הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · קצות החושן

משובב נתיבות על שולחן ערוך חושן משפט

רבי אריה לייב הכהן הלר [בעל הקצות]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

משובב נתיבות על שולחן ערוך חושן משפט

רבי אריה לייב הכהן הלר [בעל הקצות]

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/משובב-נתיבות-על-שולחן-ערוך-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמת המחבר 5
סימן א 5
סימן ג 7
סימן ה 9
סימן ט 9
סימן יב 11
סימן יד 11
סימן כב 12
סימן כג 13
סימן כד 14
סימן כה 15
סימן כח 18
סימן ל 19
סימן לג 23
סימן לד 25
סימן לו 26
סימן לז 27
סימן לח 28
סימן לט 29
סימן מ 31
סימן מא 32
סימן מב 33
סימן מג 34
סימן מה 34
סימן מו 34
סימן מז 43
סימן נב 43
סימן נה 45
סימן נו 46
סימן נח 47
סימן ס 48
סימן סא 53
סימן סב 57
סימן סד 58
סימן סה 59
סימן סו 60
סימן סט 66
סימן עא 66
סימן עב 68
סימן עח 79
סימן עז 83
סימן עח 86
סימן עט 88
סימן פא 88
סימן פב 90
סימן פו 90
סימן פז 94
סימן פח 94
סימן צ 96
סימן צא 96
סימן צד 97
סימן צה 99
סימן צו 100
סימן קד 101
סימן קז 102
סימן קי 104
סימן קיא 106
סימן קיב 107
סימן קיד 108
סימן קטו 108
סימן קיז 110
סימן קכא 110

סימן קכב 110
סימן קכג 111
סימן קכה 113
סימן קכו 114
סימן קכח 114
סימן קכט 114
סימן קל 116
סימן קלב 116

הקדמת המחבר

אמר המחבר. מאז עזרני ה' להוציא לאור שני חלקי **קצות החושן** אשר חברתי. שמח לבי. בראותי כי הודות לאל לא לריק יגעתי. ונצר מטעי עשה פרי. למעלה נחמד להשכיל. חכמי לב ראו כי טוב טעמו ויהללוהו. נבונים וישבחוהו. זה חלקי מכל עמלי. וזה שכרי כל ימי היותי על אדמתי. ורב גיל מלאתי עוד. אחרי רואי כי אחד מאנשי שם ומעלה גדול בתורה כאחד מגאוני זמנינו. שקד על ספרי. אזן וחקר במאמריו ושם כל מעייניו בו. הוא ידידי ומכירי הרב הגאון בעל המחבר ספר **נתיבות משפט** על חושן משפט חלק ראשון. ותקטן עוד זאת בעיניו עד כי שם אל לבו לצרף דברי במצרף הבחינה להגות ממנו כל סיג ודופי (כפי דעתו) ולירות בחיצי השגותיו. על כל אשר לא נכון בעיניו. אולם נפרדות ושונות הנה מחשבות בני אדם בכל דבר השכל. ואף כי בחכמת התלמוד העמוקה מני ים. לא את אשר ירחיק האחד ירחיקו הכל. וכאשר בכותי בטענותיו ואמצא אותן בלתי מספיקות ובלתי מגיעות אל המטרה. אמרתי לכתוב תשובותי על ספר. ויען כי דבריהן מעטו. ולא ימצא בהן חדשות הרבה כי אם באור דברי הראשונים. ראיתי לחברן הנה אל ספרי **אבני מלואים** על ש"ע אה"ע. וזה שמן אשר אקרא להו **משובב נתיבות** כי משיב הוא על השגות בעל נתיבות. גם הוא משובב נתיבותי הראשונים: שוט נא ספרי אל פני חוץ. חכמי עמי ידרשוך. ויוכיחו בין שכינו. ואני תקותי לאלוה כי תשא חן בעיניהם **וקרא לך גודר** פרץ משובב נתיבות לשבת לפ"ק:

האלהים האמת יאיר עינינו בתורת אמת. וינחנו בדרך אמת. זאת עתירת עבדו ועבד לעבדי ה'

אריה ליב הכהן.

סימן א

סעי' א'

ס"ק א

ועיין ספר קצה"ח ז"ל ואין לזה טעם דודאי אם לא הי' דנין דין שבועת היסת לא הי' שייך דין נידוי המבואר בסעי' ה' דשם הנידוי הוא לפייס וכאן הנידוי הוא לקיים הדין שדנו דהיינו שישבע ומנדין כדי לפייס לא שייך כאן כיון שאין אנו יודעין אם האמת עם התובע ולא שייך נידוי רק לקיים הדין שישבע ואם אין כאן דין אין כאן נידוי תדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס עכ"ל. ודבריו אין להם ביאור דודאי אם נפרש הודאו' והלואות לענין כופר הכל א"כ גוף הממון דנין רק השבועה אין דנין וא"כ הרי אנו יודעין האמת שמגיע

לו שבועה בודאי וא"כ אפי' נימא דאין דנין השבועה מנדין אותו כדי לקיים השבועה ומ"ש תדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס התם הקנס גופי' אין דנין רק מנדין עליו ומש"ה אם כופר אין מנדין אבל הכא אם נפרש לענין כופר הכל א"כ נימא דהממון דנין אלא שהשבועה אין דנין וזה אנו יודעין האמת שמגיע לו שבועה גם אם האמת אתו אפ"ה שבועה בעי ולפי מ"ש בקצה"ח סי' פ"ז ס"ק כ"ד דגם בקנס אם כופר בעי שבוע' כיון דאם מוד' מנדין אותו א"ש טפי ומ"ש שם עוד ז"ל ועוד דבשבוע' היסת אין ומתירין הנידוי עד שישבע או עד שיסלק הכל משא"כ בקנסות ע"ש הנה ודאי כל שמנדין על גוף הממון די לו כשיתן קרוב לו עפ"י דעת ב"ד ודי בכך אבל היכא דגוף הממון דנין רק השבועה אין דנין ומנדין לקיים השבועה ובשבועה לא שייך קרוב לו וכיון דאין מנדין על הממון רק על השבועה צריך לקיים דינו בשבועה דוקא או שיסלק הכל בכדי שלא יהי' עליו שבועה כיון דבממון עצמו ליכא דין פיוס דהא הממון כשמודה דנין אותו ובשבועה לא שייך פיוס בקרוב לו ומש"ה מפרש הטור לענין הממון עצמו וכמ"ש בקצה"ח:

ס"ק ב

וכן מי שגנב כו' והטעם לזה נראה כו' כבר כתוב בספרי סק"ג:

ס"ק ג

עדים שהעידו עדות שחר אין להקשות הא בכי מלקות כו' כתוב בספרי סי' א סק"א:

ס"ק ה

ז"**ל** ובס' קצה"ח כתב לתרץ קושיות הש"ך מהא דר"ג בב"ק שאמר שכבר אין לך עדים כתב וז"ל דלא מהני הודאת ר"ג בעבד מטעם דמחייב לאחריני שמחייב לעבד שאסור בשפחה וכמ"ש התו' בגיטין לענין גרושה וטעה בדבר פשוט דודאי בעבד קי"ל דזכות הוא לעבד שיצא לחירות משא"כ בגרושה כתבו תו' שפיר דגט חוב הוא כמבואר בנימין ובס' קצה"ח ז"ל משום דהוא חב לאחריני דאסר העבד על שפחה והיינו דחב לשפחה שאסר את השפחה בעבד ולא כמו שהעתיק הרב המחבר שמחייב לעבד כו' והנה הרב הגאון המחבר הי' באכסניא אצלי וכמה עלים הנדפסים אתו עמו ונתווכחתי עמו בזה ותיכף הודה לדברינו ונזכר שכ"כ רש"י פ' האומר דף ס"ה ז"ל הכא קא מחייב לאחריני שקרובי' נאסרו בו ע"ש והיינו דאסר העבד על שפחה:

עוד שם ז"ל ולענין אי מהני מגו בקנס כו' ובקצה"ח כתב כיון דהאידנא לאו ב"ד אנן ראה וליתי' דהא כיון שתפס הרשות בידינו לדון כו' ולא דמי לראה בעדי' דעיקר תלוי בשבועה שפוסקין לו הב"ד משא"כ כאן שאנו פוסקים לו השבועה הוי כשאר משכון שמהני הראהו בב"ד:

אמנם זה לפי דברי הש"ך דמש"ה לא מהני מגו במשכון חוץ לב"ד דעיקר תלוי בשבועה ובס' קצה"ח סי' קל"ג שם הדבר מבואר דלא תליא בשבועה ע"ש סק"ג וסק"ד דוקא כשראו עדי' כיון דאין מקבלין מה שטען חוץ לב"ד דעיקר טענה תליא בב"ד ה"ל ראה ממילא ע"ש וא"כ כיון דאין אנו דנין דיני קנסות וה"ל כמו עדים דמשוי לי' ראה וא"כ ליכא בירור כלל על הקנס הרי צריך הוא להחזיר ושם בסי' קל"ג רמוז שם ועמ"ש בסי' א' סק"ח ובסי' מ"ז סק"ג כי מ"ש בסי' א' סק"ח הוא לפי מ"ש שם בסי' קל"ג:

סימן ג

ס"ק א

ז"**ל** ולכאורה קשה מה ראו חכמים לחלק בתקנתם שנתנו רשות ליחיד מומחה שידון ולא יהי' לו דין ב"ד ונראה הטעם דר"ל דאף דקי"ל עירוב פרשיות דבעינן ג' מומחין דתלתא אלקים כתיבי היינו לענין דמיירי התם בקרא בדברים דבעינן דוקא ב"ד כגון לענין טוען טענת גנב דכתיב שם בקרא דבעינן דוקא נשבע בפני ב"ד כמבואר בב"ק ק"ו ולענין כי הוא זה דהיינו הודאה במקצת ועיין רש"י קידושין ס"ה ד"ה הודאת בע"ד דנלמד מקרא דכי הוא זה ע"ש וגלי קרא דלא חשיב הודאה בב"ד כי אם בג' מומחין ובפחות יכול לחזור והודאתו וקרא דבצדק תשפוט דכשר בחד מיירי בדין בעלמא שאין צריך ב"ד דסגי בחד כמו הוראת או"ה עכ"ל. וכל זה נכתב בספרי סק"ב ע"ש:

עוד שם ז"ל ובספר קצה"ח כתב דבחד כיון דיכול לחזור מהודאתו אינו חייב שבועה דמודה במקצת ודאי ליתיה דלא אישתמיט שום פוס' לכתוב כן ועוד דהא עכ"פ אם יודע בהודאה גמורה או בא"ע באופן שלא יהי' יכול לחזור מהודאתו ודאי דיכול לחייבו שבועה דלא גרע ממחויב מתוך טענותיו. גם מ"ש דאי לא בעינן בפקדון מודה במקצת לא משכחת לה בפקדון דבר שיהי' צריך ב"ד תמוה דהא לענין טוען טענת גנב בעינן ב"ד דוקא ע"ש ובכל דבריו אין בהם כדי השג דמ"ש דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן ודאי מדכתבו דאין הודאה לפניו חשיב הודאה ממילא מובן דאין בו משום מודה במקצת וכמ"ש שם בס"ק ב' ועמ"ש במ"ק ד' ומ"ש דעכ"פ אם יודה בהודאה גמורה או בא"ע ודאי דיכול לחייבו שבועה. הנה לדעת הראב"ד ובעה"מ הודאה בפני ע"א בשום אופן לא מהני אפילו באומר לו אתה עד. ועוד אם מזמין אותו לעד אין עד נעשה דיין. ועמ"ש בזה סי' א' סק"ה בשם הרשב"א בחידושיו פ' החובל דיחיד מומחה אע"ג דיכול לדון ביחידי אבל אינו יכול לדון עפ"י ראייתו משום דאין נאמן לעדות יותר מהדיט ויכול בע"ד להכחישו ולכך אינו יכול לדון עפ"י ראייתו לחודי' כי אם עפ"י שנים עדי' יקו' דבר וא"כ

ודאי ראוי ונכון שלא לדון ביחידי דין מודה במקצת וכמ"ש בספרי ומ"ש ז"ל גם מ"ש דאי לא בעינן בפקדון מודה במקצת לא משכחת לה בפקדון דבר שיהי' צריך ב"ד תמוה דהא לענין טוען טענת גנב בעינן ב"ד דוקא. אינו השגה דהא דצריך שבועה בב"ד אינו משום שבועה אלא משום דגזילות וחבלות בעי מומחין ואי נימא דלא בעי שום דין מומחין א"כ השבועה כמי לא בעי ב"ד דכל שדנין את הממון דנין את השבוע' ומש"ה מוכח דגזילו' וחבלו' בעי מומחין ואם לא נחלק בין גזילות להלואות א"כ בהלואות נמי בעי מומחין. אבל שבועה לא בעי טפי מומחין מעיקר הממון. ועכשיו דדנין פקדון ואפ"ה השבועה אין דנין היינו משום דגוף הממון שדנים אינו אלא משום שליחותי' דקמאי ובשבועה דאינו אלא לכפילא לא עבדי שליחותי' וכמ"ש הרב המחבר בעצמו בסי' א' סק"ד:

עוד שם ז"ל. גם מ"ש **דאי** שעבודא לאו דאורייתא והב"ד כופין בעי ב"ד דוקא לכפותו דהדיוטות לאו בני עישוי נינהו נלפענ"ד דליתי' כיון דדמי לעשה סוכה ואינו עושה דכופין אותו לקיים המצוה כל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור אפי' מי שאינו בכלל ב"ד כדמוכח בב"ק כ"ח גבי נרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו כדי להפרישו מאיסור שפחה עכ"ל. וזה הוא השגתו על דברינו בסק"א ע"ש. ותמהני כי כוונתו להשיג על דברינו והוא מתעסק בהשגה על דברי תו' כי דברינו שם עפ"י דברי תו' בנויים שכתבו דמילי דעשוי ילפינן מאשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטו' ולדברי המחבר א"כ הדיוט בעלמא יכול לכוף אגיטא במקום שכופין להוציא וזה ודאי פסול דאוריית' אם הדיוט מעשה אגיטא ואע"ג דמצווה ליתן גט אפ"ה לפניהם ולא לפני הדיוטות וכדאי' פ' המגר' פ"ח אלא דאנן שליחותי' דקמאי עבדי' וצריך ב"ד אבל הדיוט לא ועיין ב"ש סי' קל"ד ס"ק י"ג ובעישוי אגיטא צריך ב"ד של שלשה ויהי' בהם חד גמיר ואז שליחותי' דקמאי עבדי אבל הדיוט בעלמא שאינו ב"ד דמעשה אגיטא פסול הגט דאורייתא והיא אשת איש ואע"ג דמצותו ליתן גט אלא ודאי דב"ד בעי אעישוי וכדמוכח בהא דיתיב רב יוסף וקא מעש' אגיטא ואשכחי' אביי וא"ל הא תנן לפניהם ולא לפני הדיוטות וא"ל רב יוסף אנן שליחותי' דקמאי עבדי' וכל זה פשוט וברור ומה שאמרו בנרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו להפרישו מאיסור שפחה היינו להפרישו מאיסור וכן מי שרואה חבירו לובש שעטנז יכול לפושטו מעליו אפי' בשוק אבל לכופו לקיים מצות עשה כגון מי שאינו עושה סוכה או אינו נותן צדקה לזה צריך ב"ד דוקא ואנן שליחותי' דקמאי עבדי' וגם להפרישו מאיסור נמי אינו אלא הכאה בעלמא אבל ב"ד שכופין לקיים עשה מכין אותו עד שתצא נפשו כגון באומר סוכה איני עושה ואלו באיסורא אין מכין עד שתצא נפשו דלא אמרו ניתן להצילו בנפשו אלא בעבירות הידועים כגון רודף אחר נערה המאורסה

או במקו' שקנאין פוגעין בו ובשאר איסורין לא ניתן להצילו בנפשו כדי להפרישו ומזה הוכיחו בעלי מוסר הראשונים דעש' חמירא מל"ת דבעשה מכין עד שתצא נפשו וזה ודאי אם כבר עבר על העשה אין עונשין אותו אלא קודם שקיים העשה מכין עד שתצא נפשו בכדי לכופו לקיים העשה ובשאר איסורי ל"ת אינו ניתן להצילו בנפשו להפרישו מאיסור נבילות וטריפות וכל זה ברור:

סימן ה

ס"ק ב

שם ז"ל ובקצה"ח כתב דכיון דגמר דין כשר בלילה מש"ה אם עברו ודנו בלילה כשר דאף דנתבטל תחלת הדין מכל מקום הגמר דין כשר דדמי לדיינים שפסקו בלא משא ומתן הדין כשר ואין הבנה כדבריו כיון דאין להם דין ב"ד בתחלת דין ממילא יכולין להחליף טענותיהם ואין ההודאה חשיבא הודאה וממילא הגמר דין שלהם ג"כ בטל עכ"ל. ולמה לא יבין הא כתב הרמב"ם כל שאינם שלשה אפי' הם סמוכים בא"י הודאה שמודה בפניהם כמו שמודה חוץ לב"ד ויכולי' להחליף טענותיהם וכן הוא בש"ע סי' ג' סעי' ב' וא"כ איך יחיד מומחה דן ביחידי ע"כ היינו בדין שאינו תלוי בטענות וכמבואר אצלינו בסי' ג' סק"ב וא"כ ה"נ בדין שאינו תלוי בטענות ואנו אין לנו אלא דברי רש"י שכ' בר"פ א' דיני ממנות בהא דתנן שם דנין ביום וגומרין בלילה וז"ל דנין ביום היינו משא ומתן של דין ע"ש ולא קרי לתחלת דין רק המשא ומתן:

סימן ט

ס"ק ב

ז"**ל** עט"ז דגם בריבית בעינן תובעו ולכאורה קשה כיון דשחד וריבית מש"ה לא לקי עלייהו דהוי ניתק לעשה דבני השבה נינהו א"כ חייב להשיב כדי שלא ילקה כו' וע"כ צ"ל דהוא מטעם שכת' התומים כיון דמדעתו נתן חזקה מחלו כשאינו תובעו ובזה נסתלק דברי בעל קצה"ח שכ' דכופין אותו עד שיאמר רוצ' אני לתובעו ולפי מ"ש ליתי' דחזקה מחלו עכ"ל. וקושיא מעיקרא ליתי' דמ"ש א"כ חייב להשיב כדי שלא ילקה. כיון דחיובו לשלם אינו אלא כשתובעו וכל זמן שאינו תובעו אינו חייב בתשבתו א"כ כשישיב קודם שתובעו אינו אלא מתנה בעלמא וכדאמרינן פ' אלו מציאו' דף כ"ו ואע"ג דאהדרי' לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ע"ש אלמא היכא דאינו מחויב להחזיר אינו יוצא בזה העשה.

עוד שם ז"ל ומה שהביא ראי' מהמש"ל ג"כ לאו ראי' דשאני התם שכבר התחיל החיוב כו' הנה דוחה בדברים שאין בהם ממש וכיון שמצאתי כדברי בכנה"ג דכופין אותו שוב א"צ ראי' מדברי המש"ל. ומ"ש על הראי' שהובא בקצה"ח מהא דב"ק דמלוי בריבית כו' ומחזירין לצי"ש ושם איירי בלא תביעה כו' אין ראי' כלל דאפשר דאיירי שתבעו פעם אחת ולא רצה להחזירו ואח"כ עשה תשובה ומחזיר ע"ש. אין אנו הולכין אחר האפשריות וסתמא לא משמע הכין עוד שם ז"ל גם מ"ש לתרץ קושיות הראשוני' שהקשו בהא דאין ממשכנין חייבי חטאת כיון דלא ניחא ליה בכפרה כשאונסין אותו הוי כאנסוהו לקנות כו' ולא דמי כלל דבשלמא אנסוהו לקנות בלא קבלת זוזי ובלא זוזי לא גמר ומקני אגב אונסא לחוד משא"כ בחייבי חטאת כיון שכתבו תו' דחיוב חטאות הוי כקבלת זוזי גמר ומתרצה אגב אונסו וזוזי דמה לי חייב במצוה או שחייב בכפרה עכ"ל. **והבין** הרב המחבר בטעמא דאנסוהו לקנות דלא קני היינו משום דהוא בלא קבלת זוזי ואינו כן אלא אפי' נתן למקבל חפץ ונותן לו דמים ג"כ וגם אונסו בכך אפ"ה לא קני דכל לקנו' לא מהני שום אונס ואם אנסוהו לקנות תרקבא דדינרי והרי כאן זוזי ואונסא ואפ"ה כל אנסוהו לקנו' לא קני והיינו דאגב אונסו וזוזי גמר ומקנה אמרינן אבל לא גמר וקני אפילו אגב אונסי' וזוזי וז"ל העיטור באות מודעא ודוקא אנסוהו למכור דאגב דקביל זוזי אגב אונסא גמר ומקנה כדאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי הלכך גבי אשה נמי כי פליגי אמימר ורב אשי דוקא תלוה וקדיש בכולהו דיהיב זוזי ואתתא קבלינהו אבל אנסוהו לקדש ולקנותה לאו כלום הוא עכ"ל. והיינו דאי הוי אמרינן אגב אונסו גמר ומקני אפי' בלא זוזי א"כ אין חילוק בין אנסוהו להקנות או לקנות והוי מהני באונסא גם בלקנות אלא כיון דלא מהני אונסא אלא היכא דיהיב זוזי וכדאיתא מודה שמואל היכא דיהיב זוזי וא"כ כא מהני זוזי אלא משום דאגב אונסא וזוזי גמר ומקנה וכדרך המקנין דאגב זוזי מקנה אבל בלקנות לא מהני זוזי דלא שייך בזה לומר אגב קבלת זוזי גמר וקני זוזי ועיין ברמ"א סי' ר"ה שהביא הך דעיטור דוקא להקנות אבל לא לקנות ע"ש וכל לקנות הרי יש כאן זוזי אם נותן לו זוזי או אם נתן לו שוה זוזי אלא ודאי דכל לקנות לא מהני זוזי אלא דוקא להקנות אגב אונס' וזוזי גמר ומקנה כדרך המקנין אגב זוזי וזה ברירא דהך מלתא וא"כ דברינו בס' קצה"ח נכונים:

ס"ק ד

שכר פעולה ואם לא התנה עיין סמ"ע וש"ך ובס' קצה"ח כתב דזה הוי כאומר פרע חובי וכו' ול"נ דשאני התם דאמר פרע והוי כאומר תן מעותיך משא"כ כאן דלא אמר רק דון לי ולא הזכיר כלל המעות ואפשר דניחא ליה למיעבד מצוה בממוני' ומחשב שכר מצוה

כנגד הפסדה עכ"ל. וחילק בין השוים וכל הישר הולך לא יחלוק על דברינו שם שוב מצאתי בשו"ת שבות יעקב סי' קמ"ב כדברינו ע"ש:

סימן יב

ס"ק ח

אא"כ אמרו דלא כאסמכתא ז"ל ובס' קצה"ח כ' לתרץ קושיות הש"ך והתומים דהא דמהני דלא כאסמכתא משום דלא הוי אסמכתא גמורה כו' ונראה כו' וכוונתו אא"כ קנו מידו על תנאי זה ואמרו דלא כאסמכתא כוונתו שיאמרו באופן שיועיל עפ"י דין שלא יהי' כאסמכתא ע"ש ואין הלשון אא"כ אמרו דלא כאסמכתא סובל כלל פירושו ושם בס' ר"ז סעיף י"ז לא כתב לשון אא"כ אמרו דלא כאסמכתא ושם ז"ל אלא יקנה לו בסודר דלא כאסמכתא בב"ד חשוב והיינו שהקנאה יהי' בב"ד חשוב לסלק אסמכתא ע"ש בסמ"ע סי' ר"ז ס"ק מ"ט:

סימן יד

ס"ק ו

אין אומרים שישבע ז"ל ועיין תומים שהקשה הא כל ניזק כשבע ונוטל וה"נ ניזק הוא שהרי גרם לו היזק כו' אמנם אם אי אפשר לברר ולא עפ"י שומא באמת הדין עם התומים שנשבע ונוטל כשאר כל הניזקין עכ"ל. והך דינא דאין אומרים שישבע הוא מתשובת הרא"ש כלל ק"ח ע"ש דאין משמעות הרא"ש כדברי התומים ולא כדברי הרב המחבר אלא כתב סתמא דאין אומרים שישבע ולכן נראה דהרא"ש לשנותו ס"פ הכונס גבי בעי' דעשו תקנת נגזל במסור שהעלה כדברי ר"י דאפי' אם המסור אינו יודע נמי עלתה בתיקו וע"ש שכתב ז"ל והא דסליק בתיקו אם עשו תקנת נגזל במסור ולא פשיט ליה מפקדון משום דמוסר דינא דגרמי הוא ובדיבורא בעלמא הוא דאפסדי' עכ"ל וכן העלה הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"ו כדעת ר"י והרא"ש והטור ע"ש ומש"ה בסרבן אע"ג דגרם לו היזק ע"י סרבנותו בדיני דגרמי לא עשו תקנת נגזל ומש"ה צריך לברר ואם אינו יכול לברר גם לא עפ"י שומא מפסיד וכן עיקר:

סימן כב

ס"ק ג

ובס' קצה"ח כתב כיון דיחיד מומחה דן יחידי לא הוי רק חדא לריעותא דהוי כקיבל עליו יחיד הדיוט במקום יחוד מומחה ואף שקיבל עליו במקום ג' אין הדבר תלוי בלשון ולפע"ד ליתי' דהא ודאי דחלוק דין יחיד מומחה משלשה הדיוטות לענין שיהי' ההודאה בפניו הודאה ולקבל עדות שלא להחליף הטענות כמבואר בסי' ג' וכיון שקבל עליו היחיד שיהי' דינו כג' לכל הנ"ל הוי תרתי לריעות' ובטל הקבלה מכל וכל עכ"ל. ואינו דהא לדעת הטור בסי' ג' הודאה בפני מומחה ולכל הדברים מומחה ושלשה הדיוטות שוין א"כ לא הוי תרתי לריעותא כלל לכל ענין דמהני יחיד הדיוט במקו' מומחה. ולדעת הרמב"ם דלא מהני מומחה וסמוך רק לענין דין ולא לענין ב"ד א"כ קבלה כמי לא מהני דאפי' קבלו עליהם את המומחה לא מהני לענין הודאה וקבלת עדות וכמ"ש כנה"ג בסי' ג' ז"ל והודאה שמודה בפניהם כמי שמודה חוץ לב"ד נ"ב ואפי' קבלוה עליהם הרא"ש ח"א סי' י"ד עכ"ל וא"כ אפי' קיבלו עליה' במקום שלשה נמי לא מהני אלא לדין אבל לא לענין הודאה וקבלת עדות ולענין דין לחודי' לא הוי תרתי לריעותא וכבר הובא אצלינו דברי כנה"ג בסי' ג' סק"ד וע"ש בדברי כנה"ג סי' ג' שכתב בשם הרא"ם שכתב שאפי' לדברי הרא"ש ז"ל דיחיד מומחה חשיבא הודאה בפניו כמודה בפני ב"ד באחד או בשנים שאינם מומחין וקבלום עליה' אין הודאתם בפניהם הודאה ע"ש ואינו נראה כן מדברי המרדכי פ' אד"מ שהקשה גבי נאמן עלי אבא דאם טעו בלא"ה חוזר הדין ואם לא טעו מאי נפקא מיני' דחוזר הדין ותי' דכ"מ לענין חוזר וטוען ע"ש ומוכח דבקבלו מהני גם להודא' ושלא להחליף הטענות. מיהו המרדכי סובר כדעת הרא"ש דמהני גם במומחה לענין הודאה ושלא להחליף הטענות ומש"ה קבלה כמי מהני אבל לדעת הרמב"ם דאפי' בסמוך ומומחה יכול להחליף טענות א"כ קבלה לא עדיף וכמ"ש ברא"ם ולא מהני קבלה רק לענין הדין לחודי' וא"כ בין לדעת הרמב"ם ובין לדעת הרא"ש והטור לא הוי תרתי לריעותא דלהרמב"ם עיקר הקבלה לא מהני רק לדין ולרא"ש וטור כשמקבל יחיד הדיוט במקום מומחה ג"כ מהני להודאה ועוד שם כתב ז"ל גם מ"ש בס' קצה"ח לסתור הראי' שכתב בתומים משלשה רועי בקר וכתב הוא דשאני התם דליכא רק חדא לריעותא דהא בחד גמיר סגי לא דק דרועה פסול מטע' רועה עכ"ל ולא ראה דברי הברטנורה שם במשנה נאמנין עלי שלשה רועי בקר ז"ל היינו לדין דאלו לעדות כשרים המה ע"ש ומשום דבימי המשנה עדיין לא פסלו את הרועה וע"ש פ' זה בורר דף כ"ה תנא הוסיפו עליהם כו' תנא עוד הוסיפו עליהם רועי בקר כו' מעיקרא סברי אקראי

בעלמא מכי חזי דמכוונין כו' הרי דבימי משנה עדיין לא גזרו לפסלינהו לעדות מטעם רועה בקר וגם האידנא דגזרו עליהם אינו אלא ברועה דידי' אבל רועה דאחרים כשר וכיון דכתב הברטנור' היינו לדין הרי דאינו אלא משו' דלא גמירי:

ס"ק ו

ז"**ל** אלא הריני משלם כ"ו ועיין בס' קצה"ח מ"ש ליישב הסוגיא דפ' הכונס דף כ"ז ומה שאמר התם דלמא כר' מאיר ומחלוקת לפני גמר דין וכריש לקיש וכו' א"א לומר כן דהא הסוגיא היא אליביה דר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן ור' יוחנן ס"ל בסנהדרין לאחר גמר דין מחלוקת אלא ודאי דאם אמר תיכף הריני משלם לפני ב"ד ולא טען שום טענה לפטור את עצמו ודאי דאינו יכול לחזור ולטעון מחיוב לפטור לכ"ע עכ"ל. והנה מ"ש דהסוגיא אזלא אליבי' דר"ח בר אבא אמר ר' יוחנן המעיין שם בסוגי' יראה דזה הוא פלוגתא אחריתי אם גזלן מזויין גנב או גזלן ואינו תליא בהא דטוען טענת גנב באבידה והדין אם ליסטין מזוין גנב או לא הוא גם לדידן ורצה לפשוט בש"ס שם מהשוכר פרה ונגנבו כו' ודחי דלמא כר"מ אמר וכמ"ש שם בקצה"ח סק"ב ודלא תיקשי אליבי' דר' יוחנן לזה קאמר ואבע"א כדמחליף כו'. ומ"ש דאינו יכול לחזור ולטעון מחיוב לפטור אליביה דכ"ע אנו אין לנו אלא דברי הראשונים בזה דבאומר הריני משלם דאינו חוזר אינו אלא משום דהוי גמר דידי' וכמ"ש הרמב"ן להדיא בפי"נ ע"ש והרמ"א לפנינו ז"ל אינו יכול לחזור בו דזה הוי גמר דידי' וא"כ ודאי הוא במחלוקת דר' מאיר וחכמים:

סימן כג

ס"ק א

נסתפקו ולפניו ז"ל בס' קצה"ח הקשה דהא כיון שאמר פ' חכם זיכה לי הקרקע והחכם מכחישו אינו נאמן כמו פ' חכם טיהר לי הכתם ואשתכח שיקר' ותי' דמ"מ בהא שלא זיכה לחבירו נאמן ומזה יצא לידון בדבר החדש דיכול הדיין לחזור ולעשות שודא מחדש וליתי' כו' ואפי' באיסורין כו, שהבעלים נאמנין מנועם בידו כתב הרמ"א בתשובה דאין החכם נאמן ע"ש ומערב דברים זרים שאינם ענין לכאן ואין כדאי להשיב כי מחלק כדרכו בין השוים עוד שם ז"ל גם בלא"ה לא דמי להא דפ' חכם טיהר לי כמ"ש בס' חוות דעת סי' קפ"ה עיינתי שמה ולא מצאתי שום סתירה משם לדברינו כי הוא מדבר מבעלים ובידו וגם וחוזר ומגיד דכאן לא שייך חוזר ומגיד אחר שכבר פסק והרואה יראה דכאן אינו דבר שבידו וגם חוזר ומגיד לא שייך כאן. עוד שם ז"ל ואפי' לפי טעותו לא א"ש מה שמיישב קושית הריטב"א דהנה הא דאין הדיין נאמן הוא מטעם דאומר בדדמי כו'.

והא דאמרינן דאומר בדדמי היינו אם אנו באין להאמינו כשנים לא האמינו אותו אלא היכא דרמי אנפשיה וכמ"ש הרשב"א בחידושיו פרק עשרה יוחסין דף ע"ג אימתי בזמן שמקחו בידו דרמי אנפשיה ומדכר כו' וכיון שאין שם אלא הוא מהמנינן ליה כבי תרי ותקנת חכמים הוא כעין נאמן הדיין וכעין נאמנות החי' ואם אמר בזמן שאין מקחו בידו לא רמי אנפשיה ואפי' אמר דרמי אנפשי' לא מהימן אלא כע"א ע"ש וא"כ לא בעינן דרמי אנפשיה ומדכר אלא בזמן שאנו תהמנינן לי' כתרי ומטעם תקנת חכמים אבל אם אנו רוצין להאמינו כע"א לא בעינן רמי אנפשיה ולעולם נאמן כע"א ולא אמרינן דאומר בדדמי בשאנו אין מאמינין אותו רק כע"א דעלמא וא"כ הכא גם כשיהי' כע"א דעלמא נמי נאמן כיון דזה שאומר לי זיכ' אינו אומר רק בשם החכם והחכם מכחישו ומש"ה אינו נאמן רק להכחישו במה שאומר שזיכה לאחר ויהי' שודא אח"כ וישתנה הדין ולזה כשיש פסק דין הרי יש כאן שודא ולהכחישו ולומר כבר זיכה לדידי אינו נאמן כיון שאומר בשם החכם והחכם מכחישו וכמו שמבואר בדברינו שמה:

סימן כד

ס"ק א

ועיין בש"ג פ' הפר' שכתב ז"ל הרי שתבעו בשנו' מנה והנתבע תובע שיש לו בידו חפץ פלוני או קרקע פלוני אומרין ב"ד פרע שטרו תחלה אבל אם נתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו הרי זה כאלו טענו שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם הוא טענו שישבע לו לא יגבה שטרו עד שישבע לו עכ"ל. וכוונת דבריו כו' וכן בחפץ פלוני מיירי שאינו רוצה לסלק אותו בזה וא"כ אין תביעה הזי כטענת פרעון לגבי השטר ומשמע מדבריו שבטענה כזו אין צריך לישבע על שטרו אפי' טוען ישבע לי כיון שאינו רוצה שיהי' לפרעון רק שיהי' בדין זה גובה וזה גובה והוי כתביעה אחרת ולא כטענ' פרעון ואינו בדין **שישבע** כו' ובקצה"ח טעה בפירושו ע"ש עכ"ל: וטעות תפסי' להאי גברא כי אמנם דבריני נכונים דהיכא דטענו הנתבע דברים שאינם ראוים לפרעון כגון מטלטלין או מקרקע אין המלוה צריך לישבע בנק"ח והיינו אפי' רוצה לסלק אותו בזה לאו כל כמניי' דבע"ח דינו בזוזי ולאו כל כמיני' למיפרעי' בשוה כסף ומש"ה אין המלוה נשבע בנק"ח אלא היכא שהנתבע תובע דבר הראוי' לפרעון שטרו כגון שטען אתה חייב לי כך וכך מטבע ממקו' פ' זה כאלו טענו שהשט' פרוע דהא יכול לסלקו במטבע על חובו אבל לא בשוה כסף אפי' נתבע רוצה לסלקו בחפץ לאו כל כמיני' והדברים פשוטים וברורים כמ"ש ועיין בריטב"א רפ"ק דמציעא ז"ל אי יהיב ליה משכון על מקצת לאו

הילך הוא ואפי' אם ירצה ליתן המשכון בפרעון גמור דלאו כל כמיני' למיפרעי' ע"כ אלא בזוזי ע"ש וכן קי"ל דלא מצי לסלקו ע"כ בזוזי ואם אין לו זוזי יכול המלוה לומר אמתין עד שיהי' לו זוזי וא"כ כיון דלא מצי למיפרעי' בשוה כסף א"כ אינו אלא תביעה למלוה בדבר אחר ומש"ה אין המלוה נשבע בנק"ח אלא בטוען הלוה על המלוה דברי' הראוין לפרעון כגון מטבע בזה הוא דמלוה נשבע בנק"ח וזה ברור בכוונת הש"ג דהא וחלק בין מטובע לחפץ והא דילג דינא דמטבע:

סימן כה

ס"ק א

ז"ל ובקצה"ח כתב ליישב קושיית התומים ז"ל דהא קשה הא דמשני זיכה את החייב שהיה לו משכון ונטלו ממנו וקשה דהא נטילת משכון אין רק כמזיק שעבודו של חבירו כמבואר בתשובת מיימוני כו' והוא תמוה מאוד דע"כ תשובת מיימוי מיירי במשכון בשעת הלואה דלא קני משכון כו' ועוד דהא התוס' בגיטין מ"א בד"ה מזיק שעבודו כתבו דאפי' רבנן דפטרי מדיני דגרמי דחייבו במזיק שעבוד עכ"ל: והנה מ"ש דבע"ח קונה משכון כבר כתבתי שמה דאפ"ה אין הגוף שלו וחשיב מזיק שעבודו דאם הי' חילוק לא הוי שתיק בתשובה שם לבאר זה ולומר דשלא בשעת הלואה ה"ל מזיק ממש ובשעת הלואה משום מזיק שעבודו אלא ודאי אין חילו' כיון דאינו חייב באונסין אלמא לית לי' ביה קנין גמור וגם בש"ס דמשני שהי' לו משכון והחזירו ה"ל לגמרא לפרש שהי' לו משכון שלא בשעת הלואה ומ"ש ועוד דהא התוס' בגיטין דף מ"א בד"ה מזיק שעבודו כו' ע"ש לפי מה שהקשו שם דבגמרא מוקי לה דפליגי במזיק שעבודו ולמה לא אמרו דפליגי בדיני דגרמי וכתבו דיותר יש לחייבו במזיק שעבודו וכדאמר בגמ' ב"ק דף ל"ג גבי שחטו תם פטור זאת אומרת המזיק שעבודו פטור ופריך הא נמי רבה אמר' דאמ' השורף שטר פטור מהו דתימ' התם דא"ל ניירא בעלמא קלאי מינך אבל הכא כמאן דחפר בורו' כו' קמ"ל אמנם כהי דמזיק שעבוד חמיר אפ"ה חכמים דפליגי אדר"מ בד"ג פטרי כמי במזיק שעבוד כמבואר בתוס' ב"ק דף ק' ד"ה מחיצת הכרם ז"ל וא"ת ומאן תנא דפליג אדר"מ בד"ג דר' יוסי ור"ש לא פליגי אלא משום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כו' וי"ל דהאי תנא דפ' המניח דף ל"ג דקתני שחטו ונתנו במתנה פטור ומה שעשוי עשוי פליג אר"מ דמשמע דיש לפטור יותר בשורף שטרותיו משחטו ולמאן דדאין ד"ג אמר לעיל דמגב' בי' דמי שטרא מעליא עכ"ל. וא"כ בבכורות דמוקי לה בנשא ונתן ביד דלא כר"מ דדאין דינא דגרמי אלא כחכמים דפטרי ולא מצינו חכמי' דפטרו אלא הך ברייתי' דשחטו

תם וא"כ הרי פטרי נמי במזיק שעבודו ותוס' פ' השולח שכתבו דלהכי מוקי לה פלוגתי' דרשב"ג ורבנן במזיק שעבודו ולא אמרו דפליגי בדיני דגרמי משום דמזיק שעבודו חמיר להכי אמרו דפליגי במזיק. שעבודו וכחכמים דפטרי אפי' במזיק שעבודו גבי שחטו תם ולא מצינו תנא דפליג בדיני דגרמי אלא תנא דשחטו תם פטו' והוא ס"ל דגם מזיק שעבודו פטור. עוד שם ז"ל וגם נראה דעיקר דבריו ליתי' כלל דבשלמא אם הי' סברת הרי"ף דנו"ן ביד הוא סיבה דמחמת זה קם דינא היה שפיר נחשב כעושה מעשה בגוף הממון אבל באמת סברת הרי"ף הוא כמ"ש הרא"ש בדבריו דמדינא יש להיו' קם דינא אפי' בלא נו"ן ביד רק משום דפטור הדיין ואיכא פסידא לבע"ד תיקנו שיהיה הדין חוזר וא"כ כיון דלפי דבריו אינו נתחייב הדיין במה שהוציא המשכון ממילא גם הדין חוזר ואין כאן מעשה כלל ולפענ"ד עיקר דבריו הן טעות עכ"ל. ואין בו טעות כלל דלפי מ"ש הרמב"ן בטעם אחר דבעינן נשא ונתן ביד ומשום דלא אלים דברי הדיין אלא היכא דעבד עובדא אבל לא עבד לא אלים דבריו כיון שטעה א"כ עיקר הסיבה דנשא ונתן ביד דמחמת זה קם דינא אלא גם לדברי הרי"ף והרא"ש דמדינא ראוי להיות קם דינא אפי' בלא נשא ונתן ביד אלא משום פסיד' דבע"ד נגעו בי' ע"ש נמי עיקר הסיב' הוא התשלומין דהיינו במקום שאי אפשר לחייב הדיין בתשלומין היינו בלא נו"ן ביד דדינא דגרמי ליכא בדיין לשיטת הרי"ף וכיון דאי' פסידא לבע"ד הוכרחו לבטל הדין אבל בנשא ונתן ביד דאפשר לחייב הדיין משום דעביד מעשה אוקי אדינא דראוי להיות קם דין אע"ג דאפש' להחזי' כיון דיש מקו' לחייב הדיין וליכא פסידא לבע"ד וא"כ לפי מ"ש גם במשכון כשהחזיר ראוי לחייב הדיין בתשלומין כשיהי' קם דינא א"כ ממילא קם דינא כיון דאפשר לחייב הדיין בתשלומין וכל היכא דיש לחייב הדיין ממילא קם דינא כיון דאפי' בלא נו"ן ביד נמי ראוי להיו' קם דינא א"כ היכא דיש לחייב הדיין קם דינא וזה פשוט וברור:

עוד שם ז"ל עוד הקשה בקצה"ח דלמה יהי' נו"ן ביד חייב הא אף דבמזיק ריבה רחמנא שוגג כמזיד מכל מקום בגזלן אינו חייב שוגג כמזיד דהא מבואר בתו' ובנ"י פ' מרובה דאם אמר לחבירו קח לי שור שהוא בבית פ' שהוא שלי ונמצא שאינו שלו אלא לגנבו נתכוין דמשמע שם שניהם פטורין המשלח משום דאין שלד"ע והשליח לפי שלא ידע ועיין ש"ך סי' שמ"ח כו' ותמוהין דבריו מאד דאדרבה להיפך כתב שם הנ"י בשם האחרוני' דס"ל אין שלד"ע דהשליח חייב רק הש"ך מסיק שם בסי' שמ"ח דאף השליח פטור כשלא ידע ע"ש ומבהיל עין הרואה. ולא עיין המעיין דבנ"י שם לא מזכיר כלל ענין השליח אלא שכתב בשם האחרונים דהמשלח פטור משום דאין שלד"ע אלא שהסמ"ע בסי' שמ"ח כתב בשם הנ"י דהשליח חייב שם דבנ"י שם לא הוזכר השליח ע"ש:

עוד כתב ז"ל ומכל מקום נראה דשאני התם דמירי שהשור נאנס ביד השליח כו' ובאונסין ודאי דאין יכולין לחייבו מטעם מזיק רק מטעם גזלן ובודאי לא נעשה גזלן להתחייב באונסין כשלא נתכוין לגזול כלל דהא לא נתכוין לקנותו לגזילה אבל כשנתנו לגנב ואלו לא הי' נותנו לא הי' הגנב נוטלו בעצמו כגון דקאי בתרי עברי דנהרי ומחמת גרמת הנתינה אי אפשר להחזיר השור חייב מטעם גורם להזיק דמזיק אפי' בשוגג חייב כונו במראה דינר לשולחני דמה לי זורקו לים או מסרו לגנב כשא"א להוצי' ממנו ואין לך מזיק גדול מזה עכ"ל. והמעיין בדברינו סק"א ושם כתבנו על מ"ש הש"ך דאם כו"כ ביד חייב לשלם אפי' טעה בדבר משנה דדעת בעה"מ והרשב"א דבטעה בדבר משנה אפי' היכא דלא אפשר להחזיר דפטור משום דינא דגרמי א"כ אפי' כו"כ כמי פטור בטעה בדבר משכה ובש"ך שם כ' ז"ל כיון דנו"נ ביד טובא עבד ונכנס הדיין תחתיו וה"ל כלוה דילי' ושוב אין לבעל"ד דו"ד עם חבירו רק עם הדיין וזה שהלך למד"ה או הוציא המעות ה"ל כאלו הוציאו המעות של הדיין עכ"ל. ובזה הוא דכתבנו דבזה יש להסתפק דלא אמרו שוגג כמזיד אלא במזיק ולא בגזילה וכמ"ש גבי אומר לחבירו קח לי שור שהוא שלי בבית פ' דפטור השליח ושמענו דבגזילה לא אמרו שוגג כמזיד כי' וכיון דבטעה בדבר משנה ונשא ונתן ביד לא אתי עלה הש"ך מטעם ומזיק דהא בטעה בדבר משנה לא דנו בו דין מזיק היכא דאי אפשר להחזיר ומה"ט ס"ל להרשב"א ובעה"מ דגם נשא ונתן ביד פטור אלא דהש"ך אתי עלה מטעם דהדיין ה"ל כמו לוה וגזלן ולזה הוכחנו דגזילה בשוגג פטור וא"כ המחבר דמודה דבגזילה פטור בשוגג אין עליו דין גזלן אלא דין מזיק ובש"ך לא אתי עלה מדין מזיק וכמ"ש וא"כ דברינו נכונים כמ"ש סק"א:

ס"ק ג

ז"**ל** ובס' קצה"ח סק"ב כתב דזיכה את החייב הוי כעדים שהעידו שקר ולא הוי מזיק ממש ולא דק דהא בשיקול הדעת מוציאין אפי' מיד המוחזק רק מטעם שהחזיקו ב"ד והרי בדבורם נעשה ההיזק עכ"ל כבר מבואר מלתא בטעמא לפמ"ש בתמים דעים דאינו קם דינא אלא משום דבע"ד מצי אמר אנא אדיין סמיכנא ואין אנו יכולים לברר טענותו משום הכי קם דינא וא"כ קמי שמיא גליא אם הדין כדבריו א"כ אינו עושה היזק ואם אין הדין כן לא עבד כלום וע"ש סק"י ז"ל ובספר קצה"ח כתב דא"צ לברר שהוא מומחה כשיש לו מגו שהי' אומר שלא טעה וליתי' דהא ע"כ צ"ל טעם לדבריו ועוד דאין זה מגו דירא שיתברר טעותו מפי אחרים עכ"ל. ולא אמר כלום דאין צריך לומר טעם כיון דכבר פסק רק מגו דאי בעי שתיק ולא הי' מוד' שטעה גם מ"ש דאין זה מגו דירא שיתברר טעותו מפי אחרים ואם יתברר טעותו מאי הוו הא סוף סוף קם דינא רק בהודאתו מחייב

עצמו בתשלומין ואם יתברר ג"כ לא יתחייב יותר ועוד דא"כ פרעתי במגו דמזויף דמהימן נימא דירא שמא יתבר' קיומו אלא כל זמן שלא כתבר' אית לי' מגו וזה פשו'.

ס"ק יח

ז"ל ובס' קצה"ח הקשה דהא קי"ל כר' נתן דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ולדידי לק"מ כו' ע"ש והמעיין בדברינו סי' ת"י סק"ג שם יראה דברינו דעיקר הקושיא לפי דעת רש"י ותוס' פ"ק דב"ק דף י' וע"ש שהארכנו בזה

הלכות עדות

סימן כח

ס"ק ב

ז"ל ומה שהקשה בס' קצה"ח בהא דיש אוכל אכיל' אחת כו' תלה נמי בוקי סריקי במהרש"ל דודאי אף מוהרש"ל מודה אפי' אי עבדינן לי' החומר' חייב לצי"ש דהא אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו במזיד והתראה וכן בב"מ אמרינן דחוסם פי פרה ודש בה דלוקה ומשלם לצי"ש רק דלענין תפיסה כתב סברא זו עכ"ל. אמנם ודאי תפיסה בחיוב לצי"ש תלו זה בזה דכל היכא דמחייב לצי"ש מהני תפיסה כיון דחייב הוא וכמ"ש רש"י פ' השוכר דף צ"א אלא דב"ד אין דנין בשתי רשעיות וכיון דתפס מעצמו מהני ואם היכא דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה ע"כ לצי"ש נמי לא מחייב. ומה שהקשה בבבא מציעא בחוסם פי פרה דלוקה ומשלם לצי"ש כבר הרגשתי בו בס"ק א' ע"ש אמנם כעת מצאתי סיוע לדברינו שכתבנו שם דהך דלוקה ומשלם היינו בשוגג ע"ש וכן הוא בשטה מקובצת ב"מ דף צ"א ז"ל וכתב הריטב"א וז"ל רבא אמר אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו ה"נ הכא קאמר לוקה בידי שמים עכ"ל הרי דמפרש לוקה היינו לוקה בידי שמים והיינו בלא התראה ומש"ה משלם בידי שמי' דלא עבדינן החומרא:

ס"ק ח

שהגידו בראשונה עפ"י החרם. ז"ל ובקצה"ח כתב אף דכל נתבע מאמינין לו כשנשבע שאינו יודע מכל מקום בעדות דאיכא איסורא דאם לא יגיד אינו נאמן לומר ששכח ואינו יודע כמו באוכל חלב שאינו נאמן לומר ששכח ואינו יודע וכו' ולא דמי זה לזה דבשלמא באוכל חלב אינו נאמן לומר שהיה שוגג דהי' לו ליזהר שלא יבא לידי איסור דאדם מועד לעולם תדע דהא מטעם זה שוגג צריך כפרה מש"ה אינו נאמן אבל בעדות ששכח ואינו יודע אינו עושה שום איסור ודאי דנאמן עכ"ל. ואין זה ענין להך דשוגג צריך כפרה דהא אפי' באומר אונס הייתי או מוטעה נמי כתבו דאינו נאמן דבזה לא שייך אדם מועד

לעולם וגם אינו צריך כפרה כשהוא אנוס אלא כל שעבר עבירה לפנינו אינו נאמן בשום התנצלות לומר אנוס או שוגג או מוטעה ועיין בקצה"ח סק"ח באריכות ודברינו מוכרחין שמה. וכן בעובר על שבועה אינו נאמן לומר אנוס הייתי ולביה אונסי' היכא דאין הדבר מוחזק בכך:

סימן ל

ס"ק א

ז"ל ועיין ס' קצה"ח במה שכתב לתרץ קושיות פני יושיע שהקשה אהא דאמר מפני מה תיקנו זמן בגיטין הא בעינן זמן משום דרישה וחקירה ותירץ הוא דכיון דחתמו סתם ועדים שחתמו על השטר הוי כנחקרה עדותן אז והוי כאומר היום דלא בעי דו"ח כמ"ש הר"ן כו' ואין לדבריו שחר דהא אפי' אמרו בב"ד סתם פלוני לוה מפלוני לא הוי כאומר היום ע"ש ולעין הרואה יפה יש לו שחר כי כבר מבואר שם ז"ל בשעה שחתמו ה"ל כמעידין ראובן לוה משמעון זה ימים רבים ולא העידו באיזו שעה ובאיזו יום והוא ודאי בלא דריש' וחקיר' כיון דמעידין על מעשה אשר כבר נעשה אבל גיטין וקידושין העדות שלהם על המעשה אשר נעשה בשעה שחתמו דהא באותו שעה הוא הזמן וא"כ היינו חקירתן דאמרי בשעה זו וכמ"ש עכ"ל וע"ש והיינו היכא דמעידין על מעש' אשר נעשה ולא אמרו באיזו יום ובאיזו שעה נעשה אותו מעשה אין כאן דרישה וחקירה אבל גיטין וקידושין דהוא שטרי הקנאה דבאותו שטר הוא הקידושין והוא הגירושין דלא מיירי מגיטין שהם לראי' רק מגיטין וקידושין שהם הם הקנאתן וא"כ אין מעידין על מעשה אשר נעשה אלא המעשה הוא החתימת עדי' דבזה הוא הקנאתן דגיטין וקידושין שהם לראי' דהיינו שכבר קידשה בכסף או שכבר גירשה בגט ונותן שטר לראי' דעת המרדכי פ"ב דקידושין שהוא מפי כתבם ופסול וע"ש וא"כ בודאי מיירי מגיטין וקידושין שהם להקנאה וכל הקנאה אין מעידין על המעשה אשר כבר נעשה א"כ החתימ' הוא המעש' והרי הוא כאומר היום וזה ברור ומש"ה במעידין בב"ד סתם פ' לוה מפ' לא הוי כאומר היום כיון דמעידין על מעשה אשר כבר נעשה. ע"ש ז"ל ועוד קשה דא"כ גט מאוחר לפסול מהאי טעמא ומ"ש הוא תשובה לזה אין לו שחר כלל וכן גט מוקדם לפסול מדאורייתא עכ"ל:

והנה מה שהקשה גט מוקדם לפסול מדאורייתא אם הי' לדברינו גט מוקדם פסול מדאורייתא הוי ניחא לן ליישב תשובת הרא"ש שהובא בב"י אה"ע סי' קכ"ז שדעתו לפסול מדאורייתא והכל צווחי בי' אלא דגם לדברינו אינו פסול דאורייתא וכמ"ש דגט

שאינו לראי' ואינן מעידין על המעשה אשר כבר הי' אלא לשעתו והוא המעשה והגדה כאחד באין וה"ל כמעיד היום גם אם כתבו זמן קודם או מאוחר כיון דהגדתן בשעת חתימתן ואז הוי כנחקרה עדותן בב"ד אלא היכא דהוא לראי' כמו שטרי הלואה בזה כתבנו שמה דעדותן בהלואה הקודמת א"כ מעידין על מה שנעשה כבר זה הוי בלא דו"ח אבל מעידין על מעשה אשר נעשה באותו שעה שחתמו דהיינו שהי' הלואה בשעה שחתמו א"כ אע"ג דכתבו הזמן באיחור כיון דנחקרה באותו שעה אין אנו חוששין באיחור הזמן וקושית הש"ס ממאוחרין כשרין אינו אלא דחוששין בשטרי ראי' דלמא הי' הלואה כבר וכתבו אח"כ וא"כ מעידין על זמן אשר הי' כבר וכמו שמבואר שם בדברינו והוא בשטרי ראי' אבל בגיטין וקידושין שהם להקנאה דאין מעיד על מעשה שהי' רק בשעה שחתמו הוא המעשה א"כ ה"ל כמעיד היום וזה נכון וברור:

ס"ק ג

ז"**ל** ועיין ט"ז שהקשה מהא דסי' קמ"א בא' אומר אכלה חטין וא' אומר אכלה שעורין דאין צריך המחזיק שיאמר שאכלה שתיהן ובס' קצה"ח תירץ דהכחשת התובע עם הבע"ד הוי הכחשה וכיון דשם מוחזק בקרקע אין מוציאין מידו ע"ש ואין בדבריו ממש דבקרקע אינו מועיל תפיסה ומ"ש הוא דלפעמים מועיל תפיסה בקרקע כגון במלתא דעבידא לגלויי לאו כלום קאמר ועוד דא"כ ה"נ יהי' מועיל תפיסה ע"ש. והמעיין בדברינו שם סי' פ"ב ס"ק י"ט שם בררנו הדברים מדברי הר"ן והנ"י דהכחשת התובע עם העדי' אינו הכחשה ודאית אלא הוא הכחשה ולאו הכחשה אלא מספיקא נדון כאלו לא הי' עדי' ע"ש ומש"ה בתובע שבא להוציא אין מוציאין ממון בספיקא ובשטר שטוען הלוה פרוע אע"ג דאין הלוה אומר כדברי שניהן כיון דאינו הכחשה ודאית אין מוציאין מספיקא ומזה כתבנו דה"ה בקרקע אין מוציאין מחזקתו שמוחזק בהו עכשיו ואע"ג דקרקע בחזקת בעליה לפעמים בקרקע נמי אין מוציאין כגון במלתא דעבידי לגלויי וכתבתי זה שהוא אליבי' דכ"ע ולפי מ"ש בתשובת הרא"ש כלל א' סי' ח' ז"ל כך קבלתי מפי רבנא מאיר ז"ל היכא דאי' פלוגתא מרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממונא אחזקתי' והכי אמרינן בחז"ה הלכתא כוותיה דרבה בארעא היכי דקיים ארעא תיקום וכוותיה דרב יוסף בזוזי היכא דקיימי זוזי ליקום עכ"ל והיינו כדברי רשב"ם פ' חזקת דף ל"ב ולא אמרינן אוקי ארעא בחזקתו הראשונה אלא בתרי ותרי דכמאן דליתנהו דמי ע"ש בתוס' ד"ה והלכתה כוותיה דרבה בארעא ע"ש וא"כ ה"נ כיון דהוא מלתא דספיקא אם הוא הכחשה או לו מוקי ארעא בחזקת שהוא עכשיו. ומה שהקשה דא"כ ה"נ יהי' מועיל תפיסה ודאי במלתא דספיקא מהני תפיסה אלא דתליא בדעת הרמב"ם והרא"ש אם מהני

תפיסה אחר שנולד הס' ובטוען ברי כמבואר בדיני תפיסה וכל מ"ש שם בסי' פ"ב בזה הוא מדברי הר"ן והנ"י עוד שם כתב ז"ל עוד יש ליישב כו' אם הי' לו דבר מה עוד להשיב לא הי' מונע מלכתוב:

ס"ק ד

וישבע ש"ד על ק' ז"ל עט"ז שכ' הטעם הוא דלא מחייבינן שבועה מדר"ח קמייתא כיון דהעדאת עדי' לא ילפי' רק מק"ו מפיו שאינו מחייבו קנס עדים דמחייבי' כו' ועדים שע"י צירוף אינו מחייבי' קנס דאין חיוב קנס אלא על מעשה שראו שניהם כא' כמו דלא מהני אחד אומר נסתרה שחרית ואחד אומר נסתרה ערבית כו'. ובקצה"ח תמה על הט"ז והתומי' דבקנס ודאי מועיל עדות מיוחדת דהא לא בעי' הגדה כאחד בקנס כמבואר בב"ק דף ע"ד והגדה מקשי' לראיי' וא"כ לא בעי' ראי' כאח' ולפענ"ד טעה בזה דודאי עדו' מיוחד' כשר בד"מ כגון שאחד ראה מחלון זה ואחד ראה מח"ז שהי' אצל המעשה ב' עדים אבל לצרף ב' עדים שכל א' ראה מעשה אחר כגון שא' ראה היום שנגח שורו ונתחייב קנס ואחד ראה ביום ב' שפיתה את בתו או נגיחת שור אחר זה לא יאמר בר בי רב דחד יומא שמצטרפין לחייבו ממ"נ דא"כ אפי' אחד מעיד שראה שנתחייב קנס ע"י נגיחת שור ואחד ראה שהלוה מעות מצטרפין והא ודאי ליתא דקנס שלא היו עדים בדבר אין בו שום חיוב דאשר ירשיעון אלקי' כתב בקנס ובעי' שהב"ד יהיו יכולין לחייבו מכח מעשה זה. וזה פשוט וברור ולזה מביא הט"ז ראי' שפיר מעדי יחוד לענין קידושין שאחד ראה שחרית ואחד ערבית דלא מצטרפי והטעם כתבו דקידושין לא נגמרו בלא עדים ולא מהני ראיית א' כלל וה"נ קנס אין בו שום חיוב כשלא הוי עדים בדבר עכ"ל. והנה בתומי' סק"ט מבואר דאתי עלה מטעם דקנס דמי' לדיני נפשות ע"ש שסיים דאפ"ה איכא ק"ו דעדי' ישנם במציאות וגדר קנס אם יעידו מכוון ובעדות הכשר לד"נ ע"ש הג"ה גם הט"ז שמדמה קנס לדיני אישות ע"כ לדיני נפשות מדמי לה דדין זה דאישות גופי' מטעם דדמי' ושייך לדיני נפשות אצריכי' לי' בת אחת כמבואר בר"ן פרק מי שאחזו הביאו ב"י אה"ע סי"א ע"ש) וע"ז הבאתי ראי' דקנס אינו כדיני נפשות. והרהמ"ח מודה לדברנו שאינו כדין נעשות ונחית לה מד"נ ואוקמוהו בדיני קדושי' ובעי' שהב"ד יהיו יכולין לחייבו ע"י מעש' זה וכמ"ש וז"ל ולזה מביא הט"ז ראי' כו' וה"נ קנס אין בו שום חיוב כשלא היו עדי' בדבר ע"ש. והא ודאי בדותא היא דמעולם לא שמעתי לדמ' קנס לקידושין דגבי קידושין אפי' הי' עדים אחורי הגדר והיו רואי' ואינן נראין אין בו משום קידושי' ואפי' אם הם אומרי' בלבם הי' להתקד' אין בו משו' קידושין לפמ"ש ב"ש סי' מ"ב ס"ק י'. וכי צריך שור נגח לראות עדי' בשעת נגיחתו. אלא בקנס בעי' אשר ירשיעון אלקי' ולא

שיודה מעצמו וכל שב"ד יכולי' לחייבו בלא הודאת עצמו היינו ע"י צירוף אשר ירשיעון אלקי' קרי' בי' משא"כ בקידושין הא דבעי' עדי' בשעת מעשה משום דילפינן דבר דבר ממון במקום הכחשה וכמ"ש הרשב"א בחי' פ' האומר דף ס"ה ע"ש. ומה ענין עדים בשעת מעשה לנגיחת שור (הג"ה ועוד אף אי יהבינן האי טעותא דקנס יהי' כמו קידושי' מ"מ כיון שכבר הודה הרהמ"ח דלא דמי לד"נ וכמו שנתברר בקצה"ח מהא דב"ק ד' ע"ד וכנ"ל. אכתי שייך בקנס עדות ע"י צירוף כגון שא' אומר אתמול נגח שורו ואחר הי' עמו. וא' אמר היום נגח שור אחר וג"ג עוד א' הי' עמי כיון שבשעת מעשה הי' ב' עדי' נתחייב שפיר קנס ומ"מ אנחנו מחייבי' אותו ע"י צירוף. ושייך שפיר ק"ו מפיו לעדי' ע"י צירוף וזה שהיו בשעת מעשה ב' עדי' אין ענין לומר שאין כאן צירוף רק ב' עדי' יחד. שהרי אין אנו יודעי' מזה רק לפי דברי העד כך הוא והרי זה כאילו אמר בפני הי' קנין הראוי לדבר זה. וכן פירש הראב"ד הא דהודאה אחר הודאת מצטרפין כמ"ש הרא"ש פ' חזקת בשמו והרמב"ן בס' המלחמות פ' ז"ב לדעת בעה"מ ע"ש. וא"כ לא הועיל הרהמ"ח כלום בחידושו שרוצה להשוות קנס לקדושי' דאפי' בקדושי' כה"ג אם אמר כל א' אחר הי' עמו היו מצטרפין אי לאו דאישות שייך בי' נפשות ודינו כד"נ ועיין ב"ש באה"ע סי' קל"ג סק"א שהשיג על הר"ן במה שנתן טעם לדברי התוספתא שהביא הרי"ף פ' מ"ש דדמי לד"נ ולפמ"ש שפיר דקדק הר"ן מדקאמר סתמא משמע אפי' אם אמר אחר הי' עמי ואז לא שייך טעמא דב"ש לזה פי' הר"ן דאישות שייך בי' נפשות ובכל ענין אין מצטרפין. וה"ה לענין ע"מ בגט אינן מצטרפין ע"ש. אמנם בקנס דע"כ לא הוי כד"נ שפיר שייך בי' צירוף כי האי אבל עיקרן של דברי' דקנס לא דמי' לקדושי' כעוכלא לדנא):

ועוד דהא בתם שנתחייב קנס ולא היו עדי' בשע' מעשה ואחר זמן הרבה תפס הניזק שלא בעדי' דאית לי' מגו מהימן לומר שנתחייב לו קנס ולא מפקינן מיני' ואע"ג דבשעת נגיחה לא היו עדי' בדבר שלא הי' תפיס בשעת נגיחה וז"ל הרמב"ן בס' הזכות סי' ק"ו וענין ספיקו של הר"ב ז"ל בתופס קנס שלא בעדי' כבר יצא דינו מכלל דברינו להתחייב כו' ואפי' במודה בב"ד מומחין אני אומר שלא פטרה תורה וקנס אלא שלא הי' חייב כו' עפ"י עצמו דכתיב אשר גו' פרט למרשיע א"ע אבל זה לא עפ"י עצמו מתחייב אלא לזה אנו מאמיני' שאמר נתחייב לי קנס ותפסתי משלו הלכך ירשיעון אלקי' קרינן בי' ולא קרי' בי' מרשיע א"ע כלל דמה הוסיף או גרע בהודאה שלו עכ"ל והרי הוא מבואר דכל שאינו עפ"י עצמו הרי הוא נתחייב כמו בשאר ממון וז"ב. (הג"ה ואל יקש' בעינ' ממ"ש בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק ו' דבלא עדי' לא מיחייב. דשם מיירי בתפס בעדי' ומשום הודאת בע"ד שלא בפני מומחין באנו עליו לזה מוכח שם שפיר דע"י הודאתו לא מיחייב כלל

אפי' שלא בפני מומחין דכל זה בכלל מרשיע א"ע הוא משא"כ כאן דתפס שלא בעדי' ועכ"פ מוכח דלא בעינן עדי' בשעת מעשה וכנ"ל):

ומ"ש דא"כ אחד מעיד שראה שנתחייב קנס ע"י נגיחת שורו וא' ראה שלוה מעות ונתחייבו יצטרפו ג"כ והא ודאי ליתי' כו' ואני אומר כן הוא הדבר שמצטרפין קנס וממון וראי' מס"פ המניח דפריך לרבה ב"נ דאמר טוענו חטי' וה"ל בשעורין פטור ממתני' דהי' א' תם ואחד מועד כו' הא לא אייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק. ע"ש ובראש דמיירי ע"כ דיש עדי' שראו הנגיחה ולא ידעו מי הזיק התם או המועד דבלא עדי' ה"ל מודה בקנס מבואר מזה דאי לאו דרבה ב"נ הוי משלם ח"נ והיינו ע"י צירוף קנס וממון כיון דהמזיק אומר תם הזיק וליכא עדי' על נגיחת המועד וגם על נגיחת התם ליכא עדי' ולפי דברי הרהמ"ח לא מתחייב קנס אלא היכא שהב"ד יכולין לחייבו ע"י מעשה זה והכח אין הב"ד יכולין לחייבו בקנס ע"י מעש' זה רק בצירוף נגיחת המועד שהוא ממון ומבואר דמצטרפי קנס וממון דקנס שוה ממש לד"מ וכנ"ל ואינו חלו' משא' ממון אלא במה שאינו מתחיי' מפי עצמו:

ס"ק ו

ואם אחד מעיד שנתן לפ' בפניו כו' כתב ב"י בשם מישרי' דהוי ב' שטרי מתנות על ענין אחד דאמרי' ביטל שני את הראשון ובשני ליכא אלא חד סהדא. ותמה הב"י ולא כתב טעם לתמיהתו ובס' קצה"ח כתב דסברת ב"י הוא דוקא בשטרות שייך לומר שזייף אבל בעדי' שהן קיימי' לא מפסלי סהדי לא דבר נכונה דודאי מצי למיפסל סהדי כו' עכ"ל. לא עיין כל צרכו בדברינו שהרי ביארנו שם ס"ק ה' שיהי' סברת הב"י כחד תירוצא דתוס' שביארו בפי' דבעדי' בע"פ לא שייכא ביטל ב' את הראשון רק לפסול חתימתן ע"ש:

סימן לג

ס"ק ב

ויש מי שמכשיר ז"ל בס' קצה"ח פסק דבשטר שלם זכר על סך מסוים והעד הי' קרוב ופסל אותו כיון דחוב דאבוהון הוא כו' כיון דהוא בתורת חוב וכיון דהלוה פטור הנכסי' שהם מטעם ערב ג"כ פטורין ולפענ"ד נראה להיפך דאפי' למאן דפוסל במתנ' במקצת בקנין כיון דאינו יכול לחזור מעילא העדות שייך ג"כ לשכ"מ אם יעמוד מחליו אבל בנ"ד בשטר ש"ז שאין שייך לאב כלום דאינו יכול לתבעו כל ימי חייו ואין הדבר נוגע רק להיורשי' אין העדות רק נגד היורשין וכיון שהוא רחוק ליורשי' כשר ומ"ש כיון דהלוה פטור כו' לאו כלום הוא דהא אפי' ברחוקי' מ"מ כיון שמת ודאי דנפטר מהחוב

דמת לאו בר חיובא הוא רק דהיור' כרעא דאבו' הוא והרי הוא הלוה תדע דהא מחויב לתבוע תחלה ליורש קודם שגובה מנכסי' אלמא דהנכסי' הם ערבי' מצד היורשין ולא בעד המת ודוקא בלוקח שט"ח שייך שפיר לומר כיון דהלוה נפטר דלוקח אינו קונה רק שיעבוד נכסי' ושעבוד הגוף נשאר אצל הלוה כו'. אבל במת והורישה דבלא"ה פקע שה"ג של הלוה כיון שמת והיורש הוא הגוף וכיון דרחוקי' הם לו כשר השטר למאן דמכשיר בצוואת שכ"מ בלא קנין עכ"ל. והנה מ"ש דהיורש כרעא דאבי' הוא והרי הוא הלוה כו' ואם היורש כרעא דאביו א"כ אפי' לא ירש כלום ואביו לישלם דברא כרעא דאבו'. ובתומי' סי' ס"ו כתב ג"כ הא דיורש משלם אחר מות אביו דהא פקע שה"ג דהא מית לוה וכת' הוא ז"ל דכשירש נכסי' גם הוא נשתעבד כמו אביו ע"ש והובא דבריו בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו ושם מבואר אצלינו הא דיורש משלם אע"ג דמית לוה ופקע שעבוד גופו היינו משום דנכסוהי אינון ערבין וכמו בהלך הלוה למד"ה נתחייב הערב כמו כן בשעת הלואה נתערבו הנכסי' בעד שעבוד הגוף ואם לא ישלם גובה מהערבי' הם הנכסי' וכמו שהערב משלם אחר מות הלוה עי"ש ברורי' ונכוני' ע"ש. ועתה נוסיף להביא ראי' מגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו דמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש ונגבה מהם מלוה ע"פ כדרך שנגבה מהיורשי' וכמבוא' בטור וש"ע סי' ער"ה סעי' כ"ח והתם לא שייך האי טעמא דכרעא דאבו' וז"ב (הג"ה ועוד ראי' דא"כ גם ומטלטלי יגבה מדינא כיון דהיורש נשתעבד בעצמו והוא כמו הלוה גופו כמ"ש הרהמ"ח ואמאי אמרו מטלטלי דיתמי כו' אלא ודאי מוכח שהיורש לא אשתעבד גופי' אלא הנכסי' משועבדי' מדין ערב כמו בלוקח רק דביורש לא תקנו משום פסידא) עוד כתב ז"ל גם מה שדמה מתנת שכ"מ בקנין למ"ש הרמב"ן והנ"י גבי פסול ממון דלא בעי' תחילתו בכשרות כיון דלמי שהוא מעיד לא הי' קרוב בשעת ראי' נראה לחלק דשאני התם גבי בני העיר כו' וכן בעובדא שהביא ב"י בשם המשרי' כו' מ"מ כיון שהרחוק מכח הקרוב נתחייב ועיקר העדות על חיוב הקרוב הוא בטל העדות כו' ע"כ אין דבריו נראין כלל כי הם בלי טעם. (הג"ה ולא עיין יפה במהרי"ט סי' ק"ה שמכריח שאפי' בעל הממון בעצמו יכול להעיד אח"כ כשאין הדבר נוגע אליו מהא דקידושי' דף ע"ג דנאמן בעל המקח לומר כו' וכמ"ש תוס' שם ד"ה בד"א ע"ש וכן מוכח עוד מהא דחזקת הבתי' במוכר שלא באחריות ויש לו ארעא אחריתי מעיד עלי' אע"ג דאמרי' בכתובות דמשתעי דינא בהדי' ולא מצי א"ל לאו ב"ד דידי את ואפ"ה כשר להעי' וכמבואר שם בתוס' דה"ה קרוביו כשרי' ע"ש. במהרי"ט שכל דבריו כראי מוצק) ומ"ש עוד שם דבנרצח כו' אין צריך להזכיר שם הנרצח כו' משא"כ במתנת

שכ"מ צריכין להזכיר שם השכ"מ כו' ע"ש דבריו אינם מובני' דאכן בשמא לא דייקי' ולא קפדינן אלא בתר טעמא אזלינן ואם אין הענין נוגע לו כא מיפסלי קרוביו:

סימן לד

ס"ק ג

או אונס ז"ל ולענ"ד נראה דבגוונא דנקט בעה"ת דמיירי שנשבע הפך האמת כגון שלוה ונשבע שלא לוה לכ"ע אין יכול לטעון שכחתי דרמיא עלי' למידק שלא לשבע לשקר משא"כ כששבועתו היא שא"י בעדות כו' אבל שבועה שא"י אנו פוסקי' לכתחלה כו' ע"ש דבר זה כבר מבואר בקצה"ח סי' כ"ח ס"ק ח' ע"ש.

ס"ק ה

החולק עם הגנב ז"ל ובתומי' תמה דהא הוי כמו כופר בפקדון דפסול לעדות כו' ובס' קצה"ח תירץ דהא דבא אחר ואכלו דחייב מטעם מזיק הוא ולענד"נ דאפי' לא אכלו רק עשה בו שינוי שע"י קנאה לגזילה חייב מטעם גזלן ולא מטעם מזיק כו' ואח"כ כשעשה שינוי הרי עשה גזילה חדשה שהוציאו משל הבעלי' לגמרי כו' וכשנעשה השנוי ג"כ נעש' אינו שלו ואין לך גזלן יותר מזה כו' וראי' לזה דבתמורה ד' גבי כל מלתא דא"ר ל"ת אי עביד לא מהני קאמר דבשינוי קונ' פליגי אלמא דבשע' שמשנה הגזילה עובר על לא תגזול כו' ולזה אם חלק עם הגנב ושינהו או אכלו ודאי דפסול מעבר על לאו דלא תגזול כדמוכח בתמורה כו' אבל אם לא נשתמש בו אף שנתכוין לזכות לעצמו כו' עכ"ל:

והנה לא הוסיף על דברינו שכתבנו שם דחולק עם הגנב אינו לא גנב ולא גזלן כיון שכבר נגנב מבית בעליו אין על השני תורת גנב וגזלן וכמו גונב מן הגנב דאין בו תורת גנב לתשלומי כפל ע"ש: זולת במ"ש דאם בא אחר ואכלו חייב מתורת מזיק כתב הרב המחבר דאפי' בשינוי הוא חייב מתורת גזלן וראייתו מהא דתמורה והיינו דהתם פריך והרי גזל דרחמנ' אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים כו' ולא נהירא דהתם אין הלאו דלא תגזול במה שעשאן כלים רק במה שגזל דשינוי בלא גזילה לא קני לזה פריך כיון דאמר רחמכן לא תגזול היאך קונ' בשינוי ע"י הגזיל' הא עבר אמימרא דרחמנא בשעה שגזלה ולא אהני גזילתו והרי הוא כמו ששינה בבית בעלים שלא קנה ה"נ לא יקנה מצד שגזלם שאין הגזילה מהני כיון דעבר אמימרא דרחמנא. ונראה דעל השינוי לא הוי מקשה הא עבר אמימרא דרחמנא אי הוי אמרי' דשינוי הוי גזילה כיון דשינוי ממילא ג"כ קונה לא שייך בי' כל מידי דא"ר ל"ת א"ע לא מהני כמ"ש פר"ח יו"ד לענין ביטול ברוב דאע"ג דאין מבטלין איסור לכתחלה דאורייתא להראב"ד אפ"ה לא שייך

בי' כל מידי דא"ר ל"ת כיון דס"ס השתא הא נתבטל ברוב וכ"כ בצורם אוזן בכור דאע"ג דא"ר ל"ת מ"מ לא גרע מנפל בו מום ממילא וכ"כ בכמה דוכתי ולא אמרו האי כללא כ"מ דא"ר ל"ת א"ע ל"מ אלא היכא דע"י עשייתו דוקא נעשה מה דאמר רחמנא ל"ת ע"ש וא"כ ה"כ כיון דשינוי ממילא ג"כ קונה ולא בעי' שיעשה הוא לא שייך למימר כ"מ דא"ר ל"ת. ולא פריך בש"ס אלא אגזילה והרי אמר רחמנא לא תגזול לא ליהני גזילה דילי' וכיון דלא מהני גזילה דידי' אין השינוי קונה דאם לא מלה אין בשינוי כלום ודו"ק. ורש"י שכתב שם ז"ל שינוי ששינה ועבר על דעת המנקום קני ע"ש היינו שעבר על דעת המקום במה שגזלה דהרי אם לא גזלה ושיבר את הכלי לא קנאה בשינוי א"כ ע"י שעבר על דעת המקום וגזלה קונה לו השינוי וכמ"ש אבל אין לפרש עבר על דה"מ בשינוי דאפי' ממילא שייך שינוי לא שייך בי' כ"מ דא"ר ל"ת אעל"מ וכמ"ש:

ומ"ש וכן אם נשתמש בו הוי שואל של"מ דהוי גזלן דהא עדיין של בעלים הוא כו'. ג"ז אינו דלפמ"ש לא הוי בתורת גזלן כל שהוא ביד הגנב ודין גנב וגזלן אינו אלא מיד הבעלים וכמ"ש דמהאי טעמא אין הגנב אחר הגונב משלם ת"כ וכן מוכח מהא דאמרו אתבר ממילא משלם זוזא תברא או שתי' משלם ד' ואע"ג דאחר שנתיקרה ועמדה על ד' נשתמש בה אפ"ה אינו משלם אלא זוזא דאין תורת גזילה אלא בבית בעלים אבל כל שהוא גנוב כבר אינו בו משום גזילה ודו"ק:

סימן לו

ס"ק א

ז"**ל** אך מ"ש בקצה"ח דבהי' כשר מתחלתו בעי' צירוף בשעת הגדה לא נ"ל כן. ונראה דאפילו לא העידו כלל נפסל להרמב"ם והרא"ש כשהעידו אפי' אחר כ"ד דכך היתה גזירת הכתוב כל שנצטרפו בשעת ראי' ונתבטל קצתו מחמת פסול נתבטל כל הקישור והצירוף מחמת עדות שבטלו מקצתו דהא התוס' ב"ב שם גבי אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים לא חילקו בין הגידו בב"א רק בתירוץ א' כו' עכ"ל. והנה זה התירוץ בין הגידו בבת אחת או בזה אחר זה לא כתבו תו' בב"ב רק בסנהדרין דף ל"א ע"ש שכתבו דלא אמרי' נמצא אחד מהם קרוב או פסול אלא בב"א תוך כ"ד כו' והכא שבאו ב' כתי עדים זא"ז ועיקר חידוש בתירוץ זה דהכא מיירי שבאו זא"ז. ועוד תירצו תרוצים אחרים והיינו דאף אם נאמר דהא דא' אומר מנה ואחד אומר מאתי' מיירי נמי בב"א. אפיה לא יוקשה עפ"י התירוצים האחרים או מפני שלא נודע הפסול או מתוקמא כמ"ד תתקיים בשאר ע"ש אבל אם באו זה אחר זה ודאי דלא מפסלי משום נמצא אחד מהם קרוב או

פסול כיון דבקרוב או פסול ממש דברי תוס' דתרתי בעי' ראי' והגדה וא"כ כל שלא הגידו כאחד ודאי דלא מצטרפי וע"כ איירי תוס' רק שהגידו בב"א. גם גוף הסברא שכתב אינה נכונה דודאי כל שהיו כשירים בשעת ראי' ולא נצטרפו בהגדה כאחת א"כ מעולם לא הי' צירוף קרוב או פסול והעיקר כדברינו שם בקצה"ח סק"ד ע"ש:

ס"ק ד

ז"**ל** ועיין קצה"ח שתמה על התומי' שתי' על הרמב"ם שכ' דאם הוזמו מקצתן בטלה הכת האחרת ג"כ מטעם דהוכחשו במה שאמרו שראו זמ"ז. ותמה בקצה"ח דהא ע"כ מיירי בדליכא הכחשה דאי איכא הכחשה בטלה עדות המזימין ודבר זה כתב התומי' בעצמו בסי' ל"ח ע"ש ותירץ זה דהא סגי בא' רואה אלו ואלו כו' ע"ש. ע"כ הרואה יראה שעיקר דברי נאמרי' על בעל אמרי צרופה והוא ביאר דבריו שיהיו שניהם מכח שני' מוכחשי' מחמת שאמרו שנים שראו זה את זה. אמנם גם על התומי' תמיהתי קיימת במה שביארתי דעד שמעיד ראיתי דבר זה ופ' הי' עמי וזה אומר לא הייתי עמך דלא הוי הכחשה דאין העד מדקדק מי הי' עמו בשעת ראיית העדות כמבואר בש"ע סי' כ"ט וסי' ל' ע"ש ולא הי' להרה"מ מה להשיב על זה:

ס"ק ו

ז"**ל** דתרתי בעינן. עש"ך ס"ק ט' שתמה על הב"ח והאמת דהב"ח אזיל בשטה שהביא הריטב"א ריש מכות דדוקא בשאין רואין מש"ה אינה מצטרפות ג"כ לענין קרוב או פסול אבל בדיני ממונות שמצטרפין אפי' לא ראו כא' ה"ה דמצטרפין נמי לענין קרוב או פסול ע"כ. זוהי משלי היא בקצה"ח ס"ק ב' ע"ש:

סימן לז

ס"ק ט

אעפ"י שאם יתעשר ז"ל ובס' קצה"ח תמה דאל"כ כל מי שהוא עני יהיו קרוביו כשרים להעיד ומחל' דנוגע אינו אלא כנוטל שכר להעיד ואינו פסול אלא מדרבנן כו' ולא דיבר נכונה דהא דנוטל שכר להעיד אינו פסול רק מדרבנן הוא כשנוטל שכר להעיד בין לזכות בין לחוב. אבל כשאינו נוטל שכר רק להעיד לזכות הנותן שכר פסול מדאורייתא כיון שהעדות נוגע ע"כ. והנה כבר הבאתי בקצה"ח סי' ל"ד סק"ד תשו' מהר"י ן' לב ושם הי' המעשה שהעד לא הי' רוצה להעיד עדותו להתרת אשה עד שיתנו לו שכר וע"ש שחקר אם פסול נוטל שכר להעיד הוא מדרבנן הוא כשר בעדות אשה ואם פסולו דאוריית' גם לעדות אשה פסול. ואסתפקא לי' שם בנוגע גופי' אם פסולו משום דמשקר בשביל

הנאתו א"כ נוטל שכר ג"כ פסול משום דמשקר בשביל שכרו ואם פסולו משום דאדם קרוב א"ע אבל לא משום דחשדינן לי' למשקר א"כ נוטל שכר כשר מן התורה ע"ש הרי מבואר דאפי' אם אינו רוצה ליתן שכר עד שיעיד עדות המועיל לו אפ"ה דן בי' מהר"י ן' לב לומר דכשר מן התורה ומשום דנוגע אינו פסול רק מדרבנן והכל מבואר אצלנו שם סק"ה דהיכא דמעיד לעצמו פסל מן התורה דה"ל בעל דבר והיכ' דמעי' בשביל עצמו אינו פסול אלא מדרבנן ע"ש ועמ"ש בס' ש"ש ש"ז פ"ו. עוד שם ז"ל וקושיתו מעיקרא ליתא ולק"מ דדוקא כשמעיד לאחרים רק שהוא נוגע בדבר אמרי' דשמא יתעשר לא חשיב נגיעה אבל להעיד לעצמו אף שאין בו שום זכות פסול לעצמו מטעם קרוב כו' ע"ש והוא נלקח מכלל דברינו שם ס"ק ה' ע"ש:

סימן לח

ס"ק ב

ז"ל ועיין בס' קצה"ח כתב דעדים שהעידו שנתנסך יינו של ראובן והוזמו דחייבין לשלם מכאשר זמם כו'. ולפענ"ד לא דמי דלא שייך כאשר זמם רק בדבר שצריך להעיד בב"ד כגון הריגת שור אבל באיסורין אפי' במקום דצריך ב' עדים מ"מ לא צריך הגדה בב"ד כמש"ל סי' כ"ח ובספר חות דעת סימן צ"ט ע"ש ובדבר שאין צריך עדות בב"ד לא חדשה תורה דין כאשר זמם עכ"ל והנה מ"ש דבאיסורין אפי' ב' עדים לא בעי הגדה בב"ד ומש"ה ליתא בתורת הזמה. בתשו' הר"ן מבואר דאפי' ע"א באיסורין דא"צ הגד' בב"ד מ"מ כל זמן שאינו מעיד בב"ד יכול לחזור בו ולומר מבודה אני ע"ש סי' מ"ז ועמ"ש בספר ש"ש ש"ו פי"ג בשם התוספתא. ומבואר שם דכל שהגידו חוץ לב"ד יכולי' לחזור בהם ולומר מבודין היינו. ואם נחקרה עדותן בב"ד אמרי' בהו כיון שהגיד שוב אינו חו"מ. הרי דשייך בהו הגד' בב"ד. ואם נאמר שהעדות שייך גם לבעל הממון יתחייבו מכאשר זמם כמו פלוני רבע שורו של פלוני כמ"ש שם. ומשנה ערוכה ריש מכות מעידי' אנו באיש פלוני שהוא בן גרושה דשייך בי' הזמה ובכתובות דף כ"ו מבואר דבעי הגדה בב"ד. והתם איסורא הוא דאיכא. אמנם לפמ"ש בש"ש ש"ו פט"ו בשם תוס' רי"ד דבן גרושה או ב"ח ה"ל כמו דבר שבערוה ניחא דבדבר שבערוה מודה הרהמ"ח בסי' כ"ח דבעי' הגדה בב"ד. אלא לפמ"ש שם בש"ש דהרמב"ם ס"ל דלא הוי כדבר שבערוה ואפ"ה בעי ב"ד ואית בי' דין הזמה אי לאו דכתיב לו ולא לזרעו מוכח דגם באיסורין שייך דין הזמה. ועיקר דבריו דבאיסורין אף במקום דצריך ב' עדים מ"מ לא צריך הגדה בב"ד דבר זה אינו מתקבל על הדעת כי מ"ש בסי' כ"ח בשם פ"י גיטין ד' כ"ט התם אתי עלה משום חומר שהחמרת

עלי' בסופה. ועוד דפ"י כתב שם לענין גיטין ובגיטין ודאי לא מהני עד מפי עד כמו בקידושין. ואם כדברי הרהמ"ח שם סי' כ"ח משום דעדיין לא הוי גמר גיטא וכה"ג גבי ממון כמי מהני ע"ש. א"כ היא גופי' לית לי' הך סברי' דפ"י. והנה עיינתי בדבריו סי' כ"ח מבואר דאפי' בע"א היכי דבעי עדו' כגון לקרבן ולשבועה בעי הגדה בב"ד ע"ש וא"כ היכא דאתחזיק היתירא דבעי ב' עדים לדעת הפוסקים ההם בעי הגדה בב"ד וכיון דבעי הגדה בב"ד ואח"כ פסקו הב"ד דהיין אסור הוי גמר דין ודאי אית בי' דין הזמה:

(**יען** כי עריבי' עלי דברי דודי הרב הגדול מוהר"ר חיים הכהן אחי אא"ז מו"ר הגאון המחבר זצ"ל ראיתי להציג פה ולהעלות על הדפוס דבר קטן אשר יצא מפיו ני' דברי המל"ה).

בקצה"ח ס"ק ד הקשה על מ"ש הרמב"ם פ"כ מהל' עדות דבהעידו על שורו שהרג את הנפש והוזמו לוקין ממ"ש פ"ק דסנהדרין פלוני רבע שורו של פלוני דמשלמין דמי השור לבעלים וה"נ ה"ל לחייבם דמי השור ע"ש ותירץ לפי מה דאמרינן בכריתות כ"ד שור הנסקל שנגמר דינו והוזמו עדיו כל הקודם זכה בו דמשנגמר דינו אפקרי' בעלי'. אבל אם אמר על הבעלי' שרבעו לשורו לא אייאשי מיני' דמידע ידעי בשקרייהו ומיחלי' להזימם וכ"כ הרמב"ם פי"א מנזקי ממון. והנה פ"כ מה"ל עדות ה"ל ב' כתב ז"ל וכן אם יצא הממון מיד זה ליד זה בעדותן חוזר כבעליו ומשלמין לו ע"כ. וזה כתירוצו של ריב"א בתוס' ב"ק דף ה' דגם בממון בעי' כאשר זמם ולא כאשר עשה ע"ש בכ"מ. ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דאם העידו בשורו שהרג הנפש דאין משלמין דמי השור דכיון דנגמר דינו אפקרי' בעלי' וכבר הפסיד ממונו נמצא לענין הפסד ממונו הוא כאשר עשה כיון שכבר יצא ממונו מת"י. ואע"ג שיכול להיות שחזר וזכה בו. זה אינו כחזרה אלא כמו אחר שזוכה בו ומהפקירא קא זכי בי' לכך לא שייך בי' דין הזמה. והא דבש"ס דצריכין לשלם דמי השור איירי כשהבעלים יודע בשקרם דאז אינו מייאש ושפיר הוי כאשר זמם:

הלכות הלואה

סימן לט

ס"ק י

וז"ל ובס' קצה"ח הקשה מערב למלוה ע"פ דכשהלוה מודה דגובה מהערב ולא חיישינן לקנוני' ותי' דערב דומה לא"י אם פרעתיך ולקוחות דמיא לא"י אם נתחייבתי לך כו' ותמוהי' דבריו דבע"ח אין לו על הלוקח כלום רק על הנכסים תובע שנשתעבדו תעבדו לו והן תמיד בגדר אחד דהנכסי' ודאי נשתעבדו לו וספק אם יצאו משעבודן ע"ש. המעיין

שם סק"ה לא אתינן עלה מטעם א"י אם נתחייבתי לך אלא משום דאע"ג דהוי א"י אם פרעתיך אפ"ה טענינן להו טענתא דמוכר כיון דאינהו לאו ב"ד נינהו טענינן להו וכמו שטוענין ליורש ולא הוי כמו א"י אם פרעתיך כיון דטענינן בעדם טענתא דאבוהון וכמבואר סי' ע"ה סעיף ט"ז ע"ש. ולא חילקנו שם אלא דדוקא אם בשעה שקנה הלוקח הי' אפשר שכבר פרע המוכר אז טוענין ללוקח כמו שטוענין ליורש דבשע' שירש אפשר שכבר פרע אביו ולא נכנסו שניהם בחויב כלל. אבל אם הלוקח ודאי נכנס בשעבוד תו לא טעני' שמא פרע המוכר אח"כ דבזה לית לי' זכותא דמוכר אחר שכב' קנוהו הלוקח וה"ל כמו שאר א"י אם פרעתיך וכמו בלוקח שדה והחזיק המוכר יום א' דטענינן ללוקח משא"כ אם לא החזיק המוכר לא טענינן שקנהו המוכר אח"כ ע"ש:

תו כתב ז"ל גם מה שנסתפק בקצה"ח בהא דעמד בדין גובה ממשעבדי אי גובה מלקוחות שקנו באותו יום אחר השעה שעמד בדין וגם אם גובה מיורשין כשמת בו ביום ולענ"ד אין כאן מקום ספק דודאי מלקוחות כיון שמנהג הוא שאין כותבין שעות כו' וממילא לא נשתעבדו לו הנכסין מאותו יום כמו במטלטלין דלא נשתעבדו כיון דלא סמכה דעתי' אבל ביורשין כיון שלעולם יהי' ידוע אם המיתה הי' אחר שעה של קנין או העמדה בדין או קודם ועיקר הטעם דלא גבי מיורשים כתבו תוס' ב"ק דף י"א ד"ה כגון שעשאו אפותקי דלא חש לשעבוד נכסים כו' לא שייך הטעם של נעילת דלת לגבי יורשים והכא דכתב שטר כו' וכל טצדקי דיכול למעבד לענין טריפת לקוחת עביד ודאי דגובה מיורשים שירשו אחר שעמד בדין אפי' באותו יום עכ"ל. (הגה הנה מ"ש שנסתפק מרן אם גובה מיורשין לפום ריהטא כתב כן דמעולם לא הי' ספק על זה כיון דקי"ל כר"פ דמלוה ע"פ גובה מן היורשין כשידוע שלא פרע לו א"כ אין כאן נפקותא כלל. רק שם הובא הא דיורשין לראי' אליב' דרב ושמואל דסברי מע"פ אינו גובה מן היורשין וכלקוחות דמיין ומדרב ושמואל ביורשין נלמד ללקוחות אליבא דידן כיון דלדידהו מיורשין לא גבי רק היכ' דגבי מלקוחות כמ"ש שם תו'.) אמנם מה שרוצה לחלק בין לקוחות ליורשין לענין שעות מאחר שעשה כל טצדקי כו' ליתי' דהא גבי נזיקין וחופר בור אם לא עמד בדין אינו גובה מן היורשים אע"ג דאין בידו לכתוב שטר אם המזיק אינו רוצה גם לתבוע לדין אינו בידו כדאמרינן בש"ס מי יימר דמזדקק לי' בי' דינא ואפ"ה אינו גובה מן היורשים ואע"ג דהתם כמי משום נעילת דלת גבי מן היורשין וכמ"ש תו' שם ב"ב דף קע"ה ד"ה לא מן היורשין דנעילת דלת לאו דוקא בפני הלווים דה"ה במקח וממכר ובנזקין בעמד בדין אלא ודאי היכא דלא עבדי רבנן תקנתא בלקוחות לא חשו גם לנעילת דלת דיורשין

ולא תלי' בגלוי דעת התובע וכן מוכח בש"מ ב"ק דף י"א בשם ר"י האחרון ע"ש: וא"כ ה"ה בשעות אי לא גבי גם מיורשי' אליבא דרב ושמואל:

(**הגה** ועוד ראיה ברורה שאין עלי' תשובה מדפריך התם והא הרגו קתני וא"ר אדא ב"א שעשאו טריפה ופריך תו והא"ר כאמן מת וקברו ומשני דיתבי דיינא אפומא דבירא. ולפי דברי הרהמ"ח למה לי' לש"ס לדחוקי ולשנויי בהנך גווני בדרך רחוק. ה"ל לשנויי לעולם שלא עמד בדין ואדרבה מפני שהרגו ומה הי' לו לניזק לעשות לענין טריפת לקוחות כיון שמת תיכף להכי גובה מן היורשים דלגבי יורשים לא נ"מ אי אית לי' קלא אי לית לי' קלא כמ"ש תוס'. אלא ודאי אין הדבר תלוי בדעת התובע רק כל שלא חשו חז"ל לתקנת נעילת דלת גבי לקוחות לא תקנו גם ביורשין וכנ"ל). ולכן צ"ל כמ"ש בקצה"ח סק"ו דעמד בדין עם הלקוחות גובה משעות. וכל היכא דגבי מלקוחות גבי מיורשין אפי' לרב ושמואל ממילא נשמע לדידן דמלקוחות גבי בשעות אחר פס"ד:

ס"ק יד

ז"**ל** עוד הקשה הש"ך על הרא"ש שמחלק בין מכר להודאה כו' ונראה ליישב דדעת הרא"ש היא דוקא בשטר מכר כשמכר קודם מסירת השור נתבטל השטר לגמרי כו' ומה שהקשה משחרור ג"כ לא ק"מ כו' והש"ס לא הקשה רק לשמא מכר העבד נכסים בינתיים כו' כיון דהשטר שחרור לא בטל במה שמכר העבד נכסים מהני מנוי לידי' ע"ש. כ"ז כתוב בס' קצה"ח סק"ז ע"ש. (הגה אלא שיש טעות סופר בדבריו במ"ש שמכר העבד נכסים והי"ל לומר שקנה העבד נכסים ומכרם הרב וכן היא בש"ס ב"מ דף י"ט ע"ש וכ"ה בקצה"ח שם ע"ש):

סימן מ

ס"ק א

ובס' קצה"ח כתב דאורייתא אף דהוי קנין מ"מ לא מהני בלא עדים וכתב זה מסברא ולא ידעתי היאך מילא לבו לחלוק מסברא על תוס' עכ"ל. והנה הסברא ודאי כך נותנת דדוקא ק"ס או משיכה והגבהה שגוף המעשה הוא הקנין לא אברי סהדי אלא לשקרא. אבל אודייתא כ"ז שלא אמר א"ע בפני עדים אין כאן אודייתא ואם אין אודייתא אין כאן קנין. (הגה ובינו לבין עצמו אפי' הודאה גמורה לא מהני אפי' על מה שחייב לו כבר כמבואר בטור וש"ע סי' פ"א סעיף ט' דבעי' עדים דוקא. וכן מבואר בש"ך שם ס"ק כ"ב ע"ש דבינו לבינו לכ"ע לא מהני והוא פשוט שם. ואפי' להרמב"ן וסייעתו דהודאה בע"א מהני. הוא דוקא לענין שנאמינהו שחייב לו כבר אבל לא לעשות קנין אודייתא.

וראיה נכונה ממ"ש הרמב"ן בס' המלחמות פ' ז"ב בהשיגו על בה"מ בהא דהודאה בע"א כתב ז"ל ומה שדקדק בעה"מ ז"ל ממה שאמרו פרק חזקת הבתים הודאה בפני ב' קיום שטרות כו' אדרבה אי דייקי' אפכא משמע כו' וה"ג בש"ס הודאה בפני ב' קנין בפני ב' ויש ראיה גמורה בפ' הזהב מסוגי' דמטבע נעשה חליפין דק"ס בפני ע"א קנין הוא ואפי' בלא עד כלל וכמ"ש רבינו הגדול ז"ל במס' קידושין וש"מ שאין אומרים בזה זו דומה לזו כו' ע"ש הרי לפנינו דס"ל לרמב"ן ז"ל לראיה גמורה דקנין א"צ עדים כלל מהא דפ' הזהב וכונתו למאי דפרכינין ולקנהו אג"ס ולא משכי דליכא עדים. וא"כ קשה מהאי טעמא גופי' הי' לו להביא ראיה גמורה דהודאה צריכה עדים כדעת בעה"מ מדלא פריך התם ונקנינהו באודייתא וכמ"ש תוס' א"ו דמודה הרמב"ן לענין קנין דבעי' עדים באודייתא כיון דידעינין שאינו חייב לו כלום רק שהוא מקנה לו כעת צריך שיהי' קנין חזק ובפני ב' דוקא.) ומ"ש לחלוק על תוס' מסברא. איני חולק ח"ו על דברי תוס' ומה שהניחו בקו' פ' הזהב דף מ"ו דלנקני לי' המעות בהודאה אפשר דס"ל לתוס' דסתם גורן מצויין שם ב"א וכן הוא באמת מסקנת תוס' סנהדרין דף ו' ע"ש ודלא כר"ת פ' ח"ה. אבל לענין דינא מודי תוס' דאודייתא בעי עדים לענין קנין. ואפי' הכמין לו עדים לא הוי הודאה וכל היכא דלא הוי הודאה לא קני וזה פשוט וברור (הגה ועיין פ"י ב"מ דף מ"ו שכתב בעצמו דהיכא דמצי טעון משטה אינו יכול לחייב עצמו ע"ש ד"ה ונקננהו כו'):

סימן מא

ס"ק א

ובקצה"ח תי' דבכתובה כיון שהיא תנאי ב"ד חיישינן לצררי טפי וכמבואר בש"ס ופוסקי' לענין שבועה וה"ה הכא לענין תוך זמנו חיישינן בכתובה טפי ולא נהירא דחשש צררי הוא רק לענין שבועה אבל לענין פרעון ודאי דלא חיישינן בכתובה כלל דהא הטוען אחר מעשה ב"ד לא א"כ ע"ש. כבר מבואר שם בדברינו סק"א דכיון דחזקה דתוך זמנו ליכא בכתובה ומשום חשש צררי ואינה גובה אלא משום שטרא דנקטא או מעשה ב"ד דכמאן דנקט שטרא דמי וכיון דנפל אתרע לה חזקה דשטרא. משא"כ בשאר מלוה אי' חזקה דתוך זמנו והיא עדיפא משטרא דהא בשטרא בעי שבועה ותוך זמנו לא בעי שבועה אלמא דעדיף חזקה דתוך זמנו. ובכתובה אתרע ובטלה חזקה דתוך זמנו משום חשש צררי כמ"ש שם בשם משנה למלך פי"א מה"ל מלוה ע"ש. ושטרא אתרע בנפילה:

סימן מב

ס"ק א

ובס' קצה"ח הקשה דהא אם מסר כ"י אחר בינו לבינו בלא עדי מסירה לא קנה וכיון שהוא יכול להזדייף הוי כליכא עדי חתימה כו' ואין הנדון דומה לראיה דבליכא עד"ח ולא עד"מ לא שטרא הוא כלל כו' ע"ש. והמעיין יראה שאין מהצורך להשיב כי כבר הארכנו שם סק"א וביארנו בו די באר איך דברי הב"ח נכוני' בדעת תוס' ז"ל והצלנוהו מהשגת סמ"ע וש"ך. ושמה הראינו לדעת דהודאת בע"ד איננה במקום עדי חתימה כמו שהבין הרהמ"ח רק היא במקום ע"מ ומ"מ לא נעש' שטר עד שיש שם גם ע"ח ודבר שיכול להזדיף הרי הו' כמו שאין עליו ע"ח כלל וגם כ"י אחר ולא מהני כלל. עוד שם ז"ל גם מ"ש דלדעת הר"ן דע"ח הן במקום ע"מ כו' ע"ש שדוחק עצמו לחלק את השוים והכל מבואר בדברינו שם. עוד שם ז"ל גם מ"ש דבדבר שיכול להזדייף נאמן המלו' דהוי כחתימ' חלק' דהוי כהאמינו בשעה שמסר זה לא ניתן להאמ' דבשלמ' במסר בידו חתימה חלקה האמינו דאם יכתוב על גבו ודאי דיגבה ממנו כו' אבל הכא מה האמינו שייך הא אף אם יכתוב עליו מצי טעון שזייף אותו ע"כ. מבואר שם בדברינו כיון דמודה שהוא ח"י וח"י אינו יכול לזייף הרי נתן לו נאמנות לכתב עליו מה דבעי. עוד שם ז"ל גם מה שתירץ על קושית פ"י שהקשה אהא דאמרינן בגיטין דפתרא כדי לכתוב עליו הגט ומוכיחין בזה דשאר שטרות פסולין והק' הפ"י דהא כיון דשטר מקנה כשר אכתי קשה דה"ל למימר כדי לכתוב עליו שטר מקנה ותי' הוא כיון שכתב תוס' דשטרי מקנה ככלל בגיטין ה"נ דיפתרא דאמר גט נכלל ג"כ שטר מקנה כו' איני יודע מה הוא שח דעיקר הוכחתם היא דגט שיעורא רבא היא משאר שטרות דבגט צריך לכתוב שם עירו ועירה כו' מש"כ בשאר שטרות וכן קשה בשטר מקנה דבשדה מכורה לך לבד סגי עכ"ל. ראי' זו כתב הרא"ש ז"ל ולא הוזכר שם שיעורא רבא ולא שיעורא זוטא. ודיוקו מדקאמר לכתוב עליו גנו ולא קאמר סתם לכתוב שטר אלא משום דיכול להזדייף כ' גט וה"ה שטר מקנה. (הג"ה ועוד דהא שכיח טפי שיכתבו על דיפתרא גט אשה משטר מקנה בשטר מקנה כשר אפי' על החרס ועיין תוס' גיטין ד' כ"ב
ד"ה כדי לכתוב. ובמשנה למלך פרק י"ח מה' שבת ע"ש):

סימן מג

ס"ק יב

ז"ל לא כתב דאקני ובס' קצה"ח כתב דבשטר מאוחר לא צריך דאקני דבמאוחר אין זמן השיעבוד חל עד הזמן הוי כחיוב אחר שקנה כמ"ש התו' בבכורות דף מינו לענין פדיון הבן ע"ש. ולאו כלום הוא דפדיון הבן שאני דבכל יום ויום הוי כציוי חדש מרחמנא משא"כ בשטר מאוחר דהחיוב כבר נעשה מזמן הלואה רק דהוי כהתנה שלא יטרוף ממשעבדי עד הזמן אבל גוף החיוב לא נתחדש עכ"ל ע"ש. עיין תו' פ"ב דגיטין דף י"ז מבואר שם דבמאוחר אין הגירושין חלין עד הזמן אלא דהראב"ד הוא דס"ל דמאוחר כשר לאלתר והרא"ש שם דעתו נוטה לדעת תוס' ועיין טוש"ע אה"ע סי' קכ"ז וא"כ ה"נ אין השטר חל עד שיגיע הזמן וא"כ נתחייב ונשעבדו נכסיו מכי מטא זמני' וכמבואר שם בדברינו ס"ק ד'. ע"ש:

סימן מה

ס"ק ב

ז"ל אם קבלו בני העיר עיין ש"ך סק"א דאם מתחייב מעצמו דמהני מדינא ובס' קצה"ח כ' דלא מהני רק בשטר ראי' ומייתי ראי' ממאן דס"ל ע"ח כרתי דלא מהני. ואין הנדון דומה לראי' דודאי לא מהני להיות שליח אף דבעדותו נגמר הקנין מ"מ כך היא גזירת רחמנא דע"י עדותן שמעידין בחתימתן נגמר הקנין וכשהן אין חותמין בעצמן לאו עדות הן כו' אך בבא להתחייב עצמו שבח"י עושה קנין ודאי מועיל שליחות לעשות קנין עכ"ל. ולפי דבריו א"כ לר"מ דס"ל ע"ח כרתי וס"ל וכתב היינו וחתם יכול הבעל לעשות שליח על חתימתו וזה ודאי פסול מן התורה ואין בו אפי' משום ריח הגט ואע"ג דעל ידו נגמר הקנין של הגט א"ו כיון דוכתב היינו חתימת הבעל או העדים לא אהני שליחות א"כ תו אינו מתחייב בחיוב חדש אלא בח"י ממש לא ע"י שליחות וכמ"ש ס"ק ב'

סימן מו

ס"ק ה

ז"ל עוד כ' הש"ך בשטר קידושין שנמצא בעי קיום מדאורייתא כו' ותמה בקצה"ח מהא דכתבו תו' גבי מצא שטר הקנאה כו' ע"ש ולק"מ דהתם כיון שהמלוה תובע לשטר ואומר שהו' שלו והלוה מעות על זה השטר א"כ מה לי שמוציא בעצמו זה השטר או שנטלו ממי שמצאו ותובע בו כיון שאומר שהוא כשר ותובע בו ודאי לא זייף דאי הוי זייף הי' מרתת

לתבוע בו במלתא דעבידא לגלויי כו' ע"ש. והמעיין בדברינו ס"ק ד' יראה דאיירי בשטר הקנאה בין ילוה בין לא ילוה. וא"כ אין צריך המלוה שיאמר שהלוה מעות ע"ז השטר כיון שכתוב ששיעבד נפשי' אף אם לא ילוה. ועיין ש"מ לב"מ דף י"ג ז"ל בשטרי הקנאה דהא שיעבד נפש' בחליפין ולא חשיב לנתינת מעות אלא נשתעבד מעידנא ההיא דקני מיני' בחליפין ר' חננאל כו' ומצאתי להרב ר' אברהם ז"ל שפי' הא דאמרי אי משום כתב ללוות כו' הא שיעבד נפשי' לומר שאין חוששי' שמא לא לוה ומיד לוה נפל שאלמלא שכבר לוה לא הוי משעבד נפשי' כו' ואינו נכון דהכא את אמור שיעבד נפשי' אע"פ שלא לוה והכא את אמר לא הי' משעבד נפש אא"כ לוה מתחלה. ועוד דא"כ היכא דנפל איכא למיחש כו' וכן דעת הריטב"א כו' א"ר אסי בשטרי אקניתא כו' אפי' לא לוה עד תשרי או אפי' לא לוה כלל וכן פרש"י כו' ולענין פסק הלכה כ' הרמ"ך ז"ל כותבין שטר הקנא' דשיעבד לוה נפשי' בין ילוה בין לא ילוה דברשותי' דאינ' לחיובי נפשי' במאי דבעי עכ"ל. והארכתי בזה יען ראיתי שהרהמ"ח בסימן ל"ט ס"ק מ"ד מפרש שטר אקנייתא היינו על דעת הלואה כדעת הראב"ד בש"מ הנ"ל ושבקנהו לכל הני רבוותא דס"ל דא"צ הלואה כלל ונקט כחד הוא הרב ר"א. וא"כ כיון דא"צ הלואה כלל א"צ המלוה לומר שתלוה לו מעות וא"צ לידע מזה כלל ושפיר חשיב שמא אחר זייף כמו בנמצא שטר קידושין. ומ"ש ז"ל ועוד דקידושין שאני שאין הבעל כאן כו' משא"כ בש"ח שנכתב ע"ש המלוה כו' כיון שהמלוה יהי' מרתת לתבוע בו ע"כ. לפמ"ש דאין המלוה צריך לטעון שהלוה לו מעות לא יהי' מרתת שיטען.

והנה ועוד דבריו מעיקרא מופרכין דתיכף שמצאו איש אחר קודם שבא המלוה היינו צריכי' קיום מדאורייתא ואח"כ כשבא המלוה ותובע על ידו הוי כאילו אנו מקיימי' עפ"י המלוה וכיון שנזדקק לו לקיום דאורייתא ודאי דבעי ב' עדים לקיימו ולא מהני תו חזקה דלא חציף אינש לזיופי לעשות על ידי זה קיום. דדוקא כשהמלוה מוצא השטר לא נזדקקנו מעולם לקיום ד"ת מחמת החזקה. אבל היכא שכבר נזדקקנו לקיום ד"ת לא יעלה על הדעת שיתקיים עפ"י דיבורו של המלוה במאי דתבעי'. אח"ז מצאתי לרמב"ן בחידושיו ליבמות שכתב אהא דמצאו שטר שכתוב בו פלוני מת וז"ל ואיכא מ"ד אע"ג דאין מצויין לקיימו דכיון דקיום שטרות דרבנן כי' דל"מ אחמורי לא מחמרי בה אדאורייתא כו' ע"ש הרי מבואר בהדי' דאפי' נמצא אין צריך קיום ד"ת וכ"כ הרשב"א והר"ן פ' מי שאחזו וכ"כ הנ"י בשם הריטב"א ס"פ האש' ע"ש דלא כמ"ש הש"ך. ות"ל זכינו שעלו דברי רבינו לדעת כל הראשונים:

ס"ק ח

ז"ל עיין ש"ך כתב לענין כ"י אי מקיימין אותו על ידי דימוי ובקצה"ח כתב דדימוי דמי לסימנין שאין מוציאין ממנו ע"י סימנים כמ"ש תוס' בחולין דף צ"ו דאם באו עדים כו' והנה אף שזה אמת שדימוי שמדמין החתימות דמי לסי' כו' אמנם ודאי דלא קי"ל כמ"ש תוס' בחולין דודאי מוציאין ממון ע"י סי' כמ"ש הש"ך סי' רצ"ז וכן מוכח ביבמות קט"ז כו' הגם שבס' קצה"ח סי' רנ"ט חולק על הש"ך ופסק כתוס' חולין הנ"ל וכתב דביבמות כיון דאיכא עדי פקדון וסי' עדיף ובב"ב איירי בעדות קרקע דקרקע לא חשיב הוצאת ממון כ"כ ע"ש וסברת הכרס היא והוא תמו' כו' ע"ש. אם הי' הרהמ"ח רואה דברינו סי' רצ"ז לא הי' כותב דבריו כאלו וע"ש סק"א שהובא שם בשם הריטב"א פ' הכותב ז"ל ועד הא יהיב סימנא כו' ועוד כי יהיב סימנא מאי הוי הא לא אשכחן דמהני סימנא להוציא ממון מיד המוחזק ולא הוזכר אלא במציאה כו' והנכון כו' דהכא עדי פקדון הוי. ובודאי כא הי' כותב הרהמ"ח על סברת הריטב"א שהיא ח"ו סברת הכרס ות"ל כוונתי לדעת הריטב"א ז"ל וע"ש בש"ע סי' רצ"ז שגם דעת הב"י כן. עוד שם ז"ל והאמת דהעיקר דלא קי"ל כתוס' דחולין הנ"ל דבש"ס לא אמרו שם דלאו מהני סי' רק לענין דיני נפשות כו' ובודאי אין דנין ד"מ מד"נ תדע דהא בודאי אם יאמרו עדי' פ' ששמו יב"ש ממקו' פלוני קטל נפשא ולא יכירו אותו בט"ע לא קטלינן לי' דאף שלא הוחזקו שני יב"ש דלא עדיף מסי' כו' ובממון ודאי דמוציאין ממנו ע"י סי' דשם יב"ש בלא הוחזק כמבואר בש"ס ופוסקים דממון קיל מאיסור כמ"ש תו' ביבמות שם כו' ע"ש. הנה הוא חולק על תוס' בלי טעם וראי'. ומה דקשיא כי' מהא דמוציאין ממון מיב"ש בלא הוחזק. הכה שם ביבמות גבי נאני בר חאבי ופ"ק דמציעא דף כ' ע"ש גבי ב' יב"ש. דמיירי דשם המלוה הוא יב"ש וזה כא חשוב הוצאת ממון כמ"ש תוס' פ' גיד הנשה שהקשה היאך מחזירין שט"ח בסי' ותירצו כיון דהשטר נמצא בשוק ואין מוציאין ממון כלום רק שמחזירין השטר וע"ש והובא בדברינו שם. וכיון דמחזירין שטר עי"ס ה"ה דמחזירין ליב"ש היכא דלא הוחזקו דהוי סי'. ואם הספק בלווים כבר כתב הב"י סי' מ"ט נהי דשטר שלא כתב בו שם העיר כשר מ"מ אם טען לאו אבא הוא אלא יב"ש אחר טענתו טענה ע"ש. ועמ"ש סי' מ"ט סק"ה וכבר מביא' בדברינו דדוק' ע"י סי' שאמרו פלוני דהאי והאי סי' לוה מפ' הוא דאין מוציאין אבל ע"י סי' שבשטר מוציאין וע"ש סק"א (הגה ובאמת אין שום חילוק בין דיני ממונות כדיני נפשות לענין עדות דכמו אם מעידים דפלוני דשמי' יב"ש וממקום פלוני ולא ידעי' לי' בט"ע קטל נפשא דלא קטלינן לי' ה"נ אי אתי בי תרי ואמרו פלוני' דשמי' יב"ש ממקום פלוני ולא ידעינן ליה בט"ע לוה מפלוני מנה גם כן אין מוציאין

דכיון שאין מכירין את הלוה היאך מעידים עליו. והא דמוציאין ממון בשטר ע"י שם יב"ש הוא משום דעדים החתומים עה"ש כמי שנחקרה עדותן בב"ד וא"כ הוי כאילו כבר העידו עליו כראוי והכירוהו בט"ע וזה ברור:)

ס"ק י

ואין אנו זוכרים. ז"ל בס' קצה"ח כתב דסגי שיזכרו שחתמו אף שאינן זוכרים ההלואה מטעם כיון שנשתעבד בשטר אע"פ שלא לוה הוי כזוכרין החיוב. והנה דינו אעפ"י שהוא אמת מ"מ אין בא בנותן טעם כו' אמנם הדין אמת דודאי כל שזוכרין שחתמו עצמן בצווי הלוה כו' ע"ש. ולא הוסיף כלום על דברינו כי שם מבואר שזוכרים חתימתן ושחתמו בצווי הלוה ולא בעי' שיזכרו הוצאת מעות כיון שנתחייב בשטר וכמו שנתבאר בסי' מ' ע"ש. עוד כתב ז"ל ומה דמשמע בס' קצה"ח דכשזוכרין הענין רק ששכחו הט"ע מהאיש ואין יודעין זה רק עפ"י עדות אחרים או ע"י חזקה דג"כ לא מהני להרמב"ם הא ודאי ליתא כו' ע"ש והמעיין שם בדברינו לא ימצ' מזה דבר ולא חצי דבר. (הגה וכונת הרהמ"ח למה שהוב' שם מהתוספת' רפ"ק דגיטין ושם מיירי שאינן זוכרין הענין כלל ע"ש ואינו ענין למ"ש הרהמ"ח:)

ס"ק יב

ז"ל לקיים חתימת החי עש"ך ס"ק ל"ח ובס' קצה"ח חולק עליו מטעם דכיון שנתקיים עפ"י ב"ד לא הוי כנטול ע"ש ואין לו שחר דכיון שכבר העיד בפניו ואין צריך להב"ד הב"ד הוי כנטול עכ"ל. והמעיין בדברינו שם ס"ק י"ב יראה כי דברינו צודקים. דודאי אם הב"ד מכירין אח"כ חתימת החי בט"ע ודאי דיכולין לדין עפ"י ראייתם ואינם צריכין לעדותו של זה כיון שהם יודעים האמת. ויכולין הם לעשות משפט עפ"י ידיעתם ואין צריך ראי' לדבר פשוט כזה (הגה וכן מבואר להדיא בש"מ כתובו' דף כ' ע"ב ד"ה כשתמצא לומר לדברי רבי וז"ל ומצאתי בקונטרסין כתוב בתוס' היכי עביד משמע דלא יועיל לרבנן אם יעידו בהדי' על כ"י ותימה למה לא הביאו ראיה מדקאמר למאי נ"מ כו' וכ"ת דאיירי שכבר העיד על מנה שבשטר כו' וא"כ גם הראי' שמביאים מדקאמר היכי נעביד נאמר שאותו העד החי שמכיר ח"י המת העיד כבר על מנה שבשטר וי"ל שהראי' כי' דא"כ יפרש בפירוש היכי נעביד כו' והעיד על מנה שבשטר א"ו כו' עכ"ל. הרי לפני נו דאפי' כבר העיד בפי' עמנ"ש מהני אח"כ כ"י אחספא ומצטרף בהדי חברי'. אלא שהקשה היכי מייתי תוס' ראיה דלמא לא איירי אלא בהעיד כבר דוקא לזה מתרץ שאילו היו דבריו בהעיד כבר דוקא ה"ל לפרש. ועכ"פ מוכח דאפי' אחר שהעיד מהני ח"י אחספא. ות"ל שכיון רבינו הגדול לדעת הראשונים כ"ע:

והיותר נראה דאפי' בעדים שמעידים על ח"י החי נמי מהני אף שכבר העיד הוא בעצמו ולא אמרי' שהוא כנטול רק בעד אחד שמכיר ח"י החי אם בא אחר שכבר העיד החי ע"ע אז הוא כיתר ונטול כיון שהוא מבלעדי העד החי איננו מועיל כלום והחי מועיל לפלגא גם זולתו וזה יתר ממש שהיא כנטול. וכן ומבואר שם בנ"י פ' חזקת בשם הריטב"א ע"ש שלא חידש שם רק דאפי' שע"א מהשוק על חתימת החי נמי והכי אם הוא מעיד בראשונה ואח"כ העיד החי. ומהתימא על הפוסקים שלא הביאו זה הדין המחודש. אבל מב' עדי' על חתימת החי לא איירי הכ"י כלל. ובאמת הדעת נותנת דאף שכבר העיד מ"מ אנחנו סותרין הדין הראשון ומקיימים מחדש עפ"י העדי' כונו בכ"י אחספא כיון שעתה אין אנו צריכין לעדות החי לגבי עצמו כפל ודלא כש"ך וצ"ע):

ס"ק טו

ז"ל עדי קיום הקרובים ובס' קצה"ח הקשה מסעיף ל"ה בחתם בשטר ונעשה חתכו דהוא אינו מעיד ולק"מ דשם על מנה שבשטר הוא מעיד כו' וע"ש. אמנם גם אם הוא מעיד עמ"ש לא גרע בזה דעיקר הטעם הוא כיון דקיום שטרות דרבנן ומדאורייתא א"צ קיום סגי בקרובי' א"כ גם מה שמעיד עמ"ש כיון דמאורייתא א"צ לעדותו סגי בקרובים וכיוצא בזה כתבנו בס"ק י"ט לענין קיו' מפי כתבם על מ"ש בתומים ובכנסת יחזקאל לחלק בין כ"י למלוה שבשטר. וכתבנו שם דכיון דאקילו רבנן בק"ש לקיים מפי כתבם גם במעיד עמ"ש כיון שאינו אלא מדרבנן מהני נמי מפי כתבם וע"ש והרהמ"ח בס"ק כ' נראה שם שהוא מודה לדברינו וגם אחר שהביא שם דברי התומים כתב על דברינו ונכון הוא:

עוד שם ז"ל ומה שתי' בס' הנ"ל דהוי כנטול אין לו שחר כיון דקרוב הוא ואינו נאמן על מנה שבשטר לא הוי אידך כנטול ע"ש ולפמ"ש דגם עמ"ש נאמן כיון שהוא מדרבנן א"כ שפיר הוי אידך כנטול. עוד שם ז"ל גם מה שהקשה אהא דסעיף י"ב דהא כשר בקרובים איני יודע מה הוא שח דקרובי' להדדי פסולי' להעיד ביחד עכ"ל ושחיתי היא מדברי המרדכי כמ"ש שם ס"ק י"ד בהדי' וראי' זו הובאה במרדכי ס"פ האשה שנתארמלה לפסול קרובים וז"ל המרדכי שם. ור' ברוך שאל לרבינו דוד בר' קלונימוס כיון דקיום שטרות דרבנן אם יכול לקיים בקרובים והשיב לו אין ה"נ כו' והר' שמואל מבונבורק דחה את הראי' כו' וכן פי' ר"ח ובפ' חזקת משמע דאין אדם יכול לקיים חתימת העד החתום עם אביו ואחיו דא"כ נפיק כולי' ממונא ככי ריבעא אפומא דחד סהדי עכ"ל הרי שמביא מזה ראי' לפסול קרובים משום דאי נימא דאין פסול קרוב גבי קי"ש א"כ קרובים להדדי כמי לא מפסלי:

ס"ק יז

חתם בשטר קודם שנעשה גזלן ז"ל בס' קצה"ח פשט להספק של הב"י בשם התוס' שנסתפקו ברשע שאינו של חמס אם חיישינן לשמא זייף די"ל דוקא ברשע דחמס חשיד למשקר בשביל הנאת ממון אבל רשע שאינו של חמס דלא פסיל רק מצד גזירת הכתוב דינו כמו בסעיף ל"ה ופשט הוא מהא דכתב הנימוקי יוסף פ' זה בורר דרשע שאינו של חמס דהוא רק מצד גזיר' הכתוב כשר לעדות אשה ע"ש והוא תמוה דהא אכן לא קי"ל כהנ"י בהא כמבואר באה"ע סי' י"ז דכל פסול דאורייתא פסול לעדות אשה עכ"ל. ויפה כיון בזה דאנן קי"ל דכל פסולי עדות דאורייתא מחמת עבירה פסולים לעדות אשה כרב מנשה. אמנם עיקר ראי' לדברינו הוא ולשון הנ"י שכתב טעמא דאביי לאו משום עבירה אלא ומשום גזירת הכתוב דאל תשת רשע עד ע"ש ומשמע דלאו משום משקר פסול ואינו אלא גזירת הכתוב וכמו פסול קרובים. וצ"ל הא דפסולי עבירה פסולים לעדות אשה אע"ג דכשר בקרובים ואשה ועבר אינו אלא משום שהחמירו חכמי' יותר בעדות אשה בפסולי עבירה מבקרובים ואשה ועבד:

אמנם דברי הכ"י נראין סותרין א"ע דבפ' ז"ב כתב דבשאר איסורי' ליכא למפסלי' ובפ"ב דיבמות כתב ז"ל ולא אמרינן רשע הוא כיון שאמר הרגתיו ואפי' לרבא דאמר סנהדרין כ"ו רשע דחמס בעינן בהא מודה דהא קריי' רחמנא רוצח רשע דכתיב אשר הוא רשע למות וא"כ הא קרי' בי' אל תשת רשע עד ע"ש הרי דאפי' לרבא רשע דאינו של חמס פסול לעדות אשה וזה מוכח מהש"ס שם ע"ש:

גם בעיקר דברי הנימוקי יוסף שכתב דאפי' לרבא רוצח פסול דרחמנא קרי' רשע כו' קשה דהא גם חייבי מלקות רחמנא קרי' רשע דכתיב והי' אם בין הכות רשע ומה"ט אית לי' לאביי דלא בעינן רשע דחמס וכמ"ש הרמב"ם פ"י מה"ל עדות איזה רשע כו' שנאמר והי' אם בין כו' ואצ"ל חייבי מיתות שנאמר אשר היא רשע למות ע"כ והיינו לדידן דקי"ל כאביי אבל לרבא בעי' רשע דחמס דוקא. ועוד שהרי הנ"י שם פ"ב דיבמו' במקומו אח"כ כת' ז"ל רובע יציל נרבע יציל כו' וא"ת וכי נרבע ממש לרצונו בעדי' אמאי פסול אליבא דרבא כו' יש לומר דכל עבירה שנעשה מפני הנאת גופו הרי הוא כרשע דחמס כדאמרינן דמודה רבא במומר אוכל נבילות לתיאבון ע"ש. ומאי קושי' מנרבע דהא כרבע ג"כ מחייבי מיתה ובודאי בכל חייבי מיתה קרינן אשר הוא רשע למות וצ"ע. (הגה ואפשר לומר דדברי הנ"י האחרונים הם דברי תוס' כמו שמסיים שם הכ"י ז"ל כ"ז הוא משטת רבינו יצחק הידוע בעל התוס' והסכימו המפרשים ז"ל ע"כ. וכן הוא באמת להדיא בתוס' יבמות דף כ"ה ע"ב ד"ה ואין אדם משים ע"ש. ומ"ש לעיל דברוצח

אפי' רבא מודה הם דברי נ"י עצמו) ועוד קשי' לי במה דמקשה הש"ס שם ביבמות וכ"ת משום דעדות אשה אקיל רבנן והא א"ר מנשה גזלן דאורייתא פסול לעדות אשה נימא גזלן דאורייתא משום חמוד ממון פסול משום דחשיד למשקר משא"כ רוצח דאינו רשע של חמס רק משו' גזירת הכתוב ובעדות אשה דכשר קרוב ועבד ואשה ה"ה רשע שאינו של חמס דכשר וצ"ע כעת:

ס"ק יט

ז"ל ובס' קצה"ח מתרץ מכח דברי הרי"ף קושית תוס' בגיטין רפ"ב ד"ה אני הוא עד שני שהקשו דמי איכא מידי דאלו אמר בפ"נ כשר וכשאומר אני הוא עד שני פסול ולפי דברי הרי"ף יתיישב דעיקר נאמנו' השליח הוא מטעם דמדאורייתא א"צ קיום וכשהוא ביד העד צריך קיום מדאורייתא ואינו נאמן מטעם תקנת חכמים רק כשמעיד על כ"י נאמן לבדו. ועד הב' שאינו תחת ידו זה מתקיים ע"י תק"ק כו' ולא ניתן להאמר כלל דמה בכך שהוא ביד העד כיון שמוסרו עכשיו ב"ד האשה הוי בשעת נעשה כנחקרה עדותו בב"ד אז מדאורייתא כמו בכל עדי' כשמוסרין השט"ח ביד הבע"ד וכי כל העדי' כשמוסרין השטר צריכין מדאורייתא לקיימו קודם ועוד הא כבר יצא הגט מקודם ליד הבע"ד קודם שעשאו שליח להולכה גם מ"ש שהעד הב': א"צ קיום מדאו' שכבר יצא מת"י אינו כלום כיון שלא יצא מידו ליד הבע"ד רק לעד הב' כו' דהא אם העדי' הפקידו השטר ביד אחר ודאי דלא הוי כיוצא מידם עכ"ל. ואין בכל דבריו ראי' לסתור דמ"ש כיון שמסרו עכשיו ביד האשה הוי בשעת מעשה כנחקרה עדותו בב"ד ליתי' דכיון דקי"ל דצריך השליח לומר בפ"נ ובפ"נ בשעת נתינה או עכ"פ תוך כ"ד כמבואר בטור וש"ע אה"ע סי' קמ"ב סעי' ו' ע"ש א"כ אכתי יכולין לחזור ולא הוי עדיין כמי שנח"ע בב"ד תכ"ד ואע"ג דבגירושין אפי' תכ"ד לא מצי הדר בי' הנה לדעת הרשב"ם אינו אלא מדרבנן א"כ מדאורייתא עדיין לא נח"ע בב"ד תכ"ד ואפי' לדעת הפוסקי' דמגרש לא מצי הדר בי' אפי' תכ"ד מן התורה כבר כתב הריב"ש סי' רס"ו דהא דאמרי' תכ"ד כד"ד חוץ ממקדש ומגרש לא בעד המעיד על קידושין אלא במקדש עצמו כו' אבל בעד המעיד בכולן חוזר בו תכ"ד וזה דבר שלא נסתפק בו אדם מעולם ע"ש. וא"כ הכא ע"י נתינת הגט נעשה כמי שנח"ע בב"ד תכ"ד ועדיין יכול לחזור ואע"ג דכתב שם הריב"ש ז"ל היינו דוקא מקדש דעביד מעשה כו' וא"כ לכאורה ה"נ עביד מעשה מיהו היינו דוקא בגירושין שנתן הבעל או שלוחו א"י לחזור מגוף הגירושין אבל כל שחוז' מהעדות עדיין יכול לחזור אם הוא תכ"ד וא"כ כשאומר בפ"נ בשעת נתינה או תכ"ד עדיין לא הוי כמשנח"ע בב"ד:

ומ"ש ועוד דהא כבר יצא הגט ומקודם לבע"ד קודם שעשאו שליח אינו מוכרח שיהי' ביד הבע"ד דהא מצי משוי שליח אחר כתיבת העדי' אע"ג דלא מטי ליד הבע"ד ועוד דלא מקרי בע"ד אלא האשה ולא הבעל (הגה וכן מבואר להדי' ברמב"ן בס' המלחמות והזכות ובחיד' ליבמות שלא הקשו על הרי"ף אלא ממה שכבר הי' ביד האשה שהיא הבע"ד) ועוד דהא לדעת הרי"ף בשטר קידושין כבר בא ליד האשה שנתקדשה בו ואפ"ה כל שהוא עתה ת"י העדי' ואית להו מיגו דאי בעי כבשי לי' לא הוי כמו שנח"ע בב"ד לשטת הב"י ומ"ש עוד ז"ל גם מ"ש שהעד הב' א"צ קיום כו' אינו כלום כיון דלא יצא ליד הבע"ד רק ליד העד הב' כלא יצא מידו דמי דהא אם הפקידו העדי' ביד אחר כו' אומר אני אין ה"נ דכל דלית להו מיגו דא"ב כבשי לא הוי כמשנח"ע בב"ד ונסתלק בזה כל מ"ש הרב המחבר ובאמת כל דברינו שם רק על דרך פלפול כי כבר הראינו שם לדעת שאין דעת הרי"ף כן ע"ש:

ס"ק כד

ז"ל והנה בס' קצה"ח סי' פ"ב הקשה כיון דהלוה אומר תנאי לא מהימן רק במגו דמזויף א"כ אפי' לא הוי בשטר אלא ע"א הא הוי משוילי"מ כמ"ש בסי' ע"ה וכיון שהוא בדין משוילי"מ אין עד המסייע פוטר עי"ש והוא מטעם דדוקא בשטר בשני עדי' כיון דחתימתן הוי כמגידין שלא הי' תנאי ואינו נאמן באמירת תנאי רק במינו דמזויף כשאין כ"י יוצא ממקום אחר אבל כשאין בו אלא ע"א אף דנחזיק אותו בחתימתו כאילו אומר בפירוש שלא הי' בו תנאי הא אפי' אם ע"א אומר לפנינו פלוני חייב לפ' מנה בלי שום תנאי והלו' מכחישו שלא נתחייב אלא על תנאי מהימן לישבע נגדו ולהכחישו בלי שום מגו כמו בשאר מכחיש ע"א דמה לי שמכחישו בכולי' או במקצתו. ול"ד להא דכתב הש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ב דשם כיון דאיכא נאמנו' א"י לטעון פרוע מחמת הנאמנות שמודה רק מטעם מגו דאי בעי הוי מכחיש לעד וה"ל משוילי"מ משא"כ הכא והוא פשוט וברור. וגם א"ל דכאן כיון שיש שטר בשני עדים ויש ע"א על הקיום ה"ל משוילי"מ זה אינו דהא חזינן דבכל שטר בעינן ב' עדים על הקיום כו' ולא אמרי' דה"ל משוילי"מ כ' ועוד דנאמן לטעון תנאי במגו דפרוע דודאי נאמן עכ"ל: והנה מ"ש דדוקא בשטר בשני עדי' כוי אבל בע"א אף שנחזיק אותו לאומר לא הי' תנאי יכול לשבע נגדו ליתי' דכל שהוד' בגוף החיוב אפי' לא הי' שום עד בדבר ואומר אמת שנתחייבתי רק תנאי הי' בדבר אינו נאמן אלא במגו וכמבואר סי' רצ"ו סעיף ח'. הודה השומר שפשע וטען תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשמרו כו' השומר נאמן מתוך שהי' יכול לומר שמרתי כדרך השומרי' ונאנס כו' ע"ש ובש"ך מ"ש בשם הרה"מ ומבואר שם דטענת תנאי הי' אינה טענה בפ"ע רק מחמת

מגו היא דמהני וכיון שיש כאן ע"א בענין דלית לי' מגו דלהד"מ ה"ל משוי"למ ומ"ש מה לי שמכחישו בכולו או במקצתו עיין שם סי' פ"ב בדברינו ס"ק י"ח שם רמוז ועמ"ש סי' נ"ח ס"ק ד' והיינו דשם כתבנו דלשטת רמב"ם אפי' אם מכחישו העד במה שאמר דידי חטפי אפ"ה ה"ל מחיוב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כל שמודה לדברי העד שחטף וע"ש. ומ"ש ז"ל וגם א"ל דכאן כיון שיש שטר בשני עדים כי' ז"א דהא חזינן דבכל שטר בעינן ב' עדים ע"ש. לפי מה שמבואר אצלינו סי' ע"ה ס"ק י"ג מקור הדין שצריך ב' עדים לקיום אינו אלא מדברי תוספות ספ"ב דכתובות גבי נאמן אדם להעיד בגדלו מה שראה בקטנו ואמרי' והו' שיש גדול עמו ושם כתבו התו' דמיירי שמודה שכתבו וטוען פרעתי ומוכח דבעי ב' עדים וכתבנו שם בסי' ע"ה דמיירי בענין שאין בו מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם היינו שלא מחל לו ש"ק ע"ש וא"כ בסי' פ"ב גבי עד אומר תנאי דכתבו ישבע שבועה דאורייתא ע"כ מיירי בענין דאיכא שבועה להכא קשיא לן להוי בדין מחייב שבועה ואנו יכול לישבע משלם ומ"ש הרהמ"ח ועמ"ש לעיל בטעם הדבר עיינתי בדבריו סק"ו ואין בהם טעם (הגה ומ"ש שם סק"ו ז"ל ונלענ"ד לייש' דבשטי' לאו מטעם מגו אתינין עלה רק מטעם שכ' הסמ"ע ס"ק ב' כו' ומש"ה כ"ז דליכא קיום רק בע"א אינו חושש אף דמ"מ יתחייב שבועה נגד העד ע"א אינו חושש דכ"ז דליכא חיוב ממון רק שבועה לא מרתת ע"ש. אשתמיט לי' להגאון הרהמ"ח גמרא ערוכה ב"ב דף ע' דאמרי' בעא מיני' רב עמר' מר"ח המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתים לך מהו ופשוט לי' דנאמן בשבועה במגו דנאנסו וכן מבואר בש"ע סי' רצ"ו סעיף ב'. ומבואר שם אע"ג דלא יתחייב אלא שבועה מצי למימר שטרך בידי מה בעי אי לאו דמהימן במיגו ובשבועה ובע"א ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכ"ש כדעת ריב"א בתו' שבועות דף מ"ה ע"ב ד"ה בשטר דמפרש לרבא אינו נאמן אפילו בשבועה במגו משום שטרך בידי מה בעי. ובאמת אין הדעת סובלת לומר שפרע ולכך הניח השטר בידו שלא חשש כלל שאם יתבעני יטעון וישבע לשק' על נאנסו או ישבע להכחיש העד על שקר. זה לא יתכן רק מטעם מגו אתינין עלה וז"ב):

ומ"ש דנאמן לטעון תנאי במגו דפרוע דודאי נאמן. אומר אני ערבך ערבא צריך דפרוע גופיה אינו נאמן רק במגו דמזייף וה"ל ג"כ משוי"מ. ואפי' בשטר שאין בו אלא ע"א ס"ל לרמב"ם דה"ל משוי"מ כ"ש בנ"ד שיש בו עדים על השטר. ושפיר קשיא לן דליהוי משוי"מ:

ס"ק כז

ז"ל ובהשקפה ראשונה לכאורה תמיה מאוד כו'. וכבר עמד בזה בסקצה"ח אבל באמת כונת הש"ך כפשוטו אף שהעידו על הקנין של השובר לא העידו על הזמן ובקיום השובר נתקיים גם הזמן הכתוב בו ע"ש. ואין כוונת הש"ך מכוון כדבריו ע"ש דלדבריו גם אם יהיו ב' עדים על הקנין ג"כ לא נתקיים הזמן:

סימן מז

ס"ק ד

בב"ד. ז"ל ואם הראה השטר בפני עדים ואמר בפני העדים נאמן כמ"ש בתומי' והטעם דלא דמי להא דסי' ע"ב וסי' קל"ג באומר להם עדים בשעה שראוהו ממושכן הוא בידי דאינו נאמן דשאני התם דשם תלוי בשבועה משא"כ הכא ע"ש. בתומי' דלא כמו"ש בקצה"ח עכ"ל. המעיין בדברינו סי' קל"ג סק"ג יראה כי אין הדבר תלוי בשבועה רק דדין מגו אינו אלא בב"ד דוקא ע"ש והיינו כשראו העדים וכ"כ מבי"ט:

סימן נב

ס"ק א

ז"ל עיין מהרי"ט ח"א דעדי' שעשו עביר' בשעה שחתמו דבטל חתימתן ומשיג על אותן שפסקו דלא נפסלו אלא מחתימתן ואילך דמדמי ליה להא שכתבו התו' דהשוח' בשבת דלא נעשה מומר אלא מפעם ראשון ואילך ומהרי"ט משיג ע"ז ומוכיח מהא דב"ק דמאן דס"ל למפרע נפסל כיון דאיתזמי להו אטביחה מתזמי נמי אגניבה שהעידו תוך כדי דיבור אלמא דנפסלו מעיקרא. ומהא דשחיטה כתב דאין ראי דשאני התם דבתחלת השחיטה מקלקל הוא. ובספר קצה"ח חולק עליו ומחלק בין הזמה דחשיב למשקר והוי חשוד לאותו דבר משא"כ ברש' דשאר עבירו' דלא חשידי לעדו' שקר רק דגזה"כ הוא לא נפסל רק אחר העבירה ולא הבנתי לא הראי' שהביא מהרי"ט ולא הסתירה של בעל קצה"ח דנ"ל דאפי' נחשד לאותו דבר כו':

אמנם מסברא האמת כדברי מהרי"ט כו' ובהדיא מבואר באה"ע סי' קכ"ג סעי' ה' דאם חתמו העדים בשבת בגט אינה מגורשת דהעדים פסולים מן התורה כו' ועוד דהא הר"ן פ' המגרש כתר דהא דעידי חתימה כשרין בלא ע"מ הטעם דבשעת מסירה העד"ח הן הן עידי מסירה כו' גם לא הועיל כלום לקושית מהרי"ט כו' ע"ש:

והנה אף דמן הראוי דלא להשיב על דבריו כי נראה שלא עיין כלל לא בדברינו ולא בדברי מהרי"ט בכל זאת לא אחדל מלהראות לו כי נכונה. דמה שהקשה מעדים שחתמו על הגט בשבת לק"מ דבגט צרך העד לחתום שמו ושם אביו או אם חתם שמו לבד צריך לכתוב עד ואם לאו פסול כמבואר באה"ע סי' ק"ל וע"ש. וא"כ תיכף משכתב ב' אותיות נפסל ואח"כ מה שכותב הוי בפסול ועיין ב"ש סי' קכ"ג סק"ח (הגה וכ"כ ב"ח יו"ד סי' י"ד וכ"כ בס' גנו פשוט סי' קכ"ז ע"ש: ועיין מוהרי"ק שורש ק"ט מבואר דאף דלא נפסל בפ"א מ"מ חשוד הוא לאותו דבר וזה כחילוקו של רבנו בקצה"ח)

ומה שהקשה לפמ"ש הר"ן פ' המגרש דבשעת מסירה עידי חתימה הן הן עידי מסירה. ג"כ לק"מ דז"ל הר"ן ומיהו מאי דמודה ר"א דע"ח מהני היינו משום דס"ל שהמסירה כורתת כל שיש בשעתה עדים בדבר בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר. ומעתה מה שמודה ר"א דגט החתום בעדים כורת אע"פ שלא נתן בע"מ שהרי הגט יוצא מח"י בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרו לו ונמצאו כאלו הן עצמם מעידי' על המסירה עכ"ל וע"ש. והיינו לפי שאנו רואין הגט בע"ח ביד האשה אנן סהדי במסירתו ואנן עד"מ ע"י ע"ח. תדע דאם חתמו עדים ומתו ואח"כ מסרו לה בו ביום דודאי כשר דאנן סהדי שבא הגט מיד הבעל לידה ואנן הוי ע"מ ה"ה אם נפסלו אחר החתימה ואח"כ מסרו לידה אנן הויין ע"מ וזה פשוט. (הגה וראש דברי הרהמ"ח מראין דלפום חורפיה לא דק כדקא יאות גם בדברי מוהרש"ך ובדברי מוהרי"ט. כי מ"ש שמהרש"ך מביא ראיה דלא נפסלו אלא מכאן ולהבא ממ"ש תוספת חולין בשוחט בשבת דלא נעשה מומר אלא מפעם א' ואילך לא כן היא אדרבה מהרש"ך מקשה על עצמו מתו' דחולין. ולא מאותו תירוץ שתפס הרהמ"ח רק מקושית התוס' ותירוצ' הראשון דפסול בשחיטה ראשונה ע"ש במהרי"ט שכתב בפירוש ז"ל ואותיב הרב אנפשיה תיובתא כו' ומ"ש דמהרי"ט דחה הראיה מחולין ג"כ טעות ואינו מובן כלל לפי הבנת הרהמ"ח. רק מהרי"ט דוחה תירוצו של מהרש"ך שתי' דפסולו הוא מיד בתחלת שחיותו והכשר שחיטה לא הוי עד גמר שחיטה לזה מדחי ליה מהרי"ט דגם מפסולו אינו בא רק בגמר שחיטה דבתחלתה מקלקל הוא ע"ש. ומה נעמו בזה דברי הרמב"ם בפי' המשניות שהובא בקצה"ח שם שמבאר כדברי מהרש"ד ע"ש.

ומ"ש עוד דהתם טעמא אחרינא דכיון שהגיד ב' עדיות וכתב עלה א' מהן אמרי' עדו שבטלה מקצתה בטלה כולה. והביא ראיה מהרי"ף פ"ק דמכות דאפי' ב' עדיות על ב' בני אדם אמרי' עדות שבטל' מקצתה בטלה כולה כו' ע"ש. במחילת כ"ת לא דק שפיר דהתם אמרי' דפליגי רבנן ור"י אי למפרע הוא נפסל או מכאן ולהבא ואם כדבריו מה

לי מכאן ולהבא או למפרע בין כך ובין כך אותה עדות בטלה. וע"כ אגופייהו דעדים קא מהדרינין וכן מבואר ברש"י דאגלאי מלתא דפסולין הוו לר"י דס"ל למפרע נפסל משא"כ אי אמרי' מכאן ולהבא ה"ל כשרים היו באותה שעה ולא אמרי' בשני עדיות על שני מעשים עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ומה שהביא ראי' מהרי"ף פ"ק דמכות דאפי' ב' עדיות לב' אנשים אמרי' עדות שבטלה מקצת' כו' בזה שגג דשם מיירי בעדות אחת והוא מהירושלמי והוא בעצמו הדין המבואר בטוש"ע לעיל סי' כ"א סעי' ו' שכתב כל נכסיו לב' בני אדם ע"ש. אדרבה משם ראי' לסתור דבריו שהרי מבואר שם שאם סיים שדה פ' לפ' ושדה פ' לפ' הוי ב' עדיות אפי' בשטר א' ולא אמרי' עש"מ בטלה כולה. וכ"ש הכא שהם שני מעשים מחולקים בזמנים מחולקי' ודאי דלא שייך בי' עדות שבט"מ רק עיקר שקלא וטריא דש"ס הוא לפסול גוף העדים וזה ברר ופשוט):

עוד שם ז"ל גם לא תועיל כלום לקושית מהרי"ט דהא מ"מ בשעת הגד' פסולין הן ומה שהקשה על מהרי"ט כו' וכתב הוא כאן דאם העידו שראו הקידושין אחורי הגדר לא הוי קידושין ע"ש שהאריך וא"י מה היא שח דדוקא אחורי הגדר שאין המקדש רואה אותן כו' אבל ודאי לא בעינן כן שיהיו מזומני' כו' וזה ידוע לבר בי רב דחד יומא א"כ ודאי שיכולין לומ' שהמקדש ראה אותן וזרק פתאום קידושין כו' וזה פשוט בעיני עכ"ל:

הנה הודאת בע"ד כמאה עדים הודה הרהמ"ח שלא הבין שיחתי ולא עיין כלל בדברינו כי הם דקי העיון ועיין שם כי מ"ש דכל שלא ראו את העדים הוי מילי דהשטאה רק לדמיון כתבתי דאם נאמר דבשעת קידושין היו פסולים כדעת מהרי"ט א"א לומר פלגינן דיבורא כיון שמעידי' שהוזמנו להעיד ה"ל כאומרים שנתקדש' בלא עדים כשרים ואינו אלא השטאה ולא קידושין ונצטרך א"כ להוסיף על עדותו מה שלא אמרו כלל כו' ע"ש היטב ומש"ה אם נאמר שהיו אז עדיין כשרים שעת הגד' לא אכפת לן דעכשיו פלגי' דיבורא לומר שלא הוזמנו להעיד ואינן נאמנין לומר שהוזמנו וכמ"ש שם ואם אין המשיג יודע דרך המושג לא ישיג:

סימן נה

ס"ק א

(**הגה** והוא שלא יהי' אונס ז"ל בס' קצה"ח הביא כאן מחלוקת שהביא הרב בהגהה בי"ד סי' רל"ב סעיף י"ב באם לא הי' אנוס רק ביום אחרון אי נחשב אנוס ודעת האגודה דלא מקרי אנוס ומוכיח זה מהא דגיטין שהי' נטמן ביום אחרון של י"ב חדש מדאצטרך הלל לתקוני דהא נאנס ביום אחרון. והק' בס' הנ"ל דבית בבתי ערי חומה אפי' ארעו אונס

שלא הי' יכול לפדותו כל השנה ג"כ אינו חזר והטעם דתיכף נקנה להלוקח אלא שציותה התורה על תנאי שיהי' רשות ביד הלוקח לפדותו הוי כמו אונסא רחמנא חייבי' כו' ואין דבריו נכונים דבית בבתי ערי חומה מוכח בערכין דהוי כמו הלואה דאמר התם רבית גמורה והתורה התירה וכן אפילו למ"ד רבית ואינו רבית כו' משמע דלא הוי רק דרך הלואה עכ"ל. אין בזה טענה כלל דהא מבואר להדיא בחידושי רשב"א גיטין וז"ל תמי' לי אשמעתן כו' ודכוותה בית בבתי ערי חומה דממכר קרי' רחמנא ולא משכונה אלא דזכי לי' רחמנא למוכר שיוכל לגאול ואם לא יגאל עד מלאת לו שנה תמימה קם הבית לחלוטין ביד הקונה וא"צ למוכרו לו פעם שני' אלמא מוכר גמור הוא ומה שזיכה לו רחמנא לגאול תוך שנה אינו אלא כמי שהתנה לחבירו שדה זו שלקחתי ממך אם יהי' לך מעות מכאן ועד י"ב חודש תחזירם לי כו' והא דהלל הוצרך לתקן מפני שאינו כפריעת חוב דעלמא שהרי הבית הי' מכיר עכ"ל הרשב"א מבואר להדיא דכל זמן שלא פדאו המוכר הוא מכור ללוקח וע"י הפדיון רוצה לחייב את הלוקח והוי אונס רחמנא חייבי' ואעפ"כ אם פדאו בתוך י"ב חודש נתבטל המקח למפרע מחמת התנאי והוי ריבית וכ"כ במ"א סי' ק"ח ס"ק י"א ע"ש ובזה צדקו דברי רבינו בס' קצה"ח):

סימן נו

ס"ק ד

ז"ל והנה בס' קצה"ח כתב דקודם שהגיד השליש עדותו יכול לחזור בו ומביא ראי' מהגהמ"ר פ"ק דמציעא שכתב והמלוה אינו יכול לחזור בו עתה מאחר שכבר נעשה המעש' שכבר פרע והוא בעצמו מודה שהאמינו לכך. וכן מביא ראיה מתש', הרשב"א שכתב שכל שלא אמרו זכה בשביל שנינו יכול לחזור בהן כו' ע"ש ודברי תימה הן דודאי השליש נאמן אף שהמלוה חוזר בו דשליש קנין גמור אית לי' שיהי' כך אם יאמר כך ול"ד לנאמן עלי אבא וראי' לזה מבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין משמע דאפי' הבעל אומר קודם השליש נאמן כו' ומה שהביא ראי' מרשב"א אינו ראי' כלל דהרשב"א מיירי בא' שנתן מתנ' לחבירו כו' אבל בדברים דלא בעינן זכה או שאמר השליש שאמר זכה נאמן השליש כו' ומה שהביא ראי' מהגהומ"ר כונת הגהמ"ר הוא שהשליש נאמן כשאומר שכבר פרע ונעשה המעשה אבל כשאומר שעדיין כא כעשה המעשה כו' רשאי לחזור בו קודם שנעשה המעשה ויקח השלישות מידו וישליש ביד נאמן אחר עכ"ל. וראיתו מהא דבעל אומר לפקדון לאו ראי' היא כלל. דלפירש"י שם בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין היינו שנעשה שליח לקבלה וכתב הרשב"א שם בסוגי' דמיירי

שהיו עדי שליחות לקבלה וע"מ ע"ש וכיון שאומר השליש שכבר נתגרשה בקבלתו הרי כבר נעשה המעשה דע"כ ליכא למימר שהוא רוצה עתה להיות שליח לקבלה כמו שאין שליח להולכה יכול להיות שליח לקבלה. וכמו בחצירה הבא לה לאחר מיכן ועיין ר"פ התקבל וע"כ אומר השליש שכבר נתגרשה וא"כ הוי ממש כי האי דהגהמ"ר. (הגה ומ"ש דהגהמ"ר כונתו לומר דאם לא נעשה הנעשה יכול לחזור בו וליקח השלישות מידו ולהניחו ביד אחר. לפי הנראה לא ראה הרהמ"ח דברי הגהמ"ר על מקומן כי לולא כן לא הי' כותב זה דשם מבואר בשם ר' ברוך אהא דסמפון יוצא מת"י שליש דס"פ ז"ב. והענין הוא להאמין השליש לפטור הלו' ע"ש. ואין שם מקו' לכוין כונת הרהמ"ח. גם דהרשב"א מיירי בנתן מתנה כו' אבל בדברים דלא בעינן זכה או שאמר השליש שאמר זכה אין יכול לחזור דשליש קנין גמור אית לי' כו' המעיין בתשו' הרשב"א יראה שאין השליש קונה בשום אופן רק כשאומר לו זכה ואיננו קנין גמור כמ"ש הרהמ"ח. ואם אומר השליש שאמר זכה הנה כבר נעשה המעשה ובודאי אין יכול לחזור בו וזה פשוט):

סימן נח

ס"ק ה

שהרי פשע כו' והמשנה למלך פ"ה משכירות כו' ודבריו תמוהין מאד כו' כ"ז הוא בקצה"ח סק"א ע"ש:

ס"ק יא

ז"**ל** עוד כתב בס' קצה"ח בס"ק ג' ליישב הקושיא שהקשו הפוסקים דהא בשבועה דרבנן לא אמרי' משוי"מ ותי' בס' הנ"ל כיון שכ' הרמב"ן דלא הוי מיגו להוציא שאין המגו רק על מה שתפס והוי להחזיק א"כ ה"כ ה"ל משוי"מ ע"ש והוא תמו' מאד דודאי סברת הרמב"ן טובה דהטענ' שהוא טוען עכשיו כו' ותופסו בשביל החוב האחר הוא להחזיק משא"כ לענין שיהי' כדון למשוי"מ ע"כ אנו צריכין לבא מכח המגו דהיינו שבטענה שהיה יכול לטעון הי' חייב שבועה ובטענ' שהי' יכול לטעון דהיינו שלא פרע לא הי' צריך רק שבוע' דרבנן דהיא ממש שבועת המשנ' כו' ודברתי עמו פא"פ והשיב שסמך עצמו על הרשב"א שהביא שם בסק"ד דכל שנסתלק הגורם ה"ל משוי"מ ע"ש. אבל גם זה ליתי' דשאני התם דהרשב"א ס"ל דגם בשד"א אמרי' משוי"מ כו' ושפיר כ' הרשב"א דכשאינו מכחישו ונסתלק הגורם הוי עד כשר ונאמן כשנים כו' משא"כ להפוסקים דס"ל דדוקא בשד"א אמרינן משוי"מ וא"כ קודם הפרעון עדות העד שאומר פרוע לאו כלום היא דאין לו שום נאמנות מדאורייתא לבעל השטר ולא שייך כלל לומר

דכשהוד' נסתלק הגורם ויש לו דין עד דזה לא ניתן להאמר כלל דהודאתו אינו נותן כלל נאמנות מהעד עכ"ל:

מדברי הרהמ"ח נראה שהבין רמיזתי אליו לסק"ד בשם הרשב"א שהדמיון הוא לומר שנסתלק הגורם. ולא כן היתה הכונה רק למ"ש הרשב"א דכשמסלק הגורם ה"ל עד וה"ל מחוייב שבועה ואין יכול לישבע משלם ואע"ג דאית ליה מגו להכחיש העד ולא הי' צריך שבועה כלל כיון שהי' העד נוגע אלא אמרינן כיון דהשתא מיהא לאו נוגע הוא וה"ל עד ה"ל זה משוי"מ. וכתבנו שם בסק"ד דתליא בשני תירוצים שבתו'. דלהך תירוצא דלא הוי מגו להכחיש העד שמתירא מן השבוע' להכחישו א"כ היכ' דאם היה מכחישו לא הי' מתחייב שבוע' לא הוי משוי"מ וה"ה בהאי דרשב"א לא הוי משוי"מ אבל לתי' ריב"ם אע"ג דאית לי' מגו אפ"ה כל שיש עד בדבר כך הדין או שישלם או שישבע ומש"ה השתא שנסתלק הגורם וה"ל עד צריך לשלם אע"ג דאית לי' מגו. וא"כ ה"נ כיון דאנו דיינין על מה שתפס ובמה שתפס ומוחזק ה"ל דין עד להכי ישלם. אע"ג דאית לי' מגו להכחישו ולא הי' עליו דין ע"א כיון שהוא ליטול אנן בתר השתא אזלינן דאנו דנין על מה שהוא מוחזק דאית לי' דין ע"א דאורייתא ואית בי' דין מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם וזה ברור ופשוט לכל הגה וצ"ע דלפ"ז אחר שתיקנו שבועת היסת ה"ל לבני חוזאי למהוי משוי"מ כמ"ש הרשב"א ולרמב"ן קודם פרעון כמו לאחר פרעון כיון דאמאי דתפיס דיינינן):

סימן ס

ס"ק ג

ז"**ל** עוד הקשו על הרמב"ם כו' מהא דיכול לחייב עצמו באחריות שבחא ופרי אף שהוא דבר שאינו קצוב ובמשנה למלך תיכף דע"כ לא קאמר הרמב"ם רק במחייב עצמו חנם אבל במחיר כסף חייב. ובקצה"ח הקשה מהא דפסק הרמב"ם פכ"א מה"ל מלוה דאם קיבל הנותן אחריות המתנ' בע"ח גובה שבח והיינו משום דיש לו על מי לחזור ומבואר דאפי' במתנה שהוא בחנם נתחייב באחריות השבח ותי' דשם בשבת מחמת הוצאה מיירי כו' מנועם שכתב מוהרי"ט בחלק ח"מ סי' ק"ג ז"ל ומה שטענו עוד מדין אסמכתא ודבר שאינו קצוב אין ענינו בזה כלום דלא נאמר אלא בדבר שאינו קצוב שבא להתחייב אבל מוכר שכתב לקונה לפרוע כל מה שיוציא שליחותי' קא עביד כו' שמרשהו בכך עכ"ל. א"כ ה"נ אחייב להחזיר השבח שמחמת הוצאה ושבח שיתר על ההוצאה בלא"ה גובה לשטת הרי"ף והרמב"ם עכ"ל. ולא ידעתי מאי קאמר דרק דעת הרי"ף הוא בשבח

יתר על הוצאה אבל הרמב"ם כתב בפי' דאפי' שבח היתר על הוצאה אינו גובה ממקבל מתנה עכ"ל. והנה דעת הרי"ף היא דעת יחיד דבשבח דממילא גובה אפי' ממקבל מתנה כמ"ש הראב"ד ודעת הרז"ה ושאר גאונים דאפי', שבח דממילא אינו גובה. והנה הרמב"ם פסק דשבח דממילא גובה וכתבו עליו הראב"ד והרה"מ וטור וב"י וסמ"ג ושאר פוסקים שדעת הרמב"ם כדעת הרי"ף רבו ושראויים הם לסמוך עליהם. והנה מצינו לרמב"ן ורי"ו במשרים שביארו דלדעת הרי"ף שבח היתר על ההוצאה דינו כשבחא דממילא כמבואר בס' המלחמות הבאתיו בקצה"ח סי' קט"ו סק"ט ובמישרים כט"ו ח"א ע"ש. מעתה אין לכו להרבות במחלוקת ולעשות להרמב"ם דעה חדשה ולא יסופק א"כ שגם דעתו דשבח יתר על הוצאה דינו כשבחא דממילא כדעת הרי"ף. ואם אמנם מדברי הרמב"ם שם ה"ל א' שכתב הורו חכמים גדולי' כו' לא משמע הכי. כבר כתב הב"י סי' קט"ו דבנוסחאות שלנו אינו כותב זה ושראוי שיהי' דברי הרמב"ם מסכימים לדעת הרי"ף וכ"כ בעהת"ר שדעת הרמב"ם כהרי"ף:

עוד כתב ז"ל גם מה שהבין מדברי מהרי"ט שהוא משום פסידא דהוצא' דציוה להם קשה דאי כוונת מהרי"ט כן יקשה על דבריו מה שפסק בערב שנתערב לכל מי שילוה דלא מהני דהוי דשא"ל קצבה כו' ולענ"ד נרא' דכוונת מהרי"ט למה שסיים שם ז"ל ואפי' קיבל עליו דמתיליד דחייב דבהאי הוצאה דנקיט זוזי גמר ומשעבד נפשי' והיינו כסברת המ"ל עכ"ל והמעיין במהרי"ט שם יראה שהם ב' טעמים וז"ל ומה שטענו עוד כו' אין ענינו בזה כלום דלא נאמר זה אלא בבא להתחייב בדבר שאיני חייב אבל מוכר שכותב לקונה לפרוע כל מה שיוצא בבנין שליחותי' קא עביד כו' ואפי' במלתא דהוי פסידא לגמרי ומתחייב בכך לא הוי אסמכתא כגון היכא דקיבל כל אונסא דמתיליד דחייב דבההיא הנא' דנקט זוזי גמר ומשתעבד נפשי' עכ"ל הרי דמעיקרא לא אסר מטעם דנקט זוזי רק משום דשליחותי' קא עביד ומה שהקשה מערב בדשא"ל קצבה כבר כתב הסמ"ע דאפי' להראב"ד דס"ל דיכול להתחייב בדשא"ל קצבה בערב לא מהני דאיכא ריעותא אחריתי דערב גופי' אסמכתא הוא:

עוד שם וז"ל ומה שהק' בקצה"ח מהא שפסק הרמב"ם במקבל מתנ' כו' ואפשר דבאחריות הבא מחמת נגזל אינו גובה השבח ועוד נראה דמתנה שכתוב בה אחריות אמרי' דודאי מכר הוי עכ"ל. עיין בהרב המגיד פכ"א מה' מלוה וז"ל ואם קיבל הנותן אחריות זה פשוט מפני שהטעם שאינו גובה מן המתנה הוא מפני שאין בו אחריות כונו שנזכר בגמרא בפירוש ולפיכך כל שיש בו אחריות הרי הוא כמקח לדבר זה עכ"ל הרי

שאין אנו אומרין שהוא מכר רק דינו כמקח לענין זה. ומיהו לדבר זה היא כמקח גם לענין נגזל. ובזה נסתרו דבני הרמה"ח:

עוד שם ז"ל גם מה שמפרש בקצה"ח תירוצו של בעה"ת הקושיא מהא דפ' י"כ הוא תי' התומי' שהביאו בעצמו מהא דערב וה"נ קשה אם נפרש כן דהא בערב לא חל החיוב עד שילוה ואז יתוודע הדבר על קצבתו עכ"ל. ולא דק דל"מ להסמ"ע לא קשיא כלל מערב כמו"ש למעלה אלא אפי' לדעת ש"ך דערב הוי ג"כ מטעם דשא"ל קצבה כבר ביארנו בטוב טעם שם החילוק דלדידן דאמרי' מי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר הכי חייל להכי כיון דהשתא הוי דאש"ל קצבה אע"ג דבתר הכי יהיה לו קצבה אפ"ה לא חייל משא"כ לר' מאיר דלא ס"ל מי איכא מידי כו' מצי חייל לאחר זמן דאז יבואו לידי קצבה. וזה פשוט לכל מבין בלתי אל המתעקש:

ס"ק י

המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם ז"ל כתב על כנה"ג דמאן דס"ל לקמן סי' קי"ב דבשעבוד יכול לחזור בו קודם שבא לעולם ה"נ בחיוב כו' אמנם אם מת הנותן קודם שבא לעולם לכ"ע היורשין פטורי' ע"ש וכן הסכים עמו בתומי' ע"ש. ובקצה"ח הקשה מתוס' כתובות ר"פ אעפ"י שכתבו דכשהחתן מחייב עצמו ק' ליטרין ואין לו דנקרא דשלבל"ע ואפ"ה חייבין היורשין כיון שהגוף בעולם והחיוב חל על גופו מיד ואינו יכול לחזור בו והיא קושית התומי' אבל באמת לא קרב זא"ז דשם כיון דחייב עצמו בדמי' או אפי' בפירות המצויין דכל דבר המצוי בשוק כדבר שבידו דמי ואינן ידועי' כגון ליטרות כסף החיוב חל תיכף על גופו לשלם רק דהוי כלא הגיע זמן הפרעון עד זמן שקבע דהא אי אפשר לו לסלק חיובו מעל גופו כלל ואם נתחייב עצמו בדבר ידוע דאינו שלו ואמר אם לא אתן לך דבר פ' הנני מחייב לך בדמי' כך וכך הוי רק כתולה תנאי בדשלבל"ע כמ"ש בתומי' וזה פשיט אבל אם אמר לו שדה לכשאקחנה הריני מחויב ליתן לך וכל זמן שלא קנהו ליכא שום חיוב עב גופו דהא בידו שלא יקנהו וכן אם אמר פירות שיוציא הדקל אני מחויב ליתן לך כיון דליכא שום חיוב על גופו עד שיוציא הדקל רק שמתחייב ליתן כשיוציא הדקל ודאי לא עדיף חיוב כרבנן מקנין לר"מ וכשמת פטור לכ"ע כו' ובקצה"ח רצה לחלוק מסבר' על הגאוני' כו' ע"ש. המעיין בדבריו שם יראה שלא עלתה בידו אלא רגזנותו דברינו שם דהמחייב עצמו בדשלבל"ע כגון כך וכך ליטרון כסף או כך וכך אבנים טובות מתחייב גם אם אינו מצוי בשוק דלא בעינן בחיוב שיחייב עצמו דוקא בדבר המצוי בשוק או לא. ולמכור דשלב"ל אינו יכול אפי' מצוי בשוק. ואם אמנם בספר קצה"ח סי' ר"ט ס"ק ו' כתבנו שם בשם כ"מ בדבר המצוי בשוק יכול למכור ולא

הוי דשלבל"ע. אין המנהג כן למעשה. אלא אפי' מצוי בשוק אינו יכול למכור דשלבל"ע כמבואר בתה"ד סי' ש"ך. ובחיוב יכול לחייב עצמו בדינרין ובאבנים טובות אפי' אינן מצויין בשוק וא"כ ה"ה דיוכל לחייב עצמו בפירות דקל הן של דקלו הן של אחרים ואם לא יבואו לידו יתן דמיהן וכמ"ש כמי חתן שמחייב עצמו בק' ליטרין ואין לו לשעתו וגם לא יבואו לידו לעולי יתן דמיהן. (ולא הי' הרהמ"ח שם עינו על תשו' הרשב"א ח"ג סי' ס"ה. הביאו ב"י ס"ס זה בקיצור. וז"ל שאלת מי שחייב עצמו ליתן לחבירו כל מה שירויח מכאן עד שלושים יום כו' מי אמרי' דלא אמר כלום לפי שאין אדם מקנה דשלב"ל או נאמר החיוב שאני. תשובה דבר ברור הוא זה דחייב. דלא אמרו בדשלב"ל אלא במקנה דשלב"ל כגון פירות דקל אבל במחייב עצמו ליתן מה שיוציא הדקל לאחר עשר שנים דבריו קיימין שזה אינו מקנה הפירות אלא מחייב עצמו ליתן ובחיובין ובתנאין ואפי' בשיעבודין ושכירות לא שייך דשלב"ל. חיובין בזה שאמרת ובמחייב לזון את בת אשתו חמש שנים אלא שירויח ויקנה ויזון וכן הפוסק על שער שבשוק ואע"פ שאין לו. ובתנאין ע"מ שתתני לי מאתים זוז כו' ובשעבודין במשעבד מה שאקנה כו' והטענה בזה לפי שנשתעבד הגוף כו' ושכירות המשכיר עצמו ללקט מציאות כדאי' פ"ק דב"מ עכ"ל. הרי לפנינו שהשוה הרשב"א ז"ל וחייב עצמו בפירות דקל למחייב לזון את בת אשתו ולתולה תנאו בדשלב"ל והתם אליבא דכ"ע אינו יכול לחזור בו ואפי' מת חייבי' היורשי' לשלם כמבואר בש"ס ופוסקים וכמ"ש התומי' בהא דמהר"ם במרדכי ע"ש. א"כ ה"ה בפירות דקל וכולל הכל ביחד שאין בחיובין דין דשלב"ל כלל. ודי בזה ראי' ברורה ומ"ש:

ומ"ש עוד ובקצה"ח הקשה מתוס' ר"פ אעפ"י כו' והיא קושית התומים זה דרך הרהמ"ח לראות ראי' מועטת. כי התומים הקשה מתוס' ר"פ אעפ"י שכתבו דכתובה הוי שעבוד לדבר שלא בא לעולם כו' ומ"מ גבינן כו' והעלה דיש הבדל בין אם אומר אם לא אתן פירות דקל אהי' חייב כו' ובין אם אמר סתם הריני מתחייב לך פירות דקל כו' ע"ש שעיקר כונתו שכתובה הוי שעבוד לדבר שלא בא לעולם דהא עיקר השעבוד לכשתאלמן או תתגרש וע"ז קאי תירוצו וחילוקו. אכן אנן בדידן מייתינן ראי' מדברי תוס' שהחתן יכול לחייב עצמו בק' ליטרין אף שאין לו וה"ה בפירות דקל אם מתחייב הוא בכך בין באו לידו בין לא באו חל עליו החיוב ומעשים בכל יום שמחייב אדם עצמו במאה סאה תבואה או פירות ואע"ג דלא נגמרו ומתחייב בתבואה חדשה. וה"ה מחייב עצמו ליתן בית פלוני אע"ג דאין בידו גם לא יבא לידו צריך ליתן דמיו אם קנו מידו על החיוב. וא"צ ליתן תרקבי דדינרי רק דמי שויו וכמ"ש בקצה"ח גבי פירות דקל דמחויב לשלם דמיהן. דכל שעל גופו אין בו משו' דבר שלא בא לעולם. (הנה הכל מבואר כדברי הרשב"א

הנ"ל) אבל אם אמר שדה זו לכשאקחנה הריני מחויב ליתן לך כיון דלא התחייב אלא אם יקחנה בודאי אם לא לקחה לא נתחייב אבל אם אמר סתם הריני וחייב ליתן לך בית פלוני אפי' לא יבא לידו חל החיוב מעכשיו ואם לא יבא לידו יתן דמיו. ובמה נסתלקו כל דברי הרהמ"ח: כלל הדברים המחייב א"ע בקנא"ס בסתם במרגליות או כלים שאינם מצוים בשוק או בפירות או תבואה אפי' אינן מצויין ולא באו לעול' אפ"ה מתחייב הוא או הן או דמיהן שהגוף נשתעבד ולא שייך בי' דשלב"ל. וזה ברור ועיין בדברינו סק"ז. (הגה וכ"נ שהיא דעת ב"י שהביא לרשב"א הנ"ל ולענ"ד יש להביא ראי' מחוכר שדה מחבירו שנתחייב ליתן כמה כורין חטין אעפ"י שאינו זורע מאותו המין מחייב עצמו לקנות מן השוק כמבואר בש"ס פרק התקבל ובח"מ סי' ש"כ ושכ"ב ושכ"ג. ומבואר שם דאין יכול לחזור בו אפי' אם נעשה על כמה שנים. ואם עשו שטר ע"ז גובה ממשעבדי כמבואר בטור ש"ע שם. ואע"ג דה"ל דבר שלא בא לעולם ואפי' אינו מצוי אז בשוק לא מצינו שיהי' שום חילוק בדבר. וע"כ לומר כיון שמחייב גופו לא ה"ל דבר שלא בא לעולם ולענ"ד זו ראי' שאין עלי' תשובה. ומהתימה שלא הרגישו בה הפוסקים ז"ל. ועיין בש"מ בש"מ ר"פ אעפ"י מ"ש תלמידי ר"י בשם מורו הרב דבכל ק"ס הרי הוא כלוקח הסודר בעד אלף זוז ע"ש ולפי דברי הרהמ"ח אם מתחייב בפירות דקל לא ליהני אפילו כשבא לעולם כיון דהדר סודר למרי' ופסק הקנין. אלא ע"כ החיוב חל לאלתר וכמו שהוכחנו:)

ס"ק יב

ז"ל מ"ש בס' קצה"ח דשעבוד דאקנה הוא רק מדרבנן ולא ידעתי מאי קאמר דאי שעבוד' לאו דאוריית' כל שעבוד נכסי דרבנן ואי שעבודא דאורייתא אפי' דאקני דאוריית' כו' ע"ש הרהמ"ח לא שת לבו לראות שם בקצה"ח מבואר בשם הרשב"ם והנ"י שכתבו בפירוש דאקני הוא מדרבנן. אמנם כבר מבואר אצלינו בסי' קי"ב סק"א דאפילו למ"ד שד"א אין הנכסין שבאו אחר ההלואה משועבדים למלוה ואין נכסוהי דאינש ערבין אלא הנך דהוו בשעת הלואה אבל אותן הנכסים שבאו לו אחר ההלואה לא נשתעבדו כלל מדאורייתא רק מדרבנן ע"ש. ומ"ש ואי שד"א אפי' דאקני דאורייתא דרחמנא שעבדיה דהא מוהוא יוציא אליך העבוט נפקא ושם שלא בשעת הלואה מיירי ע"כ. אתמהא וכי משום דמיירי שלא בשעת הלואה איירי בדאקני. והרהמ"ח בעצמו בסי' ס"א סק"ז כתב דשעבוד דאקני הוא מדרבנן כמ"ש הנ"י ע"ש. ואפשר שחזר בו שם ממ"ש כאן:

סימן סא

ס"ק ב

ז"ל בס' קצה"ח תמה על תשו' מהר"י אדרבי שכת' דשטר שכתוב בו פלוני קידש פלונית וחתומי עדי' דהוי מפי כתבם והביא ראי' מדברי הרי"ף והנ"י דשטר קידושין שאינו ראוי למסרו לבעלים משום דלמא מחקה לי' לא חשיב שטר. ותמה בס' הנ"ל וז"ל כיון דלפי האמת לא תקנו זמן בקידושין א"כ שטר קידושין חזי למתבי' לבע"ד. ולא דיבר נכונה דכמו שלא תקנו זמן בקידושין לראי' משום הטעם שאמר התם בפד"א משום ה"ט גופי' לא תקכו שטר ראי' בקידושין כלל דלמאן ניתבי' דבזה ג"כ איכא חשש מחיקה והטמנה וגבי עדים אתי לידי תקלה כו' ואלו תקנו שטר ראי' בקידושין משום גוף הקידושין כו' היו מתקנין גם זמן דלראיית גוף הקידושין צריך ג"כ זמן כו' א"ו דלא תקנו שום ראי' בקידושין ודוקא גוף השטר קידושין היינו השטר שכתוב בו הרי את מקודשת שמקדשה באותו שטר הוי ראי' ג"כ אף שאין עקרו לראי' כו' אבל שטר ראי' לא אשכחן בקידושין וכן הוא בהגהמ"ר בקידושין דגוף השטר קדושי' הוא השטר אבל שכתוב בו פלוני קידש פלוני הוי מפי כתבם עכ"ל:

והנה מ"ש דאילו תקנו ראי' בקדושין משום גוף הקדושין שלא תוכל להכחי' כו' ג"כ צריך זמן כו' או שתנשא לאחר ותאמר קידושין שלך לא תפסו כו' המחבר לא עיין היטב בדברינו ושגה בפירושא דהא שמעתא דודאי עתה גם הזמן יועיל לראי' והתם בש"ס הכין פירושא דגרס' זהו דקדושי' למעוטי מאי למעוטי זמן דליכא בקידושין ומפ"מ לא תקנו זמן בקידושין הניחא למ"ד משום פירי כו' אלא למ"ד משום ב"א ליתקן זמן כו' ואבע"א משום דלא אפשר היכי ליעבד כו' זמנין דחזי בכתבא ואתו ומסהדי כו' והיינו דקושיית הגמ' מפ"מ לא תקכו זמן בקידושין שיהי' מתורף שטר קידושין ויהי' פסול בלא זמן כמו גט משום גזירת בת אחותו. כמו שפסלו בגט משו' ההיא גזירה עד דמסיק משום דלא אפשר פי' משום דלא אפשר לתקוני הך חששא דבת אחותי לא תקנו שיהי' פסול בלא זמן רק הניחוהו כמו שאר שטרי ראי' ושטרי קנין דלא בעי זמן וכמו שדה מכורה לך מהני בלא זמן כך שטר קידושין א"צ זמן. וכמו שטר מכירה אם לא כתב בו זמן מהני לראי' כך אם רוצה לעשות שטר ראי' על הקידושין נמי מהני לראי'. ואם יכתבו בו זמן ודאי יהי' מועיל לראיי'. אלא דגם בלא זמן ג"כ כשר כמו שאר שטר ראי' דממונא. לאפוקי גט אשה דפסול בלא זמן לזה קאמר דבקידושי' לא תקנו כמו בגיטין דבגיטין לא תקנו זה שיפסל בלא זמן אלא או משום פירי או משום ב"א. והכא לא שייכי הני תרי טעמי לא תקני בו כמו בג"נ אבל לומר דעקרי ענין שטר ראי' מקידושין זה לא יאמר כלל.

דלמה יגרע משאר ענינים שבין אדם לחבירו וכלל הדבר הוא דבגיטין פסלו בלא זמן משום פירי או משום בת אחותו ובקידושין לא פסלו בלא זמן. (הגה וכן מבואר בהדיא בתשובת הרשב"א סי' אלף ר"ט דשטר קידושי' שנכתב מדעת שניהם דין שטר יש לו. וכ"כ מהרש"ך שורש ע"ד וכן הוא באה"ע סי' מ"ב) ומ"ש המחבר בשם הגהמ"ר. הנה הגהת מרדכי שטה אחרת יש לו. וז"ל בפ' המקדש ואפילו אם נתקיים השטר בחותמיו הי' אומר ר' שמחה שאין העדות מתקבלת מתוך השטר כזה מדתני' בתוספתא יפה כח העדים מכח השטר שהעדים שאמרו את פלוני תנשא אשתו כתוב בשטר מת פלוני לא תנשא אשתו כו' הרי חזינן דאפי' בעדות דאקילו בה רבנן איכא מ"ד דבעידי שטר אין משגיחין כ"ש בשאר עדיות ושטרי ממונות הן יסוד ע"י נביאים עפ"י הגבורה דכתיב וכתוב בספר וחתום והעד עדים עשה הכתוב חתימת השטר כהעדאת עדים בפניהם כו' והאי דפ' ד' אחין שטר קידושין דמנחא בי' גבי דידי' ודידה דלא מקרי מפי כתבם ודוקא בשטר קידושין שהאשה נקנית בו וניתן לכתוב דמקשינן הוי ליציאה אבל שטר ראי' על קידושי כסף לא ניתן לכתוב דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם ושלום אביגדור הכהן עכ"ל. מבואר משטה זו דלא מכשר מפי כתבם אלא בממון עפ"י יסוד נביאים או בשטרי הקנאה דהיינו שנתקדש' בשטר. אבל אם נתקדשה בכסף לא מהני ראי' דה"ל מפי כתבם וחילי' מהאי דמצאו כתוב פלוני מת דאין משיאין את אשתו. אכן לא כן דעת הרי"ף והרמב"ן והראב"ד והנ"י דהרי לשטתם העיקר תלוי בחזי למתבי' לבע"ח ועיין ברמב"ן בס' המלחמות פ' ד"א שכתב ז"ל שכיון שאין הזמן הכתוב בשטר עושה מעשה שטר אלא ביוצא מת"י עדים מפי כתבם הוא כו' וכיוצא בזה שנו בתוספתא יפה כח השטר כו' ויפה כח העדים כו' שהעדי' שאמרו פלוני מת תנשא אשתו מצאו כתוב בשטר פלוני מת לא תנשא אשתו כו' ופירשו בירושלמי לא תנשא אשתו מפני שהוא מפי כתבם והתם כמי לא ניתן לכתוב שאם למסו' לאשה אמרו לה מת בעלך היא נשאת עפ"י עצמה ואין לזכרון עדות לעצמן ואין ללמוד ממנו לפיכך לא תקנו חכמים כתובה בדבר עכ"ל הרי מבואר לפי שטתם גם במצאו כ' פלו' מת היינו משום דלא ניתן למסור לבע"ד וא"כ מוכח דלדידהו אפי' באסורי' שייך דין דשטר רק שיהי' ניתן למסור לבע"ד וא"כ לשטת הרי"ף והרמב"ן והראב"ד והנ"י ודאי מהני שטר ראי' אפי' בקדושי כסף כיון דחזי' למסו' לאיש או לאשה לראי' שקדש זה את זו וגם הזמן ניתן לכתוב לראי' אלא דלא נוכל לתקן חשש ב"א ע"כ לא פסלו חז"ל באין בו זמן כמו בגטי נשי' וזה ברור:

ובשטת הגהמ"ר קשי' לי בהא דאמרו פ' השולח דף ל"ו אהא דתנן העדי' חותמי' על הגט מפני תקון העולם הא דאורייתא דכתיב והעד עדי' וחתום לא נצרכה אלא לר' אליעזר

דס"ל ע"מ כרתי וזמנין דמייתי או אזלי למד"ה ע"ש וכיון דלר"א דס"ל ע"מ כרתי א"כ ע"ח אינן אלא לראי' וכמ"ש תוס' דכל דאי' ע"ח מסתמא נמסר לפני ע"מ ולדברי הגהמ"ר אינו מועיל לראי' כיון דאינו שטר הקנאה דהא נתגרשה בע"מ ומה מהני ע"ח הא הוי מפי כתבם מיהו לשטת הרי"ף בפ' המגרש דאפי' לר"א דס"ל ע"מ כרתי מוד' דע"ח נמי מהני וע"ש בר"ן א"כ ה"ל כמו שטר הקנאה דבאותו שטר בע"ח נתגרשה והרי הוא כמו שטר קדושין מיהו לדינ' כבר נתבאר מדברי הרמב"ן דכל שראוי למסרו לבע"ד לא הוי מפי כתבם רק במצאו כתוב פ' מת דלא מהני הוא משום דלא חזי למתבי' לבע"ד וכמ"ש הרמב"ן (הגה וכן דעת נ"י וכן משמע מהראב"ד וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' אלף ר"ט וכ"כ מהרי"ק שורש ע"ד וכן הוא בש"ע אה"ע סימן מ"ב וכן ראוי להורות:)

ס"ק ג

שיוכל כל המוציאו ז"ל והנה הרא"ש הביא ראי' לזה משאול שאמר והי' האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ובא דוד והכהו ונתחייב שאול לדוד אותו ממון ובפ"ב דסנהדרין אמרי' שקידש דוד את בת שאול באותו ממון. ומהרי"ט תמה בזה הא ע"כ בעינן שיאמר המקדש הרי את מקודשת ואם לא היה ניכר בשעת מעשה מי אמר וע"כ צ"ל כשבא דוד לפני שאול והלבישו מדיו אמרו לו התנאי ההוא וחזר ואמר שתהא מקודשת ובאותו שעה הי' ניכר וידוע ובס' קצה"ח השיג עליו דאם הי' זה בשעה שהלבישו מדיו קודם שהרג לגלית לא הוי מקדש במלוה ובסנהדרין משמע דהוי מלוה אלא ודאי אחר שהרג לגלית ונתחייב לדוד בעושר גדול אמר תהא מקודשת לי בזה כו' וזה אי אפשר דהא אחר שהרג לגלית מה בכך שדוד אמר בתך מקודשת לי הא שאול תיכף חזר בו כו' א"ו קודם שהרגו לגלית אמר זה בריצוי שאול ומה שהקשה הא דמי לאומר בשכר שאעשה עמך לק"מ דודאי דוד לא הלך להרוג את גלית בשכר קידושין רק לש"ש להציל את ישראל רק ששאול עצמו התחייב ממילא להעשיר למי שיכהו ונתחייב בזה ואח"כ קדשה באותו התחייבות שהתחייב כנגדו עכ"ל. ולא תיקן כלום דמ"מ כיון שאמר בשעה שהלבישו מדיו ושאול לא התחייב אלא כשיכנו לא הוי מלוה למ"ד שכירות אינ' משתלמת אלא לבסוף כיון דעדיין לא נתחייב (הגה ובלא"ה דברי הרהמ"ח אינם מובנים דאמר דדוד אדעתא דנפשי' קא עביד במאי נתחייב שאול. דבשלמא אי אמרת דכונת דוד היה ג"כ לשכירות שאול מלבד שהיתה כונתו רצוי' לשמים כמו שמוכיחים פשט הפוסקים ששאל דוד מה יעשה לאיש אשר יכה את הפלשתי ושינה ושילש בשאלה. שפיר נתחייב שאול מחמת שעשה דוד בשליחותי' אלא א"א דדוד אדעתי' דנפשי' קא עביד ושאול ממילא התחייב עצמו קשי' במאי נתחייב ובמאי קנה דוד לאותו חיוב עד

שתהא למלוה על שאול. ועיין בקצה"ח) וע"כ כדברינו שאמר דוד אח"כ בתך מקודשת לי.

ומ"ש דהא שאול חזר בו מיד. אולי בנבוא' נאמר לו דשם לא נאמר רק בעת תת את מירב לדוד ניתנה לעדריאל משום דא"ל מלוה אית לך גבאי. אדרבה מבואר בהדיא שאמר שאול לדוד הנה מירב בתי כו' רק שנתגלגל הדבר וניתנה לעדריאל ואח"כ אמר לו שיתן לו את מיכל ויוסיף ק' ערלות פלשתים כדאמרינן בסנהדרין דף י"ט ע"ש:

ס"ק ה

וגובה בו. ז"ל ובס' קצה"ח שכתב דכל מי שמוציא זוכה בשטר מטעם שהמלוה הראשון נעש' שליח של המוציאו וזכה לו דאל"כ כ"ז דלא מטי שטרא לידי' יכול לחזור בו ולפ"ז אם הוא כותב דאין שליחות לכותי יכול לחזור בו קודם שנתן לכותי כו' ולא דיבר נכונה דודאי בשעת הלוא' יכול לשעבד עצמו אפי' בע"פ כו' ועוד דגוף השטר ושעבוד נכסים יכול המלו' עצמו ליתן לאחר אפי' שלא מרצון הלוה כו' ע"ש:

והנה שם בקצה"ח ס"ק ב' כתב עוד וז"ל ולפ"ז ניחא הא דכתב בש"ע ואפי' כתב שנתחייב לכל בין יהודי בין כותי והוא אין לו ביאור כו' ולפמ"ש ניחא דה"א כיון דלא מהני לכותי דאין שליחות לו לא מהני ליהודי קמ"ל דעכ"פ מהני ליהודי ע"כ וע"ש.

כעת מצאתי כדברינו בתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' ז' ז"ל יקבל החכם הנכבד את תשובתי. הוי יודע כי נהגו בכאן בטוליטלה אע"פ שכותבין לשטרות או למוציא שטר זה ליהודי או לכותי שאין מוציא השטר גובה בלא הרשא' או כתיב' ומסירה שנעשה לו המלוה וכן מסתבר מדכוללן יחד יהודי או כותי וכותי דבר פשוט הוא שאינו יכול לגבות בו אם הוציא השטר שאין העדים יכולין לזכות לו דאין זכי' לכותי כדאמרי' באיזהו נשך כו' כותי דלא אתי לכלל שליחות לית לי' זכיי' וכיון דלית לי' זכיי' א"כ אין העדים יכולין לזכות בשבילו שיוכל לגבות החוב אם השטר יוצא מת"י ומה שרגילין לכתוב בשטרות או כותי אינו מועיל כלום אע"ג דלישראל מועיל כי העדים זוכין לו שלא בפניו מ"מ כיון שכוללן יחד ישראל או כותי מדהא ליתי' הא נמי ליתי' זו היא סברא למנהג שנוהגין פה שצריכין הרשא' או כומ"ס עכ"ל. ות"ל כוונתי האמת. ותמהני על הסמ"ע במ"ש בהא שכתוב בין יהודי בין כותי דלא תימא מדלא חל לגבי' דאיסור יש כו' ע"ש וכן בתומי' כתב בזה טעם אחר. והאמת הוא כמ"ש וכמ"ש בתשובת הרא"ש אלא שבקצה"ח כתב דמלו' ראשון זוכה למי שמוציאו אח"כ והרא"ש כתב דהעדים זוכין. ואלו הי' הרהמ"ח יודע מזה לא הי' כותב על דברינו ולא דיבר נכונו':

ס"ק ז

כולד לאחר מיכן. בתומי' הקש' מהא דכ' תוס' גיטין דף י"ג דלרב נחמן עדיף טפי מקנ' לדבר שלא בא לעולם ממקנה דבר שלא בא לעולם וכיון דקי"ל דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום משעבד דשלבל"ע א"כ מכ"ש דיכול להשתעבד לדבר שלא בא לעולם ואין זה קושי' כו' דכתב נ"י דהוא מטעם נעילת דלת ובזה לא שייך נע"ד ואי משום דיכול לחייב עצמו בדשלבל"ע התם טעמא אחרינא משום דמשעבד גופי' וגופו אי' בעולם עכ"ל כל זה כתב בקצה"ח ס"ק ב' בשם מהרי"ט ובסי' קי"ב סק"א בביאור רחב ע"ש:

סימן סב

ס"ק יב

והניח יתומי' עיין ש"ך סקט"ו וה"ה אם נתן מתנה בחייו ומת כו' הנה מדכתב ומת משמע דכשהוא חי אנו טוענין למקבל מתנ' שמא יש לו ראי' ואינו רוצה להביא ואינו נאמן לחוב לאחרים. ובס' קצה"ח כתב הטעם כיון דהוא שט"ח ויכול למחול ולהפסיד חובו. מש"ה נאמן להפסידו כמו בסי' ס"ו סעי' ט"ו באינו רוצה לישבע. וה"נ כיון שאינו מביא ראי' הרי הוא מודה שאינו שלו כו' ודברים אלו לא נתנו להאמר דבשלמא בסי' ס"ו. שם כשאינו רוצה לישבע שלא נפרע הוי כמודה ללוה שפרע והודאתו או שהי' גופה מחילה או דנאמן במגו דאי בעי מחיל וכאן לא שייך שני הטעמי' דמה שאינו מביא ראי' אינו כמודה ללוה רק כמוד' להאחין שהוא שלהן ואין הודא' זו כמוחל ללוה וגם מגו לא הוי דאין אומרי' מגו מאדם לאדם כמ"ש בתומי' בכמה דוכתי בשם כל הפוסקים כו' דשמא אינו רוצה למחול שירויח הלוה ורוצה להרויח לאחין. ועוד כשימחול יצטרך לשלם וכשיוחזר לאחין לא יצטרך להחזיר רק דמי' שקבל ע"ש:

ואין בכל דבריו כדי השג. דהכי קאמרינן התם בקצה"ח סק"ד ז"ל דכיון דשעבוד הגוף נשאר אצלו ויכול למחול הרי נאמן להפסידו כו' וה"נ כיון דיש לו כח למחול יכול להפסיד זכות מקבל מתנה ואם אינו מביא ראי' הרי הוא כמודה שאינו שלו כמו שוכר שאינו רוצה לישבע ע"ש. ולאו מטעם מגו אתינן עלה אלא כיון דשעבוד הגוף נשאר אצלו והוא עכשיו כמוד' שהוא של אחין ועל שעבוד הגוף שהוא שלו הודאתו הודאה וכיון שמוד' שאין שעבוד הגוף שלו ממילא גם שעבוד נכסי' אין להמקבל מתנה כיון דלא הי' שלו רק של האחין. וגם אי אתינן עלה מטעם מגו דאי בעי מחיל נמי ניחא דמ"ש דאין אומרין מגו מאדם לאדם כמ"ש התומי' בכמה דוכתי בשם כל הפוסקים.

הנה המעיין בתומי' בפנים בכללי מגו אות קל"ח. ז"ל מגו מאדם לאדם לכ"ע לא אמרי'. מהרי"ט חלק ח"מ סי' ל"ג וכתב עלה ז"ל אמת שכ"כ מהרי"ט אבל מהרי"ט גופי' כתב שכמה סוגיות הש"ס מהא דהן הן שלוחיו הן הן עדיו דנאמנים לומר נתנו למלוה במגו דלהד"ם והרי זה מגו מאדם לאדם וכן עובדא דגינאי בגיטין וכן עובדא דאבימי דכל המגו היא מאד' לאד' וכבר הארכתי בשורש זה במקו' אחר אבל עכ"פ דין זה אין לו שרש ורוב סוגיות הש"ס למולו עכ"ל חתומי' והעתקנו כל דברי תומי' עד תומם למען הוציא מדעת הרמה"ח שכתב כן בשם התומי' שכתבו בשם כל הפוסקים והוא לא נכונה דבר:

(**הג"ה** ומ"ש דכשימחול יצטרך לשלם וכשיוחזר לאחין לא יחזיר רק דמיה שקיבל. ליתי' שכבר מבואר בשרש סי' ס"ו ס"ק ל"ב בשם הרה"מ דכשאינו רוצה לשבע צריך לשלם כל דמי השטר וכ"כ עוד בס"ק כ"ד וק"ט ע"ש וא"כ ה"ה הכא כיון שמפסידו עתה כנ"ל וא"כ ליכא נפקותא ושפיר הוי מגו).

סימן סד

ס"ק א

דאלו לגבותם. ז"ל עיין ש"ך סק"ג דמשמע מדבריו דבמדינות שלנו שנכתב לכל מי שמוציאו כיון שיכול לטעון לקוח בלא כתיבה נאמן ג"כ לומר מחיים תפסתי במגו דלקוח ומהני אפי' לגבות ובס' קצה"ח תמה דהא נהי דלא בעי כתיבה מ"מ בעי מסיר' מיד ליד והכא שהי' רק תפיס לא היה מסירה מיד ליד. ואני תמה על תמיהתו דהא נגד הלוה א"צ שום קנין כו' דהא נתחייב לכל מי שמוציאו אפי' לא בא מחמתו רק דבעי מסירה לקנות מהמלוה וכיון שהמלוה חייב לא בעי שום קנין נגד המלוה כו' וכל זכות שהי' להמלו' בשט"ח יכול לתפוס ממנו ע"י תפיס כו' ע"ש בסי' ק"ד סק"ד כתב המחבר הזה בעצמו ז"ל תפס שטרות עיין קצה"ח שכתב דאפי' בממרי שלנו דמהני מסיר' בלא כתיב' מ"מ תפיס' לא הוי אפי' כמסירה ונכון עכ"ל הרי שהודה לדברינו והרוא' יראה דדא ודא אחת היא:

ס"ק ב

וסק"ג שם משיג על דברינו בקצה"ח ואין דבריו מוכרחין ע"ש (הגה ובפרט מ"ש בסק"ג ליישב קו' קצה"ח דמאי כפי' הוא זו הא כשישלם הלוה יצטרך להחזיר הנייר ע"ש שכתב ז"ל ועוד דאפי' במסר ולא כתב כ' הר"ן פ' הכותב דאם מכר לו גוף הנייר לצור א"צ להחזיר כו'. ואם מכרו לגבותם כו' משא"כ הכא שנא נתן לו למשכון רק החזקת גוף הנייר ודאי דאין צריך להחזיר הנייר כמו מכרו גוף הנייר לצור ע"ש. ולא דק דא"כ הדרא

קושי' לדוכת' ליהמן להרי"ף במגו דלקוח הוא לצור ע"פ צלוחית כיון דאיירי בלא עדים וראה ועכ"ל להרי"ף בכל ענין צריך להחזיר במסר ולא כתב ונסתלקו דברי הרמה"ח):
ומ"ש בסק"ג ז"ל ומ"ש בס' הנ"ל הטעם דאין. צריך להחזיר דהוי כמו מטלטלין של לוה דמהני תפיס' אף במטלטלין של לוה דלוה כו' דגוף הנייר של השט"ח לאו מטלטלי דלוה דלוה הוי רק של הלו' כו'. ועוד דלאו תפיס' היא כלל אצל הלוה דלוה דהא לא תבעו הלוה דלוה ותפיסה לא, מקרי רק כשתבע ממנו ולא רצה להחזיר ע"ש:
ולאו קושיא היא כלל (הגה דלוה הוא דיהיב פשיטי דספרא ודילי' הוא רק שהוא ביד המלוה למשכון כמ"ש הרשב"א או שהוא נקנ' לו ע"מ להחזיר כמ"ש בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ז ע"ש באריכות בביאור יפה) והא דבעי תבעו היינו משום דבתורת פקדון אתא לידי' והוי ברשותי' דמרי' מש"ה בעי תבענהו ולא אהדרינהו ממילא הוי תפיס'. ופקדון לא הוי אלא מהלוה אבל לא מלו' דלוה וכיון דלוה תבעי' ולא אהדרינהו הוי תפיסה דכבר יצא מכלל הפקדון וזה פשוט:

סימן סה

ס"ק ב

הי' יכול לגבות כו' ועיין עוד בב"ק שסיים דמ"מ לא גרע הכחשתו מאלו הי' מודה כו' ובס' קצה"ח תמה כיון דהוא יכול לישבע צריך לישבע וא"ל דליהמן במגו דהי' מודה דא"כ בע"א מעיד שהוא פרוע והוא טוען להד"מ ליהמן במגו דסטראי כו'. ודברים אלו מתמיהין כל רואיהן דהכא שאני כיון שטען ב' הטענות דהיינו שחייב לו על השט"ח וגם טען להכחיש את העד שלא מסר לו השט"ח. ושפיר הקשה הש"ך כיון דאם הי' מודה לדברי העד והי' טוען הטענ' שהוא טוען עכשיו ג"כ דהיינו שחייב לו על השט"ח הי' פטור בטענה זו כו' וזה אי אפשר דהא בסטראי גופי' אינו נאמן רק במגו דלהד"מ כו' ע"ש. והמעיין בש"ך שם ס"ק ד' יראה דהא דנאמן לומר שחייב לו אינו אלא משום מגו דלהד"מ ע"ש וא"כ דברינו נכונים ע"ש:

ס"ק טו

אם חייב יחזיר כו' עוד נראה לתרץ כו' והוא תי' הריטב"א כו' והלך לסופר ולעדי' לבטל שליחותן כו' ובס' קצה"ח כתב דלאביי דס"ל עדיו בחז"ל הוי כאילו מטי לידי' למפרע ולא מהני שוב ביטו' השליחות כו' לא אמר כלום גם מ"ש לתרץ קושי' על פלפלא חריפתא הן דברים שאין להם שחר כו' והנה המחבר סתם דבריו ואני סומך על המעיין שיראה כי דברינו כני' ונכונים ועל המערער להביא ראי'.

ס"ק יח

כרוכין כו' וז"ל ומה שהקשה בקצה"ח דהא מחויב להראות השטר בב"ד כמו באומר שטר שבידך זכות יש לי בו לא קשה מידי דהכא אינו מחויב להראות השטר כלל דיאוש כמתנה הוא למוצאו כו' ובמתנה ודאי דאינו חייב להראות השטר בב"ד דהא הקנהו לו לזה ע"ש. ואינו דודאי לא עדיף משטר שבידך זכות יש לי בו דג"כ הוא שלו ואפ"ה מחויב להראות. עוד שם וז"ל ומ"ש בקצה"ח דכיון שקנה השטר ביאוש שוב אינו יכול לגבות בשטר דהוי כאמרו עדי' פ' דהאי סימנא לוה כיון דאינו מוחזק בשטר ליתי' דיאוש כמתנה והוי כמוכר ונותן ש"ח דגוב' בו עכ"ל. ודבריו הם כתפל מבלי מלח ואין בהם טעם. דאין זה ענין למוכ' ונותן שט"ח דהתם אית לי' זכות המוכר והוא מוחזק בשטר. אבל המוצא שקנה השטר לא זכה בחוב והחוב הוא של המלוה דלא מהני יאוש בחוב וכמ"ש שם בקצה"ח ס"ק יוד וא"כ אין להמוצא אלא הנייר ואינו ענין כלל למוכר שטר חוב וע"ש:

ס"ק לג

יתקיים בחותמיו כו' ובס' קצה"ח סתר דברי המע"מ מהא דאמר בגיטין דהשליח צריך שיאמר בפ"נ ובפנ"ח דצריך קיום מדרבנן אף דהשליח הוא שליש כו' ע"ש ואין בדבריו כלום דהמע"מ לא כתב רק כשמודה או כשידוע שהוא שליש אבל בהא ודאי מודה מע"מ כשבא אחד עם שטר שאינו מקוים ואומר שליש אני דבעי קיום מדרבנן עכ"ל אכתי תקשי לי' מה מועיל מודה כיון דהיכא דאינו שליש אע"פ שמודה נאמן בטענתו במגו דמזויף וה"נ יהא נאמן במגו דלהד"מ ומזויף. גם מ"ש המחבר או שהוא ידוע שהוא שליש אינו מובן דהיאך יתכן להיות שליש על מזויף ואם ידוע שהוא שליש ע"כ ידוע שאינו מזויף. ויותר יתכן ליישב המע"מ דדוקא כשאומר שהוא שליש מב' הצדדין בזה הוא דאוקמי' אדאורייתא אבל האי דבפ"נ אע"ג דדין שליש לו אינו. אלא מצד הבעל ואכתי צ"ע:

סימן סו

ס"ק א

אותיות עש"ך סק"א כו' ומ"ש בקצה"ח דיאוש מועיל לחוב משום דיאוש עדיף מהפקר מטעם דחוב הוי דבר שאינו ברשותו והפקר אינו מועיל לדבר שאינו ברשותו. ויאוש מועיל לדבר שאינו ברשותו וליתי' דנהי דיאוש מועיל לדבר שאינו ברשותו מ"מ הא אין המוציא יכול לזכות בדבר שאינו ברשותו ע"ש. אני אומר דיכול אדם לזכות בדבר

שאינו ברשותו וכמבואר אצלנו בקצה"ח סימן ת"ה סק"ב דאסורי הנאה מקרי דבר שאינו ברשותו וכמ"ש שם בשם רש"י פרק שור שנגח ד' וה' דף מ"ה שור הנסקל שנגמר דינו מכרו אינו מכור הקדישו אינו מוקדש דלאו ברשותי' קאי לאקדושי ע"ש ולכך אין אדם יכול להפקי' איסורי הנאה כמו"ש שם בשם הרמב"ם ע"ש ואפ"ה יש זכי' באסורי הנאה כמ"ש שם בשם הריב"ש בסי' ת"א מדאמרי' בע"ז מכי אגבה קני' ע"ש וא"כ מבואר שם דאפי' בדבר שאינו ברשותו שייך בי' זכיה. עוד שם ז"ל גם מה שהקשה בקצה"ח הא הנייר של לוה הוא ליתי' כדמוכ' מדברי הר"ן כו' ע"ש. והמעיין בדברינו ס"ק א' יראה כי תואנה הוא מבקש. וז"ל ועוד קשה דהא הנייר של לוה הוא לדעת כמה פוסקים וכמבואר בסעי' כ"ג ע"כ ושם ס"ק כ"ז מבואר אצלנו שזה הוא דעת חכמי פרבונצי' וכדאית' בראש פ' הכותב ובר"ן פ' האיש מקדש:

ס"ק ב

בכתיבה ומסירה. ז"ל ומ"ש בקצה"ח על תוס' ב"ב ע"ו ד"ה אי כרבי ע"ש נראה דודאי מהך דפסחים אין ראי' רק שהוכח' התו' הוא דלא מצינו בשום מקום במקדיש בשט"ח כומ"ס רק במכיר' עכ"ל והרואה יראה כמה דחק עצמו לפרש דברי תוס' מדלא מצינו בשום מקום מקדיש שט"ח. וכי תנא כי רוכלא ליחשב וליזל ואדרבה בפוסקים מפורש דין מקדיש שט"ח לכן מוטב שהניח כעת בצ"ע. וגם תמו על האחרונים שלא הביאו דעת תו' דבהקדש לא מהני כלל כומ"ס ואפשר כיון דעכשיו לא שייך גבן הקדש בה"ב רק הקדש לעניים וכבר מבואר אצלינו שם ס"ק ב' דבהקדש לעניים גם לדעת תו' מהני כיון דהדיוטות אינון לא גרע עניים מעשירים:

ס"ק ד

דאינו חייב לקבל מי שפרע כו' ובספר קצה"ח הוכיח מהגהת אשר"י וז"ל דאי קאי במי שפרע במסירה בלא כתיבה הא ליכא משום ריבית כמ"ש תוס' ב"ע דף ס"ב. ואין בדברים ממש דשאני התם דאיכא קנין דאורייתא במעו' חשוב כנתיקר ברשותו משא"כ הכא דליכא קנין רק דקאי במש"פ משום דברים ומעות עכ"ל ולא דק דמשנה ערוכה הוא דף ע"ב פוסקין על השער שבשוק אע"פ שאין לזה יש לזה והתוס' דף ס"ב כתבו על האי דינא דמתני' ד"ה אע"פ שאין לזה ז"ל דאע"ג דלא משך החטין אין זה ריבית כיון שאם הי' בא המוכר לחזור הוי קאי במי שפר' חשיבי כנתיקרו ברשות לוקח עכ"ל וא"כ ריש לקיש והרבה אמוראי דס"ל כותי' ועיין בתו' פרק הזהב דף מ"ח ד"ה נתנה לסיטון א"כ יהיו חולקים על המשנה המפורש' אלא ע"כ דלריש לקיש ודעמי אית להו דבדברי' ומעו' איכא מש"פ אע"ג דמעות אינן קונות ולכך אין בו משום ריבית לדידי' ולר"י דקי"ל כותי'

ליכא מש"פ רק היכא דד"ת מעות קונות וכמבואר אצלינו ס"ק י' ובסימן רי"ט ס"ק ט' ומש"ה במסר ולא כתב ליכא מי שפרע ע"ש:

ס"ק ה

לחזור בו אע"פ שקיבל המעות ז"ל וגם מ"ש בס' קצה"ח לחלק דבדבר שהקנין נתפס בו ומחוסר הקנין השייך בו כגון מטלטלין שמחוסר משיכה ובשטרות שמחוסר כומ"ס אין המוכר רשאי להשתמש במעות עד שנעשה הקנין השייך לו כו' אבל בדבר שאין קנין נתפס בו כלל כגון מוכר דבר שאינו שלו דהוי מקח טעו' המעו' הלוא' כמבואר בסי' רל"ב עכ"ל הוא ג"כ תמי' דהא הבעה"ת כתב זה ג"כ במכר באסמכתא אף שיש בו קנין המועיל כגון מעכשיו וב"ד חשוב ואפ"ה כ' דהמעות הלואה עכ"ל. והמעיין יראה בדברינו שם ס"ק ד' ז"ל אבל היכא דהדבר איתי' במכירה ואינו מקח טעות אלא שמחוסר הקנין השייך בו הדבר תלוי ועומד עד שיגמר הקנין השייך בו ע"כ. וגם אסמכתא בשעת מעשה לא הקנהו בב"ד חשוב וזה המכר שנעשה באסמכתא ובלא בד"ח שוב לא יועיל לעולם. אח"כ יקנהו בקנין אחר בבד"ח. אבל בשטרות אותו המקח הנעשה ביניהם יוגמר אח"כ כשיהי' כומ"ס או משיכה במטלטלין וכמ"ש שם דכשם שהלוקח לא זכה במקחו ואין המוכר מקנהו עד שנעשה הקנין השייך לו כמו כן אין הלוקח מזכהו במעותיו עד שיקנהו בקנינו ואז הלוקח יזכה במקחו והמוכר במעות אבל באסמכתא שוב לא יעשה אח"כ קנין בבד"ח אם בשעת מעשה לא הקנהו בבד"ח ומש"ה תיכף זיכה אותו הלוקח במעות. והרהמ"ח כתב לכן נראה לחלק דדוקא במטלטלין שבודאי נתן מעות אדעתא למשוך כו' והן הן הדברים הנאמרים בקצה"ח סק"ד והמעיין יראה שלא הוסיף על דברינו כלום. רק שלא ירד לחלק אליבא דר"י היכא שד"ת קונה במעות הוי שואל. ע"ש מ"ש בשם תוס':

ס"ק י

שיבא לידו ז"ל בס' קצה"ח הקשה דהא בסי' רל"ה דקטן יכול למכור שט"ח הא כיון דבעי שטר ואין שטר לקטן ע"ש ולק"מ דדוקא לענין שקנו העדים בקנין סודר קאמר התם דלא מהני כיון שהקנין הוא לכתיבת שטר בעדים וליכא בקטן אבל הכא יכול לכתוב בעצמו בכת"י קני לך איהו כו' ומהני אף בקטן עכ"ל. וא"כ לדבריו הא דקטן יכול למכור שט"ח היינו דוקא בכ"י. ולא הי' לפניו תשובת הרא"ש שכתב להדי' דקטן יכול למכור שטר בעדים וע"ש שכתב ז"ל בכלל פ"ה סי' י' ומה שהבאת הא דאין העדים חותמים על השטר אלא א"כ נעשה בגדול כו' היינו דוקא במכירת קרקע כו' אבל בנדון זה כיון דשטרא הוי

מטלטלי יפה חתמו העדים אפי' אם הי' קטן עכ"ל הרי מבואר להדיא דמיירי ע"י עדים ועמ"ש בסי' רל"ה סק"ג:

ס"ק כא

ואין הלוקח יכול לגבות ז"ל עש"ך שהקשה אמאי לא הוי מחויב שבוע' ואין יכול לישבע משלם כו' ומ"ש בס' קצה"ח דשטרות אמעיט משבועה לא ידענא מה הוא שח. דהכא עיקר תביעתו על הממון שבשטר ולא על השטר עכ"ל. והמעיין בדברינו סי' צ"ה סק"ז ירא' מה שהעליתי שם דהיכא דעיקר התביע' בא על קרקע או שטר אע"ג דמן הקרקע יצאו פירות ומן השטר יצאו דמי' כיון דתביעה של הפירות והדמים מחמת הקרקע או השטר הם באים אין נשבעים עליהם ע"ש היטב ואז תראה כי כנים דברינו בזה במ"ש ס"ק י"ח דה"נ אע"ג דתובע ממון כיון דתביעת ממון מחמת קנין השטר הוא באה ועיקר העדות על מכירת שטר היא וע"א אינו מחייב שבועה בעדותו על שטרות וכמ"ש כה"ג בסי' צ"ה סק"ז ע"ש:

ס"ק כג

שהוא עיקר הקנין ז"ל עש"ך שכתב אף דשט"ח כבר נשתעבד בזוזי והשטר הוא רק לראי' מ"מ נקנה בכתיבה ומסירה כיון שנכתב לגבות ממשעבדי. ובס' קצה"ח הקשה דהא שעבודא דאוריי' אפי' במלו' ע"פ וא"כ ודאורייתא השטר הוא רק לראי' וקשה למאן דס"ל מכירת שטרו' דאורייתא. ולק"מ דמאן דס"ל מכירת שטרות דאוריי' היינו עכשיו שתקנו חכמי' דמלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי וכתבו תוס' ב"מ דף ד' ד"ה אין נשבעין דבמלוה ע"פ כיון שהפקיעו החכמי' השעבוד הוי כמחל לו השעבוד ממילא עכשיו גם מכירת שטרי' דאורייתא כיון דשט"ח הוא שטר קנין נגד משעבדי עכ"ל המעיין בתוס' יראה דלמ"ד מכירת שטרות דאורייתא היינו מדאורייתא ממש ע"ש בתוס' פ' המוכר את הספינה דף ע"ו תוס' ד"ה קני לך איהו וז"ל והאי דאיצטריך בפ' הזהב למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו ביוקר ע"ש וכ"כ בסמ"ג ומבואר דלמ"ד מכירת שטרות דאורייתא היינו מן התורה ממש דאל"כ לדידהו נמי תקשי ל"ל קרא למעוטי שטרו' מאונאה עוד שם ז"ל ומה שהקשה משטר ערכאות דסעי' ז' דמהני כומ"ס הא ערכאות לא אלימי לעשות קנין לק"מ ל"מ לדעת הרב בהגהה סי' ס"ח דגובה ממשעבדי ודאי מהני כומ"ס כמו בשאר שטרות ואפי' לדעת המחבר שם דאינו גובה רק מב"ח מ"מ לא ידענא מאי קשי' לי' יותר שטר ערכאות מכת"י דאינו גובה רק מב"ח ואפ"ה נקנה בכומ"ס ע"כ ואתמהה דהביא ראי' לסתור דבריו כיון דכתב דעיקר הטעם הוא בשטר שיכול למכור הוא כיון דהפקיעו רבנן שיעבודי' והשטר מחייבו משעבו' א"כ לדידי'

ודאי קשי' דבכת"י שאינו גובה ממשעבדי לא יקנה בכום"ס (הגהה ועוד נראה דדברי הרהמ"ח מעקרייהו פרכין. דאף אחר שתקנו חכמים דמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי מ"מ השטר אינו שטר מקנה רק בזוזי הוא דאשתעבד נכסיו אלא דאם לא כתב לו שטר לא אפקי' לקלא ומסתמא מחל לו אותו שעבוד אבל אם כתב לו שטר ועי"ז מפקי להו עדים לקלא אשתעבד נכסיו אע"ג שהשטר אינו שטר מקנה. וכן מבואר להדיא בתוס' פ"ב דגיטין דף כ' ע"ב ד"ה וכותב בכ"י ואחרים חותמים ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו שם וכ"כ הר"ן בחידושיו שם באר היטב וז"ל. והי' מלוה לכל בני העיר וא"ת ומאי קושיא והרי שטר מלוה אינו אלא לראיה דמדיהיב זוזי משתעבד ואפי' מלוה ע"פ היתה גובה ונכסים משועבדים אלא משום דלית ליה קלא כדאמרינן בפ' חזקת דמאן דיזיף בצנעא יזיף וכיון דאיכא שטרא הא איכא קלא אף על גב דליתי' שטר מקנה כו' עיין שם: וא"כ נסתרו דברי הרהמ"ח במ"ש דעכשיו שהפקיעו חכמים שעבוד נכסי' במלו' ע"פ מכירת שטרות דאוריית' ולא משכח' לה אלא בשט' חיוב שמחוי' לו עתה כדלעיל סי' ח' כמ"ש הש"ך ס"ק מ"ו:

אבל נראה דכל הני לאו מדאוריית' מיקני' דמדאורייי' לא מצינו שטר אלא על דבר שנעש' בפני עדים. אבל קנין וחיוב ע"י הודאת הבעל דין לאו דאורייתא הוא. ומצאתי און לי ממקו' מוצא הדין של הרמב"ם דין המחיי' עצמו מנה בשט' והוא בכתובו' ר"ע הנושא דף ק"ב דר"ל מתרץ שם ע"כ לא קאמר ר' ישמעאל התם כו' ע"ש ובפרש"י דבחיוב ליכא שעבודא דאורייתא ור"י ור"ל ס"ל ס"פ ג"פ ש"ד ועוד דשעבוד גופו אליבא דכ"ע דאורייתא ועיין בתו' דף קע"ה ע"ב ד"ה דבר תור' וע"כ לומ' דהיכא דמחייב עצמו בדבר שלא הי' חייב ליכא ש"ד ונהי דר"י פליג וס"ל דאלימי מלתא דשטרי היינו מדרבנן דאי הוי דאורייי' לא הוי דחי ר"ל מידי. ובזה נסתר גם מ"ש עוד דבשטר ערכאות מהני כומ"ס לדעת רמ"א שכ' דגוב' ממשעבדי דז"א דמאי דגוב' ממשעבדי הוא ג"כ מטעם דבזוזי משתעבד וע"י השטר נפיק קלא וע"כ אינו שטר מקנה דלא אלימ' עכו"ם לשוויי' מקנה):

ומ"ש לא ידענא מאי קשי' ליה שטר ערכאות יותר מכת"י. המעיין בדברינו ס"ק כ' יראה דעיקר קושייתנו היא לפמ"ש דחיוב חל על חיוב ומש"ה קשיא לן דבשטר ערכאות אינו נעשה חיוב חדש דלא אלומי לעשות קנין. משא"כ כתב יד שפיר עושה קנין וחיוב חדש. ולפי מ"ש הש"ך הטעם משום משעבדי אין ה"נ דתיקשי גם מכת"י. לכן העיקר כמ"ש הטעם דחיוב חל על חיוב כמו בפדה"ב. ומ"ש לחלק בין פדה"ב להא דהכא וז"ל דשם כיון דרחמנא בכל יומא מזהיר הוי כאלו רחמנא כותב עליו בכל יום שטר ובכל יום נתוסף עליו חיוב חדש נגד השדה שהוא דאקני מחמת חיוב היום שעבר על אזהרת

רחמנא משא"כ אם אמרי' שעבודא דאורייתא דהוא אפי' נגד דאקני מה יוסף תת כח חיובא דשטר וכמאן דליתיה דמי עכ"ל:

הנה דבריו משוללי ההבנה וחילק בין השווין דמה זה ענין לאם עבר אזהרת רחמנא העיקר הוא דרחמנא חייבו בכל יום חיוב אחר חיוב. ומה שאמר שהחיוב הוא בשביל השדה שקנה אח"כ אין לו טעם וריח דהחיוב שמתחדש בכל יום הוא הסבה לשעבוד דאקני. והשעבוד הוא מסובב ע"י החיוב. והוא מהפך הסדר ומבלבל הדברים. ועוד הא לדעתי למ"ד שעבודא דאורייתא גם דאקני משתעבד וא"כ לא גרע פדה"ב משאר שעבודי:

אמנם כבר כתבנו בס' קצה"ח פעמים רבות דאפי' למ"ד שעבודא דאורייתא לא נשתעבדו נכסיו שקנה אח"כ ואינו אלא מדרבנן וכבר הודה כן הרהמ"ח בעצמו סי' ס"א סק"ז ע"ש. אלא הדבר ברור ופשוט דכשם שבפדה"ב חל חיוב אחר חיוב בכל יום ויום ולכך משתעבד גם מה שקנה אחר לידת בנו מכח החיוב שחל עליו אחר הקני'. ועכ"פ מצינו ראינו שחיוב חל על חיוב ה"נ השט"ח או כת"י מוסיף חיוב על חיובו ע"י המלוה בעצמה וכמ"ש ס"ק כ' ע"ש.

ס"ק כז

שאם פרע. ז"ל ולענ"ד נראה להסביר טעם הדבר כו' דהא ע"י פרעון בע"כ נפטר משעבוד הגוף כו' והמלוה אינו חייב מדינא דגרמי דהא לא הזיק מאומה רק הלוה הזיקו כו' ונדון הראי' שהביא הבעה"ת מהא דב"י שתמה הש"ך נראה ליישב דראייתו של בעה"ת הוא רק דמכירה קלא אית לית כו' ע"ש כל זה כתוב בקצה"ח סי' פ"ו סק"י ע"ש.

ס"ק כט

שטרות שהפקדתי לך ז"ל עש"ך שמסיק דאין שטרות נקנין במעמד שלשתן כו' ובס' קצה"ח הוכיח מדברי הר"ן דמהני בשטרות מעמ"ש דדוקא בשחרור דאין שייך אלא לעבד אבל בשטרו' שייך מגו דזכי' לנפשי' במסירה זכי נמי לחברי' במקום מסירה וליתיה דודאי מוכח מדברי הר"ן דאפי' בשאר שטרות לא מהני מעמ"ש דלדברי הר"ן דמוקי רישא ג"כ במעמ"ש הא בהדיא אמריכן גיטין ט' דלכך לא חשיב הא דתנן הואיל ואיתא בשאר שטרות עכ"ל. לא עיין מה שפרש"י שם ז"ל מלתא דליתי' בשאר שטרות והא מלתא איתא בשאר שטרות שאם מסר שטר מתנה לשלוחו ליתנו לאחר מיתה ומת לא יתן לאח"מ כו' ע"ש. ובהאי גוונא שפיר מתוקמא במעמ"ש שאם נתן הנותן השטר ביד ביד שלישי ואמ' לו תן השטר לפ' ע"י מעמ"ש דאין קונה דלא שייך בי' מגו דזכי לנפשי' משום דלא שייך כתיבה ומסירה רק בלוקח ובמלוה המוכר שטר שלו אבל לא במוכר ולוה וכמ"ש שם בקצה"ח. משא"כ נתן שט"ח מאחר או המקבל שנתן שטר קנין

שלו לאחר וא"ל תן לפ' במעמ"ש זכה דשייך ביה מגו דזכי לנפשי' זכה לחבריה במקום מסירה וזה פשוט וברור:

עוד שם ז"ל גם מיש דבכתובה כיון שכתב הרמב"ם מחילה לא מהני מעמ"ש ג"כ לא מהכי דלא שייך בי' מגו דזכי לנפשי'. וטעה טעות גדול דהא דלא מהני מחילה בכתובה היינו דוקא כשרוצה לקיימה אח"כ מחילתה בטלה ואית לה אבל כשאין רוצה לקיימ' מהני מחילתה כמ"ש המ"מ שם עכ"ל. ואין כאן שום טעות דהתם הבעל רוצה לקיימה ומי יאמר לו לגרשה בחכם וכיון שהוא מקיימה לא שייך ביה מגו דזכי לנפשי'

סימן סט

ס"ק ג

ז"ל והכה בס' קצה"ח מוכיח מדברי תוס' בגיטין דף ג' וז"ל ועוד י"ל שאחר הכתיבה מיד תתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו עכ"ל ומזה מוכרח דכ"י מהני תפיסה בעדים לומר שבזמנו נכתב ע"ש ואין בזה שום סברא כו' ע"ש שמפרש פירוש זר שאינו כן במשמעות התוס' ומדברי מוהר"ם לובלין שכ' בשם רוב התלמידים נראה להדיא כמ"ש שם סק"א:

ס"ק יג

פטורין בלא שבועה ובס' קצה"ח נסתפק בזה במתחייב שבועת התורה ומת לדעת הרמב"ם כו' ולא ידעתי מקום הספק בזה כו' ע"ש והמעיין בדברינו סק"ד שם יראה מקום הספק והמחבר בעצמו סי' ק"ח ס"ק ד' כ' דאם נתחייב שבועת מ"מ ומת נתחייבו הנכסים ובסי' ס"ט סעי' ו' אירי בשבועת היסת כו' וכ"כ בס' קצה"ח עכ"ל ע"ש. ומה שכתב דלדעת הרמב"ם הכא כ"ש שאין היורשין חייבין משום דלמא הוי אבוהין משתבע כמו שטוענין עבורם בחמשין ידענא: ואין בדבריו ממש. דשם לא נתחייב האב עדיין כלום ועל היורשין אנו אומרין שהיא היה טוען כך וכך משא"כ כאן כבר נתחייב שבועה או ממון וזה ברור לעין כל רואה:

סימן עא

ס"ק ו

אחר הלואה. ז"ל בתומי' הקשה כו' ומה שהקשה עוד בתומים מהא דנאמן עלי אבא דאינו יכול לחזיר בו אחר שהעיד ובנאמנות סתם לא מהני כו' אשתמיטתי' דברי התוס'

ב"מ דף ע"ד כו' מוכח מדבריה' דלא מהני נאמן עלי אבא רק אחר שנפל הכחש' ביניהם כו' וא"כ ה"כ בנאמנות דהכא עכ"ל. כ"ז כתוב בקצה"ח סי' זה ס"ק ב' בביאור רחב:

ס"ק ט

ז"ל ובס' קצה"ח כתב דלדעת הש"ך ה"ה בהך דאי פקח הוא בכתובות דף פ"ד לא מהני בטוען סטראי וא"י מה הוא שח דהם שם לא האמינו ולא פסלו ואדרבה מבואר בסי' נ"ח דהוי משוי"מ בטוען אחר הפרעון סטראי. ע"ש בש"ך עכ"ל. המחבר לא שת לבו לעיין בדברינו שם סק"ד וז"ל ובש"ך מתרץ לה דמיירי כגון שטוען סטראי כו' אבל היכא דמכחישין לגמרי הוי אפוכי מטרתי ע"ש שכתב ז"ל אבל אין לתרץ דשאני הכא כיון שהאמינו דכך לי התם שלא האמינו לענין ש"ד כמו הכא במאמינו לענין תשלומין דכי נימא דתו לא מצי מסהיד אמעות כיון דאסהיד שהוא פרעון ה"נ לא מצי לחיובי בש"ד כיון דכבר אסהיד דבתורת פרעון יהיב לה עכ"ל.

והנה לדברי הש"ך דלא מהני נאמנות כי אם בטוען סטראי אבל בטוען להד"ם הוי אפוכי מטרתא א"כ גבי אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד נמי לא מצי לחיובי ש"ד אלא בטוען להד"ם אבל בטוען סטראי ליכא ש"ד דמאי דאסהיד העד שקבלו על חוב זה אינו נאמן לפי מ"ש הש"ך אינו נאמן על חוב זה כו' ע"ש בקצה"ח ותראה שדברינו נכונים בעזה"י:

ס"ק יט

אא"כ פירש שפוטרו ממנו ומיורשין ז"ל ובקצה"ח כתב דבנשואין לא משכחת כלל שעת הלואה ולא דק דבשעת נשואין כשעת הלואה דמי כיון שלא נשאת לו רק אדעתא דהכי וכמ"ש בתומ' ומה שהביא מדברי הריטב"א שכתב דהוי דברי' הנקני' באמירה לרבותא כתב כן דאפי' שהן דברי' הנקני' באמירה מ"מ לא אלים למעיקר שבועה שתיקנו חז"ל נגד היתומי' עכ"ל. המחבר הוציא דברי הריטב"א מפשוטן דודאי הא דרב גידל הן הן הדברי' הנקני' באמירה אינו כמו שעת הלואה דאם הי' כשעת הלואה כדעת הרהמ"ח כיון דאדעתא דהכי נשאת לו למה לי' לש"ס להביא הא דרב גידל כלל דבשעת הלואה ודאי יכול להתחייב אע"כ דרב גידל הוא שחידש דין זה לומר הן הן דברי' הנקני' באמירה ובהאי הנאה דמתחתני אהדדי וכדאי' ר"פ הנושא דף ק"ב ע"ש ועיין ש"מ ר"פ הנושא וז"ל הרא"ה כ' כו' אבל הפירוש הנכון כמו שפירש"י נתנו לכתוב ר"ל יש להן דין כתיבה ואילו ככתבו גובה ממשעבדי או לא נתנו לכתוב שאין להם דין כתיבה ואעפ"י שנכתבו אין גובה ממשעבדי אלא מב"ח דכיון דקנייי' מדרבנן לא חזי רבנן בהא דלטריף ממשעבדי עכ"ל הרי מבואר דהן הן הדברי' הנקני' באמירה אינו אלא קנין דרבנן והוא קנין שאינו

תורה ואם הי' כמו שעת הלואה הי' גובה ממשעבדי א"כ ה"ה לענין נאמנות לא מהני כקנין גמור וז"ב:

סימן עב

ס"ק ו

שלא בשעת הלואה ז"ל ובמשנה למלך פ"ו משכירות כתב דוקא במשכנו ע"פ ב"ד הוי משכון שלא בשעת הלואה כו' ובזה נסתלק מה שהקשה בס' קצה"ח ע"ש ואין הכונ' כדבריו במ"ל דא"כ למה כתב דוקא ע"פ ב"ד כיון דהיכא דיכול למשכנו ע"פ ב"ד יכול נמי בעצמו למשכנו ולא הי' לו לחלק אלא בין היכא דיכול למשכנו ע"פ ב"ד ועוד שם ז"ל גם מה שהקשה שם דאמאי הוי ש"ש בההיא הנאה שיכול לקדש בו את האשה כיון דקני' לי' ובשלו הוא מקדש הוי כלוק' לשלשים יום לק"מ כו' ע"ש ודבריו משוללי הבנה דהרי קנה המשכון לקדש בו האשה עוד שם ז"ל גם מ"ש להוכיח מדברי הרה"מ דתופס שלא ברשות לאו משום גזלן הוא לא ראה סוף דברי הרה"מ שהוכיח מהא דמכות דעובר בזה משום ה ע לאו דגזילה עכ"ל והמעיין בדברי הרה"מ שם יראה שדברינו נכוני' וז"ל ואם לא קיים עשה שבה כו' לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין והר"א ז"ל מדמה לאו זה ללאו דלא תגזול כו' ואפי' אין הגזילה בעין כיון שהוא חייב באונסין הרי זה לאו שניתק לתשלומין ואין לוקין עליו כו' ודעת רבינו הוא שאין זה לאו שניתן לתשלומין שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזירת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו ואין זה לאו שניתן לתשלומין כו' וא"ת היאך לוקה ומשלם כו' כל זה הי' נראה לדעת רבינו אבל הסוגי' שבאלו הן הלוקין לפי גרסת ספרינו מורה בביאור כדברי הר"א ז"ל ומשוה לאו זה ללאו דגזילה וכ"כ שם רמ"ה ז"ל ואפשר שהי' לרבינו גרסא אחרת שם עכ"ל הרי לדעת הרמב"ם מבואר דאין לאו זה משום לאו דגזילה אלא שכתב הרה"מ דלגרסת ספי מוכח כדברי הר"א ז"ל וע"ז כתב הה"מ דאפשר שהי' לרבינו גרסא אחרת ומוכח דלדעת הרמב"ם אין לאו זה משום לאו דגזילה ואין לא גנב ולא גזלן וא"כ מאן ספין ומאן רקיע להוציא ממון נגד הרמב"ם ז"ל ודברינו נכוני' בקצה"ח שם ס"ק ב' ע"ש:

ס"ק יג

אבד מעותיו ז"ל ומ"ש בקצה"ח דמטעמא דשמואל אינו חייב בגינבה באונס אינו נראה כיון דקתני הרי זה ש"ש משמע דכל דין שומר שכר עליו. עכ"ל ואין זה הכרע דהא לדעת מהרש"ך סימן קס"ט אפי' למ"ד שומר שכר מדרב יוסף לא אמרי' בי' מאי דאמרי' בשאר

ש"ש להכי יהבי לך אגר כי היכי דלנטרי נטירותא יתירא והובא בקצה"ח ס"ק ה' ואע"ג דקתני הרי זה שומר שכר אמרי' לאו לכל מילי וא"כ למאן דפוסק כשמואל דאינו אלא משום דהוי כאלו פירש אם יאבד המשכון ואבד מעותיו ודאי דלאו לכל מילי הוא שומר שכר וכמ"ש שם בקצה"ח.

ס"ק טו

וחזר והפקידו ז"ל בס' קצה"ח נסתפק אם מותר להמלוה לקבל שכר מהלוה בעד מה שמשאיל המשכון להלוה ופשט מהא דכתבו התו' דף ח' דאפי' מה שמברך הלוה להמלוה הוי רבית דברים כיון דאינו קונה המשכון וא"כ כשנתן לו ממון הוי רבית גמור ולמד מדברי התוס' דמשכנו שלא בשעת הלואתו שקונה המשכון מותר ליטול שכר החזרת המשכון ולענ"ד לא נראה כן אלא במשכנו שלא בשעת הלואה ג"כ אסור ולא הי' צריך להביא ראי' ממרחק דש"ס מפורש הוא פ' איזהו נשך ובי"ד סי' קס"ד דאפי' במשכנתא בנכייתא אם חוזר ומשכירו ללוה דאסור כו' ומכ"ש כשממושכן אצלו בחנם שאסור להשכירו ללוה לקבל שכר והוי רבית גמור ולהכי אפי' במשכון שלא בשעת הלואה אסור כיון דס"ס נוטל יותר ממה שהלוהו מחזי כרבית וגם ל"ד להא דכתבו תוס' דשם דכיון דקני לי' להמשכון שלא להחזירו רשאי לברכו כשמחזירו משא"כ הכא דעיקר השכר שנותן לו הוא על הרשא' השימוש וכיון דמלוה לא קני לי' להשתמש בו אסור להשכירו ללוה להשתמש בו משום קושית הש"ס פ' א"נ גבי חכירי נרשאה דאימת קני' דלקני' נהלי' עכ"ל. והנה עה שמחלק מהא דכתבו תוס' קידושין דף ח' דהתם כיון דקני לי' למשכון שלא להחזירו רשאי לקבל שכר במה שמחזירו משא"כ הכא השכר הוא בעד הרשאת תשמישו והמלוה בעצמו לא קני לי' לתשמיש ז"א דשם בתוס' ג"כ הברכה הוא בשביל שמרשהו להשתמש בו דמה מועיל לו חזרתו בלבד וכן מבואר בתוס' להדיא וז"ל. וי"ל דדייק מדכתי' ושכב בשלמתו וברכך ואי לא הוי קונה לי' א"כ כשמברכו העני ה"ל רבית דברים ע"כ. ומבואר דעבור תשמישו בכסותו בלילה הוא מברכהו ואע"ג דהמלוה אסור לו להשתמש בו רשאי לקבל מהלוה כיון שקנהו שיוכל למנוע מהלוה מהשתמש בו ובעד מה שמרשהו מותר לו לקבל מהלוה. ומה שאמרו פ' א"נ אימת קני' דלקני' כתוב בש"מ שם ז"ל. האי אימת לאו דוקא דכיון דמשכן לו השדה קנאה בתורת משכון בכסף או בשטר אלא כיון שלא קנאה להיות שלו אלא בתורת משכנתא ושם הלוה נקרא על הקרקע החכירות שנותן למלוה בכל שנה נרא' כרבית. גם מה שפירש"י והוי רבית קצוצה לאו דוקא אלא נראה כהערמת רבית עכ"ל וע"ש וא"כ היינו דוקא בקרקע דשם הלוה נקרא עלי' גזרו בי' משום הערמת רבית אבל במשכון מטלטלין כל היכא

דקני לי' למשכון לא גזרו בי' רבנן משום הערמת רבית דבמטלטלין לא נקרא שם הלוה עלי' כמו בקרקע. ותדע דהא גם האידנא שרי ללוה לברוכי למלוה כשמחזיר לו המשכון כדכתיב ושכב בשלמתו וברכך ועיין בריב"ש סי' ש"ה וז"ל ואין ספק שבדרך זה הוא מותר גמור ואפי' מי שאסר חכירי נרשאי אפי' במשכנתא דסורא התם הוא שאין גוף הבית מכור לו לגמרי רק הפירות לבד וחוזר וגובה אותם מן המוכר עצמו והוי הערמת רבית אבל כאן שגוף הבית מכור לו לגמרי יכול הוא להשכירו או להחכירו למי שירצה ואף למוכר עצמו עכ"ל. והיינו דגבי חכירי נרשאי אין גוף הקרקע קנוי דגבי קרקע לא אמרינן בע"ח קונה משכון וכמ"ש תוס' פרק השולח דף ו' ואינו אלא לפירי בנכייתא ומותר בזה לשכרו בפחות משום דספק אתי ושמא לא תעלה פירות כל כך והאחריות עליו נמצא כשמחכירו ללוה עצמו ה"ל הערמת רבית כיון שהאחריות עליו ועל המלוה אין שום אחריות. משא"כ במטלטלין דבע"ח קונה משכון ויש לו קנין בגוף המשכון יכול להשכירו ללוה וזה חילוק נכון:

ס"ק יז

כאלו הלוהו ז"ל ובס' קצה"ח כתב לפטור שואל ספר מטעם מצות לאו ליהנות נתנו והוי כשאלה לראות בה דפטור דממונא דאית לי' הנאה מיני' בעינן ע"ש. ואישתמיטתי' מ"ש הט"ז בי"ד סי' רכ"א ס"ק מ"ג דת"ת ליהנות נתנו ע"ש ועוד דהא יכול להשכירו לאחר בתוך ימי שאלה במקום דלא שייך גבי אין השואל רשאי להשאיל כגון שלומד בביתו דלא שייך שיבריחם או לא' מב"ב כמבואר שם ועוד הא יכול ללמוד בתוכו לאחר בשכר עכ"ל. ואדמותיב מדברי ט"ז לסייע לו מדברי תשובת מיימוני הובא בב"י סי' רכ"א בהא דאם אסר ספרו על חברו אסור לנאסר ללמוד ממנו והוא מטע' שאין חיוב לאדם להשאיל ספריו לחביריו כו' ומותר להשכירו ונמצא מהנהו השכר שהי' צריך ליתן ע"ש הרי מבואר דאי לאו משום הנאת שכר לא הוי הלימוד הנאה.

(**הגה ומ"ש** הרהמ"ח ליישב דברי הר"ן דטעמא הוא דמחמת שטוח וניעור של המשכון ה"ל כמקבל שכר במה שנתן לו משכון ויש לו בו מצות שטוח וניעור וזה דוקא בשואל ספר דתחלתו מצוה משא"כ בשאר חפציו ע"ש. לא ידעתי מה חידש בזה שכל אלא דברי התימם שם ס"ק י"ח וע"ש שלא נתקרר' דעתו בזה והעל' דעיקר דעת הר"ן דמחמת שעת שאלה שעוש' מצוה בשאלת ספר הוי כמקבל שכרו פרוטה דר"י ע"ש וכן כתוב בקצה"ח ע"ש ומזה הכריחו דס"ל לר"ן כאותה שטה דפרוט' דר"י היינו בשע' שמשא ל ולא כאותו שטה דס"ל פרוטה דר"י משום שטוח וניעור ע"ש ובאמת נוראות נפלאתי על התומי' וגם על הרהמ"ח איך עלה על דעתם לומר דמשום מצוה שטוח וניעור של המשכון לא יהי'

שואל. הא בשביל הפרוטה שנהנה בשטוח וניעור הוא נעשה ש"ש על המשכון ואיזה שכר נשאר לו עוד שלא תהי' כל הנאה של שואל הגע עצמך אם השאיל ראובן לשמעון חפץ היום ולמחר נתן שמעון חפץ לראובן לשמור בשכר הכי נאמר דלא הוי שמעון שואל כיון שנותן שכר לראובן א"כ ק' אמאי לא תני בגמ' השאילני ושמור לי בשכר דלא הוי שואל דהוי רבותא טפי מהשאילני ואשמור לך. וכמו שדקדק הר"ן בתשוב' ע"ש א"ו פשוט וברור דראובן אינו מקבל שכר בעד החפץ שהשאיל אלא בעד השכר הוא שומר פקדון וא"כ ה"נ אותו הפרוטה שנהנה בשביל המשכון הרי כבר נעשה עבור זה ש"ש על המשכון ואיזו הנאה נתוספה לו לראובן ע"י אותה השאל'. ועיין בתשובת הר"ן שם סי' כ' שכתב וז"ל שאע"פ שאפשר שראובן נעשה ש"ש כו' ואולי יעלה על לב לומר כו' שאף הוא הנאה יש לו כו' הא ליתי' כו' מ"מ באותו ספר שהשאיל לשמעון כל הכאה של שמעון כיון דראובן א"ל לאותו משכון אלא להבטחת ספרו ע"כ והמובן עזה שאם הי' מגיע איזו הנאה לראובן ע"י אותה השאלה לא הוי שטעון שואל. אבל אם מגיע לראובן הנאה מהחפץ שקיבל משמעון שלא מחמת השאלה רק מחמת דבר אחר הן במה דתפיס לי' או במה שמרויח פרוטה דר"י בשטוח וניעור ע"ז נעשה ש"ש ולא נשאר לו הנאה יתירה ושפיר הוי שמעון שואל וזה ברור:

ובאמת הר"ן ביאר דבריו היטב דעיקר הטעם הוא משום דנהנה המשאיל במה שלומד זה מספרו והוא עושה מצוה ופטור מפרוט' דר"י. ובזה נוכל לומר דדעת הר"ן ג"כ כאותה שטה דבכל שעה שהוא שוטח ומנער אית לי' פרוטה דר"י. וסרה תלונת התומים שהקש' מכל שואל חפץ ונותן משכון דל"ד כמ"ש למעלה דבעד אותה הנאה נעשה ש"ש ופקעה ההנאה וגם קו' רבינו תתיישב בזה דבמלוה אין כאן הנאה אלא בשעת הלואה משא"כ כאן דבכל שעה שהוא לומד יש לו למשאיל מצוה):

גם מ"ש הט"ז שם ס"ק מ"ג ז"ל ולפ"ז לא ק"מ מהא דסעיף י"א שאסור ללמוד בספר הנאסר עליו כו' אלא מטעם דהכא דודאי התורה משמחת לב שהרי אסור ללמוד בימי אבלו א"כ לא דמי' האי מצוה לשאר מצות דאמרי' לאו ליהנות נתנו אלה בזה נמשך לאדם הנאה ואין להקשות א"כ למה מותר ללמדו מדרש הא יש לו שמחה מזה. י"ל דהתם החיוב עליו ללמוד עמו מכח מה אני בחנם כו' ע"כ לא אכפת לן בהנאה משא"כ בשאילת ספרים שאין עליו חיוב כמ"ש בתשו' מיימוני הנ"ל עכ"ל. ואחרי נשיקות עפרות זהב לט"ז אינו מובן מ"ש דהתם החיוב עליו ללמדו בחנם ע"כ לא אכפת כן בהנאה. דמה בכך שהוא חייב ללמדו בחנם ואין לו לקבל שכר מ"מ היאך שרי לי' ליהנות דהא אם אסר ספרו על עצמו ג"כ יאסר ללמוד משום הנאה דאית לי' גם נראה שלא ראה אז

הט"ז דברי הר"ן בנדרים דף ל"ז שכתב וז"ל ומותר ללמדו מדרש לפי שאינו רשאי לקבל שכר כו' והנאת לימוד גופי' לאו הנאה היא דמצות לאו ליהנות נתנו עכ"ל. ע"ש ומבואר מזה דאי לאו משום דלא הוי הנאה הי' אסור אע"ג דהחיוב עליו מכח מה אני בחנם. גם מבואר להדי' מדברי הר"ן דמצות לימוד דומה לשאר מצות שלא ניתנו ליהנות שכתב והנאת לימוד גופי' לאו הנאה היא כו' וא"כ הא דאסור לנאסר ללמוד היינו משום הנאת שכר וכמ"ש בתשובת מיימוני שם וכ"כ הש"ך שם וא"כ בשואל ספר ה"ל כשאלה לראות וכמו"ש בקצה"ח שם ס"ק ל"ד (הגה גם מ"ש הרהמ"ח דשואל חפץ לצורך הצלת דליקה פטור כמו רודף שרדף אחר רודף ושובר כלים פטור בסנהדרין פרק בין סורר ע"ש. אינו נכון דדוקא התם כדי שלא יהי' נמנעין מלהציל כיון שיהיו צריכין להתמהמה ולעיין בדרך כמ"ש הרמב"ם פ"ח מחובל ומזיק ע"ש וגם שם לא מן הדין אבל לשאול לו כלים הוי ממש מציל בממון חבירו לא מצינו שתקנו ע"ז דאפי' בנרדף עצמו לא תיקנו זה ע"כ אין דינו של הרהמ"ח מחוור):

עוד שם וז"ל דהא יכול ללמוד עם אחר בשכר ועוד דיכול להשכירו לאחר כו' כל הנך גווני יכול לצייר גם בשאלה לראות בו שיוכל להשכירו לאחר לראות בו במקום דלא שייך אין השואל רשאי להשאיל אלא דכל זה לא אקרי ממונא דאית לי' הכאה מיני' וכמ"ש תו' שם ז"ל ממונא דמתהני מיני' פי' שמשתמ' בו ע"ש והיינו אע"ג שהי' צריך ליתן שכר על מה שמתרא' בו לאו הנאה א"ל מיני' מקרי. וא"כ ה"ה הנאת שכר ספר מאחר. על כן דברינו נכונים שם בקצה"ח ס"ק ל"ד.

ס"ק כב

נעשה שומר שכר ז"ל. ובספר קצה"ח כתב לפטרו כיון דהאב נאנס שמת ובנו הא לא פירש ליתא דהא הסברא דהוי כאלו פירש הוא משום דאמרי' דודאי המלוה מתרצה על זה בההיא הכאה דלא צריך למיעל ומיפק אזוזי כמ"ש ש"ך ס"ק כ"ה א"כ בבנו שייך ג"כ זה עכ"ל. וע"ש בקצה"ח ס"ק י"ג וז"ל כיון דכתב בד"מ דלא שייך כאילו פירש אלא הוי ש"ש משום דר' יצחק כו' וע"ש ס"ק ו' דכתב בד"מ דהא דשמואל לא אמר אלא בשעת הלואה אבל שלא בשעת הלואה אינו קונ' אלא מדר"י וע"ש. וא"כ בבנו דלא שייך בי' משום דר' יצחק כיון דאביו לא קנה דהא גבי' הוי בשע' הלואה בנו נמי לא קנה וא"כ נהי דאביו ה"ל כאילו פירש כו' כיון דמת ה"ל אונס וכמבואר שם. וכל זה נכון:

ס"ק כה

שהרי הודה במקצתו. ז"ל בס' קצה"ח כתב דאם המלוה חשוד ואינו יכול לישבע תחלה שאינו ברשותו דדינו כשניה' חשודין ויחלוקו. ולפענ"ד נראה דליתי' דבשניהם חשודין

הטעם כמ"ש הר"ן דבא מחמת פשיעת הנתבע אבל הכא דאין הנתבע חייב בדבר אפילו למאן דס"ל דעקרו' רבנן לשבועה דלוה ונתנו למלוה אם המלוה חשוד ו' אי דאינו יכול לטול כלום כשהוא חשוד כיון דאין הנתבע חייב כלום במה שאינו יכול לשבע כו' דהא אפי' בחמשין ידענ' וחמשין לא ידענא דהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם מ"מ פטור במקום דלא ה"ל למידע שאין חיוב במה שאינו יכול לישבע מכ"ש כאן דהנתבע פטור כשהמלוה חשוד עכ"ל. והנה ז"ל הר"ן פ' כל הנשבעין עוד הקשה הרמב"ן ז"ל על ר"ת דא"כ היכא אמר ר' נחמן לקמן עלה דהא דרב ושמואל דמת לוה בחיי מלוה הבו דלא לוסיף עלה והא איהו מוסיף עלה בשניהם חשודין דמתוך שאין התובע יכול לישבע שבועת התקנה מפסיד פלגא. וגם זו אינה קושי' אצלי דכי א"ר נחמן הבו דלא לוסיף עלה ה"מ כגון פוגם שטרו כדאי' לקמן שמה שאין היורשין יכולין לישבע אינו בפשיעתן אבל תובע חשוד מפני פשיעתו הוא שאינו יכול לישבע וראוי שיפסיד יותר מדרו"ש ומפוגם שטרו ולאו מוסיף מקרי ועוד שכיון שאין חיוב הנתבע אלא מפני שאינו יכול לשבע ואף התובע אינו יכול לשבוע ראוי שיפסיד עכ"ל.

ומבואר מדברי הר"ן דלא קשי' לי' אלא על תובע חשוד דלמה יפסיד פלגא בשביל שאינו יכול לישבע הא אינו אלא שבועת התקנה והבו דלא לוסיף עלה. ולזה כתב דהוא משום פשיעתו דאינו יכול לישבע ומש"ה מפסיד. וזה דלא כמ"ש הרהמ"ח בשם הר"ן דבא מחמת פשיעת הנתבע ע"ש והר"ן לא אתי מטעם פשיע' אלא בתובע שהוא אינו חייב שבועת התור' אבל בנתבע שחייב שבועת התור' ואי"ל דינו שמשלם כולו אלא שפשיעת התובע פוטרתו מפלגא:

ומ"ש דהא אפי' בחמשין ידענא כו' פטור במקום דלא הוי לי' למידע שאין חיוב במה שאינו יכול לשבע. כבר פסק הש"ך סי' ע"ה כדעת הרמב"ם דאפי' במקום דלא ה"ל למידע כמי אמרי' משויל"מ ועוד דהא חזינין דבנדון דידן אמר שמואל אסיפא דרישא כו' דשבוע' גבי לוה הוא ואמור רבנן לשתבע מלו' שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון וע"ש. ואילו גבי חמשין ידענא היכא דלא ה"ל למידע לשנות תו' ורא"ש דלא אמרינן משויל"מ לא תיקנו דלשתבע מלוה וע"כ בנ"ד טפי חששו ושדי' לשבועה אמלוה גם לשמואל דלא ס"ל כלל משויל"מ ולא הדרי בש"ס מהא דשמואל אלא משום דזה נשבע תחלה וא"כ היכא דהמלו' חשוד ואינו יכול לישבע הדרי לדינא דשמואל דנתבע מפסיד אלא דהתובע ג"כ מפסיד מפני שאינו יכול לישבע דאע"ג דאינו אלא שבועת התקנ' מפסיד משום פשיעת התובע וכמ"ש הר"ן. ודברינו נכונים וברורים כמ"ש בקצה"ח ס"ק ט"ז ע"ש:

ס"ק ל

שהי' יכול להחזיק במשכון כו' והנ' בס' הזכות הקש' הראב"ד דבלא מגו דלקוח יהי' נאמן לטעון משכון כמו שנאמן לטעון לקוח כו'. ובס' קצה"ח כתב כיון דכתב הרמב"ן דבשטר דאין תפיסתו קנין לא הוי מוחזק ואינו נאמן לטעון לקוח אפי' באג"ק מש"ה אינו נאמן ג"כ לטעון למשכון במטלטלין דהא קי"ל בסי' ר"ז דמי שנתן לחבירו מנה והניח לו משכון עליו לא קנה דמנה אין כאן משכון א"כ. וצריך לטעון שנתחייב לו הלו' מעות שהלו' לו וכיון דאין תפיסתו עוש' קנין אלא ע"י מה שטוען חוץ לתפיסתו טענה אחרת הרי הוא כטוען על השטר אגב קרקע כיון שאין התפיסה עצמ' קנין אינו נאמן אבל אם ידוע החוב עפ"י עדי' הרי כבר עשת' התפיסה קנין ונאמן בלא מגו עכ"ל. ולענ"ד אין הנדון דומה לראי' כלל דהא מבואר בסי' ל"ט סעי' י"ז דאם החזיק במשכון להלוות לו נתחייב להלוות לו ונוציא ממנו ההלואה בדייני' ולפ"ז דמי ממש לטוען מכרת לי החפץ וקניתי אותו במשיכה ונתחייבתי לך הדמי' ופרעתי לך ה"נ יכול לומ' נתת לי המשכון להלוות לך וקניתי אותו ונתחייבתי להלוו' לך והלויתי לך דהא עינינו רואות דבמשיכת המשכון לבד קנה למשכון ובמשיכה זו נתחייב להלוות. וע"כ צ"ל דכשנותן המשכון כדי ללוות הוי כאומר קנה בגוף המשכון לשעבוד שלך ולא דמי למי שאמר הריני נותן לך מנה במתנה ונותן משכון דכל שלא נתן על הלואה אין שם משכון עליו עכ"ל. ואומר דברים שאין בהם תפיסה דמה שמחלק לומר דכשנותן משכון כדי ללוות הוי כאומר קנה בגוף המשכון לשיעבוד אינו נכון דודאי גם באומר זכה בגוף המשכון לשיעבוד אינו קונה דמנה אין כאן משכון אין כאן אלא באומר זכה בגוף החפץ שיעור מנה וכמבואר בס' קצה"ח סי' ק"צ ס"ק ו' ע"ש ובכה"ג הוי ממש טענת לקוח או מתנה ולא משכון גם מ"ש לחלק בין אומר קני בגוף המשכון לשיעבוד ובין אומר הריני נותן לך מנה והא לך משכון הרואה יראה דשוין הן ואין לנו לחלק והא דסי' ל"ט כבר כתבנו שם בקצה"ח ס"ק ט' דהך דינא דהחזיק במשכון נתחייב בהלואה הוא לדעת הרשב"א ולטעמי' דס"ל דיכול להתחייב על ידי משכון אבל לשטת תוספות והרא"ש דאינו יכול להתחייב במנה ע"י משכון לא מהני המשכון ע"ש. (הג"ה ועוד דהרשב"א שם מיירי במשכנתא של קרקע ובנכייתא והוא מכר ממש וכמ"ש שם בקצה"ח ע"ש) עוד שם ז"ל ועוד כיון דמשכחת קנין משיכה במשכון אחר הלואה נקרא ג"כ מוחזק בטענת משכנו תדע דא"כ לר"י דס"ל מעות קונה במכירה לא יהא נקרא מוחזק בטענת לקוח עכ"ל הרואה יראה דאין ממש בדבריו דמ"ש כיון דמשכחת קנין משיכה אחר הלואה כו' ודאי אחר שהלוה ונתחייב כבר בדמי' קונה לו המשכון אבל כ"ז שלא נתבררה ההלואה אין

המשכון נקנה ואין תפיסתו מועלת כלום גם מ"ש תדע דא"כ לר"י כו' מי יתן ואדע איך בזה שכתב כיון דמשכחת קנין משיכה אחר ההלואה נקרא ג"כ מוחזק בשעת הלואה נתיישב לר"י דס"ל מעות קונות אתמהה ובאמת לק"מ לר"י דהרי כבר תקכו חז"ל גם לר"י דמשיכ' קינה ולא כסף ובתורה לא כתיבא אם הוי מוחזק כשטוען לקוח ועוד דהא במתנה גם לר"י משיכה קונה דהיכא דליכא כסף מודה ר"י דמשיכה קונה כמ"ש תוס' פ' השוכר דף ע"א במציאה ונותנה ע"ש א"כ נאמן לטעון לקוח במגו דמתנה ואע"ג דמחילה אינה טענה אלא במגו אפשר דנתנה עדיפא דתפיסתו מוכחת עליו ועוד גם גבי מכר מהני התנה לקנות במשיכה כמו שכתב בסימן קצ"ח והאידנא כבר תקנו משיכה במכר וכמו שכתבתי (הגה ועוד דהמעיין בר"ן יראה שלא כתב הרמב"ן דתפיסת החפץ עושה קנין מטעם משיכה רק כתב כיון דמסירה והגבהה קונה בהם ובהא לא פליג ר"י דהגבהה קונה בכל מקום ובחנם תפס הרב המחבר משיכה):

ס"ק לח

ואם יש עד אחד כו' וז"ל ומ"ש בס' קצה"ח הטעם דמהימן כשיש עדים כיון שנולד הספק על פיהם הוי כדררא דממונא דמהני תפיסה ליתי' כמ"ש בכללי דיני תפיסה דלא מהני תפיסה רק בטוען על גוף החפץ שהוא שלו ולא בטוען שיש לו שיעבוד על החפץ עכ"ל. ועיין בקונטרס הכללים לאחי הרב המובהק ש"ן כלל ב' סי' ח' שהעלה כהכרעת הש"ך בתקפו כהן דמהני תפיסה אפי' אינו טוען על גוף החפץ וגם בדררא דממונא כתב שם דמהני תפיסה אפי' אינו תובע גוף החפץ ונכונים דברינו שם בקצה"ח ס"ק כ"ה:

ס"ק מב

ונפטר שמעון כו' ז"ל ולפענ"ד נראה כו' אבל לא לתבוע גופו של לוה א"כ הכא כיון שנאבד המשכון אבד זכותו וזהו דוקא בנתן משכון במתנה אבל במשכון ללוה דאז חייב שמעון לשלם ללוה ושמעון תובע החוב מראובן באמת אין כאן ספק. ובקצה"ח כתב דבמשכון אינו קונה החוב רק המשכון ולא ידעתי כוונתו ואולי כיון למ"ש עכ"ל. ולא הוסיף על דברינו מאומה והמעיין שם בדברינו יראה מבואר הכל באר היטב דקונה המשכון אינו קונה החוב אלא המשכון ואבד המשכון אבדו מעותיו כו' מיהו היינו דוקא בנתן מתנה אבל השכינו ללוי כו' ע"ש מבואר:

עוד שם ז"ל ומה שהקש' בס' קצה"ח דאפי' ברישא כשהוא ביד מי שאינו רגיל להפקיד שמ"מ יתחייב להחזיר ללוי חובו כיון שקנה החוב לק"מ דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו וכיון ששמעון כשאינו יכול לישבע אינו יכול לגבות מהמשכון ממילא גם

לוי אינו יכול לגבות בו עכ"ל. ועיין שם בדברינו ס"ק ל"ב וז"ל נהי דשמעון אינו נוטל משום דאינו יכול לישבע לוי דיכול לישבע ישבע ויטול כו' דהא משכון יוכל למכור ע"ש. **ובזה** לא שייך מה מכר ראשון לשני כיון דמה ששמעון אינו מודה הוא רק משום דאינו יכול לישבע אבל לוי יכול לישבע ראוי שיטול. וכה"ג כתב הש"ך בסי' ע"ה דמי שהלוה לחבירו על המשכון ושכח כמה הלוה וקרובו יודע כמה הלוה יכתוב הרשאה לקרובו וקרובו נשבע ונוטל עכ"ל ואע"ג דבסי' ע"ה ס"ק י"ח שם כתבנו דעתנו הקלושה בזה דלא כש"ך היינו מטעם שכתבנו שם ע"ש. אמנם בזה ודאי דלוי דיכול לישבע ראוי שיטול וזה פשוט:

ס"ק מו

ואם הוא מסופק. ז"ל בקצה"ח הקש' דלהמחבר דס"ל במשכון הוי ש"ש משים פרוט' דר"י והוי בדין זה גובה וזה גובה הוי המלוה כאומר א"י אם נתחייבתי לך כו' וליתי' דבמשכון לא שייך זה גוב' וזה גוב' כמש"ל ועוד דאפי' בדבר אחר כשהלוהו עושה זה לפרעון והוי כס' פרעון קודם לס' הלוא' דמבואר בש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ז דאם המלו' ג"כ מסופק פטור ע"ש כמ"ש ומ"ש משום דהוי דררא דממונא ומהני תפיס' ג"כ ליתי' דלא מהני תפיס' בדררא דממונא כי אם בטוען על גוף הדבר שהוא שלו כמ"ש בכללי תפיס' עכ"ל

והנה מ"ש דבמשכון לא שייך ז"ג כמש"ל כונתו למ"ש בס"ק ל"ז וז"ל שם דזה לא הוי רק כטענת פרעון מהלוה כיון שעוש' אותו לפרעון ע"ש. וכבר כתבתי בזה בסי' כ"ד שם דאינו יכול לעשות לפרעון דבר שאינו ראוי לפרעון כגון שזה במעות וזה בקרקע ע"ש וה"נ דיני' דש"ש בקרקע ודינו של מלוה במעות:

עוד שם וגם דינו א"נ שיהא במשכון דינא דז"ג דגדול' מזו כתב הסמ"ע ס"ק פ"ה דאפי' רק נפחת המשכון צריך לקבל מה שהנשאר מהמשכון בחובו ואף הש"ך דחולק מוד' בהא דהא לגוביינא שקלי' וכשפשע בו ואינו מחזירו א"צ לסלק לו דמי חובו ע"ש: ז"א אלא לדעת רמ"א דס"ל דה"ל כאלו פירש ולגוביינא שקלי' אבל לדעת הפוסקים כרב יוסף דהוי ש"ש משום דלא בעי למיתב פרוט' לעני א"כ אין לו אלא דין ש"ש ולא אמרי' דלגוביינא שקלי' ואמרי' בי' ז"ג בקרקע וז"ג במעות:

עוד שם ז"ל גם מה שהביא ראי' משלטי גבורים פ' הפרה נראה דלא קי"ל כן דזה כדעה אחת במרדכי פ"ק דמציעא כו' וכן מבואר בסי' ע"ה גבי מלו' בשטר דאם טוען יש לי בידך כנגדו דהוי כטענת פרעון ולא חילק כלל בין טוען שיש לו חפץ או מעות עכ"ל. והמחבר בעצמו הביא הך דש"ג בסי' כ"ד סקל"ט אלא שמפרש שם כונה אחרת וכבר

כתבנו שם דליתי' לפירושו גם העתיק שם הש"ג בלשון אחר בכדי שיהי' סובל פירושו והמעיין שם בש"ג יראה כתוב שם כמו שהעתקנו דבריו שם סי' כ"ד ס"ק א':

ועוד דבכ"ד כ"ע מודו דאפי' נימא דבשטר אפי' טוען הלו' יש לי בידך כנגדו דבר שאינו מתקבל לפרעון נמי צריך המלו' לישבע ודאי אינו אלא משום מגו דכ"ע מודו דטענת יש לי בידך אינו אלא משום מגו דפרעתי. וא"כ דברינו בקצה"ח ס"ק ל"ב נכונים וברורים דבשלמא להפוסקים כרב' ואינו אלא ש"ש בכדי מעותיו ומשום דהוי כאלו פירש אינו צריך לשום מגו כיון דידוע שהי' תנאי שאם יגנב יפסיד מעותיו מצי טעין לוה מספק שנגנב. אבל לדעת הש"ע דס"ל כר"י דהוי ש"ש משום פרוט' דר"י ואינו אלא טענת יש לי בידך כנגדו מחמת שמירת החפץ מצריך לזה מגו וכשהוא מסופק ליכא מגו וזה ברור:

ומ"ש ועוד דאפי' בדבר אחר כו' הוי כס' פרעון קודם הלוא' דמבואר בש"ך סי' ע"ה כו' כבר כתבנו בס' ע"ה דלא כש"ך בזה. ומ"ש דלא מהני תפיס' בדררא דממונא רק בגוף החפץ כבר כתבתי דס"ל כדברי אחי הרב בקונטריס הספקות דהעלה כש"ך בתקפו כהן דבכל דבר מהני תפיסה ע"ש כלל ב' סי' ח'.

ס"ק נג

ונשרף המשכון ז"ל ובתומים כתב כיון דכותי צריך לישבע והוא חשוד ומחויב לשלם משועבד לו הישראל השני מדר"נ ובס' קצה"ח משיגו דהא ישראל השני נפטר מטעם דהוי כאילו פי' אם יאבד המשכון יאבדו מעותיו כו' ולא דיבר נכונה דהא מ"מ יש לחוש שמא ברשותו הוא ולא נפטר כלל מחובו. ועוד דאם באמת פשע חייב לשלם בדיננו וכנגד חובו פטור העכו"ם וא"כ לולי החוב שלו הי' העכו"ם נתחייב לשלם בדיננו הרי פורע חובו בשל אחרים. גם מ"ש דלא שייך קרא דראה ויתר אלא גבי נזיקין ודאי ליתי' דבכל מקום שישראל חייב נגד ישראל גם העכו"ם חייב מקרא דויתר ובישראל ועכו"ם אומרים לו כך דיננו עכ"ל ואין בפיהו נכונה דמ"ש דמ"מ יש לחוש שמא ברשותו ולא נפטר מחובו. שבוש הוא דודאי נפטר מחובו כשאינו מחזירו דהא הוי כאילו פי' שאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו כ"ש אם יהי' ברשותו ולא יחזיר דאבד מעותיו עד שיחזיר המשכון דלגובייא נקטי' עד שיחזירו למ"ד כאילו פירש. (הגה וראי' מהא דבעי' למימר ס"פ שבועת הדיינין דשמואל ס"ל כרשב"ג דאפי' אינו שוה אלא פלגא אינו משמט דהוי כאלו גבאו בחובו והתם המשכון ברשותו אלא כ"ז שאינו מחזירו פטור זה מחובו וזה ברור):

ומ"ש ועוד דאם באמת פשע חייב לשם בדיננו וכנגד חובו פטור העכו"ם כו' הרי פורע חובו בשל אחרים בזה יצא לטעון טענה מחמת עצמו ואינה מעין טענה שטוען בתומים.

וגם זה אינו דבכל זה לא הוי פורע חובו בשל אחרי' כיון שאינו חייב בעת הזאת ורק הכאה יש לו וכיון דאמרינן שהוא פשע א"כ הישראל השני פטור ואין כאן שעבודא דר"כ. ועוד דהא העכו"ם לא ציית דינא ובדיניהם לא יתחייב אלא דהתומים בא עליו מחמת שעבודא דר"כ וכיון דהעכו"ם חייב בדיננו אע"ג דלא ציית דינא כיון דהישראל חייב לו שייך בי' שעבודא דר"כ לזה כתבנו דאין בזה שעבודא דר"נ דבין פשע העכו"ם או עדיין ברשותו פטור הישראל השני עד שיחזיר המשכון:

ומ"ש דבכל מקו' שישראל בישראל חייב גם העכו"ם חייב מקרא דויתר. ולדברי המחבר יתחייב עכו"ם ארבע' וחמשה כיון שישראל מישראל חייב. ומשפטיו עם ישראל שוין וזה לא יעלה על לב נבוב. ומה שאומרים לעכו"ם כך דיננו או כך דינכ' היינו אם הדין אצלינו גם בעכו"ם נגד ישראל כן אבל מה שאין הדין אצלינו כן בעכו"ם נגד ישראל אין אומרים לו כך דיננו. והאי קרא דראה ויתר אינו אלא בנזיקין וכמ"ש ועיין תוס' פ' שור שנגח דף ל"ח ד"ה עמד והתיר ז"ל משמע דוקא בענין זה שייך כו' ע"ש הגהת רש"ל ובש"ס ד' ווינא הגהת מהר"נש דכונת התוס' דלענין נגיחה דוקא מותר גזל עכו"ם ע"ש וברמב"ם פ"ח מה"ל נזקי ממון ז"ל קנס זה הוא לעכו"ם לפי שאין זהירין במצות ואין מסלקין הנזק ואם לא תחייב אותן על נזקי בהמתן אין משמרין אותן ומפסידין ממון הבריות עכ"ל. ועיין ש"מ שם ז"ל וקנס הוא שקנסו חכמי' בממונם לשלם הכל משום דחשידי להפסיד בהמתן של ישראל וממונם. וכדי שלא יהיו רגילים בכך קנסום מה שאין לקנוס כן בישראל שכן דרך בני ברית לשמור בהמתו שלא יזיק ע"ש. והרי מבואר דכל זה אינו אלא לנזקין ותדע דהא משלם בין תם בין מועד נזק שלם וזה יותר ממה שחייב ישראל בישראל אלא דקנס הוא בנזקין שישמור שורו אבל לשאר מילי שהתורה פוטרתו לעכו"ם נגד ישראל אם נוטלין ממנו ה"ל גזל ואסור ולענין שומרים לשבועה העכו"ם פטור וזה ברור:

ועיין קצה"ח ס"ק מ"ג אבל לענין שומרין אוקמה אדינא ואפי' ודאי פשע פטור ובזה ניחא ליישב קושית ב"י סי' כ"ח. והוא טעות בדפוס וכצ"ל ולפ"ז עמדה במקומה קושית ב"י בסי' כ"ח הובא דבריו אצלינו שם סק"ה:

ובעיקר קושי' הט"ז סי' כ"ח במ"ש הטור בישראל התובע לעכו"ם וכפר ויש לעכו"ם ע"א דמותר להעיד דתיפוק לי' דחשוד פטור משבוע' לענ"ד לק"מ דכבר פסק בטור ח"מ סי' קפ"ב דישראל רשאי לקבל שבועה מן העכו"ם ע"ש וקמ"ל דעד אחד מותר להעיד. ועיין קצה"ח סימן כ"ח סק"ה:

סימן עה

ס"ק ד

ודוקא שהכירו כו'. ז"ל ועיין בקצה"ח דרצה לסתור הראי' שהביא הש"ך מהש"ס דאמרי' אנן סהדי וכתב ז"ל דלפי מסקנ' הש"ס דלא דמי להכי כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי א"נ ה"כ בפסק דין דהוי כאנן סהדי להאי ולהאי עכ"ל. וליתא דהנה יש ב' מיני חזקות א' המבררת האמת כעדים כמו חזקת הגוף דבתולה כו' ונלמד מקרא משא"כ חזקת ממון דאינו מברר האמת ולא נלמד מקרא רק מסברא כמ"ש תו' פר' הפרה כו' ובסוף ספרו קצה"ח כלל א' וא"כ לא דמי בשלמא על המקצת שהוא חייב לשלם דהטע' הוא דרחמנ' המני לע"א כשנים היכא דאינו יכול לישבע הוי כאנן סהדי מטעם הנ"ל וכן במקום דאי' חזקה המבררת האמת הוי כאנן סהדי אבל על מקצת השני דפטור הא מטעם חזקת ממון לא הוי כאנן סהדי דהוא חזקה שאינו מברר האמת עכ"ל ואין אומר ואין דברים דהא בש"ס אמרו עלה דשנים אוחזין כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי דאינו אלא חזקת ממון דמאי דתפיס האי ומאי דתפיס האי ומה לי אם הוא מחמת סברא או לא כולן מרועה אחד נתנו ולא יאמר הלכה זו נאה וכולם פסק דין המה וה"ל אנן סהדי מחמת פס"ד להאי כמו להאי. עוד שם ז"ל עוד כתב שם ליישב קו' תו' בב"מ ג' דלפ"ז הא דלא קאמר ות"ת אקמייתא משום דתפיס חשוב כהודאה ע"ש דברים שאין להם שחר עכ"ל. ואתה המעיין ידידי ע"ש בקצה"ח ס"ק א' וידעת שחר מקומו:

(**הגה אולם** מ"ש המחבר שם לתרץ קושית התוס'. הנה מ"ש דההודאה היא במה שידו מגעת כבר קדמו הראב"ד כמ"ש בשנה בקובצת שם ע"ש. אולם מ"ש וז"ל נמצא לפ"ז נראה דעד מקו' שידו מגעת הוא מטע' הודאה כמ"ש תוס' כו' משא"כ נגד השאר לא הוי מ"מ כיון שצריך שביעה ועדיין לא נשבע ולא הוי מידי דאיתי' כוותי באורייתא ע"כ לענ"ד כשגגה היוצאה מלפני השליט. דעדיין אין אנו יודעים משום שבועה ורק עתה אנו רוצים לחייב כל אחד שבועה מדין מב"מ וא"כ הוא מב"מ גם נגד השאר כמו שאינו צריך שבוע' דמה שאנו משביעין אותו הוא רק מפני שבועת מב"מ ועל זה אנו דנין. והנכון כמ"ש בקצה"ח דפס"ד לא הוי העדאת עדים משום דכי היכי דאנן סהדי להאי ה"נ כו'. אולם ליישב גם דעת הגאונים דסוברים דפס"ד ג"כ מחייב שד"א נלענ"ד לפמ"ש בש"מ בשם הר"ן אהא דאמרי' אלא ות"ת אאידך דר' חייא שכתב ז"ל. ולי נראה לאמרה בלשון אחרת וה"ק ות"ת שנים אוחזין כו' וקס"ד דשבועה זו של משנתנו שבועה דמ"מ היא לפי שזה אומר כולה שלי הרי הוא כתובע מנה מחבירו וזה שמשיב לו לא כי אלא כולה שלי אעפ"י שכופר הכל מ"מ אינו ככופר הכל דעלמא דכופר הכל נשאר ברשותו כל מה

שהוא כופר בו וזה ע"כ נותן לתובע חצי תביעתו. נמצא שסופו של דין כמ"מ דעלמא ולפיכך אנו רואין כופר בכל זה כאלו הודה במקצת כו' ואם תשאל והכי ס"ל דשבועה זו של מ"מ הוא כו' שאם אנו אומרים כן אף תביעתו של זה שהוא תובע כולה אינה תביעה דאנן סהדי דסוף טלית זו ליחלק כו' והא כי היכי דאנן סהדי דאין כפירתי אלא בחצי' ה"נ אנן סהדי דאין תביעתו תביעה. אין בדבריך כלום דודאי כופר בכל שאינו נשאר ברשותו כל מה שהוא כופר אינו ככופר הכל דעלמא הו' ולפיכך ראוי הוא שישבע כמ"מ גמור אבל תובע זה אע"פ שאיני משיג כל תביעתו לא נשתכ' כלל משא' כל התובעין שאף הן אינן נוטלין אלא אתו מקצ' שהנתבע מודה עליו וז"ב אע"פ שנעלם מעיני הראשונים ז"ל כו' ומהדר לי' רב ששת מתנוי תקנ' חכמי' היא כו' שכיון שהודאתו אינ' מתבררת מתוך דבריו דאדרבה בכל הוא כופר ואינה הודאה אלא מתוך הדין בעצמו שהוא כך נמצא שקדמה הודאה לתביעה שמכיון שבאו לפנינו והיו שניהם אוחזין בטלית אנו רואין כאלו כל אחד הודה לחבירו בחצי' וכל שקדמה הודאה לתביעה אפי' במ"מ גמור אין שבועת התור' חלה עליו כדאמר פ' שבועת הדינים כו' עכ"ל מבואר מזה דפסק דין לא הוי כהעדאת עדים וכמ"ש בקצה"ח דכי היכי דאנן סהדי בהאי ה"נ כו' אלא יצא לנו דין מחודש מדברי הר"ן דה"ל מודה במקצת כיון שלא תשאר בידו כל כפירתו ובזה דמי לשאר מודה במקצת לא איכפת לן במה שהוא כופר הכל משא"כ גבי תובע לא אכפת לן מה שאין נותנין לו כל תביעתו דכל תובע אינו נוטל כל תביעתו דהנתבע נשבע ונפטר ובהא דמתניתין דשנים אוחזין לא הוי שבועה דאורייתא משום דההודאה היא ע"י התפיסה נמצא שהיתה תיכף בבואם לב"ד וקדמה הודאה לתביעה ולא הוי מודה במקצת וזה דעת הגאונים דמחייבי בפס"ד שבועה דאורייתא. אמנם אם ההודא' היא ע"י תפיסת התובע דשנים אוחזין לא הוי מודה במקצת כיון דקדמה ההודאה וכנ"ל ועוד דלדידן הילך פטור).

עוד שם ז"ל עוד כתב בקצה"ח לסתור דעת הש"ך בטוען רבית נתתי לא הוי מ"מ ממתני' דמה שהנחת אתה נוטל דאף שבאו העדים ואמרו המדה לא הוי העדאת עדים כיון דהעדאת עדים מכח הודאת פיו קאתי והודאת פיו כבר יצאה בפטור. וה"נ דכותי' לא דמי כו' דהכא בשעת הכפירה ידוע לב"ד תיכף הודאתו וטענתו דמה לי אם טוענה בחשבונו או טוענה בדין דהוי כאומר נתתי לך מטבעות אלו שהם שוים כפי תביעתך והב"ד רואים שאינם שוים כ"כ וה"נ הב"ד רואין שנתינה זו לא היתי' נתינ' עכ"ל לפי דברי המחבר משוי לי' מ"מ גמור ע"י הודאת עצמו וכבר מבואר בש"ך שם שאינו בא עליו מכח הודאת עצמו אלא מחמת העדאת עדי' ואינו חולק בזה על הסמ"ע שאין כאן הודאת פיו וכמ"ש

שם בש"ך ז"ל היעלה על הדעת דחיוב ע"פ ב"ד יגרע מהעדאת עדים כו' א"כ הב"ד עדים במה שנשאר חייב עכ"ל ע"ש. לזה כתבנו דהעדאת עדים ע"י הודאת פיו לא מהני וכמו שמבואר שם היטב ממתני' דמה שהנחת אתה נוטל ע"ש היטב ס"ק ב' משא"כ בטוענה בחשבונו שאינו ע"י ב"ד ודאי חשוב הודאת פיו ממש וכמש סמ"ע:

עוד שם וז"ל. וגם מ"ש בטעם מה שהנחת אתה נוטל מטעם דהעדאת עדי' מכח הודאת פיו קאתי וליתי'. דהא אפי' ידוע לעדי' מקודם הוי ג"כ פטור והטעם דהעדאת עדים נלמד מהודאת פיו וכיון דהוא עצמו אם הי' מודה אחר כך בסך המדה הי' פטור כיון שהודאתו הראשונ' הית' בפטור א"כ אף העדאת עדים שמעידים אחר שהוד' ג"כ אינו מחייבו דלא עדיפא מהודאת פיו משא"כ בכופר הכל מתחל' שהודאת פיו אח"כ מחייבו שבוע' ה"נ העדאת עדים אח"כ עכ"ל:

ואין זו טענה דאף לפי דבריו ניחא דכיון שהודאתו הראשונה הי' בפטור גם העדאת עדים אח"כ לא מהני דלא עדיפא מהודאת פיו א"כ ה"ה בטוען רבית נתתי דזה לא הוי באמת כופר הכל דעלמא אלא חשיב הודא' בפטור כיון שאינו אומר כי הוא זה. דבזה אין הש"ך חולק על הסמ"ע דלא הוי הודאת פיו וכמ"ש הרשב"א דאשר יאמר כי הוא זה מפורש בפיו ואין זה דומה לטוע' בחשבונו דחשיב שפיר אשר יאמר כי הוא זה משא"כ כאן. אלא שבש"ך בא מטעם העדאת עדים במה שהב"ד וחייבין אותו פ דבורו. וכיון שהרהמ"ח מודה דהודאת עדים אחר הודאתו שאינה מחייבתו לא מהני א"כ ה"נ כיון שהודאת עצמו לא חייבתו כיון שלא פירש כי הוא זה. חיוב ב"ד שהוא בהעדאת עדים לא מהני אח"כ:

ס"ק ה

ואיני יודע אם החזרתי כו' עיין מ"ש ש"ך באם ספק הפרעון הי' קודם ההלוא' עד כיון שהמלו' טוען ברי כו'. ובקצה"ח כתב כיון דזה גוב' וזה גובה הוי מלו' כאומר אני יודע אם נתחייבתי לך נגד תביעת הלו' ע"ש ולפענ"ד נראה דליתי' דכיון שהלו' טוען יש לי בידך עושה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גוב' וז"ג עכ"ל ולא דק דשם בקצה"ח מבואר בטוב טעם דכיון דיש לו בידך כנגדו אינו נאמן אלא במגו דפרעתי וכל שהלו' טוען שמא וליכא מגו צריך לשלם דהא תוך זמנו דאין נאמן לומ' פרעתי אינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדו. ואם טוען יש לי בידך כנגדו קודם הלוא' ורוצה לעשותו פרעון אינו נאמן כיון דאין לו מגו דפרעתי. דאם הי' נאמן לומר קודם להלוא' יש לי בידך כנגדו לעשותו פרעון א"כ לא משכחת לה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהרי יכול לומר קודם הפרעון הי' בידו כנגדו ולעשותו פרעון. (הגה וא"כ למה לי' לש"ס למיבעי' בתובעו אח"ז ואמר לו

פרעתיך תוך זמנו אי אמרי' מגו במקו' חזקה תיפוק ליה הא כל פרעתיך תוך זמנו אית לי' מגו דאי בעי אמר יש לי בידך כנגדו קודם הפרעון) אלא ע"כ דטענת יש לי בידך אינה טענה לעולם אלא היכא דאית לי' מגו וכאן דטוען שמא אינה טענה כיון דאין לו מגו ולא הוי אלא כטוען שמא נתחייבת לי והמלוה משיב א"י אם נתחייבתי לך דפטור והלו' דהוא ודאי חייב צריך לשלם וזה פשוט וברור:

ועוד שם ז"ל ועיין בט"ז תשובה דמי שפרע ומצא אח"כ מטבע מזויפת דהוי כא"י אם נתחייבתי לך כיון שכבר הי' פרעון ובתומי' הביא ראיה ברורה לזה מהנהו גינאי כו'. ובקצה"ח רצה לסתור שם הטעם דהתם שאני דאדם מדקדק בחשבונו. והוא לא דק דודאי שם אם טוען שטעה מחמת מטבע מזויפת ג"כ שייך דאדם מדקדק עכ"ל:

הנה לסברתו כמו שאין אדם נאמן לומר טעיתי בחשבוני כך אינו נאמן לומר מטבע מזויפת. וא"כ למה נצרכו הט"ז והתומי' לדון בדין איני יודע אם נתחייבתי לך תיפוק ליה שאינו נאמן לומר מטבע מזויפת כמו שאינו נאמן לומר טעיתי ובודאי דק קודם שנטל המטבע' וכיון דלית ליה למלוה מגו אינו נאמן כלל בטענתו. וגבי טעיתי לדעת כונה פוסקים אפי' במגו אינו נאמן דה"ל כמגו במקום עדים דודאי דק בחשבונו. וגם מטבע מזויפת נרא' דדעתם דהוי נאמן במיגו אליבא דכ"ע דלא אתמר אלא בטעות בחשבון דודאי דק בחשבונות אבל גבי מטבע מזויפת דצריך אומן דדנק' ואיסר א"כ אמאי לא יהי' נאמן שקיבל מטבע מזויפת כי לאו כ"ע בקיאי במטבע כדנק' ואיסר.

ס"ק ח

משויל"מ וכו' ז"ל ועיין בכנה"ג כו' ודינו של כנה"ג הוא רק בע"א מעיד שאינו פרוע והלוה טוען שאינו יודע אי"ל נזכרתי והטעם לזה דכמו דהדין באיסורין בעד נגד עד דאם באו בזה אחר זה דאין השני נאמן דכבר האמינו לראשון כשנים כו' וה"נ כיון בשעה שהעיד העד שלא פרע טען הלוה שאין יודע והיה נאמן כשנים שוב אין יכול לומר שנזכר שפרע דכבר נעשה העד כשנים ע"ש. כל זה כתוב בקצות החושן ס"ק ח':

ס"ק ט

ה"ל משויל"מ. ז"ל כתב הש"ך כו' והשתא א"ש דיש לו מגו דאי בעי הי' מודה בהלואה רק שהי' טוען פרעתי והשטר מזויף שלא צויתי לכתבו ובשטר אפי' ב' עדים על הקיום והלו' טוען פרעתיך לא הי' המלוה נוטל בלא שבוע' כו' מש"ה לא הוי משויל"נ עכ"ל ע"ש:

כתוב בקצה"ח ס"ק י"ג וז"ל. ולפ"ז בשטר כה"ג אם יש ע"א לקיים החתימ' ולוה מוד' בשטר שכתבו וטוען פרעתי שפיר נאמן במגו דמצי אמר אין זה כתב ידי ולויתי ופרעתי בע"פ דבזה גם בשני עדים צריך שבוע' על השטר ולא שייך בי' דין נסכא דר"א ע"ש:

ס"ק יד

ז"ל עש"ך כו' ומיהו דוקא בהרשא' עיין תומי' שתמה על זה הא כל הרשא' הוא רק שליח דקי"ל שליח שוי' וא"כ מה מהני מגו של השליח הא זה גרע ממנו להוציא והדין עמו ואף אם ירצה להקנות לו בק"ג ודאי דאינו יכול כיון שהוא מסופק היאך יכול להקנות מספק של חבירו לאחר וכשנותן לאחרים הוי פושע כמבואר בסי' נ"ח אמנ' באופן שכתב התומי' בראובן שיש לו ש"ח כו' ואינו יודע אם נפרע ולוי יודע שאינו פרוע ומוחזק במעות של שמעון שיכול ראובן למכור השט"ח ללוי כו' דהא ראובן לא עביד מידי במעותיו של לוי רק שהקנה לו השט"ח ובס' קצה"ח לא הבין כן לכן הקשה מה שהקש' ע"ש עכ"ל. והוא לא הבין יותר מ"ש שם בקצה"ח. דעל מ"ש בתומים בראובן שיש לו שט"ח על שמעון וא"י אם נפרע דיכול להקנותו ללוי היודע בזה לא הקשתי מאומ' ע"ש. רק על מ"ש שם בתומים להקשות על מהרש"ל דהא שליח שוי' בזה כתוב בקצה"ח ליישב דברי מוהרש"ל ומשום דבזה אינו שליחות אלא קנין ממש ע"ש:

ומ"ש המחבר כיון שהוא מסופק היאך יכול להקנו' מספק לאחר וכשנותן לאחרים הוי פושע ליתי' דזה לא חשיב פושע דדוקא אם מסופק על המשכון ונותן המשכון לאחר בענין שיהי' לו לאחר מגו ה"ל פושע דהו' שומר על המשכון אבל כשנותן החוב לאחר והמשכון כבר הוא בידו של האחר ואותו האחר יודע לאו פשיע' היא. ואף אם הוא מסופק יכול ליתנו ולהקנות למי שיודע וכמו שיכול ליתן השטר חוב לאחר היודע אעפ"י שהוא מסופק וזה פשוט וברור:

סימן עז

ס"ק ב

לא יתבע הערב תחלה. ז"ל בס' קצה"ח רצה ליישב קושית הפוסקים אהנך דס"ל דהוי כקבלנו מהא דפ' השואל דשותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן וכתב לתרץ דאף דהוי שואל בכולן מ"מ הוי כמשאיל חצי' לחבירו ומבואר בסי' רצ"א דאם עבר השומר ומסר לשומר אחר אף דהראשון הי' בבעלים דחייב השומר הראשון על רשות השני וה"נ דכותי' ולא דק דהתם עבר השומר במקום שאסור למסור מיירי אבל אם מסרו למי שרגיל להפקיד אפי' אם נעשה בו דבר שחייב כגון פשיעה וכיוצא פטור הראשון דל"מ להנך פוסקים דאם פשע השני פטור הראשון כו' ומכ"ש הכא דמדעת בעלים מוסר להשני דהא בשותפ' שאלו ובפרט שלא מסרו כלל דברשות שניהם מתה ודאי דלא נתחייב בזה עכ"ל:

המחבר מערב כאן דברי' שאינם לענייננו דזה כבר הקשה בתומי' ס"ק א' בשנים שקבלו שמירה ביחד שחייב כל אחד חלקו כמו במסר שורו לה' בא' דאף דאמרי' מאי קא עביד פי' תוס' ורשב"א דחייב ואלו בשומר שמסר לשומר ברגיל להפקיד אצלו מפטיר הראשון לגמרי ואפי' חלקו א"צ לשלם ומתרץ לפי מ"ש בא"ז דלכך שומר שמסר לשומר ברגיל להפקיד פטור דאמר לי' הרי לך גברא בחריקאי ודינך בהדי' ומה לי ולך הרי לך שומר השני וא"כ דוקא אם בתחלה לא הי' השני שומר אומר לו הרי לך גברא ב"ד בחריקאי אבל ב' שקבלו ביחד השמירה איך יסלק השמירה להשני ומה שייך גברא בחריקאי אם בתחלה היו שניהם זהו תורף דבריו ע"ש וא"כ רגיל להפקיד אינו ענין להך דשנים שקבלו השמירה ביחד שמתחייב כל אחד על רשות השני דהא לא שייך כאן הרי לך גברא בחריקאי ואפי' לא מסרו כלל להשני דהוי כשואל מקצתו לשני והרי הוא ברשות השני וחייב על רשות השני (הגה ואף אם נאמר דעל חלק השני יכול לומ' הרי לך גבר' בחריקאי ונתחייב השני על חלקו מ"מ לא הוי שאילה בבעלים רק על החצי ושפיר קא מבעי' ל' להש"ס כולו שואל בעינן וליכא אף לדעת הרא"ש אמנם א"א לומר כן דא"כ יהי' חילוק בין מלוה לשאלה לדעת הרא"ש היכא דאין להשני לשלם בלא שאילה בבעלים ובמלוה כיון דהוא לוה בכולו יכול לגבות ממי שירצה ובפקדון יכול לומר לו הרי לך גברא בחריקאי כיון דהוי כמו ברגיל להפקיד וזה מוסכם מכל הפוסקים דאין חילוק בין מלוה לפקדון אלא ע"כ לומר דלהרא"ש וטור מלבד שנעשה כ"א שואל בכולו הוי על חציו השני ערב וכאלו התנו שלא יסתלק חיובו מחצי' השני וא"כ ה"ה בנשאל לא' מהן חייב על חצי' השני וא"ש לשון הש"ס או דלמא להאי פלגא דשיילי' מיהא מפטר וכמו שכתב מרן בקצה"ח שם):

אמנם עדיין חל עלינו חובת הביאור דהנה הרמב"ם כתב דינו במיעוט שמירתו דוקא והכא בנידון דידן בשותפין לא מיעט שמירתו ואמאי יחייב על רשות השני אך כד דייקית שפיר לא שייך גבי שאילה בבעלים מועט שמירתו דהא עלויי עלי' לשמירתו דהוא פטור לגמרי וכמ"ש במשנה למלך שם וע"כ צריכין אנו לומר כדברי הה"מ דאין שאילה בבעלי' פוטרות אלא ברשותו אבל כשהוא ברשות אחר מתחייב הוא על רשות השני וכנ"ל וא"כ אין חילוק בין מיעוט בשמירתו או לא ובכונת הרמב"ם שכתב דינו במועט בשמירתו נראה דהנה על מה דכתב הרמב"ם ז"ל דאם מיעט שמירתו ברגיל להפקיד אצלו חייב לשלם ואם יש עדים ששמר השני כראו באופן שגם הראשון נפטר בשמירתו ה"ז פטור תמהו רוב הפוסקים על הרמב"ם בזה דלמה לו עדי' הרי רגיל להפקיד אצל השני ומיהמן לי' בשבועתו כשנשבע שנאבד באופן שגם הראשון פטור ועיין בש"ך

סי' רצ"א ס"ק מ"ו ובמ"ל פ"א משכירות ונכנסו בדוחקי' גדולי' ע"ש ולענ"ד יפה דקדק הרמב"ם ז"ל דבתומי' סי' ע"ה ס"ק כ"ד לענין מורשה כתב שאין מקבלין שבועתו במקום הבע"ד דבעל דבר שנשבע ה"ל שבועת הפקדון כיון שיש בו כפירת ממון משא"כ אחר שנשבע על דבר שאינו נוגע לו ה"ל שבועת ביטוי דקיל טובא אפי' משבועת העדות ולכך אין מקבלין אותה במקום שבועת הבע"ד ע"ש לפ"ז שפיר כתב הרמב"ם כאן דיביא עדי' דוקא ולא מהני לי' שבועה משני אע"ג דרגיל להפקידן אצלו ומהימן משום דאיהו לא בעי לאשתבועי אלא דלא פשע כיון דאיהו ש"ח נמצא מה שנשבע שנאנס זה אינו מצד חיובו ואינו א"כ אלא שבועת בטוי ואין המשאיל או המפקיד זקוק לקבל שבועתו זאת הקלה וזה ברור בדעת הרמב"ם ז"ל ועיין קצה"ח סי' רצ"א ס"ק י"ב לפ"ז יפה דקדק הרמב"ם די"ל שכתב דינו במיעוט שמירתו דבלא מיעט שמירתו אין לנו נפקותא בדין זה דממ"נ באופן שנתחייב הראשון נתחייב גם השני ופשיטא דמשלם למפקיד דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ועוד דהא נפטר הראשון כשמסרו לשני ואפי' אין לשני פטור הראשון כדין שומר שמסר לשומר ברגיל להפקיד אצלו וכנ"ל ואם נאבדה פטורין גם שניהם בשבועתו של השני דהא רגיל אצלו ומהימן לי' בשבועה וכיון דלמפטר נפשי' קא משתבע ה"ל שבועת הפקדון וזקוק המפקיד לקבלה להכי כתב הרמב"ם ז"ל במיע' שמירתו לאשמעינן רבותא דלא מקבל לי' לשבועה דשני דשבועת ביטוי היא וחייב הראשון לשלם אע"ג בנשאל בעליו עמו כיון שיצא מידו ליד אחר וכ"ש באינו רגיל להפקיד אצלו דלא מהימן לי' כלל בשבועה דחיוב הראשון לשלם כנ"ל ברור בדעת הרמב"ם נמצא עלו דברי רבינו ז"ל כהוגן בנ"ד בשותפין ששאלו שנתחייב הא' ברשות השני ודו"ק):

ס"ק ו

והודה אחד ז"ל בס' קצה"ח כתב דאם המלוה טוען שמא נאמן דלא הוי נוגע וליתא דא"כ קודם שנתקנה שבועת היסת דיכול לכפור יהי' נאמן וזה אינו דדוקא במקום שאין עדותו רק לחבירו כו' כמו חזקת ג' שנים שאין לו שום צורך אם חבירו יש לו חזקה או לא אבל הכא שאם הוא ישלם יש לו צורך בעדותו והוא תובע לשני וכל שעדותו נוגע גם לעצמו כו' פסול מטענו קרוב כו' ומש"ה פסול אפי' כשיש לו מגו ואינו נוגע עכ"ל. ואין זו טענה כלל דהתם בחזקת ג' שנים עתה הם נוגעים בקיום עדותן שאם לא נקבל עדותן יצטרכו לשלם למערער ומהאי טעמא ס"ל לטור ור' ירוחם דעדיין נוגעין הן וע"ש בש"ך סי' ק"מ ס"ק ט"ז. ואפ"ה ס"ל לר"ח ותוס' ורמב"ם דכיון שאם היו שותקין לא היו מפסידין כלל לא הוי נוגעין במה שהם עצמם מעידים ע"ע ויש לו עתה צורך בעדותו

שלא יצטרך לשלם להמערער דהפה שאסר כו' ה"ה בנדון דידן כיון שאם היה שותק לא הי' מפסיד מידי אע"ג דהשתא בתר דאודי מרויח בקיום עדותו אינו נוגע בזה. כ"ש בנדון דידן דאית לי' מגו דא"ב אמר כל אחד לוה חמשי' ועיין ב"י וט"ז סי' ק"מ שם. (הגה ומה שהקש' דא"כ קוד' שנתקנה שבועת היסת יהי' נאמן לא מצינו מי שיאמר שאינו נאמן ואדרבה ממ"ש הש"ך סי' ק"ח ס"ק ט"ו דגם גבי חזקת ג' שנים קודם שנתקנה שבועת היסת אפי' הי' המערער יודע שדרו בה אם לא הי' לו עדים בדבר נאמנים במגו שהיו מכחישים אותו. ה"נ בנדון דידן הי' נאמן. במגו דיכול לכפור. אלא גם אם נאמר דבתבעו אפי' קודם שנתקנה היסת אינו נאמן הוא דכיון דתבעו והי' עכ"פ צריך להשיב א"כ ה"ל נוגע במה שאומר על חבירו אבל כשלא תבעו שלא הי' צריך להשיב פשיטא דלא הוי נוגע לדעת ר"ח שם סי' ק"מ ע"ש:)

סימן עח

ס"ק ב

הוחזק כפרן כו' ז"ל ובקצה"ח כתב דאם טען בב"ד פרעתיך תוך זמן וחייבוהו ב"ד לשל' דא"נ לומר פרעתיך אח"כ וליתא דלא הוחזק כפרן רק כשהכחישוהו עדי' כמבואר בסי' ע"ט אבל מה שלא האמינוהו הב"ד משום שהוא ת"ז בזה לא ה חזק כפרן כמו שנאמן לומר פרעתי אחר כל פס"ד שחייבוהו לשלם משום שאינו נאמן בדבריו עכ"ל. והנה מדברי הש"ע מבואר דאתי עלה מטעם הוחזק כפרן לפי שאינו נאמן לומר פרעתי ת"ז משום חזקה דאין פורע ת"ז ה"ל כמו אנן סהדי דטוען שקר והוחזק כפרן. אלא דטעות שם בקצה"ח סק"ג שכתב שם ז"ל מיהו נראה דהיינו דוקא שתובע בפני עדים כו'. והכי הול"ל דהיינו דוקא שתבעו בב"ד דבזה הוא דס"ל לש"ע דהוחזק כפרן והר"ר יקיר ס"ל דלא הוחזק כפרן דמצ"ל גם בתחלה אמת טענתי שפרעתי תוך זמן והב"ד לא האמינו לי והוכרחתי לפרוע שנית. אבל תבעו בפני עדי' אפי' הש"ע מודה דלא הוחזק כפרן. ואם יאמר אף שפרעתי תוך זמן פרעתי עכשיו לפי שלא הייתי נאמן מהימן במגו דאי בעי אמר לא פרעתי אז ועכשיו פרעתי ולא הוחזק כפרן במה שאמר בפני עדים פרעתי. אבל עכ"פ לדעת הש"ע מטעם הוחזק כפרן אתי עלה א"כ בעי ב"ד דוקא. וכן מבואר במרדכי וז"ל מספקא לי' לרבינו יקיר היכא דתבעו ת"ז וא"ל השתא פרעתיך ובזה אינו נאמן וחזר ותבעו אח"ז בא ואמר השתא פרעתיך מי נאמן או לא מי אמרינן הוחזק כפרן כיון שמתחלה כפר השתא נמי כופר או זה יכול לו' ודאי פרעתיך ת"ז ומיהו מאחר שלא הייתי נאמן אמרתי בלבי אפרע לו לאחר זמן וכן עשיתי ונראה למורי דהוחזק כפרן

כו' עכ"ל ע"ש. מבואר דאתי עלה מטעם הוחזק כפרן ולא מטעם דלמה יפרע ב' פעמים משום דזה ודאי יכול לומר לפי שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפרעו שנית אלא דאתי עלה מטעם הוחזק כפרן וע"כ הך חזקה דאין אדם פורע תוך זמן הוי כאנן סהדי דלא פרע וא"כ בעי דוקא ב"ד כדין הוחזק כפרן דאינו בפני עדים:

עוד שם ז"ל ומ"ש בקצה"ח דאינו נאמן בזה מטעם מגו דאם נאמן במגו דפרעתיך אח"כ א"כ אפי' בטענת פרעתיך אח"כ אינו נאמן כו' היה לך לטעון בב"ד פרעתי ת"ז והב"ד היו מאמיני' לו במגו ליתא כו' ולא ידעתי מזה שאהי' נאמן במגו כו' דלאו כ"ע דינה גמירי ואף שהש"ך חולק על הרא"ש בסי' ס"ו על סברא זו היינו דאמרינן מגו בכה"ג אבל להוכיח מזה שלא פרע ודאי דיכול לטעון כך כו' אלא ודאי דאין זה סברא כלל עכ"ל:

ואלה הדברים אין להם לא טעם ולא ריח דמ"ש לענין מגו אמרינן שיודע ובזה אמרי' שאינו יודע. גם הרא"ש לא כתב סברתו אלא בנשים דנשי לאו דינא גמירי. וכי מתוקמי האי דינא דוקא בעם הארץ ולא בת"ח לכן עיקר כמ"ש בקצה"ח שם סק"ג ע"ש:

ס"ק ח

מיד זמנו הוא. ז"ל נראה דמיירי שקצב סך על כל קונטרס כגון ששכרו לכתוב ספר ליתן לו בעד כל קונטרס זהב דהוי כל קונטרס מלאכה בפני עצמה ומוכח בהש"ך ס"ק י"ב דהזמן פרעון היא תיכף אחר כתיבה כל קונטרס וממילא תיכף כשנתן לו הקונטרס נאמן הבעל הבית לומר ביום שאחר הכתיבה פרעתי כמו כל שכיר שעבר זמנו ואין מקום לכל מה שכתב בס' קצה"ח עכ"ל:

לפי הנראה לא היה לפניו דברי המרדכי שהוא מקור הדין הזה. וז"ל נשאל לרבינו יודא בר' קלונימוס כו' על ר' אברהם הלוי שהשכיר סופר וכתב לו מקצת והלך בדרך ושמעו שנהרג ואשתו תובע' השכירות למזונות ולכתוב' והשיב ר' אברהם נתתי לו יותר ממה שכתב והשיבו נרא' לנו שדין עם ר' אברהם אע"ג דקי"ל כריש לקיש דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ושכירות אינה משתלמת אלא לבסוף הא פרכינין התם פ"ק דב"ב לר"ל מהא דתנן כותל חצר שנפל אלמא עביד אינש דפרע גו זמנא ושני כל שפא ושפא זמני' הוא וה"נ כל קונטרוס וכל מסכת זמני' אע"פ שקצב עמו לכתוב כמה קונטרסים ביחד דמ"ש מן הכותל וכל מלאכ' המתפרדת בדבר מסוים יש לומר הכי והמ"מ ע"ה עכ"ל:

ומבואר דלא מיירי שקצב לו סך על כל קונטרס שהרי כתב דכל קונטרס וכל מסכת זמני' ואי בשקצב על הקונטרס לא הי' על המסכת ואי על המסכת לא הי' הקונטרס. אלא דברי המרדכי סתמן ששכרו לכתו' כוונה קונטרסים ביחד ואפ"ה פסק דנאמן לומר פרעתי משום דה"ל כי האי דכל שפא ושפא זמני' אע"ג שחיובו על כל הכותל ביחד

ומש"ה דה"ה כל מלאכה המתפרדת בדבר מסוים יכול לומר שפרע דפרעון תוך זמנו תלי' במנהגי פרעון בכל ענין דהא אתינן עלה מטעם דסדר שכירות שאינ' משתלמת אלא לבסוף והכא עביד דפרע בדבר מסוים בקונטרס או במסכת אפי' אינה קונטרס ומשמע דלא אתי עלה במרדכי אלא מטעם המ"מ ע"ה אבל אם רצה בעה"ב אינו פורע עד תשלום כל הספר ואפי' נימא דכיון דמנהג הוא לפרוע כשמגיע לדבר מסוים אבל עכ"פ בל תלין אינו עובר עד גמר כל הספר כיון שלא קצץ כלל על קונטרס או על מסכת רק על כמה קונטרסים ביחד ודברינו נכונים שם בקצה"ח ס"ק ד' ע"ש:

והרמ"א שכתב וה"ה בכל מלאכה המתפרדת אי מיירי שהית' קציצה בפירוש על כל קונטרס א"כ אפי' אינה מתפרדת כיון שקצץ על כל שורה ושור' שיכתוב בכך וכך כמי נאמן לומר פרעתי אפי' אינה מתפרדת כיון שכך התנו. אלא ודאי מיירי בסתם ואפ"ה על דבר המסוים נאמן לומר פרעתי וזה ברור:

סימן עט

ס"ק ב

באו העדים תחלה בס' קצה"ח הקשה כו' ע"ש מ"ש ליישב דברי הנ"י ופירושו נכון:

ס"ק ד

ששתי הטענות. ז"ל עמ"ש סי' ע"ב כו' דהטעם הוא דיכול לשנות מפטור לפטור לא מטעם מגו הוא כו' ע"ש. והוא כתוב בקצה"ח סי' פ' סק"ד ע"ש וכן הביאו הרהמ"ח סי' ע"ב ס"ק ל"ח בשם קצה"ח:

סימן פא

ס"ק ב

העשיר כו' ז"ל אבל אתם עדי לא מהני כמ"ש הש"ך. ובתומי' ובקצה"ח כתוב דחייב משום שכירות וליתי' דכיון שהוא מחויב בדבר לית בי' משום שכירות דהוי כמו שאמר עשה כך סוכה או תפלין לעצמך דלית ביה משום שכירות עכ"ל:

ומהתימה על הרהמ"ח דהרי סברא זו כתובה שם בקצה"ח ז"ל ואין לומר כיון דמחויב הוא לאו שכירו' הוא כלל ודוקא היכא דאינו מחויב לעשות הפעול' אז הוי שכירות כו' דליתי' דהרי כתוב בתשו' מיימוני' לס' משפטים (בהאי דינא) וז"ל אע"ג דר' סעדי' כתב דצריך לישבע שנתכוין להשטות נ"ל דה"מ בהאי דהתם דאי לא טען לא טענינן לי' אבל בהא מה"ט שהוכחתי אפי' לא טען לא טענינן לי' מה"ט גופא לא בעי' אשתבועי'

דלהשטא' נתכוין. ומבואר להדיא דאם לא הי' בלבו להשטות הי' צריך לשלם כו' ואי נימא דלית בי' משום שכירות מאי שבוע' שייך נהי דלא כיון להשטות במה נתחייב וע"כ דאית ביה משום שכירות אלא דמצי טעין להשטות נתכונתי ולא לשכירות א"כ בא"ע דליכא משום השטאה חייב משו' שכירות. ואם הוד' בעצמו שלא הי' בלבו להשטות ג"כ מחויב משום שכירות וכמבואר בקצה"ח שם בק"ד.

ס"ק ו

(**הגה** הודאה בפני ע"א כו' וז"ל ובקצה"ח הקש' דניחוש דלמא אחד משקר ולא נשאר רק א' בהודא' ולאו כלום הוא ולק"מ די"ל דגזירת הכתוב הוא כיון דמצטרפינין עדותו לא חיישינין לשום אחד דמשקר ותדע דהא בקידושין כ' הר"ן הטעם דעדות מיוחדת פסול משום דדמו לד"נ משמע דא"ל דדמי לד"נ כשר ואמאי לא נחוש דלמא א' משקר וע"א בקידושין לאו כלום הוא וכן בשטר שחתמו זה שלב"ז כו' עכ"ל. וראיתו מדברי הר"ן אינה ראי' כלל דכבר כתבנו לעיל סי' למ"ד דטעם הר"ן הוא לומר אפי' אם כל אחד אומר אחר הי' עמו והי' קידושין גמורין ע"ש. ואם כדברי הרהמ"ח דלא היה בקידושין יותר מאחד א"צ לטעם הר"ן ולא לסברת הרהמ"ח דאפי' נאמין לשניהם קידושין בע"א לאו כלום הוא וכמ"ש ב"ש באה"ע סי' קל"ג סק"א ע"ש. גם הראי' משטר שחתמו בו העדים זה שלא בפני זה אינו מובן דהרי השטר בא לפנינו שניה' יחד חתומים ועל דבר א' הם מעידים ובודאי המעש' אמת כמו בכל ב' עדים ובודאי אפקי' לקלא. משא"כ בנ"ד כל אחד מעיד על דבר אחר וכל אחד הוא עד בפ"ע על חצי דבר אם נאמ' שהאחד משקר והשני אינו משקר ואפ"ה לא מהני כלום כמ"ש בקצה"ח ע"ש):

ס"ק ז

ערי ושכבי. ז"ל בסי' קצה"ח כתב דט"ע דקלא לא מהני רק באיסור לא בממון וצריכים העדים שיראו דוקא בראית עין ולא בשמיעת קול וליתי' דהא לענין סימני' אמרי' בב"מ ך' דחמירא אסורא מממונא כדאמרי' התה מי קא מדמית אסורא לממונא בממון מהני יב"ש לסימן אבל לענין איסור לא מהני א"כ בט"ע דקלא דמהני לענין איסור כמבואר בחולין ובגיטין מכ"ש דמהני לענין ממון והא דלא מהני ט"ע דקלא היינו משום דבדיני נפשות בעיא ראי' וידיעה משא"כ בד"מ פוסקים בידיעה שלא בראי' כמבואר בסי' ל' ע"ש עכ"ל:

ואין זה ענין כלל לידיע' שלא בראי' דכי האי דשמעון בן שטח שראה מפרפר ואמר לו מי הרגו או אני או אתה אלא שאין דמו מסור כו' וזה מקרי ידיע' שלא בראי' שהרי לא הי' שם בשעת מעש' אלא דאח"כ נודע לו בבירור מעשה אשר כבר נעשה מצד ההשערה.

וראי' הוא מה שהוא רוא' בשעת מעשה. להכי ידיעה כי הא דאינו אלא אומדנא לא מהני בד"נ אבל ט"ע דקלא אי נימא דמהני והוי היכרא מעלי' ה"ל ראי' ממש שאין כאן אומדנא דמה לי רוא' או שומע (הגה דכל שמשיגו באחד החושים בכלל רוא' הוא כשאין צריך לכח המשער) אע"כ דט"ע דקלא קליש טובא ולא סמכי' אהכרה דילי' כלל וה"ה בד"מ לא מהני ומ"ש לענין סימן כבר כתבנו בזה דעתנו סי' מ"ו סק"ח ע"ש:

ס"ק ט

הדין עם ראובן כו' וז"ל והנה בס' קצה"ח הקשה דאף על הרווחי' לא נעש' ערב בלא קנין כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' ק"ע סק"ה ולק"מ דדוקא ברוחי' שמקבלים מהעכו"ם כו' אבל בעסקא הוי כשני' שקבלו פקדון כו' ובודאי אף על השבח שנשבח אח"כ כו' ע"ש. והן הן הדברים האמורים בקצ"ה ס"ק ל' ז"ל איברא לפמ"ש בסי' קכ"ט דערב למקבל עסקא מהני גם על השבח דהוי כשעת מתן מעות ע"ש א"כ א"ש דברי הש"ע ומזה ראי' למ"ד בסימן קכ"ט ס"ק ב' עכ"ל. ושם סי' קכ"ו ס"ק ב' מבואר שם דדוקא ברבית דעכו"ם בעי קנין ולא כן בערב דשבחא דה"ל כערב בשעת מתן מעות ע"ש:

סימן פב

ס"ק ח

ז"ל ובתומי' הקשה דא"כ אמאי שבועת העדות אינו נוהג בקרובי' הא יש תועלת בעדותן לענין מגו כמו שחייב קרבן שבועה בנסכא דר' אבא ע"ש. ולפענ"ד נראה דמזה לא קשה דהר"ן פרק שבועות הדיינין כתב דאפי' הימני קרוב כבי תרי אינו חייב בשבועות העדות כיון דלאו בני עדות נינהו מדאורייתא ולפ"ז כ"ש כאן כו' משא"כ בע"א בנסכא דר' אבא כו' והוי בכלל שבועת העדות עכ"ל דברים אלו כתובין הן בקצה"ח ס"ק ט"ו ע"ש. עיין שם עוד שכ' ז"ל אכן שאר הקו' שהקשה שם הן תמוהין מאד כו' וגם בב"ב פ' חזקת דקאמר אי דיש עדים לחזי עדים מאי קאמרי כו' דלמא מיירי בעדים פסולין ע"ש. וכבר כתוב בקצה"ח הקושי' זו של התומי' אין לה צויר כלל ולא קשה מידי ע"ש:

סימן פו

ס"ק א

בין דרך הלוא'. ז"ל עיין ש"ך סק"ב עד אפי' פקדון. ובס' קצה"ח כ' דבפקדון לא שייך שעבודא דר"כ דאפי' חיוב חזרה לא מתחיל אלא משעת פשיע' ע"ש והא ודאי ליתא כו' ומה שמביא ראי' מהא דכתובות שהי' לו פרה שאולה וטבח' בשבת לאו ראי' דשם

אנו דנין על חיוב תשלומין שנתחייב על הטביח' לשלם מן העליי' דזה ודאי לא יתחיל עד שעת טביח' דחיוב החזרה אינו רק כשהפקדון עדיין בעין אבל כשאינו בעין פקע חיוב חזרה ומתחיל חיוב תשלומין. גם מ"ש לדחות הראי' מהא דשאל בחזק' תם דמוכח התם דשייך שעבודא דר"נ בפקדון וכתב דכונת הש"ס התם בחיוב הפשיע' שיתחייב להמפקיד טעות הוא דהא הפשיע' היא מה שהחזיר לניזק ובשע' שהחזיר לניזק שוב אין המזיק חייב לניזק וליכא שעבודא דר"נ אלא ודאי דגוף חיוב החזר' שייך ג"כ שעדר"כ עכ"ל.

והנה א"ש דחיוב החזר' אינו רק כשהפקדון עדיין בעין אבל כשאינו בעין פקע חיוב חזר' ומתחיל חיוב תשלומין. כבר מבואר אצלינו סי' קצ"ח סק"ה דגבי פקדון אין הנפקד חייב בהשב' לבעלי' דאינו חייב בהשב' אלא גנב וגזלן. וכדכתיב והשיב. וכן לוה דמלו' להוצא' ניתנה אבל פקדון כל היכא דאי' ברשות בעלים הוא ועל המפקיד לילך לרשות הנפקד לקבל פקדנו ומש"ה אומר לו בא וטול את שלך. וראי' שם מדברי נ"י רפ"ק דב"ק בהא דתני יביא עדודה לב"ד דדוקא במתה בפשיעה אבל באונס א"ל הש"ל ע"ש כ"ש היכא דאי' בעינא דא"ל הש"ל ע"ש.

וכן מבואר אצלינו בסי' ש"מ ס"ק ד' ע"ש באורך ושם הובא דברי ש"מ בשם הריטב"א פ' השואל בהא דפריך שם דף צ"ח לימא תהוי תיובתא דר"ל וז"ל וה"נ שאינו יודע אם שאול' כו' ה"ז כאומר איני יודע אם הלויתני ול"מ להאי לישנא דאמרי פ' הגוזל דחיוב שואל משעת אונסין אלא אפי' להאי לישנא משעת משיכ' כו' דאפי' למ"ד התם שואל משעת משיכ' מיחייב לאו דמיחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה דהוא בחיים כל היכא דאי' ברשותי' דמרי' איתי' וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דכי ננבה או נאנס' משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ונ"מ למי שמכר נכסי' בינתיים כו' וזה ברור אלא מקצת הגאונים נשתבשו בה קצת עכ"ל. וע"ש בשטה ומבואר דלכ"ע כ"ז שהוא בעין ליכא שום חיוב וכמ"ש דהשב' אינו אלא בגזלן ואפי' למ"ד משעת משיכ' היינו דכי מגנבי' משתעבדי נכסי למפרע:

ולפי"ז לא קשה מה דקשיא לי' להמחבר במ"ש ליישב הסוגיא דשאלו בחזקת תם דאמרו בי' שעבודא דר"נ ומשום דבא בשעת פשיעה וקשיא לי' דבשעה שהתפיס לניזק שוב אין המזיק חייב לניזק ולפמ"ש הריטב"א א"כ יש לומר דהסוגי' אזלא למ"ד משעת משיכה וא"כ כ"ז שהוא בעין ליכא שום חיוב אלא לאחר שפשע במה שהחזיר לניזק א"כ נשתעבד למפרע משעת משיכה ושפיר קאמר כי היכי דמשתעבדנא לך למפרע משתעבדנא להיאך מדר"נ אלא אפי' למ"ד בשעת פשיעה נמי שייך שעדר"נ דבא בב"א

ומ"ש דבשעה שהחזיר אין לניזק חוב על המזיק ודאי אחר שהחזיר שוב אין המזיק חייב ובכל שעדר"נ הכי הוא אלא דצריך להחזיר למי שנשתעבד וה"נ בבת אחת קאתי וכמ"ש ועמ"ש סי' ס"ו ס"ק ל"ד כהאי גונא (הגה ובלא"ה לק"מ דהרי לא התפיסו לניזק אלא ב"ד קדי' ותפסי' נמצא שעדיין המזיק חייב לניזק דתפיסת הב"ד לא עשאו כגבוי דאלו מתה ביד הב"ד קודם שהגבו לניזק עדיין חייב לשלם לניזק ממקום אחר נמצא תיכף שהניח לב"ד לתפסו פשע ונתחייב למזיק דמיו והמזיק עדיין חייב לניזק ואח"כ כשמגבה הב"ד לניזק השור הרי הוא של השומר שהרי קנהו בפשיעתו ונתחייב בדמיו ושפיר שייך בי' שעדר"נ השומר חייב למזיק והמזיק עדיין חייב לניזק ומשלמין משורו של שומר להניזק מדר"נ וז"ב. ומ"ש ועוד ראי' דבפקדון איכא חיוב החזרה כשהוא בעין דלכאורה קשה הקושי' דהוי מעריקנא כו' ופי' תוס' דהי' מתפש' עמו ומשני הש"ס דמשתעבד מר"ן א"כ ק' הא דקי"ל תופס לבע"ח שאינו חב לאחרי' קנה אמאי לא אחייב לי' התופס הא לא שייך גבי' שדר"נ ועכצ"ל דדוקא בפקדון דיש עליו חיוב בחזרה כו' כיון שיש ס' אימר הי' מתפשר עמו ודמי לא"י אם פרעתיך כו' משא"כ בתופס לבע"ח כו' דמי לא"י אם נתחייבתי לך ע"כ. הנה מ"ש דאמאי דאמרי' נימא כי' משאיל הוי מעריקנא לי' פירוש תוס' שהי' מתפשר עמו שגגה היא בידו דהתוס' לא כתבו כן אלא אמאי דאמרי' בש"ס דלימא לי' שואל אי תם הו מעריקנא לי' כו' אבל בתר הכי דאמרי' דלימא משאיל אתפסתי' לתוראי כו' דבמועד עסקי' לא קשי' להו מידי דהוי אכיל לי' לכולי' תורא ולא הוי אלא מזיק שעבודו של חבירו כמ"ש תוס' אליבא דר' ישמעאל ע"ש וכן מבואר שם בשטה מקובצת ע"ש וא"כ חלוקו של הרהמ"ח דבשומר ה"ל א"י אם פרעתיך ובתופס ה"ל א"י אם נתחייבתי נפל בבירא דהכא ודאי הוא שהייתי אוכלו כולו ולא הייתי רק מזיק שעבודו של חבירו אמנם קושי' מעיקרא ליתי' חדא דגם בתופס איכא שעדר"נ דלא יהא אלא גזלן ונתחייב ללוה ונשתעבד למלוה שלו מדר"נ ואפי' רוצה להחזירו ללוה לא מפטר ממלוה כיון שיודע בחובו כדין שעדר"נ ועוד דהכא לא אתפסי' שואל לתורא אלא הקדיש ב"ד ותפסי' אמרי' בהדיא וכמבואר להדי' בתוס' ד"ה אי הכי בעלי' כו' שכ' ז"ל וא"ת והרי הוא לא התפיסו בידים כו' וי"ל דמיד שנגח הי' לו לחוש כו' אבל לאחר שנגח מזומנים ב"ד לתופסו והי' לו לחוש לזהר שלא יפול ביד ב"ד עכ"ל הרי שלא באנו עליו אלא מדין שמירתו כמו שמתחייב אם לקחוהו גנבי' ואין זה ענין כלל לתופס לבע"ח שלא הי' שומר מעולם וזה פשוט וברור:

גם מ"ש עוד דמאי דס"ל להרא"ש וסייעתו דשטרות משתעבדי באגב היינו למאי דקי"ל כר"נ ונשתעבד גופו מדר"נ כו' ע"ש לא עיין כלל בתשובת הרא"ש כלל ע"ה שם מקור

הדין דשם כבר מכר הלוה הש"ח שלו והב"ד הגבוהו ללוקח ואין שם כלל שעדר"נ וע"ש ברא"ש שלא הזכיר כלל משעדר"נ רק השיעבוד הוא כמו מכירה ועוד בקל משתעבד ממה שהוא מוכר ומהני קנין אגב עוד כלל הנ"ל סי' א' שכתב ז"ל תשובה הא מלתא דפשיטא הוא שהרי שמעון כשמכר ללוי באחריות שיעבד לו כל נכסיו ושיעבוד שיש לו על ראובן בכלל נכסיו הוא כי שטר שעבוד אקרי נכסי כדאמרי' פרק מי שמת שטרא אקרי נכסי ועוד דל מהכא שיעבוד גובה מדר"נ כו' עכ"ל הרי מבואר בהדי' דשיעבוד חל על חוב בלא דר"נ ומה שהביא ראי' מכתובת דף פ"ב דאמרי' ליכא תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה כר"מ דמטלטלי משתעבדי וכר"נ אלמא דבלא ר"כ חובות לא משתעבדי אף דמטלטלי משתעבדי עכ"ל אינה ראי' כלל דבכתובת אפי' לר"מ לא משתעבדי מטלטלי אלא הנך דאיתנהו בעין אבל מה שביד אחרי' לא משתעבדי וכ"כ בש"ח שם בשם רש"י במהדורא קמא אבל אם שעבד בפי' מטלטלי אג"ק וכלל חוב ג"כ בודאי משתעבד בלא דר"נ וכ"כ שם בש"מ וז"ל והקשה הריטב"א כו' וי"ל דכל ששיעבד לו מטלטלי אג"ק כו' אין ה"נ שגובה אותן מבע"ח מדין טורף ובשבועה שהרי נשתעבדו לו אותן מעות שחזר והלוה בו לזה. אבל לר"נ בלא"ה נמי גובה ממנו כו' עכ"ל. מבואר מזה דחוב משתעבד באגב בלא שדר"נ והתם בכתובה שאני שהרי לא שיעבדן בפי' ונהי דמשתעב' לא גרע ממטלטלי' שביד אחרי' דלא משתעבדי אפילו לר"מ וגם ז"ב.

ובדעת הריטב"א הנ"ל אפשר לומר דדוקא היכא דמלוה ראשון הלוה תחלה נמצא כשהלוה הלוה ללוה שני היו אותן מעות משועבדים למלוה ראשון וה"ל כאלו מכר מטלטלין דחוזר וגובה מהן כיון ששיעבדן לו. אבל אם מלוה שני הלוה תחלה נמצא כשלוה המלוה שני ממלוה ראשון כבר לא הי' לו אלא חוב אצל הלוה שלו אפשר דמודה בזה להרשב"א דמילי ננהו ולאו בני שיעבוד וגובינא הוא. וא"כ איכא למימר לריטב"א דבזה ג"כ כ"מ לדר"נ. אבל הרא"ש ס"ל דבכל גווני משתעבד כמבואר בתשו' הנ"ל סי' א' ע"ש. ועליו דברי רביכו ז"ל בנויים)

ס"ק ז

ואם אחר שנתחייב ז"ל ובכנה"ג כתב בסי' זה דאם כתב בשט"ח לו ולא לבע"ח לא שייך בי' שעדר"נ ולענ"ד דליתי' דבשלמא בכל תנאי כשבטל התנאי בטל המעשה כו' מה שאין כן שאם נאמר מחמת התנאי שאם יהי' משועבד לבע"ח נתבטלה ההלואה והמעות הם של המלוה השני ממילא הוא משועבד למלוה ראשון עכ"ל והוא כתב בקצה"ח ס"ק ח' ע"ש ז"ל ועוד נראה דלא מהני תנאי אלא בשטר שהתחייב עצמו דרך מתנה וכהאי דסי'

מ' אבל אם הלוה לו מעות לא מהני תנאי כו' דאפי' במתנה שלא יחול עליו שיעבוד נמי אינו אלא בניתן אבל במכר שלקח מעות לא מהני תנאי כמ"ש בטוש"ע סי' קי"א ע"ש.

סימן פז

ס"ק ט

וכן הנשבעין ונוטלין ז"ל נראה דוקא באותן נשבעין ונוטלין שדינן מן התורה ליטול בלא שבועה כו' והב"ד אין יכולין לנדותו כו' כ"כ בקצה"ח ס"ק י"ד.

ס"ק י

שבאות על הספק ז"ל לכאורה קשה דהא אינו נאמן לטעון החזרתי אלא במגו דנאנסו כו' עד יכול לטעון השבע לי שלא פרעתיך עכ"ל כ"כ בקצה"ח ס"ק ט"ו ובסי' רצ"ו ס"ק ב' ע"ש:

ס"ק יד

דהנה בב"ק ק"ח תוס' ד"ה תרי כפילי כתבו דההחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמפסל ולכאורה קשה מהא דפ"ק דמציעא עד ישבע גם לשקר עכשיו ע"ש כי' כתוב בקצות החושן סי' צ"ב ס"ק א' ע"ש:

סימן פח

ס"ק א

ז"**ל** ובחי' הרשב"א פ' כל הנשבעין נסתפק בקידושי אשה בכלי פחות מש"פ אי מקודשת כיון דהוי כמו ש"פ ובקצה"ח תמה מהא דאמרי' בקדושין דאשה לא נקנית בחליפין משו' דחליפין אתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקני' נפשה והא דחליפין ליתא אלא בכלי אלמא אפי' בכלי אינה מקודש' בפחו' משוה פרוטה. ולק"מ דהא בק"ס. מהני אפי' תפס מקצת מהכלי מטעם דכמאן דפסיק דמי כדאי' בב"מ ומקצת כלי ודאי לא חשיב לענין הודאה וקדושי אשה ועוד דאפי' בהמה מקרי כלי לענין ק"ס אלמא דלא דמי כלי דק"ס לכלי דהודאה וקדושי אשה דשם בעינן כלי חשוב דוקא עכ"ל אמנם לא מצינו לחלק בין כלי לכלי ומ"ש דבק"ס מהני אפי' מקצת כלי התם כיון דבעי שלש על שלש וכמבואר סי' קצ"ה ס"ד והוא כל בגד לענין טומאה ע"ש וכל מה דמקרי כלי לענין ק"ס ה"ה לענין הודאה ושבועה ואין לנו לחלק:

ס"ק ב

והודה לו באחד ז"ל ובקצה"ח הקשה דממ"נ אם הכלי בעין ה"ל הילך ואי נאבד א"כ אינו חייב לו רק מעות ובמעות בעינן ש"פ כו' ועוד נראה דכי היכי דמיעט רחמנא קרקעות משבועה ומבואר בסי' צ"ה דאפי' חפר בה בורות דלא הוי ההודאה רק במעות מ"מ פטור כיון דהמעות כצמח מקרקעות ה"נ כשריבה רחמנא כלי' לפחות מש"פ אפי' כי נאבדה וההודאה במעות חייב כיון דנצמח מכלים עכ"ל ואתי היתה ושלחתי' ע"ש ס"ק ד' ז"ל ואע"ג דגבי קרקע אזלינן בתר מעיקרא ואע"ג דחפר בה בורות ועיין סי' צ"ה מ"מ כיון דהשתא הוא פחות משוה פרוטה הלא אין ב"ד נזקקין על פחות ומשוה פרוטה כיון דכלי ליתי' בעינא ועיין שם:

ס"ק ג

דחשיב כאלו הודה ז"ל עש"ך כו' ובקצה"ח תמה דא"כ לא הוי דררא דממונא כיון דליכא עדים וליכא ספק לב"ד כ"א ע"פ טענותיהם ולק"מ כו' ועוד דאפי' ליכא עדים כלל אפי' על הרדיפה מ"מ כיון ששניהם מודים הרדיפה ושני שורים מיחשב דררא דממונ' וספק לב"ד בלא טענותיהם על איזה מהם נגח עכ"ל. וכבר מבואר בקצה"ח שם ס"ק ח' בשם התו' שהקשו פ' השואל דף ק' ד"ה דמי עבד גדול וז"ל וא"ת והיכי קאמר סומכוס יחלוקו והא ליכא דררא דממונא כו' וי"ל דמיירי כגון שאמר לו המוכר בפני עדים עבד גדול אמכור לך בכ"ה דינרין ועבד קטן בעשרים דינרין ולא ידעי' מה קיבל הלוקח ומבואר דבלא עדים אלא זה אומר גדול וז"א קטן לא הוי דררא דממונא.

ס"ק ד

ואם תפס ז"ל. ובקצה"ח כתב הטעם דמהני משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי ודמי לב' כתות עדים המכחישו' זה את זה דמהני תפיסה וליתי' כמו שהקשה בעצמו מגיטין מ' גבי עשיתי פ' עבדי ב"ח והוא אומר לא עשאני דאינו מוצא לחירות אף דהעבד תפוס בעצמו ועבודתו בידו ואפ"ה לא מהני כו' אלא ודאי דלא מהני תפיסה בתרי הודאות דסתרי אהדדי והטעם דתרי הודאות לא דמי לתרי ותרי כו' ע"ש. וכבר כתוב שם בקצה"ח ס"ק ט' בשם הרמב"ן בס' המלחמות ר"פ הפרה שכתוב להדיא דמהני תפיסה בתרי הודאות דסתרי אהדדי ז"ל ומ"מ בשניהן ברי הואיל וזה אומר חייב אני לך וז"א אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מאן דתפוס ולא מזדקינין להו והכי אי' בהשולח גבי נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא נתן לי ע"ש. ועל הקושי' מעבד כתוב שם ישוב נכון לזה בס"ק הנ"ל ע"ש.

סימן צ

ס"ק ד

ישבע בעל הפקדון ז"ל עש"ך ס"ק ט"ו עד פריך שפיר לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמאי שקיל כדאמר מזיק הא יכול לטעון השטאה ובקצה"ח תמה דעיקר קושיא של הראב"ד מסוגי' דהמניח דלהרמב"ם דס"ל בא"י אם חטין אם שעורים נשבע התובע ונוטל חטים כיון שיש דררא דממונה א"כ בסוגיא דהמניח כשטוען המזיק שמא כו' הי' לו להיות ניזק נשבע ונוטל כפי טענתו ובזה לא שייך תירוץ הש"ך ע"ש. ולק"מ דכונת הש"ך הוא כך כיון דטוען משטה על השעורים לא הוי כאומר אינו יודע אם חטין או שעורים ולא הוי אלא כשאר אינו יודע אם נתחייבתי לך וליכא דררא דממונא מש"ה אין התובע כשבע ונוטל כו' עכ"ל. ולא דק בדברינו שם בקצה"ח ס"ק ז' וז"ל והראב"ד בהשגות שם השיג מהא דאמרי' גבי שורים דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי היינו דרבה ב"נ ותו לא מידי עכ"ל. והכ"מ האריך שם והודה שהיא קושי' גדולה על הרי"ן מג"ש והרמב"ם וביאור ההשגה דהתם סוף פרק המניח פריך הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק לימא תהוי תיובתא דרב"נ ואי נימא היכי דאיכא דררא דממונא נשבע התובע ונוטל א"כ בלא"ה לא מצי מיירי דקאמ' ניזק ברי ומזיק שמא דא"כ ישבע הניזק ויטול ולמה תנן המוציא מחבירו עליו הראי' עכ"ל ע"ש. וכיון דהתם תנן הממע"ה ושקיל כדאמר מזיק א"כ בלא רב"נ קשי' כיון דאיכא דררא דממונא דהא שקיל כדאמר מזיק וא"כ כיון דקאמר מזיק שמא ישבע הניזק ויטול וזה ברור והרה"מ לא עיין כל צרכו:

סימן צא

(**הגהה סק"א** שניהם נשבעין כו' ז"ל ומה שהקשה בספר קצה"ח דהא אינו חייב לשלם לעכו"ם מדינא וא"כ דמי להא דסעיף ב' כו' ולק"מ כיון דמ"מ מוכרח הוא לשלם להעכו"ם בדיניהם הוי כמשלם שני תשלומין עכ"ל. ואין זו טענה חדא מי הגיד לו להרהמ"ח שבדיניהם חייב לשלם לעכו"ם. דאפשר דבדיניהם כ"ז שאינו מברר בעדי' או בכ"י שקיבל ממנו הפועל א"צ לשלם לו ולא אמרי חזקה שליח עושה שליחותו. ועוד דאפי' אם צריך לשלם בדיניהם לא יתחייב הפועל עבור זה שבועה חמורה שלא תיקנו זה רק היכא שמפסיד הבעה"ב מדינא אבל מה שמפסיד מחמת אונס אין אדם כתפס על חבירו):

ס"ק ט

והולכתים לתוך ביתך ז"ל ומ"ש דאלו הי' החנוני מוחזק דנשבע היסת כו' ובקצה"ח כתב דדמי להא דסי' ק"ח כשיש עדים שהוא מזה העסק שנוטל מיורשין בלא שבועה דבסחורה שמכר בהקפה דימה אותו הב"ח לענין בורח לעסק ידוע משום הכי הכי נמי בחנוני שהפירות דמי לעסק ידו' ניטל בלא שבוע' ולא דמי להדדי כאוכלא לדנא דשם בסי' ק"ח אפי' שבועה היסת לא צריך דכיון שהעסק בעין ודאי לא פרע לו אביהם ועדיף מתוך זמנו אבל ודאי אם מכר לו סחורה בהקפה והסחורה היא משכון תחת ידו וטוען פרעתיך נשבע בנקיטת חפץ כשאר נשבע על המשכון עכ"ל.

והמעיין בריב"ף פ' המקבל במוצא הדין שם בשם רב האי גאון אהא דאמרו שם בעסקא דאינו נעשה מטלטלין אצל בניו כתב עלה האי דינא דגובה מן היתומים בלא שבועה ומשמע דלא אתי עלה משום חזקה דלא פרע אלא משום דחזקת העסקא ביד הנותן הוא דגובה בלא שבועה וא"כ ה"ה במוכר סחורה בהקפה דמדמי לה הב"ח לדין עסקא חשיב לי' מוחזק שלא נצטרך שבועה ואע"ג דבר"פ אעפ"י אמרו ביחד לה מטלטלי גובה בלא שבועה כבר כתוב עלה ברא"ש שם בשם ר' יונה דהיינו דוקא לכתובה ומשום לא מתפיס צררי כל שיחד לה אבל בבע"ח חיישינן לפרעון ע"ש א"כ טעמא דעסקא לאו משום דלא פרע לי' אלא משום חזקת העסקא ביד הנותן וא"כ ה"ה במוכר סחורה בהקפה דהוא כמו עסקא לדעת הב"ח. ומאי דאתי עלה הרהמ"ח מהא דאה"ע סי' ק"כ בח"מ שם סק"ה גבי גט אם נתן הגט ע"מ לפרוע תיכף ולא פרע תיכף ה"ל גזל ע"ש היינו דוקא באומר על מנת וכל ע"מ לא בעי תנאי כפול והמעשה בטל כשלא נתקיים התנאי ובמשנה דחנוני לא נזכר פנאי ואע"ג דעייל ונפיק אזוזי מבטל המכר כל ביומי' לא מיבטל ולכן נראה כמ"ש בקצה"ח דה"ל דין עסקא לענין שבועה. (הגה ועיין בס' גט פשוט סי' ק"כ סק"ח ובית מאיר סי' ק"כ סק"א בהגהה ותראה כדברי רבינו ז"ל:)

סימן צד

ס"ק ג

ועל הגלגולי' תשבע ותטול כו' וז"ל ומ"ש בקצה"ק בכל הסי' הזה תמו' בעיני דמה שנסתפק אם יכול להפך שבועה דאורייתא על נשבע ונוטל לא ידענא מקום ספק בזה בודאי על כל השבועות מגלגלין מדלא חלקו הפוסקים גם מ"ש בסק"ב ליישב דברי רש"י הוא תמו' מאוד דהא במשנה מבואר שם דבטוען א"י זכה בגדול ויהי' הטעם איך שיהי' מ"מ הא אינו יכול לומר אינו יודע וגם מה בכך שיכול לומר א"י מ"מ הוא רוצ' לטעון

ברי ולישבע על כך ולא אמר סומכוס גם מ"ש בסק"ה ליישב קושית התומי' הוא תמי' מאוד עכ"ל:

ובחנם כל החרדה הזאת. הנה הספק מבואר שם בקצה"ח סק"א וברור במקומו כשהלוה טוען פרעתי על השטר וחזר הלוה ותבע את המלוה בע"פ ונתחייב לו ש"ד להכחיש את העד ורוצה הלוה לגלגל עליו שבועת התורה שלא נפרע שטרו מי אמרי' כיון דאפי' קרקעות ועבדי' דלאו בני שבועה ננהו דבר תורה אפ"ה ע"י גלגול נשבעין ה"ה ליטול או דלמא כיון דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם א"כ לא שייך שבוע' מן התורה כדי ליטול והוא שם בצ"ע והרהמ"ח רוצה לפשוט מסתימת הפוסקים ואין בזה כדי הכרעה לפשוט הא ספיקא:

ומ"ש עוד על מ"ש בס"ק ב' ליישב דברי רש"י דהא אינו יכול לומר אינו יודע דהא מבואר שם: במשנה דבטוען איני יודע זכה בגדול ויהי' הטעם איך שיהי' מ"מ הא אינו יכול לומר איני יודע. נראה מדבריו שלא ראה דברי בעל המאור במה שמפרש משנתינו דזה אומר גדול וזה אומר איני יודע זכה בגדול כיון דלא אמרי' משוי"מ ע"י גלגול להכי כתב יהי' הטעם איך שיהי':

אמנם ז"ל בעה"מ פ' השואל. הא דתנן הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע זכה בגדול כיון דאוקימנא בטוענו עבד בכסותו ושדה בעומרים ומשום זוקקים ע"כ אית לן למימר מה זכה בגדול בכסות עבד גדול ובעומרי שדה גדולה דה"ל משוי"מ כו' אבל בגוף השדה או העבד למ"ד עבדא כמקרקעי דמי לא זכה כיון דשבוע' דידהו ע"י גלגול אתי' לא אמרי' בי' משוי"מ ודקדוק זה נתברר, מפסקא דהשואל כו' אלמא לא אמרי' משוי"מ בשבוע הבא ע"י גלגול עכ"ל. ומבואר מדברי בעה"מ דרישא בלוקח אומר גדול וזה אומר איני יודע וזכה בגדול מיירי בכסות עבד ועומרי שדה וסיפא שזה אומר גדול וזה אומר קטן מיירי ע"י גלגול ואמרי' ישבע המוכר שקטן מכר וקאי על העבד ע"י הכסות ועל השדה ע"י העומרים וכדאי שם בש"ס להדיא דף ק' דקמ"ל זוקקין וע"ש בספר המלחמות לרמב"ן וא"כ בסיפא דמיירי מגלגול הי' יכול לומר איני יודע ואינו צריך לישבע בברי שקטן מכר אלא שאינו ברי שגדול מכר דע"י גלגול לא אמרי' משוי"מ וברישא דאמרי' בזה אומר א"י זכה בגדול מיירי מעיקר השבוע' וה"ל כסותו ועומרי' לבד:

ומ"ש המחבר ז"ל גם מה בכך שיכול לומר איני יודע מ"מ הוא רוצה לטעון ברי ולישבע עלי' ולא אמר סומכוס. עדיין לא דק היטב. דכבר מבואר שם בקצה"ח דכיון דאינו צריך שבועה שברי כו שקטן מכר ויכול הוא לישבע שאינו יודע אם קטן אם גדול א"כ אפי'

רוצה לישבע שברי לו שקטן מכר בזה אמרי' יחלוקו דליכא הכא שד"א דתהוי אלים לסומכוס. וכמו בספק שאין בו שבועת התורה והמוחזק ירצה לישבע שכדבריו כן הוא ודאי דאין משגיחין בשבועתו זאת בי' דינא דסומכוס דיחלוקו רק במקום שנתנה לו התורה השבוע' אז הוא דאמרי' מוד' סומכוס היכא דאיכא שד"א וע"ש בקצה"ח והבן:
ומ"ש המחבר על דברי קצה"ח סק"ה בישוב קושית התומים שהוא תמו' מאוד הנה המעיין שם בקצה"ח יראה דברים פשוטים וברורים:

סימן צה

ס"ק א

שאינו צריכין לקרקע ז"ל ובס' קצה"ח כ' דבשומרים הוי ענבי' שא"צ לקרקע כקרקע ומשום דהרמב"ם ס"ל דתקנו משיכה בשומרי' וכיון דלענין קנין דינייהו כמטלטלי' לא מהני חזקה רק משיכ' או אגב קרקע ומשיכה אי אפשר בהו כיון שהן ומחוברין ואג"ק ג"כ לא מהני כיון דבקרקע גופה לא מחייב בשמירה וכמבואר בב"ק דף קי"ז לענין גזילה אג"ק כו' וע"ש וטעם בתרתי חדא דמי לא משכחת שהקרקע והגפני' של השומר עצמו כו' ועוד דהא לרמב"ם חייב בפשיעה בקרקעות וקנה הקרקע בחזק' לשמירה לענין פשיע' ולא דמי להא דב"ק הנ"ל דלענין גזילה לא קנה הקרקע כלל דקרקע אינה נגזלת מש"ה לא מהני אג"ק להמטלטלי' משא"כ הכא עכ"ל:
והנה מה שצויר צורה תוך צורה שהקרקע של השומר כו' בכגון זה לא מיירי הרמב"ם. ומה שטוען הרהמ"ח דלהרמב"ם חייב בפשיעה וקנה הקרקע בחזקה לשמיר' לענין פשיעה. לכאורה יפה טען. אמנם לפי מה שמבואר בקצה"ח סי' ער"ה דאגב בעי דעת אחרת מקנה והא דמהני אגב בגזילה לר' אליעזר בב"ק שם היינו משום דצבורין לא בעי אגב משום דכל שצבורין הרי הוא כמו הקרקע עצמו וכוו"ש בסמ"ע סי' ר"ב ושם בסי' הנ"ל מבואר הענין שם באורך ומש"ה אע"ג דמהני אגב במתנ' במטלטלין וקרקע בשאלה או בשכירות כמבואר בסי' ר"ב היינו כשאומר אגב וכדינא דאגב דאיכא דעת אחרת מקנה אבל היכא דליכא דעת אחרת מקנה דאינו כמו קנין אגב ממש אלא משו' דצבורין לא בעי אגב ואית בי' דינא דקרקע ונקנ' עם הקרקע כל שהחזיק בקרקע. וא"כ לשמירה נמי אין במטלטלין יותר מגוף הקרקע ודינם כקרקע ואינו אלא לפשיעה:
(**הגה ועוד** נרא' דקושי' מעיקר' לית' דקרק' לענין פשיע' אינו מדין פשיע' אלא מדין מזיק ולא בעי קנין כלל. וכמו שביאר הרמב"ם דפושע הוי מזיק והיינו כיון שקיבל עליו לשמרו וסמך זה עליו ולא גרע ממראה דינר לשלחני. וראי' לזה דהא בהקדש לא כתב

הרמב"ם שיהי' חייב בפשיעה רק בעבדים וקרקעות ושטרות ואי מדין שומר אתינן עלה לומר דלענין פשיע' עדיין דין שומר שייך בהני דאמעטי א"כ לא גרע הקד' מקרקעו' ועכ"ל דמדין מזיק ולא מדין שומר אתינן עלה ובהקדש מזיק פטור ובזה סרה קושית תוס' פ' הזהב דף כ"ח ע"ב ד"ה שומר חנם אינו נשבע ע"ש.

ועוד ראי' דבקרקעות א"צ קנין לענין פשיעה מדאמרי' ב"מ דף צ"ט וב"ק דף ע"ט כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו בשומרים וכשם שקרקע נקנית בכסף ושטר וחזקה כך שכירות נקנה כו' ואוקמי' בשכירות קרקע ואס"ד דגם לענין פשיעה צריך קנין ק' אמאי לא אמרי' גם בקרקע לענין שומרי' ובפשיע' אע"כ דפשיע' דמיחייבי מדין מזיק הוא וא"צ קנין לזה. וא"כ סרה קושית הרהמ"ח):

סימן צו

ס"ק ו

שיש לו הנאה. ז"ל עיין במהרי"ק שורש פ"א דאין הודאת קטן כלום ולא מהני בי' הודאת בעל דין עכ"ל ובס' קצה"ח הקש' מס"פ זה בורר דף ל"א ע"ש ולק"מ דבדבר שיש לקטן הנאה בעסק מו"מ או בהלוא' הוי הודאת קטן הודאה אפי' שהיא לחובתו ומהרי"ק מיירי בדבר שאין לקטן הנאה ממנו דאז אין ממש בהודאתו עכ"ל ולא חידש ולא הוסיף על דברי קצה"ח שם סק"ב וז"ל עיין מהרי"ק שרש פ"א שכתב אין הודאת קטן כלום כו' וכ"כ רבינו משה פ"ה מטוען ע"ש וקשה דהא אמרי' בפ' ז"ב דף ל"א ההוא ינוקא דתבעי' לדינא קמי' דר"כ כו' ואי נימא דקטן לית בי' מששא א"כ אפי' ידע במילי דאבוהו כו' ע"ש והתם נמי לית לי' לקטן הנאה דדוקא בהוד' בעסק משא ומתן לאחר שהגיע לעונת הפעוטות הוא דמהני הודאתו דרוצה בכך שיהיו עסקיו מתנהגין אבל בזה שהודה בקרקע שאין לו עדים וראי' מידי מששא אית ביה כיון שאין לו הנא' בזה:

ס"ק ז

חרש ואלם הרי הוא כפקח לכל דבריו. ז"ל ועיין תומי' כו' ובקצה"ח האריך בזה ודבריו תמוהים בעיני עכ"ל ואין בפיו טענה והמעיין בקצה"ח שם סק"ג יראה דברי' נכונים בטעמן:

סימן קד

ס"ק ו

וכל הקודם וגבה זכה ז"ל עש"ך ס"ק י"ד ובקצה"ח לתרץ קושית הש"ך מהא דגוב' חצי שכר אף דהלוקח מוחזק וכתב לתרץ כיון דהבע"ח נוטל גוף הקרקע עם השבח שמעלה בדמים הוי הבע"ח מוחזק דארעא לגוביינא קיימא כדאיתה פרק התקבל דף ק"ז ואף דשם איירי באפותקי כמבואר שם מ"מ הכא דהחוב נגד הקרקע והשבח יכול לומר לדידי שוה כל החוב כו' ולא ידענא מאי קאמר דעל השבח שלא נשתעבד לו כיון שתפס השני הוי כלא נשתעבד לראשון וא"צ ליתן לא השבח ולא הדמי' וגם מה שייכות יש לומר לדידי שוה גם על גוף הקרקע הא אם יאמר לדידי שוה לא יהי' לו חלק כלל בשבח ועל השבח לא שייך כלל לומר לדידי שוה עכ"ל:

והנה א"ש דעל השבח שלו נשתעבד כיון שתפס השני הוי כאלו לא נשתעבד לראשון. לא אמר כלום דכיון דלפי מ"ש לא מהני תפיסת הלוקח כיון שאין לו מהבע"ח אלא דמי' ולא קרקע ושפיר משועבד לראשון ומ"ש מה שייכות יש לומר לדידי שוה כו' הא אם יאמר לדידי שוה לא יהיה לו חלק בשבח כלל ע"ש. וגם זה אינו דמבואר בקצה"ח סי' ק"ו סק"א דאין הבע"ח צריך לומר לדידי שוה כל חובי אלא מדינא אין הלוקח יכול לסלק לבע"ח עד שיעל' בדמי' יותר וצריך הלוקח לשלם כל חובו ואם אינו מסלק כל חובו אינו יכול לסלקו בזוזי והא דאמרו דבע"ח מצי אמר לדידי שוה לאו דוקא אלא דלוקח מוכרח לומר לדידי שוה יותר מחובך וכל זמן שאינו מסלק כל חובו אינו יכול לסלקו בזוזי וא"כ כשאינו מסלק כל חובו הרי נוטל בע"ח את הקרקע ואין לו ללוקח אלא דמים בעד השבח:

(הגה **ועוד** אף אם יצטרך לומר לדידי שוה יאמר לדידי שוה כשיעור ארע' ופלגא דשבחא והשתא ממ"נ אי יהיב ליה זוזי הרי גובה חצי השבח ואי לא יהיב לי' זוזי נמצא דהקרקע שלו ועדיין מגיע לו כשיעור חצי השבח וכיון דקרקע בחזקת הבע"ח ה"ל איהו תפיס וגובה חצי השבח ודמי ממש להא דיתומים אומרים אנו השבחנו וניחא בזה מה דהתם גוב' כוליה שבחא והכא פלגא כיון דצריך שיאמר לדידי שוה כשיעור פלגא דשבחא וכנ"ל. ודו"ק):

סימן קז

ס"ק ב

ממלוה. ז"ל בס' קצה"ח כתב ליישב קושית תוס' כתובות פ"א ד"ה לא אשכחן שהקשו ממתני' דהכותב מי שמת והניח אשה והי' לו מלוה וכתב ליישב דלאביי דס"ל למפרע היא גובה וא"כ בהך דר"ט לא צריך לדר' נתן כיון שהמלוה ביד אחרים וצריך לפרוע ליורשים וכיון שבא לידי גוביינא למפרע גובה ונעשה כאלו בא ליד אבוהן מחיים ואין צריך לדר"נ וכו' ולא ידענא מאי קאמר דודאי כשכבר בא לידי גוביינא להיורשי' שוב הוי מטלטלי דיתמי ואפי' נחשוב כאלו בא ליד אביהם מחיים הא אפי' במטלטלי שגבה אביהם מחיים ומת לא משתעבד דהא במטלטלי איירי ולא משתעבדי שר' טרפון ס"ל שאין נותני' ליורשים כלל והמלו' תובע אותן מבע"ח דאביהם ובזה ודאי צריך לדר"נ דאל"ה מצי אמר לאו ב"ד דידי את עכ"ל:

ואין זו טענה כלל דהא ר' טרפון ס"ל כיון דיורשין לא תפסי להו להכי יהבינן למטלטלי לבע"ח דהא עכ"פ לגוביינא קאי או ליורשים או לבע"ח הרי הלוה או הנפקד רוצה להניח המלוה או הפקדון וא"כ הב"ד מגבי להו וכיון דהב"ד מגבי להו א"כ למפרע הוא גובה ואין צריך לדר' נתן אבל בהאי דהי' נושה באחיו מנה אינו בא לידי גוביינא כשאומר לאו בע"ד דידי את ומ"ש עוד הרהמ"ח ז"ל גם מ"ש ליישב קושית הרמב"ן למאן דס"ל דכתובה אינו גובה ממלוה כו' ג"כ תמו' דא"כ בחלק המגיע לירושתו כו' ע"ש. זה אינו דהרי הוא אומר הואיל ואני יורש החזקתי וע"כ א"א לומר לחצאין שקצת המלוה גמר והקנה וקצת לא גמר והקנה זה אי אפשר וק"ל:

ס"ק ז

וי"א שאינו גובה ז"ל עיין סמ"ע ס"ק ט"ו ובדרישה וכנה"ג ובתומי' הקשו מהא דכתב הטור סי' ק"ד בראובן שלוה ע"פ ומת ולוה חייב בנו כו' ובקצה"ח כתב לתרץ מכח סברת הר"ן חולין קל"א שכתב גבי מזיק מתנות כהונה וז"ל שכל שנתכוין ליקח מתנות כהונה לעצמו כו'. אבל אנס המלך גרנו בחובו כו' דמה לי הן ומה לי דמיהן עכ"ל הר"ן ומשם למד בקצה"ח לכאן וכתב ז"ל. דאי מכרו אין גובה מהדמים כיון שהפקיע שעבודו כי' משא"כ בס"ס ק"ד שבא לוי ונטלו בחובו כו' ועדיין מצותו עליו דומי' דנטל המלך בחובו עכ"ל ודברי' תמוהין כתב דבשלמא התם אין על הבעלים רק חיוב מצוה ולא. חיוב מעון וכשמבטל המצוה בידי' אין בידו אלא עבירת ביטול המצוה ולא חיוב ממון משא"כ הכא דאם דינו כמזיק שעבוד דחייב אפי' נתכוין להפקיע ולגזול חייב. ואם אין דינו כמזיק שעבוד כי' כ"ש כשנעשה הדבר באונס טור ועוד דאם נאמר דיש עליו חיוב מצוה לפרוע

וכופין אותי לקיים ודאי אפי' מכרן חייב דכי המצוה היא שיסלק דוקא בממון זה בשלמא גבי מתנות כהונה המצוה ליתן דוקא דבר זה כגון בראשית הגז וכשגזלו וצבעו ביטל במצות תיכף משא"כ במכירת שדה המשועבד עכ"ל וחילק בין השוין דהתם גבי מתנות כהונה נמי אין בו דין מזיק ואפ"ה כל דמשתרשי לי' חייב אלא אם ביטל מצותו בעצמו פטור וכל שלא ביטל מצותו ומשתרשי אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן וה"נ אע"ג שאין בו משום מזיק וכמ"ש בטור אבל כל דמשתרשי לי' ולא ביטל מצותו חייב ואם מכרו שביטל מצותו פטור ומ"ש המחבר דהת' מצותו בדבר זה דוקא משא"כ במכירת שדה המשועבד ודאי גם בשדה המשועבד אין המצוה על היורשין רק במה שירשו מאביהם דאין על היורשים לפרוע ממעות עצמן אם לא הניח אביהן אלא הברירה ביד היורשי' לסלק ממעות עצמן או משום דשומא הדרא או משום דמעלה אותן בדמים אמנם עיקר מצותו רק באותה שדה המשועבד וזה פשוט:

ס"ק ט

טורף חצי חוב מהלוקח ז"ל עיין סמ"ע ס"ק כ"ד ובקצה"ח כתב לסתור דברי הסמ"ע וכתב דעיקר הטעם דלא שייך אין גובי' מנכסים משועבדים ביורשין כיון דגם על היורש מכח טרפא הוא בא כמו בלוקח מן הלוקח כו' רק שהקשה מסי' ער"ה בזוכה בנכסי הגר נמצא עליו בע"ח גובה מן האחרון ע"ש. ולענ"ד נראה דדוקא בלוקח מן הלוקח שייך לומר דגם עליו מכח טרפא הוא בא שאינו עליו שעבוד הגוף משא"כ ביורש שיש עליו שעבוד הגוף ג"כ כמ"ש בתומי' סי' ס"ו ס"ק מ"ו ע"ש. ומנכסי הגר לא ק"מ דבשעת זכי' כשזכה הניח מקום לגבות בלא טרפא משא"כ בלוקח מן הלוקח שלא הניח נכסים בשעת הקנין רק מה שיוכל לבא עליהם מכח טרפא עכ"ל:

וכבר כתבתי בזה בסי' ל"ג סק"ב דאין שום שעבוד הגוף על היורש שהוא לא לוה מעולם רק הנכסים נשתעבדו שעבודא דאורייתא ולמ"ד שעבודא דרבנן מדרבנן וכן מבואר אצלינו בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ו ע"ש.

(הגה **ומ"ש** דבנכסי הגר כשזה הניח מקום לגבות בלא טרפא כו' ליתי' דהרי לא הי' גובה אלא זוכה בהם מדין הפקר והחוב עדיין כשאר ומה לי היא ומה לי אחר והי' מוכרח לבא מכח טירפא אח"כ וזה פשוט:)

סימן קי

ס"ק א

ז"**ל** ובס' קצה"ח כתב בדין עובר למ"ד דאין זכי' לעובר אפי' בירושה דממילא ודאי דנזקקין כיון דאין לו חלק ושייך רק ליורשי' גדולי' ולא דק דמ"מ כשיולד אח"כ תפול הירושה גם לפניו ותפיסה לאח"ז בעדים לא מהני כמבואר בסעיף ב' ועכצ"ל דחלק העובר מתלי תלי וקאי עד שיולד העובר רק דמ"מ אינו פוסל מתרומה דשם מיירי שיש לו אחי' כהני' ואוכל בשבילן דהחלק שהוא מתלי תלי אינו מקלקל היתר אכילה כיון שעדיין אינו משועבד לאחר וגם אין חלק זה נקרא בן חורין עכ"ל. ומ"ש אין חלק זה נקרא בן חורין אינו מובן ואולי טעות כפל בדפוס. (הגה והנה מ"ש הרהמ"ח ז"ל וע"כ צ"ל דחלק של העובר אין האחין היורשין זוכין בו דהא אם כשבח של העובר הוא ע"כ כבר עמדו בזה התוס' ביבמות דף ס"ז ע"א ד"ה אוכלין בשביל כל המשפחה ע"ש ומ"ש עוד רק דמ"מ אינו פוסל מתרומה דשם מיירי שיש לו אחין כהני' ואוכל בשבילן דהחל' שהו' מתלי תלי אינו מקלקל כו' שגג' היא בידו דזה הוא דוקא לרב ששת דס"ל הכי אליבא דרבנן דר"י דיש חילוק בין יש לו אחים או אין לו כמ"ש תוס' פ' מי שמת דף קמ"ב ד"ה בן יום אחד ע"ש. אבל לשמואל אליבא דרבנן אפי' אין לו אחי' כלל אינו פוסל כמבואר להדיא בש"ס יבמות ס"ז דאוכלין בשביל כל המשפחה וזהו דעת הרי"ף והרמב"ם. אלא דהאמת כמ"ש הרשב"א הובא בסמוך.)

ובעיקר דבריו שכתב לחלק מהך דתרומ' משום דהתם החלק שהוא מתלי תלי מקלקל היתר אכילה כיון שעדיין אינו משועבד לאחר. גם בהך דאין נזקקין לנכסי יתומי' קטני' החלק שהוא מתלי תלי אינו מגרע כח הבע"ח כיון שעדיין אין העובר יורש:

ומצאתי לתשובת הרשב"א ח"ב סי' שע"א והיא התשוב' שהביא ב"י סימן רפ"ט ז"ל עד שאלת מי שמת ויש לו בנים גדולים והניח אשה מעוברת ובאו גדולים לחלק ביניהם כל הנכסים והאלמנה מעכבת על ידם שמא זכר הוא ונוטל חלק בנכסים או שמא תאומים הוא במיעי' מי נימא שהעובר ממעט בחלק' כו' או כאמר שאין חוששין למיעוט דכל היולדת מחצה זכרים ומחצה נקיבות ומיעוט מפילות וה"ל זכרי' מיעוט או דלמא מעמידין אפטרופס לעובר כהאי דאלמנה לכ"ג. תשובה. הדין עם האלמנה שאע"פ שאמרו שאין חוששין למיעוט היינו דוקא שלא לפסול את העבדים לאכול בתרומה אבל שיטלו את הנכסים כולן לא שא"כ לקתה מדת הדין בכך שאם תלד זכר נמצא מפסיד כל חלקו דלמא שמטי אחי' ואכלו כל חלקו של זה. ותדע לך שאין למדין דין הירושה מדין העבדים האוכלים בתרומה שהרי לרבנן דקי"ל כותייהו דאמרי שאין זכי' לעובר הא

אמרי יש לו בני' כו' אין לו אחין אוכלין בשביל כל המשפחה ולענין ירושה ודאי לא אמרי רבנן הכי שיוכלו האחין או בני משפחה ליטול הנכסים ואמר עכשיו אין זכי' לעובר וניטול אנו את הנכסים עד שיצא הולד לאויר העולם אלא שאם באו האחין הילודים ליטול חלקם עושין להם כרב נחמן ומעמידין אפטרופס לעובר ליטול את חלקו עד שנדע אס זכר או נקבה ולעולם לתאומים לא חיישינן דמיעוטא היא ולא חיישינן כלל עכ"ל:

ולפי"ז בנדון דידן היכא שאין לו לעובר אחין לא נחתינן לנכסים לסלק לב"ח כיון דבין זכר בין נקבה עובר יורש הוי וצריכין להעמיד אפטרופס וכמו שאין המשפחה יכולין לירד כך אין הב"ח יכול לירד אבל אם יש לעובר אחין גדולים נחתינן לנכסים לסלק לב"ח ומטעמא שכתבנו שם דהא דאין נזקקין לנכסי יתומי' קטנים היינו בידוע בודאי שהוא של קטנים ומש"ה אע"ג דאין האחין יורשים לנכסים לפמ"ש הרשב"א משום דלמא שמטי ואכלי חלק העובר מ"מ הא דאין נזקקין לנכסי קטנים אינו אלא בודאי וכמ"ש הר"ן וזה אינו אלא מיעוט דרובן או נקבות או נפל:

ומ"ש הרהמ"ח עוד שם משום דלא מהני תפיסה בעדים לאח"מ ע"ש. זה אינו אלא כשהוא ודאי של קטני' ולא בספק דהרי גם בזה שכתב הר"ן דהיינו בספק שמא מורישם עדיין חי אעפ"י ששמעו בו שמת גובין מנכסיהן ואם אחר שגבו נודע שמת מקוד' לא מפקינן מב"ח כיון דכדין גבה וכמו כן בנדון דידן אעפ"י שנתברר אח"כ ונולד זכר אפ"ה כל שגבה הב"ח כדין תו לא מפקינן מיני':

ס"ק ב

לפיכך אם תפס ז"ל עש"ך סק"ה דבתפס מעות מהני תפיסה דלאחר מית' ובקצה"ח הקש' דהא כתבו הפוסקי' דהא דרבה ב"ש מיירי לענין הפירות שכבר אכל דהוי כתפס מעות ואפ"ה קאמר התם שימתין עד שיגדלו יתומי' ולא קשה מידי דלדינא דש"ס דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אפילו שבח שהשביחו הנכסים לאחר מיתת אביהן ה"ל ראוי רק שתופס המטלטלין בעד הקרקע שהניח להם שנשתעבד לו א"כ אי אפשר לומר דהוי כאלו נפרע כבר מש"ה לא מהני תפיסה משא"כ לדידן דמטלטלי דיתמי משתעבדי כשתפס מעות הוי כאלו נפרע כבר כיון דמדינא הבע"ח נפרע מהן עכ"ל ואכתי תקשי לפמ"ש הר"ן ר"פ אלמנה ניזונת ע"ש דמוקי לה בתפיסה דלאחר מיתה וז"ל וכ"ת אי תפיסה דלאחר מיתה היא היכי מהני לכתובה נראה לי דכי אמרי' לכתובה מפקינן מינה דוקא במטלטלין דמ"מ מחסרא גוביינא אבל במעות לא שהרי כבר נפרעה עכ"ל וע"ש. מבואר מזה דאע"ג דמדינא מטלטלי דיתמילא משתעבדי אפ"ה תפס מעות מהני אפי' לאחר מיתה וא"כ מצד מטלטלי דיתמי לא איכפת לן כיון דתפס מעות ומהני אפי' לאחר

מיתה וא"כ ע"כ דצריך רבה ב"ש להמתין עד שיגדלו יתומי' היינו משום דלא מהני תפיסה בקטנים ואפי' תפס מעות:

עוד שם ז"ל ומ"ש הפוסקים הטעם דלא עדיף מגו מעדים וכיון דאין מקבלין עדו' שלא בפני בע"ד גם מגו אין מקבלין כו' ומ"ש בקצה"ח דאפי' בעודו גדול לא מהני שום המגו כיון שכבר טוען בפני הב"ד ולא הועיל המגו שלו שוב אח"כ בגדלות ה"ל כמגו למפרע כמו בעדים וראה ואפי' טענת משכון לא מהני והא ודאי ליתא דכיון שהי' לו מגו בפני ב"ד ודאי מהני מגו ואפי' בעדים וראה פסק הש"ך סי' ע"ב ס"ק צ"א דאם הי' לו אז מגו דמהני רק במשכון לא מהני דצריך שבועה ע"ש. וגם ירד לחלק בחילוקים זרים עכ"ל. ומדברי המחבר נראה שלא שת לבו לעיין בכל הדברים האמורים שם בקצה"ח סק"ב דהחולקים שם על סברת מהרש"ך ומהרש"ל דלא עדיף מגו מעדים ובעדים קי"ל דאין גובין עדות שלא בפני בע"ד הנה טעמם רק משום דהתם להוציא אבל להחזיק מקבלין שלא בפני בע"ד לזה כתב שם בקצה"ח דכיון דהא דמהני עדים להחזיק אינו אלא משום דיש לו עדי' ויוכל להביאם לכשיגדילו מש"ה לא מפקינן מיני'. ובמגו כל שלא הועיל לשעתו תו אינו מועיל לאחר זמן ומשום דכל הצריך שבועה לא מהני לפני עדים וכמ"ש הש"ך ואם אינו מועיל לשעתו המגו דהוי שלא בפני הבע"ד תו אין בו תורת ב"ד לפסוק שבועה ואינם רק כעדים ואח"כ כשיגדילו שוב לא יהי' לו מגו וכיון שלא יהי' לו אז מגו מפקינן מני' וע"ש באורך ודבר זר לא בא שם רק כולם נכונים וברורים וע"ש:

סימן קיא

ס"ק ט

(**הגה** מטלטלי אג"ק עש"ך ס"ק ס"ק י"ח כו' ועיין בס' קצה"ח שכתב כיון דעיקר סברת תוס' בפסחים ל"א לחלק בין קרקע למטלטלין הוא מטעם דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו דהא אם מכרן אין גובה מהן וא"כ לדידן דאית לן תקנת השוק כו' ואפילו כתב לו אג"ק אינו גובה שוב לא שייך שעבודא דר"נ ע"ש ולפמ"ש בסי' פ"ה דאפי' יתומי' שגבו קרקע בחובת אביהם אפי' במלוה ע"פ חוזר וגובה מהן כו' א"כ כ"ש במטלטלי אג"ק כוי דשייך בי' משום שעבודא דר"נ עכ"ל:

ובאמת שם בסי' פ"ה סקי"ח כתב לחלק בסברת התוס' פסחים הנ"ל בין במטלטלי דלאו בני שעבוד דאורייתא נינהו להכי לא שייך בהו שדר"נ משא"כ בקרקע אפי' במלוה ע"פ כיון דמדאורייתא משתעבדי למ"ד שד"א שייך ביה שפיר שעבודא דר' נתן. זהו תורף דבריו: ונעלמו ממנו דברי הרשב"א בחידושיו לב"ק פ' הכונס ולקידושין בשלהי

מס' הובאו בקצה"ח סי' ל"ט סק"א וסי' פ"ו סק"א דמדאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין ולמ"ד שעבודא דאורייתא גובה דבר תורה אפי' מטלטלין שמכר ע"ש וא"כ אין חילוק בין קרקע למטלטלי אלא מדרבנן ואפ"ה כתבו תוס' כיון דעכ"פ מדרבנן לא גבי לא שייך גבי' שעבודא דר"נ א"כ ה"ה בקרקע כשהי' המלוה השני ע"פ כיון דמרבין לא גבי אם מכר לא שייך גבי' שעבודא דר"נ וכן מבואר להדיא בקצה"ח סי' פ"ה סק"ו ע"ש ותמצא נועם לנפשך בראיות המובאות שמה ורש"י ותוס'. וא"כ ברור כשמש דלדידן דאית לן תקנת השוק אפי' כתב לו מטלטלי אג"ק לא משתעבד מדר"נ דלא סמכה דעתי' דמלוה כיון דאם מכר אין מוציאין והדין דין אמת:

סימן קיב

ס"ק א

יכול לחזיר (הגה ז"ל ובס' קצה"ח הקשה מדברי הרא"ש פ"ק דמציעא שכתב גבי שטר מכר בכתב ומכר לראשון ולא מסר השטר ואח"כ מכר לשני ומסר לו השטר ואח"כ מסר השטר לראשון דלא אמרינן עדב"ח זכין לו כו' ועכצ"ל דבשטר הלואה שחזר ולוה ומכר דלא שייך חזר' כו' ולא קשה מידי דשאני התם לענין עדב"ח זכין לו כו' דבשלמא בחזר ומכר לשני שוב נתבטל השטר הראשון לגמרי דשוב אין למוכר כח כו' משא"כ בשטר הלואה אף שמכר שדותיו מ"מ לא נתבטל השטר הלואה והשיעבוד לגמרי כו' משא"כ הכא לענין שיעבוד לראשון השדה שיקנה ואח"כ חזר ושיעבוד לשני אותה שדה עצמו שיקנה ודאי הוי חזרה מראשון כששיעבדו לשני ואחר החזר' שוב לא הקנה לראשון עכ"ל. וסילק בין השוין דאדרבה יותר יש סברא לומר דבשעבוד דאקנה לא הוי חזרה בשני מהראשון דיכול להיות שיקנה עוד יותר משיעור ב' החובות משא"כ בשטר הלואה שמכר אח"כ שדותיו הי' לנו לומר שחזר משעבודו. ומ"ש שחזר ושיעבוד לשני אותו שדה עצמה שיקנה כו' ליתי' דהרי אינו מסיים איזו שדה רק שיעבד סתם דאקנה:

ומ"ש דבשטר הלואה סתם נשאר זכות לענין שיעבוד שאר נכסי. קשה דגם בדאקנה עדיין נשאר זכות דאטו אין בהשטר יותר משיעבוד דאקנה והלא השטר הוא שטר מלוה אלא שנוסף בו שיעבוד דאקני והאמת יורה דרכו דסברת הרא"ש היא פשוטה וברורה דבדבר שאם הי' מוכר השטר לראשון מיד לא הי' יכול שוב למסור השטר השני להשני אז אמרינן כשמסר לשני קודם לראשון הוי חזרה כמו במכר ומכר דאלו מכר ומסר לראשון לא הי' יכול למכור לשני משא"כ בלוה ולוה או לוה ומכר אף אם הי' מוסר לראשון הי'

יכול ללות משני או למכור לו נכסיו אין בזה שום חזר' ולכך אין חילוק בין לוה ומכר לדאקנה ואין צורך לכל דברי הרהמ"ח:)

סימן קיד

ס"ק ו

דאין שומעין ללוקח ז"ל ובקצה"ח סי' ק"ט כתב לפמ"ש תוס' בכתובות צ"א דהא דלוקח יכול לסלק בזוזי הוא רק מטעם שיכול להעלות השדה א"כ בלא"ה אין שומעין ללוקח ע"ש ואשתמיטתי' דברי הדרישה שמפרש דאף בלא עילוי יכול לסלקו רק שבתומים רוצה לסתור דברי הדרישה ע"ש עכ"ל:

והנה בתוס' פ' מי שהי' נשוי הקשו מאי פריך בפ' המקבל הניחא כו' מנלן דלמא היכא דהמלוה רוצה הקרקע בדמים שלקחו הלוקח לכ"ע אינו יכול לסלקו בזוזי ותירצו דמכל מקום כל שעה יסלקנו דישום הקרקע כפלים על שויו עכ"ל ומזה הוכחנו בסי' ק"ט סק"א דאין הלוקח יכול לסלק בזוזי אלא כשמעלה בדמים יותר וע"ש. ובדרישה מפרש דברי התו' דכיון שיכול לסלקו כשירצה להעלות השומא דיש לו רשות בשאין מעלה השומא ע"ש ובתומים כתב על דברי הדרישה ז"ל והדוחק מבואר מעצמו ואין זה סובל לשון התוס' ע"ש:

ואמנם אשתמיט להו דברי הר"ן פ' מי שהי' נשוי ז"ל ופלוגתא דרמי בר חמא ורבא פירשו בו דבהא פליגי דרמב"ם סבר דאי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי לסלוקי לבע"ח בזוזי ורבא סבר דמצי מסלק כו' ותמה אני אי בהא פליגי היכי אמר רמב"ח היינו מתני' ורבא נמי היכי מהדר לי' הכא מאי פסידא איכא דמהך שקלא וטרי' משמע דלא פליגי אלא אי מצי לעלויי או לא אבל בשוה לא מצי לסלוקי אלא ודאי נראה מכאן דאפי' מ"ד מצי לסלוקי בזוזי היינו דוקא בבא בטענת עלוי הא לאו הכי לא וכיון דסבר רמי בר חמא למגמר ממתני' דלא מצי לעלויי וממילא לא מצי לסלוקי ורבא אצטריך למדחי' דמצי לעלויי וממילא מצי לסלוקי מחמת טענה זו עכ"ל הר"ן ומבואר מזה להדיא דלא כדברי דרישה אלא דוקא בבא מחמת טענת עילוי וכמ"ש בסי' ק"ט סק"א ע"ש:

סימן קטו

ס"ק ט

אבל עשאו אפותקי ז"ל עיין בקצה"ח שהקשה הש"ך שכתב דהעיקר כפרש"י כיון דאינו נוטל רק חצי השבח ולמאן דס"ל דחולקין לפי הממון א"כ לעולם לא משכחת להו שיפרע

הבע"ח כל חובו משבחא כו' דהא כל זמן שלא נפרע מחובו אין צריך ליתן בעד הוצאה אא"כ בהוצאה יתירה מחובו וצ"ע ע"ש ואיני יודע למה חלוק השבח מההוצאות ובודאי משכחת לה כגון שחובו הי' ק"י זהובים והקרקע הי' שוה ק' זהובים והלוקח הוציא עשרה זהוב' ועכשיו הקרקע שוה קי"א זהו' שאין השבח רק זהוב אחד כו' ע"ש ואין ציורו עולה יפה ע"ש:

(**הגה** הרהמ"ח חשיב וטעה במ"ש חולקין השבח לפי ערך ונוטל הבע"ח זהוב א' והלוקח עשרה זהו'. שזה אינו לפי ציורו שהרי ללוקח מגיע זהו' נמצא הלוקח נוטל י"א חלקים והבע"ח חלק א' מי"ב ונמצא שהבע"ח עדיין לא גבה כל חובו. ובלא"ה הוא ציור דחוק ורחוק)

עוד כתב ז"ל גם מ"ש לתרץ דברי רש"י ב"מ ט"ו בהא דמסיק שיעור ושבחא היינו בשבח היתר על היציאה שתמהו כל המפרשים דלמה נקט למלתי' בלשון יציאה. ותי' הוא דהנה הא דאמר התם בש"ס הניחא למ"ד כי אית לי' זוזי ללוקח לא מצי לסלוקי אלא למ"ד כו' והוא לכאורה קשה דמה"ת לא יהי' יכול לסלקו בקרקע עם השבח ששוה שיעור מעותיו והמותר ישאר ללוקח ועל כרחך הטעם כיון דהשבח מדינא. לא משתעבד לי' רק משום נעילת דלת עשאו כאלו קנאו ומכרו כמ"ש הרא"ש אינו יכול לסלק לבע"ח רק בגוף הדבר המשועבד כו' וא"כ להרמב"ן דשבח היתר על הוצאה משתעבד מדינא ממילא יכול לסלק הבע"ח בו משא"כ בשבח שכנגד ההוצאה דלא משתעבד לי' ואינו יכול לסלק אותו ע"ש. ולא הבינותי דודאי אם השבח היתר על אותי משתעבד ממילא גם השבח שכנגד ההוצאה משתעבד לבע"ח רק שצריך ליתן לו הוציאותיו דלא גרע מיורד שלא ברשות וכיון שהוא משועבד מה"ת לא יהא יכול לסלק אותו בקרקע עם השבח שכנגד חובו עכ"ל:

והמחבר לא דק בדברי קצה"ח שם סק"ט דלשנות הרמב"ן והמישרי' דס"ל דשבחא דממילא אין צריך דאקנה וכן שבח היתר על היציאה כשבחא דממילא וכשניקרה ואין צריך דאקני וא"כ הא דפשיט בש"ס דאקני משתעבד מדתנן והשביחה ובא בע"ח ונטלה היינו משום דמשמע והשביחה כמי מחמת הוצאה ובשבח שנגד היציאה וע"ש בקצה"ח וא"כ השבח שכנגד היציא' מדינא לא משתעבד דהא לאו דאקני הוא דלא קנאו המוכר לעולם ואינו אלא משום תקנת החכמי' דעשאוהו כאלו קנאו ומש"ה לא מצי מסלק לי' בשבח שכנגד היציאה דזה חשוב דאקני ולא קנאו מעולם וכמבואר בקצה"ח סק"ד ע"ש דבמקום דלית לי' פסידא למלוה אינו גובה משבח שהוא דאקני ושבח שכנגד היציאה הוא דאקני וע"ש בקצה"ח מבואר הכל באר היטב בעזה"י:

סימן קיז

ס"ק ב

אסרן לכל העולם ז"ל בקצה"ח הקשה הא קונם כללי לא הוי רק קדושת דמים ויש לו פדיון ע"ש. ובאמת רוב הפוסקים ס"ל דקונם כללי ג"כ הוי קדושת הגוף ולק"מ עכ"ל. ועביד אינש דגזים ואמר ולא עביד שהרי לא הביא מי הם הסוברים דהוי קדה"ג ואדרבה מבואר שם בקצה"ח סק"ה דכל הפוסקים ס"ל דקונם כללי יש לו פדיון והמה הרמב"ם ותוס' והר"ן ע"ש:

סימן קכא

ס"ק א

אפי' שהשליח עכו"ם. (הגה ז"ל ובס' קצה"ח מביא ראיה מדברי תוס' ב"מ לחייב בשליח עכו"ם ודבריו תמוהין להמעיין בסוגיא דב"מ שם עכ"ל. והמעיין שם בסוגיא ובתוס' ד"ה בשלמא סיפא לחומרא. יראה שכנים דברי הקהצ"ח וישראל שקיבל מעכו"ם לא זכה בשביל המלוה כ"ש עכו"ם שמקבל בשביל ישראל שאינו זיכה בשבילו וע"כ צריך לומר והפטר והוי כמו תנם על גבי סלע ואין תמי' בדברי' אלו):

סימן קכב

ס"ק ז

מחצה או שליש. ז"ל עש"ך סקכ"א לחלק בין חוב בשטר לקרקע ומטלטלין ע"ש והטעם דמה שיוצא מן החוב דמי לאומר שמוכר לו דמי היין כשימכור היין דהוי דבר שלא בא לעולם כמבואר בסי' ר"ט דדמי השט"ח בשעת מכירה לאו של מלוה הן דמלוה להוצאה ניתנה. משא"כ קרקע ומטלטלין מעכשיו הן של התובע ובקצה"ח כתב דבשכר פעולה כיון דחייב לשלם דמים אמרי' מגו דמשתעי דינא כו' ודבר תימה כתב דמ"מ כיון שאין לו קנין בגוף הדבר רק שהמשכיר חייב לו לא שייך מגו דמשתעי דינא ופשוט עכ"ל:

וכבר מבואר בקצה"ח סי' של"ב סק"ה בשם תרומת הדשן סי' ר"ל וז"ל והאי דטרח אחר שט"ח של חבירו עד שהביאו לידי פרעון כו' א"כ נ"ד כמי לא קנה בגוף הכתב שהרי לא נכתב ולא נמסר כו' ונמצא שלא קנה אלא שכרו בדמים כפי מה שהי' שוה רביעית הכתב כשהתחיל לטרוח בו אבל מה שנפטר ממנו אח"כ מהיכן יזכה זה דשלב"ל הוא כיון שלא זכה בגוף הכתב כו':

אמנם נראה שי"ל בהאי דאשר"י פ' בתרא דע"ז שהתם כיון דלעולם צריך לתת לו דמי החפץ הרי נתקיים לשכיר תנאו כדאיתא פ' מי שאחזו היכא דליכא לצעורי קא מיכוין אמרינן מה לי אצטלית מה לי דמיהן א"כ נ"ד אם לא יקנה בגוף הכתב א"כ לא נתקיים לו תנאו והשוכר שעבד עצמו לתת לו שכרו כך כו' והיכא דחזינין למצוא טעם וראי' כדי לקיים מנהג הפשוט גם בארצינו שטורחין עבור חובות למחצה לשליש ולרביע אין פוצה פה לחזור בדבר עכ"ל תה"ד ומזה מבואר שם בקצה"ח דלא כש"ך שם שכתב דאם ירצה ליתן מה ששוה השט"ח כפי מה שהוא שוה למכור וע"ש אלא כיון דהבטיח ליתן לו רביעית ממה שיהי' אחר שיפרע ואם יטול פחות מזה לא נתקיים התנאי כלל וצריך לקיים תנאו כמו שהתנה ע"ש בביאור רחב וא"כ זוכה במה שיוציא מן החוב למחצה ולשליש וכיון דמשתעי דינא בפלגא שהיא שלו אחר שיגבה משתעי בכולה וזה נכון והמחבר לא עיין בדברי קצה"ח הנ"ל:

ס"ק ח

ששמעון יתן לו מעותיו. ז"ל ובקצה"ח כתב דמ"מ חייב לשלם דמיהן דהיינו ששמין כמה שוה המעות שיהי' על זמן שהבטיח לו כיון שטרח והלך בכדי להוציא הממון והוא ג"כ תמו' דלפי דבריו הוי רבית גמור שמטריח עצמו בחנם מחמת שמלוה לו אח"כ המעות וע"כ צ"ל בטעם ההיתר דהוא מטעם שכתב הט"ז בי"ד סי' קע"ג סקכ"ד דהיינו דהלוקח טורח בשביל עצמו כדי שיגיע המעות לידו ולפ"ז אי אפשר לו לתבוע שכר טרחתו עכ"ל: **והמעיין** בט"ז שם יראה מבואר להדי' דזה שביקש שיגבה לו חובו ושיהי' המעות בידו ודאי לטובת המלוה ולהנאת המלו' הוא דטרח אלא אע"ג דאיכא הכאת מלו' כיון שהוא נמי לטובתו לאו איסור הוא ע"ש וא"כ אם אינו מלוה לו אח"כ המעות ודאי צריך ליתן לו שכר טרחתו וכיון דאינו רוצה לקיים דבריו וליכא תו הנאת עצמו ודאי צריך לקיי' כפי שכירותו כיון שהוא ביקש ממנו ועל פיו טרח וזה פשוט וברור:

סימן קכג

ס"ק א

חוב על עכו"ם ז"ל בקצה"ח כתב על הב"י שכ' בשם תשובה דראובן שהי' לו שטר על גוי ונתנו לשמעון לגבותו וגבאו מיד ואמר לראובן שנתן לגוי זמן שני חדשים אמנם אם ירצה יתן לו שטר אחר משלו בפרעון שטרו וכו' וכתב הב"י ויש לתמוה עליו דכיון ששמעון גבאו מיד כבר זכה ראובן במעותיו ושלו הם ובשביל ששמעון הטעהו לא אבד את זכותו עכ"ל הב"י וכתב בקצה"ח להביא ראי' מדברי תוספות דף ע"א ד"ה בשלמא

סיפא לחומרא דאינו יכול לזכות המעות מן הנכרי אפי' בישראל שעש' שליח לישראל השני וקיבל מעות מן הנכרי ע"ש. ותמוהין מאד דבריו דאף דזה אמת דאין המעות נקנה לישראל מ"מ הנכרי נפטר מההלואה כמבואר בסי' קכ"א באומר שלח ע"י עכו"ם דפטור אף שאין שליחות לעכו"ם ודמי למ"ש הריטב"א בקידושין באומר הנח על גבי קרקע והפטר דנפטר מהלואה והלוה יכול לחזור וליקחם דלא נקנה המעות למלוה והדין דין אמת אבל מכל מקום נהי דהמעות עדיין של העכו"ם מכל מקום מן התורה לא יהיה המלוה יכול לגבות דמי חובו של עכו"ם ממעות הללו בפרט דאי אפשר לו לתבוע החוב ממקום אחר רק ממעות הללו ובודאי שאין שום אדם יכול לקחתם רק המלוה גובה חובו מהן וכן בהנח על גבי קרקע והפטר ודאי דאין שום אדם יכול ליקח אותן ולהשתמש בהן רק המלוה גובה חובו מהן ואם לקחן אחר המלוה מוציא אותן ממנו בדייני' וזה ברור ופשוט ובחנם תמה דהא דברי קצה"ח שם ס"ק ג' אינם אלא על דברי ב"י שהקש' כיון ששמעון גבה מיד זכה ראובן באותן מעו' ושלו הם ובשבי' ששמעון הטעתו לא אבד זכותו ובזה נתבא' שם בקצה"ח דלא זכה ראובן במעו' שגב' שמעון והמחב' מוד' בזה שהו' אמת ודי בזה לומ' כי צדקו דברי הקצה"ח אמנם המחב' בא בטענ' אחרת שלא הזכיר ב"י והוא כיון דהנכרי נפטר מהלואתו כו' וכן בהנח על גבי קרקע והפטר ודאי דאין שום אדם יכול ליקח אותן ולהשתמשיכו' והנה הא דבהנכח על גבי קרקע אין שום אדם יכול לקחתם היינו משום דהוא עדיין של הלוה כיון דעדיין לא זכה בהם המלוה והכא בנ"ד עדיין הוא של העכו"ם ובשל עכו"ם הוא זוכה לא דאתינן עליו מד"ר נתן וכבר נסתפק הרשב"א בתשובה אם שייך שד"ר נתן בעכו"ם הובא בב"י ר"ס פ"ו ע"ש ואפי' נימא דשייך שעבודא דר"כ גם בעכו"ם הא שעדר"נ אינו אלא בדלית לי' נכסי ויכול להיות דאית לי' נכסי ואפי' נימא דכאן בנ"ד הוי כלית לי' נכסי דהא העכו"ם נפטר מחובו במנה שציוה לעכו"ם לשלוח לו ע"י שמעון א"כ שוב לא שייך דר' נתן כיון דהעכו"ם אינו חייב לראובן ע"י מה שגבה שמעון גם השמיט המחבר דברי תשובת הרא"ש שם שהובאה בב"י והוא בקצה"ח שם ס"ק כ' ז"ל ראובן הי' לו שטר על גוי ונתנו לשמעון לגבותו וגבאו מיד ואמר לראובן שנתן לעכו"ם זמן ב' חדשים אמנם אם ירצה יתן לו שטר אחר משלו בפרעון וכן עשה עתה אמר ראובן ששמעון נתן לו שטרו על תנאי שאם יגבה תוך ב' חדשי' ואם לאו שלא הי' רוצה בחליפין ושמעון אומר שנתנו בלא תנאי כתב הרא"ש בתשובה השטר שנתן שמעון לראובן צריך הי' שיקנהו בכתיבה ומסירה והעדי' שהיו בקנין המסירה אם אינם מעידין על תנאי חליפין גמורי' הם בלי תנאי כיון שלא נעשה התנאי בפני העדי' עכ"ל הרא"ש וא"כ בזה לא שייך שעבודא דר' נתן כיון דשמעון אינו

חייב כלום לראובן שהרי נתן לו בחליפין שטר שלו והב"י לא הקשה אלא כיון דראובן זכה מיד במעותיו ובשביל ששמעון הטעהו לא אבד זכותו וזה אם המעות של ראובן אבל כיון שנתבאר שאין המעות של ראובן ולא זכה במעות ושמעון כבר הטעהו וסלקו בשט"ח שלו ואינו חייב לראובן כלום ודאי דאינו יכול לגבות משמעון כלום בשביל הנכרי כיון דכבר סילקו שמעון וזה פשוט:

סימן קכה

ס"ק י

ויש אומרי' דתן כזכי ז"ל ובקצה"ח כתב דלדע' כו' דס"ל דתן אף דהוי כזכי מ"מ הוי בתנאי עד שיתן והברירה ביד השליח שלא יתן ולא יזכה בו וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם גבי גנו ולזה הקשה אהא דסעיף א' בהחזיר והעני דחייב הא לא קיים תנאו ולא זכה ולק"מ דדבר שבממון שאני דכל תנאי שהוא לטובת המקבל יכול המקבל לומר הריני כאלו התקבלתי ויכול למחול התנאי וכדאמרי' בקונם אם אי אתה נותן לבני כור חטין משא"כ באיסור לענין גט שחרור דבעינן דלמטי לידי' דוקא עכ"ל ולא דק במה שהבין בזה שאומר תן דהוי כזכי ובתנאי שיתן לו ליד המקבל דהתנאי לטובת המקבל וזה אינו טובת המקבל אלא התנאי הוא לטובת הנותן שיכול לחזור בו קודם שיבא לידי המקבל (דבשלמא התם בקונם אם אי אתה נותן לבני תמ"ה איסורו בזה אנו רואין שמכוין לטובת בנו משא"כ הכא אדרבה יותר הי' טוב למקבל אם הי' אומר זכה שהי' זוכה בו מיד וא"כ בתנאו מגרע כח המקבל) ועוד לפי מה שהבין המחבר שהוא טובת המקבל א"כ בגט שחרור נמי התנאי לטובת העבד המקבל יוכל לומר הריני כאלו התקבלתי (הגה ומ"ש הרהמ"ח דבאיסור בעינן דלמטי לידי' דוקא ליתי' דעיקר קבלת הגט שחרור נעשה ע"י קבלת השליח דהולך כזכי וזכה הוא במקום העבד והרי הוא משתחרר מאותה שעה. אלא קבלת העבד הוא תנאי בעלמא ואינו נוגע לדין קבלת גנו וא"כ הוא לטובת העבד ויכול לומר הריני כאלו התקבלתי) אלא ודאי דזה לא חשיב טובת המקבל וא"כ אין המקבל יכול לומר הריני כאלו התקבלתי אלא דהנותן אם רוצה יכול לבטל תנאו קודם שנתבטל וכמבואר בר"ן פ' האיש מקדש ועיין בטור וש"ע אה"ע סי' ל"ח מדין ביטול התנאי אם יכול למחול אמנם כאן אין הנותן מוחל תנאו כיון דבעצמו חזר וקיבל מן השליח וכיון דאי אפשר לקיים התנאי ונתבטל המעשה תו אינו יכול לבטל תנאי' אבל המקבל ודאי לא מצי למימר הריני כאלו התקבלתי דאין זה לטובת המקבל וזה פשוט:

סימן קכו

ס"ק א

בין בפקדון ז"ל עיין ש"ך ס"ק א' עד אבל אם הי' אז שוה כנגד חוב שניהם קנה מדין מעמ"ש אף אם אפשר שתזלזל אח"כ ובקצה"ח כתב ז"ל דכיון דלוי אינו יכול לכופו לשמעון שיקח לו מהסחורה כדי חובו והשאר יחזיר לו כמבואר בסי' ע"ד סעי' ה' וא"כ לא הוי כמנה לי בידך עכשיו דהא אינו יכול לתבוע עכשיו כו'. אמנם למ"ש בסי' ע"ד דאם אמר המלוה מכור במה שתוכל חלק מהשמעון לגבות חובך והחזר לי המותר יכול לכופו וליתא לדברי קצה"ח עכ"ל:

ונראה דבתחלה עלה במחשבתו לכתוב כן בסי' ע"ד ולבסוף חזר בו דהרי בסי' ע"ד לא הזכיר כלום מזה ע"ש ואין צריך ראי' לסתור דבריו דודאי מידע ידוע שאין יכולת בשום אופן להלוה לכופו להמלוה שיחזיר לו חצי המשכון כיון דדינא דבע"ח בזוזי והמלוה רוצה להמתין ללוה שיפרע לו כדינו ואין המלו' זקוק למכור מטלטליו של לוה כשרוצה להמתין עד דהוי לי' זוזי ללוה וזה ברור ופשוט:

סימן קכח

ס"ק ב

אפי' הי' המלוה דוחקו. ז"ל עש"ך סק"ג עד איכא לפרושי שכבר הקריב קרבנותי' וכו' ובתומים תמה על זה דלא מצינו בקינין שנאבדו מיד כהן שלא יהי' הבעלים חייבים באחריותן וכו' ויפה כתב בקצה"ח דאשתמיטתי' משנה מפורשת בשקלי' פ"ז דתנאי ב"ד הוא בקינין שנאבדו שיהיו מקריבין אחרי' משל ציבו' עכ"ל וע"ש בקצה"ח ס"ק ב'.

ולכאורה אכתי תקשי לפי מה שמפרש הש"ך שם מחטאות ואשמות דתנן שם במתני' ומקריב עליו ובחטאות ואשמות לא מצינו שיהיו קריבי' משל ציבור כשנאבדו אמנם כבר הובא בר"ן נדרי' דף ל"ו בשם קצת דלא גרסי כלל במתני' שם חטא' ואשמות וע"ש ובקיני זבות שפיר משכחת כהך דתורמין על האבוד:

סימן קכט

ס"ק א

בעד יום אחד ז"ל עש"ך סק"ו עד ודמי למי שאמר כל הזן אינו נפסד וכו' ובקצה"ח דהכא דבערב בעי' דוקא לשון שליחות דהיינו תן לו ואני פורע אבל כשלא אמר לשון שליחות רק ואני ערב בלבד אין לו דין ערב וזה ודאי ליתי' דהא איכא תנאי דסברי דאפי' שלא

בשעת מתן מעות חייב כו' ואפי' מאן דפוטר הוא דשלא בשעת מתן מעות לא על אמונתו הלוהו כמבואר בסוף בתרא וא"כ בערב בשעת מתן מעות דעל אמונתו הלוהו אפי' לא אמר לשון שליחות רק ואני ערב לחוד ג"כ חייב וכן מוכח בכמה דוכתי והוא פשוט וברור לפענ"ד עכ"ל. ואנו אין לנו אלא דברי רש"י שהובאו בקצה"ח ס"ק א' שכתב ס"פ גנו פשוט גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותי' דערב קא עביד מלו' כאלו הוא עצמו הלוה עכ"ל. והא דאמרו בש"ס שעל אמונתו הלוהו היינו נמי תור' שליחות ומאן דס"ל אפי' שלא בשעת מתן מעות ולא בעי על אמונתו הלוהו לא בעי ג"כ שליחות (רק ס"ל דיכול לחייב עצמו במקום שאינו חויב אפי' בערבות ואנן ס"ל דהכא הוי אסמכתא רק בשעת מתן מעות משתעבד מדאורייתא) והמחבר לא הביא הראי' שהובאה בקצה"ח מדברי רש"י ז"ל ע"ש:

ס"ק ד

כל היכא דבעי קנין ז"ל עש"ך ס"ק י"ב עד הוי לי' לגבי שבח ערב שלא בשעת מתן מעות וכו' ובס' קצה"ח כתב דהוי כשעת מתן מעות בעסקא שהוא פלגא מלוה ומניח אצלו השבח עפ"י הערב והא ודאי ליתי' דכשנולד השבח כבר הוא תחת יד המקבל ולא הוי כהוציא ממון על פיו עכ"ל. כמה מתהפך המחבר הזה בדבריו דבסי' פ"א ס"ק ט' כתב בעצמו סברא זאת והיא בעיניו שם ברורה ופשוט דעל השב' הוי כשעת מתן מעות ושם בהחפזו לא ראה כי כבר כתוב שם במקומו בקצה"ח כן ע"ש סי' פ"א ס"ק ל'. עתה בראותו כי כן כתוב בקצה"ח היתה רוח אחרת עמו וכבר כתבנו לעיל סי' פ"א שכבר כתבנו כן בקצה"ח שם ובסימן קכ"ט וכן עיקר דכיון שמניח בידו הוי כשעת מתן מעות:

ס"ק יד

אלא אם כן מחל הקבלן ז"ל עש"ך ס"ק ל"ח עד אין הקבלן יכול למחול ובתומי' כתב כיון דדינא הוא דאין הקבלן יכול לתבוע הלוה עד אחר שפרע בשבילו לא חל החיוב של לוה לקבלן קודם שפרע בשבילו וכיון שמחל קודם מחילתו מחילה ע"ש. ובקצה"ח כתב דאין דין זה רק בקבלן פשוט אבל בקבלן שנשא ונתן ביד הוי הלוה כלוה גמור של הקבלן ע"ש. ולפענ"ד הא ליתא דאפי' בקבלן שנשא ונתן ביד אין הלום חייב לקבלן רק כשפורע בשבילו דהתחלת החיוב לא הי' רק מחמת זה. ואם הי' המלוה גר ומת דנפטר הקבלן גם הלוה נפטר מהקבלן דלא נתחייב הלוה לקבלן אלא שלא יפסיד הקבלן מחמת הלואה זו ואף דהחוב הוא ודאי כמו תנאי דמעכשיו דהא גובה ממשעבדי מזמן הלואה מ"מ כיון שמעכשיו הוי כמו מעכשיו מתחיל החיוב ואח"כ נגמר כמ"ש הסמ"ע סימן קצ"ה מש"ה כשמחל קודם שנגמר החיוב לא חל שעבודו דר"ן עדיין ומהני מחילתו ומ"מ אין

לזוז מפסק הש"ך עכ"ל: וכמה רחוקים דברי המחבר ממרכז האמת עד שלסוף הודה דאין לזוז מפסק הש"ך והי' טוב יותר השתיק' כי ודאי נתחלף לו לתומי' בין קבלן לקבלן וכמ"ש בקצה"ח ס"ק ז' דברי התומי' שכתב דכל זמן שלא פרע אף הלוה לא מיחייב לפרוע כמ"ש כל הפוסקים ע"ש ולא מצינו לפוסקים שכתבו זה אלא בקבלן סתם אבל הכא מיירי דלקח הקבלן המעות מיד המלוה ונתנם ליד הלוה דאין למלוה על הלוה כלום ע"ש.

סימן קל

ס"ק ז

שהרי פשע ז"ל עיין בקצה"ח דבמלוה ע"פ כשפרע הערב בלא סהדי אז אם המלוה מכחיש להערב ואומר שלא פרע לו דשניהן נשבעין נוטלין כדין חנוני על פנקסו וכו' וכל דבריו שם דברי תימה דהא מבואר בסעיף ג' דאין הערב נפרע עד שיביא עדים ע"ש ולא דמי כלל לחנוני על פנקסו דשם עשהו שליח לשלם משא"כ הכא דלא פרע מצד שליחות רק מצד ערבות ולא שייך לומר אנא אהימנתא דידך קא סמיכנא כו' אף דבסי' נ"ח וקכ"א מוכח דאף שציוה ליתן מעות שלו מוציא בלא שטר שאני הכא דלא ע"פ שליחות נתן ולא שייך לומר אנא אהמנותא דידך קא סמיכנא מש"ה אינו יכול להוציא בלא שטר עכ"ל:

והנה מ"ש המחבר דהכא לא פרע מצד שליחות כו' כבר מבואר שם בקצה"ח דאינו אלא באומר ערבני ושלם או בסתם ערב למ"ד דערבני סתם הוי כאומר ערבני ושלם לדעת היש מי שחולק בסעי' ב' ותו אין ראי' ממש בש"ע סעי' ג' ומשום דדעת הש"ע כדעת הרמב"ם בסעיף ב' וא"כ אינו משום שליחות ותו לא הוי כחנוני על פינקסו. אלא בעיקר הדין נראה כדברי הרהמ"ח דאינו נאמן הערב לומר שפרע אלא בעדים:

סימן קלב

ס"ק ג

חוזר ותובע מחבירו חלקו ז"ל עש"ך סק"ה דכשגבי' מהערב אחד דהערב יכול לתבוע השני החצי ובס' קצה"ח בסי' ע"ז תמה על זה ומדמה אותו לשני לקוחות שקנו שתי שדות כאחד דאם גבה הבע"ח מאחד מהם דאינו יכול לתבוע מהשני ע"ש. והוא שיבוש דבשלמא לוקח אפי' לקח שדה אחד והניח שדה אחד ביד הלו' ובא בע"ח ולקח השדה מיד הלוקח וכגון שהיה באופן שלא הי' יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו כגון

שלא הי' השדה כאן אין הלוקח יכול לגבות ממנו כשלקח שלא באחריות דעביד אינש דזבין ארעא ליומא כדאמרי' בב"מ רק משום שקנה באחריות ואפי' קנה בסתם אמרי' דדעתו על אחריות כדאמרי' בב"ר שם וידוע דאפי' כתב אחריות אין האחריות מתחיל רק מיום שני ולא מאותו יום שקנה השדה ואפי' מהלוקח שקנ' אחריו באותו יום כיון שאינו מוכח מתוך השטר רק מיום שני כיון שהוא במקום שאין כותבין שעות מש"ה אין הלוקח שנטרף ממנו השדה יכול לטרוף מהלוקח שקנה אחריו משא"כ בשני ערבין לא שייך סברא זו. עכ"ל:

והמעיין בדברי קצה"ח סי' ע"ז ס"ק ז'. שם יראה שדברי המחבר אינם כלל מענין האמור שם. ואינו משיב כענין כי שם כתוב בקצה"ח דהעיקר כהמבי"ט דהיכא שהי' יכול להפרע מא' מהם הכל מתחלה כי הכא. כשנפרע מא' מהם אין השני צריך לשלם לו כלום. שלא פרע בעדו שים דבר ע"ש. ומה שהשיגו הש"ך מדכתב בטור סי' זה דגובה אח"כ מחבירו אע"ג דס"ל לטור כדעת הרמב"ם דגובה מאיזה שירצה ע"ז כתוב שם דודאי בשני' שלוו אע"ג דהי' יכול לגבות מכל א' מהם הכל מ"מ הרי הוא כלוה בכולו ומלוה במחציתו השני. וגם כיון דנעשו ערבים קבלני' זה לזה לדעת הרא"ש וטור ס"ל כדעת הרמב"ם א"כ ודאי צריך לפרוע מה שפרע בעדו ע"י ערבות וכן בשני ערבי' דגובה מאיזה מהן שירצה היינו משום דה"ל ערבים קבלנים זה לזה וכמו בשנים שלוו לשטת הטור דהא כתב הטור להוכיח מדברי הרמב"ם דכתב גבי שנים שערבו דגובה מאיזה מהן שירצה דס"ל נמי גבי שנים שלוו דגובה מאיזה מהן שירצה אלמ' חד טעמא הוא לשטת הטור ובזה ודאי אם פרע חוזר וגובה וחבירו חלקו אבל אכן דקי"ל בשנים שלוו לא הוו ערבים קבלנים זה לזה אלא ערבים סתם ואפ"ה בשנים שערבו ס"ל דגובה מאיזה מהן שירצה ע"כ אינו משום טעמא דכל אחד נעשה ערב קבלן לחבירו דהא אכן ס"ל דאפי' בשנים שלי לדידן לא הוי ע"ק אלא מטעמא שכתבו הרשב"א ומוהרי"ק והוא דבשנים שערבו דנעשה כל אחד ערב למלוה בעד הלוה ערב בכולו הוי. דהוי כמו משכון ובטחון ואין שעבוד לחצאין ומש"ה גובה מאיזה מהן שירצה ומה"ט כמי כיון דלא נעשה שום השתתפות בערבות אלא כל אחד לבדו נעש' ערב מש"ה אם פרע אחד אין לו על השני כלום כי מה שפרע בעד עצמו הוא שפרע ושם כתבנו ראי' לזה דהיכא דלא נעשה שום השתתפות ביניהם אם פרע אחד אין לו על השני כלום אע"ג דהיא יכול בתחלה לגבות מהשני מהא דשני לקוחות שלקחו שתי שדות כאחד ובא בע"ח וגבה מאחד מהם אין לו על השני כלום ומבואר אע"ג דהי' יכול לגבות מהלוקח השני אם הי' רוצה כיון דאין להם שום עסק בהדדי אלא כל שדה ושדה בפ"ע נתערב ונשתעבד ומה שנתן הלוקח בעד

שעבודו נתן וא"כ ה"ה בשני ערבים לדידן דאינו אלא כמשכון ושעבוד וכל א' נשתעבד בפ"ע ע"ש כל זה מבואר שם בקצה"ח ע"ש:

ומעתה תראה ידידי המעיין שכל מה שכתב הרב המחבר על זה אינו ענין כלל לדברי קצה"ח דנהי דמאן דזבין ארעא ליומא זבין מ"מ אם היינו אומרים דכל שהיא יכול להפרע מזה ונפרע מאחר מחויב ליתן מחציתו א"כ התם בשני לקוחות כמי. ומה ענין אחריות לכאן. אלא דלפי מ"ש גם בנידון מה שצייר המחבר שהניח הלוקח שדה אחת ביד הלוה אין הלוקח יכול לגבות ממנו דכיון שלקח שלא באחריות ולא נשתתפי השדות אלא כל שדה ושדה בפני עצמו נשתעבד ומש"ה אע"ג דהי' יכול לגבות מהשדה שביד הלוה אין השדות בשותפות אהדדי ומה שגבה מן הלוקח בעד ערבותו ונתערב השד' לקח.

ובעיקר הציור שציור הרהמ"ח כבר נסתפק בו הרמב"ן בחידושיו פ' חזקת מטעם אחר ע"ש שכתב בדף מ"ד בלוקח שלא באחריות שאם קונה המוכר נכסים היום או מחר שיחזור לוקח על בני חורין שקנה בכדי שיוחזר אותו חוב ויחזור לו קרקעו דקי"ל שומא הדר' לעולם וע"ש ולפמ"ש בשני לקוחות אם גבה מאחד אינו חוזר על השני משום שלא נעשו השתתפות בהדדי אם כן ה"ה מהאי טעמא אינו חוזר על המוכר דכל שדה בפני עצמו נשתעבד:

עוד כתב המחבר ז"ל ועוד דשנים שערבו דמי ממש לשנים שלוו דמה לי אמרו שנים הן לנו מעות ונהי' חייבי' לך או שאמרו תן לפלוני ונהי' חייבים לך דתן לפ' הוי ממש כאומר תן לי כו' ע"ש גם בזה דבריו תמוהין דהא שם בסי' ע"ז כתוב שם לדידן דס"ל דשנים שלוו לא הוי ערבים קבלנים אלא דוקא בשני ערבים וכמ"ש הרשב"א ומוהרי"ק בטעמ' דהוי כמו שעבוד ומשכון ואינו שעבוד לחצאין וע"ש וא"כ לא נשתתפו כלל והארכנו בזה אף כי כל הטורח בזה על מגן כי הרב המחבר העלה בכאן דברים זרים שאינ' לענין האמור בקצה"ח שם סי' ע"ז:

תם ונשלם