הלכה · משנה תורה · מפרשים · מלאכת שלמה · ספר משפטים

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

רבי שלמה חכים

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

רבי שלמה חכים

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/מלאכת-שלמה-על-משנה-תורה-הלכות-טוען-ונטען/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ג 4
הלכה ד 6
הלכה ט 7
פרק ב 8
הלכה ב 8
הלכה ג 11
הלכה ה 11
הלכה י 12
הלכה יא 12
פרק ג 13
הלכה ג 13
הלכה ו 14
הלכה יא 14
הלכה יג 15
פרק ד 16
הלכה ד 16
הלכה י 19
פרק ה 21
הלכה א 21
הלכה ו 21
הלכה ט 21
פרק ו 24
הלכה א 24
הלכה ב 25
הלכה ה 26
הלכה ו 27
פרק ז 31
הלכה א 31
הלכה ה 35
הלכה ח 38
פרק ח 40
הלכה ז 40
פרק יא 42
הלכה ד 42
פרק יב 43
הלכה א 43
הלכה ב 45
הלכה ד 46
הלכה ז 47
הלכה ח 48
הלכה יח 49
פרק יג 51
הלכה ט 51
פרק יד 51
הלכה ה 51
הלכה יב 55
הלכה יג 56
הלכה יד 58
פרק טו 59
הלכה א 59
הלכה ב 59
הלכה ט 59
הלכה י 64
הלכה יא 65

פרק א

הלכה ג

הטוען מטלטלין על חבירו וכפר בכל וכו' או שהודה במקצת וא"ל הילך פטור משבועת התורה וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל וכן פסק בעל התרומות בשער ז' ח"ב סי' ב' וכתב הגדולי תרומה וז"ל מוסכם מכל הפוסקים דהלכה כרב ששת וכו' יעו"ש. ולענ"ד נראה דדין זה במחלוקת הוא שנוי שהרי התוס' בסוגיין בד"ה ור"ש וכו' כתבו משם ספר חפץ דפסק כר' חייא דהילך חייב וכן הביא הגהות מיימוני בפירקין באות ז' משם רב עמרם בס' המקצועות ורבינו האיי וכן פסק ר"ת במהדורא בתרא וכ"כ בפ"ד וא"כ לא שייך למימר מוסכם מכל הפוסקים וכן ראיתי בס' זקן שמואל בסי' פ"ז ס"ג שיחס סברא זאת לרש"י לפי מ"ש הר"ן ז"ל לדעת רש"י דהילך לא משכחת אלא בפקדון ואילו רש"י ז"ל ס"ל בפקדון אפי' בכופר בכל חייב שבועה דאורייתא וכמ"ש הטור לקמן שם וכתב בשם יש מי שתירץ דהכא מיירי במחצה מלוה ומחצה פקדון והודה בפקדון וכפר במלוה וכו' יעו"ש ולענ"ד נראה שהוא כיון למרן החבי"ב שהביא קושיא זאת ממהר"מ די בוטון וכתב וז"ל ואפשר לישב דבריו כשתבע נ' דשל מלוה והודה לו בנ' של פקדון וא"ל הילך דאילו לא אמר ליה הילך היה חייב שבועת התורה שהודה במקצת וכו' ונראה דחסור לשון יש כאן וצ"ל שתבע מנה נ' של מלוה ונ' של פקדון וכפר במלוה והודה בפקדון וא"ל הילך עוד תירץ הר' זקן שמואל וז"ל ולי נראה דאפשר דרש"י יסבור לפסק הלכה דהכא קי"ל כר"ש ובכופר בכל בפקדון קי"ל כרמי בר חמא דבעי בד' שומרים כפירה והודאה דלא כרב חייא בר יוסף דאפי' בכופר בכל חייב ודלא כרבינו שכתב משם רש"י לקמן דס"ל כר"ח בר"י.

ולפי קוצר ענ"ד נראה דברי הטור ז"ל הם שרירים וקיימים דרש"י ז"ל סובר כר' חייא בר יוסף בר"י ולא כרמי בר חמא דהא בפ' השואל דף צ"ח ע"ב איפסיקא דזה אומר שאולה וזה אומר שכורה דתני במתני' ישבע השוכר ששכורה מתה והקשו בש"ס ואמאי ישבע והא מה שטענו לא הודה לו ומשני דא"ל אישתבע לי דמתה כדרכה וכו' וכתב רש"י וז"ל אישתבע לי וכו' ואפילו היא שכורה יש לי עליך שבועה שכן היא כדבריך דלית לן דרמי בר חמא דבעי כפירה והודאה בשומרים דס"ל כמ"ד עירוב פרשיות כתוב כאן וכי כתיב כי הוא זה אמלוה כתיב וכו' יעו"ש הרי להדיא כדברי הטור היפך מ"ש הרב ז"ל וצ"ע עוד תירץ שם דרש"י אפשר דפסק דלא כר' ששת וכמ"ש התוס' משם ס' חפץ יעו"ש.

ולענין משכון אם חשיב הילך הטור ז"ל הביא מחלוקת דהר"י בן מיגש ז"ל ס"ל דלא חשיב הילך והרב המגיד כתב בשמו בפ"ד מהל' אלו שכן הוא דעת הרי"ף ובעל התרומות

כתב דחשיב הילך וכו' יעו"ש בסמ"ע וש"ך ועיין בתשובת הרי"ף סי' פ"ח שכתב דחשיב הילך ואפי' שרוצה לפדותו אח"כ יעו"ש במפתחות ודוק.

ומ"ש עוד רבינו **אבל חכמי הגמ' תיקנו שישבע בכל אלו שבועת היסת וכו'**. דעת רבינו כהרי"ף והוא כסתמא דש"ס דמייתי הא דרב נחמן ארישא דמתני' בפ' שבועת הדיינים דקתני מנה לי בידך אין בידי פטור ועלה קאמר ר"נ ומשביעין אותו שבועת היסת וכ"ש באומר הן ולמחר א"ל תניהו לי נתתי לך פטור דאיכא דררא דממונא כמבואר בהרב המגיד ז"ל. וראיתי להתוס' בפ' הגוזל (בבא קמא דף קי"ח) בד"ה ר"נ ור' יוחנן שכתבו וז"ל וכן נראה הלכה כלשון ראשון דלישנא קמא סתמא דגמ' קאמר לה אבל לישנא בתרא רב חביבא הוא דמתני לה וכו' יעו"ש וכן הוכיח הרא"ש ז"ל בפ"ק דמציעא ד"ה וז"ל ומיהו נראה דהלכה כלישנא קמא דסתמא דגמ' קאמר לה אבל לישנא בתרא ר"ח מתני לה וכו' וכן הוכיחו הרמב"ן בחי' לשבועות הנדפסים מחדש והריטב"א והר"ן בסוגיין.

והוצרכתי לזה מפני שראיתי להרב גדולי תרומה בדף מ"ו שכתב וז"ל ועוד החזיקו האחרונים בסברא זו משום דלישנא קמא סתמא דש"ס קאמר לה ולישנא בתרא רב חביבא הוא דמתני להו אסיפא ע"כ ולפי מ"ש מפורש יוצא דמכת של קדמונים היא ואורייתא דילייהו היא ולא זכר ש"ר להתוס' והרא"ש והר"ן ז"ל ודעמייהו. נמצא ממ"ש שר"ת ורב האי ז"ל פליגי בדין זה ופסקו כר"ח דלא משבעינן ליה אלא בדאיכא דררא דממונא והרב בעל התרומות בשער ז' ח"א הביא ראיה להא דר"ת מההיא דפ"ב דקידושין דף מ"ג וז"ל גם יש ראיה מהא דקידושין דקתני והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבע שבועת היסת שליח והתם דררא דממונא איכא שהרי אומר לו קבלתיו ממך ונתתיו לו וכן אם טוען לויתי ופרעתי הו"ל דררא דממונא שהרי הודה שקבל עכ"ל. ואחרי המחילה רבה ראיה זו איני מכירה דהא לשיטת רבינו ודעימיה דפסקו כלישנא קמא כ"ש בדאיכא דררא דממונא דמתחייב היסת דכי תקנו רב נחמן ובית דינו שבועת היסת לגמרי תיקנו בין דאיכא דררא דממונא בין דליכא כמבואר שם בסוגיין וא"כ מה יושיענו זה שאמרו בגמ' והשתא דתקון רבנן שבועת היסת וכו' ולא נזכר שם אם התקנה היה לגמרי או לא ואיך יתחייב ממה שהענין הוא בדררא דממונא דבכהאי גוונא היתה התקנה דוקא באופן שדברי הבעה"ת לא זכיתי להבינם וצריך לי ישוב.

וראיתי להמרדכי בפ"ק דמציעא סי' ר"ס שכתב וז"ל נקטינא ליה ואמינא ליה את שקלתיה וכו' ופרש"י ז"ל ומשבעינן אותו שבועת היסת ול"נ לר"ב דא"כ הו"ל לומר נקטינא ליה לדינא ותו דהכא ליכא דררא דממונא וכו' יעו"ש ולא ידעתי מי הגיד לו דרש"י ז"ל ס"ל דבעינן דררא דממונא דהא רב האיי ז"ל לא ברירא לן מאי דעתיה בזה

כמבואר בדברי התוס' וגם דעת ר"ת הביא בהגהות מיימוני בדין שלפנינו שחזר בו בסוף ימיו וא"כ רובא דרבוותא ס"ל דלא בעינן דררא דממונא וא"כ יהיה כן דעת רש"י ז"ל ודוק (א"ה ס"ט עיין להרב ראש יוסף בסי' ע' סק"ד שכתב דשבועת היסת אפשר דהיא קדומה ושכחוה וחזר רב נחמן ויסדה מכיון שראינו לרש"י ז"ל בפ' כל הנשבעין בפי' המשנה דכתב ישבע היסת יעו"ש. ואחרי המחילה רבה מכבוד תורתו נראה דאשתמיט מיניה דמר מ"ש רש"י בשבועות דף מ"ח ע"ב ד"ה הא שאר שבועות וזה לשונו וכשנשנית זו בימי התנאים עדיין לא תיקנו שבועת היסת כי בימי רב נחמן תיקנוה ע"כ הרי דכתב רש"י דבימי התנאים עדיין לא תיקנו שבועת היסת היפך מ"ש הרב ז"ל אלא דקשה על רש"י דנראה דסותר ממ"ש בפ' כל הנשבעין עיין בב"ח בסי' צ"א ובאה"ע בקונטרס אחרון סי' ע' שישב דברי רש"י ז"ל).

הלכה ד

כל מי שנתחייב שבועה מן התורה וכו'. כתבו התוס' בפ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ"א) בד"ה ולמר בר רב אשי וכו' וז"ל אך מ"ש בסדר תנאים ואמוראים דמיפך שבועה כגון שהיה מחוייב שבועה חשוד וקאמר מר בר רב אשי דמפכינן אשכנגדו אין נראה דבחשוד לא איירי אלא בסמוך איכא בינייהו שכנגדו חשוד אלא כפי' הקונטרס יעו"ש.

וראיתי להר' גדולי תרומה בשער ז' דף מ"ח ע"ג שכתב וז"ל ובעניותי דברים אלו מרפסן איגרי וכו' ונפלאתי הפלא ופלא איך אף וכו' ותו תמיה לי מילתא טובא היאך אפשר לפרש בשום אופן מאי דקאמר איכא בינייהו מיפך שבועה וכו' הוא בחשוד דהא לפי"ז בין למר בר רב אשי בין לדידן דלית הלכתא כוותיה בדרבנן כשהמחוייב חשוד מפכינן אשכנגדו ואתמהא דאפי' דנימא דל"ג מאי דקאמר לקמן איכא בנייהו שכנגדו חשוד וליכא טעמא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן אכתי איכא למימר יציבא בארעא וכו' דהיאך אפשר דמי שהוא חייב שבועה דאורייתא כשהוא חשוד לא ישבע אידך ויטול אלא מפסיד וכשחיוב השבועה אינו אלא מדרבנן דמדאורייתא פטור מכלום כשהוא חשוד יאמרו שישבע שכנגדו ויטול ודאי ענין זה אין השכל סובלו ונוסף ע"ז מה יאמר בההיא דריש שנים אוחזין דפריך השתא נמי ניחייביה מדרב נחמן ומשני תקנתא לתקנתא לא עבדינן ובאמת יגעתי למצוא איזה ישוב לפי' סדר תנאים ואמוראים ולא יכולתי וכו' יעו"ש.

ולע"ד נראה לישב קושיא זאת בדרך פשוט וזה הוא דבגמ' אמרינן מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן ומשני איכא בינייהו מיפך שבועה בדאורייתא לא מפכינן בדרבנן מפכינן ובעי עוד ולמר בר רב אשי דאמר באורייתא נמי מפכינן שבועה

מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן ומשני איכא בינייהו למיחת לנכסיה וכו' וע"ז באו דברי התנאים בהך דקאמר הש"ס ולמר בר"א דאמר בדאורייתא נמי מפכינן היינו בנתחייב חשוד שבועה דאורייתא דאז מדמי ליה לשבועה דרבנן לענין הפוך דכי היכי דבנתחייב שבועה דרבנן מפכינן ה"נ בנתחייב שבועה דאורייתא והוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל א"כ מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן כיון דמדאורייתא כשהוא חשוד נמי מפכינן ומשני איכא בינייהו למיחת לנכסיה אבל אין כונת סדר התנאים לומר דכי בעי הש"ס מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן הוא בנתחייב החשוד שבועה אלא על מר בר"א קאי וכן ראיתי להמרדכי שכתב וז"ל וכתב ר"י ומה שפירש דמר בר"א איירי בחשוד אינו אלא כדפי' רש"י וכו' יעו"ש וא"כ נתיישבה קצת קושית הגדולי תרומה ז"ל ועי' למהר"י בן לב ז"ל בח"ב בחי' לשבועות. וכן נראה ממ"ש המרדכי ז"ל קודם לכן וכן כתוב בתשו' מהר"ם בר ברוך ז"ל סי' רס"ג וז"ל ובספר תנאים ואמוראים כתוב דהלכה כמר בר"א בר ממיפך שבועה דאורייתא מיפך שבועה שנים שהיו דנין והיה אחד חשוד על השבועה וחייבוהו שבועה מר בר"א אמר מפכינן שבועה מן החשוד על שאינו חשוד וכו' יעו"ש הרי ג"כ דכונת סדר התנאים אינו אלא בדעת מר בר"א וכדכתיבנא.

הלכה ט

מנה יש לי בידך בודאי וכו'. כתב הרב מהר"מ מאטאלון ז"ל הובאו דבריו בתשו' מהרשד"ם חו"מ סי' מ' וז"ל וא"כ בנידון דידן הוי כאילו אמר לויתי ממך מנה ואיני יודע אם פרעתיך והלה אומר איני יודע אם פרעתני דהואיל דטענו שניהם ספק אפי' לצאת ידי שמים אינו חייב ואע"פ שלא מצאתי זה בברור וכו' עם כל זה כד דייקינן בלשון הרא"ש ז"ל נראה שאין חילוק ביניהם שהרי גבי ההיא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם החזרתי כתב דבהא מודה ר' יוחנן דחייב והשתא מודה למאן לאו לרב הונא ור' יהודה דאמרי בריא ושמא בריא עדיף הא אם היו שניהם טוענים בספק מוקמינן ממונא בחזקת מריה קמא ואפי' לצאת ידי שמים נראה נר' שאינו חייב שהרי כתב הטור שאינו חייב לצאת ידי שמים אלא בטענו בריא אבל בטוענו שמא לא מחייבינן ליה מפני שלא דקדק שיכול לומר דקדק ושכח שהרי אף התובע שכח וכו' יעו"ש באורך ועי' מה שהקשה עליו מהרשד"ם ממ"ש הטור בסי' נ"ט ועיין במרן החבי"ב ז"ל שם בסי' נ"ט. ולענ"ד קשה לי ממ"ש הטור ז"ל שם בסי' ע"ה ס"ט וז"ל לא תבעו שום אדם אלא מעצמו אמר לחבירו הלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך פטור ואם בא לצאת ידי שמים חייב

לשלם וכו' והשתא אם בלא תבעו חייב לצאת ידי שמים ואפי' שלא נכנס לבית הספק בתבעו בספק מי גרע וצריך יישוב ועיין בתשובת מרן החבי"ב ח"א סי' מ"ד וקל"א.

פרק ב

הלכה ב

אחד הנשבע לשקר שבועת בטוי או שבועת עדות וכו'. עיין בהר"ן שהקשה משם הרשב"א ז"ל דשבועת העדות מאן מוכח דעבר עליה במזיד דילמא אשתלי וכו' יעו"ש ומה שתירץ הר"ן ז"ל עיין בס' דברי אמת קונטרס ה' באורך ועיין בשיטה מקובצת בפ' הגוזל (בבא קמא דף ק"ה) מהש"ס מה שתירץ המאירי ז"ל. וכתב הריב"ש בסי' שי"א וז"ל ולי נראה להכריע דנשבע שלא לאכול ואכל הרי הוא חייב מלקות ורשע הוא ופסול לעדות ולשבועה אבל נשבע לאכול ולא אכל כיון דאינו חייב מלקות דלא עביד מעשה אינו פסול לעדות ולשבועה והא דלא קתני במתני' שבועת בטוי להבא בשלא אכל ואכל משום דלא פסיקא ליה בכל שבועת בטוי להבא וכן נראה דעת הרמב"ם וכו' יעו"ש.

וראיתי להר' מל"מ ז"ל בפי"ב מהל' עדות שכתב ע"ד הריב"ש ז"ל אלו וז"ל והכרעתו של הרב ז"ל משמע שהיא אפי' אמאן דס"ל דאינו נעשה חשוד למסור לו שבועה בשבועת בטוי להבא וכ"כ בסי' רס"ו וז"ל ואפי' לרש"י דפירש דכי משתבע בקושטא משתבע ואפי' אם עבר עליה אינו חשוד להוציא שבועת שקר מפיו מ"מ לעדות נראה דפסול כיון שהחרימו שלא לשחוק ושחק יעו"ש שהקשה עליו מהרשב"א ז"ל דקאי בשיטת רש"י ואפי"ה כתב בסי' תתקס"ד בהיפך יעו"ש ולענ"ד אחרי המחילה רבה לא זכיתי להבין כונתו במ"ש וכ"כ בסי' רס"ו דהא משם נראה אדרבא היפך דבריו וז"ל שם ואפי' לדעת רש"י שפי' שם דאיכא למימר בקושטא משתבע שדעתו לקיימה אפי' עבר עליה אפ"ל דדוקא לגבי שבועה הוא דאינו חשוד דאע"פ שעבר ועשה מה שנשבע עליו שלא לעשות אינו חשוד לישבע בשקר לשעבר ולהוציא מפיו שבועה לשקר בשעת שבועתו אבל מ"מ לעדות שהוא בלא שבועה נראה דפסול שהרי עבר על דבר תורה וכו' יעו"ש. הרי שכתב שאפי' לדעת רש"י בנשבע שלא לאכול ואכל שאינו נפסל לשבועה ומה ראיה מייתי מהתם וכעת דברי הרב ז"ל נפלאו ממני ולא ידענא מה אידון בהו ועיקר קושית הרב ז"ל הוא ממ"ש הרשב"א בסי' הנ"ל על שנים שנתעצמו והחרימו שלא יטעון שום אחד מהם כי אם אמת ולבסוף נתחייב אחד שבועה לחבירו והשיב ועוד תדע ששבועה זו חמורה מן הראשונה לפי ששבועה ראשונה אפי' עבר על שבועתו אינו פסול לעדות וכו' יעו"ש אלמא אפי' עבר על שבועתו הראשונה בקום עשה שהרי הוא נשבע שלא יטעון אלא

אמת וטען שקר אפי"ה אינו נפסל בכך וצ"ע עכ"ל.

ולענ"ד לא זכיתי להבינו במה שדן הרב ז"ל מה שטען קום עשה ואפי"ה מכשירו משום דהוי שבועה להבא וכו' דזה נראה דלא הוי קום עשה דמאי מעשה שייך בטען שקר לפטור ומאי שנא מה דפסק רבינו בפ"ב מהל' שבועות ה"ח וז"ל שבועת הפקדון כיצד כל מי שיש ממון חבירו בידו בין פקדון וכו' ותבע ממנו ממון שיש לו עליו וכפר בו ה"ז עובר בל"ת שנאמר לא תכחשו זו אזהרה לכפירת ממון ואין לוקין על לאו זה וכו' והיינו טעמא משום דהוי לאו שאין בו מעשה וכמ"ש הכ"מ ז"ל שם וכעת לא מצאתי שום חילוק ביניהם דהתם מה שמכחיש לתובע ואומר לא גזלתי וכו' לא הוי מעשה וכאן נמי מה שטען ואומר אין לך בידי לא הוי מעשה וצל"ע.

והרב מהר"ש חאסון ז"ל בס' משפטים ישרים סי' ט' רמי ומקשה להריב"ש ז"ל מדידיה אדידיה והוא דבסי' רס"ו כתב על מי שעבר על חרם הקהל שלדעת ר"ת ז"ל הוא פסול לעדות ושכן דעת בעה"ט וגם הרמב"ן ז"ל כתב במשפטי החרם דהעובר על החרם כעובר על השבועה וכו' ושכן כתב הרשב"א ז"ל דהעובר על החרם איסור דבר תורה ואפי' לדברי רש"י שפי' וכו' כנראה שרצה להסכים דברי הרמב"ן והרשב"א שכתבו דהעובר על החרם איסורו מן התורה לדברי ר"ת ושחולקים על רש"י כנראה מלשונו ואילו בסי' ש"א כתב בפירוש שהרמב"ן והרשב"א סבירא להו ומפרשין ההיא דכל הנשבעין כפי' רש"י יעו"ש. ולענ"ד איני רואה בזה שום סתירה בדבריו שהרי בסי' רס"ו שכתב שהרמב"ן כתב דהעובר על החרם כעובר על השבועה ושכ"כ הרשב"א אין הכונה לומר דסבירא להו דהעובר על החרם דלהבא נפסל כעובר על השבועה דלהבא ושנפסל אלא דא ודא אינו נפסל והכונה לומר שמשוין להו אהדדי דאית ביה איסור תורה ובהכי קיימי כולהו בחדא שיטה וכן יראה המעיין בדברי הריב"ש שלא הזכיר בדבריהם שום פיסול כמו שהזכיר בדברי ר"ת דעלה קאי זה נ"ל ברור ואף כי לא נעלם מהדוחק מה שלא נשא את שמותם על שפתיו בסברת רש"י ז"ל מ"מ לא מפני זה נאמר דסותר עצמו מסי' רס"ו לסי' שי"א וסי' ק"ח ותקט"ו שכתב שהרמב"ן והרשב"א כרש"י.

עוד הקשה הרב ז"ל בהכרעתו זו שכתב וז"ל והא דלא קתני במתני' שבועת בטוי דלא אוכל ואכל משום דמילתא פסיקתא קתני וכו' והרי בגמ' אמרו טעם למה לא תני שבועת בטוי ומשני כי קתני מילתא שבועה דכי קא משתבע וכו' אבל שבועת בטוי דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע לא קתני ופריך תינח אוכל ולא אוכל אכלתי ולא אכלתי מאי איכא למימר הרי בפי' דאוכל ולא אכל או לא אוכל ואכל כי אהדדי נינהו וניחא ליה להש"ס דכי משתבע בקושטא משתבע היפך הכרעתו של הרב ז"ל אולי דבריו ז"ל

נראה להליץ בעד הרב ז"ל דהוא יתורץ בכונת הגמ' בהכי דמה שהקשה מעיקרא וליתני נמי שבועת בטוי היינו כל ד' חלוקות שהן אכלתי ולא אכלתי אוכל ולא אוכל ולזה משני כי קתני שבועת דכי משתבע וכו' אבל שבועת בטוי דכי משתבע בקושטא משתבע לא קתני ולזה פריך תינח אוכל ולא אוכל והכונה דכיון דבשבועה דלעתיד אינו נעשה חשוד במה הצד דהיינו באוכל ולא אכל שהוא בשב ואל תעשה משו"ה לא תני שבועת בטוי להבא אלא אכלתי ולא אכלתי מאי איכא למימר כיון דליכא צד שאינו נעשה חשוד ומשני וכו' נמצא מכל מ"ש דדעת הרשב"א ז"ל דהוא ס"ל כרש"י בלי ספק.

ומרן החבי"ב ז"ל בסי' ל"ד הגב"י אות כ"ט כתב וז"ל וה"נ קשיא לי על תשובת הרשב"א שהעתיק רבינו המחבר מחודש ל"ג בסי' זה שכתב אם לפוסלו לעדות מה הנאה יש להם בפוסלו ואמאי לא קאמר אם לפוסלו לעדות אינו נפסל בשבועת בטוי להבא וקצת קשה דמאי דק"ל מה הנאה יש להם הוא כלפי דברי הנתבע דטען שהוא האריך לו הזמן ועדין לא שמה מתיא ואינו נאמן התובע לומר שלא האריך לו זמן שהוא נוגע בדבר ע"ז השיב שאינו רואה שום נגיעה דאם לענין פרעון הא קאי שטרא ואי התובע בא לפוסלו לעדות אחר מאי נגיעה שייך כאן כדי שלא נאמניהו במה שמעיד עתה ואח"כ מברר דלא מפסיל מעיקר שבועה ומ"ש מרן החבי"ב שם עוד וצ"ל שהרב במחודשים ל"ב ול"ג מחזיר שלא לעשותו חשוד על השבועה אפי' לדעת ר"ת אבל אה"נ לדעתו בלא זה לא הוי חשוד וכו' הנה תשובה זאת היא ל'ו נדפס'ה בח"ג הנדפס מחדש סי' צ"ד באורך ושם כתב וז"ל אבל מ"מ לעיקר פסולו של זה על שלא קיים שבועתו חלוקת המורים היא אם חשוד על שבועתו ע"ז ושכנגדו נשבע ונוטל אם לאו וכו' יעו"ש באורך הרי דלפוסלו משבועה קאתי וכמ"ש בסי' תתקס"ד.

והנה במ"ש הריב"ש ז"ל וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל ראיתי למרן החבי"ב ז"ל בסי' ל"ד הגהת ב"י אות כ"ו שהקשה עליו וז"ל א"ה לא נהירא לי וכו' שהרי כתב הרמב"ם שאם גנב או גזל וכו' או עשה מלאכה בשבת שהוא לאו הניתק לאזהרת מיתת בי"ד שפסו' לעדות ובשלמא גנב וכו' אבל עשה מלאכה בשבת למה יפסל כיון דאינו לוקה וכ"ת דמיירי דהיתרו בו למלקות ולא היתרו בו למיתה שלוקה כמ"ש הרמב"ם בפט"ז מהל' סנהדרין זה דוחק גדול דבהיתרו בו למלקות יפסל ובהיתרו למיתה לא יפסל וכו' יעו"ש. ולע"ד נראה דכונת הרב במ"ש כמ"ש הרמב"ם בפ' ט"ז וכו' הוא מ"ש שם בהרב המגיד וז"ל עבר עבירה שיש בה מלקות ומיתת בי"ד כאחד כגון ששחט אותו ואת בנו לע"ז יעו"ש. ודומה לזה ששחט בשבת אותו ואת בנו ולא התרו כי אם אלאו דאותו ואת בנו ולא משום שבת דאז חייב מלקות משום אותו ואת בנו ולא משום שבת זה הוא שכיון

מרן ז"ל לענ"ד והוצרכתי לכתוב זה לפי שראיתי להרב המגיה בס' מגילת ספר סי' קצ"ד שכתב וז"ל א"ה דע דלאו שניתק לאזהרת מיתת בי"ד אפי' היתרו בו למלקות אינו לוקה כמבואר בגמ' ופסק הרמב"ם בפי"ח מהל' סנהדרין וכמ"ש הכ"מ שם ותמהני בזה על הרב כנסת הגדולה בחו"מ סי' ל"ד בהגב"י אות כ"ו יעו"ש עכ"ל ולענ"ד אין כאן תמיהא כמבואר דמרן ז"ל לא קאי כ"א ללאו דאיכא תרתי דהיינו מיתת בי"ד ומלקות והעד ע"ז ממה שציין בפ' ט"ז ודוק.

הלכה ג

אין אדם נעשה חשוד וכו' אבל המודה מפי עצמו וכו'. כתב הטור ז"ל בסי' פ"ז וז"ל כתב הרי"ף ז"ל בתשובה נשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת הו"ל חשוד ופרע מאי דאודי ושכנגדו הוא נשבע על השאר ונוטל וכו' ומרן החבי"ב בהגהות הטור אות ס"ו הקשה עליו וז"ל אך קשה היאך כתב שנעשה חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל והרי כתב רבינו בעה"ט בסי' צ"ב ס"י ולא אמרינן בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל אלא בשבועה דאורייתא ושהוא מדברי הגמ' בריש מציעא כמ"ש רבינו ועיין בב"ח וכו' יעו"ש וק"ל דמשמע מדבריו שכתב היאך נעשה חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל כנראה דבנשבע היסת לשקר לא נעשה חשוד וע"ז מביא מ"ש הטור בסי' צ"ב והא אחרי המחילה רבה אינו דהא התם מיירי דאין שכנגדו נשבע ונוטל אלא אוקמוהו אדין תורה שפטור הנתבע אבל לעולם לעשותו חשוד אין ספק דאפי' בשבועה דרבנן נעשה חשוד וכמ"ש בריש סי' צ"ב עיי"ש ויותר קשה לי מ"ש בסוף דבריו וז"ל וראיתי בספר התרומות שהעתיק תשו' הרי"ף ז"ל כלשון הזה ואח"כ בא עד אחד ה"ז נשבע שבועת התורה ואי בתר דמשתבע הודה מעצמו הו"ל חשוד ונפרע מאי דאודי ושכנגדו נשבע ונוטל ע"כ וכפי זה ניחא ולא קשה מידי דבתר דמשתבע שבועת התורה הודה מעצמו ונעשה חשוד עכ"ל כנראה דמשום דנשבע שבועת התורה נעשה חשוד וזה אינו דחשוד נעשה אפי' כי נשבע שבועה דרבנן אלא שאינו נוטל שכנגדו אם נתחייב שבועה דרבנן והוא חשוד דתקנתא לתקנתא לא עבדינן והכא אף כי נשבע הסת בין שהודה במקצת הרי נתחייב שבועת התורה ושפיר נשבע התובע ודוק.

הלכה ה

וכן הפוגם שטרו וכל כיוצא בזה שהיה חשוד וכו'. וראיתי להגדולי תרומה דף ק"ד ע"ד שהקשה לרבינו דכאן גרע כח החשוד דאף כשנתחייב שבועה מחמת הלוה בלבד כיון שהוא חשוד מפסיד כח שטרו ואילו לקמן בדין ח' פסק מי שנתחייב שבועת היסת והיה התובע חשוד אין הנתבע יכול להפך עליו השבועה שהרי אינו יכול לישבע אלא ישלם או

ישבע והשתא מאי שנא הכא דיפה כח החשוד דכשהנתבע מטיל עליו השבועה אמרינן לאו כל כמינך ומעמידין הדבר על תקנת חכמים שיפרע או ישלם אע"ג דמן התורה פטור בלא כלום ומאי שנא גבי שטר דאי אמר הנתבע אשתבע לי והתובע חשוד פטרינן ליה בשבועת היסת אע"ג דמן התורה התובע מוחזק בכח שטרו בלא שום שבועה ואמאי לא אמרינן שאין שומעין לזה לתלות הדבר בדבר שאי אפשר וכו' יעו"ש שהניחו בתימה.

ולענ"ד נראה דההחילוק מבואר דהכא באומר אשתבע לי דלא פרעתיך דהשבועה היא גבי מלוה דהכא הוי דינא דאי אמר אשתבע לי לא שקיל תובע בלא שבועה ואי בעי לשבע נתבע וליפטר לא מצי אשתכח דהשבועה היא גבי תובע משו"ה עכשיו שהוא חשוד מצי מטיל ליה אותה שבועה אף שהוא חשוד משא"כ בהא דלקמן שהשבועה היא גביה והוא רוצה להקל מעליו ולהפכה אשכנגדו מפני שהוא חשוד נהי דאי הוה התובע חשוד מצי להפך מ"מ עכשיו שהוא חשוד ומעיקר התקנה עליה רמיא לישבע וליפטר לא מצי להפך לתלות הדבר בדבר שא"א ומשו"ה פסק דלא מצי להפך.

הלכה י

לעולם כזה דנין לחשוד וכו'. עיין להרב לח"מ שהקשה דלמה פסק רבינו דילקה ויעשה תשובה הא בפ"א מהל' עדות פ' כיון שיש עדים שלקה או שעשה תשובה סגי משמע דבחדא מינייהו סגי וכו' יעו"ש עיין למרן כ"מ ז"ל שם שכתב לדעת רבינו דביאור דבריו דאם לקה ועודנו לא נכנע לבבו לא חזר לכשרותו עד שתצרף תשובה עם המלקות וכו' הרי דמאי דקשיא ליה להרב ז"ל פריש יתיב מרן בכ"מ ועיין בסמ"ע ס"ס צ"ב ומ"מ לא אכחד שמ"ש אח"כ מרן וז"ל ולפי"ז גם אותה גירסא נפרש דוקא נתחייב מלקות אבל עבר עבירה שאילו נתקיימו בה התנאים הצריכים היה חייב מלקות ע"כ לא ידעתי מה בא הרב ז"ל לתקן בזה ומה תיקן ודוק.

הלכה יא

מי שטען על חבירו וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל שכתב דמבואר בהלכות בפ' כל הנשבעין שאין הלכה כרב וכו' אלא ודאי חייב ואין שבועה פוטרתו ע"כ ועיין בהלכות פ' הגוזל דשם ג"כ מבואר ביותר דאין הלכה כרב. והנה הגדולי תרומה ז"ל בשער ז' הקשה וז"ל ותימה דבפ' המפקיד גבי הא דאמר ר' אבא בר יעקב א"ר יוחנן הלכה כרשב"ג ורבא אמר רב נחמן הלכה כדברי חכמים כתב הרא"ש ותמיה לי ע"ד הרי"ף ז"ל דלא קי"ל הלכה כבתראי אלא מאביי ורבא ואילך ואי משום דהלכתא כרב נחמן בדיני היינו דוקא כנגד בני דורו ולא כנגד רבותיו וא"כ הכא היכי פסק בהחלט כר"נ נגד רב שהיה ר"נ תלמיד תלמידו עכ"ל ועיין בס' הקבלה להראב"ד ז"ל בסדר האמוראים ושם תראה דלא

היה תלמיד תלמידו כי אם תלמידו וכן תראה בהקדמת רבינו מספר היד. עוד ראיתי שם להראב"ד שכתב שרב המנונא היה תלמידו של ר"י ומסוגיין דהגוזל נראה שהיה תלמידו של רב ולעיקר הקושיא דהגידו"ת תירץ מרן החבי"ב ז"ל בסי' פ"ז הגב"י אות נ"ט דהיינו טעמא דהלכתא כר"נ משום דרמי בר חמא ג"כ דלא כרב והו"ל רבים לגבי יחיד יעו"ש ודוק.

פרק ג

הלכה ג

שני מעין ופרוטה וכו'. עיין להרב המגיד ז"ל שכתב הלכה כרב ועיין בתוס' יו"ט ז"ל בפ' שבועת הדיינין שהביא מ"ש בפ' הזהב דמשמע דס"ל כשמואל ומכאן קשה לי למ"ש בדרישה בסי' צ"ג ס"ד שכתב וז"ל ולכן נראה לענ"ד דלית שום גאון ופוסק שיפסוק דלא כרב בדין שבועה דאורייתא אלא שמחולקים בפירוש סוגיא דהכא וכו' יעו"ש ולא הזכיר לרש"י ז"ל ולא ידעתי למה.

וכתב הר"ן בפ' שבועת הדיינין משם הרשב"א ז"ל וז"ל ויש להרשב"א ז"ל דרך אחרת דאע"ג דקי"ל הלכה כרב בכפירת טענה היינו משום דתני רבי חייא לסיועי לרב אבל לענין פלוגתא דשוה ודוקא נקטינן כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני ולאו הא בהא תליא דאע"ג דקי"ל הלכתא כרב אפשר לפרושי כולה מתני' בדוקא ופטור דרישא משום דמה שטענו לא הודה לו וכ"ת כיון דקי"ל הלכה כרב אם איתא דדוקא קתני לא הו"ל למתני שתי כסף דלא אפשר לחיוביה בהודאת מקצת דהא חסרא ליה טענה אלא הו"ל למתני' לומר דינר יש לי בידך אין לך בידי אלא פרוטה פטור איכא למימר אה"נ אלא משום דבעי למתני סיפא שתי כסף ופרוטה ולאשמועינן דטענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהם חייב וכו' יעו"ש וראיתי להרב גדולי תרומה שם שהקשה עליו וז"ל ודבריו מוקשים בעיני מב' צדדים תחילה דאם איתא דאפי' בדיני דרב נמי מצינן לפרושי מתני' בדוקא ולא תיקשי אליביה א"כ קשה מאי פריך אלא מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא לימא תיהוי תיובתא דרב וכו' דמאי תיובתא איתא לרב הא אפי' נימא דרישא נמי דוקא אליביה איכא למימר דנקט רישא משום סיפא וכדברי הרשב"א ז"ל יעו"ש ולענ"ד נראה אחרי המחילה רבה דלא קשיא כלל והוא דכונת הרשב"א ז"ל הוא דאף דבדין הכפירה קי"ל כרב בדין שוה ודוקא קי"ל כשמואל ואף דרישא דמתני' דייק כרב דקתני שתי כסף יש לי בידך והלה מודה לו בפרוטה פטור דמשמע משום דמחסרה ליה טענה והיה לנו לפסוק בהא נמי כרב ואפי"ה הלכתא בהא כשמואל דאפשר לפרושי למתני' אליביה דשמואל דמאי

דפטר ליה הוא משום דמה שטענו לא הודה לו ולא משום דמחסרה ליה טענה ומן הדין הוא דליתני טענו דינר יש לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא פרוטה דפטור אלא דנקט מנה משום סיפא כ"ז הוא לשמואל ברם לרב אין ספק דמאי דפטור הוא משום דמחסרה ליה טענה וא"כ כי פריך לרב מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא לימא תהוי תיובתא דרב היכי מצי לתרץ לרב דנקט רישא מנה משום סיפא כיון דלרב בטוען מנה לי בידך הכונה היא שוה ק' ובדין הוא דאי לאו משום דמחסרה הוה חייב דלתני דרישא דוקא מנה תבע ולא שוה והיינו טעמא דפטור ונקט מנה משום סיפא וכו' דא"כ כי תבע איניש מחבירו מנה הוא דוקא ולא שוה אם כן היינו תיובתיה דרב דהא במתני' לא מיירי כי אם בתבע סתם מנה ולא בתבע בפי' דוקא מנה ולא סתם.

הלכה ו

העיד עליו עד אחד. עיין בהרב המגיד ז"ל ועיין מ"ש בהל' גזלה פ"ד הי"ג.

הלכה יא

הטוען את חבירו שני מינין והודה לו באחד מהם וכו'. כ"כ הבעל התרומות ושאר פוסקו כשמואל בפ' שבועת הדיינין (שבועות דף מ') וכתב הגדולי תרומה בדף נ"ח וז"ל ומכאן קשה לי על מ"ש רשב"ם בפ' הספינה דף פ"ד על הא דתניא יין וחומץ מין אחד הוא וז"ל מין אחד ואם תרם מזה על זה תרומתו תרומה וכן בענין הודאה ממין הטענה דאם טענו יין וחומץ והודה לו באחד מהם חייב שבועה על השני דאיכא הודאה במקצת ממין הטענה ע"כ דמשמע דמפני דהם מין אחד חייב שהודה באחד מהם הא אם היו ב' מינין היה פטור כשתבע שניהם וזה תימה שהרי בטענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהם הוא פשוט דחייב אע"ג דהוו שני מינין ולא הו"ל לומר אלא כשתבע אחד מהם והודה לו באחר חייב והוי ממין הטענה כיון ששניהם מין אחד ואם אין כאן טעות [סופר] הדבר צ"ע עכ"ל.

ולענ"ד נראה לתרץ דהן אמת דכן פסקו הפוסקים ז"ל כשמואל דאמר הכי ורב פפא בפ' שבועת הדיינים (שבועות דף מ') מ"מ הא איכא ר' חייא בר אבא דפליג עליה דשמואל משם ר' יוחנן ואמר דפטור ואותיב עליה ר' אבא בר ממל מהא דתניא טענו שור ושה והודה לו באחד חייב ופריק הא מני אדמון היא ולא דחויי מדחינא לך אלא לימוד ערוך הוא בפיו של ר"י הא מני אדמון היא עכ"ל הש"ס ובפ' שני דייני גזרות דף ק"ח מוקי בין לאדמון בין לחכמים כוותיה דכולהו סבירא להו דטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם פטור ע"כ וכתבו מקצת הראשונים דזאת אחד מן הסוגיות המתחלפות בתלמוד יעו"ש בהר"ן ובהרב בצלאל וא"כ נוכל לומר דרשב"ם ז"ל ס"ל לדינא כר"ח ב"א דפטור

ומשו"ה כתב דיין וחומץ מין אחד הוא שאם טענו שניהם והודה לו באחד מהם חייב דאם הוא ב' מינין אף כי הודה באחד מהם פטור אלא א"כ כפר באחד מהם ובאידך הודה במקצת וכפר במקצת דבהכי מחייב ר"ח ב"א מבואר בפ' שני דייני גזרות. ואל ישיאך לבך דהך דר' חייא לא קי"ל לדינא לשום אחד מהפוסקים דהרי הרי"ף ורבינו ובעל התרומות והרא"ש ז"ל ושאר רבוותא פסקו כשמואל דהא מצינו לו חבר לבעל ספר חפץ הביאו בהגהת מיימוני בדין שלפנינו פסק כר"ח ב"א וא"כ אף אנן נמי מצינן למימר לדעת רשב"ם דהכי ס"ל וק"ל.

הלכה יג

מלא עשרה כדים שמן יש לי בידך וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל וכתב הש"ך בסי' פ"ח סקל"ז וז"ל כן כתב הרמב"ם אבל לענ"ד לא נהירא דהא אמרי' בש"ס עשרה כדים מלאים שמן יש לי אצלך לכו"ע שמן וקנקנים קא טען ליה וא"כ לא מסתבר לחלק בין מלא י' כדין לעשרה כדין מלאים שמן אלא נראה דהא דקאמר רבא דכו"ע היכא דאמר ליה מלא י' כדי שמן יש לי בבורך שמן קא טעין ליה היינו דווקא כיון דא"ל יש לי בבורך דלא על חינם נקט רבא בבורך אלא ודאי ר"ל דקא"ל בבורך וכו' וא"כ קשה לי על הרמב"ם והנמשכים אחריו שלא כתבו כן עיי"ש עד סוף הלשון.

ולענ"ד אחרי הנשיקת ידי ורגלי קדשו אין זה הוכחה לדחות דברי רבינו והנמשכים אחריו דשפיר מצינו למימר דגרסי' ליה בבורך והוא דבא רבא לאשמועינן דבאומר מילת בבורך אפי' לרבן גמליאל דס"ל טענו חיטים והודה לו בשעורים חייב בכהאי גוונא דטעין מלא י' כדים שמן יש לי בבורך והודה לו בקנקנים פטור.

וכן ראיתי להר"ב בשיטה מקובצת שם וז"ל קנקנים לא טעין ליה לכך האריך וקאמר האי לישנא יתירא לומר דגרע האי מטענו חיטים והודה לו בשעורים דהתם מצי למימר טענתי חיטים ושוב היה בדעתי לטעון שעורים וזה שהודה בשעורין חשיבא מקצת הטענה וממין הטענה אבל זה שדקדק לומר מלא עשרה כדים שמן וכו' הו"ל כמאן דאמר שמן יש לי בידך ולא קנקנים ולכו"ע פטור ואפשר אפי' לר"ג דמחייב בטענו חיטים והודה לו בשעורים מודה הכא דפטור והיינו דאמרינן לכו"ע ורש"י במהדורא קמא נדחק לפרש דכו"ע אדמון ורבנן ובמהדורא בתרא לא כתב כן אבל כתב קנקנים לא טעין ליה וכו' וכי הודה לו בקנקנים לאו הודאה היא ע"כ ודייק כדכתיבנא עכ"ל. ולענ"ד דייק שפיר לרש"י ז"ל הך פירושא מדפי' בד"ה בטוענו מידה וז"ל ולא תבע ממנו קנקנים אלא שמן הפקדתי אצלך ומאי כדי שמן דקתני במתני' מידה מלא י' כדי שמן דהו"ל כטענו חיטים והודה לו בשעורים ע"כ ומדלא פירש נמי בבורך כדמשני רבא ואז הוה שייך

שפיר יותר קושית הש"ס אי הכי מ"ט דאדמון ש"מ דהך דמשני רבא הוא אף לרשב"ג.

והש"ך כתב וז"ל אלא ודאי רבא מילתא דפשיטא קאמר והדר מהא דמשני הש"ס מעיקרא בטוענו מידה שא"ל מלא י' כדים שמן יש לי בבורך וכו' ולא ידעתי אנה מצא כן דבבורך קא טעין ליה ואילו רש"י ז"ל לא הזכיר בבורך וא"כ אף אנן נמי מצינן למימר דדעת הרי"ף ורבינו ז"ל למאי דקי"ל דלא כרשב"ג לא צרכינן שיטעון יש לי בבורך ובאומרו מלא י' כדין שמן יש לי בידך די לפוטרו בהודה בקנקנים וכל מה שהאריך רבא לומר שמן קא טעין ליה וקנקנים לא טעין ליה וכו' הוא לר"ג יעו"ש בהש"ך שמתיישבים מקצת דבריו בזה גם מ"ש מרב האיי ורבינו ירוחם הרואה יראה שאין בהם כדי להכריח.

ודע שהטור ז"ל שם כתב וז"ל עשרה כדי שמן יש לי בידך הודה בשמן וכפר בקנקנים פטור וכו' י' כדים שמן יש לי בידך יש במשמעות זה שמן וקנקנים וכתב בב"י שהחילוק הוא דבאומרו כדי שמן הוא סמוך מילת כדי לשמן ולכך שמן לחוד קא טעין אבל כדים שמן מוכרת ואף קא טעין יעו"ש ומור"ם במפה כתב וז"ל אבל אם א"ל י' כדי שמן יש לי בידך לא טענו אלא כדים ואם הודה בשמן לא הוי ממין הטענה ע"כ וכתב הסמ"ע ז"ל דברי הב"י ז"ל שיש חילוק בין כדי לכדים ואח"כ כתב וז"ל ובטור לא הוזכר ברישא תיבת מלא י' כדים דבלא מלא נמי מדאמר כדי שמן שאינו מוכרת משמע דקא תבע ליה קנקנים ולא שמן וכמ"ש הב"י בפי' וכו' יעו"ש.

והרואה יראה דדברים אלו מרפסן איגרי דהא הוא הביא תחילה דברי מרן דבכדי שמן שמן קא תבע ליה ולא קנקנים ואילו הכא כתב בהיפך קנקנים קא תבע ליה ולא שמן וכמ"ש הש"ך ז"ל ולזה נראה שכיון הב"ח ז"ל שכתב שיש דברים סותרים זאת את זאת ואולי ט"ס יש בדבריו יעו"ש אמנם הדבר קשה הוא מ"ש מרן החבי"ב ז"ל בהגב"י אות י"ז בסוף דבריו וז"ל ואני רואה דברי הסמ"ע נכונים וברורים ע"כ וכשאני לעצמי לא ידעתי היכי ניחא ליה הא דכתב כמ"ש הב"י בפי' אם לא שנאמר ודלא כהב"י בפי' והכונה דפליג עליה דעיקר התביעה אינו אלא בקנקנים או כיון לומר כמ"ש הב"י לעיקר החילוק שיש לחלק בין כדי לכדים אלא דפליגי דמאי קא תבע למר שמן ולמר כדים וק"ל.

פרק ד

הלכה ד

שהשטר לא תועיל בו בכפירתו והרי כל נכסיו משועבדין וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל שכן כתב הרי"ף ז"ל בהלכות בפ"ק דמציעא מהכרח השמועה אשר שם וכתבו התוס' בד"ה אין נשבעין וז"ל אבל לר' יוחנן דאמר בפ' שבועת הפקדון כופר בממון שיש עליו

עדים חייב עליו קרבן שיש עליו שטר פטור משום שכופר שעבוד קרקעות דבעדים לא חשיב שעבוד קרקעות אע"ג דסבר ר"י שעבודא דאורייתא היינו משום דכיון שהפקיעו חז"ל השעבוד במלוה על פה משום פסידא דלקוחות חשיב כאילו מחל לו השעבוד ומיירי דאית ליה משועבדים ולית ליה בני חרי דאי אית ליה בנ"ח אפי' יש עליו עדים פטור ואי לית ליה אפילו משעבדי אפילו יש עליו שטר חייב ע"כ.

ולענ"ד נראה שדעת התוס' דלא כהריטב"א ז"ל שכתב שם בשי' בדף ג' עליה דר' חייא דאמר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ועדים מעידים שחייב לו נ' נשבע וכו' אע"ג דקי"ל שעבודא דאורייתא ואחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים מ"מ השתא דתקון רבנן מלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים דלית ליה קלא לאו כפירת שעבוד קרקעות הוא ומחייב שבועה וכו' וכ"כ הר"ן בר"פ שבועת הדיינין וכו' יעו"ש כנראה שאינו גובה מן הלקוחות לאו שעבוד קרקעות מקרי ואף דאית ליה מקרקעי בני חרי ואילו להתוס' ז"ל משנו בדיבורייהו דמיירי דאית ליה משעבדי ולית ליה בנ"ח אפי' שיש עליו עדים פטור וכו' ובודאי דהיינו טעמא דהוי שעבוד קרקעות כמבואר. אשר בזה אשכחנא פטרי למ"ש הטור ז"ל בסי' פ"ח ס"ל וז"ל אבל התוס' כתבו דאפי' מלוה ע"פ ליכא שום שבועה דאורייתא לא במודה מקצת ולא בהעדת עד אחד כיון דקי"ל שעבודא דאורייתא א"כ כל מלוה הוא שעבוד קרקעות לא משכחת שבועה דאורייתא אא"כ אין לו קרקע או שמחל השעבוד וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל ולכאורה יש להקשות דכיון דהשתא דתקון רבנן מלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות וכדכתיבנא משם הר"ן והריטב"א ז"ל א"כ למה הצריך שלא יהא ללוה קרקע או ימחול לו השעבוד כיון דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות א"כ ליכא שעבוד קרקעות ואף דאית ליה קרקע מבנ"ח וכאמור וכמו שכן ראיתי להרב בית ישחק הנדפס מקרוב בפ"ח מהל' שבועות הי"ג ובפי"א מהל' מלוה ה"ד שהביא דברי הריטב"א והר"ן ז"ל ודברי התוס' וכתב וז"ל כנראה שהתוס' סברי כדעת כל הני רבוותא ומעתה תמיה לי טובא על מרן ז"ל דקא מייתי דברי התוס' שהם מ"ש בפ"ק דמציעא והוא תימה שהרי לפום קושטא דמילתא לא נפק"מ מידי שהרי בתר דתקנו רבנן דלא גבי ממשעבדי חשיב שפיר כאילו מחל השעבוד השתא אי נמי אית ליה קרקע ולא מחל בפי' השעבוד שפיר משבעינן ליה שבועת התורה וכו' יעו"ש שהניחו בצ"ע ואחרי המחילה ליתא להני מילי לדעת התוס' דפ"ק דמציעא דאף לבתר התקנה דמלוה ע"פ לא גבי מלקוחות מ"מ שעבוד קרקעות מקרי אי אית ליה בנ"ח היפך הני רבוותא ומשו"ה הצריך הטור ז"ל שלא יהא ללוה קרקע או שימחול השעבוד דהתקנה לא מהני אלא היכא דלית ליה קרקע בנ"ח אז הוא

דמהני למשועבדים דוקא ברם אי אית ליה בנ"ח מה יושיענו תקנת חכמים לדעת התוס' ואפשר דלזה דקדק הטור ז"ל בלשונו לומר דלית ליה קרקע ולא אמר משעבדי ורצונו לומר לקרקע בנ"ח או שימחול השעבוד דאז לא איכפת לן אי אית ליה בנ"ח זה נראה לענ"ד בכונת הטור ז"ל.

וראיתי להרב גדולי תרומה בשער ז' ח"ב סי' י"ד שהקשה בדברי התוס' והרא"ש אלו וז"ל ועיקר דברי התוס' והרא"ש ז"ל יש לי מקום עיון דלדידהו למ"ד שעבודא דאורייתא אי לאו דמחל או דלית ליה קרקע לא משכחת לה שבועה במודה מקצת וקשה טובא א"כ מתני' דסלעין דינרין דאיפליגו ר' שמעון בן אלעזר ור' עקיבא היכי מיירי אי בדאית ליה קרקע ולא מחל השעבוד א"כ מלוה אומר ה' ולוה אומר ג' היכי מחייב רשב"א שבועה הואיל והודה במקצת הא הנהו ב' דכפר שעבוד קרקעות ואי במחל השעבוד או לית ליה קרקע יקשה מאי משני אי נמי משום דהו"ל שטר שעבוד קרקעות הא לית ליה קרקע יעו"ש שנדחק דהך שינויא הוא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ועיין בס' בית ישחק מה שתירץ ולא ידעתי מה ביניהם דנראה דהיא היא תירוץ הגידו"ת במעט שינויי תיבות. ולענ"ד נראה לתרץ שהם ז"ל מפרשים דהברייתא מיירי דאית ליה קרקע ברם לא שוה כ"א ב' דנרין או ב' סלעין ואמטו להכי במלוה אומר ה' ולוה אומר ב' כיון דמשמעות השטר אינו אלא ב' הוי בהני תלת דכפר בטענתו כלים וקרקע וכפר בכלים והודה בקרקע שהוא פטור משום דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ברם בהודה בתלת כיון דהך ג' שהודה לית ליה קרקע כנגדו א"כ הו"ל כטענו כלים וקרקע והודה בקרקע וכפר במקצת הכלים דאז חייב משום דאיכא כפירה והודאה בכלים וה"נ איכא כפירה והודאה במטלטלין ולהך הודאה וכפירה לית ליה קרקע וליכא למימר דמשוה הודאה דב' שהוא שעבוד קרקעות כיון דאית ליה קרקע שוה ב' סלעין שיפטור למה שהודה בסלע ג' דלית ליה שעבוד קרקעות ודו"ק.

והרב ט"ז בסי' פ"ח הקשה ע"ד התוס' וז"ל ויש לי תימה רבה בזה מההיא דפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ח) דפסקינן שם שישבע הלוה שבועה דאורייתא כיון דמודה במקצת והקשה ע"ז קושיית התוס' דקי"ל שעבודא דאורייתא ואפי' במלוה ע"פ וליכא לשנויי דלית ליה קרקע או שמחל כמ"ש כאן הא אמרינן שם דגובה מבני חורין וכו' ומי שיוכל להתיישב זה אומן יתקרי ושכר הרבה יקח מן השמים עכ"ל.

והרב מראה הפנים בפי' הירושלמי בפ"ק דמציעא ה"א הביא ההיא דכתבו בפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קע"ה) על קושית ר"י מקורביל וז"ל ואומר ר"י כשמחל השעבוד או דליכא עדים דהא דשעבודא דאורייתא היינו עפ"י עדים אבל עפ"י עצמו לא ע"כ

וכן הביא הרמב"ן ז"ל בפ' שבועת הפקדון (שבועות דף ל"ז) משם אחרים וז"ל ואחרים העמידו דין מודה במקצת של תורה בדלא אוזפיה בסהדי או שהם אומרים שמתו וכו' יעו"ש שהרמב"ן שמיאן בזה וכו' יעו"ש ובזה רצה הרב ז"ל לתרץ וז"ל ולפי תירוץ התוס' מיושב בטוב טעם ודעת קושיא זו שהרי כתב בעה"ת דטעם דמשלם מחצה לגבי דידיה מחשבין לעדות כמאן דליתא שהוא מכחיש את העדים בהודאתו והודאתו כמאה עדים דמי וכ"כ התוס' שם וא"כ הוי כמלוה ע"פ בלא עדים ולפי הכלל שכתבו התוס' בזה לכו"ע לא אמרינן במלוה ע"פ בלא עדים שעבודא דאורייתא וה"נ משלם ע"פ עצמו ולא ע"פ עדים וזה ברור ע"כ.

ולפי קוצר ענ"ד לא מיתבא דעתי בזה דהא המדקדק בדברי הרא"ש שם בפ' שבועת הפקדון שם שכתב וז"ל הקשו התוס' מאי שנא שטר מעדים דעדים שעבוד קרקעות הוא ועוד קשה למ"ד מודה מקצת שיחייב רחמנא השבועה וכן ע"י עד אחד היכי משכחת לה הא הו"ל שעבוד קרקעות יעו"ש והשתא אם איתא דיש חילוק בין מלוה על פה למלוה בעדים מאי ק"ל לדין מודה מקצת נימא דמשכחת לה היכא דליכא עדים דבהכי מחייב רחמנא שבועה וכדתירץ ר"י לקושיא זו בפ' גט פשוט ואחרים שהביא הרמב"ן ועוד קשה לי טובא מסיום דברי הרא"ש שכתב וז"ל הילכך אין שעבוד קרקעות תלוי לא בעדים ולא בשטר למאן דאית ליה שעבודא דאורייתא אלא כל מלוה נשתעבדו נכסי הלוה ע"כ ואם הדברים כפשטן דכל מלוה משמע אף דליכא עדים אלא בין לוה למלוה וכו' וכתב נשתעבדו נכסי הלוה דלא כמ"ש הרב וכן נראה מלשון הטור ז"ל דלא שנא וק"ל.

הלכה י

מנה לי בידך וכו' פסקו כל הגאונים שהלכה שישלם חמשים וישבע על השאר וכו'.

עיין להרב לח"מ ז"ל שהקשה דלמה תלה בפסק הגאונים כאילו אין הדבר מוכרח והרי כיון דקי"ל טענו חיטים והודה לו בשעורין פטור על כרחך ליתא לדאבוה דרבי אפוטריקי כדאמרינן בפ"ק דמציעא וכו' ולמה תלה בפסק הגאונים כאילו אין הדבר מוכרח אלא מפני שפסקו יעו"ש. ולענ"ד נראה לתרץ ולומר לדעת רבינו ז"ל דדעתו כדעת הרב יוסף ב"ב שהביאו התוס' בפ' כל הנשבעין (שבועות דף מ"ו) ד"ה בטוענו כלים וכו' וז"ל ור"י ב"ר ברוך אומר דאינו ראיה דאפי' מאן דפטר בטענת חיטים והודה בשעורים אפשר דפליגי אר' חייא משום דאיכא למיפרך מה להצד השוה שבהן שכן אינה בתורת הזמה ור"ח תורת הזמה לא פריך כדאמרי' התם וכן צריך לומר לר' יוחנן דפליג אר"ח בירושלמי בפ"ק דמציעא אע"ג דפטר בטענו חטין והודה לו בשעורים לעיל ועל כרחך צ"ל דפריך תורת הזמה ע"כ וכלשון הזה הביא הר"ב בשיטה מקובצת בסוגיין משם גליון תוס' יעו"ש

ועיין ג"כ מ"ש משם הרב פרץ ז"ל ומעתה זה הוא דעת רבינו ז"ל שתלה דין זה בפסק הגאונים כמבואר ועוד עלה על דעתי לומר למה תלה דין זה בפסק הגאונים והוא דרבינו כתב ועדים מעידים שעדין יש לו אצלו נ' וכבר ידוע כמה נתחבטו הפוסקים ז"ל בהך דר"ח דלמה נשבע למאי דקי"ל שעבודא דאורייתא והריטב"א והר"ן ז"ל ודעימייהו הם אמרו דר"ח מיירי בעדים מעידים על ההלואה לחוד ומשום דטען תחילה לא לויתי הוא דמחייב לשלם החמשים ומ"מ מלקוחות לא גבי יעו"ש בהר"ב והריטב"א בסוגיין והר"ן ז"ל בפ' כל הנשבעין ונמצא לפי דבריהם דהם מעידים נמי על הפרעון דלא פרע הו"ל שעבוד קרקעות ולא נשבע אמטול להכי תלה הפסק בהגאונים וכבר ראיתי להאחרונים שדרכו בדרך זה לך נא ראה.

וראיתי להרב גדולי תרומה בשער ז' דף ס"א ע"א שהביא דברי הר"ן שבפ' כל הנשבעין הנז' והביא מ"ש רבינו ועדים מעידים שעדיין יש לו אצלו חמשים וכו' וכתב וז"ל ובאמת רחוק הוא להאמין שיחלוק הר"ן עם הרמב"ן ז"ל בזה ולפחות היה לו לפרש ע"כ ולפום ריהטא עלה ע"ד לומר דרבינו קאי לדינא דהשתא דמלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי וא"כ שפיר חזי מ"ש ועדים מעידים שעדין יש לו חמשים דכיון דליכא שטר לא הוי שעבוד קרקעות והיינו מ"ש הר"ן ז"ל אח"כ האמנם עם כל זה לא הונח לי לפי שראיתי להרב מראה הפנים בפ"ק דמציעא שכתב בדעת רבינו דפליג אהר"ן ז"ל ודעתו ז"ל הוא דדוקא מלוה בשטר ס"ל שעבודא דאורייתא לא במלוה ע"פ עיי"ש שיש להתבונן בדבריו ועוד נראה לענ"ד דמוכרחים אנו לומר דרבינו פליג על הר"ן ז"ל דהא בפי"ז מהל' אישות גבי היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה וכו' נשבע הבעל וגובה מחצה וכתב הרב המגיד דטעמו דמאחר דתקנו דהאשה גובה כתובתה מהמטלטלין לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות והקשה הרב לח"מ מסוגייא דסלעין דנרין ותירץ דגבי מלוה ע"פ לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות ורבינו מיירי במקום שאין כותבין כתובה יעו"ש הרי דכתב ז"ל בדעת רבינו במלוה ע"פ כל שגובה בין ממטלטלין בין ממשעבדי אינו בסוג שעבוד קרקעות וא"כ הרי ברור דלא כהר"ן ומאי רחוק להאמין שיחלוק רבינו עם הר"ן ז"ל אם לא שנפרש פי' אחר בדברי רבינו שבהל' אישות שלא כדברי הרב לח"מ ועיין בס' בית ישחק הנדפס מקרוב בפ"ח מהל' שבועות מה שהקשה להרב לח"מ.

עוד כתב הרב וז"ל והיכא דעדות זה של חמשים הוא בקנין אי מחוייב שבועה או לא הביא הרב"י בסי' ע"ה משם המרדכי דדוקא בהודאת ע"פ אבל בשטר או בקנין לא והיינו הילך ע"כ וכתב הב"י ואינו נראה בעיני ולא ידעתי למה דחה סברא זה בב' ידים מבלי שום טענה יעו"ש באורך וראיתי שסברא זו של מרן ז"ל היא סברת ראב"ן ז"ל הובא

במרדכי בפ"ק דמציעא וז"ל שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדת עדים וכו' וכן פי' ראב"ן וה"ה אפי' יש לו שטר של נ' כדאמרינן וכו' יעו"ש ודוק.

פרק ה

הלכה א

אלו שאין נשבעין עליהם מן התורה העבדים והשטרות וכו'. עיין מ"ש בפ"ב מהל' שכירות.

הלכה ו

שטר מסרתי לך וכו' להד"מ ישבע היסת וכו'. עיין במרן כ"מ והרב לח"מ ז"ל ובספרו הקצר פסק דלא כרבינו ז"ל ופטרו אפי' משבועת היסת היפך מ"ש ברס"י וסי' ס"ו וכבר הוקשה להסמ"ע ז"ל בס"ק י"ח ותירץ וז"ל ואומר אני שכאשר נתתי לבי על ישוב הקושיא האחרונה יתישב ג"כ קושיא הראשונה והוא כשנאמר שהרמב"ם שפסק שעל תשובת להד"מ צריך לישבע היסת או להפך השבועה היינו דוקא לשיטתו דס"ל דאף בשטרות ובאינך הנ"ל דפטורים משבועת התורה מ"מ אם פשע בהם ונאבדו חייב לשלם אם מודה שבפשיעתו נתקלקלו משו"ה נמי חייב שבועה כדין כל טענת ודאי וכפירה משא"כ המחבר דפסק כהרא"ש ז"ל וסיעתו פטור בהנך אם נאבדו בפשיעתו וכו' ומשו"ה פטרו כאן גם אתשובה דלהד"מ ואף דכתב שם דחייב לישבע היסת על טענת בריא וז"ל שטוען להד"מ ולא אמר נאבד מידו הו"ל כמודה דלא נאבד מידו אלא טוען שלא מסרו לו מעולם וה"ז טוענו בריא שמסרו לו יעו"ש. ולענ"ד לא זכיתי להבינו איך דחה מרן ז"ל דינו של רבינו בזה דהא אף הרי"ף ז"ל דס"ל כדעת הרא"ש ז"ל דפטור אף בפשיעה ואפי"ה מחייב שבועה להד"מ וכמ"ש בתשו' סי' צ"ז וז"ל נתברר לנו ממנו שדין השמירה אינו בדברים אלו וכו' אבל אם כפר בעיקרו כדאמרנו ובפני עצמן נמי לא אמרן אלא בשבועה דאורייתא אבל בשבועה דרבנן משביעין ליה והוא נכנס בדין זה שאמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת זולתי הקדשות וכיון שכן הוא אם הפקיד ראובן אצל שמעון שטר ושמעון כופר וכו' ישבע יעו"ש וא"כ היינו טעמא רבינו נמי ולא כמ"ש הרב ז"ל אלא כמ"ש הכ"מ והלח"מ ועיין במהר"א דמדינא ז"ל בס' כהונת עולם סי' ח' יעו"ש.

הלכה ט

אין נשבעין על טענת קטן. בין במודה מקצת בין בכופר בכל ועד אחד מחייבו וכו' כ"כ הטור ז"ל ג"כ משמו בסי' צ"ו וכתב עוד וז"ל אבל למ"ש למעלה דגדול התובע ע"פ עד אחד חייב ה"נ חייב שאין החיוב בא על תביעת הקטן אלא על העדאת העד ע"כ ועיין

במרן ב"י.

וראיתי בפרישה שם שכתב וז"ל וכך הו"ל לרבינו לכתוב ומ"ש הר"י בן מיגש והרמב"ם שאין נשבעין על טענת קטן ע"פ עד אחד לפי מ"ש למעלה וכו' וי"ל וכו' אבל הרמב"ם דס"ל ג"כ דמשביעין אותו בטענתו ע"פ עד א' כתב עליו דלפי סברתו נראה לרבינו דאין לחלק בין טענו גדול ע"פ ע"א לטוענו קטן ע"פ ע"א אע"פ שהרמב"ם מחלק ביניהם ולא כהב"י שתמה אמ"ש רבינו ולפי מ"ש למעלה יעו"ש דנראה דודאי גם רבינו ידע שהרמב"ם מחייב בגדול התובע ע"פ עד א' ולא כתב אבל לפי מ"ש למעלה וכו' אלא שלרבינו נראה כן יעו"ש. ולענ"ד קשה לי טובא דלפי"ז הרא"ש ז"ל למעלה בתובע ע"פ ע"א דחייב שבועה א"כ ה"נ דס"ל בקטן התובע ע"פ ע"א דמחייב שבועה לנתבע ואילו בפסקי הרא"ש ז"ל בסי' כ"א כתב וז"ל אין נשבעין שבועה דאורייתא על טענת חש"ו לא שנא מודה מקצת או שיש לו עד א' ולא שנא שבועת השומרים ע"כ הרי להדיא דקטן התובע ויש לו ע"א לא מחייב שבועה לנתבע.

איברא דלא על הרב ז"ל לחוד הוא דקשיא לי כי גם על מרן החבי"ב נמי קשה שכתב בהגהת הטור אות ה' וז"ל אמ"ש הטור משם הרמב"ן ז"ל דאין נשבעין שבועת השומרים לקטן ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל א"ה נראה לי פירושא דלאו דוקא במ"ש הר"י בן מיגש ז"ל דנשבעין לקטן שבועת השומרים לא הסכימו הרמב"ן והרא"ש ז"ל אלא אפי' מ"ש הר"י בן מיגש דשבועה דעד א' המכחישו אין נשבעין לא הסכימו בזה הרמב"ן והרא"ש ז"ל שהרי הם מכת הסוברים דגדול התובע ע"פ ע"א מחייבין ליה שבועה ע"פ טענתו וכמ"ש רבינו בסי' נ"ט וה"ה לקטן התובע ע"פ ע"א דמאי שנא וכו' יעו"ש ואילו בפסקי הרא"ש נראה להדיא דלא שנא מודה מקצת מעד א' ושבועת השומרים דבכולהו אין נשבעין על טענתו וכ"ת היא גופא תיקשי להטור ז"ל דהא כתב בפסקי הרא"ש דאין נשבעין לקטן שבועה דעד א' ואילו בסי' ע"ה כתב משם הרא"ש דגדול התובע ע"פ ע"א נשבעין וכ"כ בפסקיו סי' ה' וא"כ מאי האי דכתב בסי' צ"ו ולפי מ"ש למעלה וכו' י"ל דהטור ז"ל מחלק בין גדול התובע ע"פ העד לקטן דבקטן התובע ויש לו עד אחד לא חשיבא תביעתו והתם בפסקי הרא"ש בקטן התובע שהוא נתן לו ויש לו ע"א המסייע לו ומ"מ כיון דנתינת קטן לאו כלום הוא משו"ה מגן שוייא תביעתו אמנם בסי' צ"ו שכתב אבל למ"ש למעלה גדול התובע ע"פ ע"א חייב ה"נ שאין החיוב בא על תביעת הקטן אלא ע"פ עדות העד על כרחך מיירי בדאיכא נתינה דגדלות שאביו הלוה לו והוא בא בטענת אביו ויש לו ע"א ומשו"ה מזקקו לשבועה ראיה לדבר דהרא"ש כתב בההיא פלוגתא דה"ר אפרים ור"י בן מיגש עם הרי"ף ז"ל אם נשבעין ע"פ ע"א בטענת שמא בפ' שבועת

הדיינין (שבועות דף מ') כתב וז"ל וקרא ומתניתא מסייע ליה קרא וכו' ומתניתא דתניא כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה וב' מחייבין ממון אפי' בטוען שמא כגון גזלתני שלא בפני אי נמי בטוענו קטן מנה לאבי בידך הילכך ע"א מחייבו שבועה ע"כ הרי להדייא דקטן התובע ויש לו ע"א מזקקו לשבועה דלא כמ"ש בפסקי הרא"ש אלא ודאי דהחילוק הוא ברור דהתם הוא שבא בטענה מכח נתינת איש ומשו"ה מזקקו לשבועה משא"כ מ"ש בפסקי הרא"ש ז"ל שתובע בתביעת עצמו וא"כ זהו היתה כונת הטור במ"ש אבל למ"ש למעלה ועיין בס' מחנה יאודה בסי' צ"ו ס"א שנראה שלא ראה פסקי הרא"ש ז"ל מדלא הזכירו.

וראיתי בס' הנ"ל שם שכתב וז"ל והרב לח"מ ז"ל הקשה עליה דהר"ן במ"ש שהראב"ד פוסק כחכמים שהרי מבואר שפוסק כר' אליעזר ע"כ ולא ידעתי קושיא זו דאנן השתא בסייעתא תניינא דהרי"ף ז"ל קיימינן דמייתי ראיה למיקבע הלכתא כר"א דסתמא דש"ס בפ' כל הנשבעין קאי כוותיה ואהא אתא הראב"ד לדחויי ולמימר דההיא סוגייא מצי אתייא כוותיה דרבנן וכיון שכן אין ראיה לפסוק כר"א והשיב עליו הרמב"ן מההיא דיש נוחלין דמוכח מהתם דטוען מפי אחר לאו בריא מקרי ואהא כתב הר"ן דשפיר דחי הראב"ד סיעתא תניינא דהרי"ף דלעולם הלכתא כרבנן אך לפום קושטא דמילתא אזיל ומודה הראב"ד להרי"ף ז"ל מטעמא דמשנת ראב"י קב ונקי עכ"ל.

ואחרי המחילה רבה מכבוד רבנותו לא זכיתי להבין דבריו שהרי הרואה להרב בעל התרומות שער ל"ו ח"ג סי' ב' בסוף דבריו יראה שהראב"ד ז"ל פוסק כרבנן והוא כי אחר שהביא דברי הראב"ד כתב וז"ל נמצאת למד שהוא מפרש לא בזה תקנו דקאמר בירושלמי כלומר אין כאן תקנה שזה בריא הוא אבל אמר לי אבא שטענך מנה והודית לו בכהאי גוונא נתקנה התקנה שהוא משיב אבדה ואינו נשבע לרבנן אבל לר' אליעזר ה"ז נשבע מ"מ אין עלינו מדבריו שהוא פסק כרבנן דפטרי ליה משבועה וכו' יעו"ש דנראה להדיא דס"ל בדעת הראב"ד דפליג עליה דהרי"ף ז"ל בדיניה ופוסק כרבנן ועיין להרב מרכבת המשנה אשכנזי ז"ל לעיל בפ"א שהביא מ"ש הראב"ד וממנו נקח כדכתיבנא ועוד ק"ל שדברי הר"ן נראין להדיא כמ"ש ולי אין זה תשובה על הראב"ד לפי שכדברי חכמים הוא פוסק ולרבנן הכי הוי קושטא דמילתא דבא בטענת אביו אין טענתו טענה בריא ומשו"ה אמרו דבבנו מעיז ומעיז וכו' כונתו מבוארת דמה שרצה הרמב"ן להוכיח מפ' יש נוחלין דבא בטענת אחרים לאו טענת בריא היא ועל כרחך לאו בהא פליגי ר"א ורבנן כ"א בבריא גמור ומעתה שפיר מייתי הרי"ף ז"ל סיעתא מפ' כל הנשבעין וכו' וע"ז בא הר"ן לומר דאי מהא דיש נוחלין ליכא תיובתא לדברי הראב"ד דהראב"ד

פסק כחכמים ואתיא ההיא דיש נוחלין כחכמים דאכתי הלכתא דבא בטענת אחרים טענת שמא היא ופטור ומאי מייתי ראיה הרמב"ן מהתם דבא בטענת אחרים טענת שמא חשבינן ליה לכו"ע וע"ז באו דברי הרב לח"מ דהא הראב"ד בהשגות פוסק כרבנן נראה שסובר בהיפך אלא דקשה לענ"ד דמה לו עם הר"ן דבבעה"ת שם מביא שם להראב"ד מ"ש בפ"א עליה דרבינו ואף גם מ"ש לעיל ואיך שייכי אהדדי וכמ"ש שהקשה הרב גדולי תרומה שם ודוק.

פרק ו

הלכה א

בעלי דינין שבאו וכו'. כתב מהר"י קולון ז"ל בשורש קי"ח קרוב לסופו וז"ל שאלת אם שמעון חייב לברר במה הלוהו אם לאו אמת הוא שבזה נחלקו הרמב"ם ז"ל ורבינו אשר הרמב"ם פסק דצריך לברר במה הלוהו וכו' ורבינו אשר כתב שא"צ ובנו בעל הטורים בחו"מ כתב והכריע דהכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו וכן ראוי לפסוק לפי הנראה לענ"ד עכ"ל.

והנה דברי הרב אלו לענ"ד צריכין ישוב והוא במ"ש בדעת הטור שכתב והכריע דהכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו וכו' דמשמע דכונתו היא דהטור ז"ל הכריע בין הרא"ש והרמב"ם ז"ל [דלהרמב"ם] בכל גוונא צריך לברר ולדעת (הטור) [הרא"ש] א"צ ובא הטור ז"ל והטיל פשרה ביניהם דהכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו והוא דבסי' ע"ה הביא הטור ז"ל סברת רבינו שכתב דצריך לברר וכתב אח"כ וא"א הרא"ש כתב בתשו' שאין אדם צריך לברר פרעון מתי פרעו ובמה פרעו ולא הלואה היאך הלוה ומתי הלוה והבין הרב ז"ל דעד כאן הוא דברי הרא"ש ומ"ש עוד ומיהו הכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו וכו' הוא מדברי הטור וחיליה דמר הוא ממ"ש הרא"ש ז"ל בפ' הדיינין דף מ"ב מהש"ס גבי קצותא דתרעא וכו' וז"ל מכאן משמע שהאומר לחברו פרעתיך אין צריך לברר במה פרעו ואיך פרעו וכו' ורבא לא חייביה אלא משום דקצותא דתרעא מדכר דכיר אנשי אבל מעיקרא לא בעי לברורי עכ"ל משמע דבשום דוכתא א"צ לברר וא"כ מ"ש הטור ומיהו הכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו הוא מדברי הטור ומשום הכי כתב שבנו הטור הכריע וכו' ואחרי המחילה רבה מכבוד רבנותו זה אינו כמו שיראה בתשו' כלל ע' סי' ד' וה' וכמ"ש מרן בב"י שם וראיתי למרן החבי"ב בהגב"י אות ב' שכתב וז"ל ולענין הלכה נקטינן כהרמב"ם וכו' נ"ב וכן מתבאר מדברי מהריק"ו שורש קי"ח וכו' ולענ"ד לא מתברר כ"א מדברי הרא"ש דהכל לפי הענין כמבואר שם וכעת צריך לי ישוב.

ומ"ש הרי שטען עליו שהלוהו וכו'. כתב המבי"ט ז"ל בח"א סי' ט"ז דבאומר להד"מ ובאו עדים שהלוהו וחזר ואמר פרעתי קודם והביא עדים שפרע נאמן ודייק לה מדברי רבינו שכתב אין מקבלין ממנו אלמא דאם הביא עדים שפרע כבר נאמן וכתב עוד וז"ל וזה החילוק שיש בין דין זה לדין שהביא הרב בסמוך בהל' ג' שאמר הנתבע להד"מ ובאו עדים שלוה ופרע שחייב לשלם שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ונמצא הלוה אומר לא פרעתי והודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכו' שבדין זה אע"ג שהעדים אומרים שפרע כיון שהוא עומד בטענתו דלא לויתי חייב לשלם ובדין שלמעלה אע"ג דאמר לא לויתי כיון שחזר אח"כ ואמר פרעתי והביא עדים לטענתו זאת נאמן וכו' יעו"ש וקשיא לי ממ"ש הנמוק"י ברפ"ק דמציעא עליה דרבינו במ"ש לקמן בפ"ז במי שהודה בפני בי"ד שהוא חייב לפלוני מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חוב זה שהודתי לו והרי עדים ה"ז עדות מועלת ועושין על פיהם ואינו כאומר לא לויתי מעולם וכתב הרב ז"ל עליו וז"ל ומיהו אפשר לומר דהכא כי אמרינן שאינו יכול לחזור בו היינו מפני שאינו חוזר בו אלא מפני עדות העדים וכיון שהודה שהיה חייב סמכינן טפי אדבוריה ממאה עדים והכי משמע לישנא דהכא ובפ' שבועת הדיינין וכו' ואינו כאומר לא לויתי כלו' גם אינו כההיא דשבועת הדיינין שאע"פ שאין שם הכחשה בעיקר כונת דבריו דהיינו שאינו חייב לו כלום וא"כ בין שלא לוה כמו שאמר בין שלוה ופרע כן הוא שאינו חייב לו כלום מ"מ כיון שאמר לא לויתי ועכשיו מפני העדים אומר לויתי ופרעתי הוי הכחשה ולא מהימנינן וכו' יעו"ש באורך הרי להדייא דדעתו ז"ל הוא דהא דעדים מעידים שלוה ופרע הוא דגם הנתבע ג"כ אזיל ומודה לדברי עדים ומשום לא לויתי דטען מתחילה הוחזק כפרן היפך דעת המבי"ט ז"ל בדעת רבינו וצריך לי ישוב ועיין בתשובת הרשב"א שהביא מרן ז"ל בסי' פ' מחודש ו' שוב הראוני בספר בית אברהם שהקשה כן להמבי"ט ז"ל יעו"ש.

הלכה ב

ראוהו עדים שמנה לו מעות וכו'. כתב הב"ח בסי' ע"ט ס"ג וז"ל ולענ"ד ודאי דבתבעו אתה חייב לי ק' שהלויתיך ביום פלוני וא"ל להד"מ וכו' מצי לתרץ דבוריה ולומר להד"מ שהיה בהלואה אלא במתנה נתנם לי ולא קאמר תלמודא דהוחזק כפרן אלא בתבעו מנה מניתיך וא"ל להד"מ דמשמעו דלא מנה לו מעולם וכיון דעדים ראו אותו מבחוץ דמנה לו קאמר דהוחזק כפרן וכך הוא משמעות כל הפוסקים דעל מה שתבעו מנה מניתיך השיב להד"מ ואח"כ באו עדים דמנה לו קאמר דהוחזק כפרן אבל תבעו מנה הלויתיך לא הוחזק כפרן דמצי לתרץ דבוריה וכו' יעו"ש.

ולענ"ד נראה שכן הוא דעת הריטב"א ז"ל שכתב בפ' שבועת הדיינין (שבועות דף מ"ב) מהש"ס בד"ה הכי השתא וכו' וז"ל וכשתמצא לומר דאיכא עד נתינה מעולם הא דקאמר להד"מ לאו שלא נתן כלום אלא שלא נתן לו פרעון כדטעין ליה פרעתיך שהטוען לחברו הלויתיך או פרעתיך והלה לא לוה או לא פרע אע"פ שקבל מעות בתורת מתנה או ענין אחר יכול הוא לומר להד"מ וזה נ"ל ברור ע"כ הרי להדיא דבאומר הלויתיך אי טעין אידך להד"מ ואיכא עדים דנתן בפניהם לא הוחזק כפרן ועל כרחך דמפרש להההיא סוגיא כדמפרש הב"ח ז"ל ואע"פ דבאותו דיבור כתב הריטב"א ז"ל וכדאשכחן בפ' שבועת העדות גבי ראיה בלא ידיעה שאם אמר מנה הלויתיך ובאו עדים שנתן לו מנה ואמר במתנה נתתם לי שהוא פטור וכו' אלמא גריס הלויתיך לא אירייא דהתם קאי לסיפא דבאומר במתנה ולא דקדק דאנן קיימינן במשיב להד"מ ודוק.

הלכה ה

תן לי מנה וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל שהביא מחלוקת דרבי ורשב"ג וכתב ומפרש רבינו לברר דבריו כדי להפטר משבועה וכו' וראיתי להמהר"ש יונה ז"ל בחי' להל' הלואות שהקשה עליו דאיך אפשר דמ"ש ר' יצחק נפחא אנא נמי לברר קא אמינא דהיינו להפטר משבועה והלא שבועת היסת לא נתקנה אלא בימי רב נחמן ובימי רב לא היתה שבועת היסת ועוד דאין נשבעין על הקרקעות שבועה דאורייתא מחד טעמא ההיא דרבי ור"י נפחא יעו"ש. ולענ"ד נראה ליישב הך קושיא ב' דאף דאין נשבעין על הקרקעות שבועה דאורייתא מ"מ מדרבנן מיהא נשבעין קודם ר"נ תקנו שבועה וכדדייק לה הרי"ף והרא"ש בהדיינין במתני' דאלו דברים שאין נשבעין עליהם יעו"ש ודוק בדברי הר"ן שם וכן פסק רבינו לעיל בפ"ה וז"ל ועל כולן נשבעין שבועת היסת וכתב הרה"מ ז"ל וז"ל ודין היסת ידוע שהוא בכל דבר כפירה מאיזה דבר שיהיה וכ"כ ז"ל ויש לזה סמך בפ' הכותב יעו"ש והיינו ממאי דדייק הרי"ף ז"ל ואל תתמה על מ"ש רבינו שבועת היסת שהרי רש"י בפ' כל הנשבעין (שבועות דף מ"ה) במתני' דקתני ישבע בעה"ב וכו' ופרש"י שבועת היסת יעו"ש ועיין בחי' הריטב"א ז"ל וכ"כ נקט רבינו שבועת היסת ועיין בס' מחנה יאודה הנדפס מקרוב בסי' ע' מ"ש אדברי רבינו ז"ל.

עוד כתב הרב המגיד וז"ל או אפשר שהוא מחלק בין אומר ולאו פרעתיך בפני פלוני ופלוני לאומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ויש מפרשים שחלקו כן וכו' ודע שחילוק זה מביאו הטור בסי' ע' ס"ג וז"ל ואם באו עדים ואמרו להד"מ כתב הרמ"ה דהוחזק כפרן והא דאמר מילתא דלא רמייא עליה דאיניש לאו אדעתיה היינו דוקא כשאומר דרך תימה ולא פרעתיך בפני פ' ופ' אבל כשמחתך דבריו ואמר פרעתיך בפני פ' ופ' אז צריך

לברר דבריו והרמ"ה חילק כשאומר שהזמינם לעדות אז צריך לברר דבריו וכו'. והקשה מהר"ש יונה ז"ל שדברי הטור קשים להולמן שנראה שהרמ"ה חילק בין ההיא דשבועות להההיא דגט פשוט בין אמר לשון תימה ללשון ודאי וא"כ איך כתב בסוף דבריו והרמ"ה חילק וכו' והרי ע"ד הרמ"ה קיימינן ודבריו נקיט ואזיל ותירץ דט"ס הוא וצ"ל והרז"ה חילק אי נמי אפשר לדחוק ולומר שבתחילת דברי הטור לא כתב משם הרמ"ה אלא אם באו עדים ואמרו להד"מ הוחזק כפרן ודלא כדעת שאר המפרשים ומ"ש אח"כ והא דאמרינן בהדיינין הם דברי הטור עצמו לפי שיטת הרמ"ה ואח"כ כתב שהרמ"ה חילק לפי שיטתו בין הזמינם לעדות ובין לא הזמינם.

ולענ"ד אחרי המחילה רבה זה אינו לפי מ"ש להרמ"ה גופיה בשיטתו לבתרא הנדפס מקרוב בפ' גט פשוט דף פ' להא דר' יצחק נפחא והוקשה לו מההיא דשבועות וחילק בין לשון תימה ללשון ניחותא וכמ"ש הטור ומשם בארה"ש שמ"ש הב"ח שט"ס נפל או מדברי הטור או מדברי הרב המגיד וכו' ליתא דדברי הטור הם מדוקדקים בזה וכמ"ש משם הרמ"ה והט"ס הוא בדברי הרה"מ אלא שמ"ש והרמ"ה חילק צ"ל והרז"ה.

וכתב הרמב"ן בחי' לשבועות וז"ל ול"נ שאם אמר פרעתיך בפני פ' ופ' ובאו ואמרו להד"מ והלה אומר כדבריו הראשונים ואומר פרעתיך בפניהם ואינם זוכרים בדבר הוחזק כפרן דבמקום עדים לא מהימן ושמעתתא דהתם בהכי עסקינן אבל באומר באמת פרעתיך ואם לא בפניהם בפני אחרים או ביני לביני אמרינן מילתא דלא רמיא עליה דאיניש ונאמן במיגו דהיה יכול לומר מתחילה פרעתיך שלא בעדים וכו' ועיין במהר"ש יונה שם שמביאו ג"כ ונראה שעל זה רמז הרשב"א ז"ל בתשו' ח"א סי' תתקס"א וז"ל ולהקת הנביאים כר"ת והרמב"ן והרז"ה לא חלקו בכ"מ שצריך לברר בין דבר לדבר אלא בכל אם לא בירר לא הפסיד ואפי' באו עדים ואמרו להד"מ כאותה דשבועות אא"כ עומד בטענתו ומכחישן לדעת הרמב"ן ז"ל וכו' יעו"ש וכונתו למ"ש. והוצרכתי לזה לפי שראיתי בס' בית אברהם הנדפסים מקרוב שפקפק בדברי הרשב"א אלו דמנ"ל להרשב"א זו בדעת הרמב"ן דממ"ש בפ' ג"פ נראה דאם באו עדים ואמרו להד"מ חייב יעו"ש ולפי מ"ש בעניותינו משם הרמב"ן בחי' ומהר"ש יונה ז"ל ג"כ שהביאו דברי הרשב"א הם כראי מוצק ומהתימה שהוא הביא למהר"ש יונה שם ולא הביט למ"ש משם הרמב"ן ודוק.

הלכה ו

א"ל בפני עדים מנה לי בידך א"ל הן תבעו בדין והביא עדים ואמר משטה אני בך ואין לך בידי כלום פטור וכו' ואפי' אמר להד"מ וכו'. הנה עיקר דין זה הוא בפ' זה בורר

(סנהדרין דף כ"ט ע"א) ואמרינן התם מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי א"ל משטה אני בך וכו' אמר אביי לא שנו אלא דאמר משטה אני בך אבל להד"מ הוחזק כפרן א"ר פפא הכי אמרינן משמיה דרבא כל מילי דכדי לא דכירי אינשי ע"כ ופרש"י ז"ל להד"מ לא הודתי לך והרי עדים ששמעו הוחזק כפרן ואינו נאמן עליו בשבועה כל מילי דכדי לא דכירי אינשי דברים של חינם כלומר הואיל ואותה הודאה דברי רוח הוי שהשטה בו לא דכירי אינשי ושכח אותה הודאה ע"כ והנמוק"י שם כתב וז"ל אבל הרי"ף ז"ל והרמב"ם פרשו דהא דאמרינן דקא טעין איהו אף בדלא אהדר משטה אני בך מיירי אלא אפי' אמר להד"מ פטור והא דאמרינן אבל אנן לא טענינן ליה היינו לומר שאם מודה שהודה צריך ליתן טעם לדבריו למה הודה ואי לא טעין אין טוענין לו עכ"ל ובודאי דמ"ש בדעת רבינו דכל שטען להד"מ שוב א"צ לטעון עוד ופטור אין ספק שכונתו הוא ממ"ש רבינו לקמן וז"ל וכן המודה מעצמו ועדים שומעין לו וכן האומר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך וא"ל הן וכו' אבל אם טען ואמר משטה הייתי בו או להד"מ או שלא להשביע את עצמי נתכוונתי פטור ונשבע היסת ע"כ הרי להדיא דס"ל דכשם שבטענת משטה אני בך פטור כך בטענת להד"מ פטור משבועה וזה ברור ומ"ש כאן ולפי' אם אמר להד"מ ר"ל לא הוחזק כפרן כדי שלא להאמינו בשבועת היסת יען כי הוא נגד העדים ולא שכונתו לומר שלא הוחזק כפרן לטענת משטה שאם טען אח"כ משטה אני בך שהוא נאמן אבל אם לא טען משטה אני בך שהוא חייב.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב הגדול מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קט"ו שכתב וז"ל ולא אמר רבא כל מילי דכדי לא דכירי אינשי אלא כלפי מ"ש אביי הוחזק כפרן בביי"ד דלא מהני תו למיטען משטה אני בך או חזרתי ופרעתי אמר רבא דמשום ההוא הודאה לא הוחזק כפרן ויכול לטעון עכשיו טענה הפוטרתו וכך מטין דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהל' טוען וז"ל א"ל בפני עדים מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל משטה אני בך פטור ואפי' אמר להד"מ לא הוחזק כפרן ע"כ ולשון הוחזק כפרן הנזכר בכל מקום הוא מטענה לטענה ואם איתא שגם עכשיו אינו טוען אלא להד"מ כבראשונה לא שייך לומר לא הוחזק כפרן אלא לא הוכחש מפי העדים דשמא שכח לפי שאותן הדברים דרך השטאה היו עכ"ל וכתב עוד וז"ל וזה החילוק הוא שראה הנמוק"י ז"ל בין דברי רש"י לדברי הרי"ף ז"ל ומ"ש שם הרמב"ם ט"ס הוא ואינו אלא הרמב"ן עכ"ל ולפי מ"ש בעניותינו בדעת רבינו הם הם ממ"ש סברת הרי"ף ואין ביניהם כמלא נימא ממ"ש בסוף הפרק ואין צ"ל שט"ס נפל בדברי הנמוק"י אלא דבריו באו בתכלית הדקדוק.

עוד כתב הרב ז"ל בסוף התשו' וז"ל אני חוזר על דברי הרב מהרי"ק דלכו"ע אם מודה

שהודה צריך ליתן טעם לדבריו ואם אינו מודה שהודה גמ' ערוכה היא דפטור ומתוך דברי הגמ' אין לנו שיהא נאמן לומר להד"מ כנגד העדים ושנתרץ דבריו לומר בדרך השטאה אמר כדי שלא יהא מוכחש מפי העדים הא תניא ואי לא טען אין טוענין לו וכו' ועדין לא מצינו שום פוסק שיחלוק בפי' שיועיל לו להכחיש את העדים ע"כ. ואנא חכים ולא בחכמה אשתומם על המראה שלא זכר ש'ר להרב בעל העטור סוף דף ק"ד בתחילת אות הודאה שכתב וז"ל ולא שנא כי אמר משטה אני בך ולא שנא כי אמר להד"מ פטור כדאמרינן כל מילי כדי לא דכירי אינשי כלומר דאי אדכר ליה דהודה הוה טעין מנפשיה משטה אני בך אבל אי לא טעין כלל לא טענינן ליה ע"כ וכן להמבי"ט ז"ל בח"א סי' רפ"ו שכתב וז"ל וכתב בס' חוקות הדיינים סי' ס"ו דלעולם אינו חייב בהודאה עד שיאמר המלוה או הלוה אתם עדי או עד שיטול קנין על הודאתו או עד שיאמר כתבו עלי שטר שאני חייב לזה וכל זמן שלא אמר כן אע"פ שלא אמר משטה אני בך אלא שכפר ואמר להד"מ ה"ז פטור וזה שלא טען וכו' ומפני שלא היה זכור כך פירשו מקצת המפרשים בפ' זה בורר וכן דעת רבינו משה אבל יש מי שאומר דדוקא כשחוזר לאחר שאמר להד"מ ואמר משטה אני בך אבל אם לא טען כן ה"ז הוחזק כפרן ומ"מ אין לנו לזוז מדברי הרמב"ם ז"ל וכו' עכ"ל וכ"כ הש"ך בסי' פ"א סק"ג וז"ל ומשמע דאפי' לא חזר וטען משטה אני בך אחר שבאו עדים וכן משמע מדברי הרמב"ם והטור והמחבר לקמן ונ"ל שכל הפוסקים מודים לזה וגם כונת בעל התרומות כן ודלא כמ"ש הגדולי תרומה דף קע"ח שכתב לדעת הבעה"ת ושאר הפוסקים שצריך שיטעון אח"כ משטה אני בך דליתא אלא כמ"ש ושוב מצאתי כדברי בבעה"ת וכו' יעו"ש הרי לך להדייא לבעל העיטור והמבי"ט ז"ל שהביא מס' חוקות הדיינים דאם טען להד"מ שוב א"צ לטעון משטה אני בך ושכך מפרש המבי"ט ז"ל דעת רבינו היפך הוא ז"ל וכמ"ש לעיל וא"כ הדבר הקשה הוא איך כתב לא מצינו שום פוסק והדבר צריך לי עיון.

איברא דקצת קשה על הש"ך ז"ל שלא הביא תשו' זו של המבי"ט ז"ל והוא תנא דמסייע ליה ועוד קשה שכתב שכל הפוסקים מודים לזה ואילו היה רואה יש מי שאומר שהביא שם הרב ז"ל וכן נראה ממ"ש בס' מורה צדק [הביאו] מרן החבי"ב בסי' זה הגב"י אות א' וז"ל ובס' מורה צדק כתוב בשם ר"י בחי' לסנהדרין שיש אומרים דכי אמר להד"מ דפטור היינו דוקא כשאומר שכוח הייתי בשעת ההודאה אבל עכשיו שבאו עדים נזכרתי אלא משטה הייתי אבל אם אפי' באו עדים עומד על טענתו ראשונה דלהד"מ יפרע והוא ז"ל דחה דבריהם אלא דלעולם פטור וכו' אין לך השטאה גדולה מזאת וכו' ע"כ לא היה כותב שכל הפוסקים מודים לזה ואף כי לא היה מודה לדבריהם ועוד קשיא לי במ"ש

לדעת בעל התרומות דאם אמר להד"מ שוב א"צ לטעון משטה אני בך ודחה דברי הגדולי תרומה בלא ראיה ואמאי לא הביא מ"ש בעה"ת אח"כ וז"ל נמצא עכשיו שהטמין עדים ושמעו שהודה לו מנה או מודה מעצמו או שתבעו בפני עדים והודה לו ולא אמר אתם עדי בכל אלו אם טען משטה אני בך או שלא להשביע את עצמי נתכונתי או להד"מ או פרעתי אח"כ נאמן בשבועת היסת וכו' הרי שלא כדברי הגידו"ת ואין לומר דר"ל להד"מ ואח"כ יטעון משטה אני בך וכמבואר וכמו"כ קשה למהרימ"ט ז"ל.

וכתב מרן החבי"ב ז"ל בסי' ל"ב הגה"ט אות מ"ג ע"ד מהריב"ל שבח"ג סי' ל"ח וז"ל איברא שזה התירוץ נכון מצד עצמו מ"מ ממה שהקשה רבינו בעל הטורים סובר דאפי' הודה שלא בפניו אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמי הודתי שהרי בשכיב מרע שהודה מיירי אפי' שלא בפניו ומינה הדקדוק הוא הא בבריא במאי דמיירי השכיב מרע וכיון שכן הוא הא דמותיב להראב"ד לותיב לנפשיה אלא ודאי שרבינו בעל הטורים אפילו בהודה שלא בפניו חולק על הראב"ד היפך סברתו וכו' ע"כ. ולענ"ד לא זכיתי להבין את דבריו דנהי דממה שהקשה להראב"ד ז"ל נראה שהבין דהש"ס מיירי בשכיב מרע שהודה מעצמו אבל שההודאה היתה שלא בפניו היכי משמע מדבריו דהא לפי דברי מהריב"ל הוא דכונת הטור הוא להקשות היכא דהודה בפניו כיון דאמר אתם עידי אינו יכול לחזור אפי' דהודה מעצמו שכ"כ ואפשר להליץ ולומר דהראב"ד מיירי אפי' בפניו ומשום הכי פליג עליה דהטור ע"כ ופשט דברים אלו הם דבהא הוא דפליג ולא אשלא בפניו דבשלא בפניו אזיל ומודה דלא מהני אתם עידי אפי' אמרו המודה מעצמו וע"ז הוא דקא מותיב מהגמ' איברא דצריך לי תלמוד דלפי מאי דס"ל להטור דטענת השטאה לא שייך כ"א בתובעו תחילה וטענת השבעה לא שייך כי אם במודה מעצמו דוקא א"כ כי בעי רבא שכיב מרע שהודה מהו צ"ל א"ע או אין צ"ל אתם עדי אדם משטה בשעת מיתה או אין אדם משטה בשעת מיתה בתר דבעייא הדר פשטא אין אדם משטה בשעת מיתה וכו' והשתא אם איתא כדס"ל להטור דהגמ' הוא בשכיב מרע שהודה מעצמו מה שייך אדם משטה בשעת מיתה או לא כיון שהבעייא היא בשכיב מרע שהודה מעצמו ומרן החבי"ב רצה לתרץ זה שהקשה לפי דרכו מדברי הטור וכתב וז"ל הא לאו מלתא דהדין דין אמת מכח הסברא אבל לא דההיא בהכי איירי ע"כ והדבר הקשה דאי בהכי לא איירי א"כ אדם משטה או אין אדם משטה מאי בעי הכא כיון דהבעיא אינו אלא בשכיב מרע שהודה דלא שייך השטאה וצריך תלמוד.

פרק ז

הלכה א

המודה בפני שנים וכו' ואמר להם בדרך הודאה לא בדרך שיחה וכו' טען כשבאו העדים ואמר שלא להשביע את עצמי הודתי נאמן וכו'. כתב הרב המגיד וז"ל ונראין הדברים שכיון שהודה דרך הודאה וכו' אבל החילוק ששם רבינו בין אם התובע עמו לאין התובע עמו דברים נראין כן אבל לא מצאתי להם סמך ברור בגמ' יעו"ש אבל הכ"מ הוכיח דברי רבינו מהירושלמי בדוחק וכמ"ש שם וכן הש"ך בסי' פ"א ס"ק ל"ד האריך בזה והרואה יראה דדבריו דחוקים קצת אבל כיון דדבר זה יצא מפי גדול אין לחלוק עליו. אבל התוס' שם ד"ה אי דלא כתבו וז"ל הו"ל למפטריה או משום משטה אני בך או משום אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ע"כ משמע מדבריהם דאפי' בפני התובע מצי טעין טענת שלא להשביע וכן נמי הביא הנמוק"י ז"ל בפ' זה בורר בשמעתין דדעת התוס' הוא דאפילו בפני התובע מצי טעין טענת השבעה דכתב וז"ל אלא משמע דאפי' דהתובע מודה לבעל דבר עצמו אמרינן טענת שלא להשביע וכן כתבו התוס' יעו"ש נראה דמדברי התוס' דכתבנו יצא לו זה וכן משמע נמי מהא דפ' זה בורר דכתבו שם בד"ה כך וז"ל והא דאמרינן בגט פשוט שכיב מרע שהודה א"צ לומר אתם עדי ואמאי לא אמרינן שלא להשביע את עצמו כדאמרינן הכא ותירצו דהתם מיירי כשתבעוהו והודה דלא שייך טענת שלא להשביע וכו' עכ"ל מדלא תירץ דהתם קאי שהודה בפני התובע ומשו"ה לא מצי טעין טענת השבעה אלמא דס"ל דאפי' שהודה בפני התובע מצי טעין טענת השבע' וכדכתינא.

וראיתי למהריב"ל ז"ל בח"ב סי' נ"א וז"ל תשובה קודם שאגיד לשואל דעתי צריך אני לדקדק בההיא שמעתתא דפ' זה בורר דאמרינן התם ההוא דהוו קרו ליה קב רשו אמר מאן מסיק בי אלא פלנייא ופלנייא אתו תבעוהו לדינא קמיה דרב אמר אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ואיכא למידק בהא מימרא דמאי שייך למימר הכא אדם עשוי שלא להשביע את עצמו אדרבא דהוו קרו ליה קב רשו קב של שטרות והוא היה רוצה להשביע את עצמו דלא הוו מסקי ביה אלא פ' ופ' ואדרבא הו"ל לומר כי רצה להודות במקצת כדי שנאמין דבריו וצ"ע עכ"ל. ואחרי המחילה רבה נוראות נפלאתי עליו דנראה דקושיא זאת הרגיש בה הנמוק"י בפ' זה בורר והשיב וז"ל אדם עשוי וכו' ואפי' שזה היה מכוין להשביע עצמו דהא קאמר מאן מסיק בי אלא פ' ופ' ואפי"ה אמרינן דמה שהודה כדי שלא להשביע את עצמו עתה שהוא רוצה שלא יחזיק אותו בעני וגם אינו רוצה שיחזיקו אותו בעשיר שיש דעות באדם עכ"ל הרי להדיא שעמד בזה והשיב והוא ז"ל לא זכר

דברי הנמוק"י ז"ל.

עוד כתב הרב ז"ל בסוף התשובה וז"ל. ולכאורה יש לחלוק ולומר מההיא דפ' זה בורר ת"ר אמר להם אני ראיתי שהטמין מעות וכו' ויש לתמוה אמאי לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע קאמר והיה אפשר לתרץ וכו' ואף לזאת קשה לי דהרואה יראה דהם הם דברי הנמוק"י.

אלא דאעיקרא דמילתא דברי הרב לא זכיתי להבינם והוא דבנדון דידן מיירי בפקדון וכמ"ש ז"ל שאלה ראובן נתן ביד שמעון סך סולטאנים להיות בידו למשמרת וכו' ובהיות אלו הסולטאנים ביד שמעון שאל יאודה ממנו מעות בהלואה וא"ל שלא היו בידו מעות כ"א המעות של פקדון של ראובן ומאותם המעות הלוה לו ויהי היום נהרג שמעון ושאל יאודה למי יתן אלו המעות אם לראובן או ללוי או דלמא שלא יתנם לא לזה ולא לזה אלא לאפוטרופוס של ילד הקטן של שמעון דאמר דמאי דקאמר שמעון דאותם המעות היו של ראובן שלא להשביע את עצמו אמר כן יעו"ש הרי בהדיא דבנדון דידן קאי בפקדון ולענין פקדון היא פלוגתא אי מצי טעין טענת השבעה או לא דבפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) גרסי' התם איבעיא להו שכיב מרע שהודה מהו ופי' רשב"ם וז"ל אמר בחוליו שדה ומעות הללו של פלוני הם מי אמרינן שהוא אמר כן שלא להשביע את עצמו א"ל וכו' ואע"ג דאמרינן בפ' זה בורר ההוא דקרו ליה עכברא דשכיב אדינרי ומסקנא אדם עשוי שלא להשביע נראה בעיני דהתם היינו טעמא כיון שעושה עצמו עבד לוה לאיש מלוה אבל כשהממון בעין י"ל שהפקידו אצלו ע"כ וכ"כ הנמוק"י והמרדכי יעו"ש א"כ בנדון דידן נראה דליכא ספק כלל כיון דהוי פקדון והו"ל להביא ראיה לנדון דידן מסברת רשב"ם ז"ל וכ"כ תמהני על מהרימ"ט ז"ל בח"א סי' מ"ד שנ"ד הוא לענין פקדון ולא הזכיר לדברי רשב"ם ונמוק"י ומרדכי.

הדרן למאי דאתינן עלה דכשתבעו והודה לא שייך טענת השבעה אלא טענת השטאה אשר לפ"ז הקשה הב"ח בסי' פ"א ס"ט וזה לשונו מ"ש אבל שלא בפניו וכו' ולכאורה משמע דשלא בפניו אינו כלום וכו' אלא דקשה טובא דהלא שלא בפניו אין התובע תובעו וכשאינו תובעו אין מקום לטענת השטאה ואפי' וכו' ונדחק בזה יעו"ש ולא הבנתי דבריו דמשכחת לה כגון דתבעוהו והודה ליה ושוב הודה הנתבע שלא בפני התובע וכגון זה ודאי מצי טעין טענת השטאה ועוד דאפי' דלא תבעו שום אדם מצי טעין טענת השטאה וכן נראה מדברי התוס' בפ' הנושא ד"ה אי דלא וכו' וז"ל הו"ל למפטריה משום טענת משטה אני בך וכו' יעו"ש והתם קאימנא בשלא תבעו ובשחייב מודה ואפי"ה כתבו התוס' דיכול לטעון טענת השטאה וכ"כ הש"ך סי' פ"א סקי"ב יעו"ש א"כ נראה דליכא

קושיא כלל וראיתי להרב בסי' ק"ח ס"א על ההיא שכתב הטור שם וז"ל והוא שהודה אביהן לפני מותו כתב הוא ז"ל פי' שצוה ואמר תנו לפלוני וכו' אי נמי שהודה בדרך שלא היה שם הערמה כהודאה דאיסור גיורא הא לאו הכי איכא למימר שלא להשביע אמר כן וכו' יעו"ש ולפי דבריו קשה לי טובא על התוס' שכתבו בערכין דף כ"ב ד"ה אם אמר וז"ל לכאורה פירש תנו החוב והיינו כדרב הונא בריה דרב יהושע דהיכא דחייב מודה נזקקין וצ"ע אמאי שבק לישנא דחייב מודה ושמא וכו' יעו"ש ולפי דברי הטור נראה לומר דנקט לישנא דתנו משום דבלא"ה הוא מצי למפטריה בטענת שלא להשביע ומשו"ה שבק לישנא דחייב מודה וא"כ מאי מקשו התוס' אלא דצ"ל דתוס' סוברים אפי' לא אמר תנו לא מצי טעין טענת שלא להשביע וא"כ מאי מקשה להטור ותירץ דפי' שאמר תנו דאפי' לא אמר תנו שפיר מצינן למימר דאינו יכול לטעון טענת השבעה וכמ"ש התוס'.

שוב ראיתי להתוס' שם בד"ה ואם אמר שכתבו וז"ל והא דנקט לישנא דתנו משום דמסיים וכו' ועוד איכא הודאה דלא סגי דלא אמר בהו תנו או אתם עדי כגון שלא תבעו והודה מעצמו כדאמרינן בפ' גט פשוט שכיב מרע שאמר מנה לפלוני ואמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין אדם עשוי שלא להשביע את בניו ע"כ הרי בהדיא דכתבו דשלא אמר תנו אמרינן דמצי טעין טענת השבעה וצ"ל דמ"ש התוס' בדבור הראשון וצ"ע סמכו להך תירוצא וכיון שכן יפה תירץ דמ"ש הטור הוא משום דאמר תנו אלא דקצת קשה למה לא הביא דברי התוס' וכמו"כ קצת קשה למרן החבי"ב בסי' ק"ח הגה"ט אות ח' שכתב וז"ל קשה למה יגבה מנכסי יתומים בהודאת המת נימא דשלא להשביע את בניו הודה משפטי שמואל יעו"ש ולפי מ"ש קשה דהיא היא קושית התוס' וחילקו בין אמר תנו דכשאמר תנו לא מצי טעין טענת השבעה והוא לא חש להזכירם אלא תירץ באופן אחר ועוד הקשה מרן החבי"ב שם וז"ל א"ה קשה לי טובא דרבינו בעה"ט כתב בסתם או שהודה לפני מותו ולא חילק בין הודאה דרך הודאה לדרך שיחה ועוד שרבינו בעה"ט בסי' פ"א וסי' ל"ב כתב סברת הרמב"ם ז"ל וכתב עליה וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה ואיך נאמר דשביק סברת אביו ורבו ואזיל בתר סברת הרמב"ם עכ"ל. ואחרי המחילה רבה קשה לי טובא בדבריו שמ"ש הטור בסי' פ"א וא"א הרא"ש כתב כסברא ראשונה אינו אלא לענין דהיכא דאמר בפני התובע דהרמב"ם סובר דאינו יכול לטעון טענת השבעה אבל הרא"ש סובר דיכול לטעון טענת השבעה וכן מוכח לישניה דדייק וכתב וז"ל לא תבעו שום אדם אלא הוא מעצמו הודה מנה לפלוני בין בפניו בין שלא בפניו שאומר ליה וכו' והרמב"ם כתב דוקא שלא בפניו שכתב הודה לו בפני עדים וכו' ואם כשהודה בפניהם היה התובע עמו אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמי הודתי

וכו' ועל זה כתב וא"א הרא"ש כתב כסברא ראשונה אינו אלא דכשהתובע עמו דלהרא"ש ס"ל דמצי טעין טענת השבעה דלא כהרמב"ם וא"כ מוכח דמהכא ליכא הוכחה דסבירא ליה להטור דבדרך הודאה יכול לטעון טענת השבעה והן אמת דאפ"ל דסברת מרן סברא אמיתית היא מ"מ מהכא ליכא הוכחה וכעת צ"ע.

ומידי עוברי ראיתי לעמוד על מ"ש הטור בסי' פ"א ס"ח אמר בפני ב' וכו' ה"ז עדות גמורה ומשלם על פיהם והקשה הסמ"ע אמאי משלם על פיהם הו"ל למפטריה משום טענת שלא להשביע דטענינן ליה יעו"ש ולזה השיב הט"ז וז"ל ולענ"ד נראה לישב דברי המחבר שמיירי שהמוחזק טוען בפי' משטה אני בך וא"כ אזלא טענת שלא להשביע דהא מודה שלא נתכוון להשביעו רק להשטות עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דמי הצריכו לדחוק ולומר סברא זו דכשטען משטה שוב לא מצי טעין שלא להשביע תיפו"ל משום דכשטען טענת משטה א"כ לא מצי טעין טענת השבעה משום דטענת השבעה אינו יכול לטעון כשתבעו והודה דהשבעה לא שייכא אלא כשמודה מעצמו וכ"כ מרן סט"ז יעו"ש וא"כ מי הצריכו להט"ז לדחוק ולומר סברא זו אלא הנראה לפי קוצר ענ"ד הוא כמ"ש הסמ"ע דמרן מיירי כשלא טעין דלא טענינן ליה טענת שלא להשביע אלא שכתב שהוא דוחק ולענ"ד נראה שהוא נכון וברור והוא מדכתב מרן בסי' פ"א אבל אם טען משטה הייתי בך וכו' או שלא להשביע את עצמי נתכונתי פטור וי"א שאפי' לא אמר אלא איני חייב לך כלום פוטרו הדיין ותולה הודאתו במה שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו אע"פ שלא טען כן עכ"ל וקי"ל דכשמרן מביא הדין בסתם ואח"כ מביא י"א ההלכה אינו אלא כסתם וכיון שכן מוכח בהדייא דמרן סובר דאם לא טען אין טוענין לו והיינו מ"ש מרן כאן ומשלם על פיהם ומיירי כשלא טען דאין טוענין לו שלא להשביע כסברתו זה הוא הנראה לי בדעת מרן והוא כפתור ופרח.

וראיתי להרא"ש סוף כלל כ"ד שכתב וז"ל אשר נשאלתי על אברהם בר שמואל שתבע את רבי עזיה שאביו צוה לתת לו מאתיים זוז ושקבלם עזיה להשביחם לו ורבי עזיה כפר בכל והעיד רבי משה ששמע מפיו של ר' עזיה שאותם הנ' היו ממון שהניח רבי שמואל לאברהם בנו והשיב לדברי הכל חייב נ' זוז והקשה מרן בב"י בסי' ע"ה וז"ל ויש לתמוה למה חייבו ע"פ אותם העדים והא מצי לומר שלא להשביע את עצמי הודתי ותירץ שאפ"ל כשתבעוהו והודה עכ"ל ולענ"ד נ"ל דבכאן לא שייך לומר שלא להשביע דא"כ היה לו לומר מעות אלו של ר' שמואל הן בקצור הלשון ומה לו לומר שרבי שמואל הניח לאברהם בנו או לא אלא ודאי דדייק בלישניה לומר שהניח ר' שמואל לאברהם בנו ש"מ להודות נתכוון זה נ"ל לומר בדעת הרא"ש ז"ל ובזה נ"ל לתרץ מה שהקשה מהרשד"ם

ז"ל בחו"מ סי' קע"ב דלמה לא יהיה נאמן לומר משטה הייתי בך ותירץ דמיירי בדאמר אתם עדי יעו"ש והרואה יראה דכמה מן הדוחק הוא וע"פ האמור הנה נכון דהכא מיירי שנראה מדבריו דאמת נכון הדבר שכן הוא שהמעות היו של התובע ומשו"ה לא מצי טעין או טענת השבעה או השטאה וכן נראה מכל מקומות שבש"ס דכשמצי טעין טענת השבעה או טענת השטאה לא נזכר דמה שהם בידו הוא מפני שום סיבה בההיא דקב רשו דאמר מאן מסיק בי אלא פ' ופ' ולא אמר מפני מה הם בידו וכן נמי בכתובות דף ק"א דאמרינן התם האומר לחבירו חייב אני לך מנה וכו' וכתבו התוס' וז"ל היה לו לפוסלו או משום משטה אני בך או משום אדם עשוי שלא להשביע עכ"ל הרי מבואר שלא נזכר בכל המקומות שמה שהיה בידו הוא מפני שום סיבה ועיין להרב פני משה בח"א סי' ט' שרצה ללמוד מכאן שאם הודה למי שאין חייב לו לא מצי טעין שום טענה יעו"ש.

הלכה ה

כבר ביארנו שהודיה בבי"ד או עדות בבי"ד כמלוה הכתובה בשטר ולפיכך כותבין ונותנין לבעל דינו בד"א כשלא קבל עליו את הדין עד ששלחו והביאוהו כמו שביארנו אבל שנים שבאו לדין ותבע אחד מהם וכו'. ונראה מדברי רבינו ז"ל דס"ל דכל דאיכא פסק דין ביד המלוה אין ללוה לטעון פרעתי דאל"כ ליכתוב הפס"ד ואם בא מלוה לגבות לטעון שפרעו וכמ"ש המפרשים ואף שיש לדוחה ולומר דמשו"ה לא כתבינן משום דאטרוחי לבי"ד בכדי לא מטרחינן מ"מ כן כתבו הפוסקים ז"ל ומכאן הקשה מרן ב"י בסי' ל"ט למ"ש הטור ז"ל שם וז"ל אפי' אם כתבו הפסק דין ועודנו בידו וטוען שפרעו כתב אבי העזרי שנאמן וכ"כ הרמב"ם ע"כ וז"ל ומשמע מדבריהם שאם יש פס"ד בידו אינו נאמן לומר פרעתי וכיון שכן לא ידענא למה כתב רבינו ואפי' אם יש פס"ד וכו' וכ"כ הרמב"ם ז"ל דהא הרמב"ם ז"ל אינו נאמן קאמר יעו"ש ומור"ם ז"ל בתשו' סי' ל"ח אות ו' רצה לתרץ וז"ל ונ"ל דס"ל להטור דהא דאין כותבין ונותנין לאו מטעם דאינו נאמן אח"כ לומר פרעתי רק מאחר שנאמן לומר פרעתי כבר למה יכתבו לו פס"ד וכן אנו צריכים לפרש דעת המרדכי שהביא להסמ"ג שהם כהרמב"ם ז"ל שם כדברי ראבי"ה ז"ל וכמ"ש הטור מדברי הרמב"ם אלא ודאי כמו שפרשתי עכ"ל.

ואני שמעתי ולא אבין דאיך אפ"ל דדעת רבינו ז"ל אף דאית ליה שטר למלוה אפי"ה מצי לטעון פרעתי ומה שאין כותבין שטר למלוה בשולחו אחריו הוא משום שכיון שנאמן לומר פרעתי כבר למה יכתבו לו דהא בו בפרק בהל' ג' פסק רבינו וז"ל בד"א במטלטלין אבל אם הודה בקרקע אפילו בפני שנים וכו' הרי אלו כותבין ונותנין שאין כאן לחוש שמא יתן לו ונמצא תובעו פעם ב' ע"כ הרי להדיא שדעת רבינו הוא משום שמא יפרע

פעם ב' ומינה מ"ש רבינו בתר הכי שמא פרעו ר"ל ויבא לגבות פעם ב' וכמבואר וא"כ תימה על הרב ז"ל איך לא הביט בדברי רבינו איברא דגם על הש"ך בסי' ל"ט ס"ק כ"ג שכתב וז"ל ומ"מ קשה לי על הרב ז"ל שלא תירץ עדין קושית מרן ב"י וגם המרדכי לא נתיישב בתירוצו שבדרכי משה דנהי דאין מוכח מדברי הרמב"ם בהיפך מ"מ מנא להו להטור והמרדכי להוכיח מדבריהם דילמא כונתם כפשוטו דאין כותבין משום דשוב לא יהיה נאמן לומר פרעתי וכן קשה על הרב שארית יוסף עכ"ל ותימה דהא לפי מ"ש יפה מוכח להיפך מדברי רבינו וכעת צריך ישוב.

ונמצינו למדין לדעת רבינו דכל ששלחו אחריו עד שבא אינו יכול לטעון פרעתי וכותבין לו שטר ולדעת הרי"ף כל שיצא מבי"ד בסרבנות אין יכול לטעון פרעתי וכ"כ הבעל התרומות שער י"ב ח"ב בשם הראב"ד כל העמדה בדין לאלתר הוא דמלוה בשטר וכו' או שיצא מבי"ד בסרבנות ושמתוהו בכל אלו כותבין למלוה בלא דעת הלוה ואם טען אח"כ פרעתי אינו נאמן מפני שהוא כגוף השטר ועל דרך זה מתיישב מה שאמר רב זביד בתחילת דבריו שנאמן לטעון פרעתי ובסוף דבריו אמר כשאמרו צא תן לו ואמר פרעתי אינו נאמן עכ"ל והקשה עליו הרב גדולי תרומה דמה היה קשה לר"ז דעל דרך זה יתיישב והניחו בצ"ע ולענ"ד נ"ל דהיה קשה על ר"ז דמנא ליה לומר כי אמר פרעתי והעדים מעידים שלא פרע שאינו נאמן דילמא פרע ליה ללוה בתר הכי שלא בעדים וא"כ כי אמר פרעתי ליהוי נאמן דומיא דרישא דכי אמר ליה צא תן לו ואמר פרעתי דנאמן דכוותא נמי הכא אלא דצ"ל דלא דמי דכיון שזה העיז פניו נגד העדים כי פרע תו לא פרע אלא בעדים וכמ"ש רש"י ומעתה מאחר שזה הביא עדים שלא פרעו משעת העמדה בדין וכו' תו לא מצי לומר פרעתי לאפוקי לדעת רש"י ז"ל דס"ל דאף שלא הביא עדים שלא פרעו כל שהביא עדים שלא רצה לפרוע כבר אף שאפשר לומר דבתר הכי פרע ליה אפילו הכי אינו נאמן עד שיפרע לו בעדים ולאפוקי זה כתב דדוקא אית ליה עדים שלא פרע הוא דאינו נאמן אבל בלא"ה נאמן ולזה אמר ובזה נתיישב הא דרב זביד.

וראיתי להט"ז בסי' ל"ט שהקשה להטור וז"ל הטור ז"ל כתב בשם התוס' דאף במקום שנאמן לומר פרעתי טורף מן הלקוחות וכ"כ הב"י בסי' ע"ט בשם הראב"ד ז"ל משעת העמדה בדין יש לו קול ואם חייב מודה מצי טריף מהלקוחות וקשה לי היאך טריף מהלקוחות יאמרו הם שמא פרע וקנונייא הם עושים עלינו כמ"ש הטור בשם הרמב"ם בסי' ע"א סל"ו בשטר שהאמינו מלוה ללוה לומר שנפרע ובאמת שמצינו עוד ראיה מדברי התוס' בפ' איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ב ע"א) ד"ה אמר אביי וכו' דאע"ג דלא הוי שטר אלא על פה טורף מהלקוחות ודוחק לומר דפליגי על הרמב"ם ז"ל ותו דכלל

הוא בידינו אין אדם נאמן בהודאתו במקום שחב ונראה לפי קוצר ענ"ד לומר דמיירי שהודה בשעת שהיה לו בני חורין ואותה שעה א"ל מלוה ללוה אל תפרעני אלא בפני עדים עכ"ל וכדברים האלה כתב הש"ך בסי' ע"ט סק"ל ונסתייע מההיא דפסק רבינו בפ' ט"ו מהל' מלוה ומהטור בסי' ע"א יעו"ש.

ולענ"ד לא זכיתי להבין דבריו והוא במה שהביא מדברי רבינו ומהטור דחיישינן לקנונייא דלא דמי דהתם שאני משום דכתב ליה נאמנות וכל כי האי דמי לנפל דאיתרע דכיון שהאמינו לגבי שיכול לומר פרעתי נמצא שאין כח ביד השטר כי אם על פה הלוה שאם לא ירצה הלוה לקיים את השטר אינו כלום ומשו"ה לגבי לקוחות מוקמינן ליה בריעותיה ולא יגבה לקוחות וראיתי שכן כתב הש"ך שם ס"ק מ"ז וז"ל דשאני הכא כיון שנתן ללוה נאמנות איתרע ליה וכו' יעו"ש הרי להדיא דהתם גבי נאמנות לא משוינן לשטרא לגבות מלקוחות ואפשר דמשו"ה חיישינן לקנונייא וא"כ מאי קשיא ליה להש"ך מהתם ונראה דזה מוכרח לומר דאל"כ תקשי דברי הטור אהדדי דבסי' ס"ה סעיף ה' הביא משם אביו הרא"ש ז"ל וז"ל וכתב א"א הרא"ש ז"ל וראיתי מפרשים שאפילו שניהם מודים לא יוציאם מתחת ידו אלא קרוע דחיישינן לקנונייא ולא נתברר לי דלא חיישינן לקנונייא ולשמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי אלא בשטר שנפל דאיתרע דאיכא למימר משום דאית ביה ריעותא לא נזהר בשמירתו ע"כ ואילו בסי' ע"א סל"ה הביא סברת רבינו דנאמנות חיישינן לקנונייא היפך דעת אביו ז"ל דלא חיישינן לקנונייא אלא היכא דנפל אלא ודאי כדאמרן דגבי נאמנות כנפל דמי וכולהו חד שעורא אית להו ומשו"ה חיישינן לקנונייא אבל אה"נ דבעלמא לא חיישינן לקנונייא.

ואל תשיבני מההיא דכתובות דשטר אמנה דחיישינן לקנונייא אף דלא נפל דפרכינן התם בדף י"ט דקאמר מאן ומשני דקאמרי עדים וכגון שחב לאחרים הרי דאף דלא נפל חיישינן לקנונייא הא לא קשיא לענ"ד דהא הרא"ש ז"ל דלא חיישינן לקנונייא מה יענה לסוגיא זאת אלא ודאי דלא דמי די"ל דהתם נמי דמי לנפל דאי אמרת כדקאמרי עדים א"כ לא היה מעכב השטר בידו עד שעת העמדה בדין כיון ששטר אמנה הוא ולא חייב לו ומשו"ה חיישינן לקנונייא וכמ"ש הר"ב שם בשם הרמב"ן ז"ל וז"ל והרמב"ן ז"ל תירץ דשאני הכא דריע טענתיה וכו' ואינו נאמן לומר אמנה במקום שחב לאחרים אפי' במקום מיגו.

גם מ"ש דדוחק לומר דהטור ז"ל פליג עליה דרבינו דאיך אפ"ל כן דהא הטור ז"ל בסי' ס"ה הביא הך דרבינו דגבי נאמנות חיישינן לקנונייא ואילו בסי' ל"ט פסק הטור ז"ל משם אבי העזרי ורבינו ז"ל דאפי' דאיכא פס"ד ביד המלוה מצי לומר פרעתי ואי

אמרת דהא דחיישינן לקנונייא הוא בכל גווני אם כן אמאי הביא הך דאבי העזרי ורבינו כאן ניחוש לקנונייא וגם רבינו ז"ל דחייש לקנונייא גבי נאמנות אמאי פסק גבי פס"ד דנאמן וליחוש לקנונייא אלא ודאי דלא פליג עליה אלא דמחלק בין נאמנות דדמי לנפל לפס"ד וכדאמרן.

גם מ"ש עוד וז"ל ולענ"ד נראה דמיירי שהודה בשעת שהיה לו בנ"ח לשלם ובאותה שעה א"ל ללוה אל תפרעני אלא בעדים ע"כ וקשה לי דאם איתא דמיירי שא"ל אל תפרעני אלא בעדים א"כ איך כתב ע"ז אבל אם טוען שפרעו נאמן הא כיון שא"ל אל תפרעני אלא בעדים היכי מצי לומר שפרעו ונראה לומר דמ"ש הטור אם טוען שפרעו ר"ל קודם שהודה לו אם אמר שפרעו ואינו חייב לו עתה כלום נאמן וק"ל.

הלכה ח

יש לטוען בבי"ד לחזור ולטעון וכו'. עי' במרן כ"מ ז"ל שהביא תשובת הרשב"א שכתב ע"ד רבינו וז"ל ודעו שלא נאמרו דברים הללו במה שמודה טוען לטעון ושמתחייב עצמו בבי"ד באותה טענה שאי אפשר לטעון ולחזור בבי"ד מחיוב לפיטור אלא מפיטור לפיטור ומפיטור לפיטור נמי דוקא כל שלא באו עדים והכחישוהו לטענתו הראשונה כיצד מחיוב לפטור כגון שטענו מנה לי בידך וא"ל הן ואח"כ חזר ואמר להד"מ אינו חוזר וטוען שהרי הודה במה שטענו הלה כיוצא מנה לי בידך בשטר זה וא"ל מנה שבשטר זה עשרים דנרים יש בו ריבית וא"ל הטוען כן היה אם חזר ואמר לא היה בו רבית אינו נאמן ואפי' באו עדים וכו' אבל מפיטור לפיטור יכול לטעון ולחזור ולטעון כל שלא באו עדים וכו' וזהו שאמר הרב ולא זולת יעו"ש ומביאו ג"כ בב"י סי' פ' יעו"ש.

ומכאן קשה לי במ"ש הרשב"ש סי' תק"ה וז"ל וגדולה מזאת שאפי' אמרה מתחילה לא קבלתים אלא על מה שבשטר בלבד ושתקה וחזרה לומר לא כי אלא על הכל תפסתים היינו תופסים דבריה האחרונים ובטלה דבריה הראשונים שהרי נפסקה הלכה בפ' חזקת הבתים דטוען וחוזר וטוען וכ"כ הרמב"ם בפ' ז' מטוען יש לטעון בבי"ד ולחזור ולטעון וממ"ש בסוף דבריו נראה שאפי' יש בין טענה הראשונה לטענה האחרונה זמן מרובה לפי שהוא כתב ואע"פ שיצא מבי"ד וחזר יש לו לטעון ולהפוך כל טענותיו שירצה עד שיבואו עדים וכו' יעו"ש. והנה מ"ש שאפי' אמרה מתחילה לא קבלתים אלא על מה שבשטר בלבד ושתקה וכו' הרי הודית שמשכונות אלו לא קבלתים לשאר תביעות כי אם על מה שבשטר ולשאר תביעות הוי הך טענה טענת חיוב וא"כ לדעת הרשב"א לדברי רבינו הוי כמי שהודה בשטר שעשרים דינרים שיש בו ריבית ואם חוזר בו לטעון לא היה בו ריבית אפי' מייתי עדים שלא היה בו לא מהימן וא"כ איך כתב שאם חזרה לומר

לא כי אלא על הכל תפסתים היינו תופסים את דבריה האחרונים והביא דברי רבינו לראיה ולפי מ"ש הרשב"א בדעת רבינו לא מיירי רבינו כמו שהוא הבין ולא עוד אלא שלדעת רבינו אפי' שתביא עדים לדבריה האחרונים לא מהני כמבואר.

וכי תימא דלא דמי דהרשב"א לא קאמר אלא היכא דהודה התובע בתחילה לנתבע שיש בשטר זה שתובע בו ריבית דאם אח"כ חוזר וטוען שאין בו ריבית נמצא סותר בפי' מה שהודה בתחילה ובזה אפי' הביא עדים לא מהימן לדעת רבינו ברם בנדון הרב ז"ל שמה שאמרה בתחילה שלא קבלם אלא על מה שבשטר אפשר שאפי' הרשב"א מודה שיכול לחזור ולטעון כיון שלא סתר דבריו הראשונים בפי' להא אמינא דהא ודאי ליתא שהרי בפ' חזקת הבתים ד"ל גבי ההיא דעביד איניש דקרי לשנים טובא שני חזקה כתבו רשב"ם והתוס' ז"ל דאי לאו דלא עביד איניש דקרי לשני טובא שני חזקה אף כי מייתי סהדי דאכלה ז' שנים לא מהימנינן ליה דהא איהו מכחיש להו ומודה שלא אכל אלא שני חזקה דהיינו ג' שנים יעו"ש הרי דשני חזקה היא ג' שנים לא מצי טעין שוב ז' שנים אכלתי דהוי סותר דבריו הראשונים ה"נ בנדון הרב ז"ל במ"ש שעל מה שבשטר תפסתים אם אח"כ אמרה שתפסם על מה שכתוב בפנקס ועל הכל אין לך סותר דברי הראשונים במה שאמרה יותר מזה וכ"ש שאמרה מתחילה לא קבלתים אלא על מה שבשטר בלבד שזה ודאי סותר דבריו הראשונים הוי ועיין במהר"י אדרבי בסי' קכ"ה יעו"ש.

ודע שהטור ז"ל בסי' פ' הביא מחלוקת היכא דטען וחזר וטען ואח"כ באו עדים והכחישו לטענה קמייתא אי סומכים לטענה ב' או לא דלהרמ"ה אין משגיחין יעו"ש במרן ובמהריב"ל ז"ל בח"א דף מ"ט ומהרימ"ט ז"ל בחו"מ סי' ל"ו וראיתי בס' פני משה ח"א סי' ס"ז שהביא תשו' מהר"י קצבי ז"ל ומקהי אקהיתא ופי' דברי רבינו בזה האופן דדוקא כשבאו עדים קודם שהוחזק כפרן ע"פ עדים ומתוך כך חזר בו אז אינו יכול להשיאה לטענה אחרת ואפי' שיביא עדים לדבריו וכדברי רוב הפוסקים לאפוקי היכא דלא אתו סהדי עד לבתר דטען טענה בתרייתא דאז נהי דלא מהימן בדבוריה מ"מ אם הביא עדים מהני וכדברי הרמ"ה ז"ל ובהכי ניחא לן דגם הרמ"ה הוא מכלל הפוסקים דס"ל דהיכא דהוי חוזר וטוען אפי' מייתי סהדי לא מהני ליה דעד כאן לא קאמר הרמ"ה דמהני אלא היכא דלא אתו סהדי עד דטעין טענה בתרייתא אבל אי אתו סהדי והכחישוהו מעיקרא ומתוך כך חוזר וטוען טענה אחרת יודה הרמ"ה דלא מהימן אף דמייתי סהדי לדבריו ואם לדברי הרבנים ה"ה מרן ומהריב"ל ז"ל וזולתם דס"ל דהרמ"ה פליג אהרמב"ם נמצא דלא מחלק הרמ"ה בין הכחישוהו עדים קודם שחוזר בו להיכא דהכחישוהו לאחר שחזר בו ואם הביא עדים לדברים האחרונים דבריו קיימין וא"כ הוא מלבד הדבר הקשה לענ"ד

לשווי להרמ"ה חולק על דברי רוב הפוסקים עוד אחרת חזות קשה נראה לי בסדר לשון הטור שמביא דברי הרמ"ה בתוך דברי עצמו כאילו הוא מוסכם עמו בדין זה דכתב דברי הרמ"ה וחזר וכתב וז"ל ודוקא דהדר ביה לבתר כדי דיבור כנראה דקאי הטור אמילתיה לומר דהא דאינו יכול לחזור ולטעון דוקא דהדר ביה לאחר כדי דיבור ואילו הטור ז"ל בסי' קמ"ו האריך בההיא עובדא דעביד אינש דקרי לשני טובא שני חזקה כדברי הרא"ש ורוב המפרשים וגם הביא דברי ר"י לפסק הלכה עכת"ד.

והנה אודיע למעיין שמ"ש הרב ז"ל בדעת הרמ"ה דהיכא שבאו עדים ואח"כ חזר וטען דלא מהימן אף דמביא עדים לטענתו כדברי רוב הפוסקים וכו' הנה בעת'ה נדפס מקרוב הרמ"ה ז"ל למס' בתרא ושם ראיתי בסוגיין שכתב בתוך דבריו וז"ל אבל היכא דאתו סהדי והכחישוהו בגווה כהודאה דמייא כמאן דטעין מעיקרא בטענתא דאיחייב בה ממונא והדר וטען מילה דאפשר דלא מקבלינן מיניה לאיפטוריה בגוה אלא בראיה דהא ליתיה למיגו כלל וכו' הרי דעת הרמ"ה דהיכא דטעין מידי ואחייב ביה ממונא אי מייתי סהדי לטענתו שניה מהני וה"ה אם הכחשוהו עדים לטענתו הראשונה דמהני אי מייתי עדים לטענתו השניה ולדעתו ז"ל לא שנא שבאו עדים קודם שחזר מטענתו ולא שנא לאחר שחזר דא ודא חדא היא.

ומה שהקשה עוד דא"כ קשים דברי הטור שמביא דברי הרמ"ה וחזר וכתב ודוקא דהדר בתר כדי דיבור כנראה דקאי הטור אמילתיה לומר דהא דאינו יכול לחזור ולטעון דוקא דהדר ביה לבתר כדי דבור ואילו הטור כתב להא נמי אמינא דהך דינא דבתר כדי דבור הוא מדברי הרמ"ה ז"ל כמבואר שם וז"ל וכולהו נמי לא אמרן אלא דלא הדר מטענתיה קמייתא אלא לאחר כדי דיבור אבל תוך כדי דבור אע"ג דלא קא יהיב אמתלא לטענתיה קמייתא כלל חוזר וטוען ואף על גב דאתו סהדי בתר הכי ואכחשוהו לטענתיה קמייתא לאו הכחשה היא כיון דהדר ביה בתוך כדי דבור כמאן דלא טעין מעיקרא דמי ע"כ הרי דהך דינא דכתב דלאחר כדי דבור אורייתא דיליה דהרמ"ה היא ולא הטור וא"כ אין הוכחה מכאן דמסכים עם הרמ"ה כדי שנקשה מההיא דסי' קמ"ו כמבואר ומן הבא'ר ההיא ממנו ניקח לכל מ"ש הרב פני משה עליה דהרמ"ה ז"ל דא"א לומר כן ודוק.

פרק ח

הלכה ז

מי שהיה בידו מדברים העשוים וכו'. עיין במהרש"ך ז"ל ח"ג ס"י שהקשה על דברי התוס' דפ' הנשבעין דף מ"ו ד"ה וספרא וכו' שכתבו וז"ל ותימה כיון דספרים עשויים

להשאיל ולהשכיר הא דתנן המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גנבה ישבע כמה הוציא ויטול ופריך בגמ' ודילמא איהו אפקיה ומסיק כגון שלנו בני אדם בתוך ביתו וכו' והכל אומרים נגנבו כליו וספריו של פלוני ואמאי צריך כולי האי נהמניה במיגו דאי בעי אמר שאולים הם בידו דאין האחר נאמן לומר לקוחים הם בידי כיון דעשויים להשאיל ע"כ וז"ל יראה מדבריהם דלא קשיא להו אגופא דמתני' דקתני דאם יצא לו שם גנבה בעיר אלא אמאי דשקיל וטרי תלמודא ומסיק כגון שלנו בני אדם בתוך ביתו קשיא להו דאמאי אצטריך לאוקמי בההיא אוקמתא אבל אמתני' דמצריך שיצא לו שם גנבה לק"מ ויראה דאיכא למידק כיון דס"ל להתוס' דמאי דאמרינן אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן היינו דוקא היכא דטעין על איש ידוע אבל כל שאומר שבאו גנבים בתוך ביתו וגנבו ממנו כהאי גוונא ל"א אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן דכמה גנבי איכא בשוקא א"כ אפי' אמתני' גופא הוה מצי לאקשויי דאמאי אצטריך לשם גנבה אע"פ שלא יצא לו שם גנבה דין הוא שלא יהא נאמן לומר נגנבו ממני במיגו דאי בעי אמר שאולים הם בידי יעו"ש.

איברא דבסגנון זה כתב הרא"ש ז"ל שם יעו"ש. ומ"מ נראה לענ"ד בכונת התוס' דעיקר הקושיא אגופא דמתני' היא שלא כדברי הרב ז"ל ולא נקטו מאי דפריך הש"ס ומשני כי אם לאלומי לקושייתא דבלא"ה שפיר נאמן במיגו דהשאלתיה והראיה לזה דבס"פ המקבל הקשה הך קושייא עצמה אגופא דמתני' ממה שלא הביאו רק המתני' וכתבו וז"ל ואמאי יהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר השאלתים לך וכו' הרי דכאן לא קשיא להו אלא אגופא דמתני' ובפ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף נ"ב) בא הדבר יותר מפורש שכתבו וז"ל וא"ת דתנן בפ' הגוזל בתרא המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גנבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול והשתא אפי' לא יצא לו שם גנבה בעיר יהא נאמן לומר שגנבוה במיגו דאי בעי אמר השאלתיו לך וכו' הרי דכאן נמי לא קשיא להו אלא אגופא דמתני' וא"כ על כרחך לומר דמ"ש בהנשבעין אינו אלא לאלומי לקושייתם דהשתא דתלי מילתא ביצא לא אירייא כלל דדילמא איהו אפקיה לקלא כמו שיראה המעיין.

עוד הקשה הרב ז"ל וז"ל ותו איכא למידק במ"ש התוס' עוד דנהמניה במיגו דאי בעי אמר שאולים הם בידו וכתבו דליכא לבטל טעמא דהאי מיגו מטעם דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן מטעם שכתבו ואכתי איכא טעמא אחריתי שאינו נאמן במיגו דאי בעי אמר שאולים הם בידך דהך טענה הוי טענה דהעזה ואין אומרים מיגו מטענה דהעזה לטענה שאין בה העזה וכו'. ולהא נמי אמינא דלא אירייא דהרואה להתוס' בפ' חזקת הבתים הנ"ל עיניו יחזו דיהבו דעתייהו להכי שכתבו בתר הכי וז"ל ואין לומר נמי דלאו מיגו

הוא שאינו טוען ברצון השאלתיו לך לפי שאותו יודע בו שהוא משקר דהא לעיל וכו' יעו"ש ועל כיוצא בזה נאמר דברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר וכנראה דבעת ההיא לא זכר ש'ר להך דברי התוס' שבפ' חזקת הבתים.

ועיין להרב לח"מ שהקשה להטור ז"ל דאית ליה דטענת גנובים אפי' בדברים העשויין להשאיל אינו נאמן כמ"ש בסי' צ' ואיך כתב בהל' חזקה ס"ס קל"ג דלא נראה לו דברי רבינו דודאי השתא הוי בטוען גנובים כמ"ש שם הב"י ע"כ.

ולענ"ד נראה דלא קשיא דהטור הבין בדעת רבינו דבהל' טוען שאולים הם לאותו פלוני שכ"כ בסוף דבריו כיון שהמערער טוען שהשאילם לאותו פלוני ע"כ וא"כ לא חשיב ליה להטור טענת גנובים עיין בש"ך שם ויותר מזה היה לו להקשות לפי דעתו דשם סימן קל"ג לעיל מזה כתב בהיפך וז"ל ואם טוען גנובים הם ממני אינו נאמן אא"כ יצא לו שם ע"כ ומה לו לילך לסימן צ' אלא הדבר ברור כמ"ש וק"ל.

פרק יא

הלכה ד

מפני מה אין אומרים לראובן וכו'. יש להבין במאי דקי"ל במי שהחזיק שני חזקה וטוען אתה מכרת לי ואכלתי שני חזקה אי צריך ג"כ שיאמר שטר היה לי ואבד או דלמא אפי' שיאמר לא היה לי שטר מעולם דחזקה במקום שטר קאי.

וראיתי בתשו' הרשב"ש ז"ל סי' ד' שכתב בתוך התשובה וז"ל וצריך טענה אתם מכרתם לי או אתם נתתם לי במתנה צריך בחזקה זו ג' שנים שכל חזקה שהיא בטענה צריך ג' שנים וצריך שיאמר שטר היה לי ונאבד דטעמא דחזקה הוא דעד תלת שנים מזדהר איניש בשטר כדאיתא בפ' חזקת הבתים וכו' יעו"ש הרי דכתב דצריך שיאמר שטר היה לי ואירכס וכן ראיתי בס' מחנה יאודה בסי' קמ"ו סי"ד דרצה לדקדק כן מדברי הטור ז"ל שם וז"ל ואפשר לדקדק מדבריו דדוקא בכהאי גוונא שטוען שטר הו"ל ואירכס אבל אי טעין אתה מכרת לי בלא שטר אינו נאמן דלא עביד איניש דלוקח קרקע בלא שטר ואנן סהדי דשקרא קא טעין ואף דאית ליה מיגו דמצי אמר שטר הו"ל ואירכס מ"מ השתא דלא הו"ל שטר מעולם הו"ל מיגו במקום חזקה דאנן סהדי דלא שדי איניש זוזי בכדי ליקח קרקע בלא שטר וכו' ומיהו מסתמיות כל הפוסקים משמע דליתא להאי דינא ולשון רבינו י"ל דאורחא דמילתא נקט והשתא ניחא הא דקתני במתני' אתה מכרת לי דפשיטא דבכהאי גוונא מהני דאל"כ תו לא משכחת לה אלא דאתא לאשמועינן דאף דקא מודה דמעולם לא הו"ל שטרא מהימן ויש עוד לישב עכ"ל.

אמנם אני בעניותי מצאתי הדבר מפורש בגדולי הפוסקים הלא הוא הרמ"ה בשיטה למס' בתרא בפ' גט פשוט (בבא בתרא דף קס"ט) סי' צ"ה וז"ל ואפי"ה שמעינן מינה אפי' למ"ד אין אותיות נקנות במסירה דמאן דאכיל ליה לארעא שני חזקה וטעין דמזבנא זבנא אע"ג דלא נקיט ליה שטרא בידיה ולא טעין נמי שטרא הו"ל ואירכס לא אמרינן כי מהניא ליה חזקה היכא דאיכא למימר שטרא הו"ל ואירכס מטעמא דטפי דתלת שני לא מזדהרי איניש בשטרי אלא אע"ג דלא זבין מיניה בשטרא כיון דטעין דזבנא מיניה בחד מאנפי הקנאה דמהנייא בזביני מהנייא ליה חזקה דהא הכא דלמ"ד אין אותיות נקנות במסירה ואי שטרא דנקיט מחזיק כמאן דליתי דמי ואיהו נמי לא קא טעין דזבין מניה בשטרא אחרינא ואפי"ה מהני ליה חזקה ע"כ ובסברא זאת החזיק הרב ז"ל עוד לקמן בסי' צ"ז וז"ל ומהא נמי שמעינן דמאן דקני ארעא בחד אנפי הקנאות אע"ג דלא הו"ל שטרא מעולם ולא טעין שטרא הו"ל ואירכס מהנייא ליה חזקת ג' שנים לאוקמא בידיה דהא הכא אליבא דמ"ד עדי חתימה כרתי האי שטרא כמאן דליתי דמי ואפי"ה מהני ליה חזקה ונידון בחזקה וכדאמרינן לעיל עכ"ל יעו"ש ודוק.

פרק יב

הלכה א

אבל שדה הבעל ושדה האילן אינה מיום ליום אלא שכיון שאכלו שלש תבואות ממין אחד הרי אלו כג' שנים וכו'. דעת רבינו כדעת ר"ח דמחלק בין שדה בית השלחין לשדה הבעל וכמ"ש הטור ז"ל בסי' קמ"א וז"ל והרמב"ם כתב ששדה הלבן ושדה האילן א"צ מיום ליום אלא כיון שאכל שלשה תבואות הוי כג' שנים וכ"כ ר"ח והרמ"ה וכו' והוא כפי מ"ש הרמב"ן ז"ל בחי' בדעת ר"ח דבתחילה הביא פי' דקל דיופרין שמוציא שני פירות בשנה ולשמואל הוי חזקה ודחה אותו מירושלמי דמוכח דשמואל בעי אכילה של ג' שנים וכו' ועוד מביא לשון אחר שפי' ר"ח דקל שמשיר פירותיו ופי' וז"ל ונראה שהם התמרים הנושרים שאינם מתבשלין באילן והן מתמתקים בחמה באילן עצמו אחר שנתלשו או בשדה כמו שהזכירו בפסחים ולרב דאמר ג' שנים שלמות בעינן כיון שנשר קודם וצריכין לקרקע למתקן בחמה בין הכיפין והשיצין לא עלתה לו חזקה עד גמר בשולו בשדה ולשמואל משיכנס לבית הרי זו חזקה שזו היא גדירתן של אלו ע"כ.

נמצא דבין לפי' דקל דיופרין בין לפי' דקל שמשיר פירותיו לר"ח לא בעי לשמואל ג' שנים מיום ליום שלא כדעת רשב"ם שפי' דלפי' דקל שמשיר פירותיו בעי שמואל ג' שנים מיום ליום שלדעתו ז"ל אין הכרח בדברי ר"ח כמאן מהפי' נקיט לדינא והטור

נמשך למ"ש הרמב"ן ז"ל ונראה לענ"ד שלזה כיון מרן שכתב ור"ח פי' דקל שמשייר פירותיו והרמב"ן בחי' ביאר דברי ר"ח עיין עליו ע"כ דהכונה דהטור שכתב שר"ח סבר כרבינו שא"צ מיום ליום הוא לפי מה שפי' הרמב"ן. ומעתה קשיא לי טובא למ"ש להרב ב"ח ז"ל אבל הרמב"ם תופס עיקר פי' בתרא של ר"ח ותימה מנ"ל הא לרבינו דר"ח ס"ל פי' בתרא עיקר דמפי' רשב"ם ז"ל וכן מדברי הרמב"ן בחי' שמביאו פי' ר"ח נראה שלא הכריע כאחד מהפירושין ע"כ ולא באתי אל כוונתו דאיך משוה פירוש רשב"ם עם הרמב"ן דהא להרמב"ן בין לפי' דקל דיופרין בין לפי' דקל דמשיר פירותיו לכולהו פרושי לא בעי מיום ליום וכמבואר ומאי הבין בדבריו ולומר דהבין שהכונה היא אחר ג' שנים זה אינו לפי מאי דס"ל להרמב"ן דאפי' לרב לא בעי מיום ליום ויפרש דברי ר"ח בהיפך דאפי' לשמואל לא סגי בלא ג' שנים והכחידה תחת לשונו זה קשה מן הראשונה וכעת דבריו צריכין לי ישוב ומיהו בהא דהקשה הרמב"ן לר"ח למאי דמפ' דקל דיופרין ממאי דאמרו בירושלמי אמר שמואל זו דברי ר' ישמעאל אבל חכמים אומרים ג' שנים קציר ג' שנים בציר ג' שנים מסיק פי' ג' שנים יקצור את תבואתו וימסוק את זיתיו ויבצור את ענביו אלמא ג' שנים בעי ע"כ. נראה דאפ"ל בדעת ר"ח דס"ל כמ"ש רבינו יונה בעליותיו הביאו הר"ב ז"ל וז"ל אי ק"ל הא דמשמע בגמ' דלרבנן אכלה תלתא פירי בתלתא ירחי לא הוי חזקה ומ"ש מדקל נערה לא קשיא כיון דשאר דקלים אין עושין פעמים בשנה זו שעושה פעמים בשנה הרי היא עומדת במקום ב' שנים ע"כ וא"כ אמור מעתה שזה הוא היתה כוונתו.

וראיתי למרן החבי"ב ז"ל שם בהגה"ט אות ג' שכתב וז"ל אמנם יש לתמוה על מהרש"ח ז"ל היכן ראה בדברי רשב"ם דהלכה כרב דבעי ג' שנים שלמות ומיום ליום שרשב"ם לא כתב אלא ולפי הלשון הזה אפי' שמואל לא בא לגרוע מג' שנים והכי קי"ל ע"כ ולשון זה מתפרש והכי קי"ל כשמואל וכו' יעו"ש וקשה טובא דבאמת כן הוא ברשב"ם בפי' דפסק כרב שכתב בדברי רב וז"ל זו דברי ר' ישמעאל ור' עקיבא וכו' אבל חכמים אומרים חזקתן ג' שנים בכל דבר מיום ליום ואלייבייהו דהני רבנן פרישנן בה פירקין דטעמא דג' שנים וכוותייהו דהני רבנן אליבא דרב קיימי כדמוכח בסוגיא דמכילתין וכו'. הרי דעת רשב"ם בבירור דפסק כרב וצ"ע. שוב ראיתי בס' מחנה יאודה הנדפס מקרוב שהקשה כן. ועוד הקשה במ"ש בדברי רשב"ם והכי קי"ל מתפרש והכי קיי"ל כשמואל וכו' לא ידעתי מה הוא הכוונה דאף אם נאמר דקאי לשמואל היינו דוקא בסוג מעשה החזקה דמי שהחזיק בשדה של דקל נערה שמשיר פרותיו דלא החזיק אפי' בג' שנים אבל בזמן החזקה לא נחלקו דבעינן מיום ליום דלכו"ע בעינן מיום ליום. ועוד כתב שאפי' זה אינו

מדברי רשב"ם אלא מלשון ר"ח אבל רשב"ם אפשר שסובר דהלכה כשמואל וכו' וקשה דא"כ נמצא דר"ח הכריע בין ב' הפירושין וסובר דלא פליגי בזמן החזקה דבעינן מיום ליום ואיך כתב הטור ז"ל וכ"כ ר"ח בדעת רבינו ואינו כן לפי דברי רשב"ם היפך מה שרצה לתרץ הוא בתחילת דבריו ועוד יש להקשות עליו כמו שיראה המעיין ודוק.

הלכה ב

טען בעל החצר וכו'. כתב הטור ז"ל בסימן ק"מ דאף בעדות השכנים אם יוסיף לטעון ראיתיו שיצא בלילה אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה וכו' וראיתי להרב מחנה יאודה הנדפס מקרוב שהקשה להטור דא"כ בעובדא דשכוני גוואי אמאי קאמר רבא דמוקמינן בידא דלוקח עד שיביא ראיה המערער דבשכוני גוואי הוה אמאי לא מהימן בטענתיה במיגו דאי בעי טעין אני ראיתיו יוצא בלילה דהא התם על כרחך לא מיירי אלא בעדות השכנים דאי בעדות השוכרים וכו' אלא ודאי דלא מיירי בעדות השוכרים אלא עדות דעלמא או בעדות השכנים א"כ כי טעין בשכוני גוואי הוה להימניה במיגו דראיתיו יוצא בלילה דבכהאי גוונא לא מהני עדות השכנים וי"ל וכו'.

ולענ"ד נראה לישב דמיגו כי האי הוי מיגו להוציא דרבא ס"ל דכל שהחזיק ג' שנים ויש לו עדים הו"ל מוחזק כנראה מפי' רשב"ם ז"ל יעו"ש וא"כ הוי מיגו להוציא דבהאי מיגו רוצים להוציא הבית מהמוחזק ולאוקמא ביד המערער והרא"ש ז"ל הוא מהסוברים דמיגו להוציא לא אמרינן כמבואר בדברי מרן החבי"ב בכללי מיגו יעו"ש.

עוד כתב הטור לקמן משם ר"י ז"ל בס"מ וז"ל וכתב עוד שאם יטעון המחזיק בבי"ד קודם שיבא המערער יעידו לי השוכרים בפניכם לפי שאם יבא שום אדם לערער שוב לא יהיו השוכרים כשרים כיון שפרעו לי השכירות טענתו טענה ולא הוו נוגעין בעדות כיון דלא הוה מערער קמן וכו' יעו"ש וראיתי להרב ט"ז שם שהקשה וז"ל אלא דקשיא לי במ"ש הטור כיון שאין המערער לפנינו מ"ש מסי' ל"ו ס"ו בטור בדין לוקח ראשון לא יעיד לשני וכתב הב"י בשם ר"י ז"ל הטעם דחייש לוקח ראשון שמא קרקע בגזלה היא והיום או למחר יבא הנגזל וכו' וכ"ש כאן שהשוכרים רואין שזה המחזיק גובה מהם עדות על כרחן בודאי יודע הוא שיש לו תביעה מן המערער והם מרגישין בזה ויעידו עדות שקר שלא יצטרכו לשלם השכירות וצ"ע עכ"ל. ולפום ריהטא יש להשיב דלא דמי דשאני התם דזה לוקח ראשון כיון שרואה שיצא המערער דגזלה לוקח שני מחמת מוכר שפיר איכא למיחש דלוקח יחוש אף על שלו שמא יצא מערער דגזלה ורוצה להעמידו בידו ומשו"ה אינו מעיד אא"כ אית ליה למוכר או ללוקח שני קרקע אחר דכולי האי לא חייש אבל כאן דאין מערער אלא שחושש המחזיק שמא יבא מערער ויערער והוא רוצה

להיות בטוח בקרקע משום הא מי זה אמר דחיישי העדים להעיד על מה דלא חזו ומאי כל שכן איכא.

ברם קושטא דמילתא הוא דר"י ז"ל עיקר ראייתו הוא מהתם וכמו שמביאו הר"ב בשיטה מקובצת בסוגיין וז"ל הרשב"א ומו"ה פי' לייתו וליסהדו לי דאתא לאוסופי וכו' ואע"ג דלא נקטי אגרא בידייהו כיון דאין כאן מערער לא חשבינן נוגעין בעדותם דלא חיישינן במה דלא חזו וכאותה שאמרו לקמן בפירקין לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחריתי ואין מחזיקין אותו בנוגע בעדותו אע"פ שאין ידוע כמה המוכר חייב מפני שאין אדם חושש ממערער שאינו ידוע וה"נ לא שנא ע"כ הרי להדיא דטעמא דמילתא דהתם לדעת ר"י ז"ל לאו משום דשמא יביא מערער שהמוכר גזלה כדי שנאמר ה"נ ניחוש שמא מרגישין העדים שיש מערער ויעידו עדות שקר כדי שלא ישלמו שנית וכדברי הרב ז"ל אלא היינו טעמא משום שמעמידה בפני בע"ח וכדפי' רשב"ם וסגי ליה בדאית ליה ארעא אחריתי אע"ג דאינו ידוע כמה חייב המוכר מפני שאין אדם חושש ומתיירא ממערער שאינו ידוע והא דאצטריך שיהיה ללוקח שני או למוכר קרקע אחר מפני שידוע שיש לו בע"ח שכן נראה מדבריו שכתב אע"פ שאין ידוע כמה חייב המוכר וכו' כנראה דס"ל דטעמא דצריך שיהיה קרקע אחר הוא שידוע שיש לו בע"ח ובזה כיון לתרץ מה שהקשה ר"י לרשב"א ועיין להרמ"ה שם ודוק.

הלכה ד

ג"ש שאמרו צריך שיהיו רצופות זו אחר זו וכו'. עיין בהרב המגיד ובגמ' אמרו א"ר חמא מודה רב הונא באתרא דמוכרי באגי והקשו פשיטא ומשני לא צריכא דאיכא דמוביר ואיכא דלא מוביר והאי גברא מוברא קמ"ל דא"ל חד ארעא בכוליה באגי לא מצינא לינטר אי נמי בהכי ניחא לי דעבדא טפי ע"כ וראיתי להרמ"ה ז"ל הנדפס מקרוב שכתב וז"ל ונפק"מ דאי ליכא ארעא דסמיכא ליה דמזדרעא בכל שתא אע"ג דלא מהני בורא בההוא אתרא למעבד טפי מצי א"ל חדא ארעא בכוליה באגי לא מצינא דמינטר ואי אית ארעא דסמיכי ליה ולא מוברי ומהני בורא בההוא אתרא למעבד טפי מצי אמר הכי ניחא לי דעבדא טפי עכ"ל.

והנה הרי"ף ורבינו והרא"ש ז"ל לא הביאו כי אם תירוץ ב' בהכי ניחא לי דעבדא טפי כנראה דבהך תירוצא שייך בכל גוונא ובכל מקום ומשו"ה לא הזכירו תירוצא קמא דחד ארעא בכוליה באגי לא מצינא למינטר דשייך היכא דלא מהני בורות אלא ש"מ דבכל מקום מהני טענת בהכי ניחא לי דעבדא טפי. אמנם מדברי הטור ז"ל בסי' קמ"א הוכיחו דס"ל דאיכא מקום דלא מהני בורות והתם לא מצי טעין בהכי ניחא לי דעבדא

טפי וכמ"ש מרן בס"ג וז"ל וסובר רבינו דלתירוצא קמא כשעומדת בין שדות בורות הוא דאי לאו הכי א"א למיטען חדא ארעא אפי' אם יודע שהיא טובה ואינה צריכה להוביר שייך האי טעמא אבל לתירוץ ב' אע"ג דלא קיימא בין שדות בורות שייך וכיון דאיכא דמוביר טענתיה טענה עכ"ל והרב ב"ח ז"ל שם פי' הדברים ביותר וכתב בסוף דבריו וז"ל ומשמע להדיא דאם ידוע שהיא טובה וא"צ להובירה ועומדת בין שדות שזרועות לא הוי חזקה אם הובירה ע"כ יעו"ש ועיין במהרש"ח בביאורו והביא דבריו מרן החבי"ב ז"ל בהגב"י אות ה' וז"ל ולפי"ז יש לתמוה על הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שלא הביאו תירוץ זה מהרש"ח בביאורו ע"כ אלא דקשיא לי תחילת דברי הב"ח ז"ל שכתב ולמד רבינו מפי' רשב"ם דהני תרי טעמי לצדדים קאמר להו וכו' דמדברי רשב"ם לא ראיתי שום הוכחה דלתירוץ בתרא היכא שהשדה טובה דלא מצי טעין בהכי ניחא לי דעבדי טפי.

וראיתי בס' מחנה יאודה הנדפס מקרוב שכתב דדברי הטור ז"ל וז"ל משמע דס"ל דאיכא נפקותא בין הני תרי טעמי דטעמא דהכי ניחא לי לא שייך אלא היכא שאיננה טובה וכו' ולא משמע כן מדברי הרא"ש דלא מייתי אלא תירוץ בתרא וגם הרמב"ם לא הזכיר טעמא קמא ונראה דס"ל דטעמא דהכי ניחא לא שייך בכל השדה ולא נפק"מ מטעמא קמא ודברי רבינו צ"ע עכ"ל. ות"ם אני איך לא הביט במרן החבי"ב שהביא משם מהרש"ך ז"ל שהקשה כן ועוד ק"ל במ"ש משמע דס"ל דאיכא נפקותא בין הני תרי טעמי וכו' והוא מתורת מרן ז"ל שכ"כ בדברי הטור דאל"כ מה הבין בדברי מרן וכמ"ש הב"ח ז"ל פי' דברי מרן והרב ז"ל יושב ודורש כמשה מפי הגבורה. ומ"מ לענין דינא אשכחנא פתרי לדברי הטור דסברתו היא סברת הרמ"ה ז"ל דמחלק בין ארעא לארעא ואיכא דוכתי דלא מהני לומר בהכי ניחא לי דעבדא טפי וכדכתיבנא ודוק.

הלכה ז

אכלה האב שנה והבן שתים וכו'. עיין בטור ז"ל שכ"כ בסי' קמ"ד וכתב ע"ז מרן החבי"ב ז"ל בהגהות הטור אות א' וז"ל אמר המאסף בדין זה יש ג' סברות הסברה ראשונה היא סברת רשב"ם שכתבו התוס' ברפ"ב דכתובות ובפ' חזקת דצריך שיהיה הבן גדול בתחילת החזקה כשהתחיל אביו להחזיק הסברא הב' היא סברת רש"י והתוס' שם דצריך שיהיה הבן גדול כשמת אביו אף אם כשהתחיל אביו להחזיק היה קטן הויא חזקת וכו' הסברה הג' היא סברת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א דאפי' אם היה הבן קטן אחר שמת האב חזקתו חזקה ויראה שלזה הסכים הנמוק"י בפ' חזקת וכו' יעו"ש. ולענ"ד אחרי המחילה רבה מכבוד רבנותו לא זכיתי להבין דבריו שהרי התוס' שהביאו לרשב"ם בפ"ב דכתובות אינו מענין זו כלל דהתם הוא היכא דאחר מחזיק בנכסי קטן דאין מחזיקין

בנכסי קטן ואפי' הגדיל ומפרש רשב"ם דאפילו התחיל להחזיק בפני אביו ומפרש ר"ת לדעתו לברייתא דקתני אכלה בפני האב שנה ובפני הבן שנה ובפני הלוקח מן הבן שנה ה"ז חזקה דמיירי כשהבן היה גדול כשהתחיל להחזיק זה ולרש"י והתוס' כשהיה גדול בשעת מיתת אביו יעו"ש אבל ברישא דברייתא דמיירי שהקטן מחזיק בנכסי אחרים והתחיל אביו להחזיק שנה בזה לא דבר רשב"ם ואפשר דס"ל כדעת רבינו דמחלק בין אחר המחזיק בנכסיו דלא מהני אפי' שהתחיל בחיי אביו ובין הוא המחזיק בנכסי אחר היכא שהתחיל אביו להחזיק וכמ"ש הרב המגיד בדין שלפנינו. ולא עוד אלא דאפשר דס"ל כסברת הרמב"ן והרשב"א דאפי' שלא התחיל אביו להחזיק שנה אלא מיניה וביה התחיל להחזיק מהני ליה חזקת ג' שנים וכמ"ש הרה"מ בפי"ג ועיין בלח"מ וכן נמי קשה במ"ש עוד בסברא ב' בעד רש"י ותוס' קשה בהכי שהתוס' לא דברו מזה כלום וכן נראה להוכיח מדברי הרה"מ ז"ל בפי"ג שהביא סברא זאת בשם קצת המפרשים דלא מהני חזקת קטן אפי' בא מכח אביו וסברת הרמב"ן והרשב"א דסוברים דחזקת הקטן הוייא חזקה ושרבינו מחלק בין בא מכח אביו דמהני לבא מכחו יעו"ש ואילו לסברת רשב"ם לא הזכיר מוכרח דמהא ליכא למשמע מידי. וא"ת היא גופא תיקשי למרן ז"ל שבדין זה מביא להתוס' ורשב"ם ומה ענין זה לזה אמינא דגם על מרן יש להקשות כן וכמו שכן ראיתי למרן החביי"ב ז"ל במהדורא בתרא שהקשה משם מוהר"א מוטל ז"ל בתשו' כת"י והוא ז"ל יצא לישע מרן ותירץ בתירוץ ב' דהנכון הוא דט"ס הוא שהביאו בסעי' ג' ושייך לקמן בסעיף ד' והעד על זה שבס"ד לא נזכר דברי התוס' כי שם ביתו אלא ודאי שמרן ז"ל בס"ד אמרן יעו"ש והרואה יראה דתירוץ זה לא שייך למ"ש הוא במקום אחר אם לא שנאמר שהרב ז"ל בו בפרק היה סבור בדעת מרן ב"י דלרשב"ם ה"ה בקטן המחזיק בנכסי אחר דכי אהדדי נינהו ולזה כת' ג' סברות ומ"מ אם איתא להא איך לא הרגיש במ"ב מזה ובפרט דמה שהליץ בעד מרן ז"ל לא יגהה מזור למ"ש הוא ז"ל והדבר צ"ע.

הלכה ח

אכלה בפני האב וכו'. כתב הרב המגיד משם הרשב"א ז"ל שא"צ מכירה בשטר וכן נראה מדברי רבינו שלא הזכיר שטר ועיין במרן כ"מ ז"ל שכתב שנעלם מעיני הרה"מ ז"ל מ"ש רבינו בפט"ו מהל' אלו וכו' ועיין בהרב לח"מ שם מה שהליץ בעד רבינו והרשב"א יעו"ש. והטור בסי' קמ"ד הביא משם ר"י דאם מכר המערער בלא שטר הוי מחאה כדעת רבינו והרשב"א וכתבו הרב ב"ח והפרישה דמהרש"ל ז"ל הגיה רבינו יונה והטעם משום דר"י ס"ל בהיפך כמ"ש התוס' בד"ה ואי ס"ד וכו' יעו"ש ועיין למרן החביי"ב ז"ל בהגה"ט אות ב'.

ואנכי הרואה לרבינו יונה ז"ל הביאו הר"ב בעל השיטה מקובצת בסוגיין בדף ל"א וז"ל אכלה שבע אין לך מחאה וכו' עלה בידינו א"ל ראובן לשמעון וכו' באיזה מכירה אמרו דהוי מחאה במכירה בשטר שהיא בפרהסיא והקול נשמע ויש למחזיק להיזהר בשטרו אבל במכירה בעדים אינה בפרהסיא כל כך כמו מחאה ואין הקול נשמע כדי שיזהר המחזיק בראייתו לפיכך צריך הלוקח למחות עד שלא יגמור המחזיק ג' שנים באותה שדה ואם לא מיחה בידוע שהיה ברור לו שזה המחזיק לקחה מתחילת הזמן שהחזיק בה קודם מקחו של זה ע"כ. ונראה דמ"ש עד שלא יגמור המחזיק ג' שנים באותה שדה וכו' היינו לומר משהתחיל להחזיק באותה שדה הרי דלא מהני מכירה בעדים לדעת רבינו יונה ולא לומר מ"ש הרב לח"מ בדעת רבינו שהשטר הוא דלא מהני לחזקת דבתר לקיחת המערער כמבואר.

וראיתי בס' מחנה יאודה הנדפס מקרוב בסי' קמ"ו סל"ב שעלה ונסתפק בדעת רבינו יונה ז"ל וז"ל ויש להסתפק בדין זה דאפשר דעד כאן לא אמרו הר' יונה ז"ל אלא דוקא במתרץ דיבוריה ואומר שני חזקה טובא קאמינא שזה סותר דבריו הראשונים לגמרי דקאמר ג' שנים אך אם מתרץ דבוריה ג' שנים דקא אמינא היינו לומר קנייתי קדמה לקנייתך ג' שנים דנמצא דזה שבע שנים שהקרקע בידי ואפשר דמהימן יעו"ש שלא הכריע ועיין בשיטת הרמ"ה שכתב בפשוט בסוגיין דמהני וז"ל וכ"ש היכא דא"ל מי סברת שלשה שנים דבתר זביני דידך קא אמינא אנא ג' שנים דמקמי זביני דידך קאמינא דלא קא הדר ביה מטענתיה קמייתא כלל וכו' יעו"ש.

הלכה יח

וכן האוכל כל פירות האילן וכו'. עיין בהרב המגיד שכתב וז"ל ועיקר הפי' דנהרדעי הוו סברי שאע"פ שהקונה ב' אילנות וא"צ לומר אחד אין לו קרקע זהו תחתיהן וביניהן וחוצה להן אבל מקום האילן קנוי לו לשטוח בו פירות או לחפור בו וכו' ולזה הפי' הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל והוא דעת רבינו ורבו ז"ל ע"כ וכתב הרב לח"מ ז"ל דהרה"מ ז"ל בא לאפוקי מפי' רשב"ם שפירש דנהרדעי סבירא להו דאם מתו יטע אחרים תחתיהם ומפי' התוס' שפי' דהיינו שלא יוכל המוכר לחפור תחתיו לכך כתב שהעיקר כפי' ג' שיש לו כח לקונה לשטוח בו ולא כפי' רשב"ם ותוס' ז"ל אי נמי כונת הרה"מ ז"ל כדברי רשב"ם ואתא לאפוקי מפי' התוס' ומ"ש לשטוח בו פירות ה"ה ליטע אחר תחתיו דמאי שנא הא מהא וכו' יעו"ש.

ולענ"ד אחרי המחילה רבה אין נראה בכונת הרב המגיד דס"ל לרבינו כפי' רשב"ם ז"ל דהא עלה מסיק ולזה הפי' הסכימו הרמב"ן והרשב"א והרואה להרמב"ן בחי' עיניו

יחזו שפי' כמ"ש הרה"מ ובתר הכי הביא פי' ר"ח ורשב"ם ז"ל וכתב וז"ל ולא דייק לן כלל דא"כ קשיא מתני' דקתני בה ואם מתו לא קנה קרקע ומתניתא תנא ואם מתו לא יטע אחר תחתיו כדאיתא בפ' הספינה ושויתינהו לנהרדעי טוען בדבר משנה ותו דרבא גופיה ליקשי עלייהו ממתני' הנ"ל וכו' יעו"ש וגם הרשב"א ז"ל הביא פי' ר"ח ורשב"ם והקשה עליהם ממתני' הנזכרת ופי' כמ"ש הרמב"ן ז"ל והביאו הרב בשיטה מקובצת וא"כ איך יתכן לומר דמ"ש הרה"מ ז"ל לשטוח בו פירות דה"ה ליטע אחר תחתיו ושלזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל והם בעצמם דחו זה הפי' אלא ודאי הוא כמ"ש מעיקרא. ומ"ש הרה"מ בסוף דבריו והוא דעת רבינו ורבו ז"ל עיין בס' מחנה יאודה בסימן קמ"א הנדפס מקרוב מה שהקשה ע"ז.

ודע דהרשב"א כשהקשה עליה דרשב"ם ממתני' דהקונה ב' אילנות לא קנה קרקע וכו' כתב וז"ל ואפי' ר"מ דפליג התם ואמר קנה קרקע מודה הוא דאם מתו אין לו קרקע דההיא דברי הכל היא וכו' יעו"ש וקשיא לי טובא ממ"ש בתוספתא בפ"ד וז"ל הקונה אילן אחד בתוך של חבירו ה"ז לא קנה קרקע וכו' קנה ב' קנה קרקע וכו' נקצץ האילן או שיבש הקרקע של בעל האילן דברי ר"מ וחכמים אומרים לא קנה לא קרקע ולא את האילן עד שיקנה ג' קנה ג' קנה קרקע נקצץ האילן או שיבש הקרקע של בעל האילן יעו"ש הרי לר"מ מפליג בין אחד לשנים דבאחד לא קנה קרקע ובשנים קנה ואם נקצץ או שיבש הקרקע של בעל האילן ובודאי שהכונה הוא ליטע אחר תחתיו דומיא דקנה ג' לחכמים ואיך כתב הרשב"א דבשנים אפי' לר"מ לא יטע אחר דההיא דברי הכל היא ולא זכר מהך תוספתא אם לא שנאמר דקנה קרקע דר"מ לאו כקנה קרקע דחכמים דלר"מ הוא למשטח ביה פירי וכיוצא ולחכמים אפי' ליטע אחר במקומו והוא דוחק.

ומ"מ לא תעזוב נפשי לשאו"ל להי"מ שהביא שם בתוך דבריו וז"ל וי"מ דנהרדעי כר"מ ס"ל דאמר הקונה ב' אילנות יש לו קרקע ולא ליטע אחר תחתיו קאמר אלא למשטח ביה פירי או לחפור בו בור ומערה אלא דאתו נהרדעי לאשמועינן דר"מ לאו דוקא ב' קאמר אלא אפי' אחד ואמר להו רבא דלא דאפי' ר"מ לא אמר אלא ב' אבל בא' לא וכו' יעו"ש. ומהך תוספתא דכתיבנא נראה דלא כוותייהו דהא קתני אילן אחד בתוך של חבירו לא קנה קרקע כל שתחתיו וחוצה לו כמלא אורה וסלו וזה אינו רשאי לזורעה קנה ב' קנה קרקע וכו' נקצץ או שיבש הקרקע של בעל האילן דר"מ וכו' הרי להדיא דקא מפליג ר"מ גופיה בין אחד לשנים דאפי' אם נאמר דמ"ש הקרקע של בעל האילן ר"ל למשטח ביה פירי או לחפור בו בור שיח ומערה אבל ליטע אחר תחתיו מודה להו לרבנן דלא יטע וכדכתיבנא לדעת הרשב"א מ"מ תיקשי להו לנהרדעי איך מצו למימר דבקנה אילן

אחד נמי קנה קרקע לר"מ דהא מהך תוספתא נראה בהיפך דקתני לא קנה קרקע וגם לרבא קשה דמה להקשות מסברא בעלמא תיקשי ליה מהתוספתא וכמו שהקשו הרמב"ן והרשב"א עליה דר"ח ורשב"ם ז"ל ודוק.

פרק יג

הלכה ט

ובן שפירש מאביו ואשה וכו' הרי הם כשאר כל אדם. עיין בהרב המגיד ז"ל וראיתי להרמ"ה ז"ל בפ' חזקת הבתים סי' ר"ח שכתב וז"ל ואפי' לא פירשו זה מזה נמי דוקא גבי אב ובן אבל שאר אינשי אע"פ שדרין כאחד ומשאן ומתנן כאחד ואוכלין על שלחן אחד קפדי אהדדי הלכך מחזיקי אהדדי דאי לא תימא הכי למה לי למינקט האב והבן לשמועינן בשאר אינשי וכ"ש באב ובן אלא מדנקט אב ובנו ש"מ הני דמערבי דעתייהו טפי ומחלי אהדדי טפי אבל שאר אינשי אפי' אחים נמי לא עכ"ל ונראה לענ"ד שזה הוא דעת ר"י ברצלוני ז"ל שהביא הטור בסי' קמ"ט סל"ז וז"ל כתב ר"י ברצלוני ז"ל האחין שאוכלין על שלחן אחד וכיס אחד לכולם הא מילתא ליתא בגמ' ומדאמרינן באב ובן ואשה שנתגרשה הרי הן כשאר כל אדם משמע באחין בין חלקו ובין לא חלקו הרי הן כשאר כל אדם אבל משקול הדעת יש לנו וכו' יעו"ש דכונתו ממש כמ"ש הרמ"ה ז"ל דלא מיירי באחין שיירשו את אביהן אלא שמשאן ומתנן ביחד ואוכלין על שלחן אחד ואפילו בחיי אביהן והחזיק בנכסי חבירו בידוע שהיה שלו לבדו וטוען שמכרה לו אלא שכתב דמשקול הדעת יש לנו לדקדק שקרובים להיות כאב ובן. ואחשוב שדעת בעהע"ט שהביא הטור שם בס"ב וז"ל וכתב בעל העיטור ז"ל דאחין אינן כשותפין ומחזיקין זה על זה ע"כ היינו ממש סברת הרמ"ה ז"ל ואין ביניהם כמלא נימא דמיירי שאוכלין על שלחן אחד ומשאן ומתנן כאחד ואפ"ה מחזיקין זה על זה ומדיוקא דדייקי הרמ"ה והר"י ברצילוני ז"ל הוציאו ודוק.

פרק יד

הלכה ה

הגוי אפי' אכלה כמה שנים אין אכילתו ראיה וכו'. יש לברר מי שלקח קרקע מן הגוי והחזיק ג' שנים ובא בע"ח וטרפה בעד חובו ועתה בא מערער עליה והביא עדים שקרקע זה היתה שלו נחלת אבותיו וטוען שהגוי גזלה ממנו זה כמה שנים וישראל זה הבא מחמת גוי הרי הוא כמוהו ולא מהני חזקה לא מה שאכל הגוי ולא מה שאכל הישראל

אי טענינן ליה למערער בשביל הבע"ח שמא מכרת אתה לגוי כדינו או דלמא כיון דלגבי הלוקח מן הגוי לא מהני כ"ש לגבי בע"ח דידיה ולא עדיף מגברא דאתי מחמתיה.

דע דעיקר דין זה הוא בפ' חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ה) דאמרינן התם אר' יהודה אמר רב ישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי מה גוי אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת גוי אין לו חזקה אלא בשטר אמר רבא ואי אמר ישראל קמי דידי זבנה נכרי מינך וזבנה ניהלי מהימן מיגו דאי בעי א"ל אנא זבנא מינך ע"כ וכתב רשב"ם ז"ל בד"ה ישראל הבא וז"ל אבל אי טעין ישראל ואמר יהב לי ההוא נכרי שטר זביני דזבנה מינך וראיתי לו שלקחה ממך מהימן דדמי למ"ד קמי דידי זבנה ההוא נכרי מינך דמסקינן לקמן דמהימנן מיגו דאי בעי א"ל מינך זבינתא ואכלתי שני חזקה וכו' יעו"ש ופסקו כל הפוסקים הלא בספרתם ועיין להסמ"ע בסי' קמ"ט ס"ק כ"ג ובמרן החביב"ב ז"ל בהגהות הטור אות ט"ל יעו"ש וראיתי להמרדכי בפ' חזקת הבתים בסוגיין שכתב וז"ל ואי אמר ישראל קמי דידי זבנא הגוי מינך נאמן ונראה דאם ישראל אחד קנה מן הישראל אע"ג דאיכא למימר מה מכר ראשון לשני כל זכות שהיה לו כיון דקי"ל טוענין ללוקח הכא נמי טענינן ליה שמא ישראל קמא ראה שטרו של גוי או הוה טעין קמאי דידי זבנא הגוי מינך הילכך אין זה השני צריך (לשכור) [לשטר] ע"כ ופסקו מור"ם ז"ל בסי' קמ"ט יעו"ש נמצא לפי"ז דהך דינא דישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי ליתא כי אם בלוקח מן הגוי גופיה ולא כשמכרו לאחר א"כ אף אנן נמי בנדון דידן שבא בע"ח וטרפה מלוקח מן הגוי בעד חוב נטעון שמא הלוקח ראה שטר שלקחו מישראל או קמי דידי זבנא הגוי מישראל זה המערער במיגו דזבנא מיניה לפי מה שלמדנו הרא"ש ז"ל בתשובה כלל צ"ח בסופו דכשם שטוענין ליורש וללוקח כך טוענין לבע"ח וז"ל הילכך שמעון שיש לו שטר על אמו נשתעבדו לו כל נכסיה טוענין לו כל מה שהיתה יכולה לטעון וגבי הזהובים מנכסיה דכמו שטוענין ליורש וללוקח כך טוענין לבע"ח שנשתעבדו לו נכסיה בחייה וכו' יעו"ש הרי דיורש ולוקח ובע"ח כחדא אזלן ופסקו מור"ם בסי' קמ"ו ס"י וז"ל ודין לוקח ובע"ח שגבה קרקע כדין יורש יעו"ש ובסמ"ע. ועוד בה דאפי' אם יבא לוקח מן הגוי ויאמר דלא ידע אם לקחה הגוי מישראל או לא לא מהני הודאתו וכמ"ש מור"ם ז"ל שם וז"ל ואין המוכר והבע"ח נאמנין לומר לא היתה שלהם ע"כ וכתבתי דאי מיהא לא אירייא דהא הרא"ש ז"ל גופיה סותר בתשו' לקמן בכלל צ"ט ס"ז וז"ל תשובה מילתא דפשיטא היא שלא הפקיע זכות הבנות ולפסול שטרן כיון שהוא אינו טוען שלקח מהם דדוקא ליורש טענינן דיורש כרעיה דאבוה והוא מוחזק בנכסין וטענינן ליה אבל בע"ח קי"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה והוא להוציא ואינו יכול להוציא אלא בטענה ברורה

ולא טענינן ליה וכו' יעו"ש הרי לך שכתב היפך מ"ש בכלל הקודם ועיין במרן ב"י בסי' קמ"ו שהקשה כן להרא"ש. ואם כן מדברי הרא"ש אין ראיה לדברינו דטוענין לבע"ח ודברי המרדכי אינם אלא בלוקח או ביורש אבל בבע"ח הדר דינא דישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי.

מ"מ אמינא דדברי הרא"ש ז"ל יתד היא שלא תימוט כפי מ"ש מרן החבי"ב ז"ל בהגב"י אות ט"ו משם הרב משאת בנימין ז"ל וז"ל משאת בנימין בחי' על שו"ע בהגב"י בחו"מ ס"ג כתב דתשו' דכלל צ"ח מיירי דכבר ירד המלוה לנכסי לוה והחזיק בהם ואח"כ בא מערער אז אין מוציאין מידו וטוענין למלוה כמו ליורש וללוקח אבל בכלל צ"ט מיירי שהב"ח והמערער שניהם באים בבת אחת וכהאי גוונא אין טוענין לבע"ח שבא להוציא ועיין בתשו' רש"ל סי' א' ע"כ וא"כ בנדון דידן שכבר בא בע"ח והחזיק בקרקע כבר והמערער בא להוציא הקרקע מתחת ידו דינא דטוענין בשביל בע"ח דשמא ראה הלוקח שטר מכירה ממערער וכמ"ש גבי לוקח ב'.

אלא שראיתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' שכ"א שכתב דברים המנגדים לזה וז"ל ואע"ג דהאי יאודה הקונה הוא מחמת גוי שקנה החצר מיד התוגר וקי"ל ישראל הבא מחמת גוי ה"ה כגוי י"ל דה"מ דאיכא אכילה גרידא בלא שטר אבל בנדון דידן איכא שטר כמו שבא בשאלה שהתוגר כתב הוג'יט שלקח חצר מראום אז ודאי מהני אכילה יעו"ש משמע דמהאי טעמא הוא דמהני ואי ס"ל דבכהאי גוונא טוענין ליורש וכמ"ש המרדכי גבי לוקח שני אף דליכא הוג'יט נמי טוענין בשביל בני יאודה וכמו"כ נמי בשביל בע"ח דמאי שנא אם לא שנאמר דהרב ז"ל קושטא דמילתא קאמר דבנדון דידיה היה שטר והוא דוחק. ואחשוב לענ"ד שהרב חילק בין ההיא דכתב המרדכי לנדון דידיה והוא זה דלא כתב דטוענין אלא בלוקח מן הלוקח מן הגוי והיינו טעמא דעשה מעשה שמכרו לאחרים והיא אומדנא שהיא שלו שלוקחו כדינו דזבנא הגוי לישראל קמיה דידיה דחזקה דלא יהיב דמים בין לוקח ראשון ובין לוקח שני כולהו בלא ידיעה דזבנא הגוי מישראל ומשו"ה טוענין בשבילו שלקחה הגוי מן המערער בפני הלוקח ראשון אבל ביורש דלא עביד שום מעשה אלא חזקה גרידא ועדיין צריך לטענה ומת בלא טענה אז אין טוענין בשבילו וכ"כ נמי גבי בע"ח בנדון דידן דלא טענינן דקמי דלוה זבנא הגוי לישראל מן המערער כיון דכל כחו של לוקח מן הגוי אינה אלא בטענה דקמי דידי זבנה מינך כדי לעשות נכסי דלוה והרי לא טען וכל שכן במודה דלא ידע אם קנה הגוי מן המערער דשפיר מהימן וכמ"ש [מהרש"ל] בתשו' סי' א' וז"ל ונהי דאמרינן בעלמא כל מה שנמצא תחת ידו גובה בע"ח ותו לא מהימן לומר אינם שלי כדי לחוב לבע"ח אלא גובה בשלו הכי

השתא בשלמא אי מהני חזקה בלא טענה אם כן הוי האי מקום חשוב בשלו ואפשר דתו לא מהני לומר שאינו שלו כדי לחוב לאשתו אבל הכא דבעינן טענה כל זמן שלא טען אתה מכרתה הוי כלא החזיק בה והכא ה"ה לפנינו שאינו טוען אלא אדרבא קבל על נשמתו שאינה שלו פשיטא ופשיטא שהמקום חוזר לאחיהן ע"כ וכ"כ מהריב"ל ז"ל בח"ב סי' ע"ה וז"ל איברא דמאי דאמרינן בתלמודא דטפי מתלת שנים לא מזדהר איניש בשטריה אם החזיק ראובן בקרקע אחד ג' שנים וכתב שטר שאותו קרקע אינו אלא של האדון הראשון ודאי דמהימן להפקיע השעבוד מהכתובה משום דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה וזה אינו טוען שמכרו אדרבא מודה שאינה שלו וכו' יעו"ש הרי להדיא דאף שהחזיק שני חזקה מ"מ כל שלא טעין שמכרו ראשון לא גבי בע"ח מיניה וכ"ש אי טעין בהיפך.

ומעתה נימא דזהו היתה דעת מהר"י אדרבי ז"ל שאצטריך לטעם שהיה לבני יאודה הוג'יט שלקח הגוי מן הישראל דהתם דא טעין יאודה שלקח הגוי מן הישראל ולא טענינן ליה ליורש וכל זה איננו שוה לענ"ד דעד כאן לא שמענו מהרבנים הנ"ל דאי לא טעין לא טענינן בשבילו וכן נמי אי מודים בהיפך דמהימן אף לחוב לאחריני אלא דוקא בע"ח הבא לגבות מקרקע זו שהחזיק ולא טען על החזקה או שטען בהיפך שכן מיירו רש"ל ומהריב"ל ז"ל אמנם בבע"ח שכבר גבה ורוצה הלוה לומר שהחזקה היתה שלא בטענה בהא שפיר חיישינן לקנונייא או אפי' שאומר שאינו יודע כנדון דידן שפיר טענינן לבע"ח דומיא דלוקח שכבר קנה דטענינן ליה וכמ"ש המרדכי ז"ל ונראה לענ"ד שזה היתה דעת מהריב"ל ז"ל שם סימן ע' שכתב דלוקח מלוקח אינו נאמן לומר גזולה היא בידי יעו"ש דהיינו טעמא משום דהלוקח שני מוחזק ומעתה בנדון מהר"י אדרבי שהם יורשים ממילא הוו מוחזקים ואז שפיר טענינן דקמיה דמוריש זבנא המערער לגוי ולמה ליה למהדר בתר שטרא.

וראיתי להר' פרח מטה אהרן בח"א סי' ע"ה שהביא הנך שתי תשובות הרא"ש ז"ל ומ"ש עלייהו מהר"א די בוטון [בס' לחם רב] בסי' קכ"ח דבכלל צ"ח מיירי ששמעון הודה שהנכסים לא היו שלו וכו' והקשה עליו דא"כ לא הוה צריך הרא"ש לטעם דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה אלא משום שהודה וכו' ואע"ג דהודאת בע"ח במקום שחב לאחרים לא מהני נראה דאינו אלא בלוקח שעשה מעשה שמכרו לאחרים והיא אומדנא דמוכח שהיא שלו דחזקה אין אדם מוכר דבר שאינו שלו אבל הכא דלא מהני חזקה כי אם ע"פ הטענה מהימן אע"פ שהוא חב לאחרים ודברים אלו יש להם על מה שיסמוכו בדברי הפוסקים האחרונים וכמו שיבא וכו' ואח"כ הביא מ"ש רש"ל לתשו' הנ"ל שהביאו מרן

בכנסת הגדולה בסי' ק"מ ותשו' מהריב"ל ז"ל בסי' ע"ה ואין להקשות ממ"ש הרב גופיה בסי' ע' והחילוק בעיני מבואר דדוקא בלוקח שמכר לשני ועשה מעשה איכא אומדנא רבה דבודאי דהקרקע היתה שלו ולא גזלה אבל המחזיק לגבי בע"ח שלא עשה שום מעשה אלא שהיה דר בו לפי שלא אמר לו אדם מעולם אין כאן שום אומדנא ודאי דמהימן לחוב לבע"ח ע"כ. ולענ"ד נראה דמ"ש דטעם רש"ל ומהריב"ל בסי' ע"ה הוא משום שעדיין לא באו ליד הבע"ח דאם בא בעל חוב ותפס בעד חובו אף דאיהו לא עביד שום מעשה אם אמר אח"כ שהיתה החזקה בלא טענה לא מהימן דדמי ללוקח והחילוק שביניהם כדאמרן.

וחזיתיה להרדב"ז ז"ל בישנות סימן רל"ה שכתב וז"ל וחזקת הבית אם דר בה בעלה והיא ג' שנים בחיי הזקן הרי זו חזקה שיש עמה טענה שטענה שגירשה הזקנה ולקחה הזקנה חזקת הבית מכלל פרעון כתובתה וכו' וא"ת אפי' בלא טענה נמי כיון שהחזיקה תהיה נאמנת דהא קי"ל הבא מחמת ירושה אין צריך טענה וכו' הא לא קשיא כלל דאשה אינה יורשת בעלה ואינה אלא בעל חוב והרי היא אומרת בית זה לקחתי מבעלי בתורת פרעון והוייא כלוקח דעלמא וצריכה טענה וכו' יעו"ש וק"ל עליה דהא כשם שטוענין ליורש כך טוענין ללוקח דעלמא ומשום דלא שדי איניש זוזי בכדי ואמאי פליג בהדייהו ואף אם תמצא לומר דשנייא דלא שדי היא וכו' שכבר מחוייב לה בעלה מ"מ בבע"ח גופיה כבר כתב הרא"ש דטוענין כשם שטוענין ליורש כדבר האמור וצריך לי ישוב.

הלכה יב

כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל. וראיתי בתשובת רש"ל בסי' א' שכתב וז"ל אכן במילתא אחריתי אבא לברר שאין ממש בדברי האשה דמאיזה טעם באת לזכות באותו מקום דמשום שישב בעלה ג' שנים והוי חזקה הלא מסקנת רוב הצרפתים שאין מהני חזקה בלא טענה והכא בעלה אחיהם אדרבה מודה ומעיד שלא היה לו חזקה בה ונהי דאמרינן בעלמא כל מה שנמצא תחת יד בע"ח דתו לא מהימן לומר אינו שלי כדי לחוב לבע"ח אלא גובה בשלו הכי השתא בשלמא אם החזקה מהני בלא טענה הוי האי מקום חשוב כשלו ואפשר דתו לא מהימן לומר שאינו שלו אבל הכא דבעינן טענה וכל זה שלא טען מכרת לי או מחלת לי ולא נשמרתי בשטרי הוי כלא החזיק בה יעו"ש.

וקשה לי במ"ש הלא מסקנת רוב הצרפתים וכו' דהא דין זה שנו חכמים בלשון המשנה בפ' חזקת הבתים כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד שלא אמר לי אדם מעולם אינה חזקה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה וכו' ה"ז חזקה וכו' יעו"ש וא"כ מה

מקום להביא לרוב הצרפתים ואם כונתו על חזקת בית הכנסת דעל זה נחלקו אם צריך טענה או לא גם זה לא נתברר לי מי הם החולקים בדבר זה והמחלוקת הוא אי שייך חזקה במקום ביהכ"נ או לא וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בח"א סי' תתקע"ג יעו"ש שהסכים דשייך חזקה וז"ל ומיהו דבר זה תלוי בחזקתו של ראובן כי אם החזיק במקום הנזכר ויש עדים שישב במקום ההוא ג' שנים כדרך שבנ"א יושבים במקומותיהם כל זמן שהלך להתפלל בחיי אברהם עלתה לו חזקה ונאמן לומר מעות יש לי עליו מיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי ומהימן וכו' יעו"ש והביא דבריו מרן ב"י בסי' ק"מ מחודש ג' הרי דס"ל להרשב"א דבעינן טענה מדאמר שנאמן במיגו דלקוח משמע דאי הוה רוצה לזכות במקום ההוא מדין חזקה היה צריך לטעון לקוח הוא בידי והחזקתי ג' שנים וכן מתבאר ממ"ש בח"ב סי' רכ"ו ומתשובת הרא"ש כלל ד' סי' ה'.

ומעתה מה מאד נפלאתי על מרן החבי"ב בהגהת ב"י אות ה' שכתב עליה דהרשב"א וז"ל נ"ב ודוקא בבא בטענה רש"ל בתשובה סי' א' ע"כ דקשה דמה לנו ולרש"ל ז"ל דהא עליה דהרשב"א קאי וסמוך לזה מיד מביא מרן ז"ל הך תשו' הרשב"א ז"ל דמוכח להדיא שצריך טענה לחזקת ביהכ"נ וכן נמי מתשו' הרא"ש ז"ל. ומ"מ נקוט מיהא שהרב ז"ל הבין שכונת רש"ל ז"ל היא על חזקת ביהכ"נ שמסקנת רוב הצרפתים היא שצריך טענה ולא נרגש מי הם החולקים בזה דלעת כזאת לענ"ד לא מצאתי רמז מזה כ"א בחזקת הנזיקי' דהוי לאלתר ולא בעו ג' שנים ועיין בתשו' הרשב"ש סי' ד' שכתב וז"ל דמקצת רבוותא סברי דלאו לכל מילי בעינן טענה אלא בדבר שיש בו היזק בגוף הקרקע וכו' ורבוותא אחריני סברי דבכל מילי בעינן טענה ואפי' במאי דליכא היזק בקרקע וזה היא דעת ר"ת וזולתו מחכמי צרפת וכו' יעו"ש.

עוד יש להקשות על הרב ז"ל במ"ש אבל הכא דבעינן טענה וכו' או מחלת לי וכו' דלשון מחלת לא שייך בקרקע שהוא בעין כמ"ש הטור בשם אביו ז"ל בסי' ע"ג יעו"ש ומיהו לזה י"ל דכיון דנדון הרב ז"ל הוא מקום ביהכ"נ שהיה בשותפות בין שניהם ואינו ראוי ליחלק אלא לימכר שייך שפיר לשון מחילה כמבואר בפוסקים מ"מ קמייתא קשה וצריך ליישב ועיין להרב לחם שלמה בקונטרס חזקת הבתים ס"ג דף קט"ז ע"א ד"ה לסברת הג' דכתב משם התוס' דכל השעבודין צריך חזקת ג' שנים אלא דלא צריך טענה יעו"ש.

הלכה יג

הבא מחמת ירושה צריך להביא ראיה וכו'. וכת' הרב המגיד וז"ל ויש מי שפירש דבעינן ראיה שהם יורשים או לוקחים מזה שהחזיק בה יום אחד הא לאו הכי אע"פ שהחזיקו בה ג' שנים כיון שאין חזקתו מחמת עצמן אינה חזקה והרמב"ן ז"ל חלוק עליהם וכו'

וכן עיקר ע"כ וכתב הלח"מ ז"ל וז"ל ואין לפרש ביורשים דקאמר דר"ל שהוא בן המת או קרובו הראוי ליורשו אלא אע"פ שידענו שזה יורשו מ"מ צריך להביא ראיה איך בא לידו בתורת ירושה דאם לאו כן אפשר שאע"פ שאביו אכל יום אחד הורידו בתורת אריסות ואילו היה כאן היה מודה לכך צריך שיביא ראיה שהניחה לו אביו בתורת ירושה והרמב"ן סובר דאע"פ דלא ידענו כן אלא שהוא אומר שאביו הניחה לו אנו טוענין שאביו לקחה ממנו וכ"ז מתבאר מתשו' הרשב"א הביאה בב"י בסי' קמ"ו ע"כ.

ולענ"ד אחרי המחילה רבה אין נראה כן דהא הרמב"ן ז"ל בסוגיין כתב וז"ל ואפ"ל דאי נמי דר ביה קמא חד יומא והאי לית ליה סהדי דזבנה מיניה דקמא לא טענינן ליה וכו' וכן ליורש אם א"ל מאי בעית בהאי ארעא וא"ל יורשו של פלוני אני וממנו ירשתיה ואין אנו יודעים בו שהוא קרובו של מת ולא ראוי ליורשו אין לנו ראיה להאמינו ולטעון לו אא"כ הוא טוען וכו' כך מצאתיה להראב"ד אבל אין דעתינו נוחה בזה יעו"ש דעיקר מחלוקת בינו להראב"ד ז"ל אינו אלא אם ראוי להאמינו שהוא בן המת או לא ועיין בשיטה מקובצת להר"ב ז"ל ומשם יתבאר כמ"ש.

והמבי"ט ז"ל כתב בח"א סי' רל"ו על בן ראובן שהחזיק בבתי ראובן אביו יותר מג' שנים ולא היה הבן סמוך על שולחן אביו ומת אביו והחזיק ג"כ אח"כ י' שנים ומת המחזיק והניח יתומים גדולים וקטנים וגם הם היו בבתים הנזכרים יותר מג' שנים וכו' והשיב וז"ל בפ' חזקת הבתים תנן ולא הבן בנכסי האב ובגמ' והלכתא חלקו לא הבן שחלק ואשה שנתגרשה הרי הם ככל אדם ואפי"ה לא מהני להו ליתומים אלא חזקת אביהם בן ראובן כיון שאין אנחנו יודעים אם היה בא מחמת טענה אבל חזקה שהחזיקו הם אחר מיתת אביהם מהנייא להו וכדתנן התם הבא מחמת ירושה א"צ טענה אלא דבעינן דר ביה אביו חד יומא וטענינן להו שמא קנאה אביהם מאביו וכו' יעו"ש וקשה לענ"ד במ"ש ולא מהני ליתומים [אלא] חזקת אביהם שהיא מה שהחזיק בן ראובן יותר מעשרה שנים ולא היה סמוך על שלחן אביו ואלו היה קיים הוה מצי לטעון מנך זבינתא שהרי כתב הטור ז"ל בסי' קמ"ו סי"ז וז"ל ואם בא מחמת ירושה שטוען ירשתי ממורישי אין צריך טענה אחרת ובלבד שיביא עדים שדר בה המוריש אפי' יום אחד והוא ג' שנים או שדר ביה המוריש ג' שנים והוא יום אחד ע"כ הרי שגם המוריש המחזיק ג' שנים מהני ליה ואפי' אם לא דר ביה היורש יום אחד נמי מהני כמ"ש שם מרן ז"ל וכן דעת מהר"א ששון בסי' מ"א ועיין בתשו' הרשב"א שהביא שם מרן מחודש ח' והוא בח"ב סימן רע"ג באורך באופן שזה דחדית לן הרב ז"ל כיון שאין אנחנו יודעים אם היה בא מחמת טענה וכו' לנדון שלו לענ"ד צריך ליישב.

הלכה יד

הרי שאכל שדה זו שנים רבות וכו'. כתב מהרימ"ט ז"ל בח' חו"מ סי' כ"ז וז"ל ובר מדין דאיכא שטרא דזבינה לוי מיאודה סגי דמשום דבעי לאתויי ראיה דדר ביה חד יומא ההיא כי היכי דנידע שהאמת שהוא לוקח דטענינן ליה דלא כל כמיניה לשוייה נפשיה לוקח כי היכי דנטעון ליה אנן וכן מוכח וכו' וכתב בסוף דבריו ואפשר דלהראב"ד ז"ל דס"ל דצריך להביא עדים שלקחה וכן להרמ"ה דסבר הכי כמו שהביא בחו"מ סי' קמ"ו משמע דבעינן נמי ראיה דדר ביה חד יומא ואפשר נמי דאי מייתי עדים שנמצאו בשעת שמכרה לו אין לך רגלים לדבר גדול מזה ומה שצריך ראיה שהוא לוקח כיון שהודה אותו פלוני בפניהם שמכרה לו אבל לא ראו בשעה שמכרה ומיהו נראה דלהודיע לנו שהוא לוקח אין אנו צריכים ראיה כיון דאית ליה מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתא דמיגו כעדים אבל עדיין אומר מאן לימא לן שאותו לקחה מזה לא טענינן ליה אנן ע"כ ועיין בהרב מל"מ מ"ש בכונת הרב ז"ל ומה שהקשה עליו ממ"ש הרב המגיד ז"ל ומסיק וז"ל והנראה שנרגש מזה בסוף דבריו ורצה לישב זה ולא ידענו כונתו מרוב הטעיות שנפלו וכו' יעו"ש.

ולענ"ד נראה דכונת הרב ז"ל הוא דלפי דעתו עדיף טפי עדים מעידים שמכרה המוכר בפניהם מעדים דדר ביה המוכר חד יומא וכמו שהוכיח מדברי רשב"ם ואף לדעת הראב"ד והרמ"ה ז"ל דלא סגי להו בעדים דדר ביה המוכר חד יומא ובעי נמי עדי לקיחה אפי"ה אפשר דאי איכא עדים שמכרה בפניהם ונמצאו בשעה שמכרה אין רגלים לדבר גדול מזה והטעם דלא חציף איניש למכור דבר שאינו שלו פן ילך הדבר באזני הבעלים ויהיה רע בתוך קהל ועדה וכמ"ש בסוף התשו' ומ"ש ומה שצריך ראיה שהוא לוקח כיון שהודה אותו פלוני בפניהם שמכרה לו אבל לא ראו בשעה שמכרה וכו' ומילת כיון ט"ס הוא וצ"ל כגון שהודה וכונתו דהראב"ד והרמ"ה ז"ל מיירי שלא נמצאו עדים בשעה שמכרה מוכר למחזיק אלא המכירה היתה שלא בעדים ואח"כ הודה המוכר לעדים שמכר הקרקע פלונית לפלוני דאז ליכא כ"כ חוצפא כיון שלא היה בשעת המעשה ואז ודאי שצריך ג"כ דדר ביה המוכר אבל אם נמצאו בשעת המכירה די בהכי והרב מל"מ ז"ל לא נחית לחילוק זה בדברי מהרימ"ט וכתב וז"ל ומיהו מה שנראה בכונת הרב הוא לומר דאפי' לא נודע בבירור שדר ביה המוכר יום אחד בחזקת שהוא שלו אלא נודע בעדים שמכרה לו לזה המחזיק סגי וכו' יעו"ש. ולפי מ"ש בעניותנו עיקר דינו של הרב הוא במוכר בפני עדים ולא בנודע בעדים שמכר. וראיתי בס' מחנה יאודה הנדפס מקרוב בסי' קמ"ו סכ"ז שכתב וז"ל כתב הרמ"ה וכו' מכאן מוכח היפך מה שנראה מדברי מהרימ"ט

בחו"מ סי' כ"ז שאפי' לא נודע בבירור וכו' ועיין במל"מ וכו' יעו"ש וכנראה שלא ראה תשו' הרב במקומה ורצה להקשות מדברי הרמ"ה ואחד הרואה שהרב ז"ל כבר נרגש מזה ופריש יתיב וכדאמרן ועיין במרן החבי"ב בהגה"ט אות נ"ה יעו"ש.

פרק טו

הלכה א

אומרים לו בתחילה קיים שטרך. עיין במהרימ"ט ז"ל בחו"מ סי' כ"ח שכתב דוקא כשהוא עצמו בעל השטר ונעשה ע"י אבל לוקח שקנה מלוקח ויש לו שטר מהמוכר והלוקח ראשון נדון בחזקה וא"צ לברר וכו' ועיין בס' דברי אמת בתשו' דף ד' ע"ב שהקשה מתשו' הרשב"א סי' תתקס"א יעו"ש ועיין בס' פרח מטה אהרן ח"א סי' ע"ג שכתב כדברי מהרימ"ט וכנראה שלא ראה הרב דברי אמת להרב פרח מטה אהרן מדלא הקשה גם כן עליה ומ"מ נקוט מיהא דגם על הרב פרח מטה אהרן קשה מדברי הרשב"א ז"ל ודוק.

הלכה ב

העיד האחד שאכלה שנה ראשונה וכו'. כתב מרן החבי"ב ז"ל בסי' קמ"ה בהגה"ט אות ב' וז"ל אם ששה מעידין אחד בכל שנה עלתה לו חזקה בעל הטורים ז"ל בסי' ק"מ בשם הרשב"א והטעם דלא גרע ששה מאחד שמעיד אב"ג ואחד מעיד שאכלה דה"ו דהוי חזקה כמו שמבואר בדברי רבינו בעה"ט שכתב כיון שאין שום אחד מעיד על החזקה ג' שנים רצופות דמשמע דאם אחד מעיד ג' שנים רצופות מצטרף עם אותו שאומר שאכלה ג' שנים רצופות אחרות וכו' יעו"ש.

ולענ"ד קשה לי דמה לו להרב ז"ל להוכיח באחד מעיד אב"ג ואחד מעיד שאכלה דה"ו מדכתב כיון שאין שום אחד מעיד על חזקת ג' שנים רצופות דמשמע וכו' הלא בפי' כתב הטור ז"ל וז"ל ואם אינן מכחישין זה את זה אלא אחד מעיד ראיתי שאכלה ראשונה ושניה ושלישית והשני מעיד על שנה רביעית וחמישית וששית הוי חזקה ע"כ הרי בפי' כתבו הדין ומה לו להרב ז"ל לדקדק מדכתב כיון שאין שום אחד מעיד על חזקת שלש שנים רצופות וכו' וצריך ליישב.

הלכה ט

הביא המערער עדים שזו השדה שלו וזה שבתוכה טוען לקחתיה והרי שטרי וכו' וטוען המערער שהוא מזוייף והודה בעל השטר ואמר כן הוא וכו'. הכי איתא בפ' חזקת הבתים ההוא גברא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתיה והא שטרא

אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא ופסק רב אידי בר אבין כרבה היכא דקיימא ארעא תיקום וכר' יוסף בזוזי היכא דקיימא זוזי לוקמי.

והנה הנמוק"י כתב וז"ל וחשיב ליה רבה כהוחזק באותו קרקע אע"ג דלא דר ביה שני חזקה כיון דאית ליה שטר שראוי להאמינו ומיגו לאוקומי ממונא הוא ור' יוסף סבר כיון שהודה ששטר זייפא הוא חזקה שלא בממון זה ע"כ ואיכא למידק דמשמע דס"ל דמיגו להוציא ממון לא אמרינן ובפ' שנים אוחזים כתב וז"ל לא אמרינן לשקול חציה בשבועה במיגו דאי בעי אמר כולה שלי ע"כ והא התם הוי מיגו להוציא וא"כ אמאי נאמן במיגו כיון שהוא ז"ל ס"ל בהיפך ואפשר לומר דס"ל דכל כי האי לא הוי מיגו להוציא כיון שאינו מוציא יותר ממה שתפס וכמ"ש הר"ב בשיטה מקובצת משם הגליון וז"ל ונ"ל שהגליון נראה לו דוחק מה שהתוס' קורין לו מיגו להוציא אם היינו מאמינים אותו על חצי דהא להחזיק היה דאנן סהדי דמאי דתפס כל חד דידיה הוא ר"ל הגליון דודאי גם זה דהכא הוי להחזיק עכ"ל וא"כ הנמוק"י אפשר דהכי ס"ל ומשו"ה הוצרך לתירוצים אחרים.

עוד כתב הנמוק"י וז"ל והר"י הלוי ז"ל כתב דכי אמרינן דמיגו חשוב הוא ככל מיגו דעלמא דלאפוקי ממונא לא אמרינן מיגו ע"כ וקשה לי טובא דבפ' שבועת הדיינים הביא הר"ן משם הר"י הלוי ז"ל דאמרינן מיגו אפי' לאפוקי ממונא וז"ל והר"י הלוי ז"ל כתב דכי אמרינן איתרע שטרא ה"מ דיהבינהו ניהליה לשם פרעון אבל אי לא אמר לשם פרעון אלא תא ושקול הני זוזי מהימן לומר סטראי נינהו במיגו דאי בעי אמר במתנה יהביניהו ניהליה דמהימן ע"כ הרי דמשמע דאמרינן מיגו להוציא וכמו שהקשה הר"ן שם וא"כ נמצא דברי הר"י הלוי ז"ל סתרי אהדדי. ואולי אפ"ל דשאני ההיא דשבועות דאיכא שטרא ואמטול להכי מעתה עיקר תביעתו אינו אלא בשטר ולא בא לאפוקי ממונא במיגו אלא בשטר וכמ"ש הרמב"ן ז"ל בחי' לבתרא בסוגיין שהקשה מהתם ותירץ כן יעו"ש.

אמנם הרמב"ן ז"ל ס"ל דמיגו להוציא אמרינן והוכיח כן מההיא דפ"ב דכתובות וז"ל דאמרינן התם נאמנת אשה לומר מוכת עץ אני משום מיגו ואע"ג דר' יהושע פליג בהאי מיגו הא בעינן בגמ' מ"ט דר"י ומפרשינן משום טעמא אחרינא ומפקינן ביה ממונא עוד מצאתי מיגו להוציא בפ' המקבל מלוה אומר ה' ולוה אומר ג' ואמר ר"י מלוה נאמן דאי בעי אמר לקוחה היא בידי וארעא אע"ג דמעיקרא ודאי הות משכנתא בחזקת בעליה עומדת לכולהו ספיקי כדאמר התם בסמוך ואפי"ה מהני מיגו לאוקמי ברשותיה דמלוה מספק ואפוקי מרשותיה דלוה דהוא מריה ודאי ואין מיגו להוציא יותר מזה ע"כ הרי דס"ל דאמרינן מיגו להוציא ויש לתמוה דבפ' שנים אוחזין על ההיא מתני' דזה אומר

כולה שלי וזה אומר וכו' הביא הר"ב ז"ל בשיטה מקובצת וז"ל ומכאן יש להוכיח שאין אומרים מיגו לאפוקי ממונא אלא לאוקמי ממונא ברשותיה דמאריה הרמב"ן ז"ל עכ"ל הרי דכאן ס"ל בהיפך ואין לומר דמה שהוכיח מהא דכתובות הוא משום דאיכא שטרא דכתובה ומשו"ה כתב הרב המגיד ז"ל דאמרינן מיגו אבל היכא דליכא שטרא מודה דלא אמרינן מיגו להוציא הא ודאי ליתא ודבר זה לא ניתן ליאמר הא מוכח מההיא דמלוה אומר ה' ולוה אומר ג' והתם ליכא שטרא ואפי"ה מלוה נאמן ואי משום חזקה הא בחזקת לוה קאי לכל ספק וכמ"ש הרב ז"ל באופן שדברי הרמב"ן צריכים לי עיון.

וראיתי להש"ך בסי' פ"ג סק"ז שכתב וז"ל אני אומר יפה כיון העיר שושן ודברי הסמ"ע תמוהים הן ועד כאן לא כתבו התוס' בשם ר"י הכא טעמא דלא הוי מיגו משום שהוכרח לשקר תחילה אלא לדעת רב יוסף אבל לפי מה שפסק רב אידי בר אבין הלכתא על כרחך לא קאי האי טעמא אלא טעמא הוא משום דלא אמרינן מיגו להוציא דאי לא הוי מיגו כיון שהוצרך לשקר תחילה א"כ אמאי פסק הלכתא כרבה בארעא וכן פסקו כל הפוסקים ע"כ ואיכא למידק דנהי דהתוס' לא כתבו כן אלא לדעת רב יוסף אבל לרבה לא הוי טעמא משום שמוכרח לשקר תחילה אך כיון שפסקו הלכתא כרב יוסף בזוזי א"כ הכא גבי זוזי אפשר דטעמא הוי נמי משום שהוצרך לשקר תחילה ומשו"ה כתב הסמ"ע ז"ל דהיכא שבא בטענת שטר פסול לא אמרינן מיגו וזה מוכרח דאי לא כן קשה דר"י אדר"י שהרי התוס' בד"ה אמאי קא סמכת וכו' כתבו משם ר"י דטעמא דרב יוסף דלא אמרינן מיגו הוא משום שהוצרך לשקר תחילה ובד"ה והלכתא וכו' כתבו משם ר"י דטעמא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי משום דאמרינן מיגו לאוקמי ממונא וכו' יעו"ש והשתא טעמא דרב יוסף לא הוי אלא משום שהוצרך לשקר תחילה ולא הוי משום מיגו לאוקמי ממונא אלא שר"ל דמאי דפסקו הלכתא כרב יוסף בזוזי הוא משום מיגו לאוקמי ממונא אבל טעמא דרב יוסף הוי משום שהוצרך לשקר תחילה ואמטול להכי כתב הסמ"ע דהיכא דבא לתבוע בפסול שהוצרך לשקר תחילה לא אמרינן מיגו וכטעמיה דרב יוסף ועיין במהר"א ששון ז"ל סי' ר"ז מה שהקשה לדברי התוס' ועיין בתוס' בפ' שנים אוחזים ד"ה וזה נוטל רביע וכו' ובהרא"ש בסוגיין ונסתלקה הקושיא.

והרב מל"מ בהל' י"א כתב וז"ל אציגה נא מה שעלה על דעתי בתחילת המחשבה דאפשר היה לחלק בין נדון זה להההיא דהרשב"א ולומר דלא אמר הרב ז"ל אלא בספק הבא מכח תרי ותרי משום דחשבינן להו כמאן דליתנהו דאוקי תרי בהדי תרי ונשאר המקח שהוחזק בו הלוקח שקנאו בדרכי ההקנאה קיים אבל בספק דדינא דלעולם הספק בפנינו דלמקצת רבוותא התנאי קיים מי מוציאו מידי ספק ואפ' דבספקא דדינא

לעולם ארעא בחזקת מרי קמא עכ"ל. ולענ"ד לא זכיתי להבין דבריו שרצה לחלק ולומר כשהספק הוא בדינא ולעולם אמרינן שהיא בחזקת מרי קמא והא לדעת הרשב"א ז"ל א"א לומר כן דהא הרשב"א גופיה כתב בהיפך והביאו מרן ב"י בסי' קנ"ה וז"ל וכבר ידעת שדעתי נוטה לדעת רבינו יעקב וכו' ומ"מ רוב חכמי ישראל גם רבותינו לא הסכימו לכך ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח לו חלונותיו או סמך וכו' ובית הכסא אין מחייבין אותו לסותמם ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח דומה למה שאמרו ארעא היכא דקיימי תיקום זוזי היכא דקיימי ליקום יעו"ש הרי להדיא דאפי' בספקא דדינא כתב הרשב"א דאמרינן אוקי ארעא בחזקת המחזיק. וליכא למימר דעד כאן לא חלק הרב ז"ל לומר דבספקא דדינא אוקמינן בחזקת מרי קמא אלא דוקא היכא שהספק הוא בתנאי אבל היכא שהספק הוא בעיקר המכר אפשר דס"ל דבספקא דדינא מוקמינן בחזקת המחזיק הא ודאי לא נתקרר דעתי ואדרבא כל בתר איפכא היא וכמו שנבאר בס"ד.

אלא דזה קשה לי לדעת הרשב"א ז"ל דמאי שנא מההיא נכסי דבר שטיא דאמרינן בחזקת אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא ולא אמרינן בחזקת המחזיק וכמו שהקשו התוס' בסוגיין וליכא למימר כתירוץ התוס' דצריך לחלק בין ספק דתרי ותרי לספקא דדינא יעו"ש דהא אפי' בספקא דדינא פסק הרב ז"ל דמוקמינן בחזקת המחזיק וכמבואר אלא דצריך לחלק דשאני ההיא דבר שטיא שכיון שהמערער רוצה ליתן לו מעותיו ומעתה אין ללוקח שום הפסד מן הקרן אלא שאינו רוצה המחזיק ליתן להמערער באומרו שיש לו עדים שכשהוא חלים זבן וזה ג"כ הביא עדים שכשהוא שוטה זבין אמרינן אוקי תרי בהדי תרי מאחר שלא הפסיד מדיליה כלום אבל בנדון של הרשב"א ז"ל מאחר שלא מקבל כלום וגם החזיק והאי ג"כ דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן דקי"ל כרבותינו ואוקמינן ארעא בחזקת המחזיק ועוד י"ל והוא הנכון והוא דשאני התם שהעדים המעידים כשהוא שוטה זבין נמצא שבאים לעקור עיקר המכר ונמצא שלא היה שם מכר כלל ומשו"ה אמרינן אוקי תרי בהדי תרי ונמצא שאין כאן מכר כלל ומהדרינן ארעא למרי קמא אבל גבי ההיא דחזקת הבתים שלא הורע כחו של מכר אלא שאומר ששטר כשר הוה לי ואירכס ונקיט האי שטרא לראיה בעלמא בהא ודאי לא הורע כחו של מכר וכמ"ש הרב הגדול מהרימ"ט ז"ל בחו"מ סי' ע"ה יעו"ש ודוכוותא נמי הכא.

עוד כתב הרב מל"מ ז"ל וז"ל והשתא ניחזי אנן היאך נתפיס סברות הפוכות מן הקצה אל הקצה לדעת רשב"ם ז"ל בתרי ותרי מוקמינן ארעא ביד מרי קמא ובספיקא דדינא

מוקמינן ביד המחזיק ולדידיה איפכא וכו' וכד מעיינן שפיר לק"מ וזה שהכל תלוי בעיקר מאיזה צד הוא דכשהספק הוא בעיקר המכר אם מכר או לא מכר בהא ודאי יש לחלק בין ספק דתרי ותרי לספיקא דדינא משום דחשבינן להני סהדי כמאן דליתנהו ומוקמינן ארעא בחזקת מרי קמא אבל כשמכר ודאי ויש כאן מכר אלא דהספק הוא בתנאי בהא גבי תרי ותרי מוקמינן ביד הלוקח דכמאן דליתנהו דמי אבל בספק דדינא אפשר דאמרינן בחזקת מרי קמא ע"כ ואני שמעתי ולא אבין דאי בספק דדינא גבי ספק מכר אמרינן אוקי ארעא בחזקת המחזיק א"כ גם בספק בתנאי נמי נימא הכי ומנ"ל לומר דמרי קמא עיקר ואי מרי קמא עיקר מי מוציאנו מידי ספק וכמבואר.

עוד הקשה הרב ז"ל בדברי התוס' דחזקת הבתים ד"ה והלכתא וכו' דאמאי לא הקשו עליה דרשב"ם ז"ל ממתני' דמציאה גבי השוכר בית לחבירו דינר לחדש י"ב דינרין לשנה ופסק כר"ן דאפי' בא בסוף החדש כלו למשכיר דארעא בחזקת בעליה עומדת הרי דבספקא דדינא נמי אזלינן בתר מרי קמא ע"כ יעו"ש ולענ"ד נראה לומר דלק"מ דשאני התם דלא ידעינן המציאות היכי הוה אי מהדר קא מהדר ביה או אי אמרינן דבריו הראשונים הם טעות ומשום הכי אמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום וכמ"ש הוא ז"ל בפ"ז מהל' שכירות יעו"ש ומשו"ה לא הוי ספקא דדינא ומעתה לא קשה מהתם ודברי הרב ז"ל צל"ע.

ומ"ש רבינו **שהוא מזוייף וכו'**. ר"ח והרי"ף ז"ל סבירא להו דדוקא בטוען אמנה הוא דקאמר רבה מה לי לשקר וע"ז הוא דפ' רב אידי הלכה כוותיה דרבה בארעא אבל בטוען שטר מזוייף מודה רבה דחספא בעלמא הוא כמבואר בהלכות יעו"ש וטעם לזה ראיתי לרבינו יונה בעליות הביאו הר"ב כשיטה מקובצת בסוגיין וז"ל ומסתבר לי דדוקא בשטר אמנה אבל שטר זייפא דציוריה צייריה אע"פ שכיון החתימות עד שהיו מקיימות לא מחזיקנן ליה לארעא בידיה מחמת ההוא שטרא כיון שלא הגיע השטר לידו מיד בעל הקרקע דדוקא היכא דכתב בעל הקרקע להאי שטרא ויהביה בידיה להאי דהוא ניהו דאחזקיה בהאי ארעא אבל ע"י ציור לא חשבינן ליה למוחזק תדע דמפלגינן בכי האי טעמא בעובדא דההוא ערבא עכ"ל ועיין להרמ"ה בסוגיין שכתב ג"כ דוקא שטר אמנה אבל זייפא דצייריה מריה אפילו היכא דיכיל לקיומיה בבי"ד מחמת דטרח לזייופיה חתימת ידא דסהדי עד דהוה אפשר לקיומי מכת"י יוצא ממקום אחר לא אמרינן מה לי לשקר דכי אמרינן מה לי לשקר היכא דאמר קושטא קא טעין וכו' יעו"ש. וא"כ שפיר אפ"ל דדעת ר"ח והרי"ף ז"ל הוא כן ועתה מתיישב שפיר מה שהקשה הב"ח בסי' קמ"ו סמ"ד וז"ל ויש להקשות לפי' ר"ח והרי"ף דמ"ש שטר אמנה משטר מזוייף אידי ואידי

חספא נינהו וכו' ויש לומר דבמזוייף לא הוי מיגו פן יבואו עדים ויאמרו לא חתמנו על שטר זה מעולם ואפי' אם הלכו למדינת הים או מתו שמא העדים שיבואו לקיים השטר יכירו בטביעות עין שאין זה חתימת העדים וכו' אבל שטר אמנה כיון דאמת הוא שזאת היא חתימת העדים אינו ירא לפי זה צ"ל דר"ח והרי"ף ז"ל מפרשים דלא מיירי בהוציא שטר מקויים כפי' הרמב"ם אלא באינו מקויים ע"כ ולפי מ"ש רבינו יונה והרמ"ה ז"ל אינו מוכרח כמבואר.

הלכה י

טען המערער ואמר היאך וכו'. הנה הטור ז"ל בסי' קמ"ו סי"ז וי"ח הביא דעת רבינו והרי"ף ז"ל דבטוען המערער שלא היה בזמן המכירה בעיר שצריך המחזיק להביא ראיה שהיה בעיר ודעת רבינו ז"ל דדוקא שמזכיר יום המכירה וכתב עוד וז"ל וכן כתב הרמ"ה ז"ל שצריך המחזיק להביא ראיה ודוקא בשעת חירום אבל שלא בשעת חירום אע"ג דא"ל זבנתי מינך ביומא פלוני לא בעי לאתויי ראיה דההוא יומא הוה בהדיה במיגו דאי בעי אמר ביומא אחרינא הואי בהדך או מילי מסרת לי כי אמר נמי בההוא יומא הוינא בהדך וזבנתי מינך מהימן וכו' יעו"ש.

והרמ"ה ז"ל הנדפסים מחדש בסוגיין כתב וז"ל א"ל תובע אנא בשכוני גוואי הואי ולא ידענא דאנת נחית בגו ביתאי דאימחי אתו לקמיה דרב נחמן א"ל זיל ברייר אכילתך למוכר זיל אייתי סהדי דהוה האי מוכר במתא בהדך חד יומא מהני תלת שני דחזקה כי היכי דתהוי אכילתך אכילה דקיימא לה חזקה דבשעת חירום קאי דקי"ל דבשעת חירום צריך שיהיה עמו במדינה וכו' דאי לא הוי עמו במדינה מצי א"ל לא הוה ידענא דאת נחית לגו ביתאי דאימחי וקי"ל כר"נ וה"מ בשעת חירום ומאי דדמי ליה אבל שלא בשעת חירום אף על גב דלא הוה מרי דביתא בביתא נמי הוי חזקה וכו' וש"מ דלא מצי אמר ליה אייתי ראיה דהוית בהדאי בחדא מתא כי היכי דלימא דההוא יומא זבינתא מינאי דמצי א"ל הא כמה שני מיקמי הני שני חזקה זבינתא מינך ועוד אימא מילי מסר אי נמי זכי ליה על ידי אחר אי נמי שוי שליח לזבוני לארעא ואפילו היכא דטעין מינך זבינתא ביומא פ' לא מחייבינן ליה לאתויי ראיה דהוה בההוא יומא בהדיה דמיגו דאי בעי אמר ביומא אחרינא הואי בהדך אי נמי מילי מסרת לי כי אמר דהאי יומא הוינא בהדך כיון דליכא סהדי דמכחשי ליה מהימן עכ"ל יעו"ש באורך. הרי להדיא דעל מה שכתבו הרי"ף ורבינו ז"ל שטענת התובע היא איך קאמר מינך זבינתא והרי לא היה שם באותו זמן במדינה דע"ז דינא הוא שצריך להביא המחזיק ראיה שהיה שם כתב הרמ"ה ז"ל שטענת התובע היא שלא היה שם כדי שידע דנחית לביתו. וע"ז דן ר"נ זיל ברור

אכילתך ומיירי בשעת חירום אבל אם טען אייתי עדים שהיינו בחדא מחתא כדי שתאמר שמכרתי לך שהוא דינא דרבינו דס"ל שצריך המחזיק להביא עדים ס"ל להרמ"ה דלא מחייבינן ליה דמצי אמר כמה שני מקמי הני שני חזקה זבינתא מינך אי נמי מילי מסר וכו' ואפי' טעין ביום פלוני לא מחייב לאתויי ראיה דהוה בהדאי ההוא יומא משום מיגו וכו' נמצא דבאומר אייתי ראיה שהייתי עמך באותו זמן פליגי רבינו והרמ"ה ז"ל ואיך השוה הטור הרמ"ה להרי"ף ורבינו ועוד קשה מ"ש הטור ודוקא בשעת חירום אבל שלא בשעת חירום אע"ג דא"ל זבנתי מינך ביום פ' לא בעי לאתויי ראיה וכו' והרואה יראה דבאומר אייתי ראיה דהוית בהדאי ביום פ' אין עסק לענין חירום כמבואר בדברי הרמ"ה ז"ל וצריך ליישב.

הלכה יא

מי שהלך למדינת הים ואבד דרך שדהו וכו'. כתב המל"מ ז"ל וז"ל ונחזור לענייננו למה שכתב הרב המובהק נר"ו דאף שהיה עסק זה בין ישראל לחבירו והיה הדבר ספק שקול בתנאי שהתנהו הלוקח ולא חזקו המוכר אי הוי תנאי או לא מההיא דהרשב"א ז"ל מתשו' שהביא הרב במי שמכר כרם ובאו שנים וכו' למדנו דיד הלוקח על העליונה ואין חילוק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא וכיון דיש כאן מכר ודאי והספק הוא בתנאי וההיא דכתב התרומת הדשן על מי שנתן מתנה ידועה לפלונית שתקנה בהם חגורה ונסתפק הרב אי לתנאי גמור נתכוון וכו' ואתי עלה מטעם שהמקבל הוא תפוס ואין מוציאין בראיה ברורה אחר העיון אין ממנה לא תיובתא ולא סיעתא ומה שהרב זיכה מטעם תפיסה ה"ה אפי' לא היו שניהם תפוסים זכתה המקבלת וקושטא דמילתא נקט ולאלומי כח המקבלת ע"כ והנה הרב ז"ל לא הראה לנו איה מקום תשו' אמנם ראיתי בסי' ש"נ שהביא נדון זה אלא דמ"ש הרב ז"ל דאתי עלה מטעם שהוא תפוס ואין מוציאין בראיה ברורה וכן מ"ש שהרב זיכה מטעם תפיסה וכו' אין מכל זה כלל שם ואדרבא היפך מזה נראה שם למדקדק והדברים צל"ע ועיין למור"ם במפה בסי' רנ"ג סי"ב ודוק.