממשמעותא דביום הנחילו כו' ע"ש. ולהנ"ל מיושב דאי סבר היקשא לנגעים שוב צריך בכל עת להכשיר יום המעונן ומנ"ל להכשיר לילה. דהא מה שהקשו תוס' על מה דאמר סתמא אחרינא לכאורה תמוה

דהי' להם להקשות אהא דאמר מתני' דלא כר"מ דילמא ר"מ גופי' מודה מבכל עת דכשר לילה לג"ד. וצ"ל מדכללו בהדי סומא ודוחק. ויש לפרש דלר"מ ע"כ לא ס"ל מושפטו דאין היקש למחצה וכיון דגלי קרא בכל עת דגמ"ד לילה כשר שוב גם ת"ד ליכא למילף מנגעים דהא גלי שאין לדמותם כמ"ש תוס' ריש סנהדרין ע"ש. וע"כ ר"מ סבר דגמ"ד ג"כ פסול. משא"כ אהא דסתמא אחריני אשכח הקשו שפיר נהי דלענין לילה באמת סבר מתני' דלא כר"מ דלא ילפי' כלל מהיקשא לנגעים משום דגלי ושפטו בכל עת, דגמ"ד כשר ממילא לא הוקש לזה ומה דפסול ת"ד הוא מביום הנחילו כו' אבל לענין סומא י"ל דסבר ההיקש לגמרי ופסול בין ת"ד ובין גמ"ד. והיינו דסיימו תוס' אל לענין סומא מקשין כנ"ל ע"ש. וא"כ למ"ש מיושב תמיהת תוס' דאי נימא דסבר המשנה ההיקש לנגעים שוב צריך בכל עת ליום המעונן ומנ"ל באמת להכשיר לילה. וא"ל כיון דלא הוקש ליום המעונן שוב לא הוקש כלל דהא לר"מ גופי' אמרינן כן וע"כ דיום מעונן דלא אימעוט מקרא דביום כו' רק מסברא דעזה נראית כהה לא שייך לומר כן דלא הוקש דנימא בשביל זה דלא הוקש למה דכ' בקרא לפסול כנ"ל ממילא לא הי' מוכח לדידן להכשיר גמ"ד לילה וע"כ דמתני' לא ס"ל ההיקש כלל אף לסומין כנ"ל:

עוד י"ל דלא מצינו למילף מד"נ די"ל דבאמת קרא דוהוקע כו' אינו מוכח רק גמ"ד רק ממילא ידעינן ת"ד די"ל דצריך הלנת דין כל הלילה דוקא וממילא אם יהי' ת"ד בלילה א"א לגמ"ד למחר דיצטריך עוד לילה להלין וב' ימים ליבא אינשי כדאמר שאין דנין ע"ש מה"ט וזה מדאורייתא כמ"ש הרי"ף ז"ל. ואפשר דקרא דוהוקע כו' רק על המיתה כפשטי' רק ממילא גם גמ"ד אינו בלילה דהוי עינוי דין וממילא גם ת"ד, א"א בלילה דיצטריך עוד לילה להלנת דין וא"א כנ"ל. ושוב אין ללמוד ד"מ מד"נ לענין זה דהלנה ועינוי הוא כמו מה דתליא בזכות וחובה כמ"ש תוס':

עוד י"ל תמיהת תוס' הנ"ל. דלכאורה קשה דיליף ריבים מנגעים לגמ"ד וע"כ משום דגם בנגעים פסול בין הראי' מקרא דביום הראות כו' שהוא הת"ד ובין אמירת הכהן שטמא שהוא הגמ"ד ג"כ פסול בלילה דכ' ביום כו' יטמא קאי ג"כ איום. וכ"כ הר"ן בחי' מקרא דלהורות ביום כו' ע"ש. ולכאורה מה דמיון הוא בשלמא לענין ראי' ות"ד שפיר אבל הגמ"ד בממון אינו מחייבתו כלל רק גילוי מילתא שחייב מקודם דמש"ה ריש מכות בחד בשבא עמנו הייתם כו' פטורים דכבר חייב קודם שעמד בדין. משא"כ בנגעים דאף שיש שיעור נגע אינו טמא עד שאומר הכהן טמא וגמ"ד הוא המחייבם ופסול בלילה משא"כ בממון שכבר הי' המו"מ ביום שחייב אין האמירה זכאי חייב עושה כלל ולא שייך כלל ההיקש. אך הש"ס פריך שפיר דהא מתני' מיירי בדיני קנסות כדמשני לעיל

הא דא' ד"מ בדו"ח כו' ובקנס קודם גמ"ד לאו בר חיובא כלל כדאמר שם במכות כו'. ואיך תני במשנה גמ"ד בלילה כשר בקנס הא בזה שפיר היקשא דריבים לנגעים שג"כ גמ"ד המחייבתו כנ"ל. וא"כ שוב אין ללמוד כלל להכשיר גמ"ד בלילה מושפטו בכל עת דשפיר בממון דלא שייך ההיקש לנגעים ורק מביום הנחילו וכשר גמ"ד מבכל עת משא"כ בקנס נשאר ההיקש כנ"ל. וע"כ דמתני' לא סברא ההיקש כלל רק תפסול ת"ד מביום הנחילו וכיון דושפטו כו' להכשיר גמ"ד בלילה שוב אין טעם לחלק בין קנס לממון וגם קנס כשר גמ"ד. משא"כ אי הוי סבר היקשא שפיר היו מחלקין כנ"ל ולא מוכח מבכל עת להכשיר בקנס כלל כנ"ל. ומ"מ פריך שפיר אר"מ ושפטו בכל עת מאי עביד לי' כו' דלא איצטריך:

לדידי כיון דלא סבר הפסול מביום הנחילו רק מהיקשא ושוב א"א ללמוד לפסול גמ"ד רק בקנס וממילא בממון יהי' כשר גמ"ד ות"ד יהי' פסול גם בממון דלענין ת"ד אין חילוק בין ממון לקנס ופסול מהיקשא כו':

תוס' הקשו דרבא למד מקרא דכנגע נראה לי ולא לאורי כו' ע"ש. וי"ל פשוט דר"מ דבעי למיפסל גמ"ד היינו אמירת הכהן טמא זה לא מוכח מנראה לי דקאי רק על הראי' שהוא ס"ד ולכך מיותר וביום הראות כו' יטמא שא"י לטמאו רק ביום שיכול לראות דאמירתו צריך ביום ומקיש דגם גמ"ד פסול. ומיושב גם קושיא הנ"ל דמזה עצמו דייק הש"ס דר"מ לא סבר מושפטו בכל עת להכשיר גמ"ד וריבים כו' רק לת"ד דא"כ למה לא מייתי קרא דנראה לי ולא לאורי וע"כ דבעי למיפסל גם גמ"ד:

ומיושב הרמב"ם שכ' לדידן היקשא דריבים לנגעי' די"ל למסקנא דביום הנחילו לאין ע"נ דיין גם לדידן כן דנו בכל עת אתי לאורויי דג"ד כשר וריבים רק ח"ד וילפינן רק מכנגע נראה לי. וגם בנגעים גמ"ד כשר בלילה אמירתו דלא מצאנו בש"ס להיפוך. וביום הראות אתי לחתן כדאמר הגמ', ורק דלא כר"מ דמייתי ביום גם אגמ"ד כנ"ל:

בבא בתרא דף קי"ג ע"ב

ביום הנחילו כו' דנין נחלות כו' לחוקת משפט כו' אורעה כל הפרשה כולה לחיות דין כו'. ופי' רשב"ם דס"ד דהוי כחלוקת שותפים כו'. ותמוה דחלוקת שותפים אי מכחישים ויש דו"ד ביניהם ג"כ דין הוא ואי מודים ומרוצים פשיטא וכן תמה בהג"א. וי"ל דפי' הגמ' להיות דין כו' היינו שאינו כשאר מתנה דקי"ל בחצי שדה אני נותן לך משמנין ונוטל כחוש וכה"ג דהנותן נקרא מוחזק והמקבל מתנה מוציא וידו עה"ת. והיינו לפי שצריך לזכות ממנו משא"כ ב' שותפים שקנו שדה אין לזה זכות יותר מזה וקמ"ל קרא במתנת ש"מ שנותן לא' חצי שדה לא אמרינן שהיורש מוחזק כמו אביו דבמקום אבוה קאי

והמקבל מתנה חשוב מוציא כנ"ל. דז"א דקרי' קרא נחלה כירושה ונעשה המקבל מתנה יורש על החצי כמו היורש וכשותפין כנ"ל שאין לו ליורש זכות יותר מהמקבל מתנה. דיליף מביום הנחילו התורה נתנה כו' להנחיל לכל מי שירצה. ואם הי' מתנה מעכשיו לגמרי הי' גרע דהי' היורש יורש זכות אביו והי' נותן הגרוע למקבל כנ"ל ועתה שהוא מתנת ש"מ בקנין אף שהוא מעכשיו אם ימות לא אמרינן כשמת א"כ הי' מעכשיו ושוב יורש זכותו. רק כיון שהוא אם ימות הוי כירושה כנ"ל. ומה"ט אמר בגמ' דמודה שמואל במתנת ש"מ שא"י למחול א"א דאורייתא כו' וכ' תוס' משום דמאי אולמא האי יורש מהאי יורש והיינו כנ"ל דהוי כיורש גמור. וגם למאי דמסיק מש"מ דרבנן וכירושה שוי' רבנן ג"כ כנ"ל. ונראה דגם במש"מ במקצת בקנין ג"כ אין היורש יכול למחול ואף דאם הי' נותנו מעכשיו לגמרי הי' היורש יכול למחול היינו דכבר הי' לאביו זכות זה ויורשיו. משא"כ המש"מ דרק אם ימות אף שהוא למפרע וכמ"ש תוס' דבהכי מיירי. ולריב"ב אפשר דדוקא בראוי ליורשו בזה דמטעם ירושה אתי גלי קרא דיכול להנחיל כנ"ל. ואין לנו הוכחה דמתנת ש"מ במקצת בקנין יהי' כירושה דאפשר כיון דמהני מעכשיו אם ימות איגלאי מילתא א"מ שזכה המקבל מתנה מחיים ושוב הי' לאביו זכות למחול. וכן ליתן הכחוש ושוב היורש יורשו כנ"ל. ולכך ס"ד דאינו דין רק כשבאים לחייב א' אבל מה שאינו רק גילוי מילתא שכבר יש לו דבר זה והוא מוחזק בו כבר אין זה דין כלל דהא איגלאי מילתא שהוא יורש ובחזקתו כנ"ל וא"צ להוציא כלל מיורש האחר וכמ"ש הרי"ף ז"ל על ועשאוהו כשל תורה כמאן דמטי לידא דמקבל ע"ש שהקשו עליו. והפי' הפשוט כנ"ל והוי כא' מוחזק בדבר וחבירו בא לגזלו ממנו שאין מניחין אף בלילה ואין זה דין כן כנ"ל כיון שכבר זכה ובחזקתו כנ"ל. ואם היורש אינו מניחו הוי כרוצה לגזול מרשותו כנ"ל. ומדברי הרשב"ם שכ' אהא דעושין דין כו' שפלוני יטול חלק זה כו' שדמיהן בשוה כו'. משמע דאם בירר הש"מ החלקים באמת אף בלילה הי' רשאין כל א' בשלו דלא חשיב דין. רק כשלא בירר רק שזה יטול מחצה וכה"ג והן מחלקין זה חשיב דין. וגם ע"ז הוי ס"ד שאינו א ואפשר דאי יש ברירה ואחין שחלקו הוברר דזה חלקו ואינן כלקוחות. א"כ ע"י שחולקין איגלאי מילתא שזה הי' חלקו מקודם שחלקו כבר. וקמ"ל דדוקא כשיש להן דין ב"ד והחלוקה ע"פ ב"ד אז הוברר למפרע שזה חלקו או שחולקין מדעת. אבל כשאין להן דין ב"ד אינו חלוקה ולא הוברר כנ"ל. ושייך ג"כ בי' אין עד נעשה דיין. אך קי"ל אין ברירה. אך י"ל דס"ד כמו חלוקת שותפות כשידוע שהן שותפין כמו כן כיון שיודעין שהן שותפין ע"י הצוואה אף שראו בלילה. מ"מ מה ששמין אח"כ החלקים לא מיקרי דין על מה שראו שהן שותפין דזה דין אחר לשום ולחלוק

ביניהם וכיון דהחלוקה ביום שפיר ס"ד דרשאין ולא שייך בי' אין עד נעשה ד' דאין הדין לחייב היורשים ע"פ עדותם. רק ע"י ראייתם יודעין שהוא בחזקת שניהם. ושוב החלוקה דין אחר כשאר חלוקת שותפים כשידוע שהן שותפים ושפיר מיקרי שכל הזמן ביום. וקמ"ל דגם זה מיקרי דין כיון דא"א לחלוק רק כשיתברר מקודם שהן שותפים וזה ע"פ שראו הצוואה וגלי קרא דמה שחשוב דין פסוק וא"צ להעמדה בדין רק כשהוא ביום ובפני ג' אבל בלילה הוא רק עדות. ושוב אין דנין לחלוק ג"כ אפי' ביום ושייך בי' אין עד נעשה ד' כנ"ל:

תוס' פירשו להיות דין כו' שע"כ של בנים נעשים דיינים וא"י לומר לב"ד הגדול קאזילנא או לב"ד חשוב שבעירו כו' ע"ש. וטעמא בעי. ונראה דיליף דהצוואה עצמה הוי כגמר דין שאינו מחוסר שום דבר וזה זוכה כשאמרו הב"ד איש פלוני אתה חייב. וכן מ"ה דכ' על הנחילו כו' לחוקת משפט אורעה כו' להיות דין שהוא דין פסוק ע"י הצואה כנגמר הדין. ובודאי דכשכבר נגמר הדין א"י הבע"ד לומר שרוצה לחזור ולדון לפני ב"ד אחר רק דהיכא ששנים ראו שנגמר הדין בב"ד מ"מ אין יכולין אותן הב' למיחות לנכסיו של החייב. דא"כ להאמין להם מנ"ל שאמת כדבריהם ויכול לומר שרוצה לדון בפני ב"ד וצריכין הב' להעיד שראו שנגמר הדין. וממילא אפשר דהן עצמם אינם יכולין לדון דשוב שייך בי' אין עד נעשה ד' כיון דצריכין לדון ע"פ עדותן שראו שנגמר הדין אבל שלשה שהן ב"ד שראו שנגמר הדין לחייבו ודאי דיכולין למיחת לנכסי וליתן לו וא"י לומר שרוצה לחזור ולדון דהא הן ב"ד ויודעין שכבר נגמר הדין לחייבו וא"ל לדון עוד:

ומיושב מה שתירץ ר"י דס"ד כיון שמשונה משאר דינין אף בע"כ ה"א דדנין אפילו בלילה קמ"ל ע"ש. ותמוה מה ענין זה לזה. ולמ"ש א"ש כיון דהטעם דא"י לומר לב"ד אחר היינו משום דהא כבר נגמר הדין. ולכך בשלמא ב' שפיר אין עושין דין דמאי בכך שראו שנגמר הדין מ"מ הן רק עדים ע"ז ואין נעשין דייני' דצריכין להעיד ע"ז כנ"ל. אבל ג' שראו אף בלילה שפיר ס"ד דמהני דהא אף דאין דנין בלילה היינו דיינים אבל צוואת הש"מ שהוא דין ודאי דלא שייך פסול לילה ע"ז דיליף רק ריבים לנגעים אל השופט וכהן כו' אבל לא מה שחשיב דברי הש"מ עצמו כדין וכיון דכשר א"כ שוב ראו ג' דהן ב"ד שכבר נגמר הדין וא"צ ב"ד עוד ושפיר יכולין אח"כ ביום להשליט כל א' בשלו כנ"ל. וקמ"ל דמ"מ כיון שהן אינם ב"ד בלילה הוי רק כראיית עדים שנגמר הדין ואין חילוק בעדים בין ג' לב' ועדיין צריכין להעיד ע"ז שנגמר הדין ושייך בי' אין עד נעשה ד'. או דלא אמרה תורה כלל שהוא דין פסוק רק כשהוא בשעה שראוי לדון ולא בלילה והיינו דיליף מביום הנחילו ביום אתה מפיל כו' דין נחלות כו' מחוקת משפט כו' שיהי' דין

פסוק כמו נגמר הדין זה דוקא ביום בשעה שראוי לדון בב"ד לא בלילה כו' ומייתי עלה דר"י שפיר. ואיצטריך קרא גם לר"מ. דזה לא הוי ילפינן כלל מהיקשא דריבים כו' שוב ראיתי לשון רש"י ז"ל בסנהדרין ממש כמ"ש דהוי פסוק שא"צ עוד דיינים ע"ש כמ"ש דהוי כנגמר הדין כנ"ל:

עוד נראה לע"ד עיקר דהא כשכבר טענו בפני ב"ד א"י לומר אחר הטענות לב"ד אחר אזילנא כדאמר בש"ס פרק ז"ב ופוסקין הדין בע"כ. וכן כשהודה בפניהם באודיתא היכא דקבעו דוכתי כו' ודאי דיכולין לגמור הדין אחר שהודה וא"י לומר לב"ד גדול אזילנא כו'. רק קודם יכול לומר כנ"ל. וא"כ בצוואת ש"מ כשהן ג' והן ב"ד ומודה בפניהם ואמרה תורה חוקת משפט כו' להיות דין כו' שנעשים השומעין דיינים א"כ הוי ממילא כהתחיל לטעון וכבר טען והודה בפניהם שמגיע לזה המקבל כנ"ל וודאי דיכולין לגמור הדין בע"כ. רק דס"ד דהיורשים מ"מ יכולין לומר לב"ד אחר אזילנא דנגד היורשים לא הי' כלל שום התחלה לענין דין שלהם דלא טענו כלל ויהיו רשאין לדון בב"ד אחר. דבשלמא אם הי' אביהם מודה מעכשיו ודאי דהי' יכולין לגמור הדין בע"כ ושוב אף שמת אין היורשים יכולין לומר לב"ד אחר אזילנא ע"ז הדין עצמו דהא כבר דנו זה הדין בחיי האב. אבל כיון דזה המתנה הוא רק על אחר מיתה ואינו נוגע לו כלל רק להם א"כ מה שהודה הוא לא הוי נגדם דין כלל ונגדו לא הי' דין דאין שום חיוב עליו ולא חשוב טענתו כלל לענין זה התחלת דין כנ"ל. וקמ"ל קרא דביום הנחילו כו' דכיון שהוא מתנת ש"מ מצד שהתורה נתנה לו רשות להנחיל למי שירצה א"כ חשוב זה הזכות על אחר מיתה ג"כ זכות שלו שיכול להוריש על א"מ מי שרוצה ושוב הוי הודאתו וצואה שלו בפני ב"ד התחלה לטעון שיכולין הם לגמור הדין ואין היורשים יכולין לומר לב"ד אחר כו'. דהוא הי' בע"ד אף לענין הזכות שעל א"מ. וכ' תוס' שפיר דלריב"ב כן בראוי ליורשו כו' דאף שהוא על א"מ ואז אין שלו הנכסים מ"מ הוא זכות שלו שיכול להוריש על א"מ הוא בשביל שלענין זה הנכסים שלו ונתנה תורה לו רשות כנ"ל ושפיר הוי בע"ד. וכן לרבנן במתנה במקצת בקנין כיון שהוא מעכשיו ולא"מ אף שבחיים אינו נוגע לו מ"מ מה שמועיל הוא משום מעכשיו על א"מ הוי הוא הבע"ד וכיון שהודה וציוה בפניהם (נעשו כבר דיינים על ראי' זה אין היורשין יכולין לומר לב"ד אחר אזילנא כמו בכבר טענו כנ"ל. וזה דוקא בפני ג' וביום אבל בלילה אינו כלל התחלה מדין ושפיר אין יכולין אח"כ לדון בע"כ כלל ויכולין לומר לב"ד אחר כו' דלא הי' כלל התחלת דין. וי"ל ג"כ פי' תוס' כיון דמשונה שדנין אף בע"כ יהי' כשר בלילה ג"כ כו'. די"ל כמבואר בש"ע דכשיבאו הבע"ד בעצמם לדון בלילה הוי קיבלו עליהם דמהני. וא"כ כאן כמו דיכולין לדון בע"כ דיורשים

משום דאביהן הי' חשיב הבע"ד וציוה והודה בפניהם והתורה אמרה שהן דיינים א"כ גם בלילה ס"ד דהוי קבלו עליו הש"מ לב"ד. דבסתם הן ב"ד ומהני אף בלילה. וקמ"ל דבלילה אינם כלל ב"ד בסתם רק תורת עדים עליהם ושוב אין כאן קבלה כלל רק כהודה בפני עדים. דבסתם הוא שמקבל כמו שאמרה תורה כמ"ש תוס' ריש סנהדרין גבי פשרה כו' כמו שרגילין כו'. בפרט לרשב"ם דדיעבד מהני בלילה וגמ"ד כשר בלילה הוי ס"ד דזה הוי דיעבד דכבר ציוה בפניהם והי' תחלת דין ושוב יכולין לגמור גם בלילה וקמ"ל דלא מיקרי דיעבד דנעשו רק עדים וכשהוא בלילה לא הי' כאן תחלת דין כלל רק ראיית עדים כנ"ל. ובזה מיושב מה דקשה למה נקיט רצו כותבין ש הוי לי' למימר רצו מעידין בפני ב"ד אחר רצו עושין דין ומה לו להזכיר הכתיבה לכאן. ושרשות לכתוב צוואת ש"מ אינו ענין לכאן. ולמ"ש א"ש דקי"ל שטר שאינו מדעת המתחייב הוי מפי כתבם דלא מהני. וא"כ אף דהש"מ רוצה מ"מ כיון שנוגע רק נגד היורשים דאינו מתחייב (מחייב) כלום רק הם ומה מהני ריצוי שלו נגדם אינו מדעת המתחייב רק מטעם הנ"ל עצמו דעושין דין בע"כ דיורשים משום שהזכות שלו גם על א"מ ואמרה תורה דדנין בע"כ לפי שהוא נתרצה מטעם זה עצמו רצו כותבין אף שהוא שלא מדעת היורשים דהוא מדעת הש"מ שנקר' הבע"ד כנ"ל ושפיר אמר הכא רצו כותבין רצו עושין דין כנ"ל:

לסימן יב

סנהדרין דף ח' ע"כ

גמ' יפה כח, פשרה מכח הדין שב' שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן וב' שעשו פשרה אין בעלי דינין יכולין לחזור בהן. ותמוה כמ"ש תוספ' הא מדעת גם ב' שדנו מהני דומיא דפשרה. ותירוצם אינו מובן כמו שרגילין לעשות בדין שייך כמו שרגילין לדון היינו בע"כ שצריך ג' א"כ לא נתרצו רק על ג'. אבל בפשרה שלעולם רק מדעת בע"ד מה שייך כמו שרגילין כמו שמרוצים כן הוא. וצ"ל דלא קיבלו עליהם כלל יותר מכפי הדין. רק נתרצו שאם כפי ד"ת יכולין לדון ידונו ובזה צריך ג'. ובפשרה באופן זה סגי בב'. ודוחק. עוד קשה למה נקיט יכולין לחזור הול"ל אינו דין כיון דלא חשוב קבלו עלי'. ולע"ד נראה דהנה ענין הפשרה אינו כפי שירצה דהא בירושלמי אמר דפשרה צריך הכרע דעת וע"כ שהוא נוטה למי שנוטה היושר יותר כך מפשרין. ולכך לחד מ"ד אסור לבצוע. ואף שהוא מדעת מ"מ כיון שאין הבע"ד רוצים ליתן מתנה או למחול רק בתור פשרה כנ"ל. ואיך יהי' להמפשרים דעת נוטה נגד הד"ת הא כמו שהוא הד"ת כך הוא. ולדידן דמותר ומצוה ילפינן לה מקראי דמשפט שלום שפטו כו' דאמרה תורה דיש משפט כזה שהוא משפט שלום לב' הצדדים. ודין אין שלום כמו שאמר בגמ' וע"כ זו פשרה. והתירה תורה לשפוט

משפט כזה כפי נטיות הדעת שלא ע"פ דין. שיזכה כל א' קצת מטענתו כפי הכרע הדעת למי נוטה יותר וזה משפט שלום. אמנם חילקה תורה שדין דנין בע"כ של בע"ד אבל משפט זה של פשרה אין יכולין לדון בע"כ רק ברצון הבע"ד. אבל כשהוא ברצון שוב נקרא גם כן משפט כנ"ל. וא"כ י"ל שפיר דסבר רשב"ג דבקיבל עליו ב' במקום ג' בדין או נאמן עלי אבא כו' באתן לך אף לאחר גמ"ד יכולין לחזור בהן כדאמר חד מ"ד לקמן. ובפשרה סבר שפיר דכשנתרצו ועשו פשרה א"י לחזור בהן דבדין דהצריכה תורה ג' רק דקיבלו עליהם ב' אף שפסולין שפיר שייך שיכולין לחזור מקבלה זו אף אחר גמ"ד בלי קנין. אבל בפשרה שמשפט זה די באחד או ב' רק שלא מרצון בע"ד א"י לדון משפט זה. אבל ברצון שפיר הוי משפט ושוב דנו כדין ב"ד גמור כמו שאמרה תורה וא"י לחזור בהן כמו בדין כשדנו ג' דאין בפשרה בתורת קבלה. רק שכשהוא ברצון שוב הוי משפט ומשפט זה כשר א' לדון. ושפיר א"י לחזור אחר גמ"ד שעשו פשר". משא"כ בדין דאף שקיבלו עליהם הוי רק קבלה דאף שע"פ הדין אין יכולין לדון קיבלו עליהם ולכך יכולין לחזור מהקבלה כנ"ל. ומיושב שפיר דברי רשב"ג כפשטי' יפה כח פשרה מכח הדין ב' שדנו יכולין לחזור אף שקבלו עליהם. וב' שעשו פשרה א"י לחזור כיון דדין פשרה בב' והקדים מקודם הדין בג' ופשרה בב' ואח"כ אמר יפה כח כנ"ל:

ומיושב מה דנקיט יכולין לחזור דהא קבלו עליהן רק שיכולין לחזור בהן כנ"ל. גם מיושב מאי דפליגי ר"מ סבר פשרה בג' דמקיש לדין וחכמים א' פשרה ביחיד. ולפי' תוס' מה שייך היקש בזה אטו מיירי קרא ג"כ באומר דונו כמו שרגילין. והא בריצוי גם בדין סגי כמו שמרוצים. ולמ"ש מיושב דר"מ סבר דפשרה שצריך הכרע דעת גם משפט זה צריך ג' דמקשין לדין וממילא אף דאי נתרצו על ב' מהני מטעם הרצוי שוב זה רק מצד קיבלו עליהן ושוב יכולין לחזור בהן כמו בדין קיבלו ב' במקום ג'. גם בפשרה הוי רק קבלה ב' במקום ג'. וחכמים סברי פשרה ביחיד דמשפט זה שהוא ברצון בע"ד סגי בחד ע"פ דין ושוב אינו מצד הקבלה וא"י לחזור בהן כשעשו פשרה כרשב"ג כנ"ל. אך למאי דמסקינן פשרה צריכה קנין א"כ גם ברשב"ג ע"כ הפי' בקנין והוי בתורת מתנה קשה במה יפה הא גם ב' שדנו בקנין לכ"ע א"י לחזור בהן כדאמר לקמן אין אחר קנין כלום. ואפשר לומר דלכאורה מה שייך קנין הא אינו מתחייב לקיים פסקם אם טעו בדין דהא קבלו למידן ד"ת. רק אין דינם דין וא"צ לקיים פסקם אף שלא נודע אם טעו או לא והקנין רק ע"ז לקיים כל זמן שלא נודע שטעו וזה הוי קנין דברים כמו לחלוק פ"ק דב"ב. דהא אינו מתחייב שום דבר ע"י הקנין דאם אינו מתחייב עדיין אינו מתחייב אם פסקו שלא כדין ואם כדין בל"ז חייב רק שא"צ לסמוך עליהם וע"י הקנין יהי' מחויב לקיים. והא עדיין

שמא טעו ואינו חייב. ושוב הקנין רק קנין דברים. וצ"ל דמתחייב על תנאי אם לא יתברר שטעו מתחייב באמת שיהי' חייב כשיפסקו אף אם טעו. וזה דוחק. וי"ל דזה הוי רק בתורת תנאי כמתנה על מ"ש בתורה בדבר שבממון דקיים ע"מ שאין דין אונאה דאף שאמרה תורה דין אונאה הוא לזכות אבל כשמתנה שאינו רוצה מהני וכן ש"ח כשואל. פלוני יירש במקום שיש בן וכה"ג. וכן בזה שאמרה תורה דדיינים כשרים מהני דינם ומחויבים לקיים פסקם כל שלא נודע שטעו. ופסולין או שנים א"י לדון ואינו מחויב לקיים אבל כשמתנים שיהי' דין הב' כג' מאחר שרוצים מהני תנאי זה דבדבר שבממון תנאו קיים. והוא ג"כ כעין מחילה דברי בש"ס ידע ומחיל כו' כן בזה מהני קבלתו ומ"מ צריך קנין קבלה זו כמ"ש תוספ' בפשרה בשביל שדומה לאסמכתא. וא"כ י"ל רשב"ג לטעמי' ריש הכותב דמתנה עמש"ב תנאו בטל בדבר שבממון. י"ל דלא מהני קנין בדין קיבל ב' כג' דמצד תנאו לא מהני ובתורת קנין הוי קנין דברים. אבל בפשרה שפיר מהני הקנין דבזה הוא חיוב ממש במה שאינו חייב כנ"ל. ושפיר אמר יפה כח פשרה כו' דא"י לחזור משא"כ דין. ועיקר נראה לע"ד לפרש בעזה"י. דהא חזינן בב' שדנו כדין ובאמת חייב שיש עדים וכה"ג מ"מ אמרה תורה שאין דיניהם דין ואם נחתו לנכסי' הוי גזל כדאמר בסנהדרין פ"ח בזקן ממרא ע"ש. דדוקא ב"ד יש להם רשות לגבות בע"כ ולדון על החיוב לפסוק שחייב כנ"ל. וא"כ בפשרה בקנין נהי דמהני הקנין שכמו שיאמרו שחייב הוא מחייב עצמו מ"מ מה בכך החיוב הוא כדין מ"מ אין להם תורת ב"ד לפסוק החיוב ולמיחות לנכסי' דלענין זה הי' ראוי להצטרך ב"ד של ג' שיפסקו על החיוב שנתחייב בקנין על הפשרה. כמו היכא שחייב ע"פ דין ואעפ"כ צריך ב"ד של ג' לפסוק החיוב כנ"ל. ובשלמא בדין כשקיבל ב' לדון בקנין שפיר יש להן דין ב"ד לפסוק ולגבות דהא כל הקנין הוא רק על זה שיוכלו להיות ב"ד. דגוף החיוב בלא הקנין הוא דהא דין תורה דנין. ושפיר הקנין שיהי' להתחייב כמו שיאמרו וא"כ נהי דע"י הקנין חייב הוי החיוב כדין. מ"מ לענין לפסוק על החיוב בתורת ב"ד ולגבות זה אינו נכלל בהקנין כלל אם לא פירש בהדיא. ועדיין יצטרך ג' לענין לפסוק אף שהחיוב כדין בקנין כמו שאר חיובים. שזה דבר אחר שיהי' להם תורת ב"ד רק דמ"מ סברי רבנן דמהני דפשרה ביחיד היינו דמה דאמרה תורה דצריך ג' לב"ד היינו במשפט של דין כג' אלקים אבל המשפט של פשרה די ביחיד ויש לו דין ב"ד על זה המשפט לחייב ולגבות וכיון שהי' בקנין ומועיל הפשרה שפיר ממילא דנין אף שאין זה בכלל הקנין כנ"ל. ובזה שפיר פליגי ר"מ ורבנן דר"מ סבר פשרה גם כן בג' דמקשינן לדין ושוב אף שהי' בקנין מ"מ לענין לדון בעי ג' דגם משפט זה צריך ב"ד ורבנן סברי בחד כנ"ל. ושפיר מיושב דאמר רשב"ג יפה כח

פשרה מכח הדין דפשרה היינו המשפט של פשרה שפיר בב' משא"כ משפט של דין בעי ג' בלי קנין. והפשרה אף שאינו בכלל הקנין שיהי' ב"ד מ"מ סגי בב' כנ"ל. ומיושב לשון ר' אשי דאמר ש"מ פ' א"צ קנין דאי ס"ד צריכה למ"ד בג' ל"ל תסגי בתרי וליקני מני' ע"ש. מה לו לומר תסגי כו' וליקני מני' הא ע"כ הוא בקנין והול"ל מה לי תלתא מה לי תרי. ולמ"ש מיושב דהא לא קשה למ"ש דשפיר אף בקנין פליגי רק דדייק תסגי בתרי וליקני מני' גם על זה שיהי' להן דין ב"ד כנ"ל. ויש לישב גם כן רשב"ג דא"י לחזור בהן. וגם עוד קשה מאחר דרשב"ג מיירי בקנין קודם הפשרה א"כ למה אמר ב' שעשו פשרה א"י לחזור הול"ל רבותא דאפי' קודם שעשו א"י לחזור מאחר שקנו דקי"ל לפני גמ"ד וקנו מידו א"י לחזור. אמנם למ"ש י"ל אף דלא נימא הסברא כנ"ל דמשפט זה של פשרה די בחד רק שהוא כשאר חיוב. וא"כ קשה כנ"ל דאף שיועיל הקנין להחיוב מ"מ על הפסק לבעי ג'. וי"ל דהא בדין קי"ל בקיבל ב' כג' דלאחר גמ"ד א"י לחזור אף בלא קנין. ורק בפשרה צריך קנין וכתב ר"ן הטעם דשם הי' הקבלה לדון כדין משא"כ בפשרה דהוי חיוב מה שאינו חייב ולכך צריך קנין כנ"ל. וא"כ ממילא לא קשה דבפשרה בקנין דשוב לגוף החיוב מועיל הקנין וא"כ שוב כשפוסקין שחייב פוסקין ממילא כדין דהא חייב כמו שיאמרו ושוב לענין הפסק שיהי' ב"ד אף שאינו נכלל בהקנין שוב מהני הקבלה גרידא דהוי אחר גמר דין שא"י לחזור בהן כמו בדין דגם בזה החיוב כדין ע"י הקנין ושוב מהני בתורת הקבלה לב"ד דעכ"פ קבלה הוי גם לענין זה שיפסקו ויגבו דהא אפי' כשבאין מעצמם לדון בפני ב"ד הוי קבלה. רק דהוא בלא קנין והא א"צ לזה קנין וגם משום הקבלה א"י לחזור לאחר גמ"ד וממילא נקיט דוקא ב' שעשו פשרה א"י לחזור אבל קודם שעשו פשרה נהי דא"י לחזור בהן מהחיוב כיון שהוא קנין אבל יכולין לחזור שלא ידונו על החיוב בתורת ב"ד דלענין זה הוי רק קבלה גרידא וקודם גמ"ד יכולין לחזור בהן ולכך נקיט ב' שעשו פשרה כנ"ל וא"ש:

הרי"ף הביא דרשב"ג ומפרש בקנין. נראה דמייתי דרשב"ג להוכיח דהקנין קודם פשרה. דלפי' שכ' תוס' דהקנין אחר פשרה איך אמר רשב"ג ב' שעשו פשרה א"י לחזור הא קודם הקנין יכול לחזור. וע"כ קודם הפשרה הי' הקנין וגם כה"ג מועיל. וי"ל דאחר הפשרה אין המוחל צריך קנין דכבר יודע:

אר"א ש"ס פ' אצ"ק דאי צ"ק למ"ד בג' כו' והלכת' פשר' צריכה קנין תמוה דהו"ל לשנויי קושיא דר"א א"כ ל"ל ג'. וי"ל דלדידן שפיר יש לחלק דהא הוי אסמכתא ובאסמכתא גמורה אף קנין לא מהני רק בב"ד חשוב. רק די"ל כמ"ש תוס' בכמה דוכתי דבדבר שראוי כן אינו אסמכתא בקנס משום הביוש. ואם אוביר ולא אעביד אף שאינו חיוב ע"פ דיין

מ"מ ראוי החיוב ע"ש. וממילא גם פשרה שהוא ע"פ הכרע דעת. א"כ הוי חיוב שראוי להיות עכ"פ ולא הוי אסמכתא. וא"כ שפיר יש חילוק בין ג' לב' דב' לא בקיאי בפשרה כמ"ש תוס' שוב אין יודעין כלל אם ראוי כן ושוב הוי אסמכתא ולא מהני הקנין רק בג' דראוי כנ"ל. רק ר' אשי דייק שפיר לר"מ דסבר פשרה בג' והא ר"מ סבר אסמכתא קנין גבי מ"ש מקצת חובו כו' ולדידי' הקשה שפיר אי פ' צריכה קנין למה לי ג' תסגי בתרי ולקני מני'. ומדוקדק דאמר ר"א למ"ד בתלתא כו' והיינו ר"מ לטעמי'. אבל לדידן לרבנן מסיק שפיר והלכתא צ"ק. ואעפ"כ הוצרכו רבנן לומר דפשרה ביחיד דאי הוי פשרה בג' וב' לא בקיאי לא הי' מהני גם קנין לדידהו דהי' אסמכתא. ורק משום דסברי פשרה בחד דג"כ בקי בפשרה ושוב ג"כ ראוי להיות ומהני קנין כנ"ל:

עוד י"ל דלא הוי אסמכתא משום דקנין הוא מעכשיו דאל"ה הדר סודר למרי' ומעכשיו לא הוי אסמכתא. אך א"כ שוב למ"ד אין ברירה בועליך ע"מ שירצה אבא משום דצריך שיחול למפרע ואין ברירה א"כ גם בפשרה דמתחייב בקנין אחד כמו שירצו הפשרנים. וצריך לחול החיוב למפרע מעכשיו ולא יועיל אם אין ברירה. אך י"ל דהא היכא דכבר בא חכם למזרח כו' אינו תלוי בברירה ע"ש בעירובין דהא כבר הי' כן רק שלא נודע. וא"כ בפשרה דהוא משפט בהכרע דעת. א"כ כשפוסקין הוא רק גילוי שכן הוא הדעת נוטה והי' זה גם אז בשעת הקנין רק שלא נודע והוי ככבר בא חכם כנ"ל. דבשלמא אם הי' החיוב כמו שירצו הי' שייך כנ"ל דלא הוברר למפרע שירצו. משא"כ בהכרע דעת שפיר מהני אף אי אין ברירה. וא"כ שפיר הי' חילוק בב' דלא בקיאי בפשרה רק דמ"מ נתרצה כמו שיאמרו שוב תליא בברירה והי' צריך ג' שייך כנ"ל. רק ר"מ הא סבר יש ברירה גבי ב' לוגין שאני עתיד להפריש כו'. דייק ר"א שפיר אי בקנין ליסגי בב' אבל לרבנן י"ל שפיר כנ"ל. רק משום דסבר פשרה ביחיד דג"כ בקי ושוב גם בזה מהני אף דאין ברירה כנ"ל:

לסימן יג

סנהדרין דף כ"ג ע"א

משנה דיני ממונות בשלשה זה בורר לו אחד כו'. למה הקדים ד"מ בג'. תוס' כ' הא דג' דנין בע"כ רק כשאינו רוצה כלל אבל כשרוצה בפני אחרים א"י לכוף. ואפשר דזה בהדיוטות דכשאין ח"כ אין דנין א"כ לענין זה לכופו כשרוצה באחרים אין ח"כ ואין להן דין ב"ד כלל. בפרט למ"ש תוס' דכפי' ועישוי אימעוטי הדיוטות מלפניהם כו'. א"כ מאחר שהאחרים הם ברצוי שוב אין הם יכולין לדון בכפי' דאין ח"כ משא"כ אותן שברצוי כשרים. ואף דאינם אלקים מ"מ הא בכפיה ועישוי נוסף פסול מלפניהם כו'

ופסול זה לא יהי' אצל אותן שרוצה. ושוב א"י הן לכוף מצד פסול דלפניהם כו' דלענין זה אין ח"כ ולא ע"ש. וי"ל דג' מומחין שפיר יכולין לכוף גם לדון לפניהם ולכך הקדים ד"מ בג' לשון המשנה ריש פ"ק ד"מ בג' דמפרש הש"ס שם ג' הדיוטות כו'. ומיושב בזה ד' הרא"ש כשהתחילו לטעון א"י לחזור לומר בפני אחרים ואין טעם לזה. ולמ"ש י"ל. דהא משפט תחלת דין הוא דמה"ט מכשירין לילה לגמ"ד וכפי' רשב"ם ב"ב פ' י"נ לבוקר משפט כו'. ור"ה פ' ראוהו ב"ד ע"ש. וממילא קרא דמשפטים אשר תשים לפניהם דאמעיטו הדיוטות היינו את"ד דוקא דקרי משפטים כנ"ל וא"כ כיון שטענו יהי' הת"ד בלא כפי' ברצוי שוב יכולין לגמור בע"כ וליכא פסול דלפניהם כו'. ולכך שוב לא מצי בע"ד לומר לפני אחרים בעינא. דיכולין לגמור בע"כ כמו מומחין. דמצד פסול דאינן אלקים זה יהי' גם בפני הדיוטות אחרים רק פסול דלפניהם שהאחרים יהי' ברצוי והא גם הם ת"ד ברצוי ועל גמ"ד אין פסול כנ"ל. עוד י"ל טעם משום זילותא דב"ד כשכבר טענו כמ"ש בחוששין ללעז ע"ש:

גמ'. כשזה בורר כו' יצא דין לאמיתו. מהרש"א מוחק כשזה כו' דהא זה הי' קושית הש"ס והא זה בורר קתני לפרש"י. ולק"מ דלס"ד שפיר פריך אטו לא סגי בלא"ה. אבל כדמשני שעי"ז יצא דין לאמיתו א"כ הוי בכלל צדק תרדוף הלך אחר ב"ד יפה כו'. ולכתחלה בזבל"א דעדיף מג' סתם כיון שעי"ז יצא לאמתו ומשני שפיר כשזה בורר כו' מ"ט שיצא דין לאמתו ושוב שפיר תני זה בורר כו' שהדין כן שזה ב"ד יפה מסתם ג':

רש"י. דציית כו' והדייני' עצמם נוח להם כו' עי' ברא"ש וקשה לשון רש"י. ונראה דב' טעמים פירש שכשכל א' מהפך בזכות בע"ד א' נוח יותר שמברר כל זכות שיש לו וכן הב' רק שיודה על האמת כמ"ש הרא"ש. אבל נח יותר כשעוסק בדבר א' משעוסק בב' הזכותים לזה ולזה. רק דא"כ הי' די כשהג' בעצמם יסכימו ביניהם שא' יהפך בזכות זה והב' בזכות האחר. ע"ז כ' רש"י דשוב טוב כשהבע"ד יודע דצייתי כנ"ל:

כל כמיני' דפסול דייני כו'. לכאורה כשבע"ד אומר אדיין שפסול א"כ מה שידונו לזכות שלו לא יועיל דהודאת בע"ד כעדים לחובתו שאין דינם דין שפסול א' וב' אין דינם דין. דלא חשוב קיבל עליו הבע"ד שכנגדו דהוא א"י אם פסול רק דלא מאמין לבע"ד שפסול. אבל כשדן לחובתו יוכל לבטל מחמת הודאת שכנגדו כנ"ל. וא"כ ממילא איך ידונו. ואף לחוב אינו דין כמו אוהב ושונא דב"ד שא"י לדון ב' הצדדים זכות וחובה אינם ב"ד ולהפ' דגם אם פסול כל שלא העידו עליו בב"ד לא מיפסל א"ש כיון דאין עדותו מועיל גם לדידי' כשר. אך הר"ן פ"ב דכתובות דחה זה גבי ג' וקרא ערעור ע"ש. וכמ"ש רש"י אהא דיודע בחבירו שהוא רשע כו' ע"ש. ואפשר דזה יהי' אמתלא שיוכל לחזור בו שאמר כדי

שלא ידונו. וכמ"ש בש"ע ע"ז בשטר אמנה בחב לאחרים דיכול לחזור שכיוון רק לדחות בע"ח ע"ש:

לממון רחמנא הימני' כבי תרי כו'. למה אמר כבי תרי אינו מובן. ונראה דלכאורה למאי דתני עדו א"כ מה מתמה הא כשאומר עליו שפסול נהי דלא מהימן לפסלו מ"מ בתורת כפירה יהי' נאמן דהא מכחיש שאין עדותו עדות והתורה לא חייבה רק שבועה נגד ע"א כשכשר א"כ הוי זה כפירת שבועה שמכחישו שאינו חייב שבועה נגדו שהוא פסול. אך כדאמר פ"ב דכתובו' פסולי עדות הי' חשוב תרי ותרי. ונדחקו הרבה ע"ש. וכ' בעזה"י הטעם פשוט מאחר שהאמינה תורה עדים ואף שאפשר שפסולין הן. ע"כ שגם זה מכלל גזה"כ כמו שאפשר שמשקרין ומ"מ האמינה תורה לב' עדים ושלא נחוש שמא משקרים כמ"ש רמב"ם ה"ע. כן אף שאפשר שהן פסולין גזה"כ שלא לחוש כל שלא נתברר. וממילא כשמעידין עליהם שפסולי עדות היו כשאין פוסלין אותן רק לענין לבטל העדות שהעידו הוי לענין זה. תרי ותרי כמו אם מכחישין אותו. כיון שגם זה בכלל נאמנות העדים שלא נחזיקם בפסולין לענין בטול העדות שמעידים ולכך המעידין לבטל העדות לבד הוי תרי ותרי. משא"כ כשמעידים לפוסלם לגמרי שהם בע"ד ואלו עדים כנ"ל וא"כ גם עדות ע"א לענין חיוב שבועה ג"כ לא מהני מה שהבע"ד אומר שפסול מאחר שא"נ בתורת עדות רק לענין בטול עדות מחיוב שבועה והא לענין זה הוא כב' שכשר לחייב שבועה מאחר שהאמינתו תורה לחייב שבועה ואף שיכול להיות שפסול ואינו מחייב שבועה וזה רק כפירת שבועה. וע"כ שגם זה מכלל הגזה"כ שלא לחוש שמא פסול הוא. ושלענין לחייב שבועה שהוא כשר הוא כב'. ממילא לא מהני מה שבע"ד אומר שפסול שיהי' כפירת שבועה דלענין זה הוי כב' ושפיר הוצרך הגמרא לומר רחמנא הימני' כבי תרי כנ"ל. ונראה דגם ע"א שמעיד על ע"א שפסול הוא אינו פוטר משבועה כמו עד המסייע. מאחר דלענין לפסלו אין ע"א נאמן שוב אינו רק לענין בטול העדות לחיוב שבועה ולענין זה הע"א כב' שכשר לחייב שבועה. והוי כהא דכל מ' שהאמינה תורה ע"א הוא כב' ואין ד' של א' במקום ב' דבעד מסייע הטעם דגם להפוטר האמינה תורה כב' דג"כ לשבועה קם בין לחיוב בין לפטור. משא"כ המעיד שפסול העד כנ"ל. ובזה שפיר פשוט דקאמר כבי תרי. דהא מוקי לקמן בבא הוא ואחר לפסלו ופריך נוגע הוא ע"ש. וא"כ עכשיו לר"ל דתני עדו שפיר י"ל בבא הוא ואחר לפסלו ואינו נוגע דבל"ז פטור משבועה מחמת עד האחר שמעיד שזה פסול דהוי עד מסייע ושוב גם הוא כשר ומצטרף לפסלו. ואין זה כנכי ריבעא ע"פ חד וסברת הח"מ וב"ש ס' ל"ה דעד הצריך עד המסייע הוי כעד הצריך שבועה אינו מוכרח שיקשה אר"ל. ולכך פריך דלשבועה ר'

הימני' כתרי. ואף שע"א מעיד לפסלו אין דבריו של א' במקום ב' דלענין לפסול אינו כב' ולא דמי לעד המסייע וממילא עדיין הוא נוגע אף שיש עוד אחר עמו וא"ש:

עוד י"ל דהא לכאורה שפיר איכא לאוקמי בבא הוא ואחר לפסלו ואינו נוגע כלל מה שלא יצטרך לישבע דהא אף אי חשוד אממון לא חשוד אשבועה היינו דשבועה ליתא בחזרה משא"כ ממון כמ"ש ריש ב"מ. אבל עדות שקר דג"כ ליתא בחזרה. א"כ מה נוגע הוא שמעיד שקר לפסול העד כדי שלא יצטרך לישבע לשקר נגדו מה חילוק בין איסור זה לזה דגם זה ליתא בחזרה וא"כ למ"ש תוס' ריש ב"מ דגזלן פסול לשבועה מדרבנן והיינו דמה"ת חשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר רק דאמרינן מיגו דחשוד ממ"נ ע"ש. אבל נוגע י"ל דהוי דחשוד לעדות ולא לשבועה. וא"כ זה שפיר לרבנן אבל ר"מ לטעמי' דחשוד לדבר א' הוי חשוד לכל התורה כולה סבר שפיר כאן זה פוסל עדו של זה היינו בבא הוא ואחר כנ"ל. דאינו נוגע דמה חילוק ורבנן לטעמייהו דלדבר א' אינו חשוד לדבר אחר פליגי שפיר דא"י לפסלו כנ"ל. אך כמו שהקשה ש"מ ב"ב אנוגע דלא ליהוי לוה רשע ולא ישלם הא עדות שקר חמור יותר. ותירץ חד ותירוץ שזה נגד העולם כו' עוד תירץ מאחר שהוא נוגע אינו עד ואף דאם נכשיר עדותו אינו נגיעה מ"מ הדבר נוגע לזכות ופסלו תורה ע"ש. ולכאורה להפוסקים דנוגע לאו מגזה"כ רק חשש שקר. א"כ מה חשש הא אינו נוגע כלל. ונראה דדוקא שם שגוף הדבר לזכותו שהקרקע של לוקח ויגבה בע"ח וההנאה הוא שלא יהי' לוה רשע ולא ישלם וזה ג"כ נגיעת הנאה. ושוב כשנוגע פסול דגוף הזכות הוא ממון שפורע חובו רק דהא לית לי' וכיון דמ"מ הי' לוה רשע הוי נוגע. אבל אם לא הי' כל הנגיעה רק שלא יעשה איסור לא הי' נגיעה כלל כיון שבין כך ובין כך עושה איסור וכמו קבל עליו אחריות ע"ש. ולכך כאן לכאורה לא שייך תירוץ הש"מ כיון דכל הנגיעה שיצטרך לישבע ולעשות איסור וגם עכשיו מעיד שקר ועובר דעדותו לפסול העד ולא על הממון. אך למ"ש תוספ' בכמה דוכתי דמה"ט מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם דכל שלא נשבע ע"א כב' לחייבו ממון רק שיכול לפטור עצמו בשבועה ע"ש. וא"כ שפיר במה שמעיד לפסלו הוי נגיעת ממון גמור דיש עליו חיוב ממון עתה ומעיד לפטור עצמו. רק שהי' יכול לפטור עצמו בשבועת שקר ואינו רוצה לישבע לשקר ואף דעתה שמעיד עובר אלא תענה מ"מ שוב אינו עדות כלל וכמו שם בלוה רשע כו' כיון שהעדות עתה לזכות. משא"כ אם לא הי' רק חיוב שבוע' לחוד הי' נקרא נוגע מאחר שאין חילוק בין האיסורים ורק משום דרחמנא הימני' כבי תרי כל זמן שלא נשבע נגדו והוי עתה נגיעה אף שיכול לפטור עצמו כנ"ל והוצרך לומר

כבי תרי. אך י"ל בל"ז נוגע שכשיבא עוד אחד יצטרף לחייבו ממון משא"כ כשפוסלו. אך הי' אפשר לומר דסבר כרבנן דר"נ דצריך שיגידו כא' כנ"ל:

גמ'. ואמר רב דימי דקבלי בחד. תמוה למה הביא ש דר"ד כמ"ש תוספ'. עוד תמוה תי' הש"ס אבא ואביך דחזו לעלמא כו' הא תני ג' רועי בקר דלעלמא נמי לא חזו ותי' מהרש"א אינו מובן כלל איך אפשר דרבנן לא פליגי בהא שהזכיר כל שלשתן במשנה ואח"כ ר"מ אומר וחכמים אומרים ע"כ קאי הפלוגתא על כל הג' דאי הוי תני דברי ר"מ הי' אפשר בדוחק דר"מ קאמר לה משא"כ עכשיו. וי"ל בפשיטות דלכאורה מה ראיה מדיינים לעדים. הא כמ"ש הנ"י טעם דקיבל עליו קא"פ א"י לחזור אחר גמ"ד ופשרה דוקא בקנין. וכתב משום דשם אף דקיבל קא"פ מ"מ רק לדין תורה קיבלום וגם ב"ד כשר היו פוסקים כן משא"כ פשרה כמתנה ע"ש. וא"כ גם בעדים דכשהן פסולין אין לחייבו ע"פ דין שוב י"ל דהוי כמו בפשרה דהחיוב מדעתו ע"פ עדותם שאינו מועיל ע"פ דין ומצי הדר בי'. ומאי פריך מקיבל דיינים שהוא לד"ת לקבל ע"א כב' כנ"ל מצריך תרווייהו לר"מ ורבנן. וי"ל דסבר הש"ס דגם במשנה קאי אתרווייהו על עדים ודיינים ומוכח לה מדתני אבא ואביך וג' רועי בקר למה לי' תרווייהו. ע"כ אבא כו' לענין עדות פסולי עדות לכשר. ורועי בקר לדיינים לכך בזה תני ג' ובהך חד ופליגי בין בעדים ובין בדיינים ופריך שפיר. אך אם היינו מפרשים שקיבל חד במקום ג' שוב לא הי' מוכח דהי' אפשר לפרש הכל בדיינים וקמ"ל אבא כו' במקום ג' ב' לריעותא ומ"מ סברי רבנן א"י לחזור וג' רועי בקר חדא רעותא רבותא לר"מ שיכול לחזור. ולהכי מייתי דר"ד דקבלו בחד דוקא. ושוב הוי כג' רועי בקר ולמה ליה תרווייהו וע"כ דאבא כו' לעדות ופריך שפיר והוצרך להביא דר"ד. ומשני צריכי דאבא כו' חזי לעלמא משא"כ חד כב'. ומג' רועי בקר לא קשה כלל דזה בדיינים והוצרך לאשמעינן כאן בעדים דפליגי גם כן כנ"ל. ושוב איכא לאוקמי מתני' כולה בדיינים וצריכי כנ"ל. ושוב צריך לאשמעינן הכא בעדים רק דחד מנייהו נקיט כנ"ל:

עוד יש לחלק בין עדים לדיינים למ"ש רש"י בהריני משלם ואיני נשבע כו' דלכ"ע א"י לחזור בו. ויש פ' כ' הטעם מאחר שיש עליו חיוב שבועה בלא"ה מחויב לכ"ע ע"ש. א"כ בקיבל ע"א כב' הוי כאומר הריני משלם ואיני נשבע דבלא הקבלה גם כן יש עליו חיוב שבועה כשיעיד כנ"ל וקיבל עליו לשלם וס"ד דיועיל וקמ"ל. והטעם צ"ל כיון דקיבל עליו קודם שהעיד. או כמ"ש תוס' פ"ג דב"מ דהוי כאחר גמ"ד. וקודם שהעיד הוי גם זה לפני גמ"ד עכ"פ רבותא הוא. גם י"ל דהא בירושלמי דקיבל פסול אינו חייב ק"ש דלא קרינן בי' והוא עד ע"ש פ' שה"ע ולכאורה בקיבל חד קא"פ כב' לענין הזמה ג"כ

לא מיחייב דלא קרינן בי' והנה עד שקר כו' דמה"ט בעי שיוזמו שניהם דעד בכל מקום ב' ע"ש פ"ק דמכות. והקבלה לא משוי לי' שם עד מה"ת כנ"ל לענין ק"ש. וא"כ יש עוד פסול בקיבל עד א' כב' או פסול כב' דהא הוי עשאאי"ל. ואף ב' שאי"ל לא הוי עדות כנ"ל רק דהא קיבלו עליו ממילא גם פסול זה קיבל עליו דנכלל בהקבלה. אך שוב י"ל דהוי ב' לריעיתא דחד במקום ב' ואף שאאי"ל יוכשר. ושפיר רבותא דחשוב רק חדא לריעותא. דמ"מ הוי ריעותא זו עצמו אבל הוצרך לאשמעינן כנ"ל. דהא לקמן כ"ה בעי לאוקמי גם רועי בקר לעדות. רק דחי מדתני ג' אבל רישא י"ל בעדות כנ"ל:

בתוס' דבלא ר"ד ה"א משום ב' לריעות' ק' ג"כ מג' רועי בקר דחדא ריעותא וצ"ל דאינו מוכרח כיון שכל הג' פסולי לס"ד ה"א דגם זה ב' לריעותא רק עכשיו דפי' ר"ד דמתני' בחד ריעותא אמרינן דג' ר"ב חשוב ג"כ חד. כיון דל"צ רק חד שגמיר. גם י"ל לס"ד הוי מצינן למימר דרועי בהמות שלהן ורועה סתם פסול גם גסה והוי ב' ריעותות ע"ש סנהדרין כ"ה. ועכשיו מוקי ברועי בהמות אחרים דכשרים עי' ריש ב"מ ורק לא גמירי כנ"ל:

לפי' רש"י וריף דר"ד מוקי אפי' בחד. נשאר קושי' תוס' מאי פריך דלמא ר"ד לא אמר רק עכשיו דתני מתני' דידן זה פוסל עדות כו' מוכח דגם בחדא לריעותא פליגי אבל בלאו מתני' דהכא ה"א דוקא בב' ריעותות:

בבא הוא ואחר לפוסלם כו' כ"כ נוגע הוא. לכאור' להפ' בלדידי אוזיף ברביתא דאף שלא מחיל הרבית פ"ד ונאמן לפסלו מאחר שיודע שא"נ לעצמו. א"כ מאי מתמה דלמא לעצמו א"נ ולפסלו נאמן. אך זה טעות דשם אפשר למיפלוג דבורי' דענין זה לפסלו לעדות אינו נוגע לזכותו רק אי לקח רבית ממנו וזה אינו נאמן ושהוא פסול נאמן. משא"כ כאן שזה מעיד לחייבו והבע"ד מעיד לפסלו. מה שנפסל לעדות זה זכותו שאין עדות מועיל וזה א"א למיפלוג שפסול לאחרים ולו כשר. דאם פסול גם עדות של הבע"ד בטל. אך אם יש זמן אח"כ אחר שהעיד. א"כ אף שאומר שהעד גזל קודם שהעיד נאמן לו שגזל רק אחר שהעיד ונימא פ"ד ולהפ' דעדות המוכחש בחקירות גם בממון בטל שזה מגוף העדות. א"כ כיון שעל הזמן נוגע שוב לא פ"ד שבטל העדות מצד החקירות שנוגע ע"ז. אבל להפ' שבד"מ כשר מוכחש בחקירות כיון דא"צ ע"ש בבעה"ת. וכהא דשטר שזמנו כו' וכשהוזמו אמרינן דאחרוהו כיון דא"צ דו"ח. ואף שבטל החקירות לא בטל גוף העדות שלוה. א"כ נהי דנוגע על החקירות שהי' קודם נפלוג דבורי' שגזל אח"כ. אך שם דוקא בשטר דלא חשוב כלל מעיד החקירות. משא"כ בהזמה לכ"ע מהני בממון ולא אמרינן דאף דהזמן שקר המעשה אמת. אך שם עדות הוא ובטל. משא"כ כשהוא נוגע על הזמן אפשר דנשאר העדות בלי חקירות דמהני. דלא שייך בנוגע בטלה מקצתה בטל

כולו. אך הוי דבור א' דלא פ"ד דכיון דעל הזמן שמעיד שגזל בטל לא מיפסל דהא על פעם וזמן אחר לא העיד שגזל. וכהא דב"ב פ' י"נ גרשתי למפרע א"נ גם מכאן ולהבא דעל אז אינו בידו. ועל פעם אחרת אינו אומר שגרשה. אך אין זה פשוט דהא בעי' התם אי פ"ד גם כה"ג. וצ"ל דלענין עדות פשיטא:

לכאו' לרבא דמכאן ולהבא נפ' לטעמא דפסידא דגם פסלי' בגזלנותא כן א"כ מאי פריך גזלנותא כו' נוגע כו' הא העדות שהעיד קודם עדותו כשר ואינו נוגע ונאמן לפסלו מכאן ולהבא. דגם למה דמסיק אין הפי' פוסל רק לאחרים. והוי מצי לאוקמי פלוגתא דר"מ ורבנן בדאביי ורבא. וא"ל דכיון דמשום פסידא דלקוחות וכאן אדרבא אם יהי' למפרע נפסל לא יופסל כלל גם להבא דנוגע הוא. דז"א דמ"מ כפי עדותם אינו א לפסלו מכאן ולהבא ולאו נוגע הוא ונאמן לפסלו כנ"ל. וצ"ל דלא בעי לאוקמי כתנאי פלוגתא דאביי ורבא. עוד יש להקשות דמצי למימר שמעידים אח"כ שגזל כפשטא דלישנא ערעור דגזלנותא ואין מעידים באיזה יום. דלא צריך דו"ח לפסול לעדות. ויכול להיות שאחר העדות והעמיד בחזקת כשרות רק דהרי פסול לפניך. וכיון שא"י אימת נפסל הוי תרתי במקום חדא לענין להוציא ממון. דהרי פסול לפניך וחזקת ממון כמבואר במקוה כו' ונמצא חסר. וממילא הוי נוגע דע"י עדותו זה מפסל ולהוציא ממנו ע"י עדותו וא"נ לפסלו. ור"מ סבר דלא מיפסל למפרע דמוקמינן אחזקה דפליגי רב ושמואל קדושין ע"ט ור"ש ורבנן. ולאו נוגע הוא ונאמן לפסלו. אך לא בעי לאוקמי רבנן דלא כהלכתא שכ' תוס' ריש נדה דמנגע שחסר בסוף מוכח דהיכא דלא שייך חסר ואתא לא אמרינן הרי חסר לפניך אף עם חזקה. מ"מ אינו מוכרח דחזקת ממון אלים. ועוד דגם בזה י"ל חסר ואתא ליעשות רשע. וי"ל דזה לא הוי שפיר הלשון פוסל עדיו דר"מ סובר דלא שייך לעדות כלל:

לסימן כ

סנהדרין דף ל"א ע"א

מתני'. כל זמן שמביא ראי' סותר את הדין אמר לו כל ראיה כו' עד שלשים כו' אחר ל' אינו מותר. במשנה הגירסא אמר לו משמע הבע"ד ורש"ל גריס ואומר לו ע"ש. וברי"ף וראש"ש ובמשניות הגי' אמרו לו כו' משמע הב"ד. ולכולהו תמוה טעמא דחכמים למה הפסיד זה זכותו ע"י אמירת הבע"ד או הב"ד ובקיבל עליו אפשר הוי כהתנה ליבטלן זכותי' ולא חשוב אסמכתא ע"ש בנדרים. אך הא משמע דאינו תלוי בקבלתו כלל מדסתם רק אמרו לו. וי"ל דרבנן ורשב"ג לטעמייהו פ"ב דכתובות וב"ב פרק חזקת דרשב"ג סבר אנן אחתינן לי' ולא חיישינן לזילותא דב"ד ורבנן סברי חיישינן ע"ש. ולכך תוך ל' עדיין הפסק תלוי ועומד דהא נתנו לו רשות וזמן ב"ד שיביא ראיה. משא"כ אחר ל' שכבר

נגמר אין סותרין הדין אח"כ משום זילותא דב"ד כנ"ל. אך הא מבואר בש"ס שם דדוקא כשעדיין הוא ספק כמו תרי ותרי. אף דמתחלה לא היו פוסקין כן כשהיו עדים אלו מ"מ כשכבר פסקו לא מבטלינן מספק משום זילותא דב"ד. משא"כ ביש בירור גמור אין מפסידין משום זילותא דב"ד ע"ש. וכאן הא מביא ראיה:

והי' אפשר לפרש דלכאורה אינו מדויק הלשון סותרין הדין או אין סותרין. הול"ל ג"כ אינו כלום כמו בסיפא. ולכך אפשר דהפלוגתא הוא ג"כ כנ"ל היכא שאם הי' זה תפוס ברשות הי' מהני תפיסתו רק שלא הי' מוחזק. וכמו הא דפ' חזקת דגם זה אייתי ראיה והי' הדין כל דאלים גבר. ועכשיו הא כבר התפיסוהו הב"ד קודם שהביא זה ראייתו. ואם הי' מוחזק בתחלה לא היו מוציאין ע"פ ראיה של זה דגם לשכנגדו הי' ראיה. רק כיון דמה שהתפיסוהו הב"ד הי' בטעות בשביל שלא הי' לזה ראיה רק להב'. בזה למאן דלא חייש לזילותא דב"ד אמרינן דסותרין הדין כאלו לא היו מתפיסין אותו כלל ועדיין הדין כל דאלים גבר. ובזה שפיר פליגי גם כאן. דבאם היו עדים ברורים לזה י"ל דמודו רבנן דנהי דאין סותרין הדין מ"מ מאי בכך הוא חוזר ותובע אותו עתה בעדים שגבה ממנו שלא כדין ויש לו עדים ושפיר מוציאין וכהאי דפ' הכותב דאי פקח כו' והוי זה דין חדש רק פלוגתייהו בכנ"ל שכבר הגבו הב"ד ופסקו ע"פ עדות התובע ואח"כ מביא זה עדים להכחישם כנ"ל. ואם הי' זה מוחזק בתחלה ברשות לא הוי מפקינן מני' בתרי ותרי וא"כ בתורת דין חדש לתבוע אותו עתה א"י להוציא כלל רק כשנאמר דסותרין הדין שהי' בטעות דלא היו יודעין שיש לזה ג"כ ראיה. ולא חשוב מוחזק כלל מה שהגביהו הב"ד וכמו דפ' חזקת כנ"ל. ושפיר פליגי דסברי רבנן דוקא תוך ל' עדיין הפסק תלוי ועומד שכשיביא ראיה אינו פסק כלל דהא כן הדין שנותנין זמן ב"ד ל' יום כשאומר יש לי ראיה. ולכך שפיר סותרין וכאלו לא הגבוהו וחשוב זה מוחזק כבתחלה כאלו לא פסקו ולא הוי תפיסה ברשות ובתרי ותרי פטור כנ"ל. משא"כ כשמביא אחר ל' שכבר הפסק דין נגמר כדינו שא"צ להמתין יותר ומה שהגבו לזה הי' כדין ממילא אין סותרין הדין וחשוב תפיסתו ברשות ב"ד. רק עכשיו ש חדש וא"י להוציא ממנו בתרי ותרי כשאר מוחזק כנ"ל. ואפשר אף בלא הגבו עדיין מ"מ מעשה ב"ד כמאן דגבי דמי ועדיף משטר עומד לגבות. וחשוב מוחזק אף שלא גבה עדיין ואינו יכול לבטל ע"י תרי ותרי וכה"ג. ונקיט שפיר אין סותרין הדין כנ"ל. ורשב"ג פליג דסבר דלא חיישינן לזילותא דב"ד כדאמר פ' חזקת ואמר מה יעשה זה כו' וחשוב כאלו לא פסקו רק באם לא יביא ראיה וכשמביא ראיה בטל למפרע כאלו לא פסקו ואינו חשוב מוחזק כלל ושפיר סותרין הדין כנ"ל. וא"ש. ומיושב מאי דאמר אי אמר הלכה כרשב"ג ה"א ה"מ לכתחלה כו' ע"ש. ולמ"ש

א"ש דה"א לכתחלה כשלא הגבו עדיין אז כרשב"ג דסותרין ולא חשוב המעשה ב"ד כמאן דגבי כנ"ל. אבל בהגבו ס"ד דחשוב מוחזק קמ"ל אין הלכה כחכמים כנ"ל אף דיעבד כנ"ל. ומיושב קושית רש"י. ועי' בעה"מ:

עוד י"ל דהא רש"י ז"ל פי' ראי' שטר זכות כו'. נראה דדייק מדפלגינהו בסיפא ראי' אין לי כו' עדים אין לי כו'. וברישא נקיט ראי' לחוד. משמע דבהביא עדים אחר ל' מודו חכמים. רק בראי' שטר כו' שאין זה בירור גמור רק חזקה. וי"ל דטעמייהו כמו בטעו בשקול הדעת אף דלכתחלה פסקינן כסוגיא דעלמא אף להוציא מ"מ לבטל פסק ב"ד דוקא בטעות בד"מ שאין שום ספק מבטלין משא"כ בשקול הדעת. כן י"ל לרבנן אף בראיה שאינו עדות גמור רק חזקה או רוב וכה"ג אף דבתחלה מהני להוציא מ"מ לא מבטלינן פסק ב"ד כיון שנגמר אחר ל' כנ"ל. ורשב"ג סבר דאין הפסק רק כל זמן שאין ראי' כנ"ל. ודוחק. והפי' הפשוט כמו באמר אל תפרעני אלא בפני פו"פ דא"נ פרעתי שלא בעדים אף שלא קיבל עליו דאנן סהדי שלא פרע כמ"ש הר"ן. כן בזה כיון דנתנו חכמים זמן ב"ד ל' והיינו דמסתמא יכול למצא בל' יום ראי' שצריך תלינן בסתמא כשלא מצא שאין לו ראי' דהי' לו לחזור אחר ראיה אם הי' לו ויש הוכחה שזייף אח"כ וכה"ג. ואף דנאמר שאומדנא זו אינו ראי' ברורה מ"מ עכ"פ מגרע דאיתרע הראיה שמביא אח"כ ומשוי לה ספק ושוב אין סותרין הדין שנפסק דקם דינא. וגם שוב שייך זילותא דב"ד כמו בתרי ותרי. כיון דגם אחר שמביא ראיה עדיין ספק מחמת הריעותא שלא הביא תוך הזמן ב"ד. ושוב נשאר לגמרי הדין לרבנן כנ"ל. ורשב"ג סבר דלא חיישינן לזילותא דב"ד. וגם סבר שאינו ריעותא כלל דמה יעשה כו'. ומיושב ג"כ מ"ד דס"ד אי אמר הלכה כרשב"ג דדוקא לכתחלה היינו רק לענין זה דלא חיישינן לזילותא דב"ד אבל לענין זה דעכ"פ משוי הריעותא ספק. וכשתפס אין מוציאין בדיעבד הוי ס"ד כרבנן וקמ"ל אין הלכה כחכמים דאינו ריעותא כלל ונשאר הראי' בודאי כנ"ל:

עוד י"ל למאי דאמר פ' חזקת כל דאלים גבר ולא יחלוקו משום דאיכא למיקום עלה כו' ואין ראוי לפסוק דין שיתברר אחר. כך ויתבטל דלכתחלה לכ"ע חיישינן לזילותא דב"ד. וכן ב"ב דפריך וניחוש דלמא הדר ביה כו' וא"כ כשאומר יש לי ראי' נותנין לו זמן ל' דיותר אין נותנין שלא ישמט לעולם. וא"כ מה"ט גופי' תקנו רק ל' ויותר לא יוכל לסתור דאם יהי' סותר לעולם לא יוכלו לפסוק שמא יתברר ואיכא זילותא ומה"ט תקנו שלא יועיל אחר ל'. וא"ש לשון גי' רש"ל ואומרים לו כל ראי' כו' ומיושב ג"כ דס"ד הלכה כרשב"ג לכתחלה שאין אומרים לו כלל שיביא דוקא תוך ל' אבל דיעבד שהתרו בו לא מהני וקמ"ל דלא:

מלשון המשנה משמע אף דאומר יש לי ראי' פוסקין הדין מיד ואומרים לו שיביא ראיה ואם יביא סותרין הדין ואם לא יביא נשאר הדין כמו שפסקו. וממילא גובה ממשועבדים מזמן שפסקו. וכן אין לו עוד זמן ב"ד למעות לפרוע כיון דאיגלאי מלתא שלא הי' לו ראי' ונשאר הפסק, דאי נימא שאין פוסקין עד אחר ל' כשנותנין לו זמן ל' להביא ראיה לא הי' שייך לשון סותרין הדין כנ"ל. והטעם דא"כ יוכל להשמט ב' פעמים ל' שיאמר יש לי ראי' ואח"כ ל' לפרעון ולכך פוסקין מיד כנ"ל. ולא חיישינן דלמא יתברר כנ"ל דמה בכך הא פוסקין מיד כשיביא ראיה יסתור כנ"ל:

שם אין לי עדים כו' ה"ז אינו כלום כו' הלשן אינו כלום נראה דהא לכאורה כשמביא עד אחד מחויב שבועה דבמה שאמר אין לי עדים אין כאן הודאה שאין לי ע"א ושפיר מהני שבועה. וא"כ לכאורה גם כשמביא ב' עדים ג"כ ראוי לחייבו שבועה דנהי דהודאתו שאין לו ב' עדים מה ראיה יש לנו על השני. ושפיר נשאר א' מהם כשר דאי"ל מדא' משקר משקר גם הב' דז"א כדאמר ריש מכות באייתי סהדי ואישתקור אם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו. וא"כ כיון שדנין רק מצד הודאתו אין נכלל בהודאתו רק שאין לו ב' וא"כ א' מהם שפיר נשאר בכשרותו ומהני לחייב שבועה. ושוב יצטרך לשלם כמו במשכון סוף פרק שה"ד. דמשום שמא ישבע ויוציא הלה הפקדון ויפסלנו לפרש"י שם הדין דשכנגדו נשבע ונוטל כו'. מכש"כ כאן דאם ישבע ודאי יפסול לעדות ולשבועה דאנן אעדים סמכינן. ואף שאמר הוא אין לי עדים לא יציל מלפסול אחר שישבע כנ"ל. וא"כ א"א לו לישבע והוי מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם כנ"ל. וקמ"ל דאינו כלום דגם שבועה לא מיחייב דהוי כנמצא א' קא"פ דעד הנשאר בטל ואינו מחייב שבועה וגם בהנ"ל כיון דמהני הודאתו דא' ודאי משקר בטל הב' בצירופו כנ"ל:

אך למ"ש תוספ' ד"ה נחלקו חד תירוצא דכיון שאינו ידוע מי הפסול מהם לא אמרינן נמצא א' קא"פ לבטל הכשרים ע"ש. א"כ גם כאן למה באמת יבטל הא אין בהודאתו רק על א' מהם וא"י מי הפסול כנ"ל. וי"ל במשנה דאמר תרווייהו אין לי עדים וגם אין לי ראי' ובלשון ראיה נכלל גם ע"א. ודוחק דמשמע או או קתני גם י"ל דבלא שבועה לא תקנו חכמים לטול כמו בחשוד ושניהם חשודין לחד מ"ד פטור. וי"ל דאמרינן סברת ר"ת ג"כ כהא דשמא ישבע שתהי' שבועה לבטלה ע"ש. וא"כ גם כאן גם הוא א"י לישבע דיהי' שבועה לבטלה דאנן אעדים סמכינן ושוב פטור הלה לגמרי כנ"ל. גם אפשר כיון שאמר אין לי עדים ויש לו ב' שניהם בכלל הודאתו שמשקרים. ודוחק:

שם מתחת אפונדתו כו' אינו כלום כיון שהי' לו מקודם ואמר אין לי כו'. לכאורה הא נהי דהוי הודאה שהשטר פסול מ"מ הא עכ"פ אמר שחייב לו ואיגלאי מילתא שהי' לו

מיגו שהי' מראה השטר כיון שהוא שטר המקוים ומועיל. והא פ' חזקת שטרא זייפא כו' מיהו שטר מעליא הוי לי כו' הי' נאמן במיגו אי לאו דשיקר מתחלה ע"ש. וא"כ כיון שרק ע"י הודאתו נפסל נודע שהי' לו מיגו ונאמן שחייב לו עכ"פ להפ' דאמרינן מיגו להוציא. ודוחק לומר שגם המיגו נכלל בכלל אין לי ראיה. וצ"ל דהוי מיגו למפרע דאז לא הי' בדעתו להראות כלל השטר פסול ועתה כבר הוי למפרע כנ"ל ותוך כ"ד באמת מהני דנראה דיכול לחזור תוך כ"ד ממה שאמר אין לי ראיה כנ"ל:

לסימן כא

נדרים דף כ"ז ע"א

גמ' אי לא אתינא עד ל' כו' ליבטלן הני זכוותאי. ופי' הר"ן שהב"ד חששו שמא להשמט תובע זמן ל' להביא ראי' ועשו עמו כו'. נראה שרוצה לישב למה אמר כן. ואינו רוצה לפרש שמעצמו אמר כן דא"כ אין שייכות לב"ד בזה. והוא מפרש דהא דמהני ב"ד חשוב דוקא מה ששייך לב"ד ולכך מפרש כנ"ל:

ולכאורה על מי קאי אי על הנתבע. וכשיש לו לשלם דלא יהבין זמן. והא דנותנין זמן להביא ראיה ל' היינו כשרואין שאין כוונתו להשמט. ובזה הי' נראה לב"ד שלהשמט ולא היו נותנין זמן. ולכך הוצרך להבטיח אי לא כו' לברר שאין רוצה לישמט. אך הא הר"ן כ' אח"כ דאתפיס כו' והוי מחילה. ומאי מחילה בנתבע וגם מה הראיה שהתפיס. וצ"ל דהי' לו שובר על מקצת והי' רוצה להביא ראי' על המותר והתפיס השובר אך א"כ אינו מחילה רק חיוב דכבר נפרע המקצת ולקמן במי שפרע והשליש בעי דוקא שמתנה על המעות בשעת פרעון שיהי' מתנה ע"ש. וגם מה שייכות למקצת זה על המותר. והלשון משמע הזכוותא על מה שטוען ונראה דהי' לו שובר ואינו מקוים ואמר להביא ראיה תוך ל' לקיים וכשלא יבוא ליבטל שלא יועיל אחר כך אף שיביא קיום. ולכך שפיר חששו שמא לישמט מלשלם ואיתפוס השובר כנ"ל שלא יועיל. וא"ש דהוי כאין לי ראי' כנ"ל. דהא לת"ק דמתני' סנהדרין ל"א גם באמרו לו כל ראי' כו' תביא תוך ל' לא מהני אח"כ רק דקי"ל שם כרשב"ג. ובראי' אחרונה דאמר אין לי ראיה קי"ל כרבנן דלא מהני ולכך שפיר כאן דאמר כשלא יביא תוך ל' לא יועיל אח"כ שפיר הוי כאין לו ראי' כנ"ל:

אך א"כ מחילה לא חשוב רק חיוב. ואפשר דטען יש לי בידי כנגדו והי' לו גם כן שטר עליו רק אינו מקוים והתפיס השטר כנ"ל. שלא יועיל קיום אחר ל' ושפיר הוי מחילה דהא קי"ל זה גובה וזה גובה. וכשנמחל שלו ממילא חוב של התובע קיים וכנ"ל. ואם נפרש על התובע שלא הי' לו קיום והתפיס השטר כנ"ל. אך א"כ למה הכריחוהו הב"ד ע"ז מה שייך להשמט. כל שאין לו ראיה לא יגבה. והא מוציא שטר שאינו מקוים לא

גבינן ומ"מ לא קרעינן לי'. ואף היכא דזילא נכסי' דלוה דקי"ל נזקקין לנתבע. מ"מ ודאי כשיש לו לתובע שטר דאינו מקוים לא כפינן ליה לקרעו בשביל דזילא נכסי' וכשימצא עדי קיום יגבה ואף אם יכול להטיל חרם סתם על התובעו בשטר מזויף זה לא הי' בזמן הגמ'. ולשאר פוסקים י"ל שמעצמו אמר התובע כן ואתפס כנ"ל. אבל לר"ן שע"פ דין הב"ד עשו קשה למה. וי"ל דמיירי כמבואר ח"מ סי' מ"ו בעדים שאמרו כ"י אבל אנוסים כו' ובאינו מקוים קרעינן לי' וכשמוציא קיום אין נאמנים והוי תרי ותרי ומ"מ קרעינן לי' כשאין לו קיום כיון דעכשיו נאמנים שהשטר פסול. ע"ש סי' מ"ו ס' ל"ז ובש"ך ס"ק צ"ט דעת הר"ן. דאי טעין קבעו לי זימנא כו' ושייך כנ"ל ודוחק:

ונראה דהרמב"ם ז"ל פ"ז מה"ס למד מכאן דינו דקשיא לי' כנ"ל ומפרש לה בתובע שהוציא שטר שנתחייב שבועה כע"א שפרוע או פוגם שפסקו שישבע ויטול. דבזה כשאינו רוצה לישבע צריך להחזיר השטר כמבואר בח"מ סי' נ"ד דצריך לישבע היסת כשטענו ברי שטר פרוע בידך. ואמר שיבא וישבע ואתפוס השטר כשלא יבא יבטל ויפטר הלה. גם זה אינו דלהחזיק נאמן שהשטר לא נפרע וא"צ להחזירו וי"ל דכבר תקנו היסת אז:

ליבטלן זכוותי'. להפוסקים גטין ר"פ השולח וכריתות דמתנה זו תיבטל לא מהני. צ"ל דהמתנה א"א שתיבטל כיון שכבר זכה בה משא"כ על זכות בשטר דמהני מחילה מהני לשון דליבטל ג"כ. דהוי כאומר אי אפשי בה. דבקרקע וחפץ דצריך קנין לא יצא מרשותו במה שאינו רוצה בה. משא"כ בחוב דמהני מחילה וסילוק והרא"ש והר"ן דמפרשים כאן הודאה קשה ג"כ דמשמע שם דתיבטל אינה הודאה רק לשון עבר. וצ"ל דשם לשון להבא אינו הודאה דלמה אומר להבא. משא"כ כאן דתולה בתנאי אי לא אתינא שייך לשון ליבטל גם על עבר כשלא יבא מודה שבטלן מכבר. או דפירש להדיא רק הש"ס נקיט כן:

אמר ליה רבא אנוס הוא כו' וכ"ת קטלא שאני והא חנן כו'. ותמוה לר"ה קשי' מתני' עי' ר"ן. ונראה דיש ב' טעמים מצד אומדנא שאם הי' יודע שיהי' אונס לא הי' מתחייב. וגם די"ל שאין כלל בכלל לשון אם לא באתי רק כשאפשר ולא בא בכוונה ולא כשאינו בא מחמת אונס וכמו לא אפשר ולא מכוון דמותר דמה שאמרה תורה לא תעשה היינו בכוונה. וכן וזבחת לחד מ"ד וכה"ג. ולטעם זה נראה למאי דקי"ל כר"מ דבעי תנאי כפול וכשאומר הרי זה גיטך אם לא באתי ואינו כופל גם כשבא הוי גט. ודוקא כשאומר אם אבא לא יהא גט. וא"כ נהי דאונס אינו בכלל אם לא באתי דהוי דוקא כשאפשר ולא בא. מ"מ ודאי לא מקרי שבא. וא"כ שוב לענין זה לא הי' תנאי כפול דהגם אם הי' מפרש

בהדיא אם לא באתי שלא באונס יהא גט רק שלא הי' כופל אם לא אבא ע"י אונס יהא גט. ג"כ הי' גט אף אם נאנס דבעי כפילא. וא"כ במה שכפל תנאו אם אבא לא יהא גט מ"מ כיון שאונס עכ"פ לא מקרי שבא. רק שאינו בכלל אם לא באתי שוב ממילא ליכא לענין זה תנאי כפול ושפיר הוי גט אף דאנוס כנ"ל. רק לטעם הנ"ל משום אומדנא שאם הי' עולה בדעתו שיאנס הי'. מתנה מפורש. שפיר אומדנא זו הוי כתנאי כפול. דאם הי' עולה בדעתו הי' מתנה והי' כופל. וזה דוקא למאן דפ' כראב"ע שלא כ' אלא ע"מ לכונסה וכמ"ש תוס' כתובות ריש פ' אע"פ. וזה דוקא היכא דמוכח הרבה שהי' מתנה ע"ש. ובזה י"ל פליגי ר"ה ורבא דר"ה סובר ג"כ דאונס אין בכלל לא באתי. רק האומדנא לא סבר שאינו מוכח כ"כ דאדרבא כמו אונס דשכיח דפסקי' מברא אמרי' איבעי ליה לאתנויי כן בשכיח ולא שכיח ג"כ הוי ליה לאתנויי רק כיון דאינו בכלל לא באתי ממילא לא נתקיים התנאי. רק משום דליכא כפולות כנ"ל. וא"כ למאי דאמר בשבועות ל"ו דאיסורא דלית בי ממונא לא בעי תנאי כפול גם לר"מ או לדידן עכ"פ ע"ש ורק בדברים שבין אדם לחבירו ע"ש. א"כ שפיר לר"ה מתני' בנדר אם לא יאכל כו' ונאנס אינו בכלל אם לא יאכל ואף דלענין זה ליכא תנאי כפול. בנדר דאיסור דלית בי' ממון א"צ כפול ושפיר נדרי אונסין מותר משא"כ אי לא אתינא ליבטלן זכוותי' בטל משום דליכא תנאי כפול דקי"ל כר"מ לרוב הפוסקים גם בממון כנ"ל:

ומיושב בזה לישנא דשמואל דפסקי' מברא ואמר לא שמי' מתיא. דמיותר לשון זה הול"ל אונס לא מהני. ובפרט משום דהוי לי' לאתנויי הי' לו לומר כן וחסר עיקר הטעם. ולמ"ש מיושב דמצד אומדנא אין כאן דאדרבא הו"ל לאתנויי רק דנימא דא"צ להתנות כיון שאינו בכלל אם לא באתי כנ"ל. ע"ז אמר שמואל לא שמי' מתי' דעכ"פ לא מיקרי שבא ושוב אינו תנאי כפול דאינו בכלל הכפילות שבא כנ"ל וא"ש. ולא קשה לר"ה כלל ממתני' ורבא סבר משום האומדנא והוי ככפול ופריך שפיר ממתני'. ומיושב דפריך אח"כ לרבא כו' ממתני' דגטין ותמהו תו' בלא רבא הוי לי' למרמי מתני' דנדרים אמתני' דגטין ע"ש. ולמ"ש א"ש דבלא רבא לא קשה כלל כמו לר"ה דבגט בעי תנאי כפול משא"כ נדרים כנ"ל. רק לרבא דפריך לר"ה ע"כ דסבר משום אומדנא דהוי כמו תנאי כפול פריך שפיר לדידי' ממשנה דגטין כנ"ל. או דמיירי בהדירו לאחר או מעכשיו דלא בעי דיני תנאי כנ"ל לר"ה:

עוד י"ל למ"ד שבועות כ"ו גמר בלבו פת חטים והוציא פת סתם דאינו אסור אלא בפת חטין ויליף מקרא ע"ש בתוספ' דדברים שבלב דברים בנדר כשאינו סותר לגמרי וכשאינו ע"ה שנאמן שהי' בלבו ע"ש. וא"כ י"ל כיון דטעמא דר"ה כמו באונסא דשכיח דאמרינן

איבעיא לי' לאתנויי בין באונס דשכיח ולא שכיח אמרינן גם כן דאיבעיא לי' לאתנויי וא"כ בשלמא בגט וכהא דליבטלן זכוותי' וכה"ג דדברים שבלב אינן דברים אף דאינו סותר לגמרי שייך דבעי לאתנויי. כיון שסתם הדבור לא באתי משמע גם אונס. וממילא מדלא אתני ודאי בכלל כנ"ל. משא"כ בנדר דכשאינו סותר לגמרי אף שאין סתם הדבור כן כמו פת סתם או יאסר פירות כו' ומחשב היום הוי דברים שבלב דברים ואינו אסור א"כ לא שייך כלל דאיבעי' לאתנויי דלמה יתנה כיון דאם הי' דעתו לא באתי שלא באונס אף שלא פירש אינו אסור. וכיון דלא שייך איבעי לאתנויי שוב אינו כלל בכלל אם לא באתי אף שלא עלה על דעתו אז אם יהי' אונס או לא רק סתם. מ"מ כיון דבסתם אין אונס בכלל רק משום דאיבעי לאתנויי וכיון דלא שייך איבעי לאתנויי שוב אינו בכלל וכמו אונסא דלא שכיח כלל דאמר בגטין דלכ"ע יש אונס ע"ש. וא"ש לר"ה דנקיט במשנה נדרי אונסין כו' ואם הי' הדין כן בכל הדברים מ"ש בנדרים דנקיט דומיא דשאר ד' נדרים דנקיט. גם י"ל דאימעוט מהאדם בשבועה פרט לאנוס בשעת חלות הנדר כמו יאסר בזו אם יאכל זו ונאנס על האכילה ע"ש שבועות כ"ח. ויש לדחות:

גם י"ל הך דאי לא אתינא כו' דאינו מפורש דין תנאי דמיירי בלאחר דאז יבטלו דבלאחר לא צריך דין תנאי וא"כ הא בלאחר ל' יכול לחזור בו קודם וא"כ אין ראיה ואומדנא כלל דאם הי' אז עולה בלבו ספק אונס הי' מתנה שאין כוונתו על אונס. ז"א מה לו להתנות הא כשיהי' אונס יכול לחזור בו. ואין כאן אומדנא כלל שיהי' בשעת מעשה כאלו התנה. וממילא כשנאנס ולא חזר בו בטלין זכוותי'. משא"כ בנדר בתנאי דאם או מעכשיו שא"י לחזור בו שפיר י"ל מודה ר"ה דאיכא אומדנא כאלו התנה על אונס כנ"ל:

ולהר"ן אין לפרש כן דא"כ על מה סמכו הב"ד שאין כוונתו להשמט הא יוכל לחזור בו. אבל להרא"ש דמעצמו אמר כן שפיר י"ל כנ"ל ולהר"ן קשה כיון דהב"ד הכריחוהו להתנות כנ"ל ודאי מסברא דאין כוונתו על אונס גם אם הי' מפרש שאונס אינו בכלל. הי' בירור שאין כוונתו להשמט וכיון דע"פ דעתם התנה והב"ד אין מחייבין אותו על התנאי דאונס למה נימא דכוונתו יותר ממה שציוו הב"ד. וצ"ל דמ"מ כיון דלא התנה הוי בכלל. ואף דהר"ן קדושין כתב באנס מהני מחשב היום דמודה שאין כוונתו רק על מה שהאנס מכריחו ע"ש. היינו דשם א"א לו לפרש משא"כ בב"ד הי' לו לפרש:

נדרים דף כ"ז ע"ב

שם ע"ב. מי שפרע מקצת כו'. כ' הרא"ש הא נמחל שיעבודו ומוקדם. וכ' דמבני חורין גבי מיהת דקני במסירה. ואינו מובן מהו זה הקנין. וי"ל דכוונתו אף דנמחל שיעבודו וגם העדים אין חתומים על חוב החדש שמתחייב וא"כ אין כאן שטר מ"מ כיון שמחייב

עצמו במה שאינו חייב דמהני כשמוסר לו שטר חייב אני לך מנה ע"ש כתובות פ' הנושא וכמ"ש תוס' גטין. דאף אי עדי מסירה כרתי מ"מ כיון דהודאת בע"ד כעדים מהני מסירתו בינו לבין עצמו מתורת הודאת בע"ד דלהר"ן חשוב זה כעדי מסירה הכורתין בשעתן דאיך בא ליד המלוה וע"כ מסרו לו והוי ראיה זו כעדים. ולתוס' הוי ראיה זו רק כהודאת בע"ד ובממון מהני זה כעדי מסירה דהודא' כעדים ע"ש. ולכך כמו שמבואר בש"ע בשטר שנמחל שיעבודו אף דעדי חתימה בטלו מ"מ כשמוסר בעדי מסירה מהני ביומי' דליכא חשש מוקדם. וממילא גם בלא עדים מהני לענין ב"ח בממון להתחייב במה שאינו חייב דהוי כמוסר לו שטר לענין ב"ח דיודעין שבא לידו וכעדים בשעת מסירה וקני החיוב שמתחייב זה במסירה זו כשאר חייב אני בשטר כו'. ואף שהוא מוקדם לא מיפסל לענין ב"ח. ויכתבו עליו שטר זה דלא למגבי ממשעבדי סך מקצת הנ"ל כיון שהוא ביד שליש אבל עכ"פ מתחייב כנ"ל:

אך מ"ש הרא"ש אחר תירוץ הב' והך פי' עדיף דלפי' קמא קשה דאותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסיר' ע"ש. תמוה מה ענין כתיבה ומסירה לכאן שאין כאן מכירת שטר. רק אי חשוב שטר להתחייב או לא. ובש"ך סי' נ"ה הביא הרא"ש הנ"ל ופי' דחוק ע"ש. גם לומר שסבור כהפוסקים בשיטה מקובצת ב"ב דשטר שלא נכתב למלוה קנינו כשאר מכירת שטרות ג"כ דוחק דהרא"ש עצמו שם סבר כתוס' ע"ש:

ואפשר לפרש למאי דאמר ב"ב בלוקח שהחזיר השטר מכירה דפליגי רשב"ג ורבנן אי חזרה מתנתו או לא כו' ואמר דפליגי אי אותיות נקני במסירה ע"ש. דבחזרתו חזר והקנה למוכר שטר קנינו דקנה בו. וממילא נראה דגם הלוה יכול לקנות שטר של עצמו מהמלוה כאחר הקונה בתורת קנין ולא נמחל שיעבודו כלל. ולמ"ד אותיות נקנית במסירה קני אותו במסירה ובחזרת השטר כמו שם במוכר קרקע כנ"ל וא"כ כאן דודאי אין יכול לכופו למלוה לקבל המקצת בתורת פרעון דיפסיד שטרו בפרט למ"ש הרא"ש דלא יגבה כלל ממשועבדים גם מקצת שלא נפרע משום גזרה כו'. רק שפורע המקצת וקונהו בתורת לו אותו מקצת שטר וכאלו אחר קנה חצי שטר ושפיר משלישו אם לא אפרע עד יום פלוני תן לו שטרו היינו שחוזר ומקנהו למלוה ג"כ במסירה. ושפיר מעולם לא נמחל השיעבוד רק כמו שהוא קנהו במסירה כן חוזר ומקנהו למלו' במסיר' שיתן לו שטרו ושפיר יגבה מזמן ראשון כדינו. רק מ"מ ממשועבדים נראה דלא גבי דודאי דהלוה בעצמו שקנה שט"ח של עצמו א"י לגבות בו מלקוחות שלו דבאחריות ודאי לא ואף שלא באחריות נהי דלא קיבל אחריות דעלמא אחריו' דנפשי' מי לא קיבל כדאמר בש"ס וגם הא אין נפרעין כו' כשיש ב"ח וגם המלוה לא הי' גובה אם הי' ללוה והא יש לו ואיך יגבה בשטרו

ושפיר לא מהני לענין משועבדים גם כשחוזר ומכרו לאחר או למלוה עצמו דלא עדיף מגברא דאתי מחמתי' היינו הלוה שמכרו שג"כ לא הי' יכול לגבות ממשועבדים רק לענין ב"ח שפיר הוי השטר שיכול למכרו וכמו כ"י שיקנה אף שאינו גובה ממשעבדי. ודחה הרא"ש דהא קי"ל אותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה. ושפיר לא קנה במסירה תן לו שטרו כנ"ל:

ש"ה דאמר ליבטלן זכוותי' כו'. והקשה ר"ן לפי' רמב"ם משום דמחילה לית בי' אסמכתא כו' מהא דאם אני חוזר אמחול ערבונך כו' ע"ש. וי"ל כיון דתרווייהו אתני זה לכפול וזה למחול א"כ לא רצה זה למחול רק אם יהי' קיים גם חיוב של זה לכפול. וכיון דחיובו של זה לכפול בטל דהוי אסמכתא שוב ממילא בטל גם של זה למחול כנ"ל. אך אפשר דהר"ן הוכיח דלא תלי א' בחבירו דא"כ בל"ז לא הי' אסמכתא דאיידי דבעי למקני גמר ומקני כמו שפי' גבי משחק בקובי'. וע"כ שכל א' התנה לעצמו ודייק כנ"ל. אך אין זה הכרח. אך רמב"ם פ' י"א מה"מ פ' דשל זה מהני שמחול ושל זה לכפול לא מהני ע"ש:

קושיא הב' מהא דמי שפרע והשליש שטרו כו' שכ' דמיירי ע"כ שהתנה שהמעות יהי' מתנה אם לא יפרע המותר בזמן פלוני דאל"ה נמחל שיעבודו כו' וא"כ כיון שהתנה כנ"ל מחילה הוא ומ"מ חשוב לי' אסמכת' ע"ש. ולענ"ד י"ל בפשיטות דע"כ לא קאמר הרמב"ם דבמחילה אין דין אסמכתא רק היכא דב"כ וב"כ מחילה הוא. אבל בזה הא תני בהדיא מי שפרע מקצת חובו כו' רק שהתנה אם לא כו' לא יהי' זה פרעון רק מתנה ונשאר החוב. וא"כ אי אסמכתא לא קניא אין זה מחילה כלל רק פרעון ואדרבא השטר בטל דהא פרע רק מצד התנאי אם אסמכתא קניא והתנאי מועיל אינו פרעון והי' מחילה ומתנה. והא בהא תלי' ולמה נימא דמחילה אינו אסמכתא. אדרבא אמרינן אסמכתא הוי ואין כאן תנאי והוי פרעון ובטל החוב מיד על המקצת ואינו מחילה כלל כנ"ל:

עוד י"ל דהא לא הזכיר כלל במשנה שהתנה כן שהמעו' יהי' מתנה רק אמר תן לו שטרו כו' רק שאנו נפרש כן ולמה הא יד בעה"ש על התחתונה ונימא כפשוטו שמתחייב. וצ"ל כמ"ש בש"ע היכא שיבטל לגמרי לא אמרינן יד בעה"ש על התחתונה וכאן לא יועיל דנמחל שיעבודו וע"כ כוונתו כנ"ל שיהי' המעות מתנה. אך זה שייך בדבר שיודעין שרצונו באמת בהתחייבות זה שייך איך נפרש כן א"כ יהי' דבר בטל והא רצה להתחייב. ולכך מפרשינן על העליונה. אבל כיון שהוא אסמכתא דלא קניא דאמרינן שאין רצונו כלל בחיוב זה רק להסמיך חבירו שיבא ויפרע אבל אין דעתו כלל להתחייב אם לא יבא. ורק במחילה להרמב"ם אין אסמכתא דמסתמא כשמוחל דבר שת"י חברו עושה באמת ע"ש. וא"כ כאן דאמר רק תן לו כו' רק שאנו נוכיח שכוונתו מתנה דאל"כ לא יועיל החיוב

כנ"ל. והא כיון דאסמכתא הוא ואדרבא אין רצונו כלל להתחייב ומה לו אם מועיל או לא שפיר אמרינן דאינו כוונתו כלל על מחילה ומתנה והוי אסמכתא דיד בעה"ש עה"ת. דאיך נוכיח מזה דא"כ אינו מועיל ולכך נוכיח דכוונתו מחילה. הא אם אין כוונתו רק בחיוב כפשוטו שפיר הוי אסמכתא ובאמת אף שבטל משום נמחל שיעבודו מה בכך הא אינו רוצה כלל להתחייב כנ"ל. ושפיר אי אסמכתא לא קני' לא מפרשינן כלל כנ"ל. ורק אי אסמכתא קני' דאמרינן שבאמת רוצה להתחייב. שפיר מפרשינן מתנה כנ"ל דאל"כ לא יועיל משא"כ אי לא קני' כנ"ל:

עוד י"ל דהרמב"ם לטעמי' שפסק במחייב עצמו בדבר שאינו חייב. שאמר חייב אני לך מנה בשטר אף שלא נתן לו שום שטר רק שהזכיר שטר מתחייב וכן באתם עדי ע"ש בש"ע סי' מ'. וא"כ א"ש המשנה כפשטיה כיון שאמר אם הגיע הזמן כו' תן לו שטרו והיינו שמתחייב עצמו במה שכבר פרע ואינו חייב. מ"מ יתחייב דאף דנמחל שיעבודו מ"מ עכ"פ הזכיר השטר והוי כאומר חייב אני לך מנה בשטר. וא"כ ממילא כיון שהוא חייב הוי אסמכתא כנ"ל. ובל"ז ג"כ קשה מנא לי' להר"ן כה"ג דלמא דוקא במחילה גמורה שזה מוחזק. וכמו דלא אמרינן משטה ושלא להשביע כשכננדו מוחזק אין דרך. להודות בהשטאה וכה"ג דהא יודע שזה מוחזק. וכן אסמכתא דומה לחלוץ שאתן לך ר' זוז וטול דינר והעבירני שאין כוונתו על החיוב רק שיעשה לו דבר זה וחשוב לי' משטה אני בך בש"ס יבמות פ' מ"ח כן אסמכתא חשוב כנ"ל דאין כוונתו על החיוב רק להסמיך דיעשה לו הדבר אם אוביר כו' וכה"ג. ולכך במוחזק ומחילה להרמב"ם לא אמרינן שכוונתו להסמיך רק באמת כנ"ל. משא"כ כאן דהשליש שטרו ומה שהנפקד תופס בחזקת שניהם חשוב כשניהם מוחזקין בו כמ"ש תוס' ריש ב"מ. א"כ אין זה מוחזק כלל דגם הוא תפוס בשטר וע"ז הוא הדין ושייך אסמכתא כנ"ל:

שאני הכא דאמר ליבטלן כו'. פי' הר"ן דהוי הודאה ע"ש. ואינו מובן הא ע"כ הודאה זו בתורת מחילה או קנין. דאם לא כן לא שייך תנאי בהודא' וא"כ כמו דשייך תנאי אי לא אתינא כן שייך בי' אסמכת' ונראה הטעם להפוסקים דמעכשיו לית בי' דין אסמכתא. וא"כ כיון דהוא בתורת הודאה אם לא אתי כו' מודה שבטלין ואם באמת בטלין למפרע אינם כלום א"כ הוי זה מעכשיו שאינו אסמכתא. ואף דבהקנאה דאם מפרשינן מעת קיום התנאי דשייך דאז מקנהו לו. אבל באמר אם לא כו' מודה שהשטר בטל או פסול ממילא הוי מעכשיו דא"א שהודאה תתחיל מכאן ולהבא כנ"ל. ולכך לית בי' אסמכתא. ומיושב לשון הש"ס שאני הכא דאמר ליבטלן כו' ולב' הפירושים של הר"ן אינו מדויק דהול"ל שאני הכא דמחילה הוא או הודאה. ולמ"ש א"ש דהא מתנה זו תיבטל לא

מהני וכמ"ש לעיל דמה"ט אמרינן דכוונתו ליבטלן זכותי' הודאה וכמו התם בטלה היא. ומדויק שפיר שאני הכא דאמר ליבטלן זכותי' וע"כ בתורת הודאה למפרע וחשוב מעכשיו כנ"ל:

עוד י"ל דהא אסמכתא שייך בגזים או מתנה משלו דאמרינן דלא עבידי אינשי דיהבי מתנה ואמרינן מן הסתם לא הי' כוונתו על החיוב שאינו חייב רק להסמיך חברו או שסמך שלא תהי' המתנה כלל. אבל בהודאה אם באמת פסול השטר אינו נותן משלו כלום וראוי לו להודות. וא"כ אם היינו מסופקין שהודאתו באמת אין שייך אסמכתא דדלמא באמת פסול ואינו נותן כלום. וממילא שוב אף שאינו כפי הודאתו מ"מ שוב מהני ע"ז עצמו ההודאה שאינו לחובתו שאינו אסמכתא ועדיף ממפרש דלא כאסמכתא דב"ב פ' ג'פ מיבעיא לי' לש"ס ש"מ שהודה מהו. ועיקר האיבעיא כיון דמתנת ש"מ בכולה דחוזר מאומדנא משא"כ בהודאה אם באמת של חברו ליכא אומדנא. ושוב אף שהוא שלו ומקנה לו בהודאה זו מ"מ מהני שוב ההודאה אף על זה שאינו יכול לחזור אם עמד כמו אם הי' אמת כהודאתו ע"ש. וגם כאן ממש כן דשוב מהני ההודאה אף שהוא קנין כמו אם הי' אמת שאינו אסמכתא כנ"ל:

והלכתא כו' והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב. תמה הר"ן ז"ל הא כל קנין מעכשיו ומעכשיו בל"ז אין דין אסמכתא ע"ש. וי"ל בפשיטות כמ"ש לעיל הא דסתם קנין מעכשיו משום דאל"ה הדר סודר למרי' ולא יועיל כלל. וזה שייך כשיודעין שכוונתו להקנות ודאי כוונתו שיועיל וחשוב כפי' מעכשיו. משא"כ היכא שהוא אסמכתא ואמרינן דאין רצונו וכוונתו כלל לקנין רק שחשב שיבא ולא יקנה כלל. וא"כ איך נוכיח מסתם קנין שכוונתו מעכשיו דאל"כ לא יועיל מה לו אם לא יועיל כיון שאין כוונתו כלל להקנות ולא חשוב כלל סתם קנין באסמכתא מעכשיו רק כשהוא בב"ד חשוב אמרינן דלא מחיך בב"ד וכוונתו לקנין שיועיל ושוב הוי באמת סתמא מעכשיו וממילא שפיר אינו אסמכתא. וא"ש דמהני ב"ד חשוב דלכאורה נהי דאלימי לאפקועי ממונא. אבל למה יפקיעו במה שאינו מן הדין ולהנ"ל א"ש:

הרמב"ם כתב ב"ד מומחין דוקא סמוכין ע"ש בר"ן שתמה. וי"ל הטעם דהא במלתא דלית בי' ח"כ לא עבדינן שליחותייהו ורק במחייב בדבר שאינו חייב כיון שכבר חייב חשוב ח"כ כמ"ש סמ"ע סי' א'. אבל באסמכתא שאינו חיוב כלל רק ע"י שהוא בב"ד חשוב יועיל שיתחייב. א"כ הוי לית ביה ח"כ דאם לא יהי' להם דין ב"ד לא יתחיל חיוב כלל. ושפיר צריך מומחין סמוכין כנ"ל:

לסימן כב

סנהדרין דף כ"ד ע"א

מתני'. **אמר לו נאמן עלי אבא** כו'. משמע דוקא קיבל עליו בפירוש אבל מה שבאו לדון לפניהם לא מקרי קבלה. ולכאורה למה לא הא כ' הפ' גבי יחיד דמה שבאים לדון לפניו הוי בסתם קבלה וכן לענין לילה כ' סמ"ע ס' ה' ובס' מ"ו ובש"ך שם ס' ל' וכאן ע"כ בבאים מעצמם לדון לפניו דאף למ"ד לפני גמ"ד מחלוקת מ"מ קודם שהתחילו לטעון יכול לחזור לכ"ע כמ"ש רש"י בגמ' לפני גמ"ד אחר שטענו. דאל"ה לא עדיפי מב"ד כשר דיכול לומר לב"ד אחר אזילנא וכיון שבאו וטענו א"צ אמירה דהוי קבלה כנ"ל. והי' אפשר דדוקא גבי לילה י"ל דכ"ע ידעי שלילה אין דנין. אבל בתרי כיון דאמר פ"ב דכתובות דאף בב"ד דלא כ' במותב תלתא חוששין שמא סברי דב' שדנו דיניהם דין. וא"כ כאן דמייתי דקיבל בחד ויש עוד ב' כשרים כמ"ש רש"י וא"כ בבאו סתם לדון בפני הב' כשרים וא' קרוב. אין הוכחה שמקבל דשמא סבר דב' דינם דין כנ"ל. ואף דכ' ס' ה' גם לענין יחיד כן מהירושלמי ע"ש היינו לענין יחיד מומחה דבאמת מהני רק אל תהי דן יחידי לזה מהני כיון שאינו בע"כ ע"ש. אבל לענין פסול ודאי או יש לומר שטועה לא הוי קבלה אך זה דוחק:

ונראה עוד למאי דאמר לעיל בש"ס צריכותא דחד כשר בתרי לא חזי לעלמא וקמ"ל אבא ואביך דחזי לעלמא אעפ"כ יכול לחזור לר"מ ע"ש. וא"כ בסתם בבאו לפני ב' כשרים וא' קרוב י"ל דלא קיבל עליו כלל הקרוב רק הב' שיהיו כג' וא"כ לא חזו לעלמא וה"א דמש"ה סבר ר"מ דיכול לחזור כיון שהוא ספק איך הי' הקבלה משא"כ קיבל קרוב דחזי לעלמא וקמ"ל בקיבל בפירוש כנ"ל. ולטעם א' שכתבנו דלכך לא מהני בסתם שבאו לפניהם דשמא סובר דב' דינם דין. ומיושב שיטת רש"י ורמב"ם ז"ל דגם בב' לריעותא מהני ותמהו תוס' למה אמר ר"ד כגון דקיבלי' בחד הוי לי' למימר אפילו דלרבותא הוא כו'. ולמ"ש מיושב דאמר שפיר כגון כו' להיפוך דדוקא בקיבלי' בחד ויש ב' כשרים עמו אז בעי אמירה וקבלה בפירוש במתני' דלא מהני סתם כנ"ל שמא סובר דב' מהני. אבל אם הי' מקבל רק הקרוב בג' לא הי' צריך אמירה כלל דגם באו סתם לפניו לדון הוי קבלה דלא שייך שטועה. ומיושב שפיר דאמר כגון כנ"ל. דמה דנקיט במשנה אמר נאמן כו' כגון דקיבלי' בחד כנ"ל. ובפשיטות צ"ל דנקיט רבותא אליבא דר"מ דאף שאמר בפירוש יכול לחזור בו. ודוחק:

גם י"ל להפ' דבעי קבלה בב"ד דוקא. ויש להסתפק אי צריך קבלה לפני ב"ד ג' כשרים דוקא. או דמהני הקבלה לפני אותו הב"ד עצמו שמקבל אותם דכיון דע"י הקבלה נעשים

ב"ד כשר י"ל דמקרי הקבלה לפני ב"ד כמו גטו וידו באין כאחד. וא"כ י"ל דוקא כשמקבל בפירוש אבל באו לדון לפניו סתם נהי דהוי הרצוי כקבלה דהא רוצה שידונו אבל לא מקרי ב"ד לענין הקבלה שיהי' כקיבל לפני ב"ד דע"ז אין הוכחה ממה שבאו לדין כנ"ל. ולכך נקט אמר כו' דאז סגי בפני אותו ב"ד. ויש לדחות. דגם באמר בפירוש אין הוכחה שמקבל לענין זה שיהי' הקבלה בב"ד. ואי נימא דכיון שנעשים ב"ד על הדין ממילא חשובי ב"ד גם לענין הקבלה א"כ גם בבאו לפניה' סתם שייך כנ"ל. אך באמת דינו של סמ"ע וש"ך דבסתם חשוב כקיבל עליו אינו מוכרח. דא"כ בפסול שחתם בשטר בציוי המתחייב הוי קיבל עליו וכשר. וע"כ הא דלא מהני עדים פסולין בשטר משום דלא מהימנין להו שציוה הלוה לחתום. א"כ פ"ב דכתובות באומרים כ"י הוא אבל פסולין היינו כו' דנאמנים לפסול הא כיון שאמת שציוה אותם לחתום א"כ קיבלם עלייהו וא"כ אינם אומרים כלל שהם פסולין דהא אומרים דקיבל עליו א"כ אף דנאמנים לא יפסול השטר כלל. ואף דכל פסול אינו נאמן שקיבלו מ"מ הא התם לא ידעינן שפסולין רק מפיהם והפה שאסר כו'. ובשלמא לענין הלואה דלא מהימני להיות מלוה ע"פ עכ"פ במיגו. דהוי מיגו להוציא כיון שמודים דאין כאן עדות לא הוי שטר כמו בשטרא זייפא כו'. אבל להנ"ל הא אומרים שהשטר כשר ועדותן כשר ומהני המיגו לעשות שטר כשר כנ"ל. ויש לדחות קצת:

עוד קשה מדברי הגאונים ורמב"ם בשטר שחתומים כשרים ופסולין דאמרינן דאינו בטל משום דעדים החתומים כו' כנחקרה ומסתמא לא ישבו כולם לחתום כו' אבל ביש עדים שישבו כולם לחתום בטל ע"ש. ונימא ג"כ כמי שנחקרה והשטר אמת וממילא קיבל עליו הפסולים כיון שציוה לחתום ואין כאן פסול כלל כנ"ל. ויש לדחות דגם על העדות של הקבלה מעידים גם הפסולים והוי לענין זה ג"כ נמצא א' כו'. ודוחק:

אך מתוס' מוכח כסמ"ע וש"ך פ"ק דסנהדרין אהא דאמר רשב"ג יפה כח פשרה מכח דין כו' דב' שדנו יכולין לחזור כו' והקשו תוס' במה יפה הא פשרה רק בקבלו וזה מהני גם בדין ותירצו כשאומר דונו כמו שרגילין. ואי בסתם לא הוי קבלה לא הוי קשה כלל. וכן משמע מהרא"ש ז"ל שכתב גבי יחיד מומחה דדן יחידי דע"כ ע"י כפי' דאי בקיבל עליו אף שאינו מומחה מהני ע"ש. וע"כ כנ"ל דאל"ה י"ל בסתם שבאים לדון שאינו מומחה לא מהני ומומחה מהני. אך באמת פשטא דש"ס דיפה כח פשרה מכח דין משמע באמת בסתם ובדין לא מהני אף שבאו לפניו ובפשרה מהני. ותירוץ תוס' דחוק מאד מה שייך רגילות בפשרה הא לעולם אינו רק כשבאים ברצוי. גם הפלוגתא דר"מ ורבנן אי פשרה ביחיד או בג' דמקיש פשרה לדין ומה בכך כיון שברצוי הוי קבלה וגם בדין מהני. וצריך

לומר לשיטת תוס' דג"כ הפלוגתא היא דר"מ סבר שראוי להיות הרגילות של פשרה בג' כמו בדין ולכך באומר עשו פשרה כמו שרגילין צריך ג' וזה דוחק גדול דאיך שייך ע"ז היקש מקרא. ועוד תמוה לי דא"כ איך דייק ר' אשי התם דפשרה א"צ קנין דאי צריך קנין לר"מ לסגי בתרי וליקני מני'. ומה קושיא הא גם בלא קנין תסגי בתרי ורצוי דידהו דהוי קבלה וע"כ דהפלוגתא איך ראוי להיות כנ"ל. וא"כ גם בקנין לא קשה כיון שהקנין הוא כמו שרגילין כנ"ל. ויש לישב דתוס' לטעמייהו דתרתי לריעותא בעי קנין גם בדין וא"כ א"ש דפשרה דהוי שלא כדין א"כ לר"מ דדין פשרה בג' שוב הוי, בתרי לעשות פשרה כמו בדין ב' לריעותא שמקבל א' לעשות פשרה חוץ מן הדין ואי פשרה א"צ קנין א"ש פלוגתייהו דלר"מ דדין פשרה בג' א"כ עכ"פ אף ברצוי בעי ג' דמקשינן לדין וממילא במקבל ב' בפשרה לא מהני בלא קנין כמו בדין פסול במקום ג' אבל לרבנן דדין פשרה ביחיד הוי רק חדא לריעותא דהא דינו ביחיד אבל אי בעי קנין תסגי לעולם בב' דאף בב' לריעותא מהני קנין כנ"ל. אך זה ג"כ דוחק. ועוד דהא לר"מ קיימינן ולדידי' אף בחדא לריעותא יכול לחזור בו כמבואר במשנה כאן וא"כ אם הי' פשרה ריעותא גם בג' הי' צריך קנין כנ"ל. וי"ל בדוחק. ולרמב"ם ורש"י דגם בב' לריעותא מהני קבלה א"כ א"א לומר כנ"ל ומוכח דבסתם לא הוי קבלה כלל כנ"ל. וכן נר' מרמב"ם ז"ל גבי יחיד מומחה ע"ש:

אמר נאמן עלי כו'. משמע א' אמר. ואף דהב' לא קיבל עליו ואם יפסוק לחוב הב' לא יועיל. ולכאורה כזה אינו דיין וכמו אוהב ושונא דמשמע דפסול לגמרי אף לחוב כיון שאינו דיין רק לצד א' ואינו מוכרח. גם די"ל דזה. בכלל הקבלה ומה בכך אם גם הא' חשוב פסול ג"כ מה שאינו דיין רק לחובתו הא קבלו עליו אף שפסול. ויש ב' פסולים בא' חשוב רק חדא לריעות' וי"ל דהיינו דקמ"ל בדיינים יותר מעדים דבעדים ליכא רבותא הנ"ל דדוקא בדיין צריך להיות כשר שיפסוק משא"כ עדים. גם י"ל אי ב' דינם דין רק משום דקבלו הוי כאדעתי דג' דג' יתבו א"כ לחוב השני לא יתבו רק אדעת' דב' ויהי' מהני:

אבא כו' נאמן עלי אביך כו'. למה נקיט שניהם וי"ל משום דבש"ס אמרינן דקרובים אין הפסול דמשקרי משום אהבה רק גזה"כ. וכתב הטור דהא גם לחוב לא מהימני ע"ש. וגבי אבי חתן ואבי כלה יש פ' דאף שכשרין להעיד פסולין לדון משום אוהב דקי"ל כשרין להעיד ופסולין לדון ע"ש. וא"כ בקרוב לזכות לדון יש ב' פסולין מצד גזה"כ דקרוב וגם מטעם אוהב דפסול לדון והם ב' פסולין נפרדים. וא"כ בנאמן עלי אבא אינו רק רק חד פסול וקמ"ל באביך דיש ב' לריעות' מצד קרוב ואוהב ואעפ"כ מהני דלא חשוב ב' לריעות' רק פסול במקום ב' אבל במקום א' אף דיש בו ב' פסולין כגון קרוב וגזלן מ"מ הוי

רק חדא לריעות' כנ"ל. וא"ש דלא נקיט המשנה הדין בעדות רק בדין דבעי לאשמעינן כנ"ל ובעדות אוהב כשר ואין הפסול רק מצד קרוב כנ"ל גם י"ל דקמ"ל דלא קבלו רק אחד עליו. דאם קיבלו שניהם א"כ נאמן עלי אבא הוי נגד הב' נאמן עלי אביך ובחד סגי וקמ"ל דרק א' קבלו ומה"ט פלגינהו לב'. ויש רבותא דמהני כה"ג אף דלא יועיל רק כשיפסוק חובתו וכנ"ל:

גמ'. אמר ר"ד כגון דקיבלי' עלי' בחד. ופרש"י שיש עוד ב' כשרים ולרבותא דר"מ כו' ותוס' דחו מדאמר כגון כו' וע"כ דוקא בחדא לריעות' אבל קרוב כג' לא מהני כו'. והנה לשמואל דב' שדנו דיניהם דין כו' ולהפ' כוותי' קשה כיון דיש עוד ב' כשרים איך יוכל לחזור בו אף דחוזר קודם גמ"ד יוכלו הב' לגמור אף לכתחלה וכקושית הש"ס ריש פ"ק אשמואל מהא דא' אומר א"י יוסיפו להוי כב' שדנו כו' וגם כאן קשה. וע"כ צ"ל כתירוץ הש"ס דהתם דשאני דמעיקרא אדעת' דג' יתיבו וכיון שא' אומר א"י גרע ע"ש. וכן כאן כיון שמתחלה קיבל הפסול והי' ג' מגרע גר וכשחוזר בו אח"כ ומהני החזרה שוב אין הב' יכולין לגמור כיון דיתבו אדעת' דג'. או י"ל דשם פריך שפיר כיון דב' מסכימים משא"כ הקבלה ככשר ואם הוא ואחד יאמרו חייב יהי' חייב אף שכשר א' יאמר זכאי. והנה הטעם דיוכל לחזור במחול לך הוא כמ"ש תוס' לעיל דדמי קצת לטעות שאם הי' יודע שיפסוק כן לא הי' מקבל פסול לכשר דדמי לאסמכת' דגזים כיון דפסול מה"ת. וא"כ זה שפיר אי בעינן ג' ובאמת פסול. אבל לשמואל כנ"ל דאדרבה בלא קבלתו הי' כשרים אף בלא הפסול דב' שדנו מהני אם הי' מתחלה רק ב' וע"י הקבלה שקבל הפסול ויתבי אדעת' דג' ע"י זה לא יועיל, א"כ לענין זה שלא יגרע מחמת הקבלה עכ"פ לא הוי גזים דלא שייך בטעות דהא אם לא הי' מקבל הי' הב' כשרים בלא הפסול. ולא שייך דאם הי' יודע לא הי' מקבל הפסול דאם לא הי' מקבל היו הב' כשרים בלא הפסול. ומיושב מה דקשה למה לי' הא דתני ג' רועי בקר הא הנך עדיפי מפסולין כמבואר לעיל בש"ס דהוי כחזו לעלמא כיון דאין פיסולם רק משום דלא גמירי ע"ש. וצ"ל דהרבותא הוא דמרישׁ' לא שמעינן רק פסול א' וקמ"ל בג' פסולין בכשרין דמהני. אך לשמואל דסגי בחד דגמיר כמ"ש ח"מ ס' א' וא"כ גם בג' רועי בקר הוי רק חד פסול במקום כשר ועדיף משאר פסול ולא צריך כלל דמוכח מרישא. ודוחק לומר דגם זה רבות' לר"מ. ועוד דלר"מ ליכא רבות' כלל דסבר לעיל דצריך מה"ת ג' דלא כשמואל דהא סבר פשרה בג' משום דמקשינן לדין וא"כ לדידי' הוי ג' פסולין דצריך ג' גמירי וגרע מרישא ולרבנן עדיף מרישא. א"כ קשה לשמואל למה לי' כלל הא דג' רועי בקר שאינו רבות' לא לר"מ ולא לרבנן כנ"ל:.

אמנם למ"ש מיושב דלשמואל לא הוי מוכח כלל מרישא דהוי אמרינן הטעם דא"י לחזור לרבנן משום דקבלי' רק בחד ויש עוד ב' כשרים א"כ לא הוי גזים דעכ"פ מהני הקבלה שלא יגרע מחמת הקבלה כיון דאם לא הי' הפסול הי' כשר בב' אי לא יתבי אדעת' דג' כנ"ל. ור"מ סבר שפיר דיכול לחזור דלטעמי' דבעי ג' מה"ת ושפיר צריך להקבלה ויכול לחזור. וא"כ בג' רועי בקר דבלא הקבלה לא הי' מהני כלל י"ל דגם לרבנן יכול לחזור כיון דג' לא גמירי פסולין וצריך להקבלה. ולכך תני סיפא ג' רועי בקר דאעפ"כ א"י לחזור לרבנן דאין הטעם כנ"ל רק אף דכשר רק מחמת הקבלה מ"מ א"י לחזור. ושוב ממילא אין חילוק בין קיבל פסול בחד או בג' כיון דאמרינן גם בצריך להקבלה מהני שוב גם בב' לריעות' דאין סברא לחלק דס"ד כנ"ל. משא"כ עכשיו דתני הא דג' ר"ב. ומיושב הא דאמר כגון דרישא איירי באמת בקיבלי' בחד דלא הוי שמעינן מג' רועי בקר לר"מ דבעי ג' גמירי א"כ הוי ג' פסולין ואשמעינן רישא לר"מ בחד פסול וב' כשרים ג"כ יכול לחזור. ומהא לא הוי שמעינן לרבנן די"ל דוקא בב' כשרים דלא מגרע הקבלה וקמ"ל סיפא. דג' רועי בקר לרבנן דא"י לחזור ושוב, לעולם א"י לחזור לרבנן גם בב' לריעות' דאין חילוק:

עוד י"ל למ"ש לעיל דאי בעי קבלה לפני ב"ד דוקא כהגי"א. וי"ל דלפני אותו ב"ד שמקבל לא מהני כיון דעדיין פסולין בשעת הקבלה. וא"כ קשה במשנה דתני' סתם נאמן עלי כו' ומשמע דלא קיבל עליו בפני ב"ד אחר כלל רק בפני אלו שמקבל. ואמנם לשמואל דב' שדנו מהני. וא"כ כיון דאיירי בקבלו בחד ויש עוד ב' כשרים וע"כ הא דיכול לחזור הוא משום דאדעת' דג' יתבי כנ"ל וכדמשני הש"ס ר"פ. וא"כ זה שפיר לענין גוף הדין כיון שכבר קיבל הפסול א"כ ישבו על דעת ג' וכשחוזר אין הב' יכולין לגמור. אך לענין גוף הקבלה אי אמרינן דבשעת הקבלה אין הפסול נחשב לכשר עדיין א"כ שוב מהני דהשנים הם ב"ד דלענין שיהי' הקבלה לפני ב"ד לא ישבו מעולם אדעת' דג' שמקבל הפסול לפני ב' כשרים והם רק ב' בתחלת הקבלה כיון שאין הפסול נחשב ושוב הוי קבלה לפני ב"ד ושפיר א"י לחזור. דממ"נ אי נחשב לענין הקבלה הפסול ככשר א"כ יש כאן ג' ואי אינו נחשב א"כ לא יתבי אדעת' דג' ומהני לפני ב'. וכן בג' רועי בקר למ"ש מהרי"ט דלענין מה דא"צ משא ומתן אף ג' דלא גמירי הן ב"ד כשרים ע"ש. וא"כ לענין הקבלה מהני שיהי' חשוב קבלה בב"ד כנ"ל. וא"כ מיושב פרש"י דאמר כגון דקיבלי' בחד ויש עוד ב' לכך לא תני שקיבל עליו לפני ב"ד אחר כנ"ל. אבל בקיבל פסול במקום ג' או ג' פסולין צריך לקבל בפני ב"ד כשר כיון שגם לענין הקבלה אינם ב"ד כנ"ל אבל בקיבל לפני ב"ד שפיר מהני אף ב' לריעות'. רק הא דלא נקיט באמת במשנה בקיבל בב"ד דמהני אף א' במקום ג' ע"ז י"ל דקמ"ל רבות' לר"מ דגם במקום א' יכול לחזור כנ"ל:

הנה תוס' ורי"ף פירשו דוקא קיכלי' בחד אבל פסול במקום ג' גם לרבנן יכול לחזור בו מדאמר כגון כו'. ולכאורה אינו מובן כלל החילוק בין חד או במקום ג' אי מועיל הקבלה יועיל גם במקום ג'. ורמב"ן ז"ל כתב דבמקום ג' הוי גוזמא וכמו אם אוביר כו' אשלם אלפא זוזי דהוי אסמכתא ולא קני. וזה נראה טעם הגאון דכ' דהוי קנין בטעות ע"ש ברי"ף. והיינו דכל אסמכת' כעין טעות שאם הי' יודע שיאמרו כך לא הי' מתחייב. ובדיינים כ' נ"י הטעם דאינו אסמכת' דאינו מוותר רק כד"ת ול"ד לפשרה ע"ש. אבל עדים פסולין הא ע"פ דין אין נאמנים כלל והוי כפשרה וכאסמכת'. וי"ל דגרע מפשרה דמהני בי' קנין אף דבאסמכתא בעי ב"ד חשוב. וכמ"ש תוס' פ"ק רק דומה לאסמכת'. וה"ט דפשרה גם כן היושר כן ודמי לאם אוביר אשלם במיטב אף דפטור מדינא מ"מ כיון שראוי אינו גזים. אבל בעד פסול כב' דאינו ראוי כלל וגזים י"ל דהוי אסמכתא גמורה וגם קנין לא מהני דהי' סבור שלא מעיד נגדו שקר. ודוקא כחד אינו גזים משא"כ כב'. ומיושב תמיהת הרי"ף עליו מהא דמהימנת כבי תרי דבע"ד גופי' מהני. די"ל כחילוק הגמ' בדור לי דכשתולה בדעת בע"ד גופי' אדרבה לאו אסמכתא הוא דתולה בדעת עצמו ע"ש:

עוד י"ל דהטעם דבעדים פסולין לא הוי אסמכת'. כמו דאמר ב"מ פ' א"נ שתי שכרא ביומא כו' לאו אסמכת' דהא אם לא הי' רצונו באמת כן הי' לו לבקש מעות וע"כ שמרוצה ע"ש מאן דפליג משום לפכוחי פחדא ע"ש. וא"כ כיון דקי"ל לפני גמ"ד יכול לחזור ובעדים אף אחר שהעידו קודם גמ"ד יכול לחזור. וא"כ בשלמא פשר' או בדין שייך דהוי אסמכתא דקודם שפסקו לא ידע איך יפסקו ואחר שפסקו הא א"י לחזור. אבל בקיבל פסול להעיד היך יהי' אסמכתא הא כשראה שהעיד נגדו הי' יכול לחזור מקבלתו לפני גמ"ד. וכיון דלא חזר בו ע"כ רצונו כן ועדיף משתי שכרא דלא ביקש לבטל הקנין כנ"ל דהא הי' בידו כנ"ל. ולכך לא הוי אסמכתא וא"כ זה שייך בקיבלי' בחד דמועיל בלא קנין. אבל קיבלי' כב' דגזים ולא מועיל רק בקנין. ובקנין לא מצי הדר בי' גם קודם גמ"ד א"כ שוב אדרבה מגרע גרע דשוב הוי אסמכתא דא"י לחזור אחר שהעידו ושוב גם קנין אינו מועיל רק ב"ד חשוב ככל אסמכתא כנ"ל. ויש לדחות קצת דשם בשתי שכרא אף לפי שהי' סבור שקנין שלו קיים הי' לו לבקש אחר מעות דהא כך התנה אם לא יתן ליום פלוני כו' משא"כ כאן הי' סבור שתנאי קבלה שלו קיים ולכך לא חזר בו דכה"ג חשוב לי' מחילה בטעות בשמיט ואכיל ע"ש דהי' סבור דאסמכתא קונה. ואינו מוכרח:

עוד י"ל דמה"ט לא הוי כלל בעדים אסמכתא. דאיך שייך דגזים שיהי' נאמן פסול כב'. הא ע"כ הטעם דלפני גמ"ד יכול לחזור משום דהוי כלאחר שמתחייב לאחר שיפסקו ולכך יכול לחזור קודם גמ"ד כמו כל הקנא' דלאחר ל' וכה"ג. וא"כ שוב קבלה זו דלאחר

שיפסקו הב"ד כשמעידו הפסול אינו גזים כלל דהא כשיראה שיעיד נגדו יוכל לחזור בו קודם הגמ"ד. וא"כ חיוב זה דלאחר שיפסקו הב"ד ע"פ עדות הפסול לאו גזים כלל. ולא הוי אסמכתא ולכך כשלא חזר וגמרו הדין מהני וא"י לחזור אחר גמ"ד. אבל בקיבל פסול כב' דלא מהני בלא קנין רק בקנין יועיל דקנין מעכשיו הוא וגם לפני גמ"ד א"י לחזור בו א"כ שוב חיוב זה דמעכשיו הוי גזים ואסמכתא דהא לא יוכל לחזור כלל ולא מהני כלל דסבר כהפ' דגם מעכשיו לא מהני באסמכתא בלא אתפיס וב"ד חשוב ושפיר פ' הגאון דלא מהני. וממילא גם אחר גמ"ד מצי הדר בי'. דא"א לומר שהקנין על אחר שיפסקו דא"כ הדר סודר למרי' ולא מהני כנ"ל. משא"כ בבע"ד גופי' לאו אסמכתא הוא כלל כנ"ל. ובל"ז תמוה לע"ד קושית הרי"ף ז"ל. דהפי' הפשוט מהימנת עליו כו' דאמרת לא פרענא כו' שבשעת הלואה התנה כן. וכ"כ נ"י דלכך הוי כקנין כיון שהי' בשעת מתן מעות ע"ש. וא"כ מאי גזים הוא זה הא הי' בידו שלא לפרעו אלא בב"ד או בכתב ידו. דאינו מחויב לפרעו בענין אחר. וכיון שבשעת הנאמנות לא הוי גזים שפיר מהני בקנין. ועל מה שפרע אח"כ לא שייך דהי' סבור שלא יאמר לא נפרע דזה אפסיד אנפשי' כיון שבשעת התנאי לא הי' גזים משא"כ כאן. ועוד דשוב ראוי להיות נאמן באמת שלא נפרע כמו חזקה דא"א שאינו מחויב וכאל תפרעני אלא בעדים וא"כ אף שהאמינו כב' עדים שוב הוי רק כחד כשר במקום ב'. כיון דבל"ז נאמן מטעם חזקה כנ"ל וא"ש:

שם מחלוקת במחול לך כו' וריי"א באתן לך כו'. וק' דהא במשנה סתמא קתני נאמן עלי כו' א"י לחזור בו כו'. והנה יש להסתפק כאן דאמר במחול לך כו' והא אבא ואביך פסול לזה כמו לזה וע"כ צריך שיקבלו עליו שניהם ואעפ"כ נאמר דלא מהני הקבלה רק נגד זה שמוחל והיינו כשפוסקים זכאי ואם פוסקים חייב יכול הנתבע לחזור דנגדו לא מהני דהוי אתן לך. אמנם למה לא יוכל גם זה לחזור וכמו במקח היכא שא' יכול לחזור יכול גם השני לחזור כמ"ש הנ"י ב"מ פרק הזהב דלא קנה רק כשיגמר המקח גם נגד הב'. וכן בהנ"ל כיון שקיבלו שניהם הפסול ונגד זה דאתן לך לא מהני ממילא גם הנתבע יוכל לחזור. שלא קיבל רק כשיהי' הספק בשוה שאם יחייבו יהי' מהני ג"כ כנ"ל. וכיון דנגד זה דאתן לא מהני גם נגדו לא מהני:

והנה נראה די"ל להיפוך ג"כ דשוב גם זה דאתן לך לא יוכל לחזור בו. למ"ש הרמב"ן ובח"מ סי' ל"ט בלוה שכתב שטר בציוי המלוה נתחייב להלות לו כיון שזה קנה החיוב שלו והשיעבוד נתחייב זה להלוות כמו קנין סודר וחליפין כו' ע"ש. וא"כ כיון דקנין מהני גם באתן לך ומחול לך מהני בלא קנין. א"כ בקיבלו שניהם שוב הוי כקנין גם נגד זה דאתן לך דכיון דקבלת התובע נגמר בדבור דמחול לך מהני א"כ שוב נתחייב זה בחיוב

כנ"ל כיון שע"פ קבלתם מחל זה. ומחילת מלוה קי"ל דהוי מעות דקונה. א"כ קיבל זה המחילת מלוה דנגמר בדבור ושוב נתחייב זה כמו קנין סודר וחליפין דקנין מהני נגד זה דאתן לך ושפיר נתחייב כנ"ל וא"כ יש לפרש כאן מחלוקת במחול לך כו' היינו כדתני סתמא שקיבלו שתיהן ממילא מהני הקבלה לגמרי לרבנן כיון דנגד זה דמחול לך מהני שוב מהני קבלת הנתבע ג"כ כמו בקנין כנ"ל. ור"מ סבר דגם זה דמחל יכול לחזור ולא מהני ממילא כלל. אבל באתן לך היינו אתן לך לחוד שלא קיבל עליו השני כלל למחול רק הנתבע לבד קיבל שאם יחייבוהו יהי' חייב:

ואם פוסקים זכאי באמת לא מהני כיון שהב' לא קיבל. ובזה ד"ה יכול לחזור שלא נתחייב בדבור לחוד כנ"ל. ולר"י י"ל להיפוך דסבר באת מחלוקת והיינו ג"כ כדנקיט סתמא דקיבלו שניהם י"ל כיון דנגד זה דאתן לא מהני שוב גם התובע יכיל לחזור ולא נמחל כלל דלא קיבל רק אם יועיל גם נגד הב'. אבל במחול לך לבד שלא קיבל רק הוא ד"ה א"י לחזור דמחיל' מהני כיון דלא תלוי בהב' כנ"ל. אך הלשון במשנה משמע באמת שלא קיבל רק א' דתני אמר נאמן עלי כו' ולא תני אמרו נאמן עלינו פסול. וי"ל דמזה עצמו דייקי שמואל ור"י מדלא נקיט בקיבלו שניהם ע"כ דלא פליגי רק באחד וסבר שמואל דמחלוקת רק לגבי קבלת התובע ולר"י להיפוך והוצרך למנקיט רק בחד וי"ל דאם היו מקבלים שניהם הי' מהני גם לגבי הנתבע או להיפוך דלא הי' מהני כלל כנ"ל:

ומיושב מ"ש לעיל דלא נקיט בבאו מעצמם לפניהם דהוי קבלה די"ל להיפוך בבאו מעצמם הוי קיבלו שניהם ולא הי' יכול לחזור כלל ולכך נקיט אמר נאמן וכיון שהא' אמר שוב אף שבאים שניהם אחר כך מעצמם לא הוי קבלה מהב' דאין ראיה כלל מה שבא לדון שמקבל עליו אם יפסוק כנגדו רק שבא משום קבלת הב' שקיבל עליו וכשיחייבו אותו שקיבל יועיל אבל לא כשיחייבו אותו אבל אם לא הי' קבלה בפירוש כלל רק מה שבאו שניהם מעצמם לדון לפני הפסול א"כ הי' שפיר קבלה משניהם כנ"ל והי' כקנין כנ"ל. ולכאורה יש נ"מ לדינא ג"כ להפ' דבמחול לך גם לפני גמ"ד א"י לחזור רק באתן לך. וא"כ י"ל דבקיבלו שניהם עליהם הפסול דגם זה דאתן א"י לחזור אף לפני גמ"ד דהוי, נגדו כקנין כיון דמהני מחילה של זה. אך נראה שאינו כן דאין שניהם כא' אם יחייבו לזה אין זה מוחל וכשיזכו זה ומוחל אין זה מתחייב. ובמה מתחייב הא כשמחויב לא קנה הוא כלום. אך הספק דשעת התנאי י"ל חשוב ממון. ואינו נראה. רק איידי דבעי למיקני גמר ומקני שייך כמ"ש תוס' במשחק בקוביא דלא חשוב אסמכתא מה"ט גם נראה דאף שקיבלו שניהם והמתחייב יכול לחזור מ"מ המוחל א"י לחזור. דהא הרמב"ם פסק ע גבי אם אני חוזר ערבוני מחול לך והלה אומר אכפול כו' שהמחילה מהני וזה לכפול אינו

מחויב ע"ש. אך י"ל כשלא אמרו והתנו ביחד. אבל התנו ביחד ן מקח וממכר י"ל דתלי' חד באידך כנ"ל:

הרי"ף הביא דברי הגאון בקיבל חד פסול לעדות במקום ב' אפי' קנו מידו בפני ב"ד לא מהני דקנין בטעות הוא דרחמנא אמר ע"פ ב"ע יקום דבר כו' והרי"ף הביא ראיה דמהני ממהימנת עלי ע"ש. ותמוה מאד דבחי הגאון. הא חד פסול נימא ג"כ דרחמנא אמר לא יומתו כו' ואל תשת כו'. וכן דחה הרא"ש ז"ל וכ' על הגאון שדבריו אינם כלום מטעם הנ"ל. אולם מהתימה לחשוב לגאון לטועה בדבר פשוט. והרי גם הרי"ף הוצרך לראיה נגד דבריו. אבל לא כמ"ש הרא"ש ז"ל. וכן לשון קנין בטעות אינו מובן כלל. וכבר כתבתי לעיל בעזה"י לפרש דבריו בפשיטות דקרי טעות אסמכתא דאדעתא דהכי שיעיד כן לא נתחייב דהי' סבור שלא יעיד שקר, וסבר כהרמב"ן ז"ל דב' לריעותא מקרי גזים ולכך בעי קנין דהוי כאסמכתא וכפשרה דצריך קנין מה"ט כמ"ש תוספ' פ"ק משא"כ חדא לריעותא. דע"כ לומר כן לרוב הפו' דבב' לריעותא צריך קנין. והגאון סבר דבשלמא בקיבל פסולין לדון שייך שפיר חילוק הנ"י מאחר שקיבלם רק לדין תורה ל"ד לפשרה דהא אינו מתחייב כלום משלו ואם יטעו או ידונו שלא כדין יברר ששלא כדין ולא ישלם. ולכך לא גזים כ"כ דאינו רק שיסמוך על פסק שלהם כשלא יברר ולכך בחד פסול אף בלי קנין מהני. ובב' קנין בעי. או אפשר דסבר כרש"י דגם בב' לא בעי קנין דל"ד לפשרה מאחר שרק לדין קיבלו. ורש"י דייק באמת לפרש המשנה רק לדיינם בג' מקומות ע"ש. אבל קיבל עד פסול במקום כשר דיחייבוהו ע"פ עדים פסולין זה שלא כדין ממש וגרע מפשרה. והוי ממש אסמכתא דחשוב שלא יעיד נגדו בשקר. ואסמכת' גמורה אף קנין לא מהני להרבה פוסקים. ורק קיבל חד פסול במקום כשר לא גזים כ"כ ומהני בלי קנין. ובאמת הדין דיכול לחזור בו לפני גמ"ד דהיינו אף אחר שהעיד קודם גמ"ד דהחיוב לאחר שיפסקו הב"ד על פיהם ושוב אינו גזים דכשיראה שמעיד שקר יוכל לחזור בו ולכך מהני. אבל קיבל חד פסול במקום ב' דבלא קנין ודאי לא מהני דלא עדיף מדיינים ורק שיועיל ע"י הקנין. וע"כ לא מהני ממ"נ אם החיוב רק על אחר שיפסקו הדר סודר למרי' ואם יהי' החיוב מעכשיו ושלא יוכל לחזור גם לפני ג"ד כדאמר הש"ס לפני גמ"ד וקני כו' אין אק"כ כו' שוב הוי אסמכתא גמורה דהא לא יוכל לחזור בו כלל וגם קנין ומעכשיו לא מהני. ושפיר אמר הגאון דלא מהני. רק יש לפרש בדבריו ב' פירושים או דסבר דלא מהני כלל ואף לאחר גמ"ד יכול לחזור בחד פסול במקום ב' וכנ"ל. או אפשר דסבר דבאמת בלא קנין לא הוי אסמכתא כלל בעדות כיון דהחיוב לאחר שיפסקו הב"ד ע"פ עדות הפסולין ויוכל לחזור בו אחר שיראה שהעידו שקר. א"כ חיוב זה אינו גזים כלל.

ואדרבה דוקא בדיינים או בפשרה שייך שדומ' כמו אסמכתא אף דהדין לפני גמ"ד יכול לחזור. והחיוב על אחר שיפסקו מ"מ הוי אסמכתא דקודם שפסקו אינו יודע היך יפסקו ואחר שפסקו הוי אחר גמ"ד דא"י לחזור משא"כ בעדים שיכול לחזור אחר שהעידו קודם גמ"ד שוב אין כלל אסמכתא. ומהני באמת לענין שאחר גמ"ד א"י לחזור בו:

לסימן כה

שיקול הדעת

סנהדרין דף ל"ב ע"א

משנה. ד"נ מחזירין לזכות ואין מחזירין לחובה. הא דמחזירין לזכות מיותר לכאורה דפשיטא ובש"ס יליף לה מקרא נקי וצדיק דאף שנגמר הדין לחוב מחזירין כיון שהוא נקי באמת וכן להיפוך מצדיק כו'. ותמוה למה לי קרא הא גם בממון מחזירין וא"צ קרא רק להא דאין מחזירין לחובה אבל לזכות מהיכי תיתי דלא נחזיר הדין כשטעו. וצריכא למימר דלא נהרוג מי שאינו חייב מיתה. ולפי לשון הברייתא לקמן אמר א' יש לי ללמד עליו זכות כו'. אפשר דס"ד כיון שכבר גמרו הדין לחוב אין חוששין לדברי הא' שאומר שיש לו לימוד זכות כיון שלא נודע עדיין להב"ד אם יש ממש בדבריו אמרינן מסתמא אין ממש בדבריו כיון שהוסכם לב"ד וגמרו הדין לחוב הוי מילתא דלא שכיח לחוש לטעות. וקמ"ל מקרא דנקי אף דלכאורה ע"ז דנין שאינו נקי דבשלמא אי הפי' כפשטי' מוכח שפיר מנקי כיון שטעו אבל למ"ש א"כ אמרינן שאינו נקי מסתמ' מ"מ קרא יתירא אתי כיון דיש צד חשש שהוא נקי מחזירין כנ"ל. אך עדיין קשה נהי דגם בד"נ הולכין אחר הרוב ולא חיישינן למלתא דלא שכיח מ"מ באיכא לברורי מבררינן ובקדושין גבי שלח ואחווי מבואר שם דאף במקים שאין ע"א נאמן כלל מ"מ במה שאומר שיכולין לברר מיד נאמן שנצרך לברר וכ"ש דיני נפשות כיון שאפשר לראות אם יש ממש בדבריו. ואפשר דחשבינן לי' מיעוטא דמיעוטא דלא שכיח כלל שיטעו ואף דאיכא לברורי א"צ לברר כמו שכ' הרא"ש דלא בדקינן אחר ח"י טריפות ע"ש. אך בש"ס חולין י"ב משום איבוד נשמה דהאי נונוולי' משמע דגם מיעוטא דל"ש חיישינן היכא דאפשר לבדוק משום הצלת נפשות ע"ש. אך אפשר דילפינן מדכ' כבר כאן נקי אל תהרוג כנ"ל. דאף שיש צד רחוק שנקי צריכין לברר כנ"ל. ודוחק. גם י"ל דדוקא התם קודם גמ"ד מחויבין לחוש ולברר כיון שאין הפסד במה שנבדק רק ניוול משא"כ אחר גמר דין דיש עינוי הדין כדאמר בש"ס לקמן ליגמר דיני' כו' נמצא מענה כו'. ה"א דלא ניחוש למיעוט של שכיח כלל ולענה דינו קמ"ל כנ"ל. ומ"מ דוחק שלא נחוש בהצלת נפשות במה שבידינו לברר מיד. ועוד דגם בסיפא דברייתא נקיט האי לישנא אמר א' יש לי ללמד חובה דאין מחזירין

והתם הדין אף בודאי טעות אין מחזירין ולמה לא אשמעינן רבותא בודאי טעות בזה עיקר הדין דבעי לאשמעינן אף שודאי בטעות פטרוהו אעפ"כ אין מחזירין לחובה כנ"ל. וע"כ דפי' הברייתא אמר אחד היינו אף שידענו שהאמת אתו א"כ עדיין קשה כנ"ל. והי אפשר לומר דמקרא זה עצמו ילפינן דבדיני ממונות יש פעמים שכשכבר נגמר הדין אין מחזירין עוד והיינו בטעות בשיקול הדעת שאין בירור גמור שטעו אף שאם הי' הב"ד יודעין מתחלה מהסוגיא דעלמא לא היו פוסקין כן מ"מ כשכבר פסקו ואין כאן ודאי שטעו אין מחזירין הדין שנגמר כבר ולכך אמרה תורה בד"נ אינו כן דכיון שהוא נקי מחזירין הדין. וכן להיפוך לחובה אף בגווני דבד"מ מחזירין היינו בטעות בדבר משנה מ"מ בד"נ אין מחזירין דצדיק כו'. והי' טעם נכון מאי דאמרינן בטעות בשיקול הדעת דמה שעשה עשוי דנדחקו הפוסקים מאד למה כיון שטעו ודאי דהא משלמין מביתם למה יתקיים הדין. ולמ"ש י"ל דילפינן לה מדאורייתא מהך קרא דנקי אל תהרוג דמוכח דבדיני ממונות איכא גווני דאף שטעו אין מחזירין הדין. וכמו דיליף הש"ס ריש מכות מהא דע"א כו' למות כו' דעדות מיוחדת כו' מוכח דבדיני ממונות כשר ע"ש ובכמה דוכתי יליף כנ"ל. וכן כאן מוכח שפיר דמה"ת איכא גווני בד"מ שאין מחזירין וע"כ היינו בש"ה כנ"ל. אך מדכל הראשונים לא פי' כן ע"כ לא ס"ל כנ"ל:

ונראה דמוכח מלשון המשנה דלא כנ"ל דא"כ הוי לי' למיתני ב' רבותות וחילוקים בין ד"נ לד"מ ד"נ מחזירין לזכות וד"מ אין מחזירין היינו בש"ה. ולחובה בד"מ מחזירין וד"נ אין מחזירין בדבר משנה כנ"ל. ומדנקיט רק ד"מ מחזירין בין לזכות כו' וד"נ מחזירין לזכות כו' משמע דלענין החזרה לזכות אין רבותא בד"נ יותר מבממון וע"כ דאיירי בטעות בד"מ דגם בממון מחזירין. ומדוקדק לשון רש"י ז"ל שפי' מחזירין וידעו שטעו כו'. ואהא דאין מחזירין לחובה פרש"י בגמרא יליף לה והא גם אהא דמחזירין לזכות יליף בגמרא מקרא ולמ"ש מדוקדק דהלימוד בזה הוא רק אלשון הברייתא דשומעין להאומר לימוד זכות וכמ"ש לעיל אבל במשנה דתני מחזירין דהיינו בודאי טעות ע"ז א"צ לימוד מנקי ורק אהא דאין מחזירין לחוב פרש"י דיליף לה כנ"ל. ועוד נראה דמוכח דלא כנ"ל מהא דאמר וחילופא במסית כו' ובשלמא אי הפי' כנ"ל א"ש דמה דחוששין למלתא דלא שכיח הוא מצד והצילו העדה ובמסית לא חיישינן להכי אבל דנימא דאיירי בודאי טעות בשקול הדעת אין סבר כלל דנימא במסית דמ"מ נחייבו מיתה אף שטעו וודאי אינו חייב. גם מה מייתי מקרא דלא תחמול כו'. אך לכאורה קשה למה לא תני במשנה באמת גם חילוק זה בין ד"מ לד"נ דבד"מ אין מחזירין לזכות בטעה בש"ה ובד"נ מחזירין והי' ראיה מזה לדעת הרמ"ה שהביא טור סי' כ"ה דלא אמרינן בטעה בש"ה מה שעשה עשוי רק

כשעכ"פ כבר שילם ונעשה מעשה על פיו אף דלא בעי נו"נ ביד אבל מה שפסק לחייב את הזכאי ועדיין לא הוציא חוזר הדין ע"ש. וא"כ לא קשה דבד"נ ע"כ שלא נעשה מעשה עדיין דאל"כ לא שייך חזרה וא"כ כה"ג גם ד"מ מחזירין אף בטעה בש"ה גם לזכות. אך לטור בשם הרא"ש דכשפסק חייב אין מחזירין וחייב קשה הי' לו לומר החילוק גם בלזכות דד"נ אין מחזירין כנ"ל. ויש להוכיח מזה דע"כ לא קאמר הרא"ש דמיד שפסק חייב קם דינא רק באינו מומחה דהטעם דאין גדול מחזירו משום קנס כדי שיתחייב לשלם אף בודאי אינו כן קנסוהו שיהי' הדין קיים ולכך אף שעדיין לא הוציא מ"מ מיד שפסק חייב שייך הקנס כדי שישלם וקם דינא כיון דאינו מטעם ספק אבל במומחה דמה שאינו חוזר הוא משום מי יימר דטעמא בתרא עיקר כו' דיש גדול באמת מחזיר י"ל דשפיר מודה הרא"ש דדוקא כשכבר הוציא אין להוציא ממנו משום מי יימר אבל לא בפסק לחייב לחוד וכמ"ש הרמ"ה דגם מזה אין להוציא מספק כנ"ל. ולכך במשנה דנימא דומיא דד"נ במומחין ובמומחין גם בד"מ מחזירין לזכות כשעדיין לא הוציא אף בטעות בש"ה כנ"ל. אך לא משמע כן ממה שהביא הרא"ש מר' ישמעאל ור' חייא ע"ש ולהרי"ף ז"ל א"ש בפשיטות כיון דהיכא דאיכא פסידא לבע"ד לעולם הדין חוזר גם בד"מ וא"כ בד"נ דלעולם איכא פסידא וכה"ג גם בד"מ מחזירין גם בש"ה כשאין הדיין משלם ואינו חילוק כנ"ל:

גם י"ל דלא צריך למתני דמלתא דפשיטא הוא בד"נ דמחזירין בטעה בשקול הדעת כיון שהוא ודאי טעות. ודוחק. וי"ל דבג' מומחין דסמיכי ודאי מודה הרא"ש כיון דלא שייך שום קנס דליכא ב"ד דעדיף מנייהו והא דאין מחזירין באין גדול רק משום מי יימר וא"כ דוקא סבר הוציא כנ"ל. ובד"נ דכולם מומחין דסמיכי וממילא כה"ג בד"מ גם כן מחזירין כשלא נעשה מעשה כנ"ל:

דל"ג ע"א. ד"מ מחזירין בין לזכות כו' ורמינהו דן את הדין כו'. לכאורה לס"ד דגם בטועה בדבר משנה אינו חוזר וכן בש"ס כתובות בעי לאוקמי כתנאי בטועה בדבר משנה אי אינו חוזר כו'. וטעמ' בעי כיון דודאי טעה למה יתקיים הדין. והי' אפשר לומר למאי דאמר בש"ס יבמות גבי ספק ובני יבם כו' לבתר דפליג בנכסי' דאמרינן קם דינא ואף דעכשיו נודע דודאי מגיע לו ממ"נ או שאחיהם הוא ויש לו חלק ואי לאו נטל אביהם חלקו שלא כדין אז מה שהחזיקו היבם בנכסיו אעפ"כ קם דינא. והטעם או כמ"ש ת"ה סי' ש"י וח"מ רס"ח. דהוא מטעם יאוש כשכבר נפסק הדין אסח דעתיה מני' ע"ש. או הטעם פשוט כיון דילפינן מקרא דהפקר ב"ד הפקר וא"כ כשהב"ד פוסקין הדין אף שלא הי' המעשה כן מ"מ זוכה זה מה"ת. דהא ודאי בשניהם מסופקין ופסקו יחלוקו וקדשו

שניהם הוי קדושי שניהם קדושי ודאי ולא אמרינן דביד א' גזל כיון שזכו ע"פ דין הפקר ב"ד הפקר וזכה בדבר אף שאינו שלו. ולכך שפיר קם דינא כיון שאז הי' הפסק כדין זכה אף שאינו שלו ולכך אינו יכול עתה להוציא מספק כנ"ל. וא"כ הי' הסברא לכאורה גם בטעו' בדין דשייך ב' הטעמים הנ"ל אף בטעה בד"מ דמ"מ אסח דעתיה ונתיאש או הפקר ב"ד. אך באמת ליתא דהא דקם דינא מטעם הפקר ב"ד היינו עכ"פ שהי' הפסק כדין אז וע"ז נתנה תורה רשות דהפקירם הפקר אף דאין המעשה כן כיון דהתורה ציותה לדון כן והא לפעמים יכול להיות שאין המעשה כן ע"כ דנתנ' תורה רשות כו' והפקר כו' אבל בטעות על שלא כדין אין להם רשות כלל ולא מקרי הפקר ב"ד וזה עצמו כחילוק הש"ס כתובות פ' אלמנה ופ"ב קדושין דב"ד בוררין חלק יפה והגדילו א"י למחות משום מה כח ב"ד יפה ופריך משום הדיינים כו' ומשני הא דטעו הא דלא טעו. והא לכאורה כיון דבכל זכות הגדילו יכולין למחות משום דאיגלאי מלתא שלא הי' זכות כלל וא"כ מיקרי זה טעו דאם היו יודעין שאינו זכות לא היו בוררין חלק זה. אך החילוק הוא כנ"ל דשם יודע רק שאין המעשה כן אבל הפסק הי' אז כדין דבאמת הי' זכות כל זמן שלא נודע שמוחים והי' ראוי לפסוק כן ושפיר מה כח ב"ד יפה והפקר ב"ד הפקר וכמו קם דינא. משא"כ בטעו בשומא שלא הי' ראוי לפסוק כן גם בשעה שפסקו לא שייך כנ"ל וכן כאן בטעה בד"מ. ואין להקשות מהא דכל זמן שמביא ראיה סותר הדין ולא אמרינן קם דינא שהי' הפסק כדין. ז"א דשם אין זה כלל אותו הדין שפסקו רק מחסרון ראיה ועתה יש ראיה שלא הי' אז ולא פסקו על זה כלל משא"כ בהאי דקם דינא והא דהגדילו דלא נשתנה כלל וע"ז הדין עצמו פסקו שייך קם דינא כנ"ל. וכן בטעות רק משום שלא הי' ראוי לפסוק מיד כן כשפסקו כנ"ל. ומ"מ י"ל דלא דמי לשומא בטעות כדמחלק ש"ס יבמות פ' האשה דהורו ב"ד ששקע' חמה ואח"כ זרחה אין זה הוראה אלא טעות ואלו בחלב ודם להיתרא מקרי הוראה ע"ש. וא"כ גם בטעה בדיני ממונות כיון דמקרי הוראה והדין הוא דמחויב לדון כפי הנראה להם א"כ שייך גם על זה קם דינא דהפקר ב"ד הפקר דהא עשו כדין שהי' נראה להם אף דבאמת אין הדין כן וכמו אם אין האמת כן בענין המעשה כנ"ל אך באמת לא עדיף הא דהפקר ב"ד דילפינן מה אבות מנחילין כו' משאר הפקר וקנין ממי שהוא שלו דקי"ל קנין בטעות חוזר כיון דאם הי' יודע לא הי' מקנה. וממילא גם בב"ד עכ"פ בטעות לא שייך הפקר ב"ד דאף דיש להם רשות אף שלא כדין היינו כשמתכוונים כנ"ל משא"כ בטעות. וא"כ י"ל כיון דאיכא מ"ד דמחילה בטעות הוי מחילה כיון דכבר ישנו ת"י זכה בו. א"כ י"ל שפיר הס"ד בטעה בד"מ לענין הפקר ב"ד ג"כ כנ"ל כיון דזוכה החייב או שכבר הוציאו הב"ד הוי כמו שמיט ואכיל דאף בטעות מהני כן מהני להפקר

ב"ד ג"כ אף בטעות כיון שכבר זכה בו כנ"ל. ולדידן דקי"ל מחילה בטעות לא מהני לכך גם טעה בד"מ לא מהני כנ"ל וחוזר. וא"כ י"ל הטעם בטעה בשקול הדעת דקם דינא כמו דמחלק בש"ס פרק א"נ גבי שמיט ואכיל התם הלואה הכא זביני ופי' תוספ' משום די"ל גם אם הי' יודע הי' מוחל משום ניחא דליקו בהמנותא הוי מחילה בטעות מחילה ואף דהא מיד שנודע לו שאין הדין כן ולא הי' המכירה מהני אינו רוצה ואיגלאי מלתא שהי' בטעות שאם הי' יודע לא הי' מוחל משום ליקו בהמנותא דהא לרשב"ג אמרינן הוכיח סופו על תחלתו פ"ב דחולין ע"ש. וע"כ כיון דכבר נעשה המחילה רק שהי' בטעות כל זמן שאינו ודאי לגמרי שאם הי' יודע לא הי' עושה לא נתבטל והוי מחילה ע"ש. וא"כ בטעה בש"ה דיכול הדיין להכריע אם נראה לו כדברי השני וא"כ אף עתה דאחר שיודע דסוגין דעלמא כאידך אינו מכריע ומודה שטעה מ"מ אינו מבורר על שעת הפסק שאם הי' יודע לא הי' מכריע כאידך וכמו שם שמחילה דאף דעכשיו נודע שאם הי' יודע לא הי' מוחל מ"מ אז בשעת המחילה לא הי' ברור שאינו מחילה מחמת הטעות דהי' ראוי אז להסתפק דגם אם הי' יודע אפשר הי' מוחל משום ניחא לי' כנ"ל. ושפיר הוי מחילה אף דעכשיו מוחה כנ"ל. וכן לענין הב"ד דבשעת הפסק קודם שיודע לא הי' ברור שהוא טעות דאפשר גם אם הי' יודע הי' מכריע כאידך והי' הפקר ב"ד ממילא אף דעכשיו דנודע ואינו מכריע ואיגלאי מלתא דהי' טעות מ"מ כה"ג שפיר מחילה בטעות מהני כמו בשמיט ואכיל וגם ההפקר ב"ד מהני בטעות אף דהוא שלא כדין כנ"ל:

אך יש לחלק דשם עכ"פ יכול למחול דהוא שלו רק שהוא בטעות וכיון דבשעת מחילה לא הי' מבורר שייך כנ"ל דהועיל המחילה בשעתו. משא"כ בב"ד דכשאינו ע"פ ד"ת אינו ברשותו כלל להפקיר דלא נתנה תורה רשות רק כשדנין ע"פ ד"ת. ואינו מוכרח כיון דילפינן מה אבות מנחילין כו'. והי' נראה דעכ"פ לרשב"ג דסבר פ' אלמנה שום הדיינים שטעו כו' מ"מ מה כח ב"ד יפה ומהני כו'. וא"כ כיון דאף בטעו יש דין ב"ד עליהם אף דנתברר אח"כ שטעו וע"כ דהפקר ב"ד הפקר גם בטעו. וא"כ לכאורה גם בטעו בדבר משנה לא יהי' חוזר. ואי"ל דבאמת הדין כן לרשב"ג. ז"א דאמר בש"ס התם עשה ר' כחכמים אמר לפניו ר"א בן פרטא מה כח ב"ד יפה והחזיר ר' את המעשה. ובעי לאוקמי בש"ס דפליגי אי טעה בד"מ חוזר ע"ש. והא מה שהחזיר ר' משום דסבר כרשב"ג מה כח ב"ד יפה אף בטעו. וע"כ שוב מטעם זה עצמו לא הי' חוזר הדין אף בטעה בד"מ כיון שכבר פסק כנ"ל. ומ"מ לא הי' חוזר הדין בין אי הלכה כרבנן או כרשב"ג וע"כ דאף לרשב"ג טעה בד"מ חוזר וצ"ל הטעם דכמו דבר שבמדה ומשקל וטעו דמודה רשב"ג דחוזר כיון שהטעות הי' מבורר וניכר מיד לכל אדם אין עליהם דין ב"ד. כמו

כן טעה בד"מ כיון שהי' מבורר וניכר לכל ודבר פשוט. וממילא בטעות בש"ה שאינו מבורר דאפשר לב"ד להכריע שפיר לרשב"ג קם דינא מטעם הפקר ב"ד דלא גרע משומא בטעות. ובזה מיושב דאיכא התם ב' לישני בש"ס אי החזיר ר' את המעשה כו' ובעי לאוקמי פלוגתייהו אי טעה בד"מ חוזר. ולמה לא אמר דהוי רק טעות בש"ה כיון דבאמת קי"ל הלכה כחכמים ודאי עכ"פ לא איתמר הלכתא כרשב"ג ולמה דחיק הש"ס דהי' ברור לר' שרשב"ג שיהי' טעות בד"מ יותר י"ל שהי' רק טעות בש"ה ואעפ"כ חוזר משום שהי' מומחה דלר"י חוזר במומח' גם בטועה בש"ה. גם דמשמע מש"ס דאי לא הי' טועה בד"מ ודאי לא הי' חוזר. והא לרא"ש ושאר פ' קי"ל דמומח' חוזר אף בטועה בש"ה ור' מומחה הי'. ולמ"ש מיושב דע"כ לא מפלגינן בין מומחה לאינו מומחה רק לדידן דקי"ל כחכמים דלא אמרינן מה כח ב"ד יפה בטעו ולא מיקרי הפקר ב"ד בטעות גם בש"ה ולא שייך טעם הנ"ל ומחלקין כפיר בין מומחה לאינו מומחה דקנסוהו שיהי' קה דינא משא"כ מומחה. אבל לרשב"ג דמה כח ב"ד יפה גם בטעו בשומא ממילא בטעה בש"ה לעולם קם דינא אף במומחה דע"פ דין מהני לא משום קנס. וא"כ התם דהחזיר ר' את המעשה משום דסבר כרשב"ג מה כח ב"ד יפה. ושפיר אמר בש"ס דדוקא משום שהי' טעות בד"מ דבש"ה לא הי' חוזר אף במומחה מטעם זה עצמו דמה כח ב"ד יפה כנ"ל וכנ"ל. משא"כ לדידן דקי"ל כרבנן:

והנה י"ל ג"כ טעם הת"ה משום יאוש דשייך ג"כ בטעה בד"מ כיון דלא שכיח אסח דעתי' וכמו התם דקם דינא גבי ס' ובני יבם כו'. וכן בכריתות בשור הנסקל שהוזמו עדיו דהוי הפקר מיד שנגמר דינו דמייאש מריה מיני'. אך באמת גם ז"א דהא יאוש בטעות לא מהני כמו כל קנין בטעות דחוזר. והתם גבי ס' ובני יבם לא הי' בטעות דהי ראוי להתייאש אבל בטעות בד"מ נהי דלא אסיק אדעתי' שטעו ונתייאש מ"מ הא ודאי אם הי' הבע"ד יודע שטעו לא הי' מתייאש. ואף דבשור הנסקל ג"כ הי' בטעות כו'. ז"א דהא בעי למימר התם דגם ברבע שורו כו' דיודע שהוא שקר אעפ"כ מתייאש דמה בכך שיודע מ"מ כיון שנגמר דינו יסקלוהו הב"ד אף דהוא שקר רק דמסיק התם לחלק ביודע דהוא שקר לא מייאש דסמיך דמייתי עדים להזימם משא"כ בנרבע שורך שאינו יודע ולא יוכל לחזיר אחר עדי הזמה ע"ש. וא"כ עכ"פ עכשיו שאינו יודע באמת הי' השור עומד ליסקל והי' ראוי להתייאש אז ולא הוי בטעות.. ואף שנולד אח"כ שבאו, עדי הזמה מ"מ אז הי' עומד לסקול שיהי' לא מצי למיהדר דלא שכיח שיוזמו והיו סוקלין אותו וכמו כל גזילה וגניבה דסתם יאוש אף דעכשיו יכול להוציא בב"ד מ"מ בשעת הגזילה לא הי' טעות והי' עומד ליאוש. משא"כ כאן בטעות בד"מ או בש"ה שאם הי' יודע בשעת הפסק שהוא

בטעות בדין לא הי' מתיאש כלל דיתברר אח"כ ויהי' הדר דינא. ומה שהי' עומד אצלו ליאוש הי' מחמת טעות שהי' סבור שהוא כדין. וכמו אם סבור שנגנב ולא נגנב כלל וכנ"ל. וא"כ למאן דס"ל פ' איזהו נשך דמחילה בטעות הוי מחילה וע"ש בהג"א דגם יאוש בטעות מהני. א"כ שפיר ס"ד דגם טעות בדבר משנה יהי' קם דינא מטעם יאוש כנ"ל. ולמאי דקי"ל דלא מהני בטעות גם כאן חוזר:

ובזה י"ל הטעם לר"ח דמחלק בין נו"ן ביד קם דינא ותמוה כמ"ש הרי"ף ז"ל.. דבשלמא לענין התשלומין שן לחלק דנו"ן ביד הוי מזיק אבל לענין קם דינא מאי חילוק. ולכך הוצרך הרי"ף לפרש דבשביל הפסד הבע"ד חוזר כו'. והרא"ש כ' להיפוך דבאינו מומחה הי' התקנה שיהי' קם דינא כדי שישלם עי' שם. וא"כ גם בלא נו"ן ביד למאי דקי"ל כר"מ שייך הקנס כנ"ל. ולמ"ש י"ל דהנה הרשב"א כ' בכל תקנת חכמים אם אחר שיתקנו יהי' הדין כן באמת לא חשוב עקירת דבר מה"ת ואף בממון דיש כח ביד חכמים מ"מ שייך יותר לתקן היכא שיהי' כדין ע"ש. וא"כ למ"ש הטעם דלא הוי יאוש כאן בטעה בד"מ כמו בשור הנסקל כו' הוא משום דהוי אז מיד בטעות שלא הי' עומד כלל ליאוש. ודוקא התם שהיו סוקלין אותו כנ"ל. אמנם בטעות בש"ה למאי דקי"ל קם דינא א"כ שוב שפיר הוי יאוש מיד דמיד כשנגמר הדין מתיאש דאף אם הי' יודע שהוא טעות בש"ה הי' ראוי להתיאש כיון שהב"ד יוציאו ויהי' קם דינא וכמו בשור הנסקל כנ"ל וא"כ שפיר אחר שתיקנו שיהי' קם דינא ממילא הדין כן באמת מה"ת ושייך התקנה כנ"ל אך בחייב את הזכאי כ"ז שלא שילם לא הוי יאוש כלל דהא אין הגמר דין רק שיש חיוב עליו לשלם. ומ"מ כ"ז שלא שילם לא שייך יאוש דהא אף שחייב מ"מ המעות שלו. ולכך לא תיקנו כלל שיהי' קם דינא כיון דגם אחר התקנה לא יהי' כדין אלא כשהדיין כבר הוציא דאז שפיר מתיאש אם יהי' קם דינא כנ"ל דיודע שלא יוציא עוד כנ"ל. ולכך בפטור אתה הוי ס"ד דחשוב כנו"ן ביד דאי יאוש מהני בחוב שפיר יהי' יאוש מהחוב מיד שפסק לפטור והוי כנו"ן כו'. ומסיק כמו דקי"ל דלא מהני יאוש בחוב דחשיב באיסורא אתי לידי' כמו גזילה כיון שהי' מחויב כבר בתשלומים, קודם היאוש ודוקא משכון ונטלו כנ"ל אך לכאורה גם כשהבע"ד עצמו משלם יהי' ג"כ יאוש אי קם דינא. וא"כ למה דוקא נו"ן ביד הדין כנ"ל:

אמנם הטעם כיון דקי"ל בגזילה או אבידה לא מהני יאוש היכא דבאיסורא אתי לידי'. וא"כ כשהבע"ד משלם ואין המעות יוצא מרשותו עד שקונה המקבל המעות כדקי"ל גם בנותן מתנה ואמר א"א דחוזר להנותן ובחוב גם לר"ל הדין כן. וא"כ לא הוי יאוש עד שמקבל הלה המעות וא"כ שוב הוי באסורא אתי לידי' ואף שבא בב"א בשעה שקונה

המעות ומקבלו והא בגזילה ג"כ הוי בב"א שבא היאוש כשבא ליד הגזלן ומ"מ חשיב באיסורא אתי לידי' דצריך להיות בא לידי' אחר היאוש דוקא. ולכך שפיר לא הוי יאוש כשהבע"ד משלם וממילא לא תיקנו שיהי' קם דינא כנ"ל אבל כשהדיין נו"נ ביד כיון דמה שהב"ד מוציא הוא מצד הפקר ב"ד כו' ומיד מוציא המעות מרשות הלוה כיון שגובין בע"כ בכל גוביינא ויוציא מרשותו שלא מדעתו ואח"כ נותנין להמלוה א"כ שפיר מיד שהב"ד גבו ממנו והוציא מרשותו נתיאש ושפיר כשנותנין להלה הוי בהיתרא אתי לידי' אחר יאוש כנ"ל ומהני ולכך שפיר בנו"נ קם דינא משא"כ בלא נו"נ ביד כנ"ל אף ששילם כנ"ל:

עוד י"ל טעם דהא בתוס' הקשו במשנה דכמו דילפי' ממשפט א' דו"ח ושאר דברים דשוה ד"מ לד"נ למה תני אותן החילוקים בין ד"מ לד"נ ולא משוינן לד"נ ותירצו דמאי דתלי בזכות וחובה לא שייך להשוותם דבממון מה שזכות לזה חובה לזה ע"ש. וא"כ היכא דאי קם דינא משלם הדיין מביתו א"כ שוב כשפסק לזכות שפיר יש ללמוד מד"נ דאין מחזירין לחובה מנקי וצדיק כו' כיון שיצא צדיק בדינו כנ"ל. ולא שייך דהוי חוב להתובע דהא לא יהי' כלל חוב לו אף שישאר זה זכאי דהדיין ישלם לו מביתו. וכן גם להיפוך כשחייב את הזכאי א"כ יצא התובע זכאי בדינו ואין מחזירין לחוב כמו בד"נ ולא שייך דהוי זכות להב' דז"א שאינו זכות כלל להחזיר הדין כיון שהדיין ישלם מביתו ומה שהוא חוב לדיין לא חשבינן כלל חוב נגד הבעלי דינין שאנו דנין רק על הזכות וחובה של הבע"ד וכמו ד"נ לא חשבינן חוב לגואל הדם כדאמר בש"ס. ועוד דעכ"פ שייך הקנס שלא נחשוב חוב של הדיין לחוב. וא"כ י"ל שפיר מדינא טעה בד"מ אינו חוזר כיון דאי נימא קם דינא חייב הדיין לשלם שוב אין מחזירין לחובה בין התובע ובין הנתבע ממשפט א' כו' דילפינן שפיר דכשפסקו לזכות ויצא זכאי בדין אין מחזירין לחובה ובין שיצא הנתבע זכאי ובין שיצא התובע זכאי נשאר זכאי כמו ד"נ ולעולם לא הוי חוב לשכנגדו דהדיין יתחייב לשלם כנ"ל. והוי רק זכות ואיכא למילף מד"נ כנ"ל. ואף דיש לדחות דהוי חוב מ"מ כשאין לדיין לשלם. ז"א קושיא דאפשר באמת כשאין לדיין לשלם הדר דינא דהא גם להרי"ף ז"ל כן ולהרא"ש דהי' רק קנס לדיין שיהי' קם דינא כדי שישלם ודאי קשה כנ"ל היכא שאין לדיין לשלם. וצ"ל אפשר באמת כן כפשטא דלישנא מה שעשה כו' וישלם כו'. ומ"מ לדידן דטעה בד"מ חוזר י"ל דלא אמרינן כנ"ל דלא מצינו גורם כזה כיון דאי יהי' הדין דאין הדיין משלם יהו' ממילא הדר דינא דהוי זכות לזה וחוב לזה. ורק אם הדין דמשלם יהי' קם דינא מנא לן דניחייב מזיק כזה דאם לא נחשבו מזיק לא יהי' נעשה היזק כלל. ושוב תלוי במה שראו חכמים לתקן ולכך בטעה בד"מ

שאין סברא שיהי' הדין קיים לא תיקנו והדר דינא ואינו מזיק כנ"ל משא"כ בש"ה קם דינא וממילא הדין כן מה"ת כיון דמשלם. וא"ש ג"כ החילוק לר"ח בין נו"נ ביד כיון שיש חילוק בין נו"נ ביד לענין החיוב לשלם ממילא בנו"נ דחייב ילפינן ממשפט א' כנ"ל דלא יהי' חוב לשכנגדו משא"כ בלא נו"נ ביד:

ואפשר לישב דגם למאי דקי"ל כר"מ דדן דד"ג ג"כ א"ש החילוק בין נו"נ ביד למ"ש דהא אף דחייב הדיין משום גרמי מ"מ מיקרי זכות וחוב לשכנגדו דכשפסק חייב ולא הוציא אם יהי' הדר דינא א"צ לשלם משא"כ אי קם דינא חייב לשלם והוא לא יהי' לו רק חוב על הדיין וזה גופי' מיקרי חובה מה שצריך לשלם מיד והוא יצטרך לגבות מהדיין. וא"כ לכך שפיר הדר דינא אף לר"מ דדן דיני דגרמי דלא דמי לד"נ כנ"ל. משא"כ נו"נ ביד דכבר שילם ובין יהי' הדר דינא או קם דינא אין לו רק חוב על שכנגדו או על הדיין ושוב שפיר קם דינא ממשפט א' כנ"ל. ולכך ס"ד שפיר מעיקרא דבפטור אתה כנו"נ ביד דמי דבפטור אתה שוב גם בלא נו"נ ביד ג"כ אין לו רק חוב אף הדר דינא ושוב קם דינא והחוב על הדיין כנ"ל:

וטעם הפשוט נראה דהא חזינן ב"ב פ' חזקת דמאן דס"ל דחוששין לזילותא דב"ד אף דהוי עכשיו תרי ותרי ואלו באו מקודם הי' ספק גמור אעפ"כ כיון שכבר פסקו הדין וגם עתה עדיין ספק ויכול להיות שהאמת כמו שפסקו חוששין לזילותא שלא לבטל. ומה"ט י"ל דלס"ד גם טעה בד"מ אינו חוזר. ולמסקנא משום דזה ודאי טעית ולא דמי לתרי ותרי דהתם עדיין ספק. ולכך בטעה בש"ה שפיר דמי להתם כיון שיכול להיות שהפסק כדין ולא מהדרינן דינא משום זילותא דב"ד כנ"ל ואף דקי"ל התם אין חוששין כו' י"ל דהתם כיון שבאו עדים אחרים אח"כ שלא היו מקודם אין כאן זילותא כלל דהא מה שחוזר הדין אינו בשביל טעות רק שבאו אח"כ וכמו בהזמה. משא"כ בטעות בש"ה שלא נולד אח"כ שום עדות חדש רק לבטל הדין עצמו שפסקו מקודם ודאי מודה רשב"ג דשייך לזילותא דב"ד ושפיר הטעם כיון שאין טעות ברור רק שיקול הדעת ולא עדיף מתרי ותרי דהתם שפיר אין מחזירין דחוששין לזילותא דב"ד לכ"ע כיון שיהי' נראה בבירור שרק מחמת טעות החזירוהו ולכך אין מחזירין ומה שעשה עשוי כנ"ל:

ובזה מיושב טעם הרי"ף ז"ל דפי' מומחה אין מחזירין דיותר שייך זילותא דב"ד בפסק מומחה משאינו מומחה דאין חוששין לזילותא דידי'. וגם לרש"י והרא"ש ז"ל שפי' דכאן מומחה מחזיר דלא שייך מי יימר ותמוה דאינו מומחה נהי דשייך מי יימר ואינו יכול להחזיר בעצמו אבל מומחה למה לא יחזיר מה שפסק האינו מומחה ולזה נדחק הרא"ש

משום קנס ע"ש. ולמ"ש י"ל דגם באינו מומחה שייך חוששין לזילותא דב"ד כדמשמע פשטא דש"ס דשייך בכל ב"ד:

והנה מבואר שם ב"ב ל"ב לישנא דר"נ דאמר אנן אחתינן לי' אנן מסקינן לי' לזילותא דב"ד לא חיישינן ומשמע הלשון כיון שאותו הב"ד עצמו שהורידוהו הן מעלין אותו לא שייך זילותא כו' אבל ב"ד אחר שיהיו סותרין דינם במה שאינו ברור י"ל שפיר דשייך זילותא כנ"ל. רק התם כיון דאותו ב"ד עצמו יכולין להחזיר הדין שוב אין כאן זילותא גם אי ב"ד אחר מחזירין דאינו ניכר משא"כ כאן בטעה בש"ה כיון דבאינו מומחה אותו ב"ד עצמו א"א להחזיר דשייך מי יימר שוב גם ב"ד אחר (אין) מחזירין דשייך זילותא דב"ד. ודוקא מומחה שיכול להחזיר בעצמו דמי להתם כנ"ל:

דן את הדין כו' טיהר את הטמא כו'. ותמוה מאוד כקושית התוס' למה יהי' מה שעשה עשוי כו'. ואי הדין דטהור מאי תשלומין שייך. ותירוץ תוס' אינו מובן דמה שעשה עשוי בעירבן ברוב פירותיו כו' מה ענין זה לדיין הא כל איסור בטל ברוב דבשלמא הש"ס ר"ח דמוקי אגע בי' שרץ או שעירבן כו' אז משלם מביתו. אבל תוס' דמחלקין מה שעשה עשוי לדין בפ"ע היכא דעירב ברוב ומשלם מביתו בגווני אחריני בעירב במועט כו' מה ענין למתני כאן מה שעשה כו'. ולר"מ שכתבו תוס' דבכל מקום קנסינן שוגג כו' רק כאן ע"פ דיין לא קנסו א"ש דקי"ל מה שעשה עשוי בטיהר הטמא דלא קנסינן שוגג אטו מזיד כמו כל תערובות אבל לרבנן לא שייך כלל דבכל איסור בטל. וגם לר"מ אינו מובן לישנא דמה שעשה כו' הא אין הדין קיים רק שוגג כזה לא קנסו כו':

וי"ל דהא דמיאנו תוס' לומר דנשאר טהור כיון דטעה רק בש"ה כמו דקי"ל חכם שהתיר אין חבירו רשאי לאסור משום דפשיטא להו דדוקא בממון שייך מי יימר דטעמא בתרא עיקר כו' דאין להוציא מספק משא"כ ספק איסור דלחומרא. וא"כ י"ל דוקא בדאורייתא משא"כ איסור דרבנן הדין כמו בממון דקם דינא כיון דס' לקולא. וא"כ שייך שפיר אף דבאמת גם בע"פ דיין קנסו שוגג אטו מזיד והי' אסור בעירבן אף ברוב. רק דכיון דאיסור זה דרבנן שוב ע"ז באמת קם דינא שאין כאן איסור כלל כיון דכבר פסק דטהור. ושפיר הלשון מה שעשה עשוי דבעירבן כו' טהור רק מצד דקם דינא כנ"ל. אך להפ' דבנעשה דרבנן ע"י גלגלו לא חשבינן לי' ס' דרבנן כו'. וכן כאן כיון דגוף האיסור דאורייתא וע"ז לא אמרינן קם דינא ואסור ממילא גם התערובות אסור. אך יש לדחות דלענין הקנס הוא דבר אחר. מכש"כ כיון שלא נודע עד אחר התערובות ואז נולד הספק שכבר דרבנן ע"ש בי"ד ולכך לבטל עכשיו ודאי אסור אף להפ' דאין מבטלין דרבנן מ"מ לא שייך שיהי'

קם דינא על זה כיון שדנין על גוף האיסור תורה ואסור שוב אין מבטלין משא"כ בלא נודע כנ"ל. אבל לרבנן דר"מ קשה:

והנה הי' אפשר לישב המשנה כפשטי' להרבה פוס' דהיתר בהיתר לא בטל וחמץ קודם פסח לא נתבטל כלל ע"ש ובר"ן ז"ל נדרים גבי דבר שיש לו מתירין כיון דיש עליו שם היתר שיהי' מותר שוב מיד הוי כמו היתר בהיתר ומין במינו דלא בטל. ולמ"ש תוס' יבמות גבי צחצוחי רוק ברקקה דם דלא בטיל כשכבר הוא מעורב ע"ש. וא"כ לתוס' הנ"ל בנתערב כשהי' היתר ואח"כ. נעשה איסור לא בטיל כלל כיון דבשעה שנתערב לא בטיל דהי' היתר בהיתר ואח"כ כשנעשה איסור אז כבר מעורב ולא ניכר ולא בטיל כנ"ל. וא"כ למ"ש הצמח צדק על דברי רשב"א בס' טריפה דאם הי' המתיר עתיד לבוא הי' דבר שיש לו מתירין ותמהו דממ"נ אי טריפה לא יהי' לה היתר ואי כשרה כבר מותרת עכשיו. ותירץ דאף אי טרפה מ"מ כיון דאפשר שיהי' לה היתר ולא נודע עתה יש שם היתר עליו ולא הי' בטל כדבר של"מ ע"ש. וא"כ י"ל כאן בטיהר הטמא ועירבן עם רוב פירות ועכשיו שנודע שטעה בש"ה כיון דאין זה טעות ברור למפרע רק דמ"מ אי אפשר להתיר איסור עכשיו כיון דסוגין דעלמא כאידך. אבל מ"מ אז בשעה שנתערב הי' עליו שם היתר עכ"פ כיון דטיהר ואין הדין חוזר בכל דבר טעה בש"ה וא"כ לא נתבטל אז כמו כל היתר בהיתר וא"כ עכשיו שנודע שטעה ואסור מ"מ לא בטל דעכשיו כבר מעורב כדברי תוס' הנ"ל ואעפ"כ לא אסרינן על למפרע ממ"נ אם מותר לא צריך ביטול ואי אסור נתבטל מיד שהי' איסור בהיתר ז"א כדברי הצ"צ הנ"ל. דנהי שהי' באמת אסור מ"מ הי' אז עליו שם היתר דכיון דלחומרא אמרינן קם דינא בטעה בש"ה וכן בממון רק להתיר איסור א"א ולא תיקנו חכמים שיהי' קם דינא להתיר בקום ועשה כו'. וזה שפיר מכאן ואילך שנודע שאסור אבל לענין למפרע שפיר קם דינא שהי' עליו שם היתר ועדיף ממ"ש הצ"צ דכיון שאפשר שיהי' מותר אף דאיגלאי מילתא:

שלא יבא לידי היתר מ"מ אז הי' ס' ע"ש, וכן כאן לא נתבטל אז וממילא עכשיו הוי כנעשה איסור כשכבר מעורב דלא בטל ושפיר תני מה שעשה עשוי ומשלם מביתו תרווייהו בחד גוונ' שעירבן ברוב ואעפ"כ דמה שעשה עשוי ומטעם זה אסור כיון דמה שפסק טהור נשאר עד עכשיו ולא נתבטל למפרע והי' שם היתר ולא נתבטל וממילא אסור ושפיר משלם מביתו דע"י הפסק שלו טהור נאסר כנ"ל:

ומיושב בזה מה שתמהו תוס' למאי דמוקי כרבנן ואמר בטעה בד"מ כיון דאלו הוי קמן הוי הדר לאו כלום עביד כו'. וא"כ נהי דטימא או זיכה שפיר קם דינא וחייב אבל טיהר את הטמא הא אלו הוי קמן הוי הדר והשתא דעירבן ג"כ לאו כלום עביד כו' ע"ש. ולמ"ש

מיושב דדוקא בטעה בד"מ דאין הפסק שלו עושה היזק כלל רק שעל ידו עירב כו' אבל כאן למ"ש א"כ רק נאסר משום דמה שעשה עשוי דאל"ה הי' בטל ברוב ככל איסור והפסק שלו עושה ההיזק וכמו בשאר דברים דקם דינא וחייב לשלם דמשום דקם דינא והי' היתר לכך אסור כנ"ל בפרט לרא"ש ושאר פ' דמטעם קנס קם דינא כדי שישלם וא"כ בטיהר הטמא הוא רק דלא אפשר שנתיר עכשיו אבל לענין למפרע שייך שפיר הקנס דקם דינא כדי שישלם כנ"ל. ואף לרוב הפוסקים דלא כתוס' יבמות הנ"ל ובהיתר בהיתר דלא בטיל מ"מ אחר שנעשה איסור בטל אף שכבר מעורב. מ"מ י"ל דלא דמי דהתם שפיר בטל עכשיו דנעשה איסור באמת ואיסור בהיתר בטל אבל הכא כיון דחזינן בטימא את הטהור אף דיודעין ודאי שטעה וטהור באמת דהא משלם מ"מ קנסוהו שיהי' דינו קיים שטימא כדי שישלם. וא"כ גם בטיהר הטמא ועירבן נהי דלא אפשר שיהי' דינו קיים שיהי' מותר לאכלו דא"א להקל אבל מ"מ הא נכלל בפסק שלו שטיהר דממילא לא בטל בתוך התערובות כיון שהוא היתר בהיתר א"כ לענין זה עדיין דינו דין שאינו בטל אף דעכשיו א"א להתירו מ"מ לענין הביטול מה שעשה עשוי כמו טימא הטהור וכמו אם הי' פוסק שאינו בטל ברוב שהי' דינו קיים. וכן מה שטיהר ופסק דלא בטל עדיין קיים. ואף דהא בהא תליא דמה שלא בטל הוא רק מחמת שמותר מ"מ כיון דביש עליו שם היתר לא בטל כמ"ש הצ"צ, א"כ לענין זה קיים שיש עליו שם היתר דלא יתבטל כנ"ל:

עוד יש לישב גם אי נימא דלא כנ"ל כיון דהא בהא תליא מ"מ להפוסקים בנפל למינו ונתבטל ואח"כ נפל עוד ממין זה דקי"ל חוזר וניעור מ"מ ס' או"ה דדוקא בניתוסף קודם שנודע אבל בנודע התערובות וכבר פסקו שמותר ונתבטל לא אמרינן חוזר וניער דכבר נהפך להיתר ומסייע לבטל ואף שלא פסקו כיון שנודע והי' נ"מ רק בלא נודע שלא היו צריכין להביטול לדון עליו לא נהפך כו' וחוזר וניער. א"כ הא ודאי בחמץ וכה"ג שהי' היתר ונודע וניתוסף קודם שנעשה איסור דאף נודע הוי כלא נודע כיון שלא היו צריכין אז לביטול האיסור שהי' היתר ועתה שנעשה איסור כבר ניתוסף ואין כדי ביטול ואסור וא"כ גם כאן שנפל דבר איסור שהי' שיעור לבטל ושאלו אותו וטיהר גוף האיסור שאינו איסור כלל ואח"כ ניתוסף איסור שאין כדי ביטול וא"כ בלא פסק שלו הי' נודע אז ונתבטל ואינו חוזר וניער. משא"כ כשפסק וטיהר ולא הי' צורך לביטול כלל כיון דפסק שגוף האיסור מותר וממילא עתה שנודע הטעות כבר ניתוסף והוי כלא נודע עד אח"כ ושפיר לענין זה מה שעשה עשוי ומשלם דע"י שקם דינא לענין זה נאסר דאל"ה הי' מיקרו נודע והי' מותר כנ"ל. וג"כ לא שייך אלו הוי קמן הוי הדר כיון שבאמת נאסר ע"י שפסק כנ"ל:

או י"ל היכא דגרע במה שטהור כגון שבישל בשר בחלב טמא שאין בו דין בב"ח וטיהר הטמא וממילא אסור משום בב"ח בהנאה או דאמרינן חנ"נ לר"א וכה"ג וקמ"ל דמה שעשה כו' ומשלם. דלא הוי מוכח מטימא הטהור דהתם נשאר הדין שלו קיים שטמא. משא"כ בזה דגוף הדין שטיהר א"א להיות קיים שהוא לקולא וכיון דההחומרא תליא בזה דאי טהור אסור בהנאה לא אמרינן גם לענין החומרא שיהי' דינו קיים כיון שמסתעף מהקולא וזה בטל. וקמ"ל דמ"מ לענין החומרא שמסתעף מה שעשה עשוי ונשאר אסור בהנאה ומשלם מביתו. דהא דאין הפסק קיים לקולא דא"א להקל גם בספק. אבל לענין החומרא שמסתעף קם דינא שטהור ונאסר בהנאה אך יש להסתפק כיון שפסק מקודם על גוף הדבר שטהור ואח"כ בישלו שייך אלו הוי קמן הוי הדר כמו עירבן. אך לא דמי דכאן עדיין האיסור רק משום הפסק שלו דקם דינת משא"כ בעירבן דנאסר בלא הפסק כמ"ש לעיל:

עוד נראה דיש לפרש כפשטי' כיון דאיירי שהוא עצמו מחזיר הדין ואומר שטעה וא"כ כיון דאמרינן גבי טימא את הטהור דאף שע"פ הדין טהור אמרו חכמים שיהי' קם דינא וטמא וממילא מחויב לשלם. ואף דהא דמחייבין אותו ע"כ שהוא טהור באמת וא"כ עדיין טהור ולא הזיקו מ"מ אמרינן שהפסק שלו קיים כיון שרק שיקול הדעת הוא ואמרינן נגדו ב' הפכים שנגד גוף הדבר אמרינן דהפסק קיים וטמא ונגד התשלומין להיפוך שהוא טהור באמת. וא"כ גם בטיהר את הטמא ועתה חוזר ואומר שטעה בשיקול הדעת והוא טמא באמת. וממילא אסור לזה לאכלו ולסמוך על פסק הראשון דלהקל א"א מחמת קם דינא. אמנם אם הי' באמת הדין כמו שפסק בראשונה והוא טהור. א"כ הי' זה הדיין חייב לשלם לו מחמת הפסק דעכשיו שחזר וטימא וכמו טימא את הטהור דחייב כיון דהוא שלא כדין מה שטימא וא"כ שוב אמרינן להיפך נהי דחוזר עתה מטמא משום שטעה בראשונה בשיקול הדעת. מ"מ הא לגריעותא דדיין אמרינן קם דינא והיינו שאמת כמו שפסק דמש"ה בזיכה החייב באמת זיכה. ואמרי' שהדין אמת כמו שפסק כדי שישלם כיון שאינו טעות מבורר ולענין תשלומין דידי' אמרי' להיפוך לגריעותא שהפסק הי' שלא כדין. וא"כ בטיהר את הטמא וחוזר ומטמא עכשיו שטעה אז בש"ה אמרינן ממש להיפוך דקם דינא אז שהי' הפסק ראשון כדין שהוא טהור באמת וממילא חייב עתה לשלם במה שחזר וטימא כדין טימא את הטהור כיון שזה אינו יכול לאכלו מחמת שטימא עכשיו ונגד גריעותא דדיין דאמרינן קם דינא שהי' פסק ראשון שפסק כדין וממילא חייב לשלם עכשיו כשחוזר כיון דנגד הבע"ד אמרינן שהחזרה כדין ונשאר טמא. דאף דהא באמת טמא ולא הזיקו כלל. מ"מ הא גם בטימא הטהור הא באמת עדיין

טהור ולא הזיקו ומ"מ הי התקנה שנחזיק הפסק כדין שבאמת טמא בזה הצד שהוא לחוב הדיין. וכיון דלדידן טהור חייב. כמו כן ממש בהנ"ל כיון דאם הי' פסק ראשון כדין הי' חייב עכשיו במה שטימא את הטהור וכיון דהוא שיקול הדעת ושייך מי יימר דטעמא בתרא עיקר כו' אמרינן שפיר דקם דינא שטהור באמת וחייב לשלם עכשיו כנ"ל: **ונתיישב** לי במ"ש ד' הר"ן ז"ל בחי' הביא בשם הר"ד תירוץ על קושי' הנ"ל דטיהר את הטמא דדברים כפשטן דמה שעשה כו' כיון דטיהר לו הטמא הרי זיכה לו הדבר ההוא ע"פ דינו וכשנודע לו אח"כ שטעה בש"ה שהי' טמא הרי הוא כזיכה את החייב שאע"פ שמהדין הי' לו לשלם כיון שזיכהו בדינו זכה ומשלם להיך מביתו ה"נ כיון שטעה בש"ה וטיהר הטמא הרי זכה בו הבעה"ב לא שישאר הטמא טהור רק לענין תשלומין שכ"מ שההוראה קיימת הוא חייב בתשלומין אבל עיקר ההוראה שהי' מטהר הטמא חוזרת שלא יאכל דבר טמא באיסור עכ"ל. ותמוה דבשלמא התם עכ"פ כשנשאר הפסק קיים יש כאן היזק אבל בטיהר הטמא בין שקם ידינו או לא לא הזיקו כלל דאם טמא לא הזיקו בפסק הראשון שטיהר ואם טהור ג"כ לא הזיקו שפסק טהור כנ"ל. ולמ"ש הפי' כנ"ל דלענין הממון אמרינן שאמת כפסק הראשון ומפסידו עכשיו כנ"ל. אך פשט לשון הר"ן לא משמע כן. ונראה פירושו דסובר דהטעם דקם דינא ומשלם מביתו אף שודאי טעה הי' תק"ח שיתקיים הדין שפסק בממונו של הדיין כדי שלא יפסיד הבע"ד בטעותו. והיינו בזיכה החייב נשאר הפסק שזה פטור. ואף שבאמת חייב ואיך, יפסיד התובע אמרינן שקנסו שהדיין ישלם עבורו כדי שישאר הדין קיים שפטור וכן חייב הזכאי קנסו הדיין שנשאר זה חייב כמו שפסק והדיין משלם כדי שישאר הפסק שחייב נגד התובע שזיכה אותו ולא יפסיד הנתבע שלא כדין. ולכך ממילא בטיהר הטמא שזיכה את בעל הפירות בממון שפסק שיש לו פירות טהורים ולכך קם דינא לענין הזכות ממון שיהי' לו כפי שהי' לו פירות טהורים וע"כ ע"י שישלם לו הדיין המותר כיון שבאמת טמאים. כמו בממון שבאמת פטור הזכאי ומשלם הדיין כדי שיהי' קם דינא ע"י ממון הדיין כן בטיהר צריך לשלם כדי שיהי' קיים דינו לענין זכות הממון שזיכה לזה. ומפרש הר' דוד להיפוך לא מה שמשלם מביתו משום דקם דינא רק שמשלם מביתו כדי שיהי' קם דינא. וכן טימא הטהור ג"כ כנ"ל שנשאר טמא ע"י שמשלם מביתו כדי לקיים הפסק שלו שישאר טמא ואעפ"כ לא יפסיד זה דאם לא הי' משלם מביתו לא הי' אפשר לקיים דינו דלמה יהי' זה מפסיד בשביל טעותו ולכך משלם הוא כדי שיהי' קיים ויהי' טמא וא"ש כנ"ל אך לכאורה מאי תלי לי' הש"ס בדינא דגרמי. וי"ל דלמאן דלא דדד"ג לא שייך חיוב כה"ג. עוד י"ל טיהר הטמא כו' בא' שטימא טהרות של חבירו מד"ת ופסק הדיין שעדיין

טהורים ופטר להמטמא. ושפיר אף שטמאין מ"מ קם דינא לענין מה שזיכה לזה ופטרו והוא ישלם מביתו ואינו נכלל בכלל זיכה את החייב דשם נשאר זכאי משא"כ כאן כיון שא"א להיות דינו קיים מה שטיהר ס"ד דממילא חייב המטמא כיון דתלי' הא בהא קמ"ל נהי דלענין איסור אסור מספק מ"מ לענין הפטור ממון קיים. ואף לרש"י מי יימר כו' שייך ג"כ דא"י להוציא שי"ל באמת טהור ואף שא"י להתיר מספק זה רק גרמא כמ"ש הר"ן חולין גבי מוגרמת דרב בא' שעשה ס' טריפה שפטור משום מזיק כנ"ל דהוי גרמא: **כאן** באינו מומחה כו'. ופירש"י דבאינו מומחה מצי אמר מי יימר דטעמא בתרא עיקר דילמא קמא עיקר ובהאי טעות משא"כ במומחה. והנה זה לא שייך כ"א על עצמו אבל לענין ב"ד אחר גדול ממנו ומומחה למה לא יחזירנו כיון דמומחה צריך לסמוך עליו. וא"כ איך תני מה שעשה עשוי הא באינו מומחה ודאי דיש גדול ממנו. וצ"ל דעיקר קמ"ל שחייב לשלם והפי' הוא מה שעשה עשוי ומשלם היינו היכא שהדין קיים חייב לשלם ואין הנידון צריך להמתין עד שימצא גדול להחזיק ושפיר קמ"ל על שניהם למאי דאמר ב"ב דאמר מייתינא איגרתא דאין הלכה כרשב"א אמר לי' לכי תיתי. דכיון דפסק הדין אינו יכול לומר שימתין עד שיברר שאין הלכה כן כיון שנראה לדיין כן עושה כהלכה שבעיניו וכשיברר אח"כ יברר. וקמ"ל בזה האינו מומחה שדן וזיכה וחייב ואח"כ אומר שטעה בש"ה אעפ"כ כל זמן שאין גדול להחזירו מה שעשה עשוי ומחויבים לקיים כמו שפסק ואין לסמוך עליו שטעה וגדול יחזירו כיון דעתה אין מומחה להחזיר ושייך לכי תיתי. וממילא משלם מביתו עכשיו כל זמן שלא בא מומחה להחזיר דההיזק נעשה מיד. אך בזה אפשר דכשתובעין הדיין לשלם יוכל לומר לב"ד מומחה קא אזילנא כיון דההפסד ברור דמומחה יחזירו ולא יתחייב לשלם אבל בעצמו מחויב כנ"ל. ואף דלכאורה הא דאמרי' לכי תיתי ולא ממתינין היינו דאין סומכין עליו שיברר אבל אם הי' ודאי שיתברר הי' ממתינין וא"כ נגד הדיין שישלם ממ"נ אי לא טעה אינו חייב כלל ואי טעה א"כ שוב ודאי יתברר שודאי המומחה יחזירנו ולא ישלם. מ"מ ז"א כיון דהבע"ד א"צ לסמוך עליו שטעה ושילם ע"י ונפסד מחויב ממילא הוא לשלם מיד כל זמן שאין מומחה להחזיר. ועוד נראה דקמ"ל היכא דלא מצי למיהדר היינו שקודם שהחזיר המומחה הדין הלך למד"ה שפיר משלם מביתו ואף דבטעה בד"מ אמרינן אלו הוי קמן הוי הדר כו'. דוקא בד"מ שמעצמו בטל הפסק ולאו כלום עביד משא"כ בזה שדינו קיים כ"ז שלא החזירו המומחה וכיון דלא מצי למיהדר חייב כמ"ש הש"ך ז"ל. ושפיר אשמעינן דמה שעשה עשוי היינו כ"ז שאין מומחה להחזירו וממילא משלם מביתו כשלא מצי למיהדר אח"כ. משא"כ מומחה דבעצמו מחזיר כנ"ל ומיושב בזה דלכאורה לרש"י ז"ל פליגי ר"נ

ור"י דלמאי דמשני ר"י כאן ביש גדול ממילא אין שום סברא לחלק בין אינו מומחה כיון שהטעם משום מי יימר דטעמא בתרא כו' והגדול מחזיר במומחה מכ"ש באינו מומחה אי לאו משום קנס כמ"ש רא"ש ז"ל. גם אינו מדוקדק מאי דאמר ר"י כאן ביש גדול הי' לו לומר הא דמחזירין היינו שגדול מחזיר ומה מועיל מה שיש גדול וגם אי נאמר דלרש"י ז"ל פליגי ר"נ ור"י תמוה איך מישב ר"נ קושית הש"ס מסיפא אם הי' מומחה פטור. וגם דלא אמר אלא כמ"ש הרא"ש שהוכיח דלא פליגי. ולמ"ש מיושב בפשיטות דמעיקרא הוי ס"ד ג"כ דמומחה מחזיר רק עתה כ"ז שאין מומחה וגדול להחזיר בזה יש חילוק דאינו מומחה וקבלוהו הדין קיים דאין לסמוך עליו שטעה דמי יימר כו' ולא סמכינן עליו כלל שמומחה יחזיר אותו דאין סברתו מוכחת כלל שטעה כיון דאינו מומחה ונשאר פסק הראשון שקבלוהו וממילא משלם מיד וכשבא מומח' או גדול מחזיר באמת ומ"מ בלא מצי למיהדר דמה שעשה עשוי משלם כיון דהי' דינו קיים כנ"ל. וכאן במומחה מחזיר בעצמו דלא שייך מי יימר כיון דהוא מומחה סומכין עליו שטעה. ופריך מסיפא דגם מומחה אינו מחזיר ומשני כאן שיש גדול דגם מומחה אינו מחזיר באין גדול דשייך מי יימר ואין ב"ד יכול לבטל כו' אא"כ גדול ממנו כו'. רק דבזה יש חילוק דאינו מומחה אין סומכין על סברתו שטעה וגדול יחזירו ושייך לכי תיתי כמו שהבע"ד אומר שיברר דאין הלכה כן דמחויב לקיים הפסק וכן באינו מומחה כנ"ל. וכיון שהפסק קיים משלם כנ"ל. ובמומחה אף דאין גדול אין מחזירין וגם בעצמו אינו מחזיר דמי יימר כו' מ"מ עכ"פ יש לסמוך על סברת המומחה שטעה ביש גדול דנמתין בקיום הדין שנשאל לגדול ממנו דודאי יחזירנו ושפיר מיד אין הדין שלו קיים עד שיתברר ע"י הגדול ולא אמרינן לכי תיתי כו' דעכ"פ מהני להיות רגלים לדבר ואומד שיתברר ע"י הגדול להיפוך כיון דהמומחה אומר שטעה ושפיר ביש גדול מיד מחזיר היינו לא שיוציא מהמוחזק רק להיפוך אינו מוציא כפי הפסק שפסק רק שצריך להמתין עד שיתברר וממילא אפשר דבהלך ולא מצי למיהדר חשוב לאו כלום עביד כטעה בד"מ דפטור. ומדוקדק שפיר כאן ביש גדול ממנו דאף שאין כאן כלל להחזירו מ"מ כיון דיודעין שיש גדול ממנו סומכין עליו שטעה להמתין עד שיתברר ע"י הגדול אבל באין גדול ממנו בעולם כמו הסנהדרין לעולם אין מחזירין דשייך מי יימר בטעה בש"ה. ושפיר מתני' בכל גווני דן את הדין באינו מומחה לעולם כ"ז שאין מחזירין מה שעשה עשוי וממילא משלם בין יש גדול בין אין גדול וכשבא גדול באמת מחזירו ובמצי למיהדר פטור. ותני סיפא אם הי' מומחה לב"ד לעולם פטור. אף דאין גדול ודינו קיים ושפיר גם לרש"י ז"ל לא פליגי ר"נ ור"י כנ"ל:

ונראה דלרש"י ז"ל אף דפי' משום מי יימר, וא"כ לכאורה ע"כ סבר כהפ' שהביא הטור דדוקא כבר שילם ע"פ משא"כ חייב את הזכאי ולא שילם עדיין איך שייך להוציא מספק משום מי יימר. אמנם נראה דאין הכרח כלל די"ל כפשטי' חייב הזכאי שמחויב לשלם. דכמו דאצל הבע"ד אמרינן לכי תיתי ומחויב לשלם מיד וכשיתברר הדין להיפוך יתברר. וכן באינו מומחה כיון דשייך מי יימר ואין כאן בירור שטעה ממילא מחויב לקיים הפסק ולשלם כ"ז שלא נתברר ע"י מומחה וגדול שהי' טעות. דאף דאמרינן בקידושין גבי שלח ואחוי דבמה שיתברר מיד גם עד א' נאמן היינו במה שיכול להתברר מיד כדאמר התם שלח ואחוי משא"כ לענין זה להמתין על הגדול. ועוד כיון שכבר פסקו ונגד הפסק ב"ד ודאי דלא הי' א' נאמן שטעו בדין:

עוד נראה החילוק פשוט דהא בהדיוט יחיד וקיבלוהו כדמיירי הא דדן את הדין. וא"כ הא דדינו קיים. ואף דהא יכול להיות שטעה כיון שאינו מומחה וקבלוהו רק למידן דין תורה. וא"כ לעולם יוכל לומר שלא יקיים הפסק שמא טעה ואינו ד"ת וא"כ מה הועיל הקבלה וע"כ שהקבלה הי' על זה שכל זמן שלא יתברר שטעה ואינו ד"ת מחויב לקיים מה שפסק. וא"כ ממילא אף שאומר בעצמו שטעה בש"ה מ"מ אין לסמוך עליו דמי יימר כו' וממילא לא נתברר שטעה ושפיר הדין קיים באמת וא"י לומר להמתין שיתברר ע"י מומחה דהא ע"ז הי' הקבלה שנתחייב לשלם כל זמן שלא יתברר שטעה. ולכך אף דגדול מחזיר גם באינו מומחה מ"מ כל שאינו מחזיר הדין קיים. משא"כ במומחה דאין דינו רק מצד שבאמת הדין תורה כן. ואף בקבלוהו ג"כ קבלו רק מצד שאינו טועה בודאי. ולכך כשאומר שטעה אף דאין גדול אין מחזירין מ"מ ביש גדול מהני שלא יהי' קיים ולא יהי' חייב עד שיתברר ע"י הגדול דלא הי' הקבלה כלל כשאין הדין כן אף שאינו מבורר כנ"ל. ושפיר החילוק בין אינו מומחה גם לרש"י כנ"ל. וגם בג' הדיוטות י"ל ג"כ דדינם כאינו מומחה וקבלו. דהא שנתנה התורה לה רשות לדון ומחויבים לקיים דינם ואף דהא ודאי אפשר שטעו כיון דלא סביר. אעפ"כ אינו יכול לומר אחר הדין שימתין עד שישאל למומחה. וע"כ דנתנו להם החכמים רשות משום נעילת דלת שיהי' מחויב לקיים מיד כ"ז שלא נתברר דטעה דאל"כ עדיין יהי' נעילת דלת שיצטרך להמתין על מומחה. וא"כ שפיר אף דאומרים אח"כ שטעה כיון שאינו מבורר א"צ להמתין על הגדול דלענין זה דינם דין אף שטעו באמת כל שלא נתברר שטעו כיון שהי' התקנה כן. משא"כ מומחה דאין דינו דין רק אם פסק כדין שפיר ביש גדול מחזיר להמתין כנ"ל:

אמנם מדברי כל הפוסקים דהפי' אין מחזירין היינו לגמרי אף שבא הגדול והמומחה דלא כמ"ש וא"כ לרש"י תמוה נהי דאינו מומחה ושייך מי יימר מ"מ ב"ד מומחה למה לא

יחזירו והי' אפשר דכיון דב"ד בתר ב"ד לא דייקי וקי"ל פ"ק דמכות דכשהעידו עדים נגמר דינו בב"ד של פלוני אין דנין אותו כלל ומחייבין אותו מיתה ע"ש. וע"כ דאין חוששין כלל שמא טעו וא"כ י"ל דב"ד אחר לעולם אין נזקקין לחזור ולדון כיון שכבר דנו וחייבו או זיכו כו'. ואף שאומר הדיין שטעה לא מהימנין לי' כלל דחד לא מהימן דלא עדיף משאר עד כיון דחשבינן לדבר ברור כשנגמר הדין. רק אותו דיין בעצמו דיודע שטעה באמת יש לו להחזיר הדין. ולכך באינו מומחה דלא מצי להחזיר משום מי יימר כו' שוב הדין קיים דאין ב"ד אחר נזקקין. משא"כ מומחה חוזר בעצמו ואח"כ דחו דגם מומחה יש חילוק בין יש גדול היינו דמומחה מועיל סברתו שטעה שיהי' ב"ד גדול ממנו נזקקין לדין זה ומחזירין ממילא משא"כ אינו מומחה אין סברתו מהני שיהי' נזקקין כנ"ל:

עוד י"ל דלכאורה אינו מובן סברת רש"י ז"ל. דהא כמו כן שייך במומחה מי יימר כמו באינו מומחה דהא גם מקודם הי' מומחה וב' הסברות שווים. אמנם דהא כיון שיכולין לדון בע"כ של הבע"ד א"כ אף שכבר פסק ושילם וכה"ג מ"מ עכשיו שנודע לו שטעה א"כ יודע שזה נטל שלא כדין יכול לדונו עכשיו ולהוציא בע"כ דהא נתנה לו התורה רשות לדון ע"פ דעתו ודינו עכשיו ע"פ דעתו שמחויב להחזיר ושפיר מחזירין. משא"כ אינו מומחה דאינו דן בע"כ רק מצד הקבלה וכיון שכבר פסק א"כ לענין הפסק זה שידין מחדש הא א"י לדון בע"כ כלל וע"ז לא קבלוהו כנ"ל. ואף שהוא אומר שטעה א"כ לא דן כלל ועדיין מהני הקבלה ראשונה. וכמו בעדים שטעו דלא מיקרי עשו שליחותן כו'. מ"מ כיון דאינו מומחה ושייך מי יימר כו' א"כ יש ספק על זה עצמו אם עדיין הקבלה קיימת או לא דשמא לא טעה וכבר אין בידו לפסוק א"כ ע"ז עצמו הוי דין חדש שאינו יכול לדון כלל בע"כ כיון שאינו ברור. ולכך בטעה בדבר משנה שכבר שפיר נשאר הקבלה ומחזיר משא"כ הנ"ל. אבל מומחה שדן בע"כ נהי דהקבלה נתבטל מ"מ דן עכשיו ע"פ דעתו שיכול לדון ולא שייך מי יימר כיון שאצלו ברור שמחויב להחזיר כנ"ל ולכך אפשר דבג' הדיוטות שג"כ דנין ע"כ דינם כמומחה שג"כ דנין עכשיו. ואינו מוכרח כיון דהוא רק מתקנת חכמים משום נ"ד ולא כשכבר דנו לענין הביטול כנ"ל ור"י מסיק דגם במומחה כשאין גדול לא מחזיר דאף שיכול לדון מחדש מ"מ הוי כב"ד א' שדנו לפטור ואח"כ דנו ב"ד א' שאינו גדול מהראשון להיפוך דאינם יכולין לבטל כלל אלא א"כ גדול ממנו כו' ולכך גם המומחה בעצמו שהוא בתורת מחדש א"י לבטל דינו הראשון כמו ב"ד, אחר שאינו גדול אבל יש גדול שפיר הגדול מחזיר:

עוד י"ל החילוק דהא קי"ל בכל דבר שהוחזק בג' פעמים אינו יוצא מחזקתו ג"כ רק בג' פעמים במועד ווסתות וכה"ג משא"כ במה שלא הוחזק ג"פ יצא מחזקת הסתם אף

בפעם א'. כמו דאמרינן בהא דלחוש חוששת כו'. וא"כ נראה בקיבל עליו סתם הדיוט דגמיר ולא סביר לדון ד"ת אף דבסתם אמרינן דאינו טועה לחייב לקיים הפסק מ"מ אם נודע ונתברר שטעה בדין אף בפעם א' נתבטל הקבלה ואינו חייב לקיים דשמא טעה גם עכשיו כיון דלא הי' יודע בשעת הקבלה ועתה נודע כנ"ל. וכן בג' הדיוטות דאית בהו חד דגמיר כנ"ל. אמנם במומחה דהיינו מנוסה ומוחזק בכמה פעמים דלא חזו בי' טעותא כמ"ש הגאון וברא"ש ז"ל. נראה ודאי דאף שטעה פעם א' אינו יוצא מחזקת מומחה ועדיין יכול לדון ע"כ אם לא שטעה ג"פ דנעקר החזקה כנ"ל. וא"כ מיושב שפיר החילוק דאינו מומחה כיון שדן רק ע"פ הקבלה שקבלוהו ממילא כשאומר שטעה בש"ה אינו יכול לדון מחדש מחמת הקבלה ראשונה אף שיודע בבירור בעצמו שטעה דממ"נ כיון דטעה פעם א' שוב נתבטל הקבלה דיש לחוש שטועה גם עכשיו דגם בטעות פעם א' בטל הקבלה כיון שלא הוחזק כנ"ל וקבלו למידן ד"ת. וא"כ אין המי יימר שכ' רש"י ז"ל מצד ספק רק דאיך נאמר שיוכל לדון עכשיו מחדש בשביל שטעה בדינו הראשון הא אם טעה נתבטל הקבלה ויש לחוש שטועה גם עכשיו ואין הקבלה מהני ובע"כ א"י לדון. ואף דאם טועה עכשיו א"כ מעולם לא טעה עדיין ויכול לדון מ"מ עכ"פ א"א לומר שמחזיר הדין בשביל הטעות הא אי טעה אין כאן קבלה ואין דינו של עכשיו דין כלל ושוב נשאר דינו הראשון קיים ואמרינן שטועה עכשיו. ולהיפוך לא אמרינן כיון שרואין דטועה עכשיו עכ"פ שוב שמא טעה בדינו הראשון ז"א דאינו מבטל החזקה על למפרע. ושפיר מה שעשה עשוי כנ"ל. אבל מומחה שמוחזק כנ"ל שפיר מחזיר הדין דאף שטעה בדינו הראשון עדיין לא יצא מחזקתו בפעם א' ויכול עדיין לדון בע"כ ומהני דינו ע"ז שטעה ומחזיר הדין דאף שטעה אז לא חיישינן לטועה עוד ושפיר מחזיר כנ"ל. ור"י מסיק דגם במומחה שאין גדול ממנו קם דינא דנהי דלדין אחר לא מספקינן לי' בטועה שהוחזק,. מ"מ על אותו הדין עצמו דודאי טעה או בדין הראשון או בהחזרה והספק הוא באיזה טעה אין שום ראי' יותר שטעה בדין הראשון יותר מבהחזרה דבין כך ובין כך אין כאן רק טעות פעם א' ואי טעה בראשון לא טעה בשני וכן להיפוך ושייך מי יימר ואדרבה מעמידין אחזקה דמעיקר' שלא טעה עד עכשיו בהחזרה כדינו של האגודה בי"ד ס"א:

עוד י"ל למ"ש לעיל דהא הטעם בשיקול הדעת דקם דינא שאינו טעות ברור ואף דלכתחלה מוציאין מהמוחזק משום הסוגי' דעלמא. מ"מ כל מוחזק אף שהי' תפיסה ברשות מ"מ לא זכה ברשות ע"י ב"ד משא"כ בזה שפסק וזכה ע"י ב"ד עדיף ואין יכול להוציא ממנו כשאינו בירור גמור. אך לכאורה הא ע"ז דנין שאם הי' הדין בטעות לא זכה כלל ע"י ב"ד כיון שהי' שלא כדין וא"כ כמו דהסוגיא דעלמא מהני מתחלה להוציא א"כ

יועיל גם בזה שמברר שהי' הפסק שלא כדין ולא זכה ע"י ב"ד כלל מעולם ואיגלאי מלתא שהי' תפיסה שלא ברשות כנ"ל. ולכך באמת גדול מחזיר אף שהוא רק טעות בש"ה כנ"ל. אמנם באינו מומחה דכתבנו לעיל דע"כ הי' הקבלה שאף שטעה מ"מ יתחייבו לקיים דינו כל זמן שלא יתברר שטעה דאל"כ לעולם לא יועיל פסק שלו שמא טעה כיון דאינו מומחה. וא"כ ע"כ דהקבלה הי' כנ"ל. וא"כ בזה שפיר כיון דאף שטעה מ"מ קודם שנתברר הי' התפיסה ודאי כדין וברשות שזכה אז דע"ז הי' הקבלה וממילא שוב גם גדול אינו מחזיר כיון שאין בירור רק בש"ה לא מהני להוציא ממה שזכה כדין כן דעכ"פ זכה כדין קודם הבירור כנ"ל. משא"כ מומחה דלא הי' מועיל רק מצד שאינו טועה ושפיר מהני הסוגי' דעלמא דאיגלאי מלתא שמעולם לא זכה והי' תפיסה שלא ברשות ומחזיר הגדול כמו בתחלה שמוציאין ע"פ סוגיא דעלמא כנ"ל:

ומיושב בזה מ"ש תוס' ב"ק דגם לרבנן דר"מ חייב היכא דקם דינא דהוי מזיק דלא דמי לשורף שהוא שלא כדין דעדיין הלה חייב משא"כ בקם דינא דנפסד כמו כהנים שפגלו ע"ש. וקשה דגם בטעה בש"ה כיון דקם דינא רק משום מי יימר כו' אבל אי באמת טעה עדיין הלה חייב ומה שאין יכולין להוציא ממנו הוא שלא כדין וא"כ איך מחייבין הדיין וע"כ שנאמר שטעה דאל"ה פטור וכיון שטעה עדיין הלה חייב ואין כאן מזיק רק גרמי כמו שורף כו'. ולמ"ש הא קודם שנתברר שטעה הי' כדין וזכה זה באמת ומטעם זה נפסד עתה שאין מחזירין באינו מומחה וקבלוהו כנ"ל. א"כ שפיר הוי מזיק דהא דקם דינא הוא רק מצד שאז כשדן הי' דינו באמת קיים אף שטעה והוי כפיגלו במקדש כנ"ל וחייב גם לרבנן כנ"ל. ולמ"ש י"ל דבאין גדול ממנו שוב בל"ז פטור לרבנן דר"מ דכיון דמומחה והא דאין מחזירין משום דאין גדול ומי יימר כו' ושוב זה רק גרמי דאי טעה א"כ עדיין חייב וזכה שלא כדין כנ"ל:

עוד י"ל כמ"ש בחי' לש"ע למ"ש הרא"ש פרק הכותב גבי בקרא דאינו עד דלאחר מיתה תפסי' דהוי נוגע כיון דצריך לשלם כו' ע"ש. ואף דאם יאמר הבקרא ג"כ שתפסו מחיים יהי' פטור מ"מ עכשיו שאומר לא"מ תפסי' אם לא חשוב עד יהי' צריך לשלם ואי הוי עד יהי' פטור כשלא ישבע הבעה"ב שפיר הוי זה נגיעה בעדות דמה שיהי' חשוב עד הוי לזכותו ולא דמי להן הן שלוחיו כו' דמהני מיגו דאי בעו אמרי אהדרינהו כו'. דהתם גוף העדות אינו לזכות יותר אם יהי' להם דין עדים אי לא דב"כ וב"כ פטורים רק אם לא הי' להם טענה אחרת היו נוגעים כיון דא"א לפטור בטענה אחרת משא"כ מיגו דאי בעו כו' אין כאן שוב נגיעה משא"כ גבי בקרא דמה שנאמין לו בתורת עדות יהי' נגיעה לזכותו דחי לא יהי' עד יהי' חייב זה הוי נוגע אף שיש לו טענה אחרת דמ"מ עכשיו

כשאומר לא"מ תפסי' א"א להאמינו בתורת עדות שזה זכותו ופסול כנ"ל. וא"כ באינו מומח' שחייב לשלם בטעה אי קם דינא שוב אין לו תורת ב"ד להחזיר הדין דא"א שנחזיק אותו עכשיו לב"ד לדון דין זה שטעה ולהחזיר הדין דזה הוי נוגע לזכות דעי"ז יהי' פטור מלשלם משא"כ אם אינו ב"ד ולא יחזיר יהי' חייב לשלם. ואף דאי לא טעה הוא פטור מ"מ עכשיו שמודה שטעה שוב מה שיהי' לו דין ב"ד להחזיר הדין הוי נוגע שעי"ז פטור ושפיר אין לו דין ב"ד כמו התם בעדות וממילא לא מצי להחזיר וחייב לשלם ושייך מי יימר כו'. משא"כ במומחה דפטור לשלם אף שיהי' קם דינא שפיר אינו נוגע ויש לו גם עכשיו דין ב"ד להחזיר הדין כמו קודם כנ"ל:

תוס' הקשו כיון דר"י סבר דמומחה מחזירין למה לעיל בהא דמר זוטרא כו' דן דינא וטעה ואתא לקמי' דר"י א"ל אי קבלוך כו' ואי לא זיל שלים כו' ולמה לא החזיר הדין דמומחה הוה כו' ותירצו די"מ דדוקא מומחה דסמיכא כו'. ותמהו לרש"י ז"ל דהטעם באינו מומחה משום מי יימר משא"כ מומחה א"כ מאי חילוק בין סמיך או לא כיון דגמיר וסביר דלכך דן ביחיד א"כ לא שייך מי יימר כמו בסמיך. ולמ"ש לעיל מיושב דהתם דאמר לי' אי לא קבלוך זיל שלים וכיון דחייב לשלם שוב אינו מחזיר דהוי נוגע ואין לו דין ב"ד כלל על להחזיר הדין וב"ד אחר לא מזדקיק לי' כלל להחזיר כמ"ש לעיל רק הוא עצמו והוא חשוב נוגע כנ"ל. ולכך דוקא מומחה לרבים דפטור דהיינו נקיט רשותא או קבלוהו כנ"ל שפיר מחזיר ולא קשה כנ"ל:

עוד י"ל למאי דקי"ל דהא דדין הדיוטות שאין סמוכין דוקא במידי דשכיח ואית בי' חסרון כיס עבדינן שליחותייהו אבל מידי דלא שכיח או דשכיח ולית בי' חסרון כיס לא מהני. וא"כ י"ל דזה עצמו הטעם דבאינו מומחה אינו מחזיר היינו שאינו סמיך דהא לענין להחזיר הדין שוב אין לו דין ב"ד כלל דהא כיון דאי קם דינא משלם הדיין מביתי וא"כ לענין חזרת הדין לא הוי חסרון כיס לבע"ד כלל דהא אף אם לא יהי' לו דין ב"ד להחזיר ג"כ לא יפסיד הבע"ד דיהי' הדיין צריך לשלם כנ"ל. וכיון דליכא חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו ושפיר אינו מומחה אין לו דין ב"ד להחזיר כנ"ל. ומה שיש חסרון כיס לגבי הדיין זה לא מהני שיהי' שייך התקנה שיהי' לו דין ב"ד דהא אדרבה להרא"ש ז"ל קנסינן לי' שלא יחזיר כדי שישלם כו'. וא"כ אף אי לא נימא כהרא"ש ולא קנסינן לי' אבל עכ"פ לא שייך התקנה שיהי' נקרא ח"כ הפסד הדיין כנ"ל. ושפיר החילוק כמ"ש תוס' דמומחה דסמיך שפיר מחזיר דיש לו דין ב"ד גם על החזרה כיון דסמיך אבל מומחה דאינו סמיך דדן רק משום נ"ד דעבדינן שליחותייהו שפיר אין מחזירין כנ"ל דכיון דמשלם אין לו דין ב"ד להחזיר כנ"ל. וי"ל דאמר לי' אי קבלוך לא תשלם ושוב מצי

מחזיר הדין דכיון שפטור הוי מלתא דאית בי' חסרון כיס ואי לא זיל שלים וממילא א"י להחזיר כנ"ל. ובזה יש קצת טעם להחילוק בין נו"נ ביד לר"ח. דאפשר לדחות הנ"ל דאף שהדיין צריך לשלם מ"מ י"ל דמקרי ג"כ ח"כ דאי דנין ומחזירין צריך הבע"ד לשלם ואי אין דנין לא יתחייב הבע"ד רק הדיין. והא' נח לי וב' קשה י"ל דמקרי ג"כ חסרון כיס. אבל בנו"נ ביד דב"כ וב"כ דינו של זה אצל הדיין רק הדיין חוזר וגובה כמבואר בש"ע וממילא לא הוי ח"כ ואין מחזירין כנ"ל. ויש לדחות:

עוד י"ל לשיטת תוס' דגזילות שע"י חבלות אין דנין הדיוטות אף דגזילה שכיח כיון שנעשה באופן דלא שכיח דבא הגזילה ע"י שחבל בו הוי מלתא דלא שכיח ובעי סמוכין. וכן בש"ס ב"ק פרק החובל אין מועד בבבל אף דאתו רבנן דהתם ויעדוהו לא שכיח אף שגוף החיוב שכיח רק דלא שכיח שידונו באופן זה ע"ש. וא"כ כיון דכ' רש"י ז"ל דבמומחה דגמיר וסביר לא שכיח שיטעה דמה"ט חשבינן לי' אונס וכ"כ הפוסקים וא"כ מטעם זה עצמו י"ל דקם דינא וא"י להחזיר הדין כיון שהוא מומחה דגמיר וסביר ואינו סמיך דהא זה הדין דעכשיו לדון על הטעות אי חוזר הוי מלתא דלא שכיח כיון דגמיר וסביר וכמו גזילה שע"י חבלה וא"י להחזיר כיון שאינו סמיך ומה שבא הממון ליד זה בא ע"י אופן דלא שכיח ע"י טעות של המומחה כמו שם שבא ע"י שחבל בו כו'. ולכך אין מחזירין משא"כ מומחה הסמיך. ולכך שפיר כ' רש"י ז"ל דממ"נ אין מחזירין בין ג' הדיוטות ובין מומחה דגמיר וסביר ואינו סמיך. דבג' הדיוטות דשכיח טעות ולא שייך טעם הנ"ל מ"מ אין מחזירין משום מי יימר דטעמא בתרא עיקר דאין לסמוך עליהם. ומומחה דגמיר וסביר ואינו סמיך דלא שייך מי יימר כו' דסביר שוב אינן מחזירין משום דלא שכיח ואין דנין. ודוקא מומחה דסמיכא כנ"ל לא שייך ב' הטעמים כנ"ל:

לכאורה מה מקשו תוס' מהא דר"י דלמא אמר לי' אי לא זיל שלים בלא מצי למיהדר דהלך למדה"י וכה"ג אמר לו שחייב כיון דקי"ל כר"מ דדן גרמי לשיטת תוס' חייב אף דאלו הוי קמן הדר כו'. וצ"ל דקשיא להו דא"כ מה דייק הש"ס דגמיר וסביר ולא נקיט רשותא דיני' דין מהא דר"י דלמא אף שאין דינו דין אמר לי' שלים משום גרמי וע"כ דסבר הש"ס דאיירי במצי למיהדר. אך לשיטת בעה"מ אין ראי' דאי אין דינו דין א"כ הוי כטועה בד"מ דלמה הי' לו לבע"ד לקיים מה שפסק ודייק שפיר דאי דינו לאו דין הי' פטור משא"כ אי דינו דין רק שחוזר בטעה שלא פשע הבע"ד שפיר חייב בלא מצי למיהדר ועוד דכיון דקי"ל דהיכא דמצי דן בלא הקבלה מהני הקבלה למפטרי' משא"כ כשאינו דינו דין אין הקבלה רק שיועיל הדין ולא לפטרו בטעה וא"כ דייק הש"ס שפיר דמדאמר אי קבלוך לא תשלם ע"כ דדינו דין דאז מהני הקבלה לפטרו דאי בלא הקבלה

אין דינו דין אף ע"י הקבלה לא מיפטר דהי' מהני רק שיהי' דינו דין וכן פי' הש"ך ז"ל. אך י"ל דהתוס' דייקי מלשון ר"י דאמר לי' זיל שלים ולמה לא שאל אותו אי מצי למיהדר יחזיר הדין. ואין זה הכרח דידע ר"י מדשאל לו על התשלומין ע"כ דלא מצי למיהדר. אך מדאמר הש"ס התם דטעה במאי אי בד"מ כו' מוכח כתוס' ויש לדחות.

הרי"ף גורס להיפוך כאן במומחה קם דינא ובאינו מומחה מחזירין ע"ש. לכאורה מוכרח לפרש כן לשיטתו דתלי במסקנא דר"ח דנו"נ ביד משום פסידא דבע"ד היכא שהדיין פטור חוזר הדין ע"ש. וא"כ לפרש"י דנימא הפי' כאן במומחה מחזירין כו' מאי פריך מסיפא דאם הי' מומחה פטור לשלם כו' הא י"ל החילוק במומחה מחזיר לפי שפטור ומשום פסידא דבע"ד מחזירין משא"כ אינו מומחה דחייב לר"י ור"נ גם בלא נו"נ ביד לכך אינו מחזיר וא"כ א"ש דתני סיפא אם הי' מומחה פטור וממילא מחזירין דגם למסקנא כן הפי' במשנה להרי"ף ז"ל. וע"כ כגירסתו דתירץ ר"י להיפוך מומחה אינו מחזיר כנ"ל ולהרא"ש ז"ל באמת קשה למאי שמפרש דבאינו מומחה קנסו שיהי' קם דינא כדי שישלם ע"ש. ולכך גם גדול אינו מחזיר. א"כ מאי פריך מסיפא הא תני שפיר אם הי' מומחה פטור וליכא קנס ממילא מחזירין. אך סבר דזה פשוט דלא שייך לקנסו במומחה והי' לו למיתני רק גוף הדין דאם הי' מומחה מחזירין. ועוד דהרא"ש סבר דלא כהרי"ף שאין לפרש המשנה כן דפטור ולכך מחזירין דפשטא דלישנא קאי שגם במומחה מה שעשה כו' כמ"ש הרא"ש משא"כ לפי' הרי"ף:

והנה הרא"ש ז"ל דחה גירסת הרי"ף וקושייתו אינם מובנים כלל. מה שפי' דברי הרי"ף אמר ר"נ כאן שיש גדול כו' דביש גדול ממנו אף מומחה משלם ובאין גדול אינו משלם. והקשה מזה למה אמר ר"ע לר"ט מומחה לב"ד אתה ופטור הא ר"ע גדול ממנו כו' לכאורה תמוה מה שמפרש דברי הרי"ף דתירוץ ר"נ כאן שיש גדול על התשלומין דמאי סברא לחלק על החיוב לשלם בין יש גדול לאין גדול ממנו זה שייך לענין החזר' דאין ב"ד יכול לבטל כו' אלא א"כ גדול כו'. והפי' הפשוט להרי"ף ז"ל דתירוצא דר"נ לא קאי אר"י כלל רק משני אמתניתין תירוץ אחר כאן שיש גדול כו' מחזיר ובאין גדול ממנו קם דינא. ולר' יוסף אין חילוק כלל בין יש גדול. אך הרא"ש ז"ל הוכרח לפרש כן כהרי"ף חדא דסבר לפשוט מדלא קאמר אלא אמר ר"נ דקאי אר"י כמ"ש הרא"ש אח"כ. ועוד דאיך אפשר שנשאר דברי ר"י בקושיא וסיפא דתני בהדיא מומחה פטור. וע"כ דמשני לי' ר"נ החילוק בין יש גדול לענין התשלומין. וע"כ צ"ל טעם החילוק דביש גדול ממנו ליכא מצוה לדון כדאמר ביצה פרק משילין דבליכא דעדיף מיני' הוי דנין מצוה כו' משא"כ איכא דעדיף הוי רשות ולכך שייך לחייבו בתשלומין ביש גדול ממנו יותר מבאין גדול

דלא הי' לו לדון כנ"ל וא"כ ע"כ החילוק הוא בין יש באותו מקום שדן זה גדול ממנו. וא"כ מאי קשיא לי' מר"ט מנין לנו שהי' ר"ע בשעה שהורה ר"ט. ועוד תמוה מ"ש לפשוט שר"ע הי' גדול מר"ט דמבואר בש"ס כתובות פרק הכותב דפליגי אי ר"ט רבו דר"ע או חבירו והלכה כר"ע מחבירו אבל שיהי' גדול מר"ט שלא יהי' לו להורות הוא תמוה מאד:

שוב ראיתי להמעדני יו"ט שכ' דמדקאמר לי' מומחה לב"ד אתה מוכח שהי' חבירו. ותמוה וכי ידייק הרא"ש יותר מהש"ס למה איכא תרי לישני אי רבו הוה או חבירו. וצ"ל בדוחק דנתחכם ר"ע אח"כ עד שהי' חבירו ולכך כאן שאמר לו אתה מוכח שהי' המעשה כשכבר הי' חבירו. אולם גם ז"א מנ"ל להרא"ש להקשות ולדחות דברי הרי"ף ואף דבש"ס ברכו' דייק כה"ג מדאמר לי' ריב"א לרב מי בדלית ולא מי בדיל מר דתלמיד חבר הי' כו' ע"ש. מ"מ הכא דאמר לי' מומחה לב"ד אתה הוי כמו מר ואין שום הוכחה. ועוד דאין להוכיח רק שהי' תלמיד חבר אבל לא שיהי' גדול ממנו. ומה שהוכיח מהא דקי"ל הלכה כר"ע מחבירו כו'. והא בתלת מילי הלכה כר"ל נגד ר"י. וצ"ל בדוחק:

והנה מה שדחה בעיטור ובנ"י גם כן שהגירסאות הישינות הם ובמומחה מחזירין כו' לא כמ"ש הרי"ף ז"ל ומומחה משלם כו' וממילא מוכח דלא כפי' הרי"ף ע"ש. ג"כ לע"ד יש לישב. דלכאורה תימה לרי"ף על ס"ד דש"ס כאן במומחה משלם וכי לא ידע הסיפא דהך מתניתין גופי'. ולכך נראה דהא קשה להיפוך ג"כ מאי פריך מסיפא ואם הי' מומחה לרבים פטור כו' הא שפיר י"ל כאן באינו מומחה היינו שלשה הדיוטות מחזירין כו' ואף דקאי במתני' בין ד"נ ושם בעינן מומחין מ"מ ע"כ הפי' הוא כל חד כדינו ד"נ כדינם בסמוכין וד"מ כדינ' בהדיוטות דגם להפי' הפשוט כהרי"ף ע"כ לפרש כן. וא"כ שפיר י"ל הך דדן את הדין במומחה היינו גמיר וסביר ולא נקיט רשות' דלכך תני דן כו'. וכמ"ש תוס' ריש פ"ק ושפיר מה שעשה עשוי ומשלם ואח"כ תני סיפא מומחה לב"ד היינו נקיט רשותא פטור ג"כ ולא קשה כלל מסיפא. וע"כ צ"ל דהקושיא הוא דאין סברא לחלק בין ג' הדיוטות לגמיר וסביר ולא נקיט רשותא כו'. דדינם שוה ולמה יהי' יותר מה שעשה כו' בגו"ס מג' הדיוטות כנ"ל:

אמנם למאי דפריך פ"ק אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת כו' ופי' תוספ' הקושיא דהי' לנו לפטור ג' הדיוטות כיון דמשום נ"ד הכשירו כדי שלא יצטרך לבקש מומחין א"כ הי' לפטר דאל"ה לא ירצו הדיוטות לדון מחשש שמא יטעו ויתחייבו שיודעין דאפשר להם לטעות כיון דהן הדיוטות ומשני כ"ש כו' דיתירא שמא יטעו כו'. ולהרי"ף קשה למה יתיירא שיטעו הא אם יהי' הדין דפטורין שוב יהי' הדין חוזר. וע"כ דהחשש היכא דלא יהי' אפשר למיהדר וע"כ הוצרכו לחייבם היכא דא"א למיהדר. וא"כ

י"ל זה עצמו טעם החילוק דר"י כאן באינו מומחה כו' היינו ג' הדיוטות מחזירין דלא חייבו אותם חכמים לשלם כדי שידונו ומשום נ"ד כקושית הש"ס טעו לא ישלמו כנ"ל. וממילא מחזירין ג"כ משום נ"ד כתירוץ הש"ס דיתירא שמא יטעו ותקנו שתי החששות דיזדקקו שלא יתיראו מטעות דיהיו פטורים וגם התובע לא יתירא דיהי' הדר דינא. ועל היכא דלא מצי למיהדר מש"ה לא חששו כנ"ל ושפיר מחזירין. משא"כ מומחה דגמיר וסביר ולא נקיט רשותא שפיר מה שעשה עשוי דלא שייך נ"ד דלא ירצה לדון כו' דהוא אינו חושש שיטעה כיון שגמיר וסביר כו' ממילא קם דינא וחייב לשלם כמו שהוא מעיקר הדין להרי"ף ז"ל. אך לכאורה הא מתניתין סתמא קתני ד"מ מחזירין ומשמע לעולם מחזירין ואיך נוקי לה דוקא בג' הדיוטות כו'. אך י"ל הלשון כפשטי' כיון דתני מחזירין בין לזכות בין לחובה א"כ מיירי בגווני דיש זכות וחובה לבע"ד אי לא נחזיר וא"כ מיירי היכא דפטור הדיין לשלם דאי היכא דמשלם מביתו אין זכות וחוב לבע"ד דהוא לא יפסיד גם אי לא נחזיר הדין. ותני שפיר דומיא דד"נ דאין מי שישלם ההפסד. ושפיר מבואר במתני' דאיירי היכא דפטור ומשני ר"י שפיר לס"ד הנ"ל דמיירי בג' הדיוטות או קבלו עלייהו דפטור מחזירין משא"כ הך דידן כו' דתני משלם מביתו ואיירי במומחה גו"ס ולא נקיט רשותא ולא שייך נ"ד ומשלם ולכך מה שעשה עשוי כו'. ופריך אחר כך ובמומחה מחזירין היינו כיון דמתני' סתמא תני ד"מ מחזירין כו' רק דמיירי דוקא בגווני דפטור א"כ נכלל בו גם מומחה לרבים דהוא ג"כ פטור והוי זכות וחוב לבע"ד ונכלל בלשון המשנה דד"מ מחזירין כו' והא תני סיפא אם הי' מומחה לכ"ד פטור כו' ומשמע דמה שעשה עשוי והוי שפיר הקושיא גם לפי' הרי"ף כמו לפרש"י ממשמעות דקם דינא ולמה תני סתם במשנה מחזירין כו' היכא דפטור והא גם זה פטור ואעפ"כ קם דינא כנ"ל. ולגי' הרי"ף ומומחה משלם כו' ג"כ הפי' כנ"ל וכי מומחה לעולם משלם והא יש מומחה שפטור כגון דנקיט רשותא כדתני סיפא ואם הי' כו' וא"כ בזה המומחה דנ"ר שנכלל ג"כ במשנה דהוי זכות וחובה ובזה אין מחזירין ולמה תני במשנה סתם מחזירין כנ"ל. אבל לא הי' כלל קושית הש"ס רישא אסיפא דשפיר רישא מיירי במומחה דלא נקיט רשותא כנ"ל רק ממשמעות המשנה כנ"ל. והפי' שוה בין לגי' הרי"ף ובין לגירסת רש"י והעטור כנ"ל:

עוד יש לישב בפשיטות למ"ש הנ"י דהדיוטות סתם קבלה גם לטעות דהא לא גמירי והיינו רק שיפטרו אבל מ"מ הדר דינא כשטעו כמ"ש הש"ך משא"כ בגמיר וקבלוהו דלא קבלו רק לד"ת כו'. וי"ל דסבר ר"י כן ומוקי שניהם בקבלו ומשני כאן באינו מומחה כו' שפיר מחזירין כיון דפטורין גם אם טעו איכא פסידא דבע"ד והתם במומחה

דהקבלה רק לד"ת וחייב לשלם ולא יפסיד ולכך קם דינא. ופריך ומומחה משלם פי' איך תימא במומחה לכך מה שעשה עשוי משום דמשלם והא תני סיפא מומחה לב"ד דפטור ואעפ"כ קם דינא וע"כ אין הטעם כנ"ל. וגם הגמ' מומחה מחזירין א"ש גם כן דהקושיא הוא ובמומחה גמיר דפטור לדידך מחזירין כיון דפטור והא סיפא כו' משמע דגם מומחה לב"ד קם דינא כנ"ל. גם למ"ש בח"מ הטעם דכיון דחייב לשלם חשיבי נוגעין ולא מקרי ב"ד לענין שיהיו בעצמם מחזירין הדין וא"כ שפיר תירץ ר"י כאן באינו מומחה פטור כמ"ש דמהני הקבלה גם לטעות שיפטרו או דהי' התקנה משום נ"ד לפטרם וממילא לא חשיבי נוגעין ומחזירין בעצמם כו' משא"כ מומחה דלא נ"ר דחייב דהקבלה רק לד"ת וגם לא שייך בי' התקנה לפטרו וכיון דחייב לכך מה שעשה עשוי דהוי נוגע לענין החזרה כנ"ל ופריך ומומחה משלם היינו הטעם דקם דינא רק משום דמשלם והא תני כו' דמומחה לב"ד היינו נ"ר דפטור ואעפ"כ קם דינא. או גירסא דמומחה מחזירין ג"כ כנ"ל. ובמומחה גמיר דנ"ר מחזירין כיון דפטור ואינו נוגע והא סיפא דנ"ר ומ"מ קם דינא. ופשוט נראה כמ"ש לעיל דג' הדיוטות שפיר, תקנו ב' החששות משום נ"ד דנהי דהיכא דנא מצי למיהדר לא חשו חכמים על נ"ד זה שלא ירצו לדון משום, כ"ש שנועל דלת דיתיירא שיטעו ויפסיד זה שייך דוקא בלא מצי למיהדר אבל באפשר לחזור שפיר אף אם הי' ראוי ע"פ דין להיות מה שעשה כו' ומשלם מ"מ משום נ"ד טעו לא ישלמו ולא שייך כ"ש כו' דשפיר הדר דינא. ויזדקקו שלא יתייראו מטעות שיהי' חוזר לא יתירא מללות שיטעו דהא יהי' חוזר. ואם לא יהי' מצי מיהדר באמת ישלמו דזה שוב חשש רחוק אצל הדיינים שמא יהי' ל"מ למיהדר ונהי דע"ז נשאר שישלמו משום כ"ש שאתה נ"ד אבל על מצי למיהדר שפיר כנ"ל ומה"ט מחזירין משא"כ מומחה לא יחוש וימנע מחשש טעות כנ"ל. ומשני דמתני' דדן את הדין מיירי במומחה דגו"ס ולא נקיט רשותא דמשלם ולכך משע"ע דלא שייך נ"ד כיון דגו"ס ולא ימנע וסיפא מומחה לב"ד נקיט רשותא פטור ולא סותר כלל לסיפא ותוס' כ' ריש ב"ק ה' דהוי מצי לאוקמי הך דדן את הדין בגו"ס ולא נ"ר ע"ש. אך תמוה למה לא מוקי כן ומה, פריך שם אר"א דב' אין דיניהם דין לשיטת תוס' ע"ש. אולם הפשוט דדייק מדתני סיפא אם הי' מומחה לב"ד פטור ולא הזכיר נקיט רשותא. והא גם גו"ס ולא נ"ר ג"כ נקרא מומחה לב"ד וחייב. ובשלמא אי רישא מיירי בהדיוט שפיר תני סיפא סתם אם מומחה לב"ד ופי' שנקיט רשותא ג"כ ולא מיירי ממומחה אחר כלל. אבל אי רישא מיירי ג"כ במומחה רק דלא נקיט רשותא וא"כ כל החילוק בסיפא משום דנקיט רשותא א"כ העיקר חסר והוי ל"ל אם נטל רשות פטור ולמה תני אם הי' מומחה כו' כיון דגם רישא במומחה. ומה"ט לא

בעי לאוקמי לעיל רישא במומחה דגו"ס ולא נ"ר רק בהדיוט וקבלו ע"ש. וממילא מיושב גם כאן דהיינו דפריך לגירסת הרי"ף מומחה הא תני סיפא ואם הי' מומחה לב"ד פטור כו' היינו איך אפשר לפרש רישא במומחה רק דלא נ"ר הא תני סיפא אם הי' מומחה כו' ומכלל דרישא לאו במומחה דאל"כ הי' לו להזכיר עיקר החילוק אם נקיט רשותא פטור ופריך שפיר כנ"ל:

עוד י"ל טעם דג' הדיוטות דהי' התקנה משום נ"ד והא ודאי דאפשר שיטעו רק התקנה כל שלא נתברר דטעו יהי' חיוב לקיים הפסק. אבל אי באמת טעו שוב לא הי' להם דין ב"ד כלל. דלא הי' התקנה רק על הסתם כנ"ל. ועוד דבמלתא דלית בי' ח"כ לא ע"ש רק במה שיש חסרון כיס אם לא ידונו תקנו למעבד שליחותייהו וא"כ אם טעו אף בש"ה דשום ב"ד לא היו מחייבין איגלאי מלתא שלא הי' ח"כ כלל אם לא ידונו ולא הי' להם דין ב"ד כלל. וא"כ כיון דגם טעות בש"ה טעות ברור דהא מוציאין ממנו משום דסוגיא דעלמא כאידך. רק הא דקם דינא משום דמה שנפסק ע"פ ב"ד אלים טפי ואין לבטלו כיון דלא איתמר הלכתא בפירוש וא"כ כיון דכשטעו אין דין ב"ד לג' הדיוטות כנ"ל א"כ ע"ז עצמו אנו דנין אם פסקו ב"ד כלל שום טעות בש"ה ג"כ טעות גמור כמו מתחלה שמוציאין ע"פ סוגין דעלמא. כן בזה נתברר שלא פסקו ב"ד כלל ושפיר מחזירין. משא"כ במומחה דמהני ע"פ דין להיות לו דין ב"ד אף דטעה א"כ עכ"פ פסקו ב"ד וקם דינא ולא אלים סוגי' דעלמא לבטל פסק ב"ד כנ"ל. ומשני שפיר כאן כו':

אמנם להנ"ל שוב א"א לאוקמי רישא דן כו' כדמשני פ"ק בקיבלו למידן ד"ת דאי יחיד אין דינו דין רק משום הקבלה ורק לד"ת א"כ ג"כ ע"ז דנין דאי טעה לאו ד"ת דן כמ"ש רש"י שם ושוב לא הי' קבלה ולא פסקו ב"ד כלל וחוזר וע"כ דמיירי רישא בגו"ס ולא נ"ר דדן בלא קבלה. וא"כ עיקר הפטור בסיפא משום דנ"ר ופריך שפיר מומחה הא תני סיפא כו' והי' לו לומר אם נקיט רשותא כנ"ל. ולרי"ף ז"ל שפיר מיושב קושית תוס' מהא דר"י לעיל דאמר למר זוטרא א"ל זיל שלים כו'. דהא ר"י לטעמי' נשאר כאן בתירוץ שלו דמומחה דגו"ס ולא נ"ר מה שעש' כו' ומשלם כו'. ושפיר חייבי' למ"ז דגו"ס ולא נ"ר כדאמר שם ע"ש:

עוד י"ל למ"ש לעיל די"ל קם דינא מטעם יאוש כיון שפסקו וכדאמר בשה"נ שהוזמו עדיו. ואף שהוא בטעות כל שאינו ברור בודאי מהני יאוש בטעות כמ"ש הג"א ב"מ פרק א"נ ולכך בש"ה משע"ע משא"כ בד"מ. וא"כ בהדיוטות דשכיח שיטעו רק תקנ"ח כל שלא נתברר טעותם לקיים. אבל עכ"פ אינו מתיאש דסובר אולי טעו וכדאמר בכריתות רבע שורך. דלא מיאש דטרח כו' ויוכל. לברר ולכך מחזירין גם בטעו בש"ה. משא"כ

מומחה דל"ש שטעה שפיר מיאש וקם דינא כנ"ל ופריך ג"כ כנ"ל. ומיושב דחשוב גרמי דרק גורם ליאש כנ"ל:

עוד י"ל דהא קי"ל בעדים וכה"ג היכא דאומרים טעינו בדבר שמצוי לטעות כגון בשנות המלך ובה"ג נאמנים ובמה שאין מצוי לטעות אין נאמנים א"כ י"ל דבתורת ב"ד א"י אח"כ לחזור ולדון מחמת שטעו כיון דצריך לשלם מביתו חשיבי נוגעין כמ"ש לעיל בפרט לע"ש דנוגע פסול בין לזכות ע"ש ורק בתורת נאמנו' דאומרים שטעו ואין דינם דין. ולכך בג' הדיוטות דמצוי שיטעו נאמנים לומר טעינו ואינו דין כנ"ל ומחזירין ב"ד אחר. אבל מומחה שאין מצוי לטעות לא מהימני בתורת נאמנות שטעו ובתורת ב"ד א"י לדון כנ"ל. ופריך שפיר אף לגירסתנו. ובמומחה מחזירין היינו אם הי' האמת כן שטעו היו מחזירין רק דאין נאמנים. א"כ הא תני סיפא אם הי' מומחה לב"ד פטור כו' וכיון דפטור שוב יכול לדון בתורת ב"ד דאין נוגע כנ"ל ושוב יהיו מחזירין כנ"ל. והא משמע מדתני פטור שמה שעשה עשוי כנ"ל ולמאי שמפרש הרא"ש דברי הרי"ף דמומחה ביש גדול משלם ואין גדול ממנו פטור דאינו מובן כלל לכאורה כמ"ש לעיל וצ"ל דסבר דהי' התקנה לפטור מומחה הגדול שבדורו. משא"כ ביש גדול ממנו לא תקנו ואף שאינו באותו מקום שדן זה המומחה ומה"ט קשיא לי' לרא"ש מהא דר"ט ור"ע:

או י"ל דסבר כיון שיש גדול ממנו הוי כצריך למיגמר גבי מטבע כשאינו כדנכו ואיסור ב"ק צ"ט ע"ב שצריך בקיאות גדול. ולא מקרי כדנכו ואיסור לענין דין והוראה רק כשאין גדול ממנו ודוחק. וי"ל לפי' הרא"ש גם כן דהטעם הוא כמו שחששו חכמים לפסידא דבע"ד כן חששו לפסידא דדיין ג"כ כיון שהוא מומחה שלא יפסיד לגמרי ולכך י"ל דשפיר משני כאן שיש גדול כו' היינו אף דמומח' אלים פסק שלו להיות קיים הוא רק שאין יכול לבטלו בעצמו או מי שאין גדול ממנו. אבל הגדול יכול להחזיר רק דמ"מ כל זמן שלא החזיר הגדול מה שעשה עשוי והפסק קיים וממילא משלם המומחה דהא הפסידו. ועל הדיין המומחה מוטל לטרוח שהגדול ממנו יחזיר כמו כל המזיק שמוטל עליו להשלים הנזק. וכמו בש"ש דעושה דין עם הגנב בהוכר וא"י לומר לבעלים שבעצמם יוציאו ממנו ע"ש ב"ק ק"ח דעלי' רמיא לתבוע להגנב שיוחזר לבעליו וממילא גם כאן בדיין אף דמצי למיהדר ע"י הגדול ממנו מ"מ כל שאין גדול להחזיר חייב הדיין לשלם. ועליו להחזיר ע"י הגדול כנ"ל. ומ"מ בזה אין הפסד לדיין לגמרי דהא בידו לטרוח ולהחזיר ע"י גדול כנ"ל. לכך שפיר קם דינא וישלם כנ"ל. אבל באין גדול ממנו בעולם דאם יצטרך הדיין לשלם יפסיד בבירור לגמרי דאין מי להחזיר בזה שפיר פטור מלשלם. וממילא י"ל להרי"ף ז"ל דשוב הדר דינא דא"כ יפסיד הבע"ד. וא"ש כפשטי' דרישא דן

כו' במומחה שיש גדול מה שעשה כו' ומשלם כ"ז שאינו מחזיר. ובזה אפי' שנולד אח"כ דלא מצי למיהדר שהלך למדה"י וכה"ג כ"ש מה ששילם הדיין שילם כיון שהי החיוב לשלם כ"ז שאין מחזירין דאז אין הפסד ברור לדיין שוב גם דאח"כ נולד שמפסיד אין זה פוטרו כנ"ל. וסיפא מומחה שאין גדול ממנו דהפסדו ברור פטור וממילא הדר דינא ושוב אף דלא מצי למיהדר פטור כנ"ל וא"כ י"ל דוקא כשבשעה שנודע לו שטעה מצי למיהדר ע"י גדול חייב לשלם. ואף שנפסד אחר כך לא מיפטר דכבר חייב כנ"ל. אבל אם כשנודע לו שטעה כבר לא מצי למיהדר י"ל דשפיר פטור המומחה דג"כ ההפסד ברור ואינו מתחיל חיוב עליו. ולכך שפיר בהך דר' טרפון שכבר האכילה לכלבים ואח"כ נודע שטעה אמר לו ר"ע שפיר מומחה פטור כו'. אף שיש גדול כיון דמיד שנודע לא מצי למיהדר כנ"ל. וא"ש. וכן בהא דראה את הבכור כו' דלא מצי מיהדר מומחה פטור. וכן טיהר הטמא ועירבן דנודע אח"כ כנ"ל:

עוד י"ל בטעם הרי"ף ז"ל דמשום פסידא דבע"ד דלכאורה מה בכך כיון שע"פ דין קם דינא. ואי תקנה הוא הי' לו לפרש. ואפשר לומר דהא בעדים במה שאינו מצוי לטעות א"נ טעינו וחשבינן להו למשקרים אף לחייבם. וב"מ גבי מעביר חביות כו' דצריך לישבע שלא בכוונה שברתי' כו' דשמא הזיק בכוונה ע"ש. וא"כ גם בדיין נהי דאם טעה בש"ה קם דינא אבל ודאי אם בכוונ' דן נגד הסוגי' דעלמא הוי דין שקר ואינו דין. וא"כ נהי דשם לפטור עצמו נאמן בשבועה שלא בכוונה. אבל כאן בדיין לענין שיהי' קם דינא. אמרינן שלא טעה כלל ושמא בכוונה דן לחייב שלא כדין כיון שרואין לפנינו דשלא כדין דן ואין דינו דין ואיך יזכה זה מספק בממון של אחרים הא ברי ושבועה של הדיין לא מהני נגד הבע"ד דהוי כמנה לאחר בידך. וממילא מוקמין ממון בחזקת מ"ק כמו שהדין באמת כיון שהספק אי זכה מחמת קם דינא אם הי' בטעות לא תלינן כלל בטעות. ועוד דבשלמא בחבית ושברה נאמן שלא בכוונה כו' דחזקה אין אדם חוטא ולא לו למה יזיק בחנם. משא"כ בממון דחיישינן לקנוניא ומה"ט א"נ בהודאה בחב לאחרים. א"כ שפיר אמרינן דדן שקר לחייב הזכאי כנ"ל. ומה בכך שהוא דיין הא גם בעדים אמרינן כנ"ל במה שאין מצוי לטעות. ולכך י"ל דדוקא היכא שמשלם מביתו ולא יפסיד הבע"ד אז שפיר קם דינא דנאמן הדיין לחובתו שטעה בש"ה דאינו חב לאחרים וקם דינא. משא"כ כשפטור הדיין ואיכא פסידא א"נ כלל שטעה ושמא במתכוון וחוזר הדין כנ"ל. ומיושב דמשני ר"י כאן במומחה אלים פסקו דקם דינא ובא"מ מחזירין דלא אלים. ופריך מומחה הא סיפא דפטור וא"כ למה יהי' קם דינא הא א"נ כלל שטעה כיון שפטור. ומשני ר"נ כאן שיש גדול ממנו כו' וי"ל שפיר דקאי אתירוצא דר"י כמ"ש הרא"ש. והחילוק להיפוך די"ל

דלא חשדינן בכוונה דהוי מלתא דעביד' לגלויי וחזקה דאומן לא מרעא אומנותי'. דיוכל להתברר ע"י הגדול ממנו. וממילא תלינן שטעה וקם דינא אף שפטור אבל באין גדול ממנו דלא יוכל להתברר שדן שלא כדין דיוכל לומר שהכריע כן ולא עביד לגלויי מחזירין דחשדינן שדן שקר כנ"ל. וא"ש דר"ט דאדרבה שהי' גדול קם דינא כנ"ל. ויש לדחות:

ובמ"ש י"ל מה דקשה על הרי"ף למה פוטר מומחה לר"ח בנו"נ ביד דאנוס הוא הא דוקא אנסוהו להראות פטור ונו"נ ביד חייב ולרי"ף כל דיין כאנוס ומ"מ חייב נו"נ ביד ולמה מומחה יהי' פטור. וצ"ל כמו מראה דינר דנכו ואיסור דפטורין. והא אין ראי' דשם רק גורם משא"כ נו"נ ביד. אך הא טבח אומן שקלקל דמזיק ממש ומ"מ בחנם אומן פטור. אך י"ל בדיין דמצוה עביד הוי כבשכר משום פרוטה דר"י ויהי' חייב נו"נ ביד. וצ"ל דהי' תקנה לפטרו. ודוחק. וי"ל דהמצוה מה שדן וע"ז פטור אף שבשכר דרק גרמי. ומה שנו"נ ביד שוב אין מצוה והוי בחנם דפטור. אך ז"א דגם הכפי' לקיים הפסק מצוה איכא וגם מה שנו"נ ביד חשוב בשכר כנ"ל. ולמ"ש י"ל דהא נגד עצמו נאמן שלא בכוונה כו' וא"כ נאמן שטעה וכיון שטעה הי' קם דינא מחמת הפסק לחוד ושוב פטור על מה שנו"נ ביד דכדין עשה דכבר נתחייב מחמת הפסק. דמה שהי' חוזר הדין הי' רק דנגד הבע"ד לא הי' נאמן שטעה כיון דפטור. משא"כ לפטור דנאמן שוב נאמן דטעה ולא הזיקו במה שנו"נ ביד דהי' מחזיק שלא כדין. ושפיר פטור גם על מה שנו"נ ביד. ושוב לר"ח גם שנו"נ ביד חוזר הדין במומחה דפטור דעדיין א"נ נגד הבע"ד שטעה ושמא מתכווין כנ"ל כיון דב"כ וב"כ פטור כנ"ל ואיכא פסידא. וי"ל דה"ט דר"ט שהי' סבור דחייב אף שמומחה דהוי נו"נ ביד. וכיון דטעה בד"מ ולא שייך טעם הנ"ל דגם לדבריו שטעה הדר דינא ושוב חייב על מה שנו"נ ביד והשיב ר"ע דגם בזה פטור. דשם בהאכיל לכלבים לא חשדינן למזיק כלל דלא שייך קנוניא ויש לדחות. ופשוט י"ל דהשיב לו ר"ע דכיון שמומחה לב"ד וסמיך שהאמינתו התורה לא חשדינן לי' כלל דח"ו דן בשקר בכוונה ופטור לגמרי אף בטעה בד"מ ונו"נ ביד כנ"ל:

עוד י"ל דאין לחייבו מטעם בשכר משום פרוטה דר"י די"ל דהיכא דשייך ספק הפסד שלו אינו מחויב כלל לדון דמטעם הצלת ממון אחרים החיוב ושלו קודם. וממילא אם יהי' הדין דאם טעה חייב לשלם אין מצוה כלל עליו לדון רק כשיתנה בפירוש שיהי' פטור אם יטעה. ובלא"ה אין עליו חיוב דשמא יטעה ויתחייב וספק שלו קודם. וכמו דאין הבע"ד רוצים ליתן לו שכר בטלה דאין מחויב לדון כמבואר כתובות פרק שני דייני וא"כ מה"ט גופי' פטור דאיך נחייבו בטעה משום דהוי בשכר משום מצוה. הא אם יהי' הדין דחייב אין מצוה ושוב פטור ע"פ דין ולכך באמת פטור כנ"ל. וי"ל דזה הפי' שכ'

הרי"ף דאל"כ לא יהי' נעשה דיין לעולם. דלא יהי' חיוב לדון כנ"ל וממילא פטור. גם י"ל כיון דאי מפסיד בע"ד הדר דינא ממילא בשלמא טבח אומן חייב בשכר אף שאינו פשיעה רק כעין אבידה הי' לו לשמור שלא יפסיד דהוי פסידא והיזק דלא הדר קלקול בשחיטה כנ"ל משא"כ בדיין אם יהי' פטור הדר דינא ואין כאן הפסד והיזק כלל שוב לא הי' צריך לשמור כלל שמירה כזו שלא יגרום הפסד לבע"ד ובשביל זה יהי' חייב הא אדרבה אם לא נחייבו אין כאן היזק כלל דהדר דינא. ולכך בפשיעה באינו מומחה אף דג"כ שייך כנ"ל אם יהי' פטור לא יהי' היזק מ"מ כיון שפשע אמרינן בהיפוך דחייב וממילא קם דינא והוי הפסד כנ"ל. משא"כ מומחה דאנוס הוא רק שכעין אבידה ונחייבו מטעם בשכר שמ"מ הי' לו לשמור כנ"ל אמרינן להיפוך הא אין כאן חיוב וממילא אינו היזק וא"צ כלל לשמור כנ"ל. גם י"ל כמ"ש לעיל דבדן לא שייך כלל לחייב בשכר דדוקא טבח כו' מטעם ש"ש משא"כ דיין דהוי שטרות דאימעוט מדין שמירה וכיון דמזיק לא הוי ממילא מטעם שומר שכר אין חיוב כנ"ל. גם שהוא בשכר כנ"ל:

בבא קמא דף צ"ט ע"ב

א"ש טבח אומן כו' מזיק הוא פושע הוא נעשה כאומר לו שחוט לי מכאן כו' למ"ל כו' א"א מזיק כו' ה"א כו' בשכר כו'. אינו מובן כיון דמזיק כו' ודאי דחייב אף בחנם שאין חילוק בין ש"ח לש"ש רק בחיוב בתורת שומר ולא במזיק. ונראה מוכח מ"ש בתוס' פרק המניח דחיוב אדם המזיק אף דאיתרבי שוגג מ"מ דוקא בכעין אבידה שקרובה לפשיעה ולא בכעין גניבה שקרובה לאונס ע"ש. וכ"כ תוס' כאן וב"מ פ' האומנין. ומשמע שם דלא מיחייב כלל בתורת מזיק כה"ג בנתקל רק החיוב כתורת שומר. ולכך מעביר חבית כו' ושברה אי נתקל פושע חייב גם ש"ח ואי לאו פושע חייב רק בשכר כשאר ש"ש. דבשעה שנתקל ושברה אנוס הוא ולא מיחייב מטעם מזיק רק למ"ד נתקל פושע היינו שהי' לו לשמור שלא יבא לידי האונס שיהי' נתקל וזה הוי חיוב רק מתורת שומר וממילא בבעלים הי' פטור גם אי נתקל פושע. וכן למ"ד לאו פושע ובשכר. אך קשה דא"כ הוי לי' לשמואל למימר רק פושע הוא ולמה לי' כלל מזיק הוא. ובשיטה הקשה זה והניח בקושיא. ועוד א"כ לרמב"ם וש"פ דבעי משיכה בשומרין להתחייב באחריות א"כ בשלמא מעביר חבית יש משיכה אבל טבח אומן למה סתם דחייב ומשמע אף אם שחט ברשות בעל הבהמה ולא הגביהה הא כה"ג פטור מתורת שומר. ולשיטת תוס' דבנסתלקו הבעלים משמירתו נתחייב השומר א"ש. דאף ברשות בעלים מ"מ מענין שמירה זו שלא להתקלקל בשחיטה נסתלקו הבעלים ורק על הטבח מוטל ומתחייב באחריות זה בלא משיכה כנ"ל רק לרמב"ם קשה. אך י"ל דגם רמב"ם מודה בזה דטעמם הוא אף שנסתלקו

בעלים מ"מ כל שלא משך שומר לא הי' להם לבעלים להסתלק ואינהו דפשעו שנסתלקו מלשמור קודם משיכת השומר. משא"כ שמירה זו בענין השחיטה שלא הי' אפשר לבעלים לשמור מקלקול בשחיטה רק הטבח שפיר חייב בלא משיכה ועוד דעיקר הטעם דבעי משיכה דלענין החיוב אחריות צריך קנין. ואף דקיבל עליו לשמור מ"מ זה רק בתורת פועל דיכול לחזור בחצי יום כו' משא"כ לענין השחיטה מיד שהתחיל לשחוט הוי דבר אבד דאם יחזור באמצע נפסד בשהי' וא"י לחזור בו וכיון שהוא שומר ממילא חייבתו תורה בפשיעה. ועוד דא"כ דמדמי מראה דינר לשולחני לטבח כנ"ל. וכן דיין שטעה כ' הפ' כנ"ל. והא שם בתורת שומר לא עדיף משטרות דאין בהם דין שמירה. ואף אם הי' החוב ביד הדיין והשולחני ונפסד בפשיעה הוי פטור לרוב הפ' דאימעוטי אף מפשיעה. ואיך נחייב זיכה החייב מתורת שומרין בפשיעה וכן שולחני דהא הדינר לא הפסידו רק מה שפטר החוב ע"ש. וע"כ דמשום מזיק לא משום שומרין. ולכך נראה דאף מטעם מזיק החילוק בין בחנם ובין בשכר גם לתוספ'. והיינו כיון דמסברא אונס ושוגג פטור רק דאיתרבי מפצע שוגג כו'. ובשומרין השוה התורה גניבה ואבידה גניבה אף דקרוב לאונס כיון שאינו אונס גמור חייב ש"ש. ואבידה קרוב לפשיעה מ"מ כיון שאינו פשיעה גמורה פטור ש"ח ואין מוטל עליו לשמור מכעין פשיעה כמו אבידה כשהוא ש"ח רק כשהוא ש"ש מוטל עליו לשמור אף מכעין אונס בגניבה כיון שאפשר לשמור באיזה אופן. רק אונס גמור שא"א בשמירה פטור. ובשור המועד שמוטל על בעליו לשמרו שלא יזיק ג"כ לא חייבתו תורה יותר משמירה כש"ח בשל חבירו. דקי"ל סוף דו"ה כר"י דמועד סגי בשמירה פחותה והיינו כש"ח דמה"ט ב"ק מ"ה אמר דש"ח פטור ע"ש. ובתם לר"י או לר"מ במועד חייבתו תור יותר משמירת ש"ח שאף ברוח שאינו מצוי' לא יוכל להזיק ע"ש. ומ"מ מלשמרו מענין שכעין אונס כמו גניבה שחיוב בש"ש. לא מצינו שחייבה תורה על שמירת ממונו לענין שלא יזיק כנ"ל. ולכך בהא דאדם מועד לעולם כו' הפי' ג"כ כנ"ל. דהא תני מבעה בכלל ד' אבות כו' היינו שמוטל עליו שמירת גופו שלא יזיק וכמו שמירת ממונו כדאמר במשנה צד השוה שמירתן עליך כו'. ולכך אף נפל מגג ברוח שאינו מצוי' אף דשעת ההיזק אנוס ובלא מתכוין מ"מ חייב מצד שלא שמר עצמו שלא יזיק. וע"ז איתרבי שוגג כמזיד במזיק. היינו כמ"ש תוס' דבאונס כעין אבידה חייב היינו כמו תם לר"י ומועד לר"מ דמחויב לשמור גופו משוגג אף מלפול ברוח שא"מ יותר מש"ח בשל חבירו אבל לא כש"ש היינו משמירה שכעין אונס לא חייבתו תורה על שמירת גופו כנ"ל. ולכך בנתקל אי פושע הוא שפיר שוב חייב מתורת מזיק דכיון שהי"ל לשמור עצמו כנ"ל חייב. ואף בבעלים ובשטרות כיון שאינו בשל

חברו רק בשמירת עצמו לא אימעוטי כל הני כנ"ל. ואי לאו פושע הוי משמירה כעין גניבה שלא הוטל עליו שמירה כזו על גופו וכמו מועד בנעל בפניו כנ"ל ופטור מתורת מזיק ג"כ. רק מ"מ בשכר חייב די"ל דכמו דבש"ש בשל חבירו הוטל עליו לשמור גם מכעין אונס בגניבה. כן בשמירת עצמו שלא יזיק ג"כ כשנוטל שכר לשחוט הוטל עליו שמירה מעולה שלא יזיק אף באונס כגניבה כנ"ל וחייב ג"כ נתקל מטעם מזיק כשנוטל שכר. כיון דחזינן דשמירת גופו חמור מבשל חברו שחייב בחנם אף כעין אבידה. ממילא בשכר שש"ש חייב גם בגניבה חייב בשכר גם על שמירת עצמו מהיזק כגניבה כנ"ל. ולכך נתקל חייב בשכר ג"כ בתורת מזיק כנ"ל:

אך מ"מ מנ"ל שיהי' בזה דין ש"ש היכא שאין דין שמירה. דלמילף מק"ו משמירת ממון אחרים א"כ דיו כו' דבשטרות לא. ועוד דגמ' אמר אילימא ר"מ דקשרו במוסירה כו' התם בקראי פליגי כו' משמע דליכא למילף. וכן ריש מס' מה לשור כו' דגם אדם אין ללמוד ע"ש. וצ"ל דמסברא כיון שנוטל שכר צריך לעיין יותר שלא יזיק. ודוחק. ואפשר דבאמת דוקא אי נתקל פושע חייב מטעם מזיק ושפיר חייב גם בחנם ובבעלים ושטרו' ג"כ. ולכך אמר שמואל מזיק כו' פושע כו'. ולא סגי בפושע לחוד דקמ"ל דכיון דפושע שוב מזיק הוא וחייב גם בשטרות ובבעלים ובלי משיכה מדין מזיק. אבל למ"ד נתקל לאו פושע י"ל דפטור לגמרי מדין מזיק ורק בשכר דחייב הוא באמת רק כשיש דין שמירה במשיכה ובאותן שחייב מטעם ש"ש. דנהי דההיזק כעין גניבה ופטור מדין מזיק מ"מ הי' לו לשמור שלא יבא לכך כיון שהוא ש"ש:

ומיושב קושית תוס' דפריך מראה דינר ברייתות אהדדי ולא משני כאן בחנם כאן בשכר כדמשני אטבח. ולמ"ש א"ש דבטבח שייך לחלק בשכר מדין ש"ש אף דמומחה ואנוס הוא כנ"ל. משא"כ מראה דינר דבתורת שומר אין חיוב דלא משך ולא הפסיד הדינר רק החוב וכיון דליכא דין שמירה אין חילוק בין בחנם בין בשכר. וכיון דאומן פטור בחנם דלאו פושע ואינו חייב משום מזיק גם בשכר פטור דבחיוב מזיק אין חילוק כלל בין בשכר ובחנם כנ"ל. וכן דן את הדין לכאורה מקרי בשכר מטעם מצוה ופרוטה דר' יוסף דהוי ש"ש וא"כ למה מומחה פטור. ולהנ"ל א"ש דשם דלא שייך מדין שמירה אין חילוק בין בשכר כנ"ל:

שם נעשה כו' שחוט מכאן. מיותר. וי"ל דאמר זה לטעם דלא חשוב מזיק שאינו ניכר שהי' או דרסה דאף דאין היכר בין שהה או לא מ"מ בין חי' למתה ניכר וכיון שניבלה הוי היזק ניכר במה שהמיתה. ואף דאם הי' שוחט כראוי ג"כ לא הי' ניכר מה בכך הא לא שחטה רק ניבלה. ולא דמי לפיגל ששם השחיטה כדין ע"ש. שוב מצאתי ברמב"ן

בדד"ג כ' כן. ומיושב הלשון נעשה כו' בלא שחט כלל. להורות דאף דאמר פושע הוא מ"מ י"ל דלא חשוב מזיד רק אדם מועד כו' וגם שוגג חייב. אבל לא חשוב מזיד לחייבו אף אם הי' היזק דאינו ניכר רק דחייב דהוי היזק ניכר כנ"ל אך עדיין אינו מדוקדק לשון כאומר שחוט מכאן למ"ל להזכיר זה הי"ל נעשה כלא שחט. ולכך י"ל דאי נתקל לאו פושע הטעם דפטור מתורת מזיק כיון דקי"ל באומר קרע כסותי היכא דלא אתי לידי' בתורת שמירה דפטור. ולא אמרינן דהי' כוונתו קרע ותשלם דעלי' דידי' לפרושי שתשלם כיון דלא הי' חיוב עליו רק בא"ל בתורת שמירה דהי' חיוב אף אם קרע אחר לא מיפטר ע"י אמירתו קרע דממילא חייב כיון שנקרע כל שלא פטר ע"ש בש"ס. וא"כ כיון דהדרך בעוסק בדבר שאפשר להיות נתקל בו כמו מעביר חבית כו' וטבח אומן כו' דמה"ט לאו פושע הוא. וא"כ כיון שציוה אותו לשחוט א"כ כיון דנימא דמה שנתקל לאו פשיעה רק דלא הי' לו לשחוט אם אינו בקי כ"כ כשפרש"י ז"ל על הדיוט. א"כ לענין זה לכנוס להספק אם קלקל ויפסיד הוי כאומר קרע כסותי סתם דהא ציוהו לשחוט ואפשר שיקלקל שלא בכוונה. וממילא פטור בלא אתי לידי' בתורת שמירה כנ"ל. ולכך קמ"ל דנתקל פושע ולא הוי כלל כאומר קרע דאף שציוה לשחוט אבל שלא יפשע וממילא לא יפסיד. ולכך אמר נעשה כאומר שחוט מכאן ושחט מכאן ואינו נכלל באמירתו לשחוט שמכניס לספק קלקולו כיון דפשע וקמ"ל דחייב אף דלא א"ל בתורת שמירה. או י"ל דלכאורה כמו מעביר חבית שהי' תקנ"ח לפטרו גם בשכר שאל"כ אין אדם מעביר והא גם בטבח שייך תקנה זו. ומחלק דשם עושה ברשות שציוה להעביר והעביר אבל כאן נעשה כו' ולא כציויו:

מגרומתא כו' ומנעך מס' גזילה כו'. וכ' תוספ' דאף דרב סבר כריב"י דפטר מ"מ הטבח שחט לבעל הבהמה שהי' ע"ה ולע"ה אסר רב והי' לו לטבח ליזהר ולידע שיאסור לע"ה ע"ש. וקשה דאם זה חשוב פשיעה וחייב לשלם למה פטרי' לטבח ודאי ס' גזילה הוא. דבשלמא לפי' הפשוט שפיר כיון דמספקא לי' ס' גזילה איכא דלמא כשר ופטור הטבח ואף דמ"מ אסור מ"מ כיון דבאמת כשר וע"י שאין יודעין הדין א"י לאכול הוי רק גרמא כמ"ש ר"ן חולין פ' א"ט אבל לתוס' דכשר ע"פ דין ולע"ה אסרו חכמים משום נדר א"כ ממ"נ או דודאי פטור הטבח ואי חשוב פשיעה והיזק כיון שזה ע"ה ויאסר א"כ שוב ודאי אסור מדרבנן והזיקו וחייב לשלם ומאי ספק גזל איכא. וצ"ל דרב מספקא לי' אי חייב כה"ג ודוחק גדול. ואפשר לומר דהא לא הזכיר כלל אי הי' מומחה או לא או בשכר. והא מסתמא סבר כהלכה כר"י. וי"ל דהוי מומחה ובחנם. רק כמו דצריך להיות מומחה לתרנגולים כדאמר ר"י דצריך לדבר זה כו' וא"כ כאן אף שהי' מומחה לשחוט שחיטה

כשרה מ"מ כיון דקי"ל כריב"י דכשר כהגרמה בטבעת הגדולה לרב רק מפני שבעל הבהמה הי' ע"ה ואוסרו רב משום נדר. וי"ל דלענין זה לא הוחזק המחאתם דבאמת שחיטה כשרה הוא ולא הומתה לזה לענין החומרא שנגד ע"ה. ושפיר הי' חייב הטבח אף שהוא מומחה דהי' לו לידע שיאסור לע"ה כמ"ש תוס'. וא"כ מ"מ שפיר מנעו רב מליקח תשלומין ממנו. דכמו דרב אסרו לע"ה כדי שלא יסבור דבהגרמה גמורה ג"כ כשר וקרי לי' מנעו מספק איסור שלא ידע לחלק כן מטעם זה עצמו מנעו מספק גזילה כדי שלא לחלק דאם יחייב לטבח עכשיו וסבור דגם בהגרמה גמורה חייב הטבח לשלם והא באמת מומח' ואדרבה בטרפות גמור פטור. ושפיר תרווייהו חד טעמא מנעו שלא יבא לידי איסור ומנעו מה"ט שלא יבא לידי גזל בהגרמה גמורה כנ"ל. ומיושב ג"כ דלפי' הפשוט מה שייך שמנעו מס' גזל כיון שהטבח פטור מספק לא ישלם ולהנ"ל א"ש. או דכיון דהדין בטרפה גמור שהי' פטור הטבח שהי' אומן ושוב רק מחמת שכשר ע"פ דין יהי' חייב וממילא כיון שהחמיר לע"ה שיסבור שטרפה מדינא לא הי' יכול לחייב לטבח דהא יודע הע"ה שכשניבל פעמי' הי' פטור כנ"ל:

עוד י"ל דהא תמוה סברת תוס' שיתחייב לשלם מה דכשר ע"פ דין רק שמחמיר לע"ה שלא מדינא. וי"ל כמו סוף הגוזל גבי ש"ח הוכר הגנב רצה עושה דין הוכיח ת"ה משם דראוי לש"ח אף שיגנב ופטור מ"מ כיון דאם ישלם יחזור ויקח מהגנב שיהי' הוא הבע"ד ממילא הא ביכול להציל ברועים ומקלות דהא עדיין יכול להציל ע"י שישלם ויוציא מהגנב ולא יפסיד כיון דמירי שא"א לבעלים להוציא ע"ש. וגם בש"ע פסק כן. א"כ ממילא כיון דפ' המפקיד אמר בשומר לכשתגנב ותשלמני קנויה לך וה"ה בכל פשיעה וללישנא דמעכשיו א"כ כיון שהטבח לא הי' ע"ה והי' כשר רק בעל הבהמה הי' ע"ה ואסרו רב כמ"ש תוספ'. א"כ אף דטבח הי' פטור הי' צריך לשלם כיון דאם ישלם קנויה לו הבהמה למפרע והי' הבהמה של הטבח דהי' כשר שאינו ע"ה ממילא לא יפסיד ובעל הבהמה שהוא ע"ה מפסיד. והוי כיכול להציל כנ"ל וממילא ראוי שהטבח ישלם כנ"ל. רק מ"מ כיון שרצה שהבעה"ב יסבור שטרפה ע"פ דין לא הי' יכול לחייב הטבח כנ"ל דכשהוא ע"פ דין לא שייך כנ"ל. ומיושב ג"כ הא דמנעך כנ"ל. או י"ל דמירי שהקדים שכר לטבח. דנראה דצריך עכ"פ להחזיר השכר אף אי לא נימא כסברת תוס' לענין התשלומין שלא יקרא מזיק בשביל שמחמירין לע"ה. מ"מ שכרו הפסיד כיון דלדידי' לא שוה. וכמ"ש הר"ן לענין מקח טעות דמ"מ הוי טעות כיון דאסור מספק אף דלענין גורם פטור ע"ש. ולענין השכר הוי כמקח שבטעות צריך להחזיר. רק כיון שרק חומרא לע"ה אפשר דגם השכר אין להוציא. דהא קשה ג"כ למ"ש רמב"ן דהא דחשוב היזק ניכר משום

דהא ניבלה אבל מפגל שהשחיט" להוציא מידי נבלה הוי אינו ניכר א"כ לתוס' דבאמת כשר רק לע"ה מחמיר לאסור והי' לו ליזהר. אבל מ"מ היזק שאינו ניכר עכ"פ הוי דהא השחיטה מועלת להכשיר לכ"ע ולא גרע ממפגל ובשוגג פטור ולענין השכר א"ש. ואף דהגרמה ניכר מ"מ אינו ניכר שבעל הבהמה ע"ה כמ"ש תוס' באגע שרץ שאינו ניכר אם מוכשר. ויש לדחות דמ"מ ניכר שאסור לע"ה:

שם אייתי ראי' דמומחה לתרנגולים את ואפטרך. ואף דהא רוב מצוין א"ש מומחין צ"ל כיון שרואין שקלקל אדרבה ראי' שאינו מומחה. ולכאורה כיון דמומחה אונס הוא א"כ הוי כטוען נאנסה ואם שומר הוא האמינתו תורה בשבועה. ואי לאו שומר נאמן בהיסת. וצ"ל כיון דההיזק והקלקול בפנינו אינו נאמן שהי' באונס. או דחשוב יש רואין דהא איכא לברורי אי מומחה:

שם הרוצה שיתחייב כו' יקדים לו דינר לכאורה למה לא סגי מה שמבטיח לו שכר ככל ש"ש. וי"ל דבשלמא במשיכה בשומרין א"ש דנתחייב זה בשכר השמירה מיד כשמשך השומר. אבל לתוס' דבנסתלקו בעלים מתחייב שומר אבל במה נתחייב זה בהשכר. וצ"ל כיון שחל על זה החיוב אחריות כנ"ל. והא לכאורה תליא זה בזה. אך הא עכ"פ חל אחריות ש"ח. אבל כאן דאין משיכה ולא שמירה אחרת רק לשחוט. א"כ לא נתחייב בשכירות עד ששוחט כהוגן וכיון שקלקל מעולם לא קנה חיוב השכירות וי"ל דדוקא הקדים ויש לדחות:

מראה דינר כו'. תמהו תוס' דלא משני כאן בחנם כאן בשכר. ותירוצם אינו מובן לס"ד הא לא ידע חילוק בין דנכו ואיסור לשאר אומנים. ולמ"ש לעיל מיושב דאין כאן דין שומר דלא משך הדינר. ועוד דלא דינר זה הפסידו רק דינר טוב שפטור הלוקח ועליו אינו שומר. וגם הוי כשטרות דאימעוטי מדין שומרין וממילא רק מטעם מזיק ובזה אין חילוק בין בשכר כנ"ל:

ועוד י"ל כיון דסבר לאו פושע הוא שוב מה שנכנס לספק שאפשר שיטעה הוי כאומר קרע כסותי וכיון דלא אתי לידי' בתורת שמירה פטור גם בשכר ודוקא בטבח י"ל דמיירי טבח ברשותו דא"ל בתורת שמיר' וחייב. משא"כ כאן הא ציוה לראותו ואפשר שיטעה. רק הדיוט לא שייך כן דסבור שמומחה דאל"כ לא יראה ופשע ולא הוי כלל כאומר קרע משא"כ אומן כנ"ל. ומשני דצריך אומן במטבע כדנכו כו' וא"ל א"כ אין לו לראות. וממילא אומן סתם חייב דלא הי' לו לראות והמראה ודאי סבור שבקי לגמרי וא"ל לא יראה. משא"כ דנכו כו' באמת פטור גם בשכר דהוי כאומר קרע כנ"ל:

ומיושב בזה דקשה דפריך אלא במאי טעו כו'. ומאי קושיא וכי א"א שיטעו. ומשמע דכיון שטעו איגלאי מלתא דלאו בקי כדנכו ואיסור וא"כ מאי משני בסיכתא חדתא ופרש"י דעדיין אין בקיאין א"כ עדיין קשה הא לענין מטבע זו לאו דנכו ואיסור הוא. כמו שהוצרך ראי' דמומחה לתרנגולים דוקא ע"ש. ולמ"ש א"ש כיון שאין בקיאים גדולים מהם וכולם אפשר לטעות בסיכתא חדתא שוב הוי כאומר קרע כו' דהא ידע שאפשר לטעות וציוה לראות כנ"ל ופטורין כנ"ל. או י"ל דאומן מחויב לראות מצד ג"ח ומצוה ואנוס הוא כדיין ופטור גם בשכר. רק דוקא בדנכו כו' דליכא דעדיף מני' וגם בדיין אין מצוה רק בליכא עדיף כמ"ש ביצה פ' משילין כו'. וי"ל דאיכא פרוטה דר"י ולעולם חשוב בשכר ולכך לא מחלק כנ"ל. דהא דש"ח אינו מצוה הוא משום שיכול לשמור בעצמו ע"ש בפוסקים:

ר"ח כו' חלפי' ניהל' וכ' אפנקסי דין עסק ביש. פרש"י שלא הי' לו לראותו. למה לי' לכתוב זה אפנקסי'. נראה דדינא קמ"ל דאין מצוה לראות מצד ג"ח רק כשאינו מפסיד כלל שלו ואף ספק שלו אינו מחויב להפסיד. וכיון שאפשר שיטעה ויהי' חייב שוב אינו מצוה כנ"ל. וקמ"ל דאף דרק לפנים מש"ה הוא דחייב מ"מ שוב אינו מחויב לראות כיון שהוא אדם שעושה לפנים מש"ה וילפינן מקרא דאשר תעשון שראוי לעשות לפנים מש"ה שוב אין מצוה לראות כיון שיפסיד שלו כשיטעה שישלם לפנים מש"ה. ואף דשאר אומן כדנכו ואיסור מצוה לראות דלא יפסיד אם יטעה דפטור ואינו עושה לפנים מש"ה. אבל ר"ח דעושה לפנים מש"ה אין מצוה לראות כמו זקן ואינו לפי כבודו דפטור מהשבה. כן בזה לא אמרינן שיראה ולא יעשה לפנים מש"ה. כיון שהוא אדם שעושה תמיד לפנים מש"ה כנ"ל. ומיושב דמייתי כאן מקרא לעשות לפנים מש"ה. דאי לאו מקרא לא הי' פטור מלראות ורק כיון דיליף דראוי לעשות שוב פטור כנ"ל. וא"ש דפריך והא ר"ח לאו למיגמר בעי מנ"ל ולהנ"ל א"ש דא"כ פשיטא דא"צ לראות ולא הי' לו לכתוב:

ובפשיטות י"ל דא"כ לאו מצוה הוא ולמה ראה באמת. לכאורה קשה למה אמר חלפי' נהלי' הא שמין לנזקין וא"צ לשלם רק המותר מדינר רע לטוב. וי"ל דהא כאן לא הפסיד זה הדינר רע רק הטוב שהי' לוקח גרם להפסיד. ולא קנתה כלל הדינר רע שהי' בטעות כנ"ל ועדיין הדינר רע של הנותן וחייב דינר טוב. וממילא מדד"ג חייב ר"ח לשלם דינר טוב כנ"ל. והדינר רע שלו מהנכרי בתורת הפקר כנ"ל. ומה"ט א"ש דמשמע שהדינר רע שהצורה אינו כראוי כמ"ש רש"י אהא דסיכתא חדתא. וא"כ הא קי"ל שף מטבע של

חברו פטור דחשוב אינו ניכר ע"ש. ולהנ"ל א"ש דהא לא קנה הדינר רע כלל והפסיד כל הדינר טוב בגרמתו כנ"ל:

לכאורה איך נאמן המראה כו' שעי"ז פטר להנותן שמא הי' לו זה הדינר מכבר והראהו אח"כ ולא גרם לו היזק כלל ואיך יהי' נאמן להוציא. וי"ל דבאמת רק לצי"ש חייב כברי ושמא א"י אם נתחייבתי כנ"ל. וי"ל דמה"ט צריך לקמן דוקא דאמר עלך קא סמכינא כו' דנרא' דפטור ע"י הנותן משא"כ לא אמר אינו נאמן אח"כ להוציא כנ"ל והיינו מדינא אבל בר"ח לצי"ש חייב גם בלא אמר דהוי ברי ושמא כנ"ל. גם אי נימא דאינו חייב אלא כשסומך עליו י"ל ג"כ דמדינא פטור מספק בלא אמר סמיכנא דשמא לא סמיך עליו כלל משא"כ לצי"ש חייב דזה אומר ברי שסמיך עליו כנ"ל. וצ"ל דתוס' סוברים דאי לא אמר עלך סמיכנא אינו פשיעה כלל דהי' סבור שלא יסמוך עליו וממילא אף שזה סמיך עליו פטור ואין כאן ברי ושמא ופטור אף לצי"ש. אבל בש"ס אין הכרח וי"ל כנ"ל:

עוד י"ל להפ' ברא"ש סוף הכונס ע"ש דעשו תקנת נגזל בפשיעה ע"ש. ואף שא"י כלל אם סיגין ולא א"כ כיון שזה פשיעה נאמן המראה שפטר ע"י והפסידו כנ"ל מתקנת נגזל. ומיושב דלא משני כאן בשכר דאי נימא דלאו פשיעה רק בשכר חייב שוב לא שייך תקנת נגזל ולמה חייב בשכר הא אינו נאמן כלל שהפסידו ולמה תני סתם מראה דינר חייב. ואף בלא אמר עלך סמיכנא כנ"ל. ומשני דפשיעה הוא כדנכו ואיסור כנ"ל. ומיושב ג"כ דכתב דין עסק ביש שהחמיר לפנים מש"ה לחשבו פשיעה שלא הי' לו לראותו ונאמנת שהפסידה כנ"ל. ומלשון הרא"ש ז"ל משמע דמפרש כן דכ' דלכך לא צריך עלך סמיכנא דמסתמא מראהו כדי לפטור הנותן ע"ש. ומשמע דסבר דהרי"ף דצריך לומר עלך כו' הוא מטעם הנ"ל דאל"ה אמרינן שהי' לו הדינר ותמוה שפסק כתוס' דא"צ עלך סמיכנא וכ' טעם הנ"ל. הא א"כ לא הי' תוס' מקשים על הרי"ף מר"ח דמ"מ חייב לצי"ש דטוען ברי שסמך עליו וע"כ תוס' סוברין כמ"ש לעיל דבלא אמר שסומך עליו אינו פשיעה כלל מהשולחני דסבר שלא יסמוך עליו ולכך אף אי סמך עליו פטור ולא הי' לרא"ש לדחות מטעם הנ"ל וצ"ל דהרא"ש ג"כ מפ' דלאו פשיעה שסבור שאינו סומך עליו רק שיש לו כבר הדינר ומה"ט פטור אף שסמך עליו ופטור ג"כ בודאי אף מלצי"ש. וע"ז דחה דמסתמא מראהו כדי לפטור הנותן. וא"כ הי' לו לידע דמסתמא מראהו כו' וסומך עליו והוי פשיעה כאלו פי' שסומך עליו כנ"ל:

מ"ש תוס' על הרי"ף מדר"ח י"ל פשוט דמאן דצריך למיגמר באמת צריך עלך סמיכנא דאל"ה סבור שלא יסמוך עליו ולכך בהא דר"א הי' צריך כנ"ל. אבל אומן דלא צריך למיגמר סתמא דסמיך עליו דלמה יראה יותר כיון שאין בקי ממנו ולכך בדר"ח שפיר א"צ

עלך סמיכנא. ואדרבה מיושב דפריך והא ר"ח ל"צ למיגמר ומנ"ל ולהנ"ל א"ש דאל"כ הי' פטור דלא אמרה עלך סמיכנא. וכן משמע לשון הרי"ף והדיוט כו', ע"ש.. ובמומחה לפנים מש"ה חייב גם בלא א"ל סמיכנא כנ"ל:

בבא קמא דף ק ע"א

הי ר"מ כו'. תמה הרמב"ן למה לא ממתני' דאם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר ומוקי באחוי אחויי ומוכח דר"מ דד"ג כמבואר לקמן דחייבוהו ממתני' הנ"ל. וכן הקשו תוס' לקמן קט"ו ע"ש. וי"ל דהא אין הפי' במשנה דאומר לו הרי שלך לפניך עכשיו דהא אף בקרקע כיון שנלקחה שא"א ליקח אותה חשוב היזק ניכר כמו אתפסתי' לתוראי כו' וכדאדויי אדי' בזרק לים כו' בדלא מצי בר אמוראי למישקל ע"ש רק דקודם שנטלו המסיקין אומר הש"ל דקרקע אין נגזל ושוב נאנס ברשות הנגזל וא"כ לפי' א' שם מחמת הגזלן שרצו ליקח שדה שלו והראה זה. וא"כ בגזלן חייב דמשתרשי לי' שניצל שדה שלו וכאנס המלך גרנו דחייב לעשר חולין קל"א ע"ש ולדידן מוקי באחוי ולא גזל כיון דבאמת דן גרמי אבל הי' אפשר לומר כנ"ל ולא מוכח:

עוד י"ל דהא לקמן אמר כיון שהראה מיקלי קלי' ומה"ט באנסוהו פטור גם בנו"נ ביד אח"כ א"ש. וא"כ נהי דזה חשוב רק גורם מה שהאנס לוקחו ע"י שהראהו. אבל מה שמפסידו מיד במה שמראה דהא השדה אינו שוה כלום למכור אחר שהראהו וזה היזק בידים מיד ולמה לא יתחייב גם לרבנן כמ"ש תוס' אי קם דינא. וצ"ל דזה חשוב היזק שאינו ניכר דהשדה מצד עצמו שוה כמקודם רק שנפחת שוי' מצד אחר שאינו ניכר עדיין כל שלא לקחוהו כיון דלא דנין דד"ג. והוי כמטמא ומדמע שג"כ נפחת שוי' כנ"ל. ואף דשם חייב מטעם קנס מ"מ קנסא לא ילפינן. וי"ל דהיינו דמספקא לש"ס אי דינא או קנסא. אבל לא הי' אפשר להוכיח דר"מ דן דד"ג דלמא סבר כחזקי' דהיזק שא"נ שמי' היזק וחייב בלא גרמי כנ"ל. רק למסקנא מוקמינן כהלכה דהשא"נ לא שמי' היזק כנ"ל:

דן כו'. תמהו תוספ' הא מדאמר בסנהדרין בטעה בד"מ אלו כו' הוי הדר כו' ע"כ לרבנן. וע"כ דכשקם דינא חייב גם לרבנן וא"כ איך מוכח דר"מ דדד"ג כנ"ל. לכאורה י"ל כמ"ש תוספ' לחלק בין שורף שטרותיו דלא מיחייב רק לר"מ דדד"ג. ועיקר הטעם דקם דינא שפטור זה נפסד גוף החוב וחשוב מזיק משא"כ שורף שטר דעדיין זה חייב כמקודם רק ע"י שאין לו ראי' לא יוכל לגבות אף דחיוב זה רק גורם כו'. וא"כ א"ש דאמר בשלמא אי טעה בד"מ ג"כ קם דינא וזה ודאי טעות וע"כ שהי' תקנה דמ"מ יהי' הדין קיים או משום כח ב"ד יפה או טעם אחר אבל עכ"פ נפטר זה מטעם ודאי ע"כ א"כ שפיר חשוב מזיק דהפסידו שנפטר. אבל למסקנא דבד"מ חוזר ורק בש"ה והוא מטעם מי יימר כו' א"כ

מה שיתחייב הדיין הוא משום דטעה ואין הדין כן. וא"כ עדיין חייב הבע"ד כמקודם רק דמ"מ אף דחייב א"י לגבות שלא כדין משום מי יימר דטעם ב' עיקר כו'. א"כ שוב אינו מזיק רק גורם יגבה וכשורף שטר כנ"ל. ודייק שפיר דר"מ דדד"ג כנ"ל אף דקם דינא כיון דלמסקנא מיירי בש"ה דאי בד"מ חוזר כנ"ל. משא"כ בסנהדרין דבעי למידק דטעה בד"מ קם דינא כנ"ל הי' חייב גם לרבנן. אך א"כ מאי האי דמשני התם חדא ועוד טועה בד"מ אתה וא"נ בש"ה מומחה אתה כו'. הא כיון דקאי לרבנן א"כ כיון דאמר טועה בד"מ חוזר שוב הי' לו לומר דא"נ בש"ה טעית פטור דלא הוי רק גרמי דקם דינא רק משום מי יימר כנ"ל:

עוד י"ל דהנה קושית תוס' תמי' גדולה בהא דטימא את הטהור נהי דקם דינא מ"מ הא רק מטמא טהרות חברו דקי"ל שוגג פטור דהיזק שא"נ ל"ש היזק ולמה יתחייב. ותירץ דוחק גדול לחשבו כמזיד ע"ש. ונראה לע"ד ברור דהנה למאי דקי"ל כר"מ דדד"ג מ"ט יהי' פטור מטמא כו' נהי דגוף היזק אינו ניכר מ"מ הא תרומה טמאה בשריפה וגורם עכ"פ שישרפנו או להשליך וכדומה וגרם להיזק ניכר ולמה יהי' פטור ולהפ'. דגרמי תמיד פטור באינו מתכוין להזיק כמ"ש הרי"ף א"ש כיון דהשא"נ ל"ש היזק הוי רק גרמי וממילא שוגג פטור. אבל לתוספ' וש"פ דגם גרמי חייב באינו מתכוין וגם בדיין וכה"ג למה יהי' פטור כנ"ל:

אמנם נראה לע"ד כמ"ש תוס' בפורע (חובו) של חברו דפטור דלא חשוב שמצילו מההפסד דאין זה הפסד כלל דהי' משלם מה שחייב באמת. והיכא דהי' צריך לשלם שלא כדין בעלילה שפיר חייב לפורע דהצילו מההפסד וכן פסק בש"ע סילוק הנ"ל. והטעם נראה דהא קי"ל ניחא לאיניש למיעבד מצוה בממונו. דהא המצוה הוא שיוי המעות. ומה הפסד חשוב זה שהי' משלם מה שחייב הי' לו מצות פריעת ב"ח והא התורה ציותה לשלם ולהפסיד זה הסך בשביל פריעת בע"ח. וכשסילק מעליו החוב ע"י פריעתו ואין עליו המצוה א"צ לפרוע ולא עשה לו שום טובה משא"כ שלא כדין שהי' מוכרח לשלם חשוב הצילו מהפסד כנ"ל. וא"כ ג"כ ממש כנ"ל כיון דהתורה אמרה תרומה טמאה בשריפה אין זה היזק כלל מה ששורפו כדין דהא מחויב ומצוה עביד ששוה הפסד התרומ' והחפץ. רק על שעה שמטמאו אי היזק שא"נ שמי' היזק כנ"ל שפיר חייב דמ"מ מפסידו מיד ששוה פחות ע"י מעש' שלו. ולאו כל כמיני' להטיל עליו בע"כ המצוה מה שלא הי' חיוב עליו שבשביל זה יפטור ממה שמפסידו כיון בקודם שטמאו לא הי' עליו שום מצוה וחיוב להפסיד שלו. וכמו שמחייבין עבור כסוי וכה"ג עשרה זה' ומ"מ ודאי דא"י לומר לניזק או לבע"ח שיתן לו מצוה עבור חובו כיון שהוא

רשות ועתה אין עליו חיוב כנ"ל. כן בהנ"ל אי היזק שא"נ שמי' היזק. אבל כיון דלא שמי' היזק רק דנימא מטעם גרמי שגורם שצריך להפסידו ולשורפו אחר שכבר נטמא ועל אז אין כאן הפסד כלל דכשכבר נטמא יש חיוב ומצוה לשורפו וכפורע חובו הנ"ל. וא"כ מיושב דכאן בדיין טימא את הטהור אי קם דינא מ"מ הוא שלא כדין דבאמת טהור ואין עליו חיוב כלל ומצוה להשליכו רק ע"י פסק שלו מחויב לאבדו שלא כדין שפיר חייב אף דהוי היזק שאינו ניכר דהא גרם לו היזק ניכר דגם אח"כ מפסיד שלא כדין וכמו בפורע כו' שלא כדין כנ"ל ושפיר חייב וא"כ מיושב שפיר דדייק הכא דמתני' כר"מ דדד"ג דלרבנן שוב טימא הטהור פטור דהוי היזק שא"נ דשוגג פטור. ורק מה שגורם לשורפו וזה גרמי והוכיח שפיר כנ"ל. ומיושב ג"כ דבסנהדרין י"ל דדייק לחזקי' דהיזק שא"נ שמי' היזק ושפיר כיון דפריך רק לרבנן דר"מ איך מפרשים ר"ט ור"ע. א"כ אמר שפיר בשלמא אי קם דינא י"ל דרבנן דר"מ סברי היזק שא"נ שמי' היזק וחייב שפיר אבל אי הדר דינא קשה לרבנן. אבל למסקנא ולמאי דקי"ל השא"נ לש"ה הוכיח שפיר דמתני' כר"מ וכנ"ל וא"ש:

עוד י"ל למאי דמיבעיא לי' פ"ב דב"ק בזרק כלי מראש הגג ובא א' ושברו במקל אי בתר מעיקרא אי בתר תבר מנא אזלינן כו' ע"ש. דמ"מ לא מיחייב עד שנשבע אף שהי' בזריקתו עומד להשבר ע"ש. וכן אם הוזל או נפסד שלא מחמתו פטור ע"ש וכן בכל גרמי. ולקמן במסור הראה באונס דפטור. שוב פטור אחר כך שנו"נ ביד ג"כ דכבר כיון דאוקמי עלוי' מיקלי קליא. וא"כ ממילא י"ל הטעם דמטמא כו' פטור דהשא"נ ל"ש היזק ואף שגורם ששורפו ומשליכו ע"י מ"מ זה ב' דברים שבמה שטימא נאסר וגם גרם ששורפו אח"כ. וא"כ אי אזלינן בתר תבר מנא שוב אינו חייב כלל דבשעה ששורפו אינו שוה כלום דהא אסור כבר. וממילא כיון דמה שאסרו הוי השא"נ ולא מיחייב שוב אינו חייב על הגרם ששורפו בגרמתו כמו אם הי' בעצמו שורפו אחר שנטמא דלא הי' חייב על מה ששורפו כבר אינו שוה כלום ממילא גם על מה שגורם לשרפו כשכבר אינו שוה ג"כ פטור אי אזלינן בתר לבסוף כנ"ל. ובכל מקום שזורק ונשבר חייב ממ"נ או על הזריקה אי בתר מעיקרא או על השבירה כמו אחר אי בתר בסוף משא"כ מטמא כנ"ל דהשא"נ ל"ש היזק ופטור על מה שאסרו שוב גם על מה שנשרף בגרמתו פטור דנשרף דבר שאינו שוה כלום כנ"ל. אבל בדיין שטימא שבאמת טהור וגרם שישרוף בגרמתו דבר שטהור שפיר חייב מגרמי דזה גרם היזק ניכר כנ"ל שגם בשעת שריפה טהור. ואף דקם דינא וג"כ אינו שוה אז. מ"מ ע"ז שפיר הי' התקנה לחייבו דעכ"פ לא יפטור אותו זה שטימא שלא כדין שיהי' פטור בשביל זה. ובפרט להרי"ף ז"ל דמה דקם דינא רק אי משלם ולא

כשיהי' פסידא דבע"ד. א"כ כיון שנכלל בפסק שלו ג"כ שצריך לשורפו או להאכילו לכלבים כשאסר וא"כ הוי כב' דברים כאלו פסק שצריך להאכילו לכלבים ופסק ג"כ שאסור מיד. וא"כ אם לא הי' רק פסק זה שצריך להאכילו לכלבים הי' קם דינא והי' חייב לשלם דשפיר גרמי על היזק ניכר ששוה אז בשעה שמאכילו לכלבים ורק משום שפסק עוד שאסור יהי' קם דינא ויפטר דאינו שוה אז בשעת הפסד וא"כ הא ע"ז אינו קם דינא כלל דא"כ יהי' פטור ויפסיד הבע"ד כנ"ל. ושוב הוי כלא הי' רק פסק זה לבד להאכילו לכלבים כנ"ל. ושפיר הוי גרמי וחייב כנ"ל. ומיושב שפיר דדייק כר"מ דדן דד"ג דאל"ה הוי השא"נ ופטור ממ"נ כנ"ל:

גם י"ל כמו שמחלקין תוס' ב"ק ריש פרק ב' אף דבזרק כלי ושברו אחר באויר מספקא לי' אבל בזרק אבן להכלי שג"כ הי' נשבר וקדם אחר ושבר הכלי קודם דודאי חייב ע"ש. א"כ י"ל כיון דבאמת טעה ומותר רק דקם דינא היינו מפני כבודו או טעם אחר חייבו חכמים לקיים כמו שפסק. וא"כ כשפסק לשורפו או להאכילו לכלבים. כיון שבאמת אינו אסור הוי רק כזרק אבן על הדבר שישבר עי"ז אבל לא גוף הדבר שעשה חיוב לשורפו ואינו דומה למטמא שנאסר באמת דהוי כזרק גוף הדבר שעומד לישרף כנ"ל ונעשה ההיזק מיד. משא"כ בזה שלא נאסר רק חיוב לקיים הוי רק כזרק אבן כנ"ל. ושפיר חייב על מה ששורפו בגרמתו כנ"ל כשרפו אחר כנ"ל:

עוד י"ל בהא שתמהו תוספ' אי קם דינא בטימא הטהור מיד שפסק למה יתחייב בנו"נ ביד אח"כ הא כבר אסור ולא הפסידו כלום במה שנו"נ ביד. ומוכח דרב כר"ח דלא קם דינא רק בנו"נ ביד ע"ש. וי"ל דהא בטימא הטהור לא שייך מי יימר דטעמא בתרא עיקר דהא מאמין לחכם שטעה. וע"כ כמ"ש הראב"ד ור"ן ע"ז כיון דקיבל עליו הוראתו שוי' אנפשי' חד"א ע"ש. והיינו כמ"ש בש"ס ובש"ע בע"א נתנסך יינך ומאמינו ג"כ שוי' אנפשי' חד"א דיש כח ביד בעל החפץ לאסור כיון שמאמין לעד. כן בזה האמין לסברת הדיין שאסר בשקול דעתו. וכיון דאינו טעות ברור ויש שם הוראה על מה שאסר מהני מה שקיבל ושאלו דשוי' חד"א:

אמנם למ"ש ב' טעמים על שוי' חד"א או מטעם הודאת בע"ד כק' עדים לחובתו. או מטעם נדר כמ"ש מהרי"ט ע"ש וטעם א' עיקר. אך בשלמא בהודאה שאסור שייך טעם הא'. או גם במאמין לעד שייך ג"כ שהודה שזה העד נאמן בעיניו ואומר אמת יותר מאחרים וכקים לי' בגוי'. אבל בדיין שקיבל עליו במה ששאלו ההוראה. מה הודעת בע"ד יש כאן שסברא ראשונה שלו יותר אמת מן מה שאומר עכשיו שטעה הא אין בע"ד יודע שום דבר מההוראה רק אשר יאמר החכם. וכיון שאומר דטעה ממילא לא הודה מעולם

על סברא ראשונה. ונראה דלא שייך רק טעם הב' משום נדר שקיבל ע"ע כמו שיאמר החכם וכיון שאסרו נאסר עליו וי"ל נ"מ דלטעם א' אסור לכל עולם כיון דהועיל הודאתו כשהי' שלו אף שמוכרו לאחר לא פקע איסורו כמו גבי ממון דמהני הודאתו כשהוא שלו אף שמכרו אח"כ. משא"כ לטעם נדר אסרו רק על עצמו אבל לכל עולם מותר וא"כ כיון שלא אסרו החכם בהנאה רק באכיל' רשאי למכרו לאחר לכתחלה דאחרים מותרים לאכלו אף שהוא קיבל עליו שלא יאכל כשיאסור החכם מה בכך כיון שמותר למכרו שזה לא אסר החכם ולאחרים מותר באכילה שוב שוה כל דמיו דרשאי ליקח מאחר כל דמיו של דבר המותר באכילה כנ"ל. וא"כ אף שקם דינא ואסור לבע"ד לאכלו מ"מ בנו"נ ביד ואגע בי' שרץ שפיר חייב דהוי מזיק ממש דהי' שוה דמיו מקודם ועתה אסרו לכל וחייב כנ"ל:

ומיושב בזה מה דתמוה מאד לר"ח דאגע בי' שרץ מה ענין זה לדיין דמה שעשה עשוי כו' ומשלם כו'. ולמ"ש א"ש דקמ"ל דאף דמה שעשה כו' וכבר נאסר לבעל הפירות מ"מ חייב לשלם באגע בי' שרץ דהפסידו כנ"ל. ומיושב ג"כ תמיהת תוס' דאי קם דינא הוי מזיק ממש ולא גרמי וכמטמא טהרות של חברו ומה חילוק בין טימא בדבור או במעשה ע"ש. ולמ"ש א"ש דהא לא הפסיד כלום משוי' במה שטימא אף שאסור לו מ"מ שוה כל דמיו למכור כנ"ל. רק בהאכילו הבעלים לכלבים על שטימא כיון שהי' סבור שאסור לכל עולם וע"י זה זרקו או האכיל לכלבים. ושוב זה רק גרמי דע"י דבורו טעה זה והפסידו ממש כמו מראה דינר לשולחני ואינו רק גרמי כנ"ל. דהא באמת לא הזיקו רק ע"י הטעות כנ"ל:

סנהדרין דף ל"ג

גמ'. אי אמרת בשלמא קם דינא היינו דקא מפחיד כו' אי הדר כו' לאו כלום עביד כו'. והקשו תוס' ב"ק ד"ק הא ע"כ סוגיא דהכא אזלא לרבנן דאי לר"מ אף אי הדר חייב מדינא דגרמי כמו מראה דינר לשולחני כו' רק לרבנן ואע"פ כן אי קם דינא חייב אף לרבנן דהוי מזיק ממש כיון שבדבורו קם דינא. וא"כ איך הוכיח התם דמתניתין ר"מ מדתני מה שעשה כו' ומשלם מביתו הא אף לרבנן חייב כנ"ל ומאי פריך בבכורו' לימא סתמא כר"מ כו' ע"ש שתירצו דבאמת לא פריך מזיכה את החייב רק אגב אחרינא נקט שהי' לו משכון כו' ע"ש. והוא דחוק מאד דבבכורות פריך להדיא בשלמא חייב את הזכאי כו' אלא זיכה את החייב ה"ד אי דאמר פטור אתה והא לא נשא ונתן ביד כו' ומשני שהי' לו משכון כו' ולדברי תוס' לא פריך מידי ואיך שייך לומר אגב אחריני כו' כיון דפריך רק אזיכה החייב לחוד ע"ש:

ונראה לישב קושית תוס' דהנה הרא"ש ז"ל פ' כר"נ דבמומחה יש חילוק בין יש גדול לאין גדול כו' אבל באינו מומחה אף ביש גדול ממנו ג"כ אין מחזירין וקם דינא וכתב הטעם דאף דלא שייך מי יימר דטעמא קמא כו' כיון שיש גדול מ"מ לכך תקנו חכמים שיהי' קם דינא שקנסוהו כדי שישלם מביתו כיון דאי קם דינא צריך לשלם כו' ולכך בהא דדן את הדין באינו מומחה מה שעש' עשוי ואף שמסתמא יש גדול באינו מומחה ע"ש והנה הרמב"ן ז"ל בדינא דגרמי הקשה אמאי חייב דן את הדין כו' ומראה דינר כו' הא הוי, היזק שאינו ניכר דקי"ל לא שמי' היזק אף אי דייני' דינא דגרמי וכתב הטעם דזה הוי היזק ניכר דהוי כנוטל ממונו של זה ונותן לזה. דדוקא במטמא וכה"ג שלא הזיקו כלום רק שגורם איסור על הדבר הוי אינו ניכר דגוף הדבר לא הזיקו משא"כ הכא ובמוחל שט"ח נוטל ממנו הממון ונותנו לחברו ע"ש. והנה בגטין ל"ד גבי עבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו אמרינן התם דבהיזק שאינו ניכר קא מיפלגי ע"ש. וכתבו תוספ' דבשיחררו רבו ראשון דמשוחרר מדאורייתא הוי שפיר היזק ניכר דהוא ג"כ כנ"ל כנוטל ממונו של זה כו' אבל בשיחררו רבו שני דאינו משוחרר רק מדרבנן הוי היזק שאינו ניכר ע"ש. והטעם הוא פשוט דלכך סברת הרמב"ן דהוי היזק ניכר הוא דדוקא במטמא שייך הרי שלך לפניך שיש לך הפירות ואף שאינו יכול לאוכלם הוי אינו ניכר כו' משא"כ בזיכה את החייב או מוחל איך שייך הרי שלך לפניך שיש לך עדיין החוב הא אין כאן שום חיוב כלל עכשיו והוי היזק ניכר וכן בשיחרר רבו ראשון ג"כ אבל ברבו שני דהוא דרבנן הוא ג"כ כמו מטמא דהא יש לך עדיין השיעבוד. ואף שחכמים תקנו שלא ישתעבד מ"מ הוי אינו ניכר כנ"ל. וא"כ לכאורה קשה לפ"ז איך כתב הרא"ש ז"ל דחכמים תקנו שיהי' קם דינא כדי שיתחייב לשלם מדינא דגרמי כו' הא למ"ש לא יתחייב כלל אף אי קם דינא דהוי היזק שאינו ניכר כקושית הרמב"ן ז"ל הנ"ל וא"ל דהוי נוטל ממנו כו' דכיון דמדאורייתא הדר דינא כו' רק מדרבנן א"כ ממילא הוי אינו ניכר כמו ברבו שני דעדיין יש לו החיוב רק שאינו יכול לגבות כנ"ל. וממילא פטור וא"כ הדר דינא דלא שייך הקנס שיהי' קם דינא כדי שישלם כיון דפטור אף אי קם כו' שהוא דרבנן כנ"ל כמו בשיחרור דהוי ג"כ נוטל ממונו כו' כנ"ל. ואף דגם בהיזק שאינו ניכר כתבו תוס' דקנסוהו כדי שידקדק כו' מ"מ למאי דקי"ל דתרי קנסי לא עבדינן גבי יורש שמכר כו' וא"כ כיון דמדאורייתא הדר דינא ונימא דקנסוהו שיהי' קם דינא ואז לא יצטרך לשלם ג"כ מדינא דהוי אינו ניכר כנ"ל וג"כ רק מקנס ולא עבדינן כנ"ל. וא"כ אמאי מה שעש' עשוי ביש גדול כנ"ל. וגם בל"ז כתבו לחד תירוצא דהוא דוקא לר"מ דקנסינן שוגג אטו מזיד כו' ולא קי"ל הכי ע"ש. ואף שהתוס' כתבו שם דאף דקי"ל בכל דוכתי דהיזק שאינו

ניכר לא שמי' היזק התם קי"ל דשמי' היזק ע"ש. ולפ"ז אפשר לישב בפשיטות קושית תוס' הנ"ל די"ל הטעם דהתם שמי' היזק למאי שהקשה הרמב"ן ז"ל אמאי לא שמי' היזק הא קי"ל דדייניין דינא דגרמי וא"כ עכ"פ גרם לו היזק. ותירץ דלא מיחייב לר"מ בגורם יותר מלרבנן במעשה וכמו דפטור לרבנן בעושה היזק שאינו ניכר כמו כן לר"מ בגורם כמו מטמא שגורם שיהי' אסור ואינו ניכר ואף שמשליכו לכלבים מ"מ זה אינו מוכרח מחמת גרמתו רק מחמת האיסור ולכך לא שמי' היזק ע"ש דלא גרם היזק ניכר דמה שמשליכו לא ברי כו' ע"ש. וא"כ התם דבאמת נוטל ממונו כו' הוי היזק ניכר רק משום דמדאורייתא לא מהני כו' אבל עכ"פ גרם שמדרבנן יהי' נפקע השיעבוד ויהי' היזק ניכר וא"כ אף שגוף השיחרור הוי אינו ניכר מ"מ גרם שיהי' היזק ניכר וחייב מדינא דגרמי דהכא שפיר בריא שהחכמים יפקיעו השיעבוד כמו התם אלו הי' ברי שמשליכו לכלבים ולכך כתבו תוס' שפיר דקי"ל התם שמי' היזק כיון דקי"ל כר"מ כנ"ל. וא"כ ממילא גם הכא מיושב קושיא הנ"ל דגם הכא שמי' היזק אף דמדרבנן קם דינא דמ"מ חייב כנ"ל דגרם שיהי' היזק ניכר כמו התם כנ"ל:

ולפ"ז מיושב ממילא קושית תוס' הנ"ל דהא אף לרבנן הוי מזיק כנ"ל. ולמ"ש א"ש דאי אתיא כרבנן א"כ קשה כנ"ל אמאי קם דינא כיון דאיירי ביש גדול והוא רק דרבנן כנ"ל והוי היזק שאינו ניכר ופטור וממילא הדר דינא כנ"ל ואי"ל כמ"ש דז"א דלרבנן דלא דייני דינא דגרמי רק דכיון דקם דינא הוי לי' מזיק א"כ הוי אינו ניכר ואף שגרם שיהי' ניכר מ"מ על זה פטור דהוי גרמי ועל גוף הדבר הוי א"נ כנ"ל. ופריך שפיר לימא כר"מ אף בזיכה את החייב כנ"ל. משא"כ בהא דטימא את הטהור דהטעם אינו משום קנס הא דקם דינא רק משום שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ולכך אמר שפיר אי אמרת קם דינא חייב אף לרבנן דחייב שפיר אף שאינו ניכר כדי שידקדק כמ"ש תוס' ופריך שפיר משא"כ הכא כנ"ל וא"ש:

אמנם יש לדחות דבאמת הא דנפקע השיעבוד מדרבנן הוי היזק שאינו ניכר אף דהוי נוטל ממונו כו' כיון שהוא רק דרבנן וא"כ מאי בכך שגרם שהחכמים יפקיעו הא מ"מ לא גרם רק היזק שאינו ניכר כנ"ל. וי"ל הטעם התם דקמ"ל שמי' היזק משום דכיון דכשמהני מדאורייתא הוי לי' היזק ניכר כנוטל ממונו כו'. וא"כ כיון דהדין הוא התם דכופין את רבו ראשון ועושה אותו בן חורין אח"כ. וא"כ כיון דהשיחרור של רבו מהני מדאורייתא ומפקע לגמרי והוי ניכר וכיון שע"י שיחרורו כופין לרבו ראשון א"כ אף ששיחרור שלו לא מהני רק מדרבנן מ"מ הא גורם שיהי' היזק ניכר שנכוף את הראשון ויהי' מהני מדאורייתא דהוי תלוה וזבין משום מצוה לשמוע כו' וחייב שפיר מדינא

דגרמי כקושית רמב"ן ז"ל דהכא שפיר ברי הזיקא שיהי' היזק ניכר כנ"ל. ולכך קי"ל שפיר התם דשמי' היזק כיון דקי"ל כר"מ כנ"ל:

ובזה מיושב קושית הפ"י שהקשה שם למה לי' לתוס' לומר דלרב דמשוחרר מדאורייתא הוי היזק ניכר נימא ג"כ דהוי היזק שאינו ניכר ואעפ"כ כיון שכ' דהכא קי"ל דשמי' היזק אף שאינו ניכר ולכך לא רצה לאוקמא פלוגתא בהכי כיון דקי"ל שמי' היזק ע"ש שדחק מאד. ולמ"ש מיושב בפשיטות דכיון דכל הטעם דקי"ל התם שמי' היזק הוא משום דחייב מדינא דגרמי שגרם להיזק ניכר שיהי' משוחרר מדאורייתא כנ"ל. וא"כ אי נימא דגם כשמשוחרר מדאורייתא הוי אינו ניכר א"כ ממילא גם הכא היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק כמו בכל דוכתי דלא גרם לו כלל היזק ניכר והוצרכו לומר ע"כ דמדאורייתא הוי שפיר היזק ניכר ולכך קי"ל הכא דשמי' היזק אף מדרבנן כנ"ל וא"ש, וא"כ לפ"ז עדיין קשה הכא קושיא הנ"ל דהכא כיון דמדאורייתא הדר דינא רק מדרבנן א"כ לא גרם גם כן רק היזק שאינו ניכר שיהי' מפקע מדרבנן ושפיר פטור וקשה כנ"ל:

ונראה לישב דהנה בכריתות דף כ"ד אמר ר"י שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה דכיון שנגמר הדין יאושי מיאש מני' ואף שהוזמו הוי הפקר כנ"ל אמר רבא מסתברא היכא דאמרו שורך נרבע אבל אמרו רבע כו' לא דמידע ידע שהוא שקר ולא מפקר לי' דטרח ומייתי עדים להזימם ע"ש והכי קי"ל ע"ש. ולכאור' קשה לפ"ז אמאי הכא בטועה בדבר משנה קי"ל דלעולם חוזר הדין ואף ששילם החייב צריך להחזיר, וכן בזיכה את החייב הא כיון שנגמר הדין שפטור ולא ידע שטעה א"כ יאושי מיאש מיני' וכן בחייב את הזכאי כשמשלם אפקורי מפקר לי' כמ"ש הרא"ש ז"ל פרק הגוזל גבי שלח לשלם חובו דג"כ יאושי מיאש כו' ומאן דפליג התם הוא מטעמא אחרינא ע"ש. וא"כ אמאי יהי' הדין חוזר ומאי בכך שנודע שטעה הא גם התם נודע שהי' שקר לגמרי וגם הכא זכה במעות כנ"ל. ולהפוס' דמהני יאוש בחוב קשה גם בזיכה את החייב אמאי חייב אח"כ כיון שנגמר הדין לפטור כנ"ל:

אך ז"א דא"כ בכל מחילה בטעות דקי"ל לא הוי מחילה היכא דלא ידע דמחיל נימא ג"כ דמהני מטעם הפקר כנ"ל בשור הנסקל כו' וכן קנין בטעות דחוזר נימא ג"כ כנ"ל. וע"כ דז"א דכיון שהוא בטעות ודאי דלא מהני דהטעם דצריך להיות ברצון הקנין או המחילה וכיון שהוא בטעות כמו גבי שמיט ואכיל וכה"ג שסובר שקנאה ואלו הי' יודע לא הי' מוחל וא"כ על הדבר הזה כאשר הוא באמת אינו רצונו כלל למחלו ולא מהני שאין רצונו כלל למחול דבר שהוא שלו ואלו ידע לא הי' עומד כלל להתיאש ולא מהני. אבל התם בשור הנסקל כו' דכיון דעדי הזמה לא שכיח כמ"ש הרא"ש ז"ל דאינו מניח מלהתיאש

בשביל זה שמא יבאו עדים כו' וא"כ זה לא שייך לומר דהוי בטעות שאם ידע שיבאו עדי הזמה לא הי' מתיאש. דז"א דזה הוא דבר שנולד אח"כ ואז בשעת היאוש לא הי' כלל בטעות דשפיר הי' עומד להתייאש באמת אז כיון דלא שכיח שיבאו עדי הזמה והי' רצונו באמת ליאש הדבר ומאי בכך שבאו עדים אח"כ הא כבר נתיאש רק דנימא דהוא בטעות דאלו ידע שהעדים מעידים שקר שבאמת לא רבע לא הי' מתייאש וזה הטעות הוא בשעת היאוש כנ"ל אך גם ז"א דכיון דבאמת אף באומרים שורך רבע דיודע שהוא שקר הסברא הוא דמייאש כמו שסובר ר"י דמאי בכך שהוא יודע שהוא שקר מ"מ כיון שעדים מעידים הב"ד לא יאמינו לו ויסקלוהו ועדי הזמה לא שכיח רק דרבא סובר דכיון דיודע טרח ומייתי עדים להזימם אבל בלא"ה הי' מיאש אף אלו ידע. וא"כ כיון דבאמת אינו יודע ולא יוכל לטרוח להביא עדים א"כ ממילא שפיר עומד הדבר להתייאש אף שהוא שקר דמ"מ הב"ד יסמכו על העדים ויסקלוהו כיון דלא שייך טרח כו' ולא הוי בטעות כלל דאף אם הי' יודע שהוא שקר ולא הי' יכול לטרוח גם כן הי' מיאש. וכיון דאינו יכול לטרוח מחמת שאינו יודע הוי היאוש שפיר ברצון לא בטעות כיון דעומד לסקלו כנ"ל. אבל בכל קנין בטעות דאם הי' יודע בשעת מעשה לא הי' מיאש כלל שום דבר אחר ורק מחמת הטעות ודאי לא מהני כנ"ל כמו בשמיט ואכיל כו' דדבר שלו אינו רוצה ליאש כלל כנ"ל. ואח"כ ראיתי בהג"א פ' איזהו נשך דרוצ' לדמות טעות ליאוש והפקר ע"ש. אך דוקא בידע ומחיל ובזה א"ש כמו בשור הנסקל ע"ש. ובס' קצה"ח כתב דכל יאוש דאבידה הוי יאוש טעות דאם הי' יודע היכן הוא לא הי' מיאש והוכיח דמהני בטעות ע"ש. ליקח דאין זה ענין כלל לטעות דאם הי' יודע הי' יכול ליקח אותו אבל עכשיו כשאינו יודע עומד להתיאש שיקחנו אחר מקודם ורוצה ליאש דבר שלו באמת אבל בטעות כנ"ל ודאי דלא מהני דלא עדיף מהפקר דקי"ל בטעות לא הוי הפקר כנ"ל. וממילא מיושב גם הכא בטעה בדבר משנה דשפיר חוזר הדין דהוי בטעות דאם הי' יודע הדין שטעה הדיין לא הי' מיאש כלל שהי' יודע שהדין חוזר ואינו דין כלל ויוכל להוציא ממנו אף שמשלם ואינו רוצה ליאש כלל דבר שהוא שלו באמת ע"פ הדין והוי שפיר כמו קנין ומחילה בטעות דחוזר ולא מהני כנ"ל. וכן בטעה בשקול הדעת היכא דהדין הוא דחוזר הדין ממילא גם כן לא מהני מטעם יאוש דהוי בטעות כנ"ל וא"ש:

אמנם למאי דקי"ל דטועה בשקול הדעת קם דינא באינו מומחה ולטעם הרא"ש ז"ל דהוא דחבין מטעם קנס כנ"ל. וא"כ נראה דשפיר קם דינא מדאורייי' מטעם יאוש כנ"ל כמו בשור הנסקל כו' דהכא שפיר אף אם הי' יודע שטעה מ"מ עומד להתייאש דכיון שכבר פסק שוב לא יוכל להוציא מדרבנן דקם דינא כנ"ל ושפיר עומד להתייאש ולא

הוי בטעות כלל. וא"כ ממילא מהני שפיר מדאורייתא כמו בשור הנסקל מטעם יאוש כנ"ל. וממילא מיושב קושיא הנ"ל מ"ש אמאי ישלם הא הוי היזק שאינו ניכר כיון שהוא מדרבנן כנ"ל. ולמ"ש ז"א דכיון דקם דינא מדרבנן ממילא מהני מדאורייתא והוי שפיר היזק ניכר כנוטל ממונו של זה כו' כמו בשיחררו רבו ראשון כו' ולכך חייב לשלם ושייך הקנס ושפיר קם דינא כמ"ש הרא"ש ז"ל. ולפ"ז מיושב ממילא קושית תוספ' הנ"ל דלמא אתיא כרבנן והוי מזיק דבדבורו קם דינא כנ"ל. ולמ"ש מיושב דלרבנן דלא דייני דינא דגרמי א"כ ממילא פטור דהוי אינו ניכר כיון שהוא דרבנן. ואי"ל כנ"ל דהוי מטעם יאוש מדאורייתא דז"א דעל זה פטור דהוי רק כמראה דינר לשולחני דגם כאן בדבורו גרם לו להתיאש שאמר שפטור או בהיפוך וזה הוי גרמי ופטור רק על הדבור לחוד וזה הוי היזק שאינו ניכר כיון שהוא דרבנן ופטור וממילא הדר דינא ופריך שפיר דאתי' כר"מ משא"כ בטימא הטהור אי קם דינא שפיר הוי מזיק כנ"ל וא"ש:

אמנם לכאורה י"ל דמ"מ לא מהני דמכיון דלא תקנו שיהי' קם דינא רק כדי שישלם והיכא דפטור הדר דינא ובאמת ראוי להיות פטור כיון שהוא רק מדרבנן כנ"ל רק משום דמהני מטעם יאוש מדאורייתא אבל אי הוי ידעינן דבאמת לא נתיאש ודאי הי' פטור כנ"ל דהוי אינו ניכר כיון שבאמת לא. נתיאש. וממילא הוי הדר דינא וא"כ ממילא עדיין הוי יאוש בטעות כנ"ל דאלו הי' יודע שטעה הדיין לא הי' מיאש שיוכל להוציא דאי"ל כנ"ל דכיון דקם דינא מדרבנן לא יוכל להוציא כו' דז"א דאם לא יתיאש שפיר יוכל להוציא ממנו דיהי' הדר דינא כיון שפטור שהוא רק דרבנן דמאי דמחייב הוא רק מחמת היאוש כנ"ל ואם הי' יודע לא הי' מיאש דהי' יכול להוציא כנ"ל והוי יאוש בטעות ועדיין לא מהני רק מדרבנן וקשה כנ"ל ויהי' הדר דינא. אך י"ל דהא הטעם דלא תקנו קם דינא רק היכא שמשלם הוא משום דהוא רק קנס כדי שישלם הדיין ואם הוא פטור לא שייך הקנס והדר דינא וא"כ הכא שפיר תקנו שיהי' קם דינא אף שיהי' פטור וכיון שתקנו כך ממילא חייב הדיין ושייך שפיר הקנס דחייב דהוי שפיר היזק ניכר דמהני מטעם יאוש כנ"ל דלא הוי בטעות כו' דאף אם הי' יודע ולא הי' מיאש ג"כ לא הי' יכול להוציא שיהי' פטור יהי' קם דינא מדרבנן כנ"ל. וממילא מיאש ולא הוי בטעות וממילא שפיר חייב הדיין דמהני מדאורייתא מטעם יאוש כנ"ל. ושפיר כדי לקנסו הוצרכו לתקן שיהי' קם דינא אף שיהי' פטור וממילא יהי' חייב ושייך הקנס כנ"ל. ובזה מיושב קושית מורח"י שהקשה על הרא"ש הנ"ל דהטעם דקם דינא הוא משום קנס כדי שישלם והקשה דא"כ כי לית לי' לדיין לשלומי יהי' הדר דינא דלא שייך התקנה והקנס ע"ש. ולמ"ש מיושב דע"ז עצמו שייך ג"כ התקנה והקנס שהוצרכו לתקן ע"כ שאף שיהי' פטור יהי' קם דינא

דאם לא יתקנו רק היכא דחייב לא יהי' חייב כלל ויהי' תמיד פטור אף כשיש לו דהוי יאוש בטעות כנ"ל דאם לא יתיאש יהי' הדר דינא כנ"ל והי' זה התקנה עצמו דאף שיהי' פטור יהי' קם דינא כנ"ל וממילא אף היכא דלית לי' קם דינא כנ"ל וא"ש:

עוד יש לישב קושית מוח"י הנ"ל דיש לישב בפשיטות קושיא הראשונה דהוי היזק שאינו ניכר כיון שהוא דרבנן כנ"ל וי"ל דלכאורה למאי שפסקו דקנין דרבנן מהני מדאורייתא דהפקר ב"ד הפקר מדאורייתא א"כ כיון שהחכמים הפקיעו השיעבוד מהני מדאורייתא ואמאי כתבו תוס' דהוי היזק שאינו ניכר משום דלא מהני רק מדרבנן הא שפיר נפקע השיעבוד מדאוריי' דילפינן מקרא דהפקר ב"ד כו' אך י"ל למ"ש תוספ' יבמות גבי תרומה דלא שייך הפקר ב"ד כו רק היכא שאחר התקנה אין לו שוב כלל דין דרבנן אבל מן הטמא על הטהור כו' לא שייך הפקר ב"ד כיון שעדיין צריך להפריש בשביל שהוא דרבנן ועדיין דין דרבנן עליו ממילא לא שייך כלל הפקר ב"ד כו' ולא מהני מדאורייתא רק מדרבנן ע"ש פ"ט ע"ב. וא"כ גבי שיחררו רבו שני דעדיין אסור בב"ח אף דמהני מדרבנן משום דמדאורייתא הוא עבד ולכך כופין את הראשון כו' ע"ש וא"כ יש לו דין דרבנן אף אחר התקנה וממילא לא שייך הפקר ב"ד ולא מהני רק מדרבנן ולכך הוי היזק שאינו ניכר כנ"ל. וממילא מיושב דהכא כיון דתקנו שיהי' קם דינא ממילא נפקע לגמרי אף מדאוריי' מטעם הפקר ב"ד כו' דאין לו כלל דין דרבנן וממילא הוי היזק ניכר כנ"ל. וממילא מיושב קושית מוח"י הנ"ל דשפיר ע"כ הוצרכו לתקן שיהי' תמיד קם דינא אף אם לא יהי' לו לדיין לשלם דאם לא יתקנו רק היכא שיש לו וא"כ עדיין דין דרבנן עליו שמחמת שהוא דרבנן מטעם קנס אינו קם דינא רק כשמשלם הדיין ואם הי' דאורייתא הי' תמיד קם דינא וא"כ לא יהי' שייך הפקר ב"ד כנ"ל ולא יהי' מהני רק מדרבנן וממילא יהי' פטור אף כשיהי' לו לשלם דיהי' היזק שאינו ניכר כנ"ל. וע"כ הוצרכו לתקן שיהי' תמיד קם דינא כנ"ל וא"ש. ובמ"ש יש לישב מ"ש הרמב"ן ז"ל דאמר רבינא כגון שהי' לו משכון כו' פליג אר"ח ור"ח סובר באמת דכיון דאמר לי' פטור אתה כמו שנטל ונתן ביד דמי ע"ש וכן משמעות הש"ס דאמר קשיא ואח"כ רבינא אמר דמשמע דפליג ותמהו המפ' דאיך יתרץ ר"ח המשנה דדיני ממונות מחזירין בין לזכות כו' כקושית הש"ס ומאי בין בין כו' ואיך אפשר לומר כן דלא סבר כרבינא ע"ש:

ולמ"ש יש לישב דלכאורה קשה עדיין למ"ש הא קי"ל דהיכא דכבר אינו שלו מדרבנן שוב אינו יכול להפקיר ולהקנות מדאורייתא אף דמדאורייתא הוא של כדאמר בש"ס וליבטל בחמש ומשני כיון דמדרבנן חסור לאו ברשותי' דליבטלי' אף מדאורייתא ע"ש. וא"כ לכאור' עדיין קשה כנ"ל דהוי היזק שאינו ניכר כיון דקם דינא רק מדרבנן כנ"ל

ואי"ל כנ"ל דמהני מטעם יאוש מדאורייי דז"א דכיון דהדין הוא קם דינא מדרבנן א"כ כבר איל שלו מדרבנן ושוב לא מהני אח"כ היאוש כלל אף מדאורי' דלאו ברשותי' שאינו שלו כלל מדרבנן כנ"ל דקם דינא כבר מדרבנן כנ"ל ועדיין לא מהני רק מדרבנן והוי אינו ניכר כנ"ל גם אחר היאוש כנ"ל:

אמנם לכאורה ז"א כיון דקם דינא רק כדי שישלם ובלא היאוש הוי אינו ניכר ופטור וממילא הדר דינא רק מחמת היאוש דחייב מדאורייתא א ממילא מהני היאוש דבלא היאוש לא הי' קם דינא כל אף מדרבנן כיון דפטור כנ"ל ושפיר הוי ברשותו ומהני היאוש. אך למ"ש ז"א כיון דע"כ הוצרכו לתקן שיהי' קם דינא אף שלא יתיאש כנ"ל ויהי' פטור כמ"ש וא"כ כיון דאף בלא היאוש הי' שפיר קם דינא מדרבנן ממילא לא מהני היאוש כלל מדאורייתא וממילא בכל מקום פטור שאינו ניכר ולא שייך הקנס כנ"ל:

אמנם ז"א דכיון דמהני מטעם מחילה דבהלואה בא לידו ואינו צריך לא לקנין ולא להפקר מהני שפיר אף דאינו שלו מדרבנן ורק להקנות או להפקיר אינו יכול כו'. ואף להפוסקים דגם מחילה לא מהני בכה"ג מ"מ הא הכא באים שניהם כאחת דבשעה שמזכה אז מתיאש ואז נעשה קם דינא ומהני שפיר היאוש אז ולכך שפיר מהני היאוש מדאורייתא כנ"ל. אמנם בחייב את הזכאי דפסק הרמ"ה ושאר פוסקים דקודם ששילם הבע"ד, הדר דינא ואינו צריך לשלם רק אחר ששילם קם דינא כו יש וא"כ הכא בשעה שמשלם לא שייך היאוש דאז הו שפיר יאוש בטעות כמ"ש לעיל דהכא אם הי' יודע שטעה לא הי' משלם ולא הי' קם דינא כלל ולא הי' חייב ואינו עומד להתיאש אז כלל רק אחר שכבר שילם יהי' מהני היאוש דאז שפיר מתיאש שאף אם ידע לא יוכל להוציא דקם דינא מדרבנן כנ"ל וא"כ אז לא מהני כלל היאוש כיון דכבר קם דינא כששילם מדרבנן ואינו שלו שוב ולא מהני היאוש אח"כ והכא לא בא לידו בהלואה ג"כ ולא מהני גם אח"כ רק מדרבנן ופטור דהוי אינו ניכר דאף ששילם מ"מ ההיזק אינו ניכר כמו באגע בי' שרץ שכתבו תוספ' ע"ש. וקשה עדיין כנ"ל דיהי' הדר דינא דלא שייך הקנס כנ"ל. אך לדידן י"ל כמ"ש הרא"ש דבחייב את הזכאי ג"כ חייב מיד שפסק וצריך לשלם וממילא מהני ג"כ היאוש בשעה שמשלם דשפיר עומד להתיאש אף אז דאף אם הי' יודע כנ"ל הי' צריך לשלם דקם דינא ומהני שפיר כנ"ל:

ובזה מיושב ג"כ מאי שהקשו המפ' על הרא"ש וטור הנ"ל דלמה הוצרכו לתקן בלא שילם עדיין שיהי' קם דינא דבשלמא בשילם תקנו שלא יהי' עוד לו דין ודברים עם הבע"ד רק עם הדיין משא"כ בלא שילם עדיין ע"ש. ולמ"ש א"ש דאם לא יתקנו בלא שילם שיוכל להוציא ממילא אף בשילם יהי' פטור הדיין דיהי' אינו ניכר כנ"ל. ואף ששילם לא מהני

היאוש כנ"ל דבשעת התשלומין לא הו' עומד להתיאש כנ"ל ואח"כ לא מהני כנ"ל. וע"כ תקנו דאף בלא שילם עדיין יהי' קם דינא וא"ש. וזה לדידן אבל לר"ח דסובר באמת דבלא שילם עדיין הדר דינא כנ"ל. וא"כ ממילא קשה כנ"ל דאף בשילם פטור והדר דינא. ולכך משני בחייב את הזכאי דאיירי בנשא ונתן ביד ולכך שפיר חייב אבל בזיכה את החייב אמר שפיר דכיון דאמר לי' פטור אתה כמו שנשא ונתן ביד דמי דג"כ חייב דהוי שפיר היזק ניכר דמהני מדאוריי' מטעם יאוש כנ"ל כמו לר"נ כנ"ל:

ובזה י"ל קושיא הנ"ל דבאמת למ"ש לא קשה קושית הש"ס ממתני' דד"מ מחזירין לזכות כו'. די"ל דמתני' הוא בידעינן דלא נתיאש ולכך מחזירין שפיר אף לזכות כיון דלא מהני מדאורייתא והוי היזק שאינו ניכר כנ"ל ופטור ולא שייך הקנס ומחזירין אף בפטור אתה כו'. אך ז"א למ"ש לעיל דע"כ הוצרכו לתקן שיהי' קם דינא אף בלא נתיאש דאל"כ לא יהי' מהני היאוש כלל דהוי בטעות. אמנם י"ל דר"ח סובר שפיר דמחילה בטעות הוי מחילה אף דקנין בטעות לא מהני ע"ש וא"כ ממילא לא הוצרכו לתקן כנ"ל ושיהי' מהני בלא יאוש דאף בלא התקנה מהני כשנתיאש ואף ואף דהוא בטעות כיון שהוא מחילה כפטור אתה כנ"ל. וא"כ ממילא בידעינן דלא נתיאש שפיר הדר דינא כנ"ל דלא שייך הקנס ולא הוצרכו לתקן בכה"ג כנ"ל. רק בחייב את הזכאי לא מהני בטעו' דלא הוי מחילה ואי נימא דאיירי בלא נו"נ ביד ע"כ הוצרכו לתקן בחייב את הזכאי שיהי' קם דינא אף בלא נתיאש דאל"כ שפיר לא יהי' מהני אף שנתיאש דהוי כפקדון ומתנ' וממילא כיון דקם דינא מיד שוב לא מהני היאוש אח"כ דאינו שלו כבר מדרבנן כנ"ל וע"כ דאיירי בנו"נ ביד כנ"ל. משא"כ בזיכה את החייב שפיר לא הוצרכו כנ"ל ומתני' בידעינן דלא נתיאש ולכך שפיר מחזירין בין לזכות כו יא דדיני נפשות קתני דאינו מטעם יאוש כנ"ל. רק משא א ש שכיר לדידן דמחילה בטעות לא מהני וא"כ ע"כ אף בזיכה את החייב הוצרכו לתקן דאף בלא נתיאש יהי' קם דינא דאל"ה לא יהי' מהני שיהי' בטעות כנ"ל וא"כ ליכא למימר דמתני' איירי בלא נתיאש דמאי בכך הא מ"מ קם דינא כנ"ל. ולכך שפיר ממתני' וגם רבינא גופי' סבר להדיא פ' א"נ דמחילה בטעות לא מהני ולכך הוצרך לשנויי בהי' לו משכון כו' משא"כ ר"ח גופי' י"ל שפיר כנ"ל וא"ש:

ובמ"ש יש לישב ג"כ מאי שהקשה הרא"ש ז"ל להמפ' דהש"ס דחה דברי ר' יוסף ובמומחה מחזירין כו' אמאי לא אמר אלא אמר ר"נ כיון דהדר בי' משנוייא דר"י ולכן הוכיח דר"נ סובר ג"כ כר"י דבאינו מומחה אין חילוק בין יש גדול כו' דמטעם קנס כו' כנ"ל. אך המפ' כתבו דמשמע דלא משני כלום דברי ר"י ותירוצא דר"י אידחי לה כו' ע"ש. ובמ"ש י"ל דבאמת להפו' דלא מהני יאוש בחוב דהוי באיסורא אתי לידי' כיון

שכבר נתחייב בתשלומין כמו יאוש דגזילה כו' ע"ש. וא"כ ליכא למימר כתירוץ ר"נ וכמ"ש הרא"ש ז"ל דבאינו מומחה הוא מטעם קנס אף ביש גדול דא"כ קשה כנ"ל דהוי אינו ניכר כיון שהוא דרבנן כנ"ל ולא מהני מטעם יאוש כנ"ל דלא מהני בחוב. וא"כ ר"י דסובר פ' מרובה דיאוש לא קני כלל בגזילה כו'. ולכך שפיר אידחי לה דליכא למימר אליבי' תירוצא דר"נ ובאינו מומחה אין חילוק כו' דקשה כנ"ל כיון דלא קני כנ"ל. אבל ר"נ לא קאמר אלא כו' דר"נ גופי' דסובר התם יאוש קני שפיר סובר גם שנוייא דר"י וכמ"ש הרא"ש ז"ל ומהני מטעם יאוש כנ"ל וא"ש. ואף להפוסקים דבחוב מקרי בהיתירא אתי לידי' כיון דמלוה להוצאה ניתנה ובא לידו ברשות ע"ש. מ"מ י"ל כאן בחייב את הזכאי דקשה ג"כ כנ"ל כמ"ש וצ"ל ג"כ כנ"ל והכא שפיר בשעת הנתינה שמשלם הוי בטעות כמ"ש דאם הי' יודע לא הי' משלם ולא הי' קם דינא רק אחר ששילם יהי' מהני מטעם יאוש ואז לא מהני ממילא דהוי באיסור' אתי לידי' כיון שבא לידו בטעות ונתחייב בהשבה כמו בגזילה וא"ש. ואף להפוסקים דקם דינא מיד אם קודם ששילם ולא הוי בטעות אף בשעת הנתינה כמ"ש לעיל מ"מ י"ל דבאמת לכאורה לא מהני מטעם יאוש דקי"ל העודר בנכסי גר וכסבור שהן שלו לא קנה כיון דאינו מתכוין לקנות שסובר שהוא שלו ע"ש. וא"כ כיון דכשגובי' בתורת גבי' אינו צריך להתכוין לקנות ע"ש. וממילא הכא כיון שגם המלוה סובר שפסק שפיר וגובה שלו ממילא לא קנה כלל מטעם יאוש דהוי עודר בנכסי גר כו' כיון שסבור שהן שלו כנ"ל. ובזיכה. את החייב הוא מטעם מחילה משא"כ בחייב את הזכאי כו' אך עכשיו שנודע שטעה שפיר מתכוין לזכות כנ"ל. וא"כ עכשיו הוא באיסורא אתי לידי' ולא קני כנ"ל והוא כמו גזילה וא"ש כמ"ש.

עוד נראה לישב קושית תוס' הנ"ל דהא אף לרבנן חייב דהוי מזיק כיון דקם דינא כנ"ל ע"ש. ונראה דהנה קי"ל דמוכר שט"ח לחברו ומחלו מחול וקי"ל דצריך לשלם מדינא דגרמי וגם קי"ל דאף היכא דהיורש מוחל לעצמו דמהני ג"כ מ"מ חייב לשלם ג"כ דגרים היזק במה שמוחל לעצמו דבלא המחילה הי' יכול לגבות ממנו ואף שמתכוין לטובתו ע"ש סי' ס"ו בח"מ. ועוד פסקו שם דהיכא שהלך הלוה ופרע למוכר דפטור המוכר לשלם דלא שייך גרמי וי"א דהלוה חייב שהוא גרם לו היזק במה שפרע והפקיע החוב שלו וי"א שהלוה פטור ג"כ והטעם דהמלוה פטור ואף שגרם לו היזק שלקח מעות שאינו שלו ועי"ז נפקע חוב של הלוקח כתבו שם משום דקי"ל פרעון בע"כ שמי' פרעון וא"כ לא גרם לו היזק במה שקיבל המעות של הלוקח דאף אם לא הי' רוצה הי' הלוה יכול לכופו והי' ג"כ נפקע החוב ולכך פטור ע"ש. אבל בל"ז הי' חייב דלא הי' לו ליקח דבר שאינו שלו וע"י זה גרם היזק כנ"ל ע"ש. וגם קי"ל דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד

והתם במוחל אף אם לא הי' יודע שבמחילתו מזיק לחברו מ"מ חייב כנ"ל. וא"כ לפ"ז לכאורה קשה הכא דמשני דאיירי בנשא ונתן ביד בחייב את הזכאי להוציא ממנו ולכך חייב. ולמ"ש קשה דיתחייב התובע א לשלם מדינא דגרמי כיון דבאמת טעה בשקול הדעת ולקח ממון שאינו שלו וגרם לו היזק במה שלקח מה שאינו שלו דעי"ז קם דינא א"כ חייב כמו בלוקח ששילם למוכר שהי' המוכר חייב שאף שנתן לו הלוקח לא הי' לו לקבל שאינו שלו וגם הכא אף שנתן לו הדיין יתחייב מדינא דגרמי ואף שהוא שוגג שהי' סבור שפסק כדין מ"מ אדם מועד כו' ודוחק לומר דהוי אונס גדול כיון שקיבל ע"פ הדיין ומאי הו"ל למיעבד. דמ"מ אף באונס גדול הי' ראוי להתחייב היכא דעביד מעשה רק באונס גדול מאד כמו ישן והניח כלים דלא עשה כלום ע"ש. ובפרט למאי דקי"ל בשור ואדם שדחפו לבור בלא כוונה דגם בעל הבור חייב אף דבכוונה הי' פטור ע"ש כיון שאדם דחפו מ"מ כיון שגם האדם הוא בלא כוונה ובלא הבור לא הי' נעשה ההיזק חייב וממילא גם כאן כיון שגם הדיין שוגג יתחייב גם התובע כנ"ל דבלא קבלתו לא הי' קם דינא ואף שמתכוין לטובתו מ"מ חייב כמו במוחל לעצמו דחייב במאי שזכה בחובו והכא אין לומר כמו שם במוכר דכיון דפרעון בע"כ שמי' פרעון לא עשה ההיזק. דז"א דהכא אלו לא הי' התובע רוצה לזכות בו לא הי' קם דינא כלל בפרט דקי"ל דנגד המקבל לא מהני פרעון בע"כ דאין מזכין לאדם בע"כ ולא זכה בו רק דנפטר הנותן דנגד הלוה הוי פרעון ולכך לא גרם לו שם היזק שאף אם לא הי' רוצה הי' הלוה נפטר אבל הכא הוא בהיפך כיון שהוא לא הי' זוכה ממילא לא הי' קם דינא כנ"ל. וממילא שפיר חייב מדינא דגרמי דע"י קבלתו גרם לו ההיזק כנ"ל שלא יוכל להוציא ממנו עצמו כמו במוחל לעצמו כו'. אך זה טעות דהא בל"ז יתחייב להחזיר מה שקבל כיון שהוא שלא כדין שטעה בשקול הדעת ואעפ"כ קם דינא ופטור דאמר מי יימר דטעמא בתרא עיקר כו' או שאר טעמי כו' וא"כ ממילא גם לענין התשלומין של דינא דגרמי פטור מהאי טעמא דמי יימר דלמא טעמא קמא עיקר דקם דינא ובאמת הייתי חייב ולא גרמתי לך היזק דמה שהי' יכול לזכות שלא כדין לא מקרי היזק כמו בר ישראל דידע סהדותא כו' ורק הדיין חייב שמודה שטעה כמ"ש הראב"ד ז"ל אבל התובע כמו שפטור מגוף המעות פטור גם כן מדינא דגרמי מהאי טעמא כו':

אמנם למאי דקי"ל דבשנים שגרמו היזק דשניהם חייבים לשלם כל אחד חצי ואם. אין יכולין להוציא מן הא' יש פוסקים כר' נתן דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי כו'. וכתבו תוס' ב"ק מ"ו ע"ב ד"ה גלית כו' דהאי דר' נתן לא שייך רק התם בשור תם דאף שודאי הזיק אעפ"כ פטור לכך חייב השני מטעם כל היכא דליכא כו' אבל כאן

גבי פרה וולד שאם הי' ידוע בודאי שגם הולד נגח הי' שפיר חייב והי' יכול להוציא ממנו רק מחמת שאינו ידוע ואינו מוציא ממנו ממילא גם הוא פטור מחלקו ולא שייך כל היכא אף שאצלו ידוע כיון שאם הי' ידוע גם של חברו הי' חייב ע"ש. וא"כ לפ"ז עדיין קשה הכא כמ"ש דאף שהתובע פטור אף שגרם היזק שלא יגבה ממנו עצמו כמו במוחל לעצמו מ"מ פטור דג"כ שייך מי יימר הנ"ל. אבל כיון דשניהם עשו ההיזק ואף שהתובע פטור מ"מ הדיין לא ישלם רק מחצה כיון דבלא קבלת התובע לא הי' נעשה ההיזק כלל וגרם ג"כ רק שפטור והכא לא שייך משום דלשלם מדר' נתן דכל היכא כו'. דז"א כיון דאם הי' ידוע שטעה כמו שמודה הדיין הי' גם התובע צריך לשלם רק משום שאינו ידוע ויכול לומר מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר דלמא טעמא קמא כו' כמ"ש. וממילא אף שהדיין מודה מ"מ פטור הדיין מהמחצה חלק התובע כמו התם בפרה וולד כו' כיון שפטור התובע הוא ג"כ רק מספק ואמאי משלם הדיין הכל כנ"ל. וממילא קשה דגם מחצה לא ישלם למ"ש הרי"ף ז"ל דהיכא דאיכא פסידא לבעל דין הדר דינא ולכך במומחה דפטור אף בנשא ונתן ביד ויהי' הפסד הדר דינא אף בנו"נ ביד ע"ש. והיכא דיפסיד קצת הדר דינא אותו המקצת והשאר קם דינא וכן ראיתי בב"י סי' כ"ה ע"ש. וא"כ ממילא הכא למ"ש דאין הדיין צריך לשלם רק מחצה אף בנשא ונתן ביד וא"כ על המחצה האחר שיפסיד הבע"ד כיון שגם התובע פטור כנ"ל ממילא הדר דינא ולא קם דינא רק על מחצה וא"כ ממילא לא גרם לו היזק רק על מחצה כיון שעל השאר הדר דינא וא"כ על אותו מחצה שגרם גם התובע גרם במה שקיבל כנ"ל וא"כ שניהם גרמו היזק רק על מחצה וממילא הדיין חייב רק רביע דלא שייך ליכא לאשתלם כו' כיון שהוא מספק כנ"ל והרביע האחר פטור גם התובע מחמת מי יימר כנ"ל וממילא מפסיד הנתבע ג' רביע וממילא הדר דינא על ג' רביע ולא קם דינא ולא נעשה ההיזק רק על רביע וגם זה עשו שניהם והוא ג"כ כנ"ל עד שלא יתחייב הדיין כלום ויהי' הדר דינא לגמרי שמפסיד הכל כנ"ל. ואמאי מה שעשה עשוי וישלם מביתו כו' ואף בנשא ונתן יהי' הדר דינא כנ"ל:

אמנם לשיטת הרי"ף ז"ל א"ש דלדידי' אף ביש גדול דלא שייך מי יימר דטעמא קמא כו' מ"מ אין מחזירין דמן הדין ראוי להיות קם דינא תמיד רק בדאיכא פסידא הדר כו' וא"כ הא דפטור התובע אינו מטעם ספק דאף דלא שייך מי יימר פטור רק מטעם ודאי כנ"ל וא"כ ממילא שייך שפיר דר"נ דכל היכא דליכא לאשתלומי כו' ושפיר משלם הכל וקם דינא כנ"ל. אך לתירוצא דר"נ כאן שיש גדול כו' קשה כנ"ל דהטעם הוא מחמת מי יימר ואמאי משלם הדיין הכל ויהי' ג"כ הדר דינא כנ"ל כיון דאיכא פסידא כו' כנ"ל:

אמנם יש לומר בגוף הקושיא דלא קשה דשפיר משלם הדיין הכל דאף שהתובע גרם במה שקיבל כנ"ל מ"מ כמו דמראה דינר לשולחני חייב משום דעל פיו לקח ע"י מה שטעה וחייב השולחני הכל כו' וממילא גם כאן כיון שע"י מה שטעה הדיין לקח התובע שהי' סבור שפסק כדין וא"כ ממילא חייב הדיין הכל דאעפ"כ הוא גרם כל ההיזק דגם זה גרם שיקבל התובע ויזיקו וכמו מראה דינר לשולחני דחייב כנ"ל ושפיר משלם הדיין הכל וקם דינא ממילא כנ"ל. אמנם זה הוא לר"מ דדאין דינא דגרמי אבל לרבנן דאינו חייב בגרמי רק מחמת שנשא ונתן ביד והוי מזיק וא"כ עדיין קשה כנ"ל דהא ההיזק עשו שתיהם דלא נגמר בלא התובע. ואי"ל כמ"ש דז"א דלענין אותו המחצה הוא רק גרמי כמו מראה דינר לשולחני דע"י מה שטעה הזיקו התובע ג"כ וזה הוא גרמי וממילא לרבנן אינו חייב רק מחצה דגוף ההיזק עשו שתיהם רק על החצי השני גרם ופטור ועדיין קשה כו' ואיך מוקי למסקנא כרבנן ובנשא ונתן ביד כנ"ל. אך זה לא קשה דלמסקנא באמת אין הטעם לר"ח מחמת מי יימר רק מטעם ודאי כמ"ש וממילא חייב הכל מטעם כל היכא דליכא לאשתלומי כו' מדר' נתן משלם הדיין הכל וא"ש כנ"ל ולר"נ דהטעם משום מי יימר באמת הא מוקמי לה כר"מ וחייב שפיר מדינא דגרמי כמו מראה דינר כנ"ל:

ובזה מיושב קושית תוס' הנ"ל כמובן די"ל דסבר ג"כ כר"ח כמ"ש לקמן רק דהטעם מספק ופריך שפיר דר"מ הוא אף בנו"נ ביד דעל המחצה כנ"ל ומשני כנ"ל דמטעם ודאי כמ"ש ואין להאריך. ובמ"ש יתישב דברי הרי"ף ז"ל שהביא ראי' דהלכה כר' חסדא מהא דמוקי לה בבכורות בנשא ונתן ביד ע"ש ותמהו דהתם לא מוקי לה רק לענין תשלומין דלהוי אתיא גם כרבנן אבל לענין קם דינא לא מוכח די"ל שפיר כתירוצא דר"נ ור"י. ולמ"ש מיושב דכיון דמוקי לה כרבנן ובנו"נ ביד חייב מטעם מזיק ע"כ דסברי כר"ח דליכא למימר כר"נ וממילא הטעם הוא דפטור מטעם ספק דמי יימר כו' וממילא קשה כנ"ל דלא הוי מזיק כלל דעל המחצה האחר אינו רק גרמי כמו מראה דינר וליכא לאשתלומי כו' לא שייך כיון שהוא רק מספק כנ"ל. ורק ר"נ משני שפיר לר"מ אבל למאי דמוקי התם כרבנן ע"כ לא ס"ל כר"נ רק כר"ח וחייב מטעם ודאי ושייך דר' נתן דליכא להשתלם כו' והביא שפיר ראי' דסבר התם כר' חסדא כנ"ל וא"ש. ובמ"ש יש לישב מה שהקשו המפ' על הרי"ף ז"ל מי הכריחו לסברא זו דכל היכא דפטור מלשלם הדר דינא וצריכין לדחוק במומחה דהפי' הוא ואם הי' מומחה כו' ופטור והדר דינא ולא פירש כמ"ש הרמב"ן ז"ל דבנו"נ ביד שהחזיק דבריו כל כך כו' ע"ש ולמ"ש א"ש. דלכאורה קשה קושיא הנ"ל אף לר"מ דדאין דינא דגרמי מ"מ למ"ש תוס' ב"ק ד"ק דאי אמרינן דינא דגרמי הוא רק קנסא אינו חייב רק היכא שאינו מפסיד משלו כלום דאז שייך הקנס שכל א' יעשה כן. אבל

היכא שמפסיד גם שלו אף בלא הקנס פטור דלא שייך הקנס שבלא זה לא יעשה כן ע"ש. והרבה פוסקים דדינא דגרמי קנסא ע"ש בש"ך שפ"ו. וא"כ הכא אף לר"מ עדיין קשה דלא ישלם הדיין רק מחצה ששניהם עשו ההיזק גם התובע שקיבל ואי"ל כמ"ש דגם על החצי השני חייב הדיין מדינא דגרמי שע"י טעותו קיבל כנ"ל. דז"א דהכא הוא בהיפך דכיון דעל חצי חייב שפיר מטעם מזיק אף אי לא דיינין דינא דגרמי כיון שהזיקו שתיהם כנ"ל וא"כ ממילא פטור על חצי השני שאינו אלא גרמי דכיון דהוא קנסא והיכא שמפסיד קצת לא קנסו כנ"ל דבל"ז לא יעשה כן אף אם לא יקנסו אותו כנ"ל. וא"כ הכא דאף אם לא יקנוס אותו לחייבו מדינא דגרמי מ"מ יתחייב חצי מטעם מזיק ויהי' מפסיד ולא שייך הקנס וממילא פטור על חצי השני שהוא גרמי וקשה אף לר"מ כנ"ל אמאי ישלם הכל דג"כ לא ישלם רק מחצה כנ"ל. אך זה לא קשה דאדרבה למ"ש דכיון דהיכא דמפסיד בע"ד הדר דינא וא"כ אם לא יקנוס אותו מדינא דגרמי יהי' פטור אף על החצי שהוא מזיק כיון דהדר דינא על מחצה שפטור ועשו שתיהם ההיזק רק על מחצה ומשלם רק רביע כו' כמ"ש ויהי' הדר ופטור לגמרי ולכך חייב שפיר גם על החצי השני מדינא דגרמי דשייך שפיר הקנס שאם לא יקנוס אותו לא ישלם כלל ולא יפסיד כנ"ל וא"ש דמשלם הכל כנ"ל. וממילא מיושב הנ"ל דהוכיח הרי"ף ז"ל שפיר האי סברא דאי נימא דאף היכא דפטור קם דינא ממילא קשה כנ"ל דאף לר"מ לא יתחייב רק מחצה כיון דאף בלא הקנס שפיר יהי' חייב מחצה דיהי' קם דינא על הכל אף שיפסיד כנ"ל ומטעם ליכא לאשתלומי כו' לא שייך כיון דהטעם הוא מחמת שהחזיק דבריו שייך יותר מי יימר הנ"ל. והוא ג"כ מטעם ספק כנ"ל ומוכח שפיר כנ"ל. והרמב"ן ז"ל לטעמי' שסובר דגרמי דינא הוא ולא קנסא ע"ש. ולכך כ' שפיר הטעם שהחזיק דבריו כנ"ל וא"ש:

או די"ל למ"ש הרי"ף דבגרמי פטור בדיין דהוי אנוס כמ"ש הרמב"ן ז"ל רק במזיק ממש חייב ולכך בעי נשא ונתן ביד ע"ש. וא"כ קשה ג"כ כנ"ל למסקנא אף אי ר"מ דעל חצי השני שאינו אלא גרמי פטור דהוי אנוס כנ"ל ונא יתחייב רק מחצה כנ"ל דהוא מזיק וקשה ג"כ כנ"ל. אך י"ל דהטעם כתב הרמב"ן ז"ל דהיכא דהוא גורם בדבור לחוד הקילו חכמים ופטרוהו היכא דהוא אנוס משא"כ במעשה חייב ע"ש בדינא דגרמי שלו וא"כ על המחצה השני שפיר חייב אף שהוא אנוס כיון דנו"ן ודאי ושייך היכא דליכא לאשתלומי כו' ביד והגרמי ע"י המעשה דבל"ז לא קם דינא וע"י שנתן לו קבלו ושפיר חייב גם חצי השני ואף שהוא גרמי כנ"ל אבל הרי"ף ז"ל שסובר שם דאף במעשה פטור גרמי באונס ע"ש. וממילא ליכא למימר כסברת הרמב"ן ז"ל שהחזיק דבריו והוא מטעם מי

יימר דקשה כנ"ל. דעל חצי השני שפיר פטור שהוא גרמי, וע"כ שהוא מטעם וחייב הכל כנ"ל וא"ש:

עוד נראה לישב קושית תוס' הנ"ל דמצי לאוקמי אף כרבנן והוי מזיק כו'. דהנה לכאורה קשה למאי דקי"ל בהפיל לאחד לבור וסולם בבור שהי' יכול לעלות פטור אף שלא עלה כיון שהי' יכול להציל עצמו ובשאר גווני ע"ש וכן בנזקין קי"ל ג"כ דפטור היכא שהי' יכול להציל עצמו מההיזק ע"ש. וא"כ למאי דסבר ר"מ לעיל כ"ד בנאמן עלי אבא כו' או בקיבל יחיד במקום ג' דיכול לחזור בו מהקבלה ואין דינו דין כלל כשחוזר ע"ש. וא"כ הכא מתני' דדן את הדין כו' דמוקי לה לעיל ביחיד וקבלי' עליו וא"כ אמאי ישלם מביתו הא הי' יכול לחזור בו מהקבלה ולא הי' דינו דין כלל והוי כיכול לעלות מן הבור ואף שלא חזר בו מ"מ הדיין פטור דהוא לא הזיקו כמו שם בלא עלה כו', ואי אמרינן דלפני גמ"ד מחלוקת אבל לאחר גמ"ד כ"ע מודים דאינו יכול לחזור א"ש דשפיר גרם לו היזק בשעת גמר דין שפסק שחייב או פטור דאח"כ שוב לא יוכל לחזור בו אבל למאי דקי"ל התם דלאחר גמ"ד מחלוקת ק' כנ"ל דגם אח"כ הי' יכול לחזור בו כנ"ל. ואף לחכמים דאינו יכיל לחזור בו מ"מ למ"ש הש"ך ז"ל דבקיבל א' במקום ג' הוי תרתי לריעותא ואף לרבנן יכול לחזור בו לאחר גמ"ד ע"ש. וממילא קשה כנ"ל דהכא איירי ביחיד במקום ג' דקתני דן את הדין כו'. אמנם זה לא קשה די"ל דאיירי קיבל עליו בקנין דאז אינו יכול לחזור אף בתרתי לריעותא ע"ש. אמנם המרדכי הקשה איך מהני הקנין שלא יוכל לחזור בו הא הוי קנין דברים דמ"מ יכול לחזור ואיך שייך קנין שלא יוכל כיון שבאמת יכול לחזור בו. ותירץ דמקנה לו החפץ ובחוב מחייב עצמו בקנין על מה שיאמרו הדיינים שאף שבאמת אינו חייב מ"מ אם יאמרו חייב מחייב עצמו חיוב חדש שיתחייב מ"מ וע"ז מהני הקנין וכן להיפוך אם יאמרו פטור מוחל לו וממילא כשחוזר אף שפקע החיוב הראשון מ"מ נתחייב במה שאינו חייב ע"ש והכי קי"ל:

והנה בב"ק פרק הגוזל סבר רבה בזרק מטבע של חבירו לים דפטור כיון דיכול בר אמוראה למשקלי'. ופסק הר"י ז"ל כרבה דאף דדייני' דינא דגרמי מ"מ פטור ואף דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה למשקלי' מ"מ גם מהאי זוזא פטור שזה אינו אלא גרמא ע"ש. וכ"כ המרדכי והרש"ל בישו"ש שם הטעם דאינו חייב רק על הממון שגורם בו ההיזק אבל היכא שמחמת ממון זה שגרם לו נפסד ממון אחר זה הוא גרמ' כמו הכא שממון זה עצמו שהפיל לים יכול להציל רק שע"י ההצלה יפסיד ממון אחר שיתן לבר אמוראה ובזה הממון לא עשה לו ההיזק רק גרמא ופטור וכן בחובל בבהמה שצריך ליתן לרופא ע"ש. ואף היכא שמה שצריך ליתן לבר אמוראה הוא יותר מהמטבע שהפיל לים דודאי

לא יתן ולא יטלנו מ"מ פטור כיון שיכול להציל זה והממון אחר שמפסיד לא הזיקו הוא כנ"ל ע"ש. וא"כ לפ"ז הכא בקיבל עליו יחיד במקום שלשה דבאמת יכול לחזור בו ולא יהי' דינו דין כנ"ל ויכול להציל רק משום דאיירי בקנין כמ"ש ובאמת אף בקנין יכול לחזור דהוי קנין דברים רק שמתחייב חיוב חדש כמ"ש המרדכי הנ"ל. וא"כ עדיין קשה כנ"ל בחייב את הזכאי אמאי חייב הדיין הא יכול להציל ולחזור בו ואף דכשיחזור בו יתחייב חיוב חדש מ"מ זה החיוב לא עשה הוא והוי כמו דצריך למיהב זוזא לבר אמוראה למשקלי' כו' כיון שזה ההיזק שעשה הוא במאי שפסק יכול להציל שיכול לחזור בו רק כיון שיחזור יתחייב החיוב הנ"ל וע"י ההצלה שיציל החוב יפסיד ממון אחר שיתחייב וזה החיוב לא עשה הדיין רק ע"י החזרה והוא רק גרמא כמו התם בבר אמוראה כו' שהממון שהפסידו הדיין יכול להציל בחזרה רק שיצטרך להפסיד ממון אחר וע"ז פטור ואף שלא יחזור בו שנתחייב כמו שהי' חייב מ"מ גם התם שהשכר הוא יותר ממטבע שלא יטלו ואעפ"כ פטור כנ"ל ועדיין קשה כנ"ל אמאי משלם מביתו אף לר"מ דדאין גרמי מ"מ פטור כנ"ל. אמנם נראה דלא קשה דדוקא התם המטבע שהזיקו והפיל לים יכול להציל ע"י בר אמוראה ולא יפסיד המטבע רק הזוזא דבעי למיתב כו' והוא גרמא כנ"ל. אבל הכא שהדיין הזיקו וחייבו שיצטרך לשלם ע"י דיבורו וא"כ אינו יכול להציל כלל ההיזק שעשה לו שאף אם יחזור מהקבלה יתחייב החיוב שע"י הקנין ויצטרך ג"כ לשלם. דבשלמא התם אף שיתן הזוזא כו' מ"מ מציל המטבע שהזיקו הוא אבל הכא כיון שבין כך ובין כך צריך לשלם אינו מציל כלל ההיזק וסוף סוף גורם לו בעצמו ההיזק שיצטרך לשלם כנ"ל ולכך שפיר חייב הדיין כנ"ל אך נראה דזה דוקא לר"מ דדייני דד"ג אבל לרבנן דגרמי פטור רק דנחייבו שהוא מזיק במה שחייבו וממילא על מה שגרם לו שיצטרך לשלם פטור דהוי גרמי רק על החיוב עצמו שעשה עליו חיוב חדש הוי מזיק וא"כ על זה שפיר פטור כמ"ש דיכול להציל ולחזור מהקבלה ולא יתחייב החיוב שחייבו הדיין ורק שיתחייב חיוב חדש וזה לא עשה הדיין כנ"ל ואף שסוף סוף יצטרך לשלם מ"מ על שיצטרך לשלם אינו אלא גרמי ופטור רק על גוף החיוב וגוף החיוב יכול להציל שפיר כנ"ל ופטור כמ"ש. וכן בזיכה את החייב י"ל ג"כ כנ"ל כיון דלרבנן אינו חייב על מה שגרם שחבירו לא ישלם לו דהוא גרמי רק על מה שיפסיד החיוב שלו הוי מזיק ובשורף שטרותיו כתבו תוס' דפטור כיון אף שהפסיד החוב שלו מ"מ כיון דלא נגע בגוף הממון שמפסיד פטור ע"ש וממילא גם הכא כיון שעל מה שפטרו יכול להציל ולחזור בו ולא יהי' פטור רק מחמת מחילתו שקיבל בקנין וזה הוא רק גרמי כנ"ל ופטור דבזה לא נגע כנ"ל. וממילא מיושב קושית תוס' הנ"ל דאתיא אף כרבנן כו' ולמ"ש א"ש דלרבנן לא

הוי כלל מזיק ופטור שפיר כנ"ל דאף דלרבנן אינו יכול לחזור בו מ"מ הוי תרתי לריעותא כנ"ל וא"ש:

והתוס' י"ל דסוברים דבזיכה את החייב הוי שפיר מזיק דכיון דמ"מ נפקע החוב ע"י דיבורו ואף כשיחזור בו יהי' נפקע החוב כנ"ל והקשו שפיר כנ"ל:

ובזה יתיישב מאי דק' על תירוץ תוס' שתירצו דקושי' הש"ס הוא מחייב את הזכאי כו' דזה הוא גרמי כיון דאלו לא שילם הוי הדר כו' ע"ש. וק' לשיטת הרא"ש והטור שפסקו דלא כהרמ"ה דהיכא דקם דינא אף בחייב את הזכאי צריך לשלם אף שלא שילם עדיין ע"ש. וקשה לשיטתם דאף בחייב את הזכאי הוי מזיק שחייב אותו חיוב חדש כנ"ל. ולמ"ש מיושב דבחייב את הזכאי שפיר הוי לי' גרמי כמ"ש וא"ש. או די"ל דסברי דבמחול לך אף בתרתי לריעותא אינו יכול לחזור בו רק באתן לך כו' ולכך גבי זיכה את החייב הוי שפיר מזיק משא"כ בחייב את הזכאי כנ"ל וא"ש:

או די"ל לשיטת הסמ"ע דיחיד במקום שלשה הוי חדא לריעותא ואינו יכול לחזור בו לאחר גמ"ד מ"מ בזיכה את החייב שרואין שחייב ע"פ הדין וכתבו דאיירי אף בנתחייב ע"י הודאה שהודה לפניו וכה"ג. והנה על מה שלא פסק להיפוך שחייב ע"ז אין אנו יכולין לחייב הדיין דלא גרע מכובש עדותו מכ"ש שאינו מחויב כמו בעדים רק דחייב דלא הי' לו לפסוק הדין שפטור. וא"כ כיון דהיכא דיכול לחזור בו נתבטל למפרע והוי ההודאה שהודה כמודה חוץ לב"ד ויכול לחזור מהודאתו. וא"כ כיון דלפני גמ"ד יכול לחזור בו וא"כ היכא שהוא חייב רק ע"י הודאתו שהודה בפני הדיין ממילא פטור דאם לא הי' פוסק שפטור הי' לפני גמ"ד והי' שפיר יכול לחזור ולא הי' הודאתו הודאה והי' באמת פטור ואיך יכולין לחייבו שלא הי' לו לגמור הדין שפטור והי' חייב הלא אם לא הי' גומר הדין הי' יכול לחזור והי' באמת פטור ועל מה שנא גמר הדין בהיפוך אינו חייב כמ"ש. ואף בחייב ע"פ עדים בלא הודאה י"ל ג"כ לשיטת הפוסקים דהיכא שהעידו שלא בפני בע"ד שוב לא מהני אף בפני בע"ד דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' ע"ש וא"כ כשהעידו העדים לפני יחיד וקבלו' עלי' ואח"כ חוזר בו הבע"ד ולא מהני הקבלת עדות למפרע וממילא לא מהני אף שיעידו אח"כ לפני ב"ד כשר פעם שני' דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' דדיבור הראשון לא הי' מהני כנ"ל. ואף דבחוץ לב"ד לא שייך עביד אינש כו' מ"מ הכא בשעה שהעידו הי' לו דין ב"ד שלא חזר בו עדיין מהקבלה וממילא שייך עביד אינש כו' ולא מהני אח"כ, וא"כ ממילא פטור ג"כ הדיין בזיכה החייב אף שחייב ע"פ העדים דאיך יתחייב שלא הי' לו לגמור הדין והי' חייב בב"ד אחר הא אם לא הי' גומר הדין הי' יכול לחזור מהקבלה ושוב לא הי' חייב אף בב"ד אחר דלא הי'

מהני עדותם דעביד אינש כו' כנ"ל ואמאי חייב. וע"כ דאיירי בקנין כנ"ל והוא מטעם שנתחייב חיוב חדש כמ"ש המרדכי הנ"ל, וא"כ למאי שכתבו תוס' דשורף שטרותיו לא הוי רק גרמי משום שאינו נוגע בגוף הממון שמזיק ע"ש. וא"כ הכא כיון שעל גוף החיוב פטור שהי' יכול לחזור כנ"ל רק שהזיקו שהי' מתחייב חיוב חדש ובזה לא נגע בגוף הממון רק שגרם ולא הוי רק גרמי ופריך שפיר כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל בהא דחייב את הזכאי דקשה לשיטת הטור והרא"ש ז"ל שפסקו דאף אם עדיין לא הוציא ולא שילם מ"מ קם דינא מיד שפסק שחייב ע"ש. וקשה דאיך תירצו תוס' דבאמת הוי מזיק היכא דקם דינא רק דקושית הש"ס הוא מחייב את הזכאי דאמרינן כיון דאם לא שילם כו' והוי רק גרמי ע"ש ולהנ"ל הא גם בחייב הזכאי הוי מזיק דמיד שפסק קם דינא. ולכאורה י"ל דבחייב את הזכאי אף שקם דינא מיד מ"מ לא הוי מזיק שאינו אלא חיוב עדיין ולא היזק ממש משא"כ בזיכה החייב. וכן ראיתי בתומים שתירץ כן ע"ש. אמנם עדיין תמוה לי דא"כ מאי משני בנשא ונתן ביד לרבנן דלא דייני דיני דגרמי הא כיון דמיד שפסק קם דינא וחייב וע"ז פטור דהוא גרמי כנ"ל א"כ ממילא גם על מה שהוציא אח"כ בידים פטור וכמו שהקשו תוס' אזיכה את החייב וכל תירוצם הוא רק דבזיכה את החייב לא פריך מידי ולא צריך לשנויי, כלל בנו"נ ביד אף לרבנן ע"ש. אבל בחייב הזכאי אי נימא דקם דינא מיד ואעפ"כ לא הוי מזיק א"כ ממילא גם על מה שנו"נ ביד אח"כ פטור כיון שכבר הי' חייב מקודם וקשה ממ"נ לשיטת הרא"ש וטור ז"ל אי הוי מזיק אף בחייב הזכאי אי קם דינא א"כ מאי פריך התם לרבנן ולא קשה רק אטיהר את הטמא לחוד. וצ"ל דמשני על כל הג' אגב טיהר הטמא ואי אמרינן דלא הוי מזיק מאי משני בנו"נ ביד הא מ"מ פטור לרבנן כנ"ל. ויש לישב דהנה כתובות פרק אע"פ אמרינן דקונמות מפקיע מידי שיעבוד ואם אסר את נכסיו בקונם אין בע"ח יכול לגבות דמפקיע מהשיעבוד רק במזונות אלמוה רבנן לשיעבודא כו'. והקשו תום דא"כ שייך נ"ד דכל ב"ח יאסור נכסיו בקונם על המלוה ויפקיע שעבודו דבשלמא הקדש כו' למה יעשה כן שאינו מגיע לו הנאה משא"כ בקונם שמותר לכל העולם רק למלוה אסור. ותירצו דאלמוה רבנן ג"כ לשיעבודא דכל ב"ח שלא יפקיע כו' ע"ש. וכתב שם בש"מ דלכאורה אף שאלמוה שלא יפקיע השיעבוד הא מ"מ איך יגבה הא אסור עליו בהנאה שאדם יכול לאסור חפצו על אחרים ומאי בכך שאינו מפקיע השיעבוד הא אף שהוא משועבד אסור לו לגבות דהאיסור אין כח ביד חכמים להתיר וע"כ צריך לומר שהוא משועבד לו לא מקרי הנאה דדידי' קא שקיל כיון שמגיע לו ומשועבד וכיון שאינו מפקיע ממילא יכול לגבות ע"ש ובס' פ"י ע"ש. וממילא לפ"ז נראה דבספק אף היכא דמהני

תפיסה מ"מ אם אסר עליו נכסיו בקונם אינו יכול לתפוס ולא מהני דאף דלענין הממון הי' מהני מספק מ"מ לענין האיסור אם באמת אינו מגיע לו אז אסור לגבות מטעם איסור הנאה שאסור עליו וממילא הוי ספק איסור וכמ"ש הש"ך ז"ל גבי שבועה ע"ש. וא"כ כיון דקי"ל היכא שיכול להציל עצמו הניזק אזי אין הגורם חייב מדינא דגרמי דלא ברי הזיקא. וכיון שכתבו תוס' דגבי טיהר את הטמא בש"ה ודאי הדר דינא דלענין איסור לא אמרינן קם דינא להתיר האסור כיון דודאי טעה ע"ש. וא"כ קשה לכאורה אמאי משלם מביתו בחייב הזכאי הא שפיר יכול להציל עצמו זה שחייבו שיאסור נכסיו עליו בקונם כנ"ל כמ"ש תוס' שם. ואף דאלמוה רבנן שלא יפקיע מ"מ לא יוכל לגבות מחמת האיסור ולא שייך כנ"ל דדידי' שקיל דז"א כיון דבאמת ודאי טעה ואינו חייב לו כלל וממילא שפיר אסור עליו בהנאה ואף שהדיין פסק שחייב מ"מ הא לענין איסור לא אמרינן קם דינא ולא שייך מי יימר כו' וא"כ אם יפקע בקונם ממילא יהי' הדר דינא ולא יתחייב וא"כ ממילא הדיין פטור דיכול להציל עצמו ולא ברי היזקא וא"כ לשיטת הרי"ף ז"ל ממילא גם עכשיו הדר דינא כיון שיפסיד הבע"ד כיון שהדיין פטור כנ"ל ואמאי מה שעשה עשוי כנ"ל. ולשיטתם עכ"פ אמאי משלם כיון שיש לו איזה אופן להציל ומותר לו לעשות כיון שבאמת אינו חייב כלל. ואי נימא מטעם תקנה אפשר לישב כנ"ל. ואף התירוץ ב' שכ' תוס' שם דיכול ללוות מאחר ואותו אחר יגבה ממנו משיעבודא דר"נ שעליו לא אסר ע"ש. מ"מ י"ל למאי שכ' המפ' שם דלכאורה באית לי' נכסי דלא שייך שעבודא דר' נתן וא"כ אם יש לו נכסים להמלוה מה יעשה דאף אם ילוה מאחר לא יגבה מהלוה. ותירצו דגם המלוה יאסור נכסיו בקונם על המלוה שלו וממילא לא יוכל לגבות ממנו ויהי' כמו לית לי' נכסי ויגבה ממילא מדר"נ מלוה זה ע"ש. וא"כ ממילא לפי האמת הוא בהיפך כיון דבאמת אלמוה רבנן לשעבודא דבע"ח ואינו מפקיע רק הכא משום דטעה בשקול הדעת לא יוכל לגבות ממנו אף דקם דינא כנ"ל דעדיין אסור כנ"ל וא"כ ממילא לא שייך תירוץ הב' שילוה מאחר ויגבה מדר"נ. דז"א אם יש לו נכסים כנ"ל. ואי"ל דגם הוא יפקיע בקונם כנ"ל דז"א דנגד המלוה שלו שילוה ממנו לא יהי' מהני כלל מה שיפקיע דבאמת אלמוה רבנן לשעבודא דב"ח וכיון שבאמת חייב לו שפיר יוכל לגבות ממנו דדידי' קא שקיל כנ"ל והוי אית לי' נכסי וממילא לא יוכל לגבות מלוה זה מדר"נ כיון שיכול לגבות ממנו ולא שייך תירוץ הנ"ל דתוס' לא תירצו כן רק אי נימא דלא אלמוה בכל ב"ח כנ"ל אבל עכשיו דבאמת אלמוה רק הכא משום דטעה כנ"ל אינו יכול לגבות א"כ ממילא לא מהני אף שילוה מאחרים אם יש לו נכסים ואמאי קתני סתמא ישלם מביתו. ואף לשיטת הש"ך ז"ל דגם באית לי' נכסי שייך שעבודא דר"נ מ"מ היכא

דאית לי' פסידא ללוה השני כ"ע מודים דלא שייך דר"נ כמו גבי מחילה ע"ש וגם הכא אם יגבה הוא מלוה שלו אז יהי' הוא פטור לגמרי כנ"ל מטעם הקונם ואית לי' פסידא ולא שייך דר"נ כנ"ל וקשה עדיין כנ"ל אמאי משלם כו'. וי"ל למאי דקי"ל במוכר שטר חוב ומחלו דחייב מדינא דגרמי ואף ביורש שמוחל לעצמו חייב לשלם שגרם לו היזק שלא יוכל לגבות ממנו ואף שמתכוין לטובתו חייב ע"ש וא"כ לכאורה מאי הקשו תוס' דכל ב יפקיע בקונם כו' הא כשמפקיע בקונם שאינו יכול לגבות כלל מתחייב לשלם מדינא דגרמי שגורם לו שלא יוכל לגבות כמו במוחל ואף שמתכוין לטובת עצמו וא"כ עדיין חייב כנ"ל אך זה טעות דמאי בכך שמתחייב מדינא דגרמי הא גם זה החיוב אינו יכול לגבות כיון דקונמות מפקיע מידי שעבוד כמו שאינו יכול לגבות החיוב שנתחייב מחמת ההלואה. אמנם הכא לפי האמת דאלמוה רבנן לשעבודא שלא יפקיע השעבוד רק הכא דטעה בשקול הדעת אף דקם דינא יהי' מהני הקונם שלא יוכל לגבות וא"כ הכא שפיר כיון דקם דינא אף בחייב את הזכאי והי' חייב ויכול לגבות כדין וא"כ אף אם יפקיע בקונם שפיר יתחייב לשלם מדד"ג שע"י זה אינו יכול לגבות כנ"ל ואי"ל כנ"ל דגם חוב זה אינו יכול לגבות מחמת הקונם כנ"ל דז"א כיון דבאמת אלמוה רבנן ואין הקונמות יכול להפקיע רק משום דבאמת טעה אסור בהנאה כנ"ל וא"כ לענין החיוב של דד"ג שפיר יוכל לגבות דזה החיוב חייב בודאי באמת דכיון שבלא הפקעה הי' יכול לגבות ממנו מחמת קם דינא ממילא עכשיו חייב מדד"ג באמת. ואף דלכאורה י"ל למאי דקי"ל גבי האי בר ישראל דידע סהדותא כו' דאף דהפקעות הלואתו מותר מ"מ פטור ולא הוי גרמי דהוי רק מונע מריווח כיון שבאמת אינו חייב לו רק שהי' יכול להרויח ע"ש. וא"כ ממילא גם הכא כיון דבאמת טעה רק שקם דינא א"כ אינו חייב כלל מדד"ג ואמרינן גם עכשיו לענין האיסור דבאמת לא הי' חייב ואף שהי' יכול לגבות משום קם דינא מ"מ אין חייב בשביל זה מדד"ג כנ"ל:

אמנם התומים כתב דאף בספק דהדין הוא דפטור מספק מ"מ חייב הדיין כשחייב אותו מדד"ג ואף דמן הדיין לכאורה אינו יכול להוציא ג"כ מספק דשמא הי' חייב ואף שהי' יכול להרויח כנ"ל מ"מ אמרינן דדוקא בהפקעות הלואתו הוי כמו מונע חבירו מלהגביה מציאה שהי' יכול לזכות ולכך פטור משא"כ הכא כיון שזכה ע"פ הדין מספק הוי כגורם לו היזק והוי אצלו חיוב ודאי ולא ספק כלל. וממילא גם הכא כיון שנתחייב ע"פ הדין וקם דינא ממילא על הגרמי הוי שוב חיוב ודאי וממילא אין הקונם מפקיע וממילא לא יוכל להפקיע אי קם דינא ושפיר חייב הדיין לשלם דברי הזיקא וממילא מה שעשה עשוי כנ"ל:

ולפ"ז מיושב ממילא קושיא הנ"ל דשפיר אמרינן דחייב את הזכאי הוי ג"כ מזיק אי קם דינא אף קודם שהוציא ואעפ"כ פריך שפיר לימא מתני' כר"מ דאי נימא דלא דיינין דד"ג לא הוי מזיק כלל דלא ברי היזקא דשפיר יכול להציל ולהפקיע בקונם ואעפ"כ לא יתחייב דאז יהי' רק גרמי ולא דיינין לרבנן דתוס' כתבו בשורף שטרותיו דלא הוי מזיק משום דאינו נוגע בגוף החוב רק שע"י זה א"י לגבות הוי רק גרמי ע"ש וממילא בקונם ג"כ שאינו נוגע בגוף החוב רק שא"י לגבות הוי גרמי ויהי' פטור וממילא יכול להציל ולא הוי מזיק כנ"ל ופריך שפיר לימא כר"מ דדן דד"ג בחייב הזכאי כנ"ל וא"ש:

לסימן כח

בבא קמא קי"ב ע"א

בר חמוה דר"י טרק גלי כו' וכי מקבלין עדים של"ב בע"ד בו' מחלוקת סומכוס בצידד כו'. ותמוה הא הלכה כרבנן כדאמר לי' איכפל כ"ע כו' ואי ס"ל הלכה כסומכס הול"ל אין הלכה כרבנן. גם אינו מובן במאי פליגי סומכס ורבנן. ונראה דהנה עוד תמוה מה דאמר סומכס קטנים פטורין כו' איך שייך שפטור כיון שטעמו רק דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד אבל עכ"פ חייב כשיגדיל וי"ל דהא יאוש באבידה קני רק בגזילה אינו קונה כדאמר במרובה משום דבאיסורא אתי לידי' והטעם הוא דכבר נתחייב בהשבה קודם יאוש ולא מיפטר וכן באבידה נטלה לפני יאוש כו' ולכך מהני עם שינוי רשות דהלוקח לא נתחייב לעולם בהשבה וקני ביאוש. והנה הא דאמרינן רשות יורש לאו כרשות לוקח ע"כ ג"כ משום דהיורש שפיר נתחייב בהשבה כמו אביו דבמקום אב קאי ולא קני ביאוש. אמנם לר"פ דלכך אין נזקקין ליתומים קטנים דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה ואינן מחוייבים בהשבה כלל רק כשיגדילו יתחייבו בהשבה כמו פריעת בע"ח ושוב גם אז פטורים דאז בהיתרא אתי לידי' דקני ביאוש ולא נתחייב מעולם בהשבה כמו לוקח כיון שבעודו קטן לא חל עליו כלל והשיב דלאו בני מיעבד מצוה נינהו רק כשיגדל ואז כבר הי' היאוש וקני כמו באבידה כנ"ל. אמנם נראה דעכ"פ יכול להוציא מהם בעודם קטנים קודם שיגדלו דנהי דליכא מצוה דוהשיב עכ"פ אינו שלהם דקי"ל כרבא בבא במחתרת ונטל כלים ולא שיבר דאין המיתה פוטרת דלא שייך פטור דלא קני הגזלן וגנב ועכ"פ אינו שלו. ע"ש. וממילא יכול להוציא עתה בתורת שאינו שלהם. ודוקא גבי חוב שייך שפיר כיון דלאו בני מיעבד מצוה אין יכולין לגבות מנכסים שלהם משא"כ בגזלה:

אך לכאורה כיון דאין עליהם חיוב השבה שוב קונים ביאוש כמו היכא דבהיתרא אתי לידי'. ז"א דהא היכא דאין דעת אחרת מקנה לית לי' לקטן זכי' כלל מה"ת וא"כ לענין

לקנות ביאוש בעודו קטן לא קני כלל כמו מהפקר דחכמים לא תקנו קנין דרבנן בגניבה כמ"ש תוס' פ"ק דב"מ גבי ד"א ע"ש. ואף דיש לחלק בין הקנין דגנבה לזה שאחר הגנבה. אין חילוק כיון שהוא באיסור. ועוד דחכמים לא העדיפו מאלו הי' גדול וכיון שאם הי' גדול לא הי' יכול לקנות בהיאוש משום החיוב השבה ממילא גם כשהוא קטן לא זכי בקנין דרבנן כמו דמחלק הש"ס פרק א"נ בין אתי לכלל זכי' וזה נקרא לא אתי לכלל זכי' שאם הי' גדול לא הי' יכול לזכות זכי' זו ושיזכה רק מצד היותו קטן ואינו מוכרח אמנם כיון דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ובהיותו קטן אין יכולין להוציא כלל ממנו שוב ממילא גם אחר שיגדל פטור לגמרי דאז קני ביאוש דבהיתרא אתי כו' דלא נתחייב בהשבה וזוכה אז ביאוש מה"ת כמו לוקח. ומיושב שפיר דאמר סומכס גדולים חייבים קטנים פטורים דלגמרי פטורין אף אחר שיגדלו כיון דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ואין יכולין עכשיו להוציא כשהוא קטן ממילא גם אחר שיגדיל דקני ביאוש כלוקח כו' ושפיר קטנים פטורין לגמרי. ונראה דשוב מטעם זה עצמו סברי רבנן דקטנים חייבין אף דודאי מודים דאין מקבלין עדים שלבב"ד מ"מ הא בעדים חולים או מבקשים ללילך כו' מקבלין וכ' הטעם דבקטן אין מקבלין דמ"מ כשיגדיל יוכל לקבל ואין ההפסד רק הזמן ע"ש. וא"כ כאן דאם יהי' הדין דאין מקבלין עדים בעודו קטן שוב לא יוכל לגבות כלל גם שיגדיל כנ"ל שוב מקבלין גם בעודו קטן דאל"כ יפסיד לגמרי ושפיר מקבלין כמו בחולה כנ"ל. ובזה פליגי דסומכס סבר כיון דמצד הדין אין מקבלין שוב באמת פטורין לגמרי אף שיגדל ורב סברי ג"כ בזה כסומכס דאם יהי' הדין דאין מקבלין יפטרו לגמרי ושוב מקבלין מיד שלא יפסיד כנ"ל ומדוקדק לשון הש"ס דהקשה ולא והא תנן בין קטנים חייבי' ואמר לו הרי מחלוקת סומכס בצידך דסבר דפטורין לגמרי א"כ כיון דאי אין מקבלין לגמרי פטור אף שיגדל לכך שפיר סברי רבנן דמקבלין וחייבין מיד משא"כ בכל דוכתי דיוכל להמתין ולא מייתי מחלוקת סומכס רק הטעם אליבא דרבנן כנ"ל. והשיב איכפל כ"ע וקאי כסומכס היינו מנא לך שיסברו כולם כסומכס היינו דגם חכמים לא פליגי בהא דפטורין ואין מקבלין דלמא פליגי וסברי דמקבלין כו' ולכך לעולם חייבין כנ"ל ושפיר קי"ל כרבנן כנ"ל ומיושב:

עוד י"ל דהא דאמר רשות יורש לאו כרשות לוקח לכאורה מ"ט הא חזינן אי שעבודא ל"ד אין מלוה גובה מן היורשים דאין עליהם חיוב וכן חיוב השבה אין עליהם וממילא קונים כמו לוקח. אך י"ל דהא כ' תוס' פ"ק דב"מ גבי הקדישה אי חשוב כתקפה דאמרינן אודויי אודי לא שייך שלא יוכל להקדיש לפי שאינו ברשותו דמיד שהודה ונתרצה הגזלן להחזיר הוי כפקדון בידו דכל היכא דאיתא ברשותא דמרי' ויכול להקדישו ע"ש. וא"כ

כיון דמה דחשוב אינו ברשותו בגזל הוא משום שגזל ואינו רוצה להחזירו א"כ מיד כשמת הגזלן והיורשים אינם רוצים לגזול חשוב כפקדון ולא בא כלל לרשותם דעם גמר מיתה נעשה ברשותו וירושה אינו אלא לאחר מיתה. משא"כ בלוקח דלא יצא מרשות הגזלן עד שזכה הלוקח. ולכך אמרי' רשות יורש לאו כרשות לוקח. אך כיון דאמרי' דאף בקרקע דבחזקת בעלי' עומדת מ"מ כשאין יכול להוציאה בדיינים חשוב אינו ברשותו וא"י להקדיש כדאמר פ"ק דב"מ. וא"כ כמו דפ' הכותב סבר ר"ע גבי פקדון ביד אחרים דמיקרי שזכו היורשים כיון דאין הב"ח יכול לגבות בלא שבועה כו' וא"כ כיון דהדין אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וא"י לגבות כשהוא קטן שוב עכ"פ אינו יכול להוציאו בדיינים ולא הוי ברשותו אף שמת הגזלן ושוב הוי שינוי רשות וקנה ביאוש ושינוי רשות היורש בקטן כנ"ל דבזה שפיר כרשות לוקח דמי דעכ"פ אינו ברשותו. ולכך סבר סומכוס דקטנים פטורין לגמרי כיון דאין מקבלין עדים וגם כשיגדיל פטור. ומה"ט פליגי רבנן כנ"ל כיון שיפסיד לגמרי שוב מקבלין ומיושב ככל הנ"ל. ומיושב ג"כ מה דתמוה דאם מחלוקת סומכוס ורבנן בהא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד מה ענין לפלוגי דוקא בגזל והניח לפניהם ולא פליגי בפשיטות אין מקבלין כנ"ל ולהנ"ל א"ש:

ובפשיטות י"ל דקמ"ל בזה דאכלו פטורין כיון שהוא קטן א"כ הי' סברא דמקבלין עכ"פ שיוציאו הב"ד מידם שלא יאכלום ויפסיד לגמרי וקמ"ל דמ"מ אין מקבלין עדים אף על זה:

הנה תמוה למה בעדים מבקשים לילך למד"ה להפ' דאף בלא שלחו מקבלין שלא יפסיד אף דודאי ישובו העדים מ"מ חשבינן לי' הפסד מה שיצטרך להמתין ובקטן דהוי ודאי הפסד עד שיגדיל אין מקבלין. ובנ"י תירץ דשם איתא לבע"ד בעולם משא"כ בקטן ואינו מובן החילוק כלל. ואפשר דסבר דמה"ת בעי שיהי' ראוי עכ"פ לקבל בפני בע"ד וכמו בקרי' והגדה בכתב דאף שאינו לעיכובא בעינן מה"ת ראוי לבילה כו' ולכך בגדול דראוי לקיים והועד בבעליו מהני מה"ת גם שלא בפני בע"ד רק מדרבנן והקילו במבקשים לילך כו' במקום הפסד משא"כ קטן דאינו ראוי לבילה פסול מה"ת ולא מהני מבקשים לילך ודוחק דלא מצינו בש"ס. ועוד דקטן מקרי ראוי כשיגדיל כדאמר גטין פ' המגרש לענין ראוי להוי'. ויש לדחות:

עוד י"ל דהנה לכאורה איך ילפינן מקרא דוהועד בבעליו דבכל מקום אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד הא עיקר הטעם דאין חבין לאדם אלא בפניו. והנה בשלמא התם בשור להיות נעשה מועד אי אין מקבלין העדים באמת אינו נעשה מועד ואינו חייב כלל. וכן החיוב חצי נזק שהוא קנס וכל כמה דלא איגמר דיני' לאו בר חיובא הוא א"כ הקבלת

עדות חוב גמור לחייב מה שלא הי' חייב באמת בלא הקבלת עדות ושפיר אין חבין שלא בפניו. משא"כ בכל חוב או בגזילה שהוא ממון ואם באמת חייב גם בלא הקבלת עדים מחויב לשלם ואינו רק בירור שחייב מנ"ל דבזה לא נקבל עדות שלא בפניו הא אין זה חוב כלל רק לשלם מה שחייב בל"ז. וזה נראה לע"ד טעם הפ' הראשונים שכ' אהא דינאי מלכא דשלחו שיבא והועד בבעליו והקשו דאם דיעבד מקבלין כשחולה וכה"ג ולמה יגרע עשה דשום תשים כו' ותירצו דבדיני נפשות לא מהני עדיו חולים וכה"ג ע"ש בר"ן ז"ל. ותמוה חדא דאין לנו לימוד אחר רק מוהועד בבעליו ועיקר קרא בדיני ממונות ואיך חמור ד"נ. וצ"ל דחכמים החמירו ודוחק. ועוד דלגבי ינאי מלכא הי' רק דיני ממונות כשורו וחמורו והעבד דהוי לגבי דידי' ד"נ הי' שם והי' בפניו והי' להם לקבל עדים שלא בפני המלך. ולמ"ש מיושב דבאמת מה"ת לא ילפינן מוהועד בבעליו רק דומיא דהתם שהוא חוב גמור שנתחייב ע"י הקבלת עדות וממילא בקנס או דיני נפשות דג"כ גברא לאו בר חיובא כ"כ דלא אסהידו כדאמר בש"ס פ"ק דמכות בא' בשבת הרג ובב' עמנו הייתם דבקנס ובד"נ חייבין המוזמין משא"כ בממון דהי' כבר מחוייב בלא העדים פטורין ע"ש.. ולכך שפיר אף דלגבי המלך הי' ממון מ"מ החוב נעשה ע"י הקבלת עדות וצריך מה"ת בפניו ולא מהני עדיו חולים וכה"ג משא"כ בשאר ממון רק מדרבנן בעי בפניו ומהני עדיו חולים וכה"ג כנ"ל. והנה בחוב בע"פ י"ל דחשוב ג"כ חוב כיון דמלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדים דאין שעבוד על הנכסים במלוה ע"פ ובעמד בדין גובה. וא"כ נעשה ע"י הקבלת עדות זה השעבוד על הנכסים ואף שהי' חייב באמת לא הי' שעבוד בלא הקבלת עדות. ויש לדחות. אבל מה"ת דגם בלא העדים יש שעבוד מדאורייתא דש"ד י"ל דמקבלין. ומ"מ י"ל כיון דלא הי' רק חוב א"כ מה שע"י הקבלת עדות מחייבין לשלם ומקנין להמלוה נכסיו של זה זה הוי חוב גמור דמקודם אף שהי' חוב מ"מ לא היו הנכסים של המלוה ושפיר הוי חוב שנעשה ע"י הקבלת עדות ואין מקבלין שלא בפניו כנ"ל דאין חבין אלא בפניו. אמנם בגזלה דגוף הדבר הי' של הנגזל אין שום חוב בזה רק בירור דהא גם מקודם הי' לגמרי של הנגזל:

והנה גם בחוב י"ל למ"ש הראשונים ז"ל גבי פורע חובו של חבירו דלא חשיב מציל מן ההפסד דכיון דחייב באמת ישלם ולא מיקרי הפסיד כיון דמחויב משא"כ שלא כדין ע"ש. וא"כ ג"כ לא חשיב הקבלת עדות חוב דאינו נפסד כיון דבלא העדות ג"כ הי' מחויב והיו צריכין להקנות להמלוה נכסיו בחובו ולכך רק מדרבנן אין מקבלין היכא דאפשר משא"כ בחולים כנ"ל וממילא בקטן דאינו מחויב כלל וכשלא נגבה ממנו הוא שלו ואין עליו מצוה דפריעת בעל חוב שפיר הוי חוב והפסד גמור מה שנוציא ממנו ואין מקבלין

אף דהוי כעדיו חולים כיון דמה"ת אין מקבלין כנ"ל. וגם בגזלה י"ל כיון דהוא אחר יאוש יש לו בו זכות דהא כשמכרו קני כנ"ל הוי חוב גמור וסבר שפיר דאין מקבלין. ורבנן סברי מקבלין כיון דמ"מ לגמרי של הנגזל כנ"ל. וזה הטעם דאמר בערכין לבר מנמצאת שדה שאינו שלו דסהדי בשקרי לא מחזקינין. ואינו מובן דבכל דבר שייך זה. וע"כ כיון דשלא בפניו לא מהני העדות הוי כשאר פסולין. ולמ"ש א"ש דכיון דהוא אמת אינו חוב כלל דגם בלא העדים הי' שלו וכיון שאינו חוב שפיר אינם פסולין כלל ומקבלין שלא בפני בע"ד דלא שייך אין חבין:

עוד י"ל דהא קי"ל דלאפרושי מאיסורא מקבלין א"כ לכאורה מה חילוק הא בגזלה ג"כ הוי לאפרושי מאיסורא דלא תגזול. וי"ל דהטעם דלאפרושי מאיסור הוי זכות דחשוב בפניו כמו גר קטן דמטבילין ע"ד ב"ד דהוי זכות משא"כ גזלן שכבר גזל א"כ אינו זכות כדאמר בעבד גדול כו' אך בקטן שאין יודעין שרוצה לגזול כלל שפיר הוי זכות לאפרושי ומקבלין. וי"ל גם בחוב מה שנקבל עדות לכופו לקיים פריעת בע"ח ג"כ הוי זכות כמ"ש רשב"א ז"ל גטין גבי עבד דמה שהוא זכות גמור דמצוה אף שהוא אצלו הפסד חשוב זכות ע"ש כדאמר ניחא לאינש ליעבד מצוה בממונו ומה חילוק בין להפריש מאיסור או שלא לבטל מצוה דפריעת בע"ח. אך היכא דאפשר לקבל עדות בפניו שוב לא הוי זכות כלל מה שנקבל שלא בפניו דגם אם לא נקבל נוכל לקבל בפניו ויקיים פריעת בע"ח ולכך בעדיו חולים וכה"ג י"ל מדינא מקבלין דאם לא נקבל יוכל להיות שלא ישלם שוב הוי זכות לאפרושי מאיסור ומקבלין כנ"ל. וא"כ בקטן דליכא גבי' מצוה דפריעת בע"ח שפיר לא מהני אף דחשיב כעדיו חולים דאין כאן זכות. ובגזלה י"ל דתלי' אי קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו ולמאי דקי"ל דאין ב"ד מצווין אף באיסור תורה וא"כ גם בגזלה כיון דמצד ממון של הנגזל א"י לקבל שלא בפניו רק משום לאפרושי מאיסור וזה דוקא בגדול משא"כ בקטן שפיר אין מקבלים דאין מצווים כנ"ל. אך הא מ"מ רשאין אף שאין מחוייבין והוי זכות. אך י"ל כיון דכבר גזל אביהן אין כאן תוספת איסור כלל רק שאין מקיימין עשה דוהשיב ובקיום עשה לאו בני מיעבד מצוה נינהו ולכך סבר סומכוס דאין מקבלין כנ"ל. ולכך בקרקע דאינה נגזלת א"כ בכל שעה הוי גזלן ושפיר רשאין ב"ד להפרישו וחשוב זכות. ולכך אמר בעירכין נמצאת שדה שאינו שלו נזקקין דבקרקע שפיר נזקקין משא"כ מטלטלין דכבר הוציאן מרשותו כנ"ל:

וזה י"ל טעמא דרבנן דקטנים חייבים כיון דאפשר שיאכלום ויהיו פטורים ויגזלו עתה בהאכילה כמו תברי' או שתי' דמשלם ד' דחשיב גזלה חדשה בזה. ושפיר יכולין להפרישם ומקבלין לאפרושי מאיסורא ולכך לא פליגי בכל דוכתי' ולכך מייתי ר"י ראי'

מרבנן אקרקע דממילא האי דטרק גלי דבקרקע שג"כ בכל עת גזלה חדשה שרוצה לגזול מקבלין להפרישו כנ"ל. ודחי מחלוקת סומכוס בצידך דפוטר משום דאין עדיין גזלה קודם שאוכלין וא"כ לא פליגי רבנן רק משום דהאכילה גזל כנ"ל. וא"כ בחצר ובית לא הוי גזל כלל דהא סוגר בית חבירו ואין מניחו לכנוס אינו חייב לשלם דאינו גזל רק גרמא ואף שהקטן דר בו הוי כחצר דלא עביד למיגר כו' דפטור א"כ כיון שאינו גזל שפיר אין מקבלין. ולכך בעירכין בשדה שאינו שלו דיאכל הפירות והוי גזל האכילת פירות שפיר נזקקין ומדויק דאמר נמצאת שדה שאינו שלו ולא אמר סתם קרקע כנ"ל. וקצת ראי' דחזינן דבתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים דמהני ולא אמרינן דהא חב ללוה גופי' ובמקום שיש חוב ע"י זכי' לא רבתה תורה שיוכל לזכות כמ"ש הרא"ש ז"ל בטעמא דחב לאחרים. ומוכח דזה לא נקרא חוב כלל מה שישלם מה שבאמת חייב. וממילא גם לענין קבלת עדות שלא בפניו לא שייך אין חבין אלא בפניו מה שישלם מה שחייב ולא דמי כלל להא דגלי קרא והועד בבעליו דהחיוב נעשה ע"י ההעדאת עדים וגמ"ד של הב"ד וכמ"ש לעיל ולכך בכל דוכתי בממון רק מדרבנן אין מקבלין ומהני עדיו חולין משא"כ ד"נ או קנס מה"ת אין מקבלין ולא מהני מה דא"א כנ"ל וכן בקטן כיון דאין חיוב עליו כנ"ל:

הנה תמהו דכאן מבואר באית לי' לקטן חזקה דאבהתא אין מקבלין להוציא ובערכין אמר בש"ס לבד מנמצאת שדה שאינו שלו נזקקין להוציא ממנו. והנה תמוה דאמר הש"ס התם טעמא דאחזוקי סהדי בשקר' לא מחזקינין ע"ש והא אי גזה"כ והועד בבעליו דשלא בפני בע"ד פסול וגם בדיעבד לרוב הפ' א"כ כמו דבכל פסולי עדות לא אמרי' אחזוקי סהדי בשקר' כו' כיון שפסלתן התורה ומה שייך יותר בפסול זה דשלא בפני בע"ד משאר פסולין כנ"ל:

ונראה בפשיטות כיון דאמרינן כאן דדוקא להוציא אין מקבלין שלא בפני בע"ד דזה ילפינן מוהועד כו' משא"כ להחזיק כדאמר בתינוק שתקף בעבדיו כו' וא"כ בשלמא במטלטלין דאף שהוא של המערער מ"מ כשהקטן מוחזק או שלא בפניו עכ"פ הוי מוחזק וברשותו הוא דמה"ט גזל כו' אין הנגזל יכול להקדיש דאינו ברשותו א"כ שפיר הוי להוציא דאין מקבלין דאף כשנקבל העדות יהי' להוציא כנ"ל. אבל בקרקע דבחזקת בעלי' עומדת ואין זה נקרא מוחזק כלל כשאינה שלו. א"כ אף שיושב בה מ"מ העדים המעידים שאינו שלו מעידים ע"ז עצמו שאינו מוחזק כלל ואינו להוציא ומקבלין עדות שלא בפני בע"ד מדינא כיון שאינו להוציא. וא"כ בשלמא אם הי' חשש שקר הוי אמרי' שפיר שמא עדותן שקר וממילא הקטן מוחזק ושוב לא מהני עדותן להוציא ואיך נסמוך

על העדות דאף דאם אמת אינו להוציא מ"מ הא על זה אנו דנין ואין יכולין לקבל עדות כנ"ל. אבל כיון דאחזוקי סהדי בשקר' לא מחזקינן רק דהוא גזה"כ לפסלן אף שהוא אמת א"כ שפיר מקבלין דכאן כשעדותן אמת אין כאן גזה"כ כלל לפסלן דאינו להוציא כלל ושפיר מקבלין דהא קי"ל ב"ב פ' י"נ חתם בשטר עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן לא מהני כשלא הוחזק כ"י ובחתם עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו לא בעי הוחזק דלא חיישינן שמא הקדים עתה הזמן כיון דקרובים אינם פסולין מטעם שקר אלא גזה"כ אף שאמת יהי' פסול ולא נדון על פיהם ונחזיק לשקר בזה כשאף לפי עדותו גזה"כ לפסלו משא"כ בחתם עד שלא נעשה קרוב דלפי עדותו אם אמת לא העיד בהיותו קרוב ואין כאן גזה"כ לפסלו כלל ומהני כנ"ל. וממילא מדוקדק שפיר כאן הש"ס דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן רק דגזה"כ לפסול שלא בפני בע"ד וכמו קרובים כנ"ל והיינו להוציא דוקא. וא"כ בנמצאת שדה שאינו שלו דאי עדותן אמת אינו מוחזק כלל ואינו להוציא ומקבלין א"כ שפיר ע"ז עצמו מקבלין העדות דאין כאן גזה"כ כלל כיון דאינו להוציא משא"כ במטלטלין דב"כ וב"כ הוי להוציא עכ"פ דברשותו הוא ושפיר אין מקבלין דגזה"כ לפסלן ולא שייך אחזוקי סהדי בשקר' כו' ולכך באית לי' חזקה דאבהתא גם בקרקע אף דר"י הו"ל סהדי דשני חזקה מ"מ מבואר בש"ס ובפ' דכל זמן שלא נתברר החזקה חשוב מוחזק הך דחזקת אבהתא. ולכך שפיר אין מקבלין שלא בפני בע"ד דחשוב להוציא גם לדברי העדים דע"י החזקה מוציאין ממנו:

גם י"ל הס"ד דהתם גם בנמצאת שדה שאינו שלו דלא נקבל דאף דקרקע בחזקת בעלי' מ"מ כיון דקרקע שא"י להוציאו כיון דאי הדין דאין מקבלים עדים בקטן שלא בפני בע"ד א"כ א"י להוציא בדיינים ולא הוי ברשות המערער אף דהוא שלו ואי יהי' הדין דמקבלין עדים שלא בפני בע"ד הוי יכול להוציאה והוי ברשותו אע"ג דלא אפקי' א"כ שוב הוי הקבלת עדות להוציא מהקטן דאי אין מקבלין הוי מוחזק דאין זה יכול להוציא. אך י"ל גם כן כנ"ל כיון דאם הדין דמקבלין שוב חשוב זה כבר מוחזק ולא הוי להוציא שוב מקבלין דאין כאן קבלת עדות להוציא כיון שאי מקבלין הוי מוחזק כנ"ל:

גם י"ל דאף אי אין מקבלין עדים כשהוא קטן מ"מ י"ל דחשוב יכול להוציאו בדיינים כיון דכשיגדיל יוכל להוציאו וחשוב גם עכשיו ברשותו להפ' דזמן ממילא קאתי ולא חשוב מחוסר זמן כמחוסר מעשה ושוב מקבלין. ויש לפרש ג"כ הש"ס אחזוקי סהדי בשקרי כו' דיש לדחות הנ"ל דכיון שאין מקבלין א"כ כל שלא העידו אין יודעין כלל אם יוכל להוציא בדיינים כשיגדיל ושפיר חשוב להוציא כנ"ל. ולכך אמר כיון דלא מחזקינן

בשקרי ואחר שיגדיל ודאי דיוכל להוציא בעדים אלו שיעידו אז ושוב הוי מיד ברשותו ולא חשוב להוציא ומקבלין כנ"ל:

בנ"י וש"פ תירצו דבדבר ברור מקבלין ואם היו לר"י עדים שלקחו היו מקבלין רק חזקה לא מקרי דבר ברור ע"ש ואינו מובן כיון דמהני הראי' של החזקה להוציא מחזקת בעלי' למה לא יחשב דבר ברור וכן בשטר וכה"ג. ונראה דכבר כתבנו דאין ללמוד מוהועד בבעליו רק דבר שבאמת חוב ע"י הקבלת עדות כמו קנס וכה"ג דאף שחייב מ"מ כל כמה דלא נגמר הדין אין חיוב עליו ושייך אין חבין אלא בפניו אבל בממון דהחיוב בל"ז לא שייך כנ"ל. אמנם הא אמר בערכין דסבר רבא דאין נפרעין מיתומים קטנים משום שובר ופריך מנפרע שלא בפניו ומשני דתקנה הי' כדי שלא יהא כל א' נוטל מעותיו והולך למדה"י ע"ש. וא"כ לא מבעי' לרבא ודאי שייך כיון דבאמת י"ל שאינו חייב כלל שיש שובר רק מצד התקנה והפקר ב"ד הפקר והתקנה לא שייך רק כשיודעין שחייב אבל כשאין מקבלין לא שייך וא"כ שפיר הקבלת עדות חוב גמור דהא אם אינו חייב כלל ויש שובר וע"י הקבלת עדות נתחייבו וזה חוב ושפיר אין מקבלין. וכן בעדי חזקה שייך ג"כ שאולי יש עדי מחאה ואין יודעין עתה ורק מצד התקנה והוי חוב ואין מקבלין מה"ת אבל בדבר ברור דלא שייך החשש כנ"ל וכיון דבאמת חייב אין כאן חוב ושפיר מקבלין שלא בפני בע"ד בקטן דמה"ת לא דמי לוהועד בבעליו ורק מדרבנן ומהני כיון שיצטרך להמתין כמו מבקשין לילך למד"ה כנ"ל:

עוד נראה לענ"ד דגם למאן דלא ס"ל דרבא התם בערכין ולא חיישינן לשובר. ולכאורה למה הא לא גבי בשטר רק משום חזקה דשטרך בידי מה בעי וכשיש לו שובר לא שייך החזקה וא"כ כשאנו מסופקין ע"ז עצמו שמא יש שובר ע"ז ליכא חזקה ואיך יגבה כיון דהוא קטן ויכול להיות דיש שובר ואינו יודע. ונראה דעיקר הטעם כיון שהשטר מבורר לפנינו החיוב ושובר אין יודעין כל שלא נתברר אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי וכמו א"י אם פרעתיך ואף דביורש פטור היינו דאין בחזקת ודאי שלא נפרע אבל בשטר שמורה מצד עצמו שלא נפרע אין מבטלין בס' שמא יש שובר אף דאין חזקה ע"ז שאין שובר כנ"ל. וכן בעדי חזקה דנוציא מהקטן והא החזקה אינו אלא ראי' מדלא מיחה והא אם יש עדי מחאה שוב אין ראיה וא"כ ע"ז הספק עצמו שמא יש עדי מחאה אין לנו ראיה ואיך יועיל בקטן וצ"ל הטעם ג"כ כנ"ל דאף שאין ראיה מ"מ כיון שהחזקה מבוררת ועדי מחאה אינו מבורר אין ספק זה מוציא מידי ודאי. וכמו בשובר שהוא לפנינו ומסופק דאין מבטל ודאי שטר ואמרינן יד בעל השובר על התחתונה מה"ט ע"ש ח"מ סי' מ"ב וכן בשטרא דכ' ניסן סתמא ובחד כ' בניסן דזה ודאי והב' ס' ע"ש:

והנה תוס' פ"ק דב"מ כתבו אהא דלא אמרינן מיגו דחשוד משום ס' מלוה ישינה והקשו כופר בפקדון אמאי פסול שמא ס' מ"י ותירצו כיון דודאי גזלן לפנינו ומבורר אין ס' מוציא מידי ודאי להכשיר משום שמא ם מלוה ישינה כו' ואף דהא לענין השבועה ג"כ ודאי דממ"נ אי אמת א"צ לישבע ואי שקר ודאי גזלן ואין ספק מוציא כו' וע"כ כיון שאין מבורר בודאי לפני הב"ד אף אי באמת כן מ"מ לא שייך אין ספק מוציא כו' דהא גם זה אינו ודאי אף דשייך ממ"נ כו'. וא"כ כאן בקטן כל זמן שאין מקבלים עדים שלא בפניו א"כ דהוי ס' אם חייב מחמת השטר עדיין שוב יש ספק שאף אם השטר אמת מ"מ שמא יש שובר דלא שייך על זה אין ס' מוציא מידי ודאי כיון שהחיוב עדיין אינו מבורר וג"כ ספק וכיון שלא נתברר החיוב עדיין שפיר מהני הספק שמא יש שובר ואף אם החיוב של השטר והעדים אמת יכול להיות שפטור דיש שובר. וכן בעדי חזקה דכל זמן שאין מקבלין עדים ומסופקין על החזקה עדיין שפיר מהני הספק שאף שנקבל עדי החזקה שמא יש עדי מחאה דספק וספק הוא דכל זמן שלא נתברר החזקה לא שייך אין ס' מוציא מידי ודאי כנ"ל. רק כשמקבלין עדות על החזקה אז נוציא מטעם אין ס' מוציא מידי ודאי כיון שיתברר החזקה בפנינו א"כ שוב לענין זה שפיר אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד מה"ת כמו בקנס דהוי חוב גמור ע"י הקבלת עדות דהא עכשיו קודם הקבלת עדות אנו אומרים שבאמת אף אחר עדי החזקה אינו שלו וכן בשטר דאין מחזקינן קודם הקבלת עדות שאף לאחר העדות אינו חייב דיש לו שובר דע"ז אין ראי' ולא חזקה שאין שובר רק אחר הקבלת עדות אמרינן אין ס' כו' ושפיר אין מקבלין עדות שלא בפניו כלל דהוי חוב גמור וכיון דאין מקבלין אמרי' דאינו חייב כלל. משא"כ בדבר ברור כמו תוך זמנו או שהודה דגם עכשיו יודעין שאחר שנקבל העדות ודאי חייב שפיר מקבלין דאין הקבלת עדות חוב כלל דהא באמת חייב גם בלא עדות העדים ואינו אלא בירור כנ"ל. וכן כאן בקרקע אם הי' עדים שקנאו דאין ספק כלל ואמר שפיר התם נמצא שדה שאינו שלו מקבלין דבשקרי לא מחזקינן ואחר הקבלת העדות ודאי חייב כנ"ל:

ובזה נראה מיושב מאי דתמוה התם בערכין דפליגי ר"פ ור"ה אי טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום צררי או דלאו בני מיעבד מצוה. ולא הזכיר כלל הא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ע"ש בתוספ' וגם בשטר דכ' הפ' דמהני משום דמקיימין שלא בפני בע"ד מ"מ קשה להרמב"ם ור"ת דעדות בשטר הוי ההגדה רק כשבא לב"ד ולכך כשאין העדים זוכרין אז לא מהני. וא"כ גוף העדות שלוה מחמת השטר לא מהני בקטן דלא מהני שלא בפני בע"ד דזה אינו קיום רק גוף הקבלת עדות והנה עוד תמוה שם כמ"ש הרא"ש הא חשש דצררי שייך גם בגדולים ואינו מועיל רק להשביע וגם לר"פ קשה

דלאו בני מיעבד מצוה הא אי שעבודא דאורייתא ודאי קשה וגם אי ל"ד מ"מ השעבוד דרבנן על הנכסים ע"ש בפ' ולמ"ש י"ל בפשיטות דטעמא דצררי היינו למשכון דע"ז ליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון שלא נתנו לפרעון ומכ"ש אם נתן לו הצררי בעדים וא"כ בקטן יש לחוש שמא אתפסי' צררי בעדים. וכן אם הלוה טוען כן אין חזקה נגד זה. וע"כ מטעם הנ"ל כיון שהשטר והחיוב מבורר אין ס' זה מוציא כו'. וא"כ שוב בקטן כיון דעכשיו שעדיין ספק אם חייב כלל אומרין שפיר גם ס' זה דאף שחייב יכול להיות דצררי אתפסי' ורק שנקבל העדות שחייב ויהי' הדין דאין ס' מוציא מידי ודאי ושפיר על זה אין מקבלין עדות שלא בפניו דהוי חוב גמור שע"י זה נעשה החיוב כנ"ל ואמר שפיר טעמא דצררי. משא"כ ביורש גדול לא מהני כלל חששא דצררי דכיון דמקבלין עדות שהוא בפני בע"ד לא מהני החשש דצררי כמו בטענת הלוה עצמו דאין ס' מוציא מידי ודאי כנ"ל. ולא אמר חשש צררי רק דעי"ז אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד. ולכך תוך זמנו או חייב מודה שפיר חייב ומקבלין עדות כנ"ל. ור"פ סבר טעמא דלאו בני מיעבד מצוה. דהא כיון דקי"ל מכאן ולהבא גובה וא"כ גם בלוה כל שאין הב"ד מוציאין ממנו הנכסים שלו והוי חוב גמור מה שמקבלין עדות שלא בפניו אך ז"א כמ"ש לעיל כיון שהמצוה עליו לפרוע אין כאן חוב אבל יתמי דלאו בני מיעבד מצוה ואין עליהם חיוב כלל א"כ אף שיש שעבוד נכסים מ"מ כל זמן שאין הב"ד מוציאין מהם אין חייבים כלל והנכסים שלהם שפיר הוי חוב גמור ואין מקבלין שלא בפני בע"ד אף דהוי כמו מבקשים לילך למד"ה כנ"ל. ומיושב הכל כנ"ל. שהראב"ד ז"ל תמה בכל הנך איך יודעין שהוא תוך זמנו וכן תינוק שתקה בעבדיו כו' איך יודעין שתקף כיון דאין מקבלין עדים. ולמ"ש מיושב דבדבר ברור שפיר מקבלין כנ"ל:

שם ע"ב. תינוק שתקף בעבדיו כו'. והקשה ראב"ד כיון דאין מקבלין עדי' מנין יודעין שתקף כו' ותי שתקף בפני ב"ד. ואינו מובן דא"כ אין צורך לעדים כלל ודאי דכשרואין הב"ד שקטן חוטף דבר מיד גדול דיכולין להוציא ממנו דאף דאין עדים לא לזה ולא לזה מ"מ חזקה מה שביד אדם הוא שלו והחוטף הוי גזלן ואיך שייך שאין מקבלין עדים כו'. וי"ל דקמ"ל אף דהקטן רוצה להביא עדים שהוא בחזקתו וגם לזה יש עדים שקנאו וכה"ג לא אמרינן שנקבל עדות הקטן שהי' של אביו וכה"ג ועדות של זה לא נקבל לפי שהוא שלא בפני בע"ד לא אמרינן כן רק כיון דבלא עדות כלל אנו רואין שהוא של זה שחטפו מידו. שפיר מוציאין ממנו ואין מקבלין עדות גם לזכותו כיון שיודעין שיש עדים לחובתו ג"כ. ומיושב שפיר לשון הש"ס לכשיגדיל יביא עדים ונראה ותמוה דהא לזכות הקטן מקבלין מיד עי' בתי"ט שנדחק הרבה ולמ"ש א"ש. ונצרך לומר בהא דטרק גלי

דהי' ידוע לכל גם להב"ד דהוא בחזקת אבהתי' דאם הי' צריך להביא עדי אבהת' לא הי' מהני כיון שהי' לר"י ג"כ עדים. אך יש לחלק בין מוחזק וע"ש ב"ב פרק השותפין גבי שטר ושובר כו' דודאי אין סברא דא"כ לא שבקת חיי שכשמכר קרקע וזה מוחזק בה יוכלו אח"כ היתומים קטנים להוציאו בעדי אבהתא דלזכות מקבלין עדים. ועדי חזקה או מכירה של זה לא נקבל שלא בפניו וע"כ דלפטור מקבלין כמ"ש הפ'. ונראה טעם החילוק בין מוחזק דהא מבואר בש"ס גבי מעמידין אפטרופוס לתם כו' דמה שמקבלין עדות בפני אפטרופוס חשוב בפני בע"ד. רק בכל דוכתי אין מעמידין אפטרופוס לחוב היתומי' כדי שנקבל עדות לחובתם. והנה בכל מקום יכולין לומר לאו בע"ד דידי אתם וא"כ כשהלה מוחזק ואנו באין להוציא ממנו בעדי אבהתא של הקטנים והא מצי למימר לאו בע"ד דידי כו' דתביעת הקטן לאו כלום הוא וע"כ צריכין לתבעו מצד דב"ד אביהן של יתומי' וכאפטרופוס וממילא שוב יועיל עדות המחזיק שהוא שלו דחשוב בפני בע"ד כמו בפני אפטרופוס כיון דמה שנוכל להוציא מהמחזיק הוא רק מצד דהוי כבפני בע"ד ואיך נאמר ב' הפכים ושפיר אין מוציאין כנ"ל. משא"כ כשהקטן מוחזק או שבעצמו טרק גלי דאין צריך לזכותו מצד אביהן של יתומים או אפטרופוס ממילא אין נזקקין לקבל עדותו לחוב הקטן שלא בפני בע"ד כנ"ל:

עוד הי' אפשר לומר למאי דאמר פ"ב דכתובות דהזמה דלא בפניהם הכחשה מיהא הוי דלענין הכחשה כיון שהבע"ד בפנינו הוי בפני בע"ד דאינו נוגע להעדים רק בטול עדותן כנ"ל. ונראה דגם להיפוך כשהעדים כאן ומזימין אותן והבע"ד אינו בפנינו דאינו מבטל העדות דהא לענין בטול העדות שהוא רק חוב הבע"ד צריך בפניו ולא מהני מה שהעדים כאן. והנה תוס' כ' הטעם דלא חשוב לפטור או גבי קרקע כאשר עשה בממון משום דאפשר בחזרה ולא מקרי כאשר עשה. וא"כ לכאורה גבי קטן איך נקבל עדות אף לזכות להחזיקו בקרקע משום דלזכות מקבלין שלא בפני בע"ד הא מ"מ הוי עשאאי"ל שאם יוזמו לא יהי' מהני עדות המזימין להוציא הקרקע מהקטנים דלחוב אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ולענין חוב הבע"ד בעי בפניו כמו התם להיפוך כנ"ל. וממילא אף דלחוב העדים לחייבן מדין הזמה יהי' בפניהם מ"מ הא יהי' כאשר עשה דלא אפשר בחזרה כיון דאין מוציאין ע"י העדי הזמה דלענין זה אין מקבלין כנ"ל ולא יתחייבו כלל וגם עתה אינו מועיל העדות גם לפטור דהוי עדות שאאי"ל דלא מהני גם בממון להש"ך ז"ל. אך ז"א דמ"מ ראוי להזימם כשיגדלו דיהי' אפשר בחזרה דאז מקבלין כנ"ל. אמנם כשיש לזה עדים בבירור על החזקה או שקנאו ונימא משום דאין מקבלין שלא בפניו לא נקבל עכשיו. ועדים המעידים לזכותו של הקטן נקבל. א"כ הא אותן עדים לזכו'

הקטן אנו יודעין דכשיגדיל לא יועיל עדותן כלל דהא יועילו אותן העדים שהם לחובתו וא"כ כל הג"ד שע"פ עדות המעידין לזכות הוא רק מה שיזכה הקטן עד שיגדיל. ולענין זה הוי שוב עשאאי"ל דלענין שיחזיק הקטן עד שיגדיל הוי כאשר עשה דזה לא יהי' איתא בחזרה דלא יהי' מקבלין לחובתו כנ"ל ולא שייך הנ"ל דכשיגדיל נקבל דהא לענין זה לא הועיל כלל עדות המעידים לזכות כיון שהי' עדים לחובתו ואף בלא המזימים לא הי' נשאר בידו כשיגדל כנ"ל ולכך שפיר אין מקבלין גם העדות שלזכות כיון שיש עדים לחוב ממילא אינו מועיל עדות אלו לזכות. ומיושב מה דאמר לכשיגדיל יביא עדים ונראה אף לזכות כנ"ל, משא"כ כשאין עדים להיפוך מהני עדות לזכות דהא יועיל אחר שיגדיל ג"כ שישאר שלו ושפיר יוכלו להזימם כנ"ל. וכן בהביא עדים לזכותו וזיכו הב"ד את הקטן ואח"כ מביא עדים להכחיש גם כן לא מקבלינן לחוב כנ"ל. דבזה לא שייך טעם דהי' אז ראוי להזמה. וגם הא הכחשה תחלת הזמה הוא ויועיל שפיר הזמה כשיגדיל. משא"כ בעדי מכירה או חזקה כנ"ל לא מקבלין עכשיו כשיודעין דיש עדים כנ"ל. ומיושב ג"כ לשון הש"ס ערכין בנמצאת שדה שאינו שלו דאחזוקי סהדי בשקר' לא מחזקינן כו'. והיינו דלכאורה מ"מ לא שייך מ"ש דשפיר יכולין לקבל העדים לזכות דהוי יכול להזימם כשיגדל וא"ל כנ"ל דאז יועיל עדות המעידים לחובתו דז"א דכיון שאין מקבלין עדות שלא בפניו א"כ אין יודעין כלל אם יהי' עדות לחוב כשיגדל ושפיר יהי' מועיל עדות המעידים לזכות לגמרי ויהי' מהני ההזמה. וע"ז אמר הטעם דסהדי בשקרי לא מחזקינן כו' ושפיר אנו יודעין דכשיגדל לא יהי' מועיל עדות דלזכות היינו העדי אבהת' וכה"ג דהא יהי' עדות אלו שקנאו וכה"ג. וממילא לא חשבינן עדות דלזכות רק עד שיגדיל ולענין זה הוי עשאאי"ל כמ"ש ולא מהני עדות דלזכות כנ"ל ומוציאין. משא"כ בהא דטרק גלי דהי' בחזקת אבהתי' בלא עדים וא"צ לעדים לזכות אין מוציאין בעדי חזקה או שקנאו דאין מקבלין כנ"ל. ואמר שפיר בתינוק שתקף כו' לכשיגדל יביא עדים כיון דצריך עדים לזכות לא מקבלין כנ"ל:

שם מקיימין משטר שלא בפני בע"ד ופרש"י ז"ל בעדי' מבקשין ליל למד"ה. ותמהו תוס' הא כה"ג בכל עדות מקבלין כו' גם תמוה בש"ס דאמר אסברא לך טעמא דר"י והועד בבעליו ותמוה לפי' התוס' הא זה לכ"ע רק דסבר בקיום דרבנן מקילין לקבל שלא בפניו ומאי מייתי הא דוהועד דליכא דפליג הי' לו לומר דגם בדרבנן אין מקבלין כנ"ל וי"ל לפי' התוס' דהוא סבר דהא דאי מקבלין הוא מדרבנן כמ"ש הרשב"א ז"ל. ולכך דוקא במה דבעי עדות מה"ת משא"כ בקיום דא"צ כלל מה"ת הוי כמו תקנתא לתקנתא ומקיימין

שלא בפניו. ואמר אסברא טעמא דר"י והועד כו' דמה"ת אין מקבלין וממילא גם בקיום לא מתכשר עדים פסולין כנ"ל:

אמנם לרש"י ז"ל י"ל להיפוך דלטעמי' אזיל דמפי כתבם לא מהני כלל אף בראוי להגיד כמ"ש תוס' פ"ב דכתובות שפירשו שלא ישלח בכתב כו'. וממילא ע"כ סבר כהרמב"ם ז"ל דרק מדרבנן מהני עדות בשטר ומבואר ברמב"ם דהגדת עדי שטר נעשה כשבא השטר לב"ד וא"כ אמרינן להיפוך דהא דמהני מבקשים לילך למד"ה בשאר עדות משום דמהני עדותן מה"ת הקילו לקבל במקום הפסד או דהא דאין מקבלין כו' רק דרבנן והקילו שלא יפסיד כיון דהעדות מועיל מה"ת משא"כ בקיום שטר דאין גוף העדות מועיל כלל מה"ת דהוי מפי כתבם א"כ עתה כשבא השטר לב"ד לקיים נעשה הגדתם והוי שלא בפניו ודאי דלא מהני שפיר אף דמבקשים לילך כיון דמה"ת אינו מועיל כלל רק מדרבנן ומדרבנן לא מהני שלא בפניו ולא מהני במקום הפסד כנ"ל. ומאן דסבר מקיימין סבר דגם בזה מקילינן ואמר שפיר טעמא דר"י והועד כו' דמה"ת אין מקבלין רק חכמים הקילו ודוקא בעדות המועיל מה"ת לא בשטר שכל העדות אינו מועיל מה"ת כנ"ל:

עוד י"ל כמ"ש לעיל דלכך מקילין במקום הפסד דלא חשוב חוב ולא ילפינן מוהועד כו' ולכך בזה כיון דמה"ת כל שלא בא לב"ד אינו עדות הוי זה חוב מה שנקיים כנ"ל. כיון דמהני רק מצד הפקר ב"ד כי' וזה נעש' עתה כשמקיים הוי שפיר חוב כנ"ל. עוד נראה דרש"י ז"ל מפרש דהא דמקבלין בעדיו חולין וכה"ג דהוי במקום הפסד כיון שרוצה לגבות ובלא העדים ידוע שיפסיד משא"כ בקיום דעתה לא הגיע כלל זמן הפרעון ואינו רוצה לגבות כלל עתה רק לקיים לחוד שכשיגיע הזמן לא יוכל לכפור שפיר אין מקבלין דאין אנו יודעין כלל אם הוי הפסד מה שלא נקבל דשמא לא יכפור כלל וכל זמן שלא נודע הפסד למה נעשה שלא כדין ולקבל עדות שלא בפניו כנ"ל. ומאן דסבר מקבלין י"ל דטעמו דהא דאין מקבלין הוא רק משום דאין חבין לאדם אלא בפניו וא"כ זה דוקא כשבאין לגבות וא"כ בקיום ממ"נ מקבלין שלא בפניו במבקשין לילך כו' דהא עכשיו אין כאן חוב ואם יכפור ויצטרך לגבות מקבלין משום הפסד כנ"ל כיון דמבקשין כו'. וגם לפי תוס' דמיירי בסתם י"ל דהטעם דמקבלין משום דעכשיו אין כאן חוב עדיין ואף דמסתעף אח"כ חוב כשכופר מהני דאז הוי דיעבד ועתה רשאין לקיים שאינו ידוע שהוא חוב כנ"ל. וי"ל דלכך אמר אסברא לך והועד בבעליו כו' דהיינו דהעדות שיהי' נעשה מועד צריך גם כן בפני בע"ד ואף בגווני דאינו משלם עתה החצי נזק כלל כמו מכירין בעל השור ולא השור כו' כדאמר בש"ס מ"מ ע"ז שנקבל עדות שנגח כדי שאם יגח עוד יהי' נעשה מועד ע"ז עצמו צריך ג"כ בפניו דוקא יבא בעל השור כו' ומוכח שפיר דאף שעדיין

אינו חוב מ"מ אין מקבלין שיועיל כשיהי' חוב וממילא מוכח דגם קיום אין מקיימין אף שאינו ידוע שיכפור כיון דיועיל כשיכפור כנ"ל. ולכך אמר הש"ס אחר כך הלכתא מקיימין שלא בפני בע"ד ואפילו עומד וצווח כו'. ולכאורה מהו הרבותא במה שעומד וצווח כו'. ולמ"ש א"ש דלטעם הנ"ל דמקבלין משום שאינו חוב עדיין א"כ בעומד וצווח לכ"ע אין מקבלין דכבר הוא חוב כנ"ל רק דטעם זה כבר דחה ר"י מקרא דוהועד כו' ומסיק דמקיימין משום טעם התוס' דקיום שטרות דרבנן ולכך אפילו צווח והוי חוב מ"מ מקיימין כנ"ל:

עוד י"ל לדעת ר"א דבטוען מזויף בעי קיום מה"ת וא"כ אין יכולין לקיים שלא בפניו דאף דעכשיו לא בעי קיום מה"ת מ"מ שמא יטעון מזויף ויצטרך קיום מה"ת. וי"ל להיפוך דבשלמא אי פסול גם דיעבד קבלו שלא בפני בע"ד במה דבעי עדות מה"ת א"כ אין חשש דיכולין לכתוב שנתקיים שלא בפניו וממ"נ אם יטעון פרוע וכה"ג יועיל דמהני הקיום שלא בפניו דא"צ קיום מה"ת והקילו ואם יטעון מזויף באמת לא יועיל כיון דצריך קיום מה"ת ולא מהני גם דיעבד הקבלה שלא בפניו כו' שפיר רשאין עכשיו לקיים שלא בפניו דעתה הקיום רק דרבנן כנ"ל. אך להפ' דגם במה דבעי מה"ת ג"כ מהני דיעבד כשקבלו שלא בפניו ורק לכתחלה צריך מה"ת בפניו אבל לא לעיכוב' כמו ועמדו כו'. וא"כ שפיר יהי' אסור לקיים שלא בפניו דשמא יטעון מזויף ואז בעי קיום מה"ת ואעפ"כ יהי' מהני כיון שיהי' דיעבד שכבר קבלו וכיון דמה"ת אסור לכתחלה לקבל שלא בפניו ממילא אין מקיימין עכשיו כנ"ל דשמא יטעון מזויף ולכך אמר אסברא כו' אמרה תורה יבא בעל השור כו' היינו דהא דבעי לכתחלה בפניו הוי מה"ת ואין רשאין לקבל עכשיו לכתחלה כנ"ל ומסיק רבא הלכתא מקיימין כו' ואפילו צווח מזויף כו' כסברת תוס' דגם בטוען מזויף א"צ קיום מה"ת וממילא אפילו טוען עכשיו מיד מזויף אעפ"כ יכולין לקיים שלא בפניו. ושוב לא שייך כלל טעמא דר"י כיון דבכל מקום רק מדרבנן בעי קיום כנ"ל:

עוד י"ל דבשלמא אי דיעבד לא מהני שלא בפניו שייך שפיר דכיון דעדות קיום לא צריך כלל מה"ת הקילו חכמים אף שאין עדותן מועיל מה"ת הא אין צורך כלל לעדותן מה"ת רק מדרבנן והם אמרו כו'. אבל כיון דמהני דיעבד ואין זה פסול רק למצוה מה"ת יבא בעל השור כו' שיהי' העדות בפניו כו' וא"כ גם עדי קיום אף דמה"ת אין צורך לעדותם מ"מ כיון דמדרבנן צריך עדות שוב צריך מה"ת בפניו דוקא ככל עדות כמבואר בש"ם שבועות ריש פ' שה"ע הכל מודים בעד מיתה כו' כיון דמהני עדותו מדרבנן חשוב עד מה"ת וחייב קרבן שבועה וכן להיפוך משחק בקוביא כו' ע"ש. וממילא צריך כאן בעדי קיום מה"ת בפניו ולא שייך הם אמרו כו' כמו כל עדיות. ולכך אמר אסברא לך והועד

כו' אמרה תורה יבא בעל השור כו' דהוא למצוה מה"ת לכתחלה וממילא גם בעדי קיום צריך בפניו דוקא אף שהוא דרבנן כנ"ל. ומ"ס מקיימין סבר דלא ילפי' מוהועד כמ"ש לעיל רק מדרבנן גם לכתחל' ולכך בקיום מקיימין כו' דלא ילפינן מוהועד רק קנס או ד"נ שצריך עדות כמ"ש לעיל משא"כ בממון כנ"ל:

לסימן ל

סנהדרין פרק היו בודקין דף מ'

משנה היו בודקין בז' חקירות. קשיא לי לשון המשנה דהא חקירות לחוד ובדיקות לחוד דאמר מיד אח"כ מה בין חקירות כו' ולמה עירב הוי לי' למתני היו חוקרין אותן בז' חקירות כלישנא דוחקרת דיליף בש"ס וצ"ל דבודקין לשון כולל דתני אח"כ גם הבדיקות מכירין אתם כו' וכלל דבודקין אותן בדברים המבוררים אחר כך דהיינו בז' חקירות וגם מכירין אתם כי' דהוא בדיקות. ודוחק. גם קשה דכלל גם הבדיקות בבבא זו והוי לי' לפלוגי דבודקין בז"ח ובבדיקות שהוא מכירין אתם כו' ולא לכללם עם החקירות דמשמע דכולהו חקירות נינהו:

דף ל'

מכניסין למאן כו' לעדים במאן דלא כר"נ כו' דכיון שהעידו כל אחד בפ"ע מכניסין אותן לחזור ולהעיד ביחד כו'. ויש לתמוה מכאן על הפ' ס' כ"ח גבי העידו שלא בפני בע"ד דלא מהני דאין יכולין לחזור ולהעיד בפני בע"ד דעביד איניש לאחזוקי דבורי' וחשיבי נוגעין ע"ש. ואף להחולקין משמע משום דלא הי' עדות אז והא כאן דהעידו מקודם כל א' בפ"ע ועכ"פ הועיל עדותו לחייב שבועה ואי דלא כר' נתן מאי מועיל שמכניסין אותן וחוזרין ומעידין יחד הא לא מהני דעביד לאחזוקי' דבורי' שהעיד מקודם בפ"ע ולא הי' מועיל לחיוב ממון ואיך יועיל עכשיו ביחד הא הוי נוגעין כנ"ל. ואין לחלק דשם נתבטל מה שהעיד אז וגנאי לו כמ"ש רש"י ז"ל פ"ב דכתובות גבי אין מעידין עליו כו'. משא"כ כאן דכוונתו הי' אז לענין חיוב שבועה וזה לא יתבטל אף שלא יעיד עכשיו בצירוף דמ"מ ישאר קיים עדותו לשבועה. ז"א דאדרבה התם הא ידע בשעה שהעיד שלא בפני בע"ד שאינו מועיל מכש"כ כאן דבאמת מהני לשבועה הא ודאי דכשיחזור עכשיו מעדותו ע"כ יצטרך להודות דשקר העיד והוי נוגע גם דוחק שיאמר שאינו רוצה להעיד דזה נגיעה גדולה והתם גבי ישבו עם פסול בדין כו'. ולדעת הש"ך ז"ל דאף דבממון דלא בעי דו"ח מ"מ אם אמרו איני יודע על החקירות בטל ע"ש. א"כ כיון דמקודם לא חקרו אותם בפ"ע דא"צ דו"ח א"כ עכשיו שמכניסין בצירוף לחייב ממון יכול לומר בעצמו שאינו יודע באיזה יום לוה ויתבטל עדותו דעכשיו לענין חיוב ממון כיון שא"י כנ"ל ואעפ"כ ישאר

קיים עדותו שמקודם לענין חיוב שבועה דעדות זה כבר נגמר והוי חוזר ומגיד עכשיו מה שאומר מעצמו א"י ולא הוי נוגע ולא שייך עביד לאחזוקי כו' כנ"ל. ולרבנן דריב"ק בל"ז לא קשה כיון דצריך שיראו שניהם כא' יכול לומר עכשיו שלא ראה עם זה ביחד וישאר קיים עדותו הראשונה ומ"מ לא יתחייב ממון. והא משמע דאתי דלא כריב"ק כיון דבעי הגדה כא' מכש"כ ראי' כדאמר לקמן ע"ש. אך במשנה קתני שיאמר בפנינו הודה לו וכיון שהעיד גם בפ"ע שראה עם זה ביחד ממילא שייך עביד איניש כו' גם על זה כנ"ל. וי"ל דהא אמר לקמן טעמא דר"נ דאטו סהדי בחד פומא מסהדי אלא מצרפין ה"נ מצרפין כו' ולא אמר בש"ס טעמא דרבנן דפליגי איך מיישבים זה אמנם י"ל דהחילוק הוא כדאמר בש"ס פרק שה"ע בזא"ז כו' ובב"א פריך הא א"א לצמצם ומשני שהעיד כל א' תוך כ"ד של חברו ופי' תוס' כיון דיכול לחזור תוך כ"ד של חברו הוי כמעיד עכשיו מדאינו חוזר בו ע"ש וא"כ אין ראיה כלל מכל עדות דאף דלא מסהדי בחד פומא מ"מ כיון שמעיד כל א' תוך כ"ד של הא' א"כ ע"ג גם הראשון לממון אחד דאל"כ יחזור בו כשמעיד הב' ורואה שבא לידי חייב ממון ולכך מהני משא"כ כשאין מעידין ביחד לא מהני דאתי לשבועה כנ"ל:.

אך שוב קשה לר' נתן מה הוכחה הא י"ל כנ"ל. אך י"ל דפליגי בסברא הנ"ל דאי אמרינן עביד איניש לאחזוקי דבורי' א"כ שפיר אין לומר כחילוק הנ"ל דמה בכך שהב' מעיד תוך כ"ד של הראשון דאף שאינו חוזר עכשיו אחר שהעיד הב' מ"מ לא עדיף מהעיד בפירוש עכשיו דג"כ אינו מועיל דעביד לאחזוקי דבורי' כיון שכבר העיד קודם הב' ואז אתי רק לשבועה. א"כ אח"כ אף שמעיד הב' ורואה הראשון שבא לחיוב ממון לא שייך מדאינו חוזר בו הוי כאלו מעיד עכשיו לחיוב ממון מה בכך הא אף דמעיד עכשיו לא מהני דעביד לאחזוקי דבורי' והוי נוגע גם אם העיד מכ"ש מה שאינו חוזר וכיון דמה שהעיד בראשונה לא מהני גם עכשיו לא מהני וע"כ דמצרפינן וממילא גם למחר שומעין דבריו ודייק שפיר אליבא דר"נ ורבנן י"ל דלא ס"ל הא דעביד לאחזוקי דבורי' ממילא אין ראי' כלל ממאי דלאו בחד פומא מסהדי כיון שהוא תוך כ"ד הוי כמעיד עכשיו כנ"ל ומיושב וממילא מיושב קושיא הנ"ל דאמר שפיר אמתני' כמאן דלא כר"נ ומכניסין אותו לצרף ולא קשה דעביד איניש כו' דהא אי דלא כר"נ הוא ע"כ מטעם זה עצמו דלא אמרינן עביד איניש דאי עביד איניש כו' מוכח כר"נ ואי מתני' דלא כר"נ לא אמרינן עביד כו' ושפיר מכניסין כו'. משא"כ לדידן דקי"ל כר"נ שפיר י"ל דאמרינן עביד איניש כו' ולא קשה להפוס' הנ"ל. ומ"מ פשטא דש"ס משמע דלא כהפ' הנ"ל. ואפשר יש לחלק בין עד א' לב' עדים ודוחק:

שם. אב"ע סברא אמנה דמסהיד האי כו'. ואף דבממון סגי ידיעה בלי ראיה וא"כ לענין הידיעה שזה חייב שפיר שניהם יודעים שחייב ק' אף דאין צירוף על הראי'. ז"א דלא מהני בממון ידיעה בלא ראי' רק כמו מנה מניתי לך כו' ועכ"פ יודעין ומעידין המעשה שמחמתה נולד הידיעה שזה חייב וכיון דאומדנא מהני מהני מנה מניתי כמו אלו ראו גוף ההלואה. אבל אם מעידין סתם שיודעין שחייב ואין זוכרין מהיכן יודעין וכה"ג ודאי דבטל ולא מקרי עדות. והא קי"ל דתחלתו בפסול וסופו בכשרות פסול והא מה בכך שהי' פסול בשעת ראי' הא יודע עתה בבירור שזה חייב והידיעה בלא ראיה הוא בכשרות. וע"כ דז"א דצריך להעיד המעשה שיודע ממנה וכיון שהי' פסול בשעת ראיה לא נשאר עדות וכן כאן לענין הראיה אין כאן צירוף דב' עדים וממילא ל"מ צירוף של הידיעה לחוד כיון דמצד הראי' אין כאן ב' עדים שיהי' צירוף כנ"ל. ובל"ז י"ל כאן דגם על הידיעה אין כאן צירוף דהא זה יודע שחייב מנה אחרת ממנה שיודע הב' כו' וכן הב' ולא מהני כנ"ל. וזה נראה טעם הפלוגתא לקמן דחד מ"ד ס"ל דבהודאה אחר הלואה או אחר הודאה מודה דמצרף סובר כטעם הב' הנ"ל דדוקא הלואה אחר הלוא' דגם על הידיעה אין כאן צירוף משא"כ הודאה אחר הודאה אי בקרקע כו' דעל הידיעה יודעין ממנה א' מהני שוב מתורת ידיעה בלא ראיה כנ"ל.. ואף דגבי תחלתו בפסול לא מהני כמ"ש מ"מ יש לחלק דהא אמר בש"ס התם הטעם דכ' והוא עד או ראה דצריך בשעת ראיה להיות עד כשר דוקא ע"ש. וי"ל דאי לאו הך קרא הי' באמת מהני מצד הידיעה שהוא בכשרות בשעת הגדה. ולכאורה למה לא יליף ג"כ מהך קרא כיון דכ' והוא עד דהיינו ב' כו' צריך שיהי' והוא עד בשעת ראי' שיהי' אז שנים כמו שצריך שיהי' כשר אז שיהי' קרינן בי' והוא עד או ראה כו' ולמה לי' למילף מיתורא דקרא דמפיק בלשון יחיד דחזו תרווייהו כחד כו'. וע"כ דלא מצינן למעט זה מוהוא עד רק פסול משא"כ כשהוא כשר ואין החסרון רק שהוא עד א' דעכ"פ נקרא שם עד עליו דהא מחייב שבועה עכ"פ. ועוד להפ' דבנוגע לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות. וכ' הרמב"ן ז"ל הטעם דכשהי' נוגע בשעת ראיה הי' בע"ד ולא נקרא עד ומשעה שנקרא עד אחר הסילוק כשר ע"ש. וא"כ גם בעד א' כיון דוהוא עד היינו ב' א"כ התחלתו להיות נקרא והוא עד הוא כשראה גם הב' ואז מצטרף עדותו וכשר והוי כמו שם בנוגע שנסתלק. ולכך צריך למעוטי רק מדמפיק לי' בלשון יחיד כנ"ל. וא"כ כיון דלא דמי להא דתחלתו בפסול כו' דליכא למילף מקרא דהתם שוב שפיר הודאה אחר הודאה הוי הצירוף על הידיעה ממנה א' ומהני בלי ראיה. משא"כ אחר הלואה דגם הידיע' אינו על מנה א' כנ"ל ומאן דס"ל דגם בהודא' אחר הודאה פליגי סבר כטעם א' הנ"ל דצריך דוקא הראי' של המעשה המסתעף ממנו הידיעה כנ"ל. א"כ

גם בהודא' אחר הודאה על המעשה שיודע ממנה שהוא חייב דהיינו ההודאה ע"ז אין כאן צירוף דכל א' יודע ע"י מעשה אחרת והוי ידיעה לחוד דלא מהני כנ"ל. ולכאורה כיון דמה"ת בעי דו"ח באיזה יום כו' א"כ לענין הצירוף על החקירות אין כאן צירוף שזה מעיד על יום אחר. ודוחק לומר דמיירי דוקא בשעה א' הלואה אחר הלואה. וי"ל דסגי כשיכולין להזימם על ב' הימים כמו דאמר בפסחים גבי שעות דיהבינן כולא טעותא. ויש לדחות ע"ש:

אב"ע קרא והוא עד כו'. פרש"י לענין קרבן שבועה מיירי דעד א' אינו חייב ק"ש ע"ש. וקשה דא"כ מה ראיה מהך קרא דלא מהני עדות עד דחזו כחד הא אף אי מהני צירוף דהלואה אחר הלואה מ"מ בקרבן שבועה נראה דפטורין כשהשביע ב' עדים דהלואה אחר הלואה וכפרו והודו אח"כ איך נחייב לכל א' הא לגבי דידי' אין הב' נאמן שידע וכבש עדותו דאין אדם משים עצמו רשע. וא"כ אין כאן רק עד א' ופטור מקרבן שבוע' א"כ העד שמודה שידע אינו יודע רק מעצמו שהוא ידע ואינו יודע מהב' אם ידע או לא ואיך יתחייב ק"ש דבשלמא בראו ביחד כל אחד מודה שהיו ב' עדים וחייב ק"ש משא"כ בהנ"ל. וא"כ אין ראיה כלל ממה דהצריכה תורה לגבי ק"ש דחזו כחד שגם לעדו' לא יועיל כנ"ל וי"ל דזה כוונת רש"י דלכאורה מיותר לגמרי מ"ש לענין ק"ש דא' אינו חייב הא בש"ס אמר בל"ז כל מקום שנאמר עד היינו ב'. ולמ"ש י"ל דהי' קשה לרש"י דבלא יתורא איכא למידק כמ"ש לעיל דוהוא עד או ראה שצריך בשעת ראי' ב' כמו לענין פסול דילפינן כנ"ל אך בלא יתורא אין ראי' לענין עדות דהתם לגבי ק"ש באמת בעינן בשעת ראי' ב' דאל"ה פטורין כנ"ל משא"כ לעדות מהני כנ"ל. ולכך יליף מיתור' דמפיק לי' בלשון יחיד דאף אי הוי כ' עדים הוי ידעינן ג"כ לגבי ק"ש דלא מחייבו עד דחזו כחד דעד א' אינו חייב ק"ש. וממילא צריך שיודה כל א' שהיו ב' עדים. וא"כ ע"כ היתור דמפיק בלשון יחיד אתי לענין עדות דלא מהני בכל מקום עד דחזו כחד כנ"ל. ולכך פרש"י ז"ל דעד א' פטור מק"ש דע"ז לא צריך קרא כנ"ל:

שומעין דבריו של זה היום כו'. וקשה כיון דמיירי מדאורייתא כדאמר אב"ע קרא וא"כ מה"ת הא בעי עשאי"ל. והא אמר פ"ב דב"ק גבי ליעודי תורא כו' דלא מחייבי הראשונים כשהוזמו דמצי למימר אטו ידעינן שיבואו כת האחרת אנן לחיובי ח"נ אתינן ע"ש. וא"כ כאן לא יהי' עד הראשון חייב בהזמה דמצי אמר אטו ידענא שיבא הב' אח"כ אנא לחייב שבועה אתינא כנ"ל. ואח"כ ראיתי בת' נ"ב סי' ע"ב שהוכיח מזה דלא בעי מה"ת עשאי"ל בממון ע"ש. והוא נגד כל הפ'. ונראה לישב דהרמב"ם ז"ל כ' מפי השמועה למדו כו' דאין עד א' מחייב שבועה רק כשראוי להצטרף עם עוד א' לחייב ממון ע"ש. דכללא

דכל מקום שב' מחייבין ממון כו' היינו כשעד הזה ראוי לצרף לחיוב ממון דהכי ילפינן מהא דלא יקום כו' לכל ענין כו' אבל קם לשבועה אותו עד שהי' קם לכל עון עם עוד א' ע"ש. והריב"ש כ' דעד א' לשבועה בעי מה"ת דו"ח כו' מטעם הנ"ל דכל שב' מחייבין ממון כו'. ולכאורה קשה הא עד א' לשבועה אינו בהזמה דלא חייב כלום דגם משבועה ע"א פטור מק"ש. וא"כ אם היו ב' שאין יכול להזימם לא היו מחייבין ממון א"כ גם א' לא יחייב שבועה ומה מהני מה שאם הי' ב' הי' יכול להזימם והי' מועיל אבל אם לא היו יודעין החקירות לא היו מחייבין ממון וא"כ ע"א אף שיודע החקירות הוי כא"י כיון דא"י להזימם ושנים כמוהו שאי"ל אין מחייבין ממון ואיך מחייב שבועה.

אך י"ל הטעם פשוט כמ"ש תוספ' סנהדרין פ"ב דאי משכחת הזמה באיזה אופן מקרי יכול להזימם ומהני ע"ש גבי ב' מיתות כו'. וא"כ כיון דקי"ל שומעין דבריו של זה היום כו'. א"כ יבא עוד א' ויעיד נחייב ממון ויהי' גם העד הא' יכול להזימו א"כ שפיר אפשר בהזמה ומחייב שבועה דגם כשמעיד לבדו הוי יכול להזימו כשיעיד עוד א' כנ"ל. וממילא מיושב קושיא הנ"ל דנימא שלא יצטרף דהוי עשאאי"ל שיוכל הראשון לומר לחייב שבועה קאתינ', ולמ"ש ז"א דכל מה שמחייב שבועה הוא רק משום שיכול להצטרף לממון ואם נאמר שלא יועיל הצירוף גם שבועה אינו מחייב א"כ ממילא כיון שבא לחייב שבועה ע"כ בא לצירוף ממון ג"כ דכל החיוב שבועה רק מטעם זה ושפיר יכול להזימו ולא קשה כנ"ל. וגם בל"ז י"ל דאי נימא דלא כר"נ ודוקא כשמעידין ביחד מהני לממון א"כ עד שמעיד לבדו לעולם לא יוכל לחייב שבועה דהא לא שייך כל שב' מחייבין ממון והיינו שראוי להצטרף לממון והא עד זה לא יוכל להצטרף לממון לעולם דאף כשיבא עוד א' לא יתחייב כיון דאין מצטרפין כנ"ל וזה העיד לבדו כנ"ל. ומטעם זה עצמו י"ל דסבר ר"נ שומעין דבריו של זה היום כו' דלא שייך ע"א כי אתי רק לשבועה הא אי לא אתי רק לשבועה ולא יצטרף לממון גם שבועה לא יחייב וע"כ אי אתי לשבוע' אתי ג"כ להצטרף לממון כשיבא עוד א' ואזי מחייב שבוע' וממילא מצטרף עם הא' שמעיד למחר וא"ש טעמא דר"נ כנ"ל. וממילא לא קשה כנ"ל דהוי עשאאי"ל דשפיר יועיל הזמה דלא יוכל לומר לחייב שבועה אתינא דלא מהני רק כשבא לממון ואל"ה לא מחייב שבועה כנ"ל. ומיושב ג"כ דלא אמר בש"ס טעמא דר"נ דפליג אטעמא דע"א כי אתי לשבועה כו' רק דדחי בכל מקום אטו בחד פומא מסהדי כו' אבל הטעם לא אמר. ולמ"ש י"ל דפליגי בזה דר"נ סבר דצריך דוקא לחיוב שבועה כשזה העד עצמו ראוי להצטרף עם עוד א' לחייב ממון כנ"ל. ושפיר לא שייך לשבועה אתי וע"כ לחיוב ממון בא ודייק לה מהא דבכל מקום ג"כ לאו בחד פומא כו' וע"כ דמטעם הנ"ל מצטרפין ורבנן סברי דכל שב'

מחייבין ממון כו' היינו שאף שזה אינו ראוי להצטרף מ"מ אם הי' עכשיו ב' היו מחייבין ממון שוב א' מחייב שבועה ושפיר י"ל דלשבועה אתי כנ"ל:

עוד נראה לע"ד דעיקר הקושיא לא קשה. דהנה יש לעיין בהא דאמר דמצי אמרי אנן לחיובי פלגא נזקא קאתינא ולא נתכוונו לצירוף נזק שלם כו' ומה בכך שלא נתכוונו הא עדים זוממין הוא מכ"ד אבות נזיקין ריש מסכ' ב"ק ומרבינן שוגג כמזיד דאדם מועד לעולם כו' ושאינו מתכוין כמתכוין וא"כ מה בכך שלא נתכוונו מ"מ חייבים כשגרמו היזק בעדותם אף בלא מתכוין. ולכאורה י"ל הטעם דלא עדיף משאר גורם וכיון דלא הי' אז ברי הזיקא בשעת עדותם לענין הנזק שלם שלא באו הכת אחרת עדיין ממילא פטורים אף שבאו אחר כך ודוקא במרמזי רמוזי שידעו מיד כנ"ל. אך ז"א דא"כ מאי משני במכירין בעל השור ולא השור דלא מצי אמרי לחייב ח"נ אתינא ע"ש. ועדיין קשה נהי דבאמת באו להעיד על נגיחה אחת כדי שיצטרפו אם יבואו עוד ב' נגיחות מה מועיל מה שנתכוונו לזה מ"מ לא ברי הזיקא אז בשעת עדותם דעדיין לא הי' שום היזק ואיך ברי שיבואו עוד עדים ועל הכוונה לחוד לא מחייבי אי נימא שדינם כשאר גורם ולא גרע מזרק כלי וסילק אחר הכרים וכסתות כו' וע"כ דלא דיינין להו כשאר גורם רק דעל שעת גמר דין דאז נעשה ההיזק וכיון שמחייבין אז נזק שלם ע"פ צירוף ב' הכתות נעשה עתה ההיזק ע"פ שניהם אף דבשעת עדות לא הי' ברי הזיקא מ"מ כיון שהב"ד מחייבים את זה ע"פ עדותם עכשיו שוב חייבין מועשיתם לו כו'. וא"כ שוב קשה כנ"ל אף שמכירין השור ונתכוונו רק לחייבו חצי חק מ"מ אח"כ כשבאים הכת אחרת ודנין הב"ד ע"פ ב' הכתות לחייבו נ"ש שוב יתחייבו אף שלא נתכוונו כנ"ל. וצ"ל לכאורה דאף דבשאר היזק מרבינן אינו מתכוין כמתכוין מ"מ בזוממין דכ' כאשר זמם לעשות כו' היינו דוקא שחשב לעשות בעדותו עכ"פ והיינו דוקא שנתכוין להיזק זה כנ"ל:

אמנם התוספ' פ"ק דסנהדרין גבי הביא האב עדים והזימם כו' הקשו הא מצי אמרי לא לחייב עדי הבעל מיתה קא אתינא רק לחייב ממון וכמו עדי נערה מאורשה דאמרי לאוסרה באנו כו' ותירצו כיון דב' הדברים תלוים זה בזה ממילא כשמזימם יודעין שמחייבין מיתה ג"כ משא"כ התם יכולין לומר שלא ידעו שהיא חבירה או דלא ידעו שחבר א"צ התראה כו' ע"ש. אבל בב' דברים דלא שייך טעות ממילא לא מצי אמרי שלא נתכוונו רק לדבר א' כיון שגם חיוב הב' ממילא כנ"ל. וקשה למאי דמוכח מש"ס ב"ק הנ"ל מהא דאנו מכירין השור כו' אף דבשעת עדותם לא הי' שום חיוב ולא הי' ידוע אם יגח עוד מ"מ כיון שאין יכולין לומר לחייב ח"נ באנו כו' שפיר כשנגח אח"כ חייבין כשהוזמו כיון שבאו לכך וידעו כשיבאו עוד עדים על נגיחה יתחייב על פיהם. וכן

סנהדרין פ"ו דאמר גבי עדי גניבה בנפש אי לא מצי אמרי לחייבו מלקות באנו מיחייבי אחר כך כשבאים עדים על המכירה ע"ש כיון שיודעים שיצטרפו כשיבואו עדי מכירה וא"כ למה היכא דמחייבין מלקות מצי אמרו להלקותו באנו הא עכ"פ אותן ב' דברים ג"כ הא בהא תליא שיודעין כיון דמחייבין מלקות אם יבואו עדי מכירה יצטרפו למיתה וא"כ שפיר יתחייבו מיתה כמו היכא שאין מחייבין כלום בלא הצירוף כת הב' דחייבין כיון שבאו ויהיו ראוים לצירוף וכן אף שמחייבין מלקות מ"מ יש ב' דברים בעדות זה החיוב מלקות והראוי שיצטרפו כשיבא כת הב' ממכיר' ותלוים זה בזה והוי כמו חיוב מיד ב' דברים מיתה וממון שאין יכולין לומר שלא נתכוונו רק לחיוב א' כמ"ש תוספ' הנ"ל כיון דאין לתלות בטעות. וכן בהנ"ל כיון שיודעין שיצטרפו ודוחק לומר שמא טועין בדין וסוברים שלא יצטרפו. ז"א דא"כ בכל דבר שייך זה גם בהא דהביא האב כו' שמא סוברים דעדים זוממין צריכין התראה וכה"ג וע"כ דלא תלינן במה דלא מצינו. וכן במועד אף שמחייבין ח"נ מ"מ הא יודעין ג"כ שיצטרפו למועד ואי בשביל דלא ברי אז גם כשאין מחייבין כלום לא ברי כנ"ל. לכך נרא' דהנה עוד קשה התם דאמר בעדי גניבה בנפש או עדים ראשונים דבן סורר ומורה כיון דמחייבין מלקות שוב עדי' האחרונים כשהוזמו חייבין מיתה דכולא דבר אפומייהו כו' ע"ש. וקשה כיון שכ' תוס' ומוכח בכמה דוכתי דמה דמקיימי הזמה במלקות לא מקרי יכול להזימו לענין חיוב ומיתה. וא"כ איך מחייבין מיתה ע"י ב' הכתות בבן סו"מ או גונב נפש הא כיון דכת א' מצי אמרי להלקותו באנו א"כ נהי דכת הב' הן המחייבין מיתה ויתחייבו גם הם מ"מ הא בלא כת א' אין כאן חיוב מיתה וא"כ שמא לא גנב פעם הראשון והכת ראשונה אינה יכולה להזימן לחיוב מיתה ומה שיתחייבו מלקות לא מהני לחיוב מיתה וא"כ איך מצטרפין לכת הב' לדון ע"פ חיוב מיתה הא לענין זה כת הא' הוי עשאאי"ל וממילא אינה מועלת כת הב' לבד. ונראה דהטעם פשוט כמו שכ' הרמב"ם ז"ל דהאיסור הוחזק אף ע"פ ע"א. וכן קי"ל סוקלין על החזקו' וכדומה. וכן כאן כיון דבגניבה ראשונה לא מתחייב רק מלקות ולענין מלקות מהימני כת הא' דהוי יכול להזימם שיתחייבו גם הם מלקות ונגמר עדותם ומהימני שגנב פעם א' ומחייבין אותו מלקות ממילא כשאח"כ באים כת הב' דבן סו"מ על גניבה שניה שפיר מחייבין אותו מיתה על פיהם דאין צורך עתה לצירוף כת הא' לדון עכשיו על פיהם על החיוב מיתה רק כיון שאמרה תורה כשגונב פעם ב' חייב מיתה. והא גניבה ראשונה כבר נתברר ע"פ עדים מה"ת שהי' מועיל אז שהי' עדות שיכול להזימם כדין לענין החיוב שהי' שייך בו. ממילא הוי עכשיו גניבה שני' וחייב מיתה ע"פ כת הב' לחוד והן יכולין להזימם וחייבין מיתה דשפיר כולא דבר אפומייהו. שאין דנין כלל

עכשיו מחמת הצירוף דכת הא' דזה לא הי' מועיל רק מצד שכבר נגמר מקודם עדות כת הא' למלקות וממילא ידוע שזה גניבה שני' ומחייבין מיתה רק ע"פ כת הב' לבד וחייבין שפיר כנ"ל וכן בגונב נפש למ"ד לוקין כיון דאז הי' חיוב מלקות ודנין ע"פ דלגבי מלקות הי' יכול להזימו והי' מועיל עדותן מה"ת שפיר נודע לנו עתה כשמעידין על המכירה שמחייבין מיתה. דמטעם צירוף דעכשיו לא הי' מועיל כיון דנגד חיוב מיתה לא הי' יכול להזימם כנ"ל רק כמו הוחזק' א"א ובאים עדים שזינתה דכולא דבר אפומייהו ומחייבין מיתה וחייבין גם הם כנ"ל ולמ"ד דעדי גנב' בנפש לא מחייבי מלקות כו' שפיר הוי צירוף דהא א"א לדון מטעם שידוע לנו שגנב נפש דהא לא הי' מועיל עדותן כלל ואינו עדות ואיך ידוע רק עתה בצירוף עדי המכירה גומרין הדין דחיוב מיתה ע"פ ב' הכתות ושפיר גם כת אחת חייבת מיתה כשהוזמו כיון דהחיוב דעכשיו הוי ע"פ צירוף עדות כת א' ג"כ וזה הטעם דר"ע דחצי דבר לא מהני ואעפ"כ כיון דעדי קדושין לא צריכי לעדי ביאה דבר קרינן בי' ולכאורה אינו מובן כלל דמה תועלת נגד עדי ביאה מ"מ הם רק חצי דבר הן. ולמ"ש הטעם פשוט כיון דעדי קדושין מהני דלא צריכי כו' שוב יודעין אנו שמקודשת וגם העדי ביאה דבר שלם הן לחייב מיתה דאין צירוף כלל עכשיו בתורת צירוף דעדי קדושין רק ע"פ עדותן לבד מחייבין כו' משא"כ כשכל כת אינה מועל דרק בתורת צירוף דאל"ה אינו עדות כלל דאין מעידין על חיוב כלום כנ"ל:

והנה לכאורה קשה אהא דעדי נערה מאורשה דמצו אמרי לאסרה כו'. וכ' תוס' שיכולין לומר שלא ידעו שהי' חברה הא מ"מ כיון שאנו יודעין שהיא חבירה לא גרע מב' כתי עדים דכת א' מעידה שזינתה וכת א' שהיא חברה ובגוונו דלא הוי חצי דבר היו מחייבין מיתה ע"י צירוף שתיהן וכיון שמועיל עדותן לאוסרה כולא דבר קרינן בי'. וכיון דיודעין דחבירה נחייב אותה ואף שהן אי"ל מ"מ גבי עדי גניבה בנפש לא מחייבי מיתה בהזמה ואעפ"כ מחייבין אותו כנ"ל:

אך למ"ש מיושב היטב דכאן ב' הדברים באים מעדותם ביחד לאוסרה והחיוב מיתה צריך שיועיל עדותן למיתה ולגבי מיתה הוי עשאאי"ל ואין יכולין לחייבה ע"פ העדות דלאוסרה אף שנאמנים ע"ז כנ"ל. ומיושב ג"כ קושיא הנ"ל דהא יודעין שאם חבירה מיקטל' א"כ באים לב' הדברים כנ"ל. דז"א דכל עדות שאמרה תורה להאמין צריך שיהא מוכח מעדותם שמעידין שזה חייב אבל אם מעידין שזה קשר בשבת ואנו יודעין בבירור שהעדים אין יודעין שמחויבין מיתה על קשירה כלל ודאי דלא הוי עדות דאין מעידין כלל שחייב מיתה רק דבמה דליכא למטעי לא תלינן כלל בטעות וכמו דברים שבלב כו' דהא מוכח מעדותן שבאים לחייב מיתה כו'. משא"כ בנערה מ' כו' כיון דזה עביד

למטעי שאינה חברה או דצריך התראה כמ"ש תוס' א"כ אין מוכח כלל מעדותן שזינתה שמעידין על חיוב מיתה והיכא דלא שייך לאסרה באנו שפיר מוכח שיודעין דאל"כ למה אתו משא"כ דשייך לאסרה אין מוכח מעדותן רק לאסרה דשמא אין יודעין שחברה וא"כ יודעין דודאי אינה חייבת מיתה ע"פ עדותן ואין מוכח כלל שהעדות לחיוב וגם בלא טעמא דעשאאי"ל לא הי' מועיל רק דעכ"פ כיון דלאסרה מהני יודעין שזינתה ע"פ ממילא כיון שאנו יודעין שחברה נחייבה מיתה ממילא בלא עדותן כנ"ל בעדי גניבה ע"ז אמר הטעם דכאן שבא ביחד גם החיוב מיתה מעדו' זה צריך שיהי' עדותן יכול להזימם נגד החיוב מיתה ול"מ מה שנאמנים לאסרה לענין שנחייבה מיתה. ולא קשה מה שיודעין דאם חברה חייבת כו' כיון דלא מוכח מעדותן אין מעידין כלל שחייבת מיתה כנ"ל. וא"כ גבי ג' נגיחות כיון דמחייבין ח"נ אין מעידין כלל על חיוב זה להעשות מועד רק עדות בפ"ע רק דממילא נצרף לעשו' מועד וכיון דהוי עדות בפ"ע ולא העידו כלל על ענין מועד אינו עדות ע"ז כלל כנ"ל. וממילא לא קשה בשומעין דבריו של זה היום כו' דיאמר הראשון כשיוזמו שבא רק לחייב שבועה. ז"א דמ"מ הוא העיד שזה חייב לזה ממון וע"ז. הי' עדותן רק דאין מאמינים לו לבדו לחייב ממון עד שיצטרף אבל העדות הי' על חיוב ממון לגמרי וכיון דעתה מצטרף כשבא הב' ומחייבין ממון ע"פ שפיר חייב גם הא' דהא ידע אז כשיבא ב' יצטרף ונאמין לו לחייב ממון ע"פ שניה' והעדות הי' גם אז מבורר שמעיד על חיוב ממון רק הנאמנות לא הי' ע"ז עד שיבא הב'. ולא דמי כלל להתם דאז כשלא היו יודעין מנגיחה ג' לא העידו הם כלל שזה חייב נזק שלם רק על ח"נ משא"כ כאן דהעדות על חיוב גמור ולא קשה כנ"ל. וע"ש סנהדרין פ"ו ובכ"מ פ' כ"א מה"ע מבואר כיון דמועילין עדי גניבה להלקותו לא שייכא כלל סהדותייהו בכת הב' ע"ש. משא"כ כאן שהוא על עדות אחת וא"א לומר דלא שייך בדחברי' כיון שהם צירוף כת א' כנ"ל. וראי' ג"כ ממ"ש תוס' סנהדרין פ"ב גבי נתחייב ב' מיתות דנדון בחמורה והקשו דכת הב' א"א להזימם שכבר מחויב הקלה. ותירצו כיון דאי מתכחשי קמאי כו' יכול להזימן קרינן בהו ע"ש. ומה בכך הא גם אם יתכחשו קמאי לא יתחייבו הם דמצו אמרי אטו ידעינן דיתכתשו אנן רק לחייבו מקלה לחמורה אתינן כנ"ל. ולמ"ש מיושב דהא הם מעידין על חיוב מיתה בבירור רק שאין תועלת עכשיו בעדותן רק מקלה לחמורה ושפיר כיון דהא יודעין דאי יתבטל עדות קמאי מחויב ע"פ ושפיר ראוי להזמה ויתחייבו כנ"ל:

גמ'. אב"ע סברא עד א' כי אתי לשבועה הוא דקאתי כו'. נראה דאין הפי' דמשום דהועיל עדותו לשבועה הוי עדות אחרת לחיוב שבועה ושוב אין עושה פעולה אחרת להצטרף

לממון או דיהי' הטעם משום דלא נתכוין לחיוב ממון רק לשבועה וכמו גבי הזמה היכי שמחייבין דבר מה דמצי אמרי כו' דא"כ היכא שאינו מחייב שבועה בעדותו ודאי אחד לממון ומצטרף גם לרבנן וז"א דא"כ בקרקע או בקנס יועיל לרבנן ג"כ. ופ' מרובה גבי גנב ע"פ ב' כו' מבואר דגם בקנס תליא בפלוגתא דר"נ ורבנן. וכן גבי איסור פ"ב דכתובות פ"ו וב"ב מ"ח גבי כהן דמוקי בפלוגתא דר"נ ורבנן והא גם רבנן מודו היכא דליכא שבועה. רק נראה דאדרבה רבותא קאמר דהיכא דלא הועיל כלום בעדותו ודאי אינו מצטרף דלא הי' עליו שם עדות כלל דלא אמרה תורה להאמין לעדים רק כשבאי' לחייב סומכין שלא היו מעידין שקר לחייב ממון אבל כשלא הועיל כלום איך נסמוך עליו שהעיד אמת עתה כשבא הב' ונחייב ממון על פיו כנ"ל. רק דבממון דשייך שבועה דלכאורה ראוי לצרף דהי' עליו שם עדות לחיוב שבועה ושייכא החזקה דלא עבר אלא תענה וממילא יצטרף עתה וע"ז אמר דמ"מ לא מהני דכי אתי לשבועה הוא דקא אתי והיינו דודאי חמור העונש עדי שקר כשמחייבין ממון מכשמחייב רק שבועה וא"כ מה שסמכה תורה על העדים הוא כשמעידים לחייב ממון סומכין שאמת ומחייב ממון ע"פ. ולענין שבועה דאינו חיוב ממון סמכה תורה על עד א'. אבל שנסמוך על החזקה דע"א מה שאינו משקר לשבועה שנוציא ממון זה לא מוכח ולכך לא מהני לצירוף וכ"ש היכא דאין חיוב שבועה ג"כ כנ"ל:

ור"נ אטו בחד פומא מסהדי אלא מצרפינן כו'. כבר כתבנו לעיל דקשה מאי ראיה הא כדאמר בשבועו' גבי כפרו שניהם בב"א כו' כיון דהעיד כל א' תוך כ"ד של חברו ויכול גם הראשון לחזור תוך כ"ד של הב' חשוב בב"א וחייב מדלא חזר בו ע"ש. וגם כאן כיון שרואה שמעיד הב' ויש חיוב ממון ויכול לחזור שפיר מוכח שבא לממון משא"כ באחר כ"ד שא"י לחזור. ומ"ש לעיל אינו תירוץ לרוב הפ' דלא אמרינן עביד איניש לאחזוקי דבורי' כנ"ל. אמנם נראה דלא קשה דבשלמא לענין כפירה בשה"ע דבעי כפירת ממון וחייבה תורה על הכפירה שפיר כיון שהוא תוך כ"ד ויכול לחזור ולהעיד הוי הכפירה ביחד וחייבין כנ"ל. אבל כאן לענין העדות הא קי"ל ע"פ ב' עדים מפיהם ולא מפי כתבם ולא בהרכנה רק צריך להעיד בפיו דוקא. וא"כ כיון דכשהעיד הא' לא הי' רק חיוב שבועה רק דנימא כשרוא' שמעיד הב' תוך כ"ד ויכול לחזור מעדותו הראשון ואינו חוזר חזינן דאתי לממון. ז"א דאיך נחשוב זה לעדות מה שאינו חוזר בו הא זה אינו מעיד בפיו עתה רק ראי' על העדות ולא עדיף מהרכנה ומפי כתבם דלא מהני דבעינן ע"פ דוקא ועכ"פ מה שאינו חוזר בו אינו הגדה בפה ולא נשאר רק עדות שהעיד מקודם ולא מהני וע"כ דמצרפינן לי' כנ"ל. וי"ל דבהא פליגי דרבנן סברי דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו ואין

צריכין לחשוב מה שאינו חוזר עתה לעדות רק הוכחה על תחלתו שגם מקודם כשהעיד הי' כוונתו לצירוף ממון דאל"ה הי' חוזר בו עתה ושפיר אז הי' העדות בפיו ומהני כיון דאתי לממון ואין ראי' ממאי דלאו בחד פומא מסהדי כו' על צירוף דאחר כ"ד כנ"ל. ור"נ סבר דלא שייך הוכיח סופו כו' דאין כאן הוכחה כלל כיון דהדין דעדות הראשון שהעיד מקודם אינו מועיל ולא מצטרף א"צ כלל עתה לחזור בו כשמעיד הב' כיון שאינו חוזר ומעיד לא מהני כנ"ל:

גמ'. איכא מאן דידע אי הלכה כריב"ק כו' אמור בני כו' א"ל שמעתי שמודה ריב"ק לר"נ א"ל לזה הוצרכנו כו' השתא עיקר ראי' כו'. דברי הש"ס תמוהים מאד שלא השיב לו מענין השאלה כלל שר"י הי' מסופק אי הלכה כריב"ק והוא השיב שמודה ריב"ק לר"נ מה שאינו ענין כלל לזה ומה זה שאמר רשב"א דין ידע וגם למה הוצרך ר"י להשיב לזו הוצרכנו השתא עיקר ראי' כו' הא לא הי' צריך להשיב כלום שלא שאל ע"ז כלל דמה חילוק אי מודה ריב"ק לר"נ או לא ואין פירוש כלל. ונרא' לפרש בפשיטות דהא פשטא דמתני' כר"נ דייקא דקתני ששואלין כל א' לבדו ומצטרפין אף שלא העידו ביחד רק דהש"ס בעי למדחק לעיל מדתני ואח"כ מכניסין אותן למאן כיון דלא ידע לס"ד דמוציאין לבע"ד ע"כ קאי אעדים כדי שיעידו ביחד אחר כך ודלא כר"נ אבל למסקנא דבאמת מוציאין לבע"ד ממילא פשטא דמתני' דמכניסין אבע"ד. קאי לא אעדים דהא קתני מקודם נושאין ונותנין בדבר כו' ואח"כ מכניסין כו' ואומר איש פלוני אתה זכאי ואי אעדים קאי צריכים להכניסן קודם המו"מ דהא עדיין לא הי' עדות המועיל כלל כיון דלא מיצרפי. וא"כ ריב"ח הי' סבר דפלוגתא דריב"ק ורבנן מישך שייכי בדר"נ כדאמר לעיל דמקשינן הגדה לראי' ולכך ריב"ק דלא בעי ראי כא' סבר כר"נ כיון דמקיש כנ"ל. ורבנן דבעי ראי' כא' לכך פליגי אר"נ דגם הגדה בעי וא"כ ממילא כיון דסתמא דמתני' כר"נ שוב ממילא הלכה כוותי' דר"י לטעמי' דהלכה כסתם משנה ושוב ממילא הלכה כריב"ק ג"כ דתליא הא בהא כנ"ל ושפיר אמר שמעתי שמודה ריב"ק לר"נ וע"כ משום דתליא הא בהא דלכ"ע מקשינן הגדה לראיה כו'. ושוב מוכח ממילא ממתני' דהלכה כריב"ק כיון דסתם כר"נ והשיב לו ר"י לזו הוצרכנו השתא עיקר ראיה כו' הגדה מבעיא וא"כ א"א לומר דתליא הא בהא ותרווייהו סברי דמקשינן דא"כ לא הוצרך ר"נ לומר כלל רק דהלכה כריב"ק וממילא כ"ש שהגדה לא בעי כנ"ל וע"כ דתרווייהו ס"ל כרבנן דריב"ק כדמוקי לה הש"ס ופליגי רק אי מקשינן הגדה לראי' וא"כ אין ראי' כלל ממה דמתני' כר"נ שיהי' הדין כריב"ק דהא גם ר"נ ע"כ לא ס"ל כלל כריב"ק כנ"ל:

עוד י"ל דהנה עוד קשה הלשון שמודה ריב"ק לר"נ כו' מאי שייך שמודה דמשמע אף דסבר דלא בעי ראי' כאחד מ"מ מודה דלא בעי הגדה כא'. והוא תמוה דאדרבה בש"ס תלי לה דמקשינן הגדה לראי' ועכ"פ הסברא להיפוך דאי לא בעי ראי' כא' גם בהגדה כן ומה מודה שייך ועי' ריש פ"ב דכתובות כו'. ונראה דהוא סבר הטעם כדאמר לעיל דבסברא פליגי דחד אתי רק לשבועה ולא לצירוף ממון ולכך פליגי אר"נ. וא"כ לרבנן דפליגי אריב"ק דהלואה אחר הלואה לא מצטרפי וצריך שיראו כא' וא"כ צריך כ"א שיעיד שראה עם חברו ביחד כדאמר עד. דחזו תרווייהו כחד כו'. ולשבועה ודאי דמחייב אף שראה לבדו דהא כ' דע"א קם לשבועה כו' וא"כ ממילא ודאי דהדין כר"נ דא"צ שיגידו כאחד דאף שזה אומר היום שראה עם אותו האחר וחברו למחר ג"כ מצטרפי דלא שייך לומר דלא העיד רק לשבועה דא"כ למה העיד שראה עם חברו הא לשבועה די בראייתו וע"כ דאתי לצירוף ממון ולכך הוצרך לומר שראה עם חברו דאל"ה לא הי' מהני לממון. וא"כ שפיר הדין כר"נ משא"כ לריב"ק דגם לממון סגי כשראה כל אחד לבדו ושפיר שייך דאתי רק לשבועה כשאין מגידין ביחד. ואף שהעיד שראה עם חברו מ"מ אין זה ראי' שבא לממון דהא גם לממון לא הוצרך לומר שראה עם חברו ושפיר לריב"ק דא"צ ראי' כא' יש סברא דלא כר"נ וקמ"ל שפיר שמעתי שמודה ריב"ק לר"נ דאף דא"צ ראי' כא' מ"מ גם הגדה לא בעי כא' כנ"ל. והנה הבעה"מ דייק ממתני' דתני מקודם לשון יחיד אמר לי כו' ואח"כ תני עד שיאמר בפנינו הודה לו ולא תני ג"כ בפני הודה כו' ודייק מזה דהודאה בע"א לא מהני כלל אף לחיוב שבועה ע"ש והרמב"ן ז"ל חלק עליו ע"ש:

והנה עוד יש לדקדק במשנה למה נקיט לישנא בהודא' ולא אמר עד שיאמר הלוה לו הא לא מיירי כאן מדיני הודאה מתי מהני רק מבדיקת העדים ואין זה להשמיענו כאן. וגם לדעת בעה"מ דיש רבותא דבהודאה לא מהני בע"א ג"כ אינו ענין לבדיקות העדים לאשמעינן כנ"ל. ואדרבה לתני בהלואה ויהי' סגי בפני הלוה כו' ולרמב"ן ז"ל י"ל דמתני' כרבנן דריב"ק ואיכא מ"ד לקמן דאף דהלואה אחר הלואה לא מהני מ"מ הודאה אחר הודאה מצטרפין. וא"כ י"ל שפיר דקמ"ל במשנה אף בהודאה צריך שיאמר כל א' בפנינו הודה דבפני לחוד לא מצטרפי אף שהוא הודאה אחר הודאה ושפיר יש רבותא בהודאה מבהלואה דגבי הלואה ודאי צ"ל כל א' בפנינו דהלואה אחר הלואה לא מצטרפי וקמ"ל דאפילו הודאה אחר הודאה ג"כ לא מהני כדאמר לקמן דלמא כו' וצריך דוקא בפנינו וזה שפיר רבותא לענין עדות העדים כנ"ל. ומוכח דמתני' כרבנן דאי כריב"ק אפילו בהלואה אחר הלואה מצטרפי וליתני בהלואה ובפני דהוי רבותא טפי דיצרף כנ"ל. אמנם לבעה"מ ליכא למימר דמתני' כרבנן דאדרבה למה תני בהודאה דבל"ז צריך דוקא

לומר כל א' בפנינו דאל"ה לא הוי הודאה כלל ליתני רבותא דאף בהלואה צריך כל א' לומר בפנינו דאל"ה לא מהני משום הלואה אחר הלואה כנ"ל ולמה תני בהודאה. ולענין שבועה לא מיירי כאן כלל ולממון צריך גם בהלואה כל א' לומר בפנינו לרבנן. אך מוכח להיפוך דמתני' סברה כריב"ק וקמ"ל להיפוך דדוקא בהודאה צריך כל א' לומר בפנינו משום דהודאה לא מהני כלל בע"א אבל בהלואה הי' סגי גם בפני דהודאה אחר הלואה מצרפי ושפיר קמ"ל לענין עדות כריב"ק וא"כ לבעה"מ ז"ל מוכח דמתני' כריב"ק כנ"ל. **אמנם** למ"ש לעיל י"ל גם לבעה"מ דמתני' סברה כרבנן דריב"ק ואעפ"כ א"ש מה דתני בהודאה דוקא והוא משום דסבר כרבנן דריב"ק ממיל' ס"ל כר"נ דשומעין דבריו של זה היום כו' דלא שייך דאתי רק לשבועה כיון שאמר שראה ההלואה עם חברו ע"כ אתי לממון כנ"ל. וא"כ זה שפיר בהלואה דאי לשבועה הוי סגי בפני לחוד כנ"ל. אבל בהודאה לבעה"מ ז"ל דבע"א לא הוי הודאה כלל גם לחיוב שבועה א"כ גם אי לשבועה אתי הוצרך לומר בפנינו דוקא ושוב צריך שיגידו כא' דגם לרבנן דריב"ק שייך כאן בהודאה כי אתי רק לשבועה אתי דאעפ"כ הוצרך לומר בפנינו כנ"ל. וא"כ הוא סבר דמכניסין קאי אעדים כו' וכברייתא דלעיל ודלא כר"נ. ושפיר בהלואה סברה מתני' כר"נ דכיון דסבר כרבנן דריב"ק ע"כ לממון אתי מדאמר בפנינו ושפיר א"צ שיעידו כא' כנ"ל. משא"כ בהודאה קמ"ל דגם ר"נ מודה דאח"כ מכניסין העדים דצריך שיעידו כא' דאל"ה לא מהני מה שכל א' אמר בפנינו הודה כנ"ל. דמ"מ י"ל דאתי לשבועה וא"כ לבעה"מ ז"ל א"ש מתני' כרבנן דריב"ק ומ"מ תני דוקא בהודאה וקמ"ל לענין העדו' רבותא דכיון דבע"א הודאה לאו כלום לכך ואחר כך מכניסין את העדים להעיד ביחד משא"כ בהלואה כנ"ל ומיושב שפיר דר"י דהוי מספקא לי' אי הלכה כריב"ק כו' אמר לי' ריב"ח שמעתי שמודה ריב"ק לר"נ והיינו כמ"ש דאף דא"צ שיראו כא' ושייך דאתי רק לשבועה אעפ"כ א"צ הגדה כא' וממילא ע"כ אין הטעם כנ"ל. ושוב לא מצינן למימר כנ"ל דמתני' כרבנן דריב"ק ולכך צריך בהודא' הגדה כא' לבעה"מ. דז"א דהא גם לריב"ק שאומר רק בפני דודאי שייך דאתי לשבועה אעפ"כ סבר כר"נ דלא בעי הגדה כא' דאין הטעם כנ"ל. וקשה למה נקיט בהודאה הא לרבנן רבותא טפי בהלואה וע"כ מוכח דמתני' סברה כריב"ק וקמ"ל להיפוך כמ"ש לעיל לבעה"מ דדוקא בהודאה צריך כל א' לומר בפנינו משום דע"א בהודאה לאו כלום אבל בהלואה גם בפני מהני דמצטרפי כריב"ק ושפיר מוכח דהלכה כריב"ק. ומיושב שפיר שהשיב ריב"ח שמעתי שמודה ריב"ק לר"נ כנ"ל. ושוב ממילא מוכח ממתני' כריב"ק כנ"ל והשיב לו ר"י לזו הוצרכנו השתא עיקר ראי' לא בעי כו' הגדה מיבעי' וא"כ איך אפשר לומר כנ"ל דמתני' קמ"ל כריב"ק בהלואה אחר הלואה

מצטרפי א"כ ממילא ודאי דכר"נ דגם הגדה לא בעי כא' א"כ איך תני מכניסין את העדים כנ"ל להעיד ביחד והיינו דלא כר"נ כנ"ל הא אי סבר כריב"ק ממילא דר"נ פשיטא כנ"ל וא"כ לדידך דאתה סובר דמכניסין קאי אעדי' ודלא כר"נ ולכך הוצרכתי להוכיח מהא דמודה ריב"ק לר"נ כנ"ל הא למה אין צורך כלל דאי נימא דמכניסין אעדים ממילא אי אפשר לומר דמתני' כריב"ק כנ"ל. א"כ אדרבה מוכח דהודאה בע"א מהני וכרבנן דריב"ק וקמ"ל דגם הודאה א"ה לא מצטרפי. והא גופא מספקא לי' לר"י או דלא מהני הודאה בע"א ומתני' כריב"ק וממילא כר"נ ומכניסין קאי אבע"ד כדאמר לעיל ושפיר מסופק אי הלכה כריב"ק כנ"ל ומיושב הכל כנ"ל:

גמ'. ומה עיקר ראיה לא בעי בהדי הדדי כו'. וקשה לטעם הא' דבש"ס דבסברא פליגי אין זה ק"ו דהטעם דאתי לשבועה משא"כ כשמעידים ביחד אף שלא ראו כא' מ"מ יודע דאתי לממון משא"כ בדר"נ דאין מעידים ביחד כנ"ל. ונראה לפרש דהא למ"ש לעיל דאין הפירוש דאתי לשבועה שלא נתכוין רק לשבועה דא"כ היכא דלא מחייב שבועה ע"כ אתי לצירוף ממון והי' מהני וכמו לענין הזמה פ"ב דב"ק כנ"ל. רק הפי' הוא דבשעה שהעיד לא הי' עליו שם עד לחיוב ממון והיינו כמו דילפי' דחוץ לב"ד אינו עדות כלל משום דכ' אם לא יגיד דוקא במקום שאם מגיד מחייב ממון בעדותו. ואף דהא אותן עדים שהעיד בפניהם יכוין להעיד בב"ד ויחייב, ממון בהגדתו וע"כ דצירוף שמיד בשעת הגדה יחייבו בלא מעש' אחרת. ולכך כיון שאין מחייבין עתה לא הוי עדות כלל וגם בע"א פטור מק"ש מה"ט דאם יגיד אין חיוב ממון ע"ש פ' שה"ע. וזה הוא הטעם כיון דאתי לשבועה ואין בשעת עדותו חיוב ממון כלל לא הוי עדות כלל לממון אף שבא הב' אח"כ רק זה רבותא שהי' שם עד עליו לשבועה אעפ"כ לגבי ממון לא נקרא עד אז וגם אח"כ לא מהני כנ"ל. וא"כ כמו דאמר בש"ס ב"ב פ' י"נ דתחלתו בפסול וסופו בכשרות לא מהני אף דעתה עד כשר ואינו משקר משום דכ' והוא עד או ראה כו' לא יגיד דצריך להיות בשעת ראיה עד כשר שיהי' ראוי להגיד ולחייב ממון כנ"ל א"כ ממילא דלא כריב"ק דבהלואה אחר הלואה דבשעת ראיה לא הי' רק ע"א וכיון דאמרינן לענין הגדה דלא כר"נ ואין עליו שם עד לגבי ממון כיון שאינו מחייב ממון בעדותו לבד בשעה שמעיד א"כ ממילא כשראה לבדו ודאי דלא מהני ג"כ כנ"ל. דלא קרינן בי' והוא עד בשעת ראיה דלא הי' ראוי כלל אז להגיד ולחייב ממון כנ"ל. וממילא אף שראה אח"כ עוד א' הלואה אחרת לא מצטרף כלל כמו בהגדה כנ"ל. ואמר ר"י שפיר גם לטעמא דסברא כו' דמ"מ ק"ו הוא השתא עיקר ראיה לא בעי ביחד וע"כ דקרינן בי' והוא עד הראוי להגיד ולחייב כיון דעכ"פ יש שם עד עליו לחייב שבועה ולא דמי לתחלתו בפסול

וגם כיון דראוי להצטרף שוב קרינן בי' והוא עד שאם יהי' עוד א' יהי' מחייב ממון כנ"ל. וא"כ ממילא הדין כר"נ דשומעין דבריו היום כו' דקרינן בי' והוא עד גם בשעת הגדה כיון דמהני לשבועה או להצטרף נקרא עד לממון. וממילא א"צ שיגידו כא' דשפיר הוי עד לממון ג"כ דאי דלא כר"נ ולא הי' מהני בהגדה משום דלא בא לממון כנ"ל גם בראי' ודאי לא מהני כנ"ל. והא דאצטריך בש"ס לעיל אליבא דרבנן לטעמא דוהוא עד עד דחזו כחד כו' דמפיק לה לשון יחיד כו' ולא אמר משום דכמו דתחלתו בפסול כנ"ל. ז"א דאמר שפיר אליבא דר"נ דקי"ל כן דשומעין דבריו כו' משום דקרינן בי' עד המחייב לממון ג"כ משום דמועיל וממילא גם בהא הי' מועיל והוצרך לטעמא דבעינן דחזו כחד משא"כ אי דלא כר"נ ודאי דס"ל כרבנן דריב"ק ואמר ר"י שפיר השתא כו'. ועוד דצריך בש"ס הטעם הנ"ל היכא דכל א' מעיד על הלואה שראה עם אחר והב' על הלואה אחרת ג"כ עם א' לא עם זה. ושפיר הי' שם עד עליו בשעת ראי' שראוי להגיד ולחייב ממון ולא שייך טעם הנ"ל. ומ"מ לא מצטרפי עכשיו עם זה שלא ראה עמו וצריך הטעם דעד דחזו ב' כחד היינו שאותן ב' שמעידין עתה יהיו רואין כא' כנ"ל. אבל ר"י אמר שפיר הק"ו דריב"ק כיון דאמר דא"צ כלל ראי' כא' ואף שלא הי' אחר עמו כלל בשעת ראי' ג"כ מהני ממילא מוכח דקרינן והוא עד ופשיטא דמהני בהגדה ג"כ ודלא כר"נ כנ"ל:

בין בקרקע ובין במטלטלין כו'. ופי' רש"י ז"ל בקרקע היינו שהודה שקרקע זו שלו ומטלטלין פי' בהלואה אחר הלואה כו' ותמוה למה נקיט החילוק דקרקע ומטלטלין ולא עיקר החילוק שבין הודאה אחר הודאה או הלואה אחר הלואה ואינו ענין כלל לקרקע ומטלטלין. וכן אח"כ דאמר הלכה כריב"ק בקרקע ולא במטלטלין ונקיט מה שאינו שייך לעיקר הדין כלל וי"ל דקמ"ל דבקרקע לא משכחת רק הודאה א"ה לעולם דאף שרש"י ז"ל נקיט בהודאה דקרקע זו שלו כו' מ"מ גם במכירה שזה מעיד שהיום מכר לו קרקע זו והב' מעיד על יום אחר שמכר קרקע זו ואף שהוא מעשה אחרת מ"מ הוי כהודאה אחר הודאה דמצטרפי דמ"מ העדות על קרקע א' וכמ"ש רש"י לקמן בהודאה א"ה דנקרא והוא עד כו' יותר מבהלואה כו' ע"ש ורש"י ז"ל שדייק למנקט הודאה י"ל דבמכירה על אותו קרקע עצמה כיון דקי"ל ב' שטרות על שדה א' ביטל אחרון את הראשון ע"ש כתובות מ"ד ולחד מ"ד משום דאודויי אודי דמכירה ראשונה בטלה כו' א"כ לא שייך צירוף כה"ג דלדברי עד הב' שמכר ביום אחר לו אותו שדה נתבטל מכירה ראשונה של ן הא' וממ"נ ליכא ב' עדים כנ"ל:

שוב מצאתי בב"י סי' ל' הביא כנ"ל בשם מישרים לר"י וכ' שדבריו תמוהים ע"ש. ונראה טעמו דאיך נבטל הא לא נתבטל עדות הא' רק כשעדות הב' אמת וא"כ ממ"נ יש כאן ב'

עדים עכ"פ דאם נאמר שלא מכר ע"כ שניהם משקרים ואי עד הב' אמת א"כ שוב מכר ושפיר הוי עדות כנ"ל. ולכאורה מדברי רש"י ז"ל ראיה כמישרים מדנקיט בהודאה. אך אין ראי' דדברי ב"י שפיר עכשיו דקי"ל הלואה א"ה ג"כ מצטרף ושייך טעם שכתבנו דאף שאין מצטרפין יחד דלעד הב' בטל המכירה א' מ"מ הוי כהלואה א"ה כנ"ל. משא"כ רש"י ז"ל דקיימינן עכשיו דדוקא הודאה אחר הודאה אבל הלואה א"ה לא מצטרף והטעם בהודאה דהוי שניהם עדות אחת כמ"ש רש"י לקמן משא"כ בהלואה גם עכשיו נפרדים ע"ש. וא"כ ודאי כה"ג הדין כס' המישרי' דלא מצטרפי דהוי כהלואה אחר הלואה עכ"פ דאף שהוא על קרקע אחת מ"מ אין כאן צירוף להיות עדות א' כיון שלדברי הב' בטל העדות הא' כנ"ל. ולכך פרש"י דוקא בהודאה וא"כ עכ"פ שוב הלואה א"ה גם בקרקע. אך אין דומה ממש להלואה א"ה ועוד דאין דברי ב"י מוכרחים כיון דאמר בש"ס התם נ"מ לאורועי סהדי ע"ש א"כ מעיד הב' שהא' פסול כנ"ל ואין להאריך כאן בזה וגם במעיד א' שמכר לו שדה א' והב' מעיד על שדה אחרת דלכאורה מצטרפין שיתן לו עכ"פ השדה הפחות מהב' דעכ"פ אחת שלו. וכמו דקי"ל באבדה לו דרך שדהו כו' דבחד דאתי מכח חד אמר לו דרכי גבך כו' ע"ש. וא"כ זה הוי הלואה א"ה שכל א' מעיד על דבר אחר ואע"פ כן מצטרפין כנ"ל. אמנם נראה די"ל דלא מצטרפי כיון דקרקע אינה נגזלת ואין עליו שוב חיוב הגוף להחזיר לזה רק שהיא שלו וא"כ אין כאן צירוף עדות דדוקא בהלואה א"ה שייך כדאמר בש"ס מ"מ אמנה מסהדי כו' דהוי צירוף לענין זה שחייב מנה דע"ז מעידין שתיהם יחד. משא"כ בקרקע דזה מעיד דקרקע זו שלו אבל אין על זה חיוב כלל ואין שייכות לקרקע הב' א"כ אינו יכול להוציא שום קרקע דע"ז אין לו אלא ע"א ועל זו אין לו אלא ע"א דבשלמא אם הי' הטעם בהלואה א"ה משום דעכ"פ א' מהם אומר אמת הי' שייך גם בזה דעכ"פ קרקע חדא גבך כמו בדרך הנ"ל. אמנם באמת אין הטעם כן כמ"ש לקמן רק משום כשמצטרפין הם ב' עדים על חיוב א' וממילא בקרקע דאין חיוב עליו כלל אין כאן עדות על שום קרקע כנ"ל. וגרע מא' אומר חבית וא' שמן כו' דגם בלא מכחשי כו' לא מצטרפי כמ"ש לקמן ע"ש וקמ"ל שפיר במאי דנקיט הש"ס בקרקע לאשמעינן דלעולם בקרקע הוי רק בהודאה אחר הודאה ובגווני אחריני לא מהני כנ"ל ובמטלטלין נקיט ג"כ סתם לאשמעינן דאף בהודאה א"ה דינו כמו בהלואה א"ה בסתם כדאמר לקמן דלמא לאו האי מנה דאודי קמי האי כו'. ומ"מ הלשון מטלטלין עדיין אינו מדוקדק דמשכח' בחפץ מיוחד שהודה שהוא שלו כנ"ל:

עוד י"ל דהא לכאורה למ"ש רש"י ז"ל החילוק דבהודאה מצטרף משום דעכ"פ עתה בשעת עדות כבר מעידין על דבר א' שהחיוב הוא חיוב אחד אף דהראיה מסתעף מדברים

נפרדים שמה שיודע שחייב יודע זה ממעשה אחרת שהודה בפניו וזה מהודאה אחרת מ"מ עתה קרינן בהו והוא עד שמעידין על חיוב א' משא"כ בהלואה שעדיין מעידין על חיובים נפרדים שזה מעיד שחייב מנה אחרת לא זו שמעיד הב' וכן הב' ולכך לא מצטרפי כנ"ל. והנה לכאורה אי נימא גבי הלואה א"ה דלא מצטרפי א"כ צריך לישבע להכחיש העד עכ"פ ש"ד שעל כל המאתים דהא על כל מנה יש ע"א עכ"פ וא"כ כשנשבע שאינו חייב לו כלום שוב נראה דנפסל לעדות ולשבועה ע"י ב' עדים הנ"ל דלענין זה הוי שפיר צירוף כמו הודאה א"ה דהא שניהם מעידים דשבועה זו נשבע לשקר ואף שכל א' יודע דהשבועה שקר מחמת ראיה אחרת מ"מ גם בהודאה א"ה כן ומ"מ הוי צירוף כיון דעכשיו העדות על דבר א' וא"כ גם לענין זה שנשבע לשקר ג"כ עכשיו הוי העדות על דבר א' והוי צירוף ומיפסל וממילא הוי משאי"ל משלם ולא גרע מהא דמלוה על המשכון כו' דמחשש שמא יוציא הלה את הפקדון ויפסלנו לפרש"י ז"ל חייב לשלם ולא יהבינן לי' לשבועה וכ"ש בהנ"ל דמיד נפסל כנ"ל. וממילא הי' אפשר לחלק דדוקא במטלטלין דאיכא חיוב שבועה עכ"פ אף אי לא מצרפי שוב מצרפי גם בהלואה א"ה מטעם הנ"ל משא"כ בקרקע דאין חיוב שבועה בקרקעות וקמ"ל דאין הטעם כנ"ל דהלכה כריב"ק בקרקע ולא במטלטלין אף דשייך שבועה וא"ש דנקיט לישנא דמטלטלין שנשבעין עליהן כנ"ל. ומה שבאמת לא אמרינן כנ"ל נראה דלא יופסל ע"פ עדותם כלל עד שיחזרו ויעידו אחר השבועה וע"ז לא חיישינן. וכמו להפ' דהעד ואותו בע"ד שנשבע לו מצטרפין אח"כ לפסלו ואעפ"כ משום דצריך אח"כ להעיד נותנין לו שבועה ואף דבמי שנשבע ב' פעמים נגד ב' עדים נימא דא"צ לחזור ולהעיד היינו לדידן דהלואה א"ה ג"כ מצטרפי משא"כ עכשיו דדוקא בהודאה כו'. וא"כ קודם שנשבע לא היו מצטרפין כלל וכל הצירוף להיות נקרא ב' עדים הוא אחר שנשבע על השבועה א"כ שפיר צריכין לחזור ולהעיד דעדות הראשון קודם שנשבע לא הי' ב' עדים כלל וכמו הבע"ד לפי שאז הי' פסול צריך להעיד מחדש ודוקא נגד ב' עדים שגם קודם השבועה היו מצטרפין משא"כ כאן דאמרינן דלא מצטרפין כנ"ל. ובפרט למה דאמרינן דמודה ריב"ק לר"נ משום דכי אתי לא אתי לממון צריכין שיכניסו אותם ביחד להעיד לממון מחדש. ממילא גם בהנ"ל כיון דקודם שנשבע לא אתי לפסלו יצטרכו אחר שנשבע להעיד מחדש לפסלו כנ"ל:

עוד נראה כיון דאמרינן הלואה א"ה לא מצטרפי וא"כ אף דמעידין שניהם שחייב אין אנו מצרפין אותם על החיוב רק על הראיה שזה ראה שהלוה ק' בניסן וזה באייר א"כ גם כשנשבע זה אינו נשבע כלל סתם שאינו חייב כלום רק נשבע שלא לוה בניסן ושלא לוה באייר ואינו מכחיש בכל שבועה רק עד א' ושוב גם לענין השבועה שנשבע שקר הוי

כהלואה א"ה דלא מצטרפי שכל א' מעיד על שבועה אחרת ששקר. דכיון שדנין אותו לדברים נפרדים ודנין רק על שעת ההלואה גם השבועה ממילא רק להכחיש העד על שעת ההלואה שלא לוה אז וכנ"ל. ואף דיכול לגלגל על שבועה א' שאינו חייב לו כלום מ"מ יכול לישבע שלא לוה אז מה שאומר העד וגם אינו חייב לו חיוב אחר והוי כב' שבועות נפרדים וכנ"ל:

עוד י"ל דקמ"ל בקרקע לדעת הרמב"ן ז"ל דהודאה בע"א מהני דלא שייך שסמך עצמו שיכול להכחישו כמ"ש בעה"מ דאיך סמך עצמו שישבע לשקר ע"ש. וא"כ בקרקע דליכא שבועה הי' סברא כבעה"מ דהודאה בע"א לא מהני כלל אף שהוא אמת דסמך עצמו שיוכל להכחישו ולא יהי' עליו שום חיוב שבועה וממילא לא הי' מצטרף בקרקע הודאה א"ה דאף דעד הב' שהודה בפניו כבר יש ב' עדים. ז"א דנפיק כולא אפומא דחד. וקמ"ל דגם בקרקע חשוב הודאה דאין אדם סומך על מה שיוכל לשקר כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש תוספ' מכות ז' דילפינן מלא יומתו כו' בד"נ הוא דפסול עדות מיוחדת אבל בד"מ כשרה והקשו דניליף ממשפט א' כו' ותירצו דהא לא דמי דחייב שבועה ע"פ א' ע"ש. וא"כ בקרקע דליכא שבועה לכאור' ניליף ממשפט א' דפסול עדות מיוחדת וקמ"ל שפיר דאף בקרקע מצטרף דעכשיו כיון דגבי מטלטלין לא דמי לד"נ שוב לא שייך משפט א' כו' ואדרבה אמרינן משפט א' בד"מ גופא כנ"ל:

או י"ל דאיכא רבותא דהי' סברא לחלק דהטעם דקרינן עכ"פ והוא עד בשעת ראיה אף שראה לבדו כיון דהי' עליו שם עד לחייב שבועה עכ"פ שוב מצטרף לממון אח"כ משא"כ בקרקע דלא הי' שום תועלת בעדותו לבדו כשראה לא הי' נקרא שם עד וכמו תחלתו בפסול וסופו בכשרות דלא מהני וקמ"ל דמ"מ מהני כיון שהי' ראוי לצירוף כו':

דף ל"ב

אד"מ ואד"נ בדו"ח ורמינהו שטר שזמנו באחד בניסן בשמיטה כו' הוא כשר ועדיו כשרים חיישינן שמא איחרוהו וכתבוהו ואי ס"ד בעי דו"ח היכא חיישי' שמא איחרוהו

כו'. ופרש"י ז"ל היכא חיישי' כו' מכדי דו"ח לאכחושי סהדי קאתי ואיך ניקו ונתרץ דבורייהו כו' ע"ש. ותמוה דהפי' הפשוט בש"ס הוא דאי צריך דו"ח א"כ ודאי דמאוחר פסול דעכ"פ אין כתוב בו זמן וליכא דו"ח. אך א"כ הי' עיקר הקושיא דמאוחרין יהיו פסולין והי' לו להקשות אמתני' דמאוחרין כשרין כדפריך הש"ס לקמן כיון דגם זו הפירכא מחמת זה כנ"ל. ודוחק. גם בפשיטות יכולין לפרש דכמו דבמעידין בע"פ שביום פלוני לוה והוזמו לא אמרינן איך נודע ששקר גופה של עדות דלמא רק זה שקר שלא הי' באותו יום אבל ההלואה אמת ביום אחר וכאלו העידו ב' עדיות שלוה ושהי' הלואה ביום

פלוני וע"כ שאמרה תורה דכיון דצריך העדות דו"ח גם זה מגוף העדות באיזה יום כו' וא"כ גם במעידין בשטר ביום פלוני כו' איך נימא בהוזמו דאיחרוהו כו' והיינו שההלואה אמת רק ביום אחר הא הוי כנחקרה בב"ד ושייך הזמן בגוף העדות וממילא ההזמה משקר גוף העדות. וזה י"ל כוונת רש"י מכדי דו"ח לאכחושי סהדי קאתי כו' היינו שאין דנין זה לדברים נפרדים שמעידין על המעשה ועל הזמן דא"כ לא הי' ההזמה משקר כלל גופה של עדות רק הזמן וע"כ דאמרה תורה דזה גוף המעשה וממילא בשטר איך מתרצין דבורייהו ומחלקין שהמעשה אמת רק הזמן שקר. אף דלכאורה גם אי לא בעי בממון דו"ח קשה הא בע"פ כשמעידין הזמן מ"מ שייך הזמה ולא אמרינן כיון דלא צריך דו"ח הם דברים נפרדים ואף שנתברר שהזמן שקר מ"מ אגוף הלואה דלא איתזום לא איתזום וממילא גם בשטר נימא כן ולמה תולין באיחרוהו. אך לא קשה דמה דעדים החתומים בשטר כנחקרה עדותן בב"ד היינו רק שמוכח מתוך השטר אבל כיון דהדין הוא דרשאין לאחר השטר דמאוחרין כשרין הוי כאלו אין בו זמן שאין מעידין כלל על הזמן רק שאינו מוקדם ועכ"פ אז הי' כבר ההלואה אבל לא שהי' דוקא בזמן ההוא ולא הוי כלל כנחקרה ע"ז. אבל אי צריך דו"ח א"כ שטר שאין בו זמן פסול והוי גם על הזמן כנחקרה בב"ד דצריכין להעיד ושוב שייך בי' הזמה כמעידין בע"פ שמכחיש גוף העדות כנ"ל אך עדיין אינו מדוקדק בלשון רש"י ז"ל וגם על הש"ס קשה למה אמר היכא חיישינן כו' ולא פריך בפשיטות הא בעי עשאי"ל וכיון דאמרינן דלא שייך הזמה משום שמא איחרוהו ממילא כל שטר אף שיש בו זמן יהי' פסול אם לא כתוב בו בזמנו כתבנוהו. ובש"ס אפשר לדחוק ולפרש כן היכא חיישינן כו' ע"כ צריך לכתוב בזמנו כתבנוהו דאל"ה בל"ז פסול משום כשכתוב בזמנו כתבנוהו היכא חיישינן על איחרוהו כו' אבל רש"י ע"כ לא פירש כן. וגם בש"ס דוחק והי' אפשר דסבר כשיטת בעה"מ דבעדות בשטר לא שייך כלל הזמה אף שכתוב בו כתבנוהו וא"כ כמ"ש תוס' ורא"ש ב"ב פ' י"נ דאף דהוי מפי כתבם מ"מ ילפינן דבשטר כשר מדכ' כתוב בספר וחתום כו' דהכשירה תורה עדות שטר אף שהוא מפי כתבם א"כ ממילא גם זה ילפינן דכשר בשטר אף עשאי"ל דבשלמא אי בכתוב בזמנו כתבנוהו שייך הזמה אין הוכחה מקרא משא"כ לבעה"מ ז"ל דלעולם אין בשטר דין הזמה א"כ שוב איכא למילף דגם עשאי"ל לא בעי בשטר:

לסימן לא

שבועות דף מ"ז ע"ב

ב' כתי עדים המכחישים זא"ז כו'. ופרש"י כת אחת אומרת הרג כו'. ותמוה מאד דלא נקיט לוה ולא לוה דנוהג. ולכאורה י"ל להפוס' דבד"מ עדים המכחישים בחקירות כשר

ע"ש בעה"ת ורמב"ן דכיון דמדרבנן בד"מ א"צ דו"ח הוי כבדיקות. א"כ י"ל דלא הוי הכחשה כלל כשהעידו שלוה יום פלוני ומכחישים שלא לוה אז נהי דאיתכחשו על הזמן על גוף ההלואה לא אתכחשו כמו בהא דאכילה ואבהתא פ' חזקת וכמנה שחור ולבן וק' ור' דדוקא מה"ת דצריך דו"ח א"כ באיזה יום מגוף העדות משא"כ כשתקנו דא"צ דו"ח ואין נ"מ באיזה יום מה בכך שמוכחשים על היום מ"מ נשאר עדותם על שלוה והי' ביום אחר. והא דפשוט בכל דוכתי בהכחשה דלא מגבינן י"ל דעכ"פ כיון שמכחישין אותם על היום הוי דין מרומה עכ"פ דצריך דו"ח ושוב כיון שהוכחשו על היום נשאר עדותם שלוה בלי חקירות דבטל. אבל לענין שיהיו פסולין שהעידו שקר אין כאן בירור כלל דנהי ששיקרו על הזמן אינו שייך לעדות שיהי' חשוב עדות שקר כלל:

לסימן לו

מכות דף ה' ע"ב

מתני'. על פי ב' עדים כו' אם מתקיימת בכ' למה פרט לך בג'. נראה דאין הקושיא דהיינו יודעין שגם בג' יש בכללן ב' ונפסיק הדין ע"פ ב' מהג' דע"ז אינו ק"ו כלל דבשלמא בב' אנו יודעין ע"י מי גומרין הדין משא"כ בג' שנגמור הדין ע"פ ב' מהם א"י ע"י איזה עדים גומרין הדין. ועוד דכיון דיש א' שלא נגמר הדין על פיו א"כ גם השנים הוי עשאאי"ל דגם אם יוזמו כולן יהיו פטורין דהא א' מהם פטור דאין העדים כו' עד שיגמר הדין ע"פ וא"י איזהו וכולן פטורין דנתערב בא' הפטור בב' חייבין כדאמר בש"ס סנהדרין ד' ע"ט דלא אזלינן בתר רובא לחייב הפטור ועוד דבד' ליכא רוב כנ"ל ואף דמשמע לקמן דגם כה"ג חייבין מהא דב' מחלון זה כו' דג"כ ב' הכתות ראוים לגמור הדין ע"פ וכיון דאין להם צירוף גומרין ע"פ כת א' מהם ואעפ"כ כל כת שהוזמו נהרגת. י"ל דשם הגמ"ד ע"פ ב' הכתות היינו ע"י כל כת מהם כיון שיש די בכל כת לחייבו. משא"כ כשנשאר א' ונחייב רק ע"י שנים מהם. ועכ"פ אינו ק"ו אלא הפי' הוא דהיינו יודעין מסברא מק"ו דע"פ ג' נחייב גם כן ע"י כל הג' דיש בירור יותר כשג' מעידין מב' ואי"ל דא"כ נימא אין עונשין מן הדין כמו הרגו ואחותו בת אביו ואמו כו' דבשלמא אם הי' הפי' שבכלל א"כ אינו ק"ו כלל רק דהא יש כאן ב'. אבל להנ"ל דאין מחייבין על ידי ב' רק הק"ו שג' מחייבין ושייך כנ"ל. אך ז"א דזה שייך כשהדבר חמור יותר לענין העונש כמ"ש הפוסקים הטעם דשמא אינו מכופר בעונש זה וכה"ג משא"כ בזה דהוא על מעשה זה עצמו רק דהבירור יותר טוב שהמעשה אמת וחייב העונש לא שייך בזה אין עונשין כו'. והא בסנהדרין עצמם שראו שהרג דחייב ומאן דפטר הוא מטעם כיון דחזו דקטל כו' אבל לא אמרינן דהא כ' ע"פ ב' עדים כנ"ל והוי ק"ו ואין עונשין כו' וע"כ כנ"ל שהוא רק לענין הבירור כנ"ל. אך

עדיין קשה דכיון שע"י כל הג' מחייבין לא תועיל הזמה עד שיוזמו כל הג' א"כ מגרע כח הזמה ג' על הב' דלא תועיל עד שיוזמו כל הג' ובב' סגי שיוזמו הב'. ואינו ק"ו. דהא בא"י באיזה שעה או שא"י יום השבוע אף שיודעין כמה בחודש פי' רש"י ז"ל במשנה דהיו בודקין כיון דמגרע קצת כח ההזמה דלפעמים המזימים לא סלקא אדעתייהו כו' ע"ש. וא"כ י"ל דוקא ב' האמינה תורה שמתיראים מהזמה אבל ג' ההזמה לא שכיח יותר על כל הג' וכן יותר מג' ועכ"פ מגרע כנ"ל. ועוד דעכשיו לס"ד דקיימינן דה"א דדוקא ג' מזימין את הב' שצריך מזימין יותר מהעדים א"כ שוב אין כאן ק"ו דבב' יכול להזימם ע"י ג' משא"כ ג' שיצטרך להזימם ע"י ד' וכן יותר ומגרע כח ההזמה ולא מהני כנ"ל. אך י"ל כיון דמה דצריך יותר הוא בשביל המעלה שג' יש להם נאמנות יותר וצריך ד' להזימם ואיך נחשוב זה לגריעותא לענין הנאמנות. ודוחק. ועוד דהא פ"ק דב"מ פריך מפיו אעדים שאינו בתורת הזמה למאן דפליג אר"ח ע"ש בתוס' וכ"ש כאן דהוי פירכא דמ"מ הוי יותר אי"ל מבשנים כנ"ל:

ונראה דהקושיא הוא לא לכתוב כלל ב' וג' כיון דבאמת מהני ג' וגם יותר דכ' עדים וא"כ לכתוב רק ע"פ עדים יומת כו' והי' נכלל בין ב' או ג' ויותר. ואף דבש"ס פ' שה"ע יליף מע"פ שני עדים ג"ש אהא דועמדו שני האנשים למיפסל נשים לעדות היינו הך שני דע"פ שני עדים יקום דבר דכתיב בממון וכאן יליף משנים או שלשה יומת כו' דמיותר גם השנים כנ"ל. ומיושב בזה קושית התוס' אר' יוסי דדוקא בד"נ ותמהו דגם בממון כתיב ע"פ שני עדים או שלשה ונקיש ג' לב' כו'. ולמ"ש לא קשה דהא בממון דלא מייתר ואצטריך למיכתב שני עדים למיפסל נשים שוב צריך שלשה ג"כ דלא הוי ידעינן דשלשה כשרין ויותר שאינו ק"ו כנ"ל. ודוקא בהך ע"פ שנים דמיתה דלא אצטריך גם מה דכ' שנים דייק שפיר אם מתקיימת בב' למה פרט ג' לכתוב רק ע"פ עדים כנ"ל משא"כ התם: **להקיש** שלשה לשנים מה שלשה מזימין הב' אף ב' מזימין הג'. והג' ר"י פיק מגיה להקיש שנים לשלשה. ואינו אמת. והתימה עליו לשלוח יד להגיה שקול דעתו ואיך לא ראה שהתיו"ט העיד שגרסינן הכי בכל הנוסחאות. וכ' ולכאורה איפכא הוי לי' למתני. ובאמת לא קשה כלל שהפי' כפשוטו דהא היכן נזכר הזמה בקרא התם רק דיליף דעדות ב' וג' שוה ואין מעלה יותר לעדות ג' וקאמר על הניזומים מה ב' ניזומין מג' כו' רק הא דנקיט להיפוך היינו משום דלכאורה אין הלימוד, שוה דאי על המזימים א"כ יש ללמוד מה ג' מזימים ב' אף ב מזימים ב' ואיך לומד שמזימים ג' ואי על הניזומים א"כ בהיפוך מה ב' ניזומים מג' אף ג' ניזומים מג' ולא נלמוד שניזומים מב' כנ"ל. ולכך אמרינן ההיקש על שתיהם שמקודם מקשינן המזימין כמו שג' מזימין הב' כך ב' מזימין הב' ושוב כיון

דיודעין דב' ניזומין מב' למידן על הניזומין מה ב' ניזומין מב' אף ג' ניזומין מב'. ומדוקדק שפיר להקיש שלשה לשנים היינו על העדות שהתחיל ע"פ ב' דלא עדיף יותר עדות ג' שיהיו ניזומין מעדות ב' שניזומין מב' וקאמר אופן ההיקש שמתחיל מהמזימין מה ג' מזימין הב' כן ב' מזימין ב' ושוב מה ב' ניזומין מב' אף ג' ניזומין מב' והיינו אף ב' מזימין הג' כנ"ל:

מה ג' מזימין את הב' כו'. היינו כיון דכתיב והנה עד שקר כו' דבהזמה מאמינים להאחרונים וחדוש הוא דמה חזית כו' ולכך ה"א דלא חדשה התורה כלל בהזמה לענין הנאמנו' רק דצריכין המזימין להיות רוב. ואף דלכאורה מה מהני רוב נגד העדים וגם הא בממון אין הולכין אחר הרוב. אך ז"א דהוי רובא דאיתא קמן וכמו בסנהדרין דאמרה תורה אחרי רבים כו' כיון שמסופקין איזה מהדיינים אומרים הדעת אמת אמרינן שמסתמא הרוב אמת כמו כן בעדים אף בהכחשה ג' נגד ב' אף דלא שייך מטעם סלק ב' נגד ב' דא"כ נשאר רק א' בג' ולא הי' מהני כנ"ל. רק דה"א כיון שהם הרוב מסתמא האמת עם הרוב כיון שיודעין שכת א' מהם משקרים וא"י איזהו מסתמא הרוב אמת וזה שייך אף בג' נגד ב'. ואף דבדיינים אין א' מכריע לחוב בד"נ זה דוקא בד"נ בדיינים ולא גמרינן מינה דבשאר רוב סני בחד. וגם בהכחשה הי' הדין כן דהרוב מהני רק מה דכ' עד שקר כו' גופה של עדות דדוקא בהזמה היינו לענין לחייב העדים לא חייבה תורה רק בהזמה משא"כ בהכחשה אף דהאחרונים נאמנים דהא בא הרוג ברגליו ג"כ פטורים אבל לענין הנאמנות ה"א דאינו חדוש כלל רק משום רוב כנ"ל:

אך למ"ש תוס' ריש סנהדרין דמה דמהני באמת רוב דיינים מחייבין בממון אף דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו משום דמיעוט דידהו חשוב כאלו אינו וב"ד מפקא מני' ע"ש. והאחרונים פירשו משום דבכל רוב ומיעוט גם המיעוט אמת ואינו מכחיש להרוב משא"כ בדיינים דאם המיעוט אמת הרוב שקר ולכך חשוב המיעוט כאינו. וא"כ גם בעדים הי' שייך טעם הנ"ל. אך באמת אין הפי' כן בתוס' דא"כ פ"ק דחולין לא הוי יליף רובא דאיתא קמן מסנהדרין גם ט' חנויות דשם אין המיעוט מכחיש וישנו ג"כ וי"ל דחיישינן להמיעוט משא"כ בסנהדרין דהמיעוט מכחיש להרוב לא חיישינן לי' וגם פירוך מנ"ל אחרי רבים כו'. וגם למסקנא אף רובא דליתא קמן ילפינן מסנהדרין כמ"ש רש"י ז"ל. ולע"ד הפי' הפשוט בדברי התוס' דדוקא במה שמסופקין ציותה התורה ללכת אחר הרוב ובממון אין הרוב מכריע נגד החזקה. אבל ברוב דסנהדרין בשלמא אם הי' ב"ד אחר דנים ומסופקין אם האמת עם רוב הסנהד' או עם המיעוט הי' שייך אין הולכין בממון כו'. אבל אותו הב"ד שדנין הרוב ב"ד שאומרים חייב אצלם הוא חייב בבירור

ואין מסופקין כלל שמא האמת עם המיעוט וכן המיעוט אינן מסופקין כלל שמא חייב ואי לא הוי אזלינן בתר רובא לא הי' כאן ב"ד המחייב כלל ואמרה תורה אחרי רבים כו'. שהרוב עיקר והמיעוט בטלים לגבייהו ושוב כל הב"ד מחייבין כמו הרוב והן הן המחייבין כודאי ולא מהני אלף חזקות ולא שייך כלל אין הולכין בממון כו' שאינו ספק רק דיליף שפיר דהולכין אחר הרוב דאל"כ מה חזית דהרוב עיקר. משא"כ אי אזלינן בתר רובא והמיעוט בטל והא חזינן דאף דב' אינם ב"ד ולא מצי לחייב מ"מ ב' מתוך ג' מחייבין וע"כ כיון שציותה תורה שהמיעוט יבטל כל הג' הם כמו אותו הדעת של הרוב ואצלם הוא ודאי וזה שסיימו תוס' דב"ד מפקא מני' וזה פשוט בפשט התוס' ולכך מצינן למימר קים לי במיעוט הפ' נגד הרוב דלא דמי כלל שזה הוא ב"ד אחר שמסופקין האמת עם מי לא עדיף משאר רוב שאינו מכריע נגד חזקת ממון כנ"ל. וא"כ בעדים ב' נגד ג' שוב הב"ד שמסופקין לא מהני להכריע מצד הרוב בממון כנ"ל ואיך ס"ד מטעם רוב. וי"ל דבאמת הוי אמרינן דהולכין בממון ג"כ אחרי הרוב דאטו קרא איכא דאין הולכין כו' ודוחק:

עוד י"ל דהפשט בתוס' דבשלמא אם הי' דנין על המעש' אם זה חייב או לא שייך דחזקת ממון מסייעתו שאינו מחויב ולא מהני הרוב שהוא חייב אבל אנו [דנין] על הב"ד ומכריע הרוב שזה האמת דהמיעוט בטל. ושוב ב"ד מחייבין וזה אמרה התורה שב"ד מוציאין ממון דאין שייכות להחזקת ממון לסייע להבירור של האמת עם הרוב או עם המיעוט. וא"כ גם בעדים כן דהא אמרה תורה דעדים מחייבין ממון רק הספק על העדים וכיון שדנין על העדים איזה הכשרים וע"ז מכריע הרוב שהג' הכשרים וממילא עדים מחייבין נגד החזקת ממון כנ"ל:

עוד קשה לכאורה דהא הטעם דבב"ד מהני הרוב אף שהמיעוט קבוע וקי"ל כל קבוע כו'. ותי' הא' של המרדכי דהדבור חשוב פירש כו' אינו מובן דהא פירש בפנינו הוי קבוע דאורייתא לרוב הפ'. ועיקר התי' הוא דכשאנו דנין על דבר א' אם מהרוב כו' שייך כיון שעכ"פ המיעוט ניכר ואינו בטל הוי קבוע ומה"ט בחד בתרי בטל לא הוי קבוע כיון שהמיעוט בטל כמ"ש הר"ן ז"ל וממילא בב"ד דא"א לדון על מקצת מהב"ד דכל הב"ד דנין הדין וכשהולכין אחר הרוב בטל המיעוט וצריכין גם המיעוט לפסוק כהרוב ודנין כל הב"ד לחיוב וכאן שיהי' המיעוט בטל אי נלך אחר הרוב אין כאן שום מיעוט קבוע כמו חד בתרי כנ"ל. וא"כ לכאורה בעדים שהם ב' כתות נפרדים ב' נגד ג' איך ה"א שיועיל מטעם רוב הא שפיר הוי קבוע דהב' נכרים כמו הג' וגם הם עדים בפ"ע שהאמינת' התורה. אך י"ל דהעדים אינם קבועים כלל במה שמעידים לפני ב"ד כמו

בשוקא אשכח וקדיש דאין זה מקום קביעותם ויש לדחות. ועוד דהא חזינן אף בב' בתי דינין גבי ב"ש וב"ה דאזלינן בתר רובא דב"ה רובא דאמר להדיא בפ"ק דיבמו' דהוי ב' בתי דינים וא"כ מה בכך דב"ה רובא הא הוי המיעוט קבוע שגם הם ב"ד קבוע. וב"ד אחר שמסופקין יהיו יכולין לפסוק כהמיעוט שקבוע כנ"ל. וע"כ דדוקא בט' חנויות שאף שהרוב הוא כשר מ"מ המיעוט ישנו ג"כ משא"כ בב"ד דהפסק שהוא הדין האמת אינו רק עם הא' ואותו שפוסקין שלא כדין כמאן דליתא דמי ומכריע הרוב שהאמת עם הרוב וב"ד המיעוט שלא כדין ושוב אינו מיעוט קבוע וכנ"ל. וממילא גם בעדים דאותן המשקרים כמאן דליתא דמי ומכריע הרוב שהג' אומרים אמת ושוב הב' פסולין ואין כאן מיעוט קבוע כנ"ל. ושפיר הוי ס"ד מטעם רוב וצריך קרא דע"פ ב' או ג' דאין שום מעלה יותר בעדות ג' מב'. ומזה ידעינן בכל מקום דתרי כמאה אף בהכחש'. ואי"ל דלמא דוקא בהזמה דחדוש הוא ולא ילפי' מינה דהא לא נזכר הזמה בקרא רק דאמרינן דשוה עדות ג' לב' וממילא לעולם הדין כן בין בהכחשה ובין בהזמה ולכך בפסולין שאינו מטעם עדות שוב הולכין אחר רוב דעות כנ"ל:

מנין אפילו ק' כו'. דס"ד נהי דחדשה תורה בג' דלא מהני מטעם רוב היינו דוקא ב' נגד ג' דאי נימא סלק ב' נגד ב' לא נשאר רק ע"א דלא מהני א"כ בהכחש' הי' ספק ושוב בהזמה מהני לגמרי ורוב לא מהני נגד עדים. משא"כ ד' נגד ב' נימא סלק ונשאר ב' דמהני בתורת עדות ולכך כ' עדים. ומיושב דברי תוס' ד"ה מנין דלמא קרא אתי רק לד' ונמצא א' קו"פ יותר מג' כו' אבל יותר לא והגיה מהר"ם שט"ס או שהוא קושיא בפ"ע גם אהא דנמצא א' כו' ע"ש. ותמוה למה הביאו אן ודלגו הא דאין נעשים כו'. ולמ"ש א"ש דהא תירוצם פשוט דעל יותר מד' אין סברא לחלק. רק די"ל דבל"ז אי"ל כנ"ל דבד' שב' מזימין נימא סלק ונשאר ב' בתורתן עדות] דהא כיון דנמצא א' קו"פ בטלה כול' שוב כיון דב' מהני בהן ההזמה שוב גם ב' השנים בטלים מטעם נמצא כו' ולא נשאר בתורת עדות ומהני שוב גם עליהם ההזמה כנ"ל. אך א"כ לא הוי צריך קרא גם אד' דהוי כמו ג'. וע"כ דכיון דהא דנמצא א' שיהי' בטל לגמרי אינו מסברא אמרינן רק מה דגלי גלי ואי הוי כ' ג' ה"א דהדין דנמצא א' כו' ג"כ רק בג' ולא בד' ושוב כשמזימין ד' נשאר ב' בת"ע דלא נתבטל והקשו שפיר דעדיין לא מוכח יותר מד' ודלמא דוקא בד' נמצא א' כו' שזה אינו מסברא אבל ביותר לא ושוב דלמא דוקא ד' יכולין ב' להזים דאף אי סלק לא נשאר עדות הכל מטעם נמצא כו' משא"כ יותר דלא אמרינן בי' נמצא כו' ותירצו כיון דכת אחת מזמת ב' כתות כו' היינו דמ"מ מסברא דאין שייך לומר בשביל דבטל מטעם נמצא א' כו' דהא אין יודעין כלל שהם הפסולין דאי ישאר עדות הראשונים משום שנשאר ב' בתורת עדות

שוב אין שם פסול כלל וכיון דנאמנים האחרוני' גם ג' אין חילוק. ויש לדחות דבד' שב' פסולין הוי כמו אחד בג' כנ"ל.

ר"ש אומר כו'. דסבר דלא צריך קרא דב' כמאה דהא כיון דרוב לא מהני כלל נגד עדים א"כ גם להכריע לא מהני דהא העדים מעידים נגד הרוב וכיון דב' הן עדים כמו ג' הוי עדים נגד עדים ואין מעלה מה שהם הרוב. ומזה ראי' לתי' הא' שבתוס' פ' חזקת דמיגו של האחרונים לא מהני להכריע נגד העדים ולשאר התי' דע"כ כיון שהם ג"כ עדים מהני להכריע שהם האמיתים למה לא נצרך קרא דב' כג' דה"א דהרוב מכריע לנטות שהם אמת כיון שמכחישין וע"כ איזה מהם שקר כמו בב"ד שמחולקין ומכריעין כהרוב. וצ"ל כיון דב' עדים נאמנים לחייב ג' ג"כ בתורת בע"ד וא"כ הא הב' מעידין על הג' שמשקרין ופסולין רק שהג' מעידין עליהם ג"כ שהם פסולין ושוב הוי רק עדות נגד עדות ולא שייך בתורת רוב דהא עדים מעידים עליהם שפסולין כנ"ל. ונראה מזה גם כן כהרי"ף פ"ב דכתובות דבתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה דהא העדים מפקי מהחזקה ואף שיש ג"כ עדים דנין רק מצד העדים. ולתוס' ושאר פ' דמה"ת מוקמינן אחזקה בתרי ותרי נראה הטעם דחזקה הוא מצד ב' דברים א' שמכריע שהמעשה כך הי' דמסתמא לא נשתנה ב' שאף בלא ראי' מ"מ דבר שהוחזק כן אין אנו מוציאין בלא ראי' מחזקתו הראשונה מספק וכמו בממון וכדאמר ביבמות ד"א אשה זו בחזקת היתר ומס' אתה בא לאסרה אל תאסרנה מספק ע"ש. וטעם הא' לא מהני בתרי ותרי מצד בירור שהחזק' תברר בכת א' מן העדים. דז"א כיון דעדים מפקו מינה וגם דלא עדיף מאם הי' עוד ב' דתרי כמאה כמ"ש תוס' לענין מיגו דלא מהני רק מטעם הב' מהני דכיון שהוא תרי ותרי והוי ספק נשאר הדבר בחזקתו ומס' אין מוציאין ממה שהי' ולכך מה"ת מוקמינן אחזקה בתרי ותרי. משא"כ מיגו ורוב שמטעם ל לא מהני כלל להכריע כנ"ל:

ובזה נתיישב לי תמיהת תוספ' על רש"י קדושין פרק האומר גבי ינאי אילימא תרי אמרי אשתבאי כו' מאי חזית דסמכת אהני כו' ופרש"י ז"ל משום דלגבי ינאי ליכא חזקת כשרות שהוא ס' נולד בפסול ותמהו תוספ' הלא קי"ל לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה כו' ע"ש. ולמ"ש לא קשה דהא ודאי החזקה שמצד ראי' שמברר האמת שלא נשתנה שפיר מהני חזקת האם להבת והבן דמה חילוק כיון דיש ראי' שהיתה כשרה גם הבת כשרה כיון דא"א א' בלא הב' אבל בלי הראי' רק מצד שאמרה תורה שאין להוציא דבר מחזקתו מספק ע"ז ודאי דיש חילוק בין האם שהוחזקה מקודם בחזקה דכשרות אין מוציאין בלא בירור משא"כ הבת או הבן דמתחלת לידתו מסופקין אין אנו מוציאין שום דבר מחזקתו שלא הוחזק כלל ודאי לא מהני חזקת האם לבת כיון שאינו מטעם הוכחה

רק מה שהוחזק הוחזק ומה דלא הוחזק לא. ומיושב דמאי דקי"ל לדברי המכשיר כו' גם בבתה היינו בכל ספק שדנין על החזקה משום הראי' ומהני ראיה של האם נגד הבת ג"כ כנ"ל. משא"כ בס' דתרי ותרי דא"א לדון החזקה מצד ראיה דלא עדיף מעוד ב' דב' כמאה כנ"ל. וע"כ לדון רק מצד שאין להוציא הדבר מחזקתו מספק וזה ודאי דאינו מועיל להבן שהוא ספק מתחלתו ולא הוחזק מעולם ומצד ראי' הוי תרי ותרי ופרש"י ז"ל שפיר דלא מהני בתרי ותרי חזקת אם להבן כנ"ל. וזה ברור לע"ד וע"ש שיתישבו כמה קושיות תוס' על רש"י:

מה ב' כו' עד שיוזמו כו' אף ג' כו' אפילו ד' כו'. לכאורה בד' אם מזימין רק ב' א"כ כיון דאיירי בראו זה את זה דאל"ה הוי ב' עדיות כמבואר במשנה לקמן כו' וא"כ אותן ב' האחרים שלא הוזמו מעידין שאלו הב' ראו ולא היו עם המזימין ויש כאן הכחשה דתרי ותרי כמו אלו ב' אחרים הכחישו המזימים שלא היו עמהם ואיך ס"ד שבד' יהי' סגי בהזמה דשנים. ואף דדעת הרא"ש דפלוני הי' עמי כו' אינו הכחשה היינו בד"מ ע"ש. וצ"ל דהפי' הוא מנין אפילו ד' דלא סגי בהזמה דג' שנשאר רק א' המעיד עליהם והוי תרי בחד כנ"ל:

ר"ע אומר כו' אלא להחמיר עליו כו'. ופרש"י דהא בעד שיוזמו שלשתן ידעינן מסברא כיון דכ' עד שקר וכל הג' עדות א' צריך שיוזמו כולו. ולכאורה א"כ איך ס"ד שהג' לא יתחייב בהזמה א"כ שוב גם הב' יהיו פטורין דעד שיוזמו כולן היינו שיהי' דין הזמה בכולן אך ז"א דהא בהא תליא דבאמת עכשיו שגם הג' חייב ואנו דנין ע"י כל הג' שוב ודאי אין נעשין זוממין עד שיוזמו שלשתן דאל"ה לא נשקר כל העדות, משא"כ אי הוי אמרינן דהג' פטור כשמעידין תוך כ"ד כל א' תוך כ"ד של חברו משום דגם בלא עדותו כבר נתחייב ע"י ב' שכבר העידו כמ"ש הנ"י וא"כ שוב לא הי' גומרין הדין רק ע"פ הב' שהעידו בראשונה וממילא לא הי' צריך להזים רק אלו הב' שגמרו הדין על פיהם והי' מקרי נשקר כל העדות שפסקו ע"פ וכמו במעיד אחר כ"ד דסגי בהזמ' הראשונים כו'. ומיושב בזה מה דקשה איך ס"ד דהג' פטור לשיטת תוס' פ' היו בודקין דכשאחד. א"י החקירות בטלה גם עדות הב' היודעין מטעם נמצא א' קו"פ ולרש"י שום אין נעשים כו' עד שיוזמו כולן כו'. וא"כ שוב כאן דהג' פטור הוי הוא עשאאי"ל וממילא גם הב' ראשונים בטלה עדותן. ואף דלא הוו ידעינן גם הא דנמצא א' קו"פ בלא ההיקש מ"מ הוי סגי למימר רק מה ב' נמצא, א' כו' וממילא הוי ידעינן גם הנ"ל דהג' חייב. ולמ"ש א"ש דאי הוי אמרי' דהג' פטור היו פוסקין רק ע"פ ב' הראשוני' לא מצרפי כלל הבאים אח"כ ולא היו פוסלין הכשרים כלל. ונראה דזה עצמו הוא הטעם שהג' חייב גם כן דגלתה

ונראה דזה עצמו הוא הטעם שהג' חייב גם כן דגלתה התורה ע"פ ב' או ג' כו' היינו דכמו בשנים גומרין ע"פ הב' היינו חצי ע"פ של זה וחצי ע"פ של זה ומה"ט לא מהני נכי ריבעא אפומא דחד כמ"ש רש"י ז"ל פ"ב דכתובות דע"פ ב' היינו חצי כו' ע"ש. כמו כן כששלשה מעידין פוסקי ע"פ כל השלשה ע"י כל א' שליש העדות. שכולן הם עדות א' ולכך ממילא חייב גם הג' דאף דאם לא הי' מעיד היו פוסקין ע"פ הב' שכבר העידו והי' ג"כ חייב מ"מ עכשיו כשמעיד שוב אין פוסקין ע"פ לבד רק גם על ידו ושפיר חייב. דהא לכאורה איך ס"ד שיהי' פטור משום שהי' מחויב זולתו. הא לקמן במשנה בב' מחלון זה וב' מחלון זה כשהוזמו כת אחת הוא והן נהרגין אף דהי' חייב זולתם מחמת כת האחרת והתם תני נמצאת כת א' דמשמע בין ראשונה ובין האחרונה. אך החילוק דהתם כיון דבכל כת די לחייבו גומרין הדין ע"פ אלו וע"פ אלו ושפיר חייבין דמה שגמרו ע"פ אלו הי' שלא כדין ובעידנא דאסהידו גברא לאו בר חיובא כדאמר לעיל גבי בתרי בשבא והמזימין אומרין בחד בשבא כו' ואף דכאן החיוב הוא על שעת גמר דין ואז שפיר בר חיובא מחמת כת האחרת ובא בב"א מ"מ צ"ל דמ"מ בשעת עדות לא הוי בר חיובא והחיוב בא מ"מ עיקר על שעת העדות כנ"ל. משא"כ כאן לס"ד גומרין רק ע"פ ב' ראשונים ושוב הג' פטור. ולכך כ' ע"פ ג' דעכשיו שמעיד גם הג' שוב גומרין ע"פ כל הג' וממילא חייב אף שגם בלא עדותו הי' חייב דהא בעידנ' דאסהיד לאו בר חיובא דעדיין לא נגמר הדין ועתה הגמר דין גם ע"פ וכמו בב' מחלון זה כנ"ל. ומיושב מה דאמר אח"כ ומה ב' נמצא א' קו"פ כו' והקשו מנ"ל הא אינו מיותר דצריך להחמיר עליו כו'. ולמ"ש ממילא ילפינן דכיון דאמרינן דהג' חייב וע"כ משום דגומרין ע"פ כל הג' ממילא כמו בב' בטל נמצא א' כמו כן בג' כיון דשליש ע"פ כל א' ונמצא א' קו"פ לא נשאר כאן עדות כנ"ל:

גם יש לפרש דבזה פליגי ר"ש ור"ע דאמר לא בא הג' להקל אלא גם להחמיר עליו כו' כמו שרצו תוס' פ"ק לפרש ע"ש. והיינו דסבר דמוכח ממילא כיון דאתי קרא כר"ש דאין נעשים כו' עד שיוזמו שלשתן וע"כ דחשיבי עדות א' ולא מקרי נשקר כל העדות אם אין ניזום גם הג' א"כ שוב מוכח דהג' ג"כ חייב כשהוזמו דאל"כ רק שהוא פטור א"כ עדות הג' אינו עדות דהוי עשאאי"ל ושוב בטלה כל העדות משום נמצא א' קו"פ כיון דע"כ דנין ע"פ כולן דמטעם זה אין נעשים כו' עד שיוזמו כל הג' ומוכח שוב ממילא שגם להחמיר עליו שחייב ג"כ כשהוזם ולכך סמך ומה ב' כו' נמצא כו'. ור"ש סבר לא מקרי נמצא קו"פ מה שאין עדותו מועיל מצד עשאאי"ל. ולכך לא נוכל ללמוד מקרא כנ"ל רק מסברא כיון שהן עדות א' שפיר גם הג' חייב:

ומיושב בזה היטב הש"ס פ' היו בודקין מ"א ע"ב גבי א' א"י בחקירות דאמר דבטל כמאן כר"ע ואי לא בטל דלא כר"ע ותמוה מאד כמ"ש תוס' שם. ולשיטת תוספ' תמוה ג"כ דהוי לי' למימר כר"ש ע"ש. ולמ"ש א"ש כמאן כר"ע דלדידי' ע"כ כשאחר אין יכול להזימו מקרי נמצא א' קו"פ כנ"ל וממילא כשא' א"י החקירות ג"כ מבטל כל העדות. ומאן דסבר דאינו מבטל הוא דלא כר"ע רק כר"ש דאין יכולין ללמוד מטעם הנ"ל שאינו מבטל רק מסברא ושוב כה"ג אינו בטל כנ"ל:

הנ"י הביא הרי"ץ גאות דמפרש שהג' חייב אף שלא הוזם רק שנטפל להב' שהוזמו כו' ותמוה מאד שלא העיד שקר איך יתחייב. וצ"ל כיון דבד"נ צריך שיהיו רואין זא"ז והעיד הג' על הב' שראו ג"כ וכיון שהוזמו הב' א"כ הג' מוכחש מב' המזימים שהעיד שקר על הב' עדים שראו ולא ראו ועל זה הוי תרי בחד. רק בכל מקום בהכחשה פטרה תורה גם בא הרוג ברגליו. אבל עכ"פ לוקה לר"י עדים שהוכחשו בנפש כו'. אבל כאן בהזמה שנטפל להמוזמין וגם הוא מוכחש ע"י הזמת הראשונים שפיר י"ל דחייב לר"ע ומה דאמר מנין אפילו ד' אין הפי' שהוזמו רק ב' דא"כ הי' לגמרי פטורין דהוי תרי ותרי שאותן שלא הוזמו מכחישין המזימין. רק אפילו ד' והוזמו ג' ג"כ חייב הד' שנשאר תרי בחד ונטפל כנ"ל. וזה פי' דברי הרמב"ם שתמה הראב"ד ע"ש:

ומה ב' נמצא א' קו"פ כו' אף ג' כו'. ותמוה דנהי דמקשינן ג' עדים לב' היינו דעדות ג' הוי כעדות ב' אבל הא לא מקשינן שיהיו שנים כא' דהא אמרה תורה דב' נאמנים וא' לא מהימן וא"כ איך שייך להקיש ג' וא' פסול שיש ב' כשרים לב' וא' פסול שאין כאן רק א' כשר. וגם למה דמסיק יקום דבר במקיימי דבר איך נקראים הפסולים מקיימי דבר. והי' נראה לכאורה דהא תני נמצא א' קו"פ ולא תני שהי' ביניהם ובש"ס ריש יבמות דייק מדתני נמצא ולא שהי' דמיירי בלא הכיר בה ע"ש. והי' נראה דגם כאן מיירי שבשעה שהעידו לא היו יודעין כלל שיש פסול והעידו ג' ואח"כ נמצא שא' פסול. ולכך כמו דאמרינן גבי נכי ריבעא כו' דכ' ע"פ ב' יקום דבר חצי ע"פ של זה כו' וממילא גם בג' אין מחייבין ע"י הב' מהג' רק ע"י כל הג' ומעיד כל א' רק שליש מהעדות. ולכך כשנמצא א' פסול לא נשאר כלל עדות שלם דלא העידו כלל הב' לחייב ע"פ עדותם לבד רק כל הג'. ומיושב שפיר דההיקש באמת רק על עדות כשרים שע"פ ג' הוקש לב' שמחייבין ע"פ כל הג' כמ"ש לעיל וממילא בטל כנ"ל. ולהנ"ל מיושב שפיר מה דסבר ר"י דדוקא ד"נ אבל ד"מ תתקיים בשאר ותמהו בתוס' למה הא כ' משפט א' וגם ע"פ ב' כו'. ולמ"ש א"ש דהא סנהדרין פ' ז"ב קי"ל בד"נ עדותן אינו מועיל עד שיגידו שניהם כא' ובממון פליגי רבנן ור' נתן ומפרש הטעם דעד א' כי אתי לשבועה אתי כו'. ומבואר שם הטעם

דצריך שכשמעידין יהי' בכוונת עדותם לחייבו ממון ולכך כשהי' רק הוא לבדו לא כיוון בעדותו לחייבו ממון ולא מהני להצטרף אח"כ ובד"נ לכ"ע הדין כן ע"ש. וכן פי' הרמב"ם ז"ל. ולכך ממילא כאן כשהעידו כל הג' והדין הוא דמקשינן כו' שמחייבין ע"י כל הג' א"כ לא כיוון בעדותו רק כל א' לשליש עדות שיהי' צירוף אל עוד ב' לחייבו ולא ע"י ב' מהם וממילא כשנתבטל עדות א' מהם שפיר לא נשאר עדות הראוי לחייב כלל דהב' שנשארו לא אתו כלל לחייב לבדם וכמו התם בע"א. אבל בממון דקי"ל כר"נ שומעין דבריו של זה היום כו' דאף שלא ידע כלל בשעת עדותו שיש עוד עד ולא כיוון בעדותו לחייב ממון ג"כ מהני כנ"ל. וממילא גם בהנ"ל לא נתבטל עדות הכשרים דמה בכך שלא כיוונו רק לחייב בתורת ג' מ"מ נשארו ב' שיכולין לחייב ע"פ עדותם כנ"ל. ולא קשה מהא דמשפט א' דהא חזינן דבזה יש חילוק בין ד"נ לד"מ וגם מהא דעל פי ב' וג' כו' ג"כ לא קשה דהא מקשינן רק בכשרים שהם מקיימי דבר רק בד"נ כיון שאז שסברו שהם כשרים היו מחייבין ע"פ כל הג' שוב א"א עתה לחייב ע"פ הב' כשנמצא א' פסול דכי אתי כו' משא"כ בממון מחייבין עתה ע"פ הב' כנ"ל. ורבי דסבר גם בממון כן או די"ל דסבר כרבנן דהתם. או דאף לר"נ דוקא התם אמרינן ע"א כי אתי אתי לממון היינו שיצטרף עם עוד עד לחייב ממון דחיוב שבועה לא מקרי חיוב כלל ע"ש אבל כאן הא בא רק לחייב ממון ע"י הצטרפות משלשה שיהיו כולם עדים ושפיר גם לר"נ שייך כי אתי כנ"ל. וממילא בטל כשנפסל א' כנ"ל. ולכך אמר שפיר אימתי בזמן שהתרו בו כו' דאם הכשרים אמרו שלא כיוונו להצטרף כלל עם הג' א"כ באו להעיד לחייב ע"פ עדותם לבד ושפיר אף שנמצא א' פסול לא נתבטל כלל עדותם דהא הפסול אינו מבטל כלל והם כיוונו לחייב ע"י עדות שניהם והם כשרים כנ"ל. ולס"ד הוי סבר דהפסול פוסל הכשרים כפשוטו ופריך הרוג יציל כו' ומשני יקום דבר במקיימי דבר כו' דלא הוקש ג' לב' רק כשרים המקיימי דבר רק דשוב ממילא בטל כשנמצא א' פסול כיון דבשעת עדות חשבו שכשרים כנ"ל:

ואף אי נימא כהפ' דראי' לחוד ג"כ פוסל כשנצטרפו מ"מ יש לפרש כמ"ש. דהא לרבנן דריב"ק בסנהדרין אין עדותן מצטרפת עד שיראו שניהם כא' ובד"נ לכ"ע פסול א' מחלון זה עד דחזו תרווייהו כחד כו' והיינו שיתכוונו בשעת ראיה שזה מחויב מיתה ע"פ עדותם וצריך שיראה שיש כאן עוד עד שיהי' עדותו עדות המחייב מיתה בצירופו. ולכך כשיש ג' או ד' ורואין כל א' א"כ כוונת עדותו בשעת ראי' לחייב ע"פ הג' שיהי' עדותו רק צירוף לעוד ב' או לג' כיון שהדין בכשרים שמחייבין ע"פ כל העדים אפילו ק' כנ"ל א"כ בנמצא א' פסול לא נשאר עדות שלא כיוון שיהי' ע"פ ב' החיוב כנ"ל. משא"כ בממון דעדות

מיוחדת כשר. ורבי דפוסל גם בממון י"ל גם כן החילוק כנ"ל דבע"א הי' כוונתו בשעת ראיה להצטרף עם עוד א' כדי לחייב ממון משא"כ כשהיו ג' דנתכוין רק לצירוף ג' כנ"ל. או אפשר דבאמת בממון אינו פוסל רק בהגדה ומשום דבהגדה ודאי בעינן שיהי' בכוונת עדותו לחייבו ממון כנ"ל:

גם י"ל דבממון טעמא אחרינא כיון דקי"ל בהזמה משלשין בממון וא"כ בג' שהעידו יחד ואח"כ נמצא א' פסול אף שנאמר דעדות הכשרים קיימת מ"מ אם יוזמו לא יתחייבו לשלם רק ב' שלישים דלא רצו לחייבו יותר בשעת עדותם שהיו אז ג' והי' הדין כן. וי"ל דגרע מהא דלחייבו פלגא נזקא קאתינא דאף שעדותו על הכל מ"מ הי' עדותם רק ב' שליש כנ"ל. וא"כ להש"ך ז"ל דגם בממון בטל עדות שאאי"ל ממילא מה"ט שוב בטל עדות הכשרים על שליש ולא מיקיים כאשר זמם ושוב יהי' לגמרי פטורין דדוקא משום דחזו לאצטרופי חשוב כאשר זמם כדאמר בש"ס וממילא עדותן בטלה דהוי עשאאי"ל. ועוד דאף אם יתחייבו ב' שליש מ"מ בטל גם עתה עדותן על שליש מטעם עשאאי"ל כמ"ש תוס' חולין י"ב דאי חבשינן לי' י"ב חודש גם עתה לא מצינן לחייבו יותר ע"ש. וא"כ בטל עדות השני כשרים על שליש ושוב עדות שבטלה מקצת' בטלה כולה כיון דעדותן בעצמו בטל על השליש כנ"ל:

ומיושב שפיר פרש"י ז"ל בהא דרבא דקאי והוא שהעידו תוך כ"ד גם אנמצא א' קו"פ דאם הפסול יעיד אחר כ"ד אינו מזיק כלל דהא הם כיוונו לחייב בעדות שניהם לבד ועדותן כשר כנ"ל. ולמ"ש ממילא כשיודעין הכשרים שא' פסול ואין עדותו כלום וגם הב"ד יודעין אף אם עבר הפסול והעיד מ"מ אינו מבטל כלל עדות הכשרים. ומיושב כמה קושיות למ"ש. אולם מדברי הרי"ף ז"ל ושאר פוס' מבואר שאין מפרשין כן דאדרבה הרי"ף ז"ל סובר דדוקא כשידעו הכשרים בפיסול העד הפסול אז מבטל. משא"כ בלא ידעו שפסול. ולמ"ש הוא להיפוך. וצ"ל לדידי' דלשון נמצא א' כו' תני משום דכשהיו הב"ד יודעין שהוא פסול לא היו מקבלין עדותו וע"כ שלא ידעו ולכך תני נמצא. ומזה ראי' דגם להרי"ף אין הראי' לחוד פוסל רק כשמעיד דאי בראי' לחוד ודאי לא שייך נמצא לדידי' דהא ע"כ ידעו הכשרים בפיסולו בשעת ראי' והגדה לא צריך כלל ומוכח דצריך הגדה ובשטר הוי הגדה כנ"ל. גם צ"ל דההיקש הוא כיון שע"פ כל הג' מחייבין אם היו כשרים ממילא הן עדות א' ושוב כשא' קו"פ שבטל מקצת העדות ממילא בטל כולו כמו דאמרינן מסברא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כשבטל קצת מהעדות כמו כן ממילא מסברא כיון דעדות א' הוא ובטל מקצת מהם כנ"ל. וג"כ י"ל דההיקש

רק בכשרים וממילא בטל היכא דחשוב עדות א' שנצטרפו ותליא מהו נקרא צירוף אי בראי' כו':

או י"ל דכיון דהזהירה התורה לא יומתו כו' בעדות בנים שלא יחייבו הב"ד ע"י קרוב וכן רשע אל תשת כו' שהב"ד לא ידונו ע"פ. וא"כ כיון דבכשרים הדין בג' שהחיוב שהב"ד מחייבין הוא ע"פ כל הג' ממילא כשהעיד קרוב ג"כ והב"ד יפסקו לחייב ע"פ העדות ממילא חייבו הב"ד גם ע"פ הקרוב דמה היכר יש שאינו אמת ע"פ עדות הקרוב דהא כיון דלא אזהרת התורה לא יומתו כו' הי' אותן הג' עדות אחת שהי' הפסק לחיוב ע"פ כל הג' וממילא שייך שוב על כל העדות לא יומתו כו' בעדות בנים כו' וכן ברשע אל תשת כו' עד כו' דאי לאו ההזהרה הי' כל הג' כו' ושוב א"א לחייב הנדון דאין כאן מוכח מתוך החיוב שלא נתחייב ע"פ הרשע. וממילא שייך על זה העדות של הג' הפסול דאל תשת רשע עד כיון דאי לאו הפסול הי' הדין ע"פ כל הג':

והרא"ה בס' החינוך כ', דהב"ד עוברין בלאו דאל תשת כו' או לא יומתו כו' כשפוסקין ע"פ קרוב או פסול כו'. א"כ שייך שפיר הלאו כנ"ל כיון דבלא הלאו הי' כולם עדות א' כנ"ל. ובזה מיושב הטעם שמוסכ' מהפוסקים דאשה ועבד וקטן וכה"ג אין פוסלין הכשרים בצירופם דאין שם עד עליהם. ולכאורה מה חילוק הא ג"כ שייך ההיקש דג' לב'. ולמ"ש א"ש דשם שאין עדותן מועיל כלום דמעטי' רחמנא מעדות לא שייך להקישו כלל כנ"ל דשפיר מבורר שאין החיוב ע"פ הפסול מאחר שפסלתו התורה שאינו עד משא"כ בקרוב ורשע דהלאו כנ"ל שפיר שייך הלאו כנ"ל. וי"ל דזהו תירוץ הש"ס במקיימי דבר כו' היינו שהן עדיין עדים רק דהזהירה תורה שלא לקבל עדותן שייך דכיון דמצטרפין פסול כנ"ל. משא"כ פסול לגמרי לא שייך היקש כנ"ל. אך דברי רא"ה לכאורה תמוהים הא אין הפסק מועיל כלום ומאי לאו איכא והוי כשאר טעות בדין דחוזר. וי"ל דפסק כרבא דאי עביד לא מהני ולקי משום דעבר אמימרא דרחמנא. אך ממ"נ קשה דא"כ לאביי יהי' העדות מועיל כשפסקו רק דעוברין בלאו כיון שהוא רק לאו ואי עביד מהני וע"כ דהפי' לא יומתו כו' ואל תשת כו' גם לאביי הפי' שאינו מועיל עדותן וא"כ שוב אין עוברין בלאו לאביי כיון דלא מהני וחוזר הדין ולרבא איכא לאו אף דלא מהני. ולימא נ"מ בין רבא לאביי פ"ק דתמורה אי עוברין בלא יומתו כו' ואל תשת כו' כשפסקו ע"פ כנ"ל. אך לא קשה דממ"נ אין נ"מ דבמזיד פסולין הב"ד דרשעים נינהו ובשוגג הוי בטעות. אך למה הוי טעות כיון דאינו רק' האיסור וצ"ל דמלבד האיסור דרשינן שאינו מועיל ובאמת לאביי אינו עובר רק לרבא ומ"מ אין נ"מ כיון דרק בשוגג ובל"ז ליכא מלקות כנ"ל:

או י"ל דההיקש מסברא כמו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כן כשבטל מקצת העדות שאין כל העדות מועיל כנ"ל. וי"ל דמה ב' כו' היינו כמו בב' דודאי הסברא כן שיבטל אף הכשר מלחייב שבועה או להצטרף עוד כיון דב' ודאי הן עדות אחת דשייך בטלה מקצתה כמו כן ג' נמצא א' כו'. וא"ש דאין עד א' מחייב שבועה כשנצטרף דזה מסברא דבטל בצירוף הפסול והיקישא הוא רק אג' מיושב ההיקש כנ"ל. והריטב"א כ' דשוב מקשינן ממון לנפשות שלא יחייב שבועה או דמקשינן שוב ב' לג'. גם י"ל דאין ראוי להצטרף לחייב ממון ודוקא כל שב' מחייבין ממון כו' ואינו מוכרח:

במה דברים אמורים בדיני נפשות כו'. ופרש"י דכ' והצילו העדה כו'. ותמוה מאד כמ"ש תוספ' ואטו ספיקא הוא ואי כשרים איך יפסלו משום והצילו כו' ולכאורה הי' נראה פשוט למאי דאמר בש"ס פ"ק דפסחים במאי דמתרצין כו' ומאי אלו דייקינן בהני סהדי כו' ונקטול מספיקא ורחמנא א' והצילו העדה כו' ע"ש. מבואר דאף דבמאי דבסתם כשר עדותן דייקינן שמא יאמרו באופן שיבטל משום והצילו כו'. משא"כ להיפוך כ' תוספ' דלא דייקינן כדי לקיים עדותן אי בסתם בטל ע"ש ובממון דלא שייך והצילו כו' לא הוי עבדינן כן לדייק כדי לבטל ע"ש וזה עצמו י"ל כאן דגם ר"י סבר לחלק בין אומרים לאסהודי או למחזי ודוקא כיוונו להעיד פוסל רק דסבר בסתם איכא ספיקא אי כיוונו ופוסל או לא ומודה דבאומרים בפירוש לאסהודי בטל גם בממון ובפי' למחזי קיים גם בד"נ רק בסתם דאמר ר"ע נמצא א' קו"פ בטל ומשמע דלא שיילינן להו כלל. וע"ז אמר בד"א בד"נ דבסתם בטל משום והצילו שוב אין שואלין אותם כדי לקיים עדותן וכמו התם אי לאו דרובא טעו בעיבורא דירח' והי' בטל עדותן מספק לא הי' שואלין אותם כדי לקיים כמ"ש תוספ' שם משום והצילו ע"ש. אבל בד"מ תתקיים בשאר בסתם דכמו דקי"ל אין בודקין בדו"ח משום נעילת דלת אף דבעי דו"ח מה"ת ובל"ז אינו עדות כלל מה"ת מכש"כ זו השאלה אם כיוון הפסול להעיד דגם בלא השאל' ספיקא ועכ"פ לא עדיף מחקירות דתקנו שלא יצטרף דגם בזה שייך נ"ד שאם יראה הפסול יתבטל העדות. ואפשר דסבר מה"ט אף באומרים בפי' שכיוונו להעיד אינו מבטל כיון דאם יהי' הדין דבטל גם בסתם לא נוכל להוציא ממון מספק ושוב שייך התקנה שלא יבטל אף שאומרים שכיוונו כנ"ל. ואמר שפיר ב' דברים דבד"נ בטל מסתם מס' ושוב לא שיילינן כדי לקיים משום והצילו העדה כפרש"י ז"ל כנ"ל. אבל בממון תתקיים אף דאומרים בפירוש שכיוונו מטעם זה עצמו כיון דבסתם יהי' בטל שייך נ"ד כמו בשאר חקירות דאף דאומרים א"י קיים. ורבי סבר א' ד"מ וא' ד"נ בד"א שכיוונו להעיד והתרו בו. היינו שהכשרים יודעין בשעת ראי' שהפסול כיוון להעיד ג"כ כמ"ש הראשונים ז"ל ולכך כיון

שהדין גם בד"נ שאינו בטל בסתם רק כשהכשרים אומרים שכיוונו יחד כנ"ל. ממילא שוב גם בממון בטל כה"ג שידעו בשעת ראי' ולאסהודי אתו עם הפסולים כמ"ש תוס' דלא שייך נעילת דלת כמו בחקירות דלמה יכוונו הכשרים להעיד בצירוף הפסול ובסתם לא בטל כלל והא בהא תליא דלר' יוסי דגם בסתם בטל שוב בממון לא בטל כלל אף בפי' דשייך נעילת דלת כמו בחקירות דבלא התקנ' לעולם יוכל לבטל עדות הכשרים אבל רבי דסבר דדוקא ביודעין הכשרים בצירוף הפסול שוב לא שייך נ"ד וגם בממון בטל כנ"ל. ומיושב שפיר פרש"י ז"ל משום והצילו העדה. ומיושבים כל קושיות תוס' דבאמת מה"ת אין חילוק בין ד"מ לד"נ רק לענין השאלה משום והצילו כמפורש בש"ס דלענין הצלה לא מקשינן. ומדרבנן גם בפי' אינו בטל בממון כנ"ל. ומיושב מה דאמר רבי א' ד"מ ואימתי שאינו ענין זה לזה. ולמ"ש א"ש דהא בהא תלי' כנ"ל. גם מיושב קושית תוס' מגטין וקדושין דלרבי לא קשה דבעי כיוונו כנ"ל. ולר' יוסי שכ' תוס' דעדי נשים כד"נ דמי' ולמ"ש א"ש דהא לענין חקירות מפורש בש"ס דאין בודקין די נשים בדו"ח דלענין זה עשאום חכמים כדיני ממונות ושייך התקנה כנ"ל:

ומיושב בזה מה דפסקו כל הגאונים הלכה כרבי דגם בד"מ בטל מהא דרבינא דבתרא וסבר פ"ק כרבי ע"ש. ותמוה דרבינא לא פסק כרבי רק בהא דבעי כיוונו להעיד ומנ"ל למיפסק גם בהא דבממון בטל ע"ש בב"י ולמ"ש א"ש דבהא תליא וכיון דפסק רבינא כרבי דדוקא כיוונו להעיד ממילא בטל גם בממון כנ"ל. ומיושב ג"כ מאי דציין הש"ס ר' יוסי אומר בד"א בד"נ כו' היכא אמרינן להו כו'. והא זה רק לרבי ולמה אמר מלתי' אר"י. ולמ"ש א"ש דגם לר"י ע"פ הדין יש חילוק בין כיוון להעיד כנ"ל. רק בד"נ לא שיילינן לקיים כנ"ל ואמר שפיר כנ"ל:

עוד י"ל דהטעם דבטל נמצא א' כו' משום דהא זה הסברא שפיר דגם בג' אין נעשים זוממין א שיוזמו כולם דאל"כ לא נשקר כל העדות עדיין שיש א' שלא הוזם וממילא בג' א"א לפסוק הדין ע"פ ב' מהג' כיון דבעינן מה"ת עשאי"ל וכיון שגם הג' מעיד שוב הב' לבד הם עשאאי"ל דלא יועיל עליהם לבד ההזמה בלא הג' ושוב ע"כ צריכין לפסוק ע"פ כל הג' דעי"כ יכול להזימם וממילא כל הג' עדות א' ונמצא א' קו"פ בטל. ואף דכשהג' קו"פ שוב יכולין להזים הב' כשרים כנ"ל מ"מ כיון דכשהם כשרים הג' ע"כ דנין ע"פ כל הג' ממילא הם עדות א' דבטל הכל בצירוף פסול. אבל לדידן בממון דלא בעינן עשאי"ל א"כ גם בג' שפיר אפשר לדון ע"פ ב' מהג' וא"צ לצרף הג' ולדון ע"פ כל הג' דגם הב' מועיל עדותם אף שהג' מעיד ג"כ דגם שאאי"ל לבד כשנשאר הג' מ"מ כשר עדותם אף שאאי"ל בממון כנ"ל ושוב כיון דגם בכשרין דנין ע"פ ב' מהג' ממילא גם כשהג' פסול

לא מבטל עדות הכשרים ואמר שפיר דבד"מ תתקיים בשאר כנ"ל. והטעם שפיר כמ"ש רש"י ז"ל וכמ"ש יש פ' הובא בש"מ דמה"ת לא בעי בממון עשאי"ל אף דבעי דו"ח משום דלא ילפינן זה ממשפט א' דתלוי בזכות וחובה. ולכך ממילא בממון כשר מה"ת. ולשאר פ' עכ"פ מדרבנן כשר בממון דלא בעינן עדות שאאי"ל ולא קשה מגטין וקדושין ג"כ דבעדות זה לא שייך כלל הזמה מה"ת ולא קאי עליו כאשר זמם כמ"ש תוס' ריש מכות אהא דב"ג וב"ח כנ"ל:

עוד י"ל דסבר דתליא אם הפסול כיוון להעיד ולכך בד"נ מס' לא מצינן למקטלי' שמא כיוון להעיד אף שרחוק דוהצילו עדה כ' וממילא אף דאמר שלא כיוון אין הפסול נאמן לחייבו מיתה שמא משקר והוא בכלל לא יומתו כו' משא"כ בממון בסתמא מהני דלא חיישינן שמא כיוון להעיד כיון דפסול הוא למה יכוין וגם שהוא מכלל דו"ח דא"צ בממון כיון דמסתמא כשר ושוב אף שאומר הפסול שכיוון אינו נאמן לבטל העדות כנ"ל:

עוד י"ל דאף אי תלי' בכשרים אי כוונו להעיד עם הפסול מ"מ בד"נ אף דאומרים הכשרים שלא כיוונו כנ"ל מ"מ הא כל א' א"י לידע על חברו דשמא כיוון הב' להעיד עם הפסול ואין כאן עדים וא"כ כיון דעדי נפשות צריך שיהיו רואין זא"ז וא' מחלון זה כו' לא מהני דצריך כל א' לידע שיש ב' עדים וא"כ ממילא לא מהני כאן דהא כיון דהפסול ראה ג"כ שוב מהכשרים אין כל אחד יוד מהב' אם הוא עד או לא דשמא כיוון להעיד עם הפסול ושוב אף דאומר כל א' שלא כיוון לא מהני בד"נ כמו אחד מחלון זה כו' שא"י על הב' כנ"ל משא"כ בממון דמהני גם עדות מיוחדת שפיר הא עכ"פ כל א' מעיד על המעשה דכל א' אומר שלא כיוון להעיד עם הפסול ומהני עדותו ושוב מצטרף ולענין עדות מיוחדת ילפינן לקמן להדיא דלא הקישה התורה ממון לנפשות מדכתיב לא יומת ע"פ ע"א ע"ש:

עוד י"ל דהא כשאומרים שכוונו להעיד הוי כאומרים פסולי עדות היינו ופ"ב דכתובות משמע דדוקא לענין לבטל השטר דאמרינן אף שהמעשה אמת מ"מ אינו שטר בזה נאמנים פ"ע במיגו דשתקי. אבל לענין שלא יהי' מלוה ע"פ דחייב אף בלא עדים רק דע"י שפסולין היו נאמר שוב דהמעשה שקר. א"כ שייך א"א מע"ר דאין נאמנים אף במיגו וכמ"ש במ"א ולכך י"ל דסבר ר"י דבד"מ דאף שאומרים דכיוונו מ"מ אם אמת חייב רק דנאמר עי"ז דשקר ושוב אאמע"ר וא"נ ונשאר קיים העדות משא"כ בד"נ דמ"מ כיון שבטל העדות א"א לחייבו אף שאמת רק שהן פסולין כמו התם לענין השטר כנ"ל:

גם י"ל דנהי דהעדות פסול עכ"פ מהימני דהמעשה אמת במיגו שלא היו אומרים שכיוונו להעיד עם הפסול דא"ב שתקי אמרי' בב' ואי תלי' באמירת הפסול ודאי שייך דהפסול

נאמן דאמת הוא מיגו דאי בעי שתיק והי' מהני עדות הכשרים להפ' דאמרי' מיגו להוציא משא"כ בד"נ דלא מהני מיגו כנ"ל:

גם י"ל כיון דרק נצטרפו בראי' פוסל א"כ איך נימא דשקר א"כ לא הי' צירוף וכשרים ורק בד"נ דמ"מ עדים אין כאן. ויש לדחות דגם בממון לדבריהם פסולין הן כנ"ל. עוד י"ל דדוקא עדות נפשות דעדות מיוחד פסול וצריך צירוף ב' העדים שייך ההיקש דצירוף זה דד' ג"כ פוסל כיון שנצרפו להעיד והצירוף שייך להעדות דע"י הצירוף מהני לחייב כנ"ל משא"כ בממון דעדות מיוחדת כשר א"כ אין הצירוף שייך כלל להעדות ולכך אינו מזיק כלל מה שנצטרפו עם הפסול דאין הצירוף ענין להעדות כלל כנ"ל:

עוד י"ל כיון דילפינן בממון מוהוא עד או ראה כו' אם לא יגיד כו' דדוקא כשמגיד מתחייב ממון ואלא"ה אינו עד כלל וגם סומא ילפינן מאו ראה דפסול דכל הני דאימעוטי מק"ש אימעוטי לענין עדות ע"ש וא"כ י"ל דהקרוב או פסול דאינו מחייב בהגדתו כלום לא מיקרי עד כלל. ולא שייך בהיקשא דע"פ ב' עדים או ג' דבעדים משתעי קרא והאי קרא דאו ראה בממון מיירי כדאמר בשה"ע בעדות המתקיימת בראי' בלי ידיעה כו' משא"כ בנפשות י"ל דשם עד עליו אף שאינו מועיל דלכך מחויב להעיד אף בלא תביעה כמבואר ברמב"ם דאף דבממון אמעוט מאם לא יגיד דקרינן אם לו לא יגיד היינו ע"י תביעה ובנפשות לא ילפינן מהאי קרא ע"ש. א"כ י"ל דשם עד עליו רק דפסול ולכך פוסל משא"כ בממון סבר דדמי' כמו אשה ועבד דאין פוסלין הכשרים שאין שם עד עליהם כנ"ל. כמו כן הך דאמעוט מלא יגיד כנ"ל:

תוס' כתבו דמקשינן לב' ובממון גם בב' לא בטל דמחייב שבועה. וקשה א"כ עבדים שטרות וקרקעות לא יהי' כמו ממון. ועוד דא"כ גם גבי נפשות לא שייך ההיקש לב' דגם בב' אין השני בטל רק דנשאר ע"א וכשיש ג' נשאר ב'. ונראה הטעם פשוט כיון דבד"נ צריך שיעידו כא' שייך שפיר ההיקש כמו ב' שא' פסול בטל לגמרי גם עדות הב' שאינו ראוי להצטרף עוד אף אם יבא עוד א' וכמו כן בג' בטלו הכשרים ג"כ משא"כ בממון דקי"ל כר"נ שומעין דבריו של זה היום כו' א"כ גם בקרקעות וכה"ג לא שייך ההיקש לב' דגם בב' שא' פסול נשאר עדות הכשר שכשיבא עוד א' אח"כ יועיל ממילא גם בג' שיש ב' כשרים מהני כנ"ל:

עוד י"ל דסבר ר"י דמיקום דבר במקיימי דבר כו' אמעוטי קרוב ופסול ג"כ דלאו מקיימי דבר נינהו ולא הקישה תורה רק כשרים ולהחמיר לעשותו דינו כיוצא בהן כו' משא"כ בנפשות דלא כ' יקום דבר מהני ההיקש יומתו כו' גם על קרוב ופסול כנ"ל לבטל הכשרים

ולהיפך לא יליף ממשפט א' נפשות ממון לחייב משום והצילו העדה כיון דגלי בממון ובנפשות שני קרא בלישני' ולא כ' יקום דבר כנ"ל:

רבי אומר אחד ד"מ וא' ד"נ ואימתי בזמן שהתרו בו כו'. תמוה מאוד דבשלמא לר"י דסבר צריך שיהי' שני עדיו מתרין בו שייך לחלק אם התרה הפסול ג"כ ניכר שהוא עד אבל כיון דלא קי"ל כר"י בהא ואף מותרה מפי אחר חייב א"כ אין ההתראה שייך כלל להוכחה אם כיוון להעיד או לא. וכיון דבד"מ דלא שייך התראה סבר רבי ג"כ דבטל אם כיוון הפסול להעיד א"כ ודאי דנפשות לא קיל מממון ואף שלא התרה בו הפסול וכיוון להעיד ג"כ פוסל הכשרים דאין הוכחה ממה ש התרה דלא כיוון להעיד כיון שגם הכשרים א"צ להתרות בו וע"כ הפי' בדברי רבי אימתי בזמן שכיוון להעיד כמו שכ' תוס' וא"כ מה לו לתלות בהתראה הי' לו לומר אם כיוון להעיד דשייך בין בד"נ ובין בד"מ. ור"י דסבר עד שיהיו עדיו מתרין לא הזכיר בזמן שהתרו ור' דסבר דלא בעי מותרה מעדים אמר דוקא שהתרו. כלפי לייא. ותוס' פ"ק דסנהדרין כ' דלר"י צריך ג"כ שהתרה בו כיון דסבר עד שיהיו עדיו מתרין לא מקרי עד אם לא התרה בו כמו שלא הי' חייב בהזמה זה העד שלא התרה בו ע"ש אך נדחקו שם דאמר בפלוגתא דר"י ור' דמבואר להדיא דלר"י גם בלא התרה פוסל וכ' למאן דסבר כר"י בהא ע"ש גם כאן תמוה דא"כ מאי פריך הרוג יציל למאן פריך הא לר"י ג"כ צריך התרה בו ולרבי כיוון להעיד. ועוד קשה איך הקדים רבי אד"מ ואד"נ ואח"כ ואימתי בזמן שהתרו הא ד"מ לא שייך התראה ועכ"פ הי' לו להקדים אד"נ דקאמר ר"י הי"ל אימתי בזמן שהתרו. שגם בד"מ פוסל בכיוון כנ"ל:

ונראה למ"ש דטעמא דר"י דדוקא ד"נ פוסל דס"ל דיקום דבר במקיימי כו' גם קרוב א"פ לאו מקיימי דבר נינהו כו' רק בקרא דד"נ ע"פ ב' או ג' דלא כ' בי' יקום דבר שייך ההיקש גם לענין קרוב א"פ כנ"ל:

והנה לקמן במשנה יליף ר"י דבעינן ב' עדיו מתרין בו דכ' על פי ב' או ג' היינו שע"י התראה שלהם כו' ד"א שלא יהיו שומעין מתורגמן ע"ש וא"כ אדרבה י"ל דלטעמי' אזלי דלר"י קאי ע"פ אשעת ראי' היינו ההתראה כו' וא"כ בזה הקישה תורה ג' לב' ומוכח דראי' לחוד של הפסול פוסל הכשרים ואף בלי הגדה בב"ד דזה כ' תוס' דמוכח מיקום דבר דוקא כשמגיד בב"ד ולר"י בד"נ לאו מיקום דבר ילפינן כנ"ל ולכך ראי' לחוד מבטל וסבר דאף שגם הפסול לא התרה בו מ"מ מבטל דמה בכך כמו אם הי' הדין דחצי דבר מהני והיו ב' עדים מעידים על חצי דבר וב' אחרים על חצי דהי' מהני ובכת א' מעיד קא"פ ודאי דהי' מבטל עדותם דאף שאין הפסול מעיד על כל הדבר מ"מ על אותו החצי דבר מבטל עדות הכשרים שנצטרף עמהם כנ"ל רק לדידן דילפינן דבר ולא חצי דבר

וא"כ י"ל דאין הפסול המעיד על חצי דבר מבטל עדות הכשרים המעידים על דבר שאין הפסול מכל מקיימי דבר דהא ממעטינן מיני' דבר ולא חצי דבר אבל זה ידעינן רק מן יקום דבר כנ"ל. וא"כ לר"י דלא קאי יקום דבר על ד"נ א"כ י"ל שפיר אף דבעי לחיוב דוקא ב' עדים מתרין מ"מ אף שהפסול לא התרה בו וחסר מקצת עדות היינו ההתראה אבל מ"מ על גוף העבירה שראה ג"כ כמו הכשרים הוי על מקצת זה נמצא א' קא"פ דמבטל עדותן ואף שהוא חצי דבר מ"מ מבטל אותו החצי ושוב לא נשאר עדות ואף שהוא אינו מעיד על דבר שלם מ"מ בטל על החצי שמעיד כנ"ל וכמו אם הי' כשר חצי דבר בב' כתות דהי' מבטל החצי בצירופו כנ"ל ובפרט ר"י דסבר בשני חזקה כיון דמועיל לאיזה דבר מהני חצי דבר וגם כאן מהני בלי התראה לפסלו לעדות ולענין זה מצטרף הפסול ושוב בטל לגמרי דבטלה מקצתה בטלה כולה ולכך תלו שפיר הפלוגתא בתרווייהו הא בהא דר"י דסבר דוקא בד"נ פוסל והיינו דלא יליף מיקום דבר על ד"נ וסבר דע"פ ב' דכ' בד"נ שיהיו עדים מתרין ממילא דההיקש על הראי'. ממילא סבר ראי' לחוד פוסל ואף שלא התרה הפסול דאף שאינו מועיל לחיוב ולא מקרי מקיים דבר מ"מ פוסל על מה שמעיד דלא כ' יקום דבר בד"נ כנ"ל. ורבי דסבר דמקרא דיקום דבר ילפינן בין ד"נ ובין ד"מ ושצריך להיות מקיימי דבר תמיד ממילא אמר שפיר אד"מ ואד"נ ואימתי בזמן שהתרו כו' היינו דאי בעי התראה מעדים כר"י ממילא הי' צריך שגם הפסול יתרה בו דאל"ה לא עד הוי ממקיימי דבר. דלא אתי לפסוק או כר"י או כרבנן בהתראה מעדים או לא ואמר שפיר דלר"י צריך התראה דוקא כיון דבין בד"מ ובין בד"נ ילפינן דפוסל מיקום דבר כנ"ל. וממילא אי לא בעי התראה מהעדים צריך כיוון להעיד בב"ד דאל"ה לא מקרי מקיימי דבר. דלר"י דראי' לחוד פוסל לא שייך לחלק בין כיוון להעיד או לא משא"כ לרבי דיליף ממקיימי דבר ממילא אין הראי' פוסל עד שיכוון להעיד בב"ד כנ"ל ותלי' זה בזה כנ"ל. ואמר שפיר בסנהדרין בפלוגתא דר"י ור' דלר"י פוסל גם בלא התרה וכאן פריך שפיר הרוג יציל לר"י:

עוד י"ל דנהי דבכשרים שם עד עליהם בשעת ראי' אף דאין מתרין בהם דכיון שרואין וראוין להגיד מורה הראי' שהם עדים אבל הפסול אדרבה מורה הסתם שאין כוונתו להעיד דלמה יעיד כיון שאינו מועיל. וא"כ אף אי מתכוין הוי דברים שבלב שאין דברים כיון דבסתם מורה שאינו מכוין להעיד. אך י"ל דלמא מכוין להעיד כדי לבטל העדות משום נמצא א' קא"פ דאפשר דגם זה חשוב כוונה להעיד וע"ז אינו מורה הסתם להיפוך. אך בנפשות שמחויבים להעיד הרואה גם בלא תביעה משום ובערת הרע כמ"ש רמב"ם ורא"ש ז"ל וממילא ודאי דאסור להקרוב לכוין להעיד כדי לבטל הכשרים דכמו שמחויב

הכשר משום ובערת כן מחויב הקרוב מה"ט שלא לבטל עדות הכשרים כנ"ל. ולכך שפיר בד"נ בסתם אינו מבטל כלל העדות דמורה הסתם שלא כיוון להעיד דממ"נ שיתכוין להעיד לחייב הא פסול ולבטל אינו רשאי ולכך ממילא כיון שמורה להיפוך שלא כיוון אינו מבטל כלל ודוקא אם התרה בו מורה בשעת ראי' שכיוון להעיד משא"כ כשלא עשה מעשה המורה שכיוון ממילא אינו מבטל אבל בממון שפיר אינו מורה די"ל דמכוין לבטל העדות ומ"מ אינו עושה איסור בזה. דהא העדים כשרים ג"כ אין חייבים עד שיתבע אותם ומכ"ש לראות להעיד אין חיוב כלל עליהן דמה"ט מותרין ליטול שכר לראות רק כשהן כבר עדים אסור לכבוש עדותן. א"כ גם הפסול שמכוין להעיד לבטל עדותן גור שלא יהיו נעשים עדים כלל וזה אינו אסור כסותם פי עדיו שכבר עדים משא"כ זה וכיון שאינו מורה להיפוך שפיר פוסל אם כיוון להעיד ולכך בד"נ דוקא התרה בו ובד"מ בטל בכיוון להעיד לחוד. ומה"ט י"ל מה שכ' הפ' לפשוט דאם מזמין עדים כשרים אין פוסלם הפסול דלכאורה מה בכך מ"מ מתכוין הפסול ג"כ להעיד ומה תלוי בבע"ד ולהנ"ל יש לומר דלכאורה מ"מ אסור לבטל עדותן כמו שוי' טמון באש דהוי גרמא אף שפטור מדינא. אך ז"א דאינו מפסיד רק שלא יהי' עדים בדבר וא"י כלל אם המלוה רוצה דוקא בעדים ולכך כשמזמין עדים י"ל דשוב אסור דהא אין זה רוצה להלוות בלי עדים:.

שם. מה יעשו ב' אחין כו'. י"ל דנקיט ב' אחין לרבותא אף דכל א' כשר ואין שם פסול עליו רק הצירוף פסול מ"מ חשוב נמצא א' כו' ובטל כיון דנצטרפו ולצירוף פסול. או דנקטי' דבשלמא שאר פסול לא ידקדק בראותו כדי שלא יבטל אבל ב' אחין צריך כל א' לדקדק ולראות דא' מהם כשר ואם הוא לא ידקדק גם הב' לא ידקדק והא מחויב לראות משום ובערת ולכך מה יעשו כו': **לתוס'** דבעי הגדה ולכך פירשו דיעיד לאחר כ"ד ויפסול וקשה לרב"ח בסנהדרין דפסול ב' אחים משום אין נעשים זוממים עד שיוזמו שניהם ונמצא נהרג בעדות אחיו ע"ש. וא"כ כשמעיד לאחר כ"ד דלענין עד שיוזמו כולן כ' תוס' דלאחר כ"ד א"צ שיחמו כולן ורק לענין נמצא קא"פ וא"כ ב' אחין כשמעיד אחר כ"ד אין כאן פסול כלל כיון דלענין הזמה לא יצטרך ליזום גם הוא כנ"ל ואין כאן כלל נמצא א' קא"פ. וצ"ל כיון דמ"מ בשעת ראי' נצטרפו וצירוף הזה פסול משום עשאאי"ל כשיעידו יחד תוך כ"ד רק דבעי הגדה כדי שיקרא מקיימי דבר וכיון שמעיד אף אחר כ"ד כבר פסלו הצירוף דשעת ראי' וכיון דאם היו ב' הי' פוסל הצירוף שוב גם ג' מקשינן לב' שבטל מחמת צירוף הראי' כיון שעכ"פ הגיד בב"ד והוא ממקיימי דבר אף לאחר כ"ד כנ"ל:

תוס' ד"ה שהעידו תכ"ד הקשו על רש"י דמשמע גם אנמצא א' כו' והא פריך הרוג יציל. ותמוה הא ודאי לס"ד דראי' לחוד בלי הגדה כלל לא שייך שיעידו תכ"ד משא"כ למסקנא יקום דבר דצריך הגדה י"ל דוקא תכ"ד וצ"ל דראי' שלהם מסברא כיון דס"ד הרוג יציל בלא הגדה כלל א"כ נהי דמשני יקום דבר דצריך הגדה אבל עכ"פ כשמגיד שוב הראי' פוסלת וא"צ צירוף של הגדה וגם אחר כ"ד. ואף שאינו קושי' ארש"י ז"ל כ' תוס' זה לדינא והוכרחו לזה ממשמעות דמה יעשו ב' אחין כו' ואי דוקא תכ"ד א"כ כשרואה שהעיד הא' לא יעיד הוא וע"כ גם אחר כ"ד ולא ידע שהעיד האח:

אך גם לפי' קשה כיון דבד"נ צריך שיעידו כא' וע"כ העיד האח עם א' ביחד ונשאר לבדו איך יעיד ולמה הא לא יחויב ע"י אף להצטרף אינו ראוי כיון שאין מעידין כא' ושום ביש הוא דאפיק ואסור להעיד יחידי וצ"ל מה יעשו כשיהיו ב' אחים ועוד ב' שיעיד אחר עם א' מהם ואח הב' לא ידע ויעיד ג"כ עם האחר. אך איך מקשה מה יעשו לא יעידו שניהם ויהי' עדים כשרים זולתם. ואפשר דהקושיא אי יפסל אף שלא כיוון רק כשמעיד אף אחר כ"ד א"כ גם במעיד בב"ד אחר ג"כ מבטל עדות אלו דכיון שהגיד והוי ממקיימי דבר ביטל בצירופו משעת ראי' וא"כ כשמעיד אחר עם א' מהאחים שגם אחיו ראה א"א לחייבו שמא העיד אחיו בב"ד אחר ובטל עדות אלו ואפשר דגם שאומר שלא העיד אינו נאמן לחיוב מיתה ושפיר פריך מה יעשו דלא יהי' אפשר לחייבו אף שיעיד רק א'. ועוד דלתוס' אפשר דגם שמעיד הפסול בב"ד אחר גמ"ד ג"כ מבטל עדות הכשרים דכיון שהעיד אגלאי מילתא שהי' בטל עדותן משעת ראי' וא"כ איך אפשר לגמור הדין לחיוב כיון שאפשר שיבטל למפרע דשמא יעיד אח"כ. וגם דהוי עשאאי"ל דכשיוזמו יבא אחיו ויעיד בב"ד ויהי' אגלאי מילתא דבטל בלא הזמה דלא שייך בזה סברת תוס' כיון שהוזמו לא נצטרפו כו' דמ"מ בנא הזמה הי' בטל עדותן והגמר דין בטעות כנ':

שם. **הרוג יציל**. כ' תוס' שהוא בע"ד. ותמוה מה בכך הא כשר כשאינו נוגע. וי"ל דהוי נוגע דהא חייב בשבת וריפוי כשלא ימות בזמן שחובשין אותו וממילא כיון שהוא נוגע מבטל עדותן אף שמת דלס"ד גם בע"ד מבטל כיון דלא בעי מקיימי דבר כנ"ל משא"כ למסקנא פ' המרדכי שפיר דהנרצח יכול להעיד דפ"ד על מה שהוא נוגע כנ"ל:

עוד י"ל לרבי דנפש תחת נפש הוא ממון ג"כ ליורשים רק דקם לי' בדרבה מיני'. ומועיל תפיסה על דמי הנהרג והוי בע"ד שמעיד על זכות היורשים שיהי' מועיל תפיסה ומבטל העדות.

עוד תירצו תוס' דהוא שונא ופסול. ג"כ קשה הא קי"ל שונא, כשר. ודוחק דלר"י פריך וכ' הפ' דשונא גדול כזה לכ"ע פסול וקשה מנ"ל להקשות ע"י חילוק דלא מצינו כלל. וי"ל

מהא דחמש נשים שאין מעידות צרתה וחמותה מוכח דיש שונא שפסול אף באיסורין וכ"ש בנפשות ואינו מוכרח דשם חכמים האמינו לפסול שאינו נאמן מה"ת ולא האמינו לשונא משא"כ עדים כשרים.

וי"ל דהא ע"כ לא חשדינן דשונא ומשקר לגמרי דאי משקר ולא הרגו אינו שונא כלל ולמה יפסל דלא דמי לשאר פסולין מגזה"כ שייך לדבריך פסול אתה ואינו עד אבל שונא דפסול רק מסברא דמשקר משום שנאה וכיון דאי משקר אין טעם לשנאה אין כאן חשש משקר. וע"כ צ"ל דבאמת הרגו רק לענין ההתראה ושאר פרטים מהעדות שיתחייב מיתה ע"ז י"ל דמשקר משום שנאה רוצה לחייבו אף שאינו חייב מיתה וא"כ כיון דגם שוגג הגואל הדם מצוה או רשות להרגו א"כ ודאי דאין לסמוך על עדותו להרגו כיון דאף אם לא הי' התראה רשאי להרגו והתורה מעידה כי יחם כו' שפיר בשונא זה לכ"ע פסול. ועוד דאפשר כשמשקר ג"כ אין חיוב עונש עליו כק"ו דאמר ריש מכות הסוקל אינו נסקל הבא לסקול עאכו"כ רק דא"כ בטלת כו' אבל בזה שמצוה להרגו י"ל הק"ו כשגורם להרגו שאין עונש עליו. ואף דלאו דלא תענה עבר י"ל דלא סמכה תורה בעדי נפשות על שאינו עובר בלאו רק משום הגרם מיתה למי שאינו חייב. וזה ליתא בגואל הדם:

ותוס' יבמות כ' עוד תי' דטריפה פסול להעיד ע"ש. ואף דהא פסול טריפה משום עשאאי"ל וזה הפסול בהגדה לא בראי' מ"מ כיון שפסול להגיד משום עשאאי"ל שוב הוי כפסול הגוף דפסול זה יש בו בשעת ראי' שאינו ראוי להעיד ודוקא בא"י החקירות דבשעת ראי' הי' כשר צריך צירוף הגדה משא"כ טריפה. ותמוה לי למה הוצרכו תוס' משום טריפה דקשה לרבא דסבר עדי טריפה שהוזמו נהרגין ע"ש הא בל"ז כל שהוא חי לא נוכל לחייבו מיתה בעדותו וכי תעלה על דעתך שזה מהלך בשוק וזה נהרג אלא שיועיל עדותו כשימות ואיך יהי' בו דין הזמה כשיוזם בעודו חי לא יתחייב כלל דלא רצה לחייבו ואף דאמדינן לי' למיתה מ"מ ודאי דאם נהרוג אותו מחמת ההזמה לא נתברר אם הי' מת מחמת ההכאה והי' הנידון חייב או לא. ועוד דלא רצה לחייבו עד אחר מיתתו וגם הוא אינו חייב כמ"ש תוס' חולין י"ב ע"ש. ועוד דא"א כלל לגמור הדין כל זמן שזה חי על הספק שאם ימות חייב דאין גומרין הדין רק על הודאי ולא אפשר גמ"ד עד שמת ומה הזמה איכא. ורבא מיירי בעדי טריפה לעדות אחרת אבל הרוג עצמו פשוט כנ"ל. וממילא כיון דפסול שאאי"ל מבטל הכשרים לס"ד. ומזה ראי' דתוס' סוברי' דמשום עשאאי"ל לא הי' מבטל בראי' דאין שם פסול עליו רק בהגדה וע"כ טריפה פסול הנוף דגברא קטילא הוא וכמ"ש רמ"א דגם בממון פסול ע"ש. ורבא בעדי טריפה י"ל שנעש' טריפה אחר שהעידו כנ"ל:

עוד תי' תוס' שם הרוג שקרוב להורג יציל ואי"ל אה"נ מכה אביו ואמו מאי א"ל ע"ש. וקשה לשון הש"ס הרוג יציל הוי לי' למיפרך ממכה אביו דלא מיירי בהורג ולע"ד בעזה"י דפריך ממחתרת דכ' אם זרחה עליו השמש דמים לו דמוקי רק באב על הבן דברור שרק לממון והבן הרגו לאב חייב מיתה עליו ובזה פריך שפיר הרוג יציל שהוא האב מטעם קרוב כנ"ל:

עוד י"ל דהא דקטן ועבד ואשה אין פוסלין הכשרים בצירופם הוא רק למסקנא דיקום דבר והנך לעולם לא קרינן בהו מקיימי דבר משא"כ לס"ד וא"כ פריך שפיר מקרא דכי יכה כל נפש אפי' קטן יציל. וכן עבד שנידון ביום או יומים יציל עבד ההרוג שפסול כנ"ל:

נרבע יציל. כ' תוס' מלרצונו פריך דאף דפ"ד מ"מ כאן שיש ב' עדים פסול לכאורה הא משכחת שאין יותר כ"א הנרבע וע"א ומהני להרוג הרובע והוא אינו נפסל דפ"ד. וצ"ל מקרא דומתו גם שניהם. וקצת דוחק די"ל דתורה אמרה שחייבים שניהם, מיתה אבל לא ביחד. וי"ל פשוט דהא דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כ' הרי"ף דילפינן לה מנמצא א' קא"פ דבטל כל העדות ולכך למסקנא דדוקא במקיימי דבר ובע"ד אינו מבטל הכשרים אמרינן פ"ד דאף שמעיד על עצמו אינו בגדר עד ואינו מבטל השאר שהוא עד כמ"ש הראב"ד אבל לס"ד דבע"ד ג"כ מבטל ממילא שייך עדות שבטלה מקצתה אף שמעיד על עצמו ולא אמרינן כלל פלגינן דיבורי'. ושפיר פריך נרבע יציל דכשיעיד רבעני לרצוני ג"כ יבטל כנ"ל:

ולהרמב"ם י"ל בפשיטות כל הקושיות דהרוג ונרבע עשאאי"ל שיהי' הכחשה והזמה וכיון שפסול פוסל הכשרים דשם בפלוני רבעני לא קשה קושית הגאון ר' חיים יונה ז"ל דפלגינן דיבורי"ה. ואף לר"י בלאונסו דלא פלגינן היינו שא"צ למיפלג אבל מ"מ כיון שלא יהי' הכחשה על העדות שדנין עליו לחייב הרובע תועיל ההזמה ומה שרבע אותו אינו שייך לעדות ולא איכפת לו והיינו למסקנא דמה דא"צ לקיום דבר לא נחשב מכלל העדות דכ' יקום דבר משא"כ לס"ד כנ"ל.

לכאורה גם למסקנא צ"ל בנרבע דוקא מאחוריו דהא על הרובע שם עד עליו דהא מצטרפין להרגו ומ"מ פסול כשיש ב' עדים דרשע הוא ושפיר פוסל הכשרים בראי' להפ' דראי' מבטל ולמה לא כ' הפ' דדוקא מאחוריו כנ"ל. וי"ל דאם יעיד שרבעו לרצונו עם ב' עדים חשוב נוגע גם על מה שמעיד על הרובע להרגו כיון שיהי' הדין נמצא א' כו' ויתבטל עדותם על הרובע דשם עד עליו ופוסל כנ"ל וממילא יתבטל עדותם גם על הנרבע מלחייבו דשפיר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואף שעל עצמו אינו עד לבטל מ"מ כיון שבטלה עדותן על הרובע בטל גם על הנרבע וא"כ שוב ע"י שמעיד על הרובע יפטור

הוא ג"כ הוי נוגע ובע"ד מה שמעיד על הרובע ג"כ ואינו פוסל הכשרים גם על הרובע כמו כל נוגע שאינו פוסל דלאו מקיימי דבר הוא ושפיר מהני עדותן לגמרי ושוב אינו פוסל בראייתו ג"כ כיון שגם אם יעיד לא יבטל אין הראי' פוסל ג"כ. ורק לס"ד פריך שפיר דגם בע"ד פוסל. משא"כ למסקנא א"צ כלל מאחוריו כנ"ל:

יקום דבר במקיימי דבר כו'. ופירש"י לא בעושי דבר. אינו מובן היטב דהא דעל עצמו אינו עד אמר בש"ס אדם קרוב אצל עצמו ואאמע"ר דמשמע דרק מזה הטעם נפסל דהוא כ"ש משאר קרובים שפסלה תורה. וא"כ למה לא יפסול הכשרים מה בכך שקרוב יותר מבנו ואחיו מ"מ יפסל משום קרוב. ולתוס' א"ש דמשני שצריך הגדה בב"ד אבל לשאר פ' קשה ודנימא כמ"ש הראב"ד שלא נקרא עד דא"כ הוי לי' למעוטי מע"פ ב' עדים. והא לא משני רק משום יקום דבר. ונראה הטעם כמו דילפינן מעל פי שדוקא בדיבור לחוד יהי' נאמן ומה"ט עד הצריך שבועה פסול דדוקא על פיו לחוד כן בראי' שאמרה תורה והוא עד או ראה כו' שעדותו ע"י שרואה המעשה שיתברר ע"י ראייתו שאמת שעבר אבל העובר העבירה בלא מעשה שלו אין כאן ראי' ואינו עד בראייתו לחוד רק עם המעשה שלו שאם לא יעבור אין כאן עדות וזה אינו עדות. ושפיר כ' רש"י לא בעושי דבר. והנרבע על הרובע שא"צ ענין של עצמו לעדות של הרובע חשוב עד כנ"ל:

הלכה כרבי. תוס' תמהו מקדושין וגטין שיש קרובים במעמד א"כ מבטלים הכשרים וכ' דבעי הגדה. ולהפ' דראי' לחוד פוסל הוא תימה גדולה ולע"ד בעזה"י דלא קשה כיון דילפינן מיקום דבר מקיימי דבר. וא"כ בשלמא בשאר עדות ד"מ או ד"נ שמעיד הקרוב על המעשה מעיד שחייב כמו הכשרים והוי מקיימי דבר ופוסל משא"כ בקדושין דמקדש בלא עדים לאו קדושין אף שאמת א"כ הפסול מצד עדותו שראה אינו מעיד על קדושין כלל מה שנתקדשה בפניו דבלא עדים לא מהני ולא הוי כלל מקיים דבר כאלו העיד ששמע האמירה ולא ראה הנתינה דלא הי' פוסל. ואף שראה שקדשה בפני עדים האחרים מ"מ הוא מצד עדים האחרים אבל מצד עדותו אינו עדות וגרע מנכי ריבעא כו' דבשלמא ב' כשרים כל א' שרואה הקדושין שקדשה בפניו וכן עד הב' ממילא יש ב' עדים משא"כ הפסול במה שרואה שקדשה בפניו אין כאן מעשה קדושין כלל. וממילא גם ראי' שלו אינו פוסל דאינו רואה קדושין כלל מצד עדותו כמו שבהגדה לא הי' פוסל וברור לע"ד:

עוד י"ל כיון דבעי כיוון להעיד ובזה לא שייך שהפסול כיוון לראות כדי להעיד הא אם רואה כדי להעיד א"כ אין כאן מה להעיד כיון שעי"ז יפסלו הכשרים ואין עדות ובלא עדים לאו קדושין הוא ולא שייך כלל כיוון להעיד עוד י"ל דבמזמין כשרים פ' הפ' דודאי

אין קא"פ פוסל רק בסתם. ובש"ס קדושין פ"ב דפריך א"מ קידש אשה ולא אמר אתם עדי לל"ק כו', וכ' המרדכי דהטעם דבהודאה שהוא דיבור צריך א"ע אבל במעשה כיון שעושה המעשה הא הוי כאומר א"ע ע"ש. וממילא בקידושין שכיון שרוצה לקדשה הוי כאומר שרוצה בהעדים כיון דבלא"ה לא מהני א"כ ממילא הוי כמזמין כשרים דכמו שהמעשה מורה שרוצה שהכשרים יהיו עליו עדים כן מורה שרוצה שהפסולין לא יהיו עדים כדי שלא לבטל כנ"ל כיון שרוצה בהקדושין וכנ"ל:

עוד י"ל דתמוה איך נאמן הפסול דכיוון להעיד הא פסול שמא משקר. וי"ל לקצת פ' דדבר שהי' בידו נאמן כמו נתנסך יינך כו' וכאן כיון שראה הי' בידו לכוין להעיד נאמן לבטל דכיוון כנ"ל. ובמקדש בלא עדים דלא מהני מודים משום דלחוב לאחריני לא מהני. והקשו הא בידו לקדשה הי' ויהי' נאמן גם נגד אחריני. וי"ל דדוקא שמה שהוא אומר הי' בידו כמו לנסך כו' אבל בקדושין אם יהי' הדין דאינו נאמן שוב לא הי' בידו כלל לקדשה דבלא עדים לא מהני. ואף שבידו לקדשה בעדים הא אינו אומר שקדשה בעדים רק בלא עדים וזה שאומר איך יהי' נאמן משום בידו הא אי אינו נאמן לא הי' בידו באופן זה. ונאמר שנאמן וע"י שנאמן יועיל זה לא אמרינן אדרבה אינו נאמן ואינו מועיל ואינו בידו. וא"כ להיפוך ג"כ י"ל כנ"ל דאף אם העד פסול כיוון להעיד אינו מבטל הקדושין דלא יהי' נאמן משום בידו. דאי א"נ אינו מזיק כלל כוונתו להעיד דהא שניהם מודים ולענין לחוב לאחריני יש עדים כשרים ואם הדין דהפסול אינו נאמן שכיוון ממילא אינו מבטל הקדושין ולאו בידו וממילא אינו נאמן והקדושין קיימים. ויש לדחות:

עוד י"ל דהא קי"ל בתנאי דקום ועשה מוקמינן אחזקה שלא נעשה ולא נתבטל המעשה כיון שהמעשה ברור וס' אם נתבטל וגם בקדושין אין חוששין כל שלא נתברר עיין ש"ע אה"ע וא"כ בכל נמצא א' קא"פ אי בסתם אין ראי' שלו פוסלת רק אם בפירוש כיוון להעיד הי' לנו לאוקמי אחזקה (שהעדים כשרים לפנינו וספק אם כיוון ונתבטל מחזקינין בסתם שלא נתבטל. אך לא דמי דשם התנאי מבטל המעשה שייך החזקה, משא"כ כאן אינו מבטל רק העדות אבל המעשה קיים אף שבטל העדות. וא"כ בקדושין וגטין דבלי עדים בטל שוב מוקמינן אחזקה דלא נתבטל דאם נעשה המעשה וכיוון להעיד בטל הקדושין מעשה המבורר לפנינו וכיון שמצד ספק אם כיוון אינו מבטל שוב אינו נאמן אף שאומר שכיוון דפסו לא מהימן ושוב אינו מבטל כלל אף אם כיוון דהוי קדושי בעדים שיהיו מועילים לחוב לאחריני כנ"ל:

לסימן לז

בבא בתרא מ"ב ע"ב

השותפים מעידים כו' נוגעין בעדות נינהו. דאם לא חלקו כל מה שישאר להב' זה שותף בו ואף להפ' דגם בחד דיבור פלגינן דיבורי' וא"כ יהי' נאמן על מחצית של השותף. ז"א דכאן לא אפשר דממילא יש לו חלק ג"כ. אך לכאורה כיון דקי"ל בליכא פסידא רשאי השותף לחלוק שלא מדעת חבירו וכן היכא דזה נהנה וזה לא חסר א"כ יכול השותף לחלוק וליקח מחצה והמחצה שלוקח המערער יקח זה המעיד דהא מודה שהמערער לקחו שלא כדין ושפיר בחלוקה זו זה נהנה כו' דלא חסר דאם יקח מחלקו יקח המערער ממנו גם החלק שיקח דז"א דעכ"פ בדיבורו נוגע בעדות דלדבריו שהוא שלהם יש לו בכל חלק מחצה ואף דאם יהי' הדין פלגינן דיבורי' לא יהי' נוגע וא"כ להפ' גבי לדידי אוזיף בריביתא דאף שתובע הרבית פלגינן דיבורי' דכיון דיודע שהדין דלגבי עצמו אינו נאמן פוסקין כן דהוי עד לחבירו ומה שנוגע לו לא מהימן וכן בהנ"ל נימא דנאמן שהשדה שלהם והמערער שלא כדין ויכולין לחלקו ונאמן שיקח השותף מחצה והוא מחצה ומחצה שלו יקח המערער ושוב אין לו חלק במחצית השותף דהא הודה שהוא שלהם ומהני החלוקה דזה שמערער גוזלו ממנו אחר החלוקה ואינו חוזר עליו כנ"ל. אך ז"א דשם עכ"פ ענין העדות לפסלו לעדות אינו נוגע לו כלל ותביעתו הממון הוא דבר אחר ושייך פלגינן. אבל כאן דעכ"פ עכשיו קודם שחלקו גוף העדות שיהי' נאמן על מחצה שאינו גזל נוגע וזכות לו דממילא מחצה מהמחצה שלו רק דע"י הדין דפלגינן דיבורי' יהי' החלוקה ולא יהי' נוגע ויהי' זה סילוק אבל עכשיו עכ"פ ודאי נוגע הוא קודם שחלקו דאי אפשר למפלג דיבורי' כנ"ל. דהא לפי דבריו שהוא שלהם באמת הדין דיש לו חלק גם במחצית של השותף ואינו עד. אך למה לא מוקי כשכבר חלקו ואח"כ מערער על כל השדה דכשחלקו ובא גזלן וגזל א' מהם ודאי דאינו חוזר על הב' וא"כ כיון דשותף א' מעיד שאינו גזל ושלהם א"כ הי' החלוקה כדין והמערער לוקחו בגזל ושוב מהני הודאתו לחובתו שלא יוכל לחזור על חלק השותף וכיון שנסתלק הנגיעה בשעת העדות ע"י הודאתו אינו נוגע וכשר כמבואר בש"ס לקמן וכיון דאסהיד דלו הוא היך מצי מפיק לה כו' אף שהודאה זו בשעת העדות ע"ש וא"כ שפיר יהי' כשר לגבי חלק השותף דפלגינן דיבורי' והוא דבר שאפשר שמחצה גזל ומחצה שלו. ואף דאם זה המחצה של השותף אינו גזל ומחצה שלו גזל יש לו במחצית השותף ז"א דהא הודה שאין לו חלק בו שהי' החלוקה כדין ואינו נוגע כלל דמחצה שלו ב"כ וב"כ יקח המערער ומחצה של השותף לא יוכל הוא לחזור עלי' אף שישאר של השותף כנ"ל. ולהפ' דכשתובע הרבית לא פלגינן

א"ש משא"כ לפ' הנ"ל. וי"ל דזה נכלל בתי' הש"ס דו"ד אין לי כו' היינו שנסתלק יהי' איזה סילוק שיהי' ודוחק דפירוש זה פשוט יותר:

אך י"ל דדוקא גבי לדידי אוזיף בריביתא כו' דגם לדבריו שתובע הרבית מ"מ ענין זה שדנין עליו לפסלו לעדות אין זה זכות כלל דאף למה שרוצה שישלם לו מ"מ אין תועלת לו אם נפסל לעדות או לא אבל הכא דלדבריו שטוען שהכל אינו גזל ורוצה שחלקו ישאר אצלו וממילא לדבריו שוב הוי נוגע על חלק השותף ג"כ שישאר אצלו דאם יקח המערער חלק השותף יחזור השותף על חלקו דהשותף לא הודה שאינו גזל ויגבה בעדות זה דהחלוקה בטלה ונהי דהוא א"י לחזור על השותף שהודה הוא היינו אם יקח המערער חלקו אבל כל זמן שאינו לוקח ממנו חלק שלו ולדבריו שרוצה חלק שלו שלא יקחנו המערער שוב הוי נוגע על חלק השותף כדי שלא יחזור עליו וא"כ לדבריו הוא נוגע גמור על חלק השותף שישאר אצלו מאחר שאומר על חלקו ורוצה שיהי' שלו שוב גוף העדות שישאר ביד השותף חלקו הוי לזכותו כנ"ל ולכ"ע לא מהני ולהנ"ל נראה דגבי לדידי אוזיף כו' ויש לו ע"א על זה שוב אינו נאמן לפסלו לכ"ע דלדבריו שתובע הרבית ויש לו עד הוי זכות לו שיפסל זה לעדות ולשבועה ויהי' הדין דנשבע ונוטל הרבית א"כ גוף הפסול לזכותו לדבריו שתובע כנ"ל ושוב לא חשוב עד. אך הי' אפשר לפרש מעידין זה לזה ששניהם מעידין זה לזה ושוב מהני עדות כל א' על חברו למאי דלא חיישינן לגומלין דשוב אין שום א' נוגע דמהני הודאתו לחובתו ולא יגבו כל א' מחלק חבירו ושניהם כשרים כנ"ל. ויש לדחות:

עוד י"ל דהי' שייך מעמידה בפני בע"ח דאם יש לו בע"ח לא תועיל הודאתו בחב לאחרים ויוכל לגבות מחלק השותף אם ישאר שלו והוי שפיר נוגע דבזה לא יהי' שייך קיבל אחריות בהודאה. וע"כ הוצרך לשנויי בדו"ד וסילוק בקנין וקיבל אחריות דנפשי' כנ"ל:

עוד יש להקשות לשמואל גופי' הא סבר פ"ק דב"ק אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלק א' וויתר כו' דלקוחות נינהו וכלוקח שלא באחריות א"כ לר' זביד לקמן דאפילו נמצאת שאינו שלו אינו חוזר עליו שלא באחריות דנתרצה כו'. א"כ גם באחין או שותפין שחלקו לשמואל ג"כ הדין כן אף שבא נגזל אח"כ ונוטל חלקו של א' אינו חוזר על הב' ולא בטלה החלוקה כשאר לוקח שלא באחריות כנ"ל. ובזה עדיף משאר לוקח דלכך חלקו סתם דיכול להיות שיבא עירעור דנגזל על חלק זה כמו על חלק זה וכשם שזה רוצה להפטר מאחריות חלק זה רוצה גם מזה כדפי' רשב"ם להדיא ב"ב ק"ז דגרע משאר לוקח שלא באחריות ט"ש וא"כ א"ש כאן כפשוטו דאמר שמואל שותפין מעידין כשחלקו ובא עירעור על חלק שותף א' שפיר הב' מעיד דאינו נוגע כלל דאינו יכול לחזור כל

א' על חלק חבירו כלל. ומה צורך לשנוי' שכ' דו"ד דהיינו שנתן לו במאנה חלקו דג"כ עתה אינם שותפים כלל ולמה לא כפשטי' שחלקו כנ"ל. והי' אפשר לומר דעדיין יקשה דשייך שמעמיד' בפני בע"ח דהא בע"ח שלו בשטר יוכל לגבות מהשותף בתורת לוקח כיון דסבר לקוחות נינהו ואף שיש לו מחצית השדה שחלק יוכל הבע"ח לגבות שניהם מחצית שלו בתורת בני חורין ומחצית השותף בתורת לוקח:

שוב ראיתי בת' צ"צ ס' ד' פ' כן בב' שהחליפו זה עם זה ב' בתים יכול בע"ח של א' לגבות שניהם בתורת ב"ח וא' בתורת לוקח ובלוקח שלא באחריות ע"ש א"כ הי' שייך מעמידה בפני בע"ח. אך הי' יכול ג"כ לאוקמי בקיבל אחריות דנפשי' כמו בדו"ד כו'. ועוד דקשה יותר דאי נוקי כן לא יקשה כלל קושי' הש"ס דמעמידה בפני בע"ח. דהא דאחין או שותפין שחלקו לקוחות הוא משום דאין ברירה ואי יש ברירה אמרינן גם בשותפין שהוברר הדבר שזה חלקו משעה שקנה כמו באחין דיורשין נינהו לרב כמבואר בש"ס נדרים פ' השותפין וא"כ הא בדרבנן קי"ל יש ברירה ובדאורייתא אין ברירה, וא"כ לשמואל דסבר סוף ב"ב שיעבודא לאו דאורייתא ומה שגובה בשטר מלוקח הוא דרבנן וא"כ שוב לענין זה שיגבה בע"ח שלו מהשותף הב' שחלקו לא יוכל לגבות כלל דזה רק מדרבנן כיון דשל"ד ואף אם הוא לוקח הוא דרבנן. ושוב יש ברירה ואינו לוקח כלל והוא חלקו משעה שקנה וא"י לגבות כלל. וא"כ הוי לי' לש"ס שפיר לאוקמי מילתא דשמואל בחלקו דממילא הוי שלא באחריות ואינו נוגע ולא הי' קשה שוב הא דמעמידה בפני בע"ח דלא יוכל לגבות כלל לשמואל כנ"ל. אך ביצה ל"ח משמע דס"ל לשמואל גם בדרבנן אין ברירה ע"ש ואינו מוכרח דדוקא תולה בדעת עצמו כמ"ש תוס' שם. ולהפ' דשיעבדו בפירוש ש"ד שייך גם בהא שמעמידה כו' דשמא שיעבדו בפירוש ויוכל לגבות כנ"ל:

דכ'. לי' דין ודברים כו'. ותמוה כיון דהוצרך לאוקמי בקנו מידו למה לי' דו"ד ולשון סילוק לימא כפשוטו שהקנה לו חלקו. ולכאורה י"ל למאי דקי"ל פ"ק דב"מ במסותא דכל קרקע שא"י להוציאה, בב"ד א"י להקדיש ולהקנות. וא"כ כאן דקודם שמקנה א"י להוציאה דהנגזל יטלנה ובחזקתי' קיימא דאין לו עדים אחרים כיון שהוא נוגע א"כ לא הי' יכול להקנותה כלל להסתלק שיהי' עד ועי"ז יוכל להוציאה דאין ההקנאה מועלת דהוי אינו ברשותו אז ורק לשון סילוק מהני שזה מועיל אף בדבר שאינו ברשותו להרבה פ' כנ"ל. אך ז"א דדוקא כשאינו מוחזק בקרקע וא"י להוציאה בב"ד מיקרי אינו ברשותו להקנות אף ששלו דהא א"י ליטלה כלל ולהחזיק בה וכמו במסותא. אבל מי שיושב בקרקע ומוחזק בה אף שיש לא' עדים שיכול להוציאה ממנו מ"מ אם מכרה זה לאחר

ואח"כ מביא עדים לבטל עדות האחר ואיגלאי מילתא שהי' שלו וכדין מכר ודאי דמהני מכירתו ולא אמרינן דהי' אז אינו ברשותו כמו במטלטלין שמכרן הנגזל בעודן ביד הגזלן דפשוט דז"א דהא הי' ברשותו ואיגלאי מילתא שלא הי' הלה יכול להוציא ממנו כנ"ל. א"כ גם כאן מהני שפיר ההקנאה להשותף:

עוד י"ל דהא לכאורה במוכר שלא באחריות דלא הוי נוגע אי לאו מבב"ח. והא אמר פ"ק דב"מ דחזר ולקחה הגזלן מנגזל קנאה הלוקח דמה מכר כו' ומסתמא קנאה בשביל הלוקח ואמר התם ב' טעמים או משום דלא ליקרי' גזלנא או דליקו בהימנותי' ונ"מ במתנה ע"ש. וגם אמר דהיכא דאורתה או יהבה במתנה דלא טרח הגזלן אינו של הלוקח ויכול הגזלן עצמו להוציאה מיד הלוקח דאז בשעת מכירה לא הי' כלום שלא הי' שלו ע"ש. וגם אמר פ' א"נ דמיקרי ניתן לכתוב דסמכא דעתי' דלוקח מגזלן שודאי הגזלן יחזור ויקחנה מהנגזל משום סברא הנ"ל דלא ליקרי' גזלנא או דליקו בהימנותא ולכך מיקרי מיד מקצת קנין וחשוב ניתן לכתוב ע"ש. וא"כ קשה אף דזה הלוקח מגזלן מכרה לאחר איך יעיד ללוקח הא הוי נוגע דמסתמא יחזור הגזלן ויקחנה מהנגזל כדי דלא ליקרי' גזלנא כנ"ל. ואז יהי' שלו היינו הלוקח ראשון דהדין דמסתמא קנאה הגזלן בשבילו משום דלא ליקרי' כו'. ומכירתו ללוקח הב' לא הי' מועיל דאז לא הי' שלו. וגם עכשיו לא שייך נגד הלוקח ב' דלוקח א קנאה בשבילו דסא נגדו הוי כאורתה ויהבי' במתנה דהלוקח א' לא טרח וקנאה רק שהגזלן קנאה בשבילו וזוכה ממילא בקניית הגזלן ויוכל המוכר להוציאה מלוקח. ולמה מעיד הא ודאי איירי שאינו מערער שמוכר זה עצמו גזלה דאם יש עדים א"כ מעידים שפסול לעדות ובל"ז א"י להעיד שלא גזלו ואינו פסול כנ"ל. וע"כ דמערער שקנאה מגזלן וא"כ הוי נוגע שתשאר הקרקע ביד הלוקח כדי דמסתמא יחזור הגזלן ויקנה מהנגזל ואז יוציאה הוא מהלוקח. אך לא קשה דכיון שחזר ומכרה זה שלא באחריות והקרקע ביד הלוקח ב' שוב כשהגזלן קונה אותה קונה אותה בשביל לוקח הב' שהוא בידו דהא דלא ליקרי' גזלנא הוא נגדו דהא לוקח שלו אינו מפסיד בשבילו דאם הי' שלו הי' מכירתו קיימת להב'. רק הב' נפסד ונקרא נגדו גזלן ושפיר יזכה בו הוא. אך לטעמא דלא ליקרי' גזלן ובמתנה לא שייך כדאמר בש"ס. וא"כ כאן בשותפין כשנתן במתנה והוא קנאה במכר מהגזלן שייך שפיר כנ"ל דהגזלן קונה בשבילו שלקחה ולא בשביל הב' שהוא מקבל עה (ח"ב) מתנה ונקרא גזלן רק נגד הראשון וקונה לוקח הא' וי"ל דהוי נוגע כנ"ל ואין ראי' מדשמואל דנקיט מוכר מעיד כו אבל מתנה י"ל דחשוב נוגע כנ"ל ולכך י"ל דמוקי בדו"ד וקנו מידו כו' דלהפ' דמהני סילוק בדבר שלב"ל שלא יזכה בו ודו"ד הוי סילוק וא"כ מהני שניהם דלענין אם הי הקנין כדין מהני מה דקנו

מידו ואם באמת אינו שלו רק דיהי' נוגע אם יחזור הגזלן ויקנה אותה שוב לענין זה מהני הסילוק דו"ד שלא יזכה בו כשיקחנה הגזלן בשבילו כיון דעדיין לא זכה בו וא"ש דנקיט דו"ד דוקא דאם הי' קנין י"ל דלא הי' מהני כנ"ל. אך מכל הפ' דגם קנין מהני וע"כ דליתא. ולא קשה הנ"ל. חדא די"ל כיון שהוא אומר ומעיד שאינה גזולה א"כ לחובתו מהני ההודאה שלו דכשאינה גזולה הועיל הקנין שלו למקבל מתנה ולא יוכל להוציא ממנו כשיחזור הגזלן ויקחנה. ועוד די"ל כיון שהנגזל רוצה עכשיו לקחנה לא חשוב נוגע בשביל דהגזלן מסתמא יקחנה דהא חזינן שלא לקחה. ועוד דגם אם יקחנה מזה יוכל הגזלן לקנות אותה ממנו. ואינו מוכרח דמשמע התם דדוקא כשעדיין לא טרפה הנגזל שייך ניחא לי' ולא כשכבר טרפה וחזר הגזלן ולקחה ע"ש:

עוד י"ל דלטעם הפ' דמהני בממון סילוק אף דתחלתו בפסול וסופו בכשרות פסול הוא משום שהי' בידו להסתלק מיד בשעת ראי' ולא הי' נקרא שם פסול ע"ש. ולכאורה זה שפיר בבני העיר או שותפין וכה"ג שהעדות לגבי אחר רק שהי' נוגע גם לו ושייך כיון שנסתלק נשאר כשר דהא הי' יכול גם אז להסתלק והי' כשר לזה שמעיד כנ"ל. אבל במוכר שמעיד ללוקח נגד המערער שגזלה וכל העדות הוא שהוא קנאה ממערער זה וא"כ איך שייך שהי' בידו להסתלק אז בשעת ראי' הא אם והי' מסתלק לא הי' מעשה כלל להעיד עליו דכל העדות הוי רק שהוא קנאה ונעשה שלו ולא הי' בשעת קני' שום עדות לגבי אחר רק נגד עצמו ואיך הי' יכול להסתלק ושישאר עדות דנימא שנקרא גם אז עליו שם עד כנ"ל. דאם הי' מסתלק אז לא הי' נעשה שלו כלל וזה הוא העדות. ואף אם הי' מפקירה או מקנה לאחר מיד עכ"פ צריך להיות שלו מקודם כנ"ל:

אך לר"ל דנותן לחבירו ואמר א"א בה כל המחזיק זכה והוי הפקר דהנותן נסתלק עכ"פ ורשב"ם פ' כוותי' ואף מאן דפליג היינו משום כי יהיב אדעתא דלקבל כו' אבל כשבאמת זה מקבל שפיר נסתלק הנותן או המוכר וא"כ יש בהקנין ב' דברים מה שנסתלק המוכר ומה שנעשה שלו ואם הי' הוא מסתלק הי' הפקר כנ"ל. וא"כ נהי דלענין הקנין שלו לא הי' בידו להסתלק ושישאר עדות שהוא שלו מ"מ לענין שהמוכר נסתלק עכ"פ ואינו שלו ע"ז שפיר הי' ביד הלוקח להסתלק ג"כ והי' הפקר והי' מיד כשר לעדות שאינו של המוכר דלענין שיצא מרשותו הי' מהני שפיר כנ"ל. וא"כ גם עכשיו נגד הערעור של זה להוציאה שמערער שהוא שלו שפיר יכול המוכר להעיד שקנאה ומהני עדותו שאינו של המערער דאינו נוגע ולא מיקרי תחלתו בפסול דלענין זה שאינו של מערער הי' בידו להסתלק וכשר ואין צריכין עתה לעדות יותר רק שלא יוכל מערער להוציאה ומהני כנ"ל. ומיושב ממילא דנקיט הש"ס לשון סילוק דגם במקנה לזה בקנין גמור במתנה וכה"ג מ"מ

לא מהני רק מצד שהי' בידו להסתלק בתורת סילוק ולא בתורת קנין דאם לא הי' יועיל סילוק רק קנין שיקנה אחר שנעשה שלו לא הי' מהני כלל מה שמסתלק עכשיו כנ"ל. דלענין זה לא הי' בידו בשעת קנין שיהי' עד שהוא שלו ולא יהי' נוגע וישאר עדות כיון דע"כ צריך להיות שלו קודם שמקנה לאחר כנ"ל וא"כ מה דמהני הוי רק משום שיכול להסתלק בלא קנין שלא יהי' שלו כלל ונקיט שפיר הש"ס דו"ד ולשון סילוק דזה עיקר הטעם דמהני ולא חשוב תחלתו בפסול ושפיר ממילא מהני גם כשנותן מתנה ומקנה בקנין כנ"ל:

בענין תחלתו בפסול הביא רמב"ן דעת הראשונים משום דלגבי עצמו אין עליו שם עד ולא מיקרי תחלתו בפסול דמשעה שנעשה עד שנסתלק הי' מיד כשר ע"ש. ולכאורה א"כ כשהי' קרוב או רשע ג"כ קודם שנסתלק מנגיעתו ונתרחק ונסתלק מנגיעה ג"כ יהי' כשר דמשעה שנסתלק ונקרא עד הי' כשר. ואין זה סבר כלל שיהי' עדיף במה שהי' נוגע ממה שלא הי' נוגע. ועוד למה כ' הרמב"ן נ"מ בין טעם שלו דלגבי זה שמעיד הי' כשר גם אז היכא דנסתלק קרובו מהממון שהי' נוגע לו ע"ש ולא כ' הנ"מ כנ"ל. ולכך נראה דגם הם סוברים טעם הרמב"ן דלגבי זה שמעיד עכשיו גם אז הי' כשר ולא מיקרי תחלתו בפסול נגד זה כלל. רק דקשה הא כיון דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה א"כ אז בשעת ראי' שהי' נוגע לו וגם להשותף, א"כ הי' בטל עדותו גם נגד השותף מצד עדות שבטלה מקצתה כמו כשרים לזה וקרובים לזה שכ' הרי"ף פ"ק דמכות דבטל גם לזה ע"ש וא"כ נגד השותף שהי' עליו שם עד ואעפ"כ הי' בטל קודם הסילוק מצד בטלה מקצתה בטל כולו ושוב גם אחר הסילוק בטל נגדו משום תחלתו בפסול דהא הי' עדותו בטל גם נגד זה שמעיד עכשיו ועכשיו יהי' נעשה כשר והוי תחלה בפסול ולא שייך טעם הרמב"ן כנ"ל. ולכך ע"ז כ' שפיר דלא הי' תחלתו בפסול דלא הי' נקרא לגבי עצמו שם עד ולא שייך בזה עדות שבטלה מקצתה ב"כ. וחילוק זה אמר בש"ס להדיא דפלגינן דיבורי' גבי רבעני לרצוני משום דלא חשוב עד לגבי עצמו שיהי' שייך עדות שבטלה מקצתה ע"ש פ"ק דסנהדרין. וא"כ לא נתבטל כלל לגבי זה השותף מטעם בטלה כנ"ל.. רק דלא הי' אפשר למיפלג דיבורי' ולא הי' מועיל גם נגד השותף משום שגם העדות לגבי השותף נוגע גם לו. ושוב מהני כשנסתלק עכשיו מטעם דלגבי זה הי' כשר גם מתחלה כמ"ש רמב"ן ז"ל ולא הי' בטל מעולם מה שנוגע נגד השותף הב' והי' בטל רק נגד עצמו רק שגם נגד השותף הי' לעצמו אבל נגדו הי' כשר דלא הי' בטל מצד עדות שבטלה מקצתה דהא לא חשוב עד נגד עצמו שיהי' שייך בטלה מקצתה כנ"ל. וא"כ כשהי' קרוב ג"כ קודם הסילוק שפיר בטל משום תחלתו בפסול דהא גם נגד זה שכשר עכשיו הי' פסול כנ"ל

ונגד זה הי' שפיר עד ואעפ"כ הי' פסול מטעם קרוב או רשע כנ"ל. והרמב"ן סבר דמטעם עדות שבטלה מקצתה לא מיקרי תחלתו בפסול דלא הי' שם פסול עליו רק דלא מהני וממילא כשר אחר סילוק דנגד זה הי' כשר לעולם וכ' שפיר הנ"מ בין הטעמים כשהי' העדות נוגע לקרובו ונסתלק הקרוב כנ"ל. דלטעם הא' בטל דהא נגד קרובו הי' שם עד והי' בטל משום עדות שבטלה מקצתה כו' גם לגבי הכשר כמ"ש הרי"ף מכות בכשרים לזה וקרובים לזה דבטל כנ"ל. ושפיר הוי תחלתו בפסול גם נגד זה. אבל לטעם ב' מהני דנגד זה הי' כשר ומה שבטל הי' מטעם עדות שבטלה מקצתה לא מיקרי תחלתו בפסול כלל כנ"ל:

עוד נראה לישב קושית תוספ' דבנגיעה לא שייך תחלתו בפסול. דלכאורה אינו מובן הטעם דלא מהני בתחלתו בפסול. דע"כ הא בממון אף בלא עדים אם המעשה אמת שלוה חייב לשלם וע"כ אף בקרובים דהפסול מגזה"כ היינו דגזה"כ שלא להאמין לקרובים ואנו מחזיקין שאינו אמת ולא לוה כלל אבל הא כשרים האמינה תורה שאינם משקרים. וא"כ מה בכך דתחלתו בפסול כיון דבשעת הגדה כשרין א"כ אם לא ראו ע"כ עדים כשרים משקרין עכשיו ולכשרים האמינה תורה. ואי באמת ראו שלוה והיו פסולין אז שוב חייב זה לשלם אף בלא עדים כיון שלוה וכיון דא"א לפסלן רק כשראו יהי' חייב כנ"ל וע"כ צ"ל דהא דאמרה התורה ע"פ ב' עדים יקום כו' הוא דוקא דכשהוא אמת הם כשרין משא"כ היכא דכשאומרין אמת אין עליהם שם עדים כלל לא מהני. או דכיון דאמרה תורה לא יומתו כו' בעדות בנים וכאן אם נאמין לעדותם אנו מחייבין ע"פ ראיית הקרובים והוי בכלל לא יומתו כו'. אמנם כשנוגע דאין גזה"כ כלל לפסלו רק כמ"ש הש"ך דמחשש שקר פסלינן לי' שמעיד שקר בשביל הנאתו. אבל אם אמת אינו פסול כלל דלכך לחוב נאמן וא"כ כיון שנסתלק איך נפסול משום תחלתו בפסול, בשעת ראיה. הא אם אמת אינו פסול כלל. ואם שקר א"כ עד כשר שאינו נוגע משקר דעכשיו בשעת הגדה אינו נוגע ועד כשר שפיר נאמן. ולא שייך כלל כנ"ל דתחלתו בפסול רק באותן דפסלתן התורה אף שאמת דאפילו ברשע ג"כ גזה"כ לפסלו רק דחשש שקר ג"כ. ותוספ' ורמב"ן דלא ניחא להו כנ"ל. משום דמ"מ כיון דילפינן מוהוא עד או ראה כו' שצריך להיות ראוי להגיד מיד בשעת ראיה ואז לא הי' ראוי משום נוגע ועד כזה פסלתו תורה כנ"ל ואינו מוכרח. ובמוכר י"ל דבשעה שקנאה לא הי' נוגע כלל על עדות זה עצמו שקונה אותו ואינו גזלה דבזביני מיצעא דלא חשוב הנאה גבי מודר הנאה גם נוגע י"ל דלא הוי דיכול למצוא לקנות במעותיו וכמ"ש רשב"ם לקמן גבי אריס דהרבה ימצא כו'. וא"כ נהי דעכשיו שכבר נתן המעות וא"י לגבות מהמוכר הוי נוגע קודם הסילוק מ"מ בשעה שקנאה לא

הי' נוגע כלל דאם לא יקנה ישאר המעות אצלו וזביני מיצעא אינה נגיעה וא"כ בשעת קני' הי' כשר על גוף הקנין רק מיד אח"כ נעשה נוגע ושוב כשחזר ומכרה ונסתלק הוי תחלתו וסופו בכשרות ובאמצע פסול דקי"ל דכשר. ומיושב מ"ש לעיל דקשה במוכר שלא באחריות למה מעיד הא תחלה פסול דלא שייך שבידו להסתלק כיון דאין כאן עדות אחרת רק שקנאה כנ"ל ולמ"ש א"ש דבל"ז לא הי' כלל תחלתו בפסול בעדות זה שקונה אותו ולא גזלה דלא הי' זכותו כלל בשעת קנין. אך במתנה קשה עדיין או בזביני חריפא כנ"ל:

דקביל עליו אחריות דנפשי' כו'. וב"כ וב"כ יהי' לוה רשע כו' ומעיד כו'. וקשה למ"ש תוס' ב"מ י"ד בא לגבות פירות כו' וקרן ממשועבדים כו' ע"ש. וגם כאן עדיין שייך שמעמידה בפני ב"ח דשמא יש לו בע"ח שלא כ' לו דאקנה ויש לו נכסים שקנאם אחר כך וקנאם קודם קבלת אחריות של זה הלוקח ואחר כך מכרם. וא"כ רוצה להעמידה ביד לוקח זה שיגבה ממנו בע"ח שלו שא"י לגבות מלוקח השני שהוא דאקני. ואחר שיגבה יוכל גם לוקח זה באחריות לגבות מהקרקע שמכר אח"כ שנגדו הוי קנה ויגבה שפיר שניהם ולא יהי' לוה רשע כלל דשמא לוקח הב' הוי שלא באחריות משא"כ אם יקח הנגזל יהי' לוה רשע נגד הבע"ח ומה מהני קביל אחריות. ואפשר דמיירי שקביל אחריות רק לגבות מבנ"ח ולא ממשועבדים ולא יוכל זה לגבות מהלוקח. ודוחק. דמשמע סתם אחריות כבכל דוכתי. או דמיירי בלקח ומכר לאלתר דלא שייך שמכר בינתיים כנ"ל. וגם זה דוחק. ועוד דעדיין קשה אש"ס דפריך לקמן אשמואל דאמר מוכר שלא באחריות אינו מעיד ג"כ מפני שמעמידה כו' ופריך אהא דמכר לו פרה וטלית כו' וניחוש שמא דאקנה כתב לבע"ח וניחוש אף בלקח ומכר לאלתר ומאי קושיא דלמא מיירי שפיר שקיבל אחריות דנפשי'. ומ"מ בבית ושדה אינו מעיד דעדיין שייך שמעמידה בפני בע"ח דשמא יש לו קרקע כנ"ל. שהוא דאקני נגד הבע"ח. ולוקח זה יגבה אותה שפיר שמכרה אחר שקנה זה כנ"ל. ולא יהי' לוה רשע כלל כשלא יטלנה הנגזל כנ"ל. משא"כ פרה וטלית לא יוכל הבע"ח לגבות כנ"ל. ואין כאן חשש שמא כ' לו דאקני להבע"ח דממ"נ שאם כ' לו דאקני שוב אינו נוגע כלל דב"כ וב"כ יהי' לוה רשע נגד הלוקח דקביל אחריות דנפשי' ולא שייך כנ"ל. שיש לו קרקע שקנה אח"כ דשוב יגבה הבע"ח מקרקע הב' אם כ' לו דאקני ואם לא כ' דאקני שוב אינו נוגע דגם מזה לא יוכל לגבות כיון שלקח ומכר לאלתר ומאי קושיא:.

אך י"ל הא בל"ז א"א לומר בלקח ומכר לאלתר דא"כ גם בשדה יהי' מעיד ג"כ ממ"נ בע"ח בלא דאקני לא יגבה מלוקח זה ובע"ח עם דאקני יגבה מלוקח ב' ואם אין לו לוקח ב' יהי'

ב"כ וב"כ לוה רשע. וע"כ דלא קיבל אחריות דנפשי'. אך קושיא זו קשה גם בלא קבל אחריות מה תירוץ בהא דלקח ומכר לאלתר דגם בשדה כן כמ"ש תוס' ע"ש. ועוד דלמ"ש קשה יותר דלא לוקי כלל בלקח ומכר לאלתר רק הא קי"ל מוכר שדהו בעדים גובה הלוקח ממשועבדים דקלא אית לי' כו' ובמטלטלין אינו גובה ממשועבדים אף דקיבל אחריות בע"פ בלא שטר כשאר מלוה ע"פ וא"כ א"ש כפשטי'. דבית ושדה אינו מעיד אף דקיבל אחריות דנפשי' דשמא יש לו קרקע דאקני נגד הב"ח כנ"ל ולוקח זה יגבה שפיר אף שהקבלת אחריות בלא שטר גובה ממשועבדים כנ"ל. משא"כ פרה וטלית לא יוכל לוקח זה לגבות כלל ממשועבדים מחמת אחריות דבע"פ ושוב אינו נוגע דממ"נ הוי לוה רשע נגד הלוקח דלא שייך החשש כנ"ל ואין צריכין כלל לומר בלקח ומכר לאלתר ולמה לי' לדחוקי כנ"ל:

אמנם י"ל דלא קשה כלל דהא כיון דאחריות דגזלה לא קבל עליו ואף שהמכירה אינו כלום לא יצטרך לשלם לו רק כשהמכירה הי' מועלת והבע"ח שלו יגבה אז יצטרך לשלם לו והיינו משום שנפטר מחובו והלוקח פורע לו חובו. וא"כ אם הבע"ח גבה מלוקח זה ואח"כ נתברר שהי' גזולה ולא הי' המכירה כלום שוב זה המוכר פטור מהאחריות דהא אגלאי מלתא שהי' הטריפה שלא כדין ולא הי' המכירה כלום ואחריות דגזלה לא קיבל עליו ומה בכך דטרפה הבע"ח הא שלא כדין כנ"ל ולא פרע הלוקח משדה שלו כל שהי' אינו שלו. ולא קיבל רק אחריות כשהמכירה מהני כנ"ל. ולכאורה איך ניחוש שמעמידה בפני בע"ח הא כשיבא בע"ח לגבות מהלוקח ואגלאי מלתא שהמוכר הי' נוגע בעדות א"כ לא יתן לו הלוקח כלל מחמת העדות של המערער שגזילה היא ביד המוכר ואינה משועבדת להבע"ח דמוכר כלל דלא הועיל עדות המוכר כיון דיש בע"ח באמת וא"כ שוב עתה דאינו מבורר שיש לו בע"ח יהי' מעיד דאין לחוש שמעיד משום דיודע שיש לו בע"ח דאם יש לו לא יוכל לגבות כנ"ל. ובסתמא לא חיישינן אנן לבע"ח כמ"ש תוס' לקמן בערב מעיד רק על הוא עצמו שיודע חיישינן. ועליו אין חשש דאם יודע למה מעיד הא לא יועיל כנ"ל. אך ז"א דיגבה שפיר בע"ח מלוקח דלמה יחזיק הלוקח ע"י עדות המערער הא ב"כ וב"כ אינו שלו והוא לא יזכה להחזיק דכשלא יטרוף הבע"ח יקחנו הנגזל ושפיר יניח לבע"ח לטרוף כמ"ש רמב"ן בהא דיאמרו לקוחות אייתי ראי' כו' פ"ק דב"מ דכשאין לו תועלת לא יאמרו כו' ולכך חיישינן:

אך לכאורה לענין האחריות שיחזור הלוקח ויגבה ממוכר איך יגבה ממנו הא יברר ע"י עדות המערער שגזולה ואף דטרפה בע"ח אינו חייב ללוקח דאחריות דגזיל' לא קבל עליו כנ"ל. אך הא לגבי דידי' מהני הודאתו דהא הודה שאינ' גזולה שהיא שלו והי'

המכירה כדין ובע"ח גבאו כדין ואחריות דב"ח קבל עליו כנ"ל אמנם לגבי לוקח שני מהמוכר דנגדו לא מהני כלל הודאת המוכר א"כ לא יוכל לוקח זה לגבות כלל ממנו דהא יברר ע"י עדות המערער הזה שהי' גזולה דלא הועיל עדות המוכר דאגלאי דהי' נוגע וממילא הטריפה הי' שלא כדין ואחריות דגזילה לא קבל עליו ולא יוכל לוקח זה לגבות כלל מלוקח הב' וא"כ מיושב כיון דאחריות דגזילה ע"כ לא קיבל עליו ממילא לא שייך כלל שמעיד בשביל חשש דאקני שיגבה מלוקח דאם יש לו בע"ח לא יוכל לוקח זה לגבות כלל מלוקח אחרון ויהי' ב"כ וב"כ לוה רשע נגד לוקח זה דנגד עצמו מהני הודאתו שאינה גזולה וחייב לו משום אחריות דנפשי' כנ"ל:

עוד י"ל דהא לכאורה למה הדין בטרף בע"ח מלוקח באחריות שגובה לוקח ממשועבדים שקנו קודם הטריפה אחר מכירה. הא כיון דקי"ל מכאן ולהבא גובה והי' המכירה כדין וקיימת עד עתה א"כ אינו מתחיל חיוב המוכר משום האחריות עד שעת טריפה ולמה גובה מלוקח קודם. אמנם הטעם כמ"ש רש"י פסחים פ' כ"ש דלכך גם אי מכאן ולהבא מ"מ זבין ואקדיש לוה אתי מלוה וטריף משום דזה הוי דבר שאינו שלו וברשותו למכור לחלוטין לעולם כיון דכבר היה בע"ח ומשועבד לו לא היה הלוה יכול למכור כלל אלעולם להפקיע השיעבוד ע"ש. וא"כ כיון דקיבל אחריות ולא זבין ליומיה שוב גם זה החסרון בגוף המכירה שמכר לו לעולם וע"ז לא מהני מכירתו דאינו שלו וברשותו למכרו נגד הבע"ח וא"כ שפיר כשגובה הבע"ח ממנו הי' החיוב משעת קבלת אחריות אף דמכאן ולהבא גובה דהא מה שמכר לו לעולם הי' שלא כדין ונתחייב להחזיר לו המעות כשיטרוף בע"ח וכיון שהתחיל החיוב אז שפיר גובה מלקוחות דקודם טריפ' כמו בגזולה כנ"ל. וא"כ מיושב דכאן דבפירוש לא קיבל אחריות דגזלה שמה שיתבטל המכירה שהי' שלא כדין דאינו שלו לא יתחייב לשלם לו רק אחריות דבע"ח שהמכירה כדין וזה נפטר מחובו ע"י זה קיבל לשלם כנ"ל. וא"כ שוב גם כשיטרוף בע"ח לא יוכל לוקח זה לגבות מלקוחות דקודם טריפה דהא מכאן ולהבא גובה. וכאן לא שי כנ"ל דלענין לעולם הי' מיד המכירה שלא כדין דאינו שלו דז"א דלענין החסרון שבגוף המכירה אינו חייב לשלם לו כלל דלא קיבל כנ"ל. ואף אם הי' אינו שלו לגמרי הי' פטור. רק מצד מה שנפטר מחובו וזה רק מכאן ולהבא וא"כ כה"ג דלא קבל אחריות דגזילה רק דבע"ח י"ל שלא יוכל לגבות כלל מלוקח דקודם טריפה כנ"ל:

עור י"ל דלקמן דקושית הש"ס על אביי דמוקי כשמואל פריך שפיר דא"א לומר לדידי' דלא קבל אחריות דגזילה רק דבע"ח דאין שייך לחלק דהא סבר למפרע גובה וכשגובה בטלה מכירת הלוה למפרע ולא הי' מכירה כלל ושוב הוי כגזילה דלא קבל כנ"ל. ואינו

מוכרח דמ"מ הי' המכירה כדין דודאי לא פליג אביי אברייתא ב"מ דמחלק בין נגזל לבע"ח דהי' המכירה כדין ע"ש:

עוד י"ל בפשיטות דהא דחיישינן לבע"ח אף דבשטר קלא אית לי' ומסתמא היו יודעין הוא משום דשמא הבע"ח בכוונה אינו מוציא הקול כדי שיעיד זה ולא יטלנה המערער ויוכל לגבות' אח"כ. משא"כ נגד לוקח ב' כיון דמוכר שדהו אף בעדים אית לי' קא ודאי היו יודעין ולא חיישינן דאדרב' למה לא יוציא הלוקח הקול הא מגרע כחו דכשיוציא הקול לא יוכל זה להעיד ויטלנה המערער ויהי' הוא פטור מלוקח זה באחריות דאחריות דגזילה לא קיבל עליו ושפיר בסתמא לא חיישינן כנ"ל:

בני עיר שנגנב ס"ת כו' וליסלקו כו'. וקשה איך יועיל סילוק בקנין הא קי"ל גזל ולא נתיאשו א"י להקדיש כו'. ולהפ' דגם סילוק בקנין לא מהני בדבר שאינו ברשותו א"כ אין יכולין להסתלק כלל. ודוחק לומר שיקנו חלקם להגנב עצמו דמהני. וי"ל כיון דקי"ל סתם גניבה יאוש בעלים. וא"כ בנגנב הא בל"ז הוי יאוש וקשה למ"ד יאוש קני. אך הא בגנב כל זמן שלא נודע הוי יאוש שלא מדעת ואחר שנודע כיון שיש עדים שיוכלו להוציא לא מיאשו כלל. וי"ל דנודע להם מיד עם העדות כנ"ל, וא"כ לגבי חלק העדים שאין להם עדים וא"א להם להוציא שפיר הוי יאוש מחלקם ומהני בתורת יאוש רק דעדיין מגיע להם הדמים דמדמי מי מיאש ושוב לענין הדמים מהני דמחילה וסילוק שלהם ופריך שפיר ליסלקו כו' גם י"ל כיון דעכשיו בב"ד ויכולין לגבות י"ל דמקרי ברשותו כיון דעמד בדין כגבוי דמי. גם י"ל כיון דגם במוכר דבר שא"ב קי"ל דשמיט ואכיל לא מפקינן מדינא להרבה פ'. וא"כ כיון שמקנים לבני העיר חלקם וכשיגבו לא יצטרכו ליתן להם חלקם דיהי' שמיט ואכיל שמוחזקים לא הוי נוגעים לזה שיגבו כנ"ל. ויש לדחות:

עוד קשה להירושלמי שהביאו תוס' כתובות פרק א"נ דבקנס לא מהני מחילה. א"כ בגניבה הא איכא כפל ולא מהני הסילוק נגד הכפל ועדיין נוגעין. וי"ל דמשמע אף שאין דנין עם הגנב עצמו רק עם הלוקח וכה"ג שאין דנין רק על גוף הס"ת. ומיושב גם הנ"ל דאצל הלוקח שרוצה לעמוד בד"ת ולא להחזיק שלא כדין י"ל דמקרי ברשותו כמו פקדון דדוקא הגנב והגזלן שרוצה להחזיק שלא כדין וכמ"ש תוס' ב"מ ו' גבי אודויי אודי כו' ע"ש:

מכר לו בית כו' אינו מעיד שאחריותו עליו כו' מכר לו פרה כו' מ"ש רישא כו'. ויש להקשות דלכאורה מה זה ענין לאחריות ואיך סבר ר"ז לקמן דשלא באחריות אף גזולה אינו חוזר כו'. הא כיון דאינו יכול למכור דבר שאינו שלו ולא קנאה כלל למה לא יצטרך להחזיר לו מעותיו וכי גרע משלא עשה קנין המועיל דיכול לחזור בו וחייב זה להחזיר לו

המעות כגון קנין כסף וכה"ג מכש"כ שלא הי' קנין כלל. ולענין בע"ח דמכאן ולהבא גובה וגם לאביי והי' המכירה קיימת עכ"פ רק דטורף מחמתי' צריך לאחריות משא"כ כנ"ל שלא הי' יכול להקנות והא בדבר שלב"ל צריך להחזיר המעות והי' נראה לכאורה דבמכר בעדים שגזלה באמת אין צורך לאחריות. רק כשטורף הקרקע בעדי אבהת' כבכל דוכתי דמסתמא איירי כן. ונאמן שגזולה כל שלא החזיק שני החזקה וא"כ בזה מה דטורף הוא משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת אבל אין זה בירור שלא לקחה. ובמטלטלין או מעות א"י להוציא בחזקת מרא קמא לחוד היכא שמוחזק ברשות. וכמ"ש תוס' לעיל לענין הפירות שאכל ע"ש. וא"כ לענין שיוציא הלוקח אחר כך מהמוכר שיחזיר לו המעות שלא הי' מכירה דשוב דנין רק על המעות לחוד שזה מוחזק י"ל שפיר דא"י להוציא כלל דלענין זה נאמן שאינה גזולה ולקוחה בידו והועיל המכיר' ופטור לשלם לו דהמערער טורפה בגזלה שלא כדין. רק מ"מ הא טורפה מחמת החסרון שבמכירה שאין למוכר בירור שהוא שלו. ושוב לזה שייך לתלות בקבלת אחריות כמו בע"ח כנ"ל. ואף דקי"ל הדרא ארעא ופירי אף שלענין הפירות מוחזק מ"מ הטעם כמ"ש תוס' לעיל דאף דמטלטלין באין עשוים להשאיל נאמנין לקוח מ"מ כיון שהפירות תלוים בקרקע והקרקע חוזרת דבחזקת בעלי' שוב לא מצינן למפלג לפטרו מהפירו' כיון דאינו טוען על הפירות לבד רק שקנה הקרקע ועל הקרקע א"נ כו' והיינו משום דא"נ על הקרקע שבחזקת בעלי' עומדת אבל נגד החזרה על המוכר שגם הטענה על הקרקע הוא להוציא מעות שזה מוחזק שוב מהני טענתו לקוח גם על הקרקע כשאר דברים שאין עשוים להשאיל ולהשכיר דא"י להוציא בשביל שמוחזק אף דיש חזקת מ"ק. ודוקא הקרקע שלא נק' מוחזק כלל ועדיין בחזקת בעלי' ולכך גם הפירות משלם. משא"כ לגבי המוכר כנ"ל ועוד דאף דנימא דגם נגד המוכר שייך סברא הנ"ל כיון שתלוי חיובו בהקרקע והיא חוזרת משום דבחזקת בעלי' ממילא חייב הוא. מ"מ למאי דאמר כתובות פ' המדיר מנה לאבא בידך סיפא מנה לי כו' לפירש"י דלא מהני חזקת הגוף שלה היכא שהכתובה של אביו דלא מהני החזקה רק אם דנין עלי' אף דתלי' הא בהא ע"ש. ומכש"כ כאן דלא מהני החזקת מ"ק של הקרקע רק נגד המערער שדנין עלי' וחייב גם הפירות שתלוים בקרקע. משא"כ לגבי מוכר לשלם דלא מהני החזקה של המערער שיגבה הלוקח בטענת גזולה משום חזקת מ"ק דאינה חזקה המבררת המעשה רק שאין מוציאין מחזקת בעלי' כנ"ל משא"כ נגד המוכר ולכך שפיר י"ל דתלוי' באחריות ושלא באחריות פטור כנ"ל. אמנם בקרקע דקי"ל כל ממון שא"י להוציאה בדיינים א"י להקנות דמקרי אינו ברשותו כדאמר פ"ק דב"מ וא"כ לא שייך הנ"ל כיון דאין לזה עדים שהוא שלו והמערער יכול

להוציאה בעדי אבהת' א"כ אף שבאמת שלו מ"מ אינו ברשותו ולא מהני מכירתו כלל. ועיין בשיטה מקובצת לעיל גבי שותפין דמהני סילוק בקנין וכ' הא דמהני אף שא"י להוציאה בב"ד משום דע"י הקנין יש לו עדים שיכול להוציאה מהני הקנין ע"ש. דאף שזה מוחזק בהקרקע מ"מ מקרי אינו ברשותו כיון שהמערער מוציאה בדין ובחזקת בעלי' עומדת הוי כאלו עדיין היתה ביד המערער וזה מכרה דלא מהני כשא"י להוציאה בדייני' דמקרי אינו ברשותו כנ"ל ע"ש. וא"כ בקרקע שפיר יצטרך להחזיר המעות אף בלא אחריות דאף שנגדו יכול לטעון שהוא שלו מ"מ הא אף אם שלו לא הי' המכירה מועלת דאינו ברשותו כנ"ל. משא"כ במטלטלין כשזה מוציא מהלוקח בחזקת מרא קמא כשהוא עשוי להשאיל ולהשכיר שפיר אינו יכול לחזור על המוכר דנגד להוציא ממון שזה מוחזק דלהוצאה ניתנה אף היכא שאין המכירה מועלת כמ"ש הפ' וא"כ לא מהני החזקת מ"ק של החפץ ונאמן להחזיק שהחפץ שלו והי' המכירה כדין. דבמטלטלין כשבאמת שלו חשוב ברשותו כשהוא בידו אף שהבעלים יכולין [להוציא] מידו. וא"כ תלוי' באחריות דרק מטעם אחריות חייב כנ"ל. וא"כ מה פריך הא י"ל כפשטי' בסתם בלא קבלת אחריות ולכך בבית ושדה אינו מעיד דבסתם אחריותו עליו שיוכל לחזור עליו כשזה טורפה בחזקת מ"ק דלא הי' מכירה כלל כנ"ל ואינו מעיד שקנאה. משא"כ פרה וטלית כשזה מערער להוציאה בחזקת מ"ק שפיר מעיד דאין אחריות כו' דלא יוכל לחזור עליו כנ"ל בלא אחריות דהמכירה הי' כדין. אך לא קשה דמ"מ הוי נוגע עכ"פ על דבורו שאומר שאינו גזולה דכשיודה שגזולה לא הי' מכירה וחייב להחזיר המעות. אך ביכול לטעון טענה אחרת לפטור כמו החזרתי או לא מכרתי לך כלל וכה"ג דלא הי' נוגע כמו אהדרינהו ללוה כו'. רק הטעם דמ"מ נוגע כמ"ש לעיל דעכשיו דאומר שלא החזיר והוא שלו הוי נוגע לענין גוף העדות מה שיועיל עדותו דאז יפטור וכשלא מועיל יהי' חייב וכה"ג לא מהני אף דיש לו טענה אחרת כנ"ל. וא"כ בזה שוב י"ל כנ"ל. דאינו נוגע במטלטלין דיש לו טענה אחרת. ועכשיו כשטוען לקוחה אינו נוגע מה שיועיל דגם אם אינו מועיל בתורת עדות נאמן לפטור דהי' המכירה כדין כנ"ל. והוי כמו אהדרינהו בשליח כו' ומעיד משא"כ בקרקע אינו נאמן בעמי בטענתו רק אם יועיל בתורת עדות יהי' פטור והוי נוגע אף דמצי למטען כו'. אך הא באמת משמע לקמן דאמך ר' זביד סתמא בנמצאת שאינ' שלו כו' דמשמע אף, אם מברר בעדים שגזולה ממנו מ"מ אין הלוקח חוזר שלא באחריות ותמוה כנ"ל. ואף דנימא דשייך קצת קנין בזה כדאמר בש"ס ב"מ א"נ דניתן לכתוב משום דמסתמא יחזור ויקנה מן הנגזל דליקו בהימנותי' וא"כ שייך גם בזה עביד איניש כו' דזבין ליומי' וכשקונה שלא באחריות קונה ס' זה דאף שגזולה

יקנ' אותה מ"מ ז"א דאמר התם דהוי כמו לכשאקתנ' קנוי' לך דא"א לחול למפרע וא"כ הא ודאי בלכשאקחנה ואינו לוקחה אח"כ דצריך להחזיר המעות דלא הי' התחלת קנין כלל כל זמן שלא לקחה וגם בהנ"ל כיון שבאמת לא קנאה אח"כ מנגזל. וצ"ל כמו דסבר ר"מ פ"ק דב"מ דשטר שאין בו אחריות אינו גובה גם מב"ח דהוי כאבידה מדעת ומתנה כשלא התנה באחריות. וכן לדידן לענין גזילה כיון שידע דיכול להיות שגזולה ולא התנה אחריות הוי כמתנה וכן לענין שיהי' מקח טעות י"ל ג"כ כמ"ש הר"ן חולין פ' א"ט דאף דנמצא טריפה הוי מקח טעות מ"מ בטריפות דסירכא דשכיח אמרינן איבעי לי' לאתנויי ומדלא אתני מחל ונתרצה. וכן בזה אפשר דגזילה שכיח ולא אתני באחריות מחל אך שם עכ"פ יש מקח וקנין רק דשוה פחות משא"כ בגזלה שאינו קונה כלל. וי"ל מ"מ כיון שהי' ספק (או לא) קנה ספק זה שמא ישאר בידו וכמו טובת הנאה כנ"ל אך שם יכול עכ"פ למכור הספק דכתובה שלה משא"כ כאן דאינו יכול למכור הקרקע הספק דאינה שלו דאגלאי מלתא כמו שם פרוע אך בזה י"ל כיון דגם בגזלה חשוב קנין לכשאקחנה קנוי' לך הסמיכת דעת שיחזור ויקחנה מנגזל שוב קנה אז מיד הס' משום סמכא דעתי' ולא דמי לאומר בפירוש לכשאקחנ' כו' ואינו קונה אותה אח"כ דחייב להחזיר המעות דלא קנה רק כשיקחנה. משא"כ בגזלה דלא התנ' הנה מיד בשביל דסמכא דעתי' שיקנה ושוב אף שאינו קונה אח"כ לא בטל הקנין למפרע דזה הוי כנולד אחר הקנין מה שאינו קונה אותה מהנגזל דמ"מ זה הקנין הי' מיד שרצה לקנות מיד משום דסמכא דעתי' שבודאי יקנה כו' אך להפו' דגם בקרקע יש אונאה וביטול מקח ביותר מפלגא וא"כ קנין זה כשלא הי' באמת שלו רק הס' שיחזור ויקנה כו' או שלא יטלנה הנגזל עכ"פ כשאין הספק זה שוה המחצה מאם הי' שלו בטל המקח מטעם אונאה. וצ"ל דכיון שיודע מהס' ולא התנה הוי כאומר יודע אני שיש בו אונא' וידע ומחיל וכמו טריפות דסירכא דשכיח דג"כ קשה יבטל משום אונאה כנ"ל במטלטלין וע"ס דהא דלא התנה והס' הי' מיד הוי כאומר יודע אני דהא ידע שיש ספק כנ"ל:

גם י"ל כיון דאין החסרון בגוף הקרקע רק מה דאינו שוה בשביל דבר אחר לא חשוב אונאה דהא גם באחריות של בע"ח נימא כיון שהי' משועבדת לבע"ח שיכול לטרפה לא הי' שוה מה שנתן ויבטל מטעם אונאה וע"כ דלא חשוב אונאה או בשביל שאינו חסרון בגוף הקרקע או כאומר יודע אני מדלא התנה כנ"ל ועוד כמ"ש ר"ן כתובות פ' המדיר דלא הכיר בחייבי לאוין לא חשוב קדושי טעות אף דאסורה עליו כיון דעלי' בידי' נחקור על זה וסבורה שיערב עליו אפילו באיסור ע"ש וכן בהנ"ל שאין החסרון בגוף הקרקע רק

שגזולה והוא באיסור וכיון דלא חקר ולא התנה לא הוי טעות. ולכך למ"ד שלא באחריות אינו חוזר כנ"ל.

עוד יש להקשות לכאורה דבמטלטלין דקי"ל גזל ולא נתיאשו כו' ובא אחר ואכלה רצה מזה גובה כו' וא"כ נהי שמועיל עדותו נגד הלוקח שלו שאינו גזולה ואין הנגזל יכול לטרוף הפרה וטלית מ"מ יכול לגבות ממון בעדות שלו דנגד עצמו אינו עד ותובע ממנו שמכרת חפץ שלי וחייב לשלם לו להנגזל. משא"כ קרקע דאינה נגזלת וכשא' מוכר קרקע של אחר א"י לתבוע מהמוכר דהא הרי שלך לפניך ואף דזה אינו רוצה להחזיר הקרקע גוזלה עכשיו אבל המוכר פטור. וא"כ י"ל כפשטי' דבקרקע אינו מעיד דאחריותו עליו אם יטרוף משא"כ אם תשאר ביד לוקח לא יגבה הנגזל ממנו דבקרקע שמכר פטור כנ"ל. משא"כ פרה וטלית אינו נוגע דגם אם יועיל עדותו נגד לוקח וישאר בידו מ"מ יתחייב הוא לשלם להנגזל דכיון שאינו יכול להוציא החפץ חייב לשלם לנגזל שמכר חפץ שלו וא"כ לא הוי נוגע דב"כ וב"כ יצטרך לשלם דאם לא מהני עדותו ויטרוף מלוקח חייב ללוקח וכשיועיל עדותו ולא יטרוף יתחייב הוא לנגזל למ"ד דלא הוי נוגע משום השני נח לי כו'. ואף שמ"מ בדבורו הוי נוגע דמה שאומר שאינו גזולה רוצה להיות פטור משניהם מ"מ היכא שיכול להפטר מטענה אחרת ורק שגוף העדות אם מועיל יהי' לזכותו כמ"ש לעיל. ובזה אינו לזכותו כלל כנ"ל. ובפרט להפ' גבי לדידי אוזיף ברבית דאף שתובע הרבית לא הוי נוגע כיון שיודע מסתמא הדין דעל עצמו אינו עד כנ"ל א"כ יש לפרש כנ"ל. אך י"ל דהא ודאי מיירי דאין מערער שהמוכר גזל דא"כ יש עדים שפסול לעדות רק בעדי אבהת' ובמטלטלין בחזקת מ"ק דברים העשוים להשאיל כו'. וי"ל שלא יהי' נאמן כלל להוציא ממון מהמוכר דנאמן שלא ישלם לקוח דיש להסתפק בעשוים להשאיל כו' ומכרם לאחר או נאבדו וכה"ג אם יכול להוציא ממונו שיתחייב לשלם משלו משום החזקת מ"ק של החפץ דדוקא על גוף החפץ שייך דבחזקתו הוא ולא מקרי להוציא כנ"ל משא"כ על החיוב תשלומין:

כגון ראובן שגזל כו'. קשיא לי' לאביי שחוזרת ואינה חוזרת מבעי' לי' ולא מפני שאחריותו עליו כו' וקשיא לי' לפי' רשב"ם ז"ל דבאחריות לא הוי שינוי רשות כיון שיכול לחזור על המוכר רק שלא באחריו' כו'. והנה נראה דאף דקי"ל אחריות טעות סופר לענין גזילה ולכך נמצא שאינו שלו חוזר עליו דהא אומדנא דמוכח דלא שדי איניש זוזי בכדי והי' מתנה אחריות כמבואר בש"ס פ"ק דב"מ ובתוס' שם. וא"כ זה דוקא קודם יאוש אבל במטלטלין כשקנה לאחר יאוש בסתם נראה דלרשב"ם ז"ל לא אמרינן אחריות ט"ס שיהי' כאלו התנה שיחזור עליו דז"א דלא שייך כלל החזקה דלא שדי זוזי בכדי דהא

אדרב' כשיהי' שלא באחריות הדין הוא דנשאר שלו דהוי יאוש ושינוי רשות משא"כ אם הי' מתנה אחריות לא הי' ש"ר ויטרפו ממנו החפץ ושוב אדרבה האחריות מגרע כחו ולא אמרינן כלל אחריות ט"ס ושפיר הדין בסתם דהוי שלא באחריות והוי ממילא ש"ר כנ"ל. דאין לומר דמ"מ אין לזה הפסד דאי נימא שלא חשוב ש"ר יהי'הדין אחריות ט"ס ויוכל לחזור עליו. דז"א דמ"מ באמת אינו יכול לחזור עליו דליכ' אומדנא כלל שהי' מתנה אחריות דאדרבה יכול להיות שהי' מתנה בפירוש שלא באחריות שיהי' ש"ר וקונה. וממילא כיון שבאמת אינו חוזר דלא אמרינן ט"ס שפיר קונה ביאוש וש"ר בסתם. משא"כ קרקע דאינה נגזלת ולא מהני יאוש וש"ר שוב הדין בסתם דאחריות ט"ס כנ"ל וא"כ מאי פריך אביי למה תני מפני שאחריותו כו' חוזרת כו' מבעי' לי' הא תני שפיר דלכך במטלטלין מעיד שאין אחריותו עליו בסתם ולכך אינ' חוזרת דהוי יאוש וש"ר משא"כ אם הי' באחריות לא הי' מעיד דהי' חוזרת דליכא ש"ר רק בסתם קמ"ל דמעיד מפני שאין אחריותו עליו בסתם משום טעם הנ"ל ולכך אינ' חוזרת אבל בקרקע אמר שאחריותו עליו בסתם כנ"ל וא"ש כפשטי' בסתם. אך י"ל דקושית אביי רק אקרקע למה תליא טעמא שאחריותו עליו הא גם בלא אחריות חוזרת דלא מהני יאוש וש"ר כנ"ל. אך למה נקיט הקושיא גם אסיפא. ועוד דעדיין קשה לשיטת תוס' דמסקי דגם בקרקע מהני יאוש וש"ר רק דבקרקע מסתמא אינו מיאש ולא שכיחא ונקיט מלתא דשכיחא לחלק בין קרקע למטלטלין ע"ש. והוא דוחק גדול דהוי לי' לפלוגי בין בקרקע בין במטלטלין בין אחר יאוש לקודם כנ"ל ולמ"ש א כ י"ל דבקרקע דלא שכיח שיתיאש שוב אמרינן אחריות ט"ס דמסתמ' הי' מתנה שיהי' באחריות דלא שדי זוזי בכדי ואף דאם נתיאש הנגזל טוב לו יותר שיהי' שלא באחריות ויקנה ביאוש וש"ר דמהני גם בקרקע מ"מ הא. לא שכיח שיתיאש וודאי הי' מתנה אחריות כדי שבלא יאוש יגבה כנ"ל משא"כ במטלטלין דשכיח שיתיאש ממילא חריות לאו ט"ס דאין אומדנא כלל ואדרבה הי' מתנה שלא באחריות. וא"כ הי' מיושב הברייתא כפשטי' רישא וסיפא דבקרקע אינו מעיד אף שנודע עכשיו שנתיאש ומהני ג"כ יאוש וש"ר מ"מ אינו מעיד מפני שאחריותו עליו דכיון דלא שכיח שיתיאש בקרקע שוב איכא האומדנ' וחזקה דלא שדי כו' והוי בסתם אחריות ט"ס ושוב הוי באחריות ולא הוי ש"ר וממילא חוזרת לו אף שנתיאש ואינו מעיד כנ"ל. משא"כ פרה וטלית מעיד בסתם מפני שאין אחריותו עליו בסתם דשכיח יאוש וליכא חזקה כנ"ל ושוב הוי בלא אחריות ויש ש"ר ואינ' חוזרת ומיושב כנ"ל.

ונראה לישב דהא במטלטלין ביאוש וש"ר חייב הגזלן המוכר לשלם דמים כדאמר מדמי מי מיאש וא"כ לכאורה יגבה מן הלוקח החפץ בתורת בע"ח אך הא מטלטלין לא

משתעבדי וא"י לגבות מהלוקח כיון שקנאם אמנם בקרקע נהי דלתוס' מהני יאוש וש"ר מ"מ כיון שהמוכר חייב דמים וחיוב זה משעת גזלה א"כ נהי שקנה הלוקח ביאוש וש"ר ע"י שלקח וקנה מהמוכר מ"מ יגבה הנגזל ממנו בתורת בע"ח דהוא ב"ח דהמוכר דחייב לו דמיו וגובה ממשועבדים של המוכר למאי דאמר בש"ס ב"ק י"ד ע"ב ש"מ לוה ומכר נכסיו כו' שכ' תוס' שם דלמ"ד ש"ד גוב' נזקין ממשועבדים וכן גזלה כנ"ל דלא שייך מאן דיזיף כו' ע"ש. וא"כ יוכל שפיר לגבות מהלוקח משום בע"ח ואף דבתורת בע"ח יכול לסלקו בזוזי מ"מ שוב גובה בתורת נגזל דלא הוי שינוי רשות כלל דהא כמו באחריות לרשב"ם לא הוי ש"ר דאין הפסד דיוכל לחזור על מוכר ואף דמפסיד גוף החפץ לא מקרי הפסד שיקנה בש"ר כיון דנוטל דמיו כנ"ל. וא"כ שוב להיפוך ג"כ בקרקע דגם אם יקנה הקרקע בש"ר יתחייב לשלם דמיו בשביל בע"ח שוב אין לו הפסד במה שלא יקנה הקרקע דלענין דמי' אין נ"מ ושוב לא הוי ש"ר ואינו קונה כלל וגובה גוף הקרקע כנ"ל. וא"כ פריך אביי שפיר בקרקע א"צ לומר הטעם שאחריותו עליו הא גם בפירוש שלא באחריות ג"כ לא הי' ש"ר והי' חוזרת לו כנ"ל:

ובזה יתישב מה שיש לדקדק דפריך אשנוי' דאביי ש"מ דאקני קנה ומכר לא משעבד כו' ומאי קושיא דלמא באמת סבר כן דהא איבעי' הוא ולהנ"ל א"ש דתירוץ הנ"ל לא שייך אי נימא דאקני לא משתעבד דא"כ לא יוכל לגבות מהלוקח אחר יאוש בתורת בע"ח דהא המוכר קונה הקרקע בשעה שמוכרה שנעשה ש"ר כמ"ש הה"מ והר"ן דקנין עם המכירה באין כא' וא"כ הוי לי' דאקני קנה ומכר ולא משתעבד כלל ושוב כשא"י לגבות משום בע"ח הוי ש"ר ומיושב הברייתא כנ"ל. וא"כ פריך שפיר הא מה דדחה אביי שינוי' דר"ש משום קושיא דאחריותו עליו א"כ ע"כ ס"ל דאקני משתעבד ופריך ולחוש כו' ש"מ לא משתעבד ושוב למה דחה אוקימתא דר' ששת כיון דע"כ צ"ל גם לדידי' דדאקני לא משתעבד כנ"ל. כן י"ל דרך פלפול אבל באמת ליתא לתירוץ הנ"ל חדא דאמר בש"ס ב"מ ט"ו בפשיטות פריך בין לרבא כו' מלוה ע"פ הוא ואינו גובה ממשעבדי ואמר להדיא דנגזל אינו גובה ממשועבדים. ועוד' דנראה דבקרקע אין הגזלן מחויב כלל לשלם דמיו דדוקא במטלטלין נתחייב מיד בשעת גזלה בהשבה משא"כ קרקע דאינה נגזלת וברשותי' דמרי' קיימא ואף שיתחייב לשלם אי מהני יאוש וש"ר מתחיל החיוב רק בשעה שמוכר' דיוצאת מרשות בעלי' ואז בא המכירה כאחת וא"א לטרוף מהלוקח בשביל החוב כנ"ל. וא"כ נשאר קושיא הנ"ל מאי פריך אביי מפני שאחריותו כו':

ויש לישב דלכאורה מאי דחו תוס' דברי רשב"ם דמהני יאוש בקרקע הא מ"מ ש"ר לא הוי דקרקע בחזקת בעלי' וצ"ל דס"ל כמו בכל מטלטלין דהוי ש"ר אף דאינו שלו וא"י

למכור מ"מ הא בב"א בשעת המכירה קונה אותו הגזלן המוכר וכן בקרקע אחר יאוש מהני מכירתו ויוצאת מרשותו שקונה אז כנ"ל:

אמנם י"ל דאי שייך יאוש בקרקע שוב מהני יאוש לחוד גם בלא ש"ר דהא באבידה יאוש קונה רק בגזלה משום דבאיסורא אתי לידי' ופי' תוס' ב"ק פ' מרובה משום דנתחייב בהשב' ולא מהני היאוש על מה שכבר נתחייב בהשבה ע"ש. וא"כ זה שפיר במטלטלין אבל קרקע דאינה נגזלת ובחזקת בעלי' עומדת דלא נתחייב כלל בהשבה כמבואר במשנה הגוזל שדה כו'. וא"כ בא הקנין בשעת יאוש ואז בהיתרא אתי לידי' דלא יצאה מעולם מרשות הנגזל עד שעת יאוש ושפיר קני יאוש לחוד כמו באבידה כנ"ל:

ומיושב בזה לשון הש"ס אהא דפריך לוקי בגזלן גופי' ומשני משום דבעי למתני סיפא מכר פרה כו'. והא גם ברישא מצי לשנויי דהא בעי לאשמעינן דלא מהני אף שיש ש"ר כו'. ולמ"ש מיושב דבקרקע אם הי' מהני יאוש הי' מהני גם בלא ש"ר כנ"ל. וא"כ מיושב גם קושיא הנ"ל דפריך אביי שפיר בקרקע למה תני שאחריותו עליו הא גם שאחריותו עליו ולא הוי ש"ר מ"מ מהני יאוש לחוד כנ"ל. ואי אין יאוש קונה שוב אף בלא אחריו' לא הי' מהני כנ"ל ויש לישב בזה מה דבאמ' תמוה מאד לר' ששת קושי' אביי איך מישב לשון הברייתא מפני שאחריותו עליו. ולמ"ש י"ל שפיר דבזה פליגי דר"ש סבר דגם בקרקע מיקרי באיסורא אתי לידי' דמ"מ גזלה קודם יאוש דכל שא"י להוציאה בדיינים מיקרי אינו ברשותו ושפיר לא קני יאוש לחוד רק עם ש"ר וא"ש מפני שאחריותו ואין אחריותו כמ"ש:

עוד יש לישב דהא לכאורה נהי דקני ביאוש וש"ר מ"מ שייך לגבי הנגזל שמעמידה בפני בע"ח דלא עדיף מה שנתיאש מאלו מכרה או הפקיר דמלוה בשטר גובה וא"כ בשלמא מטלטלין לא יוכל לגבות אבל בקרקע י"ל דבל"ז אינו מעיד אף שקנה ביאוש וש"ר מפני שמעמידה הנגזל בפני בע"ח וא"צ לטעם שאחריותו עליו דגם אם הי' ש"ר לא הי' מעיד כנ"ל. אך הא לרבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש א"כ לא יוכל גם הבע"ח של הנגזל לגבות כלל דהא גם נגדו הוי יאוש אי אמרינן סתם גזלה יאוש ואף דלא ידע מ"מ הוי יאוש כנ"ל. ולכך לא שייך מעמידה בפני בע"ח כנ"ל. ולכך אם הי' יאוש וש"ר הי' מעיד. וס"ל כנ"ל דרק מפני שאחריותו עליו וליכא ש"ר וכנ"ל אבל אביי לטעמי' דסבר יאוש שלא מדעת לא מהני והכי קי"ל ביע"ל קג"ם א"כ לגבי הבע"ח שלא ידע מגזלה לא מהני וא"א לפרש כנ"ל ופריך שפיר:.

עוד י"ל בפשיטות דהא למ"ד סתם גזלה יאוש בעלים מ"מ בקרקע אף אי מהני יאוש מ"מ ודאי דלא אמרינן בי' סתם גזלה יאוש וכמ"ש תוס' דלא שכיח ליאש כו'. וא"כ הא

למאי דאמר ב"מ פ' א"מ דאף למ"ד יאוש שלא מדעת הוי יאוש מ"מ דוקא בדבר העומד להתיאש כו' ע"ש. וא"כ אפשר לפרש לר' ששת הברייתא כפשטי' דבין בקרקע ובין במטלטלין מיירי אחר יאוש דידעינן דאיאש וא"צ למה שנדחקו בתוס' רק דהחילוק הוא דבקרקע דלא אמרינן סתם גזלה יאוש א"כ אף שקנה זה ביאוש וש"ר אינו מעיד משום דמעמידה בפני בע"ח דהא הבע"ח שפיר יכול לגבותו מלוקח כנ"ל דלא שייך שגם נגדו הוי יאוש אף דיאוש של"מ הוי יאוש הא מ"מ בקרקע בסתם לא הוי יאוש א"כ אינו עומד כלל להתיאש. ולכ"ע ישל"מ לא מהני בדבר שיש בו סימן כנ"ל וא"כ לגבי הבע"ח לא הוי יאוש כנ"ל דהוי ישל"מ במה שאינו עומד ושפיר יוכל לגבות אחר היאוש וש"ר ואינו מעיד אף דהנגזל נתיאש משא"כ מטלטלין דסתמא הוי יאוש וכיון שעומד להתיאש אמרינן לרבא ישל"מ הוי יאוש ויועיל גם נגד הבע"ח ושפיר מעיד דאף שהקנה לבע"ח מטלטלי אגב קרקע מ"מ לא יגבה משום יאוש כנ"ל. ומיושב שפיר לר"ש הברייתא הלשון דאחריותו עליו ממש כמו לאביי דמעמידה בפני בע"ח ולא צריך לדחוקי בלא הי' לו קרקע וכו' כנ"ל ואביי לטעמי' דיאוש שלא מדעת לא מהני וא"א לפרש כנ"ל דגם במה דעומד ליאוש לא מהני ופריך שפיר והיינו דדייק ש"ס עוד קשיא לי' לאביי מה שלא הזכיר בקושי' ראשונה משום דרק לאביי קשי' כנ"ל:

עוד י"ל דבקרקע אף אי מהני יאוש וש"ר מ"מ חייב הלוקח לשלם להנגזל מדינא דגרמי דע"י שלקח הפקיע ממנו הקרקע דהא גם גבי מטלטלין בכל גזלה קשה ביאוש וש"ר יתחייב הלוקח מגרמי ובפרט למאי דקי"ל כר"נ ב' שעשו היזק אי ליכא לאישתלומי מחד משתלם הכל מאידך נהי דמוכר ולוקח הזיקוהו ביחד יכול לגבות מלוקח אך לא קשה דקי"ל גזל ולא נתיאשו ובא אחר ואכלו יכול לגבות מזה ומזה אבל אחר יאוש אינו גובה מהאוכל אף דהזיקו בידים בלא ש"ר רק כיון שכבר יצא החפץ קצת מרשות הנגזל ביאוש כמ"ש תוס' ב"ק קי"א והפ' שם ע"ש וא"כ ביאוש וש"ר מטעם הזיק גוף החפץ פטור דלא גרע מאכלו ומה שהזיקו החוב שיהי' כשרף שטרותיו כו' ג"כ לא מחייב דלא הפסידו כלל החוב דעדיין הגזלן חייב לו דמי הגזלה שנתחייב מיד בשעת הגזלה דמדמי מי מיאש כו' ולכך פטור הלוקח. אמנם בקרקע דלא יצא כלל מרשות הנגזל כל זמן שלא קנאו וא"כ קודם שמכרו עדיין אף לאחר יאוש כיון דיאוש לחוד לא קני הי' עדיין ברשות הנגזל ורק בש"ר שקונה הוא הגזלה דאז יוצאת מרשותו וגם בתשלומין לא נתחייב גזלן כלל בשעת גזילה כמ"ש לעיל דאינה נגזלת וא"כ החיוב עתה בשעת מכירה ועכשיו הזיקו אותו שניהם המוכר ולוקח ביחד שהפסידוהו הקרקע ושפיר חייב גם הלוקח כנ"ל. דגם יורש שמוחל שמתכוין לטובתו קי"ל דחייב וממילא שפיר חייב

ושוב י"ל לרשב"ם דלא קני כיון דאף אם יקנה והי' חייב לשלם אין הפסד במה שלא יקנה רק גוף הקרקע והוי שוב כמו באחריות דלא הוי ש"ר כנ"ל. וי"ל ג"כ דפליגי בזה ר"ש ואביי כנ"ל:

עוד י"ל דהא יש ב' טעמים ביאוש וש"ר אף דקודם הש"ר אינו שלו ואיך יכול למכור טעם א' שכ' הה"מ דקנין של המוכר בא בשעת מכירה ובאין כא'. עוד טעם דאף אם לא יועיל הקנין הוי ש"ר דמ"מ הוא ביד הלוקח ואתי לידי' אחר יאוש וקני ובקרקע לא שייך רק טעם הא' דהא כשלא קנה לא בא כלל לרשות לוקח רק שיועיל מטעם א' דאז המוכר קונה אותה בשעת מכירה ומהני הקנין כנ"ל. והנה בש"ס ריש תמורה פריך לרבא דמאי דאמר רחמנא לא תעביד א"ע לא מהני למה שינוי קונה ומשני דאמר קרא אשר גזל כו'. וקשה ביאוש וש"ר דע"י הש"ר מפקיע החפץ מרשות נגזל וזה גזלה חדשה כמו בשינוי מעשה דקושית הש"ס כנ"ל נימא א"ע לא מהני דלא שייך בזה אשר גזל. רק לטעם ב' הנ"ל לא קשה דמ"מ גם אם לא יקנה החפץ ברשות לוקח וקני ביאוש כנ"ל. אבל לטעם א' שיקנה המוכר בשעת מכירה שפיר אי עביד לא מהני. וי"ל בש"ר שאינו היזק בגוף החפץ לא מיקרי גזילה חדשה וכבר אינו ברשותו של הנגזל משעת הגזילה ולא שייך אי עביד לא מהני על הש"ר. אמנם בקרקע דאינה נגזלת וקודם הש"ר הי' ברשות הנגזל א"כ הגזלה בא בשעת הש"ר ושפיר שיקנה המוכר אז שייך א"ע לא מהני וממילא לא שייכי ב' הטעמים ולכך לא קני יאוש וש"ר בקרקע. ומיושב קושית תוספ' על הרשב"ם מהא דפלוני עבדי כו' דשם דקני ביאוש לחוד מהני,, משא"כ כאן שיקנה ביאוש וש"ר לא מהני בקרקע משום א"ע לא מהני אי לא נימא כמ"ש לעיל דיאוש לחוד יקנה בקרקע רק כמשמעות רשב"ם וכל המפרשים דגם בקרקע ליבעי ש"ר עם היאוש וממילא לא קני בגזלה כנ"ל:

והנה לכאורה מה פריך אי רשות יורש כלוקח ליתני בלא מכר הא י"ל שפיר דהא למאן דס"ל דיורש הוי ש"ר ע"כ אין הטעם כנ"ל דבא הקנין בב"א דז"א דא"א שיקנה הגזלן בשעה שמוריש דאין קנין לאחר מיתה ולא בשעת מיתה דהא תנן ה"ז גיטך אם מתי לא"כ כמו לאחר מיתה ע"ש ואפילו גוסס אינו יכול לזכות להרבה פ' וא"כ לא שייך טעם הא' של הה"מ דזוכה הגזלן בשעה שמוריש וע"כ רק טעם הב' דמ"מ יצאה מרשותו ובא לרשות היורש וחשוב שינוי רשות וא"כ במטלטלין זה שפיר אבל בקרקע נראה דגם מ"ד זה מודה דרשות יורש לאו כלוקח דשוב לא שייכי ב' הטעמים דהא לא יצאה כלל. מרשותו רק טעם א' שבא קנין של הגזלן בשעת מכירה וזה לא שייך ביורש כנ"ל. וא"כ מאי פריך הש"ס למ"ד רשות יורש כלוקח ליתני בלא מכר הא כיון דבעי לאשמעינן

דבקרקע לא מהני יאוש כמ"ש רשב"ם. א"כ ע"כ צריך לאשמעינן במכר דביורש לא הי' מהני בקרקע אף אי הי' מהני יאוש משום דליכא ש"ר כנ"ל אף למ"ד דבמטלטלין הוי ש"ר ביורש כנ"ל. ושפיר תני במכר לאשמעינן דלא מהני בקרקע אף שיש ש"ר שבא הקנין של הגזלן בב"א כנ"ל. ש.

אמנם למ"ש לעיל דקי"ל אי עביד לא מהני א"כ לא שייך כלל טעם א' גם בלוקח דלענין שיקנה אז בשעת מכירה שייך אעל"מ רק טעם הב' ואין חילוק בין לוקח ליורש ופריך שפיר הניחא כנ"ל אבל לאביי דסבר אי עביד מהני לא קשה ולכך מדוקדק דאמר עוד, קשי' לי' לאביי מפני שחוזרת כו' דלאביי לא קשה קושיא ראשונה משום רשות יורש כנ"ל:

לרשב"ם דבאחריות לא הוי ש"ר צ"ל דהוי כתנאי. דיש להסתפק באמת במכר הגזלן על תנאי אם לא יטרפנה הנגזל אי נימא דיכול הנגזל לטורפה כיון שאם יטרפנה תתבטל המכירה ולא יהי' ש"ר. או דמ"מ עכשיו כשאינו טורפה הוי ש"ר וא"י לטורפה ולמ"ד ש"ד י"ל דגובה מטעם בע"ח ואף דמלוה ע"פ אינו גובה משום פסידא דלקוחות מ"מ בזה לא שייך דהא אם יגבה לא יהי' לוקח כלל ולא שייך פסידא אך בבע"ח. ודאי דכה"ג לא מצי טריף. בפרט לאביי דלמפרע גבי א"כ בכל מכירה שייך כן ע"ש גבי הקדישו מזיק פ"ק דב"ק:

לשיטת רמב"ן לא מהני יאוש בקרקע. ומ"ש באביד' נטלה לפני יאוש כו' דהא שומר שלו וכברשותי' דלא מהני יאוש רק במה שאינו ברשותו ע"ש וא"כ בקרקע דברשותי' קאי דאינה נגזלת לא מהני יאוש כלל:

ויש לישב בזה קושית תוספ' מעבד דמהני נתיאשתי מפלוני עבדי די"ל למ"ד יאוש קני מדרבנן ובדרבנן עבדי כמטלטלי אף למעליותא כמ"ש תוספ' דלא חלקו חכמים לענין אגב ע"ש וא"כ מהני יאוש מדרבנן וי"ל אף המ"ד דיאוש קני מה"ת מ"מ סבר ג"כ היכא דאינו קונה מה"ת קני מדרבנן ע"ש ב"ק מרובה וא"כ כיון דעכ"פ מהני מדרבנן בעבד דכמטלטלי דמי שוב י"ל דקונה מה"ת דהא אמר ריש פסחים דבקנין דרבנן חשוב עכ"פ אינו ברשותו מה"ת דלא ברשותי' דלבטל ע"ש. וא"כ כיון שעכ"פ אינו ברשותו מה"ת שוב אף דמה"ת עבדי כמקרקעי מהני היאוש דבמה שאינו ברשותו מהני יאוש מה"ת ולכך מהני בעבד גם מה"ת משא"כ קרקע גמורה דאף מדרבנן לא מהני דעדיין ברשותו:

מדמי מי מיאש כו'. וקשה הא שפיר מצי לאוקמי כמ"ש תוס' דמערער שלקחה ממוכר זה ובהאי זכותא כו' מצי מפיק מיהודה ג"כ רק הב' נח לי כו' וזה בקרקע אינו מעיד דזה נח כו'. משא"כ במטלטלין דקני ביאוש רק הדמים אין נ"מ דב"כ וב"כ גובה מהמוכר

והמוכר אחד לשניהם. וצ"ל דקושית הש"ס רק לשנוי' בתרא דהוי תרי ותרי דהיכא דקיימא ארעא תיקו. אך הא במטלטלין א"כ כיון שע"כ יש לו לנגזל זה ג"כ עדים שוב בלא עדותו אף שהוא תרי ותרי אין המערער יכול להוציא כלל מהלוקח דהא העדים של הנגזל הם עדיו של הלוקח שקונה ביאוש וש"ר וזכה וא"י להוציא ממנו וא"צ לעדות הנגזל. וצ"ל לענין תפיסה ולא מהני עדות הנגזל לפסול עדי מערער שיהי' שלו בודאי. או דעדיין אין עדי הנגזל לפנינו רק שאומר שיש לו עדים כנ"ל:

לכאורה קשה מה פריך מדמי כו' הא קי"ל סתם גזילה לא הוי יאוש וע"כ בדשמעיני' דאיאש ולמה לי' הא מצי לאוקמי כפשטי' בלא שמעיני' רק הנגזל עצמו מודה שנתיאש. ובזה נראה דגם הדמים א"י להוציא מהגזלן המוכר דהא אינו נאמן נגדו שנתיאש וא"כ הגזלן אומר לו הרי שלך לפניך דלא נתיאש ועדיין אתה יכול להוציא החפץ מהלוקח רק שאתה הפסדת ע"י הודאתך דהי' יאוש וא"י להוציא משום שהודה והוי כמו שנתן במתנה ללוקח החפץ דמוכר פטור מדמיו כיון שהי' מוציא הוי המכירה היזק שאינו ניכר ועדיף דלא הזיקו כלל כשלא נתיאש ושפיר אינו נוגע כלל דאין גובה לא החפץ ולא דמיו ואפשר דמ"מ חייב הגזלן דנתחייב בהשבה מיד בשעת גזלה או החפץ או דמיו וזה לא מקרי השבה מה שאמר טול אותה אצל הלוקח אף שיכול ליטלה כל זמן שאינו נותן לו דאף דבאמר לב' כו' מניח גזלה ביניהם היינו בב"ד משא"כ ביד אחר. ודוחק. דהוא רק בפקדון ועדיין יכול ליטלה בלא הודאתו והלוקח אינו גזלן והי' מחזיר ע"פ דן נראה דפטור. וי"ל דיכול לתבוע מלוקח ממ"נ אם לא נתיאש מגיע לו החפץ ואי נתיאש גרמו לו שניהם היזק מוכר ולוקח ולא מצא לאשתלומי מהמוכר שכופר ומשתלם מהאי לר"נ. וגם זה ליתא כמ"ש לעיל דלא מחייב לוקח משום גרמי וי"ל דלא מהני אף שהודה שהוא חייב לאחרים ולא מהני הודאתו נגד בע"ח אי שיעבד לו מטלטלי אגב קרקע. ויצטרך ג"כ לאוקימתות דלקמן. או אפשר דמאי דסתם גזלה לאו יאוש הוא דספק הוי וממילא הוי א"י [אם] החזרתי אם נפטר ע"י יאוש ולכך חייב וא"כ בזה להיפוך חייב דנתחייב בשעת גזלה או החפץ או דמיו ועתה מסופק אם נתיאש ועדיין חייב הדמים או שלא נתיאש ונפטר במה שהחפץ ביד הלוקח וחייב מספק כא"י אם פרעתיך. ויש לדחות. בפרט להפ' בלא הוי לי' למידע פטור א"י א"פ וי"ל דמ"מ הוי נוגע דלפי דבורו שבאמת נתיאש מגיע לו דמיו מהגזלן ואף שאינו נאמן נגד הגזלן מ"מ חשוב נוגע כנ"ל. וגם להפ' סתם גזלה יאוש בישראל יש להקשות ג"כ דלמא מיירי שטוען שלא נתיאש ותובע גוף החפץ וקי"ל תבעו דוקא והודה בשוה הוי טענו חטין והל"ב דפטור כנ"ל:

ארים מעיד כו' הא דאיכא פירא בארעא הא דליכא כו'. ותמוה לפירשב"ם דגם ליכא פירי שכבר אכלן ג"כ נוגע דאל"ה יצטרך לשלם ואפשר לפרש כפשטי' למאי דאמר לעיל אמר לפירות ירדתי נאמן דלא חציף כו' ופי' רשב"ם כגון שלקח הפירות או שהוא אריס ע"ש. ותוספ' כ' שם דדוקא הפירות שכבר אכל נאמן לפטור אבל לא להבא הפירות שיש עדיין ע"ש. וא"כ א"ש כאן דאינו נוגע כלל דהי' יכול לומר לפירות ירדתי אצל המערער שהוא אריס שלו והי' ג"כ נאמן לפטור והוי כמו בשליח דמצי לומר אהדרינהו כו' שאינו נוגע כנ"ל. אך היכא דאיכא פירי בארעא עדיין שלא אכלם ועל להבא לא יהי' נאמן לאכול הפירות והוי נוגע שזה מודה שהוא אריסו, אבל בליכא פירי שכבר אכלן אינו נוגע כלל דגם אם לא הי' מעיד שהוא של זה ג"כ הי' נאמן לפטור נגד המערער כנ"ל וא"ש. אך י"ל דלא ניחא לפרש כן דסתמא תני אריס כו' אף היכא שידוע וא"י לומר שהוא אריסו של המערער או כמ"ש תוספ' ריש פ' ח"ה דמתירא שמא יזכה זה. ודוחק. דמ"מ זה מודה:

אמנם י"ל מ"מ כנ"ל דהא פריך התם א"ה ארעא נמי ופי' תוספ' שם אף דנגד הקרקע הוי להבא ואינו נאמן משום לא חציף מ"מ למה הדין הדר ארעא ופירי יהי' נאמן באמירתו שהקרקע לקוח עכ"פ נגד הפירות ומשני איבעי לי' כו' בשטרא משא"כ לפירי לא עבדי שטרי ע"ש. ולכך חייב לשלם הפירות כיון שאינו טוען שלקח הפירות לבד רק הקרקע ועל הקרקע לא מהימן שהי' לו להזהר בשטרו שוב חייב לשלם הפירות דאינו אומר שקנאם כנ"ל. ונראה פשוט דאם המחזיק מכר הפירות שלקט בלא שני חזקה אין הלוקח צריך להחזיר או לשלם הפירות להמערער דהא לגבי לוקח שפיר טענינן שמא לפירות ירד משום החזקה דלא חציף כנ"ל ואי הוי טעין לפירות ירדתי הי' נאמן דבשלמא לגבי עצמו כיון שאינו טוען רק על הקרקע מודה שלא לקח הפירות לבד ועל הקרקע א"נ וממילא חייב אבל נגד הלוקח דלא מהני הודאתו לחוב ללוקח שפיר טענינן לי' כנ"ל. דלא מצינו שיהי' זה מלתא דלא שכיח ושפיר פטור כנ"ל. וא"כ האריס שמעיד שהוא של המחזיק שהורידו באריסות דג"כ שייך לא חציף להוריד אריסין וא"כ אינו נוגע כלל שאף אם לא הי' מעיד שהוא שלו רק שא"י אם שלו או לא מ"מ הפירות שאכל והוא לוקח שקנה הפירות בעד טירחת אריסתו ושפיר טענינן לי' שלפירות ירד דמסתמא קנה המחזיק הפירות במעות והוריד זה לאריסות כנ"ל דנגדו אינו מזיק טענת זה שטוען על כל הקרקע והי' פטור ואינו נוגע ממילא והוי עד כנ"ל:

אמנם י"ל דמ"מ עכשיו שכבר מעיד שהקרקע של זה א"כ אם יהי' הדין דאין עדותו מועלת שפיר יתחייב לשלם למערער דשייך גם נגד האריס אותו הטעם שנגד המחזיק

דהא מודה שלא לקח המחזיק הפירות לבד וא"א לטעון בשבילו כנ"ל ועל הקרקע אינו נאמן דליכא שטר וממילא יתחייב לשלם למערער רק ע"י שיועיל עדותו יפטור ושפיר י"ל דהוי נוגע ואף דאם לא הי' מעיד ששל המחזיק הוא רק הי' אומר א"י לא הי' חייב כלל מ"מ כמ"ש הרא"ש גבי בקרא ע"ש. וכן הכא דלא דמי להא דאהדרינהו ללוה דהתם בין מועיל עדותו להיות עד או לא ב"כ וב"כ מהימן נגד עצמו ליפטר רק דאם לא הי' אפשר לפטור בטענה אחרת הוי נוגע דע"כ צריך לטעון כן משא"כ כשאפשר. אבל בהנ"ל נהי דהי' אפשר לו ליפטר מ"מ עכשיו כשכבר אומר שהוא של זה אם לא יהי' חשוב עד יהי' חייב לשלם לזה המערער ורק ע"י שיהי' חשוב עד יהי' הדין דפטור ושוב גוף העדות נוגע לו כנ"ל ולא מהני. וזה י"ל שהי' הספק של ר"נ אי אריס מעיד דלכאורה תמוה שבב' האופנים דין פשוט ולמ"ש א"ש דהס' אי חשוב נוגע כה"ג שאם לא העיד הי' פטור באמת רק עכשיו שמעיד הוי נוגע מה שיועיל העדות ומספקא לי' כנ"ל. ופשוט דבליכא פירי אינו נוגע כנ"ל דאף אי נימא הסברא כנ"ל דכה"ג חשוב נוגע מ"מ מהני כאן. דהא כ' תוס' שם הא דלא מהימן המחזיק לקוח נגד הפירות במיגו דלפירות ירדתי שהי' נאמן וכ' משום דהוי מיגו לחצי טענה דהא רוצה לזכות בכל הקרקע ע"ש. וא"כ זה שפיר נגד המחזיק עצמו אבל נגד האריס שגם עכשיו שטוען שהמחזיק קנאה ג"כ אינו זוכה הוא רק בהפירות. וא"כ שוב נאמן נגד עצמו לפטור מהפירות במיגו דלפירות ירד שהי' נאמן דנגדו לא הוי מיגו לחצי טענה דגם עכשיו רק זוכה בהפירות ושפיר נאמן נגד עצמו שהמחזיק לקח הקרקע והוא שלו וזוכה הוא ממילא בפירות דבמיגו נאמנים גם על גוף הקרקע בלא שטר כמתני' דמודה ר"י כו'. וא"כ אף אם נאמר הדין עכשיו שאומר האריס שהוא של המחזיק דלא חשוב עד מ"מ יהי' נאמן נגד עצמו לפטור במיגו כנ"ל ושוב אין זה נוגע מה שיהי' עד ושוב הוי שפיר עד ונאמן נגד המחזיק. וכל זה בדליכא פירי שכבר אכלן כנ"ל. אבל איכא פירי דלהבא לא מהימן לפירות ירדתי ושפיר הוי נוגע וא"ש כנ"ל:

עוד י"ל דמיירי ששניהם אומרים שהוא אריס והמערער אומר שהוא אריסו והמחזיק שהוא אריסו ומעיד למחזיק שאריסו והוי חזקה דב"כ וב"כ יהי' פטור רק י"ל כנ"ל דנהי דאם הי' אומר ששל המערער הי' ג"כ פטור מ"מ עכשיו אם יהי' הדין דאינו עד יתחייב מטעם הודאתו שאינו אריס של המערער וכשהמערער יזכה בדין הודה שצריך לשלם לו ושוב גוף העדות שיועיל עדותו הוי לזכות ולא מהני כנ"ל. אמנם הא המערער הודה שפטור דהוא אריסו. ובש"ס גטין פ' השולח בב' הודאות דסתרי אהדדי נתתי שדה זו והלה אומר לא כו' כשהפירות בעין משלשין כו' ושפיר באיכא פירי בארעא הוי נוגע

שלא יזכה מצד הודאת המערער דהוא הודה להיפוך שחייב ומשלשין כו' והוי נוגע משא"כ ליכא פירי שכבר אכלן יהי' פטור בב' הודאות כמ"ש ש"ע סי' ע"ה ושפיר מעיד. כנ"ל:

עוד י"ל למ"ד סתם גזלה יאוש בעלים בישראל וגם בקרקע מבואר בסוכה גבי אוונכרי דכשתולש הפירות הוי נגד הפירות אצל לוקח יאוש וש"ר ע"ש א"כ המערער שגזולה מ"מ יזכה האריס בפירות מטעם יאוש וש"ר כנ"ל דהוא לוקח רק באיכא פירי בארעא שמחוברין עדיין הוי נוגע דעדיין לא מהני היאוש שדינן כקרקע אבל בליכא פירי בארעא שכבר לקחן מעיד כנ"ל והרשב"ם כ' טעם א' דימצא שדות הרבה באריסות כו' והוי כזביני מיצעא דלא חשוב הנאה במודר הנאה ע"ש נדרים ולאו נוגע הוא ג"כ ולטעם זה אף שהחזיק בשדה וזכה באריסות לא הוי נוגע. וא"כ גם לוקח כה"ג שלא נתן המעות לא הי' נוגע אף שקנה דימצא לקנות ודוחק ויש לחלק דלהיות שלו הוי נגיעה משא"כ לפירות. ולטעם ב' שכ' רשב"ם שמא יחזור בו דוקא שלא החזיק ולמה נקיט ב' הטעמים יחד. ולכך י"ל דסבר שהחזקה דאריס אינו בחזקה דהוי רק כפירות דקל שהוא דשלב"ל רק החזקה כשהתחיל במלאכה כשאר פועל ולכך כשלא טרח עדיין ממילא לא קנאו ושייך ב' הטעמים וכ' שפיר. ומיושב דאיכא פירא היינו שיש להאריס חלק בהפירות שקנאו והתחיל. וליכא פירי היינו שלא זכה עדיין כנ"ל:

ערב מעיד כו' מלוה מעיד כו'. למ"ש תוספ' מ"מ קשה למה נכשיר מס' שמא יודע מבע"ח. ונראה דהא מסברא למה נוגע פסול ואיך מצינו דבשביל נגיעת ממון יעיד שקר הא קי"ל אף ודאי חשוד אממון לא חשוד אשבועה וכן אשאר איסור רק לעדות משום רשע דגזה"כ לפסלו. אבל נוגע שא"י כלל למה נחוש מס' שיעיד שקר בשביל ממון. אך הטעם אם הי' עד הי' שפיר כנ"ל. אבל כשנוגע הוא כהבעל דבר ואינו בגדר עד רק איש אחר ואינו בכלל לא תענה כלל. וזה שפיר כשהוא נוגע לפנינו אבל בהנך שאין הנגיעה לפנינו והוי עד שפיר יכולין לקבל עדותו ואין לחוש שמא יודע מבע"ח ולכך מעיד דהא כיון שהדין דהוי עד שוב אין חשש כלל שמא משקר בשביל זה דמשום ממון אינו חשוד כלל כנ"ל ובמעמידה בפני בע"ח הוי נוגע בפנינו דעדיין השדה שלו לענין לפרוע לבע"ח משא"כ כאן דניחוש שמא חושש ומשקר כנ"ל. ויש להסתפק כשזה זוכה ע"י עדותו ואח"כ באמת יש בע"ח מוקדם אי אמרינן איגלאי מילתא שהי' נוגע ויכול מערער לגבות ממנו אחר שגבאו או דלא אמרינן למפרע שידע והועיל עדותו ולא יוכל להוציא כמו דקי"ל עדים שהעידו רשאין ליקח. ולא יכול להוציא מהן אף שהן נוגעין עתה דכבר הועיל עדותם וכיש להם עדים אחרים דמי וכן כאן או דכיון דחזינן דגם שם

איכא כיעור רק אינו נגיעה דבידו שלא למכור להם משא"כ כאן דלמפרע הי' נגיעה. ואי מטעם קרוב נוגע ודאי ל"מ כמו בלא הי' יודע בעצמו שהוא קרוב והעיד ואח"כ נודע שפסול וכן בהנ"ל כיון שנודע שהי' נוגע לו. אך אי מטעם שקר כהש"ך ז"ל י"ל דכשר ואי נימא דלא מהני דמשום זה עצמו מהני עדותו עכשיו ואין חוששין שמא יש לו בע"ח דמה תועלת לו הא כשיבא בע"ח והוא יגבה יחזור מערער ויגבה ממנו דאיגלאי מילתא כנ"ל. ושפיר אין חשש כלל שלא נודע כנ"ל:

תוספ' הקשו דהוי נוגע כשקרקע זו בינונית והנשאר זיבורית וי"ל למ"ש תוספ' דאינו נוגע רק כשרוצין ליקח עיקר שיעבודו שסמך עליו כשהלוה. ונראה לתוס' דעל חפץ מטלטלין יכול המלוה להעיד דע"ז לא הי' סמיכתו בהלואה וא"כ לענין בינונית נגד זיבורית שוב הוי כמטלטלין דיכול להבריח ולמכרן ולא יגבה רק מזיבורית דאין נפרעין כו' כשיש ב"ח. וא"כ לענין בינונית נגד זיבורית לא הי' סמיכתו כמו במטלטלין ולא הוי נוגע בשביל העילוי דבינונית כנ"ל. לכאורה קשה דנקיט סתם באית לי' ארעא אחריתי מעיד והא אי הגזילה מוקדם לחובו וקי"ל הדרא פירי ג"כ ועכ"פ גובה מב"ח. ולהפ' דמלוה ע"פ מוקדם גובה נגד שטר מאוחר א"כ הוי נוגע דאל"ה יגבה המערער על הפירות מהארעא אחריתי שיהי' מלוה ע"פ מוקדם. וצ"ל דאיירי שלא אכל או שמאוחר להלואתו או כמ"ש לעיל דטענינן נגד הפירות כנ"ל:

לוקח א' מעיד ללוקח ב' ותמוה מאד כמ"ש תוס' דכל החשש בלית לי' שדה אחרת שירא מבע"ח וא"כ גם אי אית לי' ארעא מנין יודע כמה חייב שמא גם נגד ב' השדות, וי"ל דלכאורה קשה עוד למאי דקי"ל לעיל בנמצאת שאינ' שלו חוזר עליו אף שלא באחריות וא"כ למ"ש פ' מש"נ דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבוי וא"כ למה מעיד כאן ללוקח ב' אף דאית לי' ארעא אחריתי ללוקח ב' שלקח ג"כ ממוכר זה הא מ"מ כיון שמערער זה יטלה ממנו משום גזלה וחייב המוכר לשלם לו אף שלא באחריות כנ"ל. א"כ שוב יוכל לגבות הארעא אחריתי של עצמו שקנאה מהמוכר בתורת גבי' מלוקח שקנה מהמוכר שחייב לו דהא קי"ל דגובה קרן ממשועבדי' פ"ק דב"מ ולא גרע הוא עצמו מלוקח אחר ושוב לא יוכל בע"ח מוקדם לגבות ממנו הארעא אחריתי דהוי לי' בע"ח מאוחר שקדם וגבה דמה שגבה גבוי ויגבה מלוקח ראשון וא"כ לעולם הוי נוגע באית לי' שדה אחרת כמו בלית לי' כנ"ל. דגם אית לי' יגבה ממנו כנ"ל אם לא היכא שלקחה מוכר אחר קניית זה שיהי' דאקני. ודוחק:

אמנם י"ל דכה"ג אין המלוה גובה כלל מלוקח ראשון כיון שהניח לו מקום לגבות שלא הי' אז בע"ח אחר כלל רק אח"כ לוה מאחר וקדם וגבה דהדין דמה שגבה גבוי אבל

הלוקח אינו מפסיד בשביל זה דהי' לו לקדם ולגבות כדינו ואף דבאישתדיף בנ"ח או שנגזל הקרקע בנ"ח גובה מלוקח מ"מ בהנ"ל מגרע גרע דהי' יכול לגבות כדינו והבע"ח מאוחר קדם וגבה והדין הוא דבאמת מהני שפיר לא יוכל לגבות. וא"כ אין הלוקח א' נוגע כלל כנ"ל. אמנם הא עכשיו שמעיד לוקח שאינו גזל והשדה של לוקח ב'. א"כ כיון דלחוב מהני הודאתו והוא כיון שמודה שאינו גזל א"כ אין המוכר חייב כלל ללוקח הב' כיון דהוא שלא באחריות ולא יוכל לגבותו כלל בתור גובייגא מארעא אחריתי של עצמו. וא"כ הבע"ח יכול לגבות ממנו ע"פ הדין דהא אינו בע"ח מאוחר כלל ואעפ"כ לא יוכל לגבות מהלוקח ב' דלא מהני הודאה של זה לחייבו ושפיר אם יוציא המערער ממנו שדה זו יוכל לתפוס הארעא אחריתי בשביל חובו דאין לוקח א' נאמן ושוב יוכל הבע"ח מוקדם לחזור על לוקח הא' דנגדו מהני הודאתו שזה הלוקח ב' תופס הקרקע שלא כדין והוי כמו בנגזל הקרקע בנ"ח ואישתדיף דגובה מלוקח ושפיר יגבה הבע"ח מלוקח הא' משום הודאתו שאין הלוקח ב' בע"ח מאוחר כלל והוי שלא כדין כגזל כנ"ל. וא"כ אם לא יעיד לוקח הא' דשל הלוקח ב' הוא אז לא יגבה כלל המלוה ממנו דיהי' תפיסת הלוקח ב' כדין משום בע"ח מאוחר ואין הבע"ח גובה ממנו כנ"ל. וא"כ מגרע כחו ע"י העדות שמעיד שהוא של הלוקח ב' נגד מלוה. וא"כ מיושב קושית תוס' דאיך נימא דהוי נוגע באית לי' ארע' אחריתי משום שחושש לבע"ח הא אם יהי' הדין כן אינו נוגע כלל דיכול להיות שאין לו בע"ח רק נגד הארעא אחריתי ושוב מגרע כחו במה שמעיד דאל"ה לא הי' גובה ממנו כנ"ל משא"כ עכשיו כנ"ל. וא"כ כיון שאינו ידוע בע"ח רק דנימא דחושש ומעיד בשביל כן הא יש לחוש אותו חשש עצמו להיפוך דגרע ע"י שמעיד ולמה יעיד שקר ולכך לא הוי נוגע כנ"ל. וא"ש. אך לדידן לא שייך זה דקי"ל בע"ח מאוחר שקדם כו' לא גבה:

אך יש לישב בזה דתוספ' תירצו דהחשש משום שמא גזולה הוא ולא ימצא ממה לגבות משא"כ באית לי' ארעא כו'. וא"כ קשה למ"ד בע"ח מאוחר שקדם כו' גבוי וא"כ גם באית לי' ללוקח ארעא אחריתי לא יוכל הוא לגבות בשביל אחריותו דהא המערער לקח הקרקע א' וגובה לוקח ב' בעצמו קרקע הב' דהוי בע"ח מאוחר שקדם וגבה וקשה למ"ד הנ"ל הברייתא. ולמ"ש מיושב דלמ"ד מאוחר שקדם כו' גבוי בל"ז לא קשה דיש לפרש שפיר כנ"ל. רק לדידן דלא גבה קשה ושייך שפיר תי' התוס' ומיושב כנ"ל: